SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
(SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY
FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt: **12**, Sayı: **2**, Yıl: **2022**
Volume: 12, No: 2, Year: 2022

ISPARTA

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY
FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt (Volume): **12**, Sayı (Number): **2**, Yıl (Year): **2022, ISPARTA**
ISBN: **2146-7129**

DERGİNİN TARANDIĞI İNDEKSLER

TR DİZİN Hukuk Veri Tabanı

SOBİAD Sosyal Bilimler Atıf Dizini

JURIX Hukuk Dergileri Veri Tabanı

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY
FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt (Volume): **12**, Sayı (Number): **2**, Yıl (Year): **2022, ISPARTA**
ISBN: **2146-7129**

Sahibi / Owner
Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Yüksel METİN

Editör / Editor
Prof. Dr. Yüksel METİN

Editör Yardımcıları / Co-Editors
Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER
Dr. Öğr. Üyesi Didem ERDOĞAN

Yayın Kurulu / Editorial Board
Prof. Dr. Yüksel METİN
Prof. Dr. Faruk TURHAN
Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER
Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANİKLİOĞLU
Prof. Dr. Enver BOZKURT
Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ
Doç. Dr. Meltem İNELİ CİĞER
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN
Dr. Öğr. Üyesi Hakan KOLÇAK
Dr. Öğr. Üyesi Oğuz CANER
Dr. Öğr. Üyesi Ayşenur ŞAHİN CANER

Yazım Editörleri / Spelling Editors
Arş. Gör. Egemen ESEN
Arş. Gör. İsmail AKBAŞ
Arş. Gör. Furkan Sabri ÖZGÜL
Arş. Gör. Ozancan BELCİ

Yayın Dili Editörleri / Editors of the Publication Language
Doç. Dr. Meltem İNELİ CİĞER
Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Emre TULAY
Dr. Öğr. Üyesi Hasan ÇATAKLI
Dr. Öğr. Üyesi Selim CİĞER

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD), Aralık ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki sayı olarak yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanan eserlerdeki görüşler ve sorumluluk yazarına aittir. Yayın hakları saklıdır, izinsiz hiçbir şekilde çoğaltılamaz. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Yazara, eserin yayımlandığı sayı gönderilir.

Kapak Tasarım / Cover Design
SDÜ Basın ve Halkla ilişkiler Dizgi

Baskı / Published By
SDÜ Basımevi Isparta
ISBN: 2146-7129

İletişim Adresi / Contact Info
Web: http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/dergi.html
E-mail: hukukdergi@sdu.edu.tr
Tel: 0 246 211 00 02
Faks: 0 246 237 07 71 32260
SDÜ Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonu, Doğu Yerleşkesi, ISPARTA

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Dr. h.c. Albin ESER, M.C.J.	Max - Planck - Institut / Almanya
Prof. Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Feridun YENİSEY	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Havva Güzin ÜÇIŞIK	Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan HAKERİ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlyas DOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KAYAR	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Selami MAHMUTOĞLU	Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr Mariagiulia GİUFFRÉ	Edge Hill University / Ormskirk
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK	Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK	Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Silvia TELLENBACH	Max - Planck - Institut / Almanya
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Timur DEMİRBAŞ	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yavuz ATAR	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Helene LAMBERT	University of Westminster / London

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1- Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) "Hakemli Dergi" statüsünde yılda iki sayı (Aralık ve Haziran) olarak yayınlanır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları Süleyman Demirel Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

2- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, dönemine göre ilgili sayıda yayınlanır. Fakat Yayın Kurulu, makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir.

3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.

4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

5- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce ve Almanca dilde yazılan eserler de yayımlanacaktır. Fakat eserler hangi dilde kaleme alınırsa alınsın yazıların başlığı, özetleri ile anahtar sözcüklerinin Türkçe ve İngilizcesi eklenerek gönderilmesi gerekir.

6- Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle "basıla" verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayın komisyonu tarafından geri çevrilir.

7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.

8- Yazılar bilgisayarda calibri, ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 12 punto, yazı aralığı 1.0 olacak şekilde ve A4 boyutunda hazırlanıp, iki nüsha bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Yazarların eserlerini DergiPark sistemi üzerinden göndermeleri gerekmektedir.

9- Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, yazarların isteğine bağlı olarak hakem denetimine sunulmayacak makalelere de yer verilecektir. Ayrıca dergimize kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlar da gönderilebilir. Bu nitelikteki yazılar, Yayın Kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

10- Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yaza soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.

11- Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Dipnotlarda, yazarın adı, soyadı gösterilmeli; eser adı, yayın yeri, tarihi ve sayfa numarası yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir. Yazım kuralları hakkında detaylı bilgi için DergiPark Akademik portalında yer alan Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin yazım kurallarına bakılabilir (https://dergipark.org.tr/tr/pub/sduhfd/writing-rules).

EDİTÖRDEN

Saygıdeğer Okuyucular,

Hukukun her dalında özgün ve bilimsel çalışmalara yer vererek ulusal ve uluslararası hukuk literatürüne katkı sağlama ve ayrıca hukukun köklü ve güncel sorunlarına çözüm bulmaya çalışarak hukuka hizmet etme hedefimizi yirmi sekiz eser ile bu sayıda da gerçekleştirdik.

Fakat daha önceki sayılarımızdan farklı olarak bu sayımızın, Fakültemize uzun yıllar hizmette bulunan ve 17 Şubat 2022 tarihinde aramızdan ayrılan Arş. Gör. Zühre Elvan anısına çıkarılmasına karar verdik. Fakültemizin Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalında araştırma görevlisi kadrosunda yer alan Zühre Elvan'ın vefatı hepimizi derinden üzdü ve Fakültemizdeki odasına ve web sayfasındaki fotoğrafına aylarca dokunulamadı. Bizlere düşen, O'nu her zaman iyilikleriyle ve her daim gülen yüzüyle hatırlamak olacaktır. Bu vesileyle ailesine de O'nu özene bezene büyüttüğü ve çok seçkin bir insan olarak bizlere kazandırdıkları için teşekkürlerimi sunarım.

Dergimizin bu sayısının kamu hukuku makaleleri kısmında, Doç. Dr. Meltem İneli Ciğer ve Arş. Gör. Özgenur Yiğit'in İngilizce kaleme aldıkları "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu ve Kamu Denetçiliği Kurumu'nun İdari Gözetim Altındaki Yabancıların Korunmasındaki Rolüne İlişkin Bir Değerlendirme" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Sezercan Bektaş'ın "Birleşmiş Milletler Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi Rezolüsyonlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Yarattığı Etki: Al-Dulimi ve Montana Management Inc. v. İsviçre Kararı Kapsamında Bir İnceleme" başlıklı araştırma makalesi, Sinan Oğur ve Prof. Dr. Faruk Turhan'ın "Son Yasal Değişiklikler Işığında Cumhuriyet Savcısı Tarafından Verilen Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararın Denetimi" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Dursun Çelik'in "İdari Güvence ve Teminat Kavramları Üzerine Alman Hukuku Odaklı Bir İnceleme" başlıklı araştırma makalesi, Ersin Şare'nin "Dolandırıcılık Suçu Kapsamında Cezalandırılan Hile" başlıklı araştırma makalesi, Doç. Dr. Mustafa Çakır ve Alisher Bakhronov'un İngilizce kaleme aldıkları "Bir Uluslararası Bölgesel Örgüt Olarak CSTO'nun Hukuki Statüsü ve Özellikleri" başlıklı araştırma makalesi, Öğr. Gör. Dr. Derya Nur Kayacan'ın İngilizce kaleme aldığı "Uluslararası Kamu Hukukunda Kurumsal Tespit ve Pekiştirme Üzerine Bir Çalışma - Chagos Davası" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Salih Korkmaz'ın "Bey' Bi'l-Vefâ'nın (Geri Alım Şartıyla Satışın) Menşei Üzerine Bir Katkı -Uygur Hukuk Vesikalarında Bey' Bi'l-Vefâ Tatbikatı-" başlıklı araştırma makalesi, Eşe Nur Özdemir'in "Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılmasının Yargısal Denetimi" başlıklı araştırma makalesi, Arş. Gör. Cengizhan Kırnık'ın "Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Kuruluş Tarihi Üzerine Bir Değerlendirme" başlıklı araştırma makalesi ve son olarak Dr. Öğr. Üyesi Muhammed Emre Tulay'ın "Özel Belgede Sahtecilik Suçu ve Bu Suç Kapsamında Yazılı Tahliye Taahhüdüne İlişkin Değerlendirmeler" başlıklı araştırma makalesi yer almaktadır.

Özel hukuk makaleleri kısmında, Doç. Dr. Mehmet Akçaal'ın "Yargıtay Uygulaması Işığında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Çözüm Önerileri" başlıklı araştırma makalesi, Prof. Dr. Mehmet Helvacı ve Dr. Öğr. Üyesi Raziye Aksu'nun "Acentelik Sözleşmesinin Haklı Sebeple Sona Ermesinde Fesih Usulünün İncelenmesi" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi

Numan Tekelioğlu'nun "İsviçre Medeni Kanunu'nda Eşlerin Bilgi Verme Yükümlülüğü (ZGB Art. 170) ve Konunun Türk Aile Hukukundaki Yeri" başlıklı araştırma makalesi, İsmail Taşkoparan ve Dr. Öğr. Üyesi Burcu Özkul'un "Hizmet Sözleşmesinde Rekabet Yasağının İhlali" başlıklı araştırma makalesi, Doç. Dr. Mehmet Akçaal'ın "Güncel İçtihatlar Işığında Munzam Zarar" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Nihat Seyhun Alp'in "İş Hukukunda Nakil Kaydı Özelliği de Taşıyan İşyeri Değişikliği Disiplin Cezası ve Genel İşlem Koşulları Bakımından Değerlendirilmesi" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Seda Arslan Durmuş'un "Arabuluculuk Sürecinde Tarafların Anlaşması Halinde İşsizlik Ödeneğinden Yararlanma" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Vildan Peksöz'ün "Borç Yapılandırma Sözleşmelerinin İtirazın İptali Davasına Etkisi" başlıklı araştırma makalesi, Arş. Gör. Dr. Alper Tunga Küçük'ün "İhtiyati Tedbirin Etkisinin Süre Bakımından Sınırı" başlıklı araştırma makalesi, Arş. Gör. Dr. Fatih Tahiroğlu'nun "Medenî Usûl Hukukunda Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Ahmet Batuhan Oyal'ın "Taşıyıcının Yüklemenin İşletme Güvenliğine Uygun Olarak Yapılmasını Sağlama Yükümlülüğü" başlıklı araştırma makalesi, Saffet Tarık Aksın ve Prof. Dr. Mehmet Fahrettin Önder'in "İkinci El Motorlu Kara Taşıtı Alım Satımı Yapan Gerçek Kişilerin Faaliyetlerinin Ticari İşletme Niteliğinin İncelenmesi" başlıklı araştırma makalesi ve son olarak Arş. Gör. Emrah Gökmen'in "İslam Hukukunda Tüzel Kişilik" başlıklı araştırma makalesi yer almaktadır.

Dergimizin çeviriler ve karar incelemesi kısmında ise Arş. Gör. Adil Selim Sayın ve Arş. Gör. Rabia Yılmaz'ın Almancadan çevirdikleri "Alman Federal Vergi Mahkemesi'nin X R 57/13 No'lu ve 06 Temmuz 2016 Tarihli Kararı: Sözlü Duruşmada (in der mündlichen Verhandlung) Vergisel Uyuşmazlığın Karşılıklı Anlaşma ile Sona Ermesinden Sonra İdarece Aynı İçerikli Değişiklik İçeren Bir Tarhiyat (Änderungsbescheids) Yapılmasının Çelişki Yasağını (Venire Contra Factum Proprium) İhlal Edip Etmeyeceği Hakkında" başlıklı çeviri, Dr. Öğr. Üyesi Selim Ciğer'in İngilizceden çevirdiği "İç Su Yolları ile Yük Taşınması Konulu Sözleşmeler ile İlgili Budapeşte Konvansiyonu (CMNI)" başlıklı çeviri ve Esma Nur Turhan'ın Almancadan çevirdiği "'Hekim Faaliyetlerinde Yapay Zeka Tarafından Karar Desteği' Federal Tabipler Birliği Etik Kurulunun Tıp ve Sınır Alanlarında Etik İlkelerin Korunmasına İlişkin (Merkezi Etik Kurulu) Görüşü" başlıklı çeviri ile Arş. Gör. Gizem Kapucu ve Arş. Gör. Metin Kocatepe'nin "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin *Halet v. Lüksemburg* Kararı: Vergi Hukukunda Bilgi Sızdırma (Whistleblowing)" başlıklı karar incelemesi yer almaktadır.

Ayrıca, Arş. Gör. Zühre Elvan'a Armağan olarak çıkardığımız bu sayımıza anı yazılarıyla destek veren Doç. Dr. Meltem İneli Ciğer'e, Arş. Gör. Gizem Kapucu'ya, Arş. Gör. Metin Kocatepe'ye, Arş. Gör. Merve Akkaya'ya, Öğr. Gör. Betül Azaklı Arslan'a, Esra Dursun'a, Ezgi Küçük'e, Öğr. Gör. Dr. Alper Tunga Küçük'e ve çok kıymetli eserleriyle katkı sunan tüm yazarlarımıza teşekkür ederim.

Editör
Prof. Dr. Yüksel METİN

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Arş. Gör. Zühre ELVAN Özgeçmişi **490**

ANI YAZILARI / MEMORY ARTICLES

Meltem İNELİ CİĞER **493**

Gizem KAPUCU **494**

Metin KOCATEPE **495**

Merve AKKAYA, Betül AZAKLI ARSLAN ve Esra DURSUN **497**

Ezgi KÜÇÜK ve Alper Tunga KÜÇÜK **499**

KAMU HUKUK / PUBLIC LAW

Doç. Dr. **Meltem İNELİ CİĞER** - Arş. Gör. **Özgenur YİĞİT** **503**

AN ASSESSMENT ON THE ROLE OF THE TURKISH OMBUDSMAN INSTITUTION AND THE HUMAN RIGHTS AND EQUALITY INSTITUTION OF TURKEY IN PROTECTING MIGRANTS IN DETENTION

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU VE KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU'NUN İDARİ GÖZETİM ALTINDAKİ YABANCILARIN KORUNMASINDAKİ ROLÜNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

Dr. Öğr. Üyesi **Sezercan BEKTAŞ** **535**

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURUL VE GÜVENLİK KONSEYİ REZOLÜSYONLARININ AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA YARATTIĞI ETKİ: *AL-DULIMI VE MONTANA MANAGEMENT INC. V. İSVİÇRE* KARARI KAPSAMINDA BİR İNCELEME

THE IMPACT OF UN GENERAL ASSEMBLY AND SECURITY COUNCIL RESOLUTIONS ON THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: THE CASE OF AL-DULIMI AND MONTANA MANAGEMENT INC. v. SWITZERLAND

Sinan OĞUR - Prof. Dr. **Faruk TURHAN** **583**

SON YASAL DEĞİŞİKLİKLER IŞIĞINDA CUMHURİYET SAVCISI TARAFINDAN VERİLEN KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞINA DAİR KARARIN DENETİMİ

IN THE LIGHT OF THE LAST CHANGES AUDIT OF THE NOT TO PROSECUTE DECISION OF THE PUBLIC PROSECUTOR

Dr. Öğr. Üyesi **Dursun ÇELİK** **627**

İDARİ GÜVENCE VE TEMİNAT KAVRAMLARI ÜZERİNE ALMAN HUKUKU ODAKLI BİR İNCELEME

AN ANALYSIS FOCUSED ON GERMAN LAW ON THE CONCEPTS OF ADMINISTRATIVE COMMITMENT AND ASSURANCE

EINE AUF DAS DEUTSCHE RECHT FOKUSSIERTE UNTERSUCHUNG ÜBER DİE BEGRIFFE DER VERWALTUNGRECHTLICHEN ZUSAGE UND ZUSICHERUNG

Ersin ŞARE **669**

DOLANDIRICILIK SUÇU KAPSAMINDA CEZALANDIRILAN HİLE

PENALIZATION OF DECEPTION WITHIN THE SCOPE OF FRAUD

Doç. Dr. **Mustafa ÇAKIR - Alisher BAKHRONOV** **723**

LEGAL STATUS AND FEATURES OF THE CSTO AS AN INTERNATIONAL REGIONAL ORGANIZATION

BİR ULUSLARARASI ÖRGÜT OLARAK CSTO'NUN HUKUKİ STATÜSÜ VE ÖZELLİKLERİ

Dr. Öğr. Gör. **Derya Nur KAYACAN** **747**

A STUDY OF INSTITUTIONAL DETERMINATION AND CONSOLIDATION IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW - THE CHAGOS CASE

ULUSLARARASI KAMU HUKUKUNDA KURUMSAL TESPİT VE PEKİŞTİRME ÜZERİNE BİR ÇALIŞMA - CHAGOS DAVASI

Dr. Öğr. Üyesi **Salih KORKMAZ** **773**

BEY' Bİ'L-VEFÂ'NIN (GERİ ALIM ŞARTIYLA SATIŞIN) MENŞEİ ÜZERİNE BİR KATKI -UYGUR HUKUK VESİKALARINDA BEY' Bİ'L-VEFÂ TATBİKATI-

A CONTRIBUTION ON THE ORIGIN OF BEY' BI'L-VEFA (SALE ON PURPOSE OF REPURCHASE) - BEY' BI'L-VEFA PRACTICE IN UIGHUR LAW DOCUMENTS-

Eşe Nur ÖZDEMİR **799**

YASAMA DOKUNULMAZLIĞININ KALDIRILMASININ YARGISAL DENETİMİ

JUDICIAL REVIEW OF THE LIFTING OF LEGISLATIVE IMMUNITY

Arş. Gör. **Cengizhan KIRNIK** **867**

TÜRKİYE CUMHURİYETİ DEVLETİ'NİN KURULUŞ TARİHİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

AN EVALUATION ON THE FOUNDATION OF THE STATE OF THE REPUBLIC OF TURKEY

Dr. Öğr. Üyesi **M. Emre TULAY** **901**

ÖZEL BELGEDE SAHTECİLİK SUÇU VE BU SUÇ KAPSAMINDA YAZILI TAHLİYE TAAHHÜDÜNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

FORGERY OF PRIVATE DOCUMENT AND A REVIEW ABOUT WRITTEN EVACUATION CONSENT IN TERMS OF FORGERY OF PRIVATE DOCUMENT

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Doç. Dr. **Mehmet AKÇAAL** **949**

YARGITAY UYGULAMASI IŞIĞINDA YAZILI TAHLİYE TAAHHÜDÜ VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

WRITTEN VACATION AGREEMENT AND SUGGESTIONS FOR SOLUTIONS ABOUT IT IN THE LIGHT OF COURT OF APPEALS

Prof. Dr. **Mehmet HELVACI** - Dr. Öğr. Üyesi **Raziye AKSU** **981**

ACENTELİK SÖZLEŞMESİNİN HAKLI SEBEPLE SONA ERMESİNDE FESİH USULÜNÜN İNCELENMESİ

EXAMINATION OF THE TERMINATION PROCEDURE AT TERMINATION OF AGENCY AGREEMENT WITH JUST CAUSE

Dr. Öğr. Üyesi **Numan TEKELİOĞLU** **1007**

İSVİÇRE MEDENİ KANUNU'NDA EŞLERİN BİLGİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ (ZGB Art. 170) VE KONUNUN TÜRK AİLE HUKUKUNDAKİ YERİ

DUTY TO PROVIDE INFORMATION OF SPOUSES IN SWISS CIVIL CODE (ZGB Art. 170) AND THE PLACE OF THE SUBJECT IN TURKISH FAMILY LAW

İsmail TAŞKOPARAN - Dr. Öğr. Üyesi **Burcu ÖZKUL** **1037**

HİZMET SÖZLEŞMESİNDE REKABET YASAĞININ İHLALİ

VIOLATION OF THE PROHİBİTİON OF COMPETİTİON IN THE SERVICE CONTRACT

Doç. Dr. **Mehmet AKÇAAL** **1069**

GÜNCEL İÇTİHATLAR IŞIĞINDA MUNZAM ZARAR

EXCESS DAMAGES IN THE LIGHT OF CURRENT CASE LAW

Dr. Öğr. Üyesi **Nihat Seyhun ALP** **1101**

İŞ HUKUKUNDA NAKİL KAYDI ÖZELLİĞİ DE TAŞIYAN İŞYERİ DEĞİŞİKLİĞİ DİSİPLİN CEZASI VE GENEL İŞLEM KOŞULLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

DISCIPLINARY TRANSFER IN EMPLOYMENT LAW WHICH IS IN THE NATURE OF MOBILITY CLAUSE AND EVALUATION IN TERMS OF GENERAL TERMS AND CONDITIONS

Dr. Öğr. Üyesi **Seda ARSLAN DURMUŞ** **1159**

ARABULUCULUK SÜRECİNDE TARAFLARIN ANLAŞMASI HALİNDE İŞSİZLİK ÖDENEĞİNDEN YARARLANMA

UTILIZING FROM UNEMPLOYMENT BENEFIT IF THE PARTIES AGREE DURING THE MEDIATION PROCESS

Dr. Öğr. Üyesi **Vildan PEKSÖZ** **1185**

BORÇ YAPILANDIRMA SÖZLEŞMELERİNİN İTİRAZIN İPTALİ DAVASINA ETKİSİ

THE EFFECT OF DEBT RESTRUCTURING CONTRACTS ON THE ACTION OF ANNULMENT OF OBJECTION

Arş. Gör. Dr. **Alper Tunga KÜÇÜK** **1215**

İHTİYATİ TEDBİRİN ETKİSİNİN SÜRE BAKIMINDAN SINIRI

THE LIMITATION OF THE INTERIM INJUCTION'S EFFECT IN TERMS OF DURATION

Arş. Gör. Dr. **Fatih TAHİROĞLU** **1241**

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA DELİL TESPİTİNDE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

COMPETENCE AND VENUE IN DETERMINATION OF EVIDENCE IN LAW OF CIVIL PROCEDURE

Dr. **Ahmet Batuhan OYAL** **1261**

TAŞIYICININ YÜKLEMENİN İŞLETME GÜVENLİĞİNE UYGUN OLARAK YAPILMASINI SAĞLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

OBLIGATION OF THE CARRIER TO ENSURE LOADING IS MADE IN ACCORDANCE WITH OPERATIONAL SAFETY

Av. **S. Tarık AKSIN** - Prof. Dr. **M. Fahrettin ÖNDER** **1317**

İKİNCİ EL MOTORLU KARA TAŞITI ALIM SATIMI YAPAN GERÇEK KİŞİLERİN FAALİYETLERİNİN TİCARİ İŞLETME NİTELİĞİNİN İNCELENMESİ

INVESTIGATION OF THE COMMERCIAL ENTERPRISE ATTRIBUTE OF THE ACTIVITIES OF REAL PERSONS WHO PURCHASE AND SELL SECOND-HAND MOTOR LAND VEHICLES

Arş. Gör. **Emrah GÖKMEN** **1349**

İSLAM HUKUKUNDA TÜZEL KİŞİLİK

LEGAL PERSONALITY IN ISLAMIC LAW

ÇEVİRİLER / TRANSLATIONS

Çev. / Übersetzt von Arş. Gör. **Adil Selim SAYIN** - Arş. Gör. **Rabia YILMAZ** **1369**

ALMAN FEDERAL VERGİ MAHKEMESİ'NİN X R 57/13 NO.LU VE 06 TEMMUZ 2016 TARİHLİ KARARI:

SÖZLÜ DURUŞMADA (*İN DER MÜNDLICHEN VERHANDLU*NG) VERGİSEL UYUŞMAZLIĞIN KARŞILIKLI ANLAŞMA İLE SONA ERMESİNDEN SONRA İDARECE AYNI İÇERİKLİ DEĞİŞİKLİK İÇEREN BİR TARHİYAT (*ÄNDERUNGSBESCHEIDS*) YAPILMASININ ÇELİŞKİ YASAĞINI (*VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM)* İHLAL EDİP ETMEYECEĞİ HAKKINDA

Çev. Dr. Öğr. Üyesi **Selim CİĞER** **1387**

İÇ SU YOLLARI İLE YÜK TAŞINMASI KONULU SÖZLEŞMELER İLE İLGİLİ BUDAPEŞTE KONVANSİYONU (CMNI)

Çev. / Übersetzt von **Esma Nur TURHAN** **1413**

"HEKİM FAALİYETLERİNDE YAPAY ZEKA TARAFINDAN KARAR DESTEĞİ" FEDERAL TABİPLER BİRLİĞİ ETİK KURULUNUN TIP VE SINIR ALANLARINDA ETİK İLKELERİN KORUNMASINA İLİŞKİN (MERKEZİ ETİK KURULU) GÖRÜŞÜ

STELLUNGNAHME DER ZENTRALEN KOMMISSION ZUR WAHRUNG ETHISCHER GRUNDSÄTZE IN DER MEDIZIN UND IHREN GRENZGEBIETEN (ZENTRALE ETHIKKOMMISSION) BEI DER BUNDESÄRZTEKAMMER „ENTSCHEIDUNGSUNTERSTÜTZUNG ÄRZTLICHER TÄTIGKEIT DURCH KÜNSTLICHE INTELLIGENZ"

KARAR İNCELEMESİ / DECISION REVIEW

Arş. Gör. **Gizem KAPUCU** - Arş. Gör. **Metin KOCATEPE..... 1451**

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ'NİN *HALET V. LÜKSEMBURG* KARARI: VERGİ HUKUKUNDA BİLGİ SIZDIRMA *(WHISTLEBLOWING)*

HALET V. LUXEMBOURG CASE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: WHISTLEBLOWING IN TAX LAW

Arş. Gör. Zühre ELVAN

1989 - 2022

Arş. Gör. Zühre ELVAN
Özgeçmişi

10.01.1989'da Isparta'da doğan Arş. Gör. Zühre Elvan ilk ve orta öğrenimi ardından lise eğitimini de Isparta'da Milli Piyango Anadolu Lisesi'nde tamamlamıştır. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2011 yılında mezun olmuş ve aynı yıl avukatlık stajına başlamıştır.

Avukatlık stajının ardından bir yıl süre ile Isparta barosuna kayıtlı avukat olarak çalışmıştır. 04.02.2014 tarihinde Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı'nda Araştırma Görevlisi olarak çalışmaya başlamıştır. Aynı yıl Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda yüksek lisansa başlamıştır. Prof. Dr. Yüksel Metin danışmanlığında yazdığı *"Türk Hukukunda Vergilendirme Yetkisinin Karşılaştırmalı Hukuk Açısından İncelenmesi"* başlıklı yüksek lisans tezi ile 2017 yılından yüksek lisansını tamamlamıştır.

2018 yılında Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda doktora eğitimine başlamıştır. 29.08.2019 tarihinde yeterlilik sınavını başarı ile tamamlayarak *"Vergi Hukukunda Çelişki Yasağı"* konulu doktora tezini yazmaya başlamıştır. Doktora eğitimi sırasında Mart 2020-Eylül 2020 tarihleri arasında Westfälische Wilhelms Üniversitesi'nden kabul alarak Erasmus programı ile 6 ay süre ile öğrenci değişimine hak kazanmış; ancak aynı dönem Covid-19 pandemisinin başlamış olması nedeni ile gidememiştir.

ANI YAZILARI

MEMORY ARTICLES

Zühre'ye...

Aramızdan zamansız ayrılan sevgili dostum Zühre Elvan için anı yazısı yazmak gerçekten oldukça zor. Kelimeler ne Zühre'yi kaybetmenin yarattığı hüznü ne de kısa zamanda Zühre ile kurduğumuz dostluğu anlatmak için yeterli. Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde 2016 Şubat ayında araştırma görevlisi olarak çalışmaya başladığımda odama gelip hoş geldin diyen ilk kişiydi Zühre, bu an çok güzel bir arkadaşlığın da başlangıcı oldu. Yıllar içerisinde Zühre ile birçok şeyi paylaştık. Yeri geldi hafta sonu Fakülte'de birlikte çalıştık, üniversite konserlerine ve pikniklere beraber gittik yeri geldi kışın kar yüzünden fakülteden eve gidemedik, yazları birlikte tatil yaptık, yıllar içerisinde mutluluğumuzu ve dertlerimizi paylaştık. Zühre ne evimizi taşırken bizi yalnız bıraktı ne de yardıma ihtiyacımız olan başka bir zaman. İhtiyacı olan herkese teklifsiz yardım eden, temiz kalpli, hayat dolu, yaşam sevinci ve pozitifliği ile fakülteyi birleştiren bir insandı Zühre. Benim gibi diğer tüm arkadaşlarını her daim güldürmeyi ve mutlu etmeyi başardı. Bu amansız hastalık Zühre'yi zamansız yanımızdan aldığı için çok çok üzgünüm. Özge ile kaleme aldığımız makaleyi sevgili arkadaşımız Zühre'nin anısına ithaf ediyoruz.

Meltem İNELİ CİĞER

Gülüşü Güzel İnsan

2018 yılının ilk zamanları, gözlerinde açan güllerle kürsümüze geldiğinde, memleketinin Isparta oluşuna hiç şaşırmamıştım. "Sen gülünce güller açar" dizesinin hep Zühre için yazıldığını düşündüm. Bugün bu dergide yazılacak olan istisnasız her anı yazısında, Zühre'nin o unutulmaz gülüşünden bahsedileceğine eminim; çünkü onunla yalnızca bir gün geçiren insanların bile hafızasında Zühre, "gülüşü güzel insan" olarak yer ederdi.

Doktoraya aynı gün kayıt yaptırmıştık, numaralarımız ardışıktı. Doktora yolculuğumuz boyunca, başlangıcından itibaren, hep yan yana, omuz omuzaydık. Haydarpaşa'nın teras kısmında asistanlar arasında kuş yuvası olarak adlandırılan uzun ince koridorda bulunan küçücük odamızda yalnızca mecazen değil, fiilen omuz omuza durduğumuz dönemler de oldu. O küçücük odada, yaşadığımız kısa zaman dilimine karşıt, uzun soluklu derin duygular yaşadık. Üzüntümüz bir oldu, sevincimiz bir oldu. Duvarlar kahkahalarımıza da tanıklık etti, gözyaşlarımıza da.

Çiçekleri çok severdi. Evinin penceresinin önü saksılarla doluydu. Menekşeler, orkideler, sukulentler... Hepsiyle ayrı ilgili, hepsine sevgi doluydu. Hayvanları çok severdi, özellikle de kedilere ayrı düşkünlüğü vardı. Kendi gibi erken vedaları seven bir kedisi de oldu bir dönem. Evlerimiz yakın olduğundan sık sık ziyaretine giderdim. Bir anne şefkatiyle beni ağırlardı. Demlediği çay bile ayrı lezzetli olurdu. Dokunduğu her şeyi güzelleştirmek, bulunduğu her yeri yuva yapmak gibi bir özelliği vardı.

Hâlâ ne hastalığını kabullenebildim ne gidişini. Geleceği günü hayal edip duruyorum. Bir kahve yapıp karşılıklı, uzun uzun sohbet edişimizi... Ellerini dizlerine vurarak gülmesini, heyecanla konuşmasını, gelecek için endişelenmesini... Geri döneceği günü hayal edip duruyorum. Metin'den yadigâr arabasına binip Kukis'e gideceğiz, saatler geçireceğiz.

Hatırana gözyaşı değsin istemezdim. Hayalini buğulu gözler ardından izlemek istemezdim. Çok özlüyorum.

Gizem KAPUCU

Zühre'ye Dair...

Bu yazıyı yazmaya karar verdiğimde Zühre ile olan ilk anımı yazmanın ve bu şekilde bir giriş yapmanın yerinde olacağını düşünmüştüm. Sonra Zühre ile tanıştığımız o günü hatırlamaya çalıştım. Ne zaman tanışmıştık? İlk ne konuşmuştuk? Nerede karşılaşmıştık? Fakültede olmalıydı ilk karşılaşmamız. Zühre kürsümüze geldiğinde Fakülte (MÜHF) Haydarpaşa Yerleşkesinde eğitim-öğretim faaliyetlerini yürütmekteydi. O halde ya Haydarpaşa'nın meşhur orta bahçesinde ya da terasta daha sonra birlikte kullanmaya başlayacağımız küçük odamızda tanışmıştık. Muhtemelen kısa bir tanışma sürecinden sonra dersler, ders günleri ve kürsü içerisindeki görevlerimiz üzerine kısa bir sohbet gerçekleştirmişizdir. Hafızamı zorlamama rağmen o güne dair hiçbir şey hatırlayamadığımı fark ettim. Sevgili kürsü arkadaşım Gizem'e de Zühre ile tanıştığımız güne dair sorular sorduğumda cevaplarının onda da olmadığını anladım. Ardından bu sorulara cevap aramanın yersiz bir çaba olduğuna kanaat getirdim. Çünkü Zühre hayatımıza öyle bir giriş yapmıştı ki tanışma sürecinin bir parçası olan *"resmiyet"* hiç yaşanmamıştı aramızda. Uzun süredir görüşmediğimiz bir çocukluk arkadaşımızdı sanki. Ve İstanbul'a gelerek bu uzun süreli ayrılığı sona erdirmişti. O nedenle bu soruların cevabını hatırlayamıyorduk tıpkı çocukluk arkadaşlarımızla ne zaman ve nerede tanıştığımızı hatırlayamadığımız gibi...

Zühre büyük bir samimiyet ve içtenlikle dahil oldu kürsümüze. Geldiği gibi de tarifi imkânsız bir neşe getirdi. O kadar güzel kahkaha atardı ki onun gibi güzel gülen az insanla tanışmışınızdır eminim. Zühre'yi ve Zühre ile geçen günleri anarken kullanılması zorunlu kelimelerden biri de *"heyecan"* olmalı. Gittiği her yere heyecanını da götürürdü. Pratik derslerde ayrı bir heyecan, sınav günleri ayrı bir heyecan, jürilerde ayrı bir heyecan... Ama tıpkı kahkahaları gibi heyecanı da bir başkaydı Zühre'nin. Panik ve heyecanı harmanladığı o günlerden kalan ne kadar da çok eğlenceli anı bıraktı.

Zühre ile geçen günleri düşündüğümde yüzümde hep bir tebessüm belirir. Tedavisinin devam ettiği bir senelik süreç de dahil konuşmadığımız ya da yazışmadığımız çok az gün olmuştur. Dinlediğimiz güzel bir şarkıyı, izlediğimiz güzel bir filmi, eğlenceli bir yazıyı ya da karikatürü birbirimizle paylaşmak için yarışırdık adeta. Hep güldük hep eğlendik. Belki sizlere abartılı bir ifade olarak görünebilir ancak bütün samimiyetimle söylüyorum ki Zühre ile aramızda bir kırgınlığa yol açacak tek bir an yaşamadık. En azından kendi açımdan bunu rahatlıkla söyleyebilirim, her daim naif, düşünceli ve nazikti umuyorum biz de Zühre'ye karşı öyle olabilmişizdir.

Doktora yeterlik sınavına girdiğimde Zühre hastanedeydi. Biz de sınavdan çıkar çıkmaz Zühre'yi aramıştık Gizem'le o kadar heyecanlı ve mutluydu ki sanki sınavdan çıkan oydu. Öyle içtendi öyle bizimleydi. Aramızdaki mesafe ne olursa olsun sevgisini hep kalbimizde hissettirdi. Aramızdan ayrılmadan çok kısa bir süre önce, bir dijital müzik platformunun "arkadaşınla müzik zevkin ne kadar ortak?" sorusuna cevap veren "blend" özelliği ile müzik zevkimizin eşleşme skorunun %93 olduğunu öğrenmiştik. Ve bunun üzerine hastaneden çıkar çıkmaz uzun bir araba yolculuğu yapmak üzere sözleşmiştik. Olmadı...

Zühre'ye dair daha pek çok şey anlatabilirim burada. Pandeminin başlarında ev arkadaşı -*ki böyle bir arkadaşlığın ev arkadaşlığı kalıbına sığdırılamayacağını biliyorum. Merve için Zühre'nin İstanbul'daki ailesi diyebilirim. Tarif edilemez bir dostluk...*- Merve'nin koyduğu sıkı tedbirleri ihlal ederken, *"Bakın bunu sakın Merve bilmesin"* diye tembih eden o sevimli hallerini, hep geç kalışlarını, olağanüstü lezzetli yemeklerini, mavi paltosunun yakasına iliştirdiği papatyalı, kaktüslü broşları, hastanede yattığı dönemde dahi Almanca derslerini/ödevlerini aksatmayan sorumluluk sahibi karakterini, müthiş arkadaşlığını ve daha birçok şeyi. Ama ne anlatırsam anlatayım bir şeylerin eksik kalacağını biliyorum. Tıpkı yokluğunda bizim eksik kaldığımız gibi... Zühremiz, Zühroşumuz, Canımız biz seni çok özledik, sanma ki seni Isparta'da bıraktık, kalbimize gömdük...

Metin KOCATEPE

Her insan bir iz bırakarak göçer bu dünyadan, Zühre bu izlerin en güzelini bıraktı.

Anı yazısı hocalar henüz hayattalarken onlar adına çıkartılmış armağanlarda, arkadaşları tarafından yazılan bir şey gibi gelirdi hep. İçimizden biri için bu denli erken yazacağımız hiç aklımıza gelmemişti. Bir şeyler yazma işi hayatımızın bir parçasıyken, bunun ne kadar zor ve ne denli can acıtıcı olabileceğinin gelmediği gibi.

Biz, bambaşka bir şehirde meslek hayatına yeni başlamış kimselerdik ve ne mutlu ki yolumuz Zühre ile kesişti. Zaten SDÜHF'de göreve başlayan herkesi sıcacık gülümsemesiyle ve hep demli olan kahvesiyle önce Zühre karşılardı. Tanımadığımız bir şehirde yeni bir hayata başlarken onunla tanışmak başımıza gelen en güzel şeydi. Çünkü Zühre bize yalnızlığımızı unuttururdu, şen kahkahasıyla neşe katardı, sohbetiyle enerji verirdi. Onun fakültedeki odası sanki büyülü bir yerdi ve bizim sığınağımızdı. Orkideleri, kokusu dışarıya yayılan kahveleri, her zaman bulunan şekerlemeleri, çok sevdiği kalemleri ve not defterleri ile Zühre hayata, bize ve herkese ışık saçardı. İsmiyle müsemmaydı, adeta aydınlatırdı. Gittiğinden beri bu dünya sanki yeterince parlak değil. Şimdi dönüp bakınca anlaşılıyor, Zühre bizi bir araya toplayan ve Isparta'da dört kişilik aile olabilmemizi sağlayanmış.

Zühre bu ailenin en maharetlisiydi. En güzel yemekleri o yapar, en güzel sofraları o kurar, en güzel atkıyı o örerdi. Akademik çalışma alanlarımız farklıydı ama konuştuğumuz her konuda en ilginç bakış açısını o sunardı. Zekiydi, sevdiği ve aklına koyduğu şeyler konusunda da tutkulu. Bir işi yapacaksa en iyi şekilde yapmalı, oyun bile oynasa birinci o olmalıydı. Herkese karşı naifti. Her canlıya iyilikle yaklaşırdı, bilhassa kedilere ve aramızdan ondan da erken ayrılan kedisine. Yüreği merhamet doluydu. Ona ihtiyacımız olan her anda yanımızdaydı. Bizimle beraber ağlar, beraber güler ve bizi bizden çok önemserdi. Gittiği her yere neşesini taşırdı. Öyle ki hastanede kaldığı birimin bile en sevileni ve stajyer doktorlarla hemşirelerin paylaşılamaz hastası olmuştu. Hastane odasını sıcacık bir yaşam alanına çevirmiş, servisteki diğer hastalara da sevgisini ve sıcaklığını yansıtmıştı.

Zühre sarsılmaz bir dağ gibiydi. Haksızlık gördü mü dayanamazdı, herkes sussa bile o susmazdı. Güçlü olduğunu hep bilirdik de ne kadar güçlü olduğunu hasta olunca anladık. Bu illet inatçıydı fakat Zühre ile henüz tanışmamıştı, dayanması güçtü ama Zühre daha güçlüydü. Hastalık nüksettiğinde sendelemişti

evet ama gözlerindeki parıltıyı hiç kaybetmeden yoluna devam etmişti, etmiştik, çünkü beraberdik. Bu sefer aramızda uzun yollar vardı, başka şehirlerdeydik lakin birlikteydik, uzun yıllar da böyle olacağına inancımız tamdı. Yıllarca beraber geçirdiğimiz ve hastalığı boyunca da online yaptığımız tüm doğum günleri, bayramlar ve yeni yıl kutlamalarında yine beraber olacaktık. Şimdi ise her şey Zühresiz, her şey çok eksik.

Zühre, hayatının anlamını bilen ve onu doyasıya yaşayan biriydi. Yürüdüğü yolda onunla her anını paylaşmanızı isterdik. Ama en çok hastalandığında bu hayata nasıl sımsıkı sarıldığı görülmeliydi. Yaşama sevinciyle doluydu, sesini duyabildiğimiz o son güne kadar gelecek güzel günlerden bahsetmeyi hiç bırakmamıştı. Zühre'yi tanıyabildiğimiz, onunla yaşayabildiğimiz ve paylaştığımız tüm anlar için çok mutluyuz. Paylaşamayacaklarımız için bir o kadar hüzünlü, konuşulmuş ve ertelenmiş tüm planlarımız içinse çokça üzgün.

Zühre'den ne kadar bahsetsek hep az gelecek bize. Onu ne kadar anlatsak tam anlatabilmiş olmayacağız. Koca bir arkadaşlık, Zühre gibi harika bir dost ve hayat yoldaşı için kelimelerin yeteceğini de düşünmüyoruz. Çünkü o, bu sayfalara sığmayacak kadar şahane bir insandı ve bizden ayrılmadı. Hala daha bazı cümleler "Zühre bunu çok sever" diye başlıyor, ondan bahsedilen fiiller geniş zaman kipiyle çekiliyor ve hala herhangi bir şeyi paylaşmak için elimiz telefonumuza ilk Zühre'yi aramak için gidiyor. Şimdi onsuzken büyütmeye devam ettiğimiz bir sevgisi var içimizde. Onun gülen yüzünü, yüreğinin sıcaklığını ve sarsılmaz dostluğunu hep hissediyoruz, hissetmeye devam edeceğiz.

İyi ki varsın Zühre. 09/12/2022

Merve AKKAYA, Betül AZAKLI ARSLAN ve Esra DURSUN

İyiliğin dünyadaki vücut bulmuş hâli Zühremize;

Hayatımızın en zor yazısı. Ne yazarsak yazalım duygularımızı tam olarak ifade edemeyeceğimizi biliyoruz. Aramızdan zamansız ayrılışın içimizi öyle yaktı ki... Gidişinden sonra yüreğimizde oluşan boşluk, hiçbir zaman kapanmayacak. Hayatımızın sonuna kadar eksik kalacağız.

Kısacık hayatına sayamayacağımız kadar iyilik ve güzel anı sığdırdın. Seninle çokça vakit geçirebilmiş olmanın şansını, aramızdan ayrılınca daha çok idrak ettik. Yurt günlerimizden nikâh şahitliğimize, sonrasında Acıbadem günlerimize ve Toprak'a harika bir teyze oluşuna kadar sayısız anılarımız her an aklımızda. Bazı günler hâlâ yanımızdaymışsın gibi hissediyoruz. Bazı günler ise yüreğimizdeki boşluk hissi ağır basıyor ve gökyüzüne umutsuzca bakıp bizi görüyor olmanı diliyoruz. Birlikte geçirdiğimiz tüm güzel anılar için çok teşekkür ederiz. Yarım kalmış onca hikayeni ve birlikte planladıklarımızı başka bir yerde gerçekleştirmek ümidiyle...

Seni çok seviyoruz.

Ezgi KÜÇÜK ve Alper Tunga KÜÇÜK

KAMU HUKUKU

PUBLIC LAW

AN ASSESSMENT ON THE ROLE OF THE TURKISH OMBUDSMAN INSTITUTION AND THE HUMAN RIGHTS AND EQUALITY INSTITUTION OF TURKEY IN PROTECTING MIGRANTS IN DETENTION(*)

Doç. Dr. Meltem İNELİ CİĞER(**)
Arş. Gör. Özgenur YİĞİT(***)

Abstract

This article focuses on different mechanisms and procedures of the Turkish Ombudsman Institution and the Human Rights and Equality Institution of Turkey to protect the fundamental rights of migrants detained pending removal in Turkey. In particular, the article examines the role of both institutions and the effectiveness of their complaint and reporting mechanisms in protecting migrants in detention. In the first section, immigration detention in Turkey and challenges that foreigners face in removal centres are reviewed to emphasize the significance of the complaint and reporting mechanisms of both Institution's for the protection of detained migrants in Turkey. Whilst the second section examines the Ombudsman Institution and the effectiveness of its complaint's mechanism in the context of immigration detention, the third section focuses on the HREIT and its reporting mechanism and assesses the effectiveness of its

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 05.09.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 27.11.2022.
Atıf Şekli: Meltem İneli Ciğer - Özgenur Yiğit, "An Assessment on the Role of the Turkish Ombudsman Institution and the Human Rights and Equality Institution of Turkey in Protecting Migrants in Detention", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 503-534.
Bu makaleyi sevgili Arkadaşımız Zühre Elvan'ın anısına atfediyoruz.

(**) Suleyman Demirel University, Faculty of Law, Assistant Professor.
E-posta: meltemciger@sdu.edu.tr.
Orcid: http://orcid.org/0000-0003-4440-4042.

(***) Suleyman Demirel University, Faculty of Law, Research Assistant.
PhD Candidate, Ankara University Faculty of Law.
E-posta: ozgenuryigit@sdu.edu.tr.
Orcid: http://orcid.org/0000-0002-0181-4917.

reports on removal centers and other places where foreigners are deprived of their liberty. The article concludes with a number of recommendations on how both Institution's complaint and reporting mechanisms and their role in protecting migrants in detention can be improved.

Keywords

Immigration Detention, Turkish Ombudsman Institution, HREIT, Migrants in Detention, Removal Centres.

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU VE KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU'NUN İDARİ GÖZETİM ALTINDAKİ YABANCILARIN KORUNMASINDAKİ ROLÜNE İLİŞKİN BİR DEĞERLENDİRME

Öz

Bu makalede Türkiye'de sınırdışı edilmek üzere idari gözetim altında tutulan yabancıların temel haklarının korunması hususundaki farklı mekanizma ve prosedürler Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu çerçevesinde ele alınmaktadır. Özellikle idari gözetim altında tutulan yabancıların korunması ve Geri Gönderme Merkezlerindeki şartların uluslararası insan hakları hukukunda öngörülen standartlara uygun olması konusunda bu kurumların rolü ve başvuru ve raporlama mekanizmalarının etkinliği incelenmektedir. Makalenin ilk kısmında Türkiye'de idari gözetim altında tutulan yabancıların karşılaştığı temel sorunlar ile Kamu Denetçiliği Kurumu ve TİHEK'in şikayet ve raporlama mekanizmalarının idari gözetim altında tutulan yabancıların korunması için neden önemli olduğuna ilişkin açıklamalar yer almaktadır. İkinci kısmında Kamu Denetçiliği Kurumu incelenirken üçüncü kısmında TİHEK ele alınmaktadır. Sonuç kısmında ise her iki kurumun şikayet ve raporlama mekanizmalarının ve bunların etkinliğinin nasıl iyileştirilebileceğine dair önerilere yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler

İdari Gözetim, Kamu Denetçiliği Kurumu, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, İdari Gözetim Altında Tutulan Yabancılar, Geri Gönderme Merkezleri.

I. INTRODUCTION

The Turkish Ombudsman Institution and the Human Rights and Equality Institution of Turkey are national human rights institutions that seek to protect and promote human rights in Turkey through their application and reporting mechanisms.[1] This article focuses on the current state and capacity of the Turkish Ombudsman Institution and the Human Rights and Equality Institution of Turkey and the effectiveness of their complaint and reporting mechanisms in preventing unlawful and arbitrary detention and protecting the rights of migrants and vulnerable individuals in detention. In doing so, the report identifies the reasons that both the Ombudsman Institution and HREIT's capacity and effectiveness of their application and reporting mechanisms in protecting migrants in detention are rather limited.

Section 1 reviews immigration detention in Turkey, the main problems faced by detained migrants pending removal and the reasons that complaint and reporting mechanisms of the Turkish Ombudsman Institution and HREIT are important for the protection of migrants in Turkey. Whilst, Section 2 examines the Ombudsman Institution, its complaint mechanism and the effectiveness of its application procedure in protecting the rights of migrants in detention, Section 3 focuses on the Human Rights and Equality Institution of Turkey, its site visits and the effectiveness of its reporting mechanism in protecting migrants and vulnerable individuals in detention. The article concludes with a number of recommendations on how both Institution's complaint and reporting mechanisms and their role in protecting migrants in detention can be improved.

A. Why Complaint and Reporting Mechanisms Matters for Detained Migrants in Turkey: An Overview of Immigration Detention and Challenges for Migrants in Accessing Fundamental Rights in Detention

The legal framework governing the deprivation of liberty of foreign nationals is set out in Articles 57 to 59 of the Turkish Law on Foreigners and International Protection (LFIP)[2]. The Presidency of Migration Management (PMM) runs 30 Removal Centres including 2 temporary centres in Iğdır and

---

1 Bkz. Muharrem Kılıç, "İnsan Haklarının Kurumsallaşması: Ulusal İnsan Hakları Kurumları", Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, 2022, 8(15), p. 26; Çağrı Çakır, "Institutionalisation of human rights in Turkey in the context of international assessment mechanisms" (MS thesis) Middle East Technical University, 2013.

2 RG. 11.04.2013, S. 28615.

Malatya and the total capacity of all the Removal Centres is 15.908 persons.[3] An Implementing Regulation[4] on the LFIP has been adopted in 2016 and there are several circulars issued by the formerly the Directorate General of Migration Management (now the PMM), namely the Circular setting out guidelines on the operation of removal centres (dated 18 February 2016) and two subsequent Circulars issued on 12 and 13 October 2016 on access to subsistence.[5] The LFIP and the Implementing Regulation No. 29656 include crucial safeguards for asylum-seekers and migrants, including those relating to immigration detention, however not all these safeguards are respected in practice.[6]

The European Court of Human Rights (ECtHR) has decided that arbitrary detention practices and the detention of migrants in substandard conditions in Turkey violated Article 3, Article 5[7], and Article 13 of the ECHR in many cases which concerned the period before the adoption of the LFIP.[8] In a number of recent cases following the adoption of the LFIP, the Court similarly concluded that violations of the ECHR took place in relation to deprivation of liberty of foreigners: the Court, in *GB and others v. Turkey*[9], noted that the detention conditions in Kumkapı Removal Centre caused the applicants (a mother and her three children) distress which exceeded the unavoidable level of suffering inherent in detention and violated Article 3 of the ECHR whereas, material conditions in which the applicants were detained at the Gaziantep Removal Centre was not suitable for young children. More importantly, the Court provided that *"the detention of minor immigrants even for very short periods of time in unsuitable conditions gives rise to issues under Article 3".* In this judgment, it is also noted that there is no effective remedy to challenge inadequate detention conditions in the migration context in Turkey.[10] In a recent case de-

---

3 PMM, 'Centres', https://en.goc.gov.tr/removal-centres, (20.07.2022).

4 RG. 17.03.2016, S. 29656.

5 These Circulars are not publicly available.

6 See ft (n 8), (n 9), (n 11).

7 Bkz. Tolga Şirin, ***Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*** (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1), 2018.

8 See for instance Yarashonen/Turkey, App. No: 72710/11, 24/06/2014; Boudraa/Turkey, App. No: 1009/16, 28/11/2017; Khaldarov/Turkey, App. No: 23619/11, 5/09/2017; Alimov/Turkey App. No: 14344/ 13, 6/09/2016; Abdolkhani and Karimnia/Turkey, App. No: 30471/08, 22/09/2009; Dbouba/Turkey, App. No: 15916/09, 13/07/2010.

9 G.B. and others/Turkey, App. No: 4633/15, 17/01/2020.

10 Cf. Gamze Ovacık, "Compensation for Unlawful Practices related to Administrative Detention of Foreigners in Turkey", ***Public and Private International Law Bulletin***, 2021, 41(1), p. 58, 59.

cided in June 2022, *Akkad v. Turkey*[11], the Court noted that *"the legal safeguards afforded by the national legislation (LFIP)- designed to provide protection against arbitrariness to persons in detention pending their expulsion - had not taken effect in the applicant's case"* and concluded that Article 5§1 of the ECHR is violated. As illustrated by these cases, not all detention practices in Turkey are in line with the safeguards established under the LFIP as well as the ECHR and still today arbitrary and unlawful detention takes place.

A number of significant problems in relation to lawfulness and arbitrariness of detention exits: these include problems with regard to registration of international protection applications in Turkey leading asylum seekers to be apprehended as 'irregular migrants' and promptly detained pending removal in Removal Centres[12], detention beyond 48 hours prior to transfer to a Removal Centre (although this is unlawful under the LFIP)[13], absence of proper identification of vulnerabilities before the adoption of an administrative detention decision[14], absence of due consideration of alternatives to detention which have been introduced by Art. 57/A in the LFIP in 2019 while deciding on whether a migrant should be detained.[15] Moreover, frequent use of adminis-

---

11 Akkad/Turkey, App. No: 1557/19, 21/06/2022.

12 European Commission, European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations, 'Turkey Report 2021' 19.10.2021, https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/turkey-report-2021_en, (20.07.2022), para 17.

13 Turkish Constitutional Court, B.T., App. No: 2014/15769, 30/11/2017.

14 Whereas, immigration detention of children and other vulnerable individuals can raise issues under Article 3 of the ECHR especially when the conditions of detention, its duration, the person's particular vulnerabilities and the impact of the detention on the detained foreigner are taken into account. See Council of Europe, "Report of the fact-finding mission to Turkey by Ambassador Drahoslav Štefánek, Special Representative of the Secretary General on Migration and Refugees 15-26 March 2021" Information Documents SG/Inf(2021)35, 29.11.2021, https://rm.coe.int/report-of-the-fact-finding-mission-to-turkey/1680a4b673, (20.07.2022). Similarly, it is noted by the CAT Committee, Turkey needs to formulate clear guidelines and related training on the identification of torture victims among asylum seekers and migrants, United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment Committee against Torture, "Concluding observations on the fourth periodic reports of Turkey", CAT/C/TUR/CO/4, 2016, https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/109/81/PDF/G1610981.pdf?OpenElement, (20.07.2022).

15 The detention of vulnerable individuals can violate Article 5 § 1(f) if the aim pursued by detention can be achieved by other less coercive measures including alternatives to detention in the light of the specific circumstances of the individual case. *Nikoghosyan and others/Poland,* App. No: 14743/17, 03/03/2022, § 86 and 88; *Rahimi/Greece,* App. No: 8687/08, 05/07/2011) §§ 108-110.; *Yoh-Ekale Mwanje/Belgium,* App. No: 10486/10, 20/11/2011.; Council of Europe/European Court of Human Rights, "Guide on the case-law of

trative detention for minors accompanied by their family members and other vulnerable individuals[16] and the absence of adequate information provided to detained migrants in simple, non-technical language that they can understand although the essential legal and factual grounds for his deprivation of liberty.[17]

There are many cases decided by the ECHR[18] and Turkish Constitutional Court[19] in addition to the reports published by CPT[20] and others[21] that identify different challenges for the detained migrants in accessing fundamental rights in detention and inadequate or sub-par detention conditions in Removal Centres. These challenges include, *inter alia*, not enough information being provided to migrants in a language that they understand upon their arrival in the Removal Centres on their rights and entitlements including the right to apply for international protection, the right to appeal a removal or a detention decision[22], problems with regard to access to legal counselling and interpreters[23], overcrowded centres[24], vulnerable individuals including children, pregnant women, persons with disabilities, single parents, elderly persons with health

---

the European Convention on Human Rights Immigration" 30 April 2022, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Immigration_ENG.pdf, (20.07.2022), para 27. See for problems relating to the Turkish practice see G.B. and others/Turkey; see also United Nations Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, "Concluding observations on the initial report of Turkey", CMW/C/TUR/CO/1, 2016, p. 12.

16 European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), "Report to the Turkish Government on the visit to Turkey from 10 to 23 May 2017", CPT/Inf (2020) 22, 2020, https://rm.coe.int/16809f209e, (20.07.2022), para 38.

17 See for this obligation see: *Khlaifia and others/Italy,* App. No. 16483/12, 15/12/2016 § 115.; for problem in this regard see Council of Europe, 'Report of the fact-finding mission to Turkey by Ambassador Drahoslav Štefánek, para 82.

18 See G.B. and others/Turkey, App. No. 4633/15, 17/01/2020.

19 See for instance, B.T., App. No. 2014/15769, 30/11/2017.

20 CPT, "Report to the Turkish Government on the visit to Turkey from 10 to 23 May 2017".

21 European Commission, "Turkey Report 2021', https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/turkey-report-2021_en, (20.07.2022), p. 12; Global Detention Project, "TURKEY: Joint Submission to the Committee on the Elimination of Discrimination against Women" 16 May 2022, https://www.globaldetentionproject.org/turkey-joint-submission-to-the-committee-on-the-elimination-of-discrimination-against-women, (20.07.2022).

22 Council of Europe, "Report of the fact-finding mission to Turkey by Ambassador Drahoslav Štefánek", para 84.

23 Council of Europe, "Report of the fact-finding mission to Turkey by Ambassador Drahoslav Štefánek", para 85.

24 *Yarashonen/Turkey*, § 74-81.; *G.B. and others/Turkey* §103.

conditions, LGBTI, sex workers and victims of trafficking being held in immigration detention not receiving sensitive or appropriate treatment,[25] absence of suitable psychosocial and educational activities for the detained migrants particularly the absence of play areas, preschool and education activities for young children[26], not enough access to outdoor activities, health care and recreational activities etc.[27] and limited access of the detained migrants to their countries' consulates, lawyers, UNHCR and sometimes family members and relatives.[28] Finally it is reported that detained migrants experience difficulties in applying for international protection in Removal Centres.[29] Although since the adoption of the LFIP both detention conditions and access to fundamental rights have been improved in Removal Centres, to a certain extent, many challenges persist today and Turkish practice of immigration detention is not fully in line with international legal norms provided under the ECHR and other international human rights instruments.

II. THE OMBUDSMAN INSTITUTION

A. The Ombudsman Institution, a Brief Introduction

The Ombudsman Institution is regulated by Article 74 of the Turkish Constitution titled "Right of Petition, Right to Information and Appeal to the Ombudsman" which provides that the Institution of the Ombudsperson (hereinafter the Ombudsman Institution), which is established as a constitutional public entity under the Grand National Assembly of Turkey, examines complaints on

---

25 United Nations Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, "Concluding observations on the initial report of Turkey", para 12.; Global Detention Project, "TURKEY: Joint Submission to the Committee on the Elimination of Discrimination against Women".

26 CPT, "Report to the Turkish Government on the visit to Turkey from 10 to 23 May 2017", para 116.

27 CPT, "Report to the Turkish Government on the visit to Turkey from 10 to 23 May 2017", para 48.

28 CPT, "Report to the Turkish Government on the visit to Turkey from 10 to 23 May 2017", para 72-75.; K. Biehl, M. Açıkgöz, "Migration and Asylum Sub-Sector Review and Gaps Assessment to Help Define Priorities of Future IPA III Programming in Turkey", https://www.avrupa.info.tr/sites/default/files/2021-12/Final%20Report%20Sector%20Study%20Migration%20and%20Asylum.pdf, (20.07.2022), p. 80.

29 CPT, "Report to the Turkish Government on the visit to Turkey from 10 to 23 May 2017", para 95.

the functioning of the administration. The Institution and its mandate are governed by Law on the Ombudsman Institution No. 6328 dated 14 June 2012.[30]

The Institution has its own private budget that comprises the treasury funds which is allocated from the budget of the Parliament.[31] According to Article 5 of Law No. 6328, the Institution is responsible for examining, investigating and submitting recommendations to the administration regarding all acts and actions of the administration upon complaint on the functioning of the administration. It is regulated under article 6 of the Regulation on Procedures and Principles Concerning the Implementation of Law on the Ombudsman Institution that "while conducting examinations and investigations, the Institution shall obey the good governance principles and monitor whether the acts and actions of the administration are fulfilled with an understanding of human rights-based justice and in conformity with principles of good governance such as compliance with laws, prevention of discrimination, proportionality, abuse of power, equality, impartiality, honesty, courtesy, transparency, accountability, compliance with the fair expectation, protection of vested rights, right to be heard, right to defense, right to be informed, taking a decision in a reasonable period, taking reasoned decisions, indicating remedies against decisions, notifying the decision without delay and protection of personal data."[32]

The Institution consists of the office of the chief ombudsman and the office of the secretary general.[33] The Chief Ombudsman, five Ombudsmen work under the supervision of the Chief Ombudsman.[34] According to Article 11 of Law No. 6328, the Chief Ombudsman is elected by a 2/3 majority in the Parliament. Both the Chief Ombudsman and Ombudsmen are elected by the Parliament for four years and may be re-elected. The Chief Ombudsman is required to take an oath before the General Assembly of the Parliament and five ombudsmen shall also take an

30 RG. 29.06.2013, S. 28338.

31 Article 1, 29 of Law No. 6328; The Ombudsman Institution, "Annual Report 2020", https://www.ombudsman.gov.tr/English/kdk-pdf/2020_anual_report/mobile/index.html, (20.07.2022).

32 RG. 28.03.2013, S. 28601.

33 Reşit Gürbüz, ***İdare Hukuku,*** Hür Yayıncılık, 2016, p. 551; Şükrü Mert Karcı, ***Ombudsman: İskandinav Modelleri ve Türkiye Uygulaması***, Seçkin Yayıncılık, 2016, p. 196.

34 The Ombudsman Institution Organization Chart, https://www.ombudsman.gov.tr/Teskilat Semasi, (20.07.2022).

oath in commissions after their elections.[35] No authority or person can give orders to the lead auditor or auditors.[36] According to the Article 12 of Law No. 6328, "The Chief Ombudsman and ombudsmen must act in compliance with the principle of the independence and impartiality during the exercise of their duties."

The Turkish Ombudsman Institution is a relatively young institution. The Parliament elected Turkey's first Chief Ombudsman in November 2012 and the Institution became operational and started to receive complaints in March 2013.[37] As of 2021, the Ombudsman Institution has 272 staff including 153 permanent staff (this includes experts, assistant experts, admin and support staff) and 76 workers.[38] The applications submitted by the migrants in detention and other foreign nationals are to be examined by Refugee and Migrant Rights Department led by Ombudsman Fatma Benli Yalçın.[39]

B. Application (Complaint) Mechanism

Applications to the Ombudsman Institution are free of charge and may be filed with the Institution via provincial or district governor's offices and it is possible to lodge an application via website of the Institution, phone or fax[40]. Natural and legal persons whose interests, rights or freedoms are violated may apply (file a complaint) to the Ombudsman Institution against all kinds of acts, actions, attitudes and behaviours of the administration.[41] Turkish citizens, vul-

---

35 Article 12 of the Law on the Ombudsman Institution.; Hasan Tahsin Fendoğlu, ***Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık)***, Yetkin Yayınları, 2011, p. 162.

36 Hasan Tahsin Fendoğlu, Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık), p. 160.

37 European Commission, 'Turkey Report 2021'.; Büşra Bayan, "Ombudsman in Turkish Republic: The Ombudsman Institution" in Kadir Caner Dogan and Ömer Ugur (eds), ***Public Administration and Public Finance Research***, Lyon, 2021, p. 205; Naomi Creutzfeldt, Nick O'Brien, Marek Nowicki, "A Comparative Review on Ombuds, Recommendations of Action for the Turkish Ombudsman and Guidelines for the Ombudsman and Public Authorities", October 2021, https://rm.coe.int/oi-report-web-2790-3490-7908-1/1680a45112, (20.07.2022), p. 16.; Kemal Gözler, Gürsel Kaplan*, **İdare Hukuku Dersleri***, Ekin Yayınları, 2021, p. 810.

38 The Ombudsman Institution, "Annual Report 2021", 2021, p. 544.

39 The Ombudsman Institution, "Annual Report 2021", 2021, p. 65. It is noted in a number of reports that the capacity of the Institution in particular the number of staff dealing with application procedure is not enough to decide on the applications in a swift manner. Cf. European Commission, "Turkey Report 2021".; Büşra Bayan, "Ombudsman in Turkish Republic: The Ombudsman Institution", p. 206.

40 The Ombudsman Institution, "Annual Report 2021", p. 54.

41 The Ombudsman Institution, "What Do We Do and How Can We Help You", https://www.ombudsman.gov.tr/English/how-we-can-help-you, (20.07.2022).

nerable groups in the society such as children, the disabled persons, refugees as well as legal entities such as associations and companies whose interest has been violated by the administration have right to apply to the Ombudsman Institution.[42] Violation of the applicants' own interests is not required if the complaint concerns fundamental rights and freedoms, women rights, rights of the children and general matters concerning the public. Applications may be kept confidential upon the request of applicants.[43]

The Ombudsman Institution including Chief Ombudsman and Ombudsmen is competent to investigate complaints submitted by persons deprived of their liberty including migrants in detention. The Ombudsman Institution has no *ex-officio* powers[44] which limits its effectiveness in protecting the fundamental rights of migrants and refugees.

Article 17(4) of the Law No. 6328 provides that *"Before any application is filed with the Institution, the administrative remedies listed in Administrative Jurisdiction Procedures Law dated 6/1/1982 and numbered 2577 and the man-*

---

[42] Admissibility criteria for complaints made before the Ombudsman Institution can be summarized as follows: 1. Applicants should be natural and legal persons whose interests, rights or freedoms are violated. However, violation of interests of the applicant/s shall not be sought in the event that the complaint is about human rights, fundamental rights and freedoms, women rights, rights of children and general matters concerning the public. 2. An application should contain a specific matter. 3. An application should not concern the disputes which are being dealt with or have not been resolved by judicial organs.4. An application should not concern the acts relating to the execution of the legislative power, the execution of the judicial power or the acts of the Turkish Armed Forces, which are of military nature.5. An application shall be made with a petition which is written in Turkish and bears the full name, signature, residence or work address, the citizenship ID number for citizens of the Republic of Turkey, the passport number for foreign persons, or, if the applicant is a legal person, the title and residence of the legal person, and the title of the authorized person, and if any, central legal person number and authorization certificate.6.The Ombudsman Institution is only obliged to accept applications in Turkish. If an applicant can express himself better in another language and this is deemed reasonable by the Authority, the application petition in a language other than Turkish can also be accepted. 7. An application should not have the same subject-matter of a case/complaint that have been previously resolved. 8.Before application the administrative remedies listed in Administrative Jurisdiction Procedures Law dated 6/1/1982 and numbered 2577 and the mandatory administrative remedies specified under special laws must be exhausted. 9.Application may be filed with the Institution within six months following the date of notification of the response to the application filed with the administration or after the termination of the sixty-day period during which the administration fails to respond to the application.

[43] Article 17 of Law No. 6328.

[44] European Commission, "Turkey Report 2021", p. 12.

datory administrative remedies specified under special laws must be exhausted. Any application filed before exhausting administrative application remedies shall be sent to the relevant institution. However, in cases where it is likely to have damages which are hard or impossible to compensate, the Institution may accept applications even if administrative remedies are not exhausted." This means, the applicant needs to apply to the relevant administrative authority before applying to the Ombudsman Institution. If the applicant has not exhausted administrative remedies, the Ombudsman Institution sends the application to the relevant administrative authority which is called *a decision of referral*.[45]

The Institution is to finalise its examination and investigation within six months following the date of application. The Ombudsman Institution may adopt the following decisions upon investigating the complaint: the Institution may deem an application invalid or decide to merge or separate applications. Moreover, the Institution may issue a decision of referral or inadmissibility, an amicable settlement decision, a decision as to no ground exists for taking decisions, a decision of refusal, a partial recommendation partial refusal and recommendation.[46] The Ombudsman Institution's decisions are not binding.[47]

C. Site Visits, Special Reports and Other Activities

In 2021, the Ombudsman Institution experts together with Chief Ombudsman and Ombudsman Fatma Benli have visited Aydın and Izmir Harmandalı Removal Centres but the objective of this visit was to obtain information from detained migrants on pushbacks at the Aegean Sea by the Greek forces not to supervise detention conditions and/or investigate ill-treatment claims.[48] The Turkish Ombudsman Institution can issue reports, including special reports, and make appropriate recommendations to administrative authorities.[49] Accordingly, both Chief Ombudsman and Ombudsmen have the authority to prepare special reports on issues that they deem necessary. So far, the Om-

---

45 Halil Kalabalık, ***İdare Hukuku Dersleri Cilt II,*** Seçkin Yayıncılık, 2021, p. 448.

46 The Ombudsman Institution, "Annual Report 2021", p. 66

47 Onur Kaplan, "Kamu Denetçiliği Kurumu Tarafından Verilen Tavsiye Kararlarının Hukuki İşlevi ve Etkisi", ***Ombudsman Akademik,*** 2020, sayı 13; Şükrü Mert Karcı, "Ombudsman Tavsiye Kararları ve Türk Kamu Yönetiminde Uygulanabilme Sorunu", ***Ombudsman Akademik***, 2015, p. 43.

48 The Ombudsman Institution, "Annual Report 2021", p. 34, 489.

49 Naomi Creutzfeldt, Nick O'Brien, Marek Nowicki, "A Comparative Review on Ombuds", p. 89.

budsman Institution has prepared special reports on Syrians[50] and pushbacks in the Aegean.[51] However, there is no mention of the detention of migrants in Turkey in these reports.[52]

D. Why is the Ombudsman Institution's Contribution to the Protection of Migrants in Detention Limited?

Firstly, the limited visibility of the Turkish Ombudsman Institution especially in removal centres where migrants are deprived of their liberty can be accounted for the low number of applications hence, the decisions delivered by the Institution. As noted by 'A Comparative Review on Ombuds Project on Improving the Effectiveness of the Administrative Judiciary'[53], it is estimated that only a relatively small number of people are currently aware of the Ombudsman Institution and that they can file a complaint especially outside of Ankara and other urban cities.[54] The absence of visibility of the Turkish Ombudsman Institution is one of the reasons that the number of applications submitted by migrants in detention is low.[55] Moreover, decisions of the Om-

---

50 The Ombudsman Institution, "Syrians in Turkey: Special Report", 2018, https://www.ombudsman.gov.tr/English/kdk-pdf/syrians/index.html#p=3, (20.07.2022).

51 Turkish Ombudsman Institution, "Pushback" of Human Rights, June 2022, https://www.ombudsman.gov.tr/English/kdk-pdf/geri-itme-ozel-raporu-ingilizce/geri-itme-ozel-raporu-ing-v04tbmmson.pdf, (20.07.2022).

52 A number of reports noted that the Turkish Ombudsman Institution cannot be accepted as operationally, structurally or financially independent moreover, its members are not appointed in compliance with the principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles). It is claimed that this is one of the reasons that the Institution has remained silent on politically critical issues concerning fundamental rights. The fact that the Institution drafted special reports on pushbacks at the Aegean by the Greek forces but not on violations of migrant and refugee rights in Turkey can be regarded as a result of the Institution's absence of independence. European Commission, "Turkey Report 2021", p. 12.; European Commission Against Racism and Intolerance, "ECRI Conclusions on the Implementation of the Recommendations in Respect of Turkey Subject to Interim Follow-up", 2019, https://rm.coe.int/interim-follow-up-conclusions-on-turkey-5th-monitoring-cycle-/168094ce03, (20.07.2022).; Silvia D'Elia, "Assessing the "Quality of Democracy" in Turkey", ***Democracy and Security,*** 2016, 12(3), p. 191.

53 Naomi Creutzfeldt, Nick O'Brien, Marek Nowicki, "A Comparative Review on Ombuds", p. 66.

54 Naomi Creutzfeldt, Nick O'Brien, Marek Nowicki, "A Comparative Review on Ombuds", p. 66.

55 Ümran Güneş, "Türkiye'de İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Ulusal İnsan Hakları Kurumları: Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu", ***Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi***, 2018, 20 (1), p. 183; Ümit Arklan, "Bir Kamu Denetim Sistemi Olarak Ombudsman ve Türkiye'de Uygulanabilirliği", ***Selçuk Üniversitesi İletişim Fakültesi Akademik Dergisi***, 2013, 4(3), p. 98.

budsman Institution is non-binding so migrants in detention and their lawyers may prefer to apply before the courts rather than filing an application before the Institution.

Secondly, the Turkish Ombudsman does not have the power to act on his/her own initiative (*ex officio*) and visit prisons and detention places including removal centres without receiving an application. This is cited, even by the Institution itself as, an element that is contrary to Article 16 of the Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution[56] (Venice Principles).[57] It is noted that the Institution's mandate if expanded to enable it to conduct such visits and act *ex officio*, will highly contribute to the protection of human rights in particular the rights of vulnerable groups.[58]

Thirdly, it can be argued that not all applications by migrants in detention is comprehensively examined and investigated by the Institution. So far, the Turkish Ombudsman Institution delivered a decision on only one application relating to administrative detention thus, the argument made here is based on this decision alone. The said application concerned detention conditions and treatment of migrants in Aydın Removal Centre (App No 2021/7021, 01/03/2022).[59] The applicant complained of inadequate detention conditions (overcrowded rooms, lack of hot water and unsuitable detention conditions for children) and made serious allegations of different forms of ill-treatment of migrants in Aydın Removal Centre, it is also argued that due to ill-treatment, an Afghan detainee had committed suicide.[60] The applicant asked the suicide case to be investigated, the detained migrants to be treated in humane manner and detention conditions to be improved.[61] To examine the investigation, Chief Ombudsman and other experts visited the Aydın Removal Centre and met with different stakeholders including Removal Centre's management and

---

[56] See for the principles: European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Principles on the Protection and Promotion of the Ombudsman Institution ("The Venice Principles") Opinion No. 897 / 2017, Strasbourg, 3 May 2019, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2019)005-e, (19.08.2022).

[57] The Ombudsman Institution, "Annual Report 2020", p. 124.

[58] The Ombudsman Institution, "Annual Report 2020", p. 124.

[59] App. No: 2021/7021, (2022).

[60] App. No: 2021/7021, (2022), para 1.

[61] App. No: 2021/7021, (2022), para 15.

staff, detainees and a lawyer (who was at the time of the visit at the Removal Centre by chance). In the report, various ECtHR decisions, Turkish Constitutional Court decisions, and CPT conclusions were cited and detention standards prescribed by these reports and cases are summarized.

In this decision, it is noted that since the ill-treatment allegations lacked specifics such as names and dates, these claims cannot be investigated fully and that there will be no in-depth investigation of these concrete allegations. It is also noted that during their visit to Aydın Removal Centre none of the detainees complained of ill-treatment so the Ombudsman Institution simply concluded there was indeed no ill-treatment.[62] The Ombudsman Institution also found that there was no violation of the right to life in relation to the suicide of the detainee nevertheless, it recommended that additional risk assessment should be done and further measures should be adopted to prevent suicides at the centre. It also recommended the staff of the Aydın Removal Centre to be trained with regard to the suicide risk of migrants. Moreover, with regard to inadequate detention conditions, the Institution recommended Aydın Removal Centre and Aydın Office of Migration Management to provide detained children access to hot water. A CoE Report concludes that, *"Ombudsman reports resulting from the Ombudsman's investigations should demonstrate that the case has been comprehensively and objectively investigated and the conclusions and recommendations have been formulated following thorough analysis."*[63] The reviewed case above does not exactly demonstrate that the case has been comprehensively and objectively investigated by the Ombudsman Institution. The fact that the Ombudsman Institution has found no violation of fundamental rights, concluded that no ill-treatment took place solely by interviewing the administration and a few detainees during their visit and only made a number of recommendations to prevent suicide and to improve access to hot water for children in removal centres suggests that the case has not been comprehensively investigated. While drafting the report, the Ombudsman Institution experts did not meet with Aydın Bar Association, international organisations including UNHCR, non-governmental organisations working on human rights and migrants' rights issues and other relevant stakeholders. In light of this, a final reason for the Ombudsman Institution's contribution to the protection of migrants in detention being limited can be identified as the ab-

[62] App. No: 2021/7021, (2022), para 47-52.

[63] Creutzfeldt, O'Brien, Nowicki, "A Comparative Review on Ombuds", p. 90.

sence of cooperation between the Institution and bar associations, lawyers CSOs and International Organisations such as UNHCR in investigating applications.

III. HUMAN RIGHTS AND EQUALITY INSTITUTION OF TURKEY (HREIT)

A. HREIT, a Brief Introduction

Human Rights and Equality Institution of Turkey (HREIT or TIHEK) was established in 2016 and the institution is governed by the Law on the Human Rights and Equality Institution of Turkey[64] (Law No. 6701). HREIT has administrative and financial autonomy and a private budget.[65] Duties of HREIT, as provided in Article 9 of Law no. 6701, include, *inter alia*, carrying out activities on the prevention of discrimination and examining, investigating, and deciding on the violations of non-discrimination in an *ex officio* manner or upon application. The HREIT also acts as a National Preventive Mechanism (NPM) within the framework of the provisions of the Optional Protocol to the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (OPCAT), and has a clear mandate to visit places of detention.[66]

The Institution consists of a Board which works as a decision-making body of the institution and the Presidency. The Board consists of eleven members, including a Head and a Deputy Head. Members of the Board is to be selected by the President of the Republic of Turkey. According to Article 10 of the law no 6701 "No body, authority, office or individual shall give orders nor instructions nor recommendations or suggestions to the Board on matters falling under its mandate." The Head of the Board shall also be the Head of the Institution can assign coordinators of service units and appoint other staff members of the Institution. As of 2021, the HREIT has 151 staff including 11 board members, 84 permanent and 18 temporary personnel.[67]

---

64 RG. 20.04.2016, S. 29690.

65 HREIT affiliated to the Ministry of Justice with Precidency Circular No 2018/1., https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180715-16.pdf, (20.07.2022).

66 Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Protection and Promotion of Human Rights, Fighting Against Discrimination, National Prevention Mechanism Against Torture and Ill Treatment", https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/03/1551881762.pdf, (20.07.2022).

67 HREIT, "Annual Report 2021", p. 17.

HREIT can only issue a binding decision within the scope of the violation of the prohibition of discrimination among the investigations made within the scope of human rights violations.[68] According to Article 25 of Law no 6701 *"In case of violation of non-discrimination principle, an administrative fine ranging from one thousand Turkish lira to fifteen thousand Turkish lira depending on the gravity of the effects and consequences of such violation, the financial situation of the perpetrator and aggravating effect of the multiple discrimination, shall be imposed on the relevant public institutions and agencies, professional organizations with public institution status, natural persons and legal persons established under private law responsible for the violation."* Applications may be lodged to the Institution through governorships in provinces and sub-provincial governorships in sub-provinces as well as by mail, electronic application system, e-mail, or fax.[69] According to Article 18 of Law No 6701, the Institution shall conclude applications and its *ex officio* inquiries within at latest three months following the date of application and ex officio inquiry decision. Such period may be extended by the Head of HREIT by a maximum of three months.[70]

B. Site Visits and Reporting

The HREIT acts as a National Preventive Mechanism within the framework of the OPCAT and is authorized to conduct regular visits, with or without prior notice, to the places where persons deprived of their liberties or those under protection are held, and prepares reports which include recommendations to relevant authorities.[71] This means, the HREIT is also authorized to visit detention sites *ex officio* or to investigate a certain claim of ill-treatment. Each year HREIT plans visits to different places where persons are deprived of their liberty including prisons, Removal Centres and transit zones. All reports relating to

---

[68] Hulusi Alphan Dinçkol, "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu'nun Ayrımcılık Yasağının İhlali Kapsamında İdari Yaptırım Yetkisi", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, 2021, 27(1), p. 209.

[69] HREIT, "Annual Report 2021", p. 22.

[70] The HREIT may adopt the following decisions: a) a decision of non-examination, b) a decision for justified inadmissibility, c) a decision for submission, d) a decision of violation, e) a decision of administrative sanction, f) a decision of conciliation, g) a rejection, h) a decision that there is no room for examination and decision. Cf. HREIT, "Annual Report 2021", p. 24.

[71] Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Protection and Promotion of Human Rights, Fighting Against Discrimination, National Prevention Mechanism Against Torture and Ill Treatment".

visits to detention places are available in Turkish except one: 21-page report of the HREIT's and a number of Oxford-based researchers' visit to Gaziantep Removal Centre on 12 September 2018, which includes mostly positive outcomes of the announced visit, is available in English.[72] As shown below, the number of visits conducted by the HREIT experts to removal centres and other places where foreigners are deprived of their liberty has clearly risen in 2022.

Site visits	**Date**	**Place**	**Report Number and Website**
1	11 December 2018	Kayseri Removal Centre	2018/14 https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/02/1551179762.pdf
2	December, 2018	Erzurum Aşkale Removal Centre	2018/16 https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/03/1551702339.pdf
3	December, 2018	İzmir Harmandalı Removal Centre	2018/18 https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/02/1551172797.pdf
4	February, 2019	Gaziantep Removal Centre	2019/05 https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/07/1562585466.pdf
5	27 August 2019	Ankara Esenboğa Airport Transit Zone	2019/13 https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2020/06/1592476766.pdf
6	7 January 2020	Muğla Ula Removal Centre	2020/01 https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2020/10/1601770225.pdf

[72] Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report on Visit to Gaziantep Removal Centre", 2019, 2019/05, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/09/1569223007.pdf, (20.07.2022).

Site visits	Date	Place	Report Number and Website
7	31 March 2020	Van Kurubaş Removal Centre	2020/10 https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2020/11/1604605860.pdf
8	20 October 2020	Ankara Akyurt Removal Centre	2020/20 https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2021/07/1625130267.pdf
9	30 November 2021	Ağrı Removal Centre	2021/17 https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2022/01/1643036153.pdf
10	4 January 2022	İzmir Adnan Menderes Airport Transit Zone	2022/01 https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2022/03/1646379900.pdf
11	4 January 2022	Kocaeli Removal Centre	2022/02 https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2022/04/1650539622.pdf
12	4 January 2022	Çanakkale Ayvacık Removal Centre	2022/04 https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2022/03/1646143695.pdf
13	1 March 2022	Kayseri Removal Centre	2022/07 https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2022/04/1650539666.pdf
14	2 June 2022	Antalya Removal Centre	2022/23 https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2022/07/1657107997.pdf

In 2018, the HREIT published three reports on Izmir Harmandalı Removal Centre, Kayseri Removal Centre and Erzurum Aşkale Removal Centre. In 2019, the HREIT published reports on Gaziantep Removal Centre and Ankara Esenboğa Transit Zone. In 2020, the HREIT published reports on Muğla Ula Removal Centre, Van Removal Centre and Ankara Removal Centres.[73] In 2021, HREIT has visited Removal Centre in Ağrı.[74] In 2022 (as of July 2022), HREIT has visited 4 Removal Centres namely, those in Antalya, Kayseri, Çanakkale and Kocaeli in addition to the transit zone in Izmir Adnan Menderes Airport.[75] There is a significant increase in the number of Removal Centres that the HREIT visited in 2022.

There are four problems, that are identified and explained in detail below, which raise issues in relation to the quality of visits to Removal Centres by the HREIT Board members and experts and reports that are produced as a result.

First, the majority of the site reports are written in a descriptive manner, summarizing physical detention conditions and the services available for the detained migrants. Unlike the CPT reports, the reports usually do not include any critical assessment. The assessments (*değerlendirmeler*) section of the reports is usually brief (ranging from 2 paras in Antalya Removal Centre Report[76] and Kayseri Removal Centre Report[77] to 7 paras in Ağrı Removal Centre Report[78]).

Second, the HREIT reports are far from being uniform both in substance and style. While some reports point out significant problems in relation to detention conditions, others do not even mention or necessarily examine the same issues.

---

73 Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report on Ankara Akyurt Removal Centre", 2020, 2020/20, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2021/07/1625130267.pdf, (20.07.2022).

74 Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report on Ağrı Removal Centre", 2021, 2021/17, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2022/01/1643036153.pdf, (20.07.2022).

75 Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report on İzmir Adnan Menderes Airport Transit Zone", 2022, 2022/01, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2022/03/1646379900.pdf, (20.07.2022).

76 Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report on Antalya Removal Centre", 2022, 2022/23, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2022/07/1657107997.pdf, (20.07.2022).

77 Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report on Kayseri Removal Centre", 2022, 2022/07, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2022/04/1650539666.pdf, (20.07.2022).

78 Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report on Ağrı Removal Centre", 2021, 2021/17, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2022/01/1643036153.pdf, (20.07.2022).

For instance, the report relating to the Kayseri Removal Centre clearly points out that Kayseri PDMM has not issued any decisions on alternatives to detention and recommends the local bar association to improve legal aid for those detained in the Kayseri Removal Centre and these are very important points[79], whereas other reports do not mention alternatives to detention at all. In relation to the style of the reports, whilst, Çanakkale Removal Centre Report does not have an assessment (*değerlendirme*) section[80] others do. The lack of uniformity between reports arguably lowers the quality of the HREIT reports.

Some reports do not identify any problems with the Removal Centre visited and make a number of weak recommendations whereas, others identify serious shortcomings in the visited centres.[81] Some reports are also clearly more critical than others; for instance, in the report relating to Antalya Removal Centre, it is pointed out that there is no room suitable for persons with disabilities, there are no emergency buttons in the rooms and there are many obstacles for the detained migrants to access legal aid.[82] Whilst, in the report concerning Removal Centre in Ağrı published in 2021[83], detention conditions and treatment of detained migrants were deemed good however, there is no comprehensive assessment on the identification of vulnerable individuals among the detained and/or psychosocial support offered to detainees.[84]

Third, it is clear from these reports that during site visits, HREIT officials only meet with and get information from the PMM provincial offices, sometimes governorates, and the administration of the Removal Centres visited and they interview detained persons, they do not meet with CSOs, bar associations, lawyers, International Organisations including UNHCR. This also leads to one-sided reporting and can be presented as one of the reasons that lower the quality of the HREIT visits and reports produced as a result of these visits.

---

79 Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report on Kayseri Removal Centre", 2022, 2022/07, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2022/04/1650539666.pdf, (20.07.2022), para 85.

80 Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report Çanakkale Ayvacık Removal Centre", 2022, 2022/04, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2022/03/1646143695.pdf, (20.07.2022).

81 See Antalya Removal Centre and Çanakkale Removal Centre Reports.

82 Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report on Antalya Removal Centre", 2022, 2022/23, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2022/07/1657107997.pdf, (20.07.2022).

83 Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report on Ağrı Removal Centre", 2021, 2021/17, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2022/01/1643036153.pdf, (20.07.2022).

84 ibid, only para 70 of the Report mentions psychosocial support.

Finally, fourth, none of the site visit reports acknowledge or acknowledge the possibility that ill-treatment took place in the visited removal centers (despite many cases brought before the ECtHR and issues raised by CPT and other reports). Moreover, assessment of whether any ill-treatment took place is only done by conducting interviews with the detained migrants and since most of these reports are a result of announced visits, the limited assessments in these reports may not necessarily reflect the reality.

C. Application (Complaint) Mechanism & Special Reports

The HREIT has the right to examine the allegations of violation of the right to equal treatment, discrimination or torture, and ill-treatment on the basis of the application. The application cannot be lodged in relation to other human rights violations although the HREIT has the authority to conduct an *ex officio* investigation on human rights issues if it considers necessary.[85] Every individual who claim to have suffered from violations of non-discrimination can apply to the HREIT however, the Institution only examines complaints in relation to the following discrimination grounds: *"sex, race, colour, language, religion, belief, sect, philosophical or political opinion, ethnic origin, wealth, birth, marital status, health status, disability and age"*.[86] These grounds are exhaustive and notably, the discrimination grounds of citizenship, sexual orientation and gender identity are missing[87]; as a result, applications concerning alleged discrimination on the grounds of nationality, sexual orientation or gender identity are

[85] Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Protection and Promotion of Human Rights, Fighting Against Discrimination, National Prevention Mechanism Against Torture and Ill Treatment". Article 20(3) of Law on the Human Rights and Equality Institution of Turkey provides that the HREIT Board and other HREIT staff can hear witnesses or meet with relevant persons during investigation moreover, the said law requires that the information and documents requested by the Institution concerning the issue of investigation to be provided within 30 days by the relevant administrative authority (otherwise, an administrative fine can be imposed). Cf. Ulaş Karan, D. Çiğdem Sever, "National Human Rights Institutions as a Human Rights Protection Mechanism the Cases of the Ombudsman and Human Rights and Equality Institution of Turkey", 2020, https://www.esithaklar.org/wp-content/uploads/2021/04/ESHID-TIHEK-RAPORU-ENG.pdf, (20.07.2022), p. 34.

[86] See Article 3 of the Law on the Human Rights and Equality Institution of Turkey.

[87] European Commission Against Racism and Intolerance, "ECRI Conclusions on the Implementation of the Recommendations in Respect of Turkey Subject to Interim Follow-up", p. 6; see also Karan, Sever, "National Human Rights Institutions as a Human Rights Protection Mechanism the Cases of the Ombudsman and Human Rights and Equality Institution of Turkey", p. 51.

not to be examined by the HREIT.[88] This limits the effectiveness of HREIT's application procedure for the protection of refugees, asylum seekers and migrants as well as preventing human rights violations in detention.[89] No decisions are available online on the applications by migrants so no assessment can be made on the level of quality of the HREIT's decisions.

The HREIT has so far issued two special reports on migrants and refugees. These reports concerned the principle of non-refoulement[90] and pushbacks at sea[91]. However, none of these reports examine in detail detention conditions and/or immigration detention in Turkey.

D. Why is the HREIT's Contribution to the Protection of Migrants and Vulnerable Groups in Detention Limited?

To begin with, similar to the Ombudsman Institution, accessibility to HREIT's application procedure and mandate as an NPM is generally considered limited.[92] The information on how to apply is only provided in English and Turkish and there is no office of HREIT outside of Ankara.[93] It is noted that HREIT's visibility is very limited[94], many Turkish citizens let alone foreigners are not aware of the Institution and its mandate. Not just the Institution but also

---

88 ECRI recommends discrimination grounds of citizenship, sexual orientation and gender identity to be included to the discrimination grounds and HREIT to examine applications relating to these discrimination grounds. See European Commission Against Racism and Intolerance, "ECRI Conclusions on the Implementation of the Recommendations in Respect of Turkey Subject to Interim Follow-up", p. 6.

89 Karan, Sever, "National Human Rights Institutions as a Human Rights Protection Mechanism the Cases of the Ombudsman and Human Rights and Equality Institution of Turkey", p. 48.

90 Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report on Deported Foreigners and the Principle of Non-Refoulement", 2022, https://www.tihek.gov.tr/sinir-disi-edilen-yabancilar-ve-geri-gonderme-yasagi-raporu-yayimlandi/, (20.07.2022). (Only available in Turkish)

91 Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report on Evaluation the Pushback Actions Against Asylum-seekers and Irregular Migrants from a Human Rights Perspective", 2022, https://www.tihek.gov.tr/siginmacilar-ve-duzensiz-gocmenlere-yonelik-geri-itme-eylemlerinin-insan-haklari-perspektifinden-degerlendirilmesi-raporu/, (20.07.2022). (Only available in Turkish)

92 Karan, Sever, "National Human Rights Institutions as a Human Rights Protection Mechanism the Cases of the Ombudsman and Human Rights and Equality Institution of Turkey", p. 38.

93 ibid, p. 38.

94 Haydar Albayrak, "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Türk Kamu Yönetiminin Denetimindeki Yeri ve İşlevi", ***Sayıştay Dergisi,*** 2020, 31(119), p. 150; Güneş, "Türkiye'de İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Ulusal İnsan Hakları Kurumları", p. 183.

HREIT's visits and reports are not visible, there is no launch or promotion of these reports and they are not open to any comments and/or feedback from other institutions. Similar to the Ombudsman Institution, HREIT's site reports only include recommendations hence, these recommendations are not necessarily followed by the administrative authorities including the PMM and Removal Centre administrations.

There are a number of reasons related to capacity of the Institution and the members of the HREIT Board. It is submitted by the HREIT itself to the Turkish Parliament that it does not have the sufficient number of personnel to fulfil different duties assigned to the institution.[95] Moreover, it is argued by Committee against Torture that the selection method of HREIT members[96] undermines the independence of the Institution and Turkey is recommended to take appropriate legal measures to ensure the functional, structural and financial independence of HREIT and to guarantee that the appointment of its members is in full compliance with the Paris Principles.[97] This conclusion is also shared by many international institutions.[98] In a recent report, the composition of HREIT Board Members is found to be inadequate in terms of fulfilling the duties that the Institution undertakes.[99] Another reason for limited role that

---

95 Grand National Assembly of Turkey, Journal of Minutes of the Human Rights Examination Committee, Period: 26, 2018, https://www5.tbmm.gov.tr//develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2148, (20.07.2022).

96 The HREIT Board, which consists of 11 members, constitutes the Institution's decision-making body. Members are directly appointed by the President and there is no limit on how long a member can serve. The previous 4-year time limit for a term has been abolished. See Karan, Sever, "National Human Rights Institutions as a Human Rights Protection Mechanism the Cases of the Ombudsman and Human Rights and Equality Institution of Turkey", p. 25.

97 United Nations General Assembly Resolution 48/134, "Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles)", 1993, https://ganhri.org/paris-principles/, (20.07.2022).

98 Cf. The Danish Immigration Service, "Country of Origin Information (COI) Turkey: Prison Conditions", 2021, https://www.ecoi.net/en/file/local/2048256/Turkey+Prison+conditions+FINAL.pdf, (20.07.2022), p. 59.

99 Karan, Sever, "National Human Rights Institutions as a Human Rights Protection Mechanism the Cases of the Ombudsman and Human Rights and Equality Institution of Turkey", p. 26. It should be also noted that when the CVs of the Board Members, that are available on the HREIT's website are examined, it is seen that a considerable number of its members have no formal education and/or professional experience in protection of human rights. See Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Board Members", https://www.tihek.gov.tr/kategori/kurul-uyeleri/, (20.07.2022). Moreover, a number of HREIT Board Members previously *"demonstrated a negative attitude towards basic human rights, including gender equality,*

the HREIT plays in protecting the rights of migrants in detention is that the absence of cooperation between the HREIT and other crucial stakeholders including civil society organisations. It is widely accepted that the cooperation of National Human Rights Institutions with CSOs holds great importance in promoting human rights of vulnerable groups (especially children, migrants and disabled persons) however, it seems that the HREIT does not work with CSOs and has any policy document on cooperation with CSOs.[100]

IV. CONCLUSIONS

The Law on Foreigners and International Protection introduced significant procedural safeguards to ensure protection against arbitrary detention. Yet, as illustrated by a number of ECtHR cases such as *GB and others v. Turkey* and *Akkad v. Turkey,* not all these safeguards are respected in practice. Moreover, significant challenges for the migrants in accessing fundamental rights in detention and problems with regard to inadequate or sub-par detention conditions in Removal Centres still exist. Against this backdrop, the effectiveness of the complaint mechanism of the Turkish Ombudsman Institution and reporting procedure of the Removal Centres by the HREIT in protecting human rights in the context of immigration detention holds much importance.

The number of applications submitted by migrants in detention especially those deemed admissible by the Institution is very low, this relates to the lack of visibility of the Turkish Ombudsman in general and especially for migrants deprived of their liberty. Moreover, since the decisions of the Ombudsman Institution are not binding, many migrants/lawyers might prefer to apply before the courts. The low number of complaints made before the Ombudsman Institution in relation to immigration detention, and the limited investigation that the Institution conducted in a case concerning serious allegations of ill-treatment and poor detention conditions suggest that the effectiveness of the Ombudsman Institution in dealing with applications concerning detention and protection of vulnerable individuals in detention is rather limited. The Om-

women's rights, LGBTQI rights, and expressed support for the withdrawal from the Istanbul Convention, all of which contradict the stated objectives of the institution. Cf. European Commission, "Turkey Report 2021", https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021SC0290&from=EN, (20.07.2022), p. 12.

[100] Karan, Sever, "National Human Rights Institutions as a Human Rights Protection Mechanism the Cases of the Ombudsman and Human Rights and Equality Institution of Turkey", p. 37, 38.

budsman Institution's mandate is limited, it cannot act *ex officio* moreover, the Ombudsman Institution does not cooperate with Bar Association, CSOs, lawyers and other relevant stakeholders while investigating an application. The Ombudsman Institution has prepared special reports on Syrians and pushbacks in the Aegean yet, there is no mention of the detention of migrants in Turkey in these reports. It is recommended that activities to improve the visibility and accessibility of the Ombudsman Institution among migrant communities and among migrants in detention be further promoted. Moreover, the Ombudsman Institution can be encouraged to include CSOs, bar associations, lawyers, and other stakeholders in its activities, in particular in investigations relating to migrants in detention.

The HREIT does not examine applications concerning discrimination on the grounds of nationality, sexual orientation or gender identity and this limits the effectiveness of HREIT's application procedure for the protection of refugees, asylum seekers and migrants as well as preventing human rights violations in detention. The number of visits conducted by the HREIT to removal centres and other places where foreigners are deprived of their liberty has clearly increased in 2022. The main shortcoming of the reports in relation to the HREIT's visits to Removal Centres includes the fact, unlike the CPT reports, the reports usually do not include any critical assessment and reports are far from being uniform both in substance and style. Moreover, the fact that the visits and the reports produced as a result do not take into account the view of the civil society organisations, bar associations and lawyers is also identified as a shortcoming. It is recommended that the HREIT's method of conducting visits to removal centres and reporting is aligned with that of the CPT and views of bar associations, lawyers, International Organisations and civil society organisations are taken into account when drafting these site reports.

ABBREVIATIONS / KISALTMALAR

CoE : Council of Europe

CPT : European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment

CSO : Civil Society Organization

ECHR : European Convention on Human Rights

ECRI : European Commission Against Racism and Intolerance

ECtHR : European Court of Human Rights

HREIT : Human Rights and Equality Institution of Turkey

IO : International Organization

LFIP : Law on Foreigners and International Protection

NPM : National Preventive Mechanism

OPCAT : Optional Protocol to the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment

PDMM : Provincial Directorate of Migration Management

PMM : Presidency of Migration Management

UNHCR : United Nations High Commissioner for Refugees

BIBLIOGRAPHY

ALBAYRAK, Haydar, "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun Türk Kamu Yönetiminin Denetimindeki Yeri ve İşlevi", ***Sayıştay Dergisi,*** 2020, 31(119), pp. 129.153.

ARKLAN, Ümit, "Bir Kamu Denetim Sistemi Olarak Ombudsman ve Türkiye'de Uygulanabilirliği", ***Selçuk Üniversitesi İletişim Fakültesi Akademik Dergisi***, 2013, 4(3), pp. 82-100.

BAYAN, Büşra, "Ombudsman in Turkish Republic: The Ombudsman Institution" in Kadir Caner Dogan and Ömer Ugur (eds), ***Public Administration and Public Finance Research***, Lyon, 2021.

ÇAĞDAŞ, Tülin, "Ombudsman Kurumu ve Türkiye'de 6328 Sayılı "Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun Düzenlenmesi", ***İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2017, 4 (2), pp. 83-107.

D'ELIA, Silvia, "Assessing the "Quality of Democracy" in Turkey", ***Democracy and Security,*** 2016, 12(3).

DİNÇKOL, Hulusi Alphan, "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu'nun Ayrımcılık Yasağının İhlali Kapsamında İdari Yaptırım Yetkisi", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, 2021, 27(1), pp. 188-215.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin, ***Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık)***, Yetkin Yayınları, 2011.

GÖZLER, Kemal, KAPLAN, Gürsel, ***İdare Hukuku Dersleri***, Ekin Yayınları, 2021.

GÜNEŞ, Ümran, "Türkiye'de İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Ulusal İnsan Hakları Kurumları: Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu", ***Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi***, 2018, 20(1), pp.165-186.

GÜRBÜZ, Reşit, ***İdare Hukuku,*** Hür Yayıncılık, 2016.

KALABALIK, Halil, ***İdare Hukuku Dersleri Cilt II,*** Seçkin Yayıncılık, 2021.

KAPLAN, Onur, "Kamu Denetçiliği Kurumu Tarafından Verilen Tavsiye Kararlarının Hukuki İşlevi ve Etkisi", ***Omdusman Akademik,*** 2020.

KARCI, Şükrü Mert, "Ombudsman Tavsiye Kararları ve Türk Kamu Yönetiminde Uygulanabilme Sorunu", ***Ombudsman Akademik***, 2015, pp. 34-58.

KARCI, Şükrü Mert, ***Ombudsman: İskandinav Modelleri ve Türkiye Uygulaması***, Seçkin Yayıncılık, 2016.

KILIÇ, Muharrem, "İnsan Haklarının Kurumsallaşması: Ulusal İnsan Hakları Kurumları", ***Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi***, 2022, 8(15), pp. 15-60.

ODYAKMAZ, Zehra, ERCAN, İsmail, KAYMAK, Ümit, ***Anayasa Hukuku - İdare Hukuku,*** On İki Levha Yayınları, 2012.

ODYAKMAZ, Zehra, KESKİN, Bayram, DENİZ, Yusuf, "6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I", ***Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi***, 2016.

OVACIK, Gamze, "Compensation for Unlawful Practices related to Administrative Detention of Foreigners in Turkey", ***Public and Private International Law Bulletin***, 2021, 41(1), pp. 41-62.

United Nations Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, "Concluding observations on the initial report of Turkey", CMW/C/TUR/CO/1, 2016.

Electronic Sources

BIEHL, K., AÇIKGÖZ, M, "Migration and Asylum Sub-Sector Review and Gaps Assessment to Help Define Priorities of Future IPA III Programming in Turkey", https://www.avrupa.info.tr/sites/default/files/2021-12/Final%20Report%20Sector%20Study%20Migration%20and%20Asylum.pdf, (20.07.2022).

Council of Europe, "Report of the fact-finding mission to Turkey by Ambassador Drahoslav Štefánek, Special Representative of the Secretary General on Migration and Refugees 15-26 March 2021" Information Documents SG/Inf(2021)35, 29.11.2021, https://rm.coe.int/report-of-the-fact-finding-mission-to-turkey/1680a4b673, (20.07.2022).

Council of Europe/European Court of Human Rights, "Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights Immigration" 30 April 2022, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Immigration_ENG.pdf, (20.07.2022).

CREUTZFELDT, Naomi, O'BRIEN, Nick, NOWICKI, Marek, "A Comparative Review on Ombuds, Recommendations of Action for the Turkish Ombudsman and Guidelines for the Ombudsman and Public Authorities", October 2021, https://rm.coe.int/oi-report-web-2790-3490-7908-1/1680a45112, (20.07.2022).

European Commission Against Racism and Intolerance, "ECRI Conclusions on the Implementation of the Recommendations in Respect of Turkey Subject to Interim Follow-up", 2019, https://rm.coe.int/interim-follow-up-conclusions-on-turkey-5th-monitoring-cycle-/168094ce03, (20.07.2022).

European Commission, European Neighbourhood Policy and Enlargement Negotiations, 'Turkey Report 2021' 19.10.2021, https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/turkey-report-2021_en, (20.07.2022).

European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), "Report to the Turkish Government on the visit to Turkey from 10 to 23 May 2017", CPT/Inf (2020) 22, 2020, https://rm.coe.int/16809f209e, (20.07.2022).

Global Detention Project, "TURKEY: Joint Submission to the Committee on the Elimination of Discrimination against Women" 16 May 2022, https://www.globaldetention project.org/turkey-joint-submission-to-the-committee-on-the-elimination-of-discriminati on-against-women, (20.07.2022).

Grand National Assembly of Turkey, Journal of Minutes of the Human Rights Examination Committee, Period: 26,2018, https://www5.tbmm.gov.tr//develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2148, (20.07.2022).

Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Protection and Promotion of Human Rights, Fighting Against Discrimination, National Prevention Mechanism Against Torture and Ill Treatment", https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/03/1551881762.pdf, (20.07.2022).

Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report on Deported Foreigners and the Principle of Non-Refoulement", 2022, https://www.tihek.gov.tr/sinir-disi-edilen-yabancilar-ve-geri-gonderme-yasagi-raporu-yayimlandi/, (20.07.2022).

Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report on Evaluation the Pushback Actions Against Asylum-seekers and Irregular Migrants from a Human Rights Perspective", 2022, https://www.tihek.gov.tr/siginmacilar-ve-duzensiz-gocmenlere-yonelik-geri-itme-eylemlerinin-insan-haklari-perspektifinden-degerlendirilmesi-raporu/, (20.07.2022).

Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report on Visit to Gaziantep Removal Centre", 2019, 2019/05, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2019/09/1569223007.pdf, (20.07.2022).

Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report on Visit to Ankara Akyurt Removal Centre", 2020, 2020/20, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2021/07/1625130267.pdf, (20.07.2022).

Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report on Visit to Ağrı Removal Centre", 2021, 2021/17, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2022/01/1643036153.pdf, (20.07.2022).

Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report on Visit to İzmir Adnan Menderes Airport Transit Zone", 2022, 2022/01, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2022/03/1646379900.pdf, (20.07.2022).

Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report on Visit to Antalya Removal Centre", 2022, 2022/23, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2022/07/1657107997.pdf, (20.07.2022).

Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report on Visit to Kayseri Removal Centre", 2022, 2022/07, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2022/04/1650539666.pdf, (20.07.2022).

Human Rights and Equality Institution of Turkey, "Report on Visit to Çanakkale Ayvacık Removal Centre", 2022, 2022/04, https://www.tihek.gov.tr/upload/file_editor/2022/03/1646143695.pdf, (20.07.2022).

KARAN, Ulaş, SEVER, D. Çiğdem, "National Human Rights Institutions as a Human Rights Protection Mechanism the Cases of the Ombudsman and Human Rights and Equality Institution of Turkey", 2020, https://www.esithaklar.org/wp-content/ uploads/2021/04/ESHID-TIHEK-RAPORU-ENG.pdf, (20.07.2022).

The Danish Immigration Service, "Country of Origin Information (COI) Turkey: Prison Conditions", 2021, https://www.ecoi.net/en/file/local/2048256/Turkey+Prison+conditions+FINAL.pdf, (20.07.2022).

The Ombudsman Institution, "Annual Report 2020", 2020, https://www.ombudsman.gov.tr/English/kdk-pdf/2020_anual_report/mobile/index.html, (20.07.2022).

The Ombudsman Institution, "Annual Report 2021", 2021, https://www.ombudsman.gov.tr/English/kdk-pdf/2020_anual_report/mobile/index.html, (20.07.2022).

The Ombudsman Institution, "Syrians in Turkey: Special Report", 2018, https://www.ombudsman.gov.tr/English/kdk-pdf/syrians/index.html#p=3, (20.07.2022).

Turkish Ombudsman Institution, "Pushback" of Human Rights, June 2022, https://www.ombudsman.gov.tr/English/kdk-pdf/geri-itme-ozel-raporu-ingilizce/geri-itme-ozel-raporu-ing-v04tbmmson.pdf, (20.07.2022).

United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment Committee against Torture, "Concluding observations on the fourth periodic reports of Turkey", CAT/C/TUR/CO/4, 2016, https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/109/81/PDF/G1610981.pdf?OpenElement, (20.07.2022).

United Nations General Assembly Resolution 48/134, "Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles)", 1993, https://ganhri.org/paris-principles/, (20.07.2022).

Cases

Abdolkhani and Karimnia/Turkey, App. No: 30471/08, 22/09/2009.

Akkad/Turkey, App. No: 1557/19, 21/06/2022.

Alimov/Turkey App. No: 14344/ 13, 6/09/2016.

B.T., App. No: 2014/15769, 30/11/2017.

Boudraa/Turkey, App. No: 1009/16, 28/11/2017.

Dbouba/Turkey, App. No: 15916/09, 13/07/2010.

G.B. and others/Turkey, App. No: 4633/15, 17/01/2020.

Khaldarov/Turkey, App. No: 23619/11, 5/09/2017.

Khlaifia and others/Italy, App. No: 16483/12, 15/12/2016.

Nikoghosyan and others/Poland, App. No: 14743/17, 03/03/2022.

Rahimi/Greece, App. No: 8687/08, 05/07/2011).

Yarashonen/Turkey, App. No: 72710/11, 24/06/2014.

Yoh-Ekale Mwanje/Belgium, App. No: 10486/10, 20/11/2011.

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GENEL KURUL VE GÜVENLİK KONSEYİ REZOLÜSYONLARININ AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA YARATTIĞI ETKİ: *AL-DULIMI VE MONTANA MANAGEMENT INC. V. İSVİÇRE* KARARI KAPSAMINDA BİR İNCELEME[(*)]

Dr. Öğr. Üyesi Sezercan BEKTAŞ[(**)]

Öz

Özellikle II. Dünya savaşı sonrasında birçok uluslararası örgütün teşkil edilmesi ile ortaya çıkan yeni uluslararası hukuk düzeni dahilinde uluslararası hukukun kaynaklarının arasında, başta Birleşmiş Milletler olmak üzere uluslararası örgütlerin verdikleri kararların yer alıp almadığı; bunların nasıl nitelendirileceği ve bunlar vasıtasıyla yaratılan yükümlülüklerin diğer uluslararası hukuk kaynaklarından ileri gelen yükümlülükler ile çatışması söz konusu olduğunda çatışmanın nasıl çözüme kavuşturulacağı gibi hususların üzerinde uluslararası hukuk öğretisinde bir çok tartışma süregelmektedir. Bu kapsamda çalışmamız, BM organlarının kararlarıyla yaratılan bir yükümlülük ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin devletlere atfettiği yükümlülükler arasında bir çatışma olması halinde oluşan çatışma karşısında nasıl hareket edilmesi gerektiğini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu *"Al-Dulimi ve Montana Management Inc. v. İsviçre"* kararı ve önceki içtihadı kapsamında ele almaktadır.

Anahtar Kelimeler

Rezolüsyon, Uluslararası Örgütler, Uluslararası Hukukun Kaynakları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Yükümlülük Çatışması.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01.12.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 12.12.2022.

Atıf Şekli: Sezarcan Bektaş, "Birleşmiş Milletler Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi Rezolüsyonlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Yarattığı Etki: Al-Dulimi ve Montana Management Inc. v. İsviçre Kararı Kapsamında Bir İnceleme", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 535-581.

(**) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Ana Bilim Dalı, Sakarya, Türkiye.
E-posta: sezercanbektas@sakarya.edu.tr.
Orcid: http://orcid.org/0000-0001-7395-5375.

THE IMPACT OF UN GENERAL ASSEMBLY AND SECURITY COUNCIL RESOLUTIONS ON THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: *THE CASE OF AL-DULIMI AND MONTANA MANAGEMENT INC. v. SWITZERLAND*

Abstract

International organisations are included as subjects of the modern international society (community) as well as states. This inclusion has particularly emerged with the establishment of many international organisations after the World Wars. This situation has led to changes in the international legal order, which was originally designed for states. In this context, there are a lot of ongoing discussions taking place in the following issues: How will the resolutions of International Organisations, especially the United Nations (UN) resolutions, characterised in addition to the provisions listed in Article 38 of the Statute of the International Court of Justice? Whether it is possible to accept these resolutions as a source of international law? How is the conflict resolved if obligations arising from other sources of international law contradict with obligations created by these resolutions? In this regard, this study focuses on the examination of possible conflict between obligations created by the Security Council resolutions for the state parties of the European Convention on Human Rights (EHCR) and the obligations of those states under the ECHR. Both obligations stem from an international treaty. The importance lies in Security Council as being the most important decision-making body of the UN. The European Convention on Human Rights is also important as a constitutional instrument of the European public order. The way in which states should act in case of this conflict will be analysed within the context of European Court of Justice's (ECrtHR) decision on the Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland case. The study will also consider previous jurisprudence of the ECrtHR. In this way, the study will contribute to the understanding of the ECtHR's position on this issue.

Keywords

Resolution, International Organisations, Sources of International Law, European Court of Human Rights, Conflict of Obligations.

GİRİŞ

Ulus devletin gelişim ve dönüşümüyle karşılaştırıldığında; uluslararası toplum[1], kuvvetler ayrılığının bir tezahürü olan yasama, yürütme ve yargı erklerinden teşekkül ettirilmiş bir yapıdan uzaktır. Aslında bu durum şaşırtıcı değildir; uluslararası hukuk normlarının uygulanmasını devletler nezdinde denetleyecek devletler-üstü bir otoritenin olmayışı,[2] uluslararası hukukun yapısının görece, ulusal hukuktan farklı bir zeminde değerlendirilmesi gerektiğini bize göstermektedir. Dolayısıyla uluslararası hukuk kurallarının arasında bir çatışma olması durumunda çözümün nasıl olması gerektiği gibi tartışmalar; ulusal hukuk düzenine kıyasla uluslararası hukukta oldukça karmaşıktır.[3]

Uluslararası hukukun önceleri ilk ve yegâne süjesi olarak nitelendirilen devletler yanında artık günümüzde uluslararası örgütler ile gerçek ve tüzel kişiler (*uluslararası nitelikli sivil toplum kuruluşları ve çok uluslu şirketler*)[4] uluslararası hukukun süjeleri olarak kabul edilmektedir.[5] Uluslararası hukukun tarihsel gelişimi ve dönüşümünde devletlerin yanında; uluslararası örgütlerin ağırlığı

---

1 Uluslararası hukukta *uluslararası toplum* kavramının kapsamlı bir analizi ve bu bağlamda BM Şartı'nın uluslararası toplumun bir anayasası olup olmadığı konusunda tartışmalar için bkz. Bardo Fassbender, ***The United Nations Charter as the Constitution for the International Community***, Martinus Nijhoff Publishers, Lieden-Boston, 2009, s.41 vd.; Uluslararası hukukun öznelerinin teşkil ettiği bütünün sosyolojik olarak bir *toplum* mu yoksa bir *topluluk* mu teşkil ettiği tartışmasına ilişkin olarak bkz. Hakkı Hakan Erkiner, "Uluslararası Topluluk Kavramı", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,*** 2010, C. 16, S. 1-2, ss.39-75. Uluslararası hukukta hukuki bir kavram olarak *uluslararası camianın* kavramsal değeri için bkz. Ayşe Füsun Arsava, "Uluslararası Hukuk ve BM Teşkilatındaki Değişimler", ***Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi***, 2015 (5), ss.122-125.

2 Stanley Hoffman, "Hedly Bull and His Contribution to International Relations"*,* ***International Affairs***, 1986, Vol. 62, No. 2, s. 186; Modern uluslararası hukuk öğretisinde, uluslararası barış ve adaletin tesis edilmesi için uluslararası toplum menfaatlerinin temel hukuk kuralları çerçevesinde korunması gerektiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla her ne kadar uluslararası sistemde devletler üstünde bir otorite olmasa da ulusal hukuktakine benzer şekilde uluslararası hukukta bir kamu düzeninin (*ordre public*) varlığı kabul edilmektedir. Bkz. Berat Lale Akkutay, "Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağışıklığı", ***TBB Dergisi***, 2014 (113), s.102.

3 Uluslararası ve iç hukuk arasındaki ilişkiler hakkında teorik tartışmaları için bkz. Yılmaz Altuğ, ***Devletler Umumi Hukuku***, Çağlayan Kitabevi, İstanbul, 1995, ss.16-18; Enver Bozkurt - M. Akif Kütükçü - Yasin Poyraz, ***Devletler Hukuku***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.4; Yusuf Aksar, ***Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-I***, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, ss.170-182.

4 Aksar, 2019, ss.201-240.

5 Malcolm N. Shaw, ***Uluslararası Hukuk***, ***çev. Yücel Acer - İbrahim Kaya - M. Turgut Demirtepe - G. Engin Şimşek***, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, Ankara, 2017, s.151.

yadsınamaz bir gerçektir. Öyle ki devletler arası ilişkileri genişleten uluslararası örgütlerin kurulması ve yaygınlaşmasıyla uluslararası teamül hukuku kurallarının gelişimi de hızlanmıştır. Özellikle Milletler Cemiyeti ve akabinde BM'nin diğer uluslararası örgütlere nazaran uluslararası sistemde yarattığı etki daha görünürdür. BM'ye üye devletlerin tutumuna bağlı olarak, BM tarafından alınan kararlar birçok durumda 'hukuki' veya 'siyasi' olarak nitelendirilmektedir.[6] BM organlarının kararlarının siyasi içeriğinden ziyade hukuki motivasyonlarının öne çıkarılması, onların uluslararası hukukun bir kaynağı olarak değerlendirilmesine zemin hazırlayacaktır. Zira uluslararası hukukun kaynaklarının zikredildiği Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsü'nün[7] 38.maddesinde[8], BM'nin Genel Kurul veya Güvenlik Konseyi organları tarafından alınan kararların (rezolüsyonların)[9] uluslararası hukukun kaynakları arasında belirtilmediği görülmektedir.[10]

---

6 Alex C. Castles, *"*Legal Status of U.N. Resolutions*", **Adelaide Law Review**, 1967, Vol.3, No.1, ss.69-70.

7 BM Şartı 26 Haziran 1945 tarihinde San Francisco'da imzalanmış ve 110.maddeye uygun olarak 24 Ekim 1945'te yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Andlaşmayı Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'yle birlikte 15 Ağustos 1945'te onaylamıştır. 4801 Sayılı Onay Kanunu 24 Ağustos 1945 gün ve 6902 Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır. https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6092.pdf, (18.10.2022).

8 Bu madde kapsamında uluslararası hukukun kaynakları; andlaşmalar, teamül hukuku, hukukun genel ilkeleri olarak sıralanmış; uluslararası hukukun yardımcı kaynakları ise mahkeme kararları ve öğreti olduğu ifade edilmiştir. Hüseyin Pazarcı, ***Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap***, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 102; Melda Sur, ***Uluslararası Hukukun Esasları,*** Beta Yayınları, İstanbul, 2022, ss.19-20.

9 Mehmet Emin Çağıran, ***Uluslararası Örgütler***, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.349: "*Uluslararası örgütler, çeşitli müzakereler sonucunda iradelerini ortaya koymaktadır. Bu iradeler içerik ve etkileri bakımından çeşitlilik göstermekle beraber terminolojik olarak da yeknesak bir görünümden uzaktırlar. Ancak rezolüsyon kavramı, sözü edilen iradelerin ortak ismi olarak nitelendirilmektedir*"; Bryan A. Garner (Ed.), ***Black's Law Dictionary***, West, United States of America, 2009, ss.1425-1426; "*Rezolüsyon, resmi bir organ veya kurul tarafından bir görüş, karar veya niyetin resmi ifadesi olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle tek taraflı bir araçtır*"; Türk öğretisinde de BM'nin Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi Kararları için rezolüsyon kavramının kullanıldığı görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Füsun Arsava, "BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonlarının Yorumu", ***TBB Dergisi***, 2018 (136), ss.350-394; Sezai Çağlayan, "BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonları Nedir, Nasıl Okunur?", ***TAAD***, 2021, C.12, S.46, ss.455-476. Çalışmamızda terminolojik yeknesaklık amacıyla BM'nin Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi kararları için *rezolüsyon* olarak isimlendirilecektir.

10 Marko Divac Oberg, "The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ", ***European Journal of International Law***, 2005, Vol.16, No. 5, s. 882.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) yargılama yetkisini düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS)[11] 32.maddesine göre AİHM, AİHS hükümlerine uygun olarak önüne getirilen ihtilafları çözerken, AİHS ve onun Ek Protokollerinden yer alan hükümleri yorumlamak ve uygulamak ile mükelleftir. Görüldüğü üzere AİHM'in yargı yetkisi, kendisini kuran AİHS'in hükümleri ve onun Ek Protokolleri ile sınırlandırılmıştır. Aslında AİHS'in 32.maddesi, UAD Statüsü'nün 38.maddesi gibi uluslararası mahkemenin yargı yetkisinin sınırı belirgin hale getirmeye matuf bir amaçla getirilmiş olmasına karşın insan haklarına ilişkin diğer hukuki karar ve düzenlemelerin AİHM yargılamasındaki yeri belirsiz kalmıştır. Bu durum tartışmalara sebebiyet vermektedir.[12] Bu konuda AİHM, yerleşik içtihatlarına da uygun olarak, yorumlama yetkisinin AİHS ve onun Ek Protokolleri ile sınırlı olmadığını aynı zamanda AİHS'e taraf bir devlet tarafından bunlarla ilgili olarak yapılan çekincelerin ve diğer tek taraflı beyanları da kapsadığını benimsemektedir.[13] Dolayısıyla AİHM, yargı yetkisinde olmasa bile insan haklarına ilişkin diğer hukuki enstrümanları, AİHS'i *destekleyici norm* olarak yorumlayabilmektedir.[14] Ancak, BM Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının AİHM yargılamasındaki konumu belirsizliğini korumaktadır.

AİHM'in kararlarında destekleyici bir normdan faydalanması uygulamada ciddi bir sorun yaratmamakla[15] birlikte destekleyici kabul edilen norm ve/veya ilke ile AİHS hükümlerinin çatışması halinde derin sorunlar ortaya

---

[11] Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni 04.11.1950 tarihinde imzalamış ve 10.03.1954 tarih ve 6366 Sayılı "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun" un çıkartılmasıyla da onaylamıştır (T.C. Resmî Gazete, 8662, 19.03.1954). Onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine depo ettirilmesiyle birlikte AİHS, 18.05.1954 tarihinden itibaren Türkiye bakımından hüküm doğurmaya başlamıştır. Mehmet Semih Gemalmaz, "Ulusal Yüksek Yargı Yerleri Kararlarında Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgelerinin Kavranışı ve Kullanışı", ***Özgürlük Düzeni Olarak Anayasa Fazıl Sağlam 65.Yaş Armağanı***, Osman Can- A.Ülkü Azrak - Yavuz Sabuncu - Otto Degenheuer - Michael Sachs (Yay. Haz.), Ankara, 2006, s.125.

[12] European Court of Human Rights, "Preparatory Work on Articles 45 and 49 of the European Convention on Human Rights", 06.11.1970, s. 51, https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART45+49-CDH(70)32-BIL2888561.pdf, (01.12.2022).

[13] Shamayev ve Diğerleri/ Gürcistan/Rusya, B. No: 36378/02, 12.10.2005, § 293.

[14] Eva Brems, "Evans v. UK Three Grounds for Ruling Differently", ***When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights Conflict or Harmony?,*** Stijn Smet and Eva Brems (Ed.), Oxford University, United Kingdom, 2017, s. 82.

[15] Bkz. Odievre/Fransa, B. No: 42326/98, 13.02.2003, Yargıçlar Wildhaber, Sir Nicolas Bratza, Bonello, Loucaıdes, Cabral Barreto, Tulkens ve Pellonpää Ayrık Görüşleri, §§ 15-16.

çıkmaktadır. Bu noktada BM Şartı ve AİHS gibi uluslararası hukukta ciddi ağırlığı bulunan andlaşmanın çatışmaya ilişkin bu tip sorunların çözümünde nasıl bir rol oynadığı da incelemeye değer bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

BM Şartı kapsamında Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının normatif anlamda üye devletleri bağlayıcı niteliği karşısında AİHS hükümleri ile Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının çatışması ve çatışmanın nasıl çözüleceği de ayrı bir tartışma konusu olarak gündeme gelmektedir. Her bir Avrupa Konseyi[16] üyesi devletin uluslararası ve ulusal hukuk sistemleri hususunda farklı bir tutum benimsediği göz önüne alındığında; yükümlülük temelinde uluslararası hukukun iki normu arasında meydana gelebilecek bir çatışmanın çözümü oldukça zordur. Üstelik her iki normun insan hakları temalı bir nitelik taşıdığının kabulü, meselenin çözümünü daha hassas bir boyuta taşımaktadır.

Yukarıda bahsedilen hukuki meseleleri tartıştığımız bu çalışmamızın birinci bölümünde BM Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının normatif değeri üzerinde durulmuş ve bu kapsamda AİHM yargılamalarında bu rezolüsyonların hukuki vasfı ve rezolüsyonlar ile AİHS arasında oluşacak çatışma hususu incelenmiştir. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise rezolüsyonlar ile AİHS'in çatışması sorununu konu edinen *Al-Dulimi ve Montana Management Inc. v. İsviçre* kararı incelenerek AİHM'in konuya ilişkin görüşü ile meselenin somutlaştırılması amaçlanmıştır.

I. BİRLEMİŞ MİLLETLER GENEL KURUL VE GÜVENLİK KONSEYİ REZOLÜSYONLARININ NORMATİF DEĞERİ

BM organlarının almış oldukları rezolüsyonlar kendiliğinden bir uluslararası hukuk kaynağı yaratma kudretinde değildir. Başka bir deyişle, BM Şartı hiçbir

[16] İnsan haklarının bölgeselleşmesine ilişkin ilk hareket Avrupa kıtasında başlatılmıştır. Karel Vasak, "Regional Approaches to Human Rights", ***Harward International Review***, 1985, Vol.8, No.2, s.4; II. Dünya Savaşı sonrasında filizlenen *Avrupa bütünleşmesinin* bir sonucu olarak 1949'da Avrupa Konseyi kurulmuştur. AİHS'in siyasal yönünün hukuksal yönünden ağır bastığı hazırlık çalışmaları çerçevesinde ilk girişim, resmi bir kimliği olmayan *Avrupa Hareketi* ile başlamıştır. Mesut Gülmez, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Hazırlık Süreci ve 11.Madde", ***İnsan Hakları Yıllığı***, 1994 (16), s.15; 5456 sayılı Avrupa Konseyinin kurulması hakkında imzalanmış olan Statünün onanmasına dair Kanun Resmî Gazete'de yayınlanmış, onay belgesinin 13 Nisan 1950'de Avrupa Konseyi genel sekreterliğine teslim edilmesiyle de Türkiye, Avrupa Konseyine üye olmuştur. Mehmet Semih Gemalmaz, ***Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 2***, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.9.

organa, kural olarak devletlerin ulusal hukuk düzenlerindeki yasama organına benzer bir yetki tanımamaktadır.[17]

BM Genel Kurulu, uluslararası hukukun geliştirilmesi ve andlaşmalar vasıtasıyla kodifiye edilmesini teşvik etmek amacıyla gerekli çalışmaları yapabilir; herkesin insan hakları ve temel özgürlüklerden yararlanmasını kolaylaştırmak için tavsiyelerde bulunabilir (BM Şartı m. 13/1-a) tavsiye edebilir. Ancak kendi iradesiyle bunları BM üyesi devlet üzerinde bağlayıcı hale getiremez. Genel Kurul kararları, birkaç istisna dışında, büyük oranda tavsiye niteliğindedir.[18] Nitekim BM Şartı'nı hazırlayanlar, Genel Kurul'u ciddi yöndeki uluslararası sorunları tartışmak ve dünyanın görüşünü bu konulara çekmek amacıyla *küresel bir şehir toplantısı* olarak öngörmüştür.[19]

BM Genel Kurulu aslında uluslararası hukukta devletlerin egemen eşitliğinin uygulama sahası bulduğu, her bir devletin alınan kararlarda bağımsız görüş bildirme fırsatına sahip olduğu ve böylece uluslararası hukukun norm oluşturma sürecinde devletlerin aktif rol oynadığı bir alandır. Ancak Genel Kurul'a ilişkin BM Şartı'nda yer alan hükümlerin çoğu, Genel Kurul'un rolünün Güvenlik Konseyi'nin rolü ile sınırlandırıldığını göstermektedir.[20] Nitekim Şartın 12.maddesine göre; "*Güvenlik konseyi, herhangi bir uyuşmazlık veya durumla ilgili olarak işbu Şartta kendisine verilen görevi yerine getirirken, Güvenlik Konseyi talep etmedikçe, bu uyuşmazlık veya duruma ilişkin olarak Genel Kurul herhangi bir tavsiyede bulunamaz."* Dolayısıyla Güvenlik Konseyi, Genel Kurul'a kıyasla daha etkin veya üstün kabul edilmektedir. Ayrıca Güvenlik Konseyi'nin dünya meselelerini kendi çıkarlarında yönlendirmede büyük rolü göz ardı edilmemelidir.[21] Genel Kurul ile Güvenlik Konseyi arasındaki yetki ve etkililik bakımından yaşanan dengesizlik, zorlu bir tartışma konusudur. Öyle ki dünyanın daha az sayıdaki devletlerinden oluşan Güvenlik Konseyi'nin kararlarının yarattığı etki; devletlerin çoğunluğundan teşekkül eden Genel Kurul'un yetkisi ile

---

17 Christopher C. Joyner, "U.N. General Assembly Resolutions and International Law: Rethinking the Contemporary Dynamics of Norm-Creation", ***California Western International Law Journal***, 1981, Vol.11, No. 3, s. 452.

18 Hüseyin Pazarcı, ***Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap***, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s.129.

19 Joyner, "U.N. General Assembly Resolutions and International Law", s. 452.

20 Bkz. BM Şartı 9-22.maddeleri, https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text, (31.10.2022).

21 M.Ya'kub A. Kadir, "The United Nations General Assembly Resolution (UNGAR) As a Source of International Law: Toward a Reformulation of Sources of International Law", ***Jurnal Hukum Internasional***, 2011, Vol. 8, No. 2, s.287.

kıyaslandığında; klasik egemenlik anlayışı ve demokratik değerler bakımından sorunludur.[22] Zira Güvenlik Konseyi'nin kuruluş pozisyonu, başka deyişle beş daimî üyesi ve karar alma sürecindeki güçlü rolü,[23] Genel Kurul'un rolünü kısıtladığından, dünyanın diğer bölgelerinin uluslararası alana eşit olarak katılma alanını daraltmaktadır.

BM organlarının rezolüsyonlarının normatif anlamda bağlayıcılığı veya diğer bir ifade ile devletlere belirli mükellefiyetler yüklemesi öncelikli olarak BM Şartı'nda belirtilen hükümlerden kaynaklanabilir. Özellikle BM Güvenlik Konseyi'nin, uluslararası barışın ve güvenliğin tehdit edilmesi, bozulması ve saldırı hallerinde alacağı kararların bağlayıcı olacağı BM Şartı'nda düzenlenmiştir.[24] Bunun dışında BM Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliğin korunması ile yeniden tesisi konularında[25] ve uyuşmazlıkların barışçı çözüm yolları konusunda bağlayıcı nitelikte olmayan tavsiye kararları verebileceği düzenlenmiştir.[26]

---

22 Uluslararası hukuk normlarının yaratılmasında devletlerin eşit bir güce sahip olması, Genel Kurul'da bir miktar korunsa da Güvenlik Konseyi'nin pozisyonu bu durum için tehdit oluşturmaktadır. Bu bakımdan BM Şartı zayıflamış bir hukuki eşitlik biçimini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla UAD, BM üyeleri arasındaki bir uyuşmazlığı karara bağlarken *güç* kaygılarından etkilenmeden tarafsız davranmalıdır. Gerry Simpson, "The Great Powers, Soverign Equality and the Making of the United Nations Charter", ***Australian Year Book of International Law*****,** 2000 (21), s.158.

23 Güvenlik Konseyi'nin çalışma yöntemine ilişkin 21 Ağustos-7 Ekim 1944 tarihleri arasında Dumbarton Oaks Görüşmeleri ile hazırlanan süreç, 3-11 Şubat 1945 tarihlerinde toplanan Yalta Zirvesi neticesinde 'Yalta Formulü' şeklinde adlandırılan veto sisteminin kabul edilmesiyle tamamlanmıştır. Bkz. Ömer Çolak/ İsmail Köse, "Birlemiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Reformu Sorunsalı: İtalya'nın Beklentileri ve Stratejileri*"*, ***Akademik Bakış***, 2020, C. 13, S. 26, s.21. Daimî üyeler; Amerika Birleşik Devletleri, Fransa, İngiltere, Çin Halk Cumhuriyeti ve İngiltere'dir. Usul meseleleri dışında her daimî üye devletin veto yetkisi bulunmaktadır. Bir konunun usul meselesi mi ya da bunun dışında kalan bir mesele mi olduğu konusunda karar yine beş daimî üyenin oyuyla alınmaktadır. Bu husus literatürde *çift veto* olarak anılmaktadır. Altuğ, Devletler Umumi Hukuku, s.64; Emma K. Macfarlane, "Resolution Without Resolve: Turning Away From U.N. Security Council Resolutions to Address Conflict-Related Sexual Violence"*,* ***Michigan Journal of Gender & Law***, 2020, Vol. 27, No. 2, ss.444-445.

24 Uluslararası Barışın ve Güvenliğin Tehdit Edilmesi, Bozulması ve Saldırı Durumu başlıklı BM Şartı'nın VII. Bölümü'nün 41.ve 42.maddeleri; Pazarcı, 2. Kitap, s.130; John P. Grant-J. Craig Barker, ***Parry & Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law***, Oxford University Press, Oxford, 2009, s.523: "Güvenlik Konseyi BM Şartı VII. Bölüm kapsamında alınan kararlar rezolüsyon olarak somutlaşmaktadır".

25 BM Şartı'nın 39.maddesine göre, "*Güvenlik Konseyi, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptar ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için tavsiyelerde bulunur veya 41. ve 42. maddeler uyarınca hangi önlemler alınacağını kararlaştırır*".

26 BM Şartı'nın VI. Bölümü, m.33-38; Pazarcı, 2. Kitap, s.130.

BM Şartı sebebiyle bağlayıcı nitelik taşımayan BM organlarının rezolüsyonlarının devletler açsından uluslararası hukukun diğer kaynakları sebebiyle bağlayıcı olup olmadığı konusunda UAD ve AİHM içtihatlarında bazı tartışmaların yapıldığı görülmektedir. Şayet bir BM organının belirtilen vasıftaki rezolüsyonu sadece önceden var olan uluslararası normları yorumluyor ve bunları anlamak ve uygulamak için yol gösteriyorsa, rezolüsyonun destekleyici bir misyona sahip olduğu ifade edilebilecektir. Ancak bunun dışında bağlayıcı vasfa sahip olmayan BM organlarının rezolüsyonları uluslararası teamül kuralını yansıtan veya tesis eden bir yönü de bulunmaktadır. Başka bir deyişle BM organlarının rezolüsyonları doğrudan bir teamül kuralı olmamasına karşın; teamülün dolaylı olarak kaynağı olabilirler.[27] Bu halde bahse konu rezolüsyonların bu yönden teamül hukuku açısından kanıt değerine de sahip olduğu belirtilebilir. Ancak her iki durumda da hukuksal bağlayıcılığı bakımından rezolüsyonların ağırlıkları sınırlıdır. Zira uygulama itibariyle bir yanda sadece yorumlayıcı veya açıklayıcı olan ile diğer yanda ise dolaylı yaratıcı olan arasındaki çizgiyi tespit etmek her zaman kolay değildir. UAD, BM organlarının rezolüsyonlarının teamül hukuku üzerindeki etkisini, yorumlayıcı ve kanıtlayıcı değerlerinden ayırmadan genellikle muğlak bir duruşu benimsemektedir.[28]

1986 tarihli Nikaragua davası kararında UAD, saldırının tanımı hususunda 14.12.1974 tarihli 3314 (XXIX) sayılı Genel Kurul rezolüsyonuna atıf yapmış[29] ve bu rezolüsyonda düzenlenen silahlı saldırı fiillerinin tanımının uluslararası teamül hukukunu *yansıttığı* ifade etmiştir.[30] Buradaki *yansıtmak* ifadesi Genel Kurul rezolüsyonunun teamül hukukunun kanıtı olarak kullanıldığını işaret etmektedir.[31] Ayrıca UAD, diğer devletlerin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı kuvvet tehdidinden veya güç kullanımından kaçınma kuralının teamül niteliğine ilişkin bir hukuki değerlendirme yaparak, *opinio juris*'in devletlerin belirli Genel Kurul rezolüsyonlardaki tutumundan tespit edilebileceğini be-

---

27 Emre Öktem, ***Uluslararası Teamül Hukuku***, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, ss.162-163.

28 Stephen M. Schwebel, "The Effect of Reolutions of the U.N. General Assembly on Customary International Law"*,* ***American Society of International Law Proceedings***, 1979 (73), s.301.

29 Öktem, Teamül, s.189: *"(...) şahsi veya kolektif meşru müdafaa hakkının kullanılabilmesi için "silahlı saldırıya" (agression armée) hedef olunması gerektiği yönündeki genel uzlaşmayı, Genel Kurul'un 14 Aralık 1974 tarih ve 3314 (XXIX) sayılı "Saldırının tanımı"na ilişkin kararına göndermede bulunarak teyit etmiştir*."

30 International Court of Justice, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), 27/06/1986, ss.103-104, § 195.

31 Oberg, "The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council", s.896.

lirtmiştir.[32] UAD kararında, 2625 (XXV) sayılı BM Genel Kurul rezolüsyonu olan *BM Şartı uyarınca Devletler Arasında Dostane İlişkiler ve İşbirliğine Temas Eden Uluslararası Hukuk İlkelerine İlişkin Bildirge*'nin uluslararası teamül hukukuna ilişkin bir *opinio juris* göstergesi olduğunu tespit etmiştir.[33] UAD'ye göre özellikle rezolüsyona katılan devletlerin rezolüsyonların metnine gösterdikleri rızanın etkisi, BM Şartı'nda üstlenilen yükümlülükleri yalnızca bir yineleme veya açıklama olarak anlaşılamaz. Aksine rezolüsyon tarafından beyan edilen kuralın veya kurallar dizisinin geçerliliğinin kabulü olarak anlaşılabilecektir.[34] Dolayısıyla UAD kararında devletlerin bahse konu BM Genel Kurul rezolüsyonuna yönelik tutumunun, onu benimseme yönünde olması sebebiyle teamül kuralı haline dönüştüğünü ifade etmiştir.[35]

UAD, 1996 tarihli Nükleer Silahların Kullanımının ya da Tehdidinin Hukuka Uygunluğu Danışma Görüşü'nde[36] devletlerin nükleer silahlara başvurmasını yasaklayan teamülü bir kural ararken Genel Kurul rezolüsyonlarının bağlayıcı olmasalar bile bazen normatif değere sahip olabileceğini kaydetmekte ve bunların belirli durumlarda, bir kuralın varlığının veya bir *opinio juris'in* ortaya çıkışının belirlenmesi için önemli kanıtlar sağlayabildiğini ifade etmektedir.[37] Böylece Nikaragua davasında devletlerin bazı Genel Kurul rezolüsyonlarına yönelik tutumuna yapılan atıflar, bu tutumun bir *opinio juris* kaynağı olduğuna ilişkin belirsizlik durumunu ortadan kaldırmıştır.

II. BM GENEL KURUL VE GÜVENLİK KONSEYİ REZOLÜSYONLARININ AİHM YARGILAMASINDAKİ YERİ

Yukarıda incelemiş olduğumuz BM Genel Kurul ve Güvenlik Konseyi Rezolüsyonlarının normatif niteliğinden elde ettiğimiz neticeler bizi ikinci aşamada

---

32 ICJ, Nicaragua v. United States of America, s.99-100, §188; Öktem, Teamül, s.189.

33 ICJ, Nicaragua v. United States of America, s.101, § 191.

34 Öktem, Teamül, s.191.

35 Oberg, "The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council", s.897; Öktem, Teamül, ss.189-190.

36 International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 08/07/1996, ss. 254-255.

37 ICJ, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion, ss. 254-255, §70; Öktem, Teamül, s.190; Brian D. Lepard, ***Customary International Law a New Theory With Practical Applications***, Cambridge University Press, Cambridge University Press, USA, 2010, s.222; Heinz Guradze, "Are Human Rights Resolutions of the United Nations General Assembly Law-Making", ***The United Nations System for Protecting Human Rights Vol. IV***, Routledge, London and New York, 2014, ss.52-54.

AİHM yargılamasında bu rezolüsyonların nitelendirmesi konusunun incelenmesine sevk etmektedir. Çalışmamızın bu bölümünde BM Genel Kurulu rezolüsyonlarının AİHM yargılamasındaki destekleyici norm statüsü incelendikten sonra BM Güvenlik Konseyi'nin devletler açısından yükümlülük doğurucu/bağlayıcı rezolüsyonlarının AİHS ile çatışması sorununa değinilecektir.

A. BM Genel Kurul Rezolüsyonlarının Normatif Anlamda Destekleyici Vasfı

BM, başlangıç itibariyle tüm uluslararası ilişkilere hâkim olacak şekilde tasarlanmış bir uluslararası örgüt olarak karşımıza çıkmaktadır.[38] Öyle ki BM Şartı'nın giriş bölümünde; *devletlerin barış ve güvenliğin korunması amacıyla kendi aralarında düzenli ve öngörülebilir etkileşimlerle bir küresel iş birliği ruhunu gözeterek, bu hedefin en iyi şekilde garanti altına alınabileceği inancı* ile bir araya geldiği belirtilmiş ve BM'nin amaçları, BM Şartı'nda uluslararası alanda barış ve güvenliği korumak, devletler arasında dostça ilişkileri geliştirmek, ayrım gözetmeksizin insan haklarına saygının geliştirilmesi ve güçlendirilmesi için uluslararası iş birliğini sağlama ve nihayet bu amaçlara ulaşmak için ulusların eylemlerinin uyumlu hale getirilmesi şeklinde sıralanmıştır (m.1). Bu amaçlara ulaşabilmek için BM iradesini organları vasıtasıyla izhar etmektedir ki bütün üyelerin katıldığı ve her bir üyenin bir oy hakkına sahip olduğu en temel organ olarak karşımıza BM Genel Kurulu çıkmaktadır. Genel kurul siyasi bir form olarak görülmesine rağmen, dünyada barış ve güvenliğin korunmasına hizmet eden pek çok karar almıştır. Bunların ne ölçüde uluslararası hukukun bir kaynağı olarak kabul edilebileceği ise - *daha önce belirtildiği üzere* - çetrefilli bir konudur.[39] BM Genel Kurul rezolüsyonun[40] hukuki etkisinin ortaya çıkarılması noktasında, BM Şartı'nın da tek başına yeterli olmadığı ortadadır.[41]

Genel olarak, BM Genel Kurulu önüne getirilecek uluslararası önemi haiz konular ve sorunlar öncelikle Bildiri ve/veya Tavsiye gibi bağlayıcı nitelikte olmayan rezolüsyonlar ile gündeme getirilmektedir. Bu rezolüsyonların devlet uygulamaları nezdinde istikrar kazanan uygulamalar halinde dönüşmesi ulusla-

---

38 Joyner, "U.N. General Assembly Resolutions and International Law", s.440.

39 Aksar, Uluslararası Hukuk-I, ss.92-94.

40 Resmi bir araç olarak rezolüsyonlar, esasen "Tavsiye", "Bildiri" ve "Karar" şeklinde ifade edilen hukuki araçları birleştirme özelliğine sahip bir terimdir. Aksar, Uluslararası Hukuk-I, ss.92-94; Her ne kadar çalışmamızda rezolüsyon terimi kullanılsa da BM Genel Kurulu rezolüsyonlarının anılan kategorik ayrıma tabi tutulmasının anlamlı olduğu tarafımızca benimsemektedir.

41 Oberg, "The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council", s.880.

rarası hukuk düzleminde rezolüsyonlar bağlayıcı kurallar olarak yeniden formüle edilebilir[42] ve devletlerin bu uygulamalara pozitif reaksiyon göstermesi ve diğer itici veya çekici unsurların da birleşmesiyle *ortaya atılan konu*; uluslararası hukuk bakımından bağlayıcı form olan andlaşmalara dönüşebilmektedir.[43]

BM Genel Kurul rezolüsyonlarını oluşturan alt gruptaki kararların incelenmesi de hukuki etki açısından önem arz etmektedir. BM Genel Kurul rezolüsyonlarında ilk alt başlık *tavsiye* kararı olarak karşımıza çıkmaktadır. Tavsiye, uluslararası örgütlerin bağlayıcı olmayan BM'nin kendisi dışındaki muhatap(lara) karşı aldığı, belirli bir tavrı ya da davranışı benimsemeye dönük davet önerilerini ifade etmek için kullanılmaktadır.[44] BM Genel Kurulu, BM Şartı sınırları kapsamında ve diğer BM organlarının yetki ve görevlerine girmeyen bütün sorun veya işlerde karar alabileceği gibi bu tür sorun ya da işler hususunda BM üyelerine ve/veya BM Güvenlik Konseyi'ne tavsiyelerde bulunma yetkisini haizdir (m.10).[45] Benzer şekilde BM Genel Kurulu BM Şartı dahilinde, özellikle ekonomik, sosyal ve kültürel alanlar ile eğitim ve sağlık konularında uluslararası işbirliğinin gelişimine dö-

---

[42] Jacques Mourgeon, ***İnsan Hakları***, çev. Ayşen Emekçi-Alev Türker, İletişim Yayınları, İstanbul, 1991, s.71.

[43] Bkz. BM Medeni ve Siyasi Hakları Sözleşmesi, Sözleşme, BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 19 Aralık 1966 tarihinde imzaya açılmıştır. Sözleşme, 41. madde dışında, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İnsan Hakları Komitesi'ne ilişkin 41. madde ise, 28 Mart 1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulan 4 Haziran 2003 tarih ve 4868 sayılı Kanun, 18 Haziran 2003 tarih ve 25142 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bakanlar Kurulu'nun 7 Temmuz 2003 tarih ve 2003 /5851 sayılı kararıyla Sözleşme'nin onaylanması kararlaştırılmış ve Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi, 21 Temmuz 2003 sayılı ve 25175 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Türkiye, onay belgelerini 15 Eylül 2003 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi etmiş ve 49. madde uyarınca, Sözleşme Türkiye bakımından 23 Aralık 2003 tarihinden itibaren hüküm doğurmaya başlamıştır. Türkiye, Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini Birleşmiş Milletler Şartı çerçevesindeki yükümlülüklerine uygun olarak yerine getireceğini, Sözleşme'nin hükümlerinin yalnızca Türkiye'nin diplomatik ilişkisi bulunan taraf devletlere karşı uygulanacağını ve Sözleşme'nin ancak Türkiye Cumhuriyeti'nin ülkesel sınırları itibariyle onaylanmış bulunduğunu belirten üç beyanda bulunmuştur. Ayrıca, Sözleşme'nin 27. maddesine çekince konmuştur. Bu çekinceye göre, Türkiye Cumhuriyeti Sözleşme'nin etnik, dinsel ve dil azınlıklarının haklarına ilişkin 27. maddesini, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Lozan Barış Andlaşması ile Eklerinin ilgili hükümlerine göre uygulama hakkını saklı tuttuğunu ifade etmektedir. Bkz. https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/07/20030721.htm#2, (13 Mart 2021).

[44] Çağıran, Uluslararası Örgütler, s.352, 1012 Grant, John P./ Barker, J. Craig, Dictionary of International Law, s.510.

[45] BM Genel Kurulu, BM Güvenlik Konseyi'nin yetkisi dışında bulunan bütün hususlarda yetkilidir. Pazarcı, 2. Kitap, s.129.

nük olan tavsiyelerde bulunabileceği gibi ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan hakları ile temel özgürlüklerden yararlanmasını kolaylaştırmak için de tavsiyelerde bulunma yetkisini haizdir (m.13/b). Bahse konu olan bu tavsiye rezolüsyonlarının hukuki niteliği diğer bir ifade ile bağlayıcı niteliği ile hukuki etkileri arasındaki ayrımın dikkatli bir şekilde değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır. Nitekim Bailey'e göre, "*Bir rezolüsyonun sadece bir tavsiye olduğunu söylemek; hükümetlerin buna uymak için hiçbir hukuki yükümlülüğün olmadığını iddia etmek demektir.*"[46] BM Genel Kurul rezolüsyonun normatif kapasitesinin bağlayıcılık derecesinde olmaması; üye devletlerin bu rezolüsyonu tamamen göz ardı etmeleri neticesini doğurmamalıdır.[47]

BM Genel Kurul rezolüsyonlarından *bildiri* ise genellikle değiştirilerek veya değiştirilmeden mevcut hukuku ilan eden veya İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB) gibi yeni bir hukuki statü oluşturan veya saldırmazlık veya karşılıklı yardımlaşma gibi bazı ortak siyasi ilkeleri onaylayan bir karar olarak ifade edilmektedir.[48] Gelecekte, uluslararası hukuk bakımından bağlayıcı metinler haline gelme olasılığının en yüksek olduğunu gösteren Genel Kurul rezolüsyonları genellikle bildiri olarak gündeme gelmektedir. Bu rezolüsyonlar yükümlülük açısından sadece tavsiye niteliğini taşımakla birlikte ve doğası gereği bunlar da hukuki olarak bağlayıcı nitelikte değildir.[49] Teorik olarak sadece BM Şartını yorumlayan veya uluslararası hukukun içeriğine ilişkin meseleleri ortaya koyan BM Genel Kurul *bildirilerinin*, BM Genel Kurulu'nun *tavsiyelerinin* bir alt kategorisini mi yoksa müstakil bir kategori mi olduğu konusunda bazı tartışmalar söz konusudur.[50] Nitekim bazı yazarlar hukuki açıdan BM Genel Kurul *bildirilerinin, tavsiyeden* başka bir şey olmadığını; *bildirilerin* belirli bir konuya ilişkin dünyaya siyasi öğüt sunan bir depo olarak nitelendirilmesi gerektiğini[51] ve bu nedenle, *bildirilerin* siyasi etkisinin olumlu kabul edilse de doğası itibariyle herhangi bir bağlayıcı etkiden yoksun olduğunu belirtmektedir.[52]

---

46 Joyner, "U.N. General Assembly Resolutions and International Law", s.452.

47 BM Genel Kurulu'nun tavsiye rezolüsyonuna aykırı davranan devletin uluslararası sorumluluğu hususunda bkz. Çağıran, Uluslararası Örgütler, ss.353-354.

48 Grant, John P./ Barker, J. Craig, Dictionary of International Law, ss.143-144.

49 Joyner, "U.N. General Assembly Resolutions and International Law", ss.456-457.

50 Blaine Sloan, ***United Nations General Assembly Resolutions in Our Changing World***, Transnational Publishers Inc., New York, 1991, ss.45-47.

51 Ian Hurd, ***International Organizations Politics, Law, Practice***, Cambridge University Press, 2014, s.139.

52 Castles, "Legal Status of U.N. Resolutions", s.69

1962 yılında İnsan Hakları Komisyonu'na gönderilen bir memorandumda; BM Genel Kurulu'nun *tavsiye* ve *bildiri* rezolüsyonları arasında şu ayrımın yapıldığı görülmektedir: "*Birlemiş Milletler uygulamasında bir bildiri, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi gibi büyük ve kalıcı bir öneme sahip ilkelerin ilan edildiği istisnai durumlar için uygun, resmi ve ciddi bir araçtır. Tavsiye, ise daha az resmidir. Az önce belirtilen ayrım dışında, katı anlamda hukuki ilkeler söz konusu olduğu sürece; Birlemiş Milletler uygulamasında bildiri ve tavsiye arasında muhtemelen bir fark bulunmamaktadır. Hangi isimle anılırsa anılsın bunlar, Birlemiş Milletler Genel Kurul kararıyla kabul edilmektedir. Bu nedenle, uluslararası bir sözleşmenin tarafları bağlayıcı olması anlamıyla (başka bir deyişle uluslararası hukuk bakımından bağlayıcılık hedeflenerek); bir belgeye tavsiye ya da bildiri şeklinde bir isimlendirme veya nitelendirme yapılması yoluyla, bu rezolüsyonların üye devletler üzerinde bağlayıcı hale getirilmesi mümkün değildir. Ancak yine de bildirinin ciddiyeti ve ağırlığı göz önüne alındığında; onu kabul eden organ adına, uluslararası toplum üyelerinin buna riayet edeceği konusunda güçlü bir beklentinin olduğu söylenebilir. Nihayetinde bu beklenti, devlet uygulamaları yoluyla kademeli bir şekilde haklı çıkarıldığı sürece, bir Bildiri'nin devletler nezdinde bağlayıcı kurallar koyduğu, teamülü olarak kabul edilebilir*."[53]

Nitekim 10 Aralık 1948 tarihinde BM Genel Kurulu tarafından kabul edilen İHEB oldukça dikkat çeken bir örnektir. Öyle ki İHEB, bir insan hakları kataloğu içermekte ve bu haklar çoğunlukla *mutlak* terimlerle ifade edilmektedir.[54] Bu belgenin, hukuksal form bakımından bağlayıcılığı başlangıçta kuşkuyla karşılanmıştır; ancak zaman içinde içerdiği hak ve özgürlüklerin bazıları, her koşulda tüm ulusların her yerde ve her zaman saygı gösterip ihlal etmemesi gereken haklar olarak kabul edilmiştir.[55] Hatta bunlar arasında yer alan işkencenin ve

---

[53] UN, "Economic and Social Council Official Records: Thirty-Fourth Session, Commission on Human Rights Report of the Eighteenth Session" (19 March - 14 April 1962), E/CN.4/832/Rev.1, United Nations, New York, 1962, s.15; Guradze, "Human Rights Resolutions", ss. 54-55.

[54] Aharon Barak, ***Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations, the Hebrew by Doron Kalır (Trans.),*** Cambridge University Press, United Kingdom, 2012, s.203.

[55] İHEB'in muhteviyatının Avrupa-merkezci bir yaklaşımı sergilediği evrensel nitelikten daha çok BM Genel Kurulunda yer alan sınırlı sayıda üyenin eseri olduğu ve Üçüncü Dünya üzerindeki sömürgeciliği sürdüren emperyalist devletlerin bu belgenin hazırlanmasında etkisinin olduğu görüşü hakkında ayrıca bkz. H. Gökçe Zabunoğlu-Esra Yağmur Sönmez, "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Üçüncü Dünya Yaklaşımları", ***İnönü Üniversitesi HFD***, 2021, C.12, S.1, s.263.

köleliğin yasaklanması gibi *jus cogens* nitelik taşıyan kuralların da yer aldığı genel kabul görmektedir.[56]

Ayrıca BM Şartı'na göre BM Genel Kurulu'nun, BM'nin iç hukuk düzenine dahil olan bütçe ve finansal konularda rezolüsyonlar uluslararası hukuk kuralı yaratmaktan ziyade, BM'nin iç işleriyle ilgili olup bütün üye devletler için bağlayıcı nitelik taşır (m.17).[57] Dolayısıyla BM Genel Kurulu kararlarının bağlayıcı etkisi, organizasyonel konularda bağlayıcı kapasiteye ulaşmaktadır.

UAD ve AİHM, kararlarını tesis ederken Genel Kurul rezolüsyonlarına gönderme yapabilmektedir.[58] Örneğin AİHM'in *Pavlov ve Diğerleri v. Rusya* kararında Yargıç Krenc'in mutabık görüşünde; BM Genel Kurulu rezolüsyonlarına ilişkin değerlendirmesi burada zikredilmelidir. Krenç'e göre, "*AİHM Başkanı Spano'nun gözlemlediği gibi, Mahkeme'nin çevre içtihadını AİHS'in asli hükümlerince korunan bireyin insan haklarının, kendi ekolojik çevresinden tamamen ayrılamayacağını bir dereceye kadar zaten kabul edecek şekilde geliştirmesine izin vermiştir. Bu iki unsur, yaşayan enstrüman doktrini ve uyumlu yorum ilkesi üzerinden analiz edildiği şekliyle uluslararası hukuktaki gelişmelerdir. Bu bağlamda, uluslararası düzeydeki büyük ve son gelişmeleri gözden kaçırmak bence zor görünüyor. Bu gelişmeler arasında BM Genel Kurulu tarafından 28 Temmuz 2022 tarihinde kabul edilen Rezolüsyon (A/76/L.75) not edilmelidir. Bu Rezolüsyon, 'temiz, sağlıklı ve sürdürülebilir bir çevre hakkını bir insan hakkı olarak' açıkça tanımaktadır. (...) İnsan hakları ve çevre, Mahkeme'nin daha önce tespit ettiği gibi, özünde birbiriyle ilişkilidir. Avrupa Konseyi'ne üye tüm devletlerin bu Rezolüsyon lehinde oy kullandığı, ancak davalı devletin çekimser kaldığı vurgulanmalıdır. Bu durum, üye devletler arasında açık bir ortak zemin ölçüsü olduğunu gösterir. Dolayısıyla bu Rezolüsyon bana göre; Mahkemenin göz önünde bulundurabileceği ve dikkate alması gereken önemli ve yeni bir unsurdur.*"[59]

---

[56] Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 2, s.610.

[57] Aksar, Uluslararası Hukuk-I, ss.92-93.

[58] International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders Western Sahara, 16/10/1975, ss. 30-37.

[59] Pavlov ve Diğerleri/Rusya, B. No: 31612/09, 11.10.2022, §§5-7. Nitekim AİHM, AİHS'te bulunan terimlerin ve kavramların anlamlarını tanımlarken AİHS dışındaki *uluslararası hukuk unsurlarını*, bu unsurların yetkili organlar tarafından yorumlanmasını ve Avrupa Devletlerinin ortak değerlerini yansıtan uygulamalarını dikkate *alabilir ve almalıdır*. Zira konuya özgülenmiş uluslararası belgelerden ve AİHS'e taraf devletlerin uygulamalarından ortaya çıkan konsensüs; belirli davalarda AİHS hükümlerini yorumlarken AİHM için ilgili bir değerlendirme imkânı oluşturabilir. Ayrıca davalı devletin, ilgili davanın kesin konusuna ilişkin olarak geçerli

Netice itibariyle uluslararası hukukun dinamik yapısı göz önüne alınarak, BM Genel Kurulu'nun rezolüsyonlarının AİHM yargılama hukukunda destekleyici bir hukuki araç olarak kullanıldığı görülmektedir. Aynı şekilde AİHS'in önsözünde, BM Genel Kurulu'nun bir rezolüsyonu olan İHEB'te yer alan hakların tanınmasının ve uygulanmasının hedeflediğini belirtmiştir. AİHM içtihatları incelendiğinde de;[60] AİHS'in kapsamı, AİHS'te açıkça yer almayan İHEB'te yer alan hakları kapsayacak şekilde genişlediği görülmektedir.[61]

B. BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonları ve Bunların AİHS ile Çatışması Sorunu

BM Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğe ilişkin *operasyonel* alanda karar verme yetkilerine sahiptir.[62] BM Güvenlik Konseyi'nin *operasyonel* yetkilerinin yanında BM Genel Kurulu ile benzer, örgütsel nitelikte bazı yetkileri vardır; ancak UAD içtihatları bu noktalara odaklanmamıştır.[63] BM Şartı dahilinde BM'ye Üye Devletler, BM Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etmeyi ve uygulamayı kabul etmişlerdir (m.24). Dolayısıyla BM Güvenlik Konseyi, aldığı kararlarla devletleri bağlama ve kabul edeceği önlemlere uyulmasını talep etme yetkisi verilen birkaç uluslararası organdan biridir. Öyle ki BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonları BM Şartı'nın uygulanması olarak değerlendirilmektedir.[64] Bu nedenle BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonları normatif bağlayıcılığı sebebiyle devletler için bir yükümlülük yarattığı aşikardır. Burada asıl mesele devletin AİHS'ten kaynaklanan bir yükümlülüğü ile BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonundan kaynaklı yükümlüğünün çatışması durumunda; çözümün nasıl gerçekleşeceği hususunda düğümlenmektedir.

Arsava'ya göre BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yorumunda 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (VAHS) yoruma ilişkin hü-

---

olan tüm belgeler koleksiyonunu onaylamış olması da gerekli değildir. İlgili uluslararası belgelerin uluslararası hukukta veya Avrupa Konseyine üye devletlerin çoğunluğunun iç hukukunda uygulanan norm ve ilkelerde sürekli bir evrimi ifade etmesi ve modern toplumlarda ortak bir zemine sahip olması AİHM için yeterli olacaktır. Demir ve Baykara/Türkiye, B. No: 34503/97, 12/11/2008, §§85-86.

60 Bkz. Airey/İrlanda, B. No: 6289/73, 09/10/1979; Young, James ve Webster/Birleşik Krallık, B. No: 7601/76; 7806/77, 13/08/1981.

61 Mowbray Alastair, "The European Convention on Human Rights", ***International Human Rights Law Six Decades after the UDHR and Beyond***, eds. Mashood A. Baderin and Munisuli Ssenyonjo, Ashgate, England, 2010, s.288.

62 Macfarlane, "Resolution Without Resolve", s.444.

63 Oberg, "The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council", s.883.

64 Arsava, "BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonlarının Yorumu", s.360.

kümleri uygulama kabiliyeti bulacaktır. Zira BM organlarının karar alma yetkileri kurucu bir andlaşma olan BM Şartı'ndan kaynaklanmaktadır ve üye devletler, rezolüsyonların bu şekilde doğmasını önceden kabul etmişlerdir. Yazara göre bu rezolüsyonların doğuşunda bir andlaşmada olması gereken *uzlaşı* faktörünün tam olarak gerçekleşmemesi, rezolüsyonların yorumlanmasında andlaşmalar hukukunun yorum kriterlerini dışlayıcı bir unsur olarak görülmemektedir.[65]

BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının BM Şartı'nın bir parçası olarak düşünüldüğünde; ortada BM Şartı ile AİHS arasında bir çatışma söz konusu olduğundan iki uluslararası andlaşmanın, başka bir deyişle 'iki kuralın', çatışması gündeme gelebilecektir. Kural çatışması, iki hukuk kuralının normatif olarak birbiriyle çatışan hükümler içermesi nedeniyle, kurallardan birine uyulduğunda diğerine aykırı davranma durumunun ortaya çıkması olarak tanımlanmaktadır.[66] Söz konusu çatışmanın çözümü ise bu minvalde gerçekleştirilmektedir. Ancak çatışan iki norm, yani Güvenlik Konseyi rezolüsyonu ile AİHS, 'ilke' olarak nitelendirildiğinde; çözüm daha kaotik bir nitelik arz etmektedir.[67]

Yukarıda değinildiği üzere; uluslararası hukukun kaynakları bilinmekte ve tanımları, yapılabilecek gözlemlere ve mantıksal muhakemenin sonuçlarına karşılık gelmektedir. Ancak uluslararası hukukun kaynaklarının belirlenmesi, uluslararası hukuku bir hukuk sistemi olarak incelemek için kullanılan metodoloji alanını yakından incelemeyi de gerekli kılmaktadır. Uluslararası bir andlaşma, kendi yetkisi dahilinde, uluslararası bir örgütün bir organı tarafından yapılan tek taraflı bir irade, başka bir deyişle geçerli hukuk kuralları belirleme kararı; (*veya taraflar arasında yargılama yetkisi kabul edilmiş uluslararası mahkemelerin kararları*), geçerliliğini önceki bir hukuki kurala borçludur. Dolayısıyla diğer kurallar gibi '*konulmuş'* kuralların belirlenmesi, içeriklerinin belirlenmesinden ayrılamaz bir niteliğe sahiptir.[68] Bu türdeki kurallar söz konusu olduğunda; yorumlama yöntemleri ortaya çıkacaktır. Nihayetinde belli bir derecede

---

65 Arsava, "BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonlarının Yorumu", ss. 360-361.

66 İsmail Köküsarı, ***Anayasal Hakların Çatışması***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.79.

67 *Eveline T. Feteris,* ***Hukuki Argümantasyonun Temelleri (Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesi Teorileri Hakkında Bir Araştırma), çev. Ertuğrul Uzun,*** Pinhan Yayınları, İstanbul, 2019, s.33: *"İki veya daha fazla sayıda ilkenin çatıştığı ve farklı yönleri işaret ettiği bir davada benzer bir sorun ortaya çıkar çünkü farklı ilkelere dayanmak suretiyle farklı hükümleri savunmak mümkün hale gelir. İlkelerin çatışması durumunda çatışma, ilkeler arasında koşullu bir tercih ilişkisi ortaya koymak suretiyle her iki ilkenin de uygulanmasının sebepleri tartılarak çözülür."*

68 H.J. Schlochuer, ***Arbitration,*** Encyclopedia of Public International Law, ed. R. Bernhardt, Elsevier Science Publishers B.V, Amsterdam-New York-Oxford, 1984, s.337.

soyutlama gösteren ve aslında klasik bir nitelendirmeyle karşımıza çıkan çeşitli kurallar, bazen *ilkeler* hatta *temel ilkeler* olarak ifade edilebilmektedir. Bunların belirlenmesi veya teşhisi için kullanılabilir bir yöntem araştırması kolay bir süreç olmayacaktır. Dolayısıyla bu durum, bir sentez ve sınıflandırma sorunu olarak kalmaktadır.[69] Çatışmanın çözümü ise yine uluslararası hukukun işaret ettiği yöntemlerle gerçekleştirilebilir.

Uluslararası andlaşmaların çatışması; aynı konuda iki farklı andlaşmanın birbiriyle çatışan hükümler içermesi durumu olarak nitelendirilmektedir. Aynı anda devletler için hukuken bağlayıcı olan aynı konuyu farklı şekillerde düzenleyen andlaşmaların fiilen birlikte uygulanması mümkün değildir. Bu halde ortada bulunan çatışma durumu nasıl çözümlecektir? Böyle bir durumda çatışmayı düzenleyen VAHS'ın 30.maddesi hükmü[70] devreye girmektedir. Bu çerçevede öncelikle iki ihtimal bulunmaktadır; birincisi, çatışan andlaşmalardan birinin çatışma durumunu düzenleyen bir hüküm içermesi; ikincisi ise andlaşmalarda çatışmaya ilişkin herhangi bir hükmün bulunmaması durumudur.[71] Son olarak bir andlaşmanın başka bir andlaşma ile çatışması durumunda hangisinin üstün tutulması gerektiğine ilişkin andlaşmanın bazı hükümler içermesi uygulamada mümkündür. Örneğin bazı andlaşmalar, çatışma durumunda kendisinin üstün geleceğini öngörürken; bazıları da ya önceden belirlenmiş başka andlaş-

---

69 Schlochuer, Arbiration, s.337.

70 VAHS m.30: "*1. Birleşmiş Milletler Şartı'nın 103'üncü maddesi saklı kalmak üzere, aynı konuyla ilgili olarak ardarda yapılan andlaşmaların tarafları olan Devletlerin hakları ve yükümlülükleri, aşağıdaki paragrafa uygun şekilde tespit edilecektir: 2. Bir andlaşma, bir önceki veya sonraki andlaşmanın hükümlerine tabi olduğunu veya onlarla bağdaşmaz addedilemeyeceğini belirttigi zaman, o diğer andlaşmanın hükümleri üstündür. 3. Daha önceki bir andlaşmanın bütün tarafları aynı zamanda sonraki andlaşmaya da taraf olduğu fakat önceki andlaşma 59'uncu maddeye göre sona erdirilmediği veya yürürlüğü askıya alınınadığı zaman, daha önceki andlaşma sadece hükümlerinin sonraki andlaşmayla bağdaşması ölçüsünde uygulanır. 4. Sonraki andlaşmanın tarafları önceki andlaşmanın taraflarının tamamını kapsamadığı zaman: a - her ikisine taraf olanlar arasında üçüncü paragrafta yer alan aynı kural uygulanır. b - her iki andlaşmaya taraf olan bir Devletle sadece andlaşmaların birisine taraf olan bir Devlet arasında, her iki Devletin tarafı oldukları andlaşma bunların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini yönetir. 5. Dördüncü paragraf hükümleri, 41. maddeye veya 60. maddeye göre bir andlaşmanın sona erdirilmesi ile veya yürürlüğünün askıya alınmasıyla ilgili herhangi bir meseleye veya bir Devletin başka bir Devlete karşı, başka bir andlaşma gereğince üstlendiği yükümlülüklerle bağdaşmayan bir andlaşmanın yapılması veya uygulanması sebebiyle bir Devlet için doğabilecek herhangi bir sorumluluk meselesine, halel getirmez.*"

71 Pazarcı, 1.Kitap, ss.199-202; Ayşe Nur Tütüncü vd. (der.), ***Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar) Prof. Dr. Sevin Toluner'in Ders Notlarından***, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, ss.224-228.

maların kendisinden üstün tutulmasını ya da tüm andlaşmaların kendisinden üstün tutulmasını kabul etmektedir.[72] VAHS'ın 30/1.maddesinde BM Şartı'nın 103.maddesi saklı tutularak, BM Şartı'nın düzenlemiş olduğu hususların üstünlüğü düzenlenmiştir. Bu çalışmanın konusu itibariyle BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonları ile AİHS arasındaki bir yükümlülük çatışmasının başlangıç noktasını şu hükümlerden başlatmak yerinde olacaktır.

İnsan haklarına saygı yükümlülüğü başlığında düzenlenen AİHS'in 1.maddesi hükmünde AİHS'e akit olan devletlerin yetki alanları içerisinde bulunan herkesin, AİHS'te bulunan hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlama yükümlülükleri bulunduğu düzenlenmiştir. BM Şartı'nın 103.maddesinde ise BM'ye üye olan devletlerin BM Şartı'ndan doğan yükümlülükleri ile başka herhangi bir uluslararası antdaşmadan doğan yükümlülüklerin çatışması durumunda, BM Şart'ından doğan yükümlülüklerinin üstün geleceği düzenlenmiştir. Uluslararası hukuk düzenin tesis edilmesinin insan haklarından ayrık düşünülmesi mümkün olmadığından, çatışan iki yükümlülüğün çözülmesi için iki yaklaşımın ön plana çıktığı söylenebilir. Bunlardan birincisi; BM Şartı ve AİHS'in anayasal nitelik (*üstün norm niteliği*) taşıyıp taşımadığının irdelenmesi; diğeri ise bu düzenlemelerden kaynaklanan yükümlülüklerin uyum içinde yorumlanmasıdır.

1. Güvenlik Konseyi Rezolüsyonları ile AİHS'ten Kaynaklanan Yükümlülüklerin Çatışması Durumunda Bir Çözüm Arayışı: AİHS ve BM Şartı'nın Anayasal Niteliğe Sahip Olup Olmadığı Hususundaki Tartışmalar

AİHS'in getirdiği hükümler, haklar ve bu hakları koruyacak hukuki önlemler kapsamında kimi yazarlara göre *uluslar üstü anayasa* görünümündedir.[73] Örneğin Aliefendioğlu'na göre AİHS, Avrupa İnsan Hakları anayasasına dönüşümün bir ürünüdür. İnsan haklarına ilişkin uluslararası hukuki enstrümanlar ulus devletleri öncelikle moral yönden/siyaseten etkilemekte, öngörülen mekanizmalar aracılığı ile de hukuksal denetim gerçekleşmektedir. Burada amaçlanan ise devletlerin, asgari insan hakları ortak standartların altına düşmesini engellemektir.[74] Dolayısıyla AİHS hükümlerinin AİHM tarafından uygulaması ve yorumlanması, insan hakları ve de-

---

[72] Pazarcı, 1.Kitap, s.199; Mark E. Villeger, ***Commentary on the 1969 Vianna Convention on the Law of Treaties***, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, s.404.

[73] Süheyl Batum, ***Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*****,** İ.Ü. İletişim Fakültesi Basımevi ve Film Merkezi, Üniversite yayın No: 3761, Fakülte yayın No: 702, İstanbul, 1993, s.232.

[74] Yılmaz Aliefendioğlu, "Avrupa İnsan Hakları Anayasasına Doğru", ***Ankara Üniversitesi SBF Dergisi***, 1991, C.46, S.1, s.43.

mokrasi kavramının hâkim olduğu ortak bir standart temelinde *(ulusalüstü)* insan hakları hukukunun ortaya çıktığından söz edilmiştir.[75] Bu değerlendirmeye ilham kaynağı olan *Loizidou v. Türkiye* kararında AİHM, AİHS'in kendine özgü yapısını ve bir Avrupa kamu düzeni enstrümanı olma özelliğini vurgulayarak ve bu değerlendirmeye *anayasal* kavramını da ekleyerek AİHS'i Avrupa kamu düzeninin anayasal nitelikteki bir araç olarak nitelendirmiştir.[76] Aynı şekilde bir dönem AİHM başkanı olarak görev yapan yargıç Wildhaber de AİHS'in *anayasal* işlevlerini geliştirme yönünü güçlü bir şekilde savunmaktadır.[77] Doktrinde AİHS'i Avrupa'nın gölge anayasası, AİHM'i de Avrupa Anayasa Mahkemesi olarak nitelendiren yaklaşımlar söz konusudur.[78] Bu yaklaşımın temelini AİHS'in giriş bölümünde tespit edebilmek mümkündür. Zira AİHS, Avrupa Konseyi üyeleri arasında sıkı bir iş birliği sağlayarak, insan hakları temelinde ortak bir hukuk anlayışını inşa etme arayışının bir parçasıdır. Üstelik insan hakları anlayışın ortak bir standart temelinde bağlayıcı kararlarla yükselmesi, AİHM'in rolünü bir Anayasa Mahkemesinin rolüne yaklaştırmaktadır.

Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. İrlanda kararında AİHM, BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonunu uygulama yükümlülüğü ile AİHS'ten kaynaklı yükümlülüğün çatışması durumunda AİHS'teki haklarının korunmasının açıkça yetersiz olduğu gözlenirse, AİHS'in anayasal niteliğinin ağır basacağını benimsemiştir.[79] Benzer bir çözüm önerisini *Al-Dulimi ve Montana Management Inc. v. İsviçre* kararında ayrık görüş yazan yargıçların görüşünde bulmak mümkündür. Buna göre; davalı devletin BM Güvenlik Konseyi'nin 1483 (2003) sayılı rezolüsyonunu uygulama yükümlülüğü ile AİHS'de garanti edilen mahkemeye erişme hakkını gözetme yükümlülüğü arasında normatif bir çatışma söz konusu olduğunda; çatışmanın çözümü, AİHS'in anayasal doğasının önceliğini ön plana çıkarmakla mümkündür.[80]

---

75 Batum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ss.215-216.

76 Loizidou/Türkiye (Preliminary Objections), B. No: 15318/89, 18/12/1996, § 75.

77 Henry J. Steiner-Philip Alston-Ryan Goodman, ***International Human Rights in Context Law, Politics, Morals***, Oxford University Press, Newyork, 2008, ss.1010-1012.

78 Bkz. Ayşe Füsun Arsava, "AİHM'in İnsan Hakları Alanında Oynadığı Anayasa Mahkemesi Rolü", ***TAAD***, 2018, C. 9, S. 35, s.1.

79 Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi/İrlanda, B. No: 45036/98, 30/06/2005, § 156; Arsava, "BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonlarının Yorumu", s. 376.

80 Al-Dulimi and Montana Management Inc./İsviçre, B.No: 5809/08, 21/06/2016, Concurring Opinion of Judge Pinto De Albuquerque, Joined by Judges Hajiyev, Pejchal and Dedov, § 1.

Doktrinde AİHM'in anayasa mahkemesi olarak nitelendirilmesi karşısında; AİHM'in sadece AİHS'te yer alan haklara riayet denetimi yaptığı ve bu yönüyle ikincil bir niteliğe sahip olduğu savunulmaktadır. Bunun bir sonucu olarak AİHM, uluslararası bir mahkeme olduğundan ulusal düzeydeki etkisinin de bu çerçevede ele alınması gerektiği değerlendirilmektedir. Dolayısıyla AİHM'in sadece anayasa mahkemelerinin fonksiyonlarını tamamlayıcı bir role sahip olduğu görüşü, uygulama itibariyle baskın görünmektedir.[81] Zira AİHS ile insan haklarının daha etkin bir şekilde korunduğu bir sistemin doğuşu, bu hakların uluslararası hukukta belirmesine/yükselmesine ivme kazandırmıştır. Bunun bir sonucu olarak uluslararası insan hakları hukukunda uluslararası veya bölgesel nitelikte oluşturulan belgeler anayasal imalarla yeni bir anlatı yaratmıştır.

BM Şartı'nın anayasal niteliği konusunda da benzer tartışmalar söz konusudur. Nitekim BM Şartı ve BM kapsamında oluşturulmuş insan haklarına ilişkin sözleşmelerle ve diğer bölgesel temelli insan hakları belgeleriyle bir devletin egemenliğini bir tür *ulusal-üstü anayasa* oluşturarak, kendi iradesiyle sınırladığı görülmektedir.[82] Kendi kendini sınırlama, insan hakları sözleşmelerinin öngördüğü organlar önünde devleti hesap vermeye itmekte, diğer bir ifadeyle *devletin üstünlüğünü bireyin üstünlüğü ile ikame etmeye hizmet etmektedir.*[83]

Bir yaklaşıma göre BM Şartı, uluslararası toplumu hukuki ve siyasi yönden teşkilatlandıran ilkel nitelikte bir dünya anayasasıdır.[84] Burada Hans Kelsen'in öncülüğünü yaptığı normcu okulun görüşünün ağırlığı görülmektedir. Bu yaklaşıma göre uluslararası ve ulusal hukuk tek bir hukuk düzeni olarak görülmesi gerektiğinden; uluslararası hukukun ulusal hukuka göre üstün olduğu varsayımı esastır.[85] Ancak BM'nin hem organları hem de yetkilileri üzerinde zorunlu yargı yetkisine sahip bir Dünya İnsan Hakları Mahkemesi ortaya çıkana veya UAD bu konularda zorunlu yargı yetkisini kazanana kadar, BM anayasal bir yapıya sahip

---

81 Bkz. Arsava, "AİHM'in İnsan Hakları Alanında Oynadığı Anayasa Mahkemesi Rolü", s. 1.

82 Mehmet Semih Gemalmaz, "Tarihselliği Bağlamında İnsan Hakları"*,* ***İnsan Hakları Yıllığı***, 1985-1986 (7-8), s.67.

83 Mahmut Göçer, ***Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması Uluslararası Hukukun İnsan Hakları Alanına Uygulamasından Kaynaklanan Kimi Sorunlar Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme****,* Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s.31.

84 Hamza Eroğlu, ***Devletler Umumi Hukuku****,* Adım Yayınları*,* Ankara, 1991, s. 147.

85 Altuğ, Devletler Umumi Hukuku, s.18; Bozkurt-Kütükçü-Poyraz, Devletler Hukuku, s.43.

değildir. Dolayısıyla BM Şartı henüz uluslararası toplum için bir Anayasa niteliği kazanmamıştır ve sonuç olarak Şart yükümlülükleri ile diğer uluslararası andlaşmalardan özellikle insan hakları andlaşmalarından kaynaklanan yükümlülükler arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmamaktadır. Nihayetinde BM Şartı henüz uluslararası toplum için bir Anayasa niteliği kazanmamıştır.[86] Ayrıca evrensel düzeyde, uluslararası hukukta normlar hiyerarşisine ilişkin katı bir Kelsen'ci yaklaşım, hala gerçeğe tam olarak uymamaktadır.[87] Dolayısıyla BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonunu uygulama yükümlülüğü ile AİHS'ten kaynaklı yükümlülüğün çatıştığı davalarda AİHM, BM Şartı'nın anayasal niteliğe sahip olduğu gerekçesiyle bir çözüm önerisini içtihatlarında somutlaştırmamıştır.

2. Güvenlik Konseyi Rezolüsyonları ile AİHS'ten Kaynaklanan Yükümlülüklerin Kural Çatışması Ekseninde Değerlendirilmesi: BM Şartı 103. Maddesi ve Andlaşma Yükümlülüklerinin Uyumlaştırılması Sorunu

Uluslararası hukukun tesis edilmesinde ciddi bir ağırlığı bulunan ve aşağı yukarı tüm devletlerin taraf olduğu BM Şartı'nın 103.maddesinde, BM Şartından doğan yükümlülükleri ile başka herhangi bir uluslararası andlaşmadan doğan yükümlülüklerin çatışması durumunda, BM Şartı'nın üstün geleceği düzenlenmiştir.[88] Nitekim bu hükme göre Birleşmiş Milletler üyesi olan bir devlet ile üye olmayan bir devlet arasında ilişki tam olarak belirlenmeyebilir. Fakat modern uluslararası hukukta BM Şartı'nın önemli bir yeri olmasından ve BM'ye üye devletleri milletler topluluğunun geniş bir kısmını oluşturmasından dolayı Uluslararası Hukuk Komisyonu, Şartın 103. maddesine özel bir yer verilmesinin ve bu maddede bahsedilmesinin gerekli olduğuna karar vermiştir. Bu sebeple, 103. maddenin yorumuna veya Birleşmiş Milletlerin *yetkili organlarınca uygulanması konularına girmeden*, üyelerin andlaşmadan kaynaklanan sorumlulukları karşısında 103. maddenin üstünlüğü konusunu belirtmeye karar vermiştir.[89]

Geçmişten bugüne BM Şartı 103.maddesinin sonuçları hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Örneğin BM Şartı'nın bazı hükümlerinin *jus cogens*

---

[86] Al-Dulimi and Montana Management Inc./İsviçre, §§7-8.

[87] Al-Dulimi and Montana Management Inc./İsviçre, §38.

[88] Pazarcı, 1. Kitap, s.200; Andlaşmanın bizzat kendisinin üstünlüğünü beyan etmesinin problemli bir durum olduğu değerlendirmesi için bkz. Öktem, Teamül, s.331.

[89] 1966 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi Taslak Maddeleri ve Şerhi, "Aynı Konu Hakkında Birbirini Takip Eden Andlaşmaların Uygulanması" başlıklı 26.maddesi ve madde hükmünün şerhi için bkz. Mukkaddes Korkmaz Sürer, "1966 Andlaşmalar Hukuku Taslak Maddeleri ve Şerhi", ***Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2018, C.4, S.1, s.97.

niteliğe sahip olduğu gerekçesiyle BM Şartı'na aykırı bir andlaşma yapılamaması, yapılsa bile bu andlaşmanın geçersiz olması gibi görüşler geride kalmıştır. Zira VAHS'ta bir andlaşmanın hangi hallerde geçersiz olduğu sıralanırken BM Şartı 103.maddeye herhangi bir gönderme yapılmamıştır. Birbirini takip eden aynı konudaki andlaşmaların uygulanmasına ilişkin VAHS 30.maddesine göre; BM Şartı 103.maddesi saklı tutulmuştur; bu yönüyle de ilgili maddenin *geçersizliği* değil, *üstünlüğü* işaret ettiği kabul edilmektedir.[90]

Bu noktada AİHS ile diğer uluslararası sözleşmeler arasındaki çatışma sorunu gündeme gelmektedir. Zira iki uluslararası taahhüdün çelişkili doğasından kaynaklan çatışma durumu, uluslararası hukuk metodolojisi içerisinde tutarlı bir şekilde çözülmek durumundadır. Bu çerçevede bir Irak vatandaşının BM Güvenlik Konseyi'nin bir rezolüsyonuna dayanılarak Irak'taki Britanya ordu güçleri tarafından tutuklanmasına ilişkin Al-Jedda v. Birleşik Krallık kararında AİHM, BM Şartı 103.maddesi ve AİHS'den doğan yükümlülükler arasında bir değerlendirme yapma fırsatı bulmuştur.[91] Buna göre BM Şartı 103.maddesi, BM üyelerinin Şart kapsamındaki yükümlülüklerinin, başka herhangi bir uluslararası anlaşma kapsamındaki yükümlülüklerle çatışması durumunda geçerli olacağını belirtmektedir.[92] Arsava AİHM'in bu yaklaşımını *gerçek bir çatışma* doğması hali olarak değerlendirmektedir.[93]

Öğretide *gerçek bir çatışmadan* söz edilebilmesi için aynı konuyu düzenleyen birden fazla andlaşmanın olması gerekmektedir. Dolayısıyla gerçek çatışmada, aynı konuyu farklı şekilde düzenlemesinin bir sonucu olarak; hukuken geçerli olan iki andlaşmadan hangisinin uygulanacağı durumu söz konusudur.[94] Bu noktada andlaşmalar hukuku anlamında andlaşma teriminin tanımlanması gerekmektedir. Pazarcı'nın benimsediği tanıma göre "*andlaşma; uluslararası hukukun kendilerine bu alanda yetki tanıdığı kişiler arasında, uluslararası hukuk çerçevesinde etki yaratmak üzere yapılan, hak ve yükümlülük doğuran, bunları değiştiren ve sona erdiren yazılı irade uyuşmasıdır*."[95] Aksar'a göre ise "*andlaşma, uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde hukuki sonuç doğurmaya yönelik*

---

90 Tütüncü vd., Toluner Ders Notları, s.226.

91 Al-Jedda/Birleşik Krallık, B. No: 27021/08, 7/07/2011, §§105-110.

92 Al-Jedda/Birleşik Krallık, §101.

93 Arsava, "BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonlarının Yorumu", s. 375.

94 Tütüncü vd., Toluner Ders Notları, s.226.

95 Pazarcı, Hüseyin: "Uluslararası Hukuk ve Türk Hukukuna Göre Andlaşma Kavramı", ***MHB***, 1990, C.1-2, S.10 s.151.

iki veya daha fazla uluslararası hukuk kişisinin irade beyanları"[96] şeklinde tanımlanmaktadır.

Buradaki anahtar konu BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının bir andlaşma niteliğinde olup olmadığı meselesidir. Andlaşmaların hukuki doğası yakından incelendiğinde; Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının andlaşmalarla özdeşleştirilmesi olası değildir.[97] Zira bu çalışmanın ilk bölümünde belirtildiği üzere, BM çatısı altında ortaya koyulan rezolüsyonlar, bir andlaşmanın bağlayıcı gücünden yoksundur. Ayrıca BM Güvenlik Konseyi'nin rezolüsyonları tüm BM üye devletlerinin onayanın bir ürünü değildir. BM Güvenlik Konseyi rezolüsyoları ortaya çıkışı itibariyle, bir andlaşmada olduğu gibi sadece sınırlı sayıdaki devletlerin bir irade toplantısını, taslak metinlerin müzakere edildiği isteklerin bir araya gelmesini temsil etmektedir.[98] Burada çıkış noktasını BM Şartı 25.madde bize göstermektedir. Buna göre; *"Birleşmiş Milletler üyeleri, işbu Andlaşma uyarınca, Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda görüş birliğine varmışlardır."* Bu madde, andlaşmalar hukukunun *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*[99] ilkesiyle taban tabana zıt olarak, BM üyesi devletlerin kendi rızalarından bağımsız bir yükümlülük yaratmaktadır.

Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının BM organının kurucu belgesi olan BM Şartı 25.maddesi kapsamında bağlayıcı gücü *erga omnes*[100] olan tek taraflı 'kurumsal' eylemler olarak nitelendirildiği de görülmektedir. Güvenlik Konseyi rezolüsyonları andlaşmalarla aynı hukuki rejime tabi olmadığından VAHS'nin andlaşmaların yorumlanmasına ilişkin 31-33.maddelerinin bu rezolüsyonlara aktarılması eleştirilmektedir.[101] Bunun yerine bahsi geçen hükümlerin gerekli değişiklikler yapılarak söz konusu BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarına uygulanabileceği

---

96 Aksar, Uluslararası Hukuk-I, s.108.

97 Efthymios Papastavridis, *"Interpretation of Security Council Resolutions under Chapter VII in the Aftermath of the Iraqi Crisis"*, ***International and Comparative Law Quarterly***, 2007, Vol.56, No.1, s.87.

98 Papastavridis, *"Interpretation of Security Council Resolutions",* s. 87.

99 Bir andlaşmanın üçüncü bir devletin rızası olmadan ne hak ne de yükümlülük yaratmadığına ilişkin ilkedir. Ayrıca VAHS 34.maddesinde de vücut bulmaktadır. Grant- Barker, Dictionary of International Law, s.452. Ancak üçüncü taraf devletler için hak ve yükümlülük yaratan örnekler için bkz. Anthony Aust, ***Modern Treaty Law and Practice***, Cambridge University Press, New York, 2007, ss.16-31.

100 Kavram, bir bütün olarak uluslararası topluma karşı yükümlülükler veya devlet davranışının belirli evrensel standartlara dayanması olarak nitelendirilebilir. Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. ICJ, Barselona Traction (Belgium v. Spain), 05/02/1970, § 8, §28, §33.

101 Bkz. Arsava, "BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonlarının Yorumu", s.360.

veya bu rezolüsyonların doğasına daha yakın yeni bir analitik çerçeveye dayalı yorum yöntemlerini sentezleyerek farklı yaklaşımlar gerektiği değerlendirilmektedir.[102] Ancak BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonları bir uluslararası andlaşmada bulunması gereken özellikleri tam olarak yansıtmasa da VAHS'nde yer alan yorum ilkeleri gözetilerek yorumlanmaktadır.[103] Zira BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının muhteviyatının tespit edilmesinde yorum, belirleyici bir role sahiptir. BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonu ile AİHS arasında bir çatışmanın varlığından bahsedilmesi için öncelikle yükümlülüklerin somutlaştırılması gerekmektedir. Bunun için BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonunun ve AİHS'in VAHS'e göre yorumlanması kaçınılmazdır. Ancak bu şekilde bir yorum sonrası *gerçek bir çatışmanın* varlığını tespit etmek mümkündür.

Yükümlülük getiren BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının Avrupa Konseyi üyesi devletlerin ulusal düzeyde bu yükümlülükleri yerine getirirken, AİHS'te garanti edilen hakların ihlal edilmesine sebebiyet verebilmektedir. Bu minvalde ortaya çıkan başvurularda AİHM, bunları norm çatışması ekseninde ele almaktadır. Örneğin *Nada v. İsviçre* davasında AİHM, (1930) sayılı Güvenlik Konseyi kararını rezolüsyonunu yorumlamıştır.[104] Bu rezolüsyon üye devletlere açık bir şekilde yaptırım komitesi tarafından listeye alınan kişilere seyahat sınırlaması getirme yükümlülüğü getirmiştir. *Nada v. İsviçre* davası, yaptırım listesinde yer alan kişilerin insan hakları üzerindeki etkilerin incelendiği ilk davadır. Bu karar aynı zamanda uluslararası hukuktaki parçalanmayla mücadelede sistematik yorumlama yaklaşımını güçlendiren bir kilometre taşıdır.[105] AİHM bu kararda, Güvenlik Konseyi'nin insan hakları yükümlülüklerine ters düşen yaptırım kararlarının devletler nezdinde uygulama bulmayacağı varsayımından hareket etmiştir. Dolayısıyla *Nada v. İsviçre* davası, AİHS yükümlülükleri ile diğer uluslararası hukuk yükümlülüklerinin çatışması konusunda önemli ipuçları sağlamaktadır. Nitekim AİHM, bu kararında normlar çatışmasını önlemek istemiş ve devletlerin diğer uluslararası andlaşmalardan doğan yükümlülüklerini olabildiğince icra etmeleri gerektiğini vurgulamıştır.[106] Bu gibi norm çatışmalarında AİHM, açık bir

---

[102] Papastavridis, "Interpretation of Security Council Resolutions"*, ss*.87-88.

[103] Arsava, "BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonlarının Yorumu", s.361.

[104] Arsava, "BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonlarının Yorumu", s.374.

[105] Solene Guggisberg, "The Nada Case Before the ECtHR: A New Milestone in the European Debate on Security Council Targeted Sanctions and Human Rights Obligations"*, **The Croatian Yearbook of European Law and Policy***, 2012, Vol.8, No.1, s.434.

[106] Nada/İsviçre, B. No: 10593/08, 12/12/2012, § 176.

hiyerarşi tayin etmekten uzakta durarak normlar arasındaki çatışmayı olgusal düzeyde *uzlaşı/uyum* yöntemiyle çözmeye çalışmaktadır.[107]

Nada v. İsviçre davasında AİHM, Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının ulusal uygulamasını gözden geçirme yetkisine sahip olduğunu beyan etmiştir. Mahkeme, İsviçre'nin uygulamada bir miktar serbestliğe sahip olduğunu göz önünde bulundurarak, davalı devletin insan haklarına yönelik ihlalleri azaltmanın yollarını bulabileceğine, bu nedenle uygulanan giriş-çıkış yasağının Nada'nın *özel hayat hakkını* ihlal ettiğine karar vermiştir. Ayrıca başvuranın iddialarının özünü inceleyebilecek veya incelemeye istekli bir inceleme mekanizmasının olmaması nedeniyle de *etkili bir hukuk yoluna başvuru hakkı* ihlal edilmiştir.[108]

Istrefi'e göre, BM Şartı 103.maddesi birincil bir yükümlülük kuralından ziyade BM Şartı'ndan türetilen somut yükümlülükler ile diğer uluslararası andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülükler arasındaki normatif çatışmalara ilişkin ikincil bir kuraldır. Dolayısıyla BM hukuk sisteminin etkinliğini ve bütünlüğünü korumak amacıyla uluslararası düzenlemeler, BM Şartı ile bir uyum içinde yorumlanmalıdır.[109] Yukarıda değinildiği gibi; Şartta belirtilen çatışma kuralı çatışan uluslararası andlaşmaların hukuken iptalini veya fiili askıya alınmasını belirlemez. Egemen olan (üstün) yükümlülük, yalnızca hukuki geçerliliği dokunulmamış olan çatışan yükümlülüğü bir kenara bırakır. Ayrıca, normatif çatışma devam ettiği sürece, çatışan yükümlülüğe uyulmaması sorumluluk gerektirmez.[110] Bu konuda AİHM'e öncelikle Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (ILC) 'Uyum ve Sistemsel Bütünleşme' başlığında *uluslararası hukukun parçalanması* hakkındaki raporu rehberlik etmektedir. Buna göre; *uluslararası hukukta normatif çatışmaya karşı güçlü bir karine bulunmaktadır.*[111] Bu koşullarda BM sis-

---

[107] Arsava, "BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonlarının Yorumu", s.392.

[108] Solene, "The Nada Case", ss.433-434.

[109] Kushtrim Istrefi, *"*The Application of Article 103 of the United Nations Charter in the European Courts: The Quest for Regime Compatibility on Fundamental Rights*"*, ***European Journal of Legal Studies***, 2012, Vol. 4, No.2, s.116.

[110] Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001, s.143. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, (28.10.2022).

[111] International Law Commission (ILC), *"Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law",* Document A/CN.4/L.682 and Add.1, Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi, 13/04/2006, s.22; Al-Jedda v. Birleşik Krallık, B. No: 27021/08, 07/07/2011Concuring Opinion of Judge Sicilianos.

temi ile AİHS sistemi arasındaki herhangi bir normatif çatışmaya soyut olarak atıfta bulunmak uygun görünmemektedir. Öyle ki 1948 tarihli İHEB, 1966 tarihli İkiz Sözleşmeler ve diğer insan hakları sözleşmeleri BM Şartı'ndan ilham alınarak ortaya koyulmuştur.

Bu noktada BM Şartı'nın uluslararası hukuk ve uluslararası insan hakları hukukuna katkısı hatırlatılmalıdır. Zira BM Şartı'nda insan hakları sadece giriş bölümünde değil, metnin çeşitli yerlerindeki altı maddede söz edildiğinden; bazı yazarlara göre BM kurucu metni olan BM Şartı, bir insan hakları sözleşmesi niteliğindedir. BM Şartı'nda insan haklarının tanımı veya sınıflandırılmasına yer verilmese de insan hakları, çeşitli yönleriyle birçok maddenin içinde yer almaktadır. Özellikle *ırk, dil, cins, din farkı gözetilmeksizin* formülünün birçok maddede tekrarlanmış olması, kesin ifadenin bir belirtisi olarak nitelendirilmektedir.[112] Dolayısıyla insan hakları sistemi içindeki tüm belgelerin, öngördükleri hedef doğrultusunda; bir *bütünlük ve uyum içinde* yorumlanması gerekmektedir. Üstelik bu durum insan haklarının *içtihadi bütünselliğinin* bir gereği olarak da somutlaşmaktadır.[113]

C. Ara Değerlendirme

Belirli bir konuda uluslararası hukuk süjelerinin iş birliği yapmak amacıyla bir araya geldiği uluslararası örgütler, aldığı kararlar itibariyle hukuki ve siyasi olarak devletleri ortak hareket etmeye zorlamaktadır. Bu yönüyle uluslararası örgütler, belirli bir konuda devletlerin ortak paradigmada bütünleşmesini misyon edinmektedir. Özellikle BM Genel Kurul rezolüsyonlarının doğuşunda veya doğmuş rezolüsyonların uygulanmasında bir devletin takındığı tavır, o devletin uluslararası ilişkilerdeki ağırlığını *(yalnızlaşmasını veya bütünleşmesini)* belirleyici bir etki yaratmaktadır.

BM Genel Kurul rezolüsyonlarının AİHM yargılama hukuku kapsamında destekleyici bir norm olarak kullanılmasında herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Öyle ki bir uyuşmazlığın çözümünde Mahkeme, taraf devletin o konuya ilişkin yaklaşımının tespit edilmesinde AİHS dışındaki uluslararası hukuk unsurlarını da dikkate alabilmektedir. Ancak BM Genel Kurul rezolüsyonları ile BM üyesi devletlerdeki kurallar arasında bir çatışma meydana geldiğinde çözümün nasıl gerçekleşeceği önemli bir sorundur. Böyle bir çatışmanın çözümünde ilk akla gelen yöntem, kurallar arasındaki hiyerarşiye bakmaktır. BM Genel Kurul rezolüsyonları ile diğer uluslararası hukuk kaynakları arasında hiyerarşinin bu-

[112] Jale Civelek, ***Uluslararası İnsan Hakları Hukuku***, Marmara Müşavirlik, İstanbul, 1984, s.124

[113] Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 2, ss.640-665.

lunduğu varsayıldığında; ilgili devletin taraf olduğu diğer uluslararası hukuk kaynaklarını sınırlanmış olacaktır. Hiyerarşi durumu bir kenara bırakıldığında ise çatışmanın çözümünde *lex posterior* ilkesi söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda uluslararası hukukun parçalanmasının önüne geçerek bütüncül bir yaklaşımla ve etki doğurma ilkesine uygun bir çözüm yöntemi benimsenmelidir.[114]

Uluslararası hukukun konusu genişledikçe, bu alanın parçalanma riskini de beraberinde getirmektedir. Aynı zamanda klasik uluslararası hukukun süjelerinde meydana gelen değişimler bu riski desteklemektedir. Uluslararası hukukun parçalanmasının önüne geçmenin bir yolu, belirli alanlarda bölgesel iş birliği gerçekleştirmektir.[115] Burada insan hakları konusunda bölgesel düzeyde asgari bir ortak paydanın yaratılması bakımından AİHM'in rolü ortaya çıkmaktadır. BM'nin amaç ve ilkelerinden birisinin de insan hakları olduğu dikkate alındığında hem uluslararası hem de bölgesel düzeydeki ortak bir konuda uluslararası hukukun bütünselliği gözetilerek çözüm üretilmelidir. BM Genel Kurul rezolüsyonları AİHM yargılama süreçlerinde çatışma bakımından bir sorun yaratmamaktadır. Zira bu rezolüsyonların misyonu destekleyici niteliktedir.

Ancak BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonları söz konusu olduğunda çatışma durumu daha görünür bir sorundur. Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarını AİHS'te garanti edilen haklar için bir dış (*external limitation*) sınırlama sebebi olarak nitelendirmek mümkündür. Zira bir insan hakkına yapılan dış sınırlamanın varlığı, öncelikle ilgili hak ile kamu çıkarı arasında bir çatışmanın olmasına bağlıdır.[116] İkincisi bu tür sınırlamalar, hukuki dayanaklarını anayasalarda, anayasal belgelerde veya uluslararası andlaşmaya dayalı bir maddede yer aldıklarında kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu şekildeki sınırlamalar, yargı tarafından söz konusu insan hakkını niteleyen açık bir sınırlama hükmü olmadığında veya olağan şartlarının ötesinde belirlendiğinde ima edilmiş olmaktadır.[117] AİHM zaman zaman, insan hakları üzerindeki dış sınırlamaları tanımak ve şekillendirmek için genel bir çerçeve oluşturmaktan kaçınmak istediğini belirtmektedir. Bu gerekçelendirme kriterleri, *meşru bir amaç* ve *yasallık* ile tamamlanmış olan denge-

---

[114] Çağıran, Uluslararası Örgütler, ss.355-356.

[115] Arsava, "Uluslararası Hukuk ve BM Teşkilatındaki Değişimler", s.126.

[116] Aileen McHarg, "Reconciling Human Rights and Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", ***The Modern Law Review***, 1999, Vol.62, No.5, s.678.

[117] Nicolas A.J. Croquet, "The European Court of Human Rights' Norm-Creation and Norm-Limiting Processes: Resolving a Normative Tension", ***Columbia Journal of European Law***, 2011, Vol.17, No.2, s. 310.

leme veya katı zorunluluğa kadar uzanan geniş bir yelpaze boyunca değişmektedir.[118] İşte bu noktada Güvenlik Konseyi rezolüsyonları söz konusu olduğunda AİHM'in tutumu, sözü edilen yelpazenin AİHS 19.maddesi ışığında belirlenmelidir. Zira AİHS 19.maddesi gereğince AİHS ve Ek Protokolleri gereği AİHS'e taraf devletlere yüklenilen taahhütlere uyulmasını sağlamak amacıyla AİHM'in kurulduğu ifade edilmiştir. Başka bir anlatımla Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yer aldığı uyuşmazlıklarda AİHM, AİHS ve Ek Protokollerinin devletlere getirdiği yükümlülükleri gözeterek görevini icra etmelidir.

III. GÜVENLİK KONSEYİ REZOLÜSYONLARININ YÜKÜMLÜLÜK ÇATIŞMASI TEMELİNDE AİHM İÇTİHATLARINDAKİ GÖRÜNÜRLÜĞÜ: *AL-DULIMI VE MONTANA MANAGEMENT INC. v. İSVİÇRE KARARI'NIN* İNCELENMESİ

A. İnceleme Konusu Karar ve Olayın Özeti

Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarından kaynaklanan bir yükümlülük nedeniyle, devletin gerçekleştirdiği işlemin AİHS'te yer alan bir hakkın ihlal edilmesi durumunda devletin sorumluluğu doğabilecektir. Bu durum daha çok yargı yetkisinin düzenlendiği AİHS 1.maddesi bağlamında gündeme gelebilmektedir. Özellikle devletin ülkesi dışında gerçekleştirdiği faaliyetler bu minvalde ele alınmaktadır. Kabul edilemezlik kararı verilen *Behrami ve Behrami v. Fransa* ile *Saramati v. Fransa, Almanya ve Norveç* başvurularında AİHM, başlangıçta gerekçe olarak icra edilen faaliyetlerde sorumluluğun devletlerde değil BM'de olduğunu vurgulamıştır. AİHM, böyle yaparak BM'nin yetkisi altındaki güçlerin üye devletlere karşı yapılan başvuruların kabul edilemezliği yoluyla sistemler arasında çatışmayı önlemeye çalışmıştır.[119] Ancak sonraki başvurularda Mahkeme, içtihadını değiştirerek, rezolüsyonlar bağlamında gerçekleşen faaliyetler bağlamında AİHS'e taraf devletlerin sorumluluğunu kabul etmiştir.[120]

Yukarıda değinildiği üzere Güvenlik Konseyi rezolüsyonları çerçevesinde uluslararası barış ve güvenliğin tesis edilmesi amacıyla ülkesel sınırları dışında devletler operasyonel faaliyetlerde bulunabilmektedir. AİHM yargılama hukuku inceliğinde; AİHS'e taraf devletlerin bu faaliyetleri yürütürken AİHS'ten kaynaklanan yükümlülüğü de söz konusu olabilmektedir. Bu çalışmada, devletin ülkesi

---

[118] Croquet, "The European Court of Human Rights", s.333.

[119] Aslında bu durum, AİHM'in kuruluş amacını belirten ve AİHS. 19.maddede yer alan: *"Bu Sözleşme ve protokolleri gereği Yüksek Sözleşmeci Taraflar'a yüklenilen taahhütlere uyulmasını sağlamak için...görev yapar."* hükmüyle pek örtüşmemektedir.

[120] Arsava, "BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonlarının Yorumu", s.374.

dışında gerçekleştirdiği faaliyetleri konu edinen Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının söz konusu olduğu AİHM kararları büyük ölçüde kapsam dışında tutulmuştur. Bu çalışma daha çok Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının yarattığı bir yükümlülüğün, devletin kendi *ülkesel sınırları dahilinde* icra edilmesi sırasında AİHS'ten kaynaklanan yükümlülüğün nasıl yerine getirildiğine odaklanmaktadır. Burada asıl amaç, AİHM yargılama hukukunda Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarını daha görünür kılmaktadır. Bu çerçevede *Al-Dulimi ve Montana Management Inc. v. İsviçre* kararı incelenecektir.

Dava, Irak uyruklu Khalaf M. Al-Dulimi (ilk başvuran) tarafından ve Montana Yönetimi adına AİHS 34. maddesi kapsamında 1 Şubat 2008 tarihinde İsviçre aleyhine AİHM'e yapılan başvurudan kaynaklanmaktadır. Montana Management Inc., Panama yasalarına göre kurulmuş ve ilk başvuranın genel müdürü olduğu Panama'da kayıtlı ofisi bulunan bir şirkettir (ikinci başvuran). Başvuranlar BM Güvenlik Konseyi'nin bir kararı uyarınca İsviçre makamları tarafından mal varlıklarına el konulmasının, AİHS 6.maddesinde yer alan 'adil yargılanma hakkı' gözetilmeden gerçekleştirildiğini iddia etmişlerdir. BM Güvenlik Konseyi'ne göre; birinci başvuran, Saddam Hüseyin rejimi altındaki Irak gizli servislerinin finans başkanıdır.

2 Ağustos 1990 tarihinde Irak'ın Kuveyt'i işgal etmesinin ardından BM Güvenlik Konseyi, 6 Ağustos 1990 tarihli 661 (1990) sayılı ve 25 Eylül 1990 tarihli 670 (1990) sayılı kararı kabul etmiştir. Bu kararlara göre; BM üye (ve üye olmayan) devletleri genel bir ambargo uygulamaya çağırmıştır. 7 Ağustos 1990 tarihinde İsviçre, Irak'a karşı ekonomik yaptırımlar yapılmasını öngören bir karar almasının ardından; başvuranlar, anılan tarihten itibaren İsviçre'deki varlıklarının dondurulduğunu iddia etmişlerdir.

22 Mayıs 2003 tarihinde BM Güvenlik Konseyi, 661 (1990) sayılı Kararın yerini alan 1483 (2003) sayılı Kararı kabul etmiştir. Kararın 23. paragrafı şu şekildedir:[121] "*Güvenlik Konseyi ... Aşağıdakilerin bulunduğu tüm Üye Devletlerin:*

a) önceki Irak Hükümetinin veya bu kararın tarihi itibariyle Irak dışında bulunan devlet organlarının, şirketlerinin veya ajanslarının fonları veya diğer mali varlıkları veya ekonomik kaynakları veya

b) Irak'tan çıkarılan veya elde edilen fonlar veya diğer finansal varlıklar veya ekonomik kaynaklar, Saddam Hüseyin veya eski Irak rejiminin diğer üst dü-

[121] United Nations Security Council, Resolution 1483 (2003), S/RES/1483(2003), 22/05/2003, s.7.

zey yetkilileri ve doğrudan veya dolaylı olarak kendileri tarafından veya onlar adına veya onların talimatıyla hareket eden kişiler tarafından sahip olunan veya kontrol edilen kuruluşlar da dahil olmak üzere birinci dereceden aile üyeleri tarafından,

bu fonları veya diğer finansal varlıkları veya ekonomik kaynakları gecikmeksizin dondurur ve bu fonlar veya diğer finansal varlıklar veya ekonomik kaynaklar önceden bir adli, idari veya tahkim haczine veya kararına tabi değilse, derhal (Irak Kalkınma Fonu) DFI'ya devredilmesini sağlar; aksi belirtilmedikçe, özel kişiler veya sivil toplum kuruluşları tarafından aktarılan bu fonlar veya diğer finansal varlıklar üzerinde yapılan iddiaların, Irak'ın uluslararası kabul görmüş, temsili hükümetine sunulabileceğinin anlaşılması; ve ayrıca, bu tür tüm fonların veya diğer finansal varlıkların veya ekonomik kaynakların, 22. paragrafta sağlananla aynı ayrıcalıklardan, bağışıklıklardan ve korumalardan yararlanacağına karar verir."

Başvuranlar, AİHS 6.maddede tanından adil yargılanma (*mahkemeye erişme*) hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Ayrıca taraflar, İsviçre'nin 1483 (2003) sayılı BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonundan kaynaklı yükümlülük ile AİHS kapsamındaki yükümlülükleri arasında bir çatışma olup olmadığı konusunda anlaşmamıştır. Bu noktada üçüncü taraf müdahalelerle[122] desteklenen hükümet; böyle bir çatışmanın mevcut olduğunu ve İsviçre'nin Karar'ın uygulanmasında manevra alanının bulunmadığını savunmuştur. Başvuranlar ise gerçek bir yükümlülük çatışmasının olmadığını ileri sürmüşlerdir.

B. Karar Kapsamında Tartışılan Hukuki Sorunlar

1. AİHS Sisteminde Hakların Sınırlandırılması Rejimi

Sınırlandırılabilen haklar *sınırlama ölçütleri* dahilinde ve sınırlama için öngörülen *koşullar* ve *teknikler* çerçevesinde sınırlamaya tabi tutulabilir. Ayrıca sınırlamalar hiçbir şekilde *sınırlamanın sınırı ölçütlerini* ile ortaya koyulan ve sınırlamanın nereden öteye geçemeyeceğini belirleyen çerçevenin ötesine geçemez.[123] Koşullar, uluslararası insan hakları hukuku düzenlemelerinde yaygın bir şekilde gözlendiği gibi; y*asa uyarınca, yasayla belirlendiği gibi, yasayla*

[122] Bkz. Ali Özdemir, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılama Hukukunda Üçüncü Tarafın Müdahalesi (Amicus Cruae Usulü) ve Uygulama Örnekleri", ***Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2021, C.9, S.18, ss.385-405.

[123] Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 2, s.681.

öngörüldüğü gibi veya *uluslararası hukukun genel ilkeleri belirlenenler* uyarınca şeklindeki standartlardır. Teknikler ise uluslararası insan hakları hukuku belgelerinde yaygın bir şekilde gözlenen *sadece, gerekli olduğunca* gibi ifade edilen standartlardır.[124]

Sınırlama ölçütlerinin ilham kaynağı; ulusal anayasalar ve daha önce o konuda oluşturulmuş sözleşmelerdir. Örneğin AİHS'in kaleme alınışında genel itibariyle şöyle bir yöntem izlenmektedir. Önce belirli bir hak veya özgürlüğün güvence altına alındığı açıklanmakta; ardından bu hakların kullanılmasında belirli ölçütlere dayalı sınırlamalar koyulabileceği belirtilmektedir.[125] Sınırlandırılabilir haklar, ancak *yasa* ile ve bir dizi *sınırlama ölçütüne* dayalı olarak sınırlandırılabilir.[126] Ancak hiçbir sınırlandırma, hakları bütünüyle işlevsiz kılacak boyuta ulaşacak bir aşamaya ulaşamaz. Bu aşamayı ortaya koyan ölçütler genel başlık olarak *sınırlandırmanın sınırı* kategorisini oluşturmaktadır. Sınırlandırmanın sınırında ise iki boyutundan bahsedilebilir: *Öze dokunmama, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama.*[127] Dolayısıyla sınırlandırmalar, kural olarak olağan rejim için söz konusudur ve süreklilik arz etmektedir.

Başvuranların ileri sürdüğü *mahkemeye erişim hakkı*, AİHS 6.maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir parçasıdır.[128] AİHM, mahkeme erişme hakkının mutlak olmadığını, sınırlamalara tabi olabileceğini tespit etmiştir.[129] Sınırlandırılabilir haklar, *yasa* ile ve bazı *sınırlama ölçütlerine* dayalı olarak sınırlandırılabilir.[130] Ancak hiçbir sınırlandırma, hakları bütünüyle işlevsiz kılacak boyuta ulaşacak bir aşamaya ulaşamaz. Bu aşamayı ortaya koyan ölçütler genel başlık olarak *sınırlandırmanın sınırı* kategorisini oluşturmaktadır.[131] Yasa ile

---

[124] Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 2, s.683.

[125] Rona Aybay, ***İnsan Hakları Hukuku***, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015, s.65.

[126] Kemal Gözler, ***İnsan Hakları Hukukuna Giriş***, Ekin Yayınları, Bursa, 2017, s.159; D. Harris- M. O'Boyle- C. Warbrick**, *Law of the European Convention on Human Rights / Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku***, ed. David Harris, Michael O'Boyle, E.P.Bates and C.M.Buckley, çev. Mehveş Bingöllü Kılcı -Ulaş Karan, Oxford University Press, United Kingdom, 2013, s.348.

[127] Mehmet Semih Gemalmaz, ***Devlet, Birey ve Özgürlük***, Legal Yayınları, İstanbul, 2012, s. 519.

[128] Osman Doğru-Atilla Nalbant, ***İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.Cilt***, Legal Yayınları, İstanbul, 2012, ss.619-620.

[129] Waite ve Kennedy/Almanya, B. No: 26083/94, 18/02/1999, §59.

[130] Gözler, İnsan Hakları Hukukuna Giriş, s.159; Harris - O'Boyle - Warbrick, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**,** s.348.

[131] Gemalmaz, Devlet, Birey ve Özgürlük, s. 519.

sınırlama ölçütü sınırlamanın mutlaka *kanunla* olmasını şart koşmamaktadır.[132] Bu noktada AİHS'te garanti edilen bir hakka, BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarına dayalı olarak müdahale edilmesi nasıl değerlendirilmelidir? Sınırlamanın kuşatıcı bir kavram olarak yasa ile ifade edildiği göz önüne alındığında; BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonun yerini tespit etmek oldukça önemlidir.

2. "Bir Hakka Müdahalenin Yasa Tarafından Öngörülmesi" Denetiminde BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonun Yeri

AİHM'in yerleşik içtihadına göre; AİHS'e taraf bir devlet söz konusu eylem veya ihmalin ulusal hukuktan veya uluslararası bir yükümlülüğe uyma zorunluluğundan kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaksızın AİHS 1.maddesi kapsamında, tüm eylem ve ihmallerinden sorumludur.[133] Dolayısıyla bir hakka yapılan müdahale yasayla öngörülmüş olması, yukarıda belirtildiği gibi hukukilik/yasallık şartı, müdahalenin mutlaka kanunla olması anlamına gelmemektedir. Burada yasayla öngörülmüş olma ile kastedilen, yetkili bir makam tarafından hakka yapılan müdahalenin hukuki bir dayanağının olmasıdır.[134] Yasa tarafından öngörülme denetiminin iki sac ayağı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, müdahalenin kanunla *yetkilendirilmiş makam* tarafından yapılması; ikicisi ise yetkili makam tarafından gerçekleşen bu müdahalenin *keyfi* olmamasıdır.[135] Nihayetinde BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonunun bu çerçevede ele alınması gerekmektedir.

---

[132] Yutaka Arai-Takahashi, "The System of Restrictions", ***Theory and Practice of the European Convention on Human Rights***, eds. Pieter van Dijk-Fried van Hoof-Arjen van Rijn-Leo Zwaak, Forth Edition, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2006, s.336.

[133] Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 133/1996/752/951, 30/01/1998, §29; Nada/İsviçre, B. No: 10593/08, 12.12.2012, §168.

[134] Bu konudaki tartışmaların ayrıntılı incelemesi için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, ***Türk Kıyafet Hukuku ve Türban (Tarihçe-İdeoloji-Mevzuat-İçtihat-Siyaset) AİHK ve AİHM Kararları ve Değerlendirilmesi***, Legal Yayınları, İstanbul 2005, ss.1288-1289.

[135] Gemalmaz, Türk Kıyafet Hukuku, s.1288. Uluslararası insan hakları hukukunda; genel kabul gören anlayış, hakların sınırlandırılmasını öngörülen sınırlama hükümlerinin *keyfiliğin* engellenmesi amacının gözetilerek hazırlandığıdır. Örneğin 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi 6/1.madde: "*Her insan doğuştan yaşama hakkına sahiptir. Bu hak hukuk tarafından korunur. Hiç kimse yaşama hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz."*; 9/1.madde: "*Herkes kişi özgürlüğü ve kişi güvenliği hakkına sahiptir. Hiç kimse keyfi olarak gözaltına alınamaz veya tutulamaz. Hiç kimse hukukun öngördüğü sebepler ve usuller dışında özgürlüğünden yoksun bırakılamaz*."; 12/4.madde: "*Hiç kimse, kendi ülkesine girme hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz."; 17/1.madde: "Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz*."

BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonu ilkesel olarak BM Şartı'nın 1.maddesinde yer bulan BM'nin amaç ve ilkeleri ile bağlıdır. Ayrıca BM Şartı'nın 24.maddesi uyarınca BM üyesi devletlerin BM Güvenlik Konseyi kararlarını kabul etme ve uygulama yükümlülükleri bulunmaktadır. Görüldüğü üzere hakka yapılan bir müdahalenin dayanağını oluşturan, devletler için bağlayıcı ve yükümlülük doğuran BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonları, *yetkilendirilmiş bir makam* olan BM Güvenlik Konseyinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca AİHM, bir Güvenlik Konseyi rezolüsyonun yorumlanmasında; BM Güvenlik Konseyi'nin üye devletlere insan haklarının temel ilkelerini ihlal etme bakımından herhangi bir yükümlülük getirme niyetinde olmadığı şeklinde *bir karinenin kabul edilmesi* gerektiğini benimsemektedir.[136] Bu noktada müdahalenin *keyfiyet* riski barındırdığı hususu gündeme gelmektedir. BM Şartı 103.maddenin keyfiyet riskini derinleştirdiğini söylemek mümkündür.

Burada keyfiyetin önüne geçmek için çözüm düzeyinde bazı yaklaşımlar kabul edilmektedir. Örneğin BM Şartı 103.maddenin uygulanabilirliği konusunda içsel ve dışsal sınırlamalar söz konusudur. İçsel sınırlamaya göre; BM'nin amaçlarına aykırı bir durum söz konusu olduğunda hükmün kendisi devre girmemektedir. Bu nedenle BM'nin amaç ve ilkeleri ile açıkça çelişen BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının öncelik kuralından faydalanması söz konusu olamayacaktır. Dolayısıyla BM Şartı 103.maddesi uygulanmadan önce, Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının iç geçerliliğinin kontrol edilmesi gerekmektedir. BM Şartı 103.maddenin uygulanmasında dışsal sınırlama ise *jus cogens*'dir. Burada ise *jus cogens*'e aykırı BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonları kendi başlarına geçersiz olduğundan BM Şartı 103.maddenin uygulanması mümkün olmayacaktır.[137] Ancak hukuki güvenlik ilkesi gereğince, bu şekilde bir incelemeyle çözüm inşa edilmesi kanımızca sorunludur.

BM Şartı 103.madde bağlamında bir değerlendirme yapmadan önce BM Şartı'nın insan haklarına ilişkin bir Sözleşme olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Kanımızca BM Şartı uluslararası insan hakları hukuku bakımından önemli bir düzenleme olmasına rağmen, içerisinde insan haklarıyla bağlantılı hususlara yer verildiği, insan hakları standartlarının BM'nin amaç ve ilkeleri arasında sayıldığı gibi gerekçelerle bu belgenin insan haklarına ilişkin bir Söz-

[136] Al- Jedda/Birleşik Krallık, §102; Nada/İsviçre, §171-712; Al-Dulimi and Montana Management Inc./İsviçre, §140. Ancak insan haklarının korunmasındaki uluslararası toplumun *ulusal çıkarı* önceleyen ikircikli tutumu nedeniyle, kitlesel insan hakları ihlallerindeki sessizliği/hareketsizliği, burada dışlanmaması gereken bir meseledir.

[137] Al-Dulimi and Montana Management Inc./İsviçre, §§ 5-6.

leşme olduğunu söylemek zordur. Zira *içtihadı bütünsellik* bağlamında, insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ortak paydası; kendilerinden daha etkin ve ileri düzeyde korunmuş olan bir hak söz konusu ise *sürekli olarak* o Sözleşmelere gönderme yapmasıdır.

SÖZLEŞME	**MADDE**
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	Madde 53: Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz.
BM İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme	Madde 2/1: Bu madde, konu hakkında daha geniş uygulama hükümleri ihtiva eden herhangi uluslararası bir belge veya milli mevzuata halel getirmez.
BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme	Madde 5/2: Bir ülkede kanun, sözleşmeler, yönetmelik ya da teamül ile tanınmış ya da var olan temel insan haklarından hiçbiri, bu Sözleşme'nin bu gibi hakları tanımadığı ya da daha az ölçüde tanıdığı gerekçesiyle sınırlanamaz veya kaldırılamaz.
BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme	
BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme	Madde 41: Bu Sözleşmede yer alan hiçbir husus, çocuk haklarının gerçekleştirilmesine daha çok yardımcı olan ve; a) Bir Taraf Devletin yasasında; veya b) Bu Devlet bakımından yürürlükte olan uluslararası hukukta yer alan hükümleri etkilemeyecektir
BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırımcılığın önlenmesi Sözleşmesi	Madde 23: İşbu Sözleşmedeki hiçbir husus kadın ve erkek eşitliğinin gerçekleşmesinde daha etkin olan; a) Taraf Devletin yasasındaki veya b) O devlet için yürürlükte olan herhangi bir Uluslararası Sözleşme, andlaşma veya anlaşmadaki hükümleri etkilemeyecektir.

Yukarıda bazı örnekleri sunulan insan haklarına ilişkin sözleşmeler incelendiğinde; sürekli olarak daha etkin ve ileri düzeyde bir korumaya gönderme yapmaktadır. BM Şartı 103.madde ise tam tersi bir yaklaşımla kendisini üstün tutmaktadır. Bu yönüyle, insan hakları sözleşmeleri sistematiğine aykırı bir

durum başlangıçta kendini göstermektedir. Ayrıca BM Şartı, diğer insan hakları sözleşmelerinin aksine somut bir insan hakları listesinden yoksundur.

AİHM içtihatlarında AİHS 53.maddesine ilişkin yapılan çok nadir atıflardan birinde, yargıç Wojtyczek şunu belirtmektedir*;* "*Bu hükümde Sözleşme, farklı belgelerin Sözleşme'nin kendisinden daha yüksek bir koruma seviyesi sağlayabileceği bir durumu açıkça öngörmektedir. Böyle bir durum, uluslararası hukukun tutarsızlığı bir yana, parçalanmasının bir örneği olarak görülemez. Sınırlı bir haklar kataloğu için asgari standart olarak Sözleşme'nin niteliği, diğer andlaşmalarla çelişki riskini sınırlar. Diğer andlaşmaların daha geniş hakları güvence altına aldığı veya aynı hakları daha yüksek bir koruma standardı sunduğu bir durum, bir andlaşma çatışması olarak görülemez*."[138] Dolayısıyla BM Şartı'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir Sözleşme olduğundan hareketle bir çözüm üretmeye çalışmak olası görünmemektedir.

AİHM, ortak bir kamu hukuku arayışı içinde insan haklarının bölgesel olarak korunmasında yeknesak bir Avrupa standardı oluşturmayı amaçlamaktadır. Bu anlayış temelinde Mahkeme, AİHS'in Avrupa kamu düzeninin anayasal bir aracı olduğundan; bu bağlamda Sözleşmeye taraf devletlerin en azından kamu düzeninin temellerini koruyan bir yaklaşımla meseleleri incelemesi gerektiğini belirtmektedir. Avrupa kamu düzeninin temel bileşenlerinden birisi de *hukukun üstünlüğü ilkesidir* ve *keyfiliğin* önlenmesi, bu ilkenin temel amaçları arasındadır. AİHS sisteminde *yasayla öngörülmüş olma* durumu, yasanın niteliğini dışlamamaktadır. Sözleşmenin tamamına mündemiç olan bu kavramın hukukun üstünlüğü ile de uyumlu olması gerekmektedir. Bu bağlamda yasanın niteliği; bir ulusal kanunun bir özgürlükten yoksun bırakmaya izin verdiği hallerde, her türlü keyfiliği önlemek için, yeterince erişilebilir, belirgin ve uygulanmasında öngörülebilir olmasını ifade etmektedir.[139] Bykov v. Rusya davasında AİHM, *hukuka uygun* ifadesinin yalnızca ulusal hukuka uymayı gerektirmediğini, aynı zamanda hukukun üstünlüğü ile uyumlu olmasını gerektiren bu hukukun *kalitesiyle* de ilgili olduğunu yinelemiştir.[140]

---

[138] National Union of Rail, Maritime and Transport Workers / Birleşik Krallık, B. No: 31045/10, 08.04.2014, Yargıç Wojtyczek'in Mutabakat Görüşü, §1.

[139] Mooren/Almanya, B. No: 11364/03, 09/07/2009, § 76.

[140] Bykov /Rusya, B. No: 4378/02, 10/03/2009, §76; aynı yönde bkz. Khan/Birleşik Krallık, B. No: 35394/97, 04/10/2000, §26.

Al-Dulimi ve Montana Management Inc. v. İsviçre kararında AİHM, 1483 (2003) sayılı Güvenlik Konseyi rezolüsyonunun uygulanmasına dönük olarak alınan tedbirlerin açık veya net ifade içermemesi halinde; yaptırım listesinde yer alan kişilerin AİHS'te garanti edilen haklar üzerindeki sonuçların ciddiyeti göz önünde bulundurularak, herhangi bir keyfiyetin önüne geçmek amacıyla, davalı devletin mahkemelerince yeterli seviyede bir inceleme yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Dolayısıyla Mahkeme, titiz bir incelemeyle; *insan haklarına saygının gerekliliği* ile *uluslararası barış ve güvenliğin korunması* zorunlulukları arasında, adil bir denge kurmak için, söz konusu Güvenlik Konseyi rezolüsyonunda öngörülen tedbirlerin niteliği ve amacını dikkate almıştır. Zira bu gibi davalarda, listeye bir kişi ekleme veya listeden çıkarmayı reddetme kararı üzerinde bir anlaşmazlık olması durumunda; ulusal mahkemeler, kişilerin listeye alınmalarının keyfi olduğu yönündeki her türlü doğrulanabilir ve savunulabilir iddiayla ilgili olarak, gerekli incelemeyi yapabilmek için yeterince kesin bilgi elde edebilmelidir. Bu nedenle bu tür bilgilere erişilememesi, özellikle erişim eksikliğinin uzun sürmesi durumunda; dava konusu tedbirin keyfi olduğuna dair güçlü bir karine oluşabilmektedir.[141]

3. "Hakka Yapılan Bir Müdahalenin Meşru Amaç İzlemesi" Aşamasında Güvenlik Konseyi Rezolüsyonun İncelenmesi ve Orantılılık Denetimi

AİHM, 1483 (2003) sayılı rezolüsyonun BM Şartı VII. Bölüm uyarınca Güvenlik Konseyi tarafından kabul edildiğini belirtmiştir. Mahkeme, dava konusu tedbirin, yani başvuranların malvarlıklarına el konulmasının, üye devletlere Irak'ın istikrarını ve gelişimini ilerletmek için tasarlanmış bir dizi önlemi uygulamak amacıyla ortaya koyulduğunu vurgulamıştır. Bu tedbirlerden biri rezolüsyonun 23. paragrafında atıfta bulunulan, Yaptırımlar Komitesi tarafından Irak gizli servislerinin eski finans başkanı olarak görülen birinci başvuran da dahil olmak üzere eski Irak rejiminin üst düzey yetkililerinin varlıklarının ve mülklerinin Irak Kalkınma Fonu'na devredilmesini sağlayacak ve bu varlıklardan yararlanmaları için Irak halkına iade edilecektir. Mahkeme, ihtilaf konusu kararın AİHS ile uyumlu bir amacı gerçekleştirmek için alındığını kabul etmiştir.

Ayrıca Mahkeme, başvuranların mal varlıklarına el konulmasına ilişkin şikayetlerinin esasa ilişkin olarak ulusal mahkemeler tarafından incelenmesinin davalı devletçe reddedilmesinin, rezolüsyondan kaynaklı yükümlülüklerin ulusal düzeyde etkin bir şekilde uygulanmasını sağlama endişeleriyle açıklanabile-

[141] Al-Dulimi and Montana Management Inc./İsviçre, §§145-147.

ceğine ilişkin iddiasını kabul etmektedir. Dolayısıyla davalı devletin ret gerekçesi, meşru bir amaca, yani *uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına* yöneliktir. Bu nedenle, AİHM'e göre davanın ilgili tüm koşulları ışığında, bu amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılan araçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisinin bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir.[142]

AİHM yargılama sisteminde Güvenlik Konseyi rezolüsyonları *uluslararası barış ve güvenliğin korunması* amacını taşımasıyla vücut bulmaktadır. AİHS'in giriş bölümünde yer alan *"... dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan ve korunması öncelikle, bir yandan gerçekten demokratik bir siyasal rejime, diğer yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esasına bağlı olan bu temel özgürlüklere derin bağlılıklarını bir kez daha tekrarlayarak..."* ifadesi, uluslararası barış ve güvenliğin Sözleşmenin temelini oluşturduğunu ifade etmektedir. Ancak bu temelin inşası *demokrasi* ve *insan haklarının* ortak paydada yükselmesine bağlanmıştır. Dolayısıyla Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının amacı, demokrasi ve insan hakları gözetilerek somutlaştırılmalıdır.

Ulusal güvenlik veya kamu güvenliği gibi sınırlama rejimlerinde takdir marjının geniş olduğu göz önüne alındığında; *uluslararası barış ve güvenliğin korunması* amacının söz konusu olduğu durumlarda da evleviyetle, takdir marjının genişliğinden bahsetmek mümkündür. Burada temel mesele, asgari boyutta uluslararası/ulusal veya bireysel güvenliğin olmadığı bir ortamda kimsenin hakkının güvende olmayacağı düşüncesinin ağır basmasıdır.[143]

C. Mahkemenin Ulaştığı Sonuç

Mevcut davada, AİHM, 1483 (2003) sayılı BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonun 23. paragrafının devletlere, eski Irak hükümetinin veya bunlarla bağlantılı olduğu varsayılan belirli kişi veya kuruluşların finansal varlıklarını veya ekonomik kaynaklarını 'gecikmeden dondurma' (*varlıklar veya kaynaklar daha önce bir adli, idari veya tahkim haczine veya hükmüne konu olmamışsa*) ve bunların derhal Irak Kalkınma Fonu'na transferini sağlama yükümlülüğü getirdiğini kaydetmiştir. Bu tedbirlerin hedeflediği gerçek kişi ve kuruluşlara ilişkin olarak; Mahkeme, 23. paragrafta Saddam Hüseyin dışında başka hiç kimsenin ismen belirtilmediğini gözlemlemektedir; ancak 1518 (2003) sayılı BM Güvenlik Kon-

[142] Al-Dulimi and Montana Management Inc./ İsviçre, §§131-133.

[143] Aileen McHarg, "the European Court of Human Rights", s.688.

seyi rezolüsyonu, özel olarak oluşturulmuş bir Yaptırımlar Komitesi'ne, ilgili kişilerin belirlenmesi ve adlarının ilgili listelere eklenmesi görevini vermiştir.[144] Burada AİHM'in görevi, başvuranların AİHS 6/1. maddesinde garanti edilen haklardan yararlanıp yararlanmadıklarını; başka bir deyişle kendileri için uygun bir yargı denetiminin mevcut olup olmadığını incelemekle yetinmiştir.

Aslında 1483 (2003) sayılı BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonun 23. paragrafında veya 1518 (2003) sayılı BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonunda alınan önlemleri İsviçre mahkemelerinin ulusal düzeyde insan haklarının korunması için gözden geçirilmesini engelleyen herhangi bir şey bulunmamaktadır. Dahası AİHM'e göre bu tür sınırlayıcı bir yorumu meşrulaştırabilecek başka bir hukuki faktör söz konusu değildir. Ayrıca Mahkeme, Güvenlik Konseyi tarafından uygulanan yaptırımlara tabi olan kişi ve kuruluşların listelerine dahil edilmesinin AİHS'de garanti edilen haklara son derece ciddi düzeyde müdahale oluşturabileceğinin altını çizmiştir. Güvenlik Konseyi tarafından alınan kararlar, ilgili kişiler için ağır sonuçlar yaratabilmektedir. Zira bu tür listeler genellikle uluslararası kriz koşullarında derlendiğinden; bu tür önlemlerin hak ettiği güvencelere yardımcı olma eğiliminde olmayan bilgi kaynaklarına dayanması sebebiyle daha dikkatli bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda AİHM, bireyleri nesnel bir temelde koruyan AİHS'in amacının garanti edilen hak ve özgürlüklerin pratik ve etkili şekilde yorumlanması ve uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır.[145]

Bu koşullar altında AİHS 6/1.maddesinin (adil yargılanma hakkının) tehlikede olduğu ölçüde; AİHM, İsviçre'nin mevcut davada BM Şartı 103.maddesinde yer bulan öncelik kuralını yerine getirebilecek gerçek bir yükümlülük çatışması ile karşı karşıya olmadığını tespit etmektedir. Dolayısıyla genelleyici bir tutumla; benzer davalarda davalı devletin BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonlarının bağlayıcı doğasına güvenmekle kendisini geçerli bir şekilde sınırlaması söz konusu değildir. Mevcut davada AİHM, Sözleşmenin İsviçre'ye yüklediği yükümlülük çerçevesinde; Federal Mahkemenin başvuranların listelenmesine ilişkin tedbirlerin esası ya da uygunluğu konusunda karar vermediğini tespit etmiştir. 1483 (2003) sayılı BM Güvenlik Konseyi rezolüsyonun 23. paragrafı kapsamında eski Irak rejiminin üst düzey yetkililerinin varlıklarının ve mülklerinin dondurulması, başka bir deyişle yaptırımların özüne ilişkin olarak Mahkeme, 'listedeki seçimin' bu alandaki nihai siyasi karar alıcı olarak Güvenlik Konseyi'nin üstün rolüne girdiğini değerlendir-

[144] Al-Jedda /Birleşik Krallık, §142.

[145] Al-Dulimi and Montana Management Inc./İsviçre, §§ 143-145.

mektedir. Ancak bahse konu önlemleri almadan önce, İsviçre makamlarının listelemenin *keyfi olmamasını* sağlama ödevi bulunmaktadır. Federal Mahkeme, 23 Ocak 2008 tarihli kararlarında, sadece başvuranların adlarının Yaptırım Komitesi tarafından hazırlanan listelerde yer aldığını ve ilgili varlıkların bu kişilere ait olduğunu doğrulamakla yetinmiştir; ancak bu durum, başvuranların keyfi olarak listelenmesinin önüne geçmek için yetersiz bir incelemedir. Zira AİHM'e göre, başvuranlara esasa ilişkin inceleme için ulusal mahkemeye uygun delilleri sunmaları ve ihtilafa konu listelere dahil edilmelerinin keyfi olduğunu göstermeleri için gerçek bir fırsat tanınması gerekirdi. Bu nedenle, başvuranların mahkemeye erişim haklarının özü zedelenmiştir.[146]

Nihayetinde Mahkeme, İsviçre makamlarının başvuranların konuya ilişkin durumunu iyileştirmek amacıyla bazı pratik önlemler aldığını, böylece BM Güvenlik Konseyi 1483 (2003) sayılı rezolüsyonun bir dereceye kadar esneklikle uygulanabileceğini; ancak bu tedbirlerin AİHS 6/1.maddesi kapsamında yetersiz olduğunu, dolayısıyla AİHS'in ihlal edildiğini hükme bağlamıştır.

SONUÇ

İnsan haklarına ilişkin hususların devletlerin iç meselesi olmaktan çıktığı ve uluslararası hukukun bir konusu olduğu öğretide genel kabul görmektedir. BM Şartı ve bu Şart ile beraber öngörülen BM örgütü, uluslararası ilişkilerde merkezi bir konuma sahiptir. BM'nin kurulduğu 1945'ten günümüze kadar genel hatlarıyla incelendiğinde; "uluslararası güvenlik" ve "insan hakları" dünya siyasetinin iki temel sac ayağını oluşturmaktadır. Her iki konuyu da "bölgesel" boyutta etkin bir şekilde gerçekleştirilmeyi hedefleyen geçmişten günümüze uluslararası örgütler bulunmaktadır. Bu çalışmada, uluslararası hukukun süjesi olan iki uluslararası örgütün ortaya koyduğu belgeler temelinde bir yükümlülük çatışması olup olmadığı incelenmiştir. Zira devlet tarafından önceden üstlenilen ve devletin artık doğrudan bir hareket alanına sahip olmadığı iki uluslararası taahhüdün çatışması karmaşık bir niteliğe sahiptir.

Uluslararası güvenliğin tesis edilmesi ve insan haklarının sorunsuz bir şekilde güvence altına alınması amacıyla 20.yüzyılın sonlarından itibaren kimisi yargısal boyutta olmak üzere pek çok uluslararası örgüt ortaya çıkmıştır. Bu örgütler veya uluslararası belgeler arasında yaygın olarak kabul edilen herhangi bir hiyerarşik bağ bulunmadığından; hiyerarşi yerine iş birliği ve diyaloğa dayalı

[146] Al-Dulimi and Montana Management Inc./İsviçre, §§ 149-151.

bir bütünleşme anlayışı söz konusudur. Aksi bir yaklaşım uluslararası hukukun parçalanması riskini doğuracağından; uluslararası güvenlik ve insan hakları sorunları da arzu edilen gelişim çizgisinin gerisinde kalacaktır.

Barış ve güvenliğin tesis edilmesi ile insan haklarının korunması, karşılıklı olarak birbirini güçlendirirken; bazı davalar, bireysel hakları koruma ile barış ve güvenliği koruma amaçlarının her zaman uzlaştırılabilir olmadığını bize göstermektedir. Al-Dulimi ve Montana Management Inc. v. İsviçre davası, uluslararası güvenlik ve insan hakları arasındaki gerilimi öne çıkarması bakımından önemli bir örnektir. AİHM, BM Şartı'ndan kaynaklanan yükümlülükleri; AİHS'den doğan yükümlülükler karşısında *otomatik olarak* önceleyen bir yaklaşımı reddetmektedir. Mahkeme bunun yerine *uzlaştırma* yolunu şiddetle savunmaktadır. Bu nedenle asıl hedef, insan haklarının korunmasını merkeze alarak uluslararası sistemlerin barış içinde bir arada yaşamasını hayata geçirmektir.

Bu çalışmada *Al-Dulimi ve Montana Management Inc. v. İsviçre* davası özelinde, BM rezolüsyonlarının hukuki statüsü tartışılmıştır. Çeşitli başlıklarla görülen bu rezolüsyonlar, BM Şartı'nın ilgili maddeleri kapsamında üretilmektedir. Bu noktada BM Şartı'nın uluslararası toplumun bir anayasası olup olmadığı tartışmaları ortaya çıkmaktadır. Rezolüsyon üst bir kavram olarak nitelendirilmekle beraber *tavsiye*, *bildiri* veya *karar* şeklinde uluslararası hukukta görülmektedir. Özellikle BM Genel Kurul'u tarafından üretilen belgeler, *soft law* nitelikte bağlayıcı bir özelliğe sahiptir. Bu yönüyle Genel Kurul rezolüsyonları, uluslararası hukukun mevcut yönlerinin belirlenmesi ve doğrulanmasında *destekleyici* bir misyona sahiptir. Ancak BM Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliğin bir gereği olarak ürettiği belgeler daha çok "Karar" olarak anılmakta ve uluslararası hukukta yarattığı ağırlık, *soft law* nitelikli bir belgenin ötesine geçmektedir. AİHM, devletlerin uluslararası belgelerden kaynaklanan yükümlülük temelinde meydana gelen bu yakınsamayı *hassas bir inceleme* ile dengelemektedir.

Elbette Güvenlik Konseyi'nin çalışma usulü ve üyelerin durumuna ilişkin kapsamlı bir reform çalışması gerçekleştirilmediği sürece; Genel Kurul tarafından üretilen rezolüsyonların uluslararası hukukun kaynakları arasındaki durumu teorik tartışmaları her zaman canlı tutacaktır. Zira ortaya koyulan rezolüsyonların siyasi veya hukuki ağırlığı buna göre şekillenmektedir. Sonuç olarak, rezolüsyonların hukuki etkisi hakkında genelleme yapmak mümkün değildir. Uluslararası hukukun mevcut yapısı altında, uluslararası toplumun kurumsal çerçevesi içinde var olan uygulanabilirlik derecesi, herhangi bir kanun yapma eyleminin etkinliğini belirlemede önemli bir rol oynamaktadır.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

AKKUTAY, Berat Lale, "Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiillerinden Dolayı Hukuki Yargı Bağışıklığı", ***TBB Dergisi***, 2014 (113), ss. 99-125.

AKSAR, Yusuf, ***Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk-I-***, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.

ALASTAİR, Mowbray, "The European Convention on Human Rights", ***International Human Rights Law Six Decades after the UDHR and Beyond, eds. Mashood A. Baderin and Munisuli Ssenyonjo***, Ashgate, England, 2010.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, "Avrupa İnsan Hakları Anayasasına Doğru", ***Ankara Üniversitesi SBF Dergisi***, C. 46, S. 1, 1991, ss. 41-54.

ALTUĞ, Yılmaz, ***Devletler Umumi Hukuku***, İstanbul, Çağlayan Kitabevi, 1995.

APAYDIN, Deniz Tekin, "Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme", ***İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 9, S. 1, 2018, s.529-560.

ARAİ-TAKAHASHİ, Yutaka, "The System of Restrictions", ***Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak*** (Ed.), Forth Edition, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006.

ARSAVA, Ayşe Füsun, "Uluslararası Hukuk ve BM Teşkilatındaki Değişimler", ***Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi***, 2015 (5), ss. 115-130.

ARSAVA, Ayşe Füsun, "AİHM'in İnsan Hakları Alanında Oynadığı Anayasa Mahkemesi Rolü", ***TAAD***, C. 9, S. 35, 2018, ss. 1-40.

ARSAVA, Ayşe Füsun, "BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonlarının Yorumu", ***TBB Dergisi (136)***, 2018, ss. 359-394.

AUST, Anthony, ***Modern Treaty Law and Practice***, New York, Cambridge University Press, 2007.

AYBAY, Rona***, İnsan Hakları Hukuku***, 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015.

BATUM, Süheyl, ***Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri***, İstanbul, İ.Ü. İletişim Fakültesi Basımevi ve Film Merkezi, Üniversite yayın No: 3761, Fakülte yayın No: 702, 1993.

BARAK, Aharon, ***Proportionality, Constitutional Rights and their Limitations, the Hebrew by Doron Kalır (Trans.)***, United Kingdom, Cambridge University Press, 2012.

BEKTAŞ, Sezercan/ ÖZDEMİR, Ali, "Uluslararası Teamül Hukukunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yargılama Hukukuna Etkisi", ***TBB Dergisi*** 2022 (161), ss. 309-346.

BOZKURT, Enver- KÜTÜKÇÜ, M.Akif- POYRAZ, Yasin, ***Devletler Hukuku***, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010.

BREMS, Eva, "Evans v. UK Three Grounds for Ruling Differently", ***When Human Rights Clash at the European Court of Human Rights Conflict or Harmony?***, Stijn Smet and Eva Brems (Ed.), Oxford University, United Kingdom, 2017, pp. 75-94.

CASTLES, Alex C, "Legal Status of U.N. Resolutions", ***Adelaide Law Review***, C. 3, S. 1, 1967, ss. 68-83.

CİVELEK, Jale, ***Uluslararası İnsan Hakları Hukuku***, İstanbul, Marmara Müşavirlik, 1984.

CROQUET, Nicolas A.J., "The European Court of Human Rights' Norm-Creation and Norm-Limiting Processes: Resolving a Normative Tension", *Columbia Journal of European Law*, C. 17, S. 2, 2011, ss. 307-374.

ÇAĞIRAN, Mehmet Emin, ***Uluslararası Örgütler***, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.

ÇAĞLAYAN, Sezai, "BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonları Nedir, Nasıl Okunur?", ***TAAD***, S. 46, C. 12, 2021, ss. 455-476.

ÇELİK, Edip, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması", ***İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*** (Prof. Dr. Lutfi Duran'a Armağan Özel Sayısı) (1-3), 1988, ss. 47-56.

ÇOLAK, Ömer- KÖSE, İsmail, "Birlemiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Reformu Sorunsalı: İtalya'nın Beklentileri ve Stratejileri", ***Akademik Bakış***, C. 13, S. 26 Yaz, 2020, ss. 21-48.

DOĞRU, Osman- NALBANT, Atilla, ***İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.Cilt***, Ankara, Legal Yayıncılık, 2012.

ERKİNER, Hakkı Hakan, "Uluslararası Topluluk Kavramı", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, C. 16, S. 1-2, 2010, ss. 39-75.

EROĞLU, Hamza, ***Devletler Umumi Hukuku***, 3. Baskı, Ankara, Adım Yayıncılık, 1991.

FASSBENDER, Bardo, ***The United Nations Charter as the Constitution fort he International Community*****,** Lieden- Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

GARNER, Bryan A. (Ed.), ***Black's Law Dictionary***, 9. Baskı, United States of America, West, 2009.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, "Tarihselliği Bağlamında İnsan Hakları"*,* ***İnsan Hakları Yıllığı***, S. 7-8, 1985-1986, ss. 55-68.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, ***Devlet, Birey ve Özgürlük***, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, "Ulusal Yüksek Yargı Yerleri Kararlarında Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgelerinin Kavranışı ve Kullanışı", ***Özgürlük Düzeni Olarak Anayasa Fazıl Sağlam 65.Yaş Armağanı***, Osman Can, A. Ülkü Azrak, Yavuz Sabuncu, Otto Değenheuer, Michael Sachs (Yay. Haz.), Ankara, İmaj Yayınevi, Şubat 2006.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, ***Türk Kıyafet Hukuku ve Türban (Tarihçe-İdeoloji-Mevzuat-İçtihat-Siyaset) AİHK ve AİHM Kararları ve Değerlendirilmesi***, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, ***Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt 2***, 8. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012.

GÖÇER, Mahmut, ***Uluslararası Hukuk ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması Uluslararası Hukukun İnsan Hakları Alanına Uygulamasından Kaynaklanan Kimi Sorunlar Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme,*** Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.

GÖZLER, Kemal, ***İnsan Hakları Hukukuna Giriş***, Bursa, Ekin, 2017.

GUGGISBERG, Solene, "The Nada Case Before the ECtHR: A New Milestone in the European Debate on Security Council Targeted Sanctions and Human Rights Obligations***", The Croatian Yearbook of European Law and Policy***, 2012, ss. 411-436.

GURADZE, Heinz, "Are Human Rights Resolutions of the United Nations General Assembly Law-Making", ***The United Nations System for Protecting Human Rights Volume IV***, London and New York, Routledge, 2014.

GÜLMEZ, Mesut, "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğuran Uygulanması (Anayasa, md. 90/son)", 5 Kasım 2004 tarihli ***TBB-İHAUM Paneli,*** Ankara, TBB Yayınları: 76, 2005.

GÜLMEZ, Mesut, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Hazırlık Süreci ve 11.Madde", İnsan Hakları Yıllığı Dergisi, C. 16, S. 16, 1994, ss. 15-36.

GRANT, John P./ BARKER, J. Craig, ***Parry & Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law,*** Oxford University Press, 2009.

HARRIS, D., O'Boyle, M., & WARBRİCK C., Law of the European Convention on Human Rights / Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, David Harris, Michael O'Boyle, E.P.Bates and C.M.Buckley (Ed.), (Çev. Mehveş Bingöllü Kılcı ve Ulaş Karan), United Kingdom, Oxford University Press, 2013.

HOFFMAN, Stanley, "Hedly Bull and His Contribution to International Relations", International Affairs, C. 62, S. 2, 1986, ss. 179-195.

HURD, Ian, ***International Organizations Politics,*** Law, Practice, 2. Edition, Cambridge University Press, 2014.

ISTREFI, Kushtrim, "The Application of Article 103 of the United Nations Charter in the European Courts: The Quest for Regime Compatibility on Fundamental Rights", ***European Journal of Legal Studies***, C. 4, S. 2, 2012, ss. 81-93.

JOYNER, Christopher C., "U.N. General Assembly Resolutions and International Law: Rethinking the Contemporary Dynamics of Norm-Creation", ***California Western International Law Journal***, C. 11, S. 3, 1981, ss. 445-478.

KADİR, M.Ya'kub A., "The United Nations General Assembly Resolution (UNGAR) As a Source of International Law: Toward a Reformulation of Sources of International Law", ***Jurnal Hukum Internasional***, C. 8, S. 2, 2011.

KÖKÜSARI, İsmail, ***Anayasal Hakların Çatışması***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

KUZU, Burhan, "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğuran Uygulanması (Anayasa, md. 90/son)", 5 Kasım 2004 tarihli TBB-İHAUM Paneli, Ankara, TBB Yayınları: 76, 2005.

LEPARD, Brian D., ***Customary International Law a New Theory With Practical Applications***, United States of America, Cambridge University Press, 2010.

MACFARLANE, Emma K, "Resolution Without Resolve: Turning Away From U.N. Security Council Resolutions to Address Conflict-Related Sexual Violence", Michigan Journal of Gender & Law, C. 27, S. 2, 2020, ss. 435-472.

MANGIR, Demet Şefika, ***Uluslararası Toplumun Anayasası Jus Cogens***, Ankara, Nobel Yayıncılık, 2015.

MANSSON, Katarina, "UN Peace Operations and Security Council Resolutions: A Tool for Measuring the Status of International Human Rights Law", Netherlands Quarterly of Human Rights, C. 26, S. 1, 2008, ss. 79-107.

MCHARG, Aileen, "Reconciling Human Rights and Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", ***The Modern Law Review***, C. 62, S. 5 September 1999, ss. 671-696.

MERRILS, J.G., ***The Development of International Law by the European Court of Human Rights***, Great Britain, Manchester University Press, 1988.

MOURGEON, Jacques, ***İnsan Hakları, çev. Ayşen Emekçi/Alev Türker***, İstanbul, İletişim Yayınları, 1991.

OBERG, Marko Divac, "The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ", ***European Journal of International Law***, C. 16, S. 5, 2005, ss. 879-906.

ÖKTEM, Emre, ***Uluslararası Teamül Hukuku***, İstanbul, Beta Yayınları, 2013.

ÖZDEMİR, Özok, "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğuran Uygulanması (Anayasa, md. 90/son)", 5 Kasım 2004 tarihli ***TBB-İHAUM Paneli***, Ankara, TBB Yayınları: 76, 2005.

ÖZDEMİR, Ali, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılama Hukukunda Üçüncü Tarafın Müdahalesi (Amicus Cruae Usulü) ve Uygulama Örnekleri", ***Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 9, S. 18, 2021, ss. 385-405.

PAPASTAVRIDIS, Efthymios, "Interpretation of Security Council Resolutions under Chapter VII in the Aftermath of the Iraqi Crisis", ***International and Comparative Law Quarterly***, C. 56, S. 1, 2007, ss. 83-118.

PAZARCI, Hüseyin, ***Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap***, Ankara, Turhan Kitabevi, 1993.

PAZARCI, Hüseyin, ***Uluslararası Hukuk Dersleri 2. Kitap***, Ankara, Turhan Kitabevi, 2021.

PAZARCI, Hüseyin, "Uluslararası Hukuk ve Türk Hukukuna Göre Andlaşma Kavramı", ***MHB***, C. 10, S. 1-2, 1990, ss. 151-163.

SCHWEBEL, Stephen M., "The Effect of Reolutions of the U.N. General Assembly on Customary International Law", ***American Society of International Law Proceedings***, C. 73, 1979, ss. 301-309.

SCHLOCHUER, H.J., ***Arbitration, Encyclopedia of Public International Law***, R. Bernhardt (Ed.), Amsterdam-New York-Oxford, Elsevier Science Publishers B.V, 1984.

SHAW, Malcolm N., ***Uluslararası Hukuk***, çev. Yücel Acer - İbrahim Kaya - M. Turgut Demirtepe - G. Engin Şimşek, Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, Ankara, 2017.

SIMPSON, Gerry, "The Great Powers, Soverign Equality and the Making of the United Nations Charter", ***Australian Year Book of International Law***, C. 21, 2000.

SLOAN, Blaine, ***United Nations General Assembly Resolutions in Our Changing World***, New York, Transnational Publishers Inc., 1991.

SUR, Melda, ***Uluslararası Hukukun Esasları,*** Gözden Geçirilmiş 16.Baskı, İstanbul, 2022.

SÜRER, Mukkaddes Korkmaz, "1966 Andlaşmalar Hukuku Taslak Maddeleri ve Şerhi", ***Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 4, S. 1, 2018, ss. 35-218.

STEINER, Henry J- ALSTON, Philip- GOODMAN, Ryan, ***International Human Rights in Context Law, Politics, Morals***, Oxford University Press, 2008.

TÜRMEN, Rıza, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuza Etkileri", ***Anayasa Yargısı Dergisi***, S.17, 2000, ss. 32-42.

TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur vd. (der.), ***Toluner Milletlerarası Hukuk (Giriş, Kaynaklar) Prof. Dr. Sevin Toluner'in Ders Notlarından***, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

VASAK, Karel, "Regional Approaches to Human Rights", ***Harward International Review***, C. 2, S. 8 December 1985, ss. 3-5.

VILLIGER, Mark E, ***Commentary on the 1969 Vianna Convention on the Law of Treaties,*** Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

ZABUNOĞLU, H. Gökçe - SÖNMEZ, Esra Yağmur, "Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Üçüncü Dünya Yaklaşımları", ***İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2021, C.12, S.1, ss. 258-270.

Mahkeme Kararları, Diğer Ulusal ve Uluslararası Belgeler

Al-Jedda/ Birleşik Krallık, B. No: 27021/08, 07/07/2011.

Demir ve Baykara/Türkiye, B. No: 34503/97, 12/11/2008.

Loizidou/ Türkiye (Preliminary Objections), B. No: 15318/89, 18/12/1996.

Nada/ İsviçre, B. No: 10593/08, 12/09/2012.

Pavlov ve Diğerleri/ Rusya, B. No: 31612/09, 11/11/2022.

Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001. (https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf., erişim tarihi: 28.10.2022).

Economic and Social Council Official Records: Thirty-Fourth Session, Commission on Human Rights Report of the Eighteenth Session (19 March - 14 April 1962), E/CN.4/832/Rev.1, United Nations, New York, 1962.

International Law Commission (ILC), *"Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From the Diversification and Expansion of International Law*", Document A/CN.4/L.682 and Add.1, Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi, 13 April 2006.

International Court of Justice, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), 27/06/1986.

*International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion of 8/7/*1996.

United Nations Security Council, Resolution 1483 (2003), S/RES/1483(2003), 22 May 2003.

U.N. International Law Commission, *Fragmentatıon of International Law: Diffıculties Arising From the Diversification and Expansion of International Law*, A/CN.4/L.702, 18 July 2006.

Reparation for injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, 1 Nisan 1949, I.C.S. Report, 1949.

T.C. Resmî Gazete, 24 Ağustos 1945, (https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6092.pdf., Erişim tarihi: 31.10.2022).

T.C. Resmî Gazete, 24 Ağustos 1945 (https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7382.pdf, Erişim Tarihi: 01.11.2022).

SON YASAL DEĞİŞİKLİKLER IŞIĞINDA CUMHURİYET SAVCISI TARAFINDAN VERİLEN KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞINA DAİR KARARIN DENETİMİ(*)

Sinan OĞUR(**)
Prof. Dr. Faruk TURHAN(***)

Öz

Cumhuriyet savcısı yürüttüğü soruşturma sonucunda kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edemediği veya kovuşturma olanağının bulunmadığı hallerde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verir. Bu karar idari olarak ilgili başsavcı tarafından; adli olarak ise suçtan zarar görenin başvurusu üzerine bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliği tarafından itiraz yolu ile denetlenir. Çalışmada bu denetim usulleri incelenmiştir. Ayrıca, 5235 sayılı Kanunun 18. maddesinde yapılan değişiklik ile daha önceden tartışmalı olan Cumhuriyet savcısının soruşturmayı sonuçlandıran kararlarının Cumhuriyet başsavcısı tarafından denetlenmesine ilişkin değişiklik de olumlu ve olumsuz yönleriyle çalışmada ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Cumhuriyet Başsavcısının Denetimi, Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı, Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına İtiraz, Adli ve İdari Denetim.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 08.12.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 21.12.2022.

Atıf Şekli: Sinan Oğur - Faruk Turhan, "Son Yasal Değişiklikler Işığında Cumhuriyet Savcısı Tarafından Verilen Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararın Denetimi", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 583-625.

Bu çalışmayı genç yaşta aramızdan ayrılan Fakültemiz araştırma görevlisi Zühre Elvan'ın aziz hatırasına armağan ediyoruz. Ruhu şad olsun.

(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Öğrencisi, Cumhuriyet Savcısı, Isparta, Türkiye.
E-posta: sinan_ogur_95@hotmail.com.
Orcid: https://orcid.org/0000-0003-3924-8380.

(***) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, Isparta, Türkiye.
E-posta: farukturhan@sdu.edu.tr.
Orcid: https://orcid.org/0000-0002-4250-4675.

IN THE LIGHT OF THE LAST CHANGES AUDIT OF THE NOT TO PROSECUTE DECISION OF THE PUBLIC PROSECUTOR(****)

Abstract

The Public prosecutor decides not to prosecute in cases where he/she is unable to obtain sufficient evidence to raise suspicion for the opening of a public case as a result of the investigation he/she conducts, or in cases where there is no possibility of prosecution. This decision is administratively audited by the relevant Chief Public prosecutor; On the other hand, judicially, it is audited by the Criminal Judgeship of Peace upon the application of the person who was harmed by the crime. In this study, these control methods were examined. In addition, the amendment made in Article 18 of the Law No. 5235 and the amendment regarding the supervision of the decisions of the public prosecutor, which resulted in the investigation, by the Chief Public prosecutor, are also discussed in the study with its positive and negative aspects.

Keywords

Supervision of the Chief Public Prosecutor, Decision not to Prosecute, Appeal Against the Decision not to Prosecute, Judicial and Administrative Control.

(****) Not 1: Bu makale çalışması SDÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi Sinan Oğur'un hazırladığı "Ceza Muhakemesinde Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar ve Kararın Denetimi" adlı yüksek lisans tezinden ve tez henüz Enstitüye teslim edilmeden önce üretilmiş olup, Danışman Prof. Dr. Faruk Turhan tarafından incelenerek gerekli değişiklikler, ekleme ve düzeltmeler yapılmıştır.

Not 2: Çalışmada atıf yapılan ve herhangi bir kaynak gösterilmemiş olan Yargıtay kararlarına https://www.kazanci.com.tr ve https://legalbank.net/arama veri tabanlarından ulaşılmıştır.

GİRİŞ

Kovuşturma mecburiyeti ilkesi gereğince bir suçun işlendiği haberini alan Cumhuriyet savcısı kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamak zorundadır (CMK m. 160/1). Burada amaçlanan soruşturmanın derhal başlamasından ziyade etkin bir şekilde yürütülmesidir. Kovuşturma mecburiyeti ilkesince Cumhuriyet savcısı soruşturma sonucunda suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturacak delil elde etmesi halinde kanunda sayılan istisnalar hariç bir iddianame düzenlemek zorundadır (CMK m. 170/2). Cumhuriyet savcısının soruşturma evresi sonunda mevcut delillere göre yaptığı değerlendirmede yapılacak bir yargılamada sanığın mahkum olma ihtimalinin beraat etme ihtimalinden daha kuvvetli olduğu sonucuna ulaşıyorsa yeterli şüphe var demektir. Buna karşın elde edilen delillere göre sanığın beraat etmesi ihtimali daha kuvvetli ise savcı kovuşturmaya yer olmadığına karar vermelidir[1].

Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir. Bu karar suçtan zarar gören ile önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye bildirilir. Kararda itiraz hakkı, süresi ve mercii gösterilir (CMK m. 172/1). Cumhuriyet savcısı bu kararında kovuşturmaya yer olmadığını gerekçeli olarak ortaya koymalı, diğer bir ifade ile kararını delil bulunmadığına dayandırmışsa, hangi nedenlerle yeterli şüphe oluşturacak delilin varlığını kabul etmediğini, kovuşturma olanağının bulunmadığına dayandırmışa hangi nedenlerin kovuşturmaya engel teşkil ettiğini ortaya koymalıdır.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararı hem adli hem de idari bir işlemdir[2]. İdari bir işlem olması nedeniyle kesin hüküm sonuçlarını doğurmaz. Bu nedenle yar-

---

[1] Veli Özer Özbek-Koray Doğan-Pınar Bacaksız, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, Güncellenmiş 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 518.

[2] Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 520; Vesile Sonay Evik, "Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı ve Denetimi", ***Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, Kasım 2016, C. 11, S. 147, s.11; Cengiz Topel Çiftçioğlu, ***Açıklamalı Uygulama Örnekleriyle Savcılık Kurumunun Hukuki Statüsü Bağlamında Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı ve Denetimi***, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Mart 2017, s. 73; Nurullah Kantarcı, "Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararından Sonra Aynı Fiil Nedeniyle Kamu Davası Açılabilmesinin Şartları ve Özellikle Sulh Ceza Hakimliğinden Karar Alınması Zorunluluğu", ***Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2020, C. 10, S. 1, s. 173; Tülay Kitapçıoğlu, "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Soruşturmanın Sonuçlandırılması", ***Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*** (Yayın-

gılama sonucunda mahkeme tarafından verilecek beraat hükmü niteliğinde değildir[3]. Bu karar, yargısal hüküm niteliği taşımamakla birlikte, sıradan bir idari işlem de değildir. Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar, kesin hüküm niteliğinde olmadığı için gerektiği takdirde kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile neticelendirilen soruşturma yeniden ele alınabilir[4].

Cumhuriyet savcısının soruşturma sonunda verdiği kovuşturmaya yer olmadığı kararının denetimi, adli ve idari olmak üzere iki şekilde mümkündür[5]. Yine Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) bireysel başvuru yoluyla da denetim söz konusu olabilmektedir.

Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar idari olarak ilgili başsavcı tarafından, adli olarak ise suçtan zarar görenin itirazı üzerine sulh ceza hâkimliği tarafından denetlenmektedir. Çalışmada, söz konusu denetim usulleri kanunlarda son yıllarda yapılan değişiklikler ışığında incelenecektir. Hangi hallerde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilebileceği hususu geniş kapsamlı bir incelemeyi gerektirmekte olup çalışmanın konusunu genişletmemek için ele alınmamıştır.

---

lanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2014, s. 79; Yargıtay 3. CD, 25.11.2019, E. 2019/16852, K. 2019/21483 (Kantarcı, s. 173).

3 *"...Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar adli-idari nitelikte bir işlem olup başka bir anlatımla karma nitelikte bir karardır. Bu nedenle beraat kararında olduğu gibi kişi hakkında verildiği fiile ilişkin olarak kesin hüküm sonuçlarını doğurmayacaktır..."* Yargıtay 3. CD, 25.11.2019, E. 2019/16852, K. 2019/21483 (Kantarcı, s. 173).

4 Osman Yaşar, ***Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu***, 4. Bası, 2. C., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 1317; Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 520; Nevzat Toroslu, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, Savaş Yayınevi, Ankara 2003, s. 246; Evik, s. 9-35; Çiftçioğlu, s. 74; Yargıtay 2. CD'nin 24.04.1984 tarih ve 3817/4347 sayılı kararında; *"takipsizlik kararları kesin hüküm niteliğinde olmayıp Cumhuriyet savcısı yeni deliller elde ettiğinde veya kamu davası ikamesinde gerek gördüğü ahvalde suç zamanaşımı süresi içerisinde aynı sanık hakkında kamu davası açabileceğine"* işaret etmiştir, (Çiftçioğlu, s. 74); Yargıtay CGK 2013/7-700 E.-2015/241 K. ve 23.06.2015 tarihli kararında ise, *"...kesin hüküm benzeri sonuç doğuran kovuşturmaya yer olmadığına dair karardan sonra..."* demek suretiyle kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı kesin hüküm benzeri sonuç doğuran olarak açıklamıştır; aynı yönde bkz. Yargıtay CGK, 09.04.1984, K. 2/34-129 ve Yargıtay CGK, 24.12.1984, K. 218- 458 (Yaşar, s. 1452).

5 Ekrem Çetintürk, "Cumhuriyet Savcısının Statüsünün ve Savcılık Teşkilatının Kurumsal Yapısının, Savcılık Faaliyetinin Etkinliğine ve Kalitesine Etkisi", ***Ceza Hukuku Dergisi***, 2015, C. 10, S. 29, s. 125 vd.

I. İDARİ YÖNDEN DENETİM

A. Başsavcı Denetimi

1. Genel Olarak

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun (CMUK) 148. maddesinde kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı Adalet Bakanı ve valiye dava açılmasını talep etme yetkisi verilmişti[6]. CMUK m. 148 fık. 3'teki Adalet Bakanının kamu davası açması için Cumhuriyet savcısına emir verebileceğine ve fık. 4'teki valilerin kamu davası açılmasını vilayetlerindeki Cumhuriyet savcılarından isteyebileceklerine dair düzenlemeler 14/7/2004 gün ve 5219 sayılı Kanunla madde metninden çıkarılmıştır[7]. 5271 sayılı yeni CMK'da bu hükümlere yer verilmemiştir. Bu nedenle yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre Adalet Bakanının Cumhuriyet savcısına dava açması veya kovuşturmaya yer olmadığı kararını geri alması yönünde emir verebilmesi mümkün değildir[8].

5235 Sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun (5235 sayılı Kanun) m. 18/2-3 gereğince Cumhuriyet başsavcılarının kendi yargı çevresindeki Cumhuriyet savcıları üzerinde gözetim ve denetim yetkisi vardır[9]. Bir diğer ifade ile Cumhuriyet başsavcıları, kendi yargı çevresinde Cumhuriyet savcılarının idari olarak amiridir. Cumhuriyet başsavcılığı, başında başsavcının bulunduğu hiyerarşik bir yapıya sahiptir. Başsavcının altında da iş yoğunluğu gözetilerek Cumhuriyet başsavcı vekilleri atanabilir. Başsavcı, altında bulunan başsavcı vekilleri ile savcıların iş bölümünü belirleyerek, iş yoğunluğuna göre aile içi şiddet, çocuk, cezaevi, bilişim, infaz gibi bürolar kurabilir. Başsavcı bir soruşturma dosyasını bir

---

6 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bahri Öztürk, ***Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti***, DEÜ Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, Ankara 1991, s. 152 vd.

7 Bahri Öztürk (Editör) vd., ***Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku,*** 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 414.

8 Gökhan Ölmez-Başar Pancaroğlu, "Mağduru Belli Bir Kişi Olmayan Suçların Soruşturulmaları Neticesinde Verilen Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararlarının Denetlenmesi Sorunu", ***Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2021, C. XXV, S. 3, s. 521-522.

9 Benzer yönde düzenleme 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 5. Maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; "*Yargıtay, bütün adalet mahkemeleri üzerinde, Danıştay, bütün idari mahkemeler üzerinde yargı denetimi ve gözetimi; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Cumhuriyet savcıları üzerinde, Danıştay Başsavcısı, Danıştay savcıları üzerinde, ağır ceza Cumhuriyet başsavcıları, merkezdeki Cumhuriyet savcıları ile bağlı ilçe Cumhuriyet başsavcıları ve Cumhuriyet savcıları üzerinde, gözetim ve denetim hakkına sahiptir.*"

savcıdan alıp başka bir savcıya verme veya bir savcıyı başsavcılık bünyesindeki başka bir birimde görevlendirebilme yetkisine sahiptir. Nitekim Cumhuriyet savcıları idari görevleri yönünden bağımsız değildir.

Başsavcı ile savcı arasındaki bu ilişki nedeniyle savcının kararına karşı amiri olan başsavcıya suçtan zarar görenin dilekçe hakkı kapsamında başvurarak kovuşturmaya yer olmadığı kararının incelenmesini istemesine bir engel bulunmamaktadır[10]. Diğer taraftan 5235 sayılı Kanun m. 18/4 uyarınca Cumhuriyet başsavcına kovuşturmaya yer olmadığı kararlarını denetleme yetkisi verilmiştir. Aşağıda önce suçtan zarar görenin kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı Cumhuriyet başsavcılığına başvuru imkanları, arkasından da 7328 sayılı Kanun ile 5235 sayılı Kanun m. 18'e eklenen 4. fıkra ile kabul edilen Cumhuriyet başsavcısının denetleme yetkisi ele alınacaktır.

2. Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Başsavcılığa Başvuru

Kaynak Alman CMK § 172'ye göre, şikayetçi aynı zamanda suçtan zarar gören ise, savcının kamu davasının açılmasına gerek olmadığı kararına karşı, kararın kendisine bildirilmesinden itibaren iki hafta içinde savcının bir üst derecedeki amiri olan başsavcıya itiraz edebilir. İtirazı inceleyen başsavcı, itirazı yerinde görürse, kovuşturmaya yer olmadığı kararını kaldırarak savcıya, kamu davasının açılmasını, eğer olayın yeterince araştırılmadığı sonucuna varırsa, soruşturmanın yeniden başlatılmasını emredebilir. Soruşturmanın yeniden başlatılması gerektiğinde, başsavcı soruşturma işlemlerini bizzat yapabileceği gibi savcıya veya kolluğa da bunun yapılmasını emredebilir[11]. CMK'da ise kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı suçtan zarar görenin Cumhuriyet başsavcısına itiraz hakkı verilmemiştir. 5235 sayılı Kanun m. 18/4 ile kabul edilen başsavcı denetiminde, savcı tarafından verilen ve henüz başsavcı tarafından onaylanmamış olan kovuşturmaya yer olmadığı kararı hakkında suçtan zarar gören haberdar olmadığı için bu konuda başsavcıya başvurması da söz konusu olmayacaktır.

Yine Alman hukukunda suçtan zarar gören şikayetçi, kovuşturmaya yer olmadığı kararını veren Cumhuriyet savcısına veya onun amiri olan başsavcıya

---

[10] Aynı yönde bkz. Yener Ünver-Hakan Hakeri, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 18. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 535.

[11] Gerwin Moldenhauer, in: Rolf Hannich (Ed), ***Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK***, 8. Bası 2019, (Atıf: KK-StPO-Moldenhauer, 8. Bası 2019), StPO § 172 Kenar No 13.

bir dilekçe ile başvurarak olayın ve kararın tekrar incelenerek kararın kaldırılmasını talep edebileceği kabul edilmektedir. İtirazdan farklı olarak bu talep idari amire yapılan bir başvuru niteliğindedir. Ayrıca suçtan zarar gören şikayetçinin, hukuka aykırı olarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı verdiğini düşündüğü savcıyı idari olarak başsavcıya şikayet edebileceği de kabul edilmektedir[12]. Söz konusu bu iki başvuru yolunun, yani kovuşturmaya yer olmadığı kararının başsavcı tarafından incelenmesi talebi ve savcıyı başsavcıya idari şikayet hakkının Türk hukuku bakımından da mümkün olduğunu düşünüyoruz[13]. Bu yöndeki talepler Anayasa uyarınca dilekçe hakkının kullanılması niteliğinde olduğu için talebin reddedilmesi halinde bunun gerekçelerinin de gösterilmesi gerekir. Ancak bu başvurular kanun yolu niteliğinde olmadığı için CMK m. 173/1'deki itiraz başvuru süresini durdurmayacaktır. Yine Cumhuriyet başsavcısının onayından geçen bir kovuşturmaya yer olmadığı kararının suçtan zarar görenin başvurusu üzerine Cumhuriyet başsavcısı tarafından kaldırılarak yeniden soruşturma yapılması ve iddianame hazırlanması kural olarak CMK m. 172'deki koşulların varlığı halinde mümkün olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

3. 7328 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik ve Değişiklik Öncesi Uygulama

17.06.2021 tarih ve 7328 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2. maddesi ile 5235 sayılı Kanunun 18. maddesine eklenen 4. fıkra ile Cumhuriyet başsavcısına, Cumhuriyet savcılarının soruşturmayı sonlandıran kararlarını denetleme yetkisi verilmiştir.

Bu düzenlemeden önce de uygulamada Cumhuriyet savcılarının soruşturma sonucunda verdiği kararlar, Cumhuriyet başsavcıları veya görevlendirdikleri başsavcı vekilleri tarafından "görüldü" veya "iade" adı altında denetlenmekteydi. Uygulamada Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar Cumhuriyet başsavcısı veya görevlendirdiği başsavcıvekilinin *"görüldü"* işleminden sonra hüküm ifade etmekte, yani Cumhuriyet başsavcısı ilgili kararın hukuken varlık kazanmasını engelleyebilmekte veya içeriğini değiştirilebilme imkanına sahip olabilmekteydi[14]. Ancak bu denetime ilişkin CMK'da bir düzenleme yoktu. Öğre-

---

[12] KK-StPO-Moldenhauer, 8. Bası 2019, StPO § 172 Kenar No 7.

[13] Cumhuriyet başsavcılığına idari anlamda itiraz edilebileceği görüşü için bkz. Mustafa Özen, ***Ceza Muhakemesi Hukuku,*** 6. Bası, Ankara 2021, s. 768.

[14] Şık, s. 347; Paksoy, s. 52.

tide bazı yazarlar bu denetimin başsavcılık teşkilatının doğal bir sonucu olarak 5235 sayılı Kanunun 18. maddesinde düzenlenen gözetim ve denetim yetkisinden kaynaklandığını savunmaktaydı[15]. Adalet Bakanlığı da Cumhuriyet başsavcısının görüldü yetkisine sahip olduğuna ilişkin görüş yazısı yayınlamıştı[16].

Yargıtay CGK 03.03.2009 tarih, 2009/3-21 E. 2009/46 K. sayılı kararı ile Cumhuriyet başsavcılarının *"görüldü" ve "iade"* yetkisine ilişkin; *"İl Cumhuriyet başsavcısı veya ağır ceza Cumhuriyet başsavcısı, soruşturma aşamasında diğer Cumhuriyet savcılarının arasında iş bölümü yaparak kimin hangi soruşturmayı yürüteceğini belirleme, soruşturma sonucunda iddianame ve kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararlara görüldü yapmak suretiyle bu belgelerdeki görüşü benimseme, hatta gerektiğinde bunlarda değişiklik yapılmasını isteme veya kendiliğinden düzeltme yapmak ... hak ve yetkisine sahip"* olduğuna oy çokluğu ile karar vermiştir. Her ne kadar bu karar, bir Yargıtay üyesinin Cumhuriyet başsavcı olduğu bir dönemde "görüldü" yaptığı dosyanın temyiz incelemesine katılıp katılamayacağına yönelik olsa da konumuz ile ilgili olarak Yargıtay CGK oy çokluğu[17] ile başsavcı görüldüsünü yargılama faaliyeti kapsamında değerlendirmiştir.

Buna karşın Yargıtay 19. Ceza Dairesinin (CD) 14.06.2017 tarihli, 2016/12980 E. ve 2017/5711 K. sayılı kararında aksi yönde karar verilmiştir. Yargıtay CD bu kararında; *"Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra geri alınması şeklinde bir yol CMK sisteminde kabul edilmemiş olup, bu karara karşı başvurulabilecek tek hukuki çare doktrinde 'kovuşturma davası' olarak da adlandırılan 'itiraz' denetim yoludur (CMK m.173) ... CMK sistemimiz suç soruşturmasında makam itibariyle süje olarak asıl yetkiyi Cumhuriyet savcısına tanımıştır. Cumhuriyet başsavcısının gözetim ve denetim yetkisi ise bizatihi suç soruşturmasının yürütülmesine ilişkin bir yetki olmayıp ancak adli teşkilatın işleyişine yönelik 2802 ve 5235 sayılı Kanunlardan doğan ve savcılık makamının idari işleyişine ilişkin konularla sınırlı olan yetkilerdir. Aksini düşünmek suç so-*

---

15 Şık, s. 347; yazara göre, başsavcılık makamının temel fonksiyonu yapılan soruşturmaları denetlemektir. Ölmez-Pancaroğlu ise (s. 527), Cumhuriyet başsavcısının görüldü işlemi yapabilmesinin kovuşturmaya yer olmadığı kararlarını onaylama veya iade yetkisi vermediği görüşündedir.

16 Adalet Bakanlığı Ceza işleri Genel Müdürlüğünün 30.01.2006 tarih ve 002512 sayılı görüş yazısı.

17 Azınlık oyu ise, başsavcının, iddianamelere görüldü yapmasının idari bir faaliyet olduğunu, bu nedenle de temyiz incelemesinde yüksek yargıç olarak görev almasında hukuki bir engel bulunmadığı yönündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Paksoy, s. 53.

ruşturmasının içeriğine Cumhuriyet başsavcılarının bizzat müdahil olmaları, her muhakeme işlemine bizzat onay vermeleri gibi bir düşünceyi akla getirebilecektir ki, CMK sistemimizin böyle bir düşünceyi benimsediğini gösteren hiçbir somut dayanak mevcut değildir...

Somut uyuşmazlığın konusunu oluşturan kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verme yetkisi CMK'nın 172/1. Maddesinde açıkça Cumhuriyet savcısına verilmiştir. Cumhuriyet savcısının makam itibariyle süje olarak tek başına gerçekleştireceği bir muhakeme işlemi ile bu kararı verebileceğine kuşku bulunmamaktadır. CMK, bu işlemi geçerlilik şartı olarak sadece 'yazılı olma' şartına tabi tutmuş; 'görüldü' veya 'onay' prosedürü gibi başkaca bir şarta bağlamamıştır.

Kısacası, süje itibariyle iddia makamı adına hareket eden bir cumhuriyet savcısı tarafından imzalanmış kovuşturmaya yer olmadığına dair karar ayrıca hiçbir onay, görüldü vb. prosedürüne ihtiyaç duymamaktadır. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 5. Maddesinde yer verilen; 'Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur' ilkesi çerçevesinde Cumhuriyet savcısı tarafından elektronik imza ile imzalanan kovuşturmaya yer olmadığına dair karar hiçbir onay işlemine gerek olmadan hukuken geçerli bir ceza muhakemesi işlemi niteliğindedir. ...

Bu itibarla somut uyuşmazlıkta Cumhuriyet savcısı ... tarafından elektronik imza ile imzalanan 16/01/2015 tarih ve 2015/178 sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair karar başkaca hiçbir işleme gerek olmaksızın hukuken geçerli bir ceza muhakemesi işlemi niteliğindedir. Bir diğer anlatımla, Giresun Cumhuriyet Başsavcısı'nın UYAP sistemi üzerinden yapacağı 'onay' veya 'iade' işleminin söz edilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar üzerinde hukuken herhangi bir tesiri de olmayacaktır. Cumhuriyet savcılarının ceza muhakemesi yürütürken kullandığı yetki CMK'dan doğan ve asli nitelikte bir yetkidir; Cumhuriyet başsavcısına veya vekiline niyabet etme niteliğinde değildir." Yargıtay 19. CD bu kararında, başsavcı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararla ilgili olarak yapılan "görüldü", "onay" gibi işlemlerin yasal dayanağının olmadığını, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısının e-imza ile imzaladığı kovuşturmaya yer olmadığı kararının hukuken geçerli olduğunu ve CMK m. 172/2'deki şartlar gerçekleşmediği sürece kamu davasının açılamayacağını ifade etmiştir.

Yargıtay CGK 06.10.2020 tarih, 2019/7-84 E. 2020/399 K. 2018/48873 sayılı kararında ise; *"5607 sayılı Kaçakçılık Kanunu'na muhalefet suçundan sanıklar hakkında Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan soruşturma sonucunda*

Cumhuriyet Başsavcı Vekili tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın görüldü için Bakırköy Cumhuriyet Başsavcısına gönderildiği, Bakırköy Cumhuriyet Başsavcısınca sanıklar hakkında kamu davası açılmasının uygun olacağı mütalaası ile kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın iade edildiği, bunun üzerine Bakırköy Cumhuriyet Savcısı tarafından iddianame düzenlenerek kamu davası açıldığı, ... Cumhuriyet savcısının soruşturma evresinin asıl yetkilisi olduğu, kamu davasını açma tekelini elinde bulundurduğu ve soruşturma evresinin sonunda iddianame veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verme hususunda kanundan doğan asli yetkiye sahip olduğu, 1412 sayılı CMUK'dan farklı olarak 5271 sayılı CMK'da kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kaldırılmasının belli şartlara tabi kılındığı, CMK'ya göre Cumhuriyet savcısınca kendiliğinden veya başkaca bir makamın talimatı üzerine aynı fiilden dolayı kovuşturmaya yer olmadığına dair karar kaldırılarak kamu davası açılamayacağı, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra hangi hâllerde soruşturma yapılarak kamu davası açılabileceğinin CMK'nın 172. Maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında istisnai şekilde düzenlendiği gibi CMK'nın 173. Maddesinde de kovuşturmaya yer olmadığına dair karara kimlerin itiraz edebileceğinin açıkça belirtildiği, CMK'nın tasarı metninde Cumhuriyet başsavcılarına tanınan itiraz yetkisinin de kanunlaşma sürecinde kaldırılarak Kanun metnine işlenmediği, bu bağlamda Cumhuriyet başsavcılarının itiraz dahi edemediği kararları iade de edemeyeceği, kanunlarda idari veya adli denetim yaparak Cumhuriyet savcısının suç soruşturması sonucunda verdiği kararların kaldırılması yetkisinin Cumhuriyet başsavcısına tanınmadığı, 5235 sayılı Kanun 17, 18 ve 20. Maddeleri uyarınca Cumhuriyet başsavcılığı bünyesinde görevli Cumhuriyet savcılarının, aynı yer Cumhuriyet başsavcısından müstakilen adli göreve ilişkin işlemleri yapabilecek olup bu kapsamda münferiden ve bizzat soruşturma yaparak kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verebileceği, 2802 sayılı Kanun'un 5 ve 5235 sayılı Kanun'un 18. Maddelerinde düzenlenen, sınırları açık ve net bir şekilde çizilmeyen gözetim ve denetim yetkisi adı altında Cumhuriyet başsavcısı tarafından yapılacak işlemlerin kovuşturmaya yer olmadığına dair kararların hukuken sonuç doğurmasına bir etkisi olmayacağı, anılan gözetim ve denetim yetkisinin bir suç soruşturması sonucunda hangi kararın verilmesi gerektiği yönündeki emirleri veya kararın onanmasını/iade edilmesini kapsamayacağı, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın geçerlilik şartları arasında Cumhuriyet başsavcısı tarafından anılan kararın onaylanması şeklinde bir işlemin bulunmadığı, Cumhuriyet savcısı tarafından elektronik imza ile imzalanan kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın hiçbir onay işlemine gerek

olmadan hukuken geçerli hâle geleceği, CMK'da açıkça düzenlenen şartlar gerçekleşmeden hukuken geçerli kovuşturmaya yer olmadığına dair karar kaldırılarak iddianame tanzim edilemeyeceği anlaşılmıştır."

Yargıtay CGK bu kararında 19. Ceza Dairesi'nin 14.06.2017 tarihli kararındaki gibi Cumhuriyet savcısının soruşturma evresinin asıl yetkilisi olduğunu, kamu davasını açma tekelini elinde bulundurduğunu, 5271 sayılı CMK'da kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kaldırılmasının belli şartlara tabi kılındığını, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın geçerlilik şartları arasında başsavcısı tarafından kararın onaylanması şeklinde bir işlemin bulunmadığını, başsavcıya verilen gözetim ve denetim yetkisinin bir suç soruşturması sonucunda hangi kararın verilmesi gerektiği yönündeki emirleri veya kararın onanmasını/iade edilmesini kapsamadığını belirtmiştir.

Kanun koyucu Yargıtay CD ve CGK'nın söz konusu bu birbiri ile çelişen kararları üzerine kanunda açık bir düzenleme yapma ihtiyacı görmüş ve 5235 sayılı Kanunun 18. maddesine *"Cumhuriyet başsavcısı, Cumhuriyet savcılarının soruşturmayı sonlandıran kararları arasında oluşabilecek farklılıkların giderilmesi ile bu kararların kanuna uygunluğunun denetlenmesi hususlarında görevli ve yetkilidir."* şeklinde ek fıkra ekleme yoluna gitmiştir. Bu düzenlemenin gerekçesi ise, "*5235 sayılı Adli Yargı ve İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 18'inci maddesine fıkra eklenmek suretiyle, soruşturmayı sonlandıran kararlarla ilgili olarak uygulamada oluşabilecek farklılıkların önlenmesi ve uygulama birliğinin sağlanması amacıyla Cumhuriyet başsavcılarına sorumluluk verilmektedir."* şeklinde belirtilmiştir[18].

Yeni düzenlemeye göre Cumhuriyet başsavcıları, yargı çevresinde görevli Cumhuriyet savcılarınca verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarını iade etme veya tamamen iptal etme yetkisine sahip olmaktadır. Bu düzenlemenin yerinde oluğunu düşünüyoruz[19]. Çünkü uygulamada benzer olaylarda Cumhuriyet savcılarının birbirinden farklı kararlar verdiği görülmektedir. Daha kıdemli ve tecrübeli olan Cumhuriyet başsavcılarının görüldü işlemi yapması uygulama birliğinin sağlanması, gözden kaçırılan hususlar ile hukuka aykırılığın tespiti açısından oldukça

---

[18] Ersan Şen, "Cumhuriyet Başsavcılarına Ek Yetki Verilmesine Dair Kanun Teklifi", http://sen.av.tr/tr/makale/cumhuriyet-bassavcilarina-ek-yetki-verilmesine-dair-kanun-teklifi.

[19] Ölmez-Pancaroğlu, düzenlemenin CMK sistemine aykırı olduğu görüşündedir, s. 527-528.

önemlidir. Nitekim Cumhuriyet savcıları da yürüttükleri soruşturmada bazı hususları gözden kaçırabilir ya da delillerin değerlendirilmesinde yanılgıya düşebilir. Bu yeni düzenlemenin kabul ettiği idari denetim ile kovuşturmaya yer olmadığı kararı henüz sonuç doğurmadan başsavcı tarafından gözden geçirilerek onaylandıktan sonra suçtan zarar görene tebliğ edilecektir.

Ayrıca kararların idari denetimi mesleğe yeni başlamış Cumhuriyet savcıları yönünden de öğretici niteliktedir. Zira başsavcı, önüne gelen bir kararda eksiklik tespit ettiği zaman gerekçesini bildirerek soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısına dosyayı iade edecektir. Bunun yanı sıra idari denetim, sulh ceza hakimlerinin iş yükünü de azaltacaktır. Soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısının gözünden kaçan küçük bir detay sonucunda verdiği kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın idari denetimden geçmeksizin suçtan zarar görene tebliğ edildiği varsayımında, itiraz sonucunda kararın kaldırılması yargılama süresinin uzamasına neden olacaktır. Örnek olarak, soruşturma konusu suçun soruşturulmasının şikayete bağlı olmadığı bir olayda, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısının hatalı hukuki nitelendirme yaparak şikayet yokluğundan kovuşturmaya yer olmadığına karar vermesi halinde kararı idari yönden denetleyen başsavcı kararı hemen iade edecektir. Aksi takdirde soruşturmanın uzamasına ve yargılamanın makul süreyi aşmasına neden olabilecektir. Belirtilen nedenlerle yapılan düzenlemenin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Ancak başsavcı, soruşturmayı baştan sona yaparak delilleri toplayan ve muhakeme şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendiren savcının iddianame hazırlanması veya hazırlanmaması yönündeki yetkisine gereksiz ve gerekçesiz bir şekilde müdahale ederek savcıyı sıradan bir kamu görevlisi derecesine düşürmemelidir.

İdari denetim, adli denetimden önce gelir. İdari denetimde karar henüz başsavcı tarafından onaylanıp suçtan zarar görene bildirilmediği için CMK m. 172/2'de aranan yeni delil ve sulh ceza hakimi kararına gerek yoktur. 5235 sayılı Kanun m. 18/4 uyarınca savcının kararını inceleyen başsavcı gerekçesini bildirerek kararı soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısına iade edebilecektir.

İlgili başsavcı tarafından yapılan iade kararın savcı açısından bağlayıcı olup olmadığı konusunda açık bir düzenleme yoktur. Ancak başsavcılık teşkilatının hiyerarşik bir yapıya sahip olduğu ve amirinin başsavcı olduğu değerlendirildiğinde, savcının başsavcının iade kararına itiraz edebilmesi pek mümkün görünmemektedir. Soruşturmayı yürüten savcı iade kararına uymak istemezse, başsavcı dosyayı soruşturmayı yürüten savcıdan alarak başka bir savcıya verme yetkisine haizdir. Her ne kadar başsavcının iade kararı savcı açısından bağlayıcı

olsa da iade kararı üzerine yaptığı değerlendirmede, önceki görüşünün yerinde olduğu, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil bulunmadığı görüşünde olan savcının başsavcının emri ile dava açmak zorunda bırakılması yerinde olmayabilir. Böyle bir durumda soruşturmanın başka bir savcı tarafından yürütülmesi imkanı da düşünülmelidir.

Şen, yeni madde ile eklenen *"kanuna uygunluğunun denetlenmesi"* ibaresinin Cumhuriyet başsavcılarının, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcıları üzerinde soruşturmayı yürütme yetkileri ile yürütülen soruşturmaya müdahale sonucunu ortaya çıkaracağını, bu nedenle *"soruşturmayı sonlandıran kararların şekil ve esas yönlerinden kanunlara uygunluğunun denetlenmesi"* şeklinde değiştirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir[20]. Kanaatimizce 18. maddeye eklenen 4. fıkra hükmü, başsavcıya soruşturmanın yürütülmesine değil, soruşturma sonunda verilen kararın denetlenmesine yöneliktir. Diğer taraftan soruşturma devam ederken başsavcı -*başsavcılık işleyiş yönergesine uygun olmak şartıyla* - bir soruşturmayı bir savcıdan alıp başka bir savcıya verebilir. Yine soruşturmanın yürütülmesine ilişkin olarak da kanuna aykırı olmayacak şekilde talimat verebilir. Bu nedenle yeni düzenlemede bir değişikliğe gerek görünmemektedir.

Söz konusu yeni düzenleme ile CMK hükümleri uyarınca verilen *"soruşturmayı sonlandıran kararların"* başsavcı tarafından denetlenmesi kabul edilmiştir. Ancak ceza muhakemesi sistemimize yeni giren, CMK m. 158/6 uyarınca henüz soruşturma başlamadan verilen "*soruşturmaya yer olmadığı*" kararlarının denetim kapsamında olup olmadığı tartışmaya açıktır. M. 158/6 kapsamında verilen kararlar soruşturmayı sonlandıran bir karar olmadığı için bu kararların 5235 sayılı Kanun m. 18/4 kapsamında Cumhuriyet başsavcısı tarafından idari yönden denetlenmesi mümkün görünmemektedir. Bu kararlara karşı CMK m. 173 uyarınca itiraz başvurusu kabul edilmiştir. Ancak ihbarcı veya şikayetçinin Cumhuriyet başsavcısına başvurup soruşturmaya yer olmadığı kararının gözden geçirilerek kaldırılmasını talep etmesi ve talebi inceleyen başsavcının da talebi yerinde görmesi halinde söz konusu kararı kaldırarak soruşturma başlatılması emri vermesi mümkündür. Ancak soruşturmaya yer olmadığı kararına karşı sulh ceza hakimine itiraz edilip itirazın reddedilmesi halinde ise yeni delil ortaya çıkmadıkça soruşturma başlatılması yoluna gidilmemelidir[21].

---

[20] Ersan Şen, Cumhuriyet Başsavcılarına Ek Yetki Verilmesine Dair Kanun Teklifi.

[21] Bkz. Hakan Kızılarslan, "Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları (SYOK) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Açısından İrdeleme", ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi*****,** 2019, S. 144, s. 97-98.

4. Denetim Yetkisi ve Süre

Yeni düzenlemede kanun koyucu *"Cumhuriyet başsavcısı"* ibaresini bilinçli olarak kullanarak asliye veya ağır ceza başsavcısı ayrımı yapmamıştır. Bu nedenle mülhakat adliyelerdeki Cumhuriyet savcılarının gözetim, denetim ve kararlarını denetleme yetkisi bulundukları yer asliye ceza mahkemesi yanındaki Cumhuriyet başsavcısına aittir. Çünkü mülhakat adliyelerdeki asliye ceza mahkemesi yanındaki Cumhuriyet başsavcılarının o yer yargı çevresinde görevli Cumhuriyet savcıları üzerinde gözetim ve denetim yetkisi vardır (5235 sayılı Kanunun m. 18/3). Uygulamada da asliye ceza mahkemesi başsavcılığı olan yerlerde kararların denetimini mülhakat başsavcı yapmaktadır. Asliye ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığı olmayan mülhakat adliyelerde ise Cumhuriyet savcılarının kararlarının denetimi bağlı bulundukları ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet başsavcılığınca yapılmaktadır.

Yeni düzenleme ile Cumhuriyet savcılarının kararlarının denetim yetkisi Cumhuriyet başsavcılığına değil, sınırlı tutularak sadece *"Cumhuriyet başsavcısına"* verilmiştir. Ancak 5235 sayılı Kanunun 19. Maddesinin 1. fıkrasının 1 ve 4. bentlerinde sayılan vekâlet yetkisi sebebiyle, Cumhuriyet başsavcısı tarafından görev verildiğinde veya Cumhuriyet başsavcısının yokluğunda yerine vekâlet eden başsavcı vekili de bu yetkiyi kullanabilir. Benzer şekilde Cumhuriyet başsavcı vekili bulunmadığında, Cumhuriyet başsavcısının belirleyeceği bir Cumhuriyet savcısı da 5235 sayılı Kanunun 20. maddesi uyarınca söz konusu yetkiyi kullanabilir[22]. Sonuç olarak yeni düzenlemeye göre soruşturmayı sonlandıran kararları denetlemeye asıl yetkili kişi Cumhuriyet başsavcısı olup, istisnai hallerde başkaları tarafından kullanılabilir.

Adli denetimden farklı olarak idari denetim için kanunda bir koşul ve süre öngörülmemiştir[23]. Uygulamada Cumhuriyet başsavcıları kararları UYAP üzerinden de inceleyerek denetleyebilmektedir. Ancak başsavcı denetiminden geçmiş veya herhangi bir şekilde başsavcı denetiminden geçmeden ilgilere bildirilmiş olan kararların artık başsavcı tarafından denetleme yetkisi kapsamında geri alınması veya geçersiz sayılması mümkün görünmemektedir. Bu nedenle başsavcı denetiminden geçmeden verilmiş olan kovuşturmaya yer olmadığı kararının ilgililere bildirilmesinden sonra başsavcı tarafından geri alınarak idari yönden denetlenmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

---

[22] Şen, Cumhuriyet Başsavcılarına Ek Yetki Verilmesine Dair Kanun Teklifi.

[23] Evik, s. 21.

B. Müfettiş Denetimi

Müfettiş denetimine ilişkin düzenlemeler Anayasa, kanun ve yönetmelikle yapılmıştır. Adalet hizmetlerinin denetimi başlığını taşıyan Anayasa m. 144'e göre, adalet hizmetleri ile savcıların idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetimi, adalet müfettişleri ile hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçiler; araştırma, inceleme ve soruşturma işlemleri ise adalet müfettişleri eliyle yapılır. Buna ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir. Bu doğrultuda 6087 sayılı Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanununda (HSKK) denetimle ilgili hükümlere yer verilmiştir. Yine hakim ve savcıların denetimine ilişkin 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunda da detaylı düzenlemeler yapılmıştır[24].

Müfettişler, Hakimler ve Savcılar Kurulu Teftiş Kurulunca Anayasanın 159. maddesi ile diğer mevzuatta öngörülen görevleri kapsamında hâkim ve savcılar hakkında özellikle denetim, araştırma, inceleme ve soruşturma işlemlerini yapmak ve denetimler sonucunda denetim raporu, hâl kâğıdı, 3 numaralı fiş ile varsa aksayan hususlara ilişkin tavsiyeler listesi, araştırma, inceleme ve soruşturmalar sonucunda ise araştırma, inceleme veya soruşturma raporu düzenlemek amacıyla görevlendirilir (Hâkimler ve Savcılar Kurulu Teftiş Kurulu Yönetmeliği[25] m. 6) Müfettişler tarafından Cumhuriyet başsavcılıkların denetiminde derdest, sonlandırılmış, üst makamların bozma talepleri ve nezarete alınanların kaydına mahsus defterin yeteri kadarı incelenir (Teftiş Kurulu Yönetmeliği m. 25/1). Denetim sırasında müfettiş eksiklik, aksaklık tespit ederse ilgilisi hakkında gereğini yapar (Teftiş Kurulu Yönetmeliği m. 25/2).

Teftiş Kurulu Yönetmeliği m. 32'ye göre denetim sonunda müfettiş tespit ettiği aksaklıklara ilişkin tavsiyeler listesi düzenler. Tavsiyeler listesinde hatalı işlemler belirlendikten sonra mevzuattaki yeri ve gerekçesi ile birlikte çözüm yolu da gösterilir. Denetim sonunda ayrıca denetim başladığında bulunduğu yerdeki görev süresi üç ayı aşan hakim ve savcılara ilişkin mesleki bilgi ve çalışmaları ile kişisel ve sosyal özelliklerin değerlendirilmesine yönelik hal kağıdı düzenlenir. Denetim başlandığı tarihte denetim yapılan mahalden ayrılmalarından itibaren üç ay geçmeyenler hakkında da hal kağıdı düzenlenir.

Uygulamada bazen müfettişlerin denetimi sırasında hatalı hukuki nitelendirme veya başka nedenlerle Cumhuriyet savcılarınca verilen kovuşturmaya yer

---

[24] Bu konuda bkz. Eylem Baş, "Hakimler ve Savcıların Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", ***Ankara Barosu Dergisi***, 2016, S. 3, s. 281

[25] Çalışmada, Teftiş Kurulu Yönetmeliği olarak ifade edilecektir.

olmadığı kararında bir hukuka aykırılığın tespiti halinde kararların kaldırıldığı görülmektedir. Bu şekilde bir uygulama kanuna ve hukuka aykırıdır. Çünkü Cumhuriyet savcıları tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararının görüldüye giden başsavcı tarafından görüldü yapıldıktan sonra usulüne uygun olarak ilgililere tebliğe çıkarılıp süresinde itiraz edilmez ise ancak yeni delilin ortaya çıkması ve sulh ceza hakiminin kararı üzerine kaldırılabileceği açıkça düzenlenmiştir (CMK m. 172/2).

Ancak kanaatimize göre, müfettiş denetimi sonunda kovuşturmaya yer olmadığı kararının kaldırılarak soruşturmaya devam edilmesine ilişkin bir düzenleme yapılması uygulama açısından yerinde olacaktır. Çünkü uygulamada Cumhuriyet savcılarının iş yoğunluğu da gözetildiğinde hukuki nitelendirmede hataya düşerek kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi olağandır. Böyle bir kararın başsavcı denetiminden de geçerek suçtan zarar gören tarafından süresinde itiraz edilmediği hallerde bu karara karşı başvurulacak bir kanun yolu bulunmamaktadır. Hatalı hukuki niteleme nedeniyle veya yeterli delil elde edilmediği gerekçesiyle verilen bir kovuşturmaya yer olmadığı kararının kesinleşmesi ile ceza muhakemesinin amacı olan gerçeğin araştırılmasındaki kamu yararı ve adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle, müfettiş denetimi sonunda kovuşturmaya yer olmadığı kararının kaldırılarak soruşturmaya devam edilmesine ilişkin bir yasal düzenleme yerinde olacaktır.

II. ADLİ YÖNDEN DENETİM

A. Genel Olarak

Suçtan zarar gören, CMK m. 173/1 uyarınca kendisine tebliğ edilen kovuşturmaya yer olmadığı kararına on beş gün içerisinde kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine itiraz edebilir. Sulh ceza hakimliği tarafından yapılacak inceleme, kovuşturmaya yer olmadığı kararının adli yönden denetimdir.

Denetimin amacı, yeterli delilin varlığı halinde kamu davasının mecburiliğini denetlemek[26] ve suçtan zarar görene kararın hukuka uygunluğunu tartışma imkanı sunmaktır[27].

[26] Ölmez-Pancaroğlu, s. 479.

Kanun koyucu, adli yönden denetimi her ne kadar "itiraz" olarak adlandırmışsa da CMK 267 vd. maddeleri uyarınca itiraz kanun yoluna *"hakim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararlarına karşı"* gidilebilmesi kabul edilmiştir. İtiraz kanun yolu sadece hakimler ve istisnaen mahkemeler tarafından verilen kararlara karşı kabul edildiği için, soruşturma evresi sonunda Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı yapılan başvurunun kanunda "itiraz" olarak adlandırılması doktrinden haklı olarak eleştirilmiştir. Çünkü itiraz*,* henüz kesinleşmemiş hâkim veya mahkeme kararında hukuka aykırılıkların bulunduğu gerekçesiyle bu kararın yetkili merci tarafından maddi ve hukuki yönlerden incelenmesini ve denetlenmesini sağlamak için yapılan olağan bir kanun yolu başvurusudur. Kısaca, itiraza tabi kararlar son kararlardan önce verilen ve son karara esas teşkil etmeyen ara kararlardır. Bu yüzden doktrinde savcı tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı yapılan başvurunun kanun yolu başvurusu olmayıp, *"tali ceza davası"* niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Bu nedenle CMK m. 173'te düzenlenen kovuşturmaya yer olmadığı kararının yargısal denetimi için "itiraz" yerine *"kovuşturma davası"* kavramının kullanılması daha isabetli bir tercih olacaktır[28]. Kovuşturma davası kavramından, kovuşturma yapılmasına yönelik dava açılması kastedilmektedir. Bu çalışmada kanunda yer alan itiraz terimi de bu anlamda kullanılacaktır.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz (kovuşturma davası), suçtan zarar gören tarafından başvurulabilecek bir adli denetim yoludur. Bu denetimde sulh ceza hakimliği kabul, red ve soruşturmanın genişletilmesi kararı verebilir. İtiraz sonucu verilen kararlar kesin nitelikte olup, bu kararlara karşı olağan kanun yolu öngörülmemiştir.

Bu başvuruya ilişkin olarak 2014 yılında 6545 sayılı Kanun ile m. 173/3'te önemli bir değişiklik yapılarak itirazın ağır ceza mahkemesince değil, sulh ceza hakimliğince incelenmesi kabul edilmiş, 2017 yılında da 680 sayılı KHK ile mad-

---

[27] Erdener Yurtcan, ***Ceza Yargılaması Hukuku***, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 504-505.

[28] Öztürk (Editör) vd. Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 161; Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 488; Toroslu, s. 247; Nur Centel, Hamide Zafer, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 19. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 606; Erdener Yurtcan, ***CMK Şerhi, 9. Bası***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan 2019, s. 585; Feridun Yenisey - Ayşe Nuhoğlu, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 723; Devrim Aydın, "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İtiraz", ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi,*** 2006, S. 65, s. 62-64; Gökcen-Balcı-Alşahin-Çakır, s. 565. Söz konusu düzenlemenin itiraz kanun yolu olduğu görüşü için bkz. Özen, s. 768.

denin 4. fıkrasında değişiklik yapılarak yapılan itirazın reddedilmesi halinde aynı fiilden dolayı kamu davası açılması da zorlaştırılmıştır. İtiraz konusu özellikle bu değişiklikler açısından daha detaylı olarak ele alınacaktır.

B. Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına İtiraz

1. İtiraz Yetkisine Sahip Olanlar

Kanun koyucu, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz hakkını sadece suçtan zarar görene tanımıştır (CMK m.173/1). Her ne kadar karara itiraz hakkı suçtan zarar görene tanınmışsa da suçtan zarar gören kavramından ne anlaşılması gerektiği kanunda belirtilmemiştir. Öğretide keyfiliğin önüne geçmek, kamu davası açma mecburiyeti ilkesini denetlemek ve hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmek amacıyla bu kavramın geniş yorumlanarak, suçtan doğrudan zarar gören yanında dolaylı olarak zarar görenlerin de bu kapsama alınması gerektiği belirtilmektedir[29].

Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz yetkisi sadece suçtan zarar görene tanınmış olduğu için soruşturma konusu suçun mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda ve suçtan zarar gören sıfatına sahip bir kişinin tespit edilemediği hallerde bu karara itiraz edebilecek herhangi bir kişi de bulunmamaktadır[30].

Kanaatimizce, kamu davasının mecburiliği ilkesi uyarınca etkin bir ceza kovuşturmasının sağlanması açısından suçtan zarar gören kavramı geniş yorumlanmalı, ancak bu geniş yorumlama suçtan dolaylı olarak zarar gören herkesi değil, ihlal edilen normun koruması kapsamında olan kişileri kapsayacak şekilde olmalıdır[31]. Aksi takdirde topluma ve devlete karşı işlenen suçlarda da toplum-

---

[29] Öztürk, *Koğuşturma Mecburiyeti*, s. 162-163; Cengiz Bardak, ***Ceza Davalarında Soruşturma, Duruşma ve Kanunyolları***, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 422; Faruk Turhan, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, Asil Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 323; Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 488; Yenisey-Nuhoğlu, s. 724; Serkan Meraklı, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Davası", ***Ceza Hukuku Dergisi***, Nisan 2012, C. 7, S. 18, s. 173, 174; Aksi yöndeki Yargıtay 9. CD, 24.06.2009 tarih ve 10470/7437 K. sayılı kararında, *"suçtan doğrudan doğruya zarar görmeleri söz konusu olmayan ve anılan kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz hakkı bulunmayan muterizlerin itirazlarının bu gerekçelerle reddedilmesi, kabul edilmemesi gerekir."* diyerek, suçtan doğrudan zarar görmeyen kimselerin itiraz hakkına sahip olmadıkları ifade edilmiştir.

[30] Ölmez-Pancaroğlu, s. 471 vd. Yazarlar bu durumlarda kovuşturmaya yer olmadığı kararının otomatik olarak sulh ceza hakimliği tarafından denetlenmesine yönelik bir düzenleme önermektedirler, s. 532.

[31] KK-StPO-Moldenhauer, 8. Bası 2019, StPO § 172 Kenar No 19.

daki herkes dolaylı olarak zarar gören olduğu için onlara da itiraz hakkı verilmesi sonuç ortaya çıkacaktır.

Suçtan zarar görenin birden fazla olması halinde, her suçtan zarar gören hakkını diğerlerinden bağımsız olarak kullanabilir. Bunun yanı sıra sadece birinin yaptığı itiraza diğerleri de iştirak edebilir[32]. Suçtan zarar görenin velayet veya vesayet altında bulunması halinde ise itiraz yetkisi veli ya da vasidedir[33]. Suçtan zarar görenin tüzel kişi olması da mümkündür. Bu durumda kovuşturmaya yer olmadığı kararına tüzel kişiler de itiraz edebilir[34].

Kanun koyucu kovuşturmaya yer olmadığı kararına suçtan zarar görenin itiraz edebileceğini açıkça düzenlemişken, şüphelinin itiraz hakkına ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir. Kaldı ki kovuşturmaya yer olmadığı kararı ifadesi alınmamış şüpheliye tebliğ dahi edilmemektedir (CMK m. 172/1). Ayrıca suçtan zarar görenin karara itiraz ettiği şüpheliye bildirilmez[35]. Yargıtay CGK tarafından 12.04.2011 tarih, 2010/7-218 E. ve 2011/50 K. sayılı kararında *"... Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığına dair kararına karşı yasa koyucu yalnızca suçtan zarar görene itirazda bulunma hakkı vermiş olup, şüphelinin bu karara karşı itiraz hakkı bulunmamaktadır. Yasa koyucu tarafından şüpheliye kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı itiraz hakkı tanınmadığı hususu gözönünde bulundurulduğunda, bu kararlarda özenli bir dil kullanılarak, eylemin sabit olduğuna yönelik tespitlere yer verilmemelidir."* denilmek suretiyle kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı yalnızca suçtan zarar görenin itiraz hakkının bulunduğu, şüphelinin itiraz hakkı bulunmadığı belirtilmiştir[36]. Ancak Yargıtay güncel bir kararında şüpheli olmayan birisinin kovuşturmaya yer olmadığı kararında şüpheli olarak gösterilmesi halinde bu hususu hukuka ağır aykırılık olarak değerlendirerek bu kişilerin de itiraz hakkına sahip olduğuna karar vermiştir[37].

---

[32] Öztürk, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 171 - 172.

[33] Öztürk, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 172.

[34] Şahin-Göktürk, 13. Bası s. 145.

[35] Alman CMK 173/2'ye göre ise mahkeme itiraz konusunda açıklamada bulunması için şüpheliyi haberdar edebilir.

[36] Bkz. Yurtcan, CMK Şerhi, s. 603 - 614. Doktrinde aklanma hakkı çerçevesinde şüpheliye de itiraz hakkı verilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür, bkz. Özen, s. 769.

[37] Yargıtay 4. CD, 11.01.2018 tarih, 2017/22730 Esas ve 2018/469 Karar sayılı kararında, *"... Milli Eğitim Müdürlüğü tarafından yapılan ön soruşturmada bilgilerine başvurulan ve haklarında herhangi bir suç işnadı bulunmayıp suç duyurusunda isimleri de yer almayanların Cumhuriyet savcılığınca adlarının şüpheli olarak gösterilmesine dair karara yaptıkları itirazların, merci tarafından bu kişilerin talebi yönünden değerlendirilmesi..." (*Şık, s. 342).

2. İtirazın Süresi ve Usulü

Kovuşturmaya yer olmadığı kararı kendisine tebliğ edilen suçtan zarar gören, on beş gün içerisinde kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine bir dilekçe ile itiraz edebilir (CMK m.173/1). Kanun koyucunun belirlediği bu süre hak düşürücü süredir. Ancak suçtan zarar gören kusuru olmaksızın süreyi kaçırılması halinde, CMK m. 40 gereğince eski hale getirme yoluna başvurabilir[38].

CMK m. 173/1'de kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın suçtan zarar görene tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içerisinde itiraz edebileceği belirtildiği için, karar tebliğ edilmediği sürece başvuru süresi de işlemeye başlamayacaktır[39]. Karar suçtan zarar gören tebliğ edilmediği sürece tebliği dışındaki diğer öğrenmeler süreyi başlatmayacak, ancak bu durum suçtan zarar görenin itiraz etmesine de engel teşkil etmeyecektir. Yapılacak tebliğde CMK m. 34/2 kıyasen uygulanarak,[40] başvuru yolu, süresi, merci ve itiraz şeklinin de bildirilmesi gerekir. Bu konudaki eksiklik veya yanlışlık başvurucu açısından eski hale getirme nedeni oluşturacaktır.

İtirazın, suçtan zarar gören, vekili veya kanuni temsilcisi tarafından imzalanmış bir dilekçe ile yapılması gerekir[41]. Kanunda dilekçeden bahsedildiği için itirazın yazılı şekilde yapılması zorunlu olup, sözlü başvuru yeterli değildir. Kanun yolu başvurularının "dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle" de yapılabileceğini (CMK m. 268/1, 273/1, 291/1) öngören kanun koyucu kovuşturmaya yer olamadığı kararına karşı yapılacak itirazlarda böyle bir kolaylığa yer vermemiştir. Kanaatimizce hakim ve

---

[38] Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 488; Öztürk, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 173; bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Faruk Turhan, "Ceza Muhakemesinde Sürelerin Kusur Olmaksızın Geçirilmesinde Eski Hale Getirme," ***Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan***, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 1221 vd.

[39] Centel-Zafer, s. 606. "Kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair kararın mağdureye veya kanuni temsilcilerine tebliğ edildiğine dair tebligat parçasının bulunmadığı gözetilerek tebligat yapılıp yapılmadığı, kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair kararın kesinleşip kesinleşmediği araştırılarak, tebligat yapılmamış ise kovuşturma yapılmasına yer olmadığına ilişkin kararın mağdureye tebliği ile karara itiraz halinde itiraz sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, ... ": Yargıtay 14. CD, 23.10.2014, E. 2013/10820, K. 2014/755.

[40] Faruk Turhan, "Ceza Muhakemesinde Hakim ve Mahkeme Kararlarının İlgilisine Bildirilmesi", ***Marmara Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, 2021, C. 27, S. 2, s. 911.

[41] Meraklı**,** s. 179.

mahkeme kararlarına karşı itiraz usulüne ilişkin m. 268/1 hükmü Cumhuriyet savcısının kararına karşı yapılacak itiraz usulü hakkında da kıyasen uygulanarak tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt katibine beyanda bulunmak suretiyle de itirazın yapılması kabul edilmelidir.

İtiraz dilekçesinde kamu davasının açılmasını gerektirebilecek olaylar ve deliller belirtilmelidir (CMK m. 173/2). Buna göre dilekçede fiilin ne olduğu, şüphelinin açık kimliği ve kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delilin bulunduğu açıkça gösterilmelidir[42]. Kanun maddesinde "olaylar ve delillerin" belirtilmesi gerektiğinden bahsedilmişse de kovuşturmaya yer olmadığı kararının, muhakeme şartının bulunmadığı (m. 172/2) gerekçesine dayandığı hallerde, söz konusu şartın gerçekleştiğine ilişkin hukuki gerekçelerin de bildirilmesi gerekir. Bu açıdan örneğin, kovuşturmaya yer olmadığı kararı suçun dava zamanaşımına uğradığı gerekçesi ile verilmişse, dilekçede fiilin hala soruşturulabilir olduğunun ortaya konması gerekir[43]. İtiraz için suçtan zarar görmüş olmak gerektiği için dilekçedeki açıklamalardan suçtan zarar görme koşulunun gerçekleştiğinin de anlaşılması gerekir. Yine dilekçede şüphelinin ismine de yer verilmiş veya en azından şüphelinin kim olduğunun anlaşılabilecek şekilde belirtilmiş olması gerekir[44].

3. İtirazı İnceleyecek Merci ve İnceleme Usulü

1412 sayılı mülga CMUK döneminde kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz, Cumhuriyet savcısının yargı çevresindeki ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanına yapılmaktaydı (CMUK m. 165/1). Yeni CMK m. 173/1'de de bu düzenleme korunmuştu. Ancak bu hüküm 31/03/2011 tarih ve 6217 sayılı Kanun ile değiştirilerek itiraz makamı, Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi olarak kabul edilmişti. 18/06/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanunun 71. maddesiyle ise maddede yer alan *"ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesine"* ibaresi *"ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine"* şeklinde değiştirilmiştir. 6545 sayılı Kanun m. 71 hükmünün gerekçesinde bu değişikliğin nedeni şu şekilde açıklanmıştır: *"Maddeyle, ağır ceza mahkemelerinin iş yükü de dikkate alınmak suretiyle kovuşturmaya yer olmadığına dair*

---

[42] Öztürk, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 173; Meraklı, s. 180; Nevzat Toroslu-Metin Feyzioğlu, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 19. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019, s. 271.

[43] KK-StPO-Moldenhauer, 8. Bası 2019, StPO § 172, Kenar No 36

[44] KK-StPO-Moldenhauer, 8. Bası 2019, StPO § 172 Kenar No 35.

kararlara itirazın sulh ceza hâkimliğine yapılması sağlanmaktadır. Bununla birlikte, itirazlar tüm sulh ceza hâkimliklerine değil kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine yapılacaktır."[45]

Öğretide bir görüş, ağır ceza mahkemelerinin iş yükünün ağırlığı ve sulh ceza hâkimliklerinin soruşturma evresindeki işlemler hususunda uzmanlaşmış olmaları nedeniyle söz konusu değişikliğin yerinde olduğunu savunmaktadır[46]. Öğretideki diğer bir görüş ise, ağır ceza mahkemesinin heyet olması ve daha kıdemli hakimlerin bulunmasının çok daha güvenceli olduğunu savunmaktadır[47]. Yine bir başka görüş yeni düzenlemenin bütün soruşturma işlemlerinin sulh ceza hakiminin yetkisine verilmesi yanında kovuşturmaya yer olamadığı kararlarına itirazın incelenmesinin de sulh ceza hakimlerine bırakılmasının etkin, tarafsız ve adil bir denetimi engelleyecek nitelikte olduğunu ileri sürmektedir[48]. Anayasa mahkemesi ise bu hükmün Anayasaya aykırılık itirazını reddetmiştir[49].

Kanaatimizce Cumhuriyet başsavcısının onayından geçen kovuşturmaya yer olmadığı kararının incelenmesinin üç hakimden oluşan ağır ceza mahkemesinden alınarak sulh ceza hakimine verilmesi isabetli olmamıştır. Eski düzenleme olduğu gibi itiraz merciinin daha nitelikli olan ağır ceza mahkemesi olması AİHS m. 13 gereğince suçtan zarar gören açısından etkili başvuru imkanı sağlayacaktır. Nitekim kaynak Alman CMK da itiraz başvurusunun kararına itiraz edilen savcılığın yargı çevresindeki Eyalet Yüksek Mahkemesince incelenmesini kabul etmiştir (Alman CMK **§** 172/4).

Diğer taraftan yer bakımından yetkili merciin, Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliği olarak belirlenmesinin isabetli olup olmadığı üzerinde de durulmalıdır. Son değişiklikle, karara karşı itirazı inceleyecek sulh ceza hâkimliğinin, özellikle tek bir sulh ceza hakimliğinin olduğu bölgelerde aynı dosya ile ilgili daha

---

45 Bkz. http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0918.pdf, s. 40, 41.

46 Kaşka, s. 248.

47 Durmuş Tezcan, "Ceza Muhakemesi Kapsamında Yeni Bir Kurum Olarak Sulh Ceza Hakimliği", ***Fasikül Aylık Hukuk Dergisi***, Nisan 2015, Y.7, S. 65, s. 9; Evik, s. 27;

48 Ünver-Hakeri, s. 536.

49 AYM, Esas Sayısı: 2014/146, Karar Sayısı: 2015/31, Karar Tarihi: 19.3.2015, R.G. Tarih-Sayı: 13.6.2015 - 29385.

önceden koruma tedbirlerine karar veren sulh ceza hâkimliği olması mümkündür. Bu halde hakimin daha önceden aynı olayla ilgili olarak karar vermiş olması, tarafsızlığını şüpheye düşürecek bir neden olarak reddini gündeme getirmektedir[50]. Yine Cumhuriyet savcısı ile savcının kararına yapılacak itirazı inceleyecek sulh ceza hakiminin aynı yargı çevresinde ve çoğunlukla da aynı binada görev yapıyor olması, bunların birbirlerinin kararlarını etkileme ihtimalini arttıracak ve bu durum itiraz yolunun etkin bir başvuru olmasını olumsuz yönde etkileyecektir[51].

Mevcut düzenlemede sulh ceza hakimi, önüne gelen itirazı duruşmasız olarak dosya üzerinden inceleyecektir. Hakim öncelikle itirazın kabul edilebilir olup olmadığına ilişkin olarak; itirazın yetkili kişi (suçtan zarar gören veya vekili) tarafından yapılıp yapmadığı, itiraz dilekçesinin imzalanıp imzalanmadığı, itirazın süresinde yapılıp yapılmadığı, kamu davasının açılmasını gerektirecek delillerin dilekçede gösterilip gösterilmediği, kovuşturma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği gibi hususları inceleyecektir[52].

4. İtirazın İncelenmesi ve Soruşturmanın Genişletilmesi

5271 sayılı CMK'nın ilk halinde soruşturmanın genişletilmesi imkanı düzenlenmemişti. Bu imkan 25.05.2005 tarih ve 5353 sayılı Kanununun 26. maddesi ile CMK'nın 173/3'de yapılan değişiklikle kabul edilmiştir. Bu değişiklikle CMK'nın 173/3. Maddesi, "*Başkan, kararını vermek için soruşturmanın genişle-*

---

50 Kaşka, s. 249.

51 Anayasa Mahkemesi söz konusu kararına göre ise, "Sulh ceza hâkimleri de diğer tüm hâkimler gibi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca atanmakta ve Anayasa'nın 139. maddesinde öngörülen hâkimlik teminatına sahip bulunmaktadır. Bu çerçevede, sulh ceza hâkiminin, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararların denetimini ağır ceza mahkemelerine nazaran daha etkisiz şekilde yapacağına veya sulh ceza hâkiminin, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı veren Cumhuriyet savcısıyla aynı mahalde görev yapması nedeniyle etkisi altında kalabileceğine yönelik iddiaların anayasal bir dayanağı bulunmamaktadır." Kanaatimizce burada sorun, sulh ceza hakimlerinin gerekli hakimlik teminatına sahip olup olmadığı ile ilgili olmayıp, hukuk devletinin gereği olan etkin bir başvuru imkanını sağlanıp sağlamadığına ilişkindir. Nitekim Anayasa Mahkemesi hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı öngörülen itiraz usulünün (CMK m. 231/12) etkin bir denetim yolu olmadığı gerekçesi ile iptal etmiştir, bkz. AYM, 20.07.2022, E. 2021/121, K. 2022/88, RG. 23092022/31962, konumuz ile bağlantısı açısından özellikle § 30. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yolu hakkında değerlendirme ve eleştiriler için ayrıca bkz. Muhammed Emre Tulay, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", ***Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2021, C. 25, S. 4, s. 510 vd.

52 Bkz. Öztürk, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 177.

tilmesine gerek görür ise bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer sulh ceza hâkimini görevlendirebilir; kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; itiraz edeni giderlere mahkûm eder ve dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı itiraz edene ve şüpheliye bildirir." şeklinde düzenlenmişti. 6217 sayılı Kanun ile başkan ibaresi mahkeme olarak değiştirilmiş, 6545 sayılı Kanun ile de ağır ceza mahkemesi yerine sulh ceza hakimliği getirilmiş, itirazı sulh ceza hakimi inceleyeceği için de "o yer sulh ceza hâkimini görevlendirebilir;" ibaresi madde metinden çıkarılmış ve soruşturmanın genişletilmesine gerek görülürse "o yer cumhuriyet başsavcılığından talepte bulunabilir" ibaresi getirilmiştir.

6545 sayılı Kanun ile 2014 yılında yapılan değişikliğinden önce soruşturmanın genişletilmesi halinde sulh ceza hakiminin görevlendirilmesi hususu eleştirilerek, soruşturmanın yine eksik soruşturma yapan savcı tarafından tamamlanması gerektiği ileri sürülmüştü[53]. Yargıtay CGK 04/11/2007 tarihli bir kararında; *"C. Savcısı tarafından ceza yargılamasının temel hedefi olan maddi gerçeğe ulaşma amacına yönelik olarak gerekli kanıtların toplanmadığı, hatta buna teşebbüs bile edilmediği çok açık olarak anlaşılmakta, başka bir anlatımla soruşturma evresinin tamamlanmadığı net bir biçimde tespit edilmekteyse, soruşturma evresi Cumhuriyet Savcısınca tamamlanmalıdır. Aksinin kabulü halinde, soruşturma safhasının asıl yetkilisi olan Cumhuriyet savcısı varken istisnai yetkili olan sulh ceza hakiminin soruşturmayı yapması sonucuna ulaşılır ki bu CYY'nin getirdiği sisteme ve yasanın amacına aykırıdır."* gerekçesiyle, soruşturma aşamasındaki delillerin toplanmasındaki önemli eksikliklerin Cumhuriyet savcısı tarafından giderilmesi gerektiğine karar vermişti[54]. 2014 değişikliği ile soruşturmanın genişletilmesi görevi sulh ceza hakiminden alınarak Cumhuriyet başsavcılığına verilmiştir. Kanaatimizce soruşturmadaki eksikliklerin de yine soruşturmayı eksik yapan savcılık tarafından tamamlamasına ilişkin bu düzenleme yerinde olmuştur. Ancak bu talebin aynı yerdeki sulh ceza hakimi tarafından yapılmasına ilişkin yukarıda belirtilen sakıncalar göz ardı edilmemelidir.

Yeni düzenleme uyarınca sulh ceza hakimi, soruşturma evresinde gerekli delillerin toplanmadığı ya da eksik araştırma yapıldığı sonucuna varırsa soruşturmanın genişletilmesi kararı vererek soruşturmanın tamamlanması için Cumhuriyet başsavcılığından talepte bulunacaktır. Cumhuriyet savcısı talep doğrul-

[53] Ünver-Hakeri, s. 537.

[54] Yargıtay CGK, 04.12.2007, E. 2007/2-247, K. 2007/257; Kitapçıoğlu, s.147.

tusunda gerekli işlemleri yaparak yeni bir karar oluşturmaksızın, yeniden değerlendirme için dosyayı itiraz merciine göndermeli ve sulh ceza hakimi yeni duruma göre itirazın kabulü veya reddine karar vermelidir[55]. Bu nedenle önce itirazın kabul edilip sonra soruşturmanın genişletilmesine karar verilmemelidir[56].

5. İtiraz Üzerine Verilebilecek Kararlar

CMK m. 173/4'e göre, "Sulh ceza hâkimliği istemi yerinde bulursa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir." Kanunun bu açık hükmüne rağmen doktrinde kararın soruşturmanın eksik yürütüldüğü gerekçesi ile verilmişse eksik soruşturma tamamladıktan sonra tekrar kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilebileceği ileri sürülmüştür[57]. Kanaatimizce, sulh ceza hakimi itirazı yerinde bulursa savcı kamu davası açılması için iddianame düzenlemek zorundadır[58].

Sulh ceza hakimi, kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulamazsa itirazı gerekçeli olarak reddederek, itiraz edeni giderlere mahkum edip ve dosyayı Cumhuriyet savcısına geri gönderecektir. Cumhuriyet savcısı da kararı, itiraz edene ve şüpheliye bildirecektir (CMK m. 173/3).

Kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı yapılan itirazın reddine ilişkin karar itiraz edene ve şüpheliye bildirilmesi kabul edilmişken, itirazın kabulüne ilişkin kararın bu kişilere bildirileceğine ilişkin bir düzenlemeye Kanunda yer verilmemiştir. Bu eksikliğin kanun koyucunun bilinçli bir tercihinden ziyade bir unutmadan kaynaklandığı düşünülebilir. Halbuki itiraz başvurusunun kabul edildiği ve bunun sonucunda kamu davasının açılacağını bilmekte hem şüphelinin hem de suçtan zarar görenin haklı menfaatleri bulunmaktadır. İlgilisi açısın-

---

55 Şık, s. 343; Yargıtay 2. CD, 20.09.2017, E. 2017/3396, K. 2017/8597: *"Cumhuriyet savcısının kararına itiraz üzerine Sulh Ceza Hakimliğince Cumhuriyet savcısı tarafından gerekli delillerin toplanmadığı veya araştırmanın olayın özelliğine göre yetersiz ve yüzeysel kaldığının açıkça anlaşıldığı durumlarda, soruşturmanın eksik yapıldığından bahisle, genişletilmesine gerek görürse bu hususu açıkça belirtmek suretiyle CMK'nın 173/3. maddesi uyarınca soruşturmanın genişletilmesi kararı vererek, o yer Cumhuriyet başsavcılığından talepte bulunabilir, Cumhuriyet başsavcılığı belirtilen eksikleri tamamlayıp delilleri topladıktan sonra itirazı incelemek üzere dosyayı yeniden Sulh Ceza Hakimliğine gönderecektir. Sulh Ceza Hakimi bu kez dosyayı inceleyip itirazı kabul veya reddedecektir."*

56 Ünver-Hakeri, s. 537.

57 Ercan, s. 308. Önceki düzenleme zamanında verilmiş Yargıtay kararı da aynı yöndedir: bkz. Yargıtay CGK, 04.12.2007, E. 2007/2-247, K. 2007/257.

58 Centel-Zafer, s. 608; Yenisey/Nuhoğlu, s. 726.

dan herhangi bir hak veya yükümlülük doğuran savcılık işlem ve kararlarının ilgilisine bildirilmesi hukuk devleti ve hukuki dinlenilme hakkının gereğidir[59]. Bu işlemlerin sonuçlarını savcılığa başvurarak öğrenmelerini beklemek yerine ilgili kişilere itirazın reddinde olduğu gibi kabulü halinde de kararın şüpheli ve suçtan zarar görene bildirilmesine ilişkin bir düzenleme yerinde olacaktır[60].

6. İtiraz Sonucunda Verilen Karara Karşı Başvurulabilecek Yollar

Sulh ceza hakimliğinin itirazın ret veya kabulüne ilişkin kararlarına karşı kanun koyucu herhangi bir başvuru yolu öngörmemiştir. Bu nedenle itiraz hakkında sulh ceza hakimliğinin kararı kesindir[61]. Öğretide bazı yazarlar, itiraz sonucu verilen kararın kesin olduğunun kabulü ile itirazın reddi kararına karşı olağanüstü kanun yolu olan *"kanun yararına bozma"* yoluna gidilebileceğini belirtmektedir[62]. Yargıtay'da bu karara karşı CMK m. 309 uyarınca kanun yararına bozma yoluna gidilebileceğini kabul etmektedir[63]. Kanaatimizce de sulh ceza hakiminin itirazın reddine ilişkin kararı istinaf veya temyiz incelemesine tabi olmayıp kesin olduğu için bu karşı CMK m. 309 uyarınca kanun yararına bozma yoluna gidilebilir.

Öğretideki bazı yazarlar ise kovuşturma davasının tali bir ceza davası ve karar vermeye yetkili makamın sulh ceza hakimliği olduğunun ve söz konu kararın soruşturma evresine ilişkin bir hakim kararı olduğunun kabulü ile CMK m. 267 vd. uyarınca olağan kanun yolu olan itiraz kanun yoluna gidilebileceğini görü-

---

59 Turhan, Mahkeme Kararlarının Bildirilmesi, s. 911.

60 CMK m. 172/1'deki kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararın "suçtan zarar gören ile önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye bildirilir" hükmünden hareketle, şüphelinin ifadesi alınmamış veya sorguya çekilmemiş olan şüphelinin kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiğinden ve bu karara karşı itiraz yoluna başvurulduğundan haberi bile olmayabilir. Kanaatimizce hem kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği, hem bu karara itiraz edildiği ve hem de itiraz üzerine sulh ceza hakiminin verdiği kararın suçtan zarar gören yanında şüpheliye de usulüne uygun olarak bildirilmesi hukuk devletinin gereğidir.

61 Ünver-Hakeri, s. 538; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 489; Şık, s. 343.

62 Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 489; Meraklı**,** s. 188; Özen, s. 774-775.

63 Bkz; Yargıtay 4. CD, 04.10.2006 tarih, 2006/4697 Esas ve 2006/14814 Karar sayılı kararında; *"... kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin karara karşı yapılan itirazın reddine dair ... verilip kesinleşen karar aleyhine Adalet Bakanlığının ... kanun yararına bozma isteğini içeren Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesiyle dava dosyası incelendi ve gereği düşünüldü..."* (Meraklı, s. 188); Güncel karar için bkz; Yargıtay 15. CD, 23.10.2017, E. 2017/27706, K.2017/20937; Yargıtay 15. CD, 30.10.2017, E. 2017/28945, K. 2017/21677; Yargıtay 4. CD, 03.11.2017, E. 2017/18831, K.2017/24042; Yargıtay 11. CD, 13.11.2017, E. 2017/14839, K. 2017/7718 *(https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/)*

şündedir[64]. Sulh ceza hakiminin kararı zaten itiraz üzerine verilen bir karar olduğu için kanaatimizce bu karara karşı yeniden itiraz yoluna başvuru mümkün değildir.

Cumhuriyet savcısının verdiği kovuşturmaya yer olmadığı kararının itiraz edilmeksizin kesinleşmesi halinde ise ortada hakim veya mahkeme tarafından verilmiş bir karar olmadığı için bu karara karşı m. 309 uyarınca kanun yararına bozma yoluna gidilemeyecektir.

7. İtirazın Reddedilmesi Halinde Aynı Fiilden Dolayı Kamu Davası Açılabilmesinin Şartları

Sulh ceza hakimliğince itirazın reddedilmesi halinde, aynı fiilden dolayı kamu davası açılabilmesi için kanun koyucu bazı şartlar belirlemiştir. 1412 sayılı CMUK döneminde takipsizlik kararına itiraz edilip, itiraz ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından reddedilmesi halinde kamu davası açılabilmesi, yeni delil ve vakıaların ortaya çıkmasına bağlıydı (m. 167/2).

Bu hüküm 5271 sayılı CMK'nın 173/6. maddesinin ilk halinde *"itirazın reddedilmesi halinde; Cumhuriyet savcısının, yeni delil varlığı nedeniyle kamu davasının açılabilmesi, önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan ağır ceza mahkemesi başkanının bu hususta karar vermesine bağlıdır."* şeklinde düzenlenmişti. Ancak 31.03.2011 tarih ve 6217 sayılı Kanunun 22. maddesiyle itiraz merci *ağır ceza mahkemesi* olarak belirlenmiş ve 6217 sayılı Kanun ile CMK'nın 173/6. maddesinde ağır ceza mahkemesi başkanı ibaresi *ağır ceza mahkemesi* olarak değiştirilerek, karar verme mercii ağır ceza mahkemesi olarak belirlenmişti. 18.06.2014 tarihinde 6545 sayılı Kanun ile itiraz merciinin *"kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliği"* olarak belirlenmesi üzerine yine aynı kanun ile CMK'nın 173/6. maddesi değişikliğe gidilerek maddede yer alan ağır ceza mahkemesi ibaresi sulh ceza hakimliği olarak değiştirilmiştir.

Son olarak CMK'nın 173/6. maddesi 02.01.2017 tarih ve 680 sayılı KHK[65] ile değişikliğe uğramış ve bu değişiklik 01.02.2018 tarihli 7072 sayılı Kanunun[66] 10.

---

[64] Fahri Gökçen Taner, "Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Dar, Sarp ve Kısmen Açık Bir Yol", ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi*** 2018, S. 135, s. 189; Centel-Zafer, s. 609; Evik, s. 31.

[65] Resmi Gazete, 06.01.2017/29940.

[66] Resmi Gazete, 08.03.2018/30354.

maddesiyle aynen kabul edilmiştir. Yeni düzenlemeye göre, itirazın reddedilmesi halinde aynı fiilden dolayı kamu davası açılabilmesi CMK m. 172/2'deki koşulun gerçekleşmesine bağlanmıştır. CMK m. 172/2 hükmü ise son değişiklikler ile *"Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ve bu hususta sulh ceza hâkimliğince bir karar verilmedikçe, aynı fiilden dolayı kamu davası açılamaz."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile hem süresinde itiraz edilmeden kesinleşen kovuşturmaya yer olmadığı kararı hem de itiraz edilip, sulh ceza hakimliğince reddedilen itiraz üzerine kesinleşen kovuşturmaya yer olmadığı kararı aynı şekilde ele alınarak CMK m. 172/2 hükmünün uygulanması kabul edilmiştir[67].

Son düzenlemelere göre kovuşturmaya yer olmadığı kararına itirazın reddedilmesi halinde aynı fiil nedeniyle kamu davası açılabilmesi için kanun koyucu üç şart aramaktadır. Bunlar; somut olayda fiilin aynı olması, yeterli şüphe oluşturacak yeni bir delilin elde edilmesi ve sulh ceza hakimliğince bir karar verilmesidir[68].

Burada konumuz itibariyle öncelikle yeni delil kavramının açıklanması gerekmektedir. Öğretide bir görüşe göre yeni delil, kovuşturmaya yer olmadığı kararından sonra elde edilen, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği esnada dosyada bulunmayan ya da dosyada olup da Cumhuriyet savcısı tarafından gözden kaçırılan, hiçbir şekilde değerlendirilmemiş olan delildir[69]. Bir diğer görüşe göre yeni delil, daha önce var olan ancak soruşturma makamlarının bilmediği veya bilmekle birlikte ulaşamadığı delildir[70]. Bir başka görüş göre ise yeni delil kovuşturmaya yer olmadığı kararından sonra elde edilebilen delildir[71]. Yargıtay güncel kararlarında, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği sırada dosyada bulunduğu halde hiçbir şekilde değerlendirilmeyen delili de yeni delil

---

67 Yenisey-Nuhoğlu, s. 726.

68 Ayrıntılı anlatım için bkz; Kantarcı, s. 178 vd.

69 Öztürk vd., s. 414; Kantarcı, s. 183; Ünver-Hakeri, s. 534; Çiftçioğlu, s. 75.

70 Özen, s. 773.

71 Kaşka, s. 231; Şahin-Göktürk, s. 143; yazarlara göre yeni delil, "sonradan elde edilen, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği sırada mevcut olmayan veya mevcut olmakla birlikte varlığı iddia makamı tarafından bilinmediği için elde edilememiş olan delildir." Yine yazarlara göre, dosyada mevcut bulunan o delil Cumhuriyet savcısı tarafından fark edildiği halde dikkate alınmamışsa bu durumda yeni delilden söz edilemez. Dosyada mevcut olduğu halde Cumhuriyet savcısı tarafından fark edilmediği için değerlendirilmeyen bir delili yeni delil saymak ise, özensiz iddianame düzenlenmesini teşvik eder (s. 143, dipnot 152).

olarak kabul etmektedir[72]. Kanaatimizce de yeni delil, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiğinde değerlendirilmemiş olan delildir. Bu delil dosyada bulunmakla birlikte değerlendirilmemiş veya sonradan ortaya çıkmış veya elde edilmiş olabilir.[73]

Kanun koyucu yeni delilin kamu davası açmak için "yeterli şüphe oluşturacak" nitelikte olmasını aramıştır. Bu ifade yerindedir. Çünkü m. 172/1'de kamu davası açılabilmesi için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilmesi gerekmektedir.

Yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilse dahi Cumhuriyet savcısı kendiliğinden kamu davası açamayacaktır. CMK m. 173/6 uyarınca aynı fiil nedeniyle kamu davasının açılabilmesi için savcının sulh ceza hakimliğinden kovuşturmaya yer olmadığı kararının kaldırılması talep etmesi ve bu talebin de kabul edilmiş olması gerekmektedir. Bu hüküm şüpheliye önemli bir yargısal güvence sağlamaktadır[74].

Aşağıda açıklanacak olan etkin soruşturma yapılmadığı gerekçesi ile AİHM veya AYM tarafından ihlal kararı verilmesi üzerine bu kararların gereğinin yerine getirilmesi amacıyla Cumhuriyet savcısının yeniden soruşturma başlatabilmesi için sulh ceza hakiminden bu hususta bir karar alınmasına gerek bulunmamaktadır. Çünkü bu hallerde bireysel başvurunun konusu savcının kovuşturmaya yer olmadığı kararı değil, bu karara itiraz üzerine sulh ceza hakimi tarafından m. 173/3'e göre verilen itirazın reddi kararıdır. Bireysel başvuru üzerine verilen ihlal kararı da sulh ceza hakiminin bu kararının kaldırılması niteliğindedir[75].

C. Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar Verildikten Sonra Aynı Fiil Nedeniyle Kamu Davasının Açılması

1. Yeterli Şüphe Oluşturacak Yeni Delil Elde Edilmesi ve Sulh Ceza Hakiminin Kararı

5271 sayılı CMK'nın ilk halinde 172/2. madde *"kovuşturmaya ye olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden*

---

[72] Yargıtay CGK, 19.01.2016, E. 2015/911, K. 2016/1; Yargıtay 11. CD, 14.06.2010, E. 2009/1689, K. 2010/7000 (Şahin-Göktürk, s. 143).

[73] Aynı yönde Sesim Soyer-Güleç, "Ceza Muhakemesinde Soruşturmanın Etkinliği İlkesi ve Takipsizlik Kararları Üzerindeki Etkisi", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2013, C. 15, Özel S., s.1393-1464, s. 1453.

[74] Öztürk vd., s. 402.

[75] Şahin-Göktürk, s. 143 - 144, dipnot 153.

dolayı kamu davası açılamaz." şeklinde düzenlenmişti. Düzenlemenin bu halinde sadece yeni delil şartı aranmaktaydı. Cumhuriyet savcısı kesinleşen kovuşturmaya yer olmadığı kararından sonra yeni delil ortaya çıktığı kanaatine varırsa doğrudan soruşturma işlemlerine başlayıp kamu davası açabiliyordu. Yeni delil elde edilmeden açılan kamu davalarında mahkemelerin iddianameyi iade edip edemeyeceği konusu da doktrinde tartışmalıydı[76]. Yargıtay bu dönemde yeni delil şartını muhakeme şartı olarak değerlendirerek mahkemenin muhakeme şartı yokluğundan düşme kararı vermesi gerektiğini içtihat etmişti[77].

CMK m. 172/2 hükmü 02.01.2017 tarih ve 680 sayılı KHK[78] ile değişikliğe uğramış, 01.02.2018 tarih ve 7072 sayılı Kanunun[79] 9. maddesiyle de aynen kabul edilmiştir. Son düzenleme ile kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilip itiraz edilmeksizin kesinleşmesi halinde aynı fiil nedeniyle kamu davasının açılabilmesi için yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmesi ve bu hususta ayrıca sulh ceza hâkimliğinin de karar vermesi şartı getirilmiştir.

Diğer taraftan 680 sayılı KHK öncesinde CMK'nın 172/2. maddesi *"yeni delil meydana çıkmadıkça"* olarak ifade edilmişken, değişlik sonrasında *"yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe"* olarak ifade edilmiştir. Değişiklik ile kovuşturmaya yer olmadığı kararından sonra ortaya çıkan her yeni delil sebebiyle değil, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delilin varlığı halinde kamu davasının açılabileceği vurgulanmıştır. Bu durum şüpheli açısından değerlendirildiğinde daha güvencelidir[80].

Yapılan değişiklik ile Cumhuriyet savcısı yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde etse bile tek başına bunu değerlendirip karar veremeyecektir. Yeni delil kavramından ne anlaşılması gerektiği yukarıda açıklandığı için üzerinde tekrar durulmayacaktır.

Elde edilen yeni delillerin kamu davası açılması için yeterli şüpheyi oluşturacak nitelikte olup olmadığına öncelikle Cumhuriyet savcısı karar verecektir. Ancak kamu davasının açılabilmesi için aynı yönde sulh ceza hakiminin de kara-

---

76 Ayrıntılı açıklama için bkz. Kantarcı, s. 175.

77 Yargıtay 14. CD, 07/06/2016, E. 2016/4020, K. 2016/5621 (Kantarcı, s. 175).

78 Resmi Gazete, 06.01.2017/29940.

79 Resmi Gazete, 08.03.2018/30354.

80 Kantarcı, s. 183; Özen, s. 771; Kaşka, s. 233-234.

rına ihtiyacı vardır. Değişiklikle getirilen sulh ceza hakimliğinin kararı da şüpheli açısından güvence oluşturmaktadır[81].

CMK m. 172/2'de, kovuşturmaya yer olmadığı kararından sonra kamu davası açılabilmesi için yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmesi ve sulh ceza hakimliğinden karar alınması şartından bahsedilmesi, madde metninde yasaklanmış olanın kamu davasının açılması olduğu, savcının yeni delil elde etmek için hakim kararı olmadan yeniden soruşturma başlatarak yeni delil araştırması yapabileceği gibi bir anlama sahiptir[82]. Kanaatimizce, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verdikten sonra artık soruşturma işlemlerine devam edememelidir[83]. Zira kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile şüpheli sıfatı düşer ve soruşturma sona erer. Karar verildikten sonra soruşturma işlemlerine devam edilebilecek olması düşüncesi, kişilerin sürekli olarak soruşturma tehdidi altında bulunmalarına neden olacaktır[84]. Gereksiz yere şüpheli sıfatının verilmesini önlemek amacıyla mevzuatımıza yeni giren soruşturmaya yer olmadığı kararı düşünüldüğünde kanun koyucunun da bunu istemediği açıktır[85]. Hakim kararı olmadan savcının yeniden soruşturma başlatabileceğinin kabulü, yeni getirilen sulh ceza hakimi kararı güvencesini anlamsız hale getirecektir.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararının kesinleşmesinden sonra kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilir ve bu hususta sulh ceza hakimliği tarafından karar verilirse CMK m. 172/2 ve m. 173/6 uyarınca soruşturma başlatılıp kamu davası açılabilecektir. M.172/2 ve 173/6'te kamu davasının açılmasından söz edilmekte ise de burada kastedilen m. 173/4'teki gibi iddianame düzenlenerek mahkemeye verilmesidir. Madde metninde bu şekilde bir düzenleme yerinde olurdu.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararı kesinleştikten sonra yeterli şüphe oluşturacak yeni delilin bulunduğu görüşünde olan Cumhuriyet savcısı aynı fiilden

---

81 Kaşka, s. 234; Ahmet Gökcen vd., ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 5. Bası, Adalet Yayınları, Ankara 2021, s. 566; Özen, s. 771

82 Madde metnindeki "aynı fiilden dolayı kamu davası açılamaz" ifadesinin isabetli olmadığı, bu ifadenin "iddianame düzenleyerek mahkemeye sunmak" şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde görüş için bkz. Ünver/Hakeri, s. 534.

83 Öztürk vd. Ceza Muhakemesi, s. 414; Kantarcı, s. 186; Şahin-Göktürk, 13. Bası, s. 144; Özen, s. 766.

84 Kantarcı, s. 186; Şahin-Göktürk, s. 142.

85 Soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; Veysel Candan Canoğlu, "Cumhuriyet Savcısının Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı", ***İzmir Barosu Dergisi,*** Eylül 2017, S. 3, s. 93 vd.

dolayı soruşturmayı yeniden başlatabilmek için sulh ceza hakimine başvurup izin alması gerekecektir. Sulh ceza hakimi tarafından verilecek izin Cumhuriyet savcısının aynı dosya ile ilgili olarak soruşturma başlatabileceğine ilişkin olup, soruşturma sonunda iddianame hazırlanması zorunluluğu yoktur[86]. Koşulların gerçekleşmediği gerekçesi ile yeniden yaptığı soruşturma sonunda savcı yeniden kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir.

2. Kovuşturma Olanağının Bulunmadığı Gerekçesi ile Verilen Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı Açısından Konunun Değerlendirilmesi

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken bir diğer konu, "kovuşturma olanağının bulunmadığı" gerekçesi ile kovuşturmaya yer olmadığı kararı (m. 172/1) verildikten sonra kamu davasının açılması için sulh ceza hakiminden karar alınması gerekip gerekmediğidir. M. 172/1'e göre kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilebilecek durumlar, yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememiş olması ve kovuşturma olanağının bulunmamasıdır. Kovuşturma olanağının bulunmamasından maksat, şüphelinin ölümü, suçun zamanaşımına uğramış olması, şikayete tabi suçlarda süresi içinde şikayetin yapılmamış olması, izne tabi suçlarda gerekli izinin verilmemiş olması, uzlaştırmaya tabi suçlarda uzlaştırma usulünün uygulanmamış olması gibi dava açılabilmesi için gereken muhakeme şartlarının gerçekleşmemiş olmasıdır[87]. Yine yapılan soruşturma sonunda fiilin suç oluşturmadığını tespit etmesi halinde savcının vereceği kovuşturmaya yer olmadığı kararı da kovuşturma olanağının bulunmaması olarak ifade edilebilir.

Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse, Cumhuriyet savcısının suçun soruşturmasının şikayete bağlı olduğu, şikayetin de yapılmadığı gerekçesi ile kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi, bu karara itiraz edilmeden ya da itiraz edilip de itiraz reddedilerek kesinleşmesinden sonra yaptığı yeni değerlendirmede (örneğin, müfettiş tarafından yapılan uyarı üzerine) suçun şikayete bağlı olmadığını tespit etmesi halinde iddianame düzenleyebilmek için sulh ceza hakiminden karar alması gerekecek midir? CMK m. 172/2'de kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilip kesinleştikten sonra kamu davası açılabilmesi için yeni delil elde edilmesi ve sulh ceza hakiminden bu hususta bir karar verilmesi şartı aranmakta, kovuşturma olanağının gerçekleşmesine ilişkin bir düzenleme bu-

[86] Aksi yönde görüş için bkz. Özen, s. 772.

[87] Bkz. Şahin-Göktürk, s. 141; Özen, s. 765-766; Özbek-Doğan-Bacaksız, s. 485; Yenisey-Nuhoğlu, s. 721; Hakan A. Yavuz, s. 137, 208 vd.

lunmamaktadır. Verdiğimiz örnekte Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığı kararından sonra yaptığı yeni değerlendirmede önceki hukuki değerlendirmesinin yanlış olduğunu tespit etmesi söz konusu olup, bu tespitinin yeni delil elde edilmesi olmadığı açıktır. Başka bir örnek olarak ise, delilleri inceleyen Cumhuriyet savcının fiilin suç teşkil etmediğinden bahisle kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiş ancak daha sonra yeniden yaptığı inceleme ve Yargıtay kararlarını dikkate alarak yaptığı değerlendirmede fiilin suç teşkil ettiği, önceki kararında yanıldığı sonucuna ulaşmış olabilir.

Madde 172/2'nin lafzi anlamından hareket edilirse sulh ceza hakimi kararı sadece yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilemediği gerekçesi ile verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararının kaldırılması için gereklidir. Kovuşturma olanağının bulunmadığı gerekçesi ile verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararının daha sonra kovuşturma olanağının bulunduğunun tespit edilerek iddianame hazırlanabilmesi için ise sulh ceza hakiminin kararına gerek olmayıp Cumhuriyet savcısı yeniden soruşturma başlatıp iddianame düzenleyebilir[88].

Bu görüşün aksine yorumda ise kovuşturmaya yer olmadığı kararının kesinleşmesi halinde savcının kendiliğinden bu kararı kaldırması mümkün değildir; kovuşturma olanağının bulunmadığı gerekçesi ile verilen karardan sonra kovuşturma olanağının bulunduğunun tespiti de yeni delil elde edilmesi kabul edilmeli ve sulh ceza hakiminden karar alınmalıdır.

Kanaatimizce ilk yorum şekli kanun lafzına daha uygun olmakla birlikte kanun koyucunun şüpheliyi sürekli yeniden soruşturma tehdidi altında tutmak istememesi anlayışı ile bağdaşmayacaktır. Çünkü kanun koyucunun yeni düzenlemede sulh ceza hakiminin kararını aramasının nedeni kişiler hakkında tekrar tekrar soruşturma başlatılarak güvencesiz bir durum oluşturulmasını önlemektir[89]. Nitekim Yargıtay CGK (CGK) 23.06.2015 tarihli kararında yerinde olarak, "Daha

---

[88] Kantarcıya göre (s. 188), CMK m. 172/2 hükmü muhakeme şartının gerçekleşmediğinden bahisle verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararının kaldırılmasında uygulanamaz. Bu hususta kanun boşluğu vardır. Ancak bu sorun uygulamada Cumhuriyet savcıları tarafından çözülebilecek bir sorundur.

[89] Bu husus madde gerekçesinde, "Kişilerin hukuk güvenliği içinde yaşama hakkı, Anayasa ve ülkemizin taraf olduğu uluslararası insan hakları belgeleriyle de teminat altına alınmıştır. Hakkında soruşturma yapılarak kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilen kişilerin, kuvvetli bir hukuki dayanağı olmayan çeşitli gerekçelerle defalarca aynı olay nedeniyle adli soruşturma yapılma tehdidi altında tutulması, savcılığın temel görevi olan kamu düzenini korumak yerine, aksi bir tesirle kamu düzenini bozucu etki gösterebilecektir." denilerek açıklanmıştır.

önce soruşturma veya kovuşturmaya tabi tutulmuş olan bireyin, aynı fiilden dolayı tekrar soruşturmaya veya kovuşturmaya tabi tutulması ve hatta buna tabi tutulabileceği endişesi taşıması adil yargılanma hakkı ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu ilkenin temelinde insan onurunun korunması yatmaktadır. Kişinin daha önce soruşturma ve kovuşturmaya tabi olduğu fiilden dolayı, önceden kanunla belirlenmiş istisnai şartlar gerçekleşmeden tekrar şüpheli veya sanık statüsüne sokulması, insan olmasından kaynaklanan varlığını yani onurunu zedeleyici niteliktedir."[90] CMK m. 172/2'de sadece yeni delil elde edilmesinden bahsedilip kovuşturma olanağının varlığının tespitine yer verilmemiş olmasının, kanun koyucunun bilinçli bir tercihinden ziyade unutmadan kaynaklandığını düşünüyoruz. Belirsizliği ortadan kaldırmak için madde metnine "kovuşturma olanağının bulunduğu tespit edilmedikçe" ibaresinin eklenmesi yerinde olacaktır.

III. ANAYASA MAHKEMESİ DENETİMİ

Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS kapsamındaki herhangi birinin soruşturma evresinde kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla suçtan zarar gören AYM'ye bireysel başvuru yapabilir (AY m. 148/3). Ancak bireysel başvuru için kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edilmiş ve bu itiraz sulh ceza hakimliğince reddedilerek kesinleşmiş olması gerekir. Suçtan zarar gören başvurusunda, kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile Anayasanın 2 ve 36. maddelerinde güvence altına alınan hak arama hürriyeti ve bu kapsamda değerlendirilen AİHS'nin 13. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiasına dayanabilecektir[91]. Diğer taraftan yaşam hakkına yönelik saldırılarda sorumluların tespitine ve cezalandırılmasına imkan verebilecek şekilde etkili ve yeterli bir soruşturma yürütülmeden kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi AY m. 17'de güvence altına alınmış yaşam hakkının ihlali sonucunu doğurabilir[92].

Bireysel başvuru bir kanun yolu değil, ikincil bir hak arama yoludur[93]. Bu başvuru için ön şartlar, olağan kanun yollarının tüketilmesi yani itiraz yoluna başvurulmuş olması ve kesinleşen kararın ilgiliye tebliğinden itibaren 30 gün

---

90 Esas Numarası: 2013/700, Karar Numarası: 2015/241

91 Evik, s. 31; Ersan Şen, Takipsizlik Kararlarına Karşı Anayasa Mahkemesi'ne Gidilebilir, http://www.sen.av.tr/tr/makale/takipsizlik-kararlarina-karsi-anayasa-mahkemesi-ne-gidilebilir

92 Bkz. AYM, Hrant Dink, B. No. 2012/848, Karar Tarihi: 17.97.2014, § 106 vd.

93 Taner, s. 187.

içinde başvurunun yapılmasıdır[94]. Dikkat edilmelidir ki suçtan zarar görenin başvurma hakkı bulunmadığı ve yetkililerin de bu yola başvurması ihtiyari ve olağanüstü bir yol olduğu için kanun yararına bozma (CMK m. 309) yoluna başvuru AYM'ye bireysel başvuru süresinin işlemesini etkilemez[95].

AİHM'nin etkili soruşturma yapılmadığı yönünde ihlal kararı vermesi halinde nasıl bir yol izleneceği 2013 yılında 6459 sayılı Kanun ile CMK'nın 172. maddesinin üçüncü fıkrasına[96] eklenen düzenleme ile gösterilmiştir. Bireysel başvuru sonucunda AYM ihlal kararı vermesi halinde nasıl bir yol izleneceği ise CMK'da düzenlenmemiştir. Ceza muhakemesinde kıyasın mümkün olduğu düşünüldüğünde, etkin soruşturma yapılmadan kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi ve bu hususun AYM tarafından tespiti halinde AİHM için yapılan düzenlemenin Anayasa Mahkemesi için de geçerli olduğunu kabul etmek gerekir[97]. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 50. maddesinde *"Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez."* düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenleme uyarınca AYM etkili soruşturma yapılmadığından bahisle ihlal kararı verdiğinde, gereği yapılmak üzere dosyanın ilgili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesine karar verebilmektedir. Bu durumda ilgili Cumhuriyet başsavcılığı AYM'nin kararını yerine getirmek için yeniden soruşturma yapmak zorundadır. Ancak burada kararın yerine getirilmesinden anlaşılması gereken mutlaka kamu davasının açılması değildir[98]. AYM'nin belirtiği üzere, "İhlal kararının uygulanması bağlamında yapılması gereken iş, önceki kovuşturmasızlık kararının kaldırılarak ihlal kararında tespit edilen eksiklikleri giderecek şekilde yeni bir soruşturma yapılmasından ibarettir. Ancak bundan, yeniden yapılacak soruşturma sonunda mutlaka kamu davası açılması gerektiği anlamı çıkarılmamalıdır. Yürütülecek yeni soruşturma kapsamında toplanacak delilleri değerlendirme yetkisi şüphesiz

---

94 Evik, s. 31-32; Şen, Takipsizlik Kararlarına Karşı Anayasa Mahkemesi'ne Gidilebilir.

95 Taner, s. 191.

96 CMK m. 172/3; "Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi veya bu karar aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılır."

97 Öztürk vd. Ceza Muhakemesi, s. 413-414.

98 Taner, s. 222-224.

ilgili Cumhuriyet başsavcılığına aittir."[99] Sonuç olarak, ihlal kararı kendisine ulaşan Cumhuriyet başsavcılığı, tespit edilen eksikleri tamamladıktan sonra kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde eder ve iddianame düzenlenmesi için gereken diğer şartlar da bulunursa iddianame düzenleyecek, aksi takdirde yeniden kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilecektir.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararları nedeniyle yapılan bireysel başvurularla ilgili AYM'nin verdiği birçok ihlal kararı[100], bireysel başvurunun kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının denetlenmesinde etkin bir yol olduğunu göstermektedir.

IV. AİHM DENETİMİ

Kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı AYM'ye yapılan bireysel başvurudan da sonuç alınamaması halinde AİHS'de güvence altına alınan hakların ihlal edildiği iddiasıyla diğer bir denetim yolu olan AİHM'ye başvurulabilir. 6459 sayılı Kanun'la 11.04.2013 tarihinde CMK'nın 172. maddesine eklenen yeni üçüncü fıkraya göre *"Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi veya bu karar aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvuru hakkında dostane çözüm ya da tek taraflı deklarasyon sonucunda düşme kararı verilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılır."*

Bu maddenin gerekçesinde *"AİHM, yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin başvurularda, bu hakların hem esas hem de usul bakımından ihlal edildiğine karar verebilmektedir. AİHS'in 2'nci ve 3'üncü maddeleriyle ilgili birçok kararında, bu hakları ihlal eden bir saldırı olduğunda, Devletin etkili ve yeterli bir soruşturma yapmak zorunda olduğu vurgulanmaktadır. Yapılan değişiklikle, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararların etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin AİHM'in kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması durumunda, üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılacağı öngörülmektedir."* tespitine yer verilmiştir[101].

---

[99] AYM, Nezir Depren, B. No. 2015/6547, Karar Tarihi: 09.10.20219, § 87.

[100] Örnek olarak şu AYM kararları zikredilebilir: Nezir Depren, B. No. 2015/6547, Karar Tarihi: 09.10.20219; İrfan Yücesoy, B. No. 2013/7625, Karar Tarihi: 09.03.2016; İpek Deniz ve diğerleri, B. No. 3013/1595; Karar Tarihi: 21.04.2016; Hrant Dink, B. No. 2012/848, Karar Tarihi: 17.97.2014

[101] ***İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu***, Sıra sayısı: 445,
https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss445.pdf

Söz konusu yeni düzenlemeye göre AİHM önüne gelen başvuruda kovuşturmaya yer olmadığı kararının etkin soruşturma yapılmadan[102] verildiği tespiti ile hak ihlali kararı verirse, kararın kesinleşme tarihinden itibaren üç ay[103] içerisinde talep halinde aynı konuya ilişkin Cumhuriyet başsavcılığınca tekrar soruşturma açılacaktır. Yeniden açılan soruşturmada AİHM'nin dikkat çektiği hususlar göz önünde bulundurularak etkin bir soruşturma yapılmalıdır.[104] Cumhuriyet savcısı AİHM'nin ihlal tespit ettiği hususlarda yeniden soruşturma yaptıktan sonra mevcut delil durumuna göre karar vermekte özgürdür. Başka bir ifadeyle, bu durum sadece soruşturmanın yeniden başlatılmasını gerektirmekle birlikte soruşturma sonunda Cumhuriyet savcısının kamu davası açmak zorunda olduğu anlamına gelmemektedir[105]. Bu nedenle yeniden başlatılan soruşturma sonunda tekrardan kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilebilecektir.

Cumhuriyet savcıları tarafından yeterli ve etkin soruşturma yapılmadan kovuşturmaya yer olmadığı kararları verilmesi nedeniyle AİHS'de yer alan yaşam hakkı, işkence yasağı gibi hakların ihlal edildiği gerekçesi ile AİHM tarafından verilen Türkiye aleyhine verilen ihlal kararlarının[106] yeniden soruşturma yapılarak gereğinin yerine getirilmesi için getirilen bu düzenlemenin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Ancak düzenleme bazı yönlerden belirsizlikler içermektedir. Öncelikle bu yola başvurulduğunda dava zamanaşımının durması veya kesilmesine ilişkin bir belirleme yoktur. AİHM'ye bireysel başvuru yoluna başvuru şartları ve kararın kesinleşme süresinin uzunluğu göz önüne alındığında AİHM kararının kesinleşmesine kadar zamanaşımı süresi dolarak mağduriyete neden olabilecektir. Geçen süre içinde dava zamanaşımı dolmuşsa AİHM'nin ihlal kararı üzerine nasıl bir işlem yapılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bir diğer husus ise kanun koyucu talep halinde yeniden soruşturma açabileceğini düzenlemiş ancak kimlerin talepte bulunabileceği konusunda bir düzenleme

---

[102] AİHM kararlarına göre etkin soruşturma kavramı ve koşulları konusunda bkz. Soyer-Güleç, s. 394 vd.; ayrıca bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 490; Evik, s. 32.

[103] Benzer bir düzenleme olan CMK m. 311/1-f'de yargılamanın yenilenmesine ilişkin başvuruda aranan bir yıllık süreye göre üç aylık sürenin kısa olduğu konusundaki görüş için bkz: Özbek/Doğan/Bacaksız, s, 490.

[104] "AİHM'e göre, etkili ve eksiksiz bir soruşturmadan söz edilebilmesi için, soruşturmanın suça karışanlardan bağımsız ve resmî bir organ tarafından, başvuranların katılımı sağlanarak yürütülmesi, eksiksiz, titiz ve ivedi bir şekilde yapılması, kamu denetimine açık olması13, ihlâlden sorumlu olanların belirlenmesi ve cezalandırılması konularında sonuca götürebilecek nitelikte olması gereklidir.": Soyer-Güleç, s. 1398-1399.

[105] Yurtcan, CMK Şerhi, s. 582; Evik, s. 33; Şahin-Göktürk, 13. Bası, s. 142.

[106] Bu konuda detaylı bilgi ve inceleme için bkz. Soyer-Güleç, s. 1400 vd.

yoluna gitmemiştir. Öğretide talepte bulunabilecekleri, AİHM'ye başvurmuş kişilerle sınırlayan; hatta CMK'nın 260-263 hükümlerinin kıyasen uygulanabileceğini belirten görüşler vardır[107]. Kanaatimizce bu belirsizliklerin önüne geçmek amacıyla AİHM'ye başvurulduğunda zamanaşımının kesileceği veya duracağı ve suçtan zarar görenin tekrar soruşturma açılmasını talep edebileceği yönünde yeni düzenlemelerin yapılması yerinde olacaktır.

SONUÇ

Suç haberini alan Cumhuriyet savcısı adil bir yargılamanın yapılabilmesi ve maddi gerçeğin araştırılması amacıyla bizzat veya adli kolluk marifetiyle kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamakla yükümlüdür. Soruşturma sonunda suçun işlendiğine dair yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilirse Cumhuriyet savcısı bir iddianame düzenleyerek yetkili mahkemeye gönderecektir. Ancak kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması durumunda savcı kovuşturmaya yer olmadığına karar verecektir.

Cumhuriyet savcısının soruşturma evresinde verdiği kovuşturmaya yer olmadığı kararı adli ve idari olarak denetlenmektedir. Bu kararlar idari olarak ilgili başsavcı veya görevlendirdiği başsavcı vekili tarafından denetlenir. İdari denetim adli denetimden önce gelir ve adli denetimdeki gibi koşul öngörülmemiştir. 7328 sayılı Kanunun 2. maddesi ile 5235 sayılı Kanunun 18. maddesinin 4. fıkrasına yeni bir madde eklenmiştir. Bu düzenlemeden önce başsavcıların, savcıların verdiği kararları denetleyip denetleyemeyeceği hususu tartışmalıydı. Bu yeni düzenleme ilgili başsavcıları, savcıların verdiği kararlar arasında oluşabilecek farklılıkların giderilmesi ile bu kararların kanuna uygunluğunun denetlenmesi hususlarında görevli ve yetkili kılmıştır. Bu yeni düzenlemenin yerinde olduğunu düşünüyoruz. Çünkü uygulamada benzer olaylarda Cumhuriyet savcılarının birbirinden farklı kararlar verdiği görülmektedir. Daha kıdemli ve tecrübeli olan Cumhuriyet başsavcılarının savcılar tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarını denetlemesi uygulama birliğinin sağlanması, gözden kaçırılan hususlar ile hukuka aykırılıkların giderilmesi açısından yerindedir. Ancak başsavcı, soruşturmayı baştan sona yaparak delilleri toplayan ve muhakeme şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendiren savcının iddianame

[107] Evik, s. 33.

hazırlanması veya hazırlanmaması yönündeki yetkisine gereksiz yere müdahale ederek savcıyı sıradan hiyerarşik ast derecesine düşürmemelidir.

İdari denetim kapsamında ayrıca suçtan zarar gören kovuşturmaya yer olmadığı kararını veren Cumhuriyet savcısına veya onun amiri olan başsavcıya bir dilekçe ile başvurarak olayın ve kararın tekrar incelenerek kararın kaldırılmasını talep edebilir. Yine suç zarar gören hukuka aykırı olarak kovuşturmaya yer olmadığı kararı verdiğini düşündüğü savcıyı idari olarak başsavcıya şikayet edebilir. Bu yöndeki talepler Anayasa uyarınca dilekçe hakkının kullanılması niteliğinde olduğu için talebin reddedilmesi halinde bunun gerekçelerinin de gösterilmesi gerekir. Ancak bu başvurular kanun yolu niteliğinde olmadığı için CMK m. 173/1'deki itiraz başvuru süresini durdurmayacaktır.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararı adli olarak, kararın suçtan zarar görenin kendisine tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine itiraz yoluyla başvurması üzerine denetlenmektedir. Ancak yer bakımından yetkili merciin, Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliği olarak belirlenmesi isabetli olmamıştır. İtirazı inceleyecek sulh ceza hâkimliğinin, özellikle tek bir sulh ceza hakimliğinin olduğu bölgelerde aynı dosya ile ilgili daha önceden koruma tedbirlerine karar veren sulh ceza hâkimliği olması mümkündür. Bu halde hakimin daha önceden aynı olayla ilgili olarak karar vermiş olması, tarafsızlığını şüpheye düşürecek bir neden olarak görülebilecektir. Yine Cumhuriyet savcısı ile savcının kararına yapılacak itirazı inceleyecek sulh ceza hakiminin aynı yargı çevresinde ve çoğunlukla da aynı binada görev yapıyor olması, bunların birbirlerinin kararlarını etkileme ihtimalini arttıracak ve bu durum itiraz yolunun etkin bir başvuru olmasını olumsuz yönde etkileyecektir

Eski düzenlemedeki gibi itiraz merciin daha nitelikli olan ağır ceza mahkemesi olması ve yer bakımından da Cumhuriyet savcısının yargılama çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi olarak belirlenmesi daha isabetli olacaktır.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararından sonra aynı fiil nedeniyle kamu davasının açılmasının şartları da 680 sayılı KHK ile değişikliğe uğramıştır. Bu değişiklik ile gerek itiraz üzerine kesinleşmiş kararlardan gerekse de itiraz edilmeksizin kesinleşen kararlardan sonra aynı fiil ile ilgili iddianame düzenlenebilmesi için yeni delil ortaya çıkması ve bu konuda sulh ceza hakimliğinden karar alın-

ması gerekmektedir (CMK m. 172/2, 173/6). Değişiklik ile kovuşturmaya yer olmadığı kararından sonra ortaya çıkan her yeni delil sebebiyle değil, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delilin varlığı halinde kamu davasının açılabileceği açıkça vurgulanmıştır. Bu yeni düzenleme, hakkında soruşturma yapılarak kovuşturmaya yer olmadığı karar verilen kişilerin, ciddi bir hukuki dayanağı olmayan çeşitli gerekçelerle defalarca aynı olay nedeniyle soruşturma yapılma tehdidi altında tutulmasını önleyeceği için yerindedir.

Kovuşturma olanağının bulunmadığı gerekçesi ile kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildikten (CMK m. 172/1) sonra aynı fiil nedeniyle yeniden soruşturma yapılarak kamu davasının açılabilmesi için sulh ceza hakiminden karar alınması gerekip gerekmediği kanunda düzenlenmemiştir. CMK m. 172/2'de sadece yeni delil elde edilmesinden bahsedilip kovuşturma olanağının varlığının tespitine yer verilmemiş olmasının, kanun koyucunun bilinçli bir tercihinden ziyade unutmadan kaynaklandığını düşünüyoruz. Bu durumda da iddianame düzenlenebilmesi için sulh ceza hakiminden karar alınması gerekir. Madde metnindeki belirsizliği ortadan kaldırmak amacıyla, "kovuşturma olanağının bulunduğu tespit edilmedikçe" ibaresinin maddeye eklenmesi yerinde olacaktır.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararları nedeniyle yapılan bireysel başvurularla ilgili AYM'nin verdiği birçok ihlal kararı, bireysel başvurunun kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının adli yönden denetlenmesinde etkin bir yol olduğunu göstermektedir.

CMK m. 172'ye 2013 yılında eklenen 3. fıkra uyarınca kovuşturmaya yer olmadığı kararının etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi halinde ilgililerin başvurusu üzerin Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma açılması zorunluğu da kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının etkin bir şekilde denetlenmesi açısından yerinde bir düzenlemedir.

Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararının idari ve adli yönden denetlenmesine ilişkin hukuk sistemimizde bazı eksiklikler olsa da yeterli başvuru yollarının bulunduğu görülmektedir. Ancak önemli olan bu başvuru usullerinin uygulamada etkin bir şekilde kullanılmasına imkan sağlanması ve başvuru mercilerinin de hukukun gereklerine göre başvuruları incelemesidir.

KAYNAKÇA

AYDIN, Devrim, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İtiraz, ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi***, 2006, S. 65, ss. 61-72.

BARDAK, Cengiz, ***Ceza Davalarında Soruşturma, Duruşma ve Kanunyolları***, Yetkin Yayıncılık, Ankara 1999.

BAŞ, Eylem, "Hakimler ve Savcıların Disiplin Yönünden Soruşturulmaları ve İşledikleri Suçlar Nedeniyle Yargılanmaları", ***Ankara Barosu Dergisi***, 2016, S. 3, ss. 267-359.

CANOĞLU, Veysel Candan, "Cumhuriyet Savcısının Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı", ***İzmir Barosu Dergisi***, Eylül 2017, S. 3, ss. 93-136.

CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 12. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.

ÇETİNTÜRK, Ekrem, "Cumhuriyet Savcısının Statüsünün ve Savcılık Teşkilatının Kurumsal Yapısının, Savcılık Faaliyetinin Etkinliğine ve Kalitesine Etkisi", ***Ceza Hukuku Dergisi***, 2015, C. 10, S. 29, ss. 125-204.

ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel, ***Açıklamalı Uygulama Örnekleriyle Savcılık Kurumunun Hukuki Statüsü Bağlamında Cumhuriyet Savcısının Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı ve Denetimi***, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

EVİK, Vesile Sonay, "Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı ve Denetimi", ***Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, Kasım 2016, C. 11, S. 147, ss. 9-35.

GÖKCEN, Ahmet-BALCI Murat/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerem, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 5. Bası, Ankara 2021.

KANTARCI, Nurullah, "Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararından Sonra Aynı Fiil Nedeniyle Kamu Davası Açılabilmesinin Şartları ve Özellikle Sulh Ceza Hakimliğinden Karar Alınması Zorunluluğu", ***Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2020, C. 10, S. 1, ss. 167-204.

GERWIN, Moldenhauer, in: Rolf Hannich (Ed), ***Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK***, 8. Bası 2019 (Atıf: KK-StPO/Moldenhauer, 8. Bası 2019).

KIZILARSLAN, Hakan, "Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları (Syok) ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi", ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi***, 2019, S. 144, ss. 59-104.

KİTAPÇIOĞLU, Tülay, ***Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Soruşturmanın Sonuçlandırılması***, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2014.

MERAKLI, Serkan, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Davası", ***Ceza Hukuku Dergisi***, Nisan 2012, C. 7, S. 18, ss. 173-192.

ÖLMEZ, Gökhan-PANCAROĞLU, Başar, "Mağduru Belli Bir Kişi Olmayan Suçların Soruşturulmaları Neticesinde Verilen Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararlarının Denetlenmesi Sorunu", ***Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2021, C. 25, S. 3, ss. 473-538.

ÖZBEK, Veli Özer-DOĞAN, Koray-BACAKSIZ, Pınar, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

ÖZEN, Mustafa, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 6. Bası, Ankara 2021.

ÖZTÜRK, Bahri-TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Mustafa Ruhan-GEZER, Özge Sırma-KIRIT, Yasemin F. Saygılar-AKCAN, Esra Alan-TÜTÜNCÜ, Efser-ÖZAYDIN, Özdem- ALTINOK, Derya-TOK, Mehmet Can, ***Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku,*** Editör: Bahri Öztürk, 8. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

ÖZTÜRK, Bahri, ***Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti***, DEÜ Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, Ankara 1991.

PAKSOY, Mustafa, "Cumhuriyet Savcısının Bağımsızlığı Meselesi", ***Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi (ERZSOSDE)***, 2014, S. VII - I, ss. 45-66.

ŞAHİN, Cumhur-GÖKTÜRK, Neslihan, ***Ceza Muhakemesi Hukuk***u, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

ŞIK, Hüseyin, ***Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu***, Ankara 2018.

TANER, Fahri Gökçen, "Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru: Dar, Sarp ve Kısmen Açık Bir Yol", ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi***, 2018, S. 135, ss. 185-234.

TAŞDEMİR, Kubilay-ÖZKEPİR, Ramazan, ***Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi***, 4. Bası, 1. C., Turhan Kitabevi, Ankara 2010.

TEZCAN, Durmuş, "Ceza Muhakemesi Kapsamında Yeni Bir Kurum Olarak Sulh Ceza Hakimliği", ***Fasikül Aylık Hukuk Dergisi***, Nisan 2015, S. 65, ss. 7-9.

TOROSLU, Nevzat-FEYZİOĞLU, Metin, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 19. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2019.

TOROSLU, Nevzat, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, Savaş Yayınevi, Ankara 2003.

SOYER-GÜLEÇ, Sesim, "Ceza Muhakemesinde Soruşturmanın Etkinliği İlkesi ve

Takipsizlik Kararları Üzerindeki Etkisi", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2013, C. 15, Özel S., ss. 1393-1464.

TULAY, Muhammed Emre, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması: Yasal Şartların Yerindeliği ve Kararın Hukuki Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", ***Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2021, C. 25, S. 4, ss. 477-525.

TURHAN, Faruk, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, Asil Yayıncılık, Ankara 2006.

TURHAN, Faruk, "Ceza Muhakemesinde Hakim ve Mahkeme Kararlarının İlgilisine Bildirilmesi", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, Aralık 2021, C. 27, S. 2, ss. 898-932.

TURHAN, Faruk, ***Ceza Muhakemesinde Sürelerin Kusur Olmaksızın Geçirilmesinde Eski Hale Getirme***, ***Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan***, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, ss. 1221-1263.

ÜNVER, Yener-HAKERİ, Hakan, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 18. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

YAŞAR, Osman, ***Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu***, 4. Bası, 2. C., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.

YENİSEY, Feridun-NUHOĞLU, Ayşe, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 10 Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

YURTCAN, Erdener, ***Ceza Yargılaması Hukuku***, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

YURTCAN, Erdener, ***CMK Şerhi***, 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.

Elektronik Kaynaklar

ŞEN, Ersan, "Cumhuriyet Başsavcılarına Ek Yetki Verilmesine Dair Kanun Teklifi", http://sen.av.tr/tr/makale/cumhuriyet-bassavcilarina-ek-yetki-verilmesine-dair-kanun-teklifi (Erişim tarihi: 11.10.2022)

ŞEN, Ersan, Takipsizlik Kararlarına Karşı Anayasa Mahkemesi'ne Gidilebilir,

http://www.sen.av.tr/tr/makale/takipsizlik-kararlarina-karsi-anayasa-mahkemesi-ne-gidilebilir (Erişim tarihi: 11.10.2022)

İDARİ GÜVENCE VE TEMİNAT KAVRAMLARI ÜZERİNE ALMAN HUKUKU ODAKLI BİR İNCELEME(*)

Dr. Öğr. Üyesi Dursun ÇELİK(**)

Öz

İdarenin öngörülebilir olması hukuk devletinin ve iyi yönetimin bir gereğidir. Alman İdare Hukukunda bunu sağlamak üzere, idarenin ileride bir konuda nasıl hareket edeceğini yönetilenlere taahhüt ettiği idari güvence kurumu geliştirilmiştir. Daha sonra, idari güvencenin spesifik bir şekli olan, idari işlemin tesis edilmesi veya edilmemesine yönelik vaat, teminat adı altında kanuni düzenlemeye kavuşmuştur. Bu çalışmada bu iki kurum -ağırlık olarak da teminat-, Türk Hukukunda da uygulama alanı bulmaları amacıyla incelenecek ve tanıtılacaktır.

Anahtar Kelimeler

İdarenin Öngörülebilirliği, İyi Yönetim, İdari Güvence, İdari Teminat.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 07.12.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 20.12.2022.

Atıf Şekli: Dursun Çelik, "İdari Güvence ve Teminat Kavramları Üzerine Alman Hukuku Odaklı Bir İnceleme", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 627-667.

Bu çalışmayı genç yaşta ebediyete uğurladığımız değerli meslektaşımız Zühre Elvan'a ithaf ediyorum. Ruhu şad olsun.

(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Ana Bilim Dalı, Isparta, Türkiye.

E-posta: drsnclik@hotmail.com.

Orcid: https://orcid.org/0000-0003-0568-1653.

AN ANALYSIS FOCUSED ON GERMAN LAW ON THE CONCEPTS OF ADMINISTRATIVE COMMITMENT AND ASSURANCE

Abstract

The predictability of administrative action is derived from the rule of law and the principle of good administration. In order to achieve this, the institute of promises, through which the administration promises people how they will act in the future, was developed in German administrative law. Later, the assurance, which relates to an administrative act, was regulated by law. In this work, these two terms - with a focus on assurance - are treated with the aim of showing that they are used in Turkish law.

Keywords

Predictability of Management, Good Management, Administrative Commitment, Administrative Assurance.

EINE AUF DAS DEUTSCHE RECHT FOKUSSIERTE UNTERSUCHUNG ÜBER DİE BEGRIFFE DER VERWALTUNGRECHTLICHEN ZUSAGE UND ZUSICHERUNG

Aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Grundsatz der guten Verwaltung wird die Voraussehbarkeit des Verwaltungshandelns abgeleitet. Um dies zu schaffen, wurde im deutschen Verwaltungsrecht das Institut der Zusage, durch die die Verwaltung den Personen verspricht, wie sie in der Zukunft handeln wird, entwickelt. Später wurde die Zusicherung, die sich auf einen Verwaltungsakt bezieht, gesetzlich geregelt. In dieser Arbeit werden diese beiden Begriffe - schwerpunktmäßig Zusicherung - mit dem Ziel behandelt, dass sie im türkischen Recht Anwendung finden.

Schüsselwörter

Vorhersehbarkeit der Verwaltung, gute Verwaltung, verwaltungsrechtliche Zusage, verwaltungsrechtliche Zusicherung

GİRİŞ

Öteden beri insanlar geleceğe dönük planlar yapmakta ve birtakım öngörülerde bulunmaktadırlar. Bu planların istenilen şekilde hayata geçmesi bazen başkalarının kararlarına bağlı olabilmektedir. Özellikle bu planların gerçekleşmesi, idari mercilerin kararlarına bağlı olduğu durumlarda bireylerin idarenin kararının ne yönde olacağına ilişkin bir güvence alabilmeleri önem arz etmektedir. Zira kişiler idarenin bir hususta mevcut şartlar altında nasıl davranacağına veya davranmayacağına ilişkin bir güvence alabilirse kendilerini o doğrultuda ayarlayabilirler. Bu bağlamda idari mercilerin, ileride bir olaya ilişkin nasıl hareket edecekleri yönünde bireylere bağlayıcı bir söz verip veremeyecekleri hususunun irdelenmesi gerekir.

Hukuk devleti ilkesinin önemli gerekliliklerinden birisi de, kamusal makamların hareketlerinin öngörülebilir olmasıdır[1]. İdarenin takdir yetkisinin olduğu veya belirsiz hukuki kavramlardan dolayı değerlendirme marjının bulunduğu durumlarda idarenin ne yönde davranacağı ilgilileri tarafından öngörülebilmesi her zaman kolay değildir. Bu da idarenin öngörülebilirliğine dolaysıyla da hukuk devleti ilkesine zarar vermesi ihtimal dahilinde görülmektedir[2]. Hukuk devletinin, bu şekilde zarar görmesini engellemek ve yönetilenlerin planlarını daha iyi yapabilmelerini sağlamak amacıyla idarenin gelecekte mevcut şartlar devam ettiği takdirde ne yönde hareket edeceğine ilişkin vaatte bulunması kurumu geliştirilmiştir. Örneğin Almanya'da çifte vatandaşlık yasağı bulunduğundan, vatandaşlığa kabul edilecek kişinin mevcut vatandaşlığından çıkması gerekir. Fakat Alman vatandaşlığına geçmek isteyen diğer ülke vatandaşlarına, kendi vatandaşlıklarından çıktıklarında mevcut şartlar devam ettiği müddetçe vatandaşlığa alınacağı yönünde bir teminat verilirse, bu kişi kendi vatandaşlığından gönül rahatlığıyla çıkacaktır ve aynı zamanda da hukuken bir güvence elde edecektir. Ancak burada, bu yolla yönetilenler ilerideki tüm risklerden korunmadıklarının da altını çizmek gerekir. Bir başka söylemle karar verme anında fiili veya hukuki durumda bir değişiklik olması halinde vaadin bağlayıcılığı söz konusu olmayacaktır.

Bu çalışma ile, Alman idare hukukunda yarım asırdan fazla bir süredir benimsenmiş olan bağlayıcı idari güvence kurumunun ortaya konularak, Türk

---

1 AYM, E.2003/30, K. 2003 2003/38, 29/3/2003.

2 Meinhard Schröder, in: Schoch/Schneider, ***Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar,*** C.H. Beck, Münih, 2021, § 38 k.n. 7.

Hukukuna ışık tutması ve konunun tartışılarak hayata geçirilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır. Gerçekten hemen yukarıda da değinildiği gibi hukuk devletinin gerekliliklerinden birisi de hukuki öngörülebilirliktir. 1982 Anayasasının 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu vurgulandığına göre, kamu erklerinin davranışlarının öngörülebilir olması beklenmektedir. Bu aynı zamanda da bir iyi yönetim ilkesi olarak da görülmektedir. Bu anlamda da idarenin bağlayıcı güvence verme kurumunun hukukumuzda da yerleşmesi gerektiği kanaatini taşımaktayız. Ancak idare hukuku yazınında ve uygulamasında bu konunun yeterince gündeme getirilmediğini söylemek mümkündür.

İdari güvence bir üst kavramdır ve henüz Alman İdari Usul Kanunu[3] (devamında AİUK olarak kısaltılacaktır) kabul edilmeden önce tartışılmaya ve uygulanmaya başlanmıştır. 1973 yılında idarenin bir idari işlemi tesis etmesi veya etmemesine yönelik teminat vermesi olarak kısmen AİUK tasarısına eklenmiş ve 1977 yılında AİUK 38. maddesinde teminat üst başlığıyla yasalaşmıştır. Daha önce de değinildiği gibi güvence verme kurumu tamamen yasa da yer almamış, sadece idarenin hareket araçlarından birisi olan idari işleme[4] yönelik güvence verilmesi düzenlenmiştir. Bu yüzden de bu çalışmada ağırlıklı olarak teminat üzerinde durulacak, sadece gerektiğinde güvence kavramına yer verilecektir.

Bu çalışmada, ilk olarak Alman idare hukukunda güvence ve teminat kavramları genel olarak incelenecektir. Daha sonra AİUK 38. maddesi uyarınca idare tarafından verilen teminatın geçerlilik şartları incelenecektir. Devamında hukuka uygunluk şartları üzerinde durulacak, akabinde teminat talebinde bulunulması ve başvurulabilecek hukuki yollar ele anılacaktır. Son olarak da teminatın geçerliliğini ve bağlayıcılığını yitirdiği durumlar üzerinde durularak nihayete erdirilecektir.

I. İDARİ GÜVENCE KAVRAMI

A. Genel Olarak

Kamusal idarelerin, yönetilenlere gelecekte mevcut şartlar devam ettiği müddetçe ne yönde tasarrufta bulunulacağına ilişkin vaatte bulunması konusu,

[3] Bundesverwaltungsverfahrensgesetz (BVwVfG)

[4] Verwaltungsakt kavramı; sadece bireysel idari işlemler ve genel kararları kapsar, düzenleyici idari işlemleri ise dışarıda bırakır. Bu bağlamda aslında idari işlem değil, idari karar teriminin kullanılması daha doğru olacaktır. Fakat idari işlem terimi yerleştiği için bu çalışmada da 'verwaltungsakt' kavramı idari işlem terimi kullanılacaktır.

Alman idare hukukunda uzun zamandır tartışılan ve kabul görmüş bir hukuki kurumdur. Bu kurumun anlaşılabilmesi için öncelikle bir kavramsal çerçeve çizilmesi ve bu kurumun hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Ayrıca bu kurumun, benzer hukuki kurumlar olan genel bilgilendirici işlemlerden, ön onay, kısmi onay ve geçici idari işlem gibi kurumlardan ayrılması gerekmektedir.

1. Tanım

İdari güvence (Zusage) kavramı, aslında idari teminat (Zusicherung) kavramını da kavramını da kapsayan bir üst kavram olarak kullanılmaktadır.[5] Ancak kanun koyucu, idari işleme ilişkin verilen güvenceleri, teminat şeklinde isimlendirerek Kanunda yer vermiş, bunun dışındaki taahhütleri kanuni düzenlemeye dahil etmemiştir. Bu da ikili bir kavram kullanımına yol açmıştır. İdarenin hangi vaatlerinin doğrudan AİUK 38. maddesini uygulama alanına girdiğinin tespit edilmesi bağlamında bu iki kavramın ayrı ayrı açıklanması gerekmektedir.

a. İdari Güvence Kavramı

İdari güvence kavramından, idari mercilerin muhatap bireye bir hususta gelecekte nasıl davranacağına ilişkin vaatte bulunarak, kendini bu vaadine bağlı kalma yükümlülüğünün altına sokması anlaşılır[6]. Bu tanım kapsamına sadece idarenin geleceğe dönük pozitif davranışları (yapma) değil, aynı zamanda negatif davranışları da girmektedir. Kısaca ifade edecek olursak idare hem bir şeyi yapmayı hem de bir şeyi yapmamayı vaat edebilir[7]. Farzı misal bir kişiye, kendisiyle ileride bir idari sözleşme yapacağına dair söz verirse bu pozitif bir davranıştır. Bir güvenlik kamerasını bulunduğu yerden kaldırmayacağını vaat etmesi ise negatif bir davranışa örnektir.

İdari güvence kavramı, yukarıda da değinildiği gibi kanuni düzenlemeden önce geniş anlamda idarenin idare hukukuna dair her türlü hareket aracına ilişkin olarak kabul edilmekteydi. Daha açık bir söylemle; idare ileride bir idari işlem tesis edip etmeyeceğine yönelik de, idari sözleşme imzalamaya ilişkin de, idari eylemi yapıp yapmayacağı hususunda da bağlayıcı bir güvence verebilirdi.

---

5 Ulrich Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, ***Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar***, C.H. Beck, Münih, 2018, § 38 k.n. 1.

6 BverwGE 26, 31 (36); Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 13.

7 BVerwG NJW, 2968; Paul Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, ***Beck'scher Online Kommnentar Verwaltungsverfahrensgesetz,*** C.H. Beck, Münih, 2022, § 38 k.n. 1, 2.

Fakat yukarıda da belirtildiği gibi AİUK, idarenin bir idari işlemin tesisi edip etmemeye yönelik vaatlerini teminat kavramını tercih ederek düzenlediğinden, güvence (Zusage) kavramı artık idarenin idari işlem tesis edilmesine ya da tesis edilmemesine yönelik olanların dışındaki vaatleri olarak kullanılmaya başlanmıştır[8]. Teminat kavramı, bir alt başlıkta ayrıca açıklanacaktır.

Bu çalışma kapsamında bir idari güvenceden söz edebilmek için, birtakım şartların kümülatif olarak gerçekleşmesi aranmaktadır. Bu şartlardan ilki, tıpkı tüm hukuki muamelelerde olduğu gibi, idarenin kendini yükümlülük altına sokan -hukuki sonuç doğurmaya yönelik- bağlayıcı bir irade beyanında bulunmasıdır. Böyle bir irade beyanın mevcudiyeti hususunda bir tereddüt ortaya çıkmışsa, medeni hukukta geliştirilen irade beyanı yorum yöntemleriyle araştırılması gerekmektedir[9]. Burada esas olan idari merciin sübjektif olarak ne düşündüğü değil, objektif bir üçüncü kişinin irade beyanından ne anlayacağıdır. Bir başka deyişle muhatap, kendisine yöneltilen irade beyanın lafzından ve idarenin diğer davranışlarından dürüstlük kuralı çerçevesinde kendisine gelecekte bir şey için vaatte bulunduğunu anlayabiliyorsa bu çalışma anlamında bir idari güvencenin varlığı kabul edilir[10]. Genelde güvence ilgilinin başvurusu üzerine verilir. Lakin bu zorunlu değildir, bazı hallerde idare, bir başvuru olmadan resen de güvence verebilir. Bireylerin idari güvence talepli başvurularına idarenin cevap vermemesi, her halükarda güvence talebinin reddi olarak anlaşılmalıdır. Diğer bir ifadeyle idarenin susması, -Kanunun idarenin susmasına açıkça zımni kabul anlamı yüklediği durumlar müstesna- zımni kabul anlamı taşımaz[11].

İdari güvencenin ikinci koşulu ise, somut bir olaya ilişkin olmasıdır. Bu kapsamda idari merciinin, belirli veya belirlenebilir muhataplara yönelik bir vaatte bulunması gerekir[12]. Bu sebepledir ki; idarenin belirli veya belirlenebilir muhataba yönelmemiş, genel soyut açıklamaları bu anlamda bir güvence verme ola-

---

8 BVerwGE 26, 36; Annette Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", ***Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)***, 2004, S. 9, s. 364.

9 Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 14; Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 357; İradenin yorumlanması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özgür Güvenç, ***Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu,*** Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

10 Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 357; Ferdinand O. Kopp - Ulrich Ramsauer, ***Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar***, C.H. Beck, Münih, 2013, § 38 k.n. 7.

11 Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 15.

12 Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommnentar Verwaltungsverfahrensgesetz**,** § 38 k.n. 2.

rak kabul edilemez. Fakat her ne kadar bu açıklamalar güvence verme olarak kabul edilmese de, bunların da güvenin korunması (haklı beklenti) ilkesi ve şartları çerçevesinde bağlayıcı olabileceği belirtilmektedir[13].

Tek taraflılık, idari işlemde olduğu gibi idari güvencede de diğer bir şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani güvencenin hukuki sonuçları idarenin tek taraflı irade beyanıyla doğar. Ancak bu, İdarenin bir sözleşme hükmü ile geleceğe dönük bağlayıcı bir vaatte bulunamayacağı anlamına gelmez. İdare, pekala bir sözleşme ile de kendisini bağlayıcı bir vaatte bulunabilir. Lakin sözleşme kapsamında verilen bu vaat, buradaki anlamıyla bir güvence olarak değil, sözleşmeye ilişkin hükümlerin tatbik edildiği bir edim olarak görülmelidir. Yine de uygun düştüğü ölçüde AİUK 38. madde hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği dile getirilmektedir[14].

İdarenin, özel hukuk kapsamına giren bir konuya ilişkin - örneğin bir taşınmazın satın alınacağına dair - idari güvence verip veremeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, özel hukukta sonuç doğuran idari işlem olabildiğine göre, aynı şekilde özel hukukta sonuç doğuracak bir işleme yönelik idari güvence de verilebilir[15]. Diğer kanaate göre ise, bir özel hukuk işlemine güvence verilmesi halinde, bu güvencenin bağlayıcı olup olmayacağı, olacaksa da ne derece bağlayıcı olacağı şüphelidir. Zira bazı özel hukuk işlemleri özel şekil şartına tabidir, bu şarta uymadan verilen vaatler geçerli olmayacaktır[16]. Bu sebeplerle idare özel hukuk alanında kalan iş, işlem ve eylemlerine yönelik idari güvence veremeyeceği, bunun yerine idare, eğer bu konularda bir taahhütte bulunmak istiyorsa özel hukukun kendi imkânlarının kullanması gerektiği haklı olarak savunulmaktadır[17].

b. AİUK 38. Madde Kapsamındaki Teminat Kavramı

Yukarıda da ifade edildiği gibi idari güvencenin bir alt kavramı olan teminat, AİUK 38. maddesinde bireysel bir idari işlemin tesis edilmesi veya tesis

---

13 Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 4.

14 Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 3.

15 OVG Berlin NJW 1984, 2593; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 8.

16 Örneğin taşınmaz satış vaadi noterde yapılma zorunluluğu vardır. Bu vaadi idare sadece yazılı olarak yapsa geçerli olmayacaktır.

17 Michael Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, ***Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar*****,** Nomos, Baden-Baden, 2019, § 38 k.n. 21.

etmekten kaçınılmasına yönelik idarenin vaadi şeklinde tanımlanmaktadır[18]. Bu tanıma göre; idarenin bireysel idari işlemin tesis edileceğine veya edilmeyeceğine yönelik olanlar dışında kalan tüm vaatleri bu düzenlemenin doğrudan uygulama alanı dışında kalmaktadır[19]. Teminat ve genel anlamda idari güvence ayrımı, özellikle AİUK 38 hükümlerinin teminat dışındaki vaatler için kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı ve bunların hukuki niteliklerinin ne olduğu sorularına verilecek cevaplar açısından pratik önem taşımaktadır[20]. Hemen yukarıda açıklanan güvence vermeye ilişkin şartlar; -bağlayıcı irade beyanı, belirli ya da belirlenebilir bir muhataba yönelik olması, tek taraflı olması, sübjektif kamusal bir iş, işlem veya eyleme yönelik olması- teminat için de geçerli olduğunu belirtmek gerekir.

Hem bireysel idari işlemlere hem de genel kararlara yönelik teminat verilebilir[21]. Bu anlamda bireysel idari işlem ve genel kararın ne olduğunun tespiti önem taşımaktadır. Mayer idari işlemi şu şekilde tanımlamıştır: *İdarenin, münferit olaylarda vatandaşların durumunu belirleyen resmi irade açıklamasıdır*[22]. Bu tanım idari işlemi açıklayan ve hala geçerli olan veciz bir tanımdır. İdari işlem, AİUK 35. maddesinde de düzenlenmektedir. Bu maddeye göre idari işlem; idari mercilerin kamu hukuku alanında münferit bir meseleye ilişkin, dışa yönelik, doğrudan hukuki sonuç doğuran tüm tasarruflarını, kararlarını veya kamu gücü kullandıkları diğer önlemlerini ifade eder. Bu tanım çerçevesinde bireysel idari işlemin altı tane ayırt edici kıstası olduğu saptanabilir[23]. Birinci kıstas, fonksiyonel anlamda idareden hasıl olması gerekmektedir. İkincisi tek taraflı bir irade açıklaması olmasıdır. Üçüncü kriter ise idare hukuku alanından kaynaklanmasını arar. Dördüncü kıstas ise hukuki sonuç doğurmaya yönelik olmasıdır. Bu kriter idari işlemi, özellikle idari eylem gibi hukuki sonuç muradı olmadan

---

18 Steffen Detterbeck, ***Algemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht,*** C.H. Beck, Münih, 2012, s. 168.

19 Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 16.

20 Bu sorulara ilişkin değerlendirme bir alt başlıkta yapılacaktır.

21 Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n.

22 Otto Mayer, ***Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I,*** Duncker und Humblot, Leipzig, 1895, s. 95. (ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausdruck, der dem Untertanen gegenüber im Einzelfall bestimmt, was für ihn rechtens sein soll.)

23 Kıstaslar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Hartmut Maurer, ***Allgemeines Verwaltungsrecht***, C.H. Beck, Münih, 2011, s. 200 vd.; Detterbeck, Algemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, s. 138 vd.; Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 35, k.n. 50 vd.

yapılan hareketlerden ayıran önemli bir kriterdir. Beşincisi idarenin iç düzen işlemleri olmayan dışa yönelik sonuç doğuran bir idari işlem olmasını şart koşmaktadır. Altıncı ve sonuncu kıstas ise bireysel ve genel kararı, idarenin genel ve soyut kural koyan düzenleyici işlemlerinden ayırmaya yarayan münferit olay yönelik olma kıstasıdır. Belirleyici olan belirli ya da belirlenebilir muhatap veya muhataplara yönelik, bir bireysel idari işleme ya da genel karara ilişkin vaat verilmesidir. Genel düzenleyici işlemin tesisine yönelik AİUK 38. maddesi uyarınca teminat verilemez. Ancak bunların çıkarılacağına dair genel anlamda güvence verilebilir.

Tesis edileceği ya da edilmeyeceği idarece vaat edilen idari işlemin belirli olması gerekir. Sadece ileride bir idari işlem tesis edilecek şeklindeki teminat yeterli değildir. Tesis edilecek idari işlemin genel hatlarıyla içeriğinin teminatta gösterilmiş olması şarttır[24], ancak idari işlemin içeriğinin bütün detaylarının olması aranmaz[25]. Belirlilik şartı teminatın ihtirazi kayıt ve şartlar altında verilmesine engel değildir[26].

İdari işlem ve idari eylem ayrımındaki zorluklar, bir vaadin AİUK 38. maddesi anlamında teminat mı yoksa genel anlamda güvence verme mi oluşturacağının tespitine de yansımaktadır. Özellikle idarenin hukuka bir aykırı duruma göz yumacağına (tolerans göstereceğine) ilişkin vaadinde bu ayrım çok daha zorlaşmaktadır[27]. Farzı-misal geçerli izni olmadan seyyar satıcılık yapan bir kişiye müdahale edilmeyeceğine yönelik bir vaatte bulunulmuş olması durumunda, bundan bir idari para cezası verilmeyeceği (idari işlem tesis edilmeyeceği) hususunda teminat mı, yoksa genel anlamda kolluğun kendisine fiilen müdahalede bulunmayacağına ilişkin güvencenin anlaşılması gerektiğinin tespiti kolay değildir.

2. Hukuki Niteliği

Hem genel anlamda idari güvencenin hem de teminatın hukuki niteliğine ilişkin, AİUK kabul edilmesinden önce olduğu gibi sonrasında da bir konsensüs

---

[24] Detaylı bilgi aşağıda geçerlilik şartlarında incelenecektir.

[25] OVG Weimar ThürVBl 2016, 93, 96

[26] Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 14; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommnentar Verwaltungsverfahrensgesetz, § 38 k.n. 7.

[27] Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 18; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 16.

oluşmamıştır[28]. Yasa koyucu da 38. maddeye bu tartışmayı sona erdirecek şekilde net bir hüküm koymamıştır[29]. Daha doğru bir ifadeyle kanun koyucu tedbiren bu hususta bir görüş ortaya koymamıştır. Aynı şekilde yargı içtihatlarında da yeknesaklık görülmemektedir[30].

Bir görüşe göre; bu iki kurum da bir idari işlem olarak görülemez[31]. Bu görüşü taşıyanların temel argümanı; AİUK 38. maddesinin 2. fıkrasının, idarenin teminat vermesi hususunda AİUK 44. maddesi, 45. maddesinin 1. fıkrasının 3-5. numaraları, 2. fıkrası, 48 ve 49. maddeleri aynen uygulanır şeklindeki lafzıdır. Yasa koyucunun, idari işlemlere ilişkin bu hükümlerin aynen uygulanacağını ayrıca belirtmesi, teminatı, idari işlemden farklı görmesidir. Şayet teminatı bir idari işlem olarak görseydi, söz konusu hükmü koyma ihtiyacı hissetmezdi[32]. Ancak kanunun gerekçesinde teminatın hukuki niteliğine ilişkin bir düzenleme getirilmediği açıkça ifade edilmiştir[33]. Bununla birlikte kanunun sistematiğinde teminatın, idari işlemin oluşması kısmında düzenlendiği belirtilmelidir. Kanun koyucunun teminatın hukuki niteliği noktasında taraf olmayacağını, kanun gerekçesinde net bir şekilde ortaya koyduğundan, teminatın idari işlemin karakteristik özelliklerini taşıyıp taşımadığının incelenerek idari işlem olarak kabul edilip edilmeyeceğine karar vermek gerekecektir[34].

Azınlıkta kalan bir düşünceye göre; nihai bir karar olmadığından ve doğrudan uygulanabilen bir hak sağlamadığından teminatın icrailik özelliği yoktur. Bu sebeple de teminatı, bir idari işlem olarak nitelendirilmek mümkün değildir. Bu bakımdan teminatın ve genel anlamda güvence vermenin kendine has bağlayıcı bir irade açıklaması ya da idari işlemin hazırlık işlemi olarak değerlendirilmesi gerekir[35].

---

28 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 45 vd.

29 Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 8.

30 Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n 46.

31 Detterbeck, Algemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, s. 168; Hans-Dieter Sproll, ***Allgemeines Verwaltungsrecht II,*** C.H. Beck, Münih, 1998, s. 20; Hans-Uwe Erichsen, ""Die Zusage." ***Juristische Ausbildung,*** 1991, s. 110.

32 Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 359.

33 BT-Drs. 7/910, s. 59.

34 Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 359.

35 Klaus Erfmeyer, "Bindungswirkung rechtswidriger allgemeiner Zusagen in entsprechender Anwendung der §§ 38 II, 48 VwVfG?", ***Deutsches Verwaltungsblatt,*** 1999, s. 1629; Rainer Palauro, ***Haftungsrelevante Probleme der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Zusage,***

Öğretide ve yargı içtihatlarında ise; hem güvencenin hem de teminatın, idari işlemin tüm kriterlerini karşıladıkları, bu nedenle de her iki kurumun da birer idari işlem olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaati hakimdir[36]. İdare bir vaatte bulunarak ya da bir idari işleme yönelik yönetilenlere bir teminat bahşederek, uygulanabilir bir hak oluşturur. İşlemin İcrailik özelliğinin anlamı; onun bir hukuksal sonuç doğurması olduğu düşünüldüğünde[37], hak doğuran bir irade açıklamasının, icrailik karakteri şüphesiz mevcuttur. İddia edildiği gibi, teminat idari işlemin bir hazırlık işlemi değildir. Aksine teminat ve asıl idari işlemler birbiriyle bağlantılı ancak birbirinden ayrı kararlardır. Teminat veya güvence vermenin bir hak oluşturmadığı varsayımında bu kurumun bir anlamı kalmaz. Çünkü bu varsayımda bu kurumların idareyi bağlayıcılığı özelliği ortadan kalkar. Yine bu iki kurum da tek taraflıdır ve kamu gücüne dayanır. İdari işlemin diğer şartı olan dışa etkili olması da tartışmasız mevcuttur. Bu sebeplerle, bunların birer kendine özgü şartları olan birer idari işlem olarak görülmesi gerekmektedir. Ayrıca nihai karar olmamasından (idari süreci sona erdirme etkisinin olmaması) dolayı idari işlem olamayacağı savı da isabetli değildir, çünkü aynı şekilde nihai karar olmayan ön onay, kısmi idari işlem gibi kararların idari işlem olduğuna dair herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır[38]. Kanaatimizce de bu iki kurum da idari işlemin tüm özelliklerini taşımakla (idari işlem karakteri olmakla) birlikte, aşağıda açıklanacağı üzere kendilerine has birtakım (özellikle kanuni düzenlemeden dolayı) şartları bulunmaktadır.

Bu bağlamda değinilmesi gereken diğer husus da, bizim de katıldığımız hakim görüşe göre teminatın bir idari işlem niteliği taşıması hasebiyle, idari işlem için geçerli tüm hükümler AİUK 38. maddesine aykırı düşmemek kaydıyla teminat için de aynen uygulanacaktır. Bu vesileyle belirtmek gerekir ki; AİUK 38. maddesinin 2. fıkrasında sadece belirli hükümlerin (44. madde, 45. maddenin

---

Doktora Tezi, Konstanz, 1983, s. 82 vd.; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n 52.

[36] BVerwG NVwZ 1986, 1011; VGH Mannheim NVwZ 1991, 79; Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 8; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 33; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommnentar Verwaltungsverfahrensgesetz***,*** § 38 k.n. 13; Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 82; Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 359.

[37] Dilşat Yılmaz, ***İdari işlemin İcrailik Özelliği***, Astana Yayınları, Ankara, 2014; Mutlu Kağıtcıoğlu, "İdari İşlemin İcrailiği", ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi,*** 2012, C. 103, s. 268 vd.

[38] Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 34; Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 359.

1. fıkrasının 3-5 bentleri arası ve 2. fıkrası, 48 ve 49. maddeleri) aynen uygulanacağına yer verilmesi, doktrinin büyük çoğunluğuna göre bir bilinçsiz hukuk boşluğudur. Dolaysıyla da kanun koyucunun belirli hükümlerin aynen uygulanacağını ayrıca belirtmesi, idari işleme ilişkin diğer düzenlemelerin uygulanamayacağı anlamına gelmemesi gerektiği haklı olarak tespit edilmektedir[39].

3. Benzer Hukuki Kurumlardan Ayrılması

Teminat ile idarenin bilgilendirici işlemleri ve ön onay, geçici idari işlem, kısmi idari işlem gibi benzerlik gösteren diğer bazı işlemlerden ayrılması pratikte önem arz etmektedir. Zira aşağıda açıklanacak olan esaslar sadece teminat[40] için geçerlidir. Bu bakımdan teminatın benzeri hukuki kurumlardan kesin bir şekilde sınırlandırmak gerekir.

a. İdarenin Enformel İşlemlerinden Ayrılması

İdarenin gelecekte bir davranışı gerçekleştirme/gerçekleştirmeme hususunda kendini yükümlük altına sokan irade açıklamasının hukuken bağlayıcı olması, güvencenin ve aynı kanunda spesifik olarak düzenlenen teminatın en karakteristik özelliği olduğunu yukarıda vurgulamıştı. Gerçekten de idarenin bilgilendirme, açıklama, işaret etme, niyet açıklamaları gibi enformel işlemleri, bu iki kurumun aksine icrai nitelikte değildirler[41]. Bu işlemlerde açıklanan şey bir irade beyanı (Willenserklärung) değil, bir bilgi beyanıdır (Wissenserklärung)[42]. İdarenin bir beyanının, bağlayıcı irade açıklaması yoksa sadece bilgi açıklaması olduğunun tespiti her zaman kolay değildir. Çoğu zaman açıklamanın hangi kapsama girdiğinin, irade yorumlanması teorileri çerçevesinde araştırılması iktiza eder[43]. Bu araştırmada sadece kullanılan kelimeler değil, genel olarak açıklamanın içeriğinden ve idarenin tüm davranışları göz önünde bulundurulmalıdır. Bir açıklamanın bağlayıcı irade beyanı mı yoksa sadece bilgi beya-

---

[39] Martin Müller, in: Huck/Müller, ***Beck'sche Kompakt-Kommentare Verwaltungsverfahrensgesetz,*** C.H. Beck, Münih, 2020, § 38 k.n. 11; Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar**,** § 38 k.n. 58 vd.; Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 32.

[40] Genel anlamda söz verme için AİUK 38. maddenin kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı her başlık altında ayrıca incelenecektir. Ancak hatırlatmak gerekir ki; teminat, genel anlamda söz vermenin özel halidir. Dolaysıyla da bir çok noktada benzerlik gösterir.

[41] Kemal Gözler, ***İdare Hukuku C I***, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 836 vd.

[42] Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n 28.

[43] Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 24.

nı mı olduğunun tespitinde, o açıklamanın nasıl isimlendirildiğinin bir önemi olmadığını da belirtmek gerekir. Bu konuda en çarpıcı örnek Alman Vergi Kanunu (Abgabenordnung) 89. maddesinin 2. fıkrasında vergi dairelerinin ve Federal Merkez Vergi Dairesi'nin başvuru üzerine bağlayıcı bilgi (Auskunft) verebileceğini hükme bağlamasıdır. Görüldüğü gibi bu hükümde bilgi verme ifadesi kullanılmasına rağmen bağlayıcı olacağı ifade edilmiştir. Dolaysıyla da bu bilgi verme, bağlayıcılığı olan bir teminat olarak değerlendirilecektir. İdari merci, bir konuda muhatabına garanti vermişse bağlayıcı irade beyanının olduğunda şüphe edilmez[44]. Bunun bu mefhumu muhalifinden de garanti yoksa bağlayıcılık da yoktur anlaşılmalıdır. Misalen idari makamın, inşaat ruhsat ücretinin yatırılması karşılığında alınmaya hazır olduğunu bildirmesini ve istenilen kodlu plakanın rezerve talebinin onayını idari yargı yerleri bir garanti verme olarak kabul etmemişlerdir[45]. Ancak bu kararlar eleştiriye açıktır. Çünkü bu iki olayda da şartlar değişmediği müddetçe bir hakkı sağlayacağını garanti eder nitelikte bir irade beyanı olduğu kanaatindeyiz.

Hukuken bağlayıcı özelliği taşımayan politik niyet açıklamalarını da, geleceğe dönük bir davranışa yönelik bir beklenti uyandırsa ve haklı bir güven oluştursa dahi teminat ya da güvence verme olarak kabul etmek mümkün değildir[46]. Ne var ki bu gibi açıklamalarda, idarenin bağlanma iradesinin olmadığı şüpheye yer vermeyecek şekilde tespit edilmesi gerekir. Aksi takdirde teminat ya da güvence verme gündeme gelebilir[47]. Her kadar politik niyet açıklamaları, teminat hükümlerine tabi olmasa da, bu açıklamaların bireylerde korunmaya değer bir güven yaratması halinde, bu güvenin dürüstlük kuralı gereği korunması gerekebileceğini belirtmek gerekir[48].

İdari işlemin tesisi sürecinde veya bu sürecin dışında yürütülen görüşmelerde gayri resmi anlaşmaların, bir teminat olarak görülüp görülemeyeceği irdelenmesi gerekir. Bu tür gayri resmi yürütülen süreçlerin sonunda yapılan anlaşmaların, hukuki bağlayıcılığı çok büyük oranda kabul edilmemektedir[49]. Bu bağlamda sık dile getirilen, son yıllarda Amerika ve Avrupa'da başvurulan bir uyuşmazlık

---

44 Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 21.

45 VGH München 14.2.2001 - 26 B97.462.

46 Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 10.

47 Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 30.

48 Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 10.

49 Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 25.

önleme ve giderme yöntemi olan idari konularda arabuluculuk[50] sonucunda konsensüsle ulaşılan ve kayda geçirilen sonuçların, bir teminat oluşturup oluşturmayacağı sorusudur. Bu, tüm katılımcıların ortak kararı ve yazılı olmak zorunda olduğu için teminat oluşturabileceği düşünülse de, doğrudan bir hukuki bağlayıcılık söz konusu değildir[51]. Bir başka söylemle, arabuluculuk yoluyla elde edilen ve fiili bağlayıcılıkları olan bu sonuçların, tek yanlı olmaması ve son karar verme merciinin idare olmasından dolayı teminat olarak görülmesi mümkün değildir.

b. Diğer Bazı İşlemlerden Ayrılması

Teminatın yalnızca idarenin enformel işlemleriyle değil, ön karar (Vorbescheid), kısmi izin (Teilgenehmigung), ve geçici (muvakkat) idari işlemleriyle (vorläufiger Verwaltungsakt) karıştırılabilir. Bunun önüne geçmek adına teminatı, bu işlemlerden ayıran hususların ortaya konulması gerekir.

Ön kararda, idarenin asıl idari işleme ilişkin birtakım hususların önceden kesin ve bağlayıcı bir şekilde karara bağlaması söz konusudur[52]. Ön karar, asıl idari işlemin hazırlık işlemi değil, başlı başına bir idari işlemdir. Ön kararla sonuca bağlanan hususlarda, idare asıl kararı verirken (idari işlemi tesis ederken) farklı yönde karar veremez. Ön karar, özellikle büyük projelerin ruhsat işlemlerinde gündeme gelir. İmar mevzuatı, Federal Emisyon Kanunu ve Atom Kanunu bu imkânı tanımaktadır. Ön onayla kişiler doğrudan icrası mümkün olan bir hak elde etmezler[53]. Görüldüğü gibi, idare ön kararla bireylere ileride bir idari işlem tesis edeceğine dair bir vaatte bulunmamakta, idari işleme ilişkin belirli hususları kesin ve bağlayıcı olarak karara bağlamaktadır. Bu yönüyle de teminattan ayrılmaktadır[54].

---

50 Ayrıntılı bilgi için bkz. Atila Erkal, "Türk, Alman ve İsviçre İdare Hukukunda Arabuluculuk" ***AkdHFD*** Haziran 2022 - C. 12 - S. 1 - s. 39-66; Dursun Çelik, ***Mediation im deutschen und türkischen Verwaltungsrecht,*** Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2020.

51 Çelik, Mediation, s. 130, dipnot 862.

52 Wilfried Erbguth - Annette Guckelberger, ***Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht,*** Nomos Verlag, Baden-Baden, 2020, s. 183.

53 Örneğin bir inşaat ruhsatına ilişkin bir takım hususların açıklığa kavuşması adına idareye başvuran kişi, bu meselelerde sorun olmadığına dair bir onay alması halinde bu ön onaya dayanarak inşaata başlayamaz. Detterbeck, Algemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, s. 170; Rolf Schmidt, ***Allgemeines Verwaltungsrecht,*** Verlag Dr. Rolf Schmidt, Grasberg bei Bremen, 2018, s. 141.

54 Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 28; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 20.

Kısmi ruhsat, projenin bir bölümüne kesin ruhsat verilmesidir. Ön karardan farklı olarak, projenin ruhsat verilen kısmı hayata geçirilebilir[55]. Bu anlamda da, geleceğe yönelik bir teminat olarak görülemez. Ancak doktrinin büyük çoğunluğuna ve yargı kararlarına göre kısmi ruhsat ile sadece projenin bir kısmına hukuken müsaade edilmesi değil, bunun aynı zamanda bütüne ilişkin geçici olumlu bir karar olma özelliği de taşımaktadır[56]. Bu anılan ikinci özelliği ile kısmi ruhsatın bağlayıcı etkisi vardır. Daha açık bir deyişle kısmi onay verilmiş bir projede idare, kural olarak projenin tümüne ilişkin karar verirken olumsuz bir karar vermesi mümkün değildir. Ancak bu bağlayıcılık sınırlıdır. Bazı hallerde kısmen ruhsatlandırılmış projenin tamamının ruhsat başvurusu reddedilebilir. Örneğin Alman Federal Emisyon Kanunu 8. maddesinde açıkça kısmi onay verilmiş projelerde, sonradan maddi veya hukuki olguda değişiklik olması ya da detaylı incelemede kısmi onaydan farklı karar vermeyi gerektirecek hususların olduğu anlaşılması durumunda bağlayıcılığın kısmen veya tamamen kalkacağını düzenlenmiştir[57]. Bu bakımdan kısmi onay teminatla örtüştüğü hatta AİUK 38. maddesinin kıyasen uygulanabileceği belirtilmektedir[58]. Hakikaten kısmi onay, projenin onay verilen kısmı için kesin klasik bir idari işlem, diğer kısmı için ise teminat olarak görülmelidir.

Teminattan ayrılması gereken diğer bir işlem türü de, idarenin geçici (muvakkat) işlemleridir. Geçici idari işlem, asıl idari işlem tesis edilene kadar muvakkaten düzenlemeler içeren işlemdir[59]. Asıl idari işlem tesis edildiğinde, geçici idari işlemin geçmişe etkili olarak yerine geçer. Bir başka deyişle, geçici idari işlem geçmişe dönük etkisini kaybedecektir[60]. Geçici işlem, kendisi münferit bir idari işlemdir[61]. Geçici idari işlem geleceğe ilişkin bir karakter değildir. Aksine tesis edildiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayan bir işlemdir. Bu anlamda teminat ile ayrışmaktadırlar[62]

---

55 Erbguth-Guckelberger, Algemeines Verwaltungsrecht, s. 183, 184.

56 BVerwG 9.7.1982 - C 54.79; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 38.

57 Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 14.

58 Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 39.

59 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, s. 239.

60 Erbguth-Guckelberger, Algemeines Verwaltungsrecht, s. 184.

61 Schmidt, Allgemeines Verwaltungsrecht, s. 141.

62 Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 41.

II. GEÇERLİLİK ŞARTLARI

AİUK 38. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde teminatta, olağan idari işlemden farklı olarak yetkili idare merciince verilmiş olmasını ve yazılı olmasını geçerlilik şartı olarak aranmaktadır. İfade etmek gerekir ki, bu şartlar olağan idari işlemin geçerlilik şartlarına ek olarak getirilmiş şartlardır. Yani AİUK 44. maddesinde düzenlenen yokluk sebeplerinin yanında bu şartların da yerine getirilmemesi teminatı kesin hükümsüz kılacaktır.

Teminat vermede kanunda açıkça düzenlenmiş bu geçerlilik şartlarının, genel anlamda idari güvence için kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bu konuda ağırlıklı kanaat; AİUK 38. maddede hükme bağlanan bu geçerlilik şartlarının, bu normu kıyasen uygulayarak güvence vermede geçerlilik şartı olarak getirilemeyeceği yönündedir. Ancak Kanunun bu hükmünden önce yargı kararlarıyla oluşan genel ilkeler uygulanmaya devam edileceğinden, güvencenin yetkili idare tarafından verilmesi -hatta daha da katı bir şekilde yetkili memur tarafından verilmesi- geçerlilik şartı olarak aranacaktır. Yazılılık ise bir geçerlilik şartı olarak görülmemelidir[63].

A. Yetkili İdari Mercii

AİUK 38. maddesinin 1. fıkrasının lafzını[64] dar yorumlayarak yetkili idare tarafından verilmesini bir geçerlilik şekli olarak görmeyen düşüncenin[65] karşısında, bunu bir hukuka uygunluk şartı değil, geçerlilik şartı olduğunun bu hükümden anlaşıldığını ifade eden bizim de katıldığımız hakim görüş bulunmaktadır[66]. Kanun gerekçesinde de bu ikinci görüşün benimsendiği ifade edilmiştir[67]. Bu

---

63 Ayrıntılı tartışma için bkz. Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 364 vd; aksi düşünce Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 44 vd.

64 Yetkili idare tarafından bir idari işlemin tesis edileceğine veya edilmeyeceğine verilen sözün geçerli olabilmesi için yazılı olması gerekir.

65 Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommnentar Verwaltungsverfahrensgesetz, § 38 k.n.

66 Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 93; Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 359; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 62; Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 36; Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 17; aksi yönde görüş için bkz. Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommnentar Verwaltungsverfahrensgesetz, § 38 k.n. 16, 17.

67 BT-Drs. 7/910, s. 60.

bağlamda AİUK 44. maddesinin 2. fıkrasının 3. numaralı bendinden farklı olarak sadece yer bakımından yetkisizlik durumunda değil, diğer yetkisizlik (konu, fonksiyonel anlamda) hallerinde de teminat geçersiz olacaktır.

Kural olarak teminatı vermeye yetkili idare, temin edilen idari işlem için karar vermeye yetkili kılınan idaredir[68]. Buradaki yetkili idare ifadesinin, kişi bakımında yetkiyi de kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır. Kanun yürürlüğe girmeden önce hakim görüş sadece yetkili mercii tarafından verilmesini değil, aynı zamanda bizzat yetkili kişi tarafından güvence verilmesi geçerlilik şartının bir parçası olduğunu belirtmekteydi[69]. Kanun koyucu bu baskın görüşü benimsememiş ve sadece yetkili idare lafzını kullanmakla yetinmiştir. AİUK yürürlüğe girdikten sonra bu kanaat azınlık olarak kalmıştır. Her ne kadar günümüzde ağırlıklı görüşe göre teminatı veren kamu görevlisinin şahıs olarak tam yetkili olmasını aranmasa da, yine de teminat veren kişide, o idari merci adına bu tür kararlar için irade beyanı açıklamaya yetkili olması ya da vekil kılınması aranmalıdır[70].

Bir idare içinde farklı bir organın yetkili olduğu bir konuda, idareyi temsil yetkisine sahip bir organının teminat vermesi halinde nasıl bir sonuç doğuracağı tartışmalıdır. Bir örnekle açıklayacak olursak, belediye meclisinin yetkili olduğu bir konuda belediye başkanı teminat vermesi halinde, bu teminat geçerli olacak mıdır? İçtihatlarda ve doktrinde yerinde olarak bu halde teminatın geçerli, fakat hukuka aykırı olacağı belirtilmektedir[71]. Yani bu tür bir teminat, geri alma yoluyla idarenin kendisi veya iptal yoluyla mahkeme tarafından hükümsüz kılınmadıkça hukuka uygunluk karinesinden yararlanılarak sonuçlarını doğurmaya devam edecektir.

B. Yazılılık

Kanun teminatın verilmesini, açıkça yazılı şekil şartına tabi tutmuştur. Yazılı şekil şartıyla amaç, bir yandan idareyi bağlayıcı bir teminat vermeden önce düşünmeye ve şartları tekrar kontrol etmeye sevk etmeyi sağlamak (uyarı fonksiyo-

---

68 Hans-Günter Henneke, in: Knack/Henneke, ***Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar***, Carl Heymanns, Köln, 2014, § 38 k.n. 12.

69 BVerwGE 3, 199 (203); Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 96.

70 Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 19.

71 VGH Mannheim NVwZ 1990, 892, 893; OVG Weimar, 24.10.2007 - 1 KO 645/06, Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 63; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 97.

nu), diğer yandan da teminatın verilip verilmediği, verildiyse kapsamının ne olduğunun ispatını kolaylaştırmaktır (ispat fonksiyonu)[72]. Ağırlıklı düşünceye göre teminat talebinin reddedilmesi mutlaka yazılı olmak zorunda değildir[73]. İdare daha önce sözlü olarak verdiği vaadi, yazılı olarak onaylarsa geçerli bir teminat olarak yorumlanmalıdır[74].

AİUK 38. maddesi yazılılık konusunda başka bir hüküm getirmemiştir. Bu bakımdan yazılı metnin hangi şartları taşıması gerektiği hususunda aynı Kanunun 37. maddesinin 3. fıkrasına başvurmak gerekecektir. Bizim de katıldığımız hâkim kanaat, teminatı bir idari işlem olarak nitelendirdiğinden, AİUK 38. maddesinde ayrıksı bir hüküm bulunmadığı müddetçe idari işlemin şartlarına tabi olmalıdır. Dolaysıyla, bu görüş açısından hemen yukarıda adı anılan Kanun hükmünün aynen uygulanması da kaçınılmazdır. Teminatın bir idari işlem olduğu görüşünü paylaşmayanlar da, bu normun aynen uygulanması gerektiği sonucuna varmışlardır[75]. Bu düzenlemeye göre; yazılı metinden hangi idari merci tarafından düzenlendiği anlaşılabilmeli ve metinde o idari merciin yöneticisinin, onun temsilcisinin veya vekilinin imzası ya da ismi olmalıdır. Yargı sürecinde idarenin, bir idari işlemi tesisi ya da tesis edilmemesi yönünde vaatte bulunması ve bunun da tutanak altına alınması halinde yazılılık şartı gerçekleşmiş sayılır[76]. Basit yazılı şekil, teminat için yeterlidir. Bu durum temin edilen idari işlem için daha özel şekil şartı öngörülmüş olması halinde de değişmez[77].

Yazılı şekil şartı, AİUK 3a maddesi 2. fıkrası uyarınca elektronik form ile ikame edilebilir. Bir başka deyişle, dijital yolla verilmiş teminat geçerlidir. Fakat herhangi bir e-imza olmadan basit bir mail yoluyla verilmiş teminatın, şekil şartını sağlamayacağı yönünde görüş birliği vardır[78].

---

72 Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 39.

73 Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 20; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 99; farklı düşünce Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 116.

74 VGH Mannheim NVwZ-RR 1995, 506, 507; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 55.

75 Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 101.

76 Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 59.

77 Henneke, in: Knack/Henneke, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 13.

78 Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 103.

C. Diğer Şartlar

AİUK 38. maddesinin 2. fıkrasında teminatın geçersizliği hususunda, 1. fıkra hükmüne halel gelmeden 44. maddenin aynen uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan, 44. maddedeki yokluk sebeplerine de ele almak gerekmektedir.

AİUK 44. maddesinin 1. fıkrasına göre; bir idari işlemde ağır ve açık bir hukuka aykırılık var ise o işlem yoklukla maluldür. Bir teminatta da açık ve ağır hukuka aykırılık olması halinde yokluk hükümlerine tabidir. Örneğin özel kanunda, bir konuda teminat verilmesini açıkça yasaklanmasına rağmen - örneğin Alman Federal Kamu Görevlileri ve Hakimlerin Emekliliklerine İlişkin Kanunu (Gesetz über die Versorgung der Beamten und Richter des Bundes) 3. maddesinde olduğu gibi- o konuda teminat verilmesi durumunda hükümsüz olacaktır[79].

AİUK 44. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, 1. fıkradaki yokluk sebebinin olup olmadığına bakılmaksızın aşağıdaki 6 halde idari işlem hükümsüz olacaktır.

1. idari işlemin yazılı veya elektronik ortamda tesis edilmesi durumunda, işlemi tesis eden idare tespit edilmiyorsa
2. mevzuat gereği bir idari işlem ancak belgenin elden teslim yoluyla tesis edilmesi gerekirken, buna uyulmaması
3. bir idari işlemin, yer bakımında yetkisiz bir merci tarafından tesis edilmesi
4. idari işlemin icrası fiilen imkânsız olması
5. idari işlemin, suç oluşturan ya da idari para cezası gerektiren eylemin icrasını gerektirmesi
6. idari işlemin konusunun ahlaka aykırı olması

Bu yokluk sebeplerinden ilk üçü teminat için bir önem arz etmemektedir. Zira 1 numaralı hüküm, yukarıda da açıklandığı üzere 38. madde de - teminatın yazılı olma zorunluluğu- zaten mevcuttur. 2 numaralı hüküm, teminatın yokluğuna sebebiyet vermez. Çünkü temin edilen idari işlem daha ağır şekil şartlarına tabi tutulsa dahi, teminatın yazılı şekil şartına uygun verilmesinin yeterli olacağını belirtmiştik. 3 numaralı bentte ise sadece yer yönünden yetkisizlik,

[79] Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 103.

yokluk sebebi sayılmıştır. Oysa yukarıda da değinildiği gibi teminatın tüm yönleriyle yetkili idari makamca verilmesi geçerlilik şartıdır.

Bunların yanında teminatın geçerliliğine dair, AİUK 43. maddesi hükümleri de uygulanacaktır[80]. Bu maddenin 1. fıkrası uyarınca; bir idari işlem ancak aynı Kanun'un 41. maddesinde belirtilen usuller çerçevesinde ilgilisine bildirildikten sonra geçerli olacaktır. Buradan da anlaşılacağı üzere bir teminatın yazılı olarak hazırlanması, ilgilisi için hüküm doğurabilmesi adına yeterli değildir. Bu işlemin, aynı zamanda usulüne uygun bir şekilde kendisine bildirilmesi gerekmektedir. Yine 43. maddenin 2. ve 3. fıkralarına göre, yoklukla malul olmayan bir teminat hukuka aykırı da olsa hükümsüz kılınana kadar geçerliliğini koruyacaktır.

III. HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

Teminatın geçerlilik şartları olduğu gibi, birtakım hukuka uygunluk şartları da bulunmaktadır. Şimdi açıklanacak olan şartlara uymayan bir teminat, geçerli fakat hukuka aykırı verilmiş olacaktır.

A. Kanuni Dayanak

Kural olarak idarenin işlem tesis edebilmesi veya eylemde bulunabilmesi için, o konuda kanun tarafından yetkilendirilmiş olması gerekir[81]. Doktrinde AİUK'un 38. maddesinin teminat için genel bir kanuni dayanak oluşturup oluşturmayacağı tartışılmaktadır[82]. Hakim görüşe göre, bu norm yalnızca teminata ilişkin genel esasları belirlemektedir, bu yüzden de idarenin kendi görev alanına giren her konuda teminat verebileceğine dair genel bir kanuni dayanak olarak kabul edilemez[83]. Bununla birlikte teminat için, temin edilecek idari işlemden ayrı özel bir kanuni dayanağa da ihtiyaç yoktur. İdarenin, bir idari işlem tesis etmesi için kanunen yetkilendirilmiş olması, o idari işlemin tesisi edilip edil-

---

80 Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 68.

81 Bahtiyar Akyılmaz - Murat Sezginer - Cemil Kaya, ***Türk İdare Hukuku,*** Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s. 116.

82 Huck/Müller, VwVfG Kommnentar**,** § 38 k.n. 8; Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 360.

83 Stefan Kingler-Andreas Krebs, "Die Zusicherung, § 38 VwVfG", ***Juristische Schulung,*** 2010, C.12, s. 1061; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommnentar Verwaltungsverfahrensgesetz**,** § 38 k.n. 26; Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 22; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 53; Martin Müller, 8.

memesi noktasında teminat verebilmesi için yeterli yasal dayanak oluşturur[84]. Daha genel bir ifadeyle, idareler kanunen yetkilendirildikleri her konuda idari güvence verebilirler. Ancak kanun idari işlem için yetki vermiş, teminat verilmesini de yasaklamışsa idarenin kanuniliği ilkesinin diğer boyutu olan idarenin kanuna aykırı davranmama zorunluluğundan kaynaklı olarak teminat verilemez[85].

B. Katılım Gerekliliği

AİUK 38. madde 1. fıkra 2. cümlesi uyarınca; mevzuat bir idari işlemin tesisinden önce katılanların dinlenilmesi veya başka bir idari mercii veya komisyonun iştirakini öngörmüşse, bu işleme ilişkin teminat ancak bu şartların gerçekleşmesinden sonra verilebilir. Bu düzenlemeyle öncelikli olarak amaçlanan; karara katılan bu kişi ve/veya kurumları/komisyonların bilgilerinden ve düşüncelerinden yararlanarak teminatın hatasız bir şekilde verilmesi olasılığını yükseltmektir[86]. Ayrıca teminatı, katılımı gerekli aktörlere karşı da bağlayıcı olmasını sağlamaktır. Gerçekten de mevzuatın idari işlemin yapılış sürecine katılımını/iştirakini gerekli kıldıkları aktörler teminatın verilme sürecine dahil edilmezse, daha sonra da temin edilen idari işlem tesisi/tesis edilmemesi kararına karşı çıkarlarsa ya da dava açarlarsa idare bu teminatını yerine getiremez. Bu bakımdan daha teminatın verilme sürecinde bu aktörlerin sürece dahil edilmesi önem arz etmektedir[87].

Temin edilen idari işlemden etkilenecek 3. kişilerin dinlenilmeden veya diğer idari merci ya da komisyonun iştirakini sağlamadan verilen teminat geçersiz değil sadece hukuka aykırı verilmiş olur ki; bu hukuka aykırılığın sonradan düzeltilmesi (idari işlemin ıslahı) mümkündür[88]. AİUK 38. maddesinin 2. fıkrası, 45. maddenin 1. fıkrasının 3-5. bentleriyle, 2. fıkrasının aynen uygulanacağını belirterek bu olanağı açıkça düzenlemiştir.

---

84 Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommnentar Verwaltungsverfahrensgesetz**,** § 38 k.n. 26.

85 Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 53.

86 BT-Drs. 7/910, s. 60.

87 Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 44.

88 Ayrıntılı bilgi için bkz. Atila Erkal, "İdari İşlemde Usul ve Şekil Sakatlıklarının Sonradan Düzeltilmesi ve Almanya Örneği" ***AkdHFD*** Aralık 2021 - C. 11 - S. 2, s. 183-208.

1. Katılanların Dinlenilmesi

Yukarıda da zikredildiği gibi AİUK 38. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi, şayet bir kanun ile idari işlemin tesisinden önce katılımcıların dinlenilmesi şart koşulmuş ise, o işlem için verilecek teminattan önce de bu şartın gerçekleşmesi gerektiği hükmüne haizdir. Bu hüküm anlamında katılımcı kavramından ne anlaşılması gerektiğini araştırmak gerekmektedir. AİUK 13. maddesi katılımcı hususunda genel düzenlemedir. Dolaysıyla katılımcının tespiti için öncelikle bu hükmü esas almak gerekir. Bu madde katılımcıları ikiye ayırmaktadır. 1. fıkrada zorunlu katılımcılar, 2. fıkrasında zorunlu olmayan katılımcılar kural altına alınmıştır. Bu çerçevede zorunlu katılımcıların dışında bir katılımcıdan bahsedebilmek için, idari işlemin yapılış sürecine yetkili idare tarafından katılımcı olarak dahil edilmiş olunması gerekmektedir. Bir başka söylemle, idarenin idari işlemin yapılış sürecine dahil edilmemiş kişilerin - zorunlu katılımcılar dışında - dinlenilmesi bu madde kapsamında zorunlu değildir[89]. Teminat verme sürecinde henüz idari işlem süreci başlamadığından, katılımcıların araştırılması görevinin öne çekilmesi gündeme gelecektir[90].

AİUK 38. maddesi 1. fıkrası 2. cümlesinde her ne kadar açıkça dinleme terimini kullanmış olsa da, bu sadece AİUK 28. madde anlamında dinlemeden ibaret olmayacağı aynı zamanda Kanunun 9 vd. maddelerinde idari sürece katılanlara verdiği diğer tüm usuli hakları da -örneğin belgelerin incelenmesi- kapsadığı not edilmelidir[91].

2. Diğer İdari Mercilerin veya Komisyonların İştiraki

Katılım gerekliliğinin, ikinci görünümü idari işlemi tesis etmeye yetkili idari mercii dışında bir merci ya da komisyonun teminat sürecine iştirakidir. Buradaki iştirakten, kurum ve komisyonların her türlü iştirak formu anlaşılmalıdır. Bu bağlamda başka bir idari aktörün muvafakati ya da onayı söz konusu olabileceği gibi, dinlenilmesi veya danışılması da bu kapsamda değerlendirilir[92]. Bu hükmün uygulama alanı bulabilmesi için, mevzuatın zorunlu bir iştirak öngörmüş olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle idarenin takdirinde olan ihtiyari iştirak

89 Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 77.

90 Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 119.

91 Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 26; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 120.

92 Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 27.

hallerinde (örneğin ihtiyari danışma) teminat verilmeden önce diğer makam veya komisyonların karara katılımlarının sağlanmaması, teminatın hukuka aykırılığına yol açmaz[93]. Fakat idarenin, diğer idari merci veya komisyonların görüş/önerileri ile bağlı olmaması, iştirakin mutlaka ihtiyari olduğu anlamına gelmez. Kanun bir görüş alınmasını zorunlu tutmuşsa - karar verecek idarenin bu görüşe uymak zorunda olmasa dahi - bu zorunluluğun yerine getirilmesi hukukilik şartıdır.

C. Sair Hukuka Uygunluk Şartları

AİUK 38. maddesi hükmü yukarıda açıklanan hukuka uygunluk şartlarına yer vermiş olsa da, teminatın hukukilik şartları sadece bu hükümdekilerle sınırlı değildir. Hakim görüşe göre teminat; idari işlem niteliğine haiz olduğundan, idari işlemin hukuka uygunluk şartlarına tabi olması bu düşüncenin doğal sonucudur. Bu bağlamda örneğin teminatın AİUK 39. maddesinde emredilen gerekçe yükümlülüğünü[94] taşımaması ya da 37. maddedeki belirlilik şartına yeterince uymaması halinde hukuka aykırı olacaktır[95]. Yukarıda da değinildiği üzere hakim görüşe göre; AİUK 38. maddesinin 2. fıkrasında 45. maddenin 1. fıkrasının 1 ve 2. numaralı bentlerine aynen kullanılacağına dair bir atıf yapmamışsa da bu hükümler de uygulanacaktır. Bu görüş uyarınca teminatın gerekçe eksikliği daha sonradan düzeltilebilecektir[96].

İdare temin edeceği idari işlemin de şartlarını ayrıca araştırmalıdır. Başka bir anlatımla, eğer idare tarafından temin edilen idari işlem mevcut şekli ve maddi hukuki şartlar altında tesis etmesi halinde işlem hukuka aykırı olacaksa, teminat da hukuka aykırı olur[97]. Bir başka söylemle, teminat anında temin edilen idari işlemin hukukilik şartlarında bir noksanlık varsa, bu teminata da sirayet eder ve teminat hukuka aykırı halde verilmiş olur.

---

93 BVerwG NJW 1987, 2180, 2181; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 80.

94 Atila Erkal, "Türk ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü", ***Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,*** 2009, C. 17, S. 1, s. 119-150.

95 Hans Meyer - Hermann Maciejewski Borgs, ***Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar***, Metzner, Frankfurt am Main, 1982, § 38 k.n. 22.

96 Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 58.

97 Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 23.

IV. BİREYLERİN TEMİNAT TALEBİ VE BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ YOLLAR

İdari mercilerin, kişilerin bir idari işlemin tesis edilmesi/edilmemesi yönünde teminat taleplerini karşılamak zorunda olup olmadıkları ile bu taleplerin reddedilmesi halinde başvurulabilecek hukuki yolların incelenmesi gerekmektedir.

A. Teminat Hakkı

AİUK 38. maddesi idarenin, yönetilenlerin teminat taleplerine olumlu cevap vermek zorunda olup olmadığına ve bunun şartlarına dair bir hüküm barındırmamaktadır. Bu yüzden de özel kanunlarda farklı bir düzenleme bulunmuyorsa teminat verilip verilmemesi idarenin takdirinde olduğu yönünde görüş birliği vardır[98]. Teminat için başvuru yapan bireyler, takdir hatası[99] olmadan karar verilmesi hakkına sahiptirler[100].

İdarenin teminat verip vermemeye yönelik takdir yetkisi, bazı istisnai hallerde ortadan kalkar ve bağlı yetki haline gelir[101]. Baştan dile getirmek gerekir ki; bunun için temin edilecek idari işlemi tesis edilmesinin ya da edilmemesinin anki şartlarda hukuka uygun olması gerekir. Bir diğer söyleyişle teminat verilecek olan idari işlemin tüm şartlarının mevcut olması gerekir[102]. Bu şekilde takdir yetkisinin kalktığı durumların başında, bir idari işlemin tesis edilmesinin, başka bir idari işlemin temin edilmesine bağlı olduğu durumlar gelir[103]. Alman Federal Yüksek İdare Mahkemesi; Alman vatandaşlığı almak isteyen bir yabancının vatandaşlığa alınacağına dair teminat almasında hakkının olduğuna hükmetmiştir. Alman vatandaşlık hukukunda, kural olarak çifte vatandaşlık mümkün değildir,

---

98 OVG Münster NWVBl 1996, 108, 110; Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 85; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 110; aksi kanaat için bkz. Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 24.

99 Ayrıntılı bkz. Dilşat Yılmaz, "Alman İdare Hukuku'nda İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", ***İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,*** 2011, C. XIX, S. I-2, s. 1019-1032.

100 Huck/Müller, VwVfG Kommnentar**,** § 38 k.n. 9; Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 24.

101 Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 24; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 112; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommnentar Verwaltungsverfahrensgesetz, § 38 k.n. 28.

102 Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 113.

103 Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 112.

bu nedenle de bir yabancı mevcut vatandaşlığını bırakmadığı müddetçe Alman vatandaşlığı alamaz. Vatandaşlıktan çıkma gibi önemli bir kararı da ancak kendisine teminat verilmesi durumunda alabilecektir. Hal böyleyken idarenin bu durumda teminat verip vermemede idarenin takdir yetkisi kalkar[104]. Bunların dışında idare, daha önce benzer konularda teminat vermişse ve farklı bir karar vermesi için objektif bir sebep de yoksa eşitlik ilkesi ve idari istikrar ilkesi gereği teminat vermek zorundadır[105]. Temini istenen idari işlemde bağlı yetkisin bulunması ve bu idari işlemin şartlarının mevcut olması halinde de idarenin takdir yetkisinin kalkıp kalkmayacağı konusu tartışmalıdır. Ağırlıklı görüşe göre bu durumda da idarenin takdir yetkisi devam etmektedir. Çünkü idari işlem ile teminat farklı kurumlardır. Bağlı bir idari işlem olması, o işlemin tesis edileceği ya da edilmeyeceği yönünde bireylere teminat verme zorunluluğunu doğurmayacağı hâkim kanıdır[106]. Buna karşılık haklı olarak bir idari işlemin tüm şartları mevcutsa ve idarenin bağlı yetkisi varsa teminat hakkının kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır[107]. Bu bir yandan hukuk devleti, hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik ve iyi yönetim ilkelerinin bir gereği olduğu gibi, diğer yandan da evleviyet kuramının sonucudur. İdari işlemin tesis edilmesi yönünde bir zorunluluğu olan idarenin, o işlemin temin edilmesine ilişkin evleviyetle mecburiyeti bulunması gerekmektedir. Zira idare idari işleme yönelik teminat vermesi, o işlemi her ne olursa olsun tesis etmek zorunda olduğu anlamına gelmez. Aşağıda üzerinde durulacağı üzere, AİUK 38. maddesi 3. fıkrası teminatın verilme anındaki ile idari işlemin tesisi anındaki koşuların farklı olması halinde idarenin teminatla bağlayıcılığının kalmayabileceğini özel olarak öngörmektedir.

B. Muhatabın Başvurabileceği Hukuki Yollar

İlgilinin teminat ve güvence taleplerinin reddedilmesi ile verilen sözün yerine getirilmemesi hallerinde başvurabilecekleri hukuki yolların olup olmadığı, şayet varsa bu yolların hangilerinin olduğu tetkik edilmelidir.

---

[104] BVerwG NJW 1987, 2180.

[105] Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 24; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 110; Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 84; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommnentar Verwaltungsverfahrensgesetz**,** § 38 k.n. 27; Huck/Müller, VwVfG Kommnentar**,** § 38 k.n. 9; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 54.

[106] Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 110; Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 85.

[107] Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 24.

1. Teminatın/Güvencenin Reddedilmesi Halinde

Bireylerin teminat veya geniş anlamda güvence talebinin idare tarafından reddedilmesi halinde idari yargı yerlerinde dava açıp açamayacağı, açabilirse bu davanın türü ne olacaktır sorusu gündeme gelecektir. Teminatın ve güvencenin reddine ilişkin ilgilinin dava açabilmesi, hukuki yararının olmadığından bahisle - önleyici hukuki koruma olduğu gerekçesiyle - reddedilemez[108]. Daha açık bir ifadeyle, ilgilinin bu ret işlemine karşı dava yoluna başvurmasında engel bulunmamaktadır. Bu davanın türünün ne olacağı sorusuna verilecek cevap ise, teminatın ve güvencenin yukarıda tartışılan hukuki niteliğine bağlı olarak değişecektir. Burada da savunulduğu gibi teminat ve güvence idari işlem olarak kabul eden sav benimsenirse, açılacak dava türü öncesinde bir idari itiraz yolu işletilmek kaydıyla yükümlülük (Verpflichtungsklage) davasıdır[109]. Bu kurumların idari işlem nitelikleri reddedilmesi durumunda ise, genel eda (Allgemeine Leistungsklage) davası açılması gerekmektedir[110].

2. Verilen Teminata/Güvenceye Uyulmaması Halinde

İdarenin verdiği teminata ya da güvenceye aykırı davranması halinde, teminatın muhatabın sübjektif kamusal bir hakkının ihlal edildiği şüphesizdir. Bu durumda, bu kişi dava açarak ihlalin giderilmesini isteme hakkı doğacaktır. Bu davanın türü; vaadin içeriğine göre değişmektedir. Şayet idare, bir idari işlemi tesis etmeyi temin etmiş ve bunu gerçekleştirmemişse, açılacak dava yükümlülük davası olacaktır[111]. Buna karşılık tesis edilmeyeceği yönünde teminat verilen bir idari işlem tesis edilmişse, bir görüşe göre teminata aykırı olarak tesis edilen idari işlemin hükümsüz kılınması (geri alınması[112]) talepli yükümlülük davası açılması gerekir[113]. Öğretinin bir kısmı ise, bu durumda teminata aykırı olarak

---

[108] OVG Münster NWVBl 1988, 49, 50 vd.; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 117; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 167.

[109] Alman idari yargılama hukukunda bir dava türü olan yükümlülük davası ile ilgili detaylı bilgi için bkz. A. Çağrı Yıldız, ***Alman İdari Yargılama Hukukuna Özgü Bir Dava Türü - Yükümlülük Davası***, XXI Levha, İstanbul, 2021; Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 95.

[110] Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 167.

[111] BVerwGE 97, 323, 326; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 122; Huck/Müller, VwVfG Kommnentar**,** § 38 k.n. 15.

[112] Geri alma ayrı bir idari işlem olduğundan bir nevi yeni bir idari işlem tesisi talep ediliyor.

[113] BVerwG 17.10.1975 - IV C 66.72, DVBl 1976, 222 vd.; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 170.

çıkarılan idari işleme karşı iptal davası açılması gerektiği haklı olarak savunmaktadırlar[114]. İdare, idari işlemin tesis edilmesi ya da edilmemesi dışında başka vaatte bulunmuş ve bu vaadine uygun hareket etmemişse açılacak dava genel ifa davası olacaktır[115]. Teminatın varlığına ve geçerliliğine ilişkin bir ihtilaf olması durumunda ise tespit davası gündeme gelecektir[116].

V. TEMİNATIN BAĞLAYICILIĞINI/GEÇERLİLİĞİNİ YİTİRMESİ

Geçerlilik şartlarına uygun verilen teminat, idare tarafından AİUK 38. maddesi 2. fıkrası atfına binaen aynı Kanunun 48. ve 49. maddeleri uyarınca idare tarafından geri alınabilir veya kaldırılabilir. Bunun dışında teminat, 3. kişiler tarafından da mahkemede iptal ettirilerek geçerliliğini kaybedebilir. AİUK 38. maddesi 3. fıkrası teminatın bağlayıcılığını yitirmesine ilişkin özel bir hüküm getirmiştir. Buna göre; teminat verildikten sonra maddi veya hukuki durumda bir değişiklik olması ve bu değişiklik teminatın verilmesi sırasında idare tarafından biliniyor olsaydı teminatı vermeyecek idiyse ya da hukuki sebeplerden dolayı veremeyecek idiyse teminat bağlayıcılığını kaybeder.

A. İdare Tarafından Hükümsüz Kılınması

Yukarıda açıklanan geçerlilik koşullarına uyularak verilen teminat idare tarafından hükümsüz kılınabilir[117]. Bu imkân, AİUK 38. madde 2.fıkrasında, hukuka aykırı idari işlemlerin geri almasını düzenleyen 48. maddesi ile hukuka uygun idari işlemlerin kaldırılmasını düzenleyen 49. maddelerinin aynen uygulanacağı açıkça ifade edilerek tanınmıştır. Bu hükümlerin aynen uygulanacağına ilişkin açık atıf yapıldığından, teminatın bir idari işlem olarak görülmesi veya görülmemesi bu normların aynen uygulanmasında bir rol olarak oynamaz. Yine bu

---

[114] Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 122; Huck/Müller, VwVfG Kommnentar, § 38 k.n. 15; Bu halde iptal davasının ancak, teminatla sağlanan hakkın aynı zamanda mevzuattan da kaynaklandığı hallerde açılabileceği yönündeki kanaat için bkz. Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 96.

[115] Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 170.

[116] Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 98; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 170.

[117] Alman idare hukukunda idari işlemin, idare tarafından hükümsüz kılınmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Dilşat Yılmaz, "Alman İdari Usul Hukuku'nda İdari İşlemin İdare Tarafından Hükümsüz Kılınması" ***Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2011, C. XV, S. 2, s. 253 - 272; Dursun Çelik, "Alman İdare Hukukunda Güvenin Korunması İlkesi", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,*** 2020, C. 10, S. 1, s. 117-147.

açık atıf sebebiyle, teminatın borçlar hukuku hükümleri uyarınca iptali yolu açık değildir[118].

İdari işlemde olduğu gibi idare, teminatı yeni bir idari işlem ile açıkça AİUK 48. maddesi uyarınca geri alabilir veya 49. madde çerçevesinde kaldırabilir. Lakin hükümsüz kılma mutlaka açıkça olmak zorunda değildir, bu zımnen de -temin edilen idari işlemi tesis etmemesi ya da tam tersi durumda zımnen teminatı hükümsüz kıldığı varsayılabilir- gerçekleştirilebilir[119]. Hukuka aykırı teminatın geri alınması, idari işlemlerin geri alınmasından herhangi bir farklılık bulunmazken, hukuka uygun teminatın kaldırılması AİUK 38. madde 3. fıkrası dolaysıyla idari işlemin kaldırılmasından ayrıştığını saptamak gerekir. AİUK 49. maddesi 2. fıkrası 3 ve 4. bentlerinde maddi ve hukuki olgularda sonradan bir değişiklik meydana gelmesi bir kaldırma sebebi olarak düzenlenmiştir. Ancak bu durum teminat için söz konusu olduğunda, AİUK 38. maddesi 3. fıkrasındaki özel hüküm sebebiyle, teminatın kaldırması gündeme gelmeyecektir[120].

AİUK 49a maddesi, teminatın hükümsüz kılınmasında uygulama alanı bulmayacaktır. Çünkü bu norm, geçmişe etkili olarak hükümsüz kılınan bir idari işlem sebebiyle yapılan ödemenin iadesini düzenlemektedir. Teminatta ise henüz böyle bir ödeme bahis konusu olmadığından bu maddenin uygulanması gündeme gelmez[121].

B. Mahkeme Tarafından İptal Edilmesi

Bir idari işlemin tesis edilmesi/edilmemesi muhatabı için olumlu, üçüncü kişi(ler) için ise olumsuz etkiler doğurabilir. Ya da tam tersi, olası bir idari işlemden olumsuz etkilenecek üçüncü kişilere idari işlemin gerçekleşmeyeceği yönünde teminat verilebilir. Bu iki olasılığı literatürde verilen en yaygın örnekle açıklayacak olursak; ileride bir arazide bir tesis kurmayı düşünen arazi sahibinin idareye başvurarak orada kurulacak tesisin inşaat ruhsatı için bir teminat alması durumunda, komşuları bu teminattan etkilenecektir. Diğer olasılıkta ise komşuların idareye başvurarak, orada olası bir tesis inşaatı için ruhsat verilmeyeceği yönünde bir teminat almaları halinde ise, arazi sahibi bu teminattan etkile-

---

[118] BVerwGE 97, 323 (329); Kyrill-Alexander Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer, ***Handkommentar Verwaltungsrecht,*** Nomos, Baden-Baden, 2021, VwVfG, § 38 k.n. 37.

[119] Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 35a.

[120] Bu konu ayrıca ele alınacaktır.

[121] Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 90.

necekti. Bu tür üçüncü kişileri etkileyen (Drittwirkung) teminatlara karşı, teminatın muhatabı olmayan ancak etkilenen üçüncü kişiler iptal davası açabilir[122]. Bu iptal davasında, temin edilen asıl idari işleme karşı açılması için gerekli olan dava şartları aranacaktır[123]. Bir iptal davası söz konusu olduğundan öncelikle idari itiraza başvurulması zorunludur[124].

Bir teminatın üçüncü kişiler için bağlayıcı olabilmesi için, bu teminatın onlara usulüne uygun bir şekilde bildirilmesi ya da o kişilerin bu teminatta haberdar oldukları ispatlanması gerekir. Şayet teminattan etkilenen bir üçüncü kişi için bu şartlar var ise, o kişi süresinde bu teminata karşı dava açmalıdır. Aksi takdirde teminat artık onun için bağlayıcı hale gelecek ve temin edilen idari işleme karşı da dava açma hakkını kaybedecektir[125].

Üçüncü kişilerin açacakları bu davada yukarıda açıklandığı gibi hem teminatın hem de temin edilen idari işlemin hukukilik şartları incelenecektir. Özellikle AİUK 38. maddesi 1. fıkrasında öngörülen katılıma ilişkin (katılımcıların dinlenilmesi ve diğer makamların iştiraki) şartlarda bir eksiklik varsa ve 45. madde uyarınca da bu eksiklik de sonradan giderilmemişse, teminat iptal edilecektir. Ancak hukuka aykırılık sadece bu eksiklikten kaynaklanmayabilir, bunun dışındaki sebeplerle de hukuka aykırılık olabileceğini belirtmek gerekir.

Her ne kadar, teminatı düzenleyen 38. madde, 50. maddenin uygulanacağına dair açıkça bir atıfta bulunmasa da, öğretinin büyük çoğunluğu yerinde bir görüş olarak AİUK 50. maddesinin teminatta da uygulanması gerektiği kanaatindedirler[126]. Buna göre; etkilenen üçüncü kişi tarafından teminatın iptal ettirilmesi halinde, teminatın lehtarının güvenin korunması hükümlerinden yararlanması oldukça sınırlı hale gelecektir[127].

---

[122] Timo Hebeler - Björn Schäfer, "„Versprechungen" der Verwaltung - Zusagen, Zusicherungen und ähnliche behördliche Erklärungen", ***Juristische Ausbildung,*** 12/2010, s. 884.

[123] Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 174.

[124] Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 99.

[125] Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 119 vd.

[126] Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 32; Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 66; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 93; Huck/Müller, VwVfG Kommnentar**,** § 38 k.n. 11.

[127] Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 66; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 93.

C. AİUK § 38/3 Uyarınca Bağlayıcılığın Kalkması (Clausula rebus sic stantibus)

Teminatın geleceğe ilişkin olması hasebiyle AİUK 38. madde 3. fıkra özel bir düzenleme içermektedir. Buna göre teminatın verilmesinden sonra maddi veya hukuki durumda bir değişiklik meydana gelmesi hallerinde teminatın bağlayıcılığı ortadan kalkar. Anılan madde ile kanun koyucu, sözleşme hukukunda geliştirilen işlem temelin çökmesi kuramının spesifik bir halini kurala bağlamıştır. Bu madde, teminat için özel hüküm olduğundan, hukuka uygun bir idari işlemin tesisinden sonra maddi ve hukuki koşullarda değişiklik olması sebebiyle ilga imkanı veren AİUK 49. madde 2. fıkra 3 ve 4 numaralı bentlerinin uygulanmasının[128] önünü kapamaktadır[129].

AİUK 38. madde 3. fıkrada hüküm altına alınan clausula rebus sic stantibus teminat dışında kalan idari güvencelerde de geçerli olacağı yargı kararlarında[130] ve doktrinde[131] haklı olarak belirtilmektedir.

Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere, teminatın bağlayıcılığının ortadan kalkması için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki teminatın verilmesinden sonra maddi veya hukuki koşullarda değişiklik, ikincisi ise bu değişikliğin 'ehemmiyetli' olmasıdır.

1. Maddi veya Hukuki Koşullarda Değişiklik Şartı

Bu anlamda maddi veya hukuki koşularda bir değişikliğin mevcudiyetine, teminatın veriliş zamanındaki olgular ve hukuk kuralları ile bağlayıcılığın kalktığının gündeme geldiği zamandaki maddi ve hukuki durumlar objektif kıstaslar çerçevesinde karşılaştırılarak karar verilir[132]. Teminatın verilmesi anında aslında var olan, ancak idarenin sonradan bunu öğrenmesi teminatın bağlayıcılığını yitirmesine neden olmaz. Yine aynı şekilde bir vakıa ya da olgunun teminat

---

[128] Bu konuda bkz. Çelik, "Alman İdare Hukukunda Güvenin Korunması İlkesi", s. 140, 141.

[129] Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 36; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommnentar Verwaltungsverfahrensgesetz**,** § 38 k.n. 43.

[130] BVerwG 15.12.1992 - 1 WB 35/92, NVwZ-RR 1993 643 vd.; BVerwG 30.08.2001 - 1 WB 45/01, OVG Hamburg 15.12.1981, VG Würzburg 30.09.2014 - W 1 K 12.767; BGH 28.09.1995 - III ZR 201/94, NVwZ-RR 1996, s. 66.

[131] Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 95; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 153.

[132] Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 362; Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 71.

verme anında yanlış değerlendirilmesi ve bu yanlışın daha sonradan fark edilmesi bu anlamda bir değişiklik olarak değerlendirilemez. Ancak bu durumlarda teminatın geri alınması veya ilgası gündeme gelebilir[133].

Bu madde kapsamında bağlayıcı etkiyi ortadan kaldıran bir değişiklikten söz edebilmek için, değişiklik gösteren hususun teminat verilmesinde bir rol oynaması gerekmektedir. Bir başka deyişle, teminat için bir anlamı olmayan hususların sonradan değişmesi veya ortaya çıkması, teminatın bağlayıcılığına halel getirmez. İdarenin teminat ile ilgili takdir yetkisini kullanırken etken olan olgu ve vakıalar, teminat için önem taşımaktadır. Yani bu olgu veya vakıalarda meydana gelen değişiklik, burada aranan değişiklik şartını sağlamaya yetecektir[134].

Buradaki şartı sağlayan bir değişikliğin bizzat idareden kaynaklanması, teminatın bağlayıcılığının yitirmesine engel olmadığı kanaati hâkimdir[135]. Aynı şekilde idarenin bir parasal yardımı temin ettiği hallerde, bütçenin öngörülemez şekilde kötüleşmesi de bu anlamda bir değişiklik olarak görülmektedir[136].

İdarenin kendi pratiğini (takdir yetkisi kullanma pratiği) ya da hukuki değerlendirmesini değiştirmesi, haklı olarak buradaki değişiklik şartını sağlayan bir değişiklik olarak kabul edilmemektedir[137].

AİUK 38. madde 3. fıkrasına göre teminatın bağlayıcılığının kalkması sadece maddi koşullarda değişiklik durumunda değil, hukuki durumun değişmesi

---

[133] Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommnentar Verwaltungsverfahrensgesetz**,** § 38 k.n. 44; Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 37.

[134] Hebeler - Schäfer, "„Versprechungen" der Verwaltung - Zusagen, Zusicherungen und ähnliche behördliche Erklärungen", s. 883; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 153.

[135] Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 99; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 154; haklı olarak idarenin kendi davranışlarıyla, kendi bağlayıcılığını ortadan kaldırmasının hakkaniyete uygun bulmayan görüş için bkz. Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 362.

[136] OVG Berlin 16.12.2004 - 5 B 4.04, JZ 2005, 674; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 100; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 154.

[137] OVG Lüneburg, NJW 1977, s. 74; NdsOVG, NVwZ-RR 1994, s. 12; Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 362; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommnentar Verwaltungsverfahrensgesetz**,** § 38 k.n. 44; Hebeler - Schäfer, "„Versprechungen" der Verwaltung - Zusagen, Zusicherungen und ähnliche behördliche Erklärungen", s. 883.

halinde de gündeme gelir. Diğer bir anlatımla, teminatın verilmesine esas olan hukuk normlarının değişmesi ile Clausula rebus sic stantibus ilk şartı gerçekleşmiş olur. İçtihatların değişmesi kural olarak, bu anlamda bir değişiklik olarak kabul edilemez[138]. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin teminatın verilmesinde belirleyici olan bir kanun için verdiği yokluk kararları ile idari yargı yerlerinin, idarenin düzenleyici işlemlerini geçersiz sayan kararları bu şartı sağlamaya elverişlidir. Zira bu kararlar, teminatın dayanak normlarını hiç hukuk aleminde olmamış gibi muamele görmesine neden olan kararlardır[139]. Yine Avrupa Adalet Divanı'nın bir içtihadının değişmesi sonucu bir hukuk normu uygulanamaz hale gelmişse değişiklik koşulu sağlanmış olur[140].

2. Ehemmiyet Şartı

AİUK 38. madde 3. fıkra uyarınca yukarıda açıklanan değişiklik şartının var olması, tek başına teminatın bağlayıcılığını yitirmesi için yeterli değildir. Aynı zamanda bu değişikliğin teminat için ehemmiyetli olması gerekmektedir. Kanun, bu hususu iki alternatifli olarak düzenlemiştir. Birinci alternatifte; idare bu değişikliği biliyor olsaydı, teminatı vermeyecek idiyse bağlayıcılık düşer. İkinci alternatif ise; meydana gelen değişiklikler sebebiyle teminatın verilmesi artık hukuken mümkün olmamasıdır.

Birinci ihtimal; idarenin yeni durumu (değişikliği) biliyor olsaydı teminatı vermeyecek olmasıdır. Bu bağlamda; teminatın verilmesinden sonra meydana gelen değişikliği, idarenin teminatı verme anında biliyor olması halinde bağlayıcılık kalkmayacaktır[141]. Farzı misal teminat verilen idari işlemle alakalı bir kanun değişikliği teklifinin olduğunu bildiği halde idare teminat vermişse, teklifin aynen kabul edilmesi koşuluyla teminat bağlayıcılığını yitirmez. Çünkü idare bu halde ilerideki değişikliği bilmediğini iddia edemez. Ancak belirtmek gerekir ki; bu halde ikinci alternatif gündeme gelebilir. Yani eğer bu değişiklik sebebiyle idarenin teminatı vermesi hukuken mümkün değilse, o zaman teminatın bağlayıcılığı yine düşecektir.

İdari merciin, teminatı verme sırasında değişikliği biliyor olsaydı nasıl hareket edeceğini belirlemek her zaman kolay olmaz. İdarenin mevcut koşullar altın-

---

[138] Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 37.

[139] Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 154

[140] Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 73.

[141] Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 362.

da teminatı verip vermeyeceğine, kamu görevlisinin sübjektif iradesi ve bakış açısı ile değil, aksine teminat verilen idari işlemin icrasına ya da uygulanmasına hizmet ettiği hukuk normlarının anlam ve amaçları da göz önünde bulundurularak objektif olarak karar verilmelidir[142]. Alman Federal Yüksek İdare Mahkemesi'nin bu konudaki yaklaşımı eleştirilmektedir[143]. Nitekim Mahkeme'ye göre; yukarıda birinci şart olan değişikliğin mevcudiyeti halinde, teminatın yararlanıcısının mevcut şartlar altında da idarenin teminatı vereceğini ispat etmesi gerekmektedir[144]. Gerçekten de Yüksek Mahkeme'nin belirttiği gibi ispat yükünün bireylere yüklenmesi, 3. fıkradaki idarenin bu değişikliği biliyor olsaydı, teminatı vermeyecek olması şartını boşa çıkarmaktadır. Bir diğer anlatımla, 'değişikliğin' var olduğu kabul edilmesiyle, teminatın bağlayıcılığı kalkacaktır. Çünkü teminatın muhatabının, idarenin değişikliği biliyor olsaydı da teminatı vereceğini ispatlaması neredeyse imkânsızdır[145]. Bu bakımdan, idarenin değişen koşullar altında teminatı verip vermeyeceği bir başka deyişle teminatın bağlayıcılığın bu hüküm kapsamında kalkıp kalkmadığını tespit etmek için, teminatın gerekçesine, idarenin benzer olaylarda nasıl davrandığına, değişikliğin ne derece önemli olduğu gibi hususlar göz önünde bulundurularak genel kontekste göre varsayımsal olarak karar vermek gerekir[146]. AİUK 60. maddesinde yer alan idari sözleşmelerin işlem temelinin çökmesine ilişkin değerlendirmelerin[147] - İdareden teminatla bağlı kalmasının beklenemez olması- değişiklik nedeniyle idarenin teminatla bağlı kalıp kalmayacağının belirlenmesinde dikkate alınmaz[148].

Ehemmiyet konusunda ikinci alternatif, değişiklikle birlikte artık temin edilen işlemin hukuka uygun bir şekilde tesis edilmesinin mümkün olmamasıdır. Bu halde teminatın bağlayıcılığı kalkacaktır. Burada aranan, teminat verilme anında temin

---

[142] Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 362; Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 39; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommnentar Verwaltungsverfahrensgesetz**,** § 38 k.n. 47.

[143] Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 105; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 161.

[144] BVerwGE 97, s. 330; BVerwG, ***NJW,*** 1995, s. 1977, 1978.

[145] Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 105.

[146] Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 75; Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 362.

[147] Ayrıntılı bkz. Nida Malbeleği, ***İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde "Sözleşmede Değişiklik" (Ve Sözleşmede Değişikliğin Özel Bir Türü Olarak "Uyarlama"),*** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

[148] Gerekçeleri için bkz. Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 362, 363.

edilen idari işlemin tesis edilmesinde herhangi bir hukuka aykırılığın olmaması ancak daha sonra meydana gelen değişikliklerden dolayı temin edilen idari işlemin tesis edilmesi hukuka aykırı olacak olmasıdır. Teminat, en baştan hukuka aykırıysa bu hüküm kapsamında bağlayıcılığının kaybolması değil, AİUK 48. maddesi uyarınca geri alınması gündeme gelecektir[149]. İdare, temin ettiği idari işlemi talep edilmesine rağmen tesis etmez, daha sonra da meydana gelen maddi veya hukuki bir değişiklikten ötürü idari işlemin tesisi artık hukuken mümkün olmazsa, idare teminatla bağlı olmayacağı ancak bu durumda idarenin sorumluluğuna gidilebileceği kaydedilmektedir[150]. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü bu halde idarenin bağlayıcılığının kalktığı kabul edilirse, birincisi idare haksız bir eylemle (temin ettiği idari işlemin tesisini reddederek) sonuca ulaşmış olacaktır. İkincisi de hukuk devletinin en önemli gerekliliklerinden olan hukuk güvenliği ilkesi zedelenecektir. Bu durum idarenin kanuniliği ilkesi ile de çelişmez, çünkü idare zamanında işlemi tesis etseydi, işlem hukuka aykırı olmayacaktı. Burada idarenin işlemi sanki zamanında tesis etmiş gibi varsaymamız gerekecektir.

3. Hukuki Sonucu

Yukarıda açıklanan AİUK'un 38. maddesi 3. fıkrasında aranan şartların mevcudiyeti durumunda teminatın bağlayıcılığı, idarenin herhangi bir irade açıklamasına - 48 ve 49. maddeleri gereği hükümsüz kılmada olduğu gibi yeni bir idari işlem tesis etmek veya 60. maddeye göre sözleşmede olduğu gibi feshe - gerek olmadan yasa gereği (kendiliğinden) sona erer[151]. Lakin iyi yönetim ilkesi gereği, teminatı bağlayıcılığının kalktığı ilgiliye - özellikle kendisinin teminatın devam ettiği yönünde bir güveni olduğu biliniyorsa - bildirilmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir[152]. İdare, böylelikle ileride doğabilecek sorumluluğun da önüne geçebilir.

---

[149] Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommnentar Verwaltungsverfahrensgesetz**,** § 38 k.n. 48.

[150] Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 162.

[151] Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 363; Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 42.

[152] Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 42; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 106; Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 77; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommnentar Verwaltungsverfahrensgesetz**,** § 38 k.n. 49; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 163.

İdarenin bu maddeye dayanarak sözünü yerine getirmemesi kural olarak dürüstlük kuralına ve güvenin korunması ilkesine aykırılık teşkil etmez[153]. Fakat istisnai hallerde böyle bir aykırılık söz konusu olabilir. Örneğin teminat, ilgilisinin bir karşı edimi mukabilinde verilmesi ve bu edimin yerine getirilmesi halinde, eğer edimin artık geri alınması da mümkün değilse, bu hükme başvurularak teminatın bağlayıcılığının kalktığını iddia edilmesi hemen yukarıda anılan ilkelere aykırılık teşkil edeceği belirtilmektedir[154].

AİUK 38. maddesi 3. fıkrasındaki şartları taşıyan bir değişiklik, her zaman teminatın bağlayıcı etkisinin tamamen kalkmasına sebebiyet vermek zorunda değildir. Bir başka söylemle bu tür bir değişikliğin varlığı halinde teminat kısmen geçerli olabilir. Özellikle ayrılabilir bir idari işleme yönelik verilen teminatlarda, idari işlemin değişiklikten etkilenmeyen bölümün için bu düşünce yerinde olarak ön plana çıkmaktadır[155]. Bununla birlikte teminatın AİUK 60. maddesinde düzenlenen sözleşmelerin uyarlanması ve ölçülülük ilkeleri çerçevesinde yeni değişiklikler çerçevesinde ayakta kalabileceği ifade edilmektedir[156].

Bu norm çerçevesinde teminatın bağlayıcılığının kalkması durumunda, AİUK 48. ve 49. maddelerinden ayrıksı olarak bir tazminat sorumluluğu öngörülmemektedir. Fakat doktrinde 48. maddenin 3. fıkrası ile 49. maddenin 6. fıkrasının kıyasen uygulanarak, teminatın bağlayıcılığının kalkmasından zarar gören kişiye hakkaniyet gereği tazminat ödenmesini öneren azınlık bir görüş bulunmaktadır[157]. Bu görüş, literatürün büyük çoğunluğu tarafından reddedilmektedir[158]. Çoğunluk görüşü savunanlara göre; şayet kanun koyucu teminatın değişiklik sebebiyle bağlayıcılığını

---

153 Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 78.

154 BVerwG, ***NVwZ-RR*** 1993, s. 643; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommnentar Verwaltungsverfahrensgesetz**,** § 38 k.n.

155 AİUK 44. maddesinin 4. fıkrası kıyasen uygulanması gerektiği yönünde bkz. Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 107; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 164.

156 Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 43; Tiedemann, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online Kommnentar Verwaltungsverfahrensgesetz**,** § 38 k.n. 51.

157 Peter Baumeister, "Die Zusicherung - ein Muster ohne Bindungswert?", ***Die öffentliche Verwaltung,*** 1997, C. 50, S. 6, s. 232 vd.; Kopp-Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 45.

158 Guckelberger, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", s. 363; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, § 38 k.n. 107; Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG Kommentar, § 38 k.n. 80; Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar, § 38 k.n. 165.

yitirmesi durumunda bir tazminat murat etseydi, 3. fıkrayı Kanuna koymaya gerek görmezdi. Ne var ki; kendisi hem bu fıkrayı ihdas etmiş, hem de 2. fıkrada teminatın idare tarafından hükümsüz bırakılmasında 3. fıkraya halel gelmeden 48 ve 49. maddelerin aynen kullanılacağını hüküm altına almıştır. Bu da gösteriyor ki kanun koyucu, teminatta, klasik idari işlemden farklı olarak ilgilinin korumaya değer bir güveni olsa dahi herhangi bir tazminat öngörmemektedir. Gerçekten de; idare bireylere geleceğe dönük bir teminat vermesi her ne kadar hukuk devletinin ve iyi yönetim ilkelerinin bir gereği de olsa; bu teminat yani bir idari işlemin tesis edileceği veya edilmeyeceğini garanti edilmesi ancak mevcut koşullar devam ettiği sürece bağlayıcı olmalıdır. Bu bağlayıcılığın öngörülemeyen bir değişiklik sebebiyle kalkması halinde, kişiler zarara uğrasalar bile buna kendileri katlanmak durumundadırlar. Ancak idarenin bir değişikliği öngörmesi ona rağmen bir teminat vermesi ve teminatın da öngörülen değişikliğin gerçekleşmesi sebebiyle geçersiz hale gelmesi halinde aynı görüşü paylaşmak mümkün değildir. Bu son varsayımda, idare ağır kusurludur. Bu ağır kusuru sebebiyle de vatandaşın zararının hakkaniyet ölçüleri çerçevesinde tazmin etmelidir.

SONUÇ

İdarenin yönetilenlere ileride nasıl hareket edeceğine dair güvence vermesi, hukuk devletinin alt ilkeleri olan öngörülebilirlik ve belirlilik ilkeleri açısından önem taşımaktadır. İdare, mevcut koşullar devam ettiği müddetçe bir konuda nasıl hareket edeceği hususunda vatandaşlara bir güvence vermesi, onların da kendi planlarını yapabilmeleri açısından elzemdir. Bu aynı zamanda iyi idarenin de bir gereğidir.

Çalışmada açıklandığı üzere, Alman kanun koyucu sadece idari işleme dair güvenceleri norm haline getirmiş, onun dışındakileri doğrudan uygulama alanı dışında bırakmıştır. İdari güvence, idareye atfedilen tek taraflı bir irade beyanıyla idare hukuku alanına giren somut bir olaya ilişkin nasıl hareket edeceğine dair taahhütte bulunması olarak anlaşılmalıdır. Bir sözleşme hükmüyle de idari güvence verilebileceği savunulsa da, bu çalışma anlamında bir güvence olmaz. Yine idarenin özel hukuka ilişkin bir meselesine yönelik de güvence verebileceği düşüncesine sahip olanlar olsa da, idari güvence ile özel hukuka giren bir davranışa yönelik vaatte bulunulamaz. Bunu için özel hukukta bulunan -örneğin taşınmaz satış vaadi gibi- enstrümanlar seçilmelidir.

AİUK 38. maddesiyle hüküm altına alınan teminat, yalnızca idarenin bireysel idari işlemleri ile genel kararlarına ilişkin belirli ya da belirlenebilir kişilere verilen vaat olarak anlaşılmalıdır.

İdari güvence ve teminatın hukuki nitelikleri çok tartışmalıdır. Kanun koyucu, bu konuda bilerek bir düzenlemeye gitmediğini gerekçede belirtmektedir. Hakim kanaate göre; bu iki kurumda birer idari işlemdir. Ancak teminatı düzenleyen özel bir hüküm bulunduğundan öncelikle bu hüküm uygulanmalıdır. Bu düzenlemenin bir kural barındırmadığı hallerde ise, idari işlem gibi muamele görmelidir. İdari güvence de yine kendine özel geliştirilmiş genel ilkeler doğrultusunda bir idari işlem muamelesi görmelidir.

AİUK 38. maddesi 1. fıkrası teminat için, klasik idari işlemden farklı olarak yetkili idare tarafından verilmesini ve yazılı olmasını bir geçerlilik şartı olarak getirmiştir. Yetkili idareden kasıt, kişi bakımından yetki dışındaki yetki türleridir. Yazılılık ise, 37. maddedeki esaslara uygun olması halinde basit yazılı usul şartı sağlamak için yeterlidir. Bu özel geçerlilik hususları dışındaki diğer konularda idari işlemin geçerlilik şartlarına tabidir.

Güvencenin hukuka uygun verilebilmesi için bazı şartlara riayet edilmesi gerekmektedir. Öncelikle güvence, bir kanuna dayanması aranır. AİUK 38. maddesi teminat için genel bir dayanak olarak görülemez, ancak güvence ve teminat için güvence verilen hususlar ayrı hususi bir dayanağa da ihtiyaç yoktur. Bunun dışında Kanun, teminat için katılım şartlarına uyularak verilmesini hukuka uygunluk şartı olarak düzenlemiştir. Bu anlamda katılımcıların dinlenilmesi ve diğer idari mercilerin kanunlarda öngörüldüğü şekillerde karara iştirak etmesi gerekmektedir. Bunlar haricinde de, idari işlemin diğer hukuka uygunluk şartlarına tabidir.

AİUK 38. maddesinde cevap bulunamayan idarenin, teminat taleplerine hangi şartlarda, ne yönde cevap vermek zorunda olduğu hususu öğretide görüş birliği ile kural olarak idarenin takdir yetkisinde görülmektedir. Bazı hallerde ise, idarenin takdir yetkisinin ortadan kalkarak güvence vermek zorunda olduğu belirtilmektedir. İdarenin bir idari işlemde bağlı yetkisi varsa ve o idari işlemin tesisine ilişkin teminat talebinde bulunulması halinde takdir yetkisinin kalkmayacağı belirtilmektedir. Ancak kanaatimizce bu halde takdir yetkisi kalkmalı ve teminat talebi olumlu karşılanmalıdır. Teminat taleplerinin reddedilmesi veya teminat verildiği halde buna uyulmaması hallerinde teminatın muhatabı dava açma hakkına sahiptir.

Teminat ve güvence, idare tarafından geri alınarak veya kaldırılarak hükümsüz kılınabilir. Bunun için İYUK 48 ve 49. maddeleri aynen kullanılacaktır. Bununla birlikte, teminat bundan hakları ihlal edilen 3. kişiler tarafından açılacak dava yoluyla iptal edilebilir. Teminatın idari işlem olduğu görüşüne katıldı-

ğımız için, açılacak davanın türü iptal davasıdır. Teminatın bağlayıcılığının (geçerliliğinin) yiteceği bir diğer durum ise clasula rebus sic stantibustur. Bu, 38. maddenin 3. fıkrasında tanınan teminata özgü bir imkandır. Bu hükme göre; idari işlemin tesis edildiği andaki maddi ve hukuki koşullarda teminatın verildiği ana göre bir değişiklik meydana gelmişse ve bu değişikliği idare bilseydi teminatı vermeyecektiyse ya da değişiklik sebebiyle idari işlemin tesisinin artık hukuken mümkün değilse idarenin teminatla bağlayıcılığı kalkar. Bu hükmün teminat dışındaki idari güvencelerde de kıyasen uygulanması yerinde olacaktır. Bu şekilde bağlayıcı kalkan teminat neticesinde zarar gören bireylerin zararları tazmin edilmez. Teminat verilen bir idari işlemin tesisi için, daha koşullarda bir değişiklik olmadan başvurulduğu halde, tesisinden haksız yere kaçınılması halinde sonradan bir değişiklik meydana gelmesi ve bu sebeple de idari işlemin hukuka aykırı olacak olması teminatın bağlayıcılığını kaldırmamalıdır.

Alman idare hukukunda bu şekilde uzun zamandır uygulama alanı bulan ve bir Kanun hükmüyle de düzenlenen idari güvence ve teminatın, Türk hukukunda üzerinde çalışıldığına ve uygulandığına tarafımızca rastlanılmamıştır. Hâlbuki bu kurumlar, hem hukuk devleti ilkesinin hem de iyi yönetim ilkeleri gereği uygulama bulması gerekmektedir. Hakikaten de yönetilenlerin gelecekte nasıl bir muamele ile karşılaşacaklarını önceden bilmeleri, onların rahat ve güvenli plan yapabilmelerine olanak sağlar. En basitinden Erasmus projesi kapsamında yurtdışına eğitime giden bir öğrenci, döndüğünde hangi derslerini saydırabileceğine dair önceden bir bağlayıcı güvence alsa ona göre derslerini seçer ya da gidip gitmeye karar verebilir. Bu bakımdan da idari güvence ve teminat kurumlarının ülkemizde tartışılması ve uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

A. Çağrı Yıldız, ***Alman İdari Yargılama Hukukuna Özgü Bir Dava Türü - Yükümlülük Davası,*** İstanbul, XXI Levha, 2021.

AKYILMAZ, Bahtiyar - SEZGİNER, Murat - KAYA, Cemil, ***Türk İdare Hukuku,*** 14. Bası, Ankara Savaş Yayınevi, 2021.

BADER, Johann - RONELLENFİTSCH, Michael, ***Beck'scher Online Kommnentar Verwaltungsverfahrensgesetz,*** 57. Bası, Münih, C.H. Beck, 2022.

ÇELİK, Dursun, "Alman İdare Hukukunda Güvenin Korunması İlkesi", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,*** C. 10, S. 1, 2020, ss. 117-147.

ÇELİK, Dursun, ***Mediation im deutschen und türkischen Verwaltungsrecht,*** Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2020.

DETTERBECK, Steffen, ***Algemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht***, 10. Bası, Münih, C.H. Beck, 2012.

ERBGUTH, Wilfried - GUCKELBERGER, Annette, ***Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht und Staatshaftungsrecht***, 10. Bası, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2020.

ERİCHSEN, Hans-Uwe, ""Die Zusage." ***Juristische Ausbildung***, 1991, ss. 109-112.

ERKAL, Atila, "İdari İşlemde Usul ve Şekil Sakatlıklarının Sonradan Düzeltilmesi ve Almanya Örneği" ***AkdHFD*** - C. 11 - S. 2, 2021, ss. 183-208.

ERKAL, Atila, "Türk, Alman ve İsviçre İdare Hukukunda Arabuluculuk" ***AkdHFD*** C. 12 - S. 1 - s. 39-66

ERKAL, Atila, "Türk ve Alman Hukukunda Gerekçe Yükümlülüğü", ***Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 17, S. 1, 2009, ss. 119-150.

FEHLİNG, Michael - KASTNER, Berthold - STÖRMER, Rainer, ***Handkommentar Verwaltungsrecht,*** 5. Bası, Baden-Baden, Nomos, 2021.

GÖZLER, Kemal, ***İdare Hukuku C I***, 3. Bası, Bursa, Ekin Yayınevi, 2019.

GUCKELBERGER, Annette, "Behördliche Zusicherungen und Zusagen", ***Die Öffentliche Verwaltung (DÖV),*** 2004/9, ss. 357-366.

GÜVENÇ, Özgür, ***Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu,*** Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.

HEBELER, Timo - SCHÄFER, Björn, „Versprechungen" der Verwaltung - Zusagen, Zusicherungen und ähnliche behördliche Erklärungen", ***Juristische Ausbildung,*** 12/2010, ss. 881-886.

HUCK, Winfried - MÜLLER, Martin, ***Beck'sche Kompakt-Kommentare Verwaltungsverfahrensgesetz,*** 3. Bası, Münih, C.H. Beck, 2020.

KAĞITCIOĞLU, Mutlu, "İdari İşlemin İcrailiği", ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi***, C. 103, 2012, ss. 267-284.

KİNGLER, Stefan - KREBS, Andreas, "Die Zusicherung, § 38 VwVfG", ***Juristische Schulung***, C.12, 2010, ss. 1059-1063.

KNACK, Hans Joachim - HENNEKE, Hans-Günter, ***Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar***, 10. Bası, Köln, Carl Heymanns, 2014.

KOPP, Ferdinand O. - RAMSAUER, Ulrich, ***Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar,*** 14. Bası, Münih, C.H. Beck, 2013.

MALBELEĞİ, Nida, ***İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmelerde "Sözleşmede Değişiklik" (ve Sözleşmede Değişikliğin Özel Bir Türü Olarak "Uyarlama"),*** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

MANN, Thomas - SENNEKAMP, Christoph - UECHTRİTZ, Michael, ***Verwaltungsverfahrensgesetz Großkommentar***, 2. Bası, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2019.

MAURER, Hartmut, ***Allgemeines Verwaltungsrecht***, 18. Bası, Münih, C.H. Beck, 2011.

MAYER, Otto, ***Deutsches Verwaltungsrecht Bd. I,*** Leipzig, Duncker und Humblot, 1895.

MEYER, Hans - BORGS, Hermann Maciejewski, ***Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar,*** Frankfurt am Main, Metzner, 1982.

PALAURO, Rainer, ***Haftungsrelevante Probleme der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Zusage,*** Konstanz, Doktora Tezi, 1983.

SCHMİDT, Rolf, ***Allgemeines Verwaltungsrecht***, 21. Bası, Grasberg bei Bremen, Verlag Dr. Rolf Schmidt, 2018.

SCHOCH, Friedrich - SCHNEİDER, Jens Peter, ***Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar,*** Münih, C.H. Beck, 2021.

SPROLL, Hans-Dieter, ***Allgemeines Verwaltungsrecht II***, Münih, C.H. Beck, 1998.

STELKENS, Ulrich - BONK, Heinz Joachim - SACHS, Michael, ***Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar***, 9. Bası, Münih, C.H. Beck, 2018.

YILMAZ, Dilşat, "Alman İdare Hukuku'nda İdarenin Takdir Yetkisi ve Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", ***İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası***, C. XIX, S. I-2, 2011, ss. 1019-1032.

YILMAZ, Dilşat, "Alman İdari Usul Hukuku'nda İdari İşlemin İdare Tarafından Hükümsüz Kılınması" ***Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XV, S. 2, 2011, ss. 253 - 272.

YILMAZ, Dilşat, ***İdari işlemin İcrailik Özelliği***, Ankara, Astana Yayınları, 2014.

DOLANDIRICILIK SUÇU KAPSAMINDA CEZALANDIRILAN HİLE[*]

Ersin ŞARE[**]

Öz

Dolandırıcılık suçunda hile, suçun çekirdeğini oluşturmaktadır. Türk öğretisindeki çoğunluk ve mahkemeler, her türlü hileli davranışın değil, sadece belli özelliklere sahip hileli davranışların ceza hukuku himayesine alınması taraftarıdır. Başka bir ifade ile dolandırıcılık suçunun oluşumunda fail tarafından gerçekleştirilen hileli davranışın belli bir ağırlığa ulaşması gerekmektedir. Ancak dolandırıcılık suçunun unsuru olan hilenin belli bir ağırlığa veya yoğunluğa ulaşmasını aramak, dolandırıcılık suçu yönünden TCK'nın öngörmediği yeni bir unsuru uygulamayla eklenmesi anlamına gelecektir. Soyut da olsa yalan aldatmış ise hiledir, ayrıca aldatmaya elverişli olup olmadığına ve belli bir ağırlığa ulaşıp ulaşmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmaması gerekir.

Anahtar Kelimeler

Dolandırıcılık, Hile, Aldanma, Soyut Yalan, İşlenemez Suç.

---

[*] Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 29.05.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 23.09.2022.
Atıf Şekli: Ersin Şare, "Dolandırıcılık Suçu Kapsamında Cezalandırılan Hile", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 669-721.

[**] Adana 10. Ağır Ceza Mahkemesi Üyesi, Adana, Türkiye.
E-posta: ersinshare@hotmail.com.
Orcid: http://orcid.org/0000-0003-1441-5146.

PENALIZATION OF DECEPTION WITHIN THE SCOPE OF FRAUD

Abstract

In fraud, deception is considered as the essence of the offence. The majority of Turkish teaching and courts are in favor of taking under the protection of criminal law only deceptive conducts with certain characteristics, not all kinds of deceptive conduct. In other words, the perpetrator's deceptive action must attain a certain degree in order to constitute a fraudulent offense. However, attempting to achieve a certain level or scope of deception, which is the main component of fraud crime, will entail introducing a new element to legal practices that the law does not anticipate in terms of fraudulent offences. If a false statement has deceived someone, it is called deception, and no assessment are required to be made as to whether the mentioned false statement is fit for deception or not, or whether it has reached a certain level.

Keywords

Fraud, Deceit, Deception, Abstract False Statements, Uncommittable Crime.

GİRİŞ

Malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında bir değerlendirme yapıldığında, işlenme oranı olarak ilk sıralarda basit hırsızlık ve yağma gibi suçlar yer almaktaydı. Ancak zaman içerisinde, teknolojik gelişmelerin de etkisiyle dolandırıcılık gibi karmaşık suçlar, basit hırsızlık ve yağma gibi suçların yerini almış ve daha çok işlenir hale gelmiştir.[1] Zira iletişim araçlarındaki artış, sanayi ve ticaretteki gelişmeler ve teknoloji alanındaki ilerlemeler dolandırıcıların hareket alanını genişletmiştir. Teknolojik gelişmelerin, iz bırakmadan bu suçun işlenmesinde kolaylık sağlaması ile bireylerin genelinde bulunan, kolay yoldan para kazanma, rahat ve lüks bir yaşantıya sahip olma yönündeki arzular birleşince dolandırıcılık başlıca işlenen suçlar arasına girmiştir.[2]

Suçun var olabilmesi için korunan varlık ve menfaatin zarara uğraması ya da tehlikeye sokulması gerekir. Kimi suçlar vardır ki işlendiklerinde birden çok hukuki varlık ve menfaati zarara uğratırlar.[3] Dolandırıcılık suçunda hem malvarlığı değeri zarara uğratılmakta hem de kişilerin irade özgürlüklerine ilişkin menfaatleri ihlal edilmektedir. Nitekim dolandırıcılığı suç haline getiren hükümlerin amacının sadece malvarlığını korumak değil, aynı zamanda kişilerin malvarlığına ilişkin işlemleri yönünden irade özgürlüklerini korumak da olduğu ifade edilmektedir.[4] Ekonomik ilişkilerin kurulmasında, tarafların birbirlerine karşı güvenlerinin korunmasındaki sosyal menfaat, dolandırıcılığın suç sayılma sebeplerinin başında gelmektedir.[5] Aynı suç bünyesinde birden çok hukuki varlık ve menfaat korunuyor olsa da dolandırıcılık suçunda, failin asıl amacı malvarlığına yönelik bir kazanım sağlamaktır; hileli davranışlarla irade özgürlüğünün etkilenmesi ise malvarlığı kazanımı için araç niteliğindendir ve bu nedenle do-

---

1 Behiye Eker Kazancı - İlker Zeyrek, "TCK'da Dolandırıcılık Suçu", ***Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 21, Özel Sayı 2019, s. 518.

2 Fulya Korkmaz, "Dolandırıcılık Suçunun Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 69, S. 3, s. 1416-1417.

3 Nevzat Toroslu, ***Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu***, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 284; Sami Selçuk, ***Dolandırıcılık (Evrimi-Suç Genel Kuramı İçindeki Yeri)***, Öztürk Matbaası, Ankara, 1982, s. 69.

4 Nevzat Toroslu, ***Ceza Hukuku Özel Kısım***, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 180; Zeki Hafızoğulları, "Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları", ***Zabunoğlu Armağanı***, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2011, s. 407. İrade serbestisinin büyük önem taşıdığı, nitekim kanun koyucunun, dolandırıcılık suçunun takibini şikayete bağlamadığı belirtilmektedir. Bkz. Faruk Erem, ***Dolandırıcılık***, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1956, s. 3.

5 Erem, 1956, s. 3.

landırıcılık suçu malvarlığına karşı suçlar arasında değerlendirilmektedir.[6] Nitekim Türk Ceza Kanunu'nda (TCK), dolandırıcılık düzenlemesine "*malvarlığına karşı suçlar*" kategorisinde yer verilmiştir. Dolandırıcılık suçunda esasen korunması amaçlanan hukuki varlık ve menfaatin ne olduğuna ilişkin tespit ilgili hüküm yorumlanırken önem taşır.[7] Örneğin hileli yollara başvurularak yani iradesi sakatlanılarak zengin bir kızla evlenilmesi durumunda dolandırıcılık suçu oluşmaz.[8] Zira dolandırıcılık suçunda esasen korunmak istenen malvarlığı değerleridir. Yapılan evlilik maddi olarak bir zarara yol açmadığı sürece mağdurun manevi olarak zarar görmesi ya da failin manevi olarak yarar sağlaması dolandırıcılık suçunun oluşumu için yeterli değildir.[9] Bununla birlikte maddi değeri olmayan ancak manevi değeri olan malvarlığı değeri üzerinde dolandırıcılık suçunun gerçekleştirilmesi mümkündür.[10]

Dolandırıcılık suçundaki hile, bu suçun, diğer malvarlığına karşı işlenen suçlardan ayrımında belirleyici unsurdur.[11] Suçun çekirdeğini oluşturan hilenin, son derece karmaşık bir kavram olması nedeniyle dolandırıcılığın tanımlanmasında zorluk yaşanmaktadır.[12] Bu zorluğa rağmen dolandırıcılığı; "*doğru davranma ve iyi niyet kurallarına aykırı hareket ederek kişileri aldatıp iradelerini yanıltmak suretiyle malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf etmelerini sağlamak*" şeklinde

---

6 Dolandırıcılık suçunun birden fazla hukuki değeri koruduğu, ancak bu değerlerden malvarlığı üzerindeki koruma ön planda olduğundan suçun, malvarlığına karşı işlenen suçlar arasında düzenlendiği ifade edilmektedir. Bkz. Nur Centel - Hamide Zafer - Özlem Çakmut, ***Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. 1***, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 499.

7 Bkz. Selçuk, 1982, s. 33: "*Suçların hukuki konularına göre sistemleştirilmeleri, salt bilimsel ve akademik bir zorunluluğun değil, yorumlama tekniğinin de bir gereğidir.*"

8 Erem, 1956, s. 3. Ancak failin gerçek kimliğini gizlemekteki amacının, kandırdığı kişinin malvarlığı üzerinde tasarruf etmesine sağlamaksa dolandırıcılık suçuna teşebbüs etmeden cezalandırılmasının mümkün olabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Devrim Aydın, "Dolandırıcılık Suçu", ***Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 11, S. 2, s. 666.

9 Bkz. Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 512; Mehmet Emin Artuk vd., ***Ceza Hukuku Özel Hükümler***, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 630: "*duygusal veya manevi yönden elde edilen menfaatler bu suçun konusunu oluşturmaz.*"

10 Eker Kazancı-Zeyrek, "TCK'da Dolandırıcılık Suçu", s. 536; Mustafa Artuç, ***Malvarlığına Karşı Suçlar***, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 631; farklı görüş için bkz. Veli Özer Özbek vd., ***Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler***, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 716: "*Manevi değerler malvarlığı içine dahil olamayacağından buna ilişkin olarak meydana gelen zararlar dolandırıcılık suçunun oluşumuna sebep olmaz.*"

11 Selçuk, 1982, s. 73; Ayhan Önder, ***Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar***, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 365.

12 Selçuk, 1982, s. 89.

tanımlamak mümkündür.[13] Kullanılan hile nedeniyle, mağdurda yanlış bir kanaat veya gerçekle bağdaşmayan bir düşünce oluşmakta;[14] mesela rıza göstermeyeceği bir konuda rıza göstermektedir.

İnsan ilişkilerinde, kişiler tarafından gerçekleştirilen her türlü hileli davranış cezalandırılmamaktadır. Bazı hileli davranışlar yönünden özel hukuk yaptırımları yeterli görülmekte; ancak belli koşulların sağlanması durumunda cezai yaptırımlar devreye girmektedir. Bu çalışmada esas olarak dolandırıcılık suçu kapsamında cezalandırılan hileli davranışlar konusunda açıklama yapılacaktır. Ayrıca cezalandırılmayan ve özel hukuk yaptırımlarına tabi olan hileli davranışlar ile cezai yaptırıma tabi tutulan hileli davranışların ayrılmasında uygulamada kullanılan ölçütlere ilişkin tespitler yapılacaktır. İncelenen konuyu daha anlaşılır kılacağı düşünüldüğünden öncelikle basit dolandırıcılık suçunun yapısal özelliklerine kısaca değinilecektir.

I. TÜRK CEZA KANUNU'NDA YER VERİLEN DOLANDIRICILIK SUÇUNUN TİPİKLİĞİNE İLİŞKİN ÖZELLİKLERİ İLE MADDİ VE MANEVİ UNSURLARI

Dolandırıcılık suçu, 5237 sayılı TCK'nın 157 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. TCK'nın 157. maddesinde suçun basit şekline yer verilmiş, 158. maddede suçun nitelikli halleri,[15] 159. maddesinde ise suçun daha az cezayı gerektiren hali düzenlenmiştir.

Tüzel kişiler dolandırıcılık suçunun faili olamazlar. Bununla birlikte dolandırıcılık suçu bir tüzel kişiliğin yararına işlenebilir. Bu gibi bir durumda dolandırıcılık suçunun işlenmesi suretiyle haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler yönünden bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunabilecektir.[16]

---

[13] Aydın, "Dolandırıcılık Suçu", s. 652. Türk Hukuk Lûgatı'nda dolandırıcılık "*bir kimsenin saflığından yararlanıp onu kandıracak nitelikte hile ve tuzaklar yaparak hataya düşürmek ve o kimsenin ya da bir başkasının zararına kendisi ya da bir başkası için çıkar sağlamak*" şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. Türk Hukuk Kurumu, ***Türk Hukuk Lûgatı***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021. Dolandırıcılıkta fail, olanı olmamış gibi, olanı olmuş gibi göstererek veya gerçeği çarpıtarak ya da gizleyerek mağdurun tasavvurunda etki doğurup onun hataya düşmesini sağlamaktadır. Bkz. Ahmet Gökçen - Murat Balcı, "Dolandırıcılık Suçu (m. 157-159)", ***Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141-169)***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 216-217.

[14] Meral Ekici Şahin, ***Dolandırıcılık Suçu***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 185.

[15] Özellikle TCK'nın 158. maddesinin 1. fıkrasında, 12 bend halinde sayılan nitelikli haller dikkate alındığında bu suçun basit şekliyle işlenmesinin hemen hemen imkansız hale geldiği ifade edilmektedir. Bkz. Korkmaz, "Dolandırıcılık Suçunun Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi", s. 1418.

[16] Bkz. TCK'nın 169. maddesi. Tüzel kişiler yönünden verilebilecek güvenlik tedbirleri TCK'nın 60. maddesinde belirtilmiştir.

Dolandırıcılık suçunun oluşumu için hepsinden önce mağdurun, malvarlığı üzerinde hukuki tasarrufta bulunma imkanı olan bir kişi olması gerekir. Başka bir ifade ile hileli davranışın muhatabı olan mağdur, dolandırıcılık suçuna konu malvarlığının ya sahibi ya da zilyedi olmalıdır. Malvarlığı üzerinde hukuki olarak tasarruf etme yetkisi yok ise gerçekleştirilen davranış dolandırıcılık değil, hırsızlık suçu kapsamına girecektir.[17] Bununla birlikte hileli davranışın mutlaka malvarlığının sahibi olan kişiye yöneltilmesi gerekmez. Mülkiyeti kendisine ait olmamakla birlikte malvarlığı üzerinde hukuki olarak tasarruf etme yetkisi bulunan kişiye karşı hileli davranışlar gerçekleştirilip bir başkasının malvarlığına zarar vermek suretiyle dolandırıcılık suçunun işlenmesi mümkündür.[18]

Mağdurun malvarlığı üzerinde herhangi bir tasarrufu yoksa ve hileli davranış failin malı alması bakımından sadece imkan yaratmış ise dolandırıcılık suçunun değil, hırsızlık suçunun oluştuğunun kabulü gerekir.[19]

Hileli davranışlarla aldatılan kişilerin belirlenebilir olması gerekir.[20] Bununla birlikte suçun oluşumu için mağdurun belirlenebilir olması yeterli olup somut olayda mutlak surette kimliğinin tespit edilmiş olması gerekmez.[21] Örneğin gazetelere bir caminin yapılacak olması nedeniyle paraya ihtiyaç olduğu yönünde ilan verilirse ve bu husus gerçeği yansıtmasa da, söz konusu hile belirlenebilir bir kişiye ya da kişilere yönelmediğinden suç oluşmaz.[22] Kısaca dolandırmak amaçlı tek başına gazete veya internet üzerinden ilan vermek dolandırıcılık suçunun oluşumu için yeterli değildir ve bu gibi durumlarda fail ya da failler cezalandırıl-

---

17 Doğan Soyaslan, ***Ceza Hukuku Özel Hükümler***, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 441.

18 Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 500; Özbek vd., 2018, s. 711. Bu tür hallerde hileye maruz kalarak aldatılan kişinin mağdur, malvarlığından azalma meydana gelen kişinin ise suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Özbek vd., 2018, s. 711. Ancak dolandırıcılık suçuyla asıl olarak korunmak istenen değerin, malvarlığı değeri olması nedeniyle bu gibi hallerde asıl olarak mağdur sıfatı taşıması gereken kişinin, malvarlığında azalma meydana gelen kişi olması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Aydın, "Dolandırıcılık Suçu", s. 657.

19 Önder, 1994, s. 377.

20 Artuk vd., 2019, s. 629: "*toplumun geneline yönelik hileli davranışlar sebebiyle belirli kişiler aldatılmışsa yine suçun oluştuğunun kabulü gerekir.*"

21 Ali Parlar, ***Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları***, 2. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 19: "*Bununla birlikte şikayet hakkının kullanılması, açılan davaya suçtan zarar gören sıfatıyla katılma ve etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması bakımından aldatılan kişinin kimliğinin tespit edilmesi gerekmektedir.*"

22 Osman Yaşar - Hasan Tahsin Gökcan - Mustafa Artuç, ***Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu***, C. 4., Md. 141-196, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 5066.

maz.[23] Bununla birlikte dini ya da diğer duygular sömürülerek ilan yoluyla para toplanmaya başlanmışsa ve yapılan bağışlar kişisel hesaplara aktarılarak şahsi amaçla kullanılmışsa artık dolandırıcılık suçunun oluştuğunun kabulü gerekir; zira bu gibi durumlarda ilan vermenin de ötesine geçilerek hileli yollarla belirlenebilir mağdurlardan para toplanmaktadır.[24]

Failin kullandığı hileye kayıtsız kalan ve ilgilenmeyen bir kişinin suçun mağduru olamayacağı ifade edilmektedir.[25]

Mağdurun algılama yeteneği yoksa, başka bir ifade ile malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunan kişinin, akıl hastası veya yaşının küçük olması gibi nedenlerle hileli davranışı anlama ya da algılama yetisi bulunmuyorsa aldatılma durumundan söz edilemez ve bu gibi hallerde diğer unsurları varsa hırsızlık suçunun oluştuğunun kabulü gerekir.[26] Bununla birlikte algılama yeteneği zayıf olan kişiler dolandırıcılık suçunun muhatabı olabileceklerdir.[27] Dolandırıcılık suçunun, mağdurun algılama yeteneğinin zayıflığından yararlanmak suretiyle işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.[28]

Hileli davranışların gerçek bir kişiye yönelmesi gerekmektedir. Tüzel kişiler bu suçun mağduru olamazlar. Ancak pek tabi dolandırıcılık suçundan dolayı tüzel kişilerin zarar görmesi söz konusu olabilir.

Yapay zeka teknolojisinin hızla geliştiği bir dönemde yaşamaktayız. Artık bir çok mal ve hizmet sunumu yapay zeka ile çalışan makinalar aracılığı ile verilmektedir. Bu tarzdaki makinaların işleyiş sistemlerindeki açıklarından faydalanarak menfaat sağlandığı durumlarda dolandırıcılık suçunun oluşup oluşmayacağı tartışmalıdır.[29] Zira bu gibi durumlarda hileli davranış yapay zeka ile çalışan bir ma-

---

23 Erem, 1956, s. 16.

24 Durmuş Tezcan - Mustafa Ruhan Erdem - R. Murat Önok, ***Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku***, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 808-809. Dolandırıcılık suçunun zarar suçu olması nedeniyle tek bir davranış ile birden fazla farklı kişinin aldatılarak dolandırılması halinde zincirleme suç hükmünün değil, her bir mağdur yönünden ayrı suçun oluşacağının kabulü ile gerçek içtimaya gidilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Aydın, "Dolandırıcılık Suçu", s. 677.

25 Somay Tümerkan, ***Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri)***, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1987, s. 26.

26 Artuk vd., 2019, s. 629; Özbek vd., 2018, s. 711; Zeynel Kangal, "Dolandırıcılık", ***Özel Ceza Hukuku, C. IV, Malvarlığına Karşı Suçlar***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 255.

27 Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 500.

28 Bkz. TCK'nın 158/1-c maddesi; ayrıca bkz. Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 500.

29 Tümerkan'a göre; bu tip fiillerde dolandırıcılığın söz konusu olması düşünülemez. Zira suçun işlenişi itibariyle bir kişiyi kandırmak söz konusu değildir. İşleniş biçimi açısından bir başka

kinaya karşı gerçekleştirilmektedir. Dolandırıcılık suçunun sadece gerçek kişilere karşı gerçekleştirilebileceği dikkate alındığında bu gibi hallerde dolandırıcılık suçunun değil, karşılıksız yararlanma veya başka suçların oluşacağı düşünülebilir.[30] Ancak belli bir işletim sistemi ya da yapay zeka ile çalışan makinaların açıklarından faydalanılarak menfaat temin edilmesi halinde dolandırıcılık suçunun oluşacağını savunan görüşlerin de bulunduğunu söylemek gerekir.[31] Zira bu tarz makinalar belli otonom özelliklere sahip olmalarına rağmen yine gerçek kişiler tarafından tasarlanmaktadır. Esasen buradaki hileli davranışların bu tasarımı yapan kişilere ve bu otonom makinalardan çıkar sağlayan gerçek kişilere yöneldiği, bu gibi hallerde de dolandırıcılık suçunun oluşacağı ifade edilmektedir.[32]

A. Dolandırıcılık Suçunun Maddi Unsuru

TCK'nın 157. maddesine göre*;* "*hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya bir başkasının zararına olarak kendisine ya da bir başkasına yarar sağlayan kişi cezalandırılmaktadır.*" Suç tanımı dikkate alındığında dolandırıcılık suçunun maddi unsuru yönünden önemli olan hususlar, hileli davranışların bulunması, bu davranışlar sonucu kişinin aldanması, aldanma sonucu failin kendisine ya da bir başkası lehine yarar sağlaması ve mağdur yönünden zararın ortaya çıkmasıdır.

1. Hileli Davranışlar

Mağdurun hataya düşmesine ve iradesini sakatlayarak tasarrufta bulunmasına yol açan her türlü davranışı hile olarak tanımlamak mümkündür.[33]

---

aletle otomatik makinayı açarak bir şey almakla, hileli davranışlarla bu otomatlardan yararlanmak arasında fark yoktur; bu yüzden bu tür fiillerin özel olarak düzenlenmesi zorunlu değildir. Bu tip olaylarda rızanın varlığından söz edilemeyeceğinden ve başkasının malı alındığından hırsızlık hükümlerinin uygulanması mümkündür. Bkz. Tümerkan, 1987, s. 24.

30 Bu yöndeki görüş için bkz. Yaşar-Gökcan-Artuç, 2014, s. 5081: "*yalnızca makinenin aldatılmak suretiyle ondan yarar sağlanması eyleminde dolandırıcılıkta söz edilemez. Çünkü dolandırıcılık suçunun oluşması için, ortada bir iradenin bulunması ve bu iradenin sakatlanmış olması gerekir.*"

31 Bkz. Hafızoğulları, "Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları", s. 430; ayrıca bkz. Selçuk, 1982, s. 73, 42. dipnot.

32 Hafızoğulları'na göre, bir otomatın işleyişini devre dışı bırakmak, yani otomasyonu sağlayan programı bozmak, dolayısıyla otomattan bedelsiz yararlanmak, o otomata hayat veren beşeri akla, iradeye hile karıştırmak, yani iradesiyle otomatı hizmete sokan kişinin iradesini ifsat etmiş olmaktadır. Bkz. Hafızoğulları, "Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları", s. 430.

33 Yaşar-Gökcan-Artuç, 2014, s. 5070. Türk Dil Kurumu tarafından yayınlanan Türkçe Sözlük'te hile "*birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, ayak oyunu, alavere dalavere, desise, entrika*" olarak tanımlanmıştır. Bkz. Türk Dil Kurumu, ***Türkçe Sözlük***, 11. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2011, s. 1101.

TCK'nın 157. maddesindeki dolandırıcılık hükmünde yer verilen "*hileli davranışlar*" ifadesi çoğuldur. Ancak tek bir hileli davranışla bile bu suçun işlenmesi mümkündür.[34] Bununla birlikte zamansal ve mekânsal bir bütünlük oluşturan birden fazla hileli davranışın gerçekleştirilmesi halinde tek hareketten ve dolayısıyla tek dolandırıcılık suçundan söz edilecektir.[35] Yine aynı yararın elde edilmesi için birden fazla hileli davranış gerçekleştirilmişse tek bir dolandırıcılık suçunun oluştuğunun kabulü gerekir.[36]

765 sayılı TCK'daki dolandırıcılık düzenlemesinde "*hile*" ve "*desise*" kavramlarına birlikte yer verilmişti.[37] 5237 sayılı TCK'daki düzenlemede desise kavramına yer verilmemiştir. Düzenlemenin bu şekilde olmasının bir eksiklik yaratmayacağı; zira hile kavramının desiseyi de kapsadığı belirtilmektedir.[38]

Aşağıda dolandırıcılık suçunun en önemli unsuru olan hile konusuna daha ayrıntılı değinileceğinden burada kısa açıklama yapmakla yetiniyoruz.

2. Aldanma (Hataya Düşme ya da Düşürülme)

TCK'da yer verilen dolandırıcılık düzenlemesindeki "*aldatma*" sözcüğüne, mağdurdaki irade sakatlanmasına, hileli davranışın yol açması gerektiğini vurgulamak için yer verildiği söylenebilir. Esasında hile ve aldatma sözcükleri aynı hareketi vurgulamaktadır ve birlikte kullanılması tekrar niteliğindedir.[39] Ancak ilgili hükümden anlaşılması gereken hileli davranışlar sonucu mağdurun "*aldanma*"sı ve malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmasıdır.

Aldanma, bir kimsenin zihninde var olan düşünce ile gerçeğin birbiriyle uyuşmaması halidir.[40] Aldanma halinde esasen bir hataya düşme söz konusu-

---

34 Aydın, "Dolandırıcılık Suçu", s. 660.

35 Kangal, 2018, s. 256.

36 Önder, 1994, s. 387.

37 Bkz. 765 sayılı TCK madde 503. Kelime olarak desise "*hile, oyun, el altından yapılan iş*" anlamlarını karşılamaktadır. Bkz. Ferit Develioğlu, ***Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat***, 26. Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara, 2010, s. 201. 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde kavram olarak desisenin, maddi nitelikte olan hileli hareketleri karşılamak üzere kullanıldığı ifade edilmektedir. Bkz. Önder, 1994, s. 368.

38 Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 492; Artuç, 2020, s. 613.

39 Aldatmanın hileli harekete içkin olması nedeniyle netice değil, suç tipinde gösterilen tipik hareket olduğu, bir kimsenin hileli davranışla aldatılamayacağı, yanılgıya yani hataya sevk edileceği ifade edilmektedir. Ekici Şahin, 2019, s. 186.

40 Eker Kazancı-Zeyrek, "TCK'da Dolandırıcılık Suçu", s. 534.

dur. Bu nedenle dolandırıcılık hükmündeki "aldatıp" terimini hataya düşürülmek ya da hataya düşmek olarak algılamakta bir sakınca bulunmamaktadır.[41]

Mağdurun hataya düşmesi herhangi bir nedenden değil, hileli davranıştan kaynaklanmalıdır.[42] Bu nedenle dolandırıcılık suçunun bağlı hareketli suç olarak nitelendirilmesinin[43] ve her hâlükârda bu çeşit hareketlerin suç işlemeye elverişli olmasının gerektiği,[44] aksi durumda işlenemez suçun söz konusu olacağı belirtilmektedir.[45] Bununla birlikte TCK'daki dolandırıcılık düzenlemesinde, mağdurun hataya düşürülmesine yönelik hileli davranışların ne şekilde olması gerektiğinin tanımlanmaması ve sayısız türdeki hileli davranışlarla dolandırıcılık suçunun gerçekleştirilmesinin mümkün olması nedeniyle esasen bu suçun serbest hareketli suç kapsamında olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır.[46]

Suç tanımında yer verilen "*hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp*" ifadesinden çıkan başka bir sonuç, hileli davranış ile mağdurun hataya düşmesi arasında nedensellik bağının bulunmasının gerekliliğidir. Hataya düşme failin hareketinden değil, mağdurun kendisinden ya da üçüncü kişinin hareketinden kaynaklanıyorsa dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır.[47] Ancak bu durumda da mağdurun hatasını fark eden kişinin, hatayı düzeltme ve mağduru aydınlatma yükümlülüğünün bulunmaması gerekir.[48] 5237 sayılı TCK'da yer verilen dolandırıcılık suçuna ilişkin hüküm esas alındığında, kişide esasen var olan hata ve aldanma durumlarından yararlanmanın dolandırıcılık olarak kabul edilemeyeceğini savunan görüşlerin bulunduğunu söylemek gerekir.[49] Aşağıda "*dolandırıcılık suçunun ihmali hareketle işlenmesi*" başlığı altında bu konuya ayrıca değinilecektir. Ancak fail, kişi de var olan bu aldanma ve hata halini güçlendirici söz ve

---

41 Hafızoğulları, "Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları", s. 411. Kanunda kişinin aldatılmasından değil, hataya düşürülmesinden söz edilmesinin daha isabetli olacağı belirtilmektedir. Bkz. Aydın, "Dolandırıcılık Suçu", s. 666.

42 Erem'e göre, dolandırıcılık suçu bakımından hile araçtır. Belirlenen neticeyi meydana getirmeye elverişli olmayan şey esasen araç değildir. Bkz. Erem, 1956, s. 14.

43 Selçuk, 1982, s. 87-88; Hafızoğulları, "Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları", s. 412; Kangal, 2018, s. 255.

44 Selçuk, 1982, s. 91-92.

45 Gökçen-Balcı, 2018, s. 217.

46 Eker Kazancı-Zeyrek, "TCK'da Dolandırıcılık Suçu", s. 526; Gökçen-Balcı, 2018, s. 216; Artuç, 2020, s. 615.

47 Özbek vd., 2018, s. 715.

48 Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 508.

49 Bkz. Toroslu, 2018, s. 185.

davranışlarda bulunmuş ise her hâlükârda dolandırıcılık suçu oluşacaktır[50] ve bu konuda tereddüt bulunmamaktadır.

Bazı suçlar yönünden mağdurun kusurlu hareketleri, failin gerçekleştirmiş olduğu hareket ile ortaya çıkan netice arasındaki nedensellik bağını kesebilmektedir. Dolandırıcılık suçu kapsamında bu husus değerlendirildiğinde, mağdurun hataya düşmesinde kendi kusuru bulunsa ve hileli davranışın gelişmesinde etkin bir rol oynamış olsa da hileli davranış ile hataya düşme arasındaki nedensellik bağının varlığını koruduğunu söylemek gerekir.[51] Hileli davranışların yanı sıra mağdurun kusurlu hareketinin de dahil olmasından kaynaklanan zararlı neticelerin cezasız bırakılması doğru değildir.[52] Mağdurun hataya düşmesinde, kendi kusurunun bulunması, temel ceza belirlenirken dikkate alınabilecektir.[53]

Mağdur hileli durumu biliyorsa aldandığından veya hataya düştüğünden söz edilemez.[54] Ayrıca kendisine söylenenlerin yalan olma ihtimalinin daha yüksek olduğunu değerlendirmesine rağmen, bu olasılığı kabullenerek hareket eden kişinin hataya düşmüş olduğunun kabul edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir.[55]

Hileli davranış ile mağdurun malvarlığı üzerindeki tasarrufu arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Kişinin malvarlığı üzerindeki tasarrufu, hileli davranışlar dışındaki bir sebeple gerçekleşmişse nedensellik bağı yoktur.[56] Ayrıca hileli davranışla hataya düşürülen kişi yönünden, "*aldatılmamış olmasaydı da aynı şekilde tasarrufta bulunacaktı*" şeklinde bir belirleme yapılabiliyorsa dolandırıcılık suçunun oluşmayacağı ifade edilmektedir.[57]

3. Kendisine ya da Bir Başkasına Yarar Sağlama

765 sayılı TCK'daki düzenlemenin aksine 5237 sayılı TCK'da yer verilen dolandırıcılık hükmünde, failin sağlamış olduğu yararın "*haksız*" olması gerektiği

---

50 Tezcan-Erdem-Önok, 2019, s. 824.

51 Bkz. Önder, 1994, s. 384; Tümerkan, 1987, s. 64.

52 Erem, 1956, s. 22; Ekici Şahin, 2019, s. 267.

53 Ekici Şahin, 2019, s. 269.

54 Artuç, 2020, s. 627.

55 Bkz. Ekici Şahin, 2019, s. 265.

56 Eker Kazancı-Zeyrek, "TCK'da Dolandırıcılık Suçu", s. 535.

57 Artuk vd., 2019, s. 635.

ayrıca belirtilmemiştir.[58] Bu nedenle failin dolandırıcılık suçundan sağladığı yararın her hâlükârda haksız olmasının gerekmediği ifade edilmektedir.[59] Hileli davranışla haklı bir yararın elde edilmesi durumunda dahi dolandırıcılık suçu oluşabilecektir.[60] Ancak kanun koyucu 159. maddedeki düzenlemeyi getirerek oluşabilecek adaletsiz durumları yumuşatmaya çalışmıştır. TCK'nın 159. maddesine göre; "*dolandırıcılığın, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili amacıyla işlenmesi halinde"* suçun takibi şikayete bağlıdır.[61] TCK'da 159. maddedeki gibi bir hükme yer verilmesi nedeniyle dolandırıcılık suçunun tanımlandığı hükümde "*haksız*" ifadesine yer verilmemesinin bilinçli olduğunu söylemek mümkündür.[62]

Fikri ya da bedeni hizmetler dahi bu suçun konusunu oluşturabilecektir. Hatta koşulları oluştuğunda hileli davranışlarla aldatılarak elde edilmiş olan cinsel temasın dahi dolandırıcılık suçu kapsamında sayılması gerektiği belirtilmektedir.[63] Ancak önemle belirtmek gerekir ki, bu durumda suçun mağdurunun cinsel ilişkiye girme eylemini ekonomik amaçla yapıyor olması ve failin bu durumu kötüye kullanarak hileli davranışlarla mağduru aldatması gerekir. Ortada fikri ya da bedeni bir hizmet yoksa ve hile kullanılarak cinsel temas sağlanmışsa artık dolandırıcılık suçunun değil, cinsel saldırı ya da istismar suçunun oluştuğunun kabulü gerekecektir.[64]

---

58 Kanunda açıkça yer almasa da suçun oluşması bakımından yararın hukuken korunmuyor yani haksız olmasının gerektiğini belirten yazarlar bulunmaktadır. Bkz. Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 493; Özbek vd., 2018, s. 716.

59 Gökçen-Balcı, 2018, s. 214.

60 Kangal, 2018, s. 264; farklı görüş için bkz. Parlar, 2015, s. 25: "*zamanaşımına uğramış bir alacağı veya kumar alacağını elde etmek için hileye başvurulması dolandırıcılık suçunu oluşturmaz.*"; ayrıca bkz. Gökhan Taneri - Gani Kamışlı, ***Kişilere Karşı İşlenen Suçlar***, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 1031-1032.

61 TCK'nın 157. maddesinde yer alan basit dolandırıcılık suçunun takibi şikayete bağlı değildir ancak bu suç yönünden CMK'nın 253. maddesinde belirtiği şekilde uzlaşma yoluna gidilebilir.

62 Tersi bir yorum yapmak da mümkündür. Nitekim ilgili dolandırıcılık düzenlemesinde belirtilmemiş ise de dolandırıcılık suçunun oluşumu için sağlanan yararın haksız olması gerektiği, haklı bir yararı elde etmek için hile kullanılması halinde esasen dolandırıcılık suçunun değil, kendiliğinden hak alma suçunun oluşacağı, 5237 sayılı Ceza Kanunu'nda kendiliğinden hak alma gibi bir suç tipine yer verilmediği için 159. maddede daha az cezayı gerektiren nitelikli halin düzenlendiği ifade edilmektedir. Bkz. Yaşar-Gökcan-Artuç, 2014, s. 5062.

63 Erem, 1956, s. 17; Hafızoğulları, "Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları", s. 414.

64 Bkz. Yaşar-Gökcan-Artuç, 2014, s. 5068: "*örneğin, geceleyin karanlıktan faydalanarak bir kadının yatağına girip, kocası olarak algılanması sağlanarak onunla cinsel ilişkide bulunulması durumunda, dolandırıcılık suçundan değil, cinsel saldırı suçundan söz edilecektir.*"

Önceden doğan bir borçla ilgili olarak hileli davranışlarda bulunulması, başka bir ifade ile öncesinde elde edilmiş bir yararı meşrulaştırmak için hileye başvurulması halinin dolandırıcılık suçuna vücut vermeyeceği, zira yararın ve zararın daha önce gerçekleşmesi nedeniyle hileli hareket ile aralarında nedensellik bağının bulunmadığı belirtilmektedir.[65] Yüksek Mahkeme[66] mal ve hizmet alımıyla eş zamanlı olarak hileli davranışlarda bulunulmasını dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirmekte; öncesinde alınan mal ve hizmetin bedelini ödemek için yani önceden doğan bir borcu kapatmak için hileli davranışlarda bulunulmasının dolandırıcılık suçunu oluşturmayacağını kabul etmektedir.[67]

Dolandırıcılık suçunda, mağdurun amacının meşru olup olmamasının, failin cezalandırılması yönünden bir önem taşımadığı ifade edilmektedir.[68] Hileli davranış, kanuna veya ahlaka aykırı amaç taşıyan[69], mesela fuhuş yapmak isteyen ya da rüşvetle bir işini gördürmek isteyen bir kişiye yönelmişse bile dolandırıcılık suçu oluşacaktır.[70] Yine hilenin yöneldiği mağdurun ihlal edilen menfaati

---

65 Sulhi Dönmezer, ***Kişilere ve Mala Karşı Cürümler***, 15. Bası, Yetkin Yayınevi, İstanbul, 1998, s. 393; Gökçen-Balcı, 2018 s. 222.

66 Bu çalışmada "*Yargıtay*" ifadesi yerine "*Yüksek Mahkeme*" ifadesi kullanılmıştır.

67 Yüksek Mahkeme kararlarına bakıldığında bu konuda istikrarlı biçimde Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.03.1998 tarih ve 6/8-69 sayılı kararına atıf yapılmaktadır. İlgili karar için bkz. Mater Kaban, vd., ***Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Eylül 1996-Temmuz 2001***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2001, s. 621-622: "*mağdur veya bir başkasına verilen zarar, sanığın hileli söz ve davranışlarından sonra ve bu nitelikteki söz ve davranışların sonucu oluşmalıdır. Önceden oluşmuş bir zarar veya doğmuş bir borç için, sanığın müştekiye karşı hileli davranışlarda bulunması halinde, dolandırıcılık suçu oluşmaz. Zira karşı taraf, zararın veya alacağının varlığından haberdar olup zarar veya borç, kandırıcı nitelikteki davranışlar sonucu oluşmamıştır.*"

68 Bkz. Toroslu, 2018, s. 192; Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 501; Tezcan-Erdem-Önok, 2019, s. 825.

69 Önder, 1994, s. 383.

70 Kangal, 2018, s. 262; Artuç, 2020, s. 632. Yüksek Mahkemenin bu konuda çelişkili kararlarının bulunduğunu söylemek mümkündür. Ancak yakın tarihli bir Ceza Genel Kurulu kararında bu konudaki nihai görüşünü ortaya koymuştur. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 11.12.2018 tarih ve 2015/23-1072 Esas 2018/633 Karar: Olay günü saat 20.00 sıralarında otobüs terminali önünde yol kenarında bekleyen sanığın, aracı ile seyir halindeki şikayetçinin durması için el işareti yaptığı, yanına gelen şikayetçi ile 40 TL karşılığında cinsel ilişkiye girme konusunda anlaştığı, ardından parayı alıp şikayetçiye ileride kendisini beklemesini söyledikten sonra ortadan kaybolduğu olayda; şikayetçinin eksik borç nedeniyle meydana gelen zararı talep edip edememesinin özel hukuk konusu olduğu ve dolandırıcılık suçunun oluşmasına engel teşkil etmediği, sanığın ahlaka aykırı bir yönteme başvurarak gerçekleştirdiği hileli davranışların somut olayda hukuki boyuttan çıkıp cezai sorumluluğu gerektiren aldatıcı nitelikte olduğu kabul edilerek Yüksek Mahkemece dolandırıcılık suçunun oluştuğuna hükmedilmiştir. Eski tarihli ve farklı yönde karar için bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi 27.01.2015 tarih ve 2013/7084

gayrimeşru olsa bile dolandırıcılık suçunun oluşacağı belirtilmektedir.[71] Ahlaka, yasaya aykırı veya suç teşkil eden bir eylemle elde edilen mallar da kişilerin malvarlığına dahildir ve bu değerlerin hile ile elde edilmesi halinde dolandırıcılık suçu oluşacaktır.[72] Bu görüş esas alındığında bir aracı çalan kimseden üçüncü bir kişinin, hileli davranışlar suretiyle çalıntı aracı ele geçirdiği durumlarda dolandırıcılık suçunun oluşacağının kabulü gerekir.[73]

Dolandırıcılık suçunda hileli davranışın başka bir yerde yapılması, menfaatin ise başka bir yerde sağlanması mümkündür.[74] Ayrıca suçun tamamlanması için zararın meydana gelmesi yeterlidir; failin hile ile elde etmiş olduğu menfaatten fiilen yararlanamamış olması suçun tamamlanmadığı sonucunu doğurmaz.[75] Örneğin mağdurun hileli davranış sonucu failin banka hesabına para göndermiş olması ancak bankanın hesaba bloke koyması nedeniyle failin gönderilen parayı çekememiş olması durumunda tamamlanmış dolandırıcılık suçundan bahsedilecektir. Zira paranın gönderilmesi ve failin hesabına geçmesi ile birlikte menfaat sağlanmış, mağdurun zararı ortaya çıkmış ve suç tamamlanmıştır.

Esas 2015/1279 Karar: "*hukuki düzenin bazı alacaklar bakımından borçlusuna dava ve cebri icra yoluyla zorlama hakkı vermediği borçların, 'eksik borçlar' olduğu, eksik borcun yaptırımının hukuk düzeninde bulunmadığı, talep edilebilir ancak dava edilmez olduğu, hakim tarafından re'sen dikkate alınacağı, kumar ve bahis borçları ile evlenme tellallığından doğan borçların bu kapsamda olduğu gözetildiğinde; konusu suç olan uyuşturucu madde temini kapsamında ahlaka ve hukuka aykırı isteğin karşılanmamasının ne şekilde hileli davranış olduğu açıklanmadan yazılı şekilde karar verilmesi*,"

71 Dönmezer, 1998, s. 396.

72 Selçuk, 1982, s. 29: "*Malvarlığı kavramı içinde, ceza hukukuna göre, onu elinde tutan açısından değeri olan her şey korunacağından, haksız yollardan edinilmiş değerler de bundan yararlanacaktır.*" Ayrıca bkz. Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 501; farklı görüş için bkz. Tezcan-Erdem-Önok, 2019, s. 826: "*öğretide baskın görüş, kanuna ve ahlaka aykırı bir işlemden kaynaklanan taleplerin, ceza hukuku açısından korunan malvarlığı kavramına dahil olmadığı gerekçesiyle dolandırıcılık suçuna konu olamayacağını kabul etmektedir.*"

73 Bkz. Yaşar-Gökcan-Artuç, 2014, s. 5084.

74 Eker Kazancı-Zeyrek, "TCK'da Dolandırıcılık Suçu", s. 526.

75 Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 17.03.1998 tarih ve 6/29-99 sayılı karar. Karar için bkz. Kaban, vd., 2001, s. 638-639: "*Yazdığı ve gerçek olmayan haber üzerine sanığın banka hesabına para gönderen mağdurların mal varlığında bir azalma olmuş ve bu hileli hareketler sonucu zarara uğramışlardır. Gönderilen paraların, sanığın banka hesabına geçmesiyle suç tamamlanmış olup bu menfaatten fiilen yararlanması şart değildir. Sanık, banka hesabına kaydedilen bu para üzerinde tasarruf etme, bir takım işlemlerde bulunma yetkisine sahiptir. Bu itibarla dolandırıcılık suçu tamamlanmıştır.*"

4. Zarar

İnsan hareketinden çıkan ve ona nedensellik ilişkisi ile bağlı bulunan neticeler birden fazla olabilir; hatta her netice, başka bir neticenin sebebini teşkil edebilir. Suçun maddi unsuru bakımından esas alınacak netice ise kanuni tanımda yer alan, hukuki bir değer taşıyan dış alemdeki değişikliktir.[76] Dolandırıcılık suçu neticeli suçlardandır. Failin sağladığı yarar aynı zamanda mağdurun malvarlığında zarara neden olmaktadır. Suçun oluşumu için menfaatin sağlanması ve bu neticeye bağlı olarak mağdur yönünden zarar neticesinin oluşması gerekir. Ancak kanuni tip esas alındığında dolandırıcılık suçundaki nihai netice zarardır. Zarar gerçekleşmediği sürece tamamlanmış bir dolandırıcılık suçundan söz edilemeyecektir.

Dolandırıcılık suçu neticesi hareketten ayrılabilen suçlardandır. Bu nedenle hileli davranış başka bir yerde, zarar neticesi başka bir yerde gerçekleşebilir. Yine hileli hareket ile zararlı netice arasında zamansal fark olabilir.[77]

Bir arzunun tatmin edilmemesi, hayal kırıklığına uğranılması veya hukuki değeri olmayan bir senedin alınması hallerinde zararın oluşmayacağı ifade edilmektedir.[78]

Ülkedeki sağlık politikası, herkesin sağlık hizmetlerinden ücretsiz yararlanmasını sağladığından, hileli davranışlarla sağlık hizmeti alındığı hallerde dolandırıcılık suçunun oluşmayacağı belirtilmektedir.[79] Başkasına ait kimliği kullanarak devlet hastanesinde doğum yapan birinin masrafları zaten genel sağlık sigortası kapsamında devlet tarafından karşılandığından dolandırıcılık suçu kapsamında bir zararın oluşmadığından söz edilebilir.[80]

---

[76] Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, ***Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II***, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s. 97.

[77] Nurullah Kunter, ***Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi***, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, s. 91.

[78] Artuk vd., 2019, s. 630.

[79] Aydın, "Dolandırıcılık Suçu", s. 669.

[80] Aynı doğrultuda karar için bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi 20.01.2015 tarih ve 2013/7428 Esas 2015/786Karar: "*Sanığın hastaneye kimlik veyahut başkaca bir belge sunulmamış olması, hastanın tedavisi ile ilgili olarak acil sağlık hizmet bedellerinin alınamayacağından herhangi bir zararın söz konusu olmayacağı, keza hastane görevlilerinin verilen şifai beyan üzerinde denetim imkanları bulunmasına karşın bunu araştırılmadıkları, eylemin sadece bu nedenle bile basit yalan kapsamında kaldığı anlaşılmakla, resmi belgede sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarının yasal unsurlarının oluşmadığına, yönelik mahkemenin kabulünde, Anayasa, AİHS ve kanuni düzenlemeler dikkate alındığında bir isabetsizlik görülmemiştir.*"; ayrıca bkz. Kangal, 2018, s. 264.

Aldatma sonucu elde edilen malvarlığı değeri ile karşılık olarak verilen malvarlığı değeri eşit olsalar bile, karşılık olarak verilen malvarlığı değerinin, alan kişi tarafından kullanılması mümkün değil ise zararın varlığını kabul etmek gerekecektir. Örneğin, aldatılan köylüye o bölgede kullanılması mümkün olmayan bir zirai aletin satılmasında olduğu gibi.[81]

B. Suçun Manevi Unsuru

Dolandırıcılık suçu genel kast ile işlenebilen bir suçtur. TCK'nın 157. maddesinde düzenlenen basit dolandırıcılık suçunun oluşumu için failin ayrıca belli saikle hareket etmiş olması aranmaz.[82] Bununla birlikte failin, suçun nitelikli hallerinin düzenlendiği 158. maddenin bazı bendlerinde belirtilen saik ile hareket etmiş olması ağırlaştırıcı neden sayılmıştır.[83] Ayrıca 159. maddede, *dolandırıcılık suçunun bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil etme* saiki ile işlenmesi hafifletici neden olarak kabul edilmiştir.

Belli bir saikle hareket etmenin ağırlaştırıcı ya da hafifletici neden olarak kabul edildiği durumlar hariç olmak üzere dolandırıcılık suçunun olası kastla işlenebileceği ifade edilmektedir.[84] Failin, hileyle mağduru hataya düşürebileceğini tahmin ettiği, bunu göze aldığı ve yarar sağlamayı kabul ettiği hallerde bu suçu olası kast ile işlemiş olacaktır.[85] Susmanın ve muhatabın sorularını açık biçimde yanıtlamamanın suçun olası kastla işlenmesinin örneğini teşkil ettiği ifade edilmektedir.[86]

Failin iradesi, kullanılan vasıtanın hileli bir araç olduğunu da kapsamalıdır.[87] Ayrıca malvarlığının tasarrufu sırasında veya öncesinde failde hileli hareket etme kastının bulunması gerekir. Başlangıçta dolandırma kastı bulunmayan ancak tasarruf sonrası ortaya çıkan ve mağdurun tasarrufu ile bağdaşmayan

---

81 Toroslu, 2018, s. 188.

82 Farklı yönde görüş için bkz. Soyaslan, 2020, s. 442: Soyaslan'a göre; failin, mağdura haksız olarak zarar vereceği bilincinde olması gerekmektedir. Bu nedenle dolandırıcılık suçun esasen özel kastla işlenebilen bir suçtur.

83 Bkz. TCK'nın 158/1-j ve 158/1-k maddeleri: Dolandırıcılık suçunun "*Banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağmak maksadıyla*" ve "*Sigorta bedelini almak maksadıyla*" işlenmesi suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir.

84 Kangal, 2018, s. 265-266.

85 Önder, 1994, s. 385; Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 515.

86 Aydın, "Dolandırıcılık Suçu", s. 672.

87 Dönmezer, 1998, s. 399; Soyaslan, 2020, s. 442.

kasti hareketler güveni kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilecektir.[88]

Bir ticari teşebbüsün başarılı olacağına inanmış bir kimsede dolandırıcılık kastının bulunmadığı söylenebilir.[89]

Büyü yaparak veya bir takım ritüellerle, yani bazı hayali vasıtalar ve hareketlerle, fakat, bunların sonuca götüreceğine samimi surette inanarak girişilen teşebbüslerde ya da failde zeka, idrak noksanı ve aşırı cehaleti gösteren diğer olaylarda kişilere ceza verilmeyebileceği ifade edilmektedir.[90] Dolandırıcılık suçu kapsamında düşünüldüğünde bu şekilde hareket eden kişilerin, esasen karşı tarafa zarar vermeyeceklerini inandıklarından suç işleme kastlarının olmadığı kabul edilebilir.[91]

II. DOLANDIRICILIK SUÇU KAPSAMINDA CEZALANDIRILAN HİLE

A. Dolandırıcılık Suçundaki Hile Unsurunun Elverişliliğine İlişkin Tespitler ve İşlenemez Suç

Hareketin elverişsiz olması ya da suç konusunun bulunmaması nedeniyle icra hareketlerinin tamamlanmasına veya sonucun oluşturulmasına imkan bulunmayan hallerde işlenemez suçtan söz edilir.[92] İşlenemez suç söz konusu olduğunda yapılan hareketin kanuni tipe uygun olmadığı ve bu yüzden cezalandırılmadığı ifade edilmektedir.[93] Suça teşebbüs hükmünün düzenlendiği TCK'nın 35/1. maddesinde yer alan, "*elverişli hareketlerle suçun icrasına başlanılması*" ifadesinden fail ya da faillerin cezalandırılabilmesi için yapmış oldukları hareke-

88 Selçuk, 1982, s. 161.

89 Bkz. Erem, 1956, s. 24.

90 Bkz. Uğur Alacakaptan, ***İşlenemez Suç***, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968, s. 59. Alacakaptan, bu gibi durumlarda ceza vermek yerine bir güvenlik veya tedavi tedbirinin uygulanması cihetini düşünmenin daha doğru olacağını ifade etmektedir. Bkz. s. 59.

91 Bkz. Toroslu, 2018, s. 190; Selçuk, 1982, s. 147: "*hareketin hileli olmadığı yolundaki iyi niyet ve inanç kastı kaldıracaktır.*"

92 Dönmezer-Erman, 2019, s. 159. Suç konusunun yokluğunun veya hareketin elverişsizliğinin tespitinde mutlak ya da nisbi imkansızlık ölçütü yerine, failin içinde bulunduğu somut hal ve durum, konu ile bağlantısının dikkate alınması gerektiği, seçtiği hareketlerin niteliği itibariyle icra hareketlerini sonuçlandırabilmesine ihtimal verilmiyorsa işlenemez suçun varlığından söz edilebileceği ifade edilmektedir. Bkz. Dönmezer-Erman, 2019, s. 166.

93 Alacakaptan, 1968, s. 22.

tin elverişli olması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Suçun konusunun yokluğu hallerinde hareketi yapan kişinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda TCK'da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da suçun konusunun yokluğu hallerinde işlenemez suçtan söz edilecektir. İtalyan[94] ve Alman[95] Ceza Hukuku sistemlerinden farklı olarak Türk Ceza Hukuku sisteminde işlenemez suç söz konusu olduğunda kişi ya da kişiler cezalandırılmamaktadır. İşlenemez suç hallerinde, suç işleme iradesinin açığa çıkmış olmasına rağmen kişilerin cezalandırılmaması eksiklik olarak kabul edilip eleştiri konusu yapılmaktadır.[96]

Dolandırıcılık (ve sahtecilik) suçlarında, aldatma için vasıta olarak kullanılan hileli davranışların aldatmaya elverişli olması gerektiği ifade edilmektedir.[97] 765 sayılı TCK'nın 503. maddesinde yer alan dolandırıcılık düzenlemesinde "*bir kişiyi kandırabilecek nitelikteki hile ve desise*" ifadesine yer verilmiş olmasına rağmen 5237 sayılı TCK'da yer verilen dolandırıcılık hükmünde hilenin "*kandırabilecek nitelikte*" olması[98] gerekliliği açıkça belirtilmemiştir.[99] Açıkça belirtilmiş

---

[94] İtalyan Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sözde suç, 2. fıkrasında ise işlenemez suç konusu düzenlenmiştir. Suç oluşturmayan bir fiili suç teşkil ettiği kanaatiyle işleyen kişi cezalandırılmaz. (Sözde Suç İCK m. 49/1). Hareketin elverişsizliği veya maddi konunun yokluğu nedeniyle neticenin gerçekleşmesi mümkün değilse işlenemez suçtan bahsedilecektir ve faile ceza verilmeyecektir. (İCK m. 49/2) İlgili madde ve çevirisi için bkz. Alacakaptan, 1968, s. 2.

[95] Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 23/3. maddesine göre; *fail ağır bir bilgi ve anlam hatası yapması nedeniyle, suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemekte kullanılan vasıtaların cinsinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açmayacağını idrak etmemişse, mahkeme ceza vermekten tamamen vazgeçebilir veya cezayı takdiren indirebilir.* İlgili madde ve çevirisi için bkz. Feridun Yenisey - Gottfried Plagemann, ***Alman Ceza Kanunu***, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 20.

[96] Bkz. Alacakaptan, 1968, s. 57-58: "*Toplum huzur ve güvenini yalnız suç sayılan bir neticeyi doğurmaya muktedir bulunan hareketler değil, fail tarafından böyle zannedilen hareketler de bozar.*" Bkz. Dönmezer-Erman, 2019, s. 169. "*işlenemez suça teşebbüs durumunda faile, işlenebilen suça oranla, çok daha hafif bir ceza vermek veya faili cezasız bırakmak hususunda hakime takdir yetkisinin tanınması yerinde bir davranış olur.*"

[97] Erem, 1956, s. 13.

[98] 765 sayılı TCK'da yer verilen hükümde açıkça belirtildiğinden hilenin "*kandırabilecek nitelikte*" olup olmadığının tespitinin yapılması gerekiyordu. Hilenin aldatıcı nitelikte olup olmadığının tespitinde sübjektif ve objektif olmak üzere ikili ayrıma gidilmekteydi. Sübjektif kriterde mağdurun durumu esas alınmakta, somut olayda failin eylemi, karşısındaki kişiyi kandırmışsa dolandırıcılık suçunun oluşacağı kabul edilmekteydi. Objektif kriterde ise kullanılan hilenin objektif olarak aldatıcı nitelikte olup olmadığı araştırılmaktaydı. Objektif kriter esas alındığında, kişinin basit bir araştırma ile kendini koruyabilecekken buna aykırı davranarak aldatıldığı durumlarda dolandırıcılık suçunun oluşmayabileceği ve ceza hukuku bağlamında himaye görmeyeceği kabul görmekteydi. Bkz. Önder, 1994, s. 372.

olmasa da fail tarafından gerçekleştirilen hileli davranışların karşı tarafı aldatmaya elverişli olması gerektiği, aldatabilecek nitelikte olmayan davranışların, dolandırıcılık suçu yönünden "*elverişsiz hareket*" olarak değerlendirileceğinden, işlenemez suça sebebiyet vereceği savunulmaktadır.[100] Bu bağlamda dolandırıcılık suçunun oluşumu için mağdurun hataya düşürülmesinin tek başına yeterli olmadığı aynı zamanda araç olarak kullanılan hileli davranışın aldatıcı vasıfta olması gerektiği belirtilmektedir.[101]

Hareketin elverişli olup olmadığının tespiti göreceli kıstaslara tabidir. Mesela suçta kullanılan aracın, ne şekilde ve hangi şartlar altında, kime karşı ve ne gibi bir amaçla kullanıldığını bilmeden hareketin elverişli olup olmadığına ilişkin bir değerlendirmeye varılamaz.[102] Ayrıca elverişliliğin tespitinde mağdurun kişisel özelliklerinin de dikkate alınması gerekmektedir.[103]

Hileli davranışın aldatıcı niteliğinin bulunup bulunmadığının tespiti hakime düşen bir görevdir.[104] Somut olayda hileli davranışın mağduru aldatmış olması suçun oluşumu için yeterli kabul edilmelidir[105]; ayrıca mağdurun özelliklerinden bağımsız ve objektif olarak hileli davranışın aldatmaya elverişli olup olmadığı araştırılmamalıdır.[106] Aksi düşünüldüğünde dolandırıcıların asıl aradıkları olan aklen zayıf ve saf kimseler ceza hukuku korumasından mahrum kalabilecektir.[107]

---

99 Bu yer verilmeyişin nedeni olarak günümüzde özel hukuk hilesi ile ceza hukuku hilesi farkının önemini kaybetmesi gösterilmektedir. Bkz. Volkan Maviş, "Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar", ***İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*****,** C. 6, S. 3, s. 608.

100 Bkz. Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 492; Gözde Kazaker, ***Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 228-229: Yazar işlenemez suç yerine elverişsiz teşebbüs ifadesini kullanmaktadır; ayrıca bkz. Artuk vd., 2019, s. 632.

101 765 sayılı TCK'da yer alan dolandırıcılık hükmünde, hile ve desisenin kandırabilecek nitelikte olmasının aranmasına rağmen 5237 sayılı TCK'daki dolandırıcılık düzenlemesinde benzer bir ifadeye yer verilmemesinin dolandırıcılık suçunda hileli hareketin elverişli olması özelliğinin aranmayacağı şeklinde bir sonuç doğurmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Kangal, 2018, s. 252.

102 Alacakaptan, 1968, s. 62. Fail, elverişli sandığı vasıtayı, somut olayda neticeyi meydana getirecek şekilde kullanmışsa, cezalandırılabilir bir hareketin bulunduğu ifade edilmektedir. Bkz. Alacakaptan, 1968, s. 97.

103 Erem, 1956, s. 13; Tümerkan, 1987, s. 57; Artuk vd., 2019, s. 632.

104 Dönmezer, 1998, s. 391.

105 Eker Kazancı-Zeyrek, "TCK'da Dolandırıcılık Suçu", s. 529; Tümerkan, 1987, s. 59.

106 Tezcan-Erdem-Önok, 2019, s. 813-814; Toroslu, 2018, s. 183-184.

107 Bkz. Erem, 1956, s. 14.

Dolandırıcılık suçundaki hileli davranışın aldatmaya elverişliliği esasen cezalandırılabilir bir teşebbüsün var olup olmadığının tespitinde önem taşır. Aldatmaya elverişli hileli davranışlar gerçekleştirilmesine rağmen mağdur aldanmamışsa ya da aldatmaya elverişli hileli davranışı ciddiye almamışsa dolandırıcılık suçuna teşebbüsün gerçekleştiği kabul edilmelidir.[108]

B. Ceza Hukuku Hilesi ile Özel Hukuk Hilesi Ayrımı

Ticari özgürlük alanını geniş tutmak, sözleşme ve özel hukuk ilişkilerinin gelişmesini engellememek için özel hukuk hilesi ile ceza hukuku hilesi ayrımı yapılmaktadır.[109] Günümüzde özel hukuk hilesi ile ceza hukuku hilesi ayrımının önemini yitirdiği ifade edilmekte ise de;[110] büsbütün yok olmamıştır.[111] Nitekim bir hukuki ilişkide sadece yalan söylemiş olmanın ceza hukuku bağlamında yaptırıma tabi olmaması ve ceza hukuku himayesi dışında tutulabilmesi için özel hukuk hilesi ile ceza hukuku hilesi ayrımının yapılmasının gerekli olduğu söylenebilir.[112]

Ülkemizdeki mahkemelerin ve savcılıkların uygulamasına bakıldığında özel hukuk hilesi ile ceza hukuku hilesi ayrımının önemini koruduğunu söylemek mümkündür. Bu ayrım nedeniyle dolandırıcılık isnadıyla soruşturulan çoğu dosyada "*hukuki ihtilaf*" gerekçesiyle takipsizlik kararı verilmekte ve mahkeme önüne taşınmadan hukuki yaptırımlar yeterli görülerek bu dosyalar kapatılmaktadır.[113] Mahkemeye taşınan ve dolandırıcılık iddiası içeren olayların bazısı için

---

[108] Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 505; Aydın, "Dolandırıcılık Suçu", s. 663.

[109] Selçuk, 1982, s. 106; Soyaslan, 2020, s. 438.

[110] Ekici Şahin, 2019, s. 210.

[111] Selçuk, 1982, s. 106.

[112] Bu konudaki görüşler için bkz. Hafızoğulları, "Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları", s. 409. Özel hukuk hilesi ile ceza hukuku hilesi ayrımının reddedildiği bir durumda ceza hukuku hilesi sayılmayan bir davranışın özel hukuk hilesi olarak da kabul edilmeyeceği sonucu ortaya çıkabilecektir. Bkz. Erem, 1956, s. 12.

[113] Aracın kilometresi ile oynandığına ilişkin yapılan şikayet yönünden Cumhuriyet Başsavcılıklarınca verilen takipsizlik kararı ve bu takipsizlik kararına karşı itiraz edilmesi sonucu Sulh Ceza Hakimliğince verilen red kararları kanun yararına bozma istemiyle Yüksek Mahkemenin önüne gelmiştir. Yüksek Mahkeme vermiş olduğu bazı kararlarında Cumhuriyet Başsavcılıklarınca verilen takipsizlik ve Sulh Ceza Hakimliklerince verilen red kararlarının yerinde olmadığına hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi 15.06.2020 tarih ve 2019/15493 Esas 2020/5779 Karar; Yargıtay 15. Ceza Dairesi 08.06.2020 tarih ve 2019/15557 Esas 2020/4944 Karar. Satıştan önce aracın kilometresinin değiştirilmesi nedeniyle başlatılan soruşturmada "hukuki ihtilaf" gerekçesiyle Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen takipsizlik kararının yerinde olduğuna ilişkin Yüksek Mahkeme karar için bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi 04.12.2017 tarih 2017/30324 Esas 2017/25695 Karar.

mahkumiyet, bazı için ise "*hukuki ihtilaf*" gerekçesiyle beraat kararları verilmektedir. Eşitsiz uygulamaların önüne geçmek için özel hukuk hilesi ile ceza hukuku hilesi ayırımının objektif ölçütlere bağlanması gerekmektedir.

Özel hukuk hilesinin, ceza hukuku hilesine göre daha kapsamlı olduğu söylenebilir.[114] Ceza hukuku kapsamındaki her hile aynı zamanda özel hukuk hilesi olarak kabul edilmektedir.[115] Bununla birlikte her özel hukuk hilesi aynı zamanda ceza hukuku hilesi olarak kabul edilip cezalandırılmamaktadır.[116] Özel hukuk hilesi ile ceza hukuku hilesi ayrımının kabul edildiği bir sistemde, özel hukuk hilesinin nitelik ve nicelik açısından, hangi eşikten sonra ceza hukuku hilesine dönüşeceğini tespit etmek gerekir ve sorunlu olan nokta burasıdır.[117]

C. Dolandırıcılık Suçu Kapsamında Cezalandırılan Hilenin Özellikleri

Dolandırıcılık suçunun oluşumu için hileli açıklama ya da davranışların, belirli bir olguya veya olaya dayanması gerektiği ifade edilmektedir.[118] Bu olguların kişinin zihninde var olan içsel veya dışa yansıyan dışsal olgular biçiminde olabileceği ifade edilmektedir.[119] Örneğin failin kendisine düşen edimi yerine getirme niyeti olmamasına rağmen, sözleşme yaptığı sırada edimi yerine getireceğini taahhüt etmesinin içsel olguya dayanan bir hile olduğu belirtilmektedir.[120]

Sadece inanç ya da kanaat ile ilgili sübjektif açıklamalar dolandırıcılık kapsamında değerlendirilemez;[121] mesela ileride değerleneceği söylenerek bir kim-

---

[114] Özel hukuk hilesi ile ceza hukuku hilesi arasında niteliksel değil, niceliksel bir farkın bulunduğu ifade edilmektedir. Bkz. Önder, 1994, s. 370.

[115] Tümerkan, 1987, s. 54.

[116] Önder, 1994, s. 370.

[117] Selçuk, 1982, s. 93-94.

[118] Sibel Kılıçarslan İsfen, "Alman Ceza Kanunu'nda Dolandırıcılık Suçunun Maddi Unsuru Olarak Aldatma", ***Rechtsbrücke/Hukuk Köprüsü***, S. 9, Aralık 2015, s. 81-82; Ekici Şahin, 2019, s. 195. Durum ve koşullara göre, mağdurun failden, doğru bir açıklamayı haklı olarak beklediği durumlarda, hilenin varlığı kabul edilerek, bu görüşün bir ölçüde yumuşatılmak istendiği belirtilmektedir. Bkz. Selçuk, 1982., s. 121.

[119] Kılıçarslan İsfen, "Alman Ceza Kanunu'nda Dolandırıcılık Suçunun Maddi Unsuru Olarak Aldatma", s. 82: "*peşin ödeme gerektiren hallerde karşılıksız yararlanma hallerinde, failin ödeme isteğinin bulunmaması hali olan iç olgu ile nakit eksikliğine binaen ödeme kabiliyetini yanlış yansıtması olan dış olgu arasında suçun oluşumu bakımından bir fark bulunmamaktadır.*"

[120] Ekici Şahin, 2019, s. 197; Kılıçarslan İsfen, "Alman Ceza Kanunu'nda Dolandırıcılık Suçunun Maddi Unsuru Olarak Aldatma", s. 82.

[121] Ekici Şahin, 2019, s. 200.

seye rağbet görmeyen bir arsanın satılmasında olduğu gibi.[122] Bununla birlikte ileride doğa olaylarının gerçekleşeceğinden bahisle yani kehanette bulunularak[123] ya da işinin halledileceği hususunda ümit verilerek veya vaatte bulunularak dolandırıcılık suçunun işlenebileceği ifade edilmektedir.[124] Ayrıca bilimsel bulgular dayanak gösterilerek gelecekte gerçekleşecek hadiselerle ile kişilerin aldatılması durumlarında da hilenin varlığını kabul etmenin gerektiği belirtilmektedir.[125]

Aldatılan kişi, fail tarafından ileri sürülen olguları gerçek sanmalı ya da en azından gerçeğe uygun olma olasılığını dikkate alarak malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunmalıdır. Failin ileri sürdüğü olguların, aldatılan bakımından gerçeğe uygun olup olmadığı artık önemsizse, hataya düşmekten söz edilemeyecektir.[126]

Hileli davranış, yalan söylemek gibi doğrudan aldatılanın psişiğini etkilemek şeklinde olabileceği gibi, maddi görünüm yaratmak, yani dış gerçekliği etkilemek şeklinde de olabilecektir. Nesnelerin yerlerinin değiştirilmesi, miktarının azaltılması, artırılması veya şeklinin değiştirilmesi, mağdurun gerçeği anlamasına engel olmaya yönelik maddi görünüm yaratan hareketlerdir.[127]

Öğretide ve uygulamada tartışmanın esası, bir olguya ilişkin soyut ve basit bir yalanın mağduru aldatmasının, dolandırıcılık suçu kapsamında cezalandırılan bir hile olarak kabul edilip edilmeyeceğine dayanmaktadır.

---

[122] Dönmezer, 1998, s. 383; farklı bir görüş için bkz. Kılıçarslan İsfen, "Alman Ceza Kanunu'nda Dolandırıcılık Suçunun Maddi Unsuru Olarak Aldatma", s. 83: "*Tacir olarak mal satın alan kişiye malı satan kimsenin, bu malın çok önemli bir piyasa boşluğunu doldurduğunu ve bu sebeple hiçbir uğraşa gerek kalmaksızın kendiliğinden sattığını belirtmesi, her ne kadar gelecekteki olası ticari gelişmelere yönelik bir düşüncenin ifadesi olsa da eğer bunlara ilaveten ürünle rekabet etmenin mümkün olmadığını belirtmişse bu noktada bir olgu beyanında bulunmuş demektedir. Hisse senedi alımı konusunda bir kimseyi ikna etmek için, senetlerin gelecekte borsada işlem göreceği, değerinin yükseleceği ve kar getiren bir yatırım olacağı, zira ana şirketin arkasında ekonomik olarak güçlü ve etki alanı geniş iş adamlarının olduğu yönünde teminat vermek sadece ilgili şirketin istikbaldeki gelişimi hakkında bir fikir beyanı değil, ayrıca gerçek anlamda bir olgu beyanında bulunmaktır.*"

[123] Farklı görüş için bkz. Ekici Şahin, 2019, s. 200: "*gelecekte gerçekleşmesi beklenen olgu ve olaylar yalnızca doğa kanunları, mantık kuralları ve gelecek ve göreneklerle doğrulabildiğinde hilenin konusu olabilir ve dolandırıcılık suçuna vücut verebilir. Bu açıdan gelecek yaz belli bir bölgeye dolu yağacağı beyanı hile değil, sadece bir iddiadır.*"

[124] Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 508.

[125] Gökçen-Balcı, 2018, s. 220.

[126] Tezcan-Erdem-Önok, 2019, s. 821.

[127] Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 505.

Kimi yazarlara göre her hileli davranış cezalandırılmaz. Hilenin belli özelliklere sahip olması ve belli bir ağırlığa ulaşması gerekir. Örneğin Dönmezer'e göre sadece yalan söylemek dolandırıcılık suçunu teşkil etmez. Soyut yalan açıklamasının mağdur nezdinde doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece mağdurun inceleme eğilimini etkisiz kılacak bir takım dış hareketlerin eklenmiş bulunması gereklidir. Bununla birlikte hal ve şartlara göre mağdurun, failden doğru bir açıklamayı beklediği ve bu hususta haklı olduğu hallerde hilenin varlığını kabul etmek gerekir. Bu görüşe sahneye koyma (mise en scene) teorisi adı verilmektedir.[128]

Bir kısım yazarın da ortak bir şekilde belirttiği üzere dolandırıcılık suçunun oluşumu için hilenin belli bir ağırlığa ulaşması gereklidir ve bu nedenle soyut ve basit yalan hile değildir. Bununla birlikte failin doğruyu söyleme yükümlülüğünün bulunduğu ve yine mağdurun haklı olarak doğru bir açıklama beklediği hallerde soyut ve basit yalan hile oluşturabilir.[129] Muhatabın zaman ve imkan olarak söz konusu soyut ve basit yalan niteliğindeki açıklamanın doğruluğunu kontrol etme imkanının bulunmasına rağmen özensiz davranarak yalana inanmışsa sonuçlarına katlanmalıdır.[130]

Hafızoğulları'na göre, herkes insani ilişkilerde dikkatli davranmak, özenli olmak ve her söze inanmamak zorundadır. Hukuk aptalları koruma cihazı değildir. Kendisinin ya da başkasının zararına olarak hataya düşürülmek ya da düşmekte ölçü öznel değil, nesnel olmalıdır. Nesnel ölçü, zaman içerisinde oluşmuş ve herkes için ortak olan beşeri deneyim kurallarıdır.[131]

Kangal'a göre, hileli davranışın yöneldiği kişinin saf, cahil veya belirli bir konuda bilgi donanımının yetersiz olması nedeniyle aldanmış olması hileli davranışın elverişli olduğunu göstermez. Hileli davranışın yöneldiği kişinin özel bilgisi elverişliliğin tespitinde dikkate alınmalıdır.[132]

Selçuk, her aldatmanın bu suçu oluşturmayacağını ifade etmekte, ex ante bir değerlendirme yapılarak somut olayda aldatmaya elverişli bir hilenin var

---

[128] Bkz. Dönmezer, 1998, s. 381-382; aynı yönde görüş için bkz. Yaşar-Gökcan-Artuç, 2014, s. 5072-5073.

[129] Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 506; Özbek vd., 2018, s. 714. "*Bu yönüyle hilenin belli bir ağırlığa ulaşmasının gerekmediği görüşüne katılmıyoruz.*" Bkz. Özbek vd., 2018, s. 715.

[130] Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 506; Artuk vd., 2019, s. 631.

[131] Hafızoğulları, "Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları", s. 411.

[132] Kangal, 2018, s. 259.

olup olmadığının araştırılması gerektiğini savunmaktadır.[133] Kaba, çıplak, kolay anlaşılır yalan, bu suçu işlemek için yeterli değildir.[134]

Yüksek Mahkemenin içtihatlarına bakıldığında, 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde sürdürülen görüşün 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra da devam ettirildiği söylenebilir. Yüksek Mahkeme soyut ve basit yalanı dolandırıcılık suçu kapsamında cezalandırılan hile olarak kabul etmemektedir. Hilenin cezalandırılabilmesi için nitelikli yalanın varlığı ya da mağdurun inceleme eğilimini yok edici bir takım davranışların sergilenmesi aranmaktadır.[135] Yüksek Mahkeme, soyut ve basit yalanı dolandırıcılık suçunun oluşumu için yeterli görmemekle birlikte, bu konuda daha çok "*olaylar içtihad*ı" yöntemini geliştirmiştir.[136]

Yukarıda belirtildiği üzere Türk öğretisindeki çoğunluk[137] ve uygulamada mahkemeler, dolandırıcılık suçunun oluşumunda fail tarafından gerçekleştirilen hileli davranışların belli bir ağırlığa ulaşması ve belli özelliklere sahip olması gerektiği görüşündedir. Ancak dolandırıcılık suçunun unsuru olan hilenin belli bir ağırlığa veya yoğunluğa ulaşmasını aramak, dolandırıcılık suçu yönünden kanunun öngörmediği yeni bir unsurun uygulamayla eklemek anlamına gelecektir.[138] Yalan aldatmış ise hiledir[139], ayrıca aldatmaya elverişi olup olmadığına ve belli bir ağırlığa ulaşıp ulaşmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmamalıdır.

---

133 Selçuk, 1982, s. 108-109.

134 Selçuk, 1982, s. 111.

135 Yargıtay Ceza Genel Kurulu 14.10.2021 tarih ve 2019/15-115 Esas 2021/475 Karar; Yargıtay Ceza Genel Kurulu 08.06.2021 tarih ve 2018/15-372 Esas 2021/258 Karar.

136 Yargıtay Ceza Genel Kurulu 08.12.2020 tarih ve 2017/15-665 Esas 2020/506 Karar; Yargıtay Ceza Genel Kurulu 14.10.2021 tarih ve 2019/15-115 Esas 2021/475 Karar; Yargıtay Ceza Genel Kurulu 08.06.2021 tarih ve 2018/15-372 Esas 2021/258 Karar; ayrıca bkz. Selçuk, 1982, s. 125.

137 Alman hukukunda dolandırıcılık suçunun oluşumu için kandırma hareketinin hile, sania şeklinde, özel bir şekil almasının şart koşulmadığı ifade edilmektedir. Çok beceriksizce yapılan basit bir kandırma bile suçun oluşumu için yeterli olmaktadır. Kandırma neticesinde, aldatılan kişi hataya düşürülmeli ya da mağdurda mevcut bulunan hatalı görüş, kuvvetlendirilerek sürdürülmelidir. Bkz. Hans-Heinrich Jescheck, ***Alman Ceza Hukukuna Giriş***, çev. Feridun Yenisey, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s.112.

138 Ekici Şahin, 2019, s. 231.

139 Toroslu, 2018, s. 184; Maviş, "Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar", s. 610: "*sanık basit bir yalan ile mağduru aldatmada başarılı olur cezalandırılmazsa, hareketi adeta ödüllendirilmiş olur*"; ayrıca bkz. Ekici Şahin, 2019, s. 229.

Belli ağırlığa ulaşmayan ve dış davranışlarla desteklenmeyen soyut ve basit yalanın ceza hukuku himayesinden çıkarılması için başvurulacak yollardan biri özel hukuk hilesi-ceza hukuku hilesi ayrımı yapılmasına devam edilmesidir. Diğeri ise somut olayda mağdurun bile bile hataya düştüğünün başka bir ifade ile kendi rızasıyla, hilenin etkisi olmadan tasarrufta bulunduğunun kabulüdür.[140] Nasıl ki faillerden suçsuz olduklarını ispatlamaları isteniyorsa, mağdurlardan da bariz bir hile karşısında hataya düştüklerini ispatlamalarını istemek en doğru çözüm olacaktır.[141]

Mahkemelerin ve denetim merci olan Yüksek Mahkemenin uygulamasına göre, mağduru aldatmış olsa da her türlü hile ceza hukuku himayesine tabi değildir; ancak belli ağırlığa ulaşan nitelikli yalan cezalandırılabilir hile olarak kabul edilmektedir; ayrıca mağdurun inceleme veya denetleme eğilimini ortadan kaldıracak söz ve davranışlar da hile teşkil etmektedir.[142] Aşağıda dolandırıcılık suçu kapsamında cezalandırılan hileye ilişkin Yüksek Mahkeme tarafından yapılan bu fiili tasnifleme doğrultusunda açıklama yapılacaktır.

1. Hilenin Belli Bir Ağırlığa Ulaşması Gerekliliği ile Soyut ve Basit Yalanın Değil, Nitelikli Yalanın Hile Olarak Kabul Edilmesi

Yüksek Mahkeme kararlarında istikrarlı şekilde hilenin nitelikli bir yalan olduğu belirtilmektedir. Fail tarafından yapılan hileli davranışın belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olması gereklidir.[143]

Dolandırıcılık suçu esasen fail ve mağdurun bir tür işbirliği içerisinde işlediği bir suçtur; hileli hareketlerde bulunarak aldatan failin zihni olarak mağdurun aracılığına gereksinimi bulunmaktadır.[144] Bu nedenle ceza hukuku himayesine tabi bir hilenin var olup olmadığının tespitinde mağdurun entelektüel yapısı ve nitelikleri önem arz eder.

Yüksek Mahkeme uygulamalarında, hileye maruz kalanın devlet tüzel kişiliği ve devlet görevlisi olması durumlarında çoğu zaman hilenin bulunmadığına

---

[140] Bkz. Yaşar-Gökcan-Artuç, 2014, s. 5087.

[141] Bu değerlendirme suçun unsurlarına ilişkin değildir ve esasında bir ispat meselesidir.

[142] Yargıtay tarafından oluşturulan bu kriterlerin tasnifi için bkz. Ekici Şahin, 2019, 213-228; aynı tasnifleme için ayrıca bkz. Parlar, 2015, s. 23.

[143] Bkz. Yargıtay 11. Ceza Dairesi 04.05.2018 tarih ve 2016/1139 Esas 2018/4204 Karar; Yargıtay 15. Ceza Dairesi 09.09.2014 tarih ve 2014/13594 Esas 2014/14278 Karar.

[144] Selçuk, 1982, s. 71.

hükmedilmektedir.[145] Zira devlet görevlilerinin, aldıkları iyi eğitim ve liyakatleri nedeniyle o göreve seçilmiş olduklarından normal vatandaşlara göre daha bilgili ve nitelikli oldukları öngörülmekte; soyut ve basit bir hile ile karşılaştıklarında kolay kolay aldanmayacakları düşünülmektedir. Özellikle başkalarının sağlık karnesini ya da kimlik bilgilerini kullanarak sağlık hizmetlerinden faydalanıldığı hallerde, ilgili belgelerde tahrifat yapılmamışsa, dolandırıcılık suçu kapsamında bir hilenin var olmadığı yönünde kararlar verilmektedir.[146] Bu kararlardan yola çıkarak eğitimi ve liyakatiyle o göreve gelen devlet memurunun basit bir denetim ile hileyi tespit edebilecekken kusuruyla aldandığı olaylarda ortaya çıkan zarara devlet tüzel kişiliğinin katlanması gerektiği yönünde bir anlayışın olduğunu söylemek mümkündür.

Cezalandırılabilir bir hilenin varlığının tespitinde hileli davranışın gerçekleştiği sırada mevcut toplumsal ve çevresel koşulların da dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir.[147] Nitekim çevresel koşulların başka bir deyişle "*somut olay ortamı*"nın soyut ve basit bir yalanı desteklediği durumlarda hilenin var oldu-

---

[145] Bkz. Yargıtay 11. Ceza Dairesi 06.05.2011 tarih ve 2011/156 Esas 2011/2402 Karar: "*taksi tutmak isteyen sanığın, taksicinin gündüz tarifesi açmayı kabul etmemesi üzerine, orada bulunan polis ekibinin yanına giderek polis olduğunu, operasyondan geldiğini, Halkalı'da bulunan evine gitmek istediğini beyan ederek, polis memurlarından yardım istediği, polis memurlarının da sanıkları Halkalı'ya götürmek üzere polis aracına bindirdikleri sırada kimlik sormaları üzerine sanığın kimlik ibraz edemediği ve polis memuru olmadığının anlaşılması karşısında sanığın, muhatap polis memurunun denetleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte hileli bir davranışının bulunduğuna ilişkin her hangi bir iddia ve tespitin de bulunmaması nedeniyle dolandırıcılık suçunun yasal unsuru olan aldatma öğesinin gerçekleşmediği, meslektaşını evine götürmek gibi bir görevi bulunmayan kamu görevlilerinin inisiyatif kullanarak hareket etmiş olmasının, sanığın hileli hareketleri sonucu olmaması nedeniyle yasal unsurları oluşmayan atılı suçtan beraat kararı verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mahkumiyete hükmolunması*,"

[146] Başkasının sağlık karnesi ya da kimliği ile hastaneye başvuruda bulunularak tedavi veya doğum yaptırılması hadiselerinde Yüksek Mahkeme; suçta kullanılan ve üzerinde tahrifat yapılmayan kimliğin başkasına ait olduğunun görevlilerce basit bir denetim sonucunda kolaylıkla tespit edilebilmesinin mümkün olduğu, eylemin aldatma özelliğinden yoksun olması nedeniyle hile boyutuna ulaşmadığı şeklindeki gerekçelerle dolandırıcılık suçunun oluşmayacağına hükmetmektedir. Bkz. Yargıtay 23. Ceza Dairesi 16.06.2015 tarih ve 2015/6860 Esas 2015/2611 Karar; Yargıtay 23. Ceza Dairesi 02.06.2015 tarih ve 2015/4033 Esas 2015/2146 Karar. Bu gibi durumlarda kişinin hayatına yönelik bir tehlikeyi bertaraf etmek için başkasının kimliğini ya da sağlık karnesini kullanmasının zorunluluk hali kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmektedir. Bkz. Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 514; Kangal, 2018, s. 266-267.

[147] Selçuk, 1982, s. 120. Selçuk'a göre; hilenin tanımında çevresel koşullar dikkate alındığından, zaman boyutlarını aşan genel bir cezai hile tanımı yapmak olanaksız ise de; belirli bir dönemde ve yerde geçerli bir kavram anlayışına ulaşmak gereği, ceza hukuku ilkelerinin zorunlu bir sonucudur. Bkz. Selçuk, 1982, s. 160.

ğunu kabul etmek gerekir.[148] Örneğin çok tenha bir saatte aldatıcı boyuta ulaşmayacak olan bir hileli davranış, kalabalık bir ortamda aldatıcı bir boyuta ulaşabilecektir.[149]

"*Somut olay ortamı"*ndan sadece hileli davranışın sergilendiği yakın çevrenin değil, toplumun genel yapısına sirayet eden olayların da anlaşılması gerekmektedir. Mesela ülkemiz açısından "*terör*" öncelikli sorunlar arasındadır. Ülke gündeminde terörün güncel ve başlıca bir sorun olması insanların genelini etkilemektedir. Çok basit bir yalan, terörle ilişkilendirildiğinde insanları aldatabilmektedir. Günümüzde çok sayıda insan telefon ile aranarak, kendisini hakim, savcı, polis, asker veya istihbarat görevlisi olarak tanıtan kişilerce dolandırılmaktadır. Basit bir araştırma ile telefondaki kişinin kamu görevlisi olmadığı anlaşılabilecekse de somut olay ortamı yani ülkedeki terör gündemi vatandaşların basit bir hile ile hataya düşmesini kolaylaştırmaktadır. Yüksek Mahkemenin, telefon konuşması dışında hileyi destekleyici davranışlar sergilenmese de; kendini kamu görevlisi olarak tanıtıp para isteyen kişilerin bu davranışlarını hile olarak nitelendirilmesinin[150] somut olay ortamı ile ilgili olduğu söylenebilir.

Dış hareketlerle desteklenmeyen ve sözle ifade edilen soyut ve basit yalanın hile olarak kabul edilmeyeceği savunulsa da; yazılı yalana başvurulması hallerinde, oluşturulan belge yalanı güçlendiren bir dış unsur olduğundan, yazılı yalanın hile olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.[151]

Dolandırıcılık suçunun oluşumu için hilenin belli bir ağırlığa ulaşması gerektiği savunulmakla birlikte TCK'nın 158. maddesinde düzenlenen dolandırıcılık suçunun bazı nitelikli halleri yönünden hilenin belli bir ağırlığa ulaşması gerekli-

---

[148] Tümerkan, 1987, s. 42.

[149] Yaşar-Gökcan-Artuç, 2014, s. 5074.

[150] Yargıtay 15. Ceza Dairesi 09.09.2014 tarih ve 2014/13594 Esas 2014/14278 Karar; Yargıtay 15. Ceza Dairesi 02.04.2015 tarih ve 2015/4134 Esas 2015/22996 Karar; Yargıtay 15. Ceza Dairesi 09.09.2015 tarih ve 2015/10329 Esas 2015/28313 Karar.

[151] Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 507. Dolandırıcılıkta kullanılan bir para birimi, basit yalanı güçlendirici belge niteliği taşıyabilir. Bkz. Yargıtay 23. Ceza Dairesi 13.06.2016 tarih ve 2016/7896 Esas 2016/7549 Karar. "*Somut olayda; sanıkların, mağdur ile karşılaştıklarında sadece Kuran kursunun nerede olduğunu sordukları ve bu şekilde namazdan geldiğini bildikleri mağdur ile yaptıkları sohbet sırasında; fakir kişilere yardım etmek istediklerini belirterek bu duruma inanan mağdura, aynı şekilde tedavülden kalkmış olduğu belirlenen Peru paralarını vererek karşılığında 900 TL'sini almak suretiyle haksız menfaat temin etmeleri şeklinde gerçekleştirdikleri eylemlerinin, 5237 sayılı TCK'nın 157/1. maddesinde tanımlanan dolandırıcılık suçunu oluşturduğu ve bu suçtan mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği,*"

liğinin aranmayacağı belirtilmektedir.[152] Örneğin, TCK'nın 158/1-i maddesinde yer verilen, serbest meslek mensubu olan kişilerin, mesleklerinden dolayı kendilerine duyulan güveni kötüye kullanarak işledikleri dolandırıcılık suçları bu duruma örnektir.[153]

TCK'nın 158/1-a maddesinde; dolandırıcılık suçunun dini inanç ve duyguların istismar edilmesi suretiyle işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Yüksek Mahkeme ilamlarına bakıldığında somut olayda belli ağırlıkta olmayan, soyut ve basit bir yalan kullanılmış olsa dahi dini inanç ve duyguların istismar edilmesi söz konusuysa dolandırıcılık suçunun oluşacağı yönünde kararların verildiği görülmektedir.[154]

---

[152] Yaşar-Gökcan-Artuç, 2014, s. 5076-5077.

[153] Yaşar-Gökcan-Artuç, 2014, s. 5077.

[154] Bkz. Yargıtay 2. Ceza Dairesi 03.06.2015 tarih ve 2014/11615 Esas 2015/11395 Karar: "*Somut olayda; sanıkların Somali'ye özürlü ve yoksul çocuklara yardım topladıklarını, bu sebeple çeyizlik eşyalar sattıklarını söyledikleri katılanın, almak istemediğini söyleyince sanıkların bir bardak su istemeleri üzerine içeriden suyu getirdiğinde sanıkların katılana, eşinin yakın zamanda başına bir hal gelmiş olduğunu ve akşama eve tabutla geleceğini, kendisinin ve eşinin üzerinde büyü olduğunu, bunu çözmek için iki kat elbise getirmesini istedikleri, katılan içeriye girdiğinde peşinden içeriye girdikleri, katılanın sanıkların eve girmelerinde yanlarındaki komşularına güvenerek bir sakınca görmediği, sanıkların evin giriş koridorunda oturdukları, katılan eşinin elbiselerini getirdikten sonra, eşinin çorabı içerisine altın takı koyarak getirmesini istedikleri, katılanın ilk başta çorapları boş getirdiği, fakat sanığın 'sen bana inanmıyor musun, altın koy da getir, yoksa eşinin akşama tabutu gelecek' diye söylediği, katılanın da bunun üzerine altınlarını önce eşinin çorabı içerisine, onu da istenildiği şekilde beyaz bir tülbente sararak içerisine elbise koymuş olduğu bohça içerisine koyup bohçayı bağladığı ve sanık Burcu'nun önüne koyduğu, ardından sanığın 'bu bohçayı al ve karanlık bir odaya götür, 24 saat sonra aç, eşin ölmeyecek' dediği, katılan bohçayı alarak yatak odasına götürdüğü sırada arkasından gelerek yatak odasına girmeden, elinde bulunan suyu okuyarak etrafa serptiği, kapı girişinde bulunan seccadeyi aldığı, bilahare sanıkların katılandan bir tane kuru soğan istedikleri, daha sonra soğanı da alarak hep birlikte kapının önüne indikleri, sanık Burcu'nun elindeki soğanı uzak bir yere attığı ve katılana koşarak soğanı almasını, eğer yakalayamazsa eşinin öleceğini söylediği, katılanın soğanın olduğu yere doğru koşması üzerine sanıkların da ters istikamete doğru koşarak bir otomobile binerek uzaklaştıkları, katılanın eve döndükten sonra suça konu altınları yerinde bulamadığı, bu şekilde sanıkların hileli söz ve davranışlarla dini duygularını istismar ettiği katılandan haksız menfaat sağladıkları,*"; ayrıca bkz. Yargıtay 2. Ceza Dairesi 28.04.2015 tarih ve 2014/8568 Esas 2015/9040 Karar. "*Sanık ve kimliği tespit edilemeyen bir şahsın, olay tarihinde müştekinin evine su içmek bahanesiyle geldiği, sonra bir ipi bir kaç parçaya bölüp 'Bu evde büyü var, okumamız lazım' dediği ve bir takım kelimeler söylediği, daha sonra müştekiye, 'Büyünün bozulması için altın suyu ile yıkanman lazım, altınlarını getir' dediği, ikna olan müştekinin 6 cumhuriyet altını, 2 adet küpe, bir adet altın künye, 1 adet yarım altın ve 2 adet çeyrek altınını başörtüsü içine koyarak sanık veya yanındaki şahsa verdiği, sanık veya yanındaki şahsın başörtüsüne sarılı altınlara bir takım kelimeler söyleyip bu arada müştekiye fark ettirmeden altınları alıp başörtüyü müştekiye verdikleri, müştekinin odasına gidip başörtüsünü bırakıp geri döndüğü, sanık ve arkadaşının, müştekiye 'Biz*

2. Mağdurun Hileli Davranışı İnceleme veya Denetleme Eğilimini Ortadan Kaldıracak Söz ve Davranışlarda Bulunma

Ceza hukuku bakımından cezaya başvurmanın ancak yalana aldatıcı hareketlerin eşlik etmesi halinde söz konusu olacağı, hiç kimsenin kolaylıkla başkasının sözüne inanmaması gerektiği, aldatıcı davranışların eşlik etmediği soyut ve basit bir yalanın cezalandırılamaması gerektiği ifade edilmektedir.[155]

Türk öğretisinde ilk olarak Dönmezer tarafından tanıtılan "*sahneye koyma*" teorisinin, ceza kanunu değişmiş olmasına rağmen günümüzde de verilen istikrarlı kararlara bakıldığında Yüksek Mahkeme tarafından benimsendiğini söylemek mümkündür. "*Sahneye koyma*"da fail, soyut ve basit bir yalanı destekleyici söz ve davranışlarda bulunulur; esasında bu söz ve davranışlar mağdurun hileli davranışı denetleme eğilimine etki eder. Nitekim Yüksek Mahkeme uzun yıllardan bu yana vermiş olduğu kararlarında, istikrarlı bir biçimde cezalandırılabilir bir hileden söz edilebilmesi için söz konusu hilenin, mağdurun hileli davranışı inceleme eğilimini ve olanağını ortadan kaldırıcı nitelikte olması gerektiğini ifade etmekte ve gerektiğinde hile teşkil eden yalana bir takım dış hareketlerin eklenmesinin elzem olduğunu belirtmektedir.[156]

---

aşağıdan taş toplayacağız' deyip müşteki ile birlikte evden çıktığı, bir süre birlikte yürüdükten sonra müştekinin evine geri döndüğü, kontrol ettiğinde başörtü içinde altınlarının bulunmadığını gördüğü olayda, sanığın eyleminin, Ceza Genel Kurulunun 04/02/2014 tarihli, 2013/15-262 E. ve 2014/37 K. sayılı ilamında da belirtildiği gibi aldatma aracı olarak kullanılan 'büyü bozma ya da nazar giderme' vb. hususların müştekinin algıladığı dini inanç ve duygulara yönelik olmasına, sanık ve yanındaki şahsın etkisinde kalan müştekinin bu duygularının istismar edilerek irade özgürlüğünün baskı altına alınması sonucunda sanığa altınlarını vermesine göre, sanığın eylemi dini inanç ve duyguların istismar edilmesi suretiyle dolandırıcılık suçunu oluşturmaktadır." Ayrıca mağdurun batıl itikatlarından faydalanmak suretiyle gerçekleştirilen suçlarda kullanılan hileli davranışlar aldatmaya elverişli olmasalar bile dolandırıcılık suçunun oluştuğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Erem, 1956, s. 14.

[155] Soyaslan, 2020, s. 438. Bir takım dış hareketlere desteklenmeyen yalanın, dolandırıcılık suçunu oluşturması için failin gerçeği söylemekle yükümlü olması gerektiği belirtilmektedir. Failin gerçeği söylemekle ilgili bir yükümlülüğü yoksa ikili ayrıma gidilmektedir: Yalan, failin meşru menfaatlerini korumak amacıyla söylenmişse hile teşkil etmez; çünkü hiç kimse hukuken bir yükümlülük altında değilse, doğruyu söylemekle yükümlü tutulamaz. Buna karşılık yalan, çıkarını korumaktan ziyade saldırı niteliğinde, yani mağduru hataya düşürmek amacından kaynaklanmışsa, diğer aldatıcı davranışlar gibi hile teşkil etmemesi için bir neden yoktur. Manzini'ye ait bu görüşler için bkz. Tümerkan, 1987, s. 37.

[156] Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 08.12.2020 tarih ve 2017/15-665 Esas 2020/506 Karar; Yargıtay Ceza Genel Kurulu 14.10.2021 tarih ve 2019/15-115 Esas 2021/475 Karar; Yargıtay Ceza Genel Kurulu 08.06.2021 tarih ve 2018/15-372 Esas 2021/258 Karar.

Soyut ve basit yalana bir takım dış davranışların eşlik etmediği, mağdurun basit bir araştırma ile hilenin farkına varabileceği hallerde Yüksek Mahkemeye göre cezalandırılabilir bir hilenin varlığı söz konusu değildir.[157] Verilen istikrarlı kararlara bakıldığında Yüksek Mahkemenin, basit bir araştırma yapmaması nedeniyle kusurlu olan mağdurun, bu kusuruna katlanması gerektiği görüşünde olduğunu söylemek mümkündür.

Yüksek Mahkemenin bir kararında; sanıkların kermes düzenleyip gelirini Somali'ye göndereceklerini söyleyerek katılanın evine girdikleri, sanıkların katılan ve evde bulunan diğer katılana muska yazıldığını söyleyerek beze sardıkları bir domatesi ezdikleri, ezik domates ile birlikte bir muskanın da bezin içinden çıktığı, daha sonra sanıkların katılandan bohçaya sardıkları altınları bir odaya kilitlemelerini istedikleri, bir yandan da dua okudukları, sanıkların evden ayrılmasından sonra katılanların altınları yerinde bulamadıkları olayda; bezin içerisinden, ezik domates ile sanıkların koyduğu anlaşılan muskanın çıkmış olmasının, katılanlarda büyü ve benzeri bir durumun olduğu yönündeki kanıyı iyice kuvvetlendirdiği ve katılanların denetim olanağını azalttığı ifade edilmiştir.[158]

Mağdur ve arkadaşının olay tarihinde hayat kadını olduğu iddia edilen bir kadın ile konuşurlarken onları fark eden sanığın, mağdur ve arkadaşının yanına yaklaşarak onları yanına çağırdığı, kimliklerini istediği, kendisinin polis olduğu izlenimi vermek için telefonda amiri ile konuşuyormuş gibi yaparak iki kişiyi uygunsuz vaziyette yakaladığı ve ekip gönder şeklinde ifadeler kullandığı, daha sonra sanki amirinin yönlendirmesi ile hareket ediyormuş gibi yaparak "*tamam bırakıyorum bunlardan içki parası alayım mı*" dediği ve mağdurdan kendilerini serbest bırakma karşılığı 5 TL aldığı olayda Yüksek Mahkeme; sanığın, mağdurların içinde bulundukları utanç ve suçluluk hissinin ve onların inceleme eğilimlerini zayıflatıcı bu sübjektif psikolojik vaziyetlerinin farkında olarak mağdurları

---

[157] Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 11.07.2014 tarih ve 2013/15-256 Esas 2014/368 Karar; ayrıca bkz. Yargıtay 6. Ceza Dairesi 16.12.2015 tarih ve 2015/9212 Esas 2015/46146 Karar, "*Oluş ve dosya içeriğine göre; sanığın, 2008 yılı Ağustos ayı içerisinde şikayetçinin yanına giderek, 'cezaevinde bulunan ağabeyinin, kendisine 5.000 TL borcu olduğuna' dair yalan söyleyerek, şikayetçiden 500 TL nakit ve 4.500 TL meblağlı senet aldığı, sonrasında da sanığın, yanında diğer sanık ve başkaca kişiler olduğu halde şikayetçinin yanına giderek 'senedin günü geçti' deyip, şikayetçiden senetteki borçtan düşülmek üzere 2.000 TL para aldıkları somut olayda; sanıkların eylemlerinin basit yalan kapsamında kaldığı, zira, yakınan, cezaevindeki abisine, sanığa borcu olup olmadığını sorarak basit bir araştırma ile gerçeği öğrenebileceği gözetildiğinde sanıkların 'dolandırıcılık' suçundan beraatleri yerine, yazılı şekilde hükümlülüklerine karar verilmesi,*"

[158] Bkz. Yargıtay 2. Ceza Dairesi 30.04.2015 tarih ve 2014/7281 Esas 2015/9375 Karar.

yanına çağırması, kimlik ibrazını istemesi, telefonda konuşuyormuş gibi yaparak durumu amirine arz ediyor izlenimini vermesi biçimindeki hareketlerinin dolandırıcılık suçunu oluşturduğuna hükmetmiştir.[159] Bu olayda mağdurlara görev kimlik kartını göstermeyen failin, polis olduğuna ilişkin basit yalanına, sahneye koyma şeklindeki hileli söz ve davranışları eşlik etmiş ve mağdurların soyut ve basit yalanı denetleme ve inceleme eğilimleri ortadan kalkmıştır.

D. Dolandırıcılık Suçunun İhmali Hareketle İşlenmesine İlişkin Tespitler

Soyut ve basit yalanın hile olarak kabul edilemeyeceğini savunan yazarlar dahi failin, mağdura açıklama yapma yükümlülüğünün bulunduğu hallerde soyut ve basit yalanın hile olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Bu nedenle ihmali hareketle suçun işlenebilmesi olgusu dolandırıcılık suçu yönünden ayrı bir önem taşır.

Baştan belirtmek gerekir ki dolandırıcılık suçunun ihmali hareketle işlenmesi mümkündür. Ancak ihmali hareketle işlenen dolandırıcılık suçunun 5237 sayılı TCK'daki düzenlemeler dikkate alındığında cezalandırılıp cezalandırılamayacağına ilişkin görüş ayrılığı bulunmaktadır.[160]

---

[159] Yargıtay 23. Ceza Dairesi 26.03.2015. tarih ve 2015/115 Esas 2015/99 Karar. Sahneye koyma şeklindeki hileli davranışlara örnek bir diğer karar için bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi 25.11.2013 tarih ve 2012/17068 Esas 2013/18245 Karar: "*Sanık ve arkadaşının katılanın babasına, köylerinde define olduğunu, kimseye söylemezse birlikte çıkarabileceklerini söyledikleri, katılanın babasının da durumu katılana anlattığı, katılanın bu teklifi kabul ettiği, sanığın, daha önce köyde boş bir yere sahte bir heykel gömdüğü, olay günü de, katılanla birlikte gidip, sanki ilk kez kazı yapıyormuş gibi o bölgeyi kazarak heykeli çıkarttıkları, sanığın, heykelin çok değerli olması nedeniyle yurtdışında pazarlanması gerektiğini, bunun için de para lazım olduğunu söylediği, katılanın ilk aşamada ve 12/07/2008 tarihinde, sanığa 50 Cumhuriyet altını, 4 adet bilezik ve 500 TL para verdiği, bunları alan sanığın heykeli orda bırakarak, araştırma yapmak üzere katılanın yanından ayrıldığı, iki gün sonra tekrar katılanı telefonla aradığı, verilen paranın yetmediğini belirtip yine para istediği, katılanın da 14/07/2008 tarihinde sanık adına 10.000 TL gönderdiği, bir süre sonra sanığın, tekrar katılanı aradığı, yurtdışında bir papazla birlikte yurda döndüklerini, sınır kapısında olduklarını, iki mercedes araçla geldiklerini, yasa dışı yollardan yurda girmek için, orda çalışan kişilerin para istediklerini, bu nedenle para lazım olduğunu belirttiği, bunun üzerine sanığın, kendisine verilen kişinin hesabına 21/07/2008 tarihinde, 10.000 TL, 22/07/2008 tarihinde 18.574 TL, 10.000 TL ve 4.000 TL, 28/07/2008 tarihinde 17.000 TL ve 4.755 Euro para gönderdiği, bundan sonra devreye kendisini İstanbul Barosu'na kayıtlı avukat olarak tanıtan faili meçhul kişinin girdiği, bu kişinin katılanı arayarak, papazın aracıyla Bolu'da trafik kazası geçirdiğini, eldeki paralara polislerin el koyduğunu, diğer sanığın tutuklandığını, kendisinin onların avukatı olduğunu, işlerin halledilmesi için para gerektiğini belirttiği, bu kez de katılanın, 29/07/2009 tarihinde 35.000 TL'yi belirtilen kişinin hesabına gönderdiği,*" Bu olayda mağdurun amacı gayrimeşru olsa da Yüksek Mahkemece dolandırıcılık suçunun oluşacağına hükmedilmiştir.

[160] Dolandırıcılığın ihmali hareketle işlenebileceği ve cezalandırılması gerektiği yönündeki görüşler için bkz. Toroslu, 2018, s. 184; Gökçen-Balcı, 2018, s. 216; Artuk vd., 2019, s. 631; Güneş

Kişinin hareketsiz kalması tek başına cezalandırılması için yeterli değildir; ayrıca kanundan, sözleşmeden ya da örf ve adetten kaynaklanan harekete geçme yükümlülüğünün bulunması gerekir. Mesela dolandırıcılık suçunun susmak suretiyle yani ihmali hareketle işlenebilmesi için, susmanın mağduru aldatmış olması ve failin açıklama yapması için kanundan, sözleşmeden veya genellikle iş ilişkilerindeki dürüstlük kuralından kaynaklanan hukuki bir yükümlülüğün bulunması gerekir.[161]

Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde dürüstlük ve iyi niyet kuralları düzenlenmiştir. Bu hükmün, sınırsız biçimde kişilere, her hukuki ilişkide karşı tarafa açıklama yapma ve aydınlatma yükümlülüğü getirdiği düşünülebilir. Ancak öğretide özel hukukta yer verilen dürüstlük ve iyi niyet kurallarının, her durumda geçerli olan bir aydınlatma yükümlülüğü doğurmayacağı belirtilmektedir.[162] Sadece iradenin oluşumu aşamasında ortaya çıkan ve karşı taraf açısından özel önem arz eden hususlarla sınırlı olarak aydınlatma yükümlülüğünün kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.[163] Eşyanın belli bir özelliğe sahip olup olmamasının veya malda bulunan bir ayıbın, alıcı açısından sözleşmenin yapılmasında belirleyici bir etkiye sahip olması durumunda ve bu hususlar fail tarafından da bilindiğinde satıcı konumundaki failin açıklama yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmektedir.[164]

765 sayılı TCK'da dolandırıcılık suçunun düzenlendiği 503. maddesinin 2. fıkrasında "*fiili, mağdurda esasen var olan hatadan, hile ve desise kullanmak suretiyle yararlanarak gerçekleştiren kişi hakkında da birinci fıkradaki yazılı*

Okuyucu Ergün, "Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı", ***İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 12, S. 1, s. 310. Farklı yönde görüş için bkz. Dönmezer, 1998, s. 383; Özbek vd., 2018, s. 713; Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 505; Maviş, "Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar", s. 614; Ekici Şahin, 2019, s. 263: "*kanun koyucu kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarının ihmali hareketlerle işlenmesi halinde failin cezasının indirileceğini öngörmüştür. Dolandırıcılık suçunun ihmali hareketle işlendiğinde cezalandırılacağı kabul edildiğinde ise, failin cezasından böyle bir indirim yapılması söz konusu olmaz. Ancak bu durumda kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarına oranla, haksızlık içeriği daha az olan dolandırıcılık suçunu ihmali hareketlerle işleyen failin cezasından neden indirim yapılmadığı sorusunun bir cevabı bulunmamaktadır.*"

[161] Erem, 1956, s 8-9; Toroslu, 2018, s. 184.

[162] Ekici Şahin, 2019, s. 256; Okuyucu Ergün, "Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı", s. 310; Erem'e göre, genellikle iş ilişkilerinde sessiz kalmama yükümlülüğü iyi niyet kurallarından doğabilir. Bkz. Erem, 1956, s. 9.

[163] Ekici Şahin, 2019, s. 259.

[164] Ekici Şahin, 2019, s. 259.

ceza uygulanır" hükmüne yer verilmişti.[165] 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki dolandırıcılık düzenlemesinde böyle bir hükme yer verilmemiştir. Kanun koyucunun, kişinin içine düştüğü hatadan faydalanılarak gerçekleştirilen dolandırıcılık suçlarını cezalandırmama tercihinde bulunduğunu söylemek güçtür. Bu yer vermemenin bilinçli olarak yapıldığı söylenebilir. Zira madde gerekçesinde; "*hile, icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi; karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da, yani ihmali davranışla da, gerçekleştirilebilir. Ancak, bu durumda kişinin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukuki ilişkide bulunulan durumlarda, böyle bir yükümlülük vardır. Ayrıca, muhatabın belli bir hususteki hatası karşısında kişinin ihmali davranışının, örneğin susmasının, bir beyan açıklama değerini taşıması gerekir.*" ifadelerine yer verilmiştir.[166] Kanun koyucu tarafından yeni ceza kanunu ile getirilen dolandırıcılık düzenlemesinin bu haliyle ihmali hareketle işlenen dolandırıcılık suçlarının cezalandırılmasını da sağlayacağı öngörülmüştür.

Madde gerekçesinde yer verilen ifadelere rağmen öğretide 5237 sayılı TCK'daki dolandırıcılık suçuna ilişkin mevcut düzenlemenin, kişide var olan hata ya da aldanma durumundan faydalanma halini dolandırıcılık suçu kapsamı dışında tuttuğu ifade eden çok sayıda yazarın olduğunu söylemek gerekir.[167] Ancak failin kişiyi aydınlatma yükümlülüğü varsa buna rağmen susmuşsa[168] ya da kişide bulunan hata ya da aldanma durumunu destekleyici veya kuvvetlendirici

---

[165] 765 sayılı TCK'da böyle bir hükme yer verilmesine rağmen mağdurun borcu olmadığı halde kendisini borçlu zannederek bir kimseye para ödemesi yapması hallerinde dolandırıcılık suçunun oluşmayacağı ifade edilmekteydi. Bkz. Önder, 1994, s. 377.

[166] Bkz. TCK 157. maddesinin gerekçesi, 3. paragraf.

[167] Bkz. Tezcan-Erdem-Önok, 2019, s. 812; Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 507; Özbek vd., 2018, s. 716: "*Hileli davranışlarla aldatıp ibaresi karşısında mevcut hatadan yararlanmanın aldatma için tek başına yeterli olmayacağı söylenebilir. O halde failin hileli davranışlarla hatanın ortadan kalkmasını engellemesi, devamını ya da güçlenmesini sağlaması gerekir.*" Kangal, failin mağduru aydınlatma yükümlülüğü bulunsa dahi dolandırıcılık suçunun oluşmayacağını ifade etmektedir. Kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarında olduğu gibi dolandırıcılık suçunun ihmali hareketle işlenebilen şekline kanunda yer verilmemiştir. İhmali harekete ilişkin ceza kanununun genel kısmında açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle hileli davranışın ihmali bir hareketle gerçekleştirilmesi halinde dolandırıcılık suçundan dolayı cezalandırılma yoluna gidilmesi suçta kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. Bkz. Kangal, 2018, s. 258; ayrıca bkz. Dönmezer, 1998, s. 383.

[168] Mağdurun basit bir araştırma ile gizlenen hususu öğrenebileceği durumlarda dahi susmanın hile olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Okuyucu Ergün, "Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı", s. 309-310.

söz ve davranışlarda bulunmuşsa dolandırıcılık suçunun oluşacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır.[169]

TCK'da yer verilen "*Kasten Öldürme*" ve "*Kasten Yaralama*" suçlarında olduğu gibi özel bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da dolandırıcılık suçunun ihmali hareketle işlendiği haller cezalandırılmalıdır.[170] Burada sorun teşkil eden husus, faile harekete geçme yükümlülüğü getiren kaynağının ne olacağıdır. "*Kasten Öldürme*" suçu için TCK'nın 83/2-a maddesinde öngörüldüğü gibi dolandırıcılık suçu yönünden de harekete geçme yani açıklama yapma yükümlülüğünün kanundan veya sözleşmeden kaynaklanabileceği kabul edilebilir ve kanundaki bu sınırlama nedeniyle örf ve adet hukukundan kaynaklanan bir harekete geçme yükümlülüğünden bahsedilmeyebilir.[171]

---

[169] Dönmezer, 1998, s. 384-385; Gökçen-Balcı, 2018, s. 221. Bu görüşün yanı sıra; bir alışveriş sırasında satıcının yanlışlıkla fazla para üstü vermesi veya banka görevlisinin yanlışlıkla çekte yazılan miktardan fazla ödeme yapması; ancak hatayı fark eden müşterinin fazla ödemeyi iade etmeyip durumu gizlemesinin veya satıcının ya da veznedarın hatasını fark etmemesi için hileli davranışlarda bulunmasının, sonuca etkili hileli davranışlar olmadığı savunulmaktadır. Bkz. Ekici Şahin, 2019, s. 202. Kişi, tam aldanma ve hata içerisinde olmasa dahi tereddütlü durumunun kuvvetlendirilmesinin dolandırıcılık suçunu oluşturabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Önder, 1994, s. 371.

[170] Esasında icrai hareketle işlenen kasten öldürme ve kasten yaralama gibi sadece belli suçların, TCK'daki sınırlama nedeniyle ihmali davranışlarla işlenebileceğinin, bu suçlar dışında kalan diğer suçların ise ihmali davranışlarla işlenemeyeceğinin kabulü halinde suç teşkil eden birçok hareket cezasız kalabilir.

[171] Dolandırıcılık suçunun ihmali davranışla işlenip işlenemeyeceği noktasında öğretide görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda sadece kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçları yönünden, hareketin ihmali bir davranışla gerçekleştirilmesi durumu açıklığa kavuşturulmuştur. Genel hükümlerde ihmali davranışla gerçekleştirilen suçlar yönünden herhangi bir hükme yer verilmemesi, sadece belli suçlar yönünden düzenlemeye gidilmesi nedeniyle dolandırıcılık suçunun ihmali davranışla işlenemeyeceğini savunan yazarlar bulunmaktadır. Kasten öldürme ve kasten yaralama fiillerinin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi durumunda cezanın azaltılacağının öngörülmesi ve dolandırıcılık suçunun ihmali davranışla işlenmesi durumunda herhangi bir indirim yapılmasının kanunen mümkün olmaması hususu öne çıkarılarak dolandırıcılık suçunun ihmali davranışla işlenemeyeceği belirtilmektedir. Ancak işkence suçunun düzenlendiği hükümde, suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde indirim yapılmayacağını öngören hüküm bu görüşü zayıflatmaktadır. Dolandırıcılık suçunun ihmali davranışla işlenemeyeceğini savunulması halinde Türk Ceza Hukuku sisteminde diğer tüm suçların ihmali davranışla işlenemeyeceği sonucunu doğurmaktadır. Kafa karıştıran husus ihmali davranışa ilişkin olarak sadece belli suçlarda düzenleme yapılmasıdır. Niteliği uygun düştüğü sürece diğer tüm suçlar gibi dolandırıcılık suçu da ihmali davranışla işlenebilecektir. Ancak sorun teşkil eden husus görünüşte ihmali suç biçiminde işlenen dolandırıcılık suçundaki hareket etme yükümlülüğünün tespitinde hangi kaynağının esas alınacağıdır. Kasten öldürme ve kasten yaralama suçu yönünden, önceki tehlike yaratan davranıştan, sözleşmeden ve kanundan kaynaklı olarak faile müspet bir harekette bulunma yükümlülüğü getiri-

E. Ceza Hukuku Himayesi Dışında Tutulan Hileli Davranışlar ve Hukuki İhtilaf

Günümüzde birçok kişi, özel hukuk sözleşmelerinden kaynaklı olarak maddi zarara uğradığı ve karşı tarafça dolandırıldığı iddiası ile şikayette bulunmaktadır. Savcılıklar ve mahkemeler hangi koşullarda taraflar arasındaki uyuşmazlığın hukuki ihtilaf boyutunda kaldığı ya da hangi koşullarda dolandırıcılık suçunun oluştuğunun tespitinde büyük zorluk yaşamaktadırlar.

Mahkemelerin ve savcılıkların uygulaması göz önünde bulundurulduğunda özel hukuk hilesi ile ceza hukuku hilesi ayrımının hala önemini koruduğunu söylemek mümkündür. Yukarıda belirtildiği üzere yargı makamlarının hukuki uygulamalarında yeknesaklık sağlamakla görevli Yüksek Mahkeme, cezai yaptırıma tabi tutulabilmesi için hilenin belli bir ağırlıkta ve mağdurun inceleme veya denetleme eğilimini ortadan kaldıracak nitelikte olmasını aramaktadır.

Ceza hukukunun devreye girebilmesi için somut olayda özel hukuk yaptırımlarının yetersiz kalmasının gerektiği ifade edilmektedir.[172] Bu bağlamda taraflar arasında sözleşme varsa, sözleşmenin yapılması anında hile kullanılmamışsa ve yapılan sözleşmede tarafların sözleşmeye riayet etmemeleri durumunda ne tür bir özel hukuk yaptırıma tabi tutulacağı belirtilmiş ise dolandırıcılık suçundan söz edilemeyecektir. Önder'e göre; taraflardan birisi her zaman sözleşmeyi feshedebilme olanağına sahipse veya sözleşmeye riayetsizlik halinde zararın karşılanacağı taahhüt edilmiş ise dolandırıcılık suçu oluşmaz.[173]

Cezai yaptırımın söz konusu olabilmesi için somut olayda gerçekleştirilen hileli davranışın mağdurun iradesinin hatalı oluşmasını ve bu suretle yarar elde etmeyi amaçlamış olması gerekmektedir.[174] Bir malı olduğundan daha pahalı, ucuz ya da faydalı göstermenin; başka alıcılar olduğu şeklindeki yalan beyanlarla alıcıyı ikna etmenin dolandırıcılık suçu kapsamında hile olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir.[175] Zira satıcıların başvurduğu bunun

---

lebileceği hüküm altına alınmıştır. Aynı kaynakların dolandırıcılık suçu yönünden de geçerli olup olmadığı sorunlu olan husustur. Zira bazı yabancı hukuk sistemlerinde müspet bir harekette bulunma yükümlülüğü örf ve adetten bile kaynaklanabilmektedir.

[172] Korkmaz, "Dolandırıcılık Suçunun Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi", s. 1420-1421. Yüksek Mahkeme kararlarında, ceza hukuku himayesine girebilmesi için hileli davranışın "*kamu düzenini sarsacak nitelikte*" olması gerektiği belirtilmektedir.

[173] Önder, 1994, s. 380.

[174] Aydın, "Dolandırıcılık Suçu", s. 661.

[175] Aydın, "Dolandırıcılık Suçu", s. 661.

gibi basit yalanların cezalandırılması yoluna gidilirse ticari hayatın sekteye uğrayabileceği belirtilmektedir.[176] Yine pazarlama yapılırken herkesçe bilinen deyimlerin ve abartılmış övgülerin kullanılmasının dolandırıcılık suçu bakımından olguya dayanan bir hile olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir.[177] Bu bağlamda bir emlakçının gösterdiği evi abartarak anlatması veya bir satıcının sattığı pirincin birinci kalite olduğundan bahisle pazarlamasında dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır.[178] Satıcının malına, emsallerine göre daha yüksek bir bedel talep etmesi, hile değildir.[179] Geleceğe ilişkin salt kazanç tasavvurları hile olarak nitelendirilemez; zira ticari yaşam belli riskleri üstlenmeyi gerektirir.[180]

Maddi bulguların gizlenmesi (mesela bir malın ayıbını gizleyici hareketlerde bulunmak suretiyle kişinin hataya düşürülmesi) hallerinde dolandırıcılık suçunun oluşabileceği belirtilmektedir.[181] Hasar ve pert kaydı olan aracın, bir başka araca ait şasi numarası vermek suretiyle hasarsız olduğuna inandırdıktan sonra, noter satışı ile mağdura devrinin sağlandığı olayda Yüksek Mahkeme, dolandırıcılık suçunun oluşacağına hükmetmiştir.[182] Başka bir kararda; sanığın sattığı araca ilişkin ilanda "*kesinlikle, hata, boya, değişen yok*" ifadelerini kullanmasının, önceki hasarlar tespit edilmesin diye satım sırasında sanık tarafından önerilen kişiye aracın kontrol ettirilmesinin, plaka değişikliği yapılması nedeniyle önceki plakaya ilişkin hasar kaydının görülememesinin dolandırıcılık suçu kapsamında hileli hareketler olduğu tespiti yapılmıştır.[183]

---

[176] Maviş, "Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar", s. 611-612.

[177] Kılıçarslan İsfen, "Alman Ceza Kanunu'nda Dolandırıcılık Suçunun Maddi Unsuru Olarak Aldatma", s. 83: "*pazarlama sırasında kullanılan dünyanın en iyi çamaşır deterjanı, en çok satılan tıraş bıçağı gibi replikler bir olgu içeriği taşımamaktadır.*"

[178] Maviş, "Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar", s. 611.

[179] Ekici Şahin, 2019, s. 241.

[180] Özbek vd., 2018, s. 713.

[181] Önder, 1994, s. 375.

[182] Yargıtay 15. Ceza Dairesi 03.03.2020 tarih ve 2018/9044 Esas 2020/3167 Karar.

[183] Bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi 18.03.2021 tarih ve 2017/37359 Esas 2021/3149 Karar: "*katılana sattığı aracın pert olduğunu bilmesine rağmen Sahibinden. com sitesine vermiş olduğu ilanda 'kesinlikle, hata, boya değişen yok' şeklinde yazmasının, Ankara il merkezinde ikamet eden katılanın aracı satın almak için sanığın bulunduğu Polatlı ilçesine gitmesinin ve burada sanık tarafından önerilen kişiye aracın kaportasını kontrol ettirmiş olmasının, plaka değişikliklerinde yeni plakadan hasar sorgulaması yapıldığında önceki plakaya ilişkin hasar kaydının görülememesinin, sanığın baştan beri dolandırıcılık kastıyla hareket ettiğini ortaya koyduğu anlaşıldığından, sanığın mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği,*"

Muhatabın iradesi üzerinde etkide bulunmaksızın sadece olguları değiştirmek hilenin varlığı için yeterli değildir.[184] Olguları değiştirme, ancak bir beyan ya da açıklama biçiminde ortaya konduğu hallerde hile olarak kabul edilecektir.[185]

Bir aracı satmadan önce kilometresi ile oynanarak daha az yol yaptığının gösterilmesi Yüksek Mahkeme tarafından dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilmektedir.[186] Bununla birlikte satılmak istenen aracın kilometresi ile oynamak başlı başına hile teşkil etmemektedir; bir hileden söz edebilmek için satış sırasında aracın kilometresinin gerçekte olandan daha düşük olduğu açıkça ya da zımnen beyan edilmelidir.[187] Hatta Yüksek Mahkeme aracın kilometresi gerçekte olandan daha düşük olarak beyan edilse dahi peşinen dolandırıcılık suçunun oluşacağını kabul etmemektedir; aracın kilometresinin değiştirilmesi hususu basit bir araştırma ile tespit edilebiliyorsa dolandırıcılık suçu kapsamında cezalandırılan bir hileden bahsedilemeyeceği belirtilmektedir.[188]

Türk ceza hukuku uygulamasında, gerçeğe aykırı taahhütler, mağdurun gerçeği araştırmasına engel olunmadığı sürece tek başına hile olarak kabul edilmemektedir.[189] Olayın hukuki ihtilaf mı yoksa dolandırıcılık suçu kapsamında mı olduğunun tespitindeki kilit nokta somut olayda mağdurun inceleme eğiliminin ortadan kalkıp kalkmadığıdır. Yüksek Mahkeme uygulamasında ortada soyut ve basit bir yalan varsa ve basit bir araştırma ile bu yalan mağdur tarafından fark edilebilecek nitelikteyse dolandırıcılık suçu oluşmayacaktır. Soyut ve basit yalan değil de, nitelikli yalan söz konusu ise ve bu nitelikli yalan başlı başına mağdurun denetleme ve inceleme eğilimini ortadan kaldırmışsa dolandırıcılık suçu oluşacaktır. Yine basit yalanın yanına mağdurun inceleme eğilimini ortadan kaldıracak nitelikte ve sahneye koyma biçiminde hileli söz ve davranışlar eklenmişse dolandırıcılık suçunun oluştuğu kabul edilmelidir. Özetle Yüksek

---

184 Aydın, "Dolandırıcılık Suçu", s. 660.

185 Tezcan-Erdem-Önok, 2019, s. 811.

186 Bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi 15.06.2020 tarih ve 2019/15493 Esas 2020/5779 Karar; Yargıtay 15. Ceza Dairesi 08.06.2020 tarih ve 2019/15557 Esas 2020/4944 Karar.

187 Bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi 15.12.2020 tarih ve 2017/29984 Esas 2020/12229 Karar: "*sanığın internet sitesindeki ilanın ardından, sanığın katılan ile yüz yüze görüştüğü, bu görüşmelerde sanığın hileyi sergileyip katılanı aldattığı şeklinde gerçekleşen eylemin,"*

188 Bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi 15.12.2020 tarih ve 2017/33807 Esas 2020/12219 Karar: "*araçtaki kilometre düşürülmesinin ne şekilde ve nasıl gerçekleştiğinin ve basit bir kontrol ile anlaşılıp anlaşılmayacağının belirlenmesine yönelik teknik bilirkişiden rapor alınması,*"

189 Ekici Şahin, 2019, s. 197.

Mahkeme, bir hileli söz ve davranışa maruz kalan mağdurun hileyi denetleme yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmektedir; yalan, tek başına denetleme veya inceleme eğilimini ortadan kaldıracak nitelikte değilse ve basit yalan karşısında mağdur hataya düşmüşse bunun sonuçlarına katlanmalıdır.

Karşı taraftaki kişinin hataya düşürülmesi, failin somutlaşan söz ve davranışlarıyla olabileceği gibi zımni beyanlarla da mümkün olabileceği ifade edilmektedir.[190] Bu bağlamda sözleşme yükümlülüğünü üstlenen borçlunun, aynı zamanda sözleşmenin içeriğini yerine getirmeyi zımnen beyan etmiş olduğu, yine bir eşyanın satışı teklifinde bulunanın, aynı zamanda onu satmaya yetkili olduğunu ve ardından devrini yapacak halde olduğunu zımnen taahhüt etmiş olduğu belirtilmektedir.[191] Bununla birlikte yukarıda ifade ettiğimiz üzere Türk Ceza Hukuku uygulamasında yerine getiremeyeceği taahhütte bulunmak her koşulda dolandırıcılık suçu kapsamında cezalandırılan hile olarak kabul edilmemektedir.

Dolandırıcılık zorunlu olarak bir beyan suçu değildir.[192] Yukarıda ifade ettiğimiz gibi dolandırıcılık suçu ihmali davranışlarla işlenebilmektedir. Sorun teşkil eden husus hangi hallerde ve koşullarda karşı tarafı aydınlatma yükümlülüğünün doğacağı ve bu yükümlülüğün kaynağının ne olacağıdır.

Aydınlatma yükümlülüğü doğrudan kanundan kaynaklanabilir. Mesela 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1435. maddesine göre; *sigorta ettiren sözleşmenin yapılması sırasında bildiği veya bilmesi gereken tüm önemli hususları sigortacıya bildirmekle yükümlüdür.* Bu yükümlülüğünü ihlal edip bir takım hususları saklayarak yani susarak menfaat sağlayan kişinin dolandırıcılık suçunu işlediğinden söz edilebilecektir.

Kanundan kaynaklanan aydınlatma yükümlülüğünün tespitinde karşılaşılan en büyük sorun çeşitli alanlarda yapılan özel hukuk düzenlemelerinin aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin farklı ölçütler kabul etmesidir. Mesela tüketiciyi koruma mevzuatı esas alınırsa kanundan kaynaklı aydınlatma yükümlülüğünün sınırı çok genişleyecektir. Bu nedenle aydınlatma yükümlülüğünü ihmal eden bir satıcının davranışı, kolaylıkla hileli hareket olarak kabul edilebilecektir.[193]

---

[190] Kılıçarslan İsfen, "Alman Ceza Kanunu'nda Dolandırıcılık Suçunun Maddi Unsuru Olarak Aldatma", s. 84.

[191] Kılıçarslan İsfen, "Alman Ceza Kanunu'nda Dolandırıcılık Suçunun Maddi Unsuru Olarak Aldatma", s. 84.

[192] Tezcan-Erdem-Önok, 2019, s. 811.

[193] Taneri-Kamışlı, 2018, s. 1023-1024.

Bununla birlikte ticaret hukuku alanında aydınlatma yükümlülüğünün daha sınırlı olduğu kabul edilmelidir.[194] Aydınlatma yükümlülüğünü ilişkin özel hukuk dalları arasındaki bu farklılık şüphesiz dolandırıcılık suçu kapsamında cezalandırılan hilenin tespitini ve bu alanda genel geçer bir ölçüt getirmeyi zorlaştırmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde yer verilen iyi niyet ve dürüstlük kuralının, kişilere, kanundan ve dolayısıyla örf ve adetten kaynaklanan bir harekete geçme, susmama yükümlülüğü getirdiği düşünülebilir. Medeni Kanunda açıkça iyi niyet ve dürüstlük kuralına yer verilmiş olsa da; özel hukukta genel bir aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı ve hiç kimsenin, bir başkasını, onun gerekli dikkat ve özeni göstermesi halinde öğrenip fark edebileceği hususlarda aydınlatma yükümlülüğünün bulunmadığı ifade edilmektedir.[195] Özel hukukta bile dürüstlük kuralından kaynaklı genel bir aydınlatma yükümlülüğünün varlığı kabul edilmediğine göre, taraflardan birinin diğerini belli hususlarda aydınlatmadığı ya da karşı tarafın içinde bulunduğu hatalı durumdan faydalandığı hallerde peşinen dolandırıcılık suçunun oluştuğunu kabul etmek mümkün değildir.

Aydınlatma yükümlülüğünün varlığının tespitinde sözleşme serbestisi ilkesinin, ticari hayatın gereklerinin ve ticari örf ve adetin göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmektedir.[196] Taraflardan birinin özel olarak korunmasını gerektiren bir durumun söz konusu olmadığı durumlarda normal ticari ilişkide susmanın, karşı tarafı aydınlatmamanın tek başına hile olarak kabul edilemeye-

---

[194] Nitekim 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 18/2. maddesinde, *her tacirin ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi* gerektiği belirtilmiştir. Basiretli iş adamı gibi hareket etmekle yükümlü bir tacirin, düşüncesizliği ya da deneyimsizliğinden kaynaklı olarak içine düştüğü hatalı durumdan faydalanma hallerinde dahi aşırı yararlanma hükümlerine dayanılamayacağı belirtilmektedir. Bkz. Sabih Arkan, ***Ticari İşletme Hukuku***, 23. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2017, s. 149.

[195] Fikret Eren, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, 14. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 398.

[196] Ekici Şahin, 2019, s.256; Okuyucu Ergün, "Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı", s. 309. Özel hukukta aydınlatma yükümlülüğünün ölçüsü ve derecesinin sözleşmenin niteliğine, somut durumun özelliklerine ve tarafların menfaatlerine göre belirleneceği belirtilmektedir. Aydınlatma yükümlülüğünün özellikle ortaklık sözleşmesi, vekalet ve eser sözleşmeleri gibi güvene dayanan sözleşme ilişkileriyle kira, hizmet gibi sürekli borç ilişkisi kuran sözleşmelerde önem taşıdığı, bu sözleşmelerde karşı tarafın susmaması gerektiği, buna karşılık, rakipler arasında yapılan sözleşmelerle mal değişimine ilişkin sözleşmelerde bu yükümlülüğün hemen hemen yok ya da çok az olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Eren, 2012, s. 399.

ceği ifade edilmektedir.[197] Daha ileri giden bir görüşe göre sadece susmak, hiçbir şekilde dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilemez.[198]

F. Karşılıksız Yararlanma Suçu ve Hile

Karşılıksız yararlanma suçunun esasen kendine özgü bir tür özel dolandırıcılık suçu olduğu ifade edilmektedir.[199] Dolandırıcılık suçunun hile unsurunun oluşumunda "*sahneye koyma teorisi*" esas alındığında hile, bazı araçlarla desteklenmediğinden karşılıksız yararlanma niteliğindeki fiillerinin dolandırıcılık suçu kapsamında cezalandırılmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir.[200] Sadece ödeme gücünün olmadığının gizlenmesi nedeniyle ortada hileli davranışın dahi olmadığı savunulmaktadır.[201]

5237 sayılı TCK'nın 163. maddesinde sadece belli alanlara ilişkin karşılıksız yararlanma halleri ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.[202] Bir lokantada karşılıksız olarak yemek yenmesi, karşılıksız olarak bir araç ile seyahat edilmesi ya da karşılıksız olarak bir otelde kalınması hallerinde karşılıksız bu mal ve hizmetlerden faydalanan kişilerin ne tür bir yaptırımla karşı karşıya kalacağı belirsizdir.[203] Kimi yazarlara göre, kişinin bedelini ödeme imkanı bulunmamasına rağmen bir mal veya hizmetten yararlanması halinde ikili bir ayrım yapmak gerekir. Şayet kişi,

---

197 Ekici Şahin, 2019, s. 256.

198 Bkz. Tümerkan, 1987, s. 45; Yaşar-Gökcan-Artuç, 2014, s. 5075. Susmak, aydınlatma yükümlülüğü varsa hile olarak kabul edilmelidir. Ancak yukarıda ortaya konmaya çalışıldığı üzere aydınlatma yükümlülüğünün kaynağı ve ölçüsüne ilişkin net bir belirleme yapmak mümkün değildir. Bu nedenle bu alanda da olaylar içtihadı yöntemine başvurma kaçınılmazdır.

199 Hafızoğulları, "Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları", s. 431; farklı görüş için bkz. Tümerkan, 1987, s. 47: "*dolandırıcılığa benzeyen ve hatta hakkında 'küçük dolandırıcılık' adı da bazı yabancı yazarlarca kullanılan karşılıksız faydalanma fiillerinin hukukumuz bakımından dolandırıcılık teşkil etmeyeceği konusunda Türk doktrininde fikir birliği olduğu söylenebilir.*"

200 Dönmezer, 1998, s. 391.

201 Parlar, 2015, s. 22. Parlar'a göre; failin, ödeme gücünü kanıtlayıcı davranışlar sergilemesi halinde hilenin var olduğu kabul edilmelidir. Bkz. Parlar, 2015, s. 22.

202 TCK'nın 163. maddesinde; ödeme yeteneğinin gizlenerek yemek yenmesi veya otelde kalınması şeklindeki karşılıksız yararlanma hallerinden daha az haksızlık içeriğine sahip olan TV ve radyo yayınlarından yararlanma ve otomatların kötüye kullanılması eylemlerinin neden cezalandırılması yoluna gidildiğini anlamanın güç olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Taneri-Kamışlı, 2018, s. 1026.

203 Ekici Şahin'e göre; yemek sipariş etmek veya bir otelde kalacak boş bir oda istemek, mal veya hizmet bedelini ödeme gücü ve arzusu olduğuna ilişkin gerçeğe aykırı bir içeriğe sahip olduğundan hiledir. Hatta buradaki hareket zımni bir beyan niteliğindedir ve ihmali değil, icraidir. Bkz. Ekici Şahin, 2019, s. 243.

baştan itibaren yararlandığı mal ve hizmetin bedelini ödeyemeyeceğinin bilincindeyse dolandırıcılık suçu anlamında hile söz konusudur. Ancak kişi ödeyememe durumunu, mal veya hizmetten yararlandıktan sonra fark etmişse ortada sadece hukuki bir uyuşmazlık bulunmaktadır.[204]

Çoğu durumda failin, baştan itibaren aldığı mal ve hizmetin bedelini ödememe kastıyla hareket ettiğini ispatlamak çok güçtür. Bu ispat güçlüğü nedeniyle bu tür eylemlerin cezalandırılmasının hemen hemen mümkün olmadığı söylenebilir.[205] Esasen kanun koyucunun, bilinçli olarak kanunda ayrı bir özel düzenlemeye yer vermeyerek bu tür fiilleri "*hukuki uyuşmazlık*" sayıp ceza hukuku kapsamının dışına çıkarmayı amaçladığı söylenebilir.[206] Yorum yoluyla karşılıksız lokantada yemek yenmesi ya da karşılıksız otelde kalınması gibi fiilleri dolandırıcılık suçu kapsamına sokmak kanun koyucunun iradesine aykırılık teşkil edebilecektir.

Dolandırma kastı bulunmadan usulüne uygun olarak elde edilmiş bir kredi kartını, ödeme gücünün bulunmamasına rağmen kullanan kişinin dolandırıcılık suçunu işleyip işlemediği tartışmalıdır. Alman Yüksek Mahkemesi'nin böyle davranış içerisine girenlerin "*sosyal açıdan tehlikeli ve cezaya layık*" oldukları ancak yeni suç tiplerinin yaratılmasının kanun koyucunun görevi olduğu yönünde değerlendirme yaptığı belirtilmektedir.[207] Türk Hukukunda, dolandırıcılık suçunun, *banka veya kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadıyla* işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmişken, usulüne uygun olarak elde edilmiş bir kredi kartının, ödeme gücünün bulunmamasına rağmen kullanılması dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilmemektedir. Bu durumun cezalandırılmasına ilişkin özel bir kanuni düzenleme de bulunmamaktadır.

---

[204] Gökçen-Balcı, 2018, s. 220; Artuk vd., 2019, s. 634.

[205] Tezcan-Erdem-Önok, 2019, s. 816-817.

[206] Kanunilik ilkesi gereği TCK kapsamına alınmamış karşılıksız yararlanma fiillerinin dolandırıcılık suçu kapsamında cezalandırılmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir. Bkz. Maviş, "Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar", s. 618.

[207] Jescheck, 2007, s. 113.

G. Belli Başlı Dolandırıcılık Türleri Yönünden Hile Unsuru

1. Yargılama Dolandırıcılığı Yönünden Hile

Davayı kötü niyetle yürütmenin[208] basit bir yalandan ibaret bulunması nedeniyle dolandırıcılık suçu kapsamında değerlendirilemeyeceği, bununla birlikte bir davada hileli açıklama sahte bir belgeye dayanıyorsa sahtecilik suçunun oluşacağı ifade edilmektedir.[209]

Adaletin aldatılması nedeniyle dolaylı yoldan kişilerin malvarlığında zarar oluşsa da esasen ortaya çıkan suçun malvarlığına yönelik olmadığı belirtilmektedir.[210] Yargılama dolandırıcılığı olarak adlandırılan bu durumun geniş ve dar anlamda yargılama hilesi olmak üzere ikiye ayrıldığı ifade edilmektedir.[211] Geniş anlamda yargılama hilesinde; tarafın yapmış olduğu hileli davranış nedeniyle karşı taraf tek taraflı davayı bitirebilecek işlemlerde bulunmakta mesela hataya düşerek davayı kabul etmekte ya da sulh olmaktadır. Geniş anlamda yargılama hilesinin mevcut olduğu durumlarda dolandırıcılık suçunun oluşacağı ifade edilmektedir.[212] Dar anlamda yargılama hilesinde ise mahkeme hakimi aldatılmak suretiyle kendi lehine, karşı tarafın zararına menfaat temin edilmektedir. Bu gibi eylemleri cezalandıran özel bir hüküm bulunmadığı takdirde dar anlamda yargılama hilesi söz konusu olduğunda dolandırıcılık suçundan cezalandırma yoluna gidilebileceği belirtilmektedir.[213]

Yargılama sırasında mahkemeye gerçek olmayan bir yazılı delil sunulması hallerinde Yüksek Mahkeme, resmi belgede sahtecilik suçunun oluşacağı görüşündedir.[214] Hatta sahte belgeyi sunan kişinin avukat olması halinde, TCK'nın 204. maddesinde düzenlenen "*resmi belgede sahtecilik suçu*"nun değil, özel

---

[208] Bir kimsenin, haklı olduğu iddiası ile dava açarak hakimi aldatıp lehine hüküm tesis ettirmesinin, "*yargılama dolandırıcılığı*" olarak adlandırıldığı belirtilmektedir. Bkz. Tezcan-Erdem-Önok, 2019, s. 820.

[209] Dönmezer, 1998, s. 395.

[210] Selçuk, 1982, s. 81.

[211] Eker Kazancı-Zeyrek, "TCK'da Dolandırıcılık Suçu", s. 533.

[212] Eker Kazancı-Zeyrek, "TCK'da Dolandırıcılık Suçu", s. 533.

[213] Eker Kazancı-Zeyrek, "TCK'da Dolandırıcılık Suçu", s. 533.

[214] Aile mahkemesine avukat tarafından sunulan ve davacı kadına ait olduğu iddia edilen sahte kürtaj raporu nedeniyle karşı tarafın zararına yol açan avukatın, özel belgede sahtecilik düzenlemesi olan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 56/3. maddesinde yer alan suçtan sorumlu olması gerektiğine hükmedilmiştir. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 20.06.2019 tarih ve 2016/19-1170 Esas 2019/488 Karar.

düzenleme niteliğinde olan ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 56/3. maddesinde yer verilen suçun oluşacağına hükmetmektedir.[215] Sahte belgenin ibraz edildiği mahkeme hakiminin, sunulan her delili gerçek olarak kabul edip hükme esas almasının mümkün olmayacağı düşünüldüğünden sahte yazılı delillerin "*iğfal kabiliyetine*" yani "*aldatma kabiliyetine*" sahip olması gerektiği değerlendirilmektedir. Yüksek Mahkeme aldatma kabiliyetinin tespitinde, alınacak teknik bilirkişi raporundan ziyade hakimin takdirine üstünlük tanınması gerektiği görüşündedir.[216] Normal bir kişi ile bir hakim arasında farkın bulunduğu, bir hakimin normal bir vatandaş gibi aldatılması pek mümkün görünmediğinden çoğu olayda söz konusu sahte belgelerin, mahkeme hakimini aldatma kabiliyetinin bulunmadığı şeklinde değerlendirme yapılmaktadır. Belki de sahte delil sunulduğu hallerde dolandırıcılık suçunun oluşmayacağına ilişkin değerlendirme bu anlayıştan ileri gelmektedir. Kaldı ki hakim sadece taraflardan herhangi biri tarafından sunulan bir delili esas alarak değil, toplanan tüm delillere göre kararını verir.[217]

Yukarıda belirtilen görüşünden farklı olarak Yüksek Mahkeme, yargılama merci olmayan icra dairesinde, sahte bir kambiyo senedine dayanılarak takip yapılması hallerinde hem resmi belgede sahtecilik suçunun oluşacağı hem de TCK'nın 158/1-d maddesinde düzenlenen "*kamu kurum ve kuruluşlarını araç olarak kullanılması suretiyle*" işlenen nitelikli dolandırıcılık suçunun oluşacağı yönünde kararlar vermektedir.[218]

---

[215] Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 25.11.2021 tarih ve 2020/19-227 Esas 2021/591 Karar; Yargıtay Ceza Genel Kurulu 20.06.2019 tarih ve 2016/19-1170 Esas 2019/488 Karar.

[216] Bkz. Yargıtay 11. Ceza Dairesi 11.07.2013 tarih ve 2011/13435 Esas 2013/11874 Karar: "*Belgede sahtecilik suçlarında aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının takdirinin mahkemeye ait olduğu göz önüne alınıp, gerçek bir sağlık kurulu raporu temin edilerek duruşmada suça konu rapor aslı ile karşılaştırılıp incelenmek suretiyle, özellikleri tutanağa geçirilerek iğfal kabiliyetinin bulunup bulunmadığı yöntemince araştırılıp tartışılmadan ve denetime olanak verecek şekilde dosya içinde bulundurulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde uygulama yapılması,*"

[217] Yukarıda belirttiğimiz gibi dolandırıcılık suçunda cezalandırılabilir hilenin tespitinde suçun mağdurunun zihni özellikleri büyük önem taşır. Sıradan bir insana göre bir hakimin entelektüel birikiminin daha fazla olduğu değerlendirildiğinden yapılan bir hile karşısında mahkeme hakimlerinin kolay kolay aldatılamayacağı düşünülmektedir.

[218] Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 04.10.2016 tarih ve 2015/15-679 Esas 2016/343 Karar; Yargıtay 15. Ceza Dairesi 22.03.2021 tarih ve 2017/34587 Esas 2021/3297 Karar.

2. Merhamet Dolandırıcılığı Yönünden Hile

Dilenirken, hastalığı hakkında sahte film ve raporlar gösteren, çocuğunu hasta görüntüsü ile kucağına yatıran, görme, yürüme, işitme engelli taklidi yapan veya var olmayan bir kuruluş adına belge gösteren kişi ya da kişilerin dolandırıcılık suçunu işlemiş oldukları belirtilmektedir.[219] Bununla birlikte muhatabın, dilencinin sözlerine veya sergilediği sahte görünüme kanmadığı, sadece iyilik yapmak için veya kendisini rahatsız edici davranışı savuşturmak için para verdiği hallerde dolandırıcılık suçundan söz edilemeyeceği ifade edilmektedir.[220]

Kendini imam olarak tanıtan failin, hemşehrisi olan birine protez kol yaptırmak için 800 TL para istediği olayda; failin kendisini imam olarak tanıtarak karşı tarafla yakınlık kurmaya çalışmasını ve protez kol yaptırmak için yardım topladıklarını beyan etmesini Yüksek Mahkeme hile olarak kabul etmiş ve dolandırıcılık suçunun oluşacağına hükmetmiştir.[221]

3. Bazı Yatırım Araçları ve Şans Oyunları Yönünden Hile

Günümüzde toplumun büyük kesimini etkileyen ve büyük zararlara neden olan dolandırıcılık suçlarının genellikle piramitsel sistemler oluşturularak işlendiğine şahit olunmaktadır. Mağdurlar tarafından bir yatırım aracı olarak görülen bu sistemler failler açısından büyük bir vurgun yapmanın aracı haline dönüşebilmektedir.

Zincirleme-piramitsel olarak tabir edilen sistemlerin karşılıklı para dağıtım sisteminden başka bir şey olmadığı ifade edilmektedir.[222] Bu tür sistemlerde katılımcılar, kazanç düşüncesiyle sisteme dahil olmaktadır[223] ve bu kazanç tamamen imkansız değildir. Ancak sistemin kalıcı olarak devamı mümkün olmadığından birçok katılımcının bir noktadan sonra zarara uğraması kaçınılmazdır.[224]

---

[219] Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 498.

[220] Centel-Zafer-Çakmut, 2017, s. 499.

[221] Bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi 16.06. 2014 tarih ve 2012/19112 Esas 2014/12027 Karar.

[222] Hakan Hakeri, "Zincirleme-Pramitsel Oyunlar Düzenleme Suçu", ***Yargıtay Dergisi***, C. 27, S. 1-2, s. 137.

[223] Oyuna katılanların çoğu sistemin gelişiminden habersizdir ve kumar çeşitlerinde olduğu gibi kazanç elde etme hırsı ve cazibesi tecrübesiz katılımcıları kolaylıkla bu oyun ve sistemlerin içine çekmektedir. Bkz. Hakeri, "Zincirleme-Pramitsel Oyunlar Düzenleme Suçu", s. 145.

[224] Hakeri, "Zincirleme-Pramitsel Oyunlar Düzenleme Suçu", s. 144. Ön sıralarda sisteme dahil olanlar iyi kazanç şansına sahip iken, çoğu tecrübesiz olan ve tıkanma noktasından hemen önce sisteme dahil olan çoğunluk büyük zararlarla karşı karşıyadır.

Küçük bir kartopunun yuvarlanarak kat ettiği süre içerisinde büyük bir kütleye dönüşmesi nedeniyle *Dönmezer*'in "kartopu sözleşmeleri" olarak nitelendirdiği bu gibi sistemlerde başlangıçta hile bulunmamaktadır. Çünkü satıcı sistemin ilk kurulduğu zamanlarda yükümlülüğünü yerine getirmekte ve müşterilerden hiçbir noktayı saklamamaktadır. Ancak ilerisi için bu sistemi yöneten satıcının yükümlülüklerini yerine getiremez olacağı muhakkaktır. Bu nedenle ortada kısmen gerçek, kısmen hayali bir teşebbüs vardır. Dönmezer'e göre, satıcının yükümlülüğünü yerine getiremediği andan itibaren dolandırıcılık suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.[225]

Hakeri, bu tür sistemlere dahil olan katılımcıların, sistemin işleyişine ve ortaya çıkabilecek neticelere ilişkin doğru bilgilendirilmeleri halinde dolandırıcılık suçu bağlamında cezalandırmaya yola açabilecek bir hileden bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir.[226] Bununla birlikte bazı gerçeklerin gizlenmesi halinde hilenin varlığından ve dolayısıyla dolandırıcılık suçunun oluştuğundan söz edilebilecektir.[227]

Piramit sistemlerin bir süre sonra çökeceği kesin olduğundan, sistemin kişi ya da kişiler gözetiminde işletilmesi hallerinde bu kişi ya da kişilerin kesin kazanç vaadinde bulunmaları ya da sistemin yarıda kesilmesi halinde paranın geri ödeneceğine ilişkin vaatleri hile kapsamında değerlendirilebilecektir.[228] Piramit sistemlere daha önce rastlansa da ülkemiz açısından bu sistemlerin sakıncaları "titan" hadisesi ile daha belirgin hale gelmiştir. Titan hadisesinde Yüksek Mahkeme ortada bir dolandırıcılık suçunun var olduğunu kabul etmiş; toplantılarda titan yöneticilerinin iflas etmelerinin söz konusu olmayacağı ve çok para kazanacağı şeklinde telkinde bulunmalarını, sistem gereği zincirin halkaları genişledikçe üye temin etmenin zorlaşmasının, belli bir müddet sonra üye temininin

---

[225] Dönmezer, 1998, s. 393.

[226] Hakeri, "Zincirleme-Pramitsel Oyunlar Düzenleme Suçu", s. 146, 167; Tezcan-Erdem-Önok, 2019, s. 819-820; Kangal, 2018, s. 260; Maviş, "Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar", s. 621. Daha da ileri giden başka bir görüş bu tür oyunlara girerken hiçbir bilgi verilmemesinin ihmal anlamına geldiğini ve ihmali hareketten dolayı dolandırıcılık suçunun mevcut düzenleme esas alındığında cezalandırılmasının mümkün olmadığını belirtmektedir. Bkz. Kangal, 2018, s. 260: Kangal, bu tür oyunları suç olarak tanımlayan bir düzenlemeye yer vermenin kanunilik ilkesine daha uygun olacağını belirtmektedir.

[227] Hakeri, "Zincirleme-Pramitsel Oyunlar Düzenleme Suçu", s. 167. Tipikliğinde dışında iştirak, teşebbüs ve mağdurların tespiti gibi konularda sorun çıkmaması bakımından bu tür oyunların ceza kanunlarındaki suç tipine göre değil de, ayrı özel bir hükümle cezalandırılması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Hakeri, "Zincirleme-Pramitsel Oyunlar Düzenleme Suçu", s. 169.

[228] Hakeri, "Zincirleme-Pramitsel Oyunlar Düzenleme Suçu", s. 148.

imkansız hale gelmesinin, son üye olanların bu işleyiş içerisinde para kazanma olanağının bulunmamasına rağmen bu hususların bilinçli olarak mağdurlardan gizlenmesini hile olarak nitelendirmiştir. Ayrıca lüks yerlerde yemekli ve müzikli toplantılar yapılmasını, toplantılara katılan üyelerin birbirleriyle görüşmelerini engelleyici tedbirler alınmasını, toplantılarda yüksek volümlü müzik ve devamlı alkışların kullanılmasını mağdurların inceleme eğilimini etkisiz kılacak mizansenler olarak değerlendirmiştir.[229]

Piramit sistemine benzeyen doğrudan pazarlama yöntemlerinden biri olan "*çok katmanlı satış*" sisteminde; firmaya belli bir kayıt ücreti yatırılmakta ve ürün satışı yapılmaya başlanmaktadır. Ürün satışı yaparken kendisi gibi satış yapabilecek kişilerden bir ekip kurulabilmektedir. Bu ekipten kişilerde aynı şekilde belli kayıt ücreti yatırarak ürün satışı yapmakta ve kendileri de satış ekibi oluşturabilmektedir.[230] Böylece piramidin tabanı genişlemektedir. Bu satış sisteminde gerçek bir ürün satışı olduğundan ve gelirin önemli bir kısmı kayıt ücretinden değil, ürün satışından kaynaklandığından yasaldır. Ancak yapısı itibariyle piramit sistemine benzemektedir. Bu benzerlik ve piramit sistemlerinin oluşumunun getirdiği olumsuzlukları engellemek için 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 80. maddesindeki düzenleme getirilmiştir. 6502 sayılı TKHK'nın 80. maddesinin 1. fıkrasında piramit sistemin tanımı yapılmış,[231] 2. fıkrada; "*Piramit satış sisteminin kurulması, yayılması veya tavsiye edilmesi yasaktır.*" hükmüne yer verilerek piramit sistemler Türk Hukukunda yasaklanmıştır.

Yasaklanmış olmasına rağmen bazı piramit sistemlerin, kanunu dolanmak için göstermelik olarak ürün satışı yaptıklarına şahit olununca[232] hangi özellikleri taşıyan sistemin yasal olarak kabul edileceği sorusu ve buna verilecek cevap önemli hale gelmiştir. Mevcut bir sistemin yasal olup olmadığına ilişkin belirle-

---

[229] Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 24.11.1998 tarih ve 6/280-359 sayılı karar. Karar için bkz. Kaban, vd., 2001, s. 614-618.

[230] Abdurrahman Savaş, ***Network Marketting Sözleşmesi***, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 11.

[231] 6502 sayılı TKHK'nın 80. maddesinin 1. fıkrasına göre; *Piramit satış; katılımcılara bir miktar para veya malvarlığı ortaya koymak karşılığında, sisteme aynı şartlar altında başka katılımcılar bulma koşuluyla bir para veya malvarlığı kazancı olanağı ümidi veren ve malvarlığı kazancının elde edilmesini tamamen veya kısmen diğer katılımcıların da koşullara uygun davranmasına bağlı kılan, gerçekçi olmayan veya gerçekleşmesi güç olan kazanç beklentisi sistemidir.*

[232] Savaş, 2016, s. 13-14: "*sistemin işleyişi bu ürünler ve satış ile ilgili olmayıp tamamen katılan kişilerden alınan yüksek aidatlar ile sağlanmaktadır.*"

yici unsur; sistemin merkezinde yer alan şirketin gelirlerin önemli bir kısmının giriş aidatlarından oluşup oluşmadığıdır. Göstermelik bir ürün satışı söz konusuysa ve şirket gelirlerinin önemli bir kısmı giriş aidatlarından oluşuyorsa kurulu sistem piramit sistemidir[233] ve Türk Hukuku'na göre yasaklanmıştır. Sisteme giriş yapan kişiler bütün olasılıklara karşı bilgilendirilmiş olsa da kanunda açıkça yasaklandığı için piramit sistem oluşturan ve havuzda toplanan paradan menfaat sağlayan kişi ya da kişilerin, başka bir sebep aranmaksızın dolandırıcılık suçunu işledikleri kabul edilebilecektir.[234]

Piramit sistemlerde, sisteme dahil olan kişilerden başka üyeler bulması istenmektedir. Ponzi şeması adı verilen sistemlerde ise ilk üyelere verilen büyük kar payını gören başka kişiler kendi iradeleri ile sisteme dahil olmaktadırlar.[235] Günümüzde büyük çapta işlenen dolandırıcılık suçları büyük oranda, piramitsel ya da ponzi şeması benzeri sistemler kurularak gerçekleştirilmektedir. Ülkemizi sarsan dolandırıcılık hadiselerinin çoğunda karlı bir işe yatırım yapılacağı vaadi ile vatandaşlardan para toplanmaktadır. Bir süre sonra sistemin çökmesi ile beraber sisteme en son dahil olan çoğunluk zarara uğramaktadır. Bu gibi hadiselerde hile unsuru sadece kazanç vaadi değil; aynı zamanda toplanan paralarla göstermelik yatırımlar yapılarak sisteme dahil olmayı düşünen kişilerin güvenlerinin kazanılmasıdır.[236]

Hisse senedi satın alma veya benzeri yatırım araçlarını tercih eden ve sermaye piyasası araçlarını kullanan kişilerin korunması için 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 106 vd. maddelerinde özel düzenlemelere yer verilmiştir.

---

233 Savaş, 2016, s. 174.

234 6502 sayılı TKHK'da Türk Ceza Kanunu'na atıf yapılmış olsa da piramit sistemlerin oluşturulması halinde ne gibi cezai yaptırımlara başvurulacağı özel hüküm ile öngörülmediğinden, uygulanacak kanun Türk Ceza Kanunu ve içerisinde düzenlenen dolandırıcılık hükümleridir.

235 Ahmet Mertcan Develi, ***Dolandırıcılık, Ponzi Dolandırıcılığı ve Piramitsel Sistemlerle Gerçekleştirilen Dolandırıcılık***, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 110. Ponzi sisteminde üyeler, birbirinden bağımsız olarak fail ile iletişime geçerek ona fayda sağlamaktadırlar; mağdurların kendi aralarında herhangi bir ilişki bulunması zorunlu değildir. Bkz. Develi, 2021, s. 121. Charles Ponzi, pul ticaretinden kaynaklı büyük karlar elde edebileceğini inandırarak başka kişilerden para toplamaya başlamıştır. Kişilerden büyük miktarda para toplamış ve topladığı para yapmış olduğu pul ticareti hacmini kısa sürede aşmıştır. Sisteme ilk katmanda dahil olanlar büyük miktarda kar elde ederken, sonradan katılan büyük bir kesim zarar etmiştir. Zira kişilere dağıtılan kar payı pul ticaretinden değil, sisteme dahil olan yeni üyelerin katılım paylarından karşılanmaya başlanmıştır. Bir süre sonra sistem çökmüş, yaşanan bu olay ve kurulan sistem "*ponzi şeması*" olarak adlandırılmıştır.

236 Çiftlik Bank olayı kapsamında benzer değerlendirme için Bkz. Develi, 2021, s. 117-118.

Ancak günümüzde yeni yatırım ve sermaye piyasası araçları ortaya çıkmaktadır. Kripto para bunlardan birisidir.[237] Bu alanda boşluk olması ve yeni yeni hukuki düzenlemelere gidilmesi, bölgesel kuruluşlar hariç olmak üzere kripto para işlemlerini ve borsalarını denetleyebilecek merkezi bir kurumun bulunmaması ve kripto para kullanıcılarının kimliklerinin tespitindeki zorluk gibi nedenlerle kripto para aracılığı ile işlenen dolandırıcılık suçlarına sıklıkla rastlanmaktadır.[238] Kripto para alanındaki hileli davranışlar yönünden[239] Sermeye Piyasası Kanunu'nda öngörülen özel düzenlemelerin yetersiz kaldığı durumlarda, genel hüküm niteliğindeki 5237 sayılı TCK'da yer verilen dolandırıcılık düzenlemesinin uygulanması söz konusu olabilecektir. Aynı durum yeni ortaya çıkan diğer yatırım ve sermaye piyasası araçları için de geçerlidir.

Kazanmanın şans ve talihe bağlı olduğu oyunlarda, oyunun şans ve talih unsuruna dışarıdan etki edilmesi halinde kumar için yer ve imkan sağlama suçunun değil, dolandırıcılık suçu oluşacaktır.[240]

---

[237] Kripto para tanımı için bkz. Nathan J. Hochman, "Kripto Paranın Vahşi Batı Görünümünü Düzenlemek", çev. Özge Didem Boulanger, ***Kripto Para ve Ceza Hukuku***, Proje Yöneticisi Kayıhan İçel, ed. Yener Ünver ve Kerem Öz, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022: "*Kripto para veya sanal para birimi, geniş anlamda değerlendirildiğinde, bir değiş tokuş aracı olarak işlev görebilecek bir değerin dijital temsilcisidir, bir hesap birimidir ve/veya değer deposudur. Bu para biriminin devrimsel yanı para birimi işlemlerini güvenlik görevlisi gibi izleyecek banka gibi merkezi otoriteye ihtiyaç duymamasıdır, bunun yerine, sistem blok zinciri olarak bilinen merkezi olmayan küresel bilgisayarların ağı üzerinden çalışır. Buna göre, bu sistem merkezi bir bilgisayar sunucusu kullanmak yerine bir ağ üzerinden bağlı bilgisayarlar arasında dosya ve kaynakların paylaşımını mümkün kılan küresel bilgisayar ağları üzerinden çalışır ve yine sistem katılımcılar ağının işlemlerini kalıcı bir halka açık deftere, ki bu defter çoğunluk tarafından blok zinciri olarak bilinir, doğrulaması ve kayıt etmesi esasına dayanır.*"

[238] Kripto paranın konu olabileceği dolandırıcılık türlerine çıkış dolandırıcılığı, yükseltme ve düşürme, Flört/Duygusal dolandırıcılığı, oltalama ve piramit şeması dolandırıcılığı örnek gösterilmektedir. Bkz. Tuğçe Tomrukçu, "Kripto Varlıkların Konu Olduğu Dolandırıcılık Suçları", ***Kripto Para ve Ceza Hukuku***, Proje Yöneticisi Kayıhan İçel, ed. Yener Ünver ve Kerem Öz, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 271-276.

[239] Kripto para dolandırıcılığı suçunun mağduru olmamak için işlem yapılan kripto varlık hizmet sağlayıcısının tanınmasının ve yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin idari makamlar tarafından denetlenmesinin gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Murat Balcı - Kerim Çakır, "Kripto Para Dolandırıcılığı", ***Terazi Hukuk Dergisi***, C. 16, S. 181, s. 1687.

[240] Eker Kazancı-Zeyrek, "TCK'da Dolandırıcılık Suçu", s. 543. Bununla birlikte suçun oluşumu için hile kullanılan kumar oyununun belli bir kişi tarafından oynanması, yani mağdurun belirlenebilir olması gerekmektedir. Bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi 28.01.2016 tarih ve 2013/23385 Esas 2016/1082 Karar: "*sanıkların 'bul karayı al parayı' oyununu oynatmak üzere adli emanete alınan üç adet iskambil kağıtlarıyla birlikte yakalandıklarının 26.03.2010 tarihli tutanak ve dosya kapsamından anlaşılması karşısında; somut olayda sanıkların, hileli hareketlerini yönlendirdikleri ve aldattıkları bir mağdurun bulunmadığı iddia ve kabul olunmasına göre; eyle-*

Üç iskambil kağıdı ile oynandığı için "*üç kağıt oyunu*" olarak adlandırılan oyunda, iki kırmızı ve bir siyah iskambil kartının karılması sonucu mağdurlardan siyah olanı bulmaları istenmektedir. Siyah olanın bulunması istendiği için halk arasında bu oyun için "*bul karayı al parayı*" tabiri de kullanılmaktadır. Oyunun oynandığı yerin çevresinde bulunan ve oyundan kazanıyor rolü yapan elemanların yardımıyla kazanabileceği zannına kapılan mağdurun oyun oynaması teşvik edilmektedir. Söz konusu oyunda fail ya da faillerin el çabukluğu ile mağduru aldatmaları nedeniyle mağdurun kazanma ihtimali de bulunmamaktadır. Yüksek Mahkeme istikrarlı bir biçimde bu oyunun oynanmasının başlı başına dolandırıcılık suçunu oluşturacağına hükmetmektedir.[241]

SONUÇ

Bir suça teşebbüs etmekten söz edebilmesi için şüphesiz icrasına başlanan hareketin elverişli olması gerekmektedir. Bu koşul her suç tipi için geçerlidir. Dolandırıcılık suçu yönünden de suçun oluşumu için hareketin elverişli olması gerekmektedir. Ancak öğretide bazı yazarlarca dolandırıcılık suçunun oluşumu için failin kullandığı hilenin aldatmaya elverişli olması gerektiği, aksi durumda suçun oluşmayacağı ifade edilmektedir. Ortalama eğitimi ve kültürel düzeyi olan bir kişiyi aldatma niteliği taşımayan bir hile, somut olayda mağduru aldatmış ise cezalandırılabilir bir hilenin varlığını kabul etmek gerekir. Mağduru aldattığı halde objektif bir kriter belirlenerek hilenin aldatıcı nitelikte olup olmadığına ilişkin bir tespit yapmak doğru değildir. Hilenin aldatmaya elverişli olup olmadığının tespiti ancak hareket teşebbüs aşamasında kaldığında önem taşır. Failin hileli hareketi yapmasına rağmen mağdur hataya düşmemişse dolandırıcılık suçuna teşebbüsten dolayı sorumluluğuna gidilebilmesi için hilenin aldatmaya elverişli olup olmadığının araştırılmalıdır.

Ceza hukuku özellikle toplum düzeni sarsıldığında ve özel hukuk yaptırımlarının faydasız kaldığı durumlarda devreye girmelidir. Günümüzde bu ayrımın yapılmasının önemini yitirdiği ifade edilse de bazı hileli davranışların ceza hukuku himayesinden çıkarılması için özel hukuk hilesi ile ceza hukuku hilesi ayrımının yapılması kaçınılmazdır.

---

min TCK'nın 157/1, 35. maddelerinde tanımlanan suçu değil aynı Kanunun 228/1. maddesinde tanımlanan 'Kumar oynanması için yer veya imkan sağlama' suçunu oluşturacağı,"

[241] Bkz. Yargıtay 15. Ceza Dairesi 29.09.2016 tarih ve 2016/1506 Esas 2016/7268 Karar; Yargıtay 15. Ceza Dairesi 02.10.2012 tarih ve 2011/16920 Esas 2012/42579 Karar.

Yüksek Mahkeme ve öğretideki çoğunluk somut olaydaki hilenin cezalandırılması için belli bir ağırlığa ulaşması gerektiği görüşündedir. Yüksek Mahkeme basit ve soyut yalanı hile olarak kabul etmemektedir. Bununla birlikte ortada nitelikli yalan söz konusu ise ve bu nitelikli yalan başlı başına mağdurun denetleme ve inceleme eğilimini ortadan kaldırmışsa hileden söz edilebilir. Basit ve soyut yalana bir takım dış davranışlar eklenmiş ve bu davranışlar mağdurun denetleme ve inceleme eğilimine etki etmiş ise yine hileden bahsedilebilecektir. Kısaca Yüksek Mahkeme, belirli koşullarda hileli davranışlarla karşılaşan mağdurun inceleme ve denetleme yükümlülüğünün bulunduğu ve basit bir araştırma ile hileyi tespit edebilecekken özensiz davranan mağdurun buna katlanması gerektiği görüşündedir.

Dolandırıcılık suçu ihmali davranışla da işlenebilecektir. Karşı tarafı aydınlatma yükümlülüğü bulunmasına rağmen fail susmuşsa dolandırıcılık suçundan sorumluluğuna gidilebilecektir. TCK'daki mevcut düzenlemeler ihmali hareketle işlenen dolandırıcılık suçlarının cezalandırılmasına engel değildir.

Günümüzde çok sayıda bireysel dolandırıcılık vakası ile karşılaşılmaktadır. Ancak en büyük dolandırıcılık hadiseleri ve vurgunlar piramit ya da ponzi şeması adı verilen sistemlerle gerçekleştirilmektedir. Bu kadar insan yanılıyor olamaz mantığı ile hareket eden birçok kişi bu sistemlere büyük miktarlarda para yatırmaktadır. Ancak sistem niteliği gereği bir süre sonra işlemez hale gelmekte ve son olarak sisteme dahil olan çoğunluk büyük zarar uğramaktadır. Burada önlem almak ve daha başından vatandaşlarını korumak için devletlere önemli görevler düşmektedir.

KAYNAKÇA

ALACAKAPTAN, Uğur, ***İşlenemez Suç***, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968.

ARKAN, Sabih, ***Ticari İşletme Hukuku***, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2017.

ARTUÇ, Mustafa, ***Malvarlığına Karşı Suçlar***, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

ARTUK, Mehmet Emin - GÖKÇEN, Ahmet - ALŞAHİN, M. Emin - ÇAKIR, Kerim, ***Ceza Hukuku Özel Hükümler***, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

AYDIN, Devrim, "Dolandırıcılık Suçu", ***Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 11, S. 2, ss. 649-705.

BALCI, Murat - ÇAKIR, Kerim, "Kripto Para Dolandırıcılığı", ***Terazi Hukuk Dergisi***, C. 16, S. 181, ss. 1684-1688.

CENTEL, Nur - ZAFER, Hamide - ÇAKMUT, Özlem, ***Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. 1***, 4. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

DEVELİ, Ahmet Mertcan, ***Dolandırıcılık, Ponzi Dolandırıcılığı ve Piramitsel Sistemlerle Gerçekleştirilen Dolandırıcılık***, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021.

DEVELİOĞLU, Ferit, ***Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat***, 26. Baskı, Aydın Kitabevi, Ankara, 2010.

DÖNMEZER, Sulhi, ***Kişilere ve Mala Karşı Cürümler***, 15. Bası, Yetkin Yayınevi, İstanbul, 1998.

DÖNMEZER, Sulhi - ERMAN, Sahir, ***Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II***, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2019.

EKER KAZANCI, Behiye - ZEYREK, İlker, "TCK'da Dolandırıcılık Suçu", ***Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 21, Özel Sayı, 2019, ss. 517-583.

EKİCİ ŞAHİN, Meral, ***Dolandırıcılık Suçu***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

EREM, Faruk, ***Dolandırıcılık***, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1956.

EREN, Fikret, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, 14. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.

GÖKÇEN, Ahmet - BALCI, Murat, "Dolandırıcılık Suçu (m. 157-159)", ***Malvarlığına Karşı Suçlar (m. 141-169)***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, ss. 203-250.

HAFIZOĞULLARI, Zeki, "Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları", ***Zabunoğlu Armağanı***, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2011, ss. 405-440.

HAKERİ, Hakan, "Zincirleme-Pramitsel Oyunlar Düzenleme Suçu", ***Yargıtay Dergisi***, C. 27, S. 1-2, ss. 137-172.

HOCHMAN, Nathan J., "Kripto Paranın Vahşi Batı Görünümünü Düzenlemek", çev. Özge Didem Boulanger, ***Kripto Para ve Ceza Hukuku***, Proje Yöneticisi Kayıhan İçel, ed. Yener Ünver ve Kerem Öz, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, ss. 63-79.

JESCHECK, Hans-Heinrich, ***Alman Ceza Hukukuna Giriş***, çev. Feridun Yenisey, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.

KABAN, Mater - AŞANER, Halim - GÜVEN, Özcan - YALVAÇ, Gürsel, ***Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Eylül 1996-Temmuz 2001***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2001.

KANGAL, Zeynel, "Dolandırıcılık", ***Özel Ceza Hukuku, C. IV, Malvarlığına Karşı Suçlar***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss. 249-284.

KAZAKER, Gözde, ***Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

KILIÇARSLAN İSFEN, Sibel, "Alman Ceza Kanunu'nda Dolandırıcılık Suçunun Maddi Unsuru Olarak Aldatma", ***Rechtsbrücke/Hukuk Köprüsü***, S. 9, Aralık 2015, ss. 81-91.

KORKMAZ, Fulya, "Dolandırıcılık Suçunun Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanılması Suretiyle İşlenmesi", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 69, S. 3, ss. 1415-1436.

KUNTER, Nurullah, ***Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi***, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954.

MAVİŞ, Volkan, "Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar", ***İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 6, S. 3, ss. 597-626.

OKUYUCU ERGÜN, Güneş, "Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı", ***İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 12, S. 1, 2021, ss. 304-312

ÖNDER, Ayhan, ***Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar***, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

ÖZBEK, Veli Özer - DOĞAN, Koray - BACAKSIZ, Pınar - TEPE, İlker, ***Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler***, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

PARLAR, Ali, ***Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları***, 2. Bası, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.

SAVAŞ, Abdurrahman, ***Network Marketting Sözleşmesi***, Der Yayınları, İstanbul, 2016.

SELÇUK, Sami, ***Dolandırıcılık (Evrimi-Suç Genel Kuramı İçindeki Yeri)***, Öztürk Matbaası, Ankara, 1982.

SOYASLAN, Doğan, ***Ceza Hukuku Özel Hükümler***, 13. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

TANERİ, Gökhan - KAMIŞLI, Gani, ***Kişilere Karşı İşlenen Suçlar***, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.

TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan - ÖNOK, R. Murat, ***Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku***, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

TOMRUKÇU, Tuğçe, "Kripto Varlıkların Konu Olduğu Dolandırıcılık Suçları", ***Kripto Para ve Ceza Hukuku***, Proje Yöneticisi Kayıhan İçel, ed. Yener Ünver ve Kerem Öz, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, ss. 261-286.

TOROSLU, Nevzat, ***Ceza Hukuku Özel Kısım***, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

TOROSLU Nevzat, ***Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu***, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

TÜMERKAN, Somay, ***Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri)***, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1987.

Türk Dil Kurumu, ***Türkçe Sözlük***, 11. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2011.

Türk Hukuk Kurumu, ***Türk Hukuk Lûgatı***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

YAŞAR, Osman - GÖKCAN, Hasan Tahsin - ARTUÇ, Mustafa, ***Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 4., Md. 141-196***, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

YENİSEY, Feridun - PLAGEMANN, Gottfried, ***Alman Ceza Kanunu***, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.

LEGAL STATUS AND FEATURES OF THE CSTO AS AN INTERNATIONAL REGIONAL ORGANIZATION[*]

Doç. Dr. Mustafa ÇAKIR[**]
Alisher BAKHRONOV[***]

Abstract

After the collapse of the Soviet Union and the end of the Cold War, new challenges and threats of a regional nature emerged. The former Soviet countries decided to sign an agreement on collective security against the backdrop of emerging threats from various terrorist groups and the seizure of power by the Taliban in Afghanistan. This article describes the causes and history of the emergence of the Collective Security Treaty and its transformation into an entire organization. This paper reveals the structure of bodies, competencies, and membership in the CSTO. Within the framework of the Collective Security Treaty and the CSTO charter, this paper explains and analyzes the actions of the CSTO during the adoption and application of forceful decisions. In addition to all the above, the article examines the prospects for development in cooperation between the CSTO and NATO in the status of regional organizations.

Keywords

CSTO, Charter, NATO, Organization, Treaty.

---

[*] Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 04.12.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 14.12.2022.
Atıf Şekli: Mustafa Çakır - Alisher Bakhronov, "Legal Status and Features of the CSTO as an International Regional Organization", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 723-745.

[**] Assoc. Prof. Dr. Departmant of International Law, Law School, Kocaeli University, Kocaeli, Türkiye.
E-posta: cakircakir@hotmail.com.
Orcid: https://orcid.org/0000-0001-9595-0815.

[***] PhD student, Kocaeli University, Department of General Public Law, Kocaeli, Türkiye.
E-posta: kova-93@mail.ru.
Orcid: https://orcid.org/0000-0001-9828-6673.

BİR ULUSLARARASI ÖRGÜT OLARAK CSTO'NUN HUKUKİ STATÜSÜ VE ÖZELLİKLERİ

Öz

Sovyetler Birliği'nin dağılması ve ardından Soğuk Savaş'ın sona ermesiyle bölgesel nitelikte yeni sorunlar ve tehditler ortaya çıktı. Çeşitli terörist grupların neden olduğu tehditler ile Afganistan'da Taliban'ın iktidarı ele geçirmesi neticesinde Eski Sovyet ülkeleri kolektif güvenlik konusunda bir anlaşma imzalamaya karar verdiler. Bu makale, Kolektif Güvenlik Antlaşması'nın ortaya çıkışının ve akabinde bir örgüte dönüşünün nedenlerini ve tarihçesini ele almaktadır. Çalışma, CSTO organlarını, bunların yeterliliklerini ve Örgüt üyeliğinin yapısına ilişkin ayrıntıları açıklığa kavuşturmaktadır. Bu çalışma, Kolektif Güvenlik Anlaşması ve CSTO tüzüğü çerçevesinde, CSTO'nun zorlayıcı kararların alınması ve uygulanması sırasındaki eylemlerini açıklamakta ve analiz etmektedir. Bunlara ilave olarak, bölgesel örgütler statüsünde CSTO ile NATO arasındaki işbirliğinin gelişme olasılıkları da makalede ele alınan hususlardır.

Anahtar Kelimeler

CSTO, Şart, NATO, Organizasyon, Andlaşma.

INTRODUCTION

After the collapse of the USSR, in 1991, 15 countries of the former union gained independence. In May 1992, countries such as Armenia, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Russia, Tajikistan, and Uzbekistan decided to sign in Tashkent the Collective Security Treaty (CST). Later, in 1993, Georgia joined the Treaty on September 9, Azerbaijan on September 24, and Belarus on December 31.[1] This collective agreement was designed for five years with the possibility of extension and entered into force on 20.04.1994. In the early 1990s, the fate of the Collective Security Treaty remained vague and incomprehensible. The statements of the Russian Federation on the creation of a collective defense union, which will operate based on a joint agreement, remained only a statement. In practice, Russia had shown the complete opposite of its statements, showing indifference to the future fate of the Treaty.

The adopted concept of collective security is considered an entire list of common threats to military security. The idea outlined impressive strategic plans for the future of collective security. The document planned such issues as coalition military formations, joint air defense systems, and the creation of joint armed forces. Although formally the documents considered the creation of a military formation, however in practice not a single structural body was created within the framework of the Collective Security Treaty.

Also, the Treaty did not become an instrument of joint response and showed its ineffectiveness to the events in Afghanistan. The air defense system was not deployed in all CST countries. Kyrgyzstan, Tajikistan, and Uzbekistan were precisely those countries that were not installed air defense systems. Plans to create a single border area remained only formally on paper. The contradictions between the countries participating in the Collective Security Treaty were often more acute than between potential external adversaries. Armenia and Azerbaijan were actually at war over Nagorno-Karabakh. Georgia was increasingly hostile to the CIS peacekeeping operation (actually, the Russian peacekeeping operation) in Abkhazia and Russia's support for Abkhazia and South Ossetia. Uzbekistan expressed dissatisfaction with Russian policy in Tajikistan.[2]

---

1 "Collective Security Treaty", https://docs.cntd.ru/document/1900489 (1.12.2022).

2 Nikitina Yu A, "Military-Political Integration Processes in the Post-Soviet Space: Problems and Prospects of the CIS, CSTO, SCo and GUUAM", ***Actual Problems of Political Theory: Collection of Scientific Papers***, 2009, No. 5, pp. 141-148.

In April 1999, after the expiration of the first five-year period of the CST, Azerbaijan, Georgia, and Uzbekistan refused to renew their participation in the agreement (Uzbekistan returned in 2006, but left again in 2012).[3] With the new composition of the participants, the center of gravity of the Collective Security Treaty has shifted to Central Asia. In the shrinking in members CST there were no sharp internal contradictions, but there was a lack of cohesion based on interests and goals. Following the change of power in Russia at the end of 1999, Moscow tried to turn the Collective Security Treaty into a real instrument of Russian foreign and military policy. The new Russian leadership has placed the problem of security at the center of politics in the post-Soviet space. Central Asia was seen as a threat emanating region, yielding only to the North Caucasus.

In August 1999, the invasion of the militants of the Islamic Movement of Uzbekistan into the Batken region of Kyrgyzstan demonstrated that pressure on the governments of the Central Asian countries from terrorist and religious extremist groups, who used the opportunity to consolidate in Afghanistan and control the transit of Afghan drugs, is significantly increasing. In the summer of 2000, Kyrgyzstan and Uzbekistan were subjected to new attacks from the Islamic Movement of Uzbekistan. The Batken events highlighted the low degree of readiness of the Central Asian countries to independently counter anti-government forces. The aggravation of the situation in Central Asia has intensified interdependence in the sphere of security between the countries of the region and Russia, which launched a large-scale anti-terrorist operation in the North Caucasus in August 1999.

The strengthening of the threats emanating from Afghanistan and the intensification of bilateral military and military-technical cooperation between Russia Kyrgyzstan and Uzbekistan allowed the Russian leadership to start reforming the Collective Security Treaty. In June 2000, the CST countries signed an Agreement on the Basic Principles of Military-Technical Cooperation, which opened up the possibility of delivering Russian military equipment to the allies at domestic prices. In May 2001, at the CST summit, a decision was made to create the first joint military formation - the Collective Rapid Deployment Forces numbering 1.5 thousand military personnel.

[3] "From Treaty to Organization: History of Creation, Basics of Activity, Organizational Structure 2002-2021", https://odkb-csto.org/25years/, (1.12.2022).

The strategic environment around Central Asia changed dramatically after the events of September 11, 2001.[4] Faced with the prospect of launching a US military operation against the Taliban and deploying US bases in Central Asia, Russia tried to convince the countries of the latter of the need to develop an agreed position on the issue of the US military presence in the region. Moscow, having found out that Washington does not need Russian mediation when interacting with the countries of Central Asia, which are ready to allow the deployment of American military bases, declared its support for the United States in the use of military infrastructure in this region. At the same time, Russia made it clear that it views the American military presence as temporary and solely due to the need to stabilize the situation in Afghanistan.

Russia's assistance to the US operation in Afghanistan led to a temporary reduction in tension between Moscow and Washington. The CST countries began to feel less the need to choose between cooperation with Russia and developing relations with the United States, which made it easier for the Russian leadership to solve the problem of reformatting the Collective Security Treaty. In May 2002, at a meeting of heads of state, the CST announced its intention to create an international organization based on the treaty. In October 2002, the Charter of the Collective Security Treaty Organization (hereinafter referred to as the CSTO) was signed.[5]

The charter defined the goals of the CSTO as "strengthening peace, international and regional security and stability" and "protecting on a collective basis the independence, territorial integrity and sovereignty of the member states." The document enshrined the principle of mandatory execution of decisions taken within the framework of the CSTO. Member countries pledged to coordinate "foreign policy positions on international and regional security issues" and take measures to "harmonize national legislation on defense, military development, and security."

I. INTERNATIONAL LEGAL FOUNDATIONS OF THE CSTO

The beginning of the creation of a regional Collective Security Treaty Organization was the signing of the Collective Security Treaty in 1992. The legal

---

4 Brian J. Collins, ***NATO: A Guide to the Issues ABC-CLIO***, Preager, California, 2011, p. 178.

5 Dovagan E.F - Rozanov A.A., ***Collective Security Treaty Organization (2002-2009***), The Ark, Minsk, 2010, p. 28.

foundations of this agreement laid the basement for the formation of an entire organization based on cooperation in the field of collective security.

After the making decision in 2002 to transform the CST into the CSTO, in October of the same year, the charter was adopted defining the legal status of the newly formed regional organization.[6]

Although a lot of documents, agreements, protocols, declarations, plans, and programs have been signed since the formation of the Collective Security Treaty and to date, defining the international legal policy of the organization, the main documents that form the foundation of the legal base of the CSTO are the "Collective Security Treaty of 15.05.1992" and "Charter of the Collective Security Treaty Organization dated 7.10.2003".

The fundamental principles of interaction between the participants are determined by Article 1 of the Collective Security Treaty. According to this article, "the participating States reaffirm their obligation to refrain from the use of force or the threat of force in interstate relations.[7] They undertake to resolve all differences between themselves and other states by peaceful means. The participating states will not enter into military alliances or take part in any grouping of states, as well as in actions directed against another participating state.

The strategic goal of collective defense is established by Article 4 of the above treaty. The article provides that if one of the participating states is subjected to aggression (an armed attack that threatens security, stability, territorial integrity, and sovereignty), then this will be considered by the participating states as aggression (an armed attack that threatens security, stability, territorial integrity, and sovereignty) to all States Parties to this Treaty.[8] Thus, within the framework of this wording, taking into account Article 51 of the UN Charter,[9] in the event of an act of aggression against any of the participating States, all other participating States will provide it with the necessary assistance, including military, and will also provide support with the means at their disposal in order exercise of the right to collective defense.

---

6 "From Treaty to Organization: History of Creation, Basics of Activity, Organizational Structure. 2002-2021."

7 "Collective Security Treaty"

8 "Collective Security Treaty"

9 "The Charter of the United Nations", https://www.un.org/en/about-us/un-charter, (10.11.2022)

In the event of the emergence of important issues of international security or a threat to security, Article 2 of the treaty provides for measures of joint consultations to coordinate their positions and take measures to eliminate the threat that has arisen.

Interesting states that share the objectives and principles of the treaty, under Article 10, may accede to it.

In the Charter of the Commonwealth of Independent States (CIS), collective security and military-political cooperation are devoted to a whole Chapter of incorporated norms, which are also in the treaty. However, not all CIS countries are parties to the agreement.[10]

It should be noted that the Collective Security Treaty, on November 1, 1995, was registered with the UN Secretariat, and the CSTO was granted by the UN Resolution, the status of an observer in the General Assembly.

The status of the CSTO - as a regional organization, is determined by Article 1 of the CSTO Charter. Article 3 establishes the following objectives for the organization:

- strengthening the peace;
- international and regional security and stability;
- protection of the independence, territorial integrity, and sovereignty of the Member States on a collective basis (priority in achieving which the Member States give political means).[11]

Chapter 3 of the Charter is devoted to joint measures to form an effective system of collective security, the creation of coalition (regional) groupings of troops (forces) and their command-and-control bodies, military infrastructure, the training of military personnel and specialists for the armed forces, providing them with the necessary weapons and military equipment.

Thus, according to the CSTO Charter, one of the main goals of the Organization and its activities is to coordinate and unite efforts in the fight against international terrorism and other non-traditional security threats. The Charter also establishes that the participating states are obliged to harmonize and

[10] Nikitina, "Military-Political Integration Processes", pp. 141-148.

[11] "Charter of the Collective Security Treaty".

coordinate their foreign policy positions on international and regional security issues.

To date, a lot of agreements have been signed and ratified regulating the activities of the CSTO in almost all areas of security (Agreement on the Basic Principles of Military-Technical Cooperation between the States Parties to the Collective Security Treaty dated May 15, 1992 (Moscow, 06/20/2000); Agreement on the Legal Status of the Collective Security Treaty Organization (Chisinau, 07.10.2002) Protocol on the procedure for exercising control over the intended use of military products supplied under the Agreement on Basic Principles of Military-Technical Cooperation between the States Parties to the Collective Security Treaty dated May 15, 1992 (Chisinau, 07.10.2002); Agreement on the creation of a unified system of technical cover for the railways of the CSTO member states (Dushanbe, 04.28.2003); Agreement on the Collective Rapid Reaction Forces of the CSTO (Moscow, 14.06.2009); Agreement on cooperation Member States in the Collective Security Treaty Organization in the field of transportation of military and other formations, their movable property, as well as military products (09/15/2015); etc.).

II. SYSTEM OF BODIES, COMPETENCIES, AND MEMBERSHIP IN THE CSTO

Coordination of joint actions of the CSTO is ensured by permanent working and auxiliary bodies formed following the CSTO Charter.

According to Article 11 of the CSTO Charter, the head bodies are:

- Collective Security Council (CSC);
- The Ministers of Foreign Affairs Council (MFAC);
- The Ministers of Defense Council (MDC);
- The Committee of Secretaries of Security Councils (CSSC);
- Standing advice.

Within the framework of this article of the Charter, the current working bodies that carry out their activities permanently are:

- Secretariat of the Organization (Secretariat);
- Joint Headquarters of the Organization.

The supreme body of the CSTO is the Collective Security Council (CSC) and consists of the heads of state of the CSTO members. The CSC considers the fundamental issues of the Organization's activities and makes decisions aimed at the implementation of its goals and objectives. To achieve these goals, the CSC ensures coordination and joint activities of the member states. Sessions of the CSC are held alternately in the Member States as needed, but at least once a year.[12]

The chairmanship of the Council shall be transferred in the order of the Russian alphabet unless the Council decides otherwise.

The Ministers of Foreign Affairs Council (MFAC), The Ministers of Defense Council (MDC), the Committee of Secretaries of Security Councils (CSSC), within their competence, according to the CSTO Charter, are advisory and executive bodies responsible for coordinating the interaction of states.

The coordinating body that deals with issues of cooperation within the Organization between sessions of the CSTO CSC and, together with the permanent working bodies, ensure the implementation of decisions taken by the CSTO bodies, is the CSTO Permanent Council. The Council consists of permanent and plenipotentiary representatives appointed by the member states following their internal state procedures.

Organizational, informational, analytical, and advisory support for the activities of the statutory bodies of the Organization is carried out by the CSTO Secretariat. The Secretariat implements the preparation of draft decisions and other documents of the CSTO bodies.

For the preparation of proposals and the implementation of decisions on the formation within the framework of the Organization of an effective system of collective security, the creation of coalition (regional) groupings of troops (forces) and their command-and-control bodies, military infrastructure, the training of military personnel and specialists for the armed forces, and the provision of the necessary weapons and military equipment is responsible Joint Headquarters of the CSTO. The Secretariat and the Joint Headquarters are permanent bodies and are based in the Russian Federation, in the city of Moscow.

[12] "From Treaty to Organization: History of Creation, Basics of Activity, Organizational Structure. 2002-2021."

The highest administrative officer of the Organization is the Secretary-General. He is appointed by the heads of states on the proposal of the MFAC for three years on a rotational basis from among the citizens of the CSTO member states.

To solve the problems facing the CSTO, subsidiary bodies and working groups can be created on a permanent or temporary basis, functioning in separate areas of activity.

The formation, functioning, and use of the collective forces of the CSTO are under the jurisdiction of the Joint Headquarters. Collective forces are formed by integrating contingents of national armed forces into their composition. Collective forces, depending on the goals of the formation, are divided into coalition and regional groupings of troops.

Coalition groupings of troops include:

- Collective rapid reaction forces (CRRF);
- Collective Aviation Forces (CAF);
- Collective Peacekeeping Forces (CPF).

Regional groupings of troops include:

- Eastern European grouping (Russia-Belarus);
- Caucasian grouping (Russia-Armenia);
- Collective Rapid Deployment Forces for the Central Asian Collective Security Region (CRDF CAR).

Of the formed military groupings, for the use of collective forces, the main and most important is the CRRF. The main tasks of the CRRF following the CRRF Agreement include participation in the prevention and repulse of an armed attack on the territory of a member state, the fight against international terrorism, participation in measures to protect the population, and providing emergency humanitarian assistance. The creation of the CRRF was due to the need for a universal tool for responding to a wide range of challenges and threats throughout the CSTO.[13]

[13] Gavrilov Yu.- Kuzmin V.- Falaleev M.- "The sum of forces. Yesterday, the CSTO created a collective rapid reaction force", ***Rossiyskaya Gazeta***, 2009, No. 9, pp. 45-63.

The number of CRRF is about 20,000 people (for comparison: CRDF CAR - 5,000). The CSTO CRRF, unlike the CRDF CAR, includes not only military formations and units of constant readiness of the armed forces of the member states, but also the formation of special forces from among the special units of the internal affairs bodies, security, and special services, as well as emergencies.

In addition to the above, the CRDF CAR is also limited: in terms of functionality, territory, and the list of tasks.

The collective forces of the CSTO conduct exercise on an ongoing basis. However, many of the 2020 exercises have been canceled due to the Covid-19 pandemic and were taken place in 2021.

The CSTO Charter, within the framework of the prescribed procedures, provides an opportunity for any state to join, as well as withdraw from the organization.[14]

The Charter also provides the procedures for expelling a Member State from the CSTO.

III. LEGAL REGULATION MECHANISMS OF STRONG-ARM DECISIONS

The base norm regulating the legal mechanism of forceful decisions is Article 4 of the Collective Security Treaty. This article is similar in meaning to a certain extent to Article 5 of the North Atlantic Treaty.[15] The definition of Article 4 of the Collective Security Treaty is as follows: If one of the participating States is subjected to aggression (an armed attack that threatens security, stability, territorial integrity, and sovereignty), then this will be considered by the participating States as an aggression against all participating States of this Agreement.[16] Consequently, at the request of the affected state, all members of the CSTO are obliged to provide it with assistance, including military, and any other support in the exercise of the right to collective defense under the UN Charter.

---

[14] "Charter of the Collective Security Treaty Organization of October 7, 2002".

[15] "The North Atlantic Treaty", https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/stock_publications/20120822_nato_treaty_en_light_2009.pdf, (9.11.2022)

[16] "Collective Security Treaty"

However, in the course of comparative legal analysis, a question arises in the interpretation of the word "aggression", fixed in Article 4 of the Collective Security Treaty. The fact is that the treaty provides for aggression as an "armed attack", while Article 1 of Resolution 3314 (XXIX) of the UN General Assembly of December 14, 1974,[17] considers aggression as the use of armed force of one state against another. Based on this, it is assumed that the wording of the article allows the participating countries to intervene in a civil war or a coup d'état.

If the notion of "armed attack" enshrined in article 4 of the treaty creates confusion about the mechanisms for responding to internal threats, then article 2 of the treaty explicitly establishes this mechanism in the event of the emergence of such a threat.

Article 1 enshrines the impossibility of a CSTO member state to participate in military alliances directed against another member state. However, it does not prohibit member states from cooperating and conducting joint exercises with other military-political blocs. For example, membership in the CSTO did not prevent Kazakhstan and Armenia from creating peacekeeping brigades with the assistance of NATO, participating in joint military events and missions with the alliance.

Outside of crises, cooperation between the members is regulated by the CSTO Charter. Article 9 of the Charter obliges states to harmonize and coordinate their foreign policy positions on international and regional security issues.

The CSTO Collective Security Strategy regulates the planning of the collective security system.[18] Among the threats, the strategy names political instability, unresolved conflicts, the deployment of air defense systems, and the proliferation of weapons of mass destruction. It also talks about hybrid threats: an external change in the constitutional order in the Member States and the implementation of a destructive ideological impact on their population.

The CSTO, until today, except for the events in Kazakhstan, at the beginning of January 2022, has not yet taken part in any military operations.[19] Be-

---

17 "General Assembly resolution 3314 (XXIX) 14 December 1974", http://hrlibrary.umn.edu/instree/GAres3314.html, (7.11.2022).

18 Nikolaenko V., ***Organization of the Collective Security Treaty***, Publisher: M, 2004, p. 78.

19 "The CSTO Operation in Kazakhstan: How Legitimate is it and How Long Will it Last?", https://www.rfi.fr/ru/центральная-азия/20220107-операция-одкб-в-казахстане-насколько-она-правомерна-и-как-долго-продлится, (6.11.2022).

fore this, only exercises were carried out, although in recent years there could have been several reasons to use force, the Organization did not see sufficient legal grounds for this.

One example is the Armenian-Azerbaijani armed conflict in Nagorno-Karabakh in the fall of 2020. Since Azerbaijan is not a member of the CSTO, Article 4 of the CSTO could work here. However, this armed conflict did not take place on Armenian territory, but on the territory illegally occupied by Armenia.[20] Since there were not enough legal grounds, the CSTO member states decided not to react to this situation, and Russia sent peacekeeping forces on its behalf to stabilize the situation and end the military conflict.

Also, Armenian Prime Minister Pashinyan did not ask for help. Officially, he applied to the CSTO only in the spring of 2021, when the Azerbaijani military staged a border adjustment. But the application was ultimately rejected.[21]

Another example is when in April 2021 and in September 2022 (on the eve of the summit of the Shanghai Cooperation Organization in Samarkand), a military conflict broke out on the border of Kyrgyzstan and Tajikistan with the use of armored vehicles, mortars, multiple launch rocket systems, and Bayraktar drones. Tajikistan and Kyrgyzstan being a member of the organization, the CSTO practically could not officially intervene in this conflict. Since the CSTO Charter lacks mechanisms for legal regulation if the participating states fight against each other.[22]

However, the first operation of the CSTO eventually became the dispatch of troops to Kazakhstan. In early January 2022, due to the increase in fuel prices, people began to protest in cities such as Zhanaozen and Aktau. Soon the protests became massive, and hundreds of thousands of disgruntled citizens, especially in Almaty, took to the streets to protest with political demands. The President of Kazakhstan, Kassym-Jomart Tokayev, took advantage of Article 2 of the treaty, on “a threat to security, territorial integrity and sovereignty”, announced “outside interference”, and called the protesters “terrorist gangs”,

---

[20] “The CSTO Called the Condition for Intervention in the Conflict in Karabakh”, https://ria.ru/20201008/karabakh-1578859528.html, (1.11.2022).

[21] “Armenia Applied to the CSTO Because of the Conflict on the Border With Azerbaijan”, https://www.kavkaz-uzel.eu/articles/363897/, (1.11.2022).

[22] “Conflict Without Mediators, Who Benefited From the War on the Border of Kyrgyzstan and Tajikistan”, https://carnegie.ru/commentary/84454, (30.11.2022).

and asked for help from the CSTO. On January 5, 2022, late in the evening, the acting chairman of the CSTO, Prime Minister of Armenia Nikol Pashinyan announced that the CSTO Collective Security Council decided to assist Kazakhstan.[23]

Thus, the forces of the CSTO, like the troops of the Warsaw Pact, were used for internal protests.

The head of the Committee of the State Duma (parliament) of Russia for the Commonwealth of Independent States (CIS), Leonid Kalashnikov, argued that the CSTO peacekeeping forces in Kazakhstan would guard infrastructure facilities.

As for the statements of the President of Kazakhstan, Kassym-Jomart Tokayev, regarding "terrorist gangs" and "outside interference", they did not find their confirmation and remained just a statement.

IV. PROBLEMS OF COOPERATION BETWEEN THE CSTO AND NATO IN ENSURING INTERNATIONAL SECURITY

Before considering the problems of cooperation between the two regional organizations, first of all, we need to understand in a general form the history of the formation and goals of NATO.

NATO as an international organization is a military-political bloc created to protect member states from external attacks. In other words, NATO is a "transatlantic forum" for allied countries to consult on any issue that affects the most fundamental interests of its members, including actions that could jeopardize their security.[24]

The roots of the creation of NATO date back to the Soviet Union and the United States, which had a diverse idea of the rules for organizing peace in Europe. It was at the time when the Yalta agreements were signed that a situation developed in which the foreign policy of the victorious countries in World War II was more focused on the future post-war balance of power in Europe and the entire world, and not on the current situation. The need to ally was

[23] "The CSTO Operation in Kazakhstan: How Legitimate is it and How Long Will it Last?", https://www.rfi.fr/ru/центральная-азия/20220107-операция-одкб-в-казахстане-насколько-она-правомерна-и-как-долго-продлится, (30.11.2022).

[24] Brian J. Collins, NATO: A Guide to the Issues ABC-CLIO, p.178.

dictated by political circumstances. At that time, the world was divided into two camps: socialist and capitalist, between which a system of confrontation developed.[25]

The result of the confrontation was the conclusion of the Brussels Treaty in March 1948, which was signed by five Western European countries - Belgium, Great Britain, Luxembourg, the Netherlands, and France - thereby forming a common NATO defense system. This was followed by discussions with the United States and Canada on the creation of a single North Atlantic alliance. The negotiations resulted in the signing in April 1949 of the North Atlantic Treaty, which applied the system of common defense of twelve countries: Belgium, Great Britain, Denmark, Iceland, Italy, Canada, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Portugal, the USA, and France.

Currently, 30 countries are members of NATO. The latest member state to join NATO as North Macedonia on March 27, 2020.

Members of the organization agreed that their goal is to achieve or maintain a defense spending target of at least 2% of their GDP by 2024.

The main goal of the military-political bloc, enshrined in the treaty, is to "ensure the freedom and security" of all NATO members following the principles of the UN Charter. The most significant point of the document is Art. 5, which states that in the event of an "armed attack" on one or more of its participants, other NATO members will provide immediate assistance to the attacked countries by any means - "including the use of armed force."[26]

De facto, the main task of the bloc during the Cold War was to contain the "Soviet military threat" in Europe, the military plans of the member countries of the alliance mainly concerned the conduct of hostilities with the countries of the Warsaw Pact.

The main political decision-making body in NATO, and the only committee created by the founding treaty, is the North Atlantic Council (NAC). Its meetings are held at NATO Headquarters in Brussels.[27]

---

[25] Sergey Radchenko - Timothy Andrews Sayle - Christian Ostermann, ***NATO in the Cold War and After Contested Histories and Future Directions***, Routledge, London, 2021, p. 8.

[26] "The North Atlantic Treaty"

[27] Brian J. Collins, NATO: A Guide to the Issues ABC-CLIO, p.178.

Based on the above, we can conclude that the history of NATO begins with the division of the world into two opposing camps, thus the goal of NATO was to counter the Soviet Union. After the collapse of the USSR, the decision was made to create the Collective Security Treaty Organization (CSTO is called the Russian NATO). Two opposite organizations with their unique history. As for the structure, the North Atlantic Alliance has a complex, clear, well-oiled, and highly effective system of governing bodies, and these mechanisms work to realize the values of the alliance. It should be noted that all decisions made in NATO structures are based on the principles of consensus, dialogue, and cooperation, which implies a high degree of involvement of all member states in the decision-making process.[28] The situation is the opposite in the CSTO, the organization needs a clear unifying idea, understandable to both the participating states and external actors.

Relations with NATO are one of the most problematic areas of the international political dimension of the CSTO. From the point of view of international law, the CSTO belongs to the same type of organization as NATO: a regional interstate security organization with powers by the eighth chapter of the UN Charter.[29] Both are recognized by the UN in this capacity.

Unlike NATO, the CSTO has a legal basis for developing cooperation with the Alliance. In June 2004, the Collective Security Council of the CSTO adopted a Decision on the main directions of dialogue and relations between the Collective Security Treaty Organization and the North Atlantic Treaty Organization.

It is necessary to highlight some of the provisions of this document, which, unfortunately, are forgotten and ignored in the West.

Firstly, a statement of the closeness and coincidence of the principal positions officially declared by the CSTO and NATO on the issues of countering modern threats and challenges.

Secondly, the inclusion in the agendas for consultations and cooperation of the following topics:

- regional and international security;

---

[28] NATO, “Assured Security; Dynamic Engagement”, https://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_63654.htm, (23.11.2022)

[29] “The Charter of the United Nations”.

- counteracting international terrorism, drug and arms trafficking, organized crime, and illegal migration;
- non-proliferation of weapons of mass destruction and missile technologies;
- Strengthening border security;
- prevention and settlement of conflict situations and peacekeeping;
- cooperation in the liquidation of consequences of emergencies.

At the same time, CSTO-NATO consultations are offered as an addition to the cooperation of the member states of the Organization with NATO within the framework of the Partnership for Peace program.

Thirdly, the possibility of using such mechanisms for developing relations with NATO, such as the bilateral format, the CSTO-NATO format, the exchange of information, the working contacts of the Secretary-General of the Organization with the NATO Secretary-General, and the leadership of the NATO Secretariat, etc.

Thus, the Organization offered the Alliance a sufficient list of topics for consultations and cooperation.

But there was no response to the corresponding appeal to NATO.

The Alliance is still in no hurry to institutionalize relations, preferring to work with individual members of the Organization within the framework of the Russia-NATO Council, the Euro-Atlantic Partnership Council (EAPC), and the Partnership for Peace program.[30] However, for example, the EAPC format, firstly, involves only the exchange of views, and not the adoption and implementation of specific initiatives, and, secondly, it is focused on interaction at the interstate level, but not in the "organization to organization" format.

The problem, as it now manifests itself in relations with Russia, was that rapprochement is not a matter of preference, but a matter of necessity for the Alliance. While in the Russia-NATO interaction, Brussels then gave the appropriate signal, but not for the CSTO.

[30] Dmitry Danilov, "Russia-NATO: Strategic Partnership Dilemmas", https://russiancouncil.ru/analytics-and-comments/analytics/rossiya-nato-dilemmy-strategicheskogo-partnerstva/, (15.11.2022).

It is quite obvious that, as happened during the "reset" of relations with Russia, much depends on Washington.[31] In February 2011, an American secret cable dated September 2009 appeared in the media. It noted that NATO seeks to intensify cooperation with the Russian Federation, but considers it counter-productive to interact with the CSTO as an organization initiated by Moscow to counter the potential influence of NATO and the USA in the former Soviet space.

At the same time, there is no common negative position in NATO regarding dialogue. But even those political forces that are ready to discuss such a prospect still do not have a complete picture of the need for it.

Preference is given to ensuring Euro-Atlantic security, and this can be manifested by a broad network of partnerships with countries and organizations around the world.[32] Simultaneously, however, the specific list of partners from among international structures is limited only by the UN and the European Union, with a mention of the course towards deepening cooperation with such formats as the Mediterranean Dialogue and the Istanbul Cooperation Initiative. And among individual countries, a special place is given to the development of interaction with Russia.[33]

The partnership as a whole must be proposed to be strengthened through "flexible formats" within or outside the existing structures of interaction. Thus, there are conceptual foundations for establishing relations between NATO and the CSTO.

As experience shows, NATO's strategic concept is a general line that can be adjusted, but not fundamentally, depending on the emergence of new threats and circumstances.[34]

But it is no coincidence that special attention was paid to relations with the UN and the European Union, as well as with Russia - especially in the area of crisis management.

---

31 Sergey Radchenko et al, NATO in the Cold War and After, p. 68.

32 Ronald Asmus - George Robertson, ***Opening NATO's Door: How the Alliance Remade Itself for a New Era***, Columbia University Press, New York, 2004, p. 415-48.

33 Dmitry Danilov, ***Russia-NATO: Strategic Partnership Dilemmas*.**

34 Malyshev A.M. "NATO's New Strategic Concept - A Program Setting for the Beginning of the 21st Century", ***Strategic Stability***, 1999, No. 2, p.16.

Another issue is the nature and scale of the potential results of interaction, which is the subject of a serious debate, burdened with various stereotypes, which, in turn, prevents a new assessment of the geopolitical situation to give fresh ideas and proposals.

There are still many problems on the Russia-NATO track - suffice it to note the unresolved issues around the missile defense system, NATO expansion to the east, and the war in Ukraine, where the parties have colossal claims against each other. Their solutions require priority attention, the efforts of the relevant official structures.

And in the CSTO-NATO direction, there is not even a dispute and a targeted exchange of views.

Not to mention some constructive and specific proposals - with the possible exception of the Afghan direction.

Although it can be noted that following their base documents, there is the possibility of developing flexible forms of interaction for both organizations. Even if we are not yet talking about their full-fledged cooperation, it is possible to interact on specific projects and relevant agreements (for example, on the Afghan settlement), which is consistent with the approaches of the strategic concept of the Alliance.

CONCLUSION

After twenty years of practice, the CSTO allows us to attribute the organization to the so-called dead letter regimes - the category of international regimes that are distinguished by a high formalization of the regulatory framework, combined with low expectations of actors in the expectation that the norms will be observed. The participating countries, in essence, do not need the CSTO to achieve their strategic goals. At the same time, the organization retains status and symbolic significance for Russia, which seeks to protect it as far as possible from evident failures.

In this regard, both the collapse (dissolution) of the CSTO or the transformation into a full-fledged international regime is unlikely.

Further stagnation remains the most realistic prospect for the CSTO.

The twenty-year existence history of the organization confirms this with its examples. One of them is the resonance in the media during the creation of

the Collective Rapid Reaction Force (CRRF) of the CSTO. The draft agreement was signed in February 2009, and the CRRF approval session was held in June of the same year. However, at that time, the decision to establish the CRRF was taken by only four of the six-member states, which was contrary to paragraph 1 of Rule 13 of the Rules of Procedure of the Collective Security Council (lack of consensus). The document on the CRRF was not signed by Belarus and Uzbekistan. The Belarusian delegation did not come to the CSTO summit, explaining its step as economic discrimination from Russia. However, already in October 2009, Minsk agreed to the creation of the CRRF.

Russian dissatisfaction with the activities of the CSTO was aggravated by the policy of Uzbekistan, which joined the organization in 2006, which was a concession to Moscow in exchange for support during the crisis in Tashkent's relations with the US and the EU that followed the Andijan events. Uzbekistan headed for the boycott of crucial decisions within the organization. The 2010 CSTO reform did not solve the problems of the alliance: it increased the volume of Russia's obligations without amplifying the responsibility of its allies. In 2011, the Russian political elite thought about a new reform of the organization. An expert center closes to the presidential administration suggested that the CSTO introduce the practice of majority voting on many issues and put Uzbekistan before a choice: either comply with the CSTO Charter and decisions or leave the alliance. Uzbekistan soon made a choice, leaving the CSTO in 2012.

After the civil war 1992-1997. Tajikistan remained a weak, internally fragmented state, where the achieved peace settlement was supported by the Russian military contingent. Although the positions of President E. Rahmon and the Kulyab clan headed by him gradually strengthened, Russian military support remained critical for the Tajik authorities. Russia successfully suppressed attempts by the Tajik authorities to "knock out" excessive, from Moscow's point of view, preferences and limited Dushanbe in its occasional desire to go "too far" in pursuing the "multi-vector" foreign policy proclaimed by Tajikistan. Tajikistan demonstrated its loyalty to the CSTO by invariably signing all the documents, and only once threatened to boycott the organization's summit because of the "energy crisis in the country" (thus hinting that it expects Russia's support in disagreements with Uzbekistan over the construction of the Rogun hydroelectric power station). However, Tajikistan's interests were ensured precisely not by participation in the CSTO but by an alliance with Rus-

sia. Tajikistan's contribution to collective military development remained purely symbolic.

Russia in 2013, in its Foreign Policy Concept, indirectly recognized the problems in the activities of the CSTO. Russia stressed that it is necessary to focus "on strengthening the mechanisms of rapid response, its peacekeeping potential, as well as improving the foreign policy coordination of the CSTO member states."

BIBLIOGRAPHY

ASMUS Ronald - ROBERTSON, George, ***Opening NATO's Door: How the Alliance Remade Itself for a New Era,*** Columbia University Press, New York, 2004.

"Charter of the Collective Security Treaty Organization of October 7, 2002".

COLLINS, Brian J., ***NATO: A Guide to the Issues ABC-CLIO,*** Preager, California, 2011.

DOVAGAN E.F - ROZANOV A.A., ***Collective Security Treaty Organization (2002-2009),*** The Ark, Minsk, 2010.

GAVRILOV Yu.- KUZMIN V.- Falaleev M.- "The sum of forces. Yesterday, the CSTO created a collective rapid reaction force", ***Rossiyskaya Gazeta,*** 2009, No. 9, pp. 45-63.

MALYSHEV A.M., "NATO's New Strategic Concept - A Program Setting for the Beginning of the 21st Century", ***Strategic Stability,*** 1999, No. 2.

NIKITINA Yu. A., "Military-Political Integration Processes in the Post-Soviet Space: Problems and Prospects of the CIS, CSTO, SCo and GUUAM", ***Actual Problems of Political Theory: Collection of Scientific Papers,*** 2009, No. 5, pp. 141-148.

NIKOLAENKO V., ***Organization of the Collective Security Treaty,*** Publisher: M, 2004.

RADCHENKO, Sergey - SAYLE, Timothy Andrews - OSTERMANN Christian, ***NATO in the Cold War and After Contested Histories and Future Directions,*** Routledge, London, 2021.

Electronic Sources

"Armenia Applied to the CSTO Because of the Conflict on the Border With Azerbaijan", https://www.kavkaz-uzel.eu/articles/363897/, (1.11.2022).

"Collective Security Treaty", https://docs.cntd.ru/document/1900489 (1.12.2022).

"Conflict Without Mediators, Who Benefited From the War on the Border of Kyrgyzstan and Tajikistan", https://carnegie.ru/commentary/84454, (30.11.2022).

DANILOV D., "Russia-NATO: Strategic Partnership Dilemmas", https://russiancouncil.ru/analytics-and-comments/analytics/rossiya-nato-dilemmy-strategicheskogo-partnerstva/, (15.11.2022).

"From Treaty to Organization: History of Creation, Basics of Activity, Organizational Structure 2002-2021", https://odkb-csto.org/25years/, (1.12.2022).

"General Assembly resolution 3314 (XXIX) 14 December 1974", http://hrlibrary.umn.edu/instree/GAres3314.html, (7.11.2022).

NATO, "Assured Security; Dynamic Engagement", https://www.nato.int/cps/en/ natolive/official_texts_63654.htm, (23.11.2022).

"The Charter of the United Nations", https://www.un.org/en/about-us/un-charter, (10.11.2022).

"The CSTO Called the Condition for Intervention in the Conflict in Karabakh", https://ria.ru/20201008/karabakh-1578859528.html, (1.11.2022).

"The CSTO Operation in Kazakhstan: How Legitimate is it and How Long Will it Last?", https://www.rfi.fr/ru/центральная-азия/20220107-операция-одкб-в-казахстане-насколько-она-правомерна-и-как-долго-продлится, (6.11.2022).

"The North Atlantic Treaty", https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/stock_publications/20120822_nato_treaty_en_light_2009.pdf, (9.11.2022).

A STUDY OF INSTITUTIONAL DETERMINATION AND CONSOLIDATION IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW - THE CHAGOS CASE[*]

Dr. Öğr. Gör. Derya Nur KAYACAN[**]

Abstract

Located in the middle of the Indian Ocean, the Chagos Archipelago has been subject to a sovereignty dispute between the United Kingdom and its former colony, Mauritius. Before Mauritius gained independence in 1968, the Chagos Archipelago was separated to establish the British Indian Ocean Territory. The main island in the archipelago, Diego Garcia, was leased to the United States and is home to a military base with 3.000 personnel. Mauritius has been challenging the detachment of the Chagos Archipelago, which it claims to be unlawful, by using international legal mechanisms available before it. After a journey that involved the International Court of Justice (ICJ), the United Nations General Assembly (UNGA), and the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), Mauritius has achieved legal victory.

The ICJ's Advisory Opinion determined that Mauritius's right to self-determination within the context of decolonization was violated and the ITLOS Special Chamber consolidated this finding by acknowledging Mauritius as the sovereign of the Chagos Archipelago. While these decisions are admirable for upholding the right to self-determination, they have stretched the jurisdictional limits of each respective institution by ruling on a sovereignty dispute.

Keywords

Right to Self-Determination, Decolonization, Marine Protected Area, International Court of Justice, International Tribunal for the Law of the Sea.

---

[*] Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11.11.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 14.12.2022.

Atıf Şekli: Derya Nur Kayacan, "A Study of Institutional Determination and Consolidation in Public International Law - the Chagos Case", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 747-772.

[**] Turkish-German University, International Office, LLM (Europa Insitut, Saarland University, Germany), PhD (Saarland University, Germany).
E-posta: deryanur.kayacan@tau.edu.tr.
Orcid: https://orcid.org/0000-0003-4475-4472.

ULUSLARARASI KAMU HUKUKUNDA KURUMSAL TESPİT VE PEKİŞTİRME ÜZERİNE BİR ÇALIŞMA - CHAGOS DAVASI

Öz

Hint Okyanusu'nun ortasında bulunan Chagos Takımadaları, uzun süredir Birleşik Krallık ile eski kolonisi Mauritius arasında egemenlik anlaşmazlığına konu olmuştur. Mauritius'un 1968 yılında bağımsızlığını kazanmasından evvel, İngiliz Hint Okyanusu Bölgesi'nin kurulması amacıyla Chagos Takımadaları Mauritius'dan ayrılmıştır. Ana adalardan biri olan Diego Garcia Amerika Birleşik Devletleri'ne kiralanarak 3.000 personeli olan askeri bir üsse ev sahipliği yapmaktadır. Mauritius, hukuka aykırı bir şekilde gerçekleştiğini iddia ederek, çeşitli uluslararası hukuk mekanizmaları ile Chagos Takımadalarının kendisinden ayırılmasına itiraz etmiştir. Uluslararası Adalet Divanı (UAD), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu (BMGK) ve Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'ni (UDHM) kapsayan bir sürecin ardından Mauritius hukuki zafer elde etmiştir.

UAD'ın Danışma Görüşü'nde Mauritius'un dekolonizasyon sürecinde kendi kaderini tayin hakkının ihlal edildiğini tespit etmiş, UDHM Özel Daire ise Mauritius'un Chagos Takımadaları'na egemenliğini kabul ederek bu tespiti pekiştirmiştir. Bu iki karar özellikle kendi kaderini tayin hakkına verdikleri önem bakımından önem arz etmekle birlikte, bir egemenlik anlaşmazlığında hüküm vererek yetki sınırlarını esnetmişlerdir.

Anahtar Kelimeler

Kendi Kaderini Tayin Hakkı, Dekolonizasyon, Deniz Koruma Alanı, Uluslararası Adalet Divanı, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi.

INTRODUCTION

The notion of people's right to self-determination that originated in the 16th century gained momentum after World War I.[1] The main area of application of the right to self-determination was considered to be decolonization.[2] The process of decolonization is not yet finalized as there are still 17 non-self-governing territories remaining, 10 of which are under the United Kingdom's (UK) administration.[3] Not listed on the UN's website is the British Indian Ocean Territory (BIOT) which consists of seven atolls of the Chagos Archipelago located in the centre of the Indian Ocean. The Chagos Archipelago is a disputed territory between the UK and Mauritius, a nation formerly under British administration until its independence in 1968.

Mauritius has been demanding the Chagos Archipelago be returned to her since the 1980s.[4] The archipelago has been subject to numerous litigation both in the UK and in the international arena. Former inhabitants and their descendants brought cases before the UK Courts[5] and the European Court of Human Rights (ECtHR)[6] claiming their right to return to the islands. Mauritius started its legal quest to claim the Chagos Archipelago in 2010 and won a legal victory in 2021. The purpose of the article is to follow the institutional collaboration leading to this legal victory involving an arbitral tribunal established under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea[7] (UNCLOS), the International Court of Justice (ICJ), the UN General Assembly, and the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) in the Chagos story that determined and further consolidated Mauritius's sovereignty claims over the archipelago while pointing out some concerns in the conclusion. First, a short

---

1 Lung-Chu Chen, "Self-Determination and World Public Order", ***Notre Dame Law Review*** 66 (1991) 1287, p. 1288.

2 Anna Stilz, "Decolonization and Self-Determination", ***Social Philosophy and Policy*** 32/1 (2015) 1, p. 2.

3 "Non-Self-Governing Territories" (10 May 2022) https://www.un.org/dppa/decolonization/en/nsgt, accessed 27 October 2022.

4 Report of the Select Committee on the Excision of the Chagos Archipelago, Mauritius Legislative Assembly 1983, No 2.

5 *R (on the application of Bancoult (No 2)) (Appellant) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (Respondent)* [2016] UKSC 35.

6 *Chagos Islanders v the United Kingdom* App No 35622/04 (ECtHR, 11 December 2012).

7 United Nations Convention on the Law of the Sea (adopted 10 December 1982, entered into force 16 November 1994) 1833 UNTS 397 (UNCLOS).

background on the Chagos Archipelago will be provided. Afterward, the arbitral award rendered by the Arbitral Tribunal constituted under ANNEX VII of UNCLOS will be briefly examined.[8] The main focus will be on examining the Advisory Opinion on the "Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965" of the ICJ[9] and the judgment on preliminary objections in the "Dispute concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean" by the ITLOS Special Chamber[10] in detail. Particular attention will be given to the consequences of these two decisions that have determined and subsequently consolidated Mauritius's sovereignty claim over the Chagos Archipelago.

I. BACKGROUND

In 1814, Mauritius and its dependencies including the Chagos Archipelago were transferred from France to the UK with the Treaty of Paris.[11] Before Mauritius gained independence in 1968,[12] the Chagos Archipelago was detached from its territory. Due to its strategic value, the UK decided to keep the archipelago under British sovereignty and established the BIOT in 1965 consisting of the Chagos Archipelago and some other islands that were later returned to Seychelles.[13] The establishment of the BIOT was based on a long-term plan carefully constructed together by the United States (US) and the UK for defence purposes.[14] The plan included relocating the population of the largest inhabited island of the archipelago, Diego Garcia. It was agreed that the UK would be responsible for relocating the population and paying compensation,

---

8 *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom)* Award of 18 March 2015, PCA Case No 2011-03 (Chagos MPA Award).

9 *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion* [2019] ICJ Reports 95 (ICJ Chagos Advisory Opinion).

10 *Dispute concerning Delimitation of the Marine Boundaries between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives) Preliminary Objection,* Judgement of 28 January 2021, ITLOS No 28 (ITLOS Mauritius/Maldives Preliminary Objection).

11 Treaties of Peace and Alliance of 30 May 1814 and 20 November 1815 art VIII (1814 Treaty of Paris).

12 Larry Wells Bowman, 'Mauritius', *Britannica* (2022) <https://www.britannica.com/place/Mauritius> accessed 10 October 2022.

13 The British Indian Ocean Territory Order (8 November 1965) SI 1965/1920.

14 Written Statement of the Republic of Mauritius (1 March 2018), 'Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965 (Request for Advisory Opinion)' §§ 3.15-3.38 <https://www.icj-cij.org/en/case/169> accessed 10 October 2022.

meanwhile, the US would take care of the construction and maintenance of the military facility that would be built on the island.[15]

There was a serious amount of pressure on Mauritius to agree to the detachment of the Chagos Archipelago.[16] In a time period when decolonization was unravelling at full speed,[17] the British-American plan would be jeopardized if Mauritius exercised its right to self-determination and claimed independence before detaching the archipelago. However, The UK and the US had been discussing the establishment of a military facility since 1962. Therefore, the UK presumed to present the detachment of the Chagos Archipelago as a *fait accompli*, leaving no choice to Mauritius other than consenting.[18] Under these circumstances, Mauritius agreed to the detachment of the Chagos Archipelago in exchange for compensation to Mauritius and to those who would be affected by the resettlement, fishing rights among other certain benefits, and a commitment by the UK that the territory would be returned to Mauritius if there were no longer a need for the military facilities (the Lancaster House Agreement, also referred to as the Lancaster House *Undertakings*).[19]

The General Assembly criticized the detachment of Mauritius and the establishment of the BIOT and voiced its "deep concern" that these actions fell contrary to a previous General Assembly resolution - the Declaration on Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples dated 14 December 1960 (hereinafter, the Colonial Declaration).[20] Regardless of criticisms, inhabitants of the entire Chagos Archipelago were forcibly removed by 1973 and were prevented from returning.[21] Diego Garcia was leased to the US for 50

---

15 ICJ Chagos Advisory Opinion, § 94.

16 *Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom) Dissenting and Concurring Opinion of Judges Kateka and Wolfrum* Award of 18 March 2015, PCA Case No 2011-03 § 77 (Chagos MPA Award, Dissenting Opinion); ICJ Chagos Advisory Opinion, §§ 100-107.

17 *The General Assembly Discusses Colonialism at the 936th and 937th Plenary Meetings of the 15th Session* (1960) 01: 20 <https://www.unmultimedia.org/avlibrary/asset/2479/2479104/> accessed 10 October 2022.

18 Written Statement of the Republic of Mauritius (1 March 2018), § 3.19.

19 ibid Annex 61 UK, Record of a Meeting Held in Lancaster House at 2.30 pm on Thursday 23rd September: Mauritius Defence Matters, CO 1036/1253 (23 September 1965).

20 UNGA A/RES/2066(XX); UNGA A/RES/1514(XV) (Colonial Declaration).

21 David Vine, ***From the Birth of the Ilois to the "Footprint to Freedom": A History of Chagos and the Chagossians*** in Sandra Evers - Marry Kooy (eds), Eviction from the Chagos Islands, Brill Academic Publishers, 2011, p. 34.

years, which was renewed for another 20 years in 2016.[22] With around 3.000 personnel,[23] the military base carries strategic importance for the American presence in the Indian Ocean.

II. UNCLOS ANNEX VII ARBITRATION

Mauritius brought its international claim before the PCA after the UK established a no-fishing protected area (Marine Protected Area, MPA) around the Chagos Archipelago, claiming that the MPA breached Mauritius's fishing rights.[24] In its essence, the Arbitral Tribunal analysed the legal status of an international agreement in the context of decolonization rather than an issue of the law of the sea. Mauritius argued that the UK could not establish an MPA because it was not a coastal state within the meaning of UNCLOS and that Mauritius enjoyed the rights of being the coastal state. Furthermore, Mauritius argued that the MPA was incompatible with the UK's obligations under UNCLOS.

The Tribunal declined to determine which side enjoyed the rights of a coastal state as it concerned a dispute over territorial sovereignty, which fell outside the Tribunal's jurisdiction.[25] In their dissenting opinion, two arbitrators were of the view that the Tribunal should have addressed the central question, which was "whether the excision of the Chagos Archipelago was contrary to the principles of decolonization (...) and/or to the principle of self-determination."[26] The opposing arbitrators sided with Mauritius on its claim that the Lancaster House Agreement was invalid because it violated the right to self-determination due to being imposed under duress. This position and the circumstances surrounding the Lancaster House Agreement will be analysed further under Section 3 of this article.[27]

While maintaining this position, Mauritius argued that the Lancaster House Agreement constituted legally binding obligations if the agreement was

---

22 Exchange of notes constituting an agreement concerning the availability for defense purposes of the British Indian Ocean Territory (30 December 1966) 603 UNTS 273.

23 'British Indian Ocean Territory' (21 October 2022) <https://www.cia.gov/the-world-factbook/countries/british-indian-ocean-territory/#people-and-society> accessed 27 October 2022.

24 Chagos MPA Award.

25 ibid §§ 219-221, 230.

26 Chagos MPA Award, Dissenting Opinion, § 70.

27 ibid §§ 74-80.

considered to be valid.[28] The fact that the UK had retained and continued to administer the Chagos Archipelago including its subsequent practice in accordance with the Lancaster House Agreement was an affirmation by the UK to undertake the conditions of the detachment.[29] The UK, on the other hand, claimed that the Lancaster House Agreement was merely a political understanding that could not constitute a legally binding agreement under international law and the UK had never intended to be bound by it.[30]

After examining the negotiations leading up to the Lancaster House Agreement, the Tribunal found that the UK had intended to be bound by the commitments made in exchange for detaching the Chagos Archipelago from Mauritius.[31] Noting the UK's subsequent practice that reassured Mauritius of its commitments, the Tribunal stated that the UK could not dismiss the Lancaster House Agreement as a non-binding political understanding.[32] The Tribunal examined whether the MPA breached any of the rights Mauritius enjoyed under UNCLOS and found that Mauritius's fishing rights were effectively "extinguished".[33] Based on the Lancaster House Agreement, the UK should have consulted with Mauritius before establishing the MPA, which the Tribunal found was not done properly in contrast to the consultations carried out with the US.[34] According to the Tribunal, the UK had violated its obligations under UNCLOS, namely Article 2(3)[35] to act in good faith and Article 56(2)[36] to give due regard to Mauritius's rights while establishing the MPA surrounding the Chagos Archipelago.[37] Therefore, the Tribunal concluded that the MPA was not in accordance with UNCLOS and that it was "open to the Parties to

28 Chagos MPA Award, § 394.

29 ibid §§ 394-397.

30 ibid §§ 399-406.

31 ibid §§ 421-423.

32 ibid §§ 439, 448.

33 ibid § 521.

34 ibid §§ 522-534.

35 "The sovereignty over the territorial sea is exercised subject to this Convention and to other rules of international law."

36 "In exercising its rights and performing its duties under this Convention in the exclusive economic zone, the coastal State shall have due regard to the rights and duties of other States and shall act in a manner compatible with the provisions of this Convention."

37 Chagos MPA Award, § 536.

enter into the negotiations that the Tribunal would have expected prior to the proclamation of the MPA".[38]

The examination of the award was rather limited to a procedural approach. The Tribunal focused on the procedurally-flawed manner in which the MPA had been established.[39] While the award strengthens the claim that the UK will return the Chagos Archipelago to Mauritius once it is no longer necessary for defence purposes, it did not advance in any way Mauritius's primary claim of sovereignty.[40]

III. ICJ ADVISORY OPINION

In February 2019, the ICJ issued an advisory opinion on the Chagos Archipelago.[41] The ICJ stated that the detachment of the Chagos Archipelago violated rules of customary international law. The Advisory Opinion is particularly important as it provides a thorough evaluation of the right to self-determination as it expands on the development of self-determination under customary international law.

Supported by the Group of African States, Mauritius drafted a request for an advisory opinion that was adopted by the General Assembly.[42] The ICJ was presented with two questions: (1) Was the decolonization of Mauritius completed lawfully with regards to the detachment of the Chagos Archipelago and in light of the General Assembly resolutions 1514(XV), 2066(XX), 2232(XXI), and 2357(XXII)? (2) Which consequences does the British administration of the archipelago entail, including the prevention of Mauritius nationals, especially those of Chagossian origins, from resettling?

Answering the questions laid before the ICJ was certainly not an easy task. It required consideration of several complex and disputed facts. The ICJ would also have to determine the timing of when the right to self-determination became customary international law. Interest in the dispute was great. Several

---

38 ibid § 544.

39 Johannes Hendrik Fahner, 'Déjà Vu in the Hague - the Relevance of the Chagos Arbitral Award to the Proceedings before the ICJ' ***QIL*** 55 (2018) 107, p. 110.

40 Thomas Appleby, "The Chagos Marine Protected Arbitration-A Battle of Four Losers?" ***Journal of Environmental*** 27/3 (2015) 529, p. 539.

41 ICJ Chagos Advisory Opinion.

42 UNGA A/RES71/292.

States filed written statements and comments and took part in the oral proceedings.

Mauritius claimed that the detachment of the Chagos Archipelago was contradictory to the right to self-determination and the principle of territorial integrity.[43] The basis of this claim was the argument that the right to self-determination was already established as part of customary international law prior to the detachment of the archipelago took place.[44] The Colonial Declaration stated

"2. All peoples have the right to self-determination; by virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.

(...)

4. All armed action or repressive measures of all kinds directed against dependent peoples shall cease in order to enable them to exercise peacefully and freely their right to complete independence, and the integrity of their national territory shall be respected.

(...)

6. Any attempt aimed at the partial or total disruption of the national unity and the territorial integrity of a country is incompatible with the purposes and principles of the Charter of the United Nations."

Mauritius interpreted paragraph 6 as "an obligation to respect the territorial integrity of the non-self-governing territory" and a prohibition "to undermine the process of self-determination by changing the boundaries of the territorial unit before its people had had a chance to express their wishes."[45] However, the UK had in fact undermined this self-determination process by forcing Mauritius to "consent" to the detachment of the Chagos Archipelago in exchange for its independence. Mauritius cited a note that directed the British Prime Minister "to frighten him [the Premier of Mauritius] with hope: hope

[43] Oral Statements (3 September 2018) AM, CR 2018/20, 'Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965' p. 45 <https://www.icj-cij.org/en/case/169/oral-proceedings> accessed 11 October 2022.

[44] ibid p. 46.

[45] ibid p. 48.

that he might get independence; Fright lest he might not unless he is sensible about the detachment of the Chagos Archipelago."[46] In the meeting that took place the day after between the two, the British Prime Minister said that "[t]he Premier and his colleagues could return to Mauritius either with Independence or without it. On the defence point, Diego Garcia could either be detached by order in Council or with the agreement of the Premier and his colleagues."[47] Moreover, an agreement with Mauritius was only sought to avoid international criticism.[48] It was under these circumstances that Mauritius had "consented" to the detachment of the Chagos Archipelago.

The UK argued that the right to self-determination had not been set in customary international law until years after the independence of Mauritius.[49] Although Mauritius based its claim on a General Assembly resolution, these resolutions were not legally binding and paragraph 6 of the Colonial Declaration did not reflect customary international law. There were divided views among States as to what paragraph 6 entailed.[50] While some perceived it as a justification for States to re-integrate decolonized territories based on pre-colonial ties, others understood it as a denial of a right to secession.[51] Additionally, the UK claimed that the Chagos Archipelago was only a distant dependency attached to Mauritius due to administrative convenience and the two did not have a strong connection. Furthermore, the administration of a colony could be changed or attached to another centre based on convenience and needs, and this was not an unusual practice at the time.[52]

---

46 Written Statement of the Republic of Mauritius (1 March 2018) Annex 59, UK Colonial Office, Note for the Prime Minister's Meeting with Sir Seewoosagur Ramgoolam, Premier of Mauritius, PREM 13/3320 (22 September 1965).

47 ibid Annex 60, UK Foreign Office, Record of a Conversation between the Prime Minister and the Premier of Mauritius, Sir Seewoosagur Ramgoolam, at No 10, Downing Street, 10 AM on Thursday, September 23, 1965, FO 371/184528 (23 September 1965).

48 ibid §§ 3.53-3.58.

49 Written Comments of the United Kingdom (14 May 2018), 'Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965' §§ 4.18-4.50 <https://www.icj-cij.org/en/case/169/written-proceedings> accessed 11 October 2022.

50 ibid § 4.35.

51 ibid §§ 4.36, 4.39.

52 Oral Statements (3 September 2018) AM, CR 2018/21, 'Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965' p. 10 <https://www.icj-cij.org/en/case/169/oral-proceedings> accessed 12 October 2022.

Before examining the factual circumstances and addressing the questions put forward by the General Assembly, the ICJ quickly established its jurisdiction and dismissed arguments on the appropriateness of giving an advisory opinion on this subject matter. The ICJ stated that it held the jurisdictional power to answer the questions laid before it in accordance with its Statute and the UN Charter.[53] It furthermore stated that there was sufficient information available before the Court and that there were no obstacles to giving an opinion.[54] With regard to the UK's objection that the issue at hand was a bilateral dispute and that it had not consented to a judicial settlement, the Court stated that the questions did not necessarily concern sovereignty. The issue at hand concerned decolonization, which inevitably contained considerations of sovereignty. Therefore, the Court was not circumventing the lack of consent on part of the UK, but merely occupying itself with a matter that has been a particular interest of the UN.[55]

The ICJ limited itself to the evaluation of the right to self-determination in the context of decolonization.[56] Under the UN Charter, UN member States had the responsibility to see that the non-self-governing territories under their administration progress in development that would allow them to exercise their right to self-determination and according to the Court, the Colonial Declaration of 1960 was "a defining moment" in the State practice of decolonization.[57] Even though resolutions of the General Assembly were not legally binding, the Colonial Declaration reflected the right to self-determination as a customary norm and particularly paragraph 6 aimed to "prevent any dismemberment of non-self-governing territories".[58] This aim was reiterated in the following resolutions 2066(XX) of 16 December 1965 regarding the detachment of the Chagos Archipelago from Mauritius, 2232(XXI) of 20 December 1966, and 2357(XXII) of 19 December 1967 regarding non-self-governing terri-

---

53 Statute of the International Court of Justice (adopted 26 July 1945, entered into force 24 October 1945) TS 993 (ICJ Statute) art 65; Charter of the United Nations (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945)1 UNTS XVI (UN Charter) art 96; ICJ Chagos Advisory Opinion, §§ 54-62.

54 ICJ Chagos Advisory Opinion, §§ 63-91.

55 Ibid §§ 88-91.

56 ibid § 144.

57 Charter of the United Nations (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945)1 UNTS XVI (UN Charter) art 73; ICJ Chagos Advisory Opinion, §§ 146-150.

58 ICJ Chagos Advisory Opinion, §§ 152-154.

tories in general.[59] The exercise of the right to self-determination must always be based on "the free and genuine will of the people" regardless of in which manner it was expressed.[60]

Based on this background, the Court first dismissed the UK's argument that the Chagos Archipelago was not an integral part of Mauritius. Mauritius, including the archipelago, was transferred to the UK with the 1814 Treaty of Paris and had been administered by the UK without interruption until 1965.[61] Due to Mauritius's status as a colony under the authority of the UK, and considering the circumstances of how the Lancaster House Agreement was reached, the Court did not find Mauritius's consent to the detachment of the Chagos Archipelago to be free and genuine.[62] Since Mauritius was not able to exercise its right to self-determination freely and genuinely, the Court found the detachment of the Chagos Archipelago unlawful and that the decolonization process of Mauritius had not been completed lawfully.[63]

Moving on to the second question on the consequences of this outcome, the Court stated that the UK must stop its administration of the Chagos Archipelago, which constituted a "continuous wrongful act", and let Mauritius exercise its right to self-determination properly. Classifying the right to self-determination as an obligation *erga omnes*, the Court reminded all States of their duty to cooperate with the UN in ensuring the completion of Mauritius's decolonization process.[64]

The ICJ gave its opinion 13 votes to 1. The one dissenting opinion belonged to Judge Donoghue, who thought the Court ought to use its discretion not to render an advisory opinion due to the lack of consent to adjudication on part of the UK.[65] Judge Donoghue said that although the circumstances of the detachment and the treatment of the Chagossians "[cried] out for an authoritative judicial pronouncement",[66] the central question was a bilateral dispute

---

59 ibid §§ 163-166.

60 ibid § 157.

61 ibid § 170.

62 ibid § 172.

63 ibid § 174.

64 ibid §§ 178-182.

65 *Dissenting Opinion of Judge Donoghue, Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion* [2019] ICJ Reports 261 § 1 (ICJ Chagos Advisory Opinion, Judge Donoghue Dissenting Opinion).

66 ibid § 3.

over sovereignty. In its declaration recognizing the Court's jurisdiction, the UK excluded "any dispute with the government of any other country which is or has been a Member of the Commonwealth".[67] Furthermore, the UK had been consistently repeating its denial to submit the dispute over the Chagos Archipelago to adjudication.[68] According to Judge Donoghue, rendering an advisory opinion under these circumstances would mean circumventing the limits of the ICJ's jurisdiction.

However, the ICJ took a broad approach and took advantage of the formulation of the questions presented before it.[69] Although the questions before the ICJ stem from a bilateral dispute between the UK and a former Commonwealth Member Mauritius on territorial sovereignty over the Chagos Archipelago, it concerns the procedure of decolonization. Decolonization, the right to self-determination, and territorial sovereignty are inextricably linked to each other. The non-consent of the UK does not hinder the Court from answering a legal question[70] regarding the status of the right to self-determination and whether this right was rightfully exercised in 1965 especially if this is in relation to decolonization, which has been a highly important subject to the General Assembly and the UN.[71]

Another criticism of the ICJ's examination of when the right to self-determination became part of customary international law in relation to decolonization is that it is not well-substantiated.[72] According to Article 38(1)(b) of the ICJ Statute, the Court "shall apply (...) international custom, as evidence of a general practice accepted as law". The determination of the existence of a customary rule depends on "a very widespread and represen-

---

67 The United Kingdom, 'Declarations Recognizing the Jurisdiction of the Court as Compulsory (22 February 2017)' <https://www.icj-cij.org/en/declarations/gb> accessed 17 October 2022.

68 Written Statement of the United Kingdom (15 February 2018), 'Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965' § 5.19 <https://www.icj-cij.org/en/case/169> accessed 17 October 2022.

69 This approach was foreseen by Fahner (2018), p. 112.

70 ICJ Statute art 65.

71 Eden Hb Chua, "Incomplete Decolonisation without Self-Determination: The Case of the Separation of the Chagos Archipelago" ***Sri Lanka Journal of International Law*** 27 (2019), pp. 10-11.

72 Jake Christophersen, "General Assembly Resolutions in the Determination of Customary International Law: The ICJ's Advisory Opinion in Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965" ***Bristol Law Review*** 6 (2019) 2.

tative" practice that is based on the belief that "this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it."[73] While decolonization has certainly gained momentum in the 60s, whether this fact is evidence of a widespread and representative practice based on *opinio juris sive necessitatis* would require further examination. The ICJ based its evaluation mostly on the Colonial Declaration, which is a non-binding General Assembly resolution, from which 9 States, including the UK, had abstained from voting. Additionally, the Court did not evaluate the practice of relevant States, meaning States that were most affected or involved in the decolonization process, such as the UK. In the North Sea Continental Shelf Case, the Court required the widespread and representative practice to include "States whose interests were specially affected."[74] The UK had continuously voiced its objection to the recognition of the right to self-determination in relation to decolonization.[75] The Court, unfortunately, did not factor these considerations into its evaluation. Regardless of whether it would reach the same conclusion, the ICJ should have at least addressed the UK's objections in the 50s and 60s regarding the right to self-determination.

On the other hand, one must also consider why the UK abstained from voting and how that relates to the Chagos Archipelago. The UK had claimed that the resolution was not discussed thoroughly and that an immediate declaration of independence without preparing its colonies would be detrimental to the well-being of those colonies and contrary to the aim of the right to self-determination. While these reasons might be comprehensible at first sight, it also shows that the UK's objection was not against the existence of the right to self-determination itself but rather against the procedure - or lack thereof - of how this right would be exercised. However, Paragraph 5 of the resolution had already foreseen a preparatory period before independence.[76] Many in the General Assembly were suspicious that the UK had ot-

---

73 *North Sea Continental Shelf, Judgment* ICJ Reports 1969 §§ 73-77.

74 ibid § 73.

75 Written Statement of the United Kingdom (15 February 2018) (n 68) §§ 8.71-8.75.

76 "Immediate steps shall be taken, in Trust and Non-Self-Governing Territories or all other territories which have not yet attained independence, to transfer all powers to the peoples of those territories, without any conditions or reservations, in accordance with their freely expressed will and desire, without any distinction as to race, creed or colour, in order to enable them to enjoy complete independence and freedom." UNGA A/RES/1514(XV) § 5.

her motives than only the fear of a premature declaration of independence.[77] Indeed, documents reveal that the detachment of the Chagos Archipelago was merely motivated by the UK's self-interest with a near-complete disregard for the Chagossians' and Mauritius's wishes. The UK was indeed worried about being "accused of creating a new colony in a period of decolonisation and of establishing new military bases when [it] should [have been] getting out of the old ones."[78] The right to self-determination in the context of decolonization assumes within itself that the right is exercised on the colonial territory base.[79] Therefore, dividing a colonial territory on the eve of achieving independence is a violation of the right to self-determination. The Chagos Archipelago was a lesser dependency of Mauritius and was included within the colonial territory. The UK, together with the US, has planned to detach the Chagos Archipelago to intentionally exempt it from the inevitable independence of Mauritius. Notes to the British Prime Minister to ultimately pressure Mauritius to "give up" the archipelago in exchange for freedom and the communication between the Colonial Secretary and the British Prime Minister on how and when to present the matter to the General Assembly in order to soften the foreseeable criticism supports suspicions of other motives. In face of the inevitable independence of Mauritius,[80] the UK did not want to risk losing a strategically critical island in the middle of the Indian Ocean.

Criticisms aside, the ICJ's advisory opinion is highly important. The ICJ could have chosen to formulate its answer in more general terms, but it chose to go further than only identifying the applicable law and instructed the UK in no uncertain terms to end its unlawful administration of the Chagos Archipelago.[81] Upon ICJ's advisory opinion, the General Assembly passed a resolution on 22 May 2019 demanding the UK to withdraw from the

---

77 Wayne Morse, ***The United States in the United Nations 1960 - A Turning Point. Supplementary Report to the Committee on Foreign Relations***, US Government Printing Office, 1961, pp. 21-24.

78 Written Statement of the Republic of Mauritius (1 March 2018) Annex 70, UK Foreign Office, Minute from Secretary of State for the Colonies to the Prime Minister, FO 371/184529 (5 November 1965) § 6.

79 Stephen Allen, ***The Chagos Islanders and International Law***, Hart Publishing, 2004, p. 200.

80 Adom Getachew, ***Worldmaking after Empire. The Rise and Fall of Self-Determination***, Princeton University Press, 2019, p. 14.

81 ICJ Chagos Advisory Opinion, § 183(4).

Chagos Islands within 6 months.[82] However, the UK did not abide stating that neither the advisory opinion nor the resolution had any binding effect.

IV. ITLOS JUDGEMENT ON PRELIMINARY OBJECTIONS

On 28 January 2021, the ITLOS Special Chamber gave a judgment on preliminary objections in a case between Mauritius and the Maldives regarding the delimitation of maritime boundaries.[83] In 2019, Mauritius initiated arbitral proceedings against the Maldives in accordance with Annex VII UNCLOS based on the Chagos Arbitral award, the ICJ Advisory Opinion, and the General Assembly resolution 73/295. Mauritius asked the Tribunal "to delimit, in accordance with the principles and rules set forth in UNCLOS, the maritime boundary between Mauritius and Maldives" and "to declare that Maldives has violated its obligation to (...) make every effort to enter into provisional arrangements" with Mauritius to negotiate the boundaries.[84]

Only if Mauritius is a coastal state with regards to the Chagos Archipelago within the meaning of Article 56 UNCLOS would there be overlapping maritime entitlements between Mauritius and the Maldives and a question of maritime boundary delimitation would raise. Therefore, whether Mauritius is sovereign over the Chagos Archipelago was the essential matter.

The Maldives raised 5 preliminary objections to the proceeding brought by Mauritius. (i) The Maldives raised the issue of jurisdiction and claimed that the Special Chamber did not have jurisdiction *ratione personae* since the UK, which was an indispensable party to the proceedings, was absent.[85] ITLOS had acknowledged the ICJ's Monetary Gold Principle, meaning that the Court could not exercise jurisdiction when the subject matter concerned the legal interests of a third State that neither party to the proceedings nor had it given its con-

---

82 UNGA A/RES/73/295.

83 ITLOS Mauritius/Maldives Preliminary Objection.

84 ibid § 112.

85 Preliminary Objections of the Republic of Maldives (18 December 2019), 'NO Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), Preliminary Objections' §§ 45ff <https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/dispute-concerning-delimitation-of-the-maritime-boundary-between-mauritius-and-maldives-in-the-indian-ocean-mauritius/maldives-2/> accessed 19 October 2022.

sent.[86] (ii) Furthermore, the Maldives argued that the Special Chamber did not have jurisdiction *ratione materiae* either. Article 288(1) UNCLOS limited the Chamber's jurisdiction to "any dispute concerning the interpretation or application" of UNCLOS and a sovereignty dispute did not fall under this description.[87] (iii) Apart from jurisdictional issues, procedural preconditions set under Articles 74 and 83 UNCLOS were not fulfilled. States should resort to ITLOS only after they have tried to resolve their dispute by negotiating in good faith.[88] Due to the ongoing sovereignty dispute between the UK and Mauritius, it was not possible to hold negotiations in good faith.[89] (iv) And since the preliminary issue of sovereignty over the Chagos Archipelago had not been resolved, there could be no dispute between Mauritius and the Maldives. Even if Mauritius was sovereign over the Chagos Archipelago, there was no dispute with the Maldives regarding maritime boundaries prior to the initiation of these proceedings further weakening the Chamber's jurisdiction *ratione materiae*.[90] (v) Finally, the Maldives claimed that Mauritius's claims constituted an abuse of process and that the case should be declared inadmissible. While dismissal based on abuse of process was saved only to "the most blatant cases of abuse or harassment",[91] the circumstances under which the present proceeding was initiated qualified for dismissal since Mauritius was using maritime boundary claims against the Maldives as a way to resolve the dispute over territorial sovereignty with the UK.[92]

Finding the first and second objections inextricably linked to the legal status of the Chagos Archipelago, the Special Chamber first analysed what the legal status was in light of the Chagos Arbitral Award, ICJ Advisory Opinion, and the General Assembly resolution 73/295. According to the Special Chamber, the Arbitral Tribunal's evaluation of the UK's obligations under the Lancaster House Agreement did not mean that the UK was recognized as a coastal Sta-

86 ibid §§ 47-58; *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question)* Judgment of 15 June 1954, ICJ Reports 1954, p. 19.

87 Preliminary Objections of the Republic of Maldives (18 December 2019) §§ 60-62.

88 ibid §§ 63-68.

89 ibid §§ 69-72.

90 ibid §§ 73-94.

91 *The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v the People's Republic of China)* Award on Jurisdiction and Admissibility, 29 October 2015 § 128.

92 Preliminary Objections of the Republic of Maldives (18 December 2019) §§ 95-106.

te.[93] Since the Arbitral Tribunal had expressly stated that the sovereignty dispute was not under its jurisdiction and had limited itself to contractual obligations, there was no *res judicata* effect preventing the Special Chamber from evaluating the subject matter. According to the Chamber, the legal status regarding the Chagos Archipelago was clarified by the ICJ's advisory opinion and the subsequent resolution of the General Assembly, which was entrusted to take appropriate steps in resolving issues of improper decolonization.[94] Though not legally binding, "an advisory opinion entails an *authoritative* statement of international law on the questions with which it deals."[95] The ICJ's assessment of the legality of Mauritius's decolonization process had "unmistakable implications" on the UK's sovereignty claim over the Chagos Archipelago, as the two concepts were inseparably related.[96] The Special Chamber found the UK's failure to end its continuous wrongful act, namely its administration over the Chagos Archipelago, was "contrary to the *authoritative* determinations made in the advisory opinion."[97]

After establishing the legal status of the Chagos Archipelago, the Special Chamber rejected the argument that the UK was an indispensable party to the proceedings. As a State wrongfully continuing its administration over the Chagos Archipelago, it was "inconceivable" that the UK could have any legal interests.[98] Furthermore, the Special Chamber stated that Mauritius was the coastal State within the meaning of Articles 74(1) and 83(1) UNCLOS and party to a dispute regarding the delimitation of maritime boundaries.[99] With regards to the third objection about the failure to fulfil the negotiation precondition under Articles 74 and 83 before resorting to dispute settlement procedures, the Special Chamber found that Mauritius had tried on several occasions to discuss delimitation with the Maldives to no avail.[100] Both States had made overlapping claims of exclusive economic zones and since Mauritius was the coastal State, the Maldives' argument that there was not and could not be a dispute

93 ITLOS Mauritius/Maldives Preliminary Objections, § 138.

94 Ibid § 227.

95 ibid § 202 (emphasis added).

96 ibid §§ 173, 191.

97 ibid § 246 (emphasis added).

98 ibid § 247.

99 ibid §§ 250-251.

100 ibid §§ 288-292.

between the two was unacceptable.[101] Based on all these findings, the Maldives' final claim that the proceedings brought by Mauritius constituted an abuse of process was rejected as well.[102] The Special Chamber unanimously dismissed the first, fourth, and fifth objections, while there was one dissenting vote with regard to the second and third objections.[103]

In his dissenting opinion, Judge ad hoc Oxman stated that "questions regarding the right to self-determination and decolonization (...) are beyond the scope of the substantive and dispute-settlement obligations accepted by the State Parties in consenting to be bound by the Convention".[104] Neither advisory opinions nor General Assembly resolutions are legally binding. In the dispute concerning coastal state rights in the Black Sea between Ukraine and Russia, the arbitral tribunal had rejected to consider the General Assembly resolution on the territorial integrity of Ukraine, and there were no reasons why the Special Chamber should treat the legal effect of a resolution or advisory opinion any different.[105] Furthermore, the "reasonable time period" to negotiate an agreement for maritime boundary delimitation referred to in Articles 74(2) and 83(2) had not passed since the Maldives wished to stay impartial in the dispute between Mauritius and the UK, which was a position that should have been respected in the view of Judge Oxman.[106]

The Special Chamber has used a clear language in dismissing the preliminary objections raised by the Maldives. The most important aspect of the judgment is perhaps the Special Chamber's conclusion that the UK was not an indispensable party. The Special Chamber built up to this conclusion by examining the Chagos Arbitral Award, the ICJ Advisory Opinion, and the General Assembly resolution 73/295. Based on the close relationship between sovere-

---

[101] ibid §§ 332-336.

[102] ibid §§ 345-350.

[103] ibid § 354.

[104] *Separate and Dissenting Opinion of Judge ad hoc Oxman, Dispute concerning Delimitation of the Marine Boundaries between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives) Preliminary Objection,* Judgement of 28 January 2021, ITLOS No 28 §33 (ITLOS Mauritius/Maldives Preliminary Objections, Dissenting Opinion).

[105] UNGA A/RES/68/262; *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v the Russian Federation)* Award of 21 February 2020, PCA Case No 2017-06 §§ 172-178 (UNCLOS Arbitral Tribunal Award Ukraine/Russia); ITLOS Mauritius/Maldives Preliminary Objections, Dissenting Opinion §§ 27-29.

[106] ITLOS Mauritius/Maldives Preliminary Objections, Dissenting Opinion §§ 36, 38.

ignty and decolonization and the circumstances under which the Lancaster House Agreement was negotiated, the Special Chamber demoted the bilateral dispute over the Chagos Archipelago between Mauritius and the UK to the latter's "mere assertion".[107] Despite their non-binding nature, the importance laid on the advisory opinion and the General Assembly resolution left no difference in their level of impact. In doing so, the Special Chamber, just like the ICJ, emphasized the special importance of the decolonisation topic in the UN and its General Assembly. As Judge Oxman has pointed out the change in the assessment of General Assembly resolutions, the Coastal State Rights Award also concerned a highly important topic to the General Assembly. Russia's unlawful annexation and continuous occupation of Crimea constitute a violation of territorial integrity and threaten the very core of the UN, which is "based on the principle of sovereign equality of all its Members" and which prohibits "the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state."[108] Was the principle of territorial integrity and prohibition on the use of force less "special" to the General Assembly than decolonization?

In the Coastal State Rights Award, the Arbitral Tribunal had refrained from treating the General Assembly resolution as "correct" since doing so would ipso facto mean recognising Crimea as Ukrainian territory, which was outside its jurisdiction.[109] The Arbitral Tribunal had also noted that many States had abstained or voted against the relevant General Assembly resolution.[110] There is not a major gap in the voting trends between the resolution on the territorial integrity of Ukraine (100 yes, 11 no, 58 abstentions) and the resolution 73/295 (116 yes, 6 no, 56 abstentions).[111] The Special Chamber should have provided a stronger basis for its divergence from the approach in the Coastal State Rights Award and the weight it attached to the ICJ advisory opinion and General Assembly resolution instead of identifying the sole reason as decolonisation.

---

[107] ITLOS Mauritius/Maldives Preliminary Objections § 243.

[108] Charter of the United Nations (adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945)1 UNTS XVI (UN Charter) art 1(1), 1(4).

[109] UNCLOS Arbitral Tribunal Award Ukraine/Russia § 176.

[110] ibid § 175.

[111] UNGA A/RES/68/262; UNGA A/RES/73/295, voting information gathered from <https://digitallibrary.un.org/?ln=en> accessed 26 October 2022.

With regard to the third objection on the precondition of negotiation, one must agree with Judge Oxman that a reasonable time period has not passed. The ICJ gave its advisory opinion on 25 February 2019 and the General Assembly adopted its resolution 73/295 on 22 May 2019. After the advisory opinion, Mauritius's only attempt to negotiate the maritime boundary delimitation was a diplomatic note dated 7 March 2019 sent to the Permanent Mission of the Maldives to the UN, to which the Maldives did not respond.[112] On 18 June 2019, Mauritius submitted its notification of instituting arbitral proceedings against the Maldives. Whether the time period between Mauritius's diplomatic note and initiation of the proceeding of almost 3 and a half months is sufficiently "reasonable" to conclude that negotiation attempts have been unsuccessful so as to resort to dispute settlement is questionable.

CONCLUSION

The most important outcome of the Chagos proceedings is the re-evaluation of the right to self-determination and its relationship with territorial sovereignty with regard to decolonisation. According to the ICJ, the Colonial Declaration of 1960 reflected the right to self-determination as a customary norm, which created an obligation *erga omnes*. The ITLOS Special Chamber has also agreed with this approach by taking the advisory opinion as a statement of fact and allocated Mauritius rights as the coastal state. The Chagos proceedings that involved the ICJ, the General Assembly, and ITLOS have been a striking example of institutional determination (violation of Mauritius's right to self-determination with regard to the Chagos Archipelago) and consolidation (strengthening Mauritius's sovereignty claim over the Chagos Archipelago by identifying it as the coastal state).

While institutional cooperation in favour of the right to self-determination is admirable, the approach of both the ICJ and the Special Chamber effectively expands jurisdiction over a territorial sovereignty dispute. Especially the binding Special Chamber judgment is concerning in this regard since the expansion of jurisdiction might cause States to be wary of international organizations.[113] It could be argued that this would not be the case since the situation of the Chagos Archipelago is unique and both the advisory opinion and the judg-

[112] ITLOS Mauritius/Maldives Preliminary Objections § 73.

[113] ICJ Chagos Advisory Opinion, Judge Donoghue Dissenting Opinion § 23.

ment were anchored in the process of decolonisation. Although another dispute with a similar set of circumstances is unlikely to arise, challenging jurisdictional boundaries set by international treaties might undermine the integrity of the institutions established by said treaties. Furthermore, the weight given to an advisory opinion and a General Assembly resolution extends beyond these instruments' *non-binding* nature. In their respective reasoning, the ICJ has put substantial emphasis on General Assembly resolutions and the Special Chamber has done the same with regard to the ICJ advisory opinion. While this approach certainly challenges the understanding of "non-binding",[114] it has the risk of weakening the effect of these judicial decisions.

The Special Chamber's ruling on preliminary objections has been considered a "punishment" to the UK for not complying with the advisory opinion and the General Assembly resolution.[115] The UK maintains its sovereignty claim over the Chagos Archipelago.[116] For Mauritius, the Special Chamber decision is a judicial victory and recognition of its sovereignty over the Chagos Archipelago. Mauritius has extended the US an offer to lease Diego Garcia for its continued use as a military base in 2020. However, the US supports the UK as their partnership is highly valuable.[117] The faith of the Chagos Archipelago and Chagossians' right to return remains unknown. What will happen next strongly depends on international politics with many players involved.

---

[114] Nilüfer Oral - Massimo Lando, 'International Procedure between Past and Future - Procedural Developments in Law of the Sea Dispute Settlement in 2021' ***The Law & Practice of International Courts and Tribunals*** 27(1) (2022) 198, p. 209.

[115] Andrew Harding, 'UN Court Rules UK Has No Sovereignty over Chagos Islands' *BBC* (28 January 2021) <https://www.bbc.com/news/world-africa-55848126> accessed 27 October 2022.

[116] Patrick Wintour, 'UN Court Rejects UK Claim to Chagos Islands in Favour of Mauritius' *The Guardian* (28 January 2021) <https://www.theguardian.com/world/2021/jan/28/un-court-rejects-uk-claim-to-chagos-islands-in-favour-of-mauritius> accessed 27 October 2022.

[117] Karen DeYoung, 'Tiny Mauritius Learns the Limits of Biden's Invocation of the International "Rules-Based Order"' *The Washington Post* (8 August 2021) <https://www.washingtonpost.com/national-security/biden-diego-garcia-mauritius/2021/08/08/38977c3a-f497-11eb-a49b-d96f2dac0942_story.html> accessed 27 October 2022.

BIBLIOGRAPHY

Books & Articles

ALLEN, Stephen, ***The Chagos Islanders and International Law***, Hart Publishing, 2004

APPLEBY, Thomas, "The Chagos Marine Protected Arbitration-A Battle of Four Losers?" ***Journal of Environmental*** 27/3 (2015) 529

CHEN, Lung-Chu, "Self-Determination and World Public Order", ***Notre Dame Law Review*** 66 (1991) 1287

CHRISTOPHERSEN, Jake, "General Assembly Resolutions in the Determination of Customary International Law: The ICJ's Advisory Opinion in Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965" ***Bristol Law Review*** 6 (2019) 2

CHUA, Eden Hb, "Incomplete Decolonisation without Self-Determination: The Case of the Separation of the Chagos Archipelago" ***Sri Lanka Journal of International Law*** 27 (2019)

FAHNER, Johannes Hendrik, 'Déjà Vu in the Hague - the Relevance of the Chagos Arbitral Award to the Proceedings before the ICJ' ***QIL*** 55 (2018) 107

GETACHEW, Adam, ***Worldmaking after Empire. The Rise and Fall of Self-Determination***, Princeton University Press, 2019

MORSE, Wayne, ***The United States in the United Nations 1960 - A Turning Point. Supplementary Report to the Committee on Foreign Relations***, US Government Printing Office, 1961

ORAL, Nilüfer - LANDO, Massimo, 'International Procedure between Past and Future - Procedural Developments in Law of the Sea Dispute Settlement in 2021' ***The Law & Practice of International Courts and Tribunals*** 27(1) (2022) 198

STILZ, Anna, "Decolonization and Self-Determination", ***Social Philosophy and Policy*** 32/1 (2015) 1

VINE, David, ***From the Birth of the Ilois to the "Footprint to Freedom": A History of Chagos and the Chagossians*** in EVERS, Sandra - KOOY, Marry (eds), Eviction from the Chagos Islands, Brill Academic Publishers, 2011

Cases

Chagos Islanders v the United Kingdom App No 35622/04 (ECtHR, 11 December 2012)

Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom) Award of 18 March 2015, PCA Case No 2011-03

Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v United Kingdom) Dissenting and Concurring Opinion of Judges Kateka and Wolfrum Award of 18 March 2015, PCA Case No 2011-03

Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v the Russian Federation) Award of 21 February 2020, PCA Case No 2017-06

Dispute concerning Delimitation of the Marine Boundaries between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives) Preliminary Objection, Judgement of 28 January 2021, ITLOS No 28

Dissenting Opinion of Judge Donoghue, Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion [2019] ICJ Reports 261

Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion [2019] ICJ Reports 95

Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question) Judgment of 15 June 1954, ICJ Reports 1954, 19

North Sea Continental Shelf, Judgment ICJ Reports 1969

R (on the application of Bancoult (No 2)) (Appellant) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (Respondent) [2016] UKSC 35

Separate and Dissenting Opinion of Judge ad hoc Oxman, Dispute concerning Delimitation of the Marine Boundaries between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives) Preliminary Objection, Judgement of 28 January 2021, ITLOS No 28

The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v the People's Republic of China) Award on Jurisdiction and Admissibility, 29 October 2015

Documents

Oral Statements (3 September 2018) AM, CR 2018/20, 'Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965' <https://www.icj-cij.org/en/case/169/oral-proceedings> accessed 11 October 2022

Oral Statements (3 September 2018) AM, CR 2018/21, 'Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965' <https://www.icj-cij.org/en/case/169/oral-proceedings> accessed 12 October 2022

Preliminary Objections of the Republic of Maldives (18 December 2019), 'NO Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives), Preliminary Objections' <https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/dispute-concerning-delimitation-of-the-maritime-boundary-between-mauritius-and-maldives-in-the-indian-ocean-mauritius/maldives-2/> accessed 19 October 2022

Report of the Select Committee on the Excision of the Chagos Archipelago, Mauritius Legislative Assembly, 1983, No 2

The General Assembly Discusses Colonialism at the 936th and 937th Plenary Meetings of the 15th Session (1960) <https://www.unmultimedia.org/avlibrary/asset/2479/2479104/> accessed 10 October 2022

The United Kingdom, 'Declarations Recognizing the Jurisdiction of the Court as Compulsory (22 February 2017)' <https://www.icj-cij.org/en/declarations/gb> accessed 17 October 2022

UNGA A/RES/68/262

UNGA A/RES71/292

UNGA A/RES/73/295

UNGA A/RES/1514(XV)

UNGA A/RES/2066(XX)

Written Comments of the United Kingdom (14 May 2018), 'Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965' <https://www.icj-cij.org/en/case/169/written-proceedings> accessed 11 October 2022

Written Statement of the Republic of Mauritius (1 March 2018), 'Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965 (Request for Advisory Opinion)' <https://www.icj-cij.org/en/case/169> accessed 10 October 2022

Written Statement of the United Kingdom (15 February 2018), 'Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965' <https://www.icj-cij.org/en/case/169> accessed 17 October 2022

News Articles & Websites

Bowman LW, 'Mauritius', *Britannica* (2022) <https://www.britannica.com/place/ Mauritius> accessed 10 October 2022

'British Indian Ocean Territory' (21 October 2022) <https://www.cia.gov/the-world-factbook/countries/british-indian-ocean-territory/#people-and-society> accessed 27 October 2022

DeYoung K, 'Tiny Mauritius Learns the Limits of Biden's Invocation of the International "Rules-Based Order"' *The Washington Post* (8 August 2021) <https://www.washingtonpost.com/national-security/biden-diego-garcia-mauritius/2021/08/08/38977c3a-f497-11eb-a49b-d96f2dac0942_story.html> accessed 27 October 2022

Harding A, 'UN Court Rules UK Has No Sovereignty over Chagos Islands' *BBC* (28 January 2021) <https://www.bbc.com/news/world-africa-55848126> accessed 27 October 2022

United Nations, 'Non-Self-Governing Territories' (10 May 2022) <https://www.un.org/dppa/decolonization/en/nsgt> accessed 27 October 2022

Wintour P, 'UN Court Rejects UK Claim to Chagos Islands in Favour of Mauritius' *The Guardian* (28 January 2021) <https://www.theguardian.com/world/2021/jan/28/un-court-rejects-uk-claim-to-chagos-islands-in-favour-of-mauritius> accessed 27 October 2022

BEY' Bİ'L-VEFÂ'NIN (GERİ ALIM ŞARTIYLA SATIŞIN) MENŞEİ ÜZERİNE BİR KATKI -UYGUR HUKUK VESİKALARINDA BEY' Bİ'L-VEFÂ TATBİKATI-[*]

Dr. Öğr. Üyesi Salih KORKMAZ[**]

Öz

Geri alım şartıyla satış şeklinde tarif edilebilecek bir akit olan bey' bi'l-vefânın menşeine dair farklı kanaatler bulunmaktadır. Nitekim bazı yazarlar bunun X. asırda Maveraünnehir havalisinde Hanefi ulemâ tarafından icat edilmiş bir akit olduğunu ifade ederken bazıları bu akdin Eski Türk hukukunda mevcut olduğunu ve İslam hukukuna buradan dahil olduğunu ifade etmiştir. Makalede, Uygur Türklerinin Müslüman olmadan önceki dönemlerinden kalma bir hukuk vesikasında rastlanan bey' bi'l-vefâ tatbikatı üzerinden bu iddialar değerlendirilmiştir. Neticede elimizde bulunan malumata göre, bey' bi'l-vefâ'nın menşeine dair dört ihtimal değerlendirilmiş ancak tam bir kanaate ulaşmak mümkün olmamıştır. Bununla birlikte bu akdin kaynağının eski Türk hukuku olması ihtimali en kuvvetli ihtimal olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Bey' bi'l-vefâ, Uygur Hukuku, İslam Hukuku, İslamiyet Öncesi Türk Hukuku, Maveraünnehir.

---

[*] Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11.10.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 01.12.2022.
Atıf Şekli: Salih Korkmaz, "Bey' Bi'l-Vefâ'nın (Geri Alım Şartıyla Satışın) Menşei Üzerine Bir Katkı -Uygur Hukuk Vesikalarında Bey' Bi'l-Vefâ Tatbikatı-", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 773-797.

[**] Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı, Isparta, Türkiye.
E-posta: korkmazslh@gmail.com, salihkorkmaz@sdu.edu.tr.
Orcid: https://orcid.org/0000-0001-7824-0037.

A CONTRIBUTION ON THE ORIGIN OF BEY' BI'L-VEFA (SALE ON PURPOSE OF REPURCHASE) -BEY' BI'L-VEFA PRACTICE IN UIGHUR LAW DOCUMENTS-

Abstract

Bey' bi'l-vefâ is a contract that can be described as a sale on the condition of repurchase. There are different views on the origin of this contract. Some authors have stated that this is an agreement invented by Hanafi scholars in the X. century in the vicinity of Transoxiana. Some authors stated that this contract existed in Old Turkish law and was included in Islamic law from here. In the article, these claims are evaluated through the practice of bey' bi'l-vefâ, which is found in a legal document from the pre-Muslim era of the Uighur Turks. As a result, according to the information we have, four possibilities regarding the origin of bey' bi'l-vefâ have been evaluated, but it has not been possible to reach a complete conclusion. However, the possibility that the source of this contract is the old Turkish law appears as the strongest possibility.

Keywords

Bey' bi'l-vefâ, Uyghur Law, Islamic Law, Pre-Islamic Turkish Law, Transoxiana.

GİRİŞ

Bey' bi'l-vefâ basitçe geri alım şartıyla satış şeklinde tarif edilebilir. Bu akdin hukuki mahiyeti ve hükmü hususunda ihtilaflar bulunmaktadır. Bir kısım ulemâ bu akde cevaz vermezken bazıları cevaz vermiş, cevaz verenlerde hükmü hususunda ihtilaf etmişlerdir. Aslında bu ve benzeri akitlerin[1] hükmü hakkındaki tartışma genel olarak ulemânın hîle meselesindeki yaklaşımı ile alakalıdır. Nitekim bu ve buna benzer akitler birer hîle-i şer'iyye misali olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla bu akitlere verilecek hüküm hîle meselesindeki kanaatin tabii neticesidir ve ondan müstakil ele alınamaz. Fakat makalenin sınırlarını aşmamak adına bu tartışmalara girilmemiş ve mesele alakalı eserlere havale edilmiştir. Bu münasebetle hîle meselesi, bey' bi'l-vefâ'nın hukuki mahiyeti ve hükmü hakkındaki ihtilaflar doğrudan bu makalenin konusu değildir. Burada "bey' bi'l-vefâ'nın hükmü" başlığı altında meseleyi izaha yetecek kadar, muhtasar malumat verilmiştir.

Bey' bi'l-vefâ İslam hukuk tarihinin ilk dönemlerinden beri bilinip tatbik edilen bir akit değildir. Elimizdeki malumata göre bu akdin ortaya çıkışı miladi X. asra tarihlenmektedir. Bununla birlikte bu akdin devrin ulemâsınca ortaya koyulmuş orijinal bir ürün mü olduğu, yoksa başka bir hukuk sisteminden ithal mı edildiği hususu tartışmalıdır. Makalede akdin menşeine dair tartışma ve araştırmalara katkı olarak Uygur Türklerinin Müslüman olmasından önceki devre ait hukuki vesikalarda karşılaşılan bir bey' bi'l-vefâ örneği ele alınmıştır. Nitekim tüm kaynaklarda bu akdin Orta Asya kaynaklı olduğu ifade edilmektedir. Fakat elimizde bunun tafsilatını bildiren herhangi bir kaynak mevcut değildir. Karşılaşılan bu vesika, bu hususta önemli malumat vermektedir.

Bu çerçevede ilk olarak bey' bi'l-vefâ'nın hukuki mahiyeti ve hükmü hususunda muhtasar malumat verilmiş ve bu akdin menşei üzerindeki görüşler ele alınmıştır. Ardından Uygurlar ve Uygur hukuk vesikaları hakkında muhtasar malumat verilerek, Uygur hukuk vesikaları arasında rastlanan bir bey' bi'l-vefâ örneği ele alınmıştır. Bu örneğin bey' bi'l-vefâ'nın menşeine dair ne mânâ ifade ettiği ile alakalı değerlendirmeler ise "Sonuç" bölümünde tartışılmıştır.

[1] Mesela bey' bi'l-istiğlâl, muamele-i şer'iyye gibi.

I. BEY’ Bİ’L-VEFÂ (GERİ ALIM ŞARTIYLA SATIŞ) AKDİ

Bey’ bi’l-vefâ, “geri alım şartıyla satış” şeklinde tarif edilebilir.[2] Bu akit farklı devir ve coğrafyalarda muhtelif şekilde isimlendirilmiştir. Nitekim bey’ bi’l-vefâ için “bey’u’l-emâne”, “bey’u’l-itâ’a”, “bey’u’l-câiz” tabirleri de kullanılmıştır.[3]

Mecelle’de bey’ bi’l-vefâ “... *bir kimse bir malı ahara semeni reddettikde geri vermek üzere şu kadar kuruşa satmakdır*...”[4] şeklinde tarif edilmiştir. Buna göre bir kimse malını bir üçüncü kimseye, parasını geri verdiğinde malı da geri almak üzere satar. Bey’ bi’l-vefâda malı satın alan kimsenin kârı, devraldığı malın menfaatinden ibarettir.[5] Nihayetinde malını satan kimse satış bedelini iade edince malı geri alır. Bu şekilde de hem ihtiyaç duyduğu krediyi temin etmiş olur hem de (belirli bir mühlet dahilinde) malın mülkiyetini geri alma hakkını elinde tutar. Dolayısıyla bu akit bir taraftan insanların faize düşmeden ihtiyaç duydukları krediyi elde etmelerine imkan verirken diğer taraftan alacağın teminat altına alınmasını ve ondan menfaat sağlanmasını da sağlamış olmaktadır.[6] Bu sebeple bu akit için “para faizsiz ev kirasız” tabiri kullanılmaktadır.[7]

---

2 Beşir Gözübenli, “Bey’ Bi’l-Vefa (vefâen satış) ve Bey’ Bi’l-İstiğlâl”, ***Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi***, 1990, C.9, ss.109-119.; Kamil Yelek, “Bir Finansman Yöntemi Olarak Kullanılan Bey’ Bi’-l-Vefânın İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, ***İHAD***, 2016, S.27, ss.257-286.; Recep Özdemir, “Ayni Teminatlar Bağlamında Bey’ Bi’l-Vefânın Hukuki Durumu”, ***İHAD***, 2018, C.16, S.31, ss.291-315.; Hayreddin Karaman, ***Mukayeseli İslâm Hukuku***, C.3, İz Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.172 vd.

3 Âhizâde Hüseyin Efendi, ***Risâle fî Tahkîki’l-Bey’ Bi’l-Vefâ***, İstanbul Millet Kütüphanesi, Ali Emiri Koleksiyonu, Arşiv no: 34 Ae Arabi 1122/2, v.23-b.; İbn Âbidîn Muhammed Emin, ***Reddü’l-Muhtâr ‘ale’d-Dürri’l-Muhtâr***, C.5, Dârü’l-Fikr, Beyrut, 1979, s. 276.; Ömer Nasuhi Bilmen, ***Hukuki İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu***, C.6, Enes Sarmaşık Yayınları, İstanbul, ts., s.126 vd.; Abdülaziz Bayındır, “Bey’ Bi’l-Vefâ”, ***DİA***, C.6, TDV, İstanbul, 1992, s.20.; Süleyman Kaya, “XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri”, Doktora Tezi, ***MÜSBE***, İstanbul, 2007, s.80.; Gözübenli, “Bey’ Bi’l-Vefa (vefâen satış) ve Bey’ Bi’l-İstiğlâl”, s.109.; Yelek, “Bir Finansman Yöntemi Olarak Kullanılan Bey’ Bi’-l-Vefânın İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, s.259.; Ahmet Harun Bilge, “Bey’ Bi’l-Vefa ve Osmanlı Uygulamasındaki Yeri”, Yüksek Lisans Tezi, ***İÜSBE***, 2020, s.8.

4 MAA, m.118.

5 Süleyman Kaya, “XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Kredi”, Yüksek Lisans Tezi, ***MÜSBE***, İstanbul, 2003, s.19.; Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, C.3, s.172 vd.

6 Yelek, “Bir Finansman Yöntemi Olarak Kullanılan Bey’ Bi’-l-Vefânın İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, s.282.

7 Osman Kaşıkcı, ***Eski Hukukumuzda Bir Hile-i Şer’iyye Örneği: Geri Alım Şartlı Satım (Bey’ Bi’l-Vefâ)***, Mimoza Yayınları, Konya, ts., s.114.

II. BEY' Bİ'L-VEFÂ'NIN HÜKMÜ

Bu akdin hukuki mahiyeti ve hükmü ihtilaflıdır. Bir kısım ulemâ bu akde cevaz vermez.[8] Cevaz verenler ise mahiyet ve hüküm hususunda ihtilaf etmişlerdir. Buna göre bu akdin hukuki mahiyetini bir kısım ulemâ bir tür rehin, bir kısmı fasid bey', bir kısmı sahih bey' bir kısmı da nev'i şahsına münhasır bir akit olarak telakki etmiştir.[9] Bazı görüşler bu akdin İslam hukukundaki muhayyerlikler[10] temeline dayandığını ifade ederken bazıları da bunu insanlar arasında örf haline gelen bir tatbikat ve hîle-i şer'iyye[11] kabilinden görmüşlerdir.[12]

---

8 Bu akde cevaz vermeyenler akitte o akdin gereğinden olmayan bir şartın varlığını ve alacak karşılığı menfaat sağlama (ribâ) bulunmasını öne sürerek bu kanaate ulaşmışlardır. Yine bu akde cevaz vermeyen bir kısım ulemâ bu akdi "faize kılıf" olarak görmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yelek, "Bir Finansman Yöntemi Olarak Kullanılan Bey' Bi'-l-Vefânın İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", s.283.; Bu tür hîle misallerinin harama ulaşmak amacıyla mı haramdan kaçınmak maksadıyla mı kullanılabileceği ve bunun tespitinde içtimai şartların göz önüne alınması hakkında bkz. Salih Korkmaz, ***Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'iyye (XVII. Asır)***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

9 Âhizâde, Risâle fî Tahkîki'l-Bey' Bi'l-Vefâ, v.23-b vd.; Kazerûnî, ***İşaratü Ba'zı Ehli'l-Vefâ bi Cem'i Ahkâm-ı Bey'i'l-Vefâ***, İstanbul Müftülüğü Kütüphanesi, 1166, No: 967, v.4-b.; Bilmen, Hukuki İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, C.6, s.127.; Bayındır, "Bey' Bi'l-Vefâ", s.21.; Yelek, "Bir Finansman Yöntemi Olarak Kullanılan Bey' Bi'-l-Vefânın İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", s.263 vd.; Bilge, "Bey' Bi'l-Vefa ve Osmanlı Uygulamasındaki Yeri", s.19 vd.

10 İslam hukukunda çeşitli durumlarda taraflardan biri veya her ikisine akdi sona erdirme muhayyerliği tanınmıştır. Bu çerçevede muhayyerlik "*anlaşmaya veya şer'î bir gerekçeye dayanarak taraflardan birinin veya her ikisinin akdi onama yahut feshetme şıklarından birini (tayin muhayyerliğinde birkaç mebî'den birini) seçme hakkına sahip olması*" şeklinde tanımlanabilir. Bu muhayyerliklerden bazılarına sahip olabilmek için onun akde eklenmesine gerek yoktur. Mesela görmeden satın alınan bir malın görüldüğünde akdi feshe imkan veren rü'yet muhayyerliği, satılan malda bir ayıp çıkması durumunda bu akdin feshine imkan veren ayıp muhayyerliği böyledir. Bazı muhayyerlik çeşitlerinin ise akde eklenmesi gerekir. Mesela yapılan akdi belirli bir süre içinde feshetme yetkisinin taraflara veya taraflardan birine tanınması durumu böyledir. Buna göre bir kimse bir malı (misalen) üç gün içinde iade etmek şartıyla satın alabilir. Ebu Hanife'ye göre bu süre üç günü geçemez. Ebu Yusuf ise tarafların anlaşmasına bağlı olarak daha uzun bir sürenin de tespit edilebileceği söyler. H. Yunus Apaydın, "Muhayyerlik", ***DİA***, C.31, TDV, Ankara, 2020, s.25-30.; MAA, m.300-360.

Buna göre bey' bi'l-vefâ muhayyerlik temeline oturtulabilir. Nitekim burada da belirli bir süre içerisinde, istendiğinde para iade edilmekte ve mal geri alınmaktadır. Said b. Abdullah b. Muhammed El-A'bbarî, "Bey'ü'l-vefâ ve Ahkâmuhu fi'l-fıkhi'l-İslâmî", Doktora Tezi, ***El-Câmi'atü'l-Ürdüniyye***, 1997, s. 27.'den aktaran Abdullah Musab Şahin, "Mecelle'de Vefaen Satış Sözleşmesi", Yüksek Lisans Tezi, ***Medipol Üni. SBE***, İstanbul, 2019, s.3.

11 Hîle hakkında bkz. Saffet Köse, ***İslâm Hukuku Açısından Kanuna Karşı Hile ve Hile-i Şer'iyye***, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2020.; Ekrem Buğra Ekinci, "Eski Hukukumuzda Hîle-i Şer'iyyeye Dair", ***AÜEHFD***, 2006, C.X, S.1-2, s.4-16.; Korkmaz, Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'iyye (XVII. Asır), s.25-69.

Akdin mahiyetine dair farklı içtihatların tabii neticesi olarak akdin hükmü hususunda da farklı görüşler mevcuttur. Makalenin başında da ifade edildiği üzere çalışmada bu akdin İslam hukuku karşısındaki durumu ile alakalı tafsilatlı bir tartışma yapılmamış, bu tartışmalar alakalı eserlere havale edilmiştir. Bununla birlikte literatürde ulemânın bu akdi yeterince ele almadığı ve yeterli alakayı göstermediği ifade edilmiştir.[13] Mesele tahkik edildiğinde bu ifadelere katılmak pek mümkün görünmemektedir. Nitekim bu akdin (tahmini) ortaya çıkış tarihi olan devirlerde kaleme alınmış fıkıh kitaplarında bu akit değerlendirilmiş olduğu gibi sonraki devre ait fıkıh kitaplarında da bu akit ele alınmıştır. Bunlardan başka fetva kitaplarında da bu akde dair pek çok soru ile karşılaşılmıştır. Tespit edebildiğimiz kadarıyla sadece XVII. asırda Osmanlı ulemâsından iki kişi bu hususta müstakil risaleler kaleme almıştır. Hem bey’ bi’l-vefânın hukuki mahiyeti ve hükmüne dair tartışmaların görülebilmesi açısından hem de hukuki mahiyet ve hüküm tartışmalarına bir misal teşkil etmesi için bu iki eser burada kısaca tetkik edilmiştir.

XVII. asır Osmanlı ulemâsından Âhizâde Hüseyin Efendi[14] tarafından Arapça kaleme alınan “Risâle fî tahkîki’l-bey’ bi’l-vefâ”[15] isimli risâlede, müstakilen bey’ bi’l-vefâ akdi ele alınmıştır.

---

[12] Kaşıkcı, Eski Hukukumuzda Bir Hile-i Şer’iyye Örneği: Geri Alım Şartlı Satım (Bey’ Bi’l-Vefâ), s.111 vd.; Yelek, “Bir Finansman Yöntemi Olarak Kullanılan Bey’ Bi’-l-Vefânın İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, s.262.; Ayrıca bkz. Fatih Turan “Bey’ bi’l-vefâ ve bey’u’l-îne ile mukayeseli olarak günümüz repo işlemlerinin fıkhi boyutu”, ***Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi***, 2015, S.27, ss. 117-146.

[13] Selman Küçüksucu, “Mehmed Said Bey’in Ahkâmu’l-Bey’ Bi’l-Vefâ İsimli Risalesi Çerçevesinde Son Dönem Osmanlısında Hukuki Tartışmalar”, Yüksek Lisans Tezi, ***İÜSBE***, 2020, s.86. Aslında Küçüksucu bu akdin 10. Asırdan sonra kaleme alınmış fıkıh kitaplarının çoğunda ele alındığını ifade etmiştir. Bununla birlikte bu hususta daha fazla müstakil risâle yazılması gerektiğini “b*öyle meselelerin üzerine genellikle çok sayıda risale yazılması beklenirken, tespit edebildiğimiz kadarıyla bey’ bi’l-vefâ akdi bu açıdan o kadar rağbet görmemiştir*” sözleri ile ifade etmiştir. Hemen her fıkıh kitabında ele alınan, pek çok fetvâ kitabında hakkında sorular sorulup cevaplar verilen bir akit hakkında müstakil risâlelerin yazılmamış olmasının bir eksiklik olarak değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir. Kaldı ki geçmişte bu mevzuyu kaleme alan başka eserlerin mevcut olması da mümkündür. Nitekim Küçüksucu, XVII. asırda bu mevzuda bir risalenin kaleme alındığını ifade etmiştir. Fakat bu asırda aynı mevzuda kaleme alınmış bir risâle daha mevcuttur ki aşağıda bu risale hakkında kısaca malumat verilmiştir. Ayrıca bkz. Korkmaz, Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer’iyye (XVII. Asır), s.98 vd.; Osmanlı Devleti’nin İslam hukukuna tesiri ve bunun Osmanlı klasik dönemindeki tezahürü hakkına bkz. Ahmet Kılınç, “The Influence of the Ottoman State on Islamıc Law”, **YBHD**, S.2022/2, s.547-580.

[14] Hüseyin Efendi H. 980 (M. 1572) yılında doğmuştur. Sultan II. Selim devri kazaskerlerinden Mehmed Efendi’nin oğludur. Müderrislik, kadılık, kazaskerlik ve nihayet şeyhülislâmlık yapmıştır. Mehmet İpşirli, “Ahîzâde Hüseyin Efendi”, ***DİA***, C.4, TDV, İstanbul, 1988, s.548.

Âhizâde Hüseyin Efendi bu risâlede, bey' bi'l-vefânın hukuki mahiyeti ve hükmü hususunda ulemânın ihtilaf ettiğini ifade etmiştir. Buna göre, Buhara ulemâsı bu akdi ikrah altında yapılan akde (bey'u'l-mükreh) benzetmiş, dolayısıyla fâsid hükmünü vermiştir. Çünkü bu akit, satım gerçekleştikten sonra tarafların o mal üzerinde tam olarak tasarruf etmelerine mâni olduğu için, bir mânâda rızayı öldürmektedir.[16] Bir kısım ulemâ[17] ise bu akdi rehin akdinin bir türü olarak değerlendirmiş ve bu akde cevaz vermiştir. Bu durumda satın alan aldığı şeyin zevâidinden[18] istifade ederse (rehin akdinde olduğu gibi) bunu tazmin etmesi gerekir. Semerkand ulemâsı ise ihtiyaç ve teâmül sebebi ile bu akde cevaz vermiştir. Nitekim olmayan şeyin satılması caiz olmamasına rağmen, ihtiyaç ve teâmül sebebi ile istisna akdi nasıl caiz oldu ise bu akitte ihtiyaç ve teâmül sebebi ile caiz olmuştur. "*Sâhibi'n-Nihâye*"ye[19] göre ise bu akit bir şartlı satıştır ve dolayısıyla fasittir. Ancak normal bir satım akdi gerçekleştirildikten sonra, karşılıklı rıza ile malı istediğinde ilk sahibine geri satacağını vaad etmesi suretinde yapılırsa *söz vermek borçtur*[20] hadis-i şerifi gereğince yerine getirilmesi lazım bir hal alır.[21]

Bey' bi'l-vefânın hükmü hususunda bu görüşleri zikreden Âhîzade kendi kanaatini açıkça ifade etmemiştir. Fakat risâlesinin sonunda yer alan ifadeleri onun da bu akdin cevazına kâil olduğunu düşündürmektedir. Nitekim müellif bu akdin Mısır'da da mevcut olup bununla amel edildiğini ve bey'u'l-emânet olarak adlandırıldığını, kendisinin ise bu akdin bütün beldelerde ve şehirlerde mevcut olup bey' bi'l-vefâ olarak adlandırıldığını müşâhede ettiğini ifade etmiştir.[22]

---

15 Âhizâde Hüseyin Efendi, ***Risâle fî Tahkîki'l-Bey' Bi'l-Vefâ***, İstanbul Millet Kütüphanesi, Ali Emiri Koleksiyonu, Arşiv no: 34 Ae Arabi 1122/2.

16 Âhizâde, Risâle fî Tahkîki'l-Bey' Bi'l-Vefâ, v.23-b.

17 Bunlar Seyyidü'l-İmam Ebû Şuca', Alî es-Suğdî ve İmamü'l-Kâdi Hasan el-Mâturîdi'dir. Âhizâde, Risâle fî Tahkîki'l-Bey' Bi'l-Vefâ, v.23-b.

18 Zevâid, bir eşyada sonradan meydana gelen fazlalığı ifade eden bir fıkıh terimidir. Bir hayvanın yavrusu veya ağacın meyvesi buna misal olarak zikredilebilir. Mehmet Boynukalın, "Zevâid", ***DİA***, C.44, TDV, İstanbul, 2013, s.302.

19 Âhizâde, Risâle fî Tahkîki'l-Bey' Bi'l-Vefâ, v.23-b.

20 Taberâni, ***el-Mu'cemu's-Sağîr***, C.1, Mektebetü'l-Ulûm ve'l-Hikem, 1983, s.150.

21 Kâdihan'a göre de baştan geri alım şartı ile yapılan akit fâsiddir. Ama bu akit şartsız yapılır, daha sonra karşılıklı vaad suretiyle geri alım şartı akde eklenirse bu satış caiz olur. Nitekim Ebû Hanife'de fasit şartın akit bittikten sonra akde eklenebileceği görüşündedir. Âhizâde, Risâle fî Tahkîki'l-Bey' Bi'l-Vefâ, v.23-b.; Kazerûnî, İşaratü Ba'zı Ehli'l-Vefâ bi Cem'i Ahkâm-ı Bey'i'l-Vefâ, v.4-a.; Abdülaziz Bayındır, ***Ticaret ve Faiz***, Süleymaniye Vakfı Yayınları, İstanbul, 2007, s.218.

22 Âhizâde, Risâle fî Tahkîki'l-Bey' Bi'l-Vefâ, v.23-b.

XVII. asır Osmanlı ulemâsından Kazerûnî[23] tarafından 1670’te Arapça kaleme alınan “İşaratü Ba’zı Ehli’l-Vefâ bi Cem’i Ahkâm-ı Bey’i’l-Vefâ”[24] isimli risâlede, müstakilen bey’ bi’l-vefâ akdi ele alınmıştır. Bu risâle bey’ bi’l-vefâ hakkındaki farklı kavilleri bir araya getirmek maksadıyla yazılmıştır. Bu münasebetle öncelikle teamül sebebiyle aslî hükmün terk edilebileceği,[25] darlık zamanlarında hükümlerin genişletileceği,[26] haramdan kurtulmak için başvurulan hîlelerin kul hakkını ihlal etmediği müddetçe caiz olduğu ve engellenmeyeceği[27] vurgulanarak bey’ bi’l-vefânın hukukî temelleri ifade edilmiş, ardından bey’ bi’l-vefâya dair görüşler sıralanmıştır. Risâlede haramdan kurtulmak için hîle-i şer’iyyenin tavsiye edildiği ve insanların bu zamanda böyle hîlelere ihtiyaç duydukları pek çok kez vurgulanmıştır.

Kazerûni risâlesinde bey’ bi’l-vefânın hükmüne dair sekiz görüşü zikretmiştir. Buna göre bey’ bi’l-vefâ 1. Rehin hükmündedir. 2. Sahih bir bey’ hükmündedir. 3. Akit geri alım şartı ile yapılırsa fâsid bey’; akit baştan şartsız kurulur, vefâ şartı akdin kuruluşundan sonra vaad suretiyle yapılırsa “bey’i câiz” hükmündedir. 4. Fâsid bir bey’ hükmündedir. 5. Akitte gabn-i fâhiş varsa rehin; yoksa “bey’i bât” (kesin satış) hükmündedir. 6. Müşteri için sahih bir bey, satıcı için rehin hükmündedir. 7. Mükrehin satımında olduğu gibi fâsid bir bey’ hükmündedir. 8. Bazı hükümleri açısından fâsid bey’, bazı hükümleri açısından sahih bir bey’, bazı hükümleri açısından rehin hükmündedir.[28]

Kazerûnî bu görüşleri sıraladıktan sonra akdin mahiyeti üzerindeki görüşünü ilginç bir örnek üzerinden açıklar. Buna göre bey’ bi’l-vefâ üç akitten müteşekkildir. Nasıl ki zürafa, devenin, ineğin ve kaplanın sıfatlarını bünyesinde taşıyorsa bu akit de üç farklı akdin özelliklerini bünyesinde taşımaktadır ve insanlar bu akde ihtiyaç duymaktadır.[29] Kazerûnî bey’ bi’l-vefânın hükmü hususunda ise zamanının ulemâsının bu akdi ittifakla câiz, faydalı, kendisiyle amel edilen,

---

23 Müellif hakkında tafsilatlı malumata ulaşılamamıştır.

24 Kazerûnî, ***İşaratü Ba’zı Ehli’l-Vefâ bi Cem’i Ahkâm-ı Bey’i’l-Vefâ***, İstanbul Müftülüğü Kütüphanesi, 1166, No: 967.

25 Kazerûnî, İşaratü Ba’zı Ehli’l-Vefâ bi Cem’i Ahkâm-ı Bey’i’l-Vefâ, v.3-a.

26 Kazerûnî, İşaratü Ba’zı Ehli’l-Vefâ bi Cem’i Ahkâm-ı Bey’i’l-Vefâ, v.3-a.

27 Kazerûnî, İşaratü Ba’zı Ehli’l-Vefâ bi Cem’i Ahkâm-ı Bey’i’l-Vefâ, v.1-b.

28 Kazerûnî, İşaratü Ba’zı Ehli’l-Vefâ bi Cem’i Ahkâm-ı Bey’i’l-Vefâ, v.4-a vd.

29 Kazerûnî, İşaratü Ba’zı Ehli’l-Vefâ bi Cem’i Ahkâm-ı Bey’i’l-Vefâ, v.4-b.; Ayrıca bkz. Ali Haydar Efendi, ***Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm***, C.1, DİB, İstanbul, 2020, s.208.

kendisine meyledilen bir akit olarak gördüğünü ve fetvânın da bu görüş üzere olduğunu ifade etmiştir.[30]

Kazerûnî'nin ifade ettiği bu görüş, akdin hükmü üzerine yapılan tartışmaların neticesinde özellikle Hanefî fukahasının ekseri tarafından kabul edilen, Osmanlı ulemâsının da ekseriyetle kabul ettiği ve "el-kavlu'l-câmi"[31] şeklinde isimlendirilen görüştür. Buna göre bey' bi'l-vefâ bazı açılardan sahih bir satım, bazı açılardan fâsid bir satım bazı açılardan ise rehin hükmündedir. Yani bu akit birden fazla akdin bir araya gelerek ortaya çıkarmış oldukları yeni bir akittir ve dolayısıyla bu üç akitten istifade edilerek ortaya koyulan hükümlere tâbidir. Nihayet Mecellede de bey' bi'l-vefânın hükmü hususunda "... *müşteri mebi' ile intifa eylemesine nazaran bey'i câiz hükmünde ve tarafeyn bunu feshe muktedir oldukları cihetle bey'i fasid hükmünde ve müşteri mebi'i ahara satamadığı cihetle rehin hükmündedir*"[32] denilerek "el-kavlu'l-câmi" kabul edilmiştir.[33]

III. BEY' Bİ'L-VEFÂ'NIN MENŞEİ

Bey' bi'l-vefânın ilk olarak nasıl ortaya çıktığı, bu akdin Müslümanlar tarafından ortaya koyulmuş bir akit mi olduğu, yoksa başka bir hukuk sisteminden İslam hukukuna mı girdiği tam olarak bilinmemektedir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki bir akdin veya hukuki muamelenin, İslam hukuku açısından meşruiyeti onun orijinal bir İslam hukuku ürünü olmasına bağlı değildir. İslam hukuku farklı hukuk sistemlerinden istifadeye, zamana/zemine göre yeni hukuki muamelelerin ortaya koyulmasına açıktır. Buradaki önemli nokta bu işlemin İslam

---

30 Kazerûnî, İşaratü Ba'zı Ehli'l-Vefâ bi Cem'i Ahkâm-ı Bey'i'l-Vefâ, v.5-a.

31 Buna göre "*akdin ilk defa uygulanmaya başlandığı dönemlerde asrın fukahâsı, bey' bi'l-vefâyı bilinen akitlerden birine benzeterek açıklama ve hükmünü tesbit etme yolunu tercih etmiş ve bu konuda ihtilâfa düşmüşlerdir. Âlimlerin büyük bir kısmı bunu rehne benzetirken; bazıları sahih satışa, bazıları da fâsit bir satışa, benzetmişlerdir. Fakat daha sonraki Hanefî fukahâsı görüşleri birleştiren (el-kavlu'l-câmi) söz diye ifade ettikleri rey üzerinde karar kılmışlardır. Bu görüşe göre; bey' bi'l-vefâ üç akitten de farklı hususiyetlere ve mevzuya sahip yeni bir akittir, fakat her üç akde de benzeyen tarafları vardır. Bu sebeple de Hanefî fukahâsından birçoğu, onu bu üç akitten herhangi birine dâhil etmemiş, fakat her üçünden istifade ederek çıkardıkları hükümlere tâbi kılmışlardır. Osmanlı döneminde bu akdi rehin olarak kabul edenler olsa da, fetvâ kitaplarıyla şer'iyye sicillerine bakıldığında genel olarak kuşatıcı görüşün tercih edildiği görülmektedir.*" Yelek, "Bir Finansman Yöntemi Olarak Kullanılan Bey' Bi'-l-Vefânın İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", s.284.; Ayrıca bkz. Kaya, "XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri", s.81 vd.

32 MAA, m.118.

33 XVIII. Asır Osmanlısında bey' bi'l-vefâ'nın nazari çerçevesi ve tatbikatı hakkında bkz. Kaya, "XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri".

hukukunun temel prensiplerine ve teorisine aykırı olmamasıdır. Nitekim “eşyada aslolan ibahedir”, bir şey İslam hukukuna aykırı değilse ona uygundur. Yoksa zaten bir hukuk sisteminin yeni ihtiyaçlara ve işlemlere bigâne kalması düşünülemez ki İslam hukuku bu cihetten önemli imkanlara sahiptir.[34]

Günümüz çalışmalarında (tespit edebildiğimiz) kadarıyla şimdiye kadar bey’ bi’l-vefâ akdinin ortaya çıkışı ile alakalı ayrıntılı bir çalışma yapılmamıştır. Pek çok yazar bu akdin X-XI. asırlarda Maveraünnehir havalisinde ortaya çıktığını ve özellikle devrin Hanefî âlimlerince o dönemde duyulan şiddetli ihtiyaç (hâcet) sebebiyle, faizden kurtulmak maksadıyla “icat edildiğini” ifade etmiştir. Kaşıkcı ise bu akdin eski Türk hukukundan mülhem olduğuna kânidir.[35] Kaşıkcı’nın bu kanaate sahip olmasının nedeni de bu makalede ele alınan Uygur hukuk vesikasıdır.

Bey’ bi’l-vefânın ortaya çıkış sürecini ortaya koymak için bu akdin ele alındığı en eski kaynaklara müracaat etmek gerekmektedir. Buna göre bu akitten bahseden en eski kaynaklar XI. asra tarihlenmektedir. Bu çerçevede Seyyidü’l-İmam Ebû Şuca’,[36] İmam Hasan Ali es-Suğdî (v.461/1068-1069),[37] Atâ b. Hamza es-Suğdi (v.471/1078),[38] İmamü’l-Kâdi Hasan el-Mâturîdi (v.511/1117)[39] ve Ebu

---

34 Bu imkanların neler olduğunun tartışılması bu makalenin kapsamı dışında kalmaktadır.

35 Kaşıkcı, Eski Hukukumuzda Bir Hile-i Şer’iyye Örneği: Geri Alım Şartlı Satım (Bey’ Bi’l-Vefâ), s.2.; Yelek, “Bir Finansman Yöntemi Olarak Kullanılan Bey’ Bi’-l-Vefânın İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, s.283.

36 Yelek, Ebû Şuca’nın Zahîruddîn el-Kebîr el-Merğinânî’nin hocası olduğunu ifade etmiştir. Bu ifade daha sonra Kaan tarafından da tekrar edilmiştir. Fakat kaynaklarda buna dair bir malumata rastlanmamıştır. Yelek’in bu malumata dair atıf yaptığı kaynakta Ebû Şuca’ ile alakalı malumat bulunmamaktadır. Bkz. Yelek, “Bir Finansman Yöntemi Olarak Kullanılan Bey’ Bi’-l-Vefânın İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, s.263.; Enver Osman Kaan, “Finansman Kaynağı Olarak Bey’ Bi’l-Vefa, Bey’ Bi’l-İstiğlal ve Bey’u’l-Îne”, ***Dil ve Edebiyat Araştırmaları Dergisi***, 2018 Bahar, S.17, s.234.; Huzeyfe Çeker, “Hanefî Mezhebinin Fıkıh Silsilesi”, ***İHAD***, 2012, S.19, ss.163-201.

“*Seyyid Ebu Şucâ’a şöyle bir soru soruldu: “Bir kimse bağını, vefâ yoluyla satıyor, taraflar arasında teslim ve tesellüm gerçekleşiyor, sonra satıcı bağı müşteriden kiralıyor.” Bu durumda satıcının kira ücreti ödemesi lazım gelir mi?” Ebu Şucâ’ “Hayır. Çünkü o rehindir. Rehin veren kişi, rehin verdiği malı rehin alandan kiralasa bunun için ücret ödemesi lazım gelmez.” şeklinde cevap vermiştir.*” Şeyh Bedreddin, ***Câmiu’l-Fusûleyn***, Ed. Hacı Yunus Apaydın, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2012, s.404.

37 Meşhur Hanefi âlimlerinden Serahsî’nin hocalarından olup Semerkand ve Buhara civarında yaşamıştır. Selahaddin Abdüllatif en-Nahi, “Suğdî”, ***DİA***, C.37, TDV, İstanbul, 2009, s.474.; Çeker, “Hanefî Mezhebinin Fıkıh Silsilesi”, s.190.

38 Atâ b. Hamza es-Suğdî’nin Ebu Hafs Necmüddin Ömer en-Nesefî’nin (v. 537/1142) hocalarından olduğu ve Buhara-Maveraünnehir havalisinde yaşadığı bilinmektedir. Çeker, “Hanefi Mezhebinin Fıkıh Silsileleri”, 194.

Hafs Necmüddin Ömer en-Nesefi'nin (v.537/1142)[40] isimleri zikredilmelidir.[41] Mezkûr âlimler Türklerin meskûn mahali olan Buhâra, Belh, Semerkand'da yani Maveraünnehir havalisinde yaşamış, ilmi tahsillerini de burada tamamlamışlardır.[42] Bu âlimlerin ilmi kudretlerine son derece itibar edilmiştir. Öyle ki İmamü'l-Kâdi Hasan el-Mâturîdi, İmam Hasan Ali es-Suğdî ve Seyyidü'l-İmam Ebû Şuca'nın beraber verdikleri fetvalara kesin delil gözüyle bakılıp, muhalif görüşlere itibar edilmediği ifade edilmiştir.[43] Nitekim bunların bey' bi'l-vefâyı rehin akdi gibi değerlendirmeleri bu akdin revaç bulmasına tesir etmiştir. XI. asır âlimlerinin gündemlerini meşgul eden bu tartışmanın belirli bir birikim üzerine yapıldığı göz önüne alındığında (eldeki kaynaklardan yola çıkarak) bu akdin geçmişini X. asra kadar geri götürmek mümkündür. Bununla birlikte şu hususun gözden kaçırılmaması gerekmektedir. Bahsedilen devirden önce de bu mevzuyu ele

---

[39] Mezhep İmamı İmam Maturidî'nin (3 veya 4. kuşaktan) torunu olup Semerkand'da kadılık da yaptığı için bu isimle anılmaktadır. Şükrü Özen, "Matürîdî", ***DİA***, C.28, TDV, Ankara, 2003, s.160.

"Seyyid İmam (Ebu Şucâ') şöyle demiştir: "İmam Mâtûridi'ye dedim ki "Bu alım-satım insanlar arasında yaygınlaştı. Bunda büyük mefsedet vardır, senin fetvan da bunun rehin olduğu yolundadır, ben de aynı kanaatteyim. Fakat doğru olan, imamları toplayıp bu konuda ittifakı sağlaman ve bunu insanlara açıklamandır." Buna karşılık Maturidî şöyle dedi: "Bugün muteber olan bizim fetvamızdır, bu fetva insanlar arasında yayılmıştır, bize kim bu konuda muhalefet ediyorsa kendini savunsun ve beyyinesini göstersin." Şeyh Bedreddin, Câmiu'l-Fusûleyn, s.403.

[40] Nesef, Maveraünnehir, Semerkand ve Buhara havalisinde yaşayan hanefî âlimdir. Ayşe Hümeyra Aslantürk, "Necmeddin Nesefî", ***DİA***, C.32, TDV, İstanbul, 2006, ss.571-573.; Çeker, "Hanefî Mezhebinin Fıkıh Silsilesi", s.194.;

Nesefi'nin fetvası şu şekildedir: "*Zamanımızda insanların, ribadan kaçınmak üzere yapageldikleri ve bey' bi'l-vefâ diye adlandırdıkları alım satım akdi gerçekte bir rehin akdidir. Müşteri onun mülkiyetine sahip olamaz ve asıl sahibinin izni olmadan ondan yararlanamaz. Müşteri bu akitle aldığı (bahçeden) yediği meyveyi, telef ettiği ağaçları tazmin eder. Eğer bey' bi'l-vefâ yoluyla alınmış olan mal, kıymet bakımından satıcıya verilmiş olan borcu (müşterinin alacağını) karşılıyorsa malın yok olması durumunda borç düşer, malın değeri borç miktarından fazla ise müşteri bu fazlalığı tazmin etmez. Normal şartlarda, satıcı borcunu ödediğinde o malı/bahçeyi geri alma hakkına sahiptir.*" Şeyh Bedreddin, Câmiu'l-Fusûleyn, s. 403.; Ayrıca bkz.; Kaan, "Finansman Kaynağı Olarak Bey' Bi'l-Vefa, Bey' Bi'l-İstiğlal ve Bey'u'l-Îne", s.229.

[41] Âhizâde, Risâle fî Tahkîki'l-Bey' Bi'l-Vefâ, v.23-b; Yelek, "Bir Finansman Yöntemi Olarak Kullanılan Bey' Bi'-l-Vefânın İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", s.261.; Şahin, "Mecelle'de Vefâen Satış Sözleşmesi", s.4-5.; Küçüksucu, "Mehmed Said Bey'in Ahkâmu'l-Bey' Bi'l-Vefâ İsimli Risalesi Çerçevesinde Son Dönem Osmanlısında Hukuki Tartışmalar," s.31.

[42] Yelek, "Bir Finansman Yöntemi Olarak Kullanılan Bey' Bi'-l-Vefânın İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", s.264.

[43] En-Nahi, "Suğdî", s.435.; Ulvi Murat Kılavuz, "Yeni Bir Neşri Vesilesiyle Ebû Şekûr es-Sâlimî'nin et-Temhîd 'ine Dair Notlar", ***İslam Araştırmaları Dergisi***, 2017, C.38, s.246.

alan ve bu akdin menşeine dair malumat veren kaynaklar olabilir. Nitekim Özbekistan ve Afganistan arşivlerinde o devirlerden kalma binlerce kitap/risale/vesika bulunmaktadır.[44] Özbekistan arşivlerinde son zamanlarda bazı çalışmalar yapılıp bazı kaynaklar kullanıma sunulmakla birlikte özellikle Afganistan arşivlerinin halihazırda bir “depo” görünümü arz etmesi ayrıca bu arşivlerin tasnif edilmemiş olması ve siyasi/içtimai diğer şartlar sebebiyle şimdilik bu arşivlerde çalışma yapmak mümkün görünmemektedir.[45] İlerleyen dönemlerde bu veya başka arşivlerden çıkacak vesikalar bu hususta yeni malumat verebilir. Şimdilik eldeki malzeme ile söylenebilecek olan bu akdin X. asırdan beri Müslümanlar tarafından biliniyor ve tatbik ediliyor oluşudur. Nitekim mezkûr fıkıh kitaplarında bu hususta yeterli malumat mevcuttur. Bu eserlerde akdin hem hukuki mahiyeti hem de meşruiyeti ele alınmıştır. XI. Asırdan sonra yazılmış pek çok fıkıh kitabında, fetva mecmualarında veya müstakil risâlelerde bey’ bi’l-vefâ hakkında değerlendirmeler bulunmaktadır. Fakat her halükarda bu akdin bu mahalde doğduğuna ve Hanefi hukukçular vasıtasıyla icad/ithal edilmiş olduğuna şüphe yoktur.

Hayat şartlarının zorlaması ve çeşitli buhran dönemleri, hukukta bazı farklı yorumların yapılmasını beraberinde getirmektedir. Nitekim böyle dönemlerde İslam hukukundaki teysir kaidesi[46] gereği ruhsatlardan istifade imkanları öne çıkarılır. Bu çerçevede bey’ bi’l-vefâ’nın da doğduğu yer ve mıntıkaya bakmak gerekmektedir. X. Asırda Maveraünnehir havalisinde çeşitli iktisâdi sıkıntıların olduğu ve insanların kredi bulmakta zorluk çektikleri bilinmektedir.[47] Bey’ bi’l-vefânın da bu sıkıntıyı bertaraf edecek mahiyette bir akit olması göz önünde

---

44 Emek Üşenmez, “Özbekistan Yazma Eserler Kütüphanesi”, ***Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi***, 2019, S.2/6, s.682-689.

45 Özbekistan ve Afganistan arşivlerinin durumları ile alakalı güncel bilgi Afganistan arşivini bizzat giderek tetkik eden, Osmanlı hukukunda finansman kaynakları, bey’ bi’l-vefâ, bey’ bi’l-istiğlal vb. üzerine çalışmaları devam eden Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Görevlisi Habibullah Habib’den alınmıştır.

46 “Meşakkat teysiri celbeder” MAA, m.17.; “Bir iş zîyk oldukta müttesi’ olur” MAA, m.18 vb. Bkz, Ali Haydar Efendi, Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm, C.1, s.75 vd.; Bilmen, Hukuki İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, C.1, s.265, C.5, s.48, C.6, s.100.

47 O dönemki içtimai şartlar hakkında bkz. Süleyman Kaya, “Ahmet Cevdet Paşa’nın Risaletü’l-Vefa İsimli Eseri”, ***İHAD***, S. 12, 2008, s.269 vd.; Kaşıkcı, Eski Hukukumuzda Bir Hile-i Şer’iyye Örneği: Geri Alım Şartlı Satım (Bey’ Bi’l-Vefâ), s.2 vd.; Yelek, “Bir Finansman Yöntemi Olarak Kullanılan Bey’ Bi’-l-Vefânın İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, s.260 vd.; Şahin, “Mecelle’de Vefâen Satış Sözleşmesi”, s.4 vd.; Bilge, “Bey’ Bi’l-Vefa ve Osmanlı Uygulamasındaki Yeri”, s.6 vd.; Küçüksucu, “Mehmed Said Bey’in Ahkâmu’l-Bey’ Bi’l-Vefâ İsimli Risalesi Çerçevesinde Son Dönem Osmanlısında Hukuki Tartışmalar,” s.30 vd.

tutulduğunda bu akdin hacet sebebiyle ruhsat verilmiş bir hîle-i şer'iyye tatbikatı olduğu görülmektedir.[48]

Bu makalenin kaleme alınma sebebi olan vesika ise (ayrıntısı aşağıda ele alındığı üzere) Uygurların Müslüman olmadan önceki devirlerinden kalan bir hukuk vesikasında bey' bi'l-vefâ tatbikatına rastlanmış olmasıdır. Bu vesikanın bey' bi'l-vefânın menşeine dair ne mânâ ifade ettiği aşağıda ayrıca ele alınmıştır.

IV. UYGURLAR VE UYGUR HUKUK VESİKALARI

Uygurlar, Hun Devleti'ne tâbi Türk boylarından olup, Hunlardan sonra Göktürklerin hakimiyeti altında yaşamışlardır.[49] Uygurların iktidarı ele geçirmek maksadıyla Basmiller ve Karluklar ile birleşerek giriştiği faaliyetler sonucu Göktürk Devleti yıkılmıştır.[50] Göktürklerin yıkılışını (744) takiben kendi devletlerini kurmuşlar ve bu devleti bir asır yaşatmışlardır. Bu dönemde Uygurlar Moğolistan havalisinde ve yarı göçebe şekilde yaşamaktaydılar. Bu sebeple onlara Kuzey Uygurları da denmektedir.[51] Kırgızlar, 840/845 yıllarında Uygurları bu bölgeden çıkarmış ve Uygurlar güney-batıya yani Doğu Türkistan'a yerleşmişlerdir (Güney Uygurları- Turfan Uygurları). Uygurlar burada da yaklaşık bir asır hüküm sürmüş bunun ardından hakimiyetlerini ilk Müslüman Türk devleti olan Kara-

---

48 Nitekim benzer iktisâdi sıkıntıların göze çarptığı 16-17. asır Osmanlısında da benzer tatbikatlara rastlanır. Bu manada para vakfı tartışmaları, muamele-i şer'iyye, bey' bi'l-vefâ', bey' bi'l-istiğlâl bu devirlerde önemli meseleler olarak karşımıza çıkmıştır. Bu durum bir hukuk tatbikatı ele alınırken o tatbikatın görüldüğü devir ve coğrafyanın içtimai şartlarını göz önünde tutmanın önemini göstermesi açısından ayrıca ele almaya değer bir mevzudur. Osmanlı Devleti'nde mezkûr devirlerdeki içtimai şartlar ve bunun belirtilen hukuk tatbikatlarına tesiri hakkında bkz. Korkmaz, Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer'iyye (XVII. Asır), s.102-121.

49 Hüseyin Namık Orkun, "Türk Hukuk Tarihinin Uygur Vesikaları", ***Türk Hukuku Tarihi - Araştırmalar ve Düşünceler-***, 1935, Ankara, s.533 vd.; Ahmed Akgündüz, "Uygur Hukuku", ***Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi***, 1988, S.57, s.17.; Gülçin Çandarlıoğlu, "Uygurlar", ***DİA***, C.42, TDV, İstanbul, 2012, ss.242-244.

50 Akgündüz, "Uygur Hukuku", s.17.; Çandarlıoğlu, "Uygurlar", s.242.

51 Kuzey Uygurlarının kurduğu devletin tebaasında, nüfusun çoğunluğunu dokuz tane Oğuz boyu oluşturmuştur. Bu nedenle Uygurlara "Dokuz-Oğuzlar" ya da bu dokuz tane boyun Uygur boyu ile birleşmesi sebebiyle "On-Uygurlar" da denilmektedir. İbrahim Kafesoğlu, ***Türk Milli Kültürü***, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınlarından, Ankara, 1977, s.130 vd.; Faruk Sümer, "Dokuz Oğuzlar", ***DİA***, C.9, TDV, İstanbul, 1994, s.500-502.; Ahmet Taşağıl, ***Çin Kaynaklarına Göre Eski Türk Boyları, M.Ö. III-M.S. X. Asır***, TTK, Ankara, 2013, s.113-115.; Dokuz Oğuzlar ve bugün Anadolu halkının esasını teşkil eden Oğuzlar farklı kavimlerdir. Bkz. https://ekrembugraekinci.com/question/?ID=18999 (30.06.2022)

hanlılara kaptırmışlardır.[52] Bununla birlikte Turfan Uygurlarının 1209 yılına kadar bağımsızlıklarını kısmen de olsa sürdürdüğü, ardından Moğol İmparatorluğuna bağlanarak hayatını bir şekilde devam ettirdiği ifade edilmelidir.[53]

Diğer komşu Türk topluluklarının çoğu gibi Göktanrı dinine bağlı olan Uygurlar, 763'ten sonra Mani dinini, 1000'li yıllardan itibaren Buda dinini kabul etmişlerdir. İslamiyet de aynı dönemlerde Uygurlar arasında yayılmaya başlamıştır. Bu dinler, Uygurların göçebe hayatı terk ederek yerleşik hayata geçmesinde önemli bir etken olmuştur. Güney-Turfan Uygur toplumunu diğer Türk topluluklarından ayıran en önemli özellik de Uygurların hayat tarzındaki bu değişikliktir. Nitekim onlar; göçebe hayatı terk ederek topraklarını genişletme teşebbüsünden ve siyasi-askeri çatışmalardan uzak bir hayat tarzı benimsemişlerdir. Bu sayede diğer Türk topluluklarına nazaran çok daha gelişmiş şehirler ortaya çıkarabilmişler ve komşu ülkelerle çok daha canlı ticari ilişkiler kurabilmişlerdir.[54] Yerleşik hayata geçiş ve beraberinde gelen ticaretin güçlenmesi ile birlikte yazı ve kağıdı da kullanan Uygurlar, güçlü bir medeniyet kurmuşlardır. Nitekim din, hukuk, edebiyat ve felsefe sahalarında bıraktıkları eserlerden bir kısmı günümüze kadar ulaşmıştır.

İslamiyet öncesi Türk hukukuna dair malumatın çok kısıtlı olduğu bilinmektedir. Bu dönemin hukuku genel olarak Çin kaynakları, İslam kaynakları ve eski Türklerden kalma bazı eserler üzerinden takip edilmektedir. Güney Uygurlarının hukuku hakkında ise bu kaynaklardan farklı olarak çok önemli bazı hukuk vesikaları günümüze ulaşmıştır. Bu vesikalar, Uygur hukukuna dair eşsiz malumat ihtiva etmektedir. Bunların hangi tarihte yazılmış oldukları tam olarak bilinmemekle birlikte X-XIV. asırlarda kaleme alındıkları tahmin edilmektedir.[55]

İlk Uygur vesikası, 1890'da Doğu Türkistan havalisinde tesadüfen bulunmuştur. Bu ilgi çekici buluntudan sonra bölgede çok sayıda araştırma gezisi/ kazısı yapılmış ve pek çok vesika ortaya çıkarılmıştır. Keşfedilen vesikalardan bazılarının da hukuk ile ilgili olduğu tespit edilmiştir. O günden beri yapılan çalışmalar sayesinde

---

[52] Bahaeddin Ögel, ***İslamiyetten Önce Türk Kültür Tarihi (Orta Asya Kaynak ve Buluntularına Göre)***, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1962, s.348 vd.; Halil Cin-Ahmed Akgündüz, ***Türk Hukuk Tarihi***, OSAV, İstanbul, 2011, s.86.

[53] Ahmet Taşağıl, "Turfan", ***DİA***, C.41, TDV, İstanbul, 2012, s.415.

[54] Özkan İzgi, "Turfan Uygurlarında Kiralama Vesikaları", ***X. Türk Tarih Kongresi'nden Ayrıbasım***, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991, s.76.

[55] Reşid Rahmeti Arat, "Eski Türk Hukuk Vesikaları", ***Türk Kültürü Araştırmaları***, Yıl: 1, S.1, Ankara, 1964, s.6.; Larry Vernon Clark, "Introduction to the Uyghur Civil Documents of East Turkestan (13th-14th Cc.)", Doktora Tezi, ***Bloomington***, Edinburg, 1975, s.374.; Akgündüz, "Uygur Hukuku", s.19.

bu vesikalar neşredilmiş ve Türkçeye de kazandırılmıştır.[56] Uygur hukuku ile alakalı en önemli malumata bu vesikalar sayesinde ulaşılmaktadır. Sayısı yüzlerle ifade edilebilen bu vesikalarda vergi hukukundan borçlar hukukuna, kişiler hukukundan ceza hukukuna kadar pek çok sahada eşsiz malumat bulunmaktadır.

Uygur hukuk vesikalarında dikkat çekici uygulamalar göze çarpmaktadır. Nitekim akitlerin yazılı yapılması ve bunların şekli olarak yeknesak olması, vasiyet gibi o dönem bazı diğer hukuk sistemlerinde bilinmeyen tasarrufların mevcudiyeti, vasiyeti tenfiz memuru atanması, vesikalarda örf-âdet hukukuna yapılan atıflar, akitlerde cezai şart, alım-satım, kira, faiz, vakıf, rehin, trampa, makbuz, evlatlık, çocuk satışı ve rehni bunlardan bazılarıdır. Her ne kadar bu vesikalar Türklerin yerleşik hayata geçtikleri bir dönemden günümüze kalmış olsa da vesikalarda rastlanan pek çok müessesenin, bu dönemden önce de mevcut olduğu bilinmektedir. Ayrıca vesikalarda sık sık örf-âdet hukukuna atıf yapılmaktadır. Bu durum insanlar arasında yerleşmiş ve kuralları herkesçe bilinen mütekâmil bir hukuk sistemine delalet etmektedir.

Uygurların hem yerleşik hayata geçmeleri ve hem de Çinlilerle olan yakın münasebetleri göz önüne alındığında bu vesikaların eski Türklerin âdet ve hukuk telakkilerini ne derece yansıttıkları tartışma konusudur. Uygur hukuk vesikalarının Çin vesikaları ile ayrıntılı bir mukayesesi henüz yapılmamış olmakla birlikte, belirli noktalarda bu vesikalar üzerinde Çin tesiri görülmektedir.[57]

V. UYGUR HUKUKUNDA BEY' Bİ'L-VEFÂ TATBİKATI

Bir Uygur hukuk vesikasında bey' bi'l-vefâya tesadüf edildiği yukarıda ifade edilmişti. Burada öncelikle bu vesikanın tercümesine[58] yer verilmiş, ardından

---

[56] Uygur hukuku hakkında Türkçe literatürün hukuki tahlili için bkz. Salih Korkmaz, "Uygur Hukuk Vesikaları Üzerine Türkçe Literatürün Hukuki Tahlili", ***Adalet Dergisi***, S.69, 2022/2, Ankara.

[57] Bkz. Özkan İzgi, ***Uygurların Siyasi ve Kültürel Tarihi (Hukuk Vesikalarına Göre)***, Türk Kültürü Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, Seri: 3, Sayı: A.17, 1987, s.27.; Özkan İzgi, "Turfan Uygurları Kültürü Hakkında Bazı Düşünceler", ***Uluslararası Osmanlı Öncesi Türk Kültürü Kongresi***, Ankara, 1989.; Nobuo Yamada, "Uygur Satış Mukavelesi Belgelerinin Şekilleri", çev. Emine Gürsoy Naskali, ***İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Türk Dili ve Edebiyatı Dergisi***, 1993, C.26, İstanbul, ss.195-234.; Wolfram Eberhard, ***Çin Tarihi***, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1995, s.203 vd.; Wolfram Eberhard, ***Çin'in Şimal Komşuları***, ***çev. Nimet Uluğtuğ***, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1996. Krş. Ferit Ayiter, "Eski Türk Hususi Hukukuna Ait Bazı Notlar", ***İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası***, 1949-1950, C.11, s.418 vd.

[58] Tercüme hususunda bu vesikaları tercüme ederek neşredenlerden Berker Keskin'in tercümesi, diğer tercümeler ile mukayese edilerek kullanılmıştır. Bkz. Berker Keskin, "Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri ve Söz Varlığı", Doktora Tezi, ***İstanbul Üniversitesi SBE***, 2020.

bir değerlendirme yapılmıştır. İlgili vesika şöyledir: “*Koyun yılı birinci ayın onuncu gününde ben Taşık, Turı’ya senet veririm. Benim kalan (vergisine) gücüm yetmeyip vereceğim çok olup alacaklılarım da çok olup duracak (hayatıma devam edecek) gibi olmayıp kaçıp saklanıp gitmiş (olduğum) için (veya şehirde oturduğum, yaşlandığım mâkul ve idareli bir surette yaşayamadığım için) yine Turı ile birlikteki bana ait üç erkek kölenin çalışacağı üzüm bağımı (veya üç kişi vasıtasıyla işletilebilecek üzüm bağımı*[59]*) “Benim berim (vergilerimi) sen ödeyip sen alır mısın?” diye sorsam, “Yoksa başka kişiye bırakırım!” dersem, Turı “Berim (vergini) ben veririm. Üzüm bağına başka kişi sokmam!” dediği için Barça Toyın’a iki ipekli kumaş; Kançuk’a yarım küp şarap; Yumşak’a iki şıg darı, bir siyah elbise; Kı□ay Buka’ya üç ipekli kumaş... “Bunca eşyaları sen verip senetlerimi al!” deyip bırakıp gittim. Bu eşyaları Turı verip, berim (vergimi) öderse bu üzüm bağı Turı’ya tazminat olsun. Yine bu eşyaları ben Taşık, dönüp gelip Turı’ya ödeyip verirsem ben Turı, üzüm bağını geri veririm. Ben Taşık, üç yıla kadar dönüp gelip bu eşyaları Turı’ya vermezsem üzüm bağı Turı’ya doğrudan tazminat olsun (veya ... iade etmezsem, üzüm bağım borçlarımın ivazı olarak Turı’nın mülkü olsun*[60]*). Tanık Kärsin. Tanık Ögrünç Buka. Bu nişan, ben Taşık’ındır. Ben Baçak Turmış, Taşık Apam’a sorup yazdım.*”[61] Görüldüğü üzere burada Taşık borçlarının çok olması sebebiyle bunları ödeyemeyecek duruma düşmüş, bunun üzerine bağını Turı’ya belirli şartlarla satmıştır. Buna göre bağı satın alan Turı, hem bağın vergisini ödeyecek hem de Taşık’ın üçüncü şahıslara olan borçlarını ödeyip onlardaki senetleri alacaktır.[62] Üç yıl içinde Taşık, Turı’nın ödediği şeyleri iade ederse Turı bağın mülkiyetini Taşık’a geri verecek, iade etmezse bağ tamamen Turı’nın olacaktır. Bu üç yıl içinde bağı Turı kullanacaktır. Burada “*Turı ile birlikteki”* ifadesinden Turı ile Taşık’ın bu bağda ortak oldukları mânâsı da, Turı’nın bu bağda bahsi geçen üç köle birlikte çalışan olduğu mânâsı da çıkarılabilir. Fakat daha kuvvetli ihtimal bu bağın müstakilen Taşık’ın olmasıdır. Çünkü Uygur hukuk vesikaları tetkik edildiğinde hisseli yerlerde bu hususun özellikle vurgulandığı görülmektedir.

---

59 Sadri Maksudi Arsal, ***Türk Tarihi ve Hukuk***, TTK, Ankara, 2020, s.77.

60 Arsal, Türk Tarihi ve Hukuk, s.77.

61 Keskin, “Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri ve Söz Varlığı”, s.530.; Abdullah Şen, “Uigurische Sprachdenkmaler’den Seçme Uygur Hukuk Belgeleri”, Yüksek Lisans Tezi, ***İstanbul Üniversitesi SBE***, 2004, Tez No: 14609, s.98.

62 Uygur hukuk vesikalarından, hemen her türlü hukuki muamele için senet düzenlenebildiği anlaşılmaktadır. Bu vesikada da aynı durumla karşılaşılmıştır. Nitekim Turı, Taşık’ın borçlarını ödeyip onun senetlerini borçlulardan alacaktır.

Arsal, bu akdi "*gayrimenkul ipoteği*" olarak tavsif etmiştir. İpotek ile bey' bi'l-vefâ arasında borca teminat sağlama hususunda bir benzerlik bulunsa da bunlar farklı hukuki muamelelerdir. Nitekim ipotekte malın mülkiyeti el değiştirmez. Yine ipotekte malın kullanım hakkı, ipotek tesis edilen malın malikinde kalmaya devam eder. Fakat bey' bi'l-vefâda malın mülkiyeti ve kullanım hakkı malı satına alana geçer. Zaten bir malı bey' bi'l-vefâ ile satın alan kimsenin menfaati, bu maldan istifadesinden ibarettir. Dolayısıyla, mezkûr akdin "*gayrimenkul ipoteği*" olarak tavsif edilmesi doğru değildir.[63]

Özetle bu akit, yukarıda da ifade edildiği üzere (genellikle para-sermaye sıkıntısı çeken) bir kişinin bir malını belirli bir süre içinde bedeli iade ederse geri almak şartıyla bir başkasına satması temeli üzerine kurulmuştur. Buna göre, malı satan kimse karşı taraftan, sattığı malın parasını alır ve malı karşıya teslim eder. Malı satın alan kimse ise teslim aldığı bu maldan, eski sahibi bedeli iade edip malı geri alana kadar istifade eder. Belirlenen süre içerisinde malı satan kişi bedeli iade ederse sattığı mal kendisine döner. Belirlenen süre içinde bedel ödenmezse geri alım şartıyla satış kesin satışa döner. Yukarıda zikredilen örnekte de bu durum aynen görülmektedir ki, bu akit İslam hukukunda bey' bi'l-vefâ olarak isimlendirilmektedir.

SONUÇ

Çalışmada bey' bi'l-vefâ akdinin menşeine dair eldeki malumat değerlendirilmiştir. Bunların mukayesesi neticesinde ulaşılan sonuçlar maddeler halinde zikredilmiştir.

1. Herhangi bir akdin, müessesenin vb. tarihi menşeine dair bir araştırmada en önemli hususlardan birisi ulaşılan en eski kaynaklardır. Bey' bi'l-vefâ ile alakalı en eski kaynaklar tetkik edildiğinde karşımıza şöyle bir tablo çıkmaktadır: İslam hukuku açısından en eski eserler XI. asra tarihlenmektedir. Fakat hem bu eserlerin XI. asrın başlarında kaleme alınmış olmaları hem de eserlerdeki tartışmaların belirli bir fikri zemin üzerine inşa edilmeleri göz önüne alındığında bu tarihi X. asra kadar geri götürmek mümkün görünmektedir. Bu eserler Maveraünnehir havalisinde yaşayan, Hanefi âlimlerce kaleme alınmıştır.

Uygur hukuku açısından ise elimizde sadece bir vesika vardır. Fakat bu vesikanın tarihlendirmesi tam olarak yapılamamaktadır. Aslında Uygur hukuk

[63] Bkz. Arsal, Türk Tarihi ve Hukuk, s.77.

vesikalarında, vesikanın başında tarih bölümü yer almaktadır. Nitekim bu kayıtta da vesikanın başında tarih yıl, ay ve gün olarak kaydedilmiştir. Fakat Türklerin o dönemde kullanmış oldukları takvim on iki hayvanlı Türk takvimidir. Bu takvimde yıllar, aylar gibi on iki tanedir ve on iki senelik devir tamamlandığında tarih başa döner. Dolayısıyla her on iki senede bir başa dönen bir takvimde, yıl yazılsa dahi (vesikada “Koyun Yılı” olarak yazıldığı gibi) düşülen kaydın tam olarak hangi tarihe denk düştüğü bilinememektedir. Haliyle elimizdeki bu kaydın hangi devre ait bir evrak olduğu tam olarak bilinememektedir. Fakat eldeki Uygur vesikalarının X-XIV. asırlara tarihlendiği göz önüne alındığında bu evrak da bu tarihler arasında bir yere tarihlenmektedir.

2. Bey’ bi’l-vefâ’nın menşeine dair literatürdeki ağırlıklı görüş bunun X-XI. asırda Maveraünnehir havalisinde Hanefî âlimlerce icat edilmiş bir akit olduğu yönündedir. Bununla birlikte bu akdin eski Türk hukukundan[64] mülhem olduğu da iddia edilmektedir. Eldeki deliller toplu bir şekilde değerlendirilip mukayese edildiğinde karşımıza birkaç ihtimal çıkmaktadır. Bunlardan birincisi bu akdin devrin Hanefî âlimlerince icat edilmiş olma ihtimalidir. Bu durumda bu akit Uygur hukukuna İslam hukukundan ithal edilmiş olmalıdır. İkinci ihtimal: bu akdin eski Türk hukukunda mevcut olup, İslam hukukuna buradan ithal edilmiş olma ihtimalidir. Şimdiye kadar hiç dillendirilmemiş olan üçüncü ihtimal ise bu akdin Çin hukukundan eski Türk hukukuna ve/veya İslam hukukuna ithal edilmiş olma ihtimalidir. Nitekim Uygurların yerleşik hayata geçtikleri dönemden kalan bu vesikalarda belirli noktalarda Çin tesiri görülmektedir. Dolayısıyla bu akdin de Çin hukuku kaynaklı olup oradan Uygur hukukuna, oradan da İslam hukukuna girmiş olması veya doğrudan Çin hukukundan İslam hukukuna ithal edilmiş olması mümkündür. Nitekim coğrafi ve tarihi yakınlık bu hukuk sistemleri arasındaki bir geçişi mümkün kılmaktadır. Kadim Çin hukukunda bey’ bi’l-vefâya benzer bir akdin varlığı bilinmektedir.[65] Fakat elimizde Çin hukukunda bu tatbikata dair ayrıntılı bir malumat bulunmadığı, bu hususta bir tetkik de yapılmadığı için bu ihtimal dahilinde söylenenler şimdilik “spekülasyon” kabilinden görülebilir.[66] Dördüncü ve son ihtimal ise benzer coğrafyada ve benzer

---

[64] Çalışmada kullanılan “eski Türk hukuku” ifadesi ile Türklerin Müslüman olmadan önceki hukuk sistemleri kastedilmektedir.

[65] Mahmud Esad Efendi, ***Tarih-i İlm-i Hukuk***, Haz. Fethi Gediki- Mahmud Esad Kalıpçı- Ebru Kayabaş- Sevtap Metin- Ayhan Ceylan- Abdullah Demir- İrem Karakoç- Ali Adem Yörük, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.105.

[66] Kadim Çin hukuku ile alakalı bkz. Mahmud Esad Efendi, ***Tarih-i İlm-i Hukuk***, s.95 vd.; Recai Galip Okandan, ***Umumi Hukuk Tarihi Dersleri***, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1951.;

şartlarda yaşayan dolayısıyla aynı/benzer şeylere ihtiyaç duyan insanların birbirinden bağımsız surette bu akdi icat etmiş olmalarıdır.

Bu ihtimaller değerlendirildiğinde bey' bi'l-vefâ'nın menşeine dair tam bir kanaate ulaşmak mümkün görünmemektedir. Fakat bu akdi ilk kez ele alan İslâm âlimleri Türklerin meskûn mahalinde yaşamış ve ilmi tahsillerini de burada tamamlamışlardır. Ayrıca bu akdin meşruiyetinin tartışıldığı kaynaklarda "örf" e atıflar bulunmaktadır. Bu durum da bey' bi'l-vefâ'nın bu bölgede daha önceden bilinen bir tatbikat olması ihtimalini kuvvetlendirmektedir. Dolayısıyla, bu akdin İslâm hukukuna eski Türk hukukundan geçmesi ihtimali, en kuvvetli ihtimal olarak karşımıza çıkmaktadır.[67] İleride ortaya çıkması muhtemel yeni kaynaklar bu hususta mevzuya ışık tutabilir.

3. Hukukun ana hedeflerinden birisi insanların ihtiyaçlarını karşılamak, problemlerini çözmektir. Dolayısıyla hukuk tatbikatı şartlara göre şekil alır ve bu tabii karşılanmalıdır. Hukukun pek çok farklı görüşlerden müteşekkil olması da buna imkan tanımaktadır. Nitekim bir meselede zayıf görülen bir görüş, tarihin başka bir noktasında, ihtiyaçlar ve şartların değişmesi ile mânâ kazanıp tatbik sahası bulmuş, ihtiyaçlara karşılık vermiş olabilir. Hukuk tatbikatının, pek çok farklı müessirin bir araya gelerek oluşturduğu bir bütünün son parçası olması ve tarihî şartların hukuk tatbikatına tesiri göz önüne alındığında hukukun tatbikatta aldığı şekil, o devrin tarihî şartlarından bağımsız değerlendirilemez. Dolayısıyla hukuk tatbikatı, pek çok farklı müessirin bir araya gelerek oluşturduğu bir bütünün son parçasıdır ve bu tatbikat siyasetten, sosyolojiden, iktisattan vb. müstakil değildir.[68] Hukukta hemen her mevzuu üzerinde birden fazla görüşün; farklı ekollerin bulunması da bu farklılaşmaya imkan vermektedir. Ayrıca örf/âdet ve maslahat (pek çok hukuk sisteminin de olduğu gibi) İslâm hukukunun delillerindendir.

Ekrem Buğra Ekinci, ***Hukukun Serüveni***, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2011, s.100 vd.; İbrahim Erol Kozak, ***Genel Hukuk Tarihi***, Palet Yayınları, Ankara 2011, s.520 vd.; Abdullah Demir, "Kadim Çin Hukuku", ***Sosyal Araştırmalar ve Davranış Bilimleri Dergisi***, C.3, S.3, s.32-42.

[67] Burada bey' bi'l-vefâ'nın genel olarak gayrimenkuller üzerinde kurulan bir akit olduğu, eski Türklerin ise göçebe bir hayat tarzı yaşadığı dolayısıyla gayrimenkuller üzerine kurulan akitlerin menşeinin eski Türk hukuku olmaması gerektiği iddia edilebilir. Fakat yukarıda da ifade edildiği üzere Uygurlar VIII-XI. asırlardan itibaren yerleşik hayata geçmişlerdir. Ayrıca bey' bi'l-vefâ'nın eski Türk hukukunda sadece gayrimenkuller üzerine kurulabildiğine dair herhangi bir malumat da bulunmamaktadır.

[68] Çalışmanın mevzuunu teşkil eden meselenin de şartlardan bağımsız değerlendirilemeyeceğine, nitekim benzer iktisâdi sıkıntıların göze çarptığı 16-17. asır Osmanlısında da benzer tatbikatlara rastlandığına yukarıda temas edilmişti.

Tarih boyu insanlar evlenmiş, alışveriş yapmış, suç işlemiş, savaşmış, barış yapmıştır. Bunların her birisi hukuki muamelelerdir. Nihayetinde insani ilişkinin olduğu yerde hukuk vardır. Nitekim hukukun temeli sabittir; değişen şey, şekiller ve görünümlerdir. Bu mânâda hukuk muhafazakâr bir disiplindir ve istikrar onun temel özelliklerindendir. Nitekim birbirinden farklı hukuk sistemleri, birbirinden farklı tarihi devirler ve coğrafyalarda tatbik edilen hukuk kuralları tetkik edildiğinde aralarında pek çok benzerlik bulmak mümkündür. Çünkü insanlar aynı temel ihtiyaçları karşılamak üzerine yaşamaktadırlar. Bu da benzer şartlar altında birbirinden çok farklı zaman ve coğrafyalarda bile benzer hukuki münasebetlerin bulunmasını sağlamaktadır. Hal böyleyken birbirine yakın coğrafyalarda ve devirlerdeki hukuk sistemleri arasındaki etkileşim tabii karşılanmalıdır. Bu hukukun gelişimine katkı sağlayan unsurlardan biridir. Nitekim yukarıda zikredildiği üzere İslam hukuku da belirli şartlar dahilinde başka hukuk sistemlerinden istifadeye açıktır.

Yukarıda zikredilenler çerçevesinde bey’ bi’l-vefâ’ ele alındığında da benzer neticelerle karşılaşılmaktadır. Nitekim bu akde menşeinden bağımsız olarak hem İslam hukukunda hem eski Türk hukukunda rastlanmaktadır. Çin hukuku da buraya eklenebilir. Bu hukukların arasındaki etkileşim tabiidir. Fakat benzer tatbikatlara aradaki zaman ve coğrafya farkına rağmen Roma hukukunda da rastlanmaktadır.[69] Aynı şekilde günümüz hukuklarında da buna benzer akitler bulunmaktadır.[70] Birbirinden farklı zamanlarda ve coğrafyalarda karşılaşılan bu

---

[69] Roma hukukunda alacağın teminat altına alınmasını sağlamayı hedefleyen pek çok hukuki muamele bulunmaktadır. Bunlardan bazıları “fiducia”, “pignus”, “hypoteca”, “Antichresis”, “Pactum de Retro Emendo” dur. Özellikle Pactum de Retro Emendo satım akdine eklenen bir geri alım şartıdır ki bey’ bi’l-vefâ’ya çok benzemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bülent Tahiroğlu, ***Roma Borçlar Hukuku***, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 219.; Belgin Erdoğmuş, ***Roma Eşya Hukuku***, Der Yayınları, İstanbul, 2009, s. 127.; Erdal Özsunar, “Roma Hukukunda Rehin Hakkı (Pignus-Hypotheca)”, ***DEÜHFD***, 2005, C.7, S.2, s.139.; M.Tahir Sebük, ***Şüf’a, Vefa ve İştira Hakları***, Kader Basımevi, 1951, s.11 vd.; Duygu Tahan, “Roma Hukuku’nda Alım Satım Akdine Bağlı Pactumlar”, ***İnÜHFD***, 2017, C.8, S.1, s.212.; Bedia Güleş, “Roma Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Beğenme Koşulu ile Satış Sözleşmesi”, ***AÜHFD***, 2020, 69/2, s.474.; Bilge, “Bey’ Bi’l-Vefa ve Osmanlı Uygulamasındaki Yeri”, s.51.

[70] 4721 sayılı TMK’nın 736. maddesinde düzenlenen “geri alım hakkı”, Tekinay tarafından “*satıcıya, sattığı şeyi alıcıdan belli bir süre içinde tek taraflı bir beyanla satın alabilmek yetkisini veren hak*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu çerçevede geri alım hakkı ile bey’ bi’l-vefâ’ arasında önemli benzerlikler vardır. Nitekim her ikisinin de temel hedefi aynıdır ve hüküm itibariyle aynı neticeye ulaşılmaktadır. Bununla birlikte bu iki muamele arasında farklılıklar da mevcuttur. Nitekim bey’ bi’l-vefâ’ müstakil bir akit, geri alım şartı ise satım sözleşmesine eklenen bir şarttır. Yine bey’ bi’l-vefâ’ her iki tarafın da sona erdirebileceği bir akit iken geri alım şartıyla satışta sadece malı alan kimse şarta dayanarak malın iadesini talep edebilir. Kaşıkcı, Eski Hu-

akitler insanların ihtiyaçlarının temelde çok fazla değişmediğine, insanların ortak ihtiyaçlarına ve bunlara buldukları çözümlere dair yukarıda ifade edilenlere delil olması bakımından da önemlidir.

kukumuzda Bir Hile-i Şer'iyye Örneği: Geri Alım Şartlı Satım (Bey' Bi'l-Vefâ), s.3 vd.; Bilge, "Bey' Bi'l-Vefa ve Osmanlı Uygulamasındaki Yeri", s.51 vd.; Ayrıca bkz. 6098 sayılı TBK m.237-238-239.; Selâhattin Sulhi Tekinay, ***Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri***, C. II/1, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988, s. 12.; Pınar Güzel, "Taşınmaz Üzerinde Geri Alım Hakkı", ***İnÜHFD***, 2020, C.11, ss.242-259.;

Yine Almanya, Avusturya ve Fransa hukuklarında benzer tatbikatlar görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Haluk Nomer, ***Vefa Hakkı***, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1992, s.1 vd.

KAYNAKÇA

EL-A’BBARÎ, Said b. Abdullah b. Muhammed, “Bey’ü’l-vefâ ve Ahkâmuhu fi’l-fıkhi’l-İslâmî”, Doktora Tezi, ***El-Câmi’atü’l-Ürdüniyye***, 1997.

Âhizâde Hüseyin Efendi, ***Risâle fî Tahkîki’l-Bey’ Bi’l-Vefâ***, İstanbul Millet Kütüphanesi, Ali Emiri Koleksiyonu, Arşiv no: 34 Ae Arabi 1122/2.

AKGÜNDÜZ, Ahmed, “Uygur Hukuku”, ***Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi***, 1988, S.57, ss.17-31.

Ali Haydar Efendi, ***Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm***, DİB, İstanbul, 2020.

APAYDIN, H. Yunus, “Muhayyerlik”, ***DİA***, C.31, TDV, Ankara, 2020, ss.25-30.

ARAT, Reşid Rahmeti, “Eski Türk Hukuk Vesikaları”, ***Türk Kültürü Araştırmaları***, 1964, Yıl: 1, S.1, Ankara, ss.5-51.

ARSAL, Sadri Maksudi, ***Türk Tarihi ve Hukuk***, TTK, Ankara, 2020.

ASLANTÜRK, Ayşe Hümeyra, “Necmeddin Nesefî”, ***DİA***, C.32, TDV, İstanbul, 2006, ss.571- 573.

AYİTER, Ferit, “Eski Türk Hususi Hukukuna Ait Bazı Notlar”, ***İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası***, 1949-1950, C.11, ss.417-436.

BAYINDIR, Abdülaziz, “Bey’ Bi’l-Vefâ”, ***DİA***, C.6, TDV, İstanbul, 1992, ss.20-22.

- ***Ticaret ve Faiz***, Süleymaniye Vakfı Yayınları, İstanbul, 2007.

BİLGE, Ahmet Harun, “Bey’ Bi’l-Vefa ve Osmanlı Uygulamasındaki Yeri”, Yüksek Lisans Tezi, ***İÜSBE***, 2020.

BİLMEN, Ömer Nasuhi, ***Hukuki İslâmiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu***, Enes Sarmaşık Yayınları, İstanbul, ts.

BOYNUKALIN, Mehmet, “Zevâid”, ***DİA***, C.44, TDV, İstanbul, 2013, ss.302-303.

CİN, Halil - AKGÜNDÜZ, Ahmed, ***Türk Hukuk Tarihi***, OSAV, İstanbul, 2011.

CLARK, Larry Vernon, “Introduction to the Uyghur Civil Documents of East Turkestan (13th- 14th Cc.)”, Doktora Tezi, ***Bloomington***, Edinburg, 1975.

ÇANDARLIOĞLU, Gülçin, “Uygurlar”, ***DİA***, C.42, TDV, İstanbul, 2012, ss.242-244.

ÇEKER, Huzeyfe, “Hanefî Mezhebinin Fıkıh Silsilesi”, ***İHAD***, 2012, S.19, ss.163-201.

DEMİR, Abdullah, “Kadim Çin Hukuku”, ***Sosyal Araştırmalar ve Davranış Bilimleri Dergisi***, C.3, S.3, s.32-42.

EBERHARD, Wolfram, ***Çin Tarihi***, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1995.

- ***Çin’in Şimal Komşuları***, ***çev. Nimet Uluğtuğ***, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1996.

EKİNCİ, Ekrem Buğra, "Eski Hukukumuzda Hîle-i Şer'iyyeye Dair", ***AÜEHFD***, 2006, C.X, S.1-2, ss.4-16.

- ***Hukukun Serüveni***, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2011.

ERDOĞMUŞ, Belgin, ***Roma Eşya Hukuku***, Der Yayınları, İstanbul, 2009.

GÖZÜBENLİ, Beşir, "Bey' Bi'l-Vefa (vefâen satış) ve Bey' Bi'l-İstiğlâl", ***Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi***, 1990, C.9, ss.109-119.

GÜLEŞ, Bedia, "Roma Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Beğenme Koşulu ile Satış Sözleşmesi", ***AÜHFD***, 2020, 69/2, ss.454-482.

GÜZEL, Pınar, "Taşınmaz Üzerinde Geri Alım Hakkı", ***İnÜHFD***, 2020, C.11, ss.242-259.

İbn Âbidîn Muhammed Emin, ***Reddü'l-Muhtâr 'ale'd-Dürri'l-Muhtâr***, C.5, Dârü'l-Fikr, Beyrut, 1979.

İPŞİRLİ, Mehmet, "Ahîzâde Hüseyin Efendi", ***DİA***, C.4, TDV, İstanbul, 1988, ss.548.

İZGİ, Özkan, ***Uygurların Siyasi ve Kültürel Tarihi (Hukuk Vesikalarına Göre)***, Türk Kültürü Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, Seri: 3, Sayı: A.17, 1987.

-"Turfan Uygurları Kültürü Hakkında Bazı Düşünceler", ***Uluslararası Osmanlı Öncesi Türk Kültürü Kongresi***, Ankara, 1989.

-"Turfan Uygurlarında Kiralama Vesikaları", ***X. Türk Tarih Kongresi'nden Ayrıbasım***, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991.

OKANDAN, Recai Galip, ***Umumi Hukuk Tarihi Dersleri***, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1951.

ÖZDEMİR, Recep, "Ayni Teminatlar Bağlamında Bey' Bi'l-Vefânın Hukuki Durumu", ***İHAD***, 2018, C.16, S.31, ss.291-315.

KAAN, Enver Osman, "Finansman Kaynağı Olarak Bey' Bi'l-Vefa, Bey' Bi'l-İstiğlal ve Bey'u'l- Îne", ***Dil ve Edebiyat Araştırmaları Dergisi***, 2018, S.17, Bahar, ss.223-251.

KAFESOĞLU, İbrahim, ***Türk Milli Kültürü***, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınlarından, Ankara, 1977.

KARAMAN, Hayreddin, ***Mukayeseli İslâm Hukuku***, C.3, İz Yayıncılık, İstanbul, 2013.

KAŞIKCI, Osman, ***Eski Hukukumuzda Bir Hile-i Şer'iyye Örneği: Geri Alım Şartlı Satım (Bey' Bi'l-Vefâ)***, Mimoza Yayınları, Konya, ts.

KAYA, Süleyman, "XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Kredi", Yüksek Lisans Tezi, ***MÜSBE***, İstanbul, 2003.

- "XVIII. Yüzyıl Osmanlı Toplumunda Nazari ve Tatbiki Olarak Karz İşlemleri", Doktora Tezi, ***MÜSBE***, İstanbul, 2007.

- "Ahmet Cevdet Paşa'nın Risaletü'l-Vefa İsimli Eseri", ***İHAD***, 2008, S. 12, ss.267-276.

Kazerûnî, ***İşaratü Ba’zı Ehli’l-Vefâ bi Cem’i Ahkâm-ı Bey’i’l-Vefâ***, İstanbul Müftülüğü Kütüphanesi, 1166, No: 967.

KESKİN, Berker, “Eski Uygur Türkçesi Hukuk Belgeleri ve Söz Varlığı”, Doktora Tezi, ***İstanbul Üniversitesi SBE***, 2020.

KILAVUZ, Ulvi Murat, “Yeni Bir Neşri Vesilesiyle Ebû Şekûr es-Sâlimî’nin et-Temhîd ‘ine Dair Notlar”, ***İslam Araştırmaları Dergisi***, 2017, C.38, ss.245-255.

KILINÇ, Ahmet, “The Influence of the Ottoman State on Islamıc Law”, ***YBHD***, S.2022/2, s.547-580.

KORKMAZ, Salih, ***Osmanlı Hukukunda Bir Kredi Vasıtası Olarak Muamele-i Şer’iyye (XVII. Asır)***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

- “Uygur Hukuk Vesikaları Üzerine Türkçe Literatürün Hukuki Tahlili”, ***Adalet Dergisi***, S.69, 2022/2, Ankara.

KOZAK, İbrahim Erol, ***Genel Hukuk Tarihi***, Palet Yayınları, Ankara 2011.

KÖSE, Saffet, ***İslâm Hukuku Açısından Kanuna Karşı Hile ve Hile-i Şer’iyye***, Hikmetevi Yayınları, İstanbul, 2020.

KÜÇÜKSUCU, Selman, “Mehmed Said Bey’in Ahkâmu’l-Bey’ Bi’l-Vefâ İsimli Risalesi Çerçevesinde Son Dönem Osmanlısında Hukuki Tartışmalar”, Yüksek Lisans Tezi, ***İÜSBE***, 2020.

Mahmud Esad Efendi, ***Tarih-i İlm-i Hukuk***, Haz. Fethi Gediki-Mahmud Esad Kalıpçı-Ebru Kayabaş-Sevtap Metin-Ayhan Ceylan-Abdullah Demir-İrem Karakoç-Ali Adem Yörük, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012

EN-NAHİ, Selahaddin Abdüllatif, “Suğdî”, ***DİA***, C.37, TDV, İstanbul, 2009, ss.474-475.

NOMER, Haluk, ***Vefa Hakkı***, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1992.

ORKUN, Hüseyin Namık, “Türk Hukuk Tarihinin Uygur Vesikaları”, ***Türk Hukuku Tarihi-Araştırmalar ve Düşünceler-***, Ankara, 1935, ss.533-548.

ÖGEL, Bahaeddin, ***İslamiyetten Önce Türk Kültür Tarihi (Orta Asya Kaynak ve Buluntularına Göre)***, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1962.

ÖZEN, Şükrü, “Matürîdî”, ***DİA***, C.28, TDV, Ankara, 2003, ss.159-165.

ÖZSUNAR, Erdal, “Roma Hukukunda Rehin Hakkı (Pignus-Hypotheca)”, ***DEÜHFD***, 2005, C.7, S.2, ss.137-164.

SÜMER, Faruk, “Dokuz Oğuzlar”, ***DİA***, C.9, TDV, İstanbul, 1994, ss.500-502.

ŞAHİN, Abdullah Musab, “Mecelle’de Vefaen Satış Sözleşmesi”, Yüksek Lisans Tezi, ***Medipol Üni. SBE***, İstanbul, 2019.

ŞEN, Abdullah, "Uigurische Sprachdenkmaler'den Seçme Uygur Hukuk Belgeleri", Yüksek Lisans Tezi, ***İstanbul Üniversitesi SBE***, 2004, Tez No: 14609.

Şeyh Bedreddin, ***Câmiu'l-Fusûleyn***, Ed. Hacı Yunus Apaydın, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2012.

Taberâni, ***el-Mu'cemu's-Sağîr***, C.1, Mektebetü'l-Ulûm ve'l-Hikem, 1983.

TAHAN, Duygu, "Roma Hukuku'nda Alım Satım Akdine Bağlı Pactumlar", ***İnÜHFD***, 2017, C.8, S.1, ss.199-224.

TAHİROĞLU, Bülent, ***Roma Borçlar Hukuku***, Der Yayınları, İstanbul, 2012.

TAŞAĞIL, Ahmet, "Turfan", ***DİA***, C.41, TDV, İstanbul, 2012, ss.414-416.

- ***Çin Kaynaklarına Göre Eski Türk Boyları, M.Ö. III-M.S. X. Asır***, TTK, Ankara, 2013.

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, ***Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri***, C. II/1, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988.

TURAN, Fatih, "Bey' bi'l-vefâ ve bey'u'l-îne ile mukayeseli olarak günümüz repo işlemlerinin fıkhi boyutu", ***Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi***, 2015, S.27, ss. 117-146.

ÜŞENMEZ, Emek, "Özbekistan Yazma Eserler Kütüphanesi", ***Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi***, 2019, S.2/6, s.682-689.

YAMADA, Nobuo, "Uygur Satış Mukavelesi Belgelerinin Şekilleri", Çev. Emine Gürsoy Naskali, ***İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Türk Dili ve Edebiyatı Dergisi***, 1993, C.26, İstanbul, ss.195-234.

YELEK, Kamil, "Bir Finansman Yöntemi Olarak Kullanılan Bey' Bi'-l-Vefânın İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", ***İHAD***, 2016, S.27, ss.257-286.

İnternet Kaynakları

EKİNCİ, Ekrem Buğra, https://ekrembugraekinci.com/question/?ID=18999 (30.06.2022)

YASAMA DOKUNULMAZLIĞININ KALDIRILMASININ YARGISAL DENETİMİ [*]

Eşe Nur ÖZDEMİR[**]

Öz

Günümüz demokrasilerinde fren denge, kuvvetler ayrılığının yanı sıra iktidar ve muhalefet partileri arasındaki ilişki ile sağlanabilmektedir. Baskın iktidar gücüne karşılık muhalefet partisi üyelerinin korunabilmesi için birtakım yasama bağışıklıkları öngörülmüştür. Muhalefet partisi üyelerinin parlamento çalışmalarına aktif katılmalarını sağlayan yasama dokunulmazlığının parlamento kararı ile kaldırılması mümkündür. Parlamentoda da çoğunluk gücünü elde bulunduran iktidar partisinin siyasi saik ile muhalefeti engellemesinin önünde geçilebilmesi için yargısal denetim öngörülmüştür. Ancak 2016 yılında yasama dokunulmazlığının anayasa değişikliği yöntemi ile geçici süreyle askıya alınması ile yargı denetimi engellenmiştir. Türkiye anayasal tarihinde görülmemiş bir uygulama olan bu durum, anayasa değişikliği yönteminin kötüye kullanılmasına ve muhalefet partisi mensubu parlamenterlerin parlamento çalışmalarının engellenmesine neden olmuştur. Hukuk devleti ilkesinin zarar görmesine neden olan bu uygulama, Türkiye'de demokrasinin de sekteye uğraması sonucunu doğurmuştur. Bu nedenle, çalışma kapsamında yasama dokunulmazlıklarının olağan usulle ve anayasaya değişikliği yöntemi ile kaldırılmasının yargısal denetimi karşılaştırılarak ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Yasama Dokunulmazlığı, Kürsü Dokunulmazlığı, Yasama Bağışıklığı, İfade Özgürlüğü, Serbest Seçim Hakkı.

---

[*] Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 13.11.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 06.12.2022.
Atıf Şekli: Eşe Nur Özdemir, "Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılmasının Yargısal Denetimi", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 799-865.

[**] Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi.
E-posta: esenurozdemir@gmail.com.
Orcid: https://orcid.org/0000-0001-5115-4577.

JUDICIAL REVIEW OF THE LIFTING OF LEGISLATIVE IMMUNITY

Abstract

In democracy models, in addition to the separation of powers, checks and balances can be achieved through the relationship between the ruling and opposition parties. In order to protect the members of the opposition party against the dominant ruling power, certain legislative immunities have been envisaged. Legislative immunity, which enables opposition party members to actively participate in parliamentary work, can be lifted by parliamentary decision. Judicial review is envisaged to prevent the ruling party, which holds the majority power in the parliament, from preventing the opposition with political motives. However, judicial review was prevented by the temporary suspension of legislative immunity through a constitutional amendment in 2016. This situation, which is unprecedented in the constitutional history of Turkey, led to the abuse of the constitutional amendment method and the prevention of parliamentary work of parliamentarians from the opposition party. This practice, which undermines the rule of law, has also resulted in the disruption of democracy in Turkey. For this reason, this study compares the judicial review of the lifting of legislative immunities through the ordinary procedure and through the constitutional amendment method.

Keywords

Legislative Immunity, Immunity of the Chair, Legislative Immunity, Freedom of Expression, Right to Free Choice.

GİRİŞ

Siyasi ifade özgürlüğü demokratik toplumların vazgeçilmez bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle seçmenlerin temsilcisi olarak seçilmiş parlamenterlerin ifade özgürlüğünün koruma alanı geniş tutulmaktadır.[1] Kamuoyunu ilgilendiren konularda herhangi bir ceza tehdidi altında kalmadan rahatlıkla eleştirilerini beyan edebilmeleri ve toplantılara rahatlıkla katılabilmeleri için pek çok demokratik ülkede parlamenterler yargıdan bağışık tutulmuştur. Bu amaçla oluşturulan yasama bağışıklığı kurumları temel olarak; parlamento faaliyetlerine katılan kişilerin ifade özgürlüklerini güvence altına alma amacıyla düzenlenmiş olan kürsü dokunulmazlığı ve parlamenterlerin kovuşturma tehdidi altında bulunmadan yasama faaliyetlerine katılmasını sağlama amacıyla düzenlenen yasama dokunulmazlığıdır.[2]

Anayasa'nın yasama dokunulmazlığı başlıklı 83. maddesi kapsamında hem kürsü dokunulmazlığı hem de yasama dokunulmazlığı düzenlenmektedir.[3] Yasama dokunulmazlığı başlığı altında birbirinden farklı olan bu iki kuruma yer verilmesi kavramların zaman zaman birbiri yerine kullanılmasına neden olmaktadır. Anayasa maddesinde her ne kadar yasama dokunulmazlığı adı altında her

---

1 Castells/İspanya, B. No: 11798/85, 23/04/1992, § 40.; Selahattin Demirtaş/Türkiye (No: 2), B. No: 14305/17, 22/12/2020, § 244.; Karacsony ve Diğerleri/Macaristan, B. No: 42461/13, 44357/13, 17/05/2016, § 137.

2 Hüseyin Özcan, ***Yasama Bağışıklıkları***, Seçkin Yay., 1. Baskı, Ankara, 2006, s. 15.

3 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Yasama Dokunulmazlığı başlıklı 83 maddesi: "*Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar.*

Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14'üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez.

Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.

Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz.", R.G. Sayısı 17863, R.G. Tarihi 09.11.1982, www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17863_1.pdf (01.05.2022).

iki kuruma birlikte yer verilmiş olsa da çalışma kapsamında birbirinden farklı amaca hizmet eden bu iki kurumun ayırt edilebilmesinin sağlanabilmesi adına, kürsü dokunulmazlığı ve yasama dokunulmazlığı terimleri kullanılacaktır.[4] Bu çalışmada, yasama dokunulmazlığının yargısal denetimi ele alınacak olup bu kapsamda kürsü dokunulmazlığı kurumundan ayırt edilebilmesi adına öncelikle kısaca kürsü dokunulmazlığına değinmek gerekmektedir.

Kürsü dokunulmazlığının temel amacı, parlamenterlerin ifade özgürlüklerinin koruma altına alınması ve parlamenterlerin parlamento işlemi sayılabilecek faaliyetlerde bulunurken ceza tehdidi altında kalmadan fikirlerini özgürce beyan etmelerini sağlamaktır.[5] Türk hukukunda meclis çalışmaları esnasında ortaya konulan *"oy, söz, düşünceler"* koruma altına alınmış olup dokunulmazlık kapsamında ifadeleri korunan kişiler parlamenterler veya meclis çalışmasına katıldıkları için bakanlardır.[6] Kürsü dokunulmazlığının parlamento çalışmaları kapsamındaki ifadeleri koruma altına aldığı açık olmakla birlikte,[7] kürsü doku-

---

4 Kürsü dokunulmazlığı kavramının tercih edilmesinin nedeni parlamenterlerin parlamento çalışması kapsamında oy, söz ve düşüncelerinin korunması amacıyla getirilmiş olan ifade özgürlüğünü güvence altına alan bir bağışıklık olmasıdır. Kavram yerine ayrıca yasama sorumsuzluğu kavramı da kullanılmaktadır. Ayrıca bkz. Ergun Özbudun, "Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyetleri ve Farkları", ***TBB Dergisi***, 2005, S. 59, s. 109.; Bunun yanında "kürsü masuniyeti" kavramı da kullanılabilmektedir. Ayrıca bkz. Ömer Anayurt, ***Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)***, Seçkin Yay., 1. Baskı, Ankara, 2018, s. 595.

5 Parlamenter demokrasilerde, ilk olarak İngiltere'de ortaya çıkan kürsü dokunulmazlığı kurumunun temel amacı, iktidarın temsilcisi olan krala karşı avam meclisinde yer alan parlamenterlerin ifade özgürlüklerinin koruma altına alınması ve parlamenterlerin parlamento işlemi sayılabilecek faaliyetlerde bulunurken ceza tehdidi altında kalmadan fikirlerini özgürce beyan etmelerini sağlamaktır. Diğer bir deyişle, kürsü dokunulmazlığı ile hedeflenen, güçlü durumda olan iktidara karşı özellikle muhalefet üyelerinin fikirlerini açıklıkla beyan etmelerini sağlamaktır. Kürsü dokunulmazlığı ile yurttaşlar arası bir eşitsizlik yaratılmasından ziyade, kamusal menfaat gereği çoğulcu demokrasinin sağlanması için halkın temsilini gerçekleştiren kişilere özgür ifade ortamının yaratılması amaçlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Ömer Keskinsoy, ***Yasama Sorumsuzluğu***, Turhan Kitabevi Yay., 1. Baskı, Ankara, 2007, s. 45.; Çetin Özek, "Mutlak Yasama Dokunulmazlığı Sınırlanabilir Mi?", ***Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına 55 Yıl 55 Makale***, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2017, s. 108.; Türkan Yalçın, "Yasama Sorumsuzluğu", ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi***, 1992, S. 2, s. 229.

6 Özcan, s. 59.; Ancak doktrinde karşıt görüşü savunan yazarlara göre, meclis çalışmalarına bir şekilde katılmış olan kişilerin ifadelerinin de kürsü dokunulmazlığı kapsamında korunması gerektiğinden bahsedilmektedir. Karşıt görüş için ayrıca bkz. Metin Kıratlı, ***Parlamenter Muafiyetleri***, Sevinç Matbaası, 1. Baskı, Ankara, 1961, s. 36.

7 Anayasa hükmünün lafzına bakıldığında, meclis çalışmaları ifadesinden anlaşılacağı üzere meclis içerisinde veya komisyonlarda dile getirilen düşüncelerin koruma altında olduğu açıktır. Ancak parlamento kürsüsünde beyan edilmiş olan aynı veya benzer ifadelerin meclis dı-

nulmazlığının kapsamında ilişkin tartışmalı olan husus, parlamenterler tarafından meclis içinde daha önce ifade edilmeyen, meclis dışında ilk defa gündeme getirilen, görevi gereği meclis çalışması sayılabilecek ifadelerin kürsü dokunulmazlığı kapsamında olup olmadığıdır. Bahsedilen anayasa hükmünün yalnızca lafzına bakılarak aynı içerikteki ifadenin meclis dışında tekrarlanmasının koruma kapsamında olmadığı görüşü baskın olmakla birlikte, bazı görüşlere göre ise parlamenterlerin ifade özgürlüklerinin en geniş şekilde korunması ve siyasi saik ile kovuşturmalara maruz bırakılmasının engellenmesi için dokunulmazlık kapsamı geniş şekilde yorumlanmalıdır.[8] Bu doğrultuda yapılacak bir yorum ile

şında tekrarlanması durumunda parlamenterlerin söz konusu dokunulmazlıktan faydalanıp faydalanamayacakları ve beraberinde hangi ifadelerin kürsü dokunulmazlığının koruması altında yer alacağı hususları netlik taşımamaktadır. Ayrıca bkz. Özcan, s. 92.; Meclis çalışmaları kavramı geniş yorumlandığı takdirde, koruma alanının yalnızca yer olarak meclis değil, parlamento çalışmasının yürütüldüğü herhangi bir yer şeklinde anlaşılması daha doğru olacaktır. Yalçın, s. 228.; Hükmün devamından da anlaşılacağı üzere, meclis görüşmeleri esnasında gündeme gelmiş düşüncelerin dışarıda tekrarlanması durumunda kişi ifadelerinden dolayı yargılanamayacaktır. Yer bakımından kürsü dokunulmazlığın koruma alanını geniş yorumlamakta, yalnızca genel kurul toplantılarında değil, parlamento çalışmalarının yürütüldüğü komisyon toplantılarında, siyasi partilerin grup toplantılarında, meclis dışarısında devam eden parlamento çalışmasıyla ilgili olan tüm alanlarda bağışıklık devam edecektir. Sonuç olarak, söz konusu hükümden yola çıkılarak meclis çalışmaları kavramının mekânsal olarak meclisi değil, parlamento çalışmalarının yürütüldüğü herhangi bir yeri kapsadığı ortadadır. Ayrıntılı bilgi ve benzer görüşler için ayrıca bkz. Erdoğan Teziç, ***Anayasa Hukuku***, Beta Yay., 8. Baskı, İstanbul, 2003, s. 378.; Bülent Tanör - Necmi Yüzbaşıoğlu, ***1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku***, Beta Yay., 20. Baskı, İstanbul, 2020, s. 264.; Ergun Özbudun, ***Türk Anayasa Hukuku,*** Yetkin Yay., 17. Baskı, Ankara, 2017, s. 282.; Kemal Gözler, ***Türk Anayasa Hukuku Dersleri***, Ekin Yay., 1. Baskı, Bursa, 2000, s. 247.; Bunun yanında *Gözler*, kürsü dokunulmazlığının sağladığı bağışıklığın yalnızca cezai süreçler bakımından değil, hukuki sorumluluğu da kapsadığını ileri sürmektedir. Gözler, s. 249.; Söz konusu anayasa hükmüne göre, bağışıklık kapsamına giren meclis dışında açıklanan ifadelerin, mecliste açıklanan ifadelerle birebir aynı olması gerekip gerekmediği hususu tartışmalı olmakla birlikte, parlamenterlerin siyasi ifade özgülüklerini en geniş anlamda korunması amacıyla, aynı içeriğe sahip ifadelerin farklı şekillerde tekrarlanmasının da koruma kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir. Ayrıca bkz. Keskinsoy, s. 62-63.

8 *Anayurt*, parlamentoda yapılsa da parlamenterlerin ifadelerinin parlamento çalışması dışında olması halinde bağışıklığın kapsamında olmayacağını, miting, basın açıklaması gibi ortamlarda dile getirilen ifadelerin sorumsuzluk kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Anayurt, s. 596.; Öte yandan *Eren*'e göre, kamuoyunu ilgilendiren konularda yapılan görüş açıklamalarının da yasama parlamento faaliyeti olarak kabul edilmesi ve dolayısıyla bağışıklık kapsamında kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Abdurrahman Eren, ***Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku***, Seçkin Yay., 3. Baskı, Ankara, 2021, s. 744.; Keskinsoy, s. 69, 161. Dipnot; *"(...) Yasama sorumsuzluğu, sırf belli bir mekânda olmaktan doğan bir muafiyet olmayıp, daha ziyade ifa edilen göreve münhasır bir muafiyettir (...) Temsilcilik faaliyetlerinin sadece Meclis çatısı altındaki faaliyetlere hasredilesi ise yasama sorumsuzluğu hükümlerinin geçerlilik alanını, aslında hiç de yasama*

parlamenterlerin siyasi ifade özgürlükleri kapsamında görülebilecek meclis dışında ilk defa gündeme getirdiği meclis çalışması niteliğinde olabilecek ifadelerin de kürsü dokunulmazlığı korumasından faydalanması gerekecektir.[9]

Kürsü dokunulmazlığı, mutlak nitelikte olup kişiyi ömür boyu ilgili ifadelerden dolayı yargıdan bağışık tutmaktadır. Kürsü dokunulmazlığının yasama dokunulmazlığından ayrılan en önemli yönü mutlak bir koruma sağlamasından kaynaklanmaktadır.[10] Parlamenterlerin yasama dokunulmazlığı kaldırılıp yargılama süreci başlasa dahi, bahsi geçen ifadelerden dolayı haklarında kovuşturma yapılamayacaktır.

---

sorumsuzluğunun amacıyla bağdaşmayacak şekilde, sınırlamış olmak sonucunu doğuracaktır. Aynı şekilde milletvekili temsilcilik görevini sadece Meclis çatısı altında değil, alan sınırlaması olmaksızın her yerde yerine getirmekle mükelleftir. İşte tüm bu sebeplerledir ki, temsilcilik faaliyeti kapsamında kabul edilebilecek söz ve düşünceler bakımından her hal ve şartta yasama sorumsuzluğu hükümleri sonuç doğuracaktır(...)"; AİHM özellikle muhalefet partisi üyelerinin ifadelerinin güvence altına alınabilmesi amacıyla parlamenterlerin ifade özgürlüklerinin korunması hususunda geniş ve destekleyici yorum yapmaktadır. Kararlar için ayrıca bkz. A./Birleşik Krallık, B. No: 35373/97, 17/03/2003; Karacsony ve Diğerleri/Macaristan, B. No: 42461/13, 44357/13, 17/05/2016, Benzer görüş için ayrıca bkz. Süheyl Batum- Didem Yılmaz-Serkan Köybaşı, ***Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar***, Oniki Levha Yay., 1. Baskı, İstanbul, 2021, s. 202. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü çerçevesinde yorum yapılarak parlamenterlerin siyasi ifade özgürlüğünün korunması için kürsü dokunulmazlığının kapsamı geniş tutulmalıdır. Kürsü dokunulmazlığının kapsamının çok fazla genişletildiği eleştirilerine rağmen, kürsü dokunulmazlığının yalnızca meclis içindeki ifadelerle sınırlanması dokunulmazlığın parlamenterlerin ifade özgürlüklerini koruma amacı ile bağdaşmayacaktır. Ayrıca bkz. Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) "CDL-AD(2014)011-e Report on the scope and lifting of parliamentary immunities adopted by the Venice Commission at its 98th plenary session (Venice, 21-22 March 2014)", 714/2013 Sayılı Görüş, Tarih 14.05.2014, § 82, www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)011-e (01.05.2022).

9 Ayrıca bkz. Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) "CDL-AD(2016)027-e Turkey - Opinion on the suspension of the second paragraph of Article 83 of the Constitution (parliamentary inviolability), adopted by the Venice Commission at its 108th Plenary Session (Venice, 14-15 October 2016)", 858/2016 Sayılı Görüş, Tarih 14.10.2016, § 12, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)027-e (01.05.2022).

10 *Eren*, kürsü dokunulmazlığının mutlak nitelikte olmadığını belirtirken yalnızca cezai soruşturma ve kovuşturmalar yönünden bağışıklık sağladığını, hukuk davalarını engellemeyeceğini belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Eren, s. 737.; Ancak mutlak olarak nitelendirilme dokunulmazlığın kapsamından ziyade sınırlanabilir olup olmadığı ile ilişkilendirilmelidir. Doktrinde bağışıklığın kapsamına ilişkin yukarıda değinildiği üzere farklı görüşler olmakla birlikte, burada mutlaklık niteliği ile kastedilen dokunulmazlığın kapsamından bağımsız olarak kürsü dokunulmazlığının kaldırılamaması ve parlamenterlere ömür boyu güvence sağlıyor olmasıdır.

Çalışmanın asıl inceleme konusunu oluşturan yasama dokunulmazlığı ise kürsü dokunulmazlığından farklı olarak parlamenterlerin görev süreleri boyunca parlamento faaliyetleri dışında gerçekleştirdikleri fiillerden dolayı haklarında bazı soruşturma işlemlerinin engellenmesine ve kovuşturma yapılamamasını sağlamaktadır.[11] Yasama dokunulmazlığının ceza davası açılmasını önleme fonksiyonunun sebebi, muhalefetin iktidar mensuplarının baskısı altında kalmasını engellemek ve aynı zamanda parlamenterlerin kovuşturma boyunca uygulanacak koruma tedbirleri sebebiyle parlamento faaliyetlerinden uzak kalmasının önüne geçmektir.[12]

Yasama dokunulmazlığı kapsamında parlamenterlere iki tür dokunulmazlık sağlanmaktadır.[13] Bunlardan ilki sıklıkla kullanılan anlamıyla muhakeme engeli olan dokunulmazlık diğeri ise infaz engeli oluşturan dokunulmazlıktır. Muhakeme engeli oluşturan dokunulmazlık kapsamında fiilin suç olma niteliği ortadan kalkmamakta ancak, parlamenterlerin görev süresi boyunca tutulması, sorguya çekilmesi, tutuklanması ve yargılanması engellenmektedir.[14] İnfaz en-

---

[11] Yasama dokunulmazlığının ilk olarak İngiltere'de ortaya çıktığı, ancak günümüzdeki karşılığıyla Fransa'da doğduğu ve geliştiği söylenebilir. İngiltere'nin bu anlamda ilk kabul edilmemesinin en önemli nedeni yalnızca hukuk davaları bakımından parlamenterlere bağışıklık sağlaması, cezai soruşturma veya kovuşturmalar yönünden bir dokunulmazlık sağlamıyor olmasıdır. Ancak Fransa'da ortaya çıkan biçimiyle yasama dokunulmazlığı, parlamenterlere ceza yargılamaları bakımından dokunulmazlık kazandırmaktadır. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Kemal Gözler, "Yasama Dokunulmazlığı Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi", ***Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi***, 2001, C. 56, S. 3, s. 4.; Cüneyt Yüksel, "Uluslararası Karşılaştırmalar Işığında Parlamenterlere Tanınan Güvenceler ve Yasama Dokunulmazlığı Sorununun Değerlendirilmesi", ***İÜHFM***, 2013, C. 72, S. 1, s. 1299. Türkiye'de yasama dokunulmazlığı ile parlamenterlere ceza davaları bakımından bağışıklık sağlanmış, ancak hukuk davaları bakımından herhangi bir bağışıklık öngörülmemiştir. Kadir Aktaş, ***TBMM Uygulaması Anlatımıyla Yasama Dokunulmazlığı***, Adalet Yay., 1. Baskı, Ankara, 2009, s. 69.

[12] Yasama dokunulmazlığı kurumunun amacı, parlamenterlere cezasızlık alanı oluşturulması değil, aksine parlamento faaliyetlerinde bulunulmasında kamusal fayda olması ve parlamenterlerin kamusal görevlerini yerine getirebilmesine güvence sağlamaktır. Özcan, s. 122.; Yasama dokunulmazlığı, parlamenterlere dokunulmazlık sağlamakla birlikte hükümet üyesi olarak bakanlara da dokunulmazlık sağlamaktadır. Ayrıca bkz. Yusuf Solmaz Balo, "Yasama Dokunulmazlığı", ***TBB Dergisi***, 2012, S. 100, s. 33.

[13] İçtüzük maddesinin ilk halinde yalnızca parlamento üyelerinden bahsedilmekteyken Meclis'in 09.10.2018 tarih ve 1200 sayılı Kararı ile birlikte parlamento üyelerinin yanına "*görevleriyle ilgili olmayan suçlardan dolayı Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlar*" için de dokunulmazlıkların kaldırılmasında aynı usulün izleneceği belirtilmiştir. Bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünde Değişiklik Yapılmasında Dair Karar'ın 25. maddesinin z fıkrası için ayrıca bkz.: R.G. Sayısı 30567, R.G. Tarihi 16.10.2018, https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/10/20181016M1-1.pdf (01.05.2022).

[14] Metin Feyzioğlu, "Yasama Dokunulmazlığı", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 1992, C. 42, S. 1, s. 23.

geli oluşturan dokunulmazlık kapsamında ise parlamenterin seçiminden önce veya sonra parlamenter olmaya engel olmayan bir suçtan dolayı verilen cezanın infazı parlamenterlik sıfatının sona ermesine bırakılmaktadır.[15]

Yasama dokunulmazlığının kişiye özgü bir imtiyaz sağlamayı amaçlamaması nedeniyle dokunulmazlık nispi karakterdedir.[16] Anayasa'da yasama dokunulmazlığına iki istisna getirilmiştir. Bunlardan ilki pek çok ülkede de bulunduğu üzere ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerde dokunulmazlığın kalkacağı, ikincisi ise Anayasa'nın 14. maddesi kapsamına giren durumlarda dokunulmazlığın kalkacağıdır.[17] Ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde dokunulmazlığın kalkması, kurumun amacı ile örtüşmektedir. Zira yasama dokunulmazlığı ile amaçlanan; parlamenterlerin keyfi, esası olmayan, siyasi amaçlı suçlamalardan dolayı görevinin engellenmesinin önüne geçilmesidir. Suçüstü halinde kişinin suçu işlediğine yönelik kuvvetli emarelerin bulunması suçlamanın keyfi veya esassız olduğu iddialarını ortadan kaldırmaktadır.[18]

Öte yandan Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılma yasağını düzenleyen 14. maddesi kapsamına giren suçlar bakımından da meclis kararı olmaksızın dokunulmazlıkların kalkacağı düzenlenmiştir.[19] Bu kapsamda

---

15 Feyzioğlu, s. 30. Parlamenter olmaya engel bir suçtan dolayı ceza mahkûmiyeti bulunan kişinin zaten seçim engeli bulunacak ve parlamenter olarak seçilmesi mümkün olmayacaktır. Seçiminden sonra hakkında seçilmeye engel bir suçtan dolayı ceza verilmesi halinde ise parlamenterliğin düşmesi söz konusu olabilecektir. Gerek muhakeme engeli oluşturan dokunulmazlık gerek infaz engeli oluşturan dokunulmazlık yasama dokunulmazlığının parlamenterlerin görevlerini engellemeye yönelik hürriyeti bağlayıcı ceza yaptırımlarından bağışık tutulması amacı ile örtüşmektedir.

16 Yasama dokunulmazlığının gerek kapsamına girmeyen istisnai hallerin bulunması gerek dokunulmazlıkları ortadan kaldıran birtakım araçların mevcut olması nispi niteliğini ortaya çıkarmaktadır. Gözler, s. 5.

17 Dokunulmazlığın istisnası olan durumlarda, dokunulmazlıkların kaldırılması için ayrı bir meclis kararı gerekmemekte olup yalnızca gerçekleştirilen cezai soruşturma işlemine yönelik meclis başkanlığına bilgi verilmesi gerekmektedir. Meclis başkanlığına bilgi verilmesi, meclisin süreçle ilgili haberdar edilmesi anlamına gelmekte olup dokunulmazlık kendiliğinden kalkacağından dolayı ayrıca bir meclis kararı gerekmemektedir.

18 Kişiye özel bir imtiyaz alanı yaratılmak istenmemesi nedeniyle de böyle bir durumda yargılamanın devam etmesi oldukça anlaşılırdır. Nitekim bu doğrultuda anayasa koyucu suçüstü halini de yalnızca ağır cezayı gerektiren suçlar bakımından sınırlamıştır.

19 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Temel Hak ve Hürriyetlerin Kötüye Kullanılamaması başlıklı 14. Maddesi için ayrıca bkz. "*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.*

dokunulmazlıkların kalkması için suç soruşturmasına seçimden önce başlanılmış olması koşulu mevcuttur. Soruşturma aşamasının gizlilik ile yürütülmesinin esas olduğu düşünüldüğünde soruşturmanın başlangıç aşamasının tespit edilmesi güç olabilecektir. Bu nedenle, soruşturmanın başlangıcının en azından iddianamenin tanzim edildiği aşama olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.[20] Aksi halde, parlamenter seçilmiş kişi daha önceden haberdar olmadığı siyasi saik ile ortaya çıkan bir suç soruşturması gerekçesi ile dokunulmazlığını kaybedebilecektir. Bunun yanında, Anayasa'nın 14. maddesi kapsamına giren suçların istisna oluşturulması ve bu kapsamdaki fiillerin ceza kanunu anlamında belirli bir karşılığının bulunmaması da önemli belirsizliklere yol açmaktadır.[21]

Dokunulmazlığın kendiliğinden kalktığı hallerin dışında parlamenterlerin görev süresi sona ermeden önce de dokunulmazlıklar meclis kararı ile de kaldırılabilir.[22] Dokunulmazlığın meclis kararı ile kaldırılması halinde Anayasa Mahkemesi'nin denetimi söz konusu olmaktadır. Meclis kararlarının yargı denetimi söz konusu olmamakla birlikte, dokunulmazlıkların kaldırılmasına ilişkin olarak istisnai olarak yargı denetimi öngörülmüştür. Yargı denetimi öngörülmesinin temel sebebi parlamentoda çoğunluk grupta bulunan iktidar partisinin çoğunluk gücünü kullanarak siyasi amaçla dokunulmazlıkları kaldırmaya yönelik ka-

---

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.", R.G. Sayısı 17863, R.G. Tarihi 09.11.1982, www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17863_1.pdf (01.05.2022).

[20] Levent Gönenç - Ozan Ergül, "1982 Anayasası'na Göre Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı", s.5, www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/yasa_sor_yasa_dok.pdf (01.05.2022).

[21] Mustafa Arslan, "Yasama Dokunulmazlığı", ***Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2021, C. 11, S. 21, s. 90.

[22] Meclis kararı ile dokunulmazlıkların kaldırılması veya istisnai hallerde dokunulmazlıkların kendiliğinden kalkması muhakeme engeli olan dokunulmazlığın kalkması anlamına gelmekte olup infaz engeli devam etmektedir. Dokunulmazlığın kalkması halinde parlamenter hakkında ceza mahkûmiyeti kararı verilmesi durumunda cezanın infazı üyelik süresinin sona ermesine kadar ertelenecektir veya verilen ceza parlamenter olmaya engel bir suça ilişkin ise parlamenterliğin sona ermesi söz konusu olacak ve cezanın infazı gerçekleştirilecektir. Daha açık bir deyişle, kişi hakkında verilen ceza mahkûmiyetinin parlamenter olmaya engel bir yan taşıması halinde ilgili mahkûmiyet kararının Genel Kurul'a bildirilmesiyle birlikte parlamenterin üyeliği düşecek olup üyeliğin düşürülmesi halinde cezanın infazına geçilebilecektir. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Balo, s. 40.; Feyzioğlu, s. 34.; Erdal Abdulhakimoğulları, ***Bir Yasama Bağışıklığı Türü Olarak Türkiye'de Yasama Dokunulmazlığı***, Gazi Kitabevi, 1. Baskı, Ankara, 2008, s. 168.; Aktaş, s. 145.

rarlar verebilecek olmasıdır. Zira günümüz demokrasilerinde fren ve denge mekanizması kuvvetler ayrılığının yanı sıra iktidar ve muhalefet partilerinin ilişkileri aracılığıyla işletilebilmektedir.[23]

Parlamento kararı ile dokunulmazlığın kaldırılması, dokunulmazlığı kaldırılan parlamenterin suç işlediği anlamına gelmemekle birlikte üyelik sıfatı da devam etmektedir.[24] Dokunulmazlığı kaldırılan parlamenter, yalnızca dokunulmazlığın kaldırıldığı fiil bakımından yargılanabilecek varsa diğer suç isnatları bakımından dokunulmazlığı devam edecektir.[25] Bunun yanında, yargılama sonunda kişi hakkında kovuşturmaya yer olmadığı, beraat veya düşme kararı verilmesi halinde parlamenter yeniden dokunulmazlığı haiz olacaktır.[26] Ayrıca parlamenterin yeniden seçilmesi halinde dokunulmazlığı devam edecek ve dokunulmazlığın kaldırıldığı süreçte devam eden yargılaması varsa üyelik sıfatının sona ermesine bırakılacak veya yeniden dokunulmazlığının kaldırılması halinde devam edebilecektir.[27]

Olağan usul olarak Anayasa'da açıkça yasama dokunulmazlığının meclis kararı ile kaldırılabileceği düzenlenmişken 2016 yılında farklı bir yöntem uygulanarak, anayasa değişikliği gerçekleştirilerek yasama dokunulmazlığını düzenleyen Anayasa'nın 83. maddesi askıya alınmıştır. Anayasa değişikliği yöntemiyle dokunulmazlıkların kaldırılmasına ilişkin dokunulmazlığı kaldırılan parlamenterler tarafından Anayasa Mahkemesi'ne ve AİHM'ye pek çok başvuru gerçekleştirilmiştir. Ancak başvurulara karşı etkili bir sonuç almak çoğu zaman mümkün olmamış, dokunulmazlıkların kaldırılmasında olağan usulün izlenmemesi yargısal denetimin engellenmesine neden olmuştur. Bu kapsamda Türkiye anayasal tarihinde görülmemiş bir durum vurgusu yapılarak Venedik Komisyonu tarafından da konuya ilişkin detaylı bir rapor sunulmuştur.[28]

---

[23] Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) "CDL-AD(2014)011-e Report on the scope and lifting of parliamentary immunities adopted by the Venice Commission at its 98th plenary session (Venice, 21-22 March 2014)", 714/2013 Sayılı Görüş, Tarih 14.05.2014, § 37, www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)011-e (01.05.2022).

[24] Dokunulmazlığı kaldırılan parlamenter yasama çalışmalarına katılmaya devam edebilecektir. Abdulhakimoğulları, s. 167.

[25] Dokunulmazlığı kaldırılmış olan bir parlamenter hakkında yürütülecek ceza yargılaması için özel bir usul öngörülmüş değildir. Ancak dokunulmazlığı kaldırılan parlamenterlerin ceza yargılamalarında devlet memurlarına uygulanan usuller dikkate alınmaktadır. Keskinsoy, s. 99.

[26] Abdulhakimoğulları, s. 169.

[27] Keskinsoy, s. 99.

[28] Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) "CDL-AD(2016)027-e Turkey - Opinion on the suspension of the second paragraph of Article 83 of the Constitution

Bu çalışma, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasının yargısal denetimini ele almakta olup yasama dokunulmazlığının anayasa değişikliği ile kaldırılmasındaki sorunlu yanları tespit edebilmek adına ilk başlık altında parlamento kararı ile dokunulmazlığın kaldırılmasının yargısal denetimi ve bireysel başvuru imkânı değerlendirilecektir. İkinci başlık altında ise karşılaştırma yapabilmek adına olağan usulün terkedildiği anayasa değişikliği yolu ile dokunulmazlıkların kaldırılmasının yargısal denetime etkisi konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararları ışığında incelenecektir. Bu değerlendirmeler hem meclisin çalışma usulü hem de yargı kararlarının açıklanması ile ortaya konulacaktır.

I. PARLAMENTO KARARI İLE DOKUNULMAZLIKLARIN KALDIRILMANIN YARGISAL DENETİMİ

Parlamento kararı ile dokunulmazlıkların kaldırılması usulüne ilişkin Anayasa'da açık bir hüküm bulunmamakla birlikte Meclis İçtüzüğü'nde ayrıntılı olarak dokunulmazlıkların kaldırılmasında izlenecek usul düzenlenmiştir. Parlamento kararları kural olarak yargı denetimine tabi olmamasına rağmen parlamento kararı ile dokunulmazlığın kaldırılması halinde dokunulmazlığın kaldırılması kararına karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvuru imkânı getirilmiş ve yargısal denetim öngörülmüştür.[29]

Denetim öngörülmesinin temel nedenlerinden biri yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararının, parlamento çoğunluğunun siyasi amaçlarla muhalefet üyelerini parlamento dışına itmeye çalışabileceği kritik önemi haiz kararlardan olmasıdır.[30] Anayasa Mahkemesi, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin kararları yalnızca Anayasa, kanun ve İçtüzük hükümlerine uygun veya aykırı olmak bakımından denetler. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin gerçekleştireceği denetim delillerin değerlendirilmesi veya hakkında suç isnadı bulunan parlamenterin suçlu olup olmadığının tespiti şeklinde gerçekleştiril-

(parliamentary inviolability), adopted by the Venice Commission at its 108th Plenary Session (Venice, 14-15 October 2016)", 858/2016 Sayılı Görüş, Tarih 14.10.2016, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)027-e (01.05.2022).

29 Dokunulmazlığın kaldırılması kararına ilişkin benzer bir yargı yolu Almanya'da da mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Gözler, s. 8.

30 Abdulhakimoğulları s. 172.; Abbas Kılıç, ***Türkiye'de Parlamento Kararlarının Hukuki Rejimi***, Adalet Yay., 1. Baskı, Ankara, 2020, s. 265.; Erdal Abdulhakimoğulları, "Türk Anayasa Hukukunda Parlamento (Meclis) Kararlarının Yargısal Denetimi Sorunu", ***Yasama Dergisi***, 2007, S. 5, s. 16.

meyecektir.[31] Benzer şekilde, parlamento tarafından dokunulmazlığın kaldırılmasına yönelik karar sürecinde de aynı husus geçerlidir. Zira aksi halde, yargı yerlerinin yetki alanı ihlal edilmiş olacaktır. Anayasa Mahkemesi'ne göre; parlamenterlere isnat edilen eylemlerin kamuoyu üzerindeki etkisinin yasama dokunulmazlığının kaldırılmasını gerekli kılacak derecede güçlü olup olmaması önem taşımaktadır.[32] Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi tarafından gerçekleştirilecek olan denetim dokunulmazlığın kaldırılması kararının şekil ve esas yönünden incelenmesi ile sınırlıdır.

Bunun yanında dokunulmazlığı kaldırılmış olan parlamenter tarafından iç hukuk yollarının tüketilmesinin ardından temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmiş olduğu iddiasıyla bireysel başvuru gerçekleştirilebilecektir. Ancak bireysel başvuru kapsamında yapılacak yargılama bir temel hak yargısı olup Anayasa Mahkemesi'nin gerçekleştirdiği parlamento kararı denetiminden oldukça farklı bir usuldür.[33]

Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına yönelik parlamento kararının yargısal denetiminde izlenen Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) yaklaşımın incelenebilmesi adına bu başlık altında mahkeme içtihatlarından örnekler verilerek açıklamalarda bulunulacak, parlamento kararının denetimi ve temel hak yargısı usullerindeki farklılıklar tespit edilmeye çalışılacaktır.[34]

A. Parlamento Kararının Denetimi

Anayasa Mahkemesi, dokunulmazlıkların kaldırılmasına yönelik parlamento kararını hem şekil hem esas bakımından Anayasa'ya, kanuna veya İçtüzük'e aykırılığı yönünden denetlemektedir. Parlamento kararı ile yasama dokunulmazlığının kaldırılması halinde Genel Kurul kararının alındığı tarihten itibaren yedi gün içerisinde Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılması gerekmekte olup yedi günlük süre hak düşürücü niteliktedir. Parlamento tarafından dokunulmazlığın kaldırılmasına karar verilmesi halinde bu karar geri alınabilir olmaya-

---

31 AYM, E. 1968/58, K. 1968/53, 14/11/1968, s. 8.

32 AYM, E. 1968/58, K. 1968/53, 14/11/1968, s. 8.

33 Çalışmada insan haklarının pozitif hukukça tanınmış bölümünü ifade etmek için "temel hak" kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Ayrıntılı açıklama için ayrıca bkz. Münci Kapani, ***Kamu Hürriyetleri***, Yetkin Yay., 7. Baskı, Ankara, 2013, s. 13-14.

34 Temel hak yargısı terimi ile dokunulmazlığı kaldırılan parlamenterlerin başvurabileceği bireysel başvuru usulü ifade edilmektedir.

cak doğrudan sonuçlarını doğuracaktır. Dahası Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması dokunulmazlığın kaldırılması yönündeki parlamento kararının uygulanmasını engellemeyecektir.[35] Bir başka deyişle, karara karşı Anayasa Mahkemesi'ne iptal istemi ile başvurulmuş olsa dahi kararın uygulanması Anayasa Mahkemesi'nin nihai kararına bırakılmayacaktır. Anayasa Mahkemesi tarafından karar verilene kadar yargılama işlemlerine devam edilebilecektir.

Anayasa Mahkemesi dokunulmazlığın kaldırılması kararını iptal etmesi halinde parlamenter, yeniden dokunulmazlık kazanacak olup yargılama işlemlerinin üyelik sıfatının sona ermesine bırakılması gerekecektir.[36] Önemle belirtmek gerekir ki, parlamentonun dokunulmazlığın kaldırılmasına yönelik komisyon raporunu reddetmesi veya yapılan itiraz sonucu dokunulmazlığın devamına yönelik karar vermesi durumunda verilen karar kesin olup, Anayasa Mahkemesi'ne aleyhe başvuru yapılamayacaktır.[37] Anayasa Mahkemesi tarafından incelenecek tek durum, dokunulmazlığın kaldırılmasına yönelik olarak verilmiş parlamento kararıdır.[38]

Dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin parlamento kararına karşı dokunulmazlığı kaldırılmış olan parlamenter veya Genel Kurul'da lehe ya da aleyhe oy kullanıp kullanmadığı fark etmeksizin diğer parlamenterler, kararın Anayasa, kanuna veya İçtüzük'e aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilirler.[39] Anayasa Mahkemesi yapılan başvuruları on beş gün içerisinde karara bağlamalıdır. Ancak burada öngörülen süre herhangi bir hak kaybına yol açacak bir süre olmayıp kararın ivedilikle alınmasını sağlamaya yönelik düzenleyici bir süredir.[40] Anayasa Mahkemesi, incelemenin on beş günlük süre içerisinde tamamlanamamış olmasının Anayasa Mahkemesi'nin inceleme yetkisini ortadan kaldıracağı veya başvurucunun durumunu etkileyeceği şekilde yorumlanmasının mümkün olmayacağını belirtmektedir.[41]

---

35 Abdulhakimoğulları, s. 168.

36 Aktaş, s. 144.

37 Abdulkadir Yıldız, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararlarının Anayasa Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi", ***Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2017, C. 25, S. 1, s. 94.

38 Keskinsoy, s. 99.

39 Feyzioğlu, s. 37.

40 Ömer Keskinsoy, ***Yasama Dokunulmazlığı***, Adalet Yay., 1. Baskı, Ankara, 2008, s. 97.

41 Anayasa Mahkemesi 1968 yılında Hakkâri milletvekili Ali Karahan'ın dokunulmazlığının kaldırılmasına yönelik kararın iptali incelemesinde on beş günlük sürenin bu şekilde verilecek kararların kısa zamanda hızla çözümlenmesi amacıyla getirildiğini ve düzenleyici nitelikte olduğunu belirtmiştir. Bkz. AYM, E. 1968/58, K. 1968/53, 14/11/1968, s. 3.

Anayasa Mahkemesi'nin dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin yapacağı denetim sonucu verdiği kararlar kesindir. Usule ilişkin bir nedenden dolayı iptal kararı verilmesi halinde parlamento tarafından usulüne uygun süreçler yürütülerek yeniden dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin görüşme gerçekleştirilebilir. Öte yandan verilen iptal kararı esasa ilişkin bir nedene dayanmaktaysa parlamentonun yeniden aynı konuya dayanarak görüşme gerçekleştirmesi mümkün olmayacaktır.[42]

Anayasa Mahkemesi'nin dokunulmazlığın kaldırılması kararına ilişkin gerçekleştirdiği yargı denetiminin açıklanabilmesi adına Mahkeme'nin içtihatlarında takip ettiği şekil ve esas denetimine ilişkin yöntem bu başlık altında incelenecektir.[43]

1. Şekil Denetimi

Anayasa Mahkemesi, yasama dokunulmazlığının taşıdığı önem nedeniyle dokunulmazlığın kaldırılmasına yönelik parlamento kararını öncelikli olarak şekil bakımdan incelemektedir. Mahkeme'nin gerçekleştirdiği şekli incelemenin hangi usulle gerçekleştirileceğine dair çeşitli yazarların farklı düşünceleri bulunmaktadır. Bir görüşe göre; Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı şekli inceleme yalnızca son oylamadaki toplantı ve karar yetersayılarına uygun davranılıp davranılmadığına ilişkin olmalıdır.[44] Bu görüşün gerekçesi, Anayasa'nın 148. maddesine dayanmaktadır. Buna göre; Anayasa Mahkemesi'nin kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin veya cumhurbaşkanı kararnamelerinin, Meclis İçtüzüğü'nün Anayasa'ya uygunluğu bakımından denetlenmesinde şekil incelemesi yapabileceği düzenlenmiştir.[45] Ana-

---

42 Abdulhakimoğulları, s. 174.

43 Bu başlık altında yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasının iptali talebinin incelendiği 02.08.1967-22.03.2022 tarihleri arasında Anayasa Mahkemesi'nin web sayfasında yayınlanmış olan kararlar incelenmiştir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki; Anayasa Mahkemesi ile gerçekleştirilen görüşme neticesinde tüm kararların web sayfasında yayınlanmadığı bilgisine ulaşılmıştır. Çalışmanın sınırlılığı nedeniyle yayınlanmayan kararlara erişim mümkün olmamış, yalnızca yayınlanmış kararlar incelenebilmiştir. Bahsi geçen kararlara erişim için ayrıca bkz. https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar/yasama-dokunulmazligi-ve-milletvekilliginin-dusmesi/ (25.11.2022).

44 Aktaş, s. 133.

45 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Görev ve Yetkileri başlıklı 148. maddesinin 2. fıkrası için ayrıca bkz. "*Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bo-*

yasa'nın 148. maddenin 2. fıkrasında kanunlara yönelik olarak Mahkeme tarafından yapılacak şekli incelemenin yalnızca son oylama nisabına uygun olup olmadığı ve anayasa değişikliklerinde ise teklife, son oylama nisabına ve ivedilikle görüşülmemeye ilişkin koşullara uygun olup olmadığı ile sınırlıdır. Anayasa'nın şekli denetime ilişkin getirdiği sınırlama istisnai bir hüküm olup sınırlama kanunların ve anayasa değişikliklerinin şekli denetimine ilişkindir.[46]

Yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına ilişkin parlamento kararının yargısal denetimi ise Anayasa'nın 85. maddesi ile düzenlenmiş olup parlamento kararının Anayasa'ya, kanuna ve İçtüzük'e aykırılık taşıyıp taşımadığı bakımından inceleneceği belirtilmiştir.[47] Bunun dışında ayrıca bir istisna hükmü getirilmemiş olup Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı şekli incelemede Genel Kurul'da gerçekleştirilecek olan son oylama öncesindeki şekli unsurlara uyulup uyulmadığını da ayrıca denetlemesi gerekmektedir.[48] Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarına, bakıldığında da son oylama öncesindeki komisyon aşamalarının da İçtüzük'e, Anayasa'ya veya kanunlara uygunluğu değerlendirilmektedir.[49]

Dokunulmazlığın kaldırılması süreci taşıdığı önem nedeniyle İçtüzük ile ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olsa da Anayasa Mahkemesi, İçtüzük'ün şekle ilişkin düzenlemelerinin hepsinin aynı önemde olmadığını ve yalnızca bazılarının iptal nedeni olarak kabul edilebileceğini kabul etmektedir. Daha açık bir deyişle, Anayasa Mahkemesi her ne kadar son oylama öncesindeki süreçleri de şekil açısından değerlendiriyor olsa da içtihatlarında şekil incelemesinde sonuca etkisi olan veya olmayan aykırılıklar değerlendirmesi yaparak usule ilişkin her aşamayı iptal için aynı önem derecesinde kabul etmemektedir.[50] Anayasa Mahkemesi, İçtüzük'ün biçime ilişkin bütün bu hükümlerinin aynı önem dere-

---

zukluğuna dayalı iptal davası açılamaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez.", R.G. Sayısı 17863, R.G. Tarihi 09.11.1982, www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17863_1.pdf (01.05.2022).

46 Abdulhakimoğulları, 175.

47 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın İptal İstemi başlıklı 85. maddesi için ayrıca bkz. "*Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesine 84'üncü maddenin birinci, üçüncü veya dördüncü fıkralarına göre karar verilmiş olması hallerinde, Meclis Genel Kurulu kararının alındığı tarihten başlayarak yedi gün içerisinde ilgili milletvekili veya bir diğer milletvekili, kararın, Anayasaya, kanuna veya İçtüzüğe aykırılığı iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Anayasa Mahkemesi, iptal istemini on beş gün içerisinde kesin karara bağlar.*", R.G. Sayısı 17863, R.G. Tarihi 09.11.1982, www.resmigazete.gov.tr/ arsiv/17863_1.pdf (01.05.2022).

48 Feyzioğlu, s. 38.

49 AYM, E. 1998/38 K. 1998/50 31/07/1998.; AYM, E. 1997/73, K. 1997/73, 30/12/.1997.

50 Abdulhakimoğulları, s. 176.

cesinde olmadığını belirtmektedir. İçtüzük'te yer alan şekli düzenlemenin Genel Kurul oylaması sonucunda verilecek olan kararın geçerliliği üzerinde etkili olabilecek nitelikte olması durumunda şekil denetiminde incelenmesi, bunun dışında olan ayrıntı sayılabilecek nitelikteki kuralların iptal nedeni oluşturmayacağı kanaatindedir. Anayasa Mahkemesi bu yorumu "*içtüzüklerdeki biçim kurallarına aşırı bağlılığın yasama meclislerinin çalışmalarını gereksizce aksatacağı*" gerekçesiyle ifade etmektedir. İçtüzük hükümlerine aykırı düşen işlemlerden hangilerinin iptal nedeni sayılacağı sorunu uygulanacak İçtüzük hükmünün önemine ve niteliğine göre çözümlenmesinin Anayasa Mahkemesi'nin takdirinde olduğu belirtilmektedir.[51]

Anayasa Mahkemesi'nin iptal başvurularında karara etki edebileceği yönüne önemli olarak kabul ettiği şekli eksiklik değerlendirmelerinin çoğu komisyonların oluşumuna ilişkin aykırılıklara, toplantı veya karar nisaplarına, grup kararı yasağının ihlal edilip edilmediğine veya savunma hakkının tanınıp tanınmadığına yöneliktir.[52] Anayasa Mahkemesi bu noktada başvuruculların iptal gerekçesine dayanmak zorunda olmayıp kendisi başka gerekçe ile de değerlendirme yapabilecektir.[53]

Anayasa Mahkemesi şekle ilişkin incelemede toplantı ve karar yetersayılarına ilişkin bir aykırılık varsa ilk olarak bu husus incelemektedir. Zira yetersayılarda bir aykırılık olması halinde oylama öncesindeki usulün detaylarının incelenmesi gerekmeyecek, karar doğrudan iptal edilecektir.[54] Genel Kurul kararı için özel bir nisap öngörülmediğinden dolayı Anayasa'nın 96. maddesinde öngörülen toplantı ve karar yeter sayılarına göre karar verilmektedir.[55] Anayasa

---

51 Abdulhakimoğulları, s. 176.; AYM, E. 1971/41, K. 1971/67, 17/08/1971, 19/08/1971.

52 Aktaş, s. 133.; Abdulhakimoğulları, s. 175.

53 AYM, E. 1971/37, K. 1971/66, 15/07/1971.; 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un Dosya Üzerinden İnceleme ve Gerekçeyle Bağlı Olmama başlıklı 43. maddesinin 3. fıkrası için ayrıca bkz: "*Mahkemenin, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu yoktur. Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılık kararı verebilir.*" R.G. Sayısı 67894, R.G. Tarihi 03.04.2011, www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/04/20110403-1.htm (01.05.2022).

54 AYM, E. 1968/58, K. 1968/53, 14/11/1968, s. 3.

55 Yıldız, s. 94.; 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Toplantı ve Karar Yetersayısı başlıklı 96. maddesi için ayrıca bkz: "*Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak*

Mahkemesi'nin görüşü de bu doğrultuda olup Hakkâri milletvekili Ali Karahan'ın dokunulmazlığının kaldırılmasına yönelik kararın iptali incelemesinde toplantı ve karar yetersayılarının hesaplanmasında genel hükmün esas alınacağı belirtilmiştir.[56] Buna göre, üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanan parlamento toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verilir. Her halde karar yeter sayısı üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz.

Toplantı ve karar yetersayılarında bir aykırılık olmaması durumunda Anayasa Mahkemesi ikinci olarak diğer şekli problemleri incelemeye başlar. Anayasa Mahkemesi'nin Genel Kurul kararına etki edebileceğini değerlendirdiği şekli eksikliklerin başında komisyon aşamalarında gerçekleşen eksiklikler gelmektedir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarında da ele alınan şekli eksikliklerin tespit edilebilmesi için kısaca dokunulmazlıkların kaldırılmasında İçtüzük'te düzenlenen usule değinmek gerekmektedir.

Dokunulmazlığın kaldırılması sürecinde diğer parlamento kararlarının usulünden farklılık taşıyan pek çok unsur bulunmaktadır. Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasında izlenecek usul TBMM İçtüzüğü'nün 131. ve 134. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 131. maddenin 1. fıkrasına göre bir parlamenter hakkında yasama dokunulmazlığının kaldırılması talebi Meclis Başkanlığı'na gönderilir.[57] Dokunulmazlığın kaldırılmasına yönelik kimin talepte bulunması gerektiği açıkça belirtilmemiş olsa da dokunulmazlığının kaldırılması talep edilen parlamenter hakkında ceza kovuşturması yürüten hâkim veya savcıların talep etmede yetkili olduğu düşünülmektedir.[58] Yetkili kişilerin doğrudan Meclis Başkanlığı'na taleplerini yönlendirebileceği uygulaması yürütülmekteyken, 10.07.2018 tarihli 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 8. maddesinin 1. fıkrasının ç bendinde "*Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin dokunulmazlıklarının kaldırılmasına ait işlemleri yapmak*" Personel

karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz.", R.G. Sayısı 17863, R.G. Tarihi 09.11.1982, www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17863_1.pdf (01.05.2022).

56 AYM, E. 1968/58, K. 1968/53, 14/11/1968, s. 4.

57 Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması İstemi ve Görüşüleceği Komisyon başlıklı 131. maddesinin 1. fıkrası için ayrıca bkz. "*Bir milletvekilinin veya görevleriyle ilgili olmayan suçlardan dolayı Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların dokunulmazlığının kaldırılması hakkındaki istemler Başkanlıkça, Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyona havale edilir.*" Millet Meclisi Karar Tarihi: 05.03.1973, Karar No. 584, R.G. Sayısı 14506, R.G. Tarihi 13.04.1973, www.resmigazete.gov.tr/arsiv/14506.pdf (01.05.2022).

58 Arslan, s. 96.

ve Prensipler Genel Müdürlüğünün görevleri arasında sayılmıştır.[59] Son durumda yetkili makam olan kovuşturmayı yürüten hâkim veya savcıların dokunulmazlığın kaldırılması hakkındaki taleplerini Adalet Bakanlığı'na iletmesi, Adalet Bakanlığı tarafından Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğü'ne talebin iletilmesi ve nihai olarak Genel Müdürlük tarafından Meclis Başkanlığı'na ilgili taleplerin sunulması gerekmektedir.[60] Tüm bu süreçte herhangi bir makam talebi reddetme veya iletmeme yetkisini haiz değildir.[61] Ancak Anayasa Mahkemesi, dokunulmazlığın kaldırılması talebine ilişkin süreçleri ve Meclis Başkanlığı'na iletilmesine kadar geçen süreçteki İçtüzük'e aykırılıkları kararın iptaline esas teşkil edecek bir husus olarak görmemektedir.[62]

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası'ndan bu yana dokunulmazlıkların kaldırılması kararına yönelik gerçekleştirdiği incelemelerde komisyon süreçlerini önemsemiş ve ayrıntılarıyla incelemiştir.[63] Bu nedenle kısaca komisyonların oluşumundan, görev ve yetkilerinden bahsedilmesi gerekmektedir. İlgili makam tarafından Meclis Başkanlığı'na iletilen talep Meclis Başkanlığı tarafından

---

59 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 8. maddesinin 1. fıkrasının ç bendi için ayrıca bkz. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Sayısı: 1, R.G. Sayısı: 30474, R.G. Tarihi: 10.07.2018, www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180710-1.pdf (01.05.2022).

60 Arslan, s. 96.

61 Murat Saltuk Bilgili - Muhammet Emin Ruhi, "1982 Anayasası'nda Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması Usulü", ***Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi***, 2018, C. 11, S. 1, s. 77.

62 Örneğin; Anayasa Mahkemesi'nin 1971 yılında Cumhuriyet Senatosunun Cumhurbaşkanınca seçilmiş üyesi olan Osman Köksal'ın dokunulmazlığının kaldırılması kararının iptali istemli başvuruyu incelerken dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin Adalet Bakanlığı talebinin gerekçesiz olması sorununu ele almıştır. Bir parlamenterin yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin talepler kovuşturmayı yürütecek olan mahkemeler veya savcılık tarafından Adalet Bakanlığına bildirilir ve Adalet Bakanlığı durumu gerekçeli bir tezkere ile ilgili parlamento başkanlığına yönlendirir. Ancak Anayasa Mahkemesi tarafından incelenen olayda Adalet Bakanlığı tarafından gönderilen tezkerenin gerekçesiz olduğu mahkeme tarafından beyan edilmektedir. Bu nedenle içtüzüğe aykırı bir usulün izlendiği açıktır. Adalet Bakanlığı tezkeresinin gerekçesinin bulunmaması eksikliği de kararın iptali için esaslı bir önemde olmadığı kararı verilmiştir. Benzer şekilde aynı olayda ve yine Cumhuriyet Senatosu Tabiî Üyesi Ekrem Acuner'in dosyasında Adalet Bakanlığı'ndan hiç geçirilmeden doğrudan komisyonlara gönderilerek rapor oluşturulması ardından eksikliğin giderilmesi için Adalet Bakanlığı'na gönderilmesi ve eksik yürütülen Adalet Bakanlığı sürecinin tamamlanmasına rağmen yeniden komisyon aşamasının yapılmaması da karara etki eden esaslı bir unsur olarak görülmemiştir. Ayrıca bkz. AYM, E. 1971/41, K. 1971/67, 17/08/1971, 19/08/1971.; AYM, E. 1971/37, K. 1971/66, 15/07/1971, s. 7.

63 Abdulhakimoğulları, s. 177.

oluşturulacak olan karma komisyona havale edilir. Meclis Başkanlığı'nın gelen talebi reddetmesi mümkün değildir, aksi halde parlamentonun yetki alanını işgal etmiş olacaktır. Meclis Başkanlığı tarafından dokunulmazlığın kaldırılması talebinin incelenmesi için oluşturulan Karma Komisyon, Anayasa ve Adalet Komisyonu üyelerinden oluşmaktadır. İçtüzük'e göre Karma Komisyon'un başkanı, başkanvekili, sözcü ve kâtibi, Anayasa Komisyonu'nun başkanı, başkanvekili, sözcüsü ve kâtibi olacaktır.[64]

Yasama dokunulmazlığının kaldırılması önem arz eden bir süreç olması nedeniyle yalnızca Karma Komisyon ile yetinilmemiş hazırlık işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi adına ayrıca bir Hazırlık Komisyonu oluşturulması gerektiği düzenlenmiştir.[65] Karma Komisyon'un başkanı hazırlık sürecinin yürütülebilmesi ve dosyaların ayrıntılı incelenebilmesi adına her siyasî partinin hazırlık komisyonuna verebileceği üyeleri arasından adçekme suretiyle beş üyeli bir hazırlık komisyonu oluşturur.[66] Hazırlık Komisyonu'nda tüm siyasi partilerin katılımının sağlanması ve kritik bir konu olan dokunulmazlıkların kaldırılmasında dikkatli bir inceleme yapılabilmesi adına adçekme usulü benimsenmiştir.[67]

Hazırlık Komisyonu dosya üzerinden bir inceleme gerçekleştirecek olup tanık dinleyemez, delilleri araştırması gerekmez ve yapılan inceleme yargılama değildir. Hazırlık Komisyonu tarafından yapılan inceleme neticesinde bir ay içerisinde rapor hazırlanır ve Karma Komisyon'a sunulur. Sunulan Rapor Karma Komisyon tarafından bir ay içerisinde nihai hale getirilir. Hazırlık Komisyonu tarafından hazırlanan rapor Karma Komisyon için bağlayıcı nitelikte olmayıp Karma Komisyon'un nihai raporu için hazırlık niteliğindedir.[68] Karma Komis-

---

64 Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması İstemi ve Görüşüleceği Komisyon başlıklı 131. maddesinin 2. fıkrası için ayrıca bkz. "*Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyonun Başkanı, Başkanvekili, Sözcü ve Kâtibi, Anayasa Komisyonunun Başkanı, Başkanvekili, Sözcüsü ve Kâtibidir.*" Millet Meclisi Karar Tarihi: 05.03.1973, Karar No. 584, R.G. Sayısı 14506, R.G. Tarihi 13.04.1973, www.resmigazete.gov.tr/arsiv/14506.pdf (01.05.2022).

65 Arslan, s. 96.; Ayrıca bkz. AYM, E. 1967/22, K. 1967/22, 02/08/1967, s. 4.

66 Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Hazırlık Komisyonu ve Görüşmeleri başlıklı 132. maddesinin 1. fıkrası için ayrıca bkz. "*Karma komisyon başkanı, dokunulmazlık dosyalarını incelemek üzere her siyasî partinin hazırlık komisyonuna verebileceği üyeleri arasından adçekme suretiyle beş üyeli bir hazırlık komisyonu teşkil eder.*" Millet Meclisi Karar Tarihi: 05.03.1973, Karar No. 584, R.G. Sayısı 14506, R.G. Tarihi 13.04.1973, www.resmigazete.gov.tr/arsiv/14506.pdf (01.05.2022).

67 Bilgili - Ruhi, s. 77.

68 A.g.e., s. 77.

yon'un nihai raporunda dokunulmazlığın kaldırılmasına veya ceza kovuşturmasının parlamenterin üyeliğinin sona ermesinden sonraya bırakılmasına yönelik görüş bildirir.[69] Gerek Hazırlık Komisyonu'nun rapor hazırlık süreci gerekse de Karma Komisyon'un rapor hazırlaması için öngörülen süre kısıtı Anayasa Mahkemesi tarafından emredici nitelikte görülmemiş, iptale dayanak yapılmamış yalnızca dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin işlemlerin sürüncemede bırakılmamasına yönelik bir düzenleyici süre olarak görülmüştür.[70]

Karma Komisyon tarafından tanzim edilen rapor ceza kovuşturmasının parlamenterin üyeliğinin sonuna kadar ertelenmesi yönünde olursa rapor Genel Kurul'da okunur on gün içerisinde rapora itiraz edilmezse rapor kesinleşir. Kesinleşen rapor sonucunda parlamenterin dokunulmazlığı üyeliğinin devam ettiği süre boyunca devam edecektir.

Genel Kurul'da dokunulmazlığın devamı yönünde düzenlenmiş rapora itiraz edilirse veya Karma Komisyon tarafından düzenlenen raporda dokunulmazlığın kaldırılması yönünde görüş bildirilirse rapora ilişkin Genel Kurul'da görüşme gerçekleştirilir. Bu halde Genel Kurul görüşmesinde dokunulmazlığın kaldırılması yönündeki rapor uygun görülürse veya rapora yapılan itiraz kabul edilirse dokunulmazlık kaldırılacaktır. Öte yandan dokunulmazlığın kaldırılması yönündeki rapor Genel Kurul'da kabul görmez veya dokunulmazlığın devamına yönelik tanzim edilmiş olan rapora itiraz yerinde bulunmazsa dokunulmazlık devam edecektir.[71]

Görüldüğü gibi komisyon aşamalarında dokunulmazlığın kaldırılması talebine yönelik tüm hazırlık ve araştırma süreçleri yürütüldüğünden dolayı Genel Kurul kararına doğrudan önemli bir etkisi bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafından, özellikle komisyonların oluşumu yönünden siyasî parti gruplarının Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki "*kuvvetleri oranında*" temsil ilkesine uyulup uyulmadığı gözetilmektedir. Siyasi parti gruplarının meclisin bütün faaliyetlerine kuvvetleri oranında katılmaları temel bir kuraldır. Anayasa Mahkemesi 1967 yılında İstanbul Milletvekili Çetin Altan'ın dokunulmazlığının kaldırılması kararının iptaline ilişkin incelemede bu hususu öncelikli olarak değerlendirmiş ve Karma Komisyon'un oluşumundaki aykırılık nedeniyle kararın iptaline karar

---

69 Nadir Latif İslam, "Milletvekili Dokunulmazlığında Meclis İçi Prosedür", ***Yargıtay Dergisi***, 1993, C. 19, S. 2, s. 8.

70 Bilgili - Ruhi, s. 78.; AYM, E. 1968/58, K. 1968/53 14/11/1968, s. 8.

71 İslam, s. 9.

vermiştir. Dahası Anayasa Mahkemesi, siyasi parti gruplarının kuvvetleri oranında temsil edilmesine yönelik kuralın siyasî parti gruplarının anlaşması veya Genel Kurul'un kabulü ile görmezden gelinmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir.[72]

Anılan kararda Anayasa Mahkemesi, komisyon aşamasının önemini ayrıca vurgulamıştır. Her ne kadar dokunulmazlığın kaldırılmasına son aşamada Genel Kurul tarafından karar verilse de kararın bütün dayanakları öncelikli olarak Hazırlık Komisyonu tarafından rapor haline getirilmekte ve nihai olarak Karma Komisyon tarafından incelenmekte ve hazırlamaktadır. Karma Komisyon bir parlamenterin haklarına ilişkin sübjektif karar verebilecek bir yapıdadır. Bu nedenle, Karma Komisyon tarafından verilen kararın hukuken geçerli olup olmadığı kuruluşunun İçtüzük'e uygun olup olmayışına göre değişecektir. Zira Komisyon'un oluşum şekli ile sunulacak nihai rapor ve görüş arasında sıkı bir bağlantı ve ilişki vardır. Ayrıca Genel Kurul görüşmeleri, Karma Komisyon'un raporu ve kararı üzerinde yapılacağı için Karma Komisyon'un raporu ve kararı nihai karara önemli ölçüde etki edecektir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, Karma Komisyon raporunun, dokunulmazlığını kaldırılmasında taşıdığı önemi kabul etmektedir.[73]

Aleyhine dokunulmazlığının kaldırılması isteminde bulunan parlamenter komisyonlar önünde veya Genel Kurul aşamasında her zaman kendini savunabilir veya başka bir üye tarafından savunulabilir. İçtüzük'e göre son söz savunmaya verilmelidir.[74] Ancak Anayasa Mahkemesi, son sözün kime verildiğinin kararın iptali için esaslı bir unsur olmadığı kanaatindedir. Örneğin; Ekrem Acuner'in dokunulmazlığının kaldırılması kararının denetlenmesinde Anayasa Mahkemesi, İçtüzük'te açıkça son sözün cumhuriyet senatosu üyesine bırakılması gerektiği hükmü bulunmasına ve bu hükme aykırılık teşkil eden süreç yürütülmesine rağmen nihai karara esaslı bir biçimde etki eden bir eksiklik olmadığı gerekçesi ile şekli eksiklik tespit etmemiştir.[75]

---

[72] AYM, E. 1967/22, K. 1967/22, 02.08.1967, s. 3.

[73] AYM, E. 1967/22, K. 1967/22, 02.08.1967, s. 4.

[74] Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Savunma Hakkı başlıklı 134. maddesinin 3. fıkrası için ayrıca bkz. "*Son söz herhalde savunmanındır.*" Millet Meclisi Karar Tarihi: 05.03.1973, Karar No: 584, R.G. Sayısı 14506, R.G. Tarihi 13.04.1973, www.resmigazete.gov.tr/ arsiv/14506.pdf (01.05.2022).

[75] AYM, E. 1971/37, K. 1971/66, 15/07/1971, s. 9.

Dokunulmazlıkların kaldırılmasına ilişkin siyasi partilerin grup görüşmesi gerçekleştirmesi ve grup kararı alınması açıkça engellenmiştir. Bu önlemin amacı, verilecek kararda her parlamenterin parti disiplininden bağımsız olarak vicdani kanaati doğrultusunda hakkaniyete uygun karar verebilmesini sağlamaktır. Her ne kadar böyle bir önlem alınıyor ve grup görüşmeleri engelleniyor olsa da kulis yapılarak ortak karar verilmesinin önüne geçilmesi imkânsız görülmektedir.[76] Anayasa Mahkemesi, 1994 yılında Diyarbakır milletvekili Mehmet Hatip Dicle'nin dokunulmazlığının kaldırılması kararının iptaline ilişkin değerlendirme yaptığı kararında siyasi parti gruplarının Anayasa'ya aykırı olarak dokunulmazlıkların kaldırılmasına ilişkin görüşme gerçekleştirmiş olduğu iddiasının biçimden çok esasa etki edebilecek nitelikte olduğunu belirterek şekil denetiminde değerlendirmemiştir.[77]

Bir diğer şekil tartışması ise birden fazla parlamenterin dokunulmazlığının kaldırılması isteminin aynı anda oylanıp oylanamayacağına ilişkindir. Anayasa Mahkemesi 1969 yılında verdiği bir kararında bu hususa değinerek birden çok kişiyi ilgilendiren yasama dokunulmazlığının kaldırılması işlerinde her ilgili için ayrı oylamaya gidilmesinin en doğru ve sağlam yol olacağını belirtmekle birlikte, ayrı ayrı oylama yapılmamış olmasının her somut olay bakımından kararın iptalini gerektirecek ağırlıkta bir şekil eksikliği olup olmadığının ayrıca değerlendirilerek karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir.[78]

2. Esas Denetimi

Anayasa Mahkemesi şekil bakımından yaptığı inceleme neticesinde bir aykırılık tespit etmediği halde kararın esası bakımından incelenmesine geçecektir. Şekli kriterlere yönelik ayrıntılı usul İçtüzük'te belirtilmiş olsa da esas bakımından dikkat edilmesi gereken ölçütler anayasa veya İçtüzük ile açıkça düzenlenmemiştir.[79] Ancak 1961 Anayasası döneminde yürürlükte bulunan 1963 tarihli Cumhuriyet Senatosu İçtüzüğü'nün 140. maddesinde belirtilen kriterler, meclis tarafından dokunulmazlığın kaldırılması sürecinde göz önünde bulundurulmaktadır.[80] Anayasa Mahkemesi de dokunulmazlığın kaldırılması kararının esas

[76] Feyzioğlu, s. 35.

[77] AYM, E. 1994/4, K. 1994/23, 21/03/1994, s. 4.

[78] AYM, E. 1968/69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78-79 ile birleşik, K. 1969/1, 02/01/1969, s. 15.

[79] Abdulhakimoğulları, s. 178.

[80] Cumhuriyet Senatosu İçtüzüğü'nün Alt Komisyon Raporu başlıklı 140. maddesi için ayrıca bkz. R.G. Sayısı: 11610, R.G. Tarihi: 18.01.1964, https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11610.pdf (01.05.2022).

denetimine ilişkin içtihadında takip ettiği temel ilkeleri hem Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti olma ölçütleri hem de İçtüzük'te belirtilen ölçütler çerçevesinde ortaya koymuştur.[81] Bunun yanında dokunulmazlığın kaldırılması kararını *Anayasaya, kanuna veya İçtüzüğe* uyguluğu bakımından inceleyecek olması nedeniyle Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin getirdiği güvenceleri de göz önünde bulundurmalıdır. Nitekim temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı Anayasa normlarını ihlal eder nitelikte olan parlamento kararının Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptali gerekecektir.

Anayasa'da açıkça parlamentonun dokunulmazlıkların kaldırılmasına yetkili olduğu belirtilmiş olsa da parlamento bu kararı verirken sınırsız bir yetkiyi haiz değildir.[82] Dokunulmazlığın kaldırılması sürecine ilişkin komisyonlar tarafından rapor hazırlık sürecinde ve parlamento tarafından gerçekleştirilecek olan görüşmede objektif kriterler dikkate alınmalıdır.[83] Anayasa Mahkemesi tarafından da esasa yönelik denetimde gözetilen objektif kriterler; isnadın ciddiliği, siyasi amacın bulunup bulunmadığı, isnada konu fiilin kamuoyundaki etkisi, parlamenterin kişilik haklarının ve haysiyetinin korunmasına olan etkisi, suç isnadının kürsü dokunulmazlığı kapsamında olup olmadığı, suç isnadına konu fiilin parlamento soruşturmasına tabi olup olmadığı, parlamentonun isnat edilen suç ile bağlı kalıp kalmadığıdır.[84]

Parlamento, dokunulmazlıkların kaldırılmasına karar verirken isnadın ciddiliğini değerlendirmeli, siyasi saik ile alınmış dayanaksız bir iddia olup olmadığını gözetmelidir.[85] Parlamentonun bu aşamada karar verirken isnadın ciddiliğinin incelenmesinde bir yargılama yapılmadığı açıktır. Aksi halde, yargı makamlarının yetki alanına girilmiş olacaktır. Komisyonlar tarafından gerçekleştirilen rapor hazırlık süreçlerinde veya Genel Kurul'da görüşme aşamasında delil değerlendirmesi veya kişinin suçluluğuna ilişkin bir inceleme gerçekleştirilmeyecektir. Yapılan değerlendirmeler, dokunulmazlığın kaldırılmasının siyasi bir amacı taşıyıp taşımadığına ilişkin ve parlamenterin görevini yerine getirmesini engelleyebilecek olan yargılamanın ciddiyetine ilişkin olmalıdır.[86]

---

81 AYM, E. 1994/37, K. 1971/66, 15/07/1971, s. 12.

82 Bilgili - Ruhi, s. 68.

83 Yüksel, s. 1303.

84 Aktaş, s. 137.

85 AYM, E. 1971/37, K. 1971/66, 15/07/1971, s. 12.

86 Bilgili - Ruhi, s. 79.

Anayasa Mahkemesi, ilk olarak isnadın ciddiliğini ele almaktadır. İsnadın ciddiliği incelenirken zaruri olarak isnada dayanak olan delillerin gözden geçirilmesi gerekecektir. Ancak delillerin gözden geçirilmesi ceza yargılamasında gerçekleştirilecek olan delillerin takdiri ile karıştırılmamalıdır. Ceza yargılamasında gerçekleştirilen delil incelemesi kişinin suçu işleyip işlemediğine yönelik olarak delillerin araştırılmasına ve tartılmasına ilişkindir. Oysa Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı inceleme yalnızca isnadın ciddiliğini ölçmek amacıyla kullanılmakta olup suça veya fiile yönelik bir değerlendirme yapılmamaktadır. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi'nin de yaklaşımı suç isnadına dayanak olan delillerin mevcudiyeti ve isnadın ilk bakışta asılsız olup olmadıklarının değerlendirmesiyle sınırlı olup ayrıca delillerin gerçek olup olmadığına yönelik derinlemesine bir araştırma yapılmamaktadır.[87] Anayasa Mahkemesi 1966 yılında Cumhuriyet Senatosu üyelerinin dokunulmazlıklarının kaldırılmasının iptaline yönelik gerçekleştirdiği incelemede bu hususu vurgulamakla birlikte ayrıca dikkat edilmesi gereken hususun isnat edilen suçun ağırlığına yönelik değil, isnadın ciddiliğine yönelik olması gerektiğini belirtmiştir.[88] Anayasa Mahkemesi anılan kararda yüzeysel olarak dosya kapsamında delil olarak sunulmuş tanık ifadelerini, belge ve dokümanları inceleyerek isnadın ciddiyet taşımadığına karar vermiştir. Öncelikli olarak isnadın ciddiyeti tartıldığından ve yetersiz bulunduğundan diğer ölçütlerin incelenmesine gerek görülmemiştir.[89] Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi, 1971 yılında Cumhuriyet Senatosu Tabiî Üyesi Ekrem Acuner'in dokunulmazlığının kaldırılmasına yönelik kararın iptali başvurusunda deliller değerlendirilerek özellikle tanık ifadelerindeki belirsizliklere değinilerek herhangi bir ek açıklamayı, yorumu veya tartışmayı gerektirmeksizin yüzeysel bir bakışla isnadın ciddi olmadığı kanaatine ulaşılabildiğini belirtmiştir.[90]

Anayasa Mahkemesi 1971 yılında Cumhuriyet Senatosu'nun cumhurbaşkanınca seçilmiş üyesi olan Osman Köksal'ın dokunulmazlığının kaldırılmasına yönelik kararın incelendiği bir başka kararında isnadın ciddiliğini incelerken dosyada delil olarak bulunan ses kayıtlarının veya gizli ajan raporlarına dayana-

87 Aktaş, s. 138.

88 AYM, E. 1968/69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78-79 ile birleşik, Karar Sayısı: 1969/1, 02/01/1969, s. 17.

89 AYM, E. 1968/69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78-79 ile birleşik, Karar Sayısı: 1969/1, 02/01/1969, s. 19.

90 AYM, E. 1971/37, K. 1971/66, 15/07/1971, s. 19.

rak oluşturulan bir suç isnadının yasama dokunulmazlığının kaldırılması yönünden ciddilik taşımasının hukuk devletinde mümkün olmayacağını belirtmiştir.[91] Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin 2022 yılında Diyarbakır milletvekili Semra Güzel hakkında gerçekleştirdiği inceleme savcılık tarafından ifadesi alınmış olan gizli tanık ifadesini isnadın ciddiliği yönünden yeterli bulmuş ve hukuk devleti ilkesi yönünden herhangi bir yorumda bulunmamıştır.[92]

Anayasa Mahkemesi'nin 1982 dönemi ve sonrasında ele aldığı bazı dokunulmazlığın kaldırılması kararının iptaline yönelik başvurularda ayrıntılı gerekçe belirtmeden ve hukuk devleti ilkelerine atıf yapmadan verdiği kararlar söz konusudur.[93] Anayasa Mahkemesi'nin ayrıntılı gerekçe belirtmemesi nedeniyle hangi hallerde isnadın ciddi bulunduğu hangi hallerde ise dayanaksız olduğunun tespit edildiği netlik taşımamaktadır.[94]

Anayasa Mahkemesi'nin esas denetiminde öncelikli olarak değerlendirdiği bir diğer ölçüt suç isnadının kürsü dokunulmazlığı kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesine ilişkindir. Zira kürsü dokunulmazlığı mutlak nitelikte olup kürsü dokunulmazlığının kapsamında kalan bir fiilden ötürü kişi hakkında ceza soruşturması veya kovuşturması yürütülmesi mümkün olmayacaktır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirmelerde kürsü dokunulmazlığının kapsamının yalnızca meclis çalışmaları kapsamında meclis kürsüsünden söylenen ifadelerle sınır olduğunu değerlendirmekte olup yaptığı incelemelerde de meclis tutanaklarını esas almaktadır.[95]

Anayasa Mahkemesi, isnadın ciddiliğine ve fiilin kürsü dokunulmazlığı kapsamında olmadığına kanaat getirmesinin ardından kararın siyasi amaçla alınıp alınmadığı ölçütünü değerlendirmeye almaktadır. Zira dokunulmazlığın amacı çoğunluk karşısında muhalefet üyelerinin de parlamento faaliyetlerine aktif katılımlarının sağlanabilmesi ve özgür bir biçimde ifadelerini açıklayabilmelerinin sağlanabilmesidir. Bu nedenle dokunulmazlığın, siyasal amaçla azınlık üyeleri veya muhalif görüşleri sindirmek ya da kimi düşüncelerin parlamentodan dışlamak için kötü amaçlı olarak kaldırılmasının engellenmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi, dokunulmazlığın kaldırılması kararında siyasal amaçların

---

91 AYM, E. 1971/41, K. 1971/67, 17/08/1971, 19/08/1971, s. 23.

92 AYM, E. 2022/27, K. 2022/23, 22/03/2022, § 30.

93 AYM, E. 1994/4, K. 1994/23, 21/03/1994, s. 8.

94 AYM, E. 1994/18, K. 1994/37, 21/03/1994, s. 8.

95 AYM, E.1994/4, K. 1994/23, 21/03/1994, s. 8.

etken olup olmadığının tespit edilebilmesi için birtakım ölçütler geliştirmiştir. Mahkeme özellikle, dokunulmazlığın kaldırılma talebinden başlayarak genel kurul kararına kadar olan süreç içerisindeki işlemlerdeki davranışların, dokunulmazlığın kaldırılmasına karar veren çoğunluğun tutumunun, komisyon ve genel kuruldaki konuşmaların, dokunulmazlığın kaldırılmasına yol açan suç isnadının niteliğinin, ileri sürülen gerekçelerin ve doğruluğunun, ortaya konulan kanıtların, kararın alındığı dönemin, genel siyasal ortam içinde kararın alınmasında uygulanan yöntemlerin incelenmesi gerektiğini belirtmektedir.[96]

Dahası, Anayasa Mahkemesi siyasi parti gruplarının dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin görüşme ve karar alma yasağını ihlal ettiğine yönelik yapılan itirazları da bu aşamada incelemektedir.[97] Bu noktada da siyasi partilerin grup toplantılarının tutanaklarının incelenmesi yeterli görülerek sonuca ulaşılmaktadır. Ancak grup toplantısı tutanaklarında açıkça belirtilen bir grup kararı bulunmasa dahi daha önce de değinildiği üzere kulislerde kararın alınmasına engel olmak mümkün değildir. Kulis görüşmeleriyle çoğunluk baskısı yaratılabilecek ve siyasi saik ile dokunulmazlıkların kaldırılmasına karar verilebilecektir. Örneğin; Anayasa Mahkemesi'nin 1994 yılında DEP milletvekillerinin dokunulmazlıklarının kaldırılması sürecinde dönemin Başbakan'ın dokunulmazlıklara ilişkin görüş bildirmesini genel kurul kararı öncesi karar alma ve görüşme yasağına aykırılık teşkil etmediğini yalnızca Başbakan'ın kişisel görüşlerini paylaşmasından ibaret olduğunu belirtmiştir.[98] Ancak başbakanın parti genel başkanı olarak dokunulmazlıklarının kaldırılmasına ilişkin görüş bildirmesinin parti grubuna üye parlamenterler açısından önemli ve kararlarında etkili olacağı ortada olup Mahkeme'nin bu hususu göz ardı etmesi yerinde değildir.[99] Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin dokunulmazlığın kaldırılması kararının siyasi saik ile alınıp alınmadığının denetimi noktasında daha detaylı bir değerlendirme yapması yerinde olacaktır.

Parlamenterin şeref ve haysiyetine olan etkisi bakımından değerlendirme yapıldığında ise Anayasa Mahkemesi, öncelikle suçlamaların ağırlığını göz önünde bulundurmaktadır. Zira parlamenter hakkındaki suçlamaların parlamenterin görevi ile bağdaşmayacak derecede ağır suçlamalar olması durumunda dokunul-

---

96 AYM, E. 1994/4, K. 1994/23, 21/03/1994, s. 11.; AYM, E. 1997/72, K. 1997/74, 31/12/1997, s. 17.; AYM, E. 1998/38, K. 1998/50, 31/07/1998, s. 4.

97 AYM, E. 1994/4, K. 1994/23, 21/03/1994, s. 11.; AYM, E. 1994/6, K. 1994/25, 21/03/1994, s. 10.

98 AYM, E. 1994/4, K. 1994/23, 21/03/1994, s. 12.

99 Abdulhakimoğulları, s. 184.

mazlığın kaldırılmasının yerinde olduğunu belirtmektedir. Diğer bir deyişle, parlamenterin şeref ve itibarı ancak yargılama sonucu beraat etmesiyle mümkün olabilecek aksi halde, kamuoyuna yansıyan suçlamalar nedeniyle kamuoyunda önemli ölçüde güven eksikliği oluşacaktır.[100] Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, suçlamaların yasama organı üyeliği göreviyle bağdaşmayacak nitelikte olduğu durumlarda suçlamaların ağırlığının parlamenterin yasama dokunulmazlığının kaldırılması için yeterli olduğu ve parlamenterin şeref ve haysiyetini zedeleyecek nitelikte olması iddiasına başvurulamayacağı sonucuna ulaşmaktadır.[101]

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, suçlama konusunun kamuoyundaki etkisini de değerlendirmektedir.[102] Suçlamaya konu fiillerin kamuoyundaki etkisi süregelen yoğun bir tepkiye ve rahatsızlığa neden olacak nitelikteyse Anayasa Mahkemesi nezdinde dokunulmazlığının kaldırılmasının yerinde olacağı kanaati oluşmaktadır.[103]

Anayasa Mahkemesi tarafından incelenen bir diğer husus, parlamentonun dokunulmazlığın kaldırılması talebine konu suç isnadı ile sınırlı kalıp kalmadığının değerlendirilmesine ilişkindir. Zira hakkında dokunulmazlığın kaldırılması talebi bulunan parlamenter yalnızca bu talebe konu suç isnadı bakımından dokunulmazlığını kaybedecek varsa diğer suç isnatları bakımından dokunulmazlığı devam edecektir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından parlamento genel kurul görüşmelerinde bu esasa uygun davranılıp davranılmadığının denetlenmesi önem taşımaktadır.

Son olarak daha önce değinildiği üzere bakanlar da parlamenterlerde olduğu gibi yasama dokunulmazlığı kurumundan faydalanmaktadırlar ve parlamenterlere benzer şekilde bakanlar hakkında da dokunulmazlığın kaldırılması kararı verilebilmektedir. Ancak bakanların görevleri nedeniyle işledikleri suçlardan dolayı meclis soruşturması yürütülmesi gerekmekte olup bu suçlardan dolayı adli mercilerin inceleme yapması mümkün değildir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından bakanların yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına

---

[100] Aktaş, s. 142.

[101] AYM, E. 1997/73, K. 1997/73, 30/12/1997 s. 12.

[102] Anayasa Mahkemesi, yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararını değerlendirdiği bir başvuruda ilgili parlamenter hakkındaki suç isnadının önceki bir tarihe dayanması nedeniyle gündeme getirilmemesi gerektiği itirazının, suçun ağırlığının kamuoyunda süregelen bir tepki yaratması nedeniyle kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. İlgili karar için bkz. AYM, E. 1968/58, K. 1968/53, 14/11/1968, s. 8.

[103] Abdulhakimoğulları, s. 184.

neden olan suç isnadına konu fiillerin meclis soruşturmasına tabi olduğunun tespit edilmesi halinde, meclis soruşturması yapılması amacıyla dokunulmazlığın kaldırılması kararını iptal etmesi ve İçtüzük hükümleri uyarınca meclis soruşturmasının yürütülmesi gerekecektir.[104]

B. Temel Hak Yargısı Denetimi

Yasama dokunulmazlığı doğrudan serbest seçim hakkının bir unsuru olmamakla birlikte hakkın garantörü olarak yorumlanmaktadır. Dahası, yalnızca serbest seçim hakkının değil aynı zamanda parlamenterin siyasi ifade özgürlüğünün önemli bir yönünü oluşturmaktadır. Yasama dokunulmazlığının kaldırılması temas ettiği ve garantörü olduğu haklara müdahale teşkil edebilecektir. Bu nedenle yasama dokunulmazlığının kaldırılmasının temel hakka müdahale oluşturduğu ve hak ihlaline neden olduğu iddiasıyla parlamenterler tarafından bireysel başvuru gerçekleştirilebilecektir. Temel hak yargısında denetim öncelikli olarak kabul edilebilirlik yönünden gerçekleştirilecek olup kabul edilebilirlik kriterlerini sağlayan başvurular bakımından esas denetimine geçilecektir. Bu başlık altında öncelikle yasama dokunulmazlığının kaldırılmasının bireysel başvuruya konu olup olamayacağı kabul edilebilirlik bakımından incelenecek ve devamında yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına bağlı olarak hak ihlali iddiasına dayanan başvuruların esas denetimindeki kriterler ele alınacaktır.

1. Kabul Edilebilirlik Denetimi

Temel hak yargısında hak ihlaline ilişkin esas incelemesine geçilmeden önce, ilk olarak kabul edilebilirlik yönünden bir denetim gerekmektedir. Kabul edilebilirlik aşamasında değerlendirilen kriterleri kısaca; usule ilişkin kriterler, mahkemenin yetki alanına ilişkin kriterler ve esasa ilişkin kriterler şeklinde sınıflandırmak mümkündür.[105] Usule ilişkin kabul edilebilirlik kriterlerinden olan başvuru yollarının tüketilmesi ve mahkemenin yetki alanına ilişkin kriterlerden olan konu kriteri yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasının Anayasa Mahkemesi nezdinde bireysel başvuruya konu olup olamayacağının değerlendirilmesi bakımından önem taşımaktadır.

---

[104] Aktaş, s. 143.

[105] Ulaş Karan, ***Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi***, Bilgi Üniversitesi Yay., 1. Baskı, 2015, s. 57 vd.; David Harris - Michael O'boyle - Colin Warbrick, ***Law of the European Convention on Human Rights***, Oxford University Press, 3. Baskı, Oxford, 2014, s. 43 vd.; Philip Leach, ***Taking a Case to the European Court of Human Rights***, Oxford University Press, 3. Baskı, Oxford, 2011, s. 107 vd.

Öncelikle bireysel başvuruda bulunulabilmek için ulusal hukukta öngörülen yargı yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir. Yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararına ilişkin olarak ise Anayasa'nın 85. maddesinde yasama dokunulmazlığı kaldırılan parlamenterlerin Anayasa Mahkemesi'ne başvuru gerçekleştirebilecekleri özel bir yargı yolu öngörülmüştür. Bu nedenle dokunulmazlığı kaldırılan ve bu nedenle bir hakkı ihlal edildiği iddiasında olan parlamenterlerin öncelikle yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararının iptali istemi ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaları gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin gerçekleştirdiği denetim sonrasında yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararının iptal edilmesi durumunda iddia edilen hak ihlalinin sonuçlarının ortadan kalkması söz konusu olacağı için bireysel başvuru gerçekleştirilmesi gerekmeyecektir.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi tarafından yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararı iptal edilmezse ilgili parlamenterin hak ihlali iddiası devam edebilecektir. Bu aşamadan sonra Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği ise önem taşımaktadır.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı bireysel başvuru yapılamayacağı belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararının iptalinin değerlendirildiği Anayasa Mahkemesi kararı sonrasında aynı durum ile ilgili olarak yeniden Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru gerçekleştirilmesi mümkün olmayacaktır.[106] Aksi halde, 6216 sayılı Kanun'a aykırı olarak Anayasa Mahkemesi kararına karşı bireysel başvuru gerçekleştirilecek olup Anayasa Mahkemesi tarafından konu bakımından yetkisizlik kararı verilmesi gerekecektir.

Bunun yanında, anılan Kanun'un aynı maddesinde yasama işlemlerine karşı da doğrudan bireysel başvuru gerçekleştirilemeyeceği belirtilmektedir. Parlamento kararı ile yasama dokunulmazlığının kaldırılması bir yasama kararı olup doğrudan bireysel başvuruya konu olması mümkün olmayacaktır. Öğretide de bu görüşe karşı çıkan yazarlara göre; her türlü kamu gücü işlemine karşı bireysel başvuru yapılabilmesi gerekmekte olup yasama işlemleri de bu yönüyle bir kamu gücü işlemidir. Ancak 6216 sayılı Kanun Anayasa'ya aykırı olarak bireysel başvuru hakkını kısıtlamıştır.[107]

---

[106] Bahadır Yalçınöz, "Bireysel Başvuruya Konu Olamayacak İşlem ve Kararlar", ***Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi***, 2013, S. 2, s. 202.

[107] Tolga Şirin, ***Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı***, On İki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2015, s. 362.; İlgili Kanun hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından

Bireysel başvurunun kapsamının yasama işlemlerini kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği görüşüne katılmakla birlikte, 6216 sayılı Kanun'un yasaklamasının yanı sıra yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararına ilişkin olarak öngörülmüş özel bir yargı yolu olması dolayısıyla doğrudan bireysel başvuruya konu olamayacaktır. Zira bireysel başvuru hakkının düzenlendiği Anayasa'nın 148. maddesi ve yasama dokunulmazlığının iptaline ilişkin yargı yolunun düzenlendiği Anayasa'nın 85. maddesi bir arada değerlendirildiğinde genel-özel hüküm ilişkisi bulunmaktadır. Anayasa hükümleri arasında genel-özel hüküm ilişkisi kurulabildiği halde özel hüküm olan 85. maddenin uygulanması gerekmektedir.[108]

Niteliği itibariyle de bir parlamenterin yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin parlamento kararı yalnızca parlamenterin hak ihlali iddiasıyla sınırlı biçimde değerlendirilmemelidir. Zira yasama dokunulmazlığı kurumu başlangıçta da belirtildiği gibi parlamentere bir dokunulmazlık alanı tanınmasından ziyade seçmen iradesinin korunmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle de parlamento kararının yalnızca parlamenterin hak ihlalinin değerlendirileceği bireysel başvuru yoluyla değil, pek çok yönden değerlendirme yapılabilecek olan parlamento kararının istisnai olarak denetlenmesi usulü ile incelenmesi daha yerinde olacaktır. Dahası, dokunulmazlığın önemi nedeniyle sürüncemede kalmaması adına bireysel başvuru yolundan ziyade Anayasa Mahkemesi'nin, 85. maddesine göre 15 gün içerisinde iptal isteminin karara bağlanması usulünün takip edilmesi yerinde olacaktır.

Bu nedenle yasama dokunulmazlığının kaldırılmasının ardından Anayasa'nın 85. maddesine göre Anayasa Mahkemesi'ne dokunulmazlığın kaldırılması kararının iptali istemiyle başvuru yapılması ve kararın neticelendirilmesi halinde temel hakkı ihlal edildiği iddiasında olan parlamenterin Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurusu gerekmeksizin tüm etkin yargı yollarını tüketmiş olması nedeniyle doğrudan AİHM'ye başvuru gerçekleştirmesi mümkündür.[109]

---

norm denetimi usulü ile incelenmiş olup anayasaya aykırı görülmemiştir. İlgili karar için bkz. AYM, E. 2011/59, K. 2012/34, 01/03/2012.

[108] Önemle belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi'nin parlamento kararının iptali talebini içeren başvuruları incelerken Anayasa'nın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümlerini de göz önünde bulundurması gerektiği düşünülmektedir.

[109] Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında yasama dokunulmazlığına istisna getirilmesi nedeniyle yapılan yargılama sonucu milletvekilliğinin düşmesine karar verilen durumlara veya Anayasa'nın 14. maddesi nedeniyle yasama dokunulmazlığının bulunmaması durumlarında parlamenterler hakkında soruşturma ve kovuşturma muameleleri gerçekleşti-

2. Esas Denetimi

Kabul edilebilirlik denetimi başlığı altında açıklandığı üzere yasama dokunulmazlığının kaldırılmasının ardından olağan hukuk yollarının tüketilmesi için öncelikle Anayasa Mahkemesi'ne yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararına karşı iptal davası açılması, ret kararı verilmesi halinde temel hak ihlali iddiasına karşı doğrudan AİHM'ye başvuru gerçekleştirilmesi gerekecektir. Zira önceki başlık altında da açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesi'nin yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararını bireysel başvuru mekanizmasıyla çözümleme yetkisi olmayıp Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru gerçekleştirilmesi AİHM'ye süresinde başvuru gerçekleştirilmemesine neden olabilecektir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından esas denetimi gerçekleştirilemeyecek olması nedeniyle bu başlık altında yalnızca AİHM'nin konuyla ilgili içtihatlarına yer verilerek inceleme gerçekleştirilecektir.

AİHM, üye devletlerin anayasalarında öngörülen yasama dokunulmazlıkları hakkında somut başvurular haricinde genel değerlendirmeler yapma, dokunulmazlığın esasına yönelik yorumda bulunma yetkisinin olmadığını belirtmektedir. AİHM tarafından yapılan değerlendirme mevcut başvurunun koşullarında dokunulmazlığın başvurucunun hakkını sınırlandırırken ilgili hakkı ihlal edip etmediğine ilişkindir.[110] AİHM'nin rolü yalnızca AİHS kapsamında güvence altına alınan temel haklarla ilgili olarak parlamento bağışıklığının sınırlarını değerlendirmek olup, AİHM, AİHS'de yer alan hukukun üstünlüğü gereklerine uygun olması kaydıyla dokunulmazlığın kaldırılıp kaldırılmayacağına ilişkin kararların değerlendirmesinin üye devletlerin takdir alanında olduğunu, AİHM'nin bu

rilmesine ilişkin kararları bireysel başvuru kapsamında incelemektedir. Yasama dokunulmazlığının parlamento kararı ile kaldırılmasına karşı başvurulması gereken özgü bir kanun yolu bulunurken, 14. madde kapsamında yasama dokunulmazlığına getirilen istisnalar için böyle bir yol bulunmaması dolayısıyla kişilerin doğrudan bireysel başvuru yoluna gitmesine engel bir hal yoktur. Zira bu kapsamda bireysel başvuruda incelenecek olan başvuru, doğrudan bir yasama işleminden kaynaklanmadığından veya Anayasa Mahkemesi'nin kararına karşı yapılan bir başvuru niteliğinde olmadığından Anayasa Mahkemesi başvuruyu incelemekte konu bakımından yetkilidir. Anayasa Mahkemesi de bu yönde yaptığı değerlendirmesinde kişilerin istisna kapsamında yasama dokunulmazlığından faydalandırılmamasını serbest seçim hakkına müdahale olarak görmekte ve Anayasa'nın 14. Maddesinin taşıdığı belirsizlik nedeniyle kanunilik ölçütünü sağlamadığını belirtmektedir. Kanunilik ölçütünün sağlanmamasının yanı sıra Anayasa Mahkemesi, konunun taşıdığı önem gereği meşru amaç ve ölçülülük yönünden de inceleme gerçekleştirmekte ve ihlal kararı verebilmektedir. İlgili kararlar için bkz. Ömer Faruk Gergerlioğlu, B. No: 2019/10634, 01/07/2021, § 59- 103.; Mustafa Ali Balbay, B. No: 2012/1272, 04/12/2013, §110-134.

[110] Kart/Türkiye, B. No: 8917/05, 03/12/2009, § 87.

konuda yetkili olmadığını belirtmektedir.[111] Bununla birlikte, AİHM gerçekleştirdiği incelemelerde ihlal edilen hakka yönelik müdahalenin yanı sıra yasama dokunulmazlığının önemi ve amacına da değinmektedir. AİHM, parlamenterlerin siyasi şikâyetlere maruz kalmaması için ulusal hukukça tanınan bağışıklıklara özellikle önem vermektedir. Yasama bağışıklıkları konusunu AİHM tarafından sözleşmeci devletlere takdir alanına bırakılmış olsa da yapılan başvurularda bağışıklıkların önemi sık sık vurgulanmıştır.[112]

AİHM'ye gerçekleştirilen başvurularda, yasama dokunulmazlığı ile ilişkili olarak ihlal edildiği iddia edilen temel haklar ağırlıklı olarak adil yargılanma hakkı, serbest seçim hakkı ve ifade özgürlüğü etrafında şekillenmektedir. Ancak adil yargılanma hakkı kapsamındaki başvurular mahkemeye erişim hakkı bağlamında olup yasama dokunulmazlığının varlığının bu hakka müdahale olduğunu konu almaktadır.[113] Diğer bir deyişle, yasama dokunulmazlığının varlığı kişilerin parlamenterler hakkında mahkemeye erişim haklarına kısıtlama getirmektedir. Bu başvurular yasama dokunulmazlığının kaldırılmasını konu almıyor olmaları nedeniyle çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Serbest seçim hakkı ve ifade özgürlüğü kapsamında olan başvurular ise yasama dokunulmazlığının kaldırılması nedeniyle hak ihlali iddialarına dayandığı için bu başlık altında ağırlıklı olarak serbest seçim hakkı ve ifade özgürlüğüne ilişkin ihlal iddialarını konu alan başvurulara yer verilecektir. Zira gerek serbest seçim hakkı gerek siyasi ifade özgürlüğü tüm demokratik toplumlarda güvence altına alınmış ve çoğulcu demokrasi için vazgeçilmez bir unsur haline gelmiştir.[114]

Gücü elinde bulunduran iktidarın karşısında demokratik bir ortam sağlanabilmesi, muhalefetin özgür bir biçimde çalışabilmesine ve muhalif düşüncelerin özgürce ifade edilebilmesine bağlıdır. Yasama bağışıklıklarının temel amaçlarından biri de parlamenterlerin özgür demokratik bir ortamda çalışabilmelerinin garanti altına alınmasıdır.[115] Elbette ki serbest seçim hakkı ve ifade

---

[111] Kart/Türkiye, § 96.

[112] Castells/İspanya, § 42.

[113] Bu yöndeki kararlar için ayrıca bkz. A./Birleşik Krallık, B. No: 35373/97, 17/03/2003, § 88.; Zollmann/Birleşik Krallık, B. No: 62902/00, 27/11/2003, § 2/b.; Syngelidis/Yunanistan, B. No: 24895/07, 11/02/2010, § 44.; Syngelidis/Yunanistan, § 46.; Cordova/İtalya (No: 1), B. No: 40877/98, 30/01/2003, § 63.; Orio/İtalya, B. No: 73936/01, 03/06/2004, § 53.; Kart/Türkiye, § 87.

[114] Mathieu-Mohin ve Clerfayt/Belçika, B. No: 9267/81, 02/03/1987, § 47.; Yüksekdağ Şenoğlu ve Diğerleri/Türkiye, B. No: 14332/17, 08/11/2022, § 617.

[115] İncal/Türkiye, B. No: 41/1997/825/1031, 09/06/1998, § 46.

özgürlüğü mutlak bir hak olmayıp nitelikli haklar arasında sınıflandırılmaktadır.[116] Ancak bu hakları sınırlamanın sınırları da AİHM içtihatlarıyla ortaya konulmuştur. Bu kapsamda yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasıyla serbest seçim hakkına ve ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin AİHM içtihatları ile belirtilen sınırlama ölçütlerine uygunluğunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığını tespit edebilmek için geliştirilmiş ölçütler; sınırlamanın kanunla yapılması, müdahalenin meşru bir amacı bulunması ve müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği hususlarıdır.[117] Öncelikle AİHS'nin 10. maddesinde sınırlamanın ancak hukuken öngörülen düzenlemeye bağlı olarak yapılabileceği özellikle belirtilmiştir. AİHM'ye göre hukuken öngörülen düzenleme için temel olarak iki ölçüt aranmaktadır. Getirilen ölçütlerden ilki, sınırlama getiren hükmün anlaşılabilir açıklıkta ve kolay erişilebilir olması, ikincisi ise sınırlama getiren hükmün belirli bir düzeye kadar öngörülebilir olmasıdır.[118] İfade özgürlüğünü sınırlayacak olan hüküm, kişi tarafından sonuçlarını anlayabileceği ve davranışlarını buna göre şekillendirebileceği açıklıkta düzenlenmiş ve aynı zamanda kişi tarafından rahatlıkla ulaşılabilir olmalıdır.[119] İlgili hükmün kolay erişilebilir olması tek başına yeterli görülmemektedir. İkinci adım olarak bahsedilen hükmün kişiler tarafından rahatlıkla anlaşılabilir açıklıkla düzenlenmiş ve makul ölçüde öngörülebilir olması gerekmektedir.[120] Aksi halde, sınırlama keyfiliğine yol açacak ve ifade

---

[116] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İfade Özgürlüğü başlıklı 10. maddesi için ayrıca bkz. "*Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.*

Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.", www.echr.coe.int/documents/ convention_tur.pdf (01.05.2022).

[117] Karacsony ve Diğerleri/Macaristan, B. No: 42461/13, 44357/13, 17/05/2016, §122-129.

[118] The Sunday Times/Birleşik Krallık, B. No: 6538/74, 26/04/1979, § 49.

[119] Ömer Korkmaz, ***Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları***, Yetkin Yay., 1. Baskı, Ankara, 2014, s. 211.

[120] Macaristan'a karşı Karácsony ve Diğerleri başvurusunda, başvurucular parlamento üyesidir ve kullandıkları ifadeler nedeniyle para cezası yaptırımına uğramışlar ve bu durumun ifade özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvuru gerçekleştirmişlerdir. Anılan başvuruda

özgürlüğü bakımından ihlal oluşturacaktır. İfade özgürlüğünü sınırlayacak hükmün öngörülebilir olmasından anlaşılması gerekenin mutlak bir öngörülebilirlik olmadığı kabul edilmektedir.[121] AİHM, bazı yasa hükümlerinin değişen koşullara ayak uydurulması amacıyla mutlak bir açıklıkla düzenlenemeyeceğini belirtmiştir.[122] Ancak özgürlüğüne müdahale edilecek kişi, müdahaleyi oluşturan hükmün sonuçlarını önceden tespit edemeyecek ve davranışlarını buna göre seçemeyecek durumda ise ifade özgürlüğünün ihlali ortaya çıkacaktır.[123] AİHM'ye göre alanında uzman bir hukukçunun görüşüne başvurulsa dahi hüküm öngörülemez nitelikteyse kanunilik ilkesine aykırılık gerçekleşmiş olacaktır.[124] Sonuç olarak ifade özgürlüğünü sınırlamak için getirilecek düzenlemenin ihlale neden olmaması için ulaşılabilir olması, kişiler tarafından belli bir açıklıkla anlaşılabilir olması ve kişinin davranışlarını şekillendirmesini sağlayacak makul bir ölçüye kadar önceden görülebilir olması gerekmektedir.[125]

İkinci olarak ifade özgürlüğüne yapılacak müdahalenin ihlale yol açmaması için mutlaka meşru bir nedene dayanması gerekmektedir. İfade özgürlüğünü düzenleyen AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında sayılan nedenler özgürlüğü sınırlamak için gerekçe olabilecek meşru nedenlerdir ve bunlar dışında başka bir nedene dayanılarak sınırlama yapılması mümkün değildir.[126] Sözleşmeci

---

AİHM, ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olduğunu kabul etmekle birlikte söz konusu müdahalenin öngörülebilir bir hukuki dayanağa sahip olduğunu belirtmektedir. Şöyle ki, AİHM, müdahalenin hukuki dayanağının bulunmasında yalnızca kanunla düzenlenmiş olmasının yeterli olmadığını aynı zaman düzenlemenin hakkında uygulanacak kişiler yönünden erişilebilir ve öngörülebilir olması gerektiğini vurgulamakla birlikte, kesin bir öngörülebilirlik beklenmediğinin de üstünü çizmektedir. Öte yandan başvuru konusu olaydaki hukuki düzenlemenin parlamento iç disiplinine yönelik bir düzenleme olması dolayısıyla parlamento üyelerinin özel statüleri nedeniyle haklarında uygulanabilecek olan parlamento iç disiplin kurallarının farkında olmalarını gerektiği belirtilmektedir. İlgili karar için bkz. Karacsony ve Diğerleri/Macaristan, § 120-126.; Maestri/İtalya, B. No: 39748/98, 17/02/2014, § 30.; Korkmaz, s. 208.; David Harris - Michael O'boyle - Colin Warbrick, ***Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku***, (Çev. Mehveş Bingöllü Kılcı, Ulaş Karan), Avrupa Konseyi Yay., 1. Baskı, Ankara, 2009, s. 485.

121 RTBF/Belçika, B. No: 50084/06, 15/09/2011, § 103.; T. Ayhan Beydoğan, ***Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti***, Liberal Düşünce Topluluğu Yay., 1. Baskı, Ankara, 2003, s. 96.

122 Harris - O'boyle - Warbrick, s. 486.

123 Osman Doğru - Atilla Nalbant, ***İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar - C: II***, Legal Yay., 1. Baskı, Ankara, 2013, s. 228.

124 RTBF/Belçika, § 104.

125 Sunday Times/Birleşik Krallık, § 49.

126 Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin ko-

devletler hakka ilişkin bir sınırlama getirirken mutlaka bu gerekçelerden birine dayanmalı ve sınırlamayı haklı kılacak nedenleri şüpheye yer vermeyecek şekilde açıklıkla ortaya koymalıdır.[127] Aynı zamanda, meşru amaçla sözleşmeci devletlerin hakkı sınırlama hususunda takdir alanları bulunmaktadır ancak bahsedilen takdir alanı sınırsız ve geniş yorumlanmamalıdır.[128]

AİHM, parlamenterlerin yararlandığı dokunulmazlıkların parlamentodaki ifade özgürlüğünü koruma ve yasama ile yargı arasındaki güçler ayrılığını sağlama gibi meşru amaçlarını bulunduğunu belirtmektedir.[129] AİHM, parlamenter aleyhine dava açılmasının parlamentonun işleyişini bozabileceğini, bu nedenle parlamentonun düzgün işleyişini ve bütünlüğünü garanti altına almak adına tanınan muafiyetlerin meşru amacı bulunduğunu belirtmektedir.[130] Öte yandan AİHM, dokunulmazlıkların parlamenterlerin görevlerini yerine getirmelerini sağlama ve ifade özgürlüklerini korumaya hizmet ettiği ölçüde meşru kabul etmektedir.[131]

AİHM içtihatlarıyla gelişen sınırlamanın sınırını oluşturan bir diğer ölçüt ise demokratik toplumda gereklilik ilkesidir. Demokratik toplumda gereklilik ilkesinden başlıca anlaşılması gereken unsur, ifade özgürlüğüne müdahaleye sebep olan meşru amaç için sınırlamanın demokratik bir toplum için gerekli olup olmadığıdır. Demokratik toplum ölçütleri AİHS ile açıkça ifade edilmemekle birlikte AİHM içtihatlarıyla gelişme göstermiş ve genel olarak çoğulculuk, karşıt fikirlere hoşgörülü yaklaşım, hukuk devleti olma gibi unsurlarla desteklenmiştir.[132] Tüm bunlara rağmen AİHM, gerekliliğin zorunda kalma hali olarak anlaşılmaması gerektiğini, aranan kriterin acil, zorlayıcı toplumsal bir ihtiyacı karşılamak olduğunu ifade etmiştir.[133]

---

runması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir. Ayrıca bkz. Doğru - Nalbant, s. 228.;

127 Sanoma Uitgevers B.V./Hollanda, B. No: 38224/03, 14/09/2010, § 82.; Krone Verlag GmbH & Co.KG (No: 2)/Avusturya, B. No: 40284/98, 06/11/2003, § 40.; Korkmaz, s. 213.

128 Zana/Türkiye, B. No: 69/1996/688/880, 25/11/1997, § 51.; Beydoğan, s. 101.

129 A./Birleşik Krallık, § 77.

130 Kart/Türkiye, § 91.

131 Kart/Türkiye, § 88.

132 Korkmaz, s. 214.; Handyside/Birleşik Krallık, B. No: 5493/72, 07/12/1976, § 49.

133 Erbakan/Türkiye, B. No: 59405/00, 06/10/2006, § 65.; Beydoğan, s. 100.

AİHM, ifade özgürlüğünü sınırlamak için sözleşmeci devletlere tanınan takdir alanının sınırsız olmadığını vurgulamış ve acil sosyal ihtiyacın soyut olmayan haklı gerekçelerle ortaya konulmasını ve ulaşılmak istenen meşru amaçla sınırlamada kullanılan araç arasında orantı olması gerektiğini ortaya koymuştur.[134] Özellikle AİHS'nin 10. maddesinin 1. fıkrası ile koruma altına alınmış özgürlükler bakımından devletlerin takdir alanının dar yorumlanması gerektiğini ve müdahaleyi haklı kılacak gerekçenin açıkça ortaya konulması gerektiğini vurgulamıştır.[135] İfade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi inceleyen AİHM'nin genel olarak kullandığı ölçütler; uygun ve inandırıcı delillerle ortaya konulmuş zorlayıcı toplumsal ihtiyacın varlığı, ulaşılmak istenen meşru amaçla kullanılan aracın orantılı olması ve kişiler ile toplumsal yararın dengelenmesi olarak sıralanabilir.[136] AİHM, parlamenterin ifade özgürlüğünü alanının ve dokunulmazlığının geniş yorumlanması gerektiğini belirtmekle birlikte bu hakkın beraberinde parlamentere görev ve sorumluluk yüklediğini de ifade etmektedir. İfadeleri nedeniyle parlamentere tanınan geniş dokunulmazlık alanının sınırsız olmadığı belirtilmektedir.

AİHM'nin değerlendirmeleri göz önüne alındığında parlamenterlerin kamuoyunu ilgilendiren konularda ifadelerini açıklıkla paylaşabilme hakları bulunmaktadır. Aynı zamanda demokratik ve çoğulcu toplumların en önemli unsurlarından biri parlamentoda siyasi ifade özgürlüğünün tam olarak sağlanması ve parlamentoya yurttaşların temsilinin gereği gibi yansıtılması olduğu daha önce birçok kez tekrarlanmıştır. AİHM'ye göre; parlamenterlere veya siyasetçilere, kamuoyunun zihnini meşgul eden sorunlar hakkında düşüncelerini ve yorumlarını belirtme fırsatı verilmelidir. İfade özgürlüğü herkesin, demokratik bir toplumun özünde yer alan serbest siyasal tartışmaya katılmasını mümkün

---

[134] Beydoğan, s. 103.

[135] AİHM, kamuoyunu ilgilendiren siyasi ifadelere ilişkin olarak bağlam ile içeriği bütüncül şekilde ele alarak değerlendirme gerçekleştirmekte ve devletlerin takdir alanını dar yorumlamaktadır. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Egemen Esen, ***İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini***, On İki Levha Yay., 1. Baskı, İstanbul, 2020, s. 174.; Korkmaz, s. 222.

[136] AİHM'nin bir kararında parlamenter olan başvurucu parlamento kürsüsünden Yahudi soykırımına yönelik ağır ifadelerde bulunmuş ve bu nedenle cezalandırılmıştır. Bu nedenle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla başvuru yaptığı davada AİHM, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin parlamento temsilcilerine yapılması halinde daha dikkatli değerlendirilmesi gerektiği içtihadını yenilemekle birlikte, mevcut başvurudaki ifadelerin ülkenin demokratik değerleriyle çelişmesi nedeniyle daha az korumayı hak ettiğini belirtmiştir. İlgili karar için bkz. Pastörs/Almanya B. No: 55225/14, 03/10/2019, § 47.; Korkmaz, s. 221.

kılmayı amaçlamaktadır.[137] AİHM'ye göre parlamenterlere tanınan dokunulmazlıkların amacı geçici süreyle de olsa parlamenterlerin endişe ve baskıdan uzak bir şekilde yasal görevlerini yerine getirmelerini sağlamaktır.[138] Bu amaçla tanınan dokunulmazlıkların kaldırılarak ifadelerinden dolayı yargılanmaları demokratik toplumda gereklilik ölçütünü sağlayamadığı hallerde ifade özgürlüğünün ihlal edilmesine yol açabilecektir. AİHM, seçmenleri temsil eden muhalefet üyelerinin temsil ettiği kişilerin taleplerini dile getirmeleri dolayısıyla ifade özgürlüklerine yönelik müdahalelerin daha dikkatli incelenmesi gerektiği belirtilmektedir.[139]

Parlamenterlerin ifade özgürlükleri bakımından taraf devletlerin takdir marjı dar yorumlanmaktayken, serbest seçim hakkı yönünden ise AİHM, devletlerin takdir alanını daha geniş yorumlamaktadır.[140] Bu kapsamda serbest seçim hakkına getirilecek olan sınırlamalar için sınırlama amaçları açıkça belirtilmediğinden hukukun üstünlüğü ve AİHS'nin genel ilkelerine ters düşmediği sürece sınırlandırılabilecek amaçlar ifade özgürlüğüne göre daha geniş değerlendirilebilecek dahası, gereklilik veya acil zorlayıcı toplumsal ihtiyaç gibi ölçütlere yer verilmeden daha geniş bir sınırlama alanı kabul edilebilecektir.[141]

Öte yandan AİHM, serbest seçim hakkının kapsamının yalnızca parlamenter olarak seçilmekle sınır olmadığını, bunun yanında seçildikten sonra da parlamenterlik görevini sürdürebilme hakkını da kapsadığını belirtmektedir.[142] Bu nedenle de parlamenterlere tanınan yasama dokunulmazlığı kurumunun serbest seçim hakkının garantörü olduğunu belirtmektedir. Bu kapsamda serbest seçim hakkına yönelik yapılan sınırlamada taraf devletlerin geniş takdir alanı olduğunu belirtmekle birlikte, sınırlamanın meşru bir amacı olmak ve hakkın özüne zarar verecek nitelikte orantısız önlemler getirmemek kaydıyla hakkı

---

137 AİHM, muhalefet partisi üyesi parlamenterin yayınladığı bir makalesi sebebiyle yasama dokunulmazlığının kaldırılıp yargılanmasına ilişkin süreci, Castells/İspanya kararında incelemiştir. Söz konusu başvuruda gündeme getirdiği ifadeleri nedeniyle dokunulmazlığı kaldırılarak yargılanan parlamenterin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Castells/İspanya, § 42-43.

138 Kart/Türkiye, § 89.

139 Jerusalem/Avusturya, B. No: 26958/95, 27/01/2001, § 36.; Castells/İspanya, § 42.

140 Esen, s. 184.; Hirst/Birleşik Krallık (No. 2), B. No: 74025/01, 06/10/2005, § 61.

141 Harris - O'boyle - Warbrick, s. 738.; Zdanoka/Litvanya, B. No: 58278/00, 16/03/2006, § 115/a.

142 Sadak ve Diğerleri/Türkiye (No. 2), B. No: 25144/94, 26149/95, 26150/95, 11/06/2002, § 33.

ihlal etmeyeceğini belirtmektedir.[143] Diğer bir deyişle, AİHM, serbest seçim hakkına yönelik sınırlamaları meşru amaç ve ölçülülük ilkelerine uygunluğu bakımından değerlendirmektedir. AİHM, özellikle muhalefet üyesi olan parlamenterlerin üyeliklerini etkileyebilecek nitelikte olan müdahaleleri daha ayrıntılı şekilde ele alınması gerektiğini belirtmektedir.[144]

II. AYKIRI BİR DURUM OLARAK ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ İLE DOKUNULMAZLIKLARIN KALDIRILMASININ YARGISAL DENETİMİ

Birinci başlık altında değinildiği üzere yasama dokunulmazlıkları için Anayasa'nın 83. maddesinde özel bir düzenleme yoluna gidilmiştir. Anılan maddeye göre yasama dokunulmazlığının meclis kararı ile kaldırılabileceği düzenlenmektedir. Ancak 2016 yılında 6718 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Anayasa değişikliği yoluna gidilmiş ve Anayasaya eklenen Geçici Ek 20. madde ile Anayasa'nın 83. maddesinin 2. fıkrasının birinci cümlesinin askıya alınacağı belirtilmiştir.[145] Dokunulmazlığın askıya alınması genel bir düzenleme olmayıp anayasa değişikliğine ilişkin ek maddenin yürürlüğe girdiği tarihte Meclis Başkanlığı'na, komisyonlara veya Genel Kurul'a yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına yönelik olarak intikal etmiş fezlekeleri bulunan parlamenterler hakkında mevcut dosyalarıyla sınırlı bir düzenlemedir.[146]

---

[143] Sadak ve Diğerleri/Türkiye (No. 2), § 31.

[144] Sadak ve Diğerleri/Türkiye (No. 2), § 34.

[145] 6718 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesinin 2. ve 3. fıkrası için ayrıca bkz. "*Bu maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edildiği tarihte; soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhuriyet başsavcılıklarından ve mahkemelerden; Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından, Anayasanın 83'üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü uygulanmaz.*

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on beş gün içinde; Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığında, Başbakanlıkta ve Adalet Bakanlığında bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar, gereğinin yapılması amacıyla, yetkili merciine iade edilir.", R.G. Sayısı: 29736, R.G. Tarihi: 08.06.2016, www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/06/20160608-1.htm (01.05.2022).

[146] Anayasa Mahkemesi geçici anayasa değişikliği düzenlemesine ilişkin kapsamın sınırlı olarak yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. İlgili karar için ayrıca bkz. Kadri Enis Berberoğlu (2), B. No: 2018/30030, 17/09/2020, § 83.

Yasama dokunulmazlıkların geçici süreyle anayasa değişikliği yoluyla kaldırıldığı dönemde; Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP) grubuna mensup 29 milletvekiline ait 50, Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) grubuna mensup 59 milletvekiline ait 215, Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) grubuna mensup 10 milletvekiline ait 23, Halkların Demokratik Partisi (HDP) grubuna mensup 55 milletvekiline ait 518 ve 1 bağımsız milletvekiline ait 5 fezleke ilgili mercilere iade edilmiştir.[147]

Anayasa değişikliğini öngören kanun gerekçesinde; Türkiye'nin kapsamlı bir terörle mücadele süreci yürütürken bazı parlamenterlerin üyelik sıfatını kazanmalarından önce veya sonra terörü destekleyen bazı ifadelerde bulunmalarının kamuoyunda infiale neden olması ve şiddet çağrısı yapan, terörü destekleyen ifadelerde bulunan parlamenterlerin bu fiillerinden dolayı yargılanması gerektiği belirtilmiştir.[148] Bunun yanında, anayasa değişikliğinin teklif edildiği dönemde Karma Komisyon'da 562 fezlekenin bulunduğu vurgulanmaktadır. Komisyon önünde çok sayıda dosya bulunması nedeniyle dokunulmazlıkların kaldırılması için olağan içtüzük usulünün işletilmesi halinde parlamento çalışmaların ciddi şekilde aksayacağı vurgulanarak olağan usulle dokunulmazlıkların kaldırılmasının yerine anayasa değişikliği ile geçici bir dönem için askıya alınması yönteminin Genel Kurul'un işlerliğinin devamı için daha yerinde olacağı belirtilmiştir.[149]

Geçici anayasa değişikliği ile yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasının yalnızca sınırlı bir dönem için Komisyon önünde dosyası bulunan parlamenterleri kapsaması nedeniyle dokunulmazlığı kaldırılacak olan parlamenterlerin kimler olduğu açıkça bilinmektedir. Dahası, kapsama giren parlamenterlerin sayıca çoğunluğu muhalefet partisi üyeleridir. İlerleyen süreçte de görüldüğü üzere hakkında kovuşturma başlatılan parlamenterlerin tamamı muhalefet parti mensuplarıdır ve iktidar partisi mensupları aleyhinde herhangi bir kovuşturma başlatılmamıştır. Sınırlı bir dönem için anayasa değişikliği ile yalnızca fezlekesi bulunan parlamenterlerin dokunulmazlıkların kaldırılması eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Oysa yasama dokunulmazlığının özü zedelenmeden hukuka uygun bir yöntem izlenerek ve eşitlik ilkesi ihlal edilmeden dokunulmazlıkların kaldırılması mümkün olabilirdi. Olağan usulde dokunulmaz-

147 Selahattin Demirtaş, B. No: 2016/25189, 21/12/2017, § 41.

148 Anayasa değişikliğinin gerekçesi için ayrıca bkz. bianet.org/system/uploads/1/files/attachments/000/001/641/original/Dokunulmazl%C4%B1k_teklifi.pdf?1461060559 (01.05.2022).

149 bianet.org/system/uploads/1/files/attachments/000/001/641/original/Dokunulmazl%C4%B1k_teklifi.pdf?1461060559 (01.05.2022).

lıkların kaldırılması kararlarının esas ve şekil yönünden yargı denetimi mümkün iken bu yöntemin terk edilerek anayasa değişikliği yolu ile dokunulmazlıkların kaldırılması yargı denetimini de kısıtlamıştır. Anayasa değişikliği ile dokunulmazlıkların kaldırılması sonrasındaki yargı denetimi süreçlerini açıklayabilmek ve sorunlu yanlarını ortaya koyabilmek adına ilk olarak Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi kararına değinilecek sonrasında ise hem Anayasa Mahkemesi'nin hem de AİHM'nin bireysel başvuru kararlarına yer verilerek iki mahkeme arasındaki yaklaşım farklılıkları değerlendirilmeye çalışılacaktır.

A. Norm Denetimi

Anayasa değişikliği yoluyla yasama dokunulmazlıklarının askıya alınmasının akabinde bazı parlamenterler Anayasa Mahkemesi'ne yürürlüğe giren düzenlemenin iptal edilmesi için norm denetimi yoluna başvurmuşlardır. Ancak ilgili hükmün iptal edilmemesi ve yürürlüğe girmesinin akabinde dokunulmazlığı kalkan bazı parlamenterler hakkında ceza kovuşturmalarına başlanmış ve tutuklama tedbiri uygulanmıştır.

Anayasa değişikliği ile dokunulmazlıkların kaldırılmasında Anayasa Mahkemesi denetiminin açıklanabilmesi adına ilk olarak anayasa değişikliğine ilişkin iptal davası ele alınacaktır. Ancak anayasa değişikliklerine ilişkin norm denetimi yolu yalnızca şekil incelemesiyle sınırlı olduğundan esas denetimine ilişkin değerlendirmeler Anayasa Mahkemesi'nin önceki yıllardaki önüne gelen düzenleyici işlemin hukuki nitelendirmesini Mahkeme tarafından gerçekleştirebileceği içtihadı çerçevesinde yorumlanacaktır.[150]

1. Şekil Denetimi

Yasama dokunulmazlıklarının düzenlendiği Anayasa'nın 83. maddesinin askıya alınmasına ilişkin anayasa değişikliği hükmünün iptali için bazı parlamenterler tarafından Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılmıştır.[151] Anayasa'nın 148.

[150] Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin önceki dönem içtihatları için ayrıca bkz. AYM, E. 1990/25, K. 1991/1, 10/01/1991.; Anayasa Mahkemesi önceki dönem içtihadında parlamento kararının eylemli İçtüzük değişikliği niteliğinde olduğunu değerlendirdiği durumlarda önüne gelen işlemin adıyla bağlı kalmaksızın denetim gerçekleştirebilmekteydi. İlgili içtihatlar için ayrıca bkz. AYM, E. 1991/6, K. 1991/20, 03/07/1991, R.G.; AYM, E. 1966/7, K. 1966/46, 19/12/1966.; AYM, E. 1967/6, K. 1968/9, 27/02/1968.; AYM, E. 1996/19, K. 1996/13, 14/05/1996.; AYM, E. 1996/20, K. 1996/14, 14/05/1996.; AYM, E. 1996/21, K. 1996/15, 14/05/1996. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Tanör - Yüzbaşıoğlu, s. 280.

[151] AYM, E. 2016/54, K. 2016/117, 03.06.2016.

maddesine göre; Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerini yalnızca teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı ile sınırlı olarak şekil bakımından denetleyebilecek olup Anayasa Mahkemesi'ne, Cumhurbaşkanı veya parlamentonun beşte bir üyesi tarafından kanunun yayım tarihinden itibaren on gün içerisinde başvurulması gerekmektedir.[152]

Ancak iptal davası açan parlamenterlerin de başvuru dilekçelerinde belirttikleri üzere anılan anayasa değişikliği yasama dokunulmazlığının kaldırılması sonucunu doğurmakta, böylelikle anayasa ile bireysel işlem niteliği olan bir sonuca ulaşılmakta ve daha da önemlisi normalde yargı denetiminin açık olduğu parlamento kararında yargısal denetimin önüne geçilmektedir. Öte yandan, bir diğer iddia gizli oy esasına dayanan anayasa değişikliği usulüne de uygun olmayan bir süreç yürütülmesi nedeniyle anayasa değişikliğine ilişkin kanunun şekli anlamda da parlamento kararı olduğudur.

Ancak Anayasa Mahkemesi, tüm bu iddiaların aksine yasama dokunulmazlıklarının geçici süreyle kaldırılmasına ilişkin anayasa değişikliğini yargısal yolla denetlememiştir. Anayasa Mahkemesi bu doğrultuda anayasa değişikliklerinin yargısal denetiminin yalnızca şeklen gerçekleştirilebileceğini bu nedenle esasa dair incelemede bulunulamayacağını vurgulamıştır. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi, iptal başvurusunun meclis üyelerinin beşte birinin başvurusu üzerine incelenebileceğini ayrıca belirterek yeterli başvuru sayısı sağlanamadığından gereken inceleme koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle oybirliği ile iptal başvurusunu reddetmiştir.[153]

Oysa Anayasa Mahkemesi, önceki dönem içtihadına göre; önüne gelen ve denetlenmesi istenen, yasama veya yürütme organı tarafından yürürlüğe konan hukuki metne verilen isimle kendini bağlı saymamakta ve denetlenecek olan düzenleyici işlemin hukuki nitelemesini kendisi yapmaktaydı.[154] Bu içtihadın en

---

[152] 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Görev ve Yetkileri başlıklı 148. maddesinin 2. fıkrası için ayrıca bkz.: "*(...) Anayasa değişikliklerinde ise teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılamaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez.*", R.G. Sayısı 17863, R.G. Tarihi 09.11.1982, www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17863_1.pdf (01.05.2022).

[153] AYM, E. 2016/54, K. 2016/117, 03/06/2016, § 12-13.

[154] Merih Öden, "Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2009, C. 58, s. 662.

temel dayanağı ise normal usulde yargı denetimine tabi olabilecek bir işlemin veya kararın farklı bir ad altında düzenlenmesiyle birlikte yargı denetimi dışında bırakılmasının önüne geçilmek istenmesiydi. Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihadını pekâlâ yasama dokunulmazlıklarının kaldırılması sonucunu doğuran anayasa değişikliği kanunu için de devam ettirmesi mümkündü. Zira yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasının parlamento kararı ile mümkün olduğu Anayasa'da açıkça belirtilmekle birlikte ne şekilde gerçekleştirilebileceği İçtüzük ile ayrıntılarıyla düzenlenmiştir. Bu yöntemin terk edilerek anayasa değişikliği yolunun seçilmesi açıkça anayasa hükümleri arasında çatışma yaratacağı gibi yasama dokunulmazlığının kaldırılmasının yargısal denetime tabi tutulması yönünde açıkça irade göstermiş olan anayasa koyucunun iradesiyle de çelişecektir.

Diğer bir deyişle, Anayasa Mahkemesi, söz konusu işlemi parlamento kararı ile dokunulmazlıkların kaldırılması olarak yorumlamış olsaydı Anayasa Mahkemesi'nin hem şekil hem de esas yönünden yargı denetimi gerçekleştirmesi mümkün olacaktı. Ancak bu imkân ortadan kalktığı için parlamenterlerin dokunulmazlıkları kaldırılmış, daha önceden haklarında oluşturulmuş olan fezlekelerle ilgili kovuşturmalar başlatılmış ve bir kısmı kovuşturmalar esnasında tutuklanmıştır.

2. Esas Denetimi

Anayasa Mahkemesi, her ne kadar iptal davasını esas bakımından incelememiş olsa da önceki dönem içtihadını takip edilmiş olması varsayımında ne gibi sonuçlara ulaşılabileceği bu başlık altında tartışılacaktır. Nitekim iptal talebinde bulunan parlamenterler başvuru dilekçelerinde dokunulmazlıkların kaldırılmasına ilişkin hükmün anayasa değişikliği için gerekli şekli ve maddi koşulları sağlamadığı gerekçesiyle meclis kararı niteliğinde olduğunu ileri sürmüşlerdir.[155] Parlamenterlerin iptal davasında temel iddiaları; yargı denetimine tabi olan yasama dokunulmazlığının kaldırılması işleminin yalnızca parlamento kararı ile sınırlı olmadığı ve yasama dokunulmazlığının kaldırılması sonucunu doğuracak her ne ad altında yapılırsa yapılsın her türlü işlemin yargı denetimine tabi olması gerektiğine dayanmaktadır. Dahası, anayasa değişikliği adı altında yapılan düzenlemenin yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına sebep olması dolayısıyla maddi anlamda parlamento kararı niteliğinde olduğunu savunmaktadırlar.

İptal davası açan parlamenterlere göre yukarıda belirtilen gerekçelerle iptali istenen işlem Anayasa değişikliğine ilişkin bir kanun değil hem maddi hem

[155] AYM, E. 2016/54, K. 2016/117, 03/06/2016, § 3.

de şekli anlamda yargı denetimine tabi olan bir parlamento kararıdır. Yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına ilişkin Meclis İçtüzüğü'nde düzenlenen usul takip edilmediğinden dolayı anılan işlemin şeklen Anayasa ve İçtüzük'e aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Beraberinde, isnatların ciddi olmaması, siyasi amaç taşıması, isnada konu eylemlerin yasama sorumsuzluğu kapsamında olması gibi esasa yönelik itirazlar da sunulmuştur.

Son olarak, anayasa değişikliği öngören kanun ile yalnızca belirli bir dönem ile sınırlı olarak hakkında fezlekesi bulunan parlamenterlerin dokunulmazlığının kaldırılacak olmasının eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir. Diğer bir deyişle, anayasa hükümlerinin genel düzenleyici işlemler olması gerektiğini ancak başvuruya konu hükmün geçici süreyle dokunulmazlıkların kaldırılmasına ilişkin olması ve yalnızca o tarihe kadar hakkında fezleke olan parlamenterlere yönelik bireysel temelli içerikte olması sebebiyle anayasa değişikliği olamayacağı vurgulamışlardır. Ancak Anayasa Mahkemesi, tüm bu itiraz gerekçelerine rağmen önüne gelen işlemin adının başka organlarca nitelendirilmesi ile bağlı olmayacağı içtihadından vazgeçerek ilgili hükmün anayasa değişikliği niteliğinde olduğuna karar vermiştir.[156]

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına katılmak mümkün değildir. Zira anayasada özel bir hüküm olarak yasama dokunulmazlıklarının hangi yöntemle kaldırılacağı ve denetiminin ne şekilde gerçekleştirileceği ayrıntılarıyla düzenlenmiştir. Bu yöntemin terk edilerek anayasa değişikliği yoluna gidilmesi siyasi saik ile kanunun kötü niyetli olarak anayasaya karşı hile anlamına gelecek ve hukuk devleti ilkesine zarar verecektir.[157] Yargı denetiminin önünü kapatmak amacıyla yapılan bu değişikliği Anayasa Mahkemesi'nin de bu şekilde değerlendirmesi daha yerinde olacaktı. Nitekim Anayasa Mahkemesi, önüne gelen düzenleyici işlemin adlandırılmasıyla bağlı olmadığını ve söz konusu işlemi parlamento kararı niteliğinde olan yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararı olarak değerlendirmiş olsaydı İçtüzük'te öngörülen pek çok şekli aşamanın tamamlanmamış olması nedeniyle şekli denetimle yetinerek esas incelemesine dahi gerek duymadan kararı iptal etmesi gerekecekti.

---

[156] AYM, E. 2016/54, K. 2016/117, 03/06/2016, § 11.

[157] Kemal Gözler, ***Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I***, Ekin Yay., 2. Baskı, Bursa, 2020, s. 167. Benzer hususa ilişkin ayrıca anayasal zorlama kavramı kullanılabilmektedir. Anayasal zorlama kavramı için ayrıca bkz. İsmail Yüksel, "Türkiye'nin "Anayasal Zorlama" ile Sınanması", ***SDÜHFD***, 2022, C. 12, S. 1.

B. Temel Hak Yargısı Denetimi

Yasama dokunulmazlığı kaldırılan parlamenterler, temel hakları ihlal edildiği iddiasıyla hem Anayasa Mahkemesi'ne hem de AİHM'ye bireysel başvuru yoluna gitmişlerdir. Başvurucuların iddiaları, temel haklarına müdahale gerekçesi oluşturan eylemlerin parlamenter sıfatıyla çeşitli miting, basın açıklaması gibi ortamlarda dile getirilen siyasi ifadelere dayanması ve müdahalenin ifade özgürlüğünün, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ve serbest seçim hakkının ihlaline neden olduğu iddialarını içermektedir.[158] Beraberinde başvurucular, parlamenter olmaları nedeniyle yargılamada adli kontrol tedbirinin uygulanmasının yeterli olabilecekken uygulanan tutuklama koruma tedbirinin ölçüsüz bir sınırlama olduğunu belirtilmektedir.[159] Aynı zamanda dokunulmazlıkların kaldırılmasının ve ceza yargılamalarının siyasi saik taşıdığı ve parlamenterlik görevini yapmalarının engellediğini vurgulanmaktadır.[160]

Bu kapsamda, bireysel başvuru kararları incelenirken öncelikle çalışmanın konusuyla ilgili olması nedeniyle ifade özgürlüğü ve serbest seçim hakkına ilişkin değerlendirmeler kabul edilebilirlik kriterleri bakımından incelenecek ve devamında yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına bağlı olarak hak ihlali iddiasına dayanan başvuruların esas denetimi ele alınacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin ve AİHM'nin aynı konuya ilişkin birbirinden farklı olan yaklaşımları ele alınmaya çalışılacak ve her iki mahkemenin içtihatları mukayese edilerek AİHM'nin sınırlamanın kötüye kullanılması içtihadına yer verilecektir. AİHM'nin Anayasa Mahkemesi'nin yürüttüğü temel hak yargılamasına benzer bir usul izlediği bireysel başvuru denetiminde, aynı meseleyi Anayasa Mahkemesi'nden oldukça farklı bir bakış açısıyla ele alması her iki mahkemenin yaklaşımlarını açıklamak adına önem taşımaktadır. Bu nedenle bu başlık altında AİHM'nin dokunulmazlığı kaldırılan parlamenterlerin gerçekleştirdiği bireysel başvuru kararlarına değinilerek Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımına göre farklılık arz eden yönleri tespit edilmeye çalışılacaktır.

---

158 İlgili kararlar için ayrıca bkz. Gülser Yıldırım (2), B. No: 2016/40170, 16/11/2017.; Kadri Enis Berberoğlu, B. No: 2017/27793, 18/07/2018.; İdris Baluken, B. No: 2016/41020, 21/03/2018.; Ayhan Bilgen, B. No: 2017/5974, 21/12/2017.; Selma Irmak, B. No: 2016/32948, 07/03/2018.; Figen Yüksekdağ Şenoğlu, B. No: 2016/25187, 04/04/2018.

159 Selahattin Demirtaş, § 108.

160 Selahattin Demirtaş, § 109-111.

1. Kabul Edilebilirlik Denetimi

Olağan usulle parlamento kararı ile yasama dokunulmazlıkların kaldırılması durumunda dokunulmazlığın kaldırılması kararına karşı Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılabilecek özel bir kanun yolu öngörülmüştür. Özel bir kanun yolunun bulunması nedeniyle parlamento kararı ile dokunulmazlıkların kaldırılmasının bireysel başvuruya konu edilemeyeceği önceki başlıklar altında detayları ile açıklanmıştır.

Öte yandan, olağan dışı bir yöntem olarak anayasa değişikliği ile dokunulmazlıkların kaldırılmasına ilişkin olarak parlamenterlerin başvurabileceği etkin bir yargı yolu bulunmamaktadır. Her ne kadar yasama işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru gerçekleştirilemeyeceği 6216 sayılı Kanun ile açıkça belirtilmiş olsa da parlamenterlerin dokunulmazlıklarının kaldırılması sonucunu doğuran düzenleyici işlemin doğrudan bireyler üzerinde hüküm ve sonuçlarını doğuran bir nitelikte olması nedeniyle yasak kapsamında görülmemesi gerekmektedir. Zira yasama işlemlerine karşı doğrudan bireysel başvuru yapılmasının yasaklanmasının temel nedeni bireysel başvuru yolunun halk davasına dönüşmesinin önüne geçmek olup, doğrudan bireysel işlem tesis edilen yasama işlemlerinin bu yönde olduğunun kabulü mümkün değildir. Nitekim AİHM'ye gerçekleştirilen bireysel başvurularda da AİHM'nin değerlendirmesi bu yönde olmuştur. Her ne kadar hükümetin itirazları başvurucuların müdahaleden etkilenme biçimlerini açıklıkla ortaya konulamadığı yönünde olsa da AİHM, söz konusu başvurularda anayasa değişikliği ile dokunulmazlığın kaldırılmasının doğrudan başvurucuları ilgilendiriyor olması nedeniyle halk davası şeklinde yorumlanamayacağını belirtmiştir.[161]

Hükümet tarafından yapılan bir diğer itiraz iç hukuk yollarının tüketilmemesine ilişkin olmuştur. Zira *Kerestecioğlu Demir* başvurusunda başvurucu, Anayasa Mahkemesi'ne başvuru gerçekleştirmeden doğrudan AİHM'ye başvuru gerçekleştirmiştir. AİHM, iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazını davalı hükümetin iç hukukta anayasa değişikliği ile dokunulmazlıkların kaldırılmasına ilişkin teoride ve pratikte etkili bir yargı yolu bulunduğunun inandırıcı delillerle birlikte ortaya konulamaması gerekçesiyle reddetmiştir.[162] Zira AİHM, mevcut başvuruda 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, yasama işlemlerine karşı doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru gerçekleş-

[161] Kerestecioğlu Demir/Türkiye, B. No: 68136/16, 04/05/2021, § 39.

[162] Kerestecioğlu Demir/Türkiye, § 47.

tirilemeyeceğini ortaya koymuştur.[163] Başka bir deyişle, bir yasama işlemi nedeniyle hak ihlaline uğradığını iddia eden kişi, doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru gerçekleştirilemeyecek, ancak yasama işlemi hakkında uygulanırken yapılan bir işlem, eylem veya ihmale karşı bireysel başvuruda bulunabilecektir.

Ancak söz konusu başvuruda başvurucu, doğrudan anayasa değişikliği hükmünün hakkını ihlal ettiğini iddia etmekte ve doğrudan anayasa hükmüne yönelik bireysel başvuru gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla söz konusu hükme yönelik olarak iç hukukta başvuru gerçekleştirebileceği etkili bir yol bulunmaması nedeniyle doğrudan AİHM'ye başvuru gerçekleştirmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Dolayısıyla AİHM, başvurucunun Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru gerçekleştirmesi gerekmeksizin doğrudan AİHM'ye başvuru gerçekleştirmesinde kabul edilebilirlik kriterlerine bir aykırılık görmemiştir.[164]

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi ise önüne gelen diğer başvurularda, dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin bir değerlendirme gerçekleştirmemiş yalnızca ilgili anayasa değişikliğini temel haklara gerçekleştirilen müdahalenin kanuni dayanağı olarak kabul etmiştir.[165] Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kararlarında, anayasa değişikliğine ilişkin iptal davasına atıf yaparak dokunulmazlıkların usulüne uygun kaldırıldığını ve bu konuda inceleme yapamayacağını belirtmektedir.[166] Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, AİHM'nin de vurguladığı üzere, Anayasa Mahkemesi'ne gerçekleştirilecek olan başvurunun doğrudan düzenleyici işlemin ihlale neden olup olmadığının değerlendirilmesi bakımından etkili bir yol olmadığını destekler niteliktedir.

2. Esas Denetimi

Anayasa Mahkemesi, gerçekleştirilen bireysel başvuruları Anayasa'nın 13. maddesinde belirlenen temel hakları sınırlama ölçütlerine uygun davranılıp davranılmadığı bakımından incelemiştir.[167] AİHM de benzer ölçütleri kullanmakla birlikte, yasama dokunulmazlığı kaldırılan parlamenterlerin karşılaştıkları yargılamalarının büyük kısmının ifadelerine ilişkin olduğunu tespit etmiş ve bu

[163] Kerestecioğlu Demir/Türkiye, § 48.

[164] Kerestecioğlu Demir/Türkiye, § 51.

[165] Selahattin Demirtaş, § 143.

[166] Selahattin Demirtaş, § 140.

[167] Selahattin Demirtaş, § 117.

durumun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olduğunu belirtmektedir.[168] Dahası, AİHM, anayasa değişikliği ile dokunulmazlıkların kaldırılmasının gerekçesinin de bu durumu doğrular nitelikte olduğunu belirtmektedir.[169] Nitekim geçici anayasa değişikliği ile ilgili anayasa komisyonunun oluşturduğu genel gerekçeye bakıldığında; ülkenin terörle mücadele sürecinde olduğu ve kamuoyunda rahatsızlık oluşturmasına rağmen parlamenterler tarafından terörü destekleyen ifadeler kullanıldığını, bu şekilde bazı parlamenterlerin dokunulmazlığı istismar ettiği belirtilmiştir.[170] AİHM, müdahalenin varlığını tespit ettikten sonra müdahalenin kanuniliğine, meşru amaç taşıyıp taşımadığına ve demokratik toplumda gereklilik ölçütünü sağlayıp sağlamadığına yönelik değerlendirme gerçekleştirmektedir.

AİHM öncelikle, mutlak bir kesinlikle olmasa da makul bir ölçüye kadar hakka gerçekleştirilecek olan müdahalenin kanunla öngörülmüş olmasını aramaktadır.[171] AİHM'ye göre anayasa değişikliği ile yasama dokunulmazlıklarını düzenleyen anayasa maddesi askıya alınmış, mutlak nitelikte olan kürsü dokunulmazlığına ilişkin herhangi bir istisna hüküm getirilmemiştir. AİHM bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'nin aksine yasama dokunulmazlıklarının kaldırılma sürecine, yargılamalara konu ifadelerin kürsü dokunulmazlığı kapsamında olup olmadığına ilişkin ayrıntılı değerlendirmelerde bulunmuştur. AİHM, kürsü dokunulmazlığının kapsamının parlamenterlerin gerçekleştirdikleri siyasi ifadelerin parlamento dışında tekrarlanmasının birebir aynı sözcüklerle tekrarlanması şeklinde yorumlanamayacağı kanaatindedir.[172] Ancak mevcut başvurularda AİHM, gerek yerel mahkemeler tarafından gerekse Anayasa Mahkemesi tarafından yargılama konusu ifadelerin kürsü dokunulmazlığı kapsamında olup

---

168 Selahattin Demirtaş/Türkiye (No: 2), B. No: 14305/17, 22/12/2020, § 247.

169 Selahattin Demirtaş/Türkiye (No: 2), § 246.

170 TBMM 26. Yasama Dönemi 1. Yasama Yılı 313 Sıra Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1028) ve Anayasa Komisyonu Raporu genel gerekçesinde: *"..Anayasa değişiklik teklifi, terörle mücadele konusundaki yoğun bir kamuoyu beklentisini karşılamak, bu amacın gerçekleştirilmesini gölgeleyecek spekülasyon ve istismarların önüne geçilmek, dokunulmazlık konusunda bir adım atılırken Meclis çalışmalarının tıkanmasının önüne geçmek düşüncesiyle hazırlanmış ve sunulmuştur..."* olarak ifade edilmiştir. İlgili gerekçe için ayrıca bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi 26. Yasama Dönemi 1. Yasama Yılı Sıra Sayısı 313, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1028) ve Anayasa Komisyonu Raporu, https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss313.pdf (01.05.2022).

171 Selahattin Demirtaş/Türkiye (No: 2), § 250.

172 Selahattin Demirtaş/Türkiye (No: 2), § 259.

olmadığına yönelik herhangi bir değerlendirme yapılmadığını vurgulamaktadır.[173]

AİHM'nin yargılama konusu ifadelerin kürsü dokunulmazlığı kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğine yönelik bu tespitti önemli bir noktaya temas etmektedir. Zira parlamenterlerin kürsü dokunulmazlığı kapsamında olan ifadelerini sınırlamanın özgürlüğü sınırlanan kişiler tarafından öngörülebilirliği tartışılması gereken bir konudur. Parlamenterlerin, görev süreleri sona erdiğinde dokunulmazlıkları da sona ereceğinden adi bir suç işledikleri takdirde ilgili suça bağlı olarak yargılanabileceklerini öngörebilecek olmalarına rağmen, siyasi ifadelerinin kürsü dokunulmazlığı kapsamında olduğunu düşünen parlamenterlerin ifadelerinden dolayı görev süresi sona erdikten sonra yargılanma ihtimalini gözetmedikleri açıktır. Bu nedenle parlamenterlerin, görev süresi sona ermeden hukuki bir düzenleme ile dokunulmazlıkları kaldırıldığında ifadelerine dayanılarak başlatılan kovuşturmaları öngöremeyeceği açıktır. Diğer bir deyişle, parlamenterler hakkında yürütülen kovuşturmalar siyasi ifadelerinin dayanak gösterildiği bir suça ilişkin ise kişilerin bunu öngörebilmeleri mümkün olmayacak ve ifade özgürlüğü ihlal edilmiş olacaktır.

Muhalefet üyesi parlamenterler hakkında oluşturulan fezlekelerin büyük bir kısmı mitinglerde, basın açıklamalarında, televizyon programlarında gündeme getirdikleri siyasi ifadelere ilişkindir.[174] Bunun yanında bazı parlamenterler hakkında parti olağan genel kurul toplantısında veya parti grup toplantısında yaptığı açıklamalar sebebiyle de fezlekeler oluşturulmuştur.[175] Genel olarak bakıldığında fezlekelerin konusunu parlamenterlerin siyasi ifadelerinin oluşturduğunu ve bu siyasi ifadeleri parti tüzükleri ile uyumlu olarak dile getirdikleri görülmektedir. Özellikle hükümeti eleştiren mahiyetteki açıklamalarının ve protesto söylemlerinin parlamenterin asli görevlerinden olması sebebiyle *meclis çalışması* olarak kürsü dokunulmazlığı kapsamında görülmesi gerekmektedir.

---

[173] Selahattin Demirtaş/Türkiye (No: 2), § 262.

[174] Milletvekilleri tarafından yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına ilişkin yapılan anayasa değişikliğinin iptal başvurusu dilekçelerinde yer alan örnek fezlekeler için ayrıca bkz.: AYM, E. 2016/54, K. 2016/117, 03/06/2016.

[175] Parlamenterlerin ifadeleri hakkında oluşturulan fezleke örnekleri için ayrıca bkz. Selahattin Demirtaş grup toplantısında yapılan konuşmanın içeriği sebebiyle oluşturulan fezleke: Fezleke No. 2016/17, Soruşturma No. 2016/594, İsnat Edilen Suç Tarihi ve Yeri 28.07.2015 Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, İsnat Edilen Suç Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu.; İdris Baluken parti olağan genel kurulunda yaptığı konuşmanın içeriği sebebiyle oluşturulan fezleke: Fezleke No. 2012/20, Soruşturma No. 2012/5388, İsnat Edilen Suç Tarihi ve Yeri 02.05.2012 Elazığ Cumhuriyet Başsavcılığı, Suç İsnadı Suçu ve Suçluyu Övme, Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik.

Ancak Anayasa Mahkemesi ise parlamenterlerinin ifadelerine yönelik kürsü dokunulmazlığı kapsamında olup olmadığına ilişkin herhangi bir değerlendirme gerçekleştirmemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin, anayasa değişikliğine konu olmuş dokunulmazlıkların kaldırılmasına ilişkin hükmü bireysel başvuru kararında inceleyemeyeceği kabul edilse dahi müdahalenin kanuniliğini değerlendirirken başvurucular hakkındaki suç isnatlarının siyasi ifadelere dayanmasını ve ilgili ifadelerin kürsü dokunulmazlığı kapsamında bulunup bulunmadığını incelemesi gerekmektedir. Nitekim yasama dokunulmazlıklarının kaldırılması Anayasa Mahkemesi tarafından parlamento kararının denetimi usulü ile denetlenmiş olsaydı da benzer incelemenin gerçekleştirilmesi gerekecektir. Zira parlamenter olan başvuruculaların kürsü dokunulmazlığı kapsamında yer alan ifadelerinden dolayı dokunulmazlığı kaldırılsa dahi mutlak sorumsuzluğu bulunmaktadır. Bu yönde bir inceleme gerçekleştirilmemiş olması Anayasa Mahkemesi tarafından etkili bir yargı denetimi gerçekleştirilmediğini göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi, öncelikle temel hakların yalnızca kanunla sınırlanabileceğini belirtmekle birlikte, söz konusu başvurularda başvurucuların yasama dokunulmazlığı nedeniyle haklarında yargılama yapılamayacağı ve tutuklama tedbirine başvurulamayacağına yönelik itirazlarını, başvurucuların dokunulmazlıklarının bireysel olarak kaldırılmadığı ancak anayasa değişikliği ile belirli dosyalar kapsamında yasama dokunulmazlığına istisna getirildiğini belirterek açıklamıştır.[176] Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kararlarında, başvurucuların yasama dokunulmazlığının istisnai olarak askıya alındığı ve dolayısıyla temel haklara yapılan müdahalenin kanuni dayanağı olduğu belirtilmektedir.[177]

Öte yandan AİHM'ye göre ise kürsü dokunulmazlığı kapsamında olmayan ifadeler yönünden olsa dahi anayasa değişikliği ile dokunulmazlıkların kaldırılma usulünün başlı başına bir öngörülebilirlik problemi taşımaktadır.[178] AİHM, yasama dokunulmazlıklarının istisnalarının ve kaldırılma usulünün açıkça iç hukukta belirlendiğini vurgulamaktadır. Ayrıca yasama dokunulmazlığının olağan kaldırılma usulünün, parlamento tarafından ilgili parlamenterin bireysel

[176] Selahattin Demirtaş, § 141.

[177] Selahattin Demirtaş, § 143.; Anayasa Mahkemesi, ikinci bir gerekçe olarak ağır cezayı gerektiren suçların kaçma şüphesini işaret eden durumlardan biri olduğu için tutuklama tedbirine başvurulmasını makul görmektedir. Ayrıca dokunulmazlıkların kaldırılmasının ardından savcılıklar tarafından ifade alınması için çağrıda bulunulmasına rağmen ifadeye gidilmemesi de soruşturma ve kovuşturma süreçlerini zorlaştırmaya yönelik siyasi bir tavır olduğu belirtilmiştir. Ayrıca bkz. Selahattin Demirtaş, § 162.

[178] Selahattin Demirtaş/Türkiye (No: 2), § 264.

koşullarının ayrıntılı incelenmesine olanak tanıyan, parlamenterin kendisini savunmasına imkân veren ve en önemlisi yargısal denetime açık olan güvenceler içeren bir usul olduğunun altı çizilmektedir.[179]

AİHM, Venedik Komisyonu raporunda da belirtildiği gibi anayasa değişikliği yönteminin seçilmesinin parlamenterlerin anayasal güvenceleri olmaksızın siyasi açıklamaları nedeniyle yargılamalarla karşılaşmalarına neden olduğunu belirtmekte ve anayasal güvencelerin terk edilerek dokunulmazlıkların kaldırılmasının parlamenterler açısından öngörülemez bir durum yaratmış olduğunu vurgulamaktadır.[180]

AİHM, bu durumun Türk anayasa tarihinde daha önce benzeri görülmemiş bir uygulama olduğunu ve belirli kişilere özgü düzenlenen yasaların hukukun üstünlüğü ilkesine zarar verdiğini ayrıca belirtmektedir.[181] Dahası AİHM, Venedik Komisyonu raporunda belirtildiği üzere anayasa değişikliği usulünün kötüye kullanıldığı yorumunu desteklemektedir. AİHM, açıklanan nedenlerle ifade özgürlüğüne yönelik gerçekleştirilen müdahalenin kanunilik ölçütünü taşımadığını bu nedenle de diğer ölçütler bakımından ayrıca değerlendirme yapılmasına gerek olmaksızın ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Anayasa Mahkemesi kanunilik ölçütünün sağlandığını belirtmesinin ardından müdahalenin meşru amacı bulunduğunu da belirterek müdahalenin orantılılığına yönelik değerlendirme gerçekleştirmiştir. Başvuruculaların genel olarak müdahalenin siyasi faaliyetlerini gerçekleştirmelerine engel olmasından yakınmalarına karşı Anayasa Mahkemesi, kişinin milletvekili olması sebebiyle müdahalenin kişinin temel hakkını ilgilendirmesinin yanında, yasama işlemlerine katılmasındaki kamu yararını da ilgilendirdiğini belirtmiştir.[182] Ancak Anayasa Mahkemesi, başvurucunun hakkındaki suç isnatlarının ağır cezayı gerektiren önemli suçlamalar olduğu ve milletvekilliğinin tek başına müdahaleyi engelleyen bir hal olmadığı gerekçeleriyle uygulanan tedbirin ölçüsüz olmadığına karar vermiştir.[183] AİHM ise kanunilik ölçütü yönünden eksiklik tespit ettiği için meşru amaç veya orantılılık yönünden ayrıca bir değerlendirmeye gerek duymamıştır.

---

[179] Selahattin Demirtaş/Türkiye (No: 2), § 266.

[180] Selahattin Demirtaş/Türkiye (No: 2), § 268.

[181] Selahattin Demirtaş/Türkiye (No: 2), § 269.

[182] Selahattin Demirtaş, § 165-169.

[183] Anayasa Mahkemesi, müdahaleyi kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından değerlendirirken, yasama dokunulmazlığına istisna getirilen veya dokunulmazlığın kaldırıldığı hallerde par-

Serbest seçim hakkına yönelik müdahaleye ilişkin değerlendirmelerde ise AİHM, serbest seçim hakkının kapsamında kişilerin seçimlere katılma ve seçildikten sonra da parlamenter olabilme hakkının garanti alına alınması gerektiğini belirtmiştir. Bir diğer deyişle, serbest seçim hakkının kişinin yalnızca seçimlere katılma fırsatıyla sınır olarak yorumlanması mümkün olmayıp seçildikten sonra da aktif olarak parlamento faaliyetlerine katılmasının güvence altına alınmasını da kapsamaktadır.[184] AİHM, yasama dokunulmazlıklarının bu noktada serbest seçim hakkının en önemli garantörü olduğunu vurgulamaktadır.[185] AİHM, AİHS'nin 1 No.lu Ek Protokolü'nün 3. maddesinde düzenlenen hakkın mutlak nitelikte olmadığını, parlamenter adayının veya seçilmiş kişinin tutuklanmasının doğrudan hakkın ihlali anlamına gelmeyeceğini belirtmektedir. Bununla birlikte, seçilmiş bir kişi hakkında tutuklama tedbiri uygulanırken daha dikkatli değerlendirme yapılması gerektiği, parlamento çalışmalarına katılmasının siyasi amaçla engellenip engellenmediğinin ve kamusal faydanın gözetilmesi zorunluluğu vurgulanmaktadır.[186] Özellikle AİHM'ye göre, seçilmiş parlamenter hakkında tutuklama tedbirine başvurulması parlamentodaki görevini fiziken yapmasının engellenmesi anlamına geleceğinden dokunulmazlıkların kaldırılmasının akabinde tutuklama tedbirinin uygulanmasıyla hakka yönelik bir müdahalenin olduğu ortadadır.[187]

AİHM, yasama bağışıklıklarının bireysel bir koruma alanı yaratılmasına değil parlamentonun sorunsuz işleyişini sağlamaya yönelik kamusal fayda barındırdığını özellikle belirtmektedir. Bu nedenle yargılamayı yürüten makamların birbiriyle çatışan menfaatleri tartması gerekmektedir. AİHS'ye taraf devletlerce yasama bağışıklıkları sağlandıysa yargılama yürüten yerel mahkemelerin öncelikle suçlama konusu fiillerin yasama bağışıklıklarının kapsamında olup olmadığının değerlendirmesi gerekmektedir. AİHM, ilk derece mahkemeleri ve Anaya-

lamenterlerin tutuklanamayacağına ilişkin bir kural bulunmadığını ancak parlamenterlerin siyasi faaliyetlerine engel olunmaması amacıyla yargı mercilerinin kuvvetli suç şüphesini değerlendirirken daha dikkatli davranmaları gerektiğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, yargılamaya konu olaylardan çok sonra tutuklama tedbirinin uygulanmasını müdahalenin gerekliliğini değerlendirirken göz önünde bulundurmuş ve aradan geçen zamanın yasama dokunulmazlığının mevcut olduğu süreçte yargılamaya devam edilemeyen dönem olması nedeniyle müdahalenin gecikmesinde sorunlu yan bulunmadığını belirtmiştir. Ayrıca bkz. Selahattin Demirtaş, § 169-173.

184 Selahattin Demirtaş/Türkiye (No: 2), § 391.

185 Selahattin Demirtaş/Türkiye (No: 2), § 387.

186 Selahattin Demirtaş/Türkiye (No: 2), § 389.

187 Selahattin Demirtaş/Türkiye (No: 2), § 391.

sa Mahkemesi tarafından bu hususun göz önünde bulundurulmadığına dikkat çekmektedir.[188] Bunun yanında dokunulmazlığı kaldırılan ve siyasi faaliyetleri nedeniyle yargılanan bir parlamenterin hakkında uygulanan tedbirlerin esasına yönelik olarak da itiraz edebileceği ve kendisini savunabileceği etkili bir başvuru yolu öngörülmesi gerekmektedir. Ancak anayasa değişikliği usulü ile dokunulmazlıkların kaldırılması ile parlamenterlerin haklarının sınırlanması kanunen öngörülebilir bir düzenleme şartı sağlanmamış ve parlamenterlere etkili bir başvuru yolu tanınmamıştır. Tüm bu açıklamalar doğrultusunda AİHM, serbest seçim hakkının da ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.[189]

Ancak Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin aksine parlamenterlere karşı dava açılmasının parlamentonun işleyişini etkileyebileceğinden veya parlamentonun çalışmalarını bozabileceğinden hiç bahsetmemiştir.[190] Oysa kararın verildiği dönemde başvuruculardan bir kısmı parlamenter olarak görevini sürdürmekte ve tutuklu olmaları sebebiyle meclis çalışmalarına katılamadıkları için temsil görevini yerine getirememektedir. Anayasa Mahkemesi, başvuruculara görevlerinin barındırdığı kamusal faydayı göz ardı ederek değerlendirme gerçekleştirmiştir.

Anayasa Mahkemesi, daha sonraki kararlarında bu tutumunu değiştirmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin tutumunu değiştirmesinde parlamenterlerin tutuklulukta geçirdikleri sürenin makul süreyi aşmasının ve AİHM'nin konuya ilişkin başvuruları incelemeye başlamasının etkili olduğu düşünülmektedir. Anayasa Mahkemesi değerlendirdiği sonraki kararlarında, bir parlamenter hakkında tutuklama tedbirine başvurulmasının doğrudan ihlal niteliği taşımayacağını ancak tutukluluk halinin sürdürülmesini zorunlu kılan koşulların açıklıkla ortaya konulması gerektiğini vurgulamıştır. Dahası Anayasa Mahkemesi, parlamenter hakkında tutuklama tedbiri uygulanırken seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının getirdiği kamu yararının da gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla, kamu yararı karşısında tutuklama tedbirinin devamını gerektiren zorlayıcı nedenler açıkça ortaya konulmalı ve gerekçelendirilmelidir. Özellikle, tutukluluğun devamı yönündeki karara ilişkin objektif ölçütlerin yanında tedbir uygulanan kişinin parlamenterlik sıfatından kaynaklanan öznel durumu da göz önünde bulundurulmalı ve hangi yönün baskın geldiği makul gerekçelerle ortaya konabilmelidir.[191]

---

188 Selahattin Demirtaş/Türkiye (No: 2), § 395.

189 Selahattin Demirtaş/Türkiye (No: 2), § 397-398.

190 Kart/Türkiye, § 91.

191 Selahattin Demirtaş (3), B. No: 2017/38610, 09/06/2020, § 220.

Anayasa Mahkemesi, dokunulmazlığın kaldırılması sonucu uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülülüğü yönünden inceleme gerçekleştirmiş olup başvuruculaların özel durumlarının gözetilmesiyle tutuklama yerine diğer koruma tedbirlerinin uygulanıp uygulanamayacağının ayrıca değerlendirmesi gerektiğini belirtmiştir.[192] Ancak başka bir parlamentere ilişkin yaptığı benzer değerlendirmede, parlamenterin aldığı ceza nedeniyle meclis üyeliğinin düşürüldüğünü bu nedenle parlamenter olarak tutuklu geçirdiği sürenin çok uzun bir süre olmadığını dolayısıyla herhangi bir hak ihlali bulunmadığına da karar verdiği olmuştur.[193] Öte yandan hak ihlaline karar verilen başvurularda dahi Anayasa Mahkemesi, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı bakımından değerlendirmede bulunmuş, ayrıca serbest seçim hakkı bakımından inceleme yapma gereği duymamıştır.[194]

3. Hakkı Sınırlamanın Kötüye Kullanılması Denetimi[195]

AİHM ayrıca yapılan sınırlamanın öngörüldüğü amaç dışında kullanılıp kullanılmadığına yönelik de değerlendirmelerde bulunmuştur. AİHS'nin 18. maddesinde AİHS kapsamında koruma altına alınmış olan temel haklara getirilecek kısıtlamaların öngörüldükleri amaç dışında uygulanamayacağı düzenlenmektedir.[196] Daha açık bir deyişle 18. madde AİHS'de tanımlanmış hakların sınırlanmasının kötüye kullanılamayacağını düzenlemektedir. AİHS'nin diğer maddelerinde tanımlanmış olan hakların sözleşmede öngörülen sınırlama amaçlarından farklı bir amaçla sınırlanmasını mutlak biçimde yasaklamaktadır. Buna bağlı olarak 18. maddenin tıpkı 14. madde gibi özerk bir yapısı bulunmaması sebebiyle tek başına ileri sürülememekte ancak haksız sınırlandırıldığını düşünen hak ile beraber AİHM'nin önüne getirilebilmektedir.[197] Dolayısıyla 18. madde ile

---

[192] Selahattin Demirtaş (3), § 219.

[193] Figen Yüksekdağ Şenoğlu (3), B. No: 2021/7181, 13.01.2022, § 163.

[194] Selahattin Demirtaş (3), § 233.

[195] Temel hakları sınırlandırmanın sınırını düzenleyen AİHS'nin 18. maddesi için "yetki saptırması" kavramı da kullanılabilmektedir. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Gülay Arslan Öncü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yetki Saptırması Yasağı (Md. 18) Bağlamında İspat Yükü ve İspat Standardı Meselesi", ***Anayasa Hukuku Dergisi***, 2021, C. 10, S. 19, s. 96.

[196] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Haklara Getirilecek Kısıtlanmaların Sınırlanması başlıklı 18. Maddesi için ayrıca bkz. "*Anılan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz",* www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (01.05.2022).

[197] Benan Molu, ***Siyasi Amaçlı Tutuklama Yasağı Çerçevesinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 18. Maddesinin Kapsamı, Uygulanması ve 18. Madde İhlali Kararlarının Sonuçları***, On

birlikte başvurulabilecek hak ancak sözleşmede sınırlandırılabilmesi mümkün olan bir hakka ilişkin olacaktır. AİHM 18. maddeye ilişkin olarak re'sen inceleme gerçekleştirmemekte ancak ileri sürülmesi halinde dikkate almaktadır ve bu kapsamda inceleme ihlalin ancak önemli bir yönünü oluşturması halinde gerçekleştirilmektedir.[198]

AİHM'ye göre 18. maddenin ihlali için sözleşmeci devletlerin hakkı sınırlaması, sözleşmede öngörülen sınırlama amaçlarına dayanarak birden fazla amaca veya sözleşmede öngörülen amaçların dışında bir amaca hizmet ediyor olabilir.[199] Sınırlama, görünürde sözleşmede öngörülen bir amaca dayanılarak yapılmış olsa dahi sözleşmeci devletlerin sözleşme dışı bir amaca hizmet etmek için sınırlama yaptığı durumlarda AİHM hangi amacın baskın olduğunu değerlendirmektedir.[200] Bu sebeple, 18. madde yönünden inceleme yaparken sınırlamanın kötüye kullanıldığını belirlemek için objektif kriterler getirmeye çalışılmıştır. Sözleşmeci devletlerin 18. maddeyi ihlal eden hak sınırlamaları; bilgi almak için baskı yaparak sınırlama[201], cezalandırma ve susturma amaçlı sınırlama[202], siyasi veya ekonomik amaçla sınırlama[203] olarak örnek gösterilebilir.

Bu değerlendirmeleri yaparken AİHM, ihlal iddialarının ispatı konusunda öne sürülecek *makul şüphenin ötesinde* delil aramaktadır.[204] Aynı zamanda öne sürülen delilleri destekleyen, iddia edilen ihlali ilgilendiren konuyla alakalı sivil toplum örgütlerinin veya medyanın raporlarını dikkate almaktadır.[205] AİHM'nin dikkate aldığı bir diğer husus hakkı sınırlandıran otoritelerin tarafsızlığıdır ve otoritelerin tarafsızlığı konusunda şüphelerin olması halinde 18. maddenin ihlal edildiği iddialarını güçlenmektedir.[206] İncelenmesi gereken bir diğer husus sınırlama tedbirinin makul süreyi aşması halidir. Bu durumda sınırlama makul süreyi

İki Levha Yay., 1. Baskı, İstanbul, 2019, s. 45.; Ilgar Mammadov/Azerbaycan, B. No: 15172/13, 13/10/2014, § 137.

198 Merabishvili/Gürcistan, B. No: 72508/13, 28/11/2017, § 291.

199 Merabishvili/Gürcistan, § 303.

200 Merabishvili /Gürcistan, § 318.

201 Merabishvili /Gürcistan, § 352-353.

202 Ilgar Mammadov/Azerbaycan, § 143.

203 Merabishvili/Gürcistan, § 332.

204 Merabishvili/Gürcistan, § 314-316.

205 Merabishvili/Gürcistan, § 317.

206 Merabishvili/Gürcistan, § 324.

aşıyorsa 18. maddenin ihlali iddiası aynı şekilde güçlenecektir.[207] Örneğin muhalefette yer alan siyasetçilerin siyasi ortamdan uzaklaştırılması amacıyla gerçekleştirilen siyasi saik içeren müdahaleler 18. maddenin ihlali olarak değerlendirilebilecektir.[208]

AİHM, dokunulmazlıkların anayasa değişikliği ile kaldırılması usulünde 154 milletvekilinin dokunulmazlığının kaldırıldığına, 59 milletvekiline sahip olan muhalefet partilerinden birinin 55 üyesinin dokunulmazlıklarını kaybettiklerine ve dahası 14 milletvekili hakkında tutuklama tedbirinin uygulandığına dikkat çekmektedir. Öte yandan iktidar bloğunda olan siyasi parti üyelerinden yalnızca 6 üyenin dokunulmazlığının kaldırılmasını ve hiçbiri hakkında özgürlüklerini kısıtlayıcı bir tedbir uygulanmadığını vurgulamaktadır. Bu veriler ışığında AİHM, hakkında ceza davası açılmasının ardından mahkûm edilen parlamenterlerin muhalefet partisine üye olan kişilerden ibaret olduğunu belirtmektedir.[209]

Dolayısıyla geçici anayasa değişikliğinin tek seferlik bir istisna olması sebebiyle esasında hangi milletvekillerinin dokunulmazlıklarının kaldırılacağının belirli olduğu ve ağırlıklı olarak muhalefet partisi üyelerini kapsadığı ortadadır. Bu sebeple anılan değişikliğin, anayasa hükümlerinin genel düzenleyici hükümler olması kuralından farklı olarak bireysel işlem tesis ettiği ve AİHM'nin vurguladığı gibi hukukun üstünlüğü ilkesini zedelediği açıktır.[210] Bahsedilen değişiklik, Venedik Komisyonu'nun olağanüstü hal KHK'ları ile yapılan bireysel düzenlemeler için kullandığı *ad hominem* terimi ile özdeş durumdadır.[211] Anayasa değişikliğinin tıpkı olağanüstü hal KHK'ları gibi genel düzenleyici bir norm olması gerekirken bireysel düzenlemeler içermesi ve bireylere yönelik doğrudan etkileri söz konusudur. Usulen anayasa değişikliği görünümünde olan ancak esası itibari ile bireysel işlem tesis edilmesine sebep olan düzenleme hedef aldığı grup bakımından *kötü niyetli* bir sınırlama olarak görülmelidir.

---

207 Merabishvili/Gürcistan, § 326.

208 Harris - O'boyle - Warbrick, s. 858.

209 Selahattin Demirtaş/Türkiye (No: 2), § 482.

210 Selahattin Demirtaş/Türkiye (No: 2), § 269.

211 Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), "On the Legal Framework Governıng Curfews Adopted by the Venice Commission at its 107th Plenary Session (Venice, 10-11 June 2016)", 842/2016 Sayılı Görüş, Tarih: 13.06.2016, CDL-AD(2016)010, § 92, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)010-e (01.05.2022).

Aynı zamanda daha önce değinildiği üzere bahsi geçen değişiklik yargısal yollarla denetlenememiştir. Meclis kararıyla dokunulmazlıklar kaldırılmış olsaydı işlemin siyasi saik ile yapılıp yapılmadığı denetlenebilecekken böyle bir denetim imkânı ortadan kalkmıştır. Yargı denetimini engelleyecek bir düzenlemeyle dokunulmazlıkların kaldırılması düzenlemenin siyasi amaçla yapıldığı ve muhalif parlamenterlerin parlamento çalışmalarından uzak tutmayı amaçladığı iddialarını güçlendirmektedir. Nitekim bu doğrultuda değerlendirmeler gerçekleştiren AİHM de AİHS'nin 18. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.[212]

SONUÇ

Hem kürsü dokunulmazlığı hem de yasama dokunulmazlığı temel olarak parlamentodaki muhalefetin özgür bir biçimde çalışabilmesini garanti altına almayı hedeflemektedir. Zira daha önce de değinildiği üzere günümüz çoğunluk demokrasi modellerinde fren denge mekanizması iktidar muhalefet partileri ilişkileri üzerinden sağlanmaktadır. Bu nedenle parlamenterlerin ve özellikle muhalefet üyesi parlamenterlerin siyasi ifade özgürlüklerinin ve parlamento çalışmalarına katılımlarının sağlanması önem taşımaktadır.

Yasama dokunulmazlığının taşıdığı önem gereği Türkiye'de dokunulmazlığın kaldırılması usulü ayrıntılı kurallar ile düzenlenmiştir. Özellikle parlamento kararlarının yargı denetimi yolu kapalıyken istisnai olarak dokunulmazlığı kaldırılan parlamenterin yargı denetimi yoluna başvurabilecek olması önemli bir güvence mekanizmasıdır. Türkiye'de 1961 Anayasası ile birlikte Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasıyla başlayan yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararının denetimi farklı dönemler içerisinde değişkenlik göstermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin hem esas hem de biçim denetimi yapma yetkisini haiz olması etkili bir denetim gerçekleştirilebilmesine imkân tanımaktadır. Ayrıca önemle belirmek gerekir ki, yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararının esas denetiminde 1961 Anayasası döneminde Cumhuriyet Senatosu İçtüzüğü hükümleri etkili olmuş Anayasa Mahkemesi tarafından bu içtihat devam ettirilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin gerçekleştirdiği denetim 1961 Anayasası döneminde ve 1982 Anayasası döneminde hukuk devleti ilkelerini yorumlama ve detaylı gerekçe belirtme yönünden ciddi farklılıklar taşımaktadır. 1961 Anayasası döneminde hukuk devleti ilkesine aykırı olabilecek unsurlar detaylarıyla belirtilirken 1982 Anayasası döneminde ilkenin daha dar yorumlandığı

[212] Selahattin Demirtaş/Türkiye (No: 2), § 438.

görülmektedir. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi her ne kadar parlamento kararının Anayasa'ya, kanuna ve İçtüzük'e aykırılığı bakımından bir inceleme yapıyor olsa da Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerini göz ardı etmektedir.

Ancak her iki dönemde de yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına özgü bir yargı denetiminin mevcut olması Mahkeme'nin incelemelerinde ayrıntılı gerekçe sunmamasına rağmen önemli bir güvencedir. Bu güvenceli yolun terk edilerek anayasa değişikliği yolu ile dokunulmazlıkların kaldırılması anayasaya karşı hile anlamına gelmektedir. Her ne kadar anayasa değişikliği görünümünde olsa dahi içerik itibariyle yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin eşitlik ilkesine aykırı olarak parlamenterler hakkında bireysel işlem tesis edildiği ortadadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin önceki dönemde kullandığı önüne gelen düzenleyici işlemin hukuki nitelendirmesini yapması gerektiği içtihadının önemi bir kez daha anlaşılmıştır. Zira dokunulmazlıkların kaldırılmasında araç olarak kullanılan anayasa değişikliği yönteminin hukuk devleti ilkesini zedelediği açıktır.

Yargı denetimi ile dokunulmazlığın kaldırılmasında siyasi bir amacın olup olmadığı ve dokunulmazlığının kaldırılması düşünülen parlamenter hakkında yapılan suç isnadının kürsü dokunulmazlığı kapsamında olup olmadığı değerlendirilmektedir.[213] Dokunulmazlıklar olağan usulle parlamento kararı ile kaldırılmış olsaydı Anayasa Mahkemesi tarafından denetimi mümkün olabilecekken dokunulmazlıkların anayasa değişikliği ile kaldırılmasıyla, Anayasa Mahkemesi'nin denetimi mümkün olmamıştır. Dokunulmazlıkların kaldırılması için böyle bir yöntemin seçilmiş olması ve Anayasa Mahkemesi'nin de önceki dönem içtihadından vazgeçmesi Anayasa Mahkemesi'nin esas denetiminin imkânsız hale getirmiştir. Bu durumda kişisel hakka doğrudan müdahalede bulunan hükme karşı esastan inceleme için yargı yolu işlevsel olarak bulunmamaktadır.

Her ne kadar dokunulmazlıkları kaldırılan parlamenterlerin gerek AİHM gerek Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmaları mümkün olsa da bireysel başvuru, parlamento kararının denetimiyle aynı etkili sonucu sağlamamaktadır. Temel hak yargısı ile gerçekleştirilen denetiminin önemini göz ardı etmek mümkün olmasa da dokunulmazlıkların kaldırılması kararlarına karşı uygulamada doğrudan etkili bir sonuç getirmediği görülmüştür. Elbette ki AİHM'nin ve Anayasa Mahkemesi'nin dokunulmazlığı kaldırıldıktan sonra ilgili

[213] Aktaş, s. 113.

parlamentere uygulanma ihtimali olan koruma tedbirinin parlamenterin görevini sürdürmesine engel olup olmayacağına yönelik gerçekleştirdiği değerlendirmeler önem taşımaktadır. Zira daha önce de belirtildiği gibi yasama dokunulmazlıklarının getirilme amacı şahsi dokunulmazlık alanı yaratılmaktan ziyade yurttaşların temsilcisi olan parlamenterlerin görevlerini gereği gibi yerine getirebilmelerini sağlamaktır.

Tarihsel süreç içerisinde dokunulmazlıkların çoğunlukla siyasi amaçla kaldırıldığı görülmüş ve sonrasında parlamentonun yetkisini kötüye kullanmasının engellenmesi amacıyla yargı denetimi öngörülmüştür.[214] Yargı denetimi yolunun kapatılması amacıyla anayasa değişikliği yoluyla dokunulmazlıkların kaldırılması AİHM'nin de vurguladığı üzere hakkın sınırlama amacının kötüye kullanıldığını ve siyasi saik ile hareket edildiğini göstermektedir. Bu gibi anayasaya karşı hile yaratan durumların önüne geçilebilmesi adına Anayasa Mahkemesi'nin önceki dönem içtihadına geri dönerek gerekli gördüğü durumlarda düzenleyici işlemin adına bağlı kalmaksızın denetim gerçekleştirmesi hukuk devleti ilkesinin ve demokrasinin güvence altına alınmasını sağlayacaktır. Böylelikle muhalefetin özgür bir biçimde siyasi faaliyetlerini yürütmesi ve parlamentonun demokratik ilkelere uygun şekilde işleyişi sağlanabilecektir.

[214] A.g.e., s. 137.

KAYNAKÇA

ABDULHAKİMOĞLULLARI, Erdal, "Türk Anayasa Hukukunda Parlamento (Meclis) Kararlarının Yargısal Denetimi Sorunu", ***Yasama Dergisi***, S. 5, 2007, Fss. 5-26.

ABDULHAKİMOĞULLARI, Erdal, ***Bir Yasama Bağışıklığı Türü Olarak Türkiye'de Yasama Dokunulmazlığı***, 1. Bs., Ankara, Gazi Kitabevi, 2008.

AKTAŞ, Kadir, ***TBMM Uygulaması Anlatımıyla Yasama Dokunulmazlığı***, 1. Bs., Ankara, Adalet Yay., 2009.

ANAYURT, Ömer, ***Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)***, 1. Bs., Ankara, Seçkin Yay., 2018, s. 595.

ARSLAN, Mustafa, "Yasama Dokunulmazlığı", ***Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 11, S. 21, 2021, ss. 71-105.

BALO, Yusuf Solmaz, "Yasama Dokunulmazlığı", ***TBB Dergisi***, S. 100, 2012, ss. 15-44.

BATUM, Süheyl - YILMAZ, Didem - KÖYBAŞI, Serkan, ***Anayasa Hukuku Temel Kavramlar ve Genel Esaslar***, 1. Bs., İstanbul, Oniki Levha Yay., 2021.

BEYDOĞAN, T. Ayhan, ***Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Siyasi İfade Hürriyeti***, 1. Bs., Ankara, Liberal Düşünce Topluluğu Yay., 2003.

BİLGİLİ, Murat Saltuk - RUHİ, Muhammet Emin, "1982 Anayasası'nda Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması Usulü", ***Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi***, C. 11, S. 1, 2018, ss. 67-84.

DOĞRU, Osman - NALBANT, Atilla, ***İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar - C: II***, 1. Bs., Ankara, Legal Yay., 2013.

ESEN Egemen, ***İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları Işığında Takdir Marjı Doktrini***, 1. Bs., İstanbul, On İki Levha Yay., 2020.

EREN, Abdurrahman, ***Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku***, 3. Bs., Ankara, Seçkin Yay., 2021.

FEYZİOĞLU, Metin, "Yasama Dokunulmazlığı", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 42, S. 1, 1992, ss. 21-47.

GÖNENÇ, Levent - ERGÜL, Ozan, "1982 Anayasası'na Göre Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı", www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/yasa_sor_yasa_dok.pdf (01.05.2022).

GÖZLER, Kemal, "Yasama Dokunulmazlığı Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi", ***Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi***, C. 56, S. 3, 2001, ss. 71-101.

GÖZLER, Kemal, ***Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I***, 2. Bs., Bursa, Ekin Yay., 2020.

GÖZLER, Kemal, ***Türk Anayasa Hukuku Dersleri***, 1. Bs., Bursa, Ekin Yay., 2000.

HARRIS, David - O'BOYLE, Michael - WARBRICK, Colin, ***Law of the European Convention on Human Rights***, 3. Bs., Oxford, Oxford University Press, 2014.

HARRIS, David - O'BOYLE, Michael - WARBRICK, Colin, ***Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku***, (Çev. Mehveş Bingöllü Kılcı, Ulaş Karan), 1. Bs., Ankara, Avrupa Konseyi Yay., 2009.

İSLAM, Nadir Latif, "Milletvekili Dokunulmazlığında Meclis İçi Prosedür", ***Yargıtay Dergisi***, C. 19, S. 2, 1993, ss. 5-10.

KAPANİ, Münci, ***Kamu Hürriyetleri***, 7. Bs., Ankara, Yetkin Yay., 2013.

KARAN, Ulaş, ***Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Rehberi***, 1. Bs., İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yay., 2015.

KESKİNSOY Ömer, ***Yasama Dokunulmazlığı***, 1. Bs., Ankara, Adalet Yay., 2008.

KESKİNSOY, Ömer, ***Yasama Sorumsuzluğu***, 1. Bs., Ankara, Turhan Kitabevi Yay., 2007.

KILIÇ, Abbas, ***Türkiye'de Parlamento Kararlarının Hukuki Rejimi***, 1. Bs., Ankara, Adalet Yay., 2020.

KIRATLI, Metin, ***Parlamenter Muafiyetleri***, 1. Bs., Ankara, Sevinç Matbaası, 1961.

KORKMAZ, Ömer, ***Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Sınırları***, 1. Bs., Ankara, Yetkin Yay., 2014.

LEACH, Philip, ***Taking a Case to the European Court of Human Rights***, 3. Bs., Oxford, Oxford University Press, 2011, s. 107 vd.

MOLU, Benan, Benan Molu, ***Siyasi Amaçlı Tutuklama Yasağı Çerçevesinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 18. Maddesinin Kapsamı, Uygulanması ve 18. Madde İhlali Kararlarının Sonuçları***, 1. Bs., İstanbul, On İki Levha Yay., 2019.

ÖDEN, Merih, "Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi", ***Ankara Üniversitesi*** Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, 2009, ss. 659-692.

ÖNCÜ ARSLAN Gülay, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yetki Saptırması Yasağı (Md. 18) Bağlamında İspat Yükü ve İspat Standardı Meselesi", ***Anayasa Hukuku Dergisi***, C. 10, S. 19, 2021, ss. 93-166.

ÖZBUDUN, Ergun, "Yasama Sorumsuzluğu ve Yasama Dokunulmazlığı: Hukuki Mahiyetleri ve Farkları", ***TBB Dergisi***, 2005, S. 59, ss. 109-115.

ÖZBUDUN, Ergun, ***Türk Anayasa Hukuku,*** 17. Bs., Ankara, Yetkin Yay., 2017.

ÖZCAN, Hüseyin, ***Yasama Bağışıklıkları***, 1. Bs., Ankara, Seçkin Yay., 2006.

ÖZEK, Çetin, "Mutlak Yasama Dokunulmazlığı Sınırlanabilir Mi?", ***Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına 55 Yıl 55 Makale***, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017, ss. 95-121.

ŞİRİN, Tolga, ***Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı***, 1. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2015.

TANÖR, Bülent- YÜZBAIOĞLU, Necmi, ***1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku***, 20. Bs., İstanbul, Beta Yay., 2020.

TEZİÇ, Erdoğan, ***Anayasa Hukuku***, 8. Bs., İstanbul, Beta Yay., 2003.

YALÇIN, Türkan, "Yasama Sorumsuzluğu", ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi***, S. 2, 1992, ss. 215-238.

YALÇINÖZ, Bahadır, "Bireysel Başvuruya Konu Olamayacak İşlem ve Kararlar", ***Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi***, S. 2, 2013, ss. 187-206.

YILDIZ, Abdulkadir, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararlarının Anayasa Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi", ***Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 25, S. 1, 2017, ss. 73-114.

YÜKSEL, Cüneyt, "Uluslararası Karşılaştırmalar Işığında Parlamenterlere Tanınan Güvenceler ve Yasama Dokunulmazlığı Sorununun Değerlendirilmesi", ***İÜHFM***, C. 72, S. 1, 2013 ss. 1291-1312.

YÜKSEL, İsmail, "Türkiye'nin "Anayasal Zorlama" ile Sınanması", ***SDÜHFD***, 2022, C. 12, S. 1, ss. 91-115.

Yargı Kararları

Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi, Ayhan Bilgen Başvurusu, Başvuru Numarası: 2017/5974, Karar Tarihi: 21.12.2017, R.G. Tarih/ Sayı: 01.02.2018/30319, kararlarbilgibankasi. anayasa.gov.tr/BB/2017/5974 (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 1966/7, Karar Sayısı: 1966/46, Karar Tarihi: 19.12.1966, R.G. Tarih/Sayı: 29.1.1968/12812, https://normkararlarbilgibankasi. anayasa.gov.tr/ND/1966/46?EsasNo=1966%2F7, (Erişim Tarihi 05.12.2022).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 1967/22, Karar Sayısı: 1967/22, Karar Tarihi: 02.08.1967, R.G. Tarih/Sayı: 25.10.1967/12734, www.anayasa.gov.tr/media/6817/ 1967-22-nrm.pdf (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 1967/6, Karar Sayısı: 1968/9, Karar Tarihi: 27.02.1968, R.G. Tarih/Sayı: 18.9.1968/13004, https://normkararlarbilgibankasi. anayasa.gov.tr/ND/1968/9?EsasNo=1967%2F6, (Erişim Tarihi 05.12.2022).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 1968/58, Karar Sayısı: 1968/53, Karar Tarihi: 14.11.1968, R.G., Tarih/Sayı: 17.12.1968/13079, https://www.anayasa.gov.tr/ media/6821/1968-53-nrm.pdf (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 1968/69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78-79 ile birleşik, Karar Sayısı: 1969/1, Karar Tarihi: 02.01.1969, R.G. Tarih/Sayı: 10.06.1969/13219, www.anayasa.gov.tr/media/6822/1969-1-nrm.pdf (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 1971/37, Karar Sayısı: 1971/66, Karar Tarihi: 15.07.1971, R.G. Tarih/Sayı: 04.04.1972/14149, www.anayasa.gov.tr/media/6823/1971-66-nrm.pdf (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 1971/41, Karar Sayısı: 1971/67, Karar Tarihi: 17.08.1971 ve 19.08.1971 R.G. Tarih/Sayı 15.01.1792/14073, www.anayasa.gov.tr/media/6824/ 1971-67-nrm.pdf (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 1990/25, Karar Sayısı: 1991/1, Karar Tarihi: 10.01.1991, R.G. Tarih/Sayı: 05.03.1992/21162, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1991/1?EsasNo=1990%2F25 (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 1991/6, Karar Sayısı: 1991/20, Karar Tarihi 03.07.1991, R.G. Tarih/Sayı: 08.03.1992-21165, https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1991/20?EsasNo=1991%2F6 (Erişim Tarihi 05.12.2022).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 1991/6, Karar Tarihi: 1991/20, Karar Tarihi: 03.07.1991, R.G. Tarih/Sayı: 08.03.1992/21165, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1991/20?EsasNo=1991%2F6 (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 1994/18, Karar Sayısı: 1994/37 Karar Tarihi: 21.03.1994, R.G. Tarih/Sayı: R.G.'de yayımlanmamıştır, www.anayasa.gov.tr/ media/6840/1994-37-nrm.pdf (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 1994/37, Karar Sayısı: 1971/66, Karar Tarihi: 15.07.1971, R.G. Tarih/Sayı: 04.04.1972/14149, www.anayasa.gov.tr/media/6823/1971-66-nrm.pdf (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 1994/4, Karar Sayısı: 1994/23, Karar Tarihi: 21.03.1994, R.G. Tarih/Sayı: R.G.'de yayımlanmamıştır, s. 4, www.anayasa.gov.tr/media/6826/1994-23-nrm.pdf (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 1994/6, Karar Sayısı: 1994/25, Karar Tarihi: 21.03.1994, R.G. Tarih-Sayı: R.G.'de yayımlanmamıştır.), www.anayasa.gov.tr/ media/6828/1994-25-nrm.pdf (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 1996/19, Karar Sayısı: 1996/13, Karar Tarihi: 14.05.1996, R.G. Tarih/Sayı: 06.06.1996-22658, https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1996/13?EsasNo=1996%2F19, (Erişim Tarihi 05.12.2022).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 1996/20, Karar Sayısı: 1996/14, Karar Tarihi: 14.05.1996, R.G. Tarih/Sayı: 19.06.1996-22671, https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1996/14?EsasNo=1996%2F20, (Erişim Tarihi 05.12.2022).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 1996/21, Karar Sayısı: 1996/15, Karar Tarihi: 14.05.1996, R.G. Tarih/Sayı: 19.06.1996-22671, https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1996/15?EsasNo=1996%2F21, (Erişim Tarihi 05.12.2022).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 1997/72, Karar Sayısı: 1997/74, Karar Tarihi: 31.12.1997, R.G. Tarih/Sayı: 06.05.1998/23334, www.anayasa.gov.tr/media/6847/1997-74-nrm.pdf, (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 1997/73, Karar Sayısı: 1997/73, Karar Tarihi: 30.12.1997, R.G. Tarih/Sayı: 06.05.1998/23334, https://www.anayasa.gov.tr/ media/6846/1997-73-nrm.pdf (Erişim Tarihi 01.05.2022.).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 1998/38 Karar Sayısı: 1998/50 Karar Tarihi: 31.07.1998, R.G. Tarih/Sayı: 16.03.1999/23641, https://www.anayasa.gov.tr/ media/6848/1998-50-nrm.pdf (Erişim Tarihi 01.05.2022.).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 2011/59, Karar Sayısı: 2012/34, Karar Tarihi: 01.03.2012, R.G. Tarih/Sayı: 02.04.2013/28606 mük. https://normkararlarbilgi bankasi.anayasa.gov.tr/ND/2012/34?EsasNo=2011%2F59 (Erişim Tarihi 11.06.2022).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 2016/54, Karar Sayısı: 2016/117, Karar Tarihi: 03.06.2016, R.G. Tarih/Sayı: 09.06.2016/29737, normkararlarbilgibankasi. anayasa.gov.tr/ND/2016/117?EsasNo=2016%2F54 (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Anayasa Mahkemesi, Esas Sayısı: 2022/27, Karar Sayısı: 2022/23, Karar Tarihi: 22/03/2022, https://www.anayasa.gov.tr/media/8087/2022-23-nrm.pdf, (Erişim Tarihi 25.11.2022)

Anayasa Mahkemesi, Figen Yüksekdağ Şenoğlu Başvurusu (3), Başvuru Numarası: 2021/7181, Karar Tarihi: 13.01.2022, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2021/7181 (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Anayasa Mahkemesi, Figen Yüksekdağ Şenoğlu Başvurusu, Başvuru Numarası: 2016/25187, Karar Tarihi: 04.04.2018, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/25187 (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Anayasa Mahkemesi, Gülser Yıldırım (2) Başvurusu, Başvuru Numarası: 2016/40170, Karar Tarihi: 16.11.2017, R.G. Tarih/Sayı: 21.11.2017/30247, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/40170 (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Anayasa Mahkemesi, İdris Baluken Başvurusu, Başvuru Numarası: 2016/41020, Karar Tarihi: 21.03.2018, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/41020 (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Anayasa Mahkemesi, Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu (2), Başvuru Numarası: 2018/30030, Karar Tarihi: 17.09.2020, R.G. Tarih/Sayı: 09.10.2020/31269, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/30030 (Erişim Tarihi 11.06.2022).

Anayasa Mahkemesi, Kadri Enis Berberoğlu Başvurusu, Başvuru Numarası: 2017/27793, Karar Tarihi: 18.07.2018, R.G. Tarih/Sayı: 02.08.2018/30497, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/27793 (Erişim Tarihi).

Anayasa Mahkemesi, Mustafa Ali Balbay Başvurusu, Başvuru Numarası: 2012/1272, Karar Tarihi: 04.12.2013, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1272 (Erişim Tarihi 11.06.2022).

Anayasa Mahkemesi, Ömer Faruk Gergerlioğlu Başvurusu, Başvuru Numarası: 2019/10634, Karar Tarihi: 01.07.2021, R.G. Tarih/Sayı: 08.07.2021/31535, https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/10634 (Erişim Tarihi 11.06.2022).

Anayasa Mahkemesi, Selahattin Demirtaş Başvurusu (3), Başvuru Numarası: 2017/38610, Karar Tarihi: 09.06.2020, R.G. Tarih/Sayı: 19.06.2020/31160, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/38610 (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Anayasa Mahkemesi, Selahattin Demirtaş Başvurusu, Başvuru Numarası: 2016/25189, Karar Tarihi: 21.12.2017, kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/25189 (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Anayasa Mahkemesi, Selma Irmak Başvurusu, Başvuru Numarası: 2016/32948, Karar Tarihi: 07.03.2018 kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/32948 (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

AİHM, Kerestecioğlu Demir/Türkiye, Başvuru Numarası: 68136/16, Karar Tarihi: 04.05.2021, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-211649%22]} (Erişim Tarihi 10.06.2022).

AİHM, Castells/İspanya, Başvuru Numarası: 11798/85, Karar Tarihi: 23.04.1992, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22castells%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57772%22]}, (Erişim Tarihi 01.05.2022).

AİHM, Kart/Türkiye, Başvuru Numarası: 8917/05, Karar Tarihi: 03.12.2009, hudoc.echr.coe.int/tur#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-96007%22]} (Erişim Tarihi 01.05.2022).

AİHM, A./Birleşik Krallık, Başvuru Numarası: 35373/97, Karar Tarihi: 17.03.2003, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20A.%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM\%22%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-60822%22]} (Erişim Tarihi 12.06.2022).

AİHM, Zollmann/Birleşik Krallık, Başvuru Numarası: 62902/00, Karar Tarihi: 27.11.2003, hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2262902/00%22],%22itemid%22:[%22001-23579%22]} (Erişim Tarihi 01.05.2022).

AİHM, Syngelidis/Yunanistan, Başvuru Numarası: 24895/07, Karar Tarihi: 11.02.2010, hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2224895/07%22],%22itemid%22:[%22001-97271%22]} (Erişim Tarihi 01.05.2022).

AİHM, Cordova/İtalya (No: 1), Başvuru Numarası: 40877/98, Karar Tarihi: 30.01.2003, hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2240877/98%22],%22itemid%22:[%22001-60913%22]} (Erişim Tarihi 01.05.2022).

AİHM, Orio/İtalya, Başvuru Numarası: 73936/01, Karar Tarihi: 03.06.2004, hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-66365%22]} (Erişim Tarihi 01.05.2022).

AİHM, Mathieu-Mohin and Clerfayt/Belçika, Başvuru Numarası: 9267/81, Karar Tarihi: 02.03.1987, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20MATHIEU-MOHIN%20AND%20CLERFAYT%20v.%20BELGIUM\%22%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57536%22]} (Erişim Tarihi 10.06.2022).

AİHM, İncal/Türkiye, Başvuru Numarası: 41/1997/825/1031, Karar Tarihi: 09.06.1998, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20INCAL%20v.%20TURKEY\%22%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-58197%22]} (Erişim Tarihi 01.05.2022).

AİHM, Karacsony ve Diğerleri/Macaristan, Başvuru Numarası: 42461/13, 44357/13, Karar Tarihi: 17.05.2016, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22Karacsony%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-162831%22]} (Erişim Tarihi 01.05.2022).

AİHM, The Sunday Times/Birleşik Krallık, Başvuru Numarası: 6538/74, Karar Tarihi: 26.04.1979, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20THE%20SUNDAY%20TIMES%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20(No.%201)%20(ARTICLE%2050)\%22%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57583%22]} (Erişim Tarihi 01.05.2022).

AİHM, Maestri/İtalya, Başvuru Numarası: 39748/98, Karar Tarihi: 17.02.20014, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22maestri%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-61638%22]} (Erişim Tarihi 01.05.2022).

AİHM, RTBF/Belçika, Başvuru Numarası: 50084/06, Karar Tarihi: 15.09.2011, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22rtbf%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-104265%22]} (Erişim Tarihi 01.05.2022).

AİHM, Sanoma Uitgevers B.V./Hollanda, Başvuru Numarası: 38224/03, Karar Tarihi: 14.09.2010, -hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22Sanoma%20U%C4%B1tgevers%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-100448%22]} (Erişim Tarihi 01.05.2022).

AİHM, Krone Verlag GmbH & Co.KG (No: 2)/Avusturya, Başvuru Numarası: 40284/98, Karar Tarihi: 06.11.2003, -hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22Krone% 20Verlag% 20GmbH%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-108582%22]} (Erişim Tarihi 01.05.2022)

AİHM, Zana/Türkiye, Başvuru Numarası: 69/1996/688/880, Karar Tarihi: 25.11.1997, hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22Zana%22],%22documentcollectionid 2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-58115%22]} (Erişim Tarihi 01.05.2022)

AİHM, Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru Numarası: 5493/72, Karar Tarihi: 07.12.1976, hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22Handyside%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57499%22]} (Erişim Tarihi 01.05.2022).

AİHM, Erbakan/Türkiye, Başvuru Numarası: 59405/00, Karar Tarihi: 06.10.2006, hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-76232%22]} (Erişim Tarihi).

AİHM, Pastörs/Almanya, Başvuru Numarası: 55225/14, Karar Tarihi: 03.10.2019, hudoc.echr.coe.int/tur#{%22tabview%22:[%22document%22],%22itemid%22:[%22001-196148%22]} (Erişim Tarihi 01.05.2022)

AİHM, Jerusalem/Avusturya, Başvuru Numarası: 26958/95, Karar Tarihi: 27.01.2001, hudoc.echr.coe.int/eng#{%22appno%22:[%2226958/95%22],%22itemid%22:[%22001-59220%22]} (Erişim Tarihi 01.05.2022).

AİHM, Hirst/Birleşik Krallık (No. 2), Başvuru Numarası: 74025/01, Karar Tarihi: 06.10.2005, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22hirst%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-70442%22]} (Erişim Tarihi 10.06.2022).

AİHM, Zdanoka/Litvanya, Başvuru Numarası: 58278/00, Karar Tarihi: 16.03.2006, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20ZDANOKA%20v.%20LATVIA\%22%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-72794%22]} (Erişim Tarihi 10.06.2022).

AİHM, Sadak ve Diğerleri/Türkiye (No. 2), Başvuru Numarası: 25144/94, 26149/95, 26150/95, Karar Tarihi: 11.06.2002, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22sadak%20and%20others%20v.%22],%22itemid%22:[%22001-60498%22]} (Erişim Tarihi 10.06.2022).

AİHM, Selahattin Demirtaş/Türkiye (No: 2), Başvuru Numarası: 14305/17, Karar Tarihi: 22.12.2020, hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22\%22CASE%20OF%20SELAHATT%C4%B0N%20DEM%C4%B0RTA%C5%9E%20v.%20TURKEY\%22%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-207173%22]} (Erişim Tarihi 01.05.2022).

AİHM, Ilgar Mammadov/Azerbaycan, Başvuru Numarası: 15172/13, Karar Tarihi: 13.10.2014, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22Ilgar%20Mammadov%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-193543%22]} (Erişim Tarihi 01.05.2022).

AİHM, Merabishvili/Gürcistan, Başvuru Numarası: 72508/13, Karar Tarihi: 28.11.2017, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%22Merabishvili%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-178753%22]} (Erişim Tarihi 01.05.2022).

AİHM, Yüksekdağ Şenoğlu ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru Numarası 14332/17, Karar Tarihi: 08.11.2022, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22figen%2 0y%C3%BCksekda%C4%9F%22],%22documentcollectionid2%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-220958%22]} (Erişim Tarihi 25.11.2022).

Raporlar

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) "CDL-AD(2014)011-e Report on the scope and lifting of parliamentary immunities adopted by the Venice Commission at its 98th plenary session (Venice, 21-22 March 2014)", 714/2013 Sayılı Görüş, Tarih 14.05.2014, www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)011-e (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) "On the Legal Framework Governıng Curfews Adopted by the Venice Commission at its 107th Plenary Session (Venice, 10-11 June 2016)", 842/2016 Sayılı Görüş, Tarih: 13.06.2016, CDL-AD(2016)010, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/ ?pdf=CDL-AD(2016)010-e (Erişim Tarihi: 01.05.2022).

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) "CDL-AD(2016)027-e Turkey - Opinion on the suspension of the second paragraph of Article 83 of the Constitution (parliamentary inviolability), adopted by the Venice Commission at its 108th Plenary Session (Venice, 14-15 October 2016)", 858/2016 Sayılı Görüş, Tarih 14.10.2016, https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)027-e (Erişim Tarihi 01.05.2022).

Türkiye Büyük Millet Meclisi 26. Yasama Dönemi 1. Yasama Yılı Sıra Sayısı 313, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1028) ve Anayasa Komisyonu Raporu, https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss313.pdf (Erişim Tarihi 01.05.2022).

TÜRKİYE CUMHURİYETİ DEVLETİ'NİN KURULUŞ TARİHİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME(*)

Arş. Gör. Cengizhan KIRNIK(**)

Öz

Devletin üç unsuru vardır. Bunlar; ülke, halk ve egemenliktir. Bir devletin kurulmuş sayılabilmesi için de bu üç unsurun aynı anda, bir arada bulunması gerekmektedir. Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş aşamasında bu üç unsurun bir arada bulunduğu zaman dilimi biraz karmaşıktır. Çünkü Türkiye Devleti kuruluş sürecinde topraklarını düşman işgalinden kurtarma çabasındaydı. Ayrıca Osmanlı Devleti'nin halefi olması sebebiyle Türkiye Devleti'nin Osmanlı'dan ayrılışında farklı iddialar ortaya atılmıştır. Yapılan bu çalışmada Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin 29 Ekim 1923'ten önce kurulduğu iddiası, Millî Mücadele sürecinde yeni Türk devletinin kuruluş süreciyle birlikte adım adım incelenerek değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Türkiye Devleti, Kuruluş, Millî Mücadele, Teşkilat-ı Esasiye.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.10.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 25.11.2022.
Atıf Şekli: Cengizhan Kırnık, "Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Kuruluş Tarihi Üzerine Bir Değerlendirme", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 867-900.

(**) Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Ana Bilim Dalı, Sivas, Türkiye.
Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Doktora Öğrencisi, Isparta, Türkiye.
E-posta: ckirnik@cumhuriyet.edu.tr.
Orcid: https://orcid.org/0000-0001-9654-1618.

AN EVALUATION ON THE FOUNDATION OF THE STATE OF THE REPUBLIC OF TURKEY

Abstract

The state has three elements. These; country, people and sovereignty. In order for a state to be considered established, these three elements must coexist at the same time. The time period in which these three elements coexisted during the founding of the Turkish Republic is somewhat complicated. Because the Turkish State was trying to save its lands from enemy occupation during the establishment process. In addition, due to the successor of the Ottoman State, different claims have been put forward in the separation of the Turkish State from the Ottoman Empire. In this study, the claim that the State of the Republic of Turkey was founded before October 29, 1923, was evaluated by examining step by step with the establishment process of the new Turkish state during the National Struggle.

Keywords

State of Turkey, Foundation, National Struggle, Teşkilat-ı Esasiye.

GİRİŞ

Anadolu, I. Dünya Savaşı'nın hemen ardından imzalan Mondros Ateşkes Antlaşması ile yer yer işgal edilmiştir. 16 Mayıs 1919'da Yunan ordusunun İzmir'i işgali toplum nezdinde büyük tepkiyle karşılanmış ve halk, yapılan işgallere karşı başlattığı ayaklanmayı büyük ölçüde arttırmıştır. Yunan ordusunun işgallere devam etmesi üzerine bir de İtilaf devletlerinin 16 Mart 1920'de Osmanlı Devleti'nin başkenti olan İstanbul'u işgal etmesi eklenmiştir. Bu karmaşık ortamda Anadolu'da yeni bir meclis doğmuş, Millî Mücadele'nin seyri değişmiştir. İtilaf devletlerine karşı yapılan mücadelede TBMM yönetiminin galibiyetle ayrılması, Osmanlı Devleti'nin çöküşünü ve yeni Türk Devleti'nin doğuşunu beraberinde getirmiştir. Birbirlerinin halefi olarak kabul edilen bu iki devletin yıkılış ve kuruluş süreci bu karmaşık ortamda gerçekleşmiştir. Kurtuluş Savaşı'nı kazanmış ve Osmanlı Devleti'ni lağvetmiş olan TBMM, Lozan'dan sonra 29 Ekim 1923'te cumhuriyeti ilan etmişti. Bu tarih, günümüzde Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kuruluş tarihi olarak kabul edilmektedir. Ancak 29 Ekim 1923 tarihi Türkiye'nin kuruluş tarihi olarak kabul edilirse "*saltanatın kaldırıldığı tarih olan 1 Kasım 1922 ve Türkiye Cumhuriyeti'nin ilan edildiği tarih olan 29 Ekim 1923 tarihleri arasında Anadolu ve Rumeli'ye hâkim olan bir devlet yok muydu, varsa hangi tarihlerde bu coğrafyaya egemen olmuş ve ne zaman kurulmuştu, saltanat kaldırılmadan önce Anadolu'daki egemenliğin durumu neydi?*" gibi bazı soruların havada kalacağı söylenebilir.

Anadolu ve Rumeli'de yaşanan bu karmaşık ortamda yukarıda zikredilen sorulara cevap aramak ve Türkiye'nin kuruluş tarihini mümkün mertebe belirlemek bu çalışmanın amacını oluşturmaktadır. Çalışma, bu amaca bağlı olarak üç ana başlığa ayrılmıştır. İlk önce devlet kavramı üzerinde durulmuş, devletin kökenine inilmiş, kurulması ve devam etmesi için gereken unsurlar ifade edilerek tanımı yapılmıştır. Bu kısım "Devletin Oluşumu, Unsurları ve Tanınması" başlığı altında değerlendirilmiştir. Daha sonra Millî Mücadele süreci, kongreler döneminden itibaren cumhuriyetin ilanına kadar geçen süreç genel hatlarla bilgi vermek adına bir çerçeve çizilerek anlatılmaya çalışılmıştır ve bu kısım "Millî Mücadele Döneminde Anadolu ve Yeni Meclis" başlığında anlatılmıştır. Son olarak "Yeni Türk Devleti'nin Kuruluş Tarihi" başlığı altında ifade edilen sorulara 29 Ekim 1923 tarihinden itibaren geriye doğru 1 Kasım 1922-29 Ekim 1923 süreci ve Millî Mücadele süreci üzerinden ayrım yapılarak cevap aranmaya çalışılmıştır. Özellikle son başlık altında mümkün mertebe Türkiye Büyük Millet Meclisi Zabıt Ceridelerinden faydalanılarak öne sürülen hususlar net bir şekilde ifade etmeye gayret gösterilmiştir.

Son olarak çalışmanın sonucunda ortaya konan başlıklar kısaca özetlenmiş, yeni Türk Devleti'nin kuruluş tarihine dair öne sürülen iddialar net bir şekilde ifade edilmiştir. İçinde yaşadığımız devletin kuruluşu üzerine net bir belirleme yapmak pek de mümkün olmasa da mevcut çalışmada ifade edilen sorulara ışık tutmaya gayret gösterilmiştir.

I. DEVLETİN OLUŞUMU, UNSURLARI VE TANINMASI

A. Devlet

Günümüzde 'devlet' kavramı, 'millet', 'ülke' ve 'egemenlik' unsurlarından yola çıkılarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda tanımı yapılacak olursa devlet; bir milletin yani insan topluluğunun, bir toprak parçası üzerinde kurmuş olduğu egemenliğin sonucu olarak ortaya çıkan tüzel kişiliktir. Devletin devamlılığı için bu üç unsurun sürekli olarak sağlanması gerektiği gibi birinin ortadan kalkması devletin varlığının son bulması sonucunu doğurur.[1]

Devletin günümüz dünyasına gelene kadar geçirmiş olduğu pek çok süreç vardır. Çünkü devletin ortaya çıkışı ve oluşumu her yerde ve her zaman aynı şekilde olmadığı görülmektedir. Bu bağlamda tarihsel süreç içerisinde devletin kökenleri hakkında farklı görüşler ortaya atılmıştır.

Bu teorilerden ilki aile teorisidir. Aile teorisine göre devletin temeli Âdem ile Havva'nın ailesiyle birlikte atılmıştır. Tevrat'ta geçen ifadeler göre de Beni İsrail Devleti, İsrailoğullarının büyüyüp gelişmesiyle ortaya çıkmıştır. Genel olarak söylenebilir ki aile teorisine göre devlet, ailenin zamanla büyüyüp aile birliklerini oluşturması, aile birliklerinin kabileleri, kabilelerin de boyları oluşturmasıyla ortaya çıkmış bir yapıdır. Bu teoriye genslerden (klan, aile topluluğu) oluşan Roma İmparatorluğu ve oguş (aile), urug (aile birliği), boy, budun (millet) ve en sonunda ili (devlet) meydana getiren eski Türk devletleri örnek gösterilebilir. Aile teorisinin en ünlü temsilcisi olarak 17. yüzyılda yaşamış düşünürlerden olan "Robert Filmer (1610-1674)" bilinmektedir.[2]

---

1 Kemal Gözler, ***Anayasa Hukukunun Genel Esasları***, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2021, s. 132-137. İbrahim Ö. Kaboğlu, ***Anayasa Hukuku Dersleri***, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 61.

2 Hüseyin Nail Kubalı, ***Türk Esas Teşkilat Hukuku Dersleri***, Tan Matbaası, İstanbul, 1960, s. 131-134. Yahya Kazım Zabunoğlu, ***Kamu Hukukuna Giriş***, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973, s. 48-49. Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 143-145.

Biyolojik (organizmacı) teoriye göre devlet, biyolojik bir canlı veya bir organizmadır. Nasıl bir organizmanın hücreleri ve organları varsa devletin de benzer şekillerde hücreleri ve organları vardır. Devlet, bu organların bir arada uyumlu bir şekilde hareket etmesiyle oluşmaktadır. Bir organizmanın doğması, büyümesi, ölmesi gibi devlet de doğar, büyür ve ölür. Kısacası bu görüşe göre doğaya ait kurallar devletin oluşumunu ve devamlılığını belirlemektedir. Biyolojik teorinin en önemli temsilcileri arasında Platon (M.Ö. 427-347), Herbert Spencer (1820-1908) ve kısmen Farabi (870-950) sayılabilir.[3]

İlahi kaynaklı teoriye göre; bir devletin oluşumu ve devamlılığı tanrının iradesine bağlıdır. Devleti yarattıktan sonra tanrı, devleti yönetmek için belirli kişilere yetki vermiştir. İlk ve Orta çağ Avrupası'nda yaygın olarak savunulan bu görüş, Eski Mısır'da görülmektedir. Bu görüşün en önemli temsilcisi arasında da "Thomas Aquinas (1225-1274)" gösterilebilir.[4]

Kuvvet (mücadele) teorisine göre ise devlet; güçlü bir topluluğun zayıf bir topluluğa karşı üstün gelmesi ve birbiri arasındaki mücadeleyle ortaya çıkmış bir yapıdır. Güçlü topluluğun zayıf bir toplumu ezerek ortaya çıkardığı devletin devamlılığı yine güçlülerin zayıf toplumları baskı altına alıp sömürmesiyle sağlanmaktadır. Kurallarda bu sınıfsal mücadelenin devam etmesi üzerine belirlenmektedir. Bu görüşün en önemli temsilcileri arasında İbn Haldun (1332-1406), kısmen Montesquieu (1689-1755), Leon Duguit (1859-1928) ve Franz Oppenheimer (1864-1943) gibi düşünürler sayılabilir. Benzer şekilde devletin oluşumunu üst ve alt sınıflar arasındaki mücadeleye dayandıran Karl Marx'ın "iktisadi teori" kapsamında ayrı bir görüş ortaya atılsa da yine bu kuvvet teorisi çerçevesinde ismi zikredilebilir.[5]

Son olarak sosyal sözleşme teorisine göre devletten önce insanlar tabiat hali olarak adlandırılan bir dönem yaşıyordu. Bu dönemde insanlar doğa kanunlarına göre hayatlarını sürdürüyorlardı. Farklı düşünürlerce farklı sebepler ortaya atılsa da insanlar "sosyal sözleşme" adında bir anlaşma yaptılar. Bu sosyal sözleşmeyle birlikte de devlet ortaya çıkar. Bu görüşün en önemli üç temsilcisi Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) ve Jean-Jacques Ro-

---

3 Kubalı, ***Türk Esas Teşkilat Hukuku Dersleri***, s. 140-145. Zabunoğlu, Kamu Hukukuna Giriş, 59-61. Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 145-146.

4 Zabunoğlu, Kamu Hukukuna Giriş, s. 49-50.

5 Kubalı, Türk Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, s. 134-140. Zabunoğlu, Kamu Hukukuna Giriş, 57-59. Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 146-147. Karl Marx'ın iktisadi (ekonomik) teorisi için ayrıca bkz. Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 148-151.

usseau (1712-1778)'dur. Ancak bu üç düşünür arasında pek çok farklılık bulunmaktadır. Hobbes'a göre "insan insanın kurdudur" (homo homini lupus) ve insanlar tabiat halinde yaşarken birbirleriyle savaş halindedir. Bu durumu engellemek adına insanlar mutlak itaat altına alınmak üzere hak ve yetkilerini "Leviathan" adında bir varlığa devrederler. Böylece devlet ortaya çıkar. Locke'a göre ise tabiat halinde insanlar barış ve uyum içinde yaşamaktadır. Ancak bu dirlik ve düzenin bozulmaması, bozan bir durum oluştuğunda müdahale edebilecek bir güce ihtiyaç duyarlar. Bu sebeple mevcut toplumun haklarını korumayı sürdürmek şartıyla sözleşme yaparlar ve devleti meydana getirirler. Rousseu'nun görüşüne göre ise yine tabiat halinde insanlar barış halinde yaşamaktadır. Özel mülkiyetin ortaya çıkmasıyla birlikte insanlar arasında dirlik ve düzen bozulmaya başlamıştır. İnsanlar arasındaki barışı yeniden sağlamak amacıyla belli bir heyete veya bir gruba bu dirlik ve düzeni şartları sağlamak kaydıyla sosyal sözleşme imzalayarak birtakım yetkiler devretmiş, bu yetkilerin devredilmesiyle birlikte ise devlet ortaya çıkmıştır.[6]

Sonuç olarak devletin kaynağı ve ortaya çıkmasıyla ilgili pek çok görüş öne sürülse de her birinin eleştirilecek noktaları olduğu açıkça görülmektedir. Ancak bu görüşlerin günümüz tartışmalarına ve tanımlamalarına oldukça faydalı olduğu yadsınamamaktadır.

B. Devletin Unsurları

Devletin tanımı yapılırken üç temel unsurun esas alındığı ifade edilmişti. Buna bağlı olarak tekrar ifade edilebilir ki bir devletin kurulması ve devamlılığının sağlanması için millet, ülke ve egemenlik unsurlarının üçünün de sağlanması gerekmektedir. Bir unsurun yokluğu halinde devletin varlığından söz edilememektedir. Buna göre devleti oluşturan unsurlar şu şekilde açıklanabilir.

1. Devletin Millet Unsuru

Devletin kurucu unsurlarından olan milletin yani insan topluluğunun devleti oluşturma bağlamında bir niteliğe sahip olması için belirli şartlar aranmaktadır. Zaman zaman aynı anlamda kullanılsa da her insan topluluğu milleti oluşturmamaktadır. İlk önce bir insan topluluğuna millet denilebilmesi için o toplumun sürekli olarak bir arada bulunması gerekmektedir. Buradaki sürekli olarak ayrılmama durumu bireysel olmaktan ziyade toplumsaldır. Yani kısa ve

[6] Zabunoğlu, Kamu Hukukuna Giriş, s. 51-55. Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, s. 151-154.

geçici süre olarak bir yerde bulunan bir toplum devletin unsurlarından olan milleti oluşturamamaktadır. Dahası o insan topluluğuna millet denmesi için de o toplumun ortak kader birliğine sahip olması gerektiği gibi o milletin devlete karşı nitelikli bir bağa sahip olması gerekmektedir.[7]

İnsan topluluğunun devleti oluşturan millet yapısına sahip olması için belirli sayı sınırlarına da tabii tutulmamıştır. Ayrıca devletle olan bağını koparmadan farklı yerlerde bulunması da bireyi o milletin parçası olmaktan ayırmamaktadır.[8] Kısaca ifade etmek gerekirse belirli bir insan topluluğunun devleti oluşturması için o devlete vatandaşlık bağıyla bağlı olması gerekmektedir.

2. Devletin Ülke Unsuru

Devleti oluşturan unsurlardan ikincisi ülkedir. Yani belirli bir toprak parçasıdır. Devletin ilk unsuru olarak daha önce sayılmış olan insan topluluğunun bir devleti meydana getirebilmesi için bir toprak (kara) parçası üzerinde egemen olması gerekmektedir. Bu toprak parçasının yani ülkenin belirgin sınırları yoktur ve sadece topraktan da oluşmamaktadır. Ülke, kendi içinde nehirleri, gölleri, belirli bir mesafeye kadar denizi yani kara sularını, yer altını ve hava sahasını barındırmaktadır. Bir toprak parçası üzerinde egemen olan insan topluluğu o toprak parçası üzerindeki hakimiyetini geçici olarak kaybetmesi durumunda da devletin varlığı sona erer denmemektedir. Ancak o ülke üzerinde süreklilik arz edecek kadar egemen olması gerekmektedir.[9]

3. Devletin Egemenlik Unsuru

Bir devletin varlığından söz edebilmek için gerekli olan son unsur ise egemenliktir. Egemenlik, başka bir otoriteye bağlı olmaksızın, kurallar koyabilme, değiştirebilme, uygulama ve ortadan kaldırma yetkisini ifade etmektedir.[10] Kı-

---

7 Yusuf Aksar, ***Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 227-228. İlyas Doğan, ***Devletler Hukuku***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 217-218

8 Aksar, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, s. 227-228. Doğan, Devletler Hukuku, s. 219.

9 Aksar, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, s. 228-230. Doğan, Devletler Hukuku, s. 230. Ayrıca bkz. Ali Fuad Başgil, ***Devletin Ülke Unsuru***, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1947.

10 Münci Kapani, ***Politika Bilimine Giriş***, Bilgi Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 49. Melda Sur, ***Uluslararası Hukukun Esasları*****,** Beta Basım, Yayım Dağıtım, İstanbul, 2020, s. 118-119. Server Tanili, ***Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş***, Cem Yayınevi, İstanbul, 1993, s. 14-15. Adil Şahin, "Siyasal Düşünceler Tarihinde "Sınırlı Devlet" Fikrinin Kadimliği ya da Genel Kamu Hukuku Bağlamında İnsan, Özgürlük ve Devlet İktidarı Algısında Evrilme", ***Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD),*** 2011, C. 15, S. 3, s. 319-320.

sacası egemenlik belirli toprak parçası üzerinde yaşayan topluluğun ve toprak parçasının üzerinde söz sahibi olma kudretini ifade etmektedir.

Egemenlik olgusu günümüze kadar pek çok farklı evrelerden geçmiştir. Orta Çağ Avrupası'nda ateşli silahlarının yaygınlaşmasına kadar geçen sürede kralların yetkilerinin Tanrı tarafından verildiği savunulurken Yeni Çağın başlamasıyla bu düşünce değişmeye başlamış, Reform hareketleri ve Fransız ihtilali ile gibi olaylarla birlikte demokrasi ve ulus egemenliği fikirleri doğmuş ve gelişmiştir.[11] Eski Türklerde de benzer şekilde egemenliğin Gök Tanrı tarafından verildiğine inanılıyordu. Bu egemenliğe yani yönetme gücüne "kut" deniliyordu. Kut bir şahıs yerine bir aileye bahşediliyor, hakan öldüğü zaman kut verilen aileden bir kişi yeni hakan olarak kurultay tarafından seçiliyordu.[12]

Orta Çağ Avrupası ve İslamiyet'ten önceki Türklerden farklı olarak egemenlik, İslamiyet'te Allah'a aitti. Ancak Allah, ülkeyi yönetmesi için bir aileye veya bir kişiye egemenlik yetkisi vermemekteydi. Kısacası Allah'ın belirlediği kurallar çerçevesinde hüküm konulabiliyor ve insanın belirlediği kurallar bu çerçevenin sınırlarını geçemiyordu.[13] İslamiyet'i kabul ettikten sonra Türklerde, bu anlayışın en büyük temsilcisi Osmanlı Devleti olmuştur. Osmanlı Devleti'nde de hukuk kuralları İslam hukuku çerçevesinde belirlenmeye ve uygulanmaya çalışılmıştı. Bu durum Osmanlı Devleti'nin çift karakterli bir hukuk sistemine sahip olması sonucunu doğurmuştu. Ülkeye egemen olan padişah Allah'ın belirlediği kurallar olan şeriat yani şer'i hukuk çerçevesinde örfi hukuk kuralları koyabilmişti.[14] Bu kuralları koyma yetkisi de Osmanlı Devleti'nin kurucu boyu olan Kayı'nın beyi Osman Bey'den itibaren Osmanoğulları hanedanındaydı. Bu durumun sebebi ise geleneksel Türk hakimiyeti ve Abbasi halifesinin hükümdarlık alametleri gönderdiği Selçuklu sultanın verdiği yönetme yetkisiyle egemenlik ilk önce Osmanlı hanedanının erkek çocuklarına ait olduğu bir anla-

---

11 Gül Akyılmaz, "Osmanlı Devletinde Egemenlik Kavramının Gelişimi", ***Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SÜHFD)***, C. 7, S. 1-2, s. 130-131. H. Emrah Beriş, "Egemenlik Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Geleceği Üzerine Bir Değerlendirme", ***Ankara Üniversitesi SBF Dergisi***, 2008, C. 63, S. 1, s. 59-60.

12 İbrahim Kafesoğlu, ***Türk Milli Kültürü***, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 1998, s. 248-249. Sadri Maksudi Arsal, ***Türk Tarihi ve Hukuk***, Türk Tarihi Kurumu Yayınları, Ankara, 2020, s. 265-267. Akyılmaz, "Osmanlı Devleti'nde Egemenlik Kavramının Gelişimi", s. 133-135.

13 Cahid Baltacı, ***İslam Medeniyeti Tarihi***, M.Ü. İlâhiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 2010, s. 88-89.

14 Mehmet Akif Aydın, ***Türk Hukuk Tarihi***, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 65-77. Coşkun Üçok - Ahmet Mumcu - Gülnihal Bozkurt, ***Türk Hukuk Tarihi***, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 206-208. Halil Cin - Gül Akyılmaz, ***Türk Hukuk Tarihi***, Sayram Yayınları, Konya, 2021, s. 76-86.

yış benimsenmesiydi.[15] Buna bir de Osmanlı Devleti'nin güçlenmesiyle birlikte Osmanlı padişahının kullanmaya başladığı halifelik makamı eklenmişti. Abbasi halifesinin ölümüyle birlikte de Osmanlı padişahı İslam dünyasının tek halifesi olmuştur. Bu sayede Moğolların Abbasileri ortadan kaldırmasıyla birlikte ayrılan halifelik ve devlet başkanlığı makamları yeniden tek kişide birleşmiştir.[16] Osmanlı'da bu iki makamın ayrılması durumu ise ilk defa Küçük Kaynarca Antlaşmasıyla gerçekleşmiştir. 1774 tarihli Küçük Kaynarca Antlaşması'nda Osmanlı'nın Kırım üzerindeki egemenliğini kaybetmesi ve 1779 Aynalıkavak Tenkihnamesi'nin imzalanmasıyla Osmanlı padişahı, İslam halifesi olarak Kırım'da yaşayan Müslümanlar üzerindeki siyasi yetkisini de kaybetmişti. Yani Osmanlı halifesi de Mısır'daki Abbasi halifeleri gibi Kırım Müslümanları üzerinde manevi yetkilerle sınırlandırılmıştı.[17]

Tanzimat devrinin son dönemlerine kadar Osmanlı hanedanı, Osmanlı ülkesindeki egemenliğini ise çeşitli sallantılar ve sınırlandırmalarla sürdürmeye devam ediyordu.[18] Pek uygulanamamış olsa da bu sınırlandırmanın en belirgin gelişmeleri 1808 tarihli Sened-i İttifak'la başlamıştı. Sultan, ayanların isteği üzerine bir antlaşma yapmış ve padişahın otoritesi, ayanların kendisini tanıdığı ölçüde tanınmıştı. Sened-i İttifak'ın uygulanamadan yürürlükten kaldırılmasının ardından II. Mahmut hukuk reformlarına başlamıştı. II. Mahmut'un ölümünün hemen ardından ilan edilen Tanzimat Fermanı ise Osmanlı padişahının kendi yetkilerini yine kendi iradesiyle sınırlandırdığı ilk belge olmasından ötürü yeni bir döneme kapı açmıştı. Daha sonra bu belgeye 1856 tarihli Islahat Fermanı eklenmişti. Bu dönemin en önemli gelişmesi ise Sultan II. Abdülhamid'in ilan ettiği ve Osmanlı'nın ilk anayasası olma özelliğine sahip olan Kanun-ı Esasi'nin kabulü olmuştur.[19] Padişah yetkilerinin açıkça belirlendiği 1876 Kanun-i Esa-

---

15 Akyılmaz, "Osmanlı Devleti'nde Egemenlik Kavramının Gelişimi", s. 137-139. Fatih Türe, "Türkiye'de Siyasal Egemenlik Kavramının Gelişimi: Osmanlı'dan Cumhuriyete Tarihsel Süreç", ***Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi***, 2005, C. 3, S. 4, s. 30.

16 Azmi Özcan, "Hilafet", ***TDV İslam Ansiklopedisi***, TDV Yayınları, İstanbul, 1998, C. 17, s. 546. Halil İnalcık, "Osmanlı Padişahı"***, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi***, 1958, C. 13, S. 4, s. 68-72.

17 Halil İnalcık, ***Devlet-i Aliyye -I, Klasik Dönem (1302-1606): Siyasal, Kurumsal ve Ekonomik Gelişim***, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2020, s. 144-146. Ekrem Buğra Ekinci, ***Osmanlı Hukuku***, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 232-233. İnalcık, "Osmanlı Padişahı", s. 69-71. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Özcan, "Hilafet", s. 546-552.

18 Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Soysal, ***Türkiye'de İktidarın Sınırlandırılması***, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2020.

19 Roderic H. Davison, ***Osmanlı İmparatorluğu'nda Reform 1856-1876***, Papirüs Yayınevi, İstanbul, 1997, C. 1, s. 35-50. Ali Akyıldız, "Tanzimat", ***TDV İslam Ansiklopedisi***, TDV Yayınları, İstanbul, 2011, C. 40, s. 1-10.

si'sinde padişahın yanına yetkileri oldukça sınırlı parlamento eklenmişti.[20] Merkezi yönetimde seçimle tanışan Osmanlı Devleti'nin bu durumu uzun sürmedi ve ilk Osmanlı meclisi 1878 yılında feshedildi. Osmanlı padişahı II. Abdülhamid, 1908 yılına kadar tek başına egemen oldu.[21] II. Abdülhamid'in Meşrutiyeti yeniden ilan etmesiyle de padişahın tek başına iktidarı sona erdi. İlk olarak merkezi otoriteyi oldukça sağlamış olan II. Abdülhamid tahttan indirildi. Ardından 1909'da Kanun-ı Esasi değişiklikler yapılarak yeniden yürürlüğe girdi ve parlamentonun yetkileri arttırıldı.[22] Ancak bu durum da uzun sürmedi. 1912 yılında iktidarı ele geçiren İttihat ve Terakki Fırkası, 1918'e kadar ülke üzerinde neredeyse mutlak bir otorite kurdu.[23]

C. Devletin Tanınması

Bir devletin tanınması, temel üç unsurunu da sağlamış olan bir tüzel kişiliğin başkaca devletler tarafından varlığının kabul edilmesidir. Devletlerin tanınmasının hukuki niteliği hakkında iki görüş mevcuttur. Bu görüşlerden ilki tanımanın kurucu nitelikte olduğudur. Tanımanın kurucu nitelikte olduğunu savunan görüşe göre bir devletin var olmasında üç temel unsurun yanı sıra tanıma da yer almalıdır. Yani bir devletin kurulması için temel şartlardan biri de o devletin tanınmasıdır. Ancak pek çok yönden eleştirilen bu görüş yerine ikinci görüş daha çok tercih edilmektedir. İkinci görüşe göre bir devletin tanınması açıklayıcı niteliktedir. Yani kurulmuş olan bir devletin varlığı tanımayla da kabul edilmektedir. Açıklayıcı nitelikte kabul edilen tanımada eğer başka devletler bir devletin varlığını tanımamış olduğu takdirde o devlet kurulmamış olmayacaktır. Fakat tanımayan devletler açısından uluslararası arenada herhangi bir hakka ve

---

20 Bülent Tanör, ***Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri***, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2018, 141-145.

21 Stanford J. Shaw - Ezel Kural Shaw, ***Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye***, çev. Mehmet Harmancı, E Yayınları, İstanbul, 2017, C. 2, s. 263-266.

22 Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 175-197. Sina Akşin, "Jön Türkler", ***Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi***, İletişim Yayınları, İstanbul, 1985, C. 3, s. 837-840. Enver Ziya Karal, ***İkinci Meşrutiyet ve Birinci Dünya Savaşı (1908-1918), Osmanlı Tarihi Ansiklopedisi***, TTK Yayınları, Ankara, 1999, C. IX, s. 18-40, 75-108. Ayrıca bkz. İsmail Hakkı Uzunçarşılı, "1908 Yılında İkinci Meşrutiyetin Ne Suretle İlan Edildiğine Dair Vesikalar", ***Belleten***, 1856, C. XX, S. 77-80.

23 Shaw - Shaw, Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye, s. 349. Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 200-201. Tarık Zafer Tunaya, ***Türkiye'de Siyasal Partiler: İttihat ve Terakki; Bir Çağın Bir Kuşağın, Bir Partinin Tarihi***, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1989, C. III, s. 204-205. Bernard Lewis, ***Modern Türkiye'nin Doğuşu***, çev. Metin Kıratlı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1993, s. 244.

imtiyaza da sahip olmayacaktır.[24] Devletlerin tanınması açık (sarih) bir şekilde olabileceği gibi örtülü (zımni) şekilde de olabilir. Açık tanımada devlet, diğer bir devleti tanıdığını resmi kanallarla açık bir şekilde ifade eder. Örtülü (zımni) tanımada ise bir devlet diğer devletle anlaşmalar yapma, ticari faaliyette bulunma, diplomatik ilişki kurma gibi bağlantılar kurarak bu durumu ortaya koyar.[25]

II. MİLLÎ MÜCADELE DÖNEMİNDE ANADOLU VE YENİ MECLİS

A. Millet Meclisinin Ortaya Çıkışı

Osmanlı Devleti'nde İttihat ve Terakki Fırkası'nın siyasi iktidarı yaşandığı sıralarda, 1914 yılında I. Dünya Savaşı patlak verdi ve 1918 yılında biten bu savaştan Osmanlı Devleti yenilgiyle ayrıldı. Savaşın bitmesine yakın bir zamanda Sultan IV. Mehmet Vahidettin tahta geçti. Savaşın yenilgiyle sonuçlanmasının faturası İttihat ve Terakki'ye kesilmesiyle önce Ahmet İzzet Paşa hükümeti kısa süre sonra da Ahmet Tevfik Paşa hükümeti kuruldu.[26] 30 Ekim 1918 yılına gelindiğinde Osmanlı'nın savaştaki yenilgisinin sonucu olarak Mondros Mütarekesi imzalandı. Osmanlı Devleti'nin kendi topraklarındaki siyasi, askeri ve ekonomik egemenliğine büyük set çeken bu anlaşma toplumda sert tepkiyle karşılanmasıyla ülkenin çeşitli yerlerinde örgütlenmeler meydana gelmeye başladı. Bu gelişmelerin sonucu olarak 30 Ekim 1918'den 23 Nisan 1920 I. TBMM'nin açılışına kadar geçen sürede toplanan kongreler nedeniyle bu döneme "Kongreler Dönemi" veya "Kongreler İktidarı" denilmektedir.[27]

Millî Mücadele döneminde gerçekleşen kongreler, toplandıkları coğrafya, ortaya koydukları siyasi ağırlık ve hitap ettikleri nüfus bağlamında dört kısma ayrılmaktadır. Bu ayrımlardan ilki bir kentte veya birkaç kazada yapılan kongre-

---

[24] Enver Bozkurt - Mehmet Akif Kütükçü - Yasin Poyraz, ***Devletler Hukuku***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 101-102. Doğan, Devletler Hukuku, s. 249-250. Devletlerin tanınmasının kurucu ve açıklayıcı olduğuna dair tartışmalar için bkz. Malcolm Shaw, ***Uluslararası Hukuk, çev. İbrahim Kaya***, ***Yücel Acer, Turgut Demirtepe, G. Engin Şimşek***, Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA), Ankara, 2018, s. 316-322.

[25] Bozkurt - Kütükçü - Poyraz, Devletler Hukuku, s. 102. Aksar, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, s. 267-268. Sur, Uluslararası Hukukun Esasları, s. 140.

[26] Yusuf Hikmet Bayur**,** ***Türk İnkılabı Tarihi***, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1991, C. III, K. IV., s. 783-786.

[27] Bülten Tanör, "Millî Mücadele'de Kongreler", ***Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi***, İletişim Yayınları, İstanbul, 1985, C. 4, s. 1137.

lerdir. Bunlar "yerel kongreler" olarak ifade edilmektedir. İkinci olarak mülki coğrafyaya göre vilayetlerde toplanan kongrelerdir. Bunlar da "yöresel kongreler" olarak adlandırılmaktadır. Üçüncü örgütlenme, "bölgesel kongreler"dir. Bu kongreler birkaç vilayetin ve bu vilayetlerdeki cemiyetlerin birleşerek yaptıkları kongreler ve örgütlenmelerdir. Dördünce ve son örgütlenme ise "ulusal örgütlenme veya kongreler"dir. Bu örgütlenmeler ise tüm yurdu kapsayan, tüm yurda hitap eden örgütlenmelerdir. Bu tür kongrenin tek örneği ise Sivas Kongresi'dir.[28]

Sivas Kongresi'nin toplanmasının ilanı 22 Haziran 1919'da 9. Ordu Müfettişi Mustafa Kemal Paşa'nın öncülüğünde Hüseyin Rauf Bey, Refet Paşa, Ali Fuat Paşa, 15. Kolordu Komutanı Kâzım Paşa ve Cemal Paşa gibi isimlerin imzalamasıyla Amasya Genelgesi'nde yapılmıştır. Genelgede ayrıca Erzurum Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti ve Trabzon Muhafaza-i Hukuk-ı Milliye Cemiyeti'nin düzenlediği Erzurum Kongresi'nden bahsedilmektedir.[29]

23 Temmuz 1919 tarihine gelindiğinde Erzurum Kongresi 56 delege ile birlikte açıldı. Başkanlığını Mustafa Kemal Paşa'nın üstlendiği kongre 7 Ağustos 1919 günü sona erdi. Kongrenin kararları bir beyanname ile ilan olundu. Bu kararlar arasında kongreyi gerçekleştiren cemiyetlerin Doğu Anadolu Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti adı altında birleşmesi (md. 9), kongre tarafından bir Heyet-i Temsiliye'nin oluşturulması (md. 10), en önemli maddelerden biri olan Osmanlı Devleti'nin birliği ve bütünlüğünün sağlanması, milli istiklalin yeniden tesis edilmesi, saltanatın ve hilafetin korunması ve bunları korumak için Kuva-yi Milliye'nin güçlendirilmesi, en sonunda "milli iradenin" hâkim kılınması esası kabul edildi (md. 2).[30]

Bu kararlar neticesinde başında Sadrazam Damat Ferit Paşa'nın bulunduğu İstanbul hükümeti, Heyet-i Temsiliye'nin faaliyetlerini engellemek ve Millî Mücadele'yi durdurmak adına bir dizi kararlar almıştı. Bunlar arasında Kuva-yı Milliye'yi dağıtmak, Millî Mücadele'nin telgraflardan faydalanmasını önlemek,

---

28 Tanör, "Millî Mücadele'de Kongreler", s. 1138.

29 M. Tayyib Gökbilgin, ***Millî Mücadele Başlarken: Mondros Mütarekesinden Sivas Kongresine***, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1959, s. 145-148. Ali Fuat Cebesoy, ***Milli Mücadele Hatıraları***, Temel Yayınları, İstanbul, 2010, s. 127-134. Kazım Karabekir, ***İstiklal Harbimiz***, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2010, C. 1, s. 60-62. Rauf Orbay, ***Siyasi Hatıralar***, Örgün Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 304-308.

30 DABOA. BEO. SYS., D. No. 54/2, B. No. 343693. Bülent Tanör, ***Türkiye'de Kongre İktidarları (1918-1920),*** Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 186-187. Cebesoy, Milli Mücadele Hatıraları, s. 178-186. Karabekir, İstiklal Harbimiz, s. 114-118. Orbay, Siyasi Hatıralar, s. 325-331.

soruşturma için heyetler göndermek, 3. Ordu müfettişliği ve askerlikten istifa etmiş olan Mustafa Kemal'i meslekten çıkarmak ve Sivas Kongresi'nin toplanmasını engellemek gibi girişimler mevcuttu.[31]

Nitekim Millî Mücadele'nin durdurulmasına dair bu tür girişimler başarısız olmuş ve Sivas Kongresi 4 Eylül 1919 günü toplanmıştı. Erzurum Kongresi'ne nazaran temsil gücü daha zayıf olan Sivas Kongresi daha genel ve ulusal kararlar almıştı. Bu bağlamda Doğu Anadolu Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti'nin bütün ülkeyi kapsayacak boyuta getirilip Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti adını alarak milletin istikbalinin yine milletin iradesiyle kurtarılmaya çalışıldığı bu dönemde İstanbul hükümetinin millî iradeye bağlı olmasının gerekliliği basın-yayın hayatında etkinliğin arttırılması adına "İrade-i Milliye Gazetesi"nin açılması ve Heyet-i Temsiliye'nin sayısının arttırılması gibi kararlar kongrede alınmış ve Erzurum Kongresi'nde alınan kararların birçoğu Sivas Kongresi'nde de yinelenmiştir.[32]

Sivas Kongresi'nin durdurulamamasının ardından Damat Ferit Paşa görevden alınarak yerine Ali Rıza Paşa getirildi ve bu gelişmeler üzerine Sadrazam Ali Rıza Paşa, Bahriye Nazırı Salih Paşa'yı Mustafa Kemal ve Heyet-i Temsiliye ile görüşmek için Anadolu'ya gönderdi. Amasya'da yapılan görüşmelerde (20-22 Ekim 1919) Osmanlı Meclis-i Mebusanı'nın yeniden toplanması kararı alındı.[33] Mustafa Kemal Paşa'nın Heyet-i Temsiliye'nin merkezini Erzurum'dan Ankara'ya taşıdığı (10 Ocak 1920) sıralarda yapılan yeni seçimlerin ardından Son Osmanlı Mebusan Meclisi de 12 Ocak 1920'de İstanbul'da toplandı ve 28 Ocak 1920'de Osmanlı'nın egemenlik haklarını belirleyen 6 maddelik Misak-ı Milli kararları alındı.[34] 17 Şubat 1920'de kamuoyuna duyurulan Misak-ı Milli kararları itilaf devletlerince olumsuz karşılandı. 16 Mart 1920'de de başkent İstanbul'un fiili olarak işgal edilmesiyle birlikte Osmanlı Mebusan Meclisi dağıtıldı.[35]

---

31 Sina Akşin, ***İstanbul Hükümetleri ve Millî Mücadele: Mutlakıyete Dönüş 1918-1919***, Kültür Yayınları, İstanbul, 2004, C. 1, s. 504-508.

32 Tanör, Türkiye'de Kongre İktidarları (1918-1920), s. 187-192. Cebesoy, Milli Mücadele Hatıraları, s. 219-233. Karabekir, İstiklal Harbimiz, s. 236-246. Orbay, Siyasi Hatıralar, s. 369-373.

33 Görüşmeler neticesinde Mustafa Kemal Paşa'ya rütbe ve nişanları geri verildi ve sadece meslekten istifa ettiği ifade edildi. Ayrıca görüşmelerde farklı kararlar alınsa da pek çoğu gerçekleştirilmedi. Shaw - Shaw, Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye*.*, s. 410-411.

34 Murat Bardakçı, ***Yıkılış ve Kuruluş, Osmanlı İmparatorluğu'nun Çöküş ve Türkiye Cumhuriyeti'nin Kuruluş Belgeleri***, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2018, s. 176-181. Orbay, Siyasi Hatıralar, s. 427-429.

35 Shaw - Shaw, Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye., s. 411-413. Orbay, Siyasi Hatıralar, s. 431-450.

İstanbul'un işgal edilmesinin ardından Heyet-i Temsiliye Başkanı Mustafa Kemal Paşa 19 Mart 1920'de bir seçim genelgesi yayımladı. Bu genelgede ülkede yeni bir seçim yapılması ve bu yeni seçimin usulleri ifade ediliyordu. Genelgeye göre meclis Ankara'da toplanacaktı. Ayrıca ülke 66 seçim bölgesine ayrılacak, her bir bölgeden 5 vekil seçilecekti. Dahası dağıtılan Son Osmanlı Mebusan Meclisi'nin mebusları da meclisin doğal üyesi olacaktı. Ülkenin mevcut olağanüstü durumu gereği ülkenin her yerinde istenildiği gibi bir seçim yapılamasa da meclis, Ankara'da bulunan 115 milletvekili ile birlikte 23 Nisan 1920 tarihinde açıldı.[36]

TBMM'nin[37] açılması ile birlikte Heyet-i Temsiliye işlevini yitirmiş oluyordu. Tüm yurdu temsilen millet meclisinin Heyet-i Temsiliye'nin yerini almasıyla birlikte önce Mustafa Kemal Paşa meclis başkanı seçildi, daha sonra da yedi kişilik Geçici İcra Heyeti kuruldu. Her şubeden belirli sayıda kişilerce oluşturulan Encümen-i Mahsus'un (Layiha Encümenleri) hazırlamış olduğu "*Büyük Millet Meclisi İcra Vekillerinin Sureti İntihabına Dair Kanun*" 2 Mayıs 1920'de Meclis tarafından kabul edildi ve Geçici İcra Heyeti'nin yerini on bir kişilik İcra Vekilleri aldı. Bu vekillerin seçimi meclis içinden yapılacak ve çoğunluk usulüne göre belirlenecekti. 5 Eylül 1920 tarihine gelindiğinde ise meclisin çalışma usulünü belirleyen "*Nisab-ı Müzakere Kanunu*" kabul edildi. Böylece I. TBMM'nin 1921 Anayasasını yapması için gerekli hazırlıklar tamamlanmış oldu.[38]

B. 1921 Teşkilat-I Esasiye Kanunu

22 Ağustos 1920 tarihinde meclisin çalışma prensipleri, niteliği ve oluşumuna dair eksiklerin giderilmesi amacıyla "*Büyük Millet Meclisinin Şekil ve Mahiyetine Dair Mevadd-ı Kanuniye*" başlıklı kanun tasarısı meclisin onayına sunuldu. Ancak reddedildi. Meclisin ve hükümetin çalışma usullerine dair bu eksikliklerin tamamlanamaması gerekçesiyle İcra Vekilleri Heyeti'nin 13 Eylül 1920'de hazırlamış olduğu otuz bir maddelik "*Teşkilat-ı Esasiye Kanunu Layihası*" veya "*Halkçılık Programı*" adlarındaki metin 18 Eylül 1920'de meclis genel

---

[36] İhsan Güneş, ***Birinci TBMM'nin Düşünce Yapısı (1920-1923),*** Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 1997, s. 55-71. Cebesoy, Milli Mücadele Hatıraları, s. 421-422. Kazım Karabekir, ***İstiklal Harbimiz***, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2010, C. 2, s. 733-747. İsmet İnönü, ***Hatıralar***, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1992, C. 1, s. 191-192. Falih Rıfkı Atay, ***Çankaya***, Pozitif Yayınları, İstanbul, 2004, s. 255-268.

[37] Türkiye adının kullanılmasına dair ayrıntılı bilgi için bkz. İhsan Güneş, Birinci TBMM'nin Düşünce Yapısı (1920-1923), s. 71-74.

[38] Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 231-242

kuruluna sunuldu. Daha çok hükümet programı olarak kabul edilmesi istenen bu metin, incelenmek ve gerektiği takdirde yeniden düzenlenmek üzere Encümen-i Mahsus'a gönderildi. 21 Ekim 1920'de çalışmalarını tamamlayan Encümen-i Mahsus, hazırladığı kanun tasarısını meclise sunmadan önce ülkenin olağanüstü şartlarını ve meclisin üzerine düşen sorumlulukları anlatan "Büyük Millet Meclisi Beyannamesi"[39] adındaki bildiriyi yayımladı ve Encümen-i Mahsus'un hazırladığı kanun tasarısı 18 Kasım 1920'de "*Teşkilat-ı Esasiye Kanunu*" adıyla meclis gündemine sunuldu. 2 aylık tartışmaların ardından 23 madde ve 1 ek madde olmak üzere "*Teşkilat-ı Esasiye Kanunu*"[40] 20 Ocak 1920 tarihinde kabul edildi.[41]

Anayasa metnini özetlemek gerekirse; Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir. İdare şekli, halkın geleceğini kendisi ve bilfiil yönetmesi esasına dayalıdır (md. 1). Yasama ve yürütme erkleri milletin yegâne ve gerçek temsilcisi olan Büyük Millet Meclisi'ne aittir (md. 2). Türkiye Devleti, Büyük Millet Meclisi tarafından yönetilir ve hükümeti "Büyük Millet Meclisi Hükümeti" unvanını taşır (md. 3). Büyük Millet Meclisi vilayet halklarınca seçilen üyelerden oluşur (md. 4). Büyük Millet Meclisi seçimleri 2 senede bir yapılır. Seçilen vekiller yeniden seçilebilirler. Eski vekiller yenileri göreve başlayana kadar görevlerini sürdürmeye devam ederler. Yeni seçimlerin yapılması mümkün değilse eski vekiller ancak bir sene daha görev yaparlar. Vekiller sadece seçildikleri vilayetlerin değil, bütün ülkenin temsilcileridirler (md. 5). Büyük Millet Meclisi genel kurulu kasım ayının başında davetsiz toplanır (md. 6). Şer'i hükümlerin uygulanması, kanunların değiştirilmesi, duyurulması, kaldırılması; barış ve savaş karar verme, vatan savunması kararının alınması gibi hukuki esasların tamamı Büyük Millet Meclisine aittir. Kanunların ve nizamların düzenlenmesi zamanın ihtiyaçlarına uygun şekilde fıkıh ve hukuk esas alınarak yapılır. Meclis üyelerinin görev ve yetkileri özel bir kanun ile ayrıca belirlenecektir (md. 7). Büyük Millet Meclisi hükümeti bünyesinde çalışan daireler meclisin seçtiği vekiller aracılığıyla yönetilir. Gerekli gördüğü takdirde vekilleri değiştirebilir veya yönlendirebilir (md. 8). Büyük Millet Meclisi bir seçim dönemi olmak üzere meclis başkanı seçer. Meclis başkanı, meclis adına imza koyma ve Vekiller Heyeti'nin kararlarını onaylama yetkisine sahiptir. İcra Vekilleri Heyeti

---

39 TBMM ZC, 1. Devre, C. 5, s. 414.

40 TBMM ZC, 1. Devre, C. 7, s. 321-339. Düstur, 3. Tertip, C. 1, s. 196-199.

41 İhsan Güneş, "Teşkilati Esasiye Kanunu'nun (1921 Anayasası'nın) Yapılış Süreci", ***Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi***, 2020, C. 20, S. 2, s. 238-244. Tanör, ***Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri***, s. 247-253.

içlerinden birini reis seçebilir. Ancak Büyük Millet Meclisi Başkanı Vekiller Heyeti'nin yine de doğal başkanıdır (md. 9).[42]

Anayasanın bundan sonraki kısımlarında yerel yönetimler, yerel yönetimlerin görev alanları ve idare biçimleri belirlenmiştir. Buna göre; 2. bölüm; "idare", 3. bölüm; "Vilayet", 4. bölüm; "Kaza", 5. bölüm; "Nahiye", 6. Bölüm; "Umumi Müfettişlik" ve ek madde niteliğindeki son bölüm ise "Madde-i Münferide" başlığını taşımaktadır.[43]

Oldukça kısa olan bu anayasa metni çerçeve anayasa niteliğinde olup kapsamında yargılamaya ve temel hak ve hürriyetler barındırmamaktadır. Ancak Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, daha önceleri de dile getirilen hakimiyet-i milliyeyi, "egemenlik kayıtsız şartsız milletindir." diyerek yasalaştırmıştır. Metnin 2. maddesinde yasama ve yürütme kuvvetlerinin TBMM'nin elinde bulunduğu ifade edilmiş, 3. madde ile de "Türkiye Devleti" idaresinin meclise ait olduğu belirtilmişti. 1921 Anayasasında İstanbul'da halen mevcut bulunan padişahın devlet başkanı sıfatını taşıyor olması sebebiyle devlet başkanlığı makamı oluşturmamış olsa da anayasanın 3. maddesinden anlaşılacağı üzere egemenlik, padişah ve Osmanlı hanedanından alınarak halka ve onun temsilcilerinin bulunduğu meclise geçmişti. Daha sonra İstiklal Mahkemeleri'ni de kuracak olan bu meclis, sadece yasama, yürütme erklerini değil yargıyı da elinde bulundurduğunu göstererek "kuvvetler birliği ilkesi"nin ve buna bağlı olarak "meclis hükümeti sistemi"nin benimsemiş olduğunu kabul etmiştir. Bütün bunlardan farklı olarak Anayasa, Kanun-ı Esasi'yi yürürlükten tamamen kaldırmamış, eksik kaldığı konuları Kanun-ı Esasi ile tamamlamıştır.[44]

Anayasanın hukuki niteliğine değinmek gerekirse Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, Kanun-i Esasi ve fermanların aksine meclis eliyle hazırlanmış olması nedeniyle çerçeve niteliğinde de olsa hukukçuların büyük çoğunluğu tarafından bir anayasa metni olarak kabul görmüştür.[45]

---

[42] Taha Parla, ***Türkiye'de Anayasalar***, İletişim Yayınları, İstanbul, 1991, s. 12-16.

[43] Tam metin için ayrıca bkz. Server Tanili, ***Anayasalar ve Siyasal Belgeler,*** Cem Yayınevi, İstanbul, 1976, s. 62-65. Suna Kili - A. Şeref Gözübüyük, ***Türk Anayasa Metinleri "Senedi İttifaktan Günümüze",*** Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1985, s. 91-93.

[44] Güneş, "Teşkilati Esasiye Kanunu'nun (1921 Anayasası'nın) Yapılış Süreci", s. 245-246. Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'na dair ayrıntılı bilgi ve kurucu meclis tartışmaları için ayrıca bkz. Belkıs Konan, "1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu Layihası"***, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2022, C. 71, S. 1.

[45] Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, s. 23-24. Orhan Aldıkaçtı, ***Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası,*** İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982, s. 82-86. Tanör,

C. Millî Mücadele ve Monarşinin Sonu

Anadolu'da yaşanan bu siyasi gelişmelerle birlikte ülkenin her tarafında silahlı mücadele devam ediyordu. Doğuda Kazım Karabekir komutasındaki birlikler Eylül 1920'de Ermenilere karşı saldırıya geçmiş ve kesin zafer kazanmıştı. Doğu cephesinde yaşanan bu gelişmenin sonucu olarak 3 Aralık 1920'de Ermenilerle Gümrü Antlaşması, Moskova'da bulunan Afgan temsilcilerle 1 Mart 1921'de Türk-Afgan Dostluk Antlaşması, Sovyetler Birliği'yle 16 Mart 1921'de Moskova Antlaşması ve 13 Ekim 1921'de Kars Antlaşması imzalanmıştı. Doğu sınırının çizilerek doğu cephesinin kapatıldığı bu antlaşmaların bir diğer önemli sonucu ise Anadolu'da açılan Büyük Millet Meclisi'nin tanınması olmuştur.[46]

1921 Anayasasının onaylandığı tarihlerde de batıda Yunan kuvvetleriyle Türk düzenli orduları arasında yaşanan I. İnönü Muharebesi gerçekleşiyordu. Bu savaştan yaklaşık 2-3 ay sonra ise II. İnönü Muharebesi yaşanmış ve Türk kuvvetleri bu savaşlardan galibiyetle ayrılmıştı. Ancak 10 Temmuz 1921 tarihinde başlayan Kütahya-Eskişehir Muharebesi Türk orduları tarafından yenilgiyle sonuçlanmış ve 19 Temmuz'da Eskişehir kaybedilmişti. Bunun üzerine Meclis Başkanı Mustafa Kemal Paşa'nın isteği üzerine Batı Cephesi Orduları, Sakarya nehrinin doğusuna kadar çekildi. Yunan ordularının Ankara'ya yaklaşması mecliste ve halkta infial yaratmış, meclisin Kayseri'ye taşınması gündeme gelmişti. Ayrıca mecliste Mustafa Kemal Paşa'nın ordunun başına geçmesine dair tartışmalar çıkmaya başlamıştı. Mustafa Kemal Paşa, belli şartlar doğrultusunda ordunun başına geçme teklifini kabul etmişti. Ancak bu şartlar, meclisin tüm yetkilerini elinde bulundurduğu bir başkomutanlık rütbesiydi. Meclisin yetkilerinin kullanılması ve başkomutanlık vekili yerine direkt olarak başkomutanlık rütbesinin verilmesi hususları mecliste oldukça sert tartışmalara sebep olmuştu. Mustafa Kemal Paşa, bu yetkinin 3 aylık sürede olacağını, olağanüstü durumlar yüzünden hızlı kararlar almak gerektiğini ve meclisin isterse bu yetkiyi kaldırma yetkisini elinde bulundurduğunu açıklayarak 5 Ağustos 1921'de Başkomutanlık kanun teklifini kabul ettirmeyi başarmıştı.[47]

Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 252-253. Mümtaz Soysal - Fazıl Sağlam, ***Türkiye'de Anayasalar, Cumhuriyet Dönemi Türkiye Ansiklopedisi***, İletişim Yayınları, İstanbul, 1983, C. 1, s. 22.

[46] Toktamış Ateş, "Milli Mücadele'de Ordu, Savaşlar ve Cepheler", ***Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi***, İletişim Yayınları, İstanbul, 1985, C. 5, s. 1174. Karabekir, İstiklal Harbimiz, s. 986-1008.

[47] Selahattin Tansel, ***Mondros'tan Mudanya'ya Kadar - IV***, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1974, s. 78-107. Fahri Çoker, "Milli Mücadele'de Hukuk Düzeni", ***Tanzimat'tan Cumhuriyet'e***

İlk iş olarak 7-8 Ağustos tarihlerinde 10 maddelik "Tekalif-i Milliye Emirleri" yayımlayan Başkomutan Mustafa Kemal Paşa, yine kendisine verilen yetkiye dayanarak çeşitli illere İstiklal Mahkemeleri kurdurmuş veya bu mahkemelere yeni üye ataması yapmıştır.[48]

Bu süreçlerden sonra 23 Ağustos 1921'de başlayıp 13 Eylül 1921 tarihinde son bulan Sakarya Meydan Muharebesi, Türk kuvvetlerinin galibiyetiyle sonuçlanmıştı. Sakarya Savaşı'ndan sonra Başkomutan Mustafa Kemal Paşa'nın görev süresi 3 aylık aralarla 31 Ekim 1921, 4 Şubat ve 6 Mayıs 1922 tarihlerinde olmak yeniden uzatıldı. 20 Temmuz 1922'de Başkomutanlık kanunundaki meclisin yetkilerine dair olan bölümlerde değişiklikler yapılarak süresiz olarak uzatılması kararlaştırıldı.[49] Bu duruma karşı, meclisteki muhalif kesimin isteği doğrultusunda 8 Temmuz 1922 tarihinde İcra Vekilleri Suret-i İntihabına Dair Kanun'da yapılan değişiklikle İcra Vekilleri Heyeti üyelerinin meclis üyeleri arasından tek tek seçilmesi sistemine yeniden geçilmiştir. Böyle Meclis Başkanı Mustafa Kemal Paşa'nın vekil seçimlerinde aday gösterebilme yetkisi elinden alınmış oldu.[50] Ayrıca Sakarya Meydan Muharebesi'nden galip ayrılmasının sonucu olarak TBMM ile Fransızlar arasında Ankara Antlaşması imzalandı. Bu antlaşma ile Güney cephesi resmen kapatıldı ve TBMM ilk defa batılı bir itilaf devleti tarafından tanındı.[51]

26 Ağustos 1922'de başlayıp 9 Eylül 1922'de İzmir'in Yunan işgalinden kurtarılması ile sona eren Büyük Taarruz'un ardından 11 Ekim 1922 tarihinde TBMM ve İtilaf devletleri arasında Mudanya Mütarekesi imzalanmıştı.[52] Bu antlaşmanın hemen ardından Lozan'da bir barış antlaşması imzalamak üzere İtilaf devletleri hem İstanbul hükümetini hem de Ankara hükümetini konferansa davet etmiştir. 2 yıldır görevde bulunan Sadrazam Tevfik Paşa da TBMM'nin göndereceği hükümetin İstanbul hükümetini kollaması gerektiğine dair bir telgraf göndermişti. Bu gelişmeler üzerine TBMM, "*Osmanlı İmparatorluğu'nun*

Türkiye Ansiklopedisi, İletişim Yayınları, İstanbul, 1985, C. 5, s. 1194. Toktamış Ateş, "Milli Mücadele'de Ordu, Savaşlar ve Cepheler", s. 1173. İnönü, Hatıralar, s. 240-280. Atay, Çankaya, s. 316-325.

48 Çoker, "Milli Mücadele'de Hukuk Düzeni", s. 1194.

49 İhsan Güneş, "***Başkomutanlık Kanunu (5 Ağustos 1921)***", https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/baskomutanlik-kanunu-5-agustos-1921/, (11.08.2021).

50 Soysal, Türkiye'de İktidarın Sınırlandırılması, s. 113-114.

51 Toktamış Ateş, "Milli Mücadele'de Ordu, Savaşlar ve Cepheler", s. 1174-1175.

52 Bardakçı, Yıkılış ve Kuruluş, Osmanlı İmparatorluğu'nun Çöküş ve Türkiye Cumhuriyeti'nin Kuruluş Belgeleri, s. 188. Atay, Çankaya, s. 332-345.

İnkıraz Bulup, TBMM Hükümeti Teşekkül Ettiğine Dair Heyeti Umumiye Kararı"[53] ile 30 Ekim 1922'de Osmanlı Devleti'nin lağvedildiğini ilan etti. Bu karardan 2-3 gün sonra da 1-2 Kasım 1922 tarihlerinde "*TBMM'nin Hukuku Hakimiyet ve Hükümraninin Mümessili Hakikisi Olduğuna Dair Heyeti Umumiye Kararı*"[54] ile de meclis, halifeliği saltanattan ayırarak hilafetin Hanedan-ı Ali Osman'a ait olduğunu ifade etmiş ve saltanatın artık son bulduğunu duyurmuştur.[55]

D. Lozan Barış Antlaşması ve 1923 Değişiklikleri

23 Nisan 1920'de başlayan Osmanlı düzeninden kopuş süreci ve yaşanan tartışmalarda ortaya çıkan ayrılıklar mecliste bölünmelere yol açmıştı. Bu ayrılığın ilk sonucu Mustafa Kemal Paşa tarafından, 10 Mayıs 1921'de "Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Grubu" (Birinci Grup) adıyla bir gurubun kurulması oldu. Mustafa Kemal Paşa'nın kurduğu bu grubun dışında kalan diğer meclis üyeleri ise İkinci Grup adıyla örgütlendiler. Millî Mücadele'de meclisteki gergin ortam, yaşanan sert tartışmalar, Başkomutanlık Kanunu, saltanatın kaldırılması ve Lozan görüşmeleri gibi olaylar sonucunda yorgun olan meclisin artık vaktinin dolduğu, seçimlerin yenilenmesi gerektiği sonucuna varıldı. 1 Nisan 1923'te verilen önergenin meclisin büyük çoğunluğu tarafından kabul edilmesi ile birlikte TBMM seçimlerinin yenilenmesi kararlaştırıldı.[56]

Seçim kararı alındıktan sonra seçim kanunda da birtakım değişiklikler yapıldı. Bu değişiklikler arasında oy verme yaşının 25'ten 18'e indirilmesi, 20.000 erkek nüfusa karşılık bir milletvekili seçilmesi, bir nahiyede her 200 erkek nüfus için 1 ikinci seçmen seçilmesi, milletvekili olabilmek içinse mesleği askerlik olanlar, öğretmenler dışında merkezden atanan tüm memurlar ile hakimler, savcılar ve müftülerin ikinci seçmen seçimine 2 ay kala mesleklerinden ayrılmak

---

[53] "*Osmanlı İmparatorluğunun münkariz olduğuna ve Büyük Millet Meclisi Hükümeti teşekkül ettiğine ve yeni Türkiye Hükümetinin Osmanlı İmparatorluğu yerine kaim olup onun hududu millî dahilinde yeni vârisi olduğuna ve Teşkilâtı Esasiye Kanunu ile hukuku hükümrani milletin nefsine verildiğinden İstanbul'daki padişahlığın madum ve tarihe müntakil bulunduğuna ve İstanbul'da meşru bir hükümet mevcut olmayıp İstanbul ve civarının Büyük Millet Meclisine ait ve binaenaleyh oraların umuru idaresinin de Büyük Millet Meclisi memurlarına tevdi edilmesine ve Türk Hükümetinin hakkı meşruu olan Makamı hilâfeti esir bulunduğu ecnebilerin elinden kurtaracağına karar verildi."* TBMM ZC, 1. Devre, C. 24, s. 311. Düstur, 3. Tertip, C. 3, s. 149. Gözübüyük - Kili, Türk Anayasa Metinleri "Senedi İttifaktan Günümüze", s. 95.

[54] TBMM ZC, 1. Devre, C. 24, s. 328. Düstur, 3. Tertip, C. 3, s. 152.

[55] Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 277-278.

[56] İhsan Güneş, ***Atatürk Dönemi Türkiye'sinde Milletvekili Genel Seçimleri (1919-1935),*** Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017, s. 131-136.

zorunda olmaları kabul edildi. Alınan bu karar 4 Nisan 1923 tarihinde Dahiliye Vekili tarafından tüm illere duyuruldu.[57]

6 Aralık 1922'de Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Grubu'nun Halk Fırkası'na dönüştürüleceğini açıklayan Mustafa Kemal Paşa, 8 Nisan 1923'de seçim beyannamesi yayımladı ve seçimlere gidildi. 28 Haziran 1923'te yapılan seçimlerde Halk Fırkası meclisteki sandalyelerin biri hariç tamamını aldı. Seçimlerden hemen sonra 24 Temmuz 1923'te Lozan Barış Antlaşması imzalandı. 23 Ağustos 1923 tarihli 340, 341, 342 ve 343 sayılı kanunlarla da antlaşma metni mecliste onaylandı.[58] 1 Kasım 1922'den beri devlet başkanı makamının boş kalması sorunu 29 Ekim 1923 tarihli "*Teşkilat-ı Esasiye Kanununun Bazı Mevaddının Tavzihan Tadiline Dair Kanun*"[59] ile yapılan değişikliklerle birlikte ortadan kalktı.

Bu değişikliklere göre; egemenlik, kayıtsız şartsız milletindir. İdare şekli, halkın geleceğini kendisi ve bilfiil yönetmesi esasına dayalıdır. Türkiye Devleti'nin hükümet şekli cumhuriyettir (md. 1). Türkiye Devleti'nin dini İslam'dır. Resmi dili Türkçe'dir (md. 2). Türkiye Devleti, Büyük Millet Meclisi tarafından yönetilir. Meclis, yönetimin belirlediği şubeleri İcra Vekilleri vasıtasıyla idare eder (md. 4). Teşkilat-ı Esasiye'de yapılan değişiklikler "idare" ve "vilayet" bölümlerinde yapılan değişikliklerle son bulmuştur.[60]

29 Ekim 1923'te yapılan bu değişiklikler Türkiye Cumhuriyeti'nin resmen ilanı olarak kabul edilmiştir. Aynı tarihte mecliste yapılan oturumda da Mustafa Kemal Paşa Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk reis-i cumhuru seçilmiştir. Son olarak da 3 Mart 1924'te çıkarılan "*Hilafetin İlgasına ve Hanedanı Osmaninin Türkiye Cumhuriyeti Memaliki Haricine Çıkarılmasına Dair Kanun*"[61] ile de halifelik kurumu meclis tarafından ortadan kaldırılmış ve Osmanlı Hanedanı'nın ülke dışına çıkarılmasına karar verilmiştir.

---

57 Güneş, Atatürk Dönemi Türkiye'sinde Milletvekili Genel Seçimleri (1919-1935) s. 137-138.

58 Lewis, Modern Türkiye'nin Doğuşu, s. 259-260. Çoker, "Milli Mücadele'de Hukuk Düzeni", s. 1195.

59 TBMM ZC, 2. Devre, C. 3, s. 80. Düstur, 3. Tertip, C. 5, s. 158.

60 Kili - Gözübüyük, Türk Anayasa Metinleri "Senedi İttifaktan Günümüze", s. 103.

61 TBMM ZC, 2. Devre, C. 7, s. 19, 29-78. Düstur, 3. Tertip, C. 5, s. 323.

III. YENİ TÜRK DEVLETİ'NİN KURULUŞ TARİHİ

A. Yeni Türk Devleti'nin Kuruluş Tarihi Olarak 1 Kasım 1922-29 Ekim 1923 Süreci

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kuruluş tarihi olarak ifade edilen 29 Ekim 1923, aslında zaten doğmuş olan bir devletin yeni yönetim şeklinin ve hükümet sisteminin belirlenmesi olarak ifade edilebilir. Yeni Türk Devleti'nin bu tarihte kurulmuş olduğuna dair mevcut iddialara ise şu soru yöneltilebilir; Türk Devleti, 29 Ekim 1923 tarihinde kurulduysa saltanatın kaldırılmış olduğu tarih olan 1 Kasım 1922 ila 29 Ekim 1923 arasında Anadolu'da hangi devletin egemenliği tanınmaktaydı ya da herhangi bir devletin egemenliği kabul edilmemekte miydi? Kuruluşu 23 Nisan 1920'de gerçekleşen TBMM'nin bu süreçte Anadolu coğrafyasındaki yönetim mercii olduğu bilinmektedir. Yani bu sebeple sorulara cevaben TBMM egemenliğinde yeni bir Türk Devleti'nin varlığı söz konusu olmaktadır, denilebilir. 1 Kasım 1922-29 Ekim 1923 süreci içerisinde tartışılacak olan konu, bu başlık altında Lozan Antlaşmasının imzalanması ve cumhuriyetin ilanıyla başlayıp saltanatın kaldırıldığı tarih olan 1 Kasım 1922'ye kadar incelenecektir.

1. Lozan Barış Antlaşması

Daha önce de ifade edildiği üzere bir devletin tanınması iki farklı şekilde olmaktadır. Açık tanımada bir devletin veya devletlerin bir başka devleti alenen tanıdığını resmi kanallarca beyan etmesi söz konusuyken örtülü (zimmi) tanımada bir devletin veya devletlerin antlaşmalar yapması, büyükelçilik ataması ya da ticari faaliyet yürütmesi söz konusu olmaktadır. Ayrıca tanımanın bir devletin kuruluşundaki asli unsur olmasından ziyade tanımanın açıklayıcı nitelikte olduğu görüşü genel olarak kabul edilmektedir.

Millî mücadelenin askeri safhasının tamamlanmasından sonra barış görüşmeleri için Ankara ve İstanbul hükümetleri 20 Ekim'de Lozan'a davet edilmişlerdi. Ancak Ankara'nın İstanbul'daki yönetimi artık tanımaması sebebiyle meclis, 1 Kasım 1922'de halifeliği saltanattan ayırarak saltanatı kaldırdı. 6 Kasım'da İstanbul'da duyurulan bu karar neticesinde Sultan Vahidettin 17 Kasım'da İstanbul'dan ayrıldı ve 18 Kasım'da Osmanlı hanedanından Abdülmecit Efendi halife tayin edildi.[62] Böylece barış görüşmelerine de TBMM tek başına katılmış oldu. Yaklaşık iki buçuk aylık bir kesinti yaşanmasına rağmen Lozan

[62] Faruk Alpkaya, ***Türkiye Cumhuriyeti'nin Kuruluşu (1923-1924),*** İletişim Yayınları, İstanbul, 2021, s. 29.

Barış Antlaşması 24 Temmuz 1923'te imzalandı ve 23 Ağustos 1923'te de meclis te kabul edildi.[63] Daha sonra 13 Ekim 1923'te Ankara'nın devlet merkezi olmasına dair Teşkilat-ı Esasiye'ye eklenen maddeyle yeni devletin başkenti "*Türkiye Devleti'nin makarr-ı idaresi Ankara'dır*." denerek ilan edilmiştir.[64]

İngiltere, Fransa, İtalya ve Yunanistan başta olmak üzere imzalanan Lozan Barış Antlaşması'yla -daha önce de verilen bilgilere dayanarak- yeni bir Türk devletinin varlığının zımnen tanındığı söylenebilir. Öyle ki uluslararası bir antlaşmanın temel koşullarından bir tanesi de uluslararası hukuka uygun bir kişiliğe sahip olmaktır. Bu sebeple kısmen halk egemenliğini, ülke (Anadolu) ve millet unsurlarını barındıran bu yeni Türk Devleti'nin bir tüzel kişiliğe kavuşarak kurulduğu söylenebilir. Ancak "Türkiye Devleti 24 Kasım 1923'te Lozan'la kurulmuştur." iddiasının da doğru olmayacağı ifade edilmelidir. Çünkü uluslararası antlaşmaların kurucu değil, açıklayıcı nitelikli olduğu daha önce de ifade edilmiş olmakla birlikte TBMM, bu devletlerle daha önce de antlaşmalar imzaladığı bilinmektedir.

2. Saltanatın Kaldırılması

1 Kasım 1922'de saltanatın kaldırılmasıyla sona eren Osmanlı Devleti'nin ardılı olarak Türkiye Cumhuriyeti'nin varlığı kabul edilmiştir. Ancak 1 Kasım 1922'de Osmanlı Devleti'nin yerini doldurarak 1/2 Kasım'da kurulduğu iddiası ortaya atılacak olursa 1 Kasım 1922'den önce de Anadolu'da egemen olan devletin Osmanlı mı, yeni Türk Devleti mi olduğu, 23 Nisan 1920'den 1 Kasım 1922'ye kadar TBMM'nin Anadolu'yu padişah adına mı yönettiği soruları ortaya çıkmaktadır.

20 Ocak 1920'de ilan edilen Teşkilat-ı Esasiye'nin ilk üç maddesinde; "Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir. İdare şekli, halkın geleceğini kendisi ve bilfiil yönetmesi esasına dayalıdır (md. 1). Yasama ve yürütme erkleri milletin yegâne ve gerçek temsilcisi olan Büyük Millet Meclisi'ne aittir (md. 2). Türkiye Devleti, Büyük Millet Meclisi tarafından yönetilir ve hükümeti Büyük Millet Meclisi Hükümeti unvanını taşır (md. 3)." ifadeleri yer almaktadır. Çıkarılan anayasanın maddelerinde görülüyor ki yönetim yetkisi, yani egemenlik "kayıtsız şartsız" milletinken TBMM halkın adına halkı yönetme hakkına sahiptir. Dahası meclis yasama ve yürütme erklerini bünyesinde topladığı gibi daha sonra kuracağı İstiklal Mahkemeleri de örnek verilerek devletin yargı yetkisini de üzerine

---

[63] Sina Akşin, ***Ana Çizgileriyle Türkiye'nin Yakın Tarihi*,** Yenigün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık, İstanbul, 1997, s. 40-47. Fahri Çoker, Milli Mücadele'de Hukuk Düzeni, s. 1195.

[64] Faruk Alpkaya, Türkiye Cumhuriyeti'nin Kuruluşu (1923-1924), s. 54-55.

almıştır, denebilir. Aynı anayasanın 9. Maddesinde de "Büyük Millet Meclisi bir seçim dönemi olmak üzere meclis başkanı seçer. Meclis başkanı, meclis adına imza koyma ve Vekiller Heyeti'nin kararlarını onaylama yetkisine sahiptir. İcra Vekilleri Heyeti içlerinden birini reis seçebilir. Ancak Büyük Millet Meclisi Başkanı Vekiller Heyeti'nin yine de doğal başkanıdır (md. 9)." ifadeleri yer almıştır. Yani meclis bu kararla devletin şeklinin "meclis hükümeti" olduğunu da ifade ettiği söylenebilir. Son olarak 1876 ve 1908 Kanun-i Esasilerinde Memalik-i Devlet-i Osmaniye ve Devlet-i Osmaniye ibareleri yer alırken 1921 Teşkilat-Esasi'de bunların yerine Türkiye Devleti (Önceleri Devlet-i Aliyye-i Türkiye ibaresi yer alırken daha sonra Türkiye Devleti olarak değiştirilmiştir.) ifadesi yer almıştır.[65]

Görülüyor ki yeni meclis yasama, yürütme ve yargı erklerini bünyesinde barındırdığı halk egemenliğine dayalı yeni bir hükümet kurmuş ve Anadolu'daki egemenliği tek başına elinde bulundurmuştur. Cumhuriyetin ilanına kadar da devletlerle çeşitli antlaşmalar imzalamış, uluslararası görüşmelerde İstanbul hükümetinin varlığına rağmen ayrıca yer almıştır. Bu sebeple Türkiye Devleti'nin 1 Kasım 1922'de Osmanlı Devleti son bulur bulmaz kurulmuş olduğu iddiasının da pek doğru olmayacağı söylenebilir. Ancak meclisin kuruluşuna kadarki süreçte ve kuruluşundaki ilk dönemlerinde Osmanlı padişahından tamamen kopamadığı da ayrıca ifade edilebilir.

B. Millî Mücadele Döneminde Türkiye Devleti

Millî mücadele dönemi yeni Türk Devleti için bir dönüm noktası olmuştur, denilebilir. Çünkü bu dönemde kongreler gerçekleşmiş, yeni meclis açılmış, yeni bir anayasa olan Teşkilat-ı Esasiye ilan edilmiş -ki bu anayasa Türkiye Cumhuriyeti'nin de ilk anayasası olacaktı.- ve savaşlar neticesinde pek çok barış antlaşmasıyla birlikte Mudanya Mütarekesi imzalanmıştı.

1. Büyük Taarruz ve Mudanya Mütarekesi

Tarihte bir devletin egemenliğini kurmasında ve bu egemenliğin tanınmasında savaşların önemli bir yeri vardır.[66] Aynı önemin Türkiye Devleti bağlamında Sakarya Meydan Muharebesi ve Büyük Taarruz savaşları için de var olduğu söylenebilir.

---

[65] Güneş, "Teşkilati Esasiye Kanunu'nun (1921 Anayasası'nın) Yapılış Süreci", s.245-246.

[66] Osmanlı Devleti'nin Bapheus (Koyunhisar) Savaşı sonucunda kurulmasıyla ilgili olarak bkz. İnalcık, Devlet-i Aliyye, Klasik Dönem (1302-1606): Siyasal, Kurumsal ve Ekonomik Gelişim, s. 16-17.

Türk birliklerinin 26 Ağustos 1922 tarihinde başlayıp 9 Eylül 1922'de sona eren Büyük Taarruz'dan zaferle ayrılmasının ardından itilaf devletlerince TBMM hükümeti, mütareke imzalanmak üzere toplantıya çağrılmıştı. TBMM'nin bu daveti kabul etmesi üzerine 3 Ekim 1922'de Bursa'nın Mudanya ilçesinde toplantı başlamıştı. 5 Ekim'de toplantı kesintiye uğrasa da 11 Ekim 1922'de Mudanya Mütarekesi imzalanmış ve Millî Mücadele'nin askeri safhası sona ermişti.[67]

Mudanya Mütarekesi, İngiltere, İtalya, Fransa ve Yunanistan tarafından imzalanmıştı. Özellikle İngiltere ve Yunanistan taraflarınca imzalanan bu antlaşmayla TBMM hükümeti tanınmış, mütarekede ifade edilen sınırlar Osmanlı Devleti'nden ziyade TBMM'nin adı geçerek belirlenmişti. Yine bu mütareke ile kurulacak olan komisyonlarda ya sadece TBMM memurları/subayları ya da itilaf devletleri temsilcileriyle birlikte TBMM'nin görevlendireceği memurlar/subaylar bulunacaktı.[68]

Bu mütareke ile itilaf devletleri TBMM'yi tanımış olmasının yanı sıra TBMM'nin Anadolu ve Rumeli'ndeki egemenliğini de kabul etmiş oluyordu, denebilir. Bu sebepten ötürü Mudanya Mütarekesi'nin imzalanmasıyla Osmanlı Devleti'nin hukuken sona erdiği söylenebilir.

2. Sakarya Meydan Muharebesi

Büyük Taarruz'un kazanılmasından sonraki etkinin Sakarya Meydan Muharebesi'yle de sağlandığı söylenebilir. 22 Ağustos 1921'de başlayan Yunan saldırısı püskürtülmüş ve 13 Eylül 1921'de Sakarya Meydan Muharebesi Türk ordularının kesin zaferiyle sonuçlanmıştı. Bu savaş neticesinde Kars'ta SSCB, Azerbaycan, Ermenistan ve Gürcistan temsilcileriyle 13 Ekim 1921'de Kars Antlaşması, 20 Ekim 1921'de de Fransızlarla Ankara Antlaşması imzalandı.[69] Ankara İtilafnamesi olarak da anılan bu antlaşma ile batılı bir itilaf devleti olan Fransa tarafından TBMM'nin Anadolu'daki egemenliği resmen tanınmış oldu.[70]

---

67 Cezmi Eraslan, "Mudanya Mütarekesi", ***TDV İslam Ansiklopedisi***, TDV Yayınları, Ankara, 2020, s. 355-356.

68 3, 6, 7, 10, 11. maddeler için bkz. TBMM ZC, 1. Devre, C. 23, s. 351.

69 Mahmut Goloğlu, 1921-1922 Cumhuriyete Doğru, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2021, s. 199. Abdullah Özkan (haz.), A'dan Z'ye Kurtuluş Savaşı ve Atatürk Dönemi, Boyut Yayıncılık, İstanbul, 2005, C. 3, s. 720-722.

70 TBMM ZC, 1. Devre, C. 14, s. 24-26.

Yine bu savaşın sonuçlarından biri olan Türkiye-Ukrayna Dostluk Antlaşması 2 Ocak 1922'de imzalanmıştı. Ayrıca İngilizlerle de esirlerin değişimine dair mutabakata varılmıştı.[71] Görülüyor ki Sakarya Meydan Muharebesi'yle birlikte pek çok devlet ve milletle antlaşmalar yapılmış, TBMM'nin egemenliği neredeyse bütün devletlerce kabul edilir hale gelmişti. Bu bağlamda Sakarya Savaşı, Türkiye Devleti egemenliğinin kabul edildiği bir savaş olarak görülebilir.

3. 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun İlan Edilmesi

1921 Anayasası yani 20 Ocak 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu hukuki ve siyasi bağlamda pek çok yenilik gerçekleştirmişti. Bu tarihe kadar çıkarılan kanunlarda Hanedan-ı Saltanat ibaresi geçiyor, devlet adamları da Osmanlı demekten geri durmuyordu. Yani meclis bir Osmanlı meclisiymiş gibi hareket ediyordu.[72] Bu sebeple yeni anayasanın yapım aşamasında ciddi tartışmalara sebep olmuş, buna rağmen 20 Ocak 1921'de Teşkilat-ı Esasiye kabul edilmiş ve 85 sayılı kanun olarak yürürlüğe girmişti. Daha önce de ifade edildiği üzere Teşkilat-ı Esasiye'nin 1. Maddesi "egemenlik kayıtsız şartsız milletindir." ve 3. madde olan "Türkiye Devleti, Büyük Millet Meclisi tarafından yönetilir..." ifadeleri yeni Anayasada yer almıştı. Bu sebeple, 20 Ocak 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunun ilanıyla yeni Türk Devleti'nin hukuken ve fiilen kurulmuş olduğu iddiası ortaya atılabilir.[73]

Bütün bu gelişmelere rağmen TBMM'de bulunan üyelerden bazıları padişaha olan bağlılıklarını ifade etmeye devam etmekte, hatta bazı üyelerce yeni anayasanın bazı maddelerinin değiştirilmesi gerektiğine dair görüşler öne sürmektedirler. Ancak buna karşılık Meclis Başkanı Mustafa Kemal Paşa, padişahın TBMM'yi tüm yetkileriyle tanıması gerektiğini savunuyordu. Bu olduğu takdirde padişahın korunacağı hatta yanına TBMM tarafından görevlendirilen bir kurul göndereceğini ifade ediyordu.[74] Osmanlı-Türkiye ayrımının derinleştiği Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'ndan sonra yaşanacak olan en büyük dönüm noktası, bir nahiyede bulunan vatandaşlara "Osmanlı" tabirinin kullanılıp kullanılmamasına dair olmuştur. 5 Kasım 1921'de mecliste yaşanan tartışma neticesinde artık vatandaş için "Osmanlı" ifadesi kullanılmayacak "Türkiye Büyük Millet Meclisi hükümetine bağlı kişi" tabiri kullanılacaktı.[75]

---

71 Goloğlu, ***1921-1922 Cumhuriyete Doğru***, s. 202-204.

72 Goloğlu, ***1921-1922 Cumhuriyete Doğru***, s. 60.

73 Güneş, "Teşkilati Esasiye Kanunu'nun (1921 Anayasası'nın) Yapılış Süreci", s. 245-246.

74 Goloğlu, ***1921-1922 Cumhuriyete Doğru***, s. 72-76.

75 TBMM ZC, 1. Devre, C. 14, s. 70-72

Mecliste bu tartışmalar yaşanırken 23 Mart - 1 Nisan 1921 tarihleri arasında İkinci İnönü Muharebesi, 10-24 Temmuz 1921 tarihleri arasında da Kütahya-Eskişehir Muharebesi yaşanmaktaydı. Bu savaşlar arasında da yine daha önce ifade edildiği üzere Moskova'da bulunan Afgan temsilcilerle 1 Mart 1921'de Türk-Afgan Dostluk Antlaşması[76], Sovyetler Birliği'yle 16 Mart 1921'de Moskova Antlaşması ve 13 Ekim 1921'de Kars Antlaşması imzalanmıştır. Bu antlaşmaların önemli noktalarından biri de TBMM'yi tanımaları olmuştur. Yine başta çağrılmasa da TBMM Londra Konferansı'na davet edilmiştir. Yine bu sayede TBMM'nin varlığı itilaf devletlerince resmen kabul edilmiştir.[77] Son olarak 5 Ağustos 1921'de mecliste geçen sert tartışmalar neticesinde Mustafa Kemal Paşa'ya Başkomutanlık yetkisi verilmişti. Bu rütbeyle Mustafa Kemal Paşa meclisin yasama, yürütme ve hatta yargı yetkilerini kullanma yetkisine sahip olmuştu. Başkomutanlık yetkisiyle ilgili olarak söylenebilir ki son dönemlerdeki Osmanlı Devleti'nde başkomutanlık yetkisi padişaha ait olduğu için Enver Paşa'ya bile sadece başkomutan vekili rütbesi verilebilmişti.[78] Bu bağlamda "*vekil*" ibaresi kullanılmadan Mustafa Kemal Paşa'ya başkomutanlık rütbesinin verilmesi bu durumun önemini gözler önüne sermiştir.

Tüm bu gelişmeler sonucunda zikredilebilir ki Türkiye Devleti tam manasıyla kuruluş aşamasına 20 Ocak 1921 tarihinde Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ile sağlamıştır. Bu durum, devamında yapılacak olan savaşların neticesinde imzalanan antlaşmalarla birlikte netlik kazanmış, 5 Kasım 1921 tarihindeki mecliste değiştirilen vatandaş tabiriyle zirve noktasına ulaşmıştır.

4. İzmir'in İşgali ve Millet Meclisinin Açılması

I. Dünya Savaşı'nın kaybedilmesi sonucunda imzalanan 30 Ekim 1918 tarihli Mondros Mütarekesi'nin ardından itilaf devletleri, Osmanlı Devleti'nin topraklarını işgal etmeye başlamıştı. Bu işgaller halk nezdinde olumsuz karşılanmış ve İstanbul hükümeti tarafından işgallerin geçici olduğuna dair bildiriler yayımlanmıştı. Ancak İzmir'in 16 Mayıs 1919'da Yunanlılar tarafından işgal edilmesine halkın tepkisi çok büyük olmuş ve Millî Mücadele bu sebeple hız kazanmıştı.

---

[76] Türk-Afgan Dostluk Antlaşması'nda açık bir şekilde her iki devlet de birbirini tanımıştır. Yani bir antlaşmayla yapılan zımni tanımanın ötesinde sarih olarak Afganistan Devleti, Türkiye Devleti'ni tanımıştır. Konuyla ilgili olarak bkz. Bozkurt - Kütükçü - Poyraz, Devletler Hukuku, s. 102. Abdullah Özkan (haz.), ***A'dan Z'ye Kurtuluş Savaşı ve Atatürk Dönemi,*** Boyut Yayıncılık, İstanbul, 2005, C. 1, s. 16.

[77] Abdullah Özkan (haz.), ***A'dan Z'ye Kurtuluş Savaşı ve Atatürk Dönemi***, Boyut Yayıncılık, İstanbul, 2005, C. 2, s. 558.

[78] Özkan (haz.), A'dan Z'ye Kurtuluş Savaşı ve Atatürk Dönemi, s. 172-178.

19 Mayıs 1919 tarihinde Mustafa Kemal Paşa'nın Samsun'a gelmesiyle birlikte Millî Mücadele farklı bir yöne evrilmesi İstanbul hükümeti ile Mustafa Kemal Paşa'nın arasını açacaktır. Bu duruma sebep olan olaylar, daha önce ifade edilen Havza ve Amasya genelgelerinin yayımlanması, Erzurum ve Sivas kongrelerinin yapılmasıydı. Bu süreçte "*Millî iradenin hakim kılınması*" ifadesinden kaçınılmamaktaydı ve Amasya Genelgesi'nde, Erzurum ve Sivas kongrelerinden sonra ilan edilen bildirilerde açık açık yer almaktaydı. Ancak bu süre zarfında Mustafa Kemal Paşa ve kurmayları İstanbul hükümetiyle zıtlaşsa da Osmanlı padişahı VI. Mehmet Vahidettin ile bağı koparmamış, aksine İstanbul hükümetinde gördükleri yanlışları saygıyla padişaha şikâyet etmişti.[79] Sultan Vahidettin'e karşı ifade edilen bu bağlılık İstanbul'un işgal edildikten sonra da başkaca mebuslar tarafından devam etmiştir. Öyle ki TBMM'nin açılmasına dair yaşanan tartışmalarda meclis adının "Meclis-i Mebusan" olmasına dair önerilerde bulunulmuş,[80] hatta meclis açılışında Sinop mebusu Şerif Bey "*Osmanlıların padişahı Sultan Mehmet'in ve payitaht İstanbul'un*" kurtulması için dua ederek konuşmasını tamamlamıştır.[81]

Osmanlı padişahına olan bağlılık, 5 Eylül 1920'de ilan edilen Nisab-ı Müzakere kanununun 1. maddesinde ve bu sürece kadar ki meclis kararlarında açıkça ifade edilmiştir.[82] TBMM'nin kanunlarında, kararlarında ve yemin metninde geçen bu ifadeler sebebiyle Goloğlu, bu meclise Osmanlı meclisi yakıştırması yapmış ve bu döneme de III. Meşrutiyet dönemi demiştir.[83] Ancak Nisab-ı Müzakere Kanunu'ndan sonra "Türkiye" adının kullanılmaya başlandığı görülmektedir. Resmi yazışmalarda sıklıkla Türkiye Büyük Millet Meclisi adı kullanılmaya başlanmış, 2 Aralık 1920'de Ermenilerle imzalanan Gümrü Antlaşması'nın maddelerinde de "Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti" ibaresi yer almıştır. Yine Mustafa Kemal Paşa tara-

---

79 Mustafa Kemal Atatürk, ***Söylev (Nutuk), haz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu***, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1981, C. 3, s. 72-74, 101-103, 124-129, 164, Tanör'e göre mütareke sürecinde Osmanlı topraklarında bir iktidar boşluğu vardır. Yani Osmanlı egemenliği bu coğrafyada artık hissedilmemektedir. O sebeple bu döneme "*kongre iktidarları dönemi*" demektedir. Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 230.

80 Güneş, Birinci TBMM'nin Düşünce Yapısı, s. 71.

81 TBMM ZC, 1. Devre, C. 1, s. 2.

82 "*Büyük Millet Meclisi, hilâfet ve saltanatın, vatan ve milletin istihlâs ve istiklâlinden ibaret olan gayesinin husulüne kadar şeraiti âtiye dairesinde müstemirren inikat eder*." TBMM ZC, 1. Devre, C. 3, s. 555. Rıdvan Akın, ***TBMM Devleti (1920-1923): Birinci Meclis Döneminde Devlet Erkleri ve İdare***, İletişim Yayınları, İstanbul, 2001, s. 206.

83 Mahmut Goloğlu, ***1920 Üçüncü Meşrutiyet: Birinci Büyük Millet Meclisi***, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2021, s. 157-166.

fından hazırlanan Halkçılık Programı'nda bulunan bazı maddelerde Türkiye Büyük Millet Meclisi adı açıkça ifade edilmiştir. Son olarak 20 Ocak 1921'de ilan edilen Teşkilat-ı Esasiye'de "Türkiye" adı açıkça kullanılmıştır. 8 Şubat 1921 tarihinden sonra Mustafa Kemal Paşa da kesintisiz bir şekilde "Türkiye Büyük Millet Meclisi Reisi" unvanını kullanmaya başlamıştır.[84]

İfade edilebilir ki 20 Ocak 1921 tarihine kadar Osmanlı Devleti ve padişahtan keskin bir şekilde ayrılmış bir Anadolu görülmemektedir. Yani İstanbul işgal edilse dahi Osmanlı sultanı Anadolu'daki egemenliğini resmiyette sürdürmüş ve Osmanlı Devleti'nin devamlılığı sağlanmıştır, denilebilir. Hatta bu durum 5 Eylül 1920 tarihli Nisab-ı Müzakere Kanunu'nda da açıkça yer aldığı ifade edilmiştir. Daha sonra ilan edilecek olan Teşkilat- Esasiye Kanunu'nda ise benzer bir ifade yer almadığı gibi Anayasanın 1. ve 3. maddelerinde de egemenliğe dair belirlemeler yapılmış, Osmanlı padişahının kullandığı yasama ve yürütmeye dair bütün yetkilerin TBMM'de bulunduğuna dair ifadeler yer almıştır. Bu bağlamda Türkiye Devleti'nin kuruluşu için en keskin dönemecin Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ile gerçekleşmiş olduğu söylenebilir.

SONUÇ

Devletlerin kurulması ve gelişmesi tarih boyunca her zaman belirli şartlara tabii kılınmıştır. Özellikle devletin kurulması ve var olması için eski zamanlardan günümüze kadar düşünürlerce farklı fikirler ortaya atılmıştır. Bu fikirler doğrultusunda bir devletin kurulması ve devamlılığı için aile teorisi, biyolojik teori, kuvvet teorisi, sözleşmeci teorisi gibi teoriler öne sürülmüştür. Her bir teoride, tutarlı ve tutarsız pek çok nokta bulunmakla birlikte bu teoriler günümüz devlet tanımına ışık tutmuşlardır. Buna bakılarak söylenebilir ki devlet, ülke, halk ve egemenlik üzerine kurulmuş bir tüzel kişilik olarak ortaya çıkmaktadır. Devlet, bu üç unsuru da tamamladıktan sonra o devletin tanınması durumu söz konusu olmaktadır. Bazı hukukçulara göre devletin tanınması devletin kurucu unsurları arasında yer alsa da hukukçuların ekserisi bu tanımayı devlet açısından açıklayıcı nitelikte kabul etmektedir. Yani bir devlet başka devletlerce tanınmadan önce var olmakla birlikte uluslararası arenada yer alabilmek için bu tanımaya ihtiyaç duymaktadır. Tanıma, açık bir şekilde resmi kanallarla ifade edilerek yapılabileceği gibi sözleşmeler, büyükelçilik atanması, karşılıklı ticari faaliyetlerde bulunulması gibi yollarla zımni olarak da yapılabilir.

[84] Güneş, Birinci TBMM'nin Düşünce Yapısı, s. 73-74.

Bu ifadelere bakılarak Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşunun biraz sancılı olduğu söylenebilir. Önce Osmanlı Devleti, I. Dünya Savaşı'na girmiş, ardından Millî Mücadele süreci başlamış ve TBMM açılıncaya kadar Anadolu'da kongreler dönemi yaşanmıştır. TBMM'nin kurulmasıyla birlikte yeni meclis Anadolu'da söz sahibi olmuştur. TBMM, Anadolu'daki egemenliğini kurmaya başlarken Osmanlı padişahı ile de aradaki bağını tamamen koparmamıştır. Çünkü halen pek çok resmî belgede padişahın adı zikredilmiş ve bu 5 Eylül 1920 tarihli Nisab-ı Müzakere Kanunu'nun 1. maddesinde de açıkça görülmüştür. Hatta bu sebeplerden ötürü TBMM'ye Osmanlı meclisi denmiş, hatta meclisin ilk dönemlerini III. Meşrutiyet olarak adlandıranlar olmuştur. Ancak TBMM bu süreçte yasama, yürütme veya yargı erklerinin herhangi bir aşamasında Osmanlı padişahına başvurmamakta, daha doğrusu payitahtın işgal altında olmasından ötürü başvuramamaktadır. Sadece Osmanlı padişahı adını kullanarak kararlar çıkarmaktır. Bu karmaşık durum 20 Ocak 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ile değişmiştir. Çünkü Türkiye Cumhuriyeti'nin ilk anayasası da olan Teşkilat-ı Esasiye'de Türkiye Devleti ifadesi açıkça geçtiği gibi egemenliğin halka ait olduğu, yasama ve yürütmenin TBMM elinde olduğuna dair maddeler yer almıştır. Bu sebeple "Anadolu coğrafyasına Türkiye denmesi sebebiyle Türkiye Devleti ifadesi kullanılmıştır.", iddiaları ortaya atılacak olursa da pek geçerli olmayacaktır. Dahası 5 Kasım 1921'de çıkarılan yeni kanun metniyle de Anadolu coğrafyasında yaşayan halka "Osmanlı" denmesi reddedilerek "Türkiye Büyük Millet Meclisi hükümetine bağlı kişi" denmesi kabul edilmiştir.

Bu süreçte meclis, silahlı mücadelesine devam etmiştir. Doğuda Kazım Karabekir komutasındaki Türk birlikleri Ermenilere karşı zafer kazanmış ve Ermenilerle 3 Aralık 1920'de Gümrü Antlaşması, Afganlarla 1 Mart 1921'de Türk-Afgan Dostluk Antlaşması ve Sovyetler Birliği'yle 16 Mart 1921'de Moskova Antlaşması imzalanmıştır. Bu antlaşmalarla TBMM temsilciliğinde Türkiye Devleti, çeşitli millet ve devletlerce zımni olarak tanınmıştır denilebilir. Hatta Türk-Afgan Dostluk Antlaşmasında bu tanımanın sarih (açık) olarak da yapıldığı söylenebilir. Bu bağlamda tanımaların bir hükümet tanımasından öte olduğu da ifade edilebilir.[85] Yine bu süreçte Anadolu'nun güneyinde Fransızlara karşı ayaklanmalar yaşanmış ve başarıyla sonuçlanmıştır. Batıda ise meclis yeni bir ordu kurarak Yunanlarla I. ve II. İnönü savaşlarını gerçekleştirmiştir. İki savaş arasında TBMM ve İstanbul hükümeti Londra Konferansı'na çağrılmış, ancak TBMM'nin diğer devletlerce de tanınması dışında bir gelişme yaşanmamıştır.

[85] Hükümetlerin tanınması durumu için bkz. Doğan, Devletler Hukuku, s. 252-253.

Daha sonra Kütahya-Eskişehir Savaşı'nda Türk ordusu yenilmiş ve bu savaşın sonucu olarak 5 Ağustos 1921'de Mustafa Kemal Paşa'ya başkomutanlık yetkisi verilmiştir. Bu yetkiyle Mustafa Kemal Paşa yasama, yürütme ve yargı erklerini tek başına elinde bulundurmuştur. TBMM ordularının 22 Ağustos-13 Eylül 1921 tarihleri arasında Sakarya Meydan Muharebesi'nden galip ayrılması batıda büyük yankı uyandırmıştır. SSCB, Azerbaycan, Ermenistan ve Gürcistan temsilcileriyle 13 Ekim 1921'de Kars Antlaşması, 20 Ekim 1921'de Fransızlarla Ankara Antlaşması, Ukrayna ile Türkiye-Ukrayna Dostluk Antlaşması 2 Ocak 1922'de imzalanmıştı. Ayrıca İngilizler ile esir değişimi yapılmıştır. Sakarya Savaşı'yla görülüyor ki TBMM, bir devletin oluşması için gerekli olan halk, toprak parçası ve egemenlik unsurlarını tamamlamış, hatta pek çok devlet de TBMM'nin belirlediği toprak parçası ve halk üzerindeki egemenliğini tanımıştır. Bu sebeple bu savaş da Türkiye Devleti için bir dönüm noktası olmuştur. Son olarak 26 Ağustos-9 Eylül 1922 tarihleri arasında Büyük Taarruz'un sonucu olarak Yunanlar yenilmiş ve 11 Ekim 1922'de Mudanya Mütarekesi İmzalanmıştır. TBMM, İngiltere, Fransa ve İtalya arasında yapılan görüşmede Anadolu'da TBMM'nin söz sahibi olduğu kabul edilmiş ve bu antlaşma Yunan taraflarınca da kabul edilmiştir. Bu mütarekeyle birlikte Osmanlı Devleti hukuken son bulmuştur, denilebilir. Zaten daha sonra TBMM 1/2 Kasım'da çıkardığı kanunla hilafetle saltanatı birbirinden ayırarak Osmanlı Devleti'ne resmen son vermiştir. Yaklaşık bir yıl süren Lozan Görüşmeleriyle Türkiye Devleti dünya devletlerince tanınmıştır. 24 Temmuz 1923 yılında imzalanan Lozan Barış Antlaşması'yla da bu durum tescillenmiş ve 29 Ekim 1923'te cumhuriyetin ilanıyla yeni Türk Devleti'nin yönetim şekli belirlenmiştir.

Sonuç olarak mevcut çalışmada, Türkiye Devleti'nin ne zaman kurulduğu sorusuna cevap verilmeye çalışılmıştır. Yapılan araştırmalar neticesinde 29 Ekim 1923 tarihinde bir yönetim şekli belirlenmiş olduğu sonucuna varılmış ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kuruluş tarihinin Teşkilat-ı Esasi Kanunu'nun ilan tarihi olan 20 Ocak 1921 tarihine kadar götürülmesi gerektiği düşünülmüştür. Bu tarihi vatandaşlığa dair bir düzenleme yapan 5 Kasım 1921 tarihli karar ve 13 Eylül 1921'de zaferle sonuçlanan Sakarya Savaşı takip etmiştir. Yeni Türk Devleti'nin kuruluşu da Mudanya Mütarekesi, saltanatın kaldırılması, Lozan Barış Antlaşması, Ankara'nın başkent oluşu ve 29 Ekim 1923 tarihinde ilan edilen cumhuriyetle tescillenmiştir, denilebilir.

KAYNAKÇA

AKIN, Rıdvan, ***TBMM Devleti (1920-1923): Birinci Meclis Döneminde Devlet Erkleri ve İdare***, İletişim Yayınları, İstanbul, 2001.

AKSAR, Yusuf, ***Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

AKŞİN, Sina, Jön Türkler, ***Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi***, İletişim Yayınları, İstanbul, 1985, C. 3, ss. 832-843.

AKŞİN, Sina, ***Ana Çizgileriyle Türkiye'nin Yakın Tarihi***, Yenigün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık, İstanbul, 1997.

AKŞİN, Sina, ***İstanbul Hükümetleri ve Millî Mücadele: Mutlakıyete Dönüş 1918-1919***, Kültür Yayınları, İstanbul, 2004, C. 1.

AKYILDIZ, Ali, Tanzimat, ***TDV İslam Ansiklopedisi***, TDV Yayınları, İstanbul, 2011, C. 40, ss. 1-10.

AKYILMAZ, Gül, Osmanlı Devletinde Egemenlik Kavramının Gelişimi, ***Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SÜHFD),*** C. 7, S. 1-2, ss. 129-159.

ALDIKAÇTI, Orhan, ***Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası***, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982.

ALPKAYA, Faruk, ***Türkiye Cumhuriyeti'nin Kuruluşu (1923-1924)***, İletişim Yayınları, İstanbul, 2021.

ARSAL, Sadri Maksudi, ***Türk Tarihi ve Hukuk***, Türk Tarihi Kurumu Yayınları, Ankara, 2020.

ATATÜRK, Mustafa Kemal, ***Söylev (Nutuk), haz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu***, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1981, C. 3.

ATAY, Falih Rıfkı, ***Çankaya***, Pozitif Yayınları, İstanbul, 2004.

ATEŞ, Toktamış, Milli Mücadele'de Ordu, Savaşlar ve Cepheler, ***Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi***, İletişim Yayınları, İstanbul, 1985, C. 5, ss. 1168-1175.

AYDIN, Mehmet Akif, ***Türk Hukuk Tarihi***, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.

BALTACI, Cahid, ***İslam Medeniyeti Tarihi***, M.Ü. İlâhiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 2010.

BARDAKÇI, Murat, ***Yıkılış ve Kuruluş, Osmanlı İmparatorluğu'nun Çöküş ve Türkiye Cumhuriyeti'nin Kuruluş Belgeleri***, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2018.

BAŞGİL, Ali Fuad, ***Devletin Ülke Unsuru***, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1947.

BAYUR, Yusuf Hikmet***, Türk İnkılabı Tarihi***, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1991, C. III, K. IV.

BERİŞ, Hamit Emrah, Egemenlik Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Geleceği Üzerine Bir Değerlendirme, ***Ankara Üniversitesi SBF Dergisi***, 2008, C. 63, S. 1, ss. 55-80.

BOZKURT, Enver - KÜTÜKÇÜ, Mehmet Akif - POYRAZ, Yasin, ***Devletler Hukuku***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

CEBESOY, Ali Fuat, ***Milli Mücadele Hatıraları***, Temel Yayınları, İstanbul, 2010.

CİN, Halil - AKYILMAZ, Gül, ***Türk Hukuk Tarihi***, Sayram Yayınları, Konya, 2021.

ÇOKER, Fahri, Milli Mücadele'de Hukuk Düzeni, ***Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi***, İletişim Yayınları, İstanbul, 1985, C. 5, ss. 1193-1195.

DAVİSON, Roderic H., ***Osmanlı İmparatorluğu'nda Reform 1856-1876***, Papirüs Yayınevi, İstanbul, 1997, C. 1.

DEVLET ARŞİVLERİ BAŞKANLIĞI OSMANLI ARŞİVİ

DOĞAN, İlyas, ***Devletler Hukuku***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

DÜSTUR

EKİNCİ, Ekrem Buğra, ***Osmanlı Hukuku***, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2019.

ERASLAN, Cezmi, Mudanya Mütarekesi, ***TDV İslam Ansiklopedisi***, TDV Yayınları, Ankara, 2020, ss. 355-356.

GOLOĞLU, Mahmut, ***1920 Üçüncü Meşrutiyet: Birinci Büyük Millet Meclisi***, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2021.

GOLOĞLU, Mahmut, ***1921-1922 Cumhuriyete Doğru***, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2021.

GÖKBİLGİN, M. Tayyib, ***Millî Mücadele Başlarken: Mondros Mütarekesinden Sivas Kongresine***, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1959.

GÖZLER, Kemal, ***Anayasa Hukukunun Genel Esasları***, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2021.

GÜNEŞ, İhsan, ***Birinci TBMM'nin Düşünce Yapısı (1920-1923),*** Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 1997.

GÜNEŞ, İhsan***, Atatürk Dönemi Türkiye'sinde Milletvekili Genel Seçimleri (1919-1935),*** Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017.

GÜNEŞ, İhsan, ***Teşkilati Esasiye Kanunu'nun (1921 Anayasası'nın) Yapılış Süreci***, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2020, C. 20, S. 2, ss. 233-256.

GÜNEŞ, İhsan "***Başkomutanlık Kanunu (5 Ağustos 1921)",*** https://ataturkansiklopedisi.gov.tr/bilgi/baskomutanlik-kanunu-5-agustos-1921/, (11.08.2021).

İNALCIK, Halil, Osmanlı Padişahı, ***Ankara Üniversitesi SBF Dergisi***, 1958, C. 13, S. 4, ss. 68-79.

İNALCIK, Halil, ***Devlet-i Aliyye -I, Klasik Dönem (1302-1606): Siyasal, Kurumsal ve Ekonomik Gelişim***, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2020.

İNÖNÜ, İsmet, ***Hatıralar***, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1992, C. 1.

KABOĞLU, İbrahim Özden, ***Anayasa Hukuku Dersleri***, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2019.

KAFESOĞLU, İbrahim, ***Türk Milli Kültürü***, Ötüken Neşriyat, İstanbul, 1998.

KAPANİ, Münci, ***Politika Bilimine Giriş***, Bilgi Yayınevi, İstanbul, 2013.

KARABEKİR, Kazım, ***İstiklal Harbimiz***, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2010, C. 1.

KARABEKİR, Kazım, ***İstiklal Harbimiz***, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2010, C. 2.

KARAL, Enver Ziya, ***İkinci Meşrutiyet ve Birinci Dünya Savaşı (1908-1918), Osmanlı Tarihi Ansiklopedisi***, TTK Yayınları, Ankara, 1999, C. IX.

KİLİ, Suna - GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, ***Türk Anayasa Metinleri "Senedi İttifaktan Günümüze"***, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1985.

KONAN, Belkıs, 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu Layihası, ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2022, C. 71, S. 1, s. 437-476.

KUBALI, Hüseyin Nail, ***Türk Esas Teşkilat Hukuku Dersleri***, Tan Matbaası, İstanbul, 1960.

LEWİS, Bernard, ***Modern Türkiye'nin Doğuşu***, çev. Metin Kıratlı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1993.

ORBAY, Rauf, ***Siyasi Hatıralar***, Örgün Yayınevi, İstanbul, 2009.

ÖZCAN, Azmi, Hilafet, ***TDV İslam Ansiklopedisi***, TDV Yayınları, İstanbul, 1998, C. 17, ss. 546-553.

ÖZKAN, Abdullah (haz.), ***A'dan Z'ye Kurtuluş Savaşı ve Atatürk Dönemi***, Boyut Yayıncılık, İstanbul, 2005, C. 1.

ÖZKAN, Abdullah (haz.), ***A'dan Z'ye Kurtuluş Savaşı ve Atatürk Dönemi***, Boyut Yayıncılık, İstanbul, 2005, C. 2.

ÖZKAN, Abdullah (haz.), ***A'dan Z'ye Kurtuluş Savaşı ve Atatürk Dönemi***, Boyut Yayıncılık, İstanbul, 2005, C. 3.

PARLA, Taha, ***Türkiye'de Anayasalar***, İletişim Yayınları, İstanbul, 1991.

SHAW, Malcolm, ***Uluslararası Hukuk, çev. İbrahim Kaya, Yücel Acer, Turgut Demirtepe, G. Engin Şimşek***, Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA), Ankara, 2018.

SHAW, Stanford Jay - SHAW, Ezel Kural, ***Osmanlı İmparatorluğu ve Modern Türkiye***, çev. Mehmet Harmancı, E Yayınları, İstanbul, 2017, C. 2.

SOYSAL, Murat, ***Türkiye'de İktidarın Sınırlandırılması***, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2020.

SOYSAL, Mümtaz - SAĞLAM, Fazıl, ***Türkiye'de Anayasalar***, İletişim Yayınları, İstanbul, 1983, C. 1.

SUR, Melda, ***Uluslararası Hukukun Esasları***, Beta Basım, Yayım Dağıtım, İstanbul, 2020.

ŞAHİN, Adil, Siyasal Düşünceler Tarihinde "Sınırlı Devlet" Fikrinin Kadimliği ya da Genel Kamu Hukuku Bağlamında İnsan, Özgürlük ve Devlet İktidarı Algısında Evrilme, ***Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD),*** 2011, C. 15, S. 3, ss. 311-362.

TANİLİ, Server, ***Anayasalar ve Siyasal Belgeler***, Cem Yayınevi, İstanbul, 1976.

TANİLLİ, Server, ***Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş***, Cem Yayınevi, İstanbul, 1993.

TANÖR, Bülent, Millî Mücadele'de Kongreler, ***Tanzimat'tan Cumhuriyet'e Türkiye Ansiklopedisi***, İletişim Yayınları, İstanbul, 1985, C. 4, ss. 1137-1150.

TANÖR, Bülent, ***Türkiye'de Kongre İktidarları (1918-1920),*** Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2016.

TANÖR, Bülent, ***Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri***, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2018.

TANSEL, Selahattin, ***Mondros'tan Mudanya'ya Kadar - IV***, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1974.

TUNAYA, Tarık, Zafer, ***Türkiye'de Siyasal Partiler: İttihat ve Terakki; Bir Çağın Bir Kuşağın, Bir Partinin Tarihi,*** Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1989, C. III.

TÜRE, Fatih, Türkiye'de Siyasal Egemenlik Kavramının Gelişimi: Osmanlı'dan Cumhuriyete Tarihsel Süreç, ***Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi***, 2005, C. 3, S. 4.

TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ ZABIT CERİDELERİ

UZUNÇARŞILI, İsmail, Hakkı, ***1908 Yılında İkinci Meşrutiyetin Ne Suretle İlan Edildiğine Dair Vesikalar***, Belleten, 1856, C. XX, S. 77-80, ss. 103-174.

ÜÇOK, Coşkun - MUMCU, Ahmet - BOZKURT, Gülnihal, ***Türk Hukuk Tarihi***, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.

ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, ***Kamu Hukukuna Giriş***, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1973.

ÖZEL BELGEDE SAHTECİLİK SUÇU VE BU SUÇ KAPSAMINDA YAZILI TAHLİYE TAAHHÜDÜNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER[*]

Dr. Öğr. Üyesi M. Emre TULAY[**]

Öz

Kiraya veren ile kiracı arasında imzalanan, yasal dayanağı olan ve uygulamada sıklıkla başvurulan yazılı tahliye taahhüdü, kiraya veren bakımından hukuken daha seri ve pratik bir tahliye imkanı sunmaktadır. Özellikle 6098 sayılı TBK'ya eklenen Geçici Madde 1 hükmünde öngörülen ve emredici nitelikteki kira artış oranının tatbikiyle, yazılı tahliye taahhütlerine dayanılarak yürütülen icra takip işlemlerinde ciddi sayısal artış gözlemlenmektedir. Bu somut durum, tahliye taahhütlerinin ceza hukuku boyutuyla ele alınması noktasında bir beklenti doğurmaktadır. Çünkü uygulamada kiraya veren ya da bir başkası, elindeki taahhüde hukuken geçerlilik kazandırmak adına belgedeki tarihleri sonradan doldurmaktadır. Yani kiracı, kısmen boş bir senede imza atmaktadır. Yazılı tahliye taahhüdünde karşılaşılan bu somut durumun cezai sonuçları, 5237 sayılı TCK m. 207'de öngörülen özel belgede sahtecilik suçu altında ve benzer suçlarla karşılaştırılarak analiz edilmelidir. Diğer yandan, sözleşmenin hukuki geçerliliğini etkileyen normların, bu anlamda aile konutuna ilişkin özel düzenlemenin belgede sahtecilik suçu bakımından etkileri de ayrıca ele alınmaya değerdir.

Anahtar Kelimeler

Sahtecilik, Tahliye Taahhüdü, İlgilinin Rızası, Açığa İmza, Aile Konutu.

---

[*] Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 19.12.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 26.12.2022.

Atıf Şekli: M. Emre Tulay, "Özel Belgede Sahtecilik Suçu ve Bu Suç Kapsamında Yazılı Tahliye Taahhüdüne İlişkin Değerlendirmeler", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 901-945.

[**] Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, Isparta, Türkiye.
E-posta: muhammedtulay@sdu.edu.tr.
Orcid: https://orcid.org/0000-0002-7828-8302.

FORGERY OF PRIVATE DOCUMENT AND A REVIEW ABOUT WRITTEN EVACUATION CONSENT IN TERMS OF FORGERY OF PRIVATE DOCUMENT

Abstract

The written evacuation consent signed between the lessor and the lessee, which has a legal basis and is frequently used in practice, offers a more rapid and practical evacuation opportunity for the lessor. Especially with the implementation of the mandatory rent increase rate stipulated in the Turkish Code of Obligations Temporary Article 1, which entered into force for a period of one year on 1.7.2022, a significant increase is observed in the enforcement proceedings based on evacuation consents. This situation creates an expectation that evacuation consents should be handled in terms of criminal law. Because, in order to appear in line with the decisions of the Turkish Supreme Court, the lessor or someone else fills in the dates in the document later in order to give legal validity to the consents they hold. In other words, the lessee signs a partially blank document. The consequences of this situation in terms of criminal law, should be analyzed by comparing it with the crime of forgery in the private documents which stipulated in Article 207 of the Turkish Penal Code and with similar crimes. On the other hand, the effects of the norms that affect the legal validity of the contract, especially the special regulation on family home, in terms of the crime of forgery, are also worth considering.

Keywords

Forgery, Evacuation Consent, Consent of Victim, Signature on Blank Document, Family Home.

GİRİŞ

Özel belgede sahtecilik suçu, 5237 sayılı TCK m. 207'de kamu güvenine karşı suçlar altında öngörülmüştür. Sahtecilik suçu açısından belgenin türü belirleyicidir; çünkü Kanun belgenin resmi ya da özel belge olmasına ceza hukuku bağlamında farklı sonuçlar bağlamıştır. Belgenin özel belge niteliği taşımasında düzenleyenin kamu görevlisi olmasının yanında, TCK m. 210 hükmü de ayrıca dikkate alınmalıdır.

Belgenin özel belge niteliği taşıması durumunda, gerçeğe aykırı şekilde belgenin sadır olması ya da üzerinde değişiklikler yapılması, suçun tipik hareketidir. Ama resmi belgede sahtecilik suçuna kıyasla önemli bir fark olarak, belgenin kullanılması da şarttır. Bu şart, suçun harekete göre tasnifi başta olmak üzere, teşebbüs ve iştirak kurumlarının somut olaya yansımasında da etkilidir.

Özel belgede sahtecilik suçunda mağdur sıfatının kime ait olduğu, ilgilinin rızası üzerine yapılacak analizin de belirleyicisidir. Kusurluluğu etkileyen nedenlerde de, bilhassa zorunluluk hali ve haksız tahrik kurumlarına ayrı bir pencere açılmasında yarar vardır.

Özel belgede sahtecilik suçuna ilişkin yasal koşullar ortaya konduktan sonra, son dönemde artan tahliye taleplerinin sık başvurulan dayanaklarından olan yazılı tahliye taahhüdünü ceza hukuku boyutuyla incelemek gerekir. Bu hukuki analiz, bizi sahtecilik suçu altında bir incelemeye yönlendirmektedir. Bu aşamada, öncelikle ve kısaca yazılı tahliye taahhüdünün yasal şartları belirlenmelidir. Taahhüdün düzenleme ve tahliye tarihlerinin boş olarak imzalatılması yönündeki mutat uygulama, ceza hukukunun ilgi alanına girmektedir. Tarihlerin gerçeğe aykırı şekilde doldurulmasının tipik hareket bakımından karşılığı ve kiracının kısmen boş senede attığı imzanın hukuki etkisi tartışmaya değerdir. Tipik hareketin vasıflandırılmasında, açığa imzanın kötüye kullanılması suçuyla yapılacak karşılaştırma da önemlidir. Ayrıca sahteciliğin ispatı ve olası bir mahkumiyet kararının, senede dayanan tahliye işlemleri üzerindeki etkilerine de kısaca değinmek faydalı olacaktır. Nihayet emredici normlara aykırı biçimde düzenlenen tahliye taahhüdü üzerindeki değişikliklerin kanuni tipte tanımlan şekilde gerçekleştirilmesinin tipiklik içinde ne şekilde değerlendirileceğine yer verilmelidir.

Kaleme alınan çalışmanın ana gayesi, yazılı tahliye taahhüdündeki düzenleme tarihini sonradan ve gerçeğe aykırı şekilde dolduran kişinin cezai sorumluluğunun tespit edilmesidir. Bu gayemize ulaşmak için çalışma, iki ana bölüme ay-

rılmıştır. İlk bölümde, tipikliğe uyan normatif düzenleme, yani özel belgede sahtecilik suçu yapısal unsurlarıyla irdelenmiştir. Bu bağlamda, ilk önce özel belge vasfı, akabinde seçimlik hareketler tanımlanmıştır. Bu suç açısından kastın türü ve hata hali üzerine açıklamalardan sonra, hukuka uygunluk ve kusurluluğu etkileyen nedenlere değinilmiştir. Yapısal incelemenin son ayağında ise, suçun özel görünüş şekli olan teşebbüs, iştirak ve içtima kurumları ele alınmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise, yazılı tahliye taahhüdü üzerindeki değişiklikler sahtecilik suçu altında analiz edilmiştir. Bu bölümde, özel belgede sahtecilik suçuna özgü esaslar ile TCK m. 209'da yer alan açığa imzanın kötüye kullanılması suçu karşılaştırılmak suretiyle değerlendirmelere yer verilmiştir. Ayrıca ispat külfetine ilişkin açıklamalar paylaşılmış, kiralanan taşınmazın aile konutu olmasına ilişkin hüküm ve sonuçlar, sahtecilik suçuna etkisi yönüyle ayrıca ele alınmıştır.

I. ÖZEL BELGEDE SAHTECİLİK SUÇUNUN YASAL ŞARTLARI (TCK m. 207)

A. Genel Açıklamalar

Belgede sahtecilik suçları, Türk Ceza Hukukunda "Kamu Güvenine Karşı Suçlar" adlı bölümde yer almaktadır. Bu suçlarda korunan hukuki değer, kamu güvenidir.[1] Delil araçlarının güvenilirliğinin sarsılması, kanun koyucunun bu tür fiilleri cezai yaptırıma bağlamasının ana gerekçesidir. Bu suçlarda mağdur toplumu oluşturan herkes iken, sahtecilikten dolayı menfaati zedelenen kişi ya da kişiler suçtan zarar görendir.[2]

---

[1] Ahmet Gökcen, ***Belgede Sahtecilik Suçları***, 3. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2013, s. 145; Çetin Arslan - İhsan Baştürk, "Belgede Sahtecilik Suçunun Konusu Olarak Elektronik Ortamdaki Veriler", ***Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2013, C. 8, S. 2, s. 197; Durmuş Tezcan - Mustafa Ruhan Erdem - R.Murat Önok, ***Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku***, 20. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 1054; Handan Yokuş Sevük, ***Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler***, 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, s. 495; Mahmut Koca - İlhan Üzülmez, ***Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler***, 6. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2019, s. 714; M.Emin Artuk vd., ***Ceza Hukuku Özel Hükümler***, 19. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2021, s. 782; Mustafa Özen, ***Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri***, Adalet Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2021, s. 751; Sahir Erman, ***Sahtekârlık Suçları***, Ticari Ceza Hukuku - III, 4. Basısı, İstanbul, 1981, s. 6 (200); Hasan Tahsin Gökcan, "Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 207)", ***Ankara Barosu Dergisi***, 2010, S. 1, s. 210. Hukuki ilişkideki güvenilirliği resmi belgeye kıyasla daha az yoğunlukta ihlal etse de ve özel menfaatlerin korunması daha ön plana çıksa da, bu suçun kamu güvenine kaşı işlendiğini kabul etmek gerekir, bkz. Doğan Soyaslan, ***Ceza Hukuku Özel Hükümler***, Yetkin Yayınları, 12. Baskı, Ankara, 2018, s. 532; Nevzat Toroslu, ***Ceza Hukuku Özel Kısım***, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 244.

[2] Artuk vd., Özel Hükümler, s. 865; Özen, Özel Hükümler, s. 752; Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1054; Handan Yokuş Sevük, "Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 207)", ***Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2019, C. 24, S. 41, s. 232; aynı yazar, Özel Hükümler, s. 495.

Kanun koyucu, TCK m. 204'te "Resmi belgede sahtecilik", TCK m. 207'de ise "Özel belgede sahtecilik" suçlarını düzenlemiştir. TCK m. 204'ün kapsamının tespiti bakımından, resmi belge hükmündeki belgelerin öngörüldüğü TCK m. 210 hükmünü de dikkate almak şarttır. Keza belgede sahteciliğin bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın ispatı ya da gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla icra edilmesi halinde cezada indirim yapılmasını öngören TCK m. 211 hükmü de göz ardı edilmemelidir. Son olarak TCK m. 212'ye göre, sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, mesela sahte belgenin dolandırıcılık suçunda araç kılınması durumunda, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur.

Belgede sahtecilik suçunda "belge" ve belge üzerinde icra edilen eylem, fiili diğer benzer suçlardan ayırma noktasında da son derece önemlidir. Gerçekten ilgili bölümde yer alan suç tipleri, hukuken birbirine son derece yakın görünmektedir. Sahtecilik suçunun anlamlandırılması ve diğer suçlardan farkın ortaya konulması amacıyla ilk etapta şekli olarak belgeden ne anlaşılması gerektiği tespit edilmeli, sonrasında fiile ilişkin hukuki analize yer verilmelidir.

B. Belge Kavramı

1. Belge Kavramına İlişkin Genel Tespitler

TCK m. 207'de öngörülen fiilin konusu özel belgedir ve resmi belge niteliğini haiz olmayan belge, özel belge olarak vasıflandırılır.[3] Ama bundan önce, belge niteliğini haiz şeyi tanımlamak gerekir ve belge, birtakım unsurları taşımak zorundadır.[4] Türk Ceza Hukukunda kabul edilen hakim görüş ve uygulamaya göre belge, birtakım unsurları bünyesinde barındırır.[5]

Belge, evvela *yazılı* olmalıdır.[6] Bu anlamda belgenin maddi-fiziki bir varlık olduğu açıktır. Ancak her maddi vesikanın belge niteliğine büründüğünü söy-

---

[3] Gökcen, Belgede Sahtecilik, s. 106; Artuk vd., Özel Hükümler, s. 767.

[4] Artuk vd., Özel Hükümler, s 765; Erman, Sahtekârlık Suçları, ss. 199 vd.; Gökcen, Belgede Sahtecilik, s. 71; Veli Özer Özbek - Koray Doğan - Pınar Bacaksız, ***Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler***, 17. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 848; Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1055.

[5] Genel olarak bkz. Arslan - Baştürk, "Elektronik Ortamdaki Veriler", s. 200; Gökcan, "Özel Belgede Sahtecilik", ss. 211 vd.; Gökcen, Belgede Sahtecilik, ss. 71 vd.; Soyaslan, Özel Hükümler, ss. 514 vd.; Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1055.

[6] Arslan - Baştürk, "Elektronik Ortamdaki Veriler", s. 201; Artuk vd., Özel Hükümler, s 752; Erman, Sahtekârlık Suçları, s. 199; Gökcan, "Özel Belgede Sahtecilik", s. 211; Gökcen, Belge-

lemek doğru olmayacaktır. Mesela fotoğraf, maddi ve görsel nitelikte olmasına rağmen, bir düşüncenin dışa vurumu mahiyetinde olmadığı için belge olarak kabul edilemez. Harici diske ya da bilgisayar ortamına kayıtlı bilgilerin de belge olmadığı söylenmelidir; ancak bu durumda TCK m. 244/2'de öngörülen fiilin ayrıca değerlendirilmesi gerektiği unutulmamalıdır.[7] Görüldüğü üzere yazılılık koşulu, bir düşüncenin dışa vurumu şeklinde anlaşılmaktadır. Somut olarak yazının neyin üzerinde yer aldığının, hangi dilde kaleme alındığının ise belge niteliği bakımından bir etkisi yoktur.[8] Elektronik ortamda oluşturulan, işlenen veya saklanan veri ise yazılı olmasına karşın maddi-fiziki bir evrak olmadığından senet olarak değerlendirilemez ve haliyle bu veriler üzerinde icra edilen gerçeğe aykırı düzenleme ya da değişiklikler sahtecilik fiili altında görülemez.[9]

Belgeyi düzenleyen kişi ya da kişiler *belirli veya belirlenebilir olmalı*dır.[10] Bu bağlamda anonim belgeler, belge niteliğinde değildir.[11] Sözleşmenin geçerlilik şartı olup olmadığı meselesinden ayrı tutularak imza, belgenin kimden sadır olduğu noktasında belirleme aracıdır.

Yazılılık ve imza, özel hukuk bakımından ayrı bir anlam taşır. Nitekim 6098 sayılı TBK m. 14'te "*Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur. Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer*" şeklinde düzenlemeyle

---

de Sahtecilik, s. 75; Özbek-Doğan-Bacaksız, Özel Hükümler, s. 847; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 514; Yokuş Sevük, "Sahtecilik", s. 234; Fahri Gökçen Taner, "Özel Belgelerde Sahtecilik Suçları Bağlamında Maddi Hasarlı Trafik Kazası Tespit Tutanakları (Kağıt ve Elektronik) ve Ortaya Çıkan Sorunlar", ***Ceza Hukuku Dergisi***, 2017, C. 12, S. 35, s. 120; Kubilay Taşdemir, ***Belgelerde Sahtecilik Suçları***, Ankara, 2013, s. 21.

7 *Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme* başlıklı TCK m. 244/2: "*Bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*". Yine e-imza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 16'da, e-imzanın yetkilendirme aracı niteliğindeki elektronik sertifikalarda sahtekarlık ise aynı kanunun 17. maddesinde suç olarak tanımlanmış ve cezai yaptırıma bağlanmıştır.

8 Taner, "Özel Belgelerde Sahtecilik", s. 124; Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1056.

9 Arslan - Baştürk, "Elektronik Ortamdaki Veriler", ss. 207 vd.; Gökcan, "Özel Belgede Sahtecilik", s. 212.

10 Arslan - Baştürk, "Elektronik Ortamdaki Veriler", s. 201; Artuk vd., Özel Hükümler, s 759; Gökcan, "Özel Belgede Sahtecilik", s. 216; Gökcen, Belgede Sahtecilik, s. 88; Özbek-Doğan-Bacaksız, Özel Hükümler, s. 851; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 515.

11 Artuk vd., Özel Hükümler, s 759; Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1056.

karşılaşılmaktadır. Sözleşmenin yazılı olmasının geçerlilik şartı niteliğini haiz olduğu durumlarda bu koşul yalnızca imzayla sağlanabilir. İmzadan ne anlaşılması gerektiği yönünde ise TBK m. 15 hükmü yol göstericidir. Buna göre; "*İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur. İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılır*". Böylece *e-imza* olarak adlandırılan elektronik imza da, ıslak imzayla eşdeğer tutulmuştur.[12] Nihayet -kambiyo senetlerine ilişkin hükümler saklı tutularak- "*İmza atamayanlar, imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla, parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabilirler*" şeklindeki TCK m. 16 hükmü de burada dikkat çekicidir. O halde, hukuken yazılı şekil şartına bağlanmış durumlarda imza eksik ise sahtecilik suçunun konusunun yokluğuna işaret edilmelidir.[13]

Belgeye ilişkin bir diğer şart, belgenin *belli bir içeriğe sahip olması*dır.[14] Yukarıda da değindiğimiz üzere belge, bir irade açıklaması içerir. Maddi bir varlığa sahip olmasına rağmen iradenin dışa vurumu şeklinde anlaşılamayan vesikalar artık belge niteliğinden yoksundur. Mesela, bir başkasına ait ve imza yerine geçmeyen parmak izinin bulunduğu belgenin tahrif edilmesinde artık belge söz konusu olmadığı için sahtecilik suçundan da bahsedilemeyecektir.[15] Ürünün kendisi tipik bir irade açıklamasını yansıtmasa da imzayla tamamlanmış vesikalar için de artık iradeye bağlı şekilde ve yazılılık esaslarına göre değerlendirme yapılması tabiidir. Mesela; bir portre, doğa resmi içerikli tablo tek başına yazılılık esasını taşımaktan uzaktır. Ancak tablonun/resmin imza ile kişiselleştirilmesi durumunda, imza veya içeriğe yönelik fiillerin sahtecilik kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

---

[12] Bu hususta 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 5 önemlidir: "*Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukukî sonucu doğurur. Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile banka teminat mektupları ve Türkiye'de yerleşik sigorta şirketleri tarafından düzenlenen kefalet senetleri dışındaki teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez*".

[13] İmzanın kimden sadır olduğunun anlaşılamadığı durumlarda ise konu yokluğundan bahsedilemeyecek ve diğer şartlar sağlanmak kaydıyla tipik hareketin varlığı kabul edilecektir, bkz. Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1057.

[14] Artuk vd., Özel Hükümler, s 757; Gökcen, Belgede Sahtecilik, s. 83; Taşdemir, Belgelerde Sahtecilik, s. 29.

[15] Bu gibi hallerde tipik harekete uyan başka suçlar düşünülebilir; mesela suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme suçu gibi (TCK m. 281), ayrıca bkz. Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1057.

Doktrinde, *suretin belge niteliğini haiz olmadığı* ve haliyle suret üzerindeki değişikliklerin sahtecilik suçunu oluşturmayacağı kabul edilmektedir.[16] "Suret belge", hukuki sonuç doğurmaya elverişli ve aslı gibi muamele gören belge iken (noter ya da yetkili makam tarafından onanmış mezuniyet belgesi gibi), örnek nüshadan ibaret suretin hukuken bir etkisi olmadığı söylenmelidir.[17] Nitekim Yargıtay, istikrar kazandığı gözlemlenen kararlarında, örnek nüsha mahiyetindeki sureti "*hukuki sonuç doğurmaya elverişli nitelikte olmadığı ve aldatıcılık yeteneğinin bulunmadığı*" şeklinde değerlendirmektedir.[18]

Belgeye ilişkin bir başka önemli husus, *faydasız sahtecilik* diye adlandırılan durumun sahteciliğin dışında görülmesidir. Buna göre; objektif olarak belge ve sahteciliğin şartları oluşsa dahi, belge üzerindeki sahteciliğe başvurulmadan da aynı hukuki sonuçlara erişmek mümkünse artık sahteciliğin oluşmadığı kabul edilmektedir. Emsal olayda Yargıtay, henüz ruhsat alamayan ve avukat sıfatını kazanamayan stajyerin, Avukatlık Kanununa dayanarak yetki belgesi çıkardığı, icra takip işlemlerini yaptığı, asliye hukuk mahkemesindeki duruşmaya davalı vekili sıfatıyla katıldığı olayda; icra takip işlemlerinin stajyer avukat tarafından da yürütülebileceği, asliye hukuk mahkemesindeki duruşma bakımından ise davacı tarafın davaya katılmasının davanın devamı yönünde belirleyici olduğundan bahisle faydasız sahteciliği tespit etmiş ve tipik hareketi reddetmiştir.[19] Kanaatimizce, sahte belgenin kullanılmasının hukuken bir fayda/sonuç doğurmaya elverişli olmasının aranmasıyla tipiklik içinde bir değerlendirme yapılması ve faydasız sahteciliğin cezasız kalması karşısında suç[20], somut tehlike suçu olarak vasıflandırılmalıdır.[21]

---

16 Bkz. Artuk vd., Özel Hükümler, ss. 756 vd.; Gökcen, Belgede Sahtecilik, s. 80; Özbek-Doğan-Bacaksız, Özel Hükümler, s. 857; Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1059; Yokuş Sevük, "Sahtecilik", s. 235.

17 Gerçekten onaysız suretin garanti ve ispat fonksiyonu olmadığından belge niteliğinden de bahsedilemeyecektir, bkz. Özbek-Doğan-Bacaksız, Özel Hükümler, s. 857.

18 Örnek olarak bkz. Yargıtay 21. Ceza Dairesinin 11.1.2017 tarihli ve E. 2015/8988 K. 2017/104 sayılı kararı; 21. Ceza Dairesinin 9.6.2015 tarihli ve E. 2015/1124 K. 2015/1792 sayılı kararı. 765 sayılı TCK dönemi için doktrinde Erman, iğfal kabiliyetinin ayrı ve bağımsız bir nitelik taşımadığı ve ispatına ilişkin zorluklar sebebiyle genel bir koşul gibi muamele görmesini eleştirmiştir. Ancak yazar, bu şartın zaten zarar unsuru içinde eridiğine işaret etmektedir, bkz. Erman, Sahtekârlık Suçları, s. 236.

19 Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 4.2.2014 tarihli ve E. 2013/6124 K. 2014/1687 sayılı kararı.

20 765 sayılı TCK döneminde de, kişisel veya toplumsal zarar potansiyelinin sahtecilik suçunun oluşumu için şart olduğu belirtilmiştir, bkz. Erman, Sahtekârlık Suçları, s. 238.

21 Gerçekten, belgede sahtecilikte genel veya özel bir zarar doğmalı ya da doğma imkan ve olasılığı bulunmalıdır, bkz. Soyaslan, Özel Hükümler, s. 533. Buna karşın; normatif içerikte somut bir zararın doğması aranmadığı için belgede sahtecilik suçlarının soyut tehlike suçu ol-

Tüm bu anlatılanlar çerçevesinde, belgenin niteliğine ilişkin uygulama ve doktrinde benimsenen unsurlar şöyle özetlenebilir: *Yazılılık*, *belgeyi düzenleyenin belirlenebilir olması*, *belli bir içeriğe sahip olması*. Bu koşullara ek olarak, belgenin hukuken sonuç doğurmaya elverişliliği aranmaktadır. Nihayet tüm bu özellikleri bünyesinde barındıran belgenin, sahteciliğe başvurulmasaydı elde edilemeyecek bir hukuki sonucu doğurması, yani faile -normalde ulaşamayacağı- bir yarar sağlaması aranmaktadır. O halde koşulları taşımasına rağmen faile fayda sağlamayan belge, belgede sahtecilik suçunun konusunu oluşturmayacaktır.

2. Belgenin "Özel Belge" Niteliğinde Olması

Belgenin resmi veya özel belge olduğunun tespiti, tipik hareketin hukuki analizinde ön aşamadır. Çünkü kanun koyucu, resmi ve özel belge üzerindeki tipik hareketi ayrı ayrı tanımlamış, hatta özel belgede sahtecilik suçu bakımından sahte belgenin kullanılmasını da aramıştır (TCK m. 207/2).

Belge niteliğini haiz senedin özel belge olarak değerlendirilmesinde, TCK m. 204 ve TCK m. 210 yol göstericidir. Çünkü kanun koyucu TCK m. 204'te resmi belgede sahtecilik suçunu düzenleyerek, resmi belge niteliğini haiz olan belgeyi ayrı bir norm altında cezalandırmıştır. Yine aslında özel belge statüsünde olmakla birlikte, hukuken kendilerine duyulan güvene bağlı olarak resmi belge muamelesine tabi tutulan belgeler, ceza hukuku açısından resmi belge hükmündedir.

Resmi belge genel itibarıyla, kamu görevlisi tarafından görevi gereği ve ilgili mevzuatta öngörülen usul ve esaslara uygun şekilde düzenlenen belgedir.[22] Kamu görevlisince düzenlenmeyen, kamu görevlisi olmasına rağmen yasal prosedüre uymayan veya bu şartlar sağlanmasına rağmen belgenin içeriği ile düzenlenme sebebi arasında illiliğin olmadığı belge, resmi belge niteliğini haiz değildir ve bu tür belgeler artık özel belge olarak değerlendirilir.[23]

TCK m. 210'da, esasen özel belge niteliğini haiz olan emre veya hamile yazılı kambiyo senedi, sahtecilik suçu bakımından resmi belge niteliğini haiz kı-

duğu görüşünde Özen, Özel Hükümler, s. 756. Yine özel belgede sahtecilik suçu bakımından başlıca kamu güveninin ihlal edilmesi şeklinde genel zarar da yeterli görülmektedir, bkz. Artuk vd., Özel Hükümler, s. 780.

22 Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1060.

23 Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1060.

lınmıştır. Ancak kambiyo senedinin yasal şekil şartlarını taşımayan belge, yine özel belge olarak görülecektir.[24]

Tüm bu anlatılanlar ışığında özel belge, niteliği itibarıyla veya TCK m. 210'daki tanım dolayısıyla resmi belge statüsü taşımayan belgedir.[25]

C. Özel Belgede Sahtecilik Suçunda Tipiklik Bakımından İnceleme

1. Özel Belgede Sahtecilik Suçunda Fail ve Mağdur

Özel belgede sahtecilik suçunda fail herkes olabilir.[26] Kamu görevlisinin görevi ile bağdaşmayan veya tabi kılınan prosedüre uymayan bir usulle sadır olmuş yahut belge ile görev arasında illiliğin olmadığı belge artık özel belge niteliğindedir ve bu türden bir belge üzerinde sahtecilik fiili icra eden kamu görevlisi, özel belgede sahtecilik suçunun failidir.[27]

Belgede sahtecilik suçlarında belge üzerindeki hak değil, belgenin güvenilirliği korunmaktadır. Dolayısıyla, belgenin maliki ya da zilyedi de pek tabii suçun faili olabilir.[28]

Özel belgede sahtecilik suçunda mağdur toplumdur; suçtan zarar gören ise bizzat fiilden etkilenen kişidir.[29] Bu özellik, maddi ve şekli ceza hukuku bakımından bazı olağan sonuçların dayanak noktasıdır. Çünkü sahte belgeden dolayı hakkı doğrudan zedelenen kişi, tipik hareket öncesinde eyleme rıza gösterse, bu rıza tipikliği kaldıran ya da eylemi hukuka uygun hale getiren bir neden olarak görülemeyecektir. Keza eylemin icrasından sonra gösterilen rıza, normalde şikayet hakkının kullanılması bakımından bir etki doğurur. Ne var ki, hakkı ze-

---

[24] Gökcen, Belgede Sahtecilik, s. 432; Koca-Üzülmez, Özel Hükümler, s. 758; Yokuş Sevük, "Sahtecilik", s. 236.

[25] Koca-Üzülmez, Özel Hükümler, s. 758.

[26] Gökcan, "Özel Belgede Sahtecilik", s. 210; Özbek-Doğan-Bacaksız, Özel Hükümler, s. 881; Toroslu, Özel Kısım, s. 245; Yener Ünver, "TCK'daki Evrakta Sahtecilik Suçları", ***Hukuk Köprüsü***, 2013, C. 2, S. 4, s. 100; Burcu Görkemli, "Ceza Hukukundaki Sahtecilik Suçları ile Vergi Ceza Hukukundaki Sahte Belge Düzenleme-Kullanma Suçları", ***Türkiye Adalet Akademisi Dergisi***, 2021, C. 12, S. 47, s. 413.

[27] Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1076.

[28] Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1060.

[29] M.Emin Artuk vd., ***Ceza Hukuku Genel Hükümler***, 16. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2022, s. 385; Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1054; Murat Volkan Dülger, ***Ceza Hukuku Genel Hükümler***, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul, 2021, s. 381; Gökcan, "Özel Belgede Sahtecilik", s. 210.

delenen kimse ihbar ya da şikayette bulunmasa bile, bu tutum soruşturma ve kovuşturmayı engellemeyecek, yasal şartları dahilinde kamu davası açılacaktır.

2. Kanuni Tipte Tanımlanan Fiil

Özel belgede sahtecilik suçu TCK m. 207'de tanımlanıştır. Buna göre;

"*(1) Bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ve kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) Bir sahte özel belgeyi bu özelliğini bilerek kullanan kişi de yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır".

TCK m. 207/1'de tanımlı tipik hareketin işlenebilmesi için iki farklı hareketin varlığı şarttır. Suç, düzenleme ya da değiştirme filleri yönünden seçimlik, kullanma hareketinin şart kılınmasından ötürü çok hareketli suçtur.[30] Bu bağlamda, özel belgede sahtecilik suçunu fiil açısından resmi belgede sahtecilik suçundan ayıran en önemli unsur, belgenin kullanılmasıdır. Tek başına düzenleme veya değiştirme eylemi, suçun tamamlanması bakımından yetersizdir. Hukuki etkilerinin sınırlı olması ve bir kamu otoritesinden yararlanılmadan sadır olması karşısında özel belgede sahtecilik fiilinin haksızlık içeriği daha dar yorumlanmış ve bu suç, daha az cezaya tabi tutularak ayrı bir norm altında düzenlenmiştir.[31]

a. Düzenleme

Özel belgenin sahte olarak düzenlenmesi fiili TCK m. 207'nin gerekçesinde şu şekilde tanımlanmıştır:

"*Söz konusu suçu oluşturan hareketlerden biri, özel belgeyi sahte olarak düzenlemektir. Özel belge esasında mevcut olmadığı halde, mevcutmuş gibi sahte olarak üretilmektedir*".

Özel belge niteliğindeki vesikanın sahte olarak düzenlenmesi fiili, belgenin taklit edilmesi şeklinde anlaşılmaktadır.[32] Böylece TCK m. 204/1'den farklı ola-

---

30 Ünver, "Evrakta Sahtecilik Suçları", s. 100. Seçimlik hareket bakımından seçimlik, kullanma bakımından çok hareketli suç olduğu görüşünde ayrıca bkz. Koca-Üzülmez, Özel Hükümler, s. 760.

31 Koca-Üzülmez, Özel Hükümler, s. 759.

32 Bkz. Gökcen, Belgede Sahtecilik, s. 433; Artuk vd., Özel Hükümler, s. 854; Taner, "Özel Belgelerde Sahtecilik", s. 129; Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1067; Toroslu, Özel Kısım, s. 245; Yokuş Sevük, "Sahtecilik", s. 241; aynı yazar, Özel Hükümler, s. 498.

rak, -TCK m. 204/2'de olduğu gibi- TCK m. 207 kapsamında fikri sahtecilik cezalandırılmamakta, maddi sahteciliğin cezalandırılmasıyla yetinilmektedir.[33] Belirleyici olan husus, belgenin bir başka kişi tarafından düzenlenmesi, *taklit edilmesi*dir.[34] Başka anlatımla, sahte özel belgede düzenleyen olarak görünen kişi (mesela imzası bulunan kişi) ile aslında belgeyi bizzat-gerçekte tanzim eden farklıdır ve böyle olunca belgenin imza sahibine izafe edilmesi mümkün değildir.[35] Bu sebeple, imzası bulunan kişiden sadır olmayan belge için içerik denetimi yapmanın gereksiz olduğu belirtilmektedir.[36]

Kanun koyucu, TCK m. 204/1 ile TCK m. 207/1'de değiştirme fiili bakımından başkalarını aldatma kabiliyetini ararken, düzenleme açısından böyle bir şart öngörmemiştir.[37] Oysa bu kullanım tercihine rağmen doktrin ve uygulamada, düzenleme fiili bakımından da sahteciliğin aldatıcı mahiyette olması şart koşulmaktadır.[38] Burada bir hususun altı önemle çizilmelidir: Resmi belgede sahtecilik suçunda, başkalarını aldatacak nitelikte düzenlenen veya değiştirilen belgenin suçun konusunu teşkil etmesi, kullanıma bağlı değildir (TCK m. 204/1). Özel belgede sahtecilik suçu bakımından ise belgenin kullanılması şartı mutlaka sağlanmalıdır. Peki, bu türden bir belge yetkili kişinin dikkatsizliği sonucu işleme konmuş ve üstelik bireyin zararı doğmuşsa, bu durumda da sahtecilik suçunun oluşmadığı mı söylenecektir? Mesela; bir başkası tarafından düzenlendiği anlaşılan adi yazılı ve borç doğuran

---

33 Gökcan, "Özel Belgede Sahtecilik", s. 227; Görkemli, "Sahtecilik Suçları", s. 414; Soyaslan, Özel Hükümler, s. 533; Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1077; Toroslu, Özel Kısım, s. 245; karş. Özen, Özel Hükümler, s. 753.

34 Artuk vd., Özel Hükümler, s. 854; Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1067; Toroslu, Özel Kısım, s. 245; Yokuş Sevük, Özel Hükümler, s. 498. "Taklit etme" bakımından farklı değerlendirme için bkz. Özen, Özel Hükümler, s. 753.

35 Soyaslan, Özel Hükümler, s. 532.

36 Koca-Üzülmez, Özel Hükümler, s. 760. Özel belgede sahtecilik suçu bakımından fikri sahtecilik cezalandırılmamakla birlikte; gerçekte var olmayan bir belgenin düzenlenmesi de taklit olarak kabul edildiğinden, düzenlenen belgenin içerik açısından da gerçeğe aykırı olması durumunda hem madden hem fikren sahtecilik oluştuğu göz ardı edilmemelidir, bkz. Taner, "Özel Belgelerde Sahtecilik", s. 129.

37 Tercih edilen yasal tanıma yönelik eleştiri için bkz. Ünver, "Evrakta Sahtecilik", ss. 96 vd.

38 "*Aldatıcılık özelliği suçun temel unsuru olup özel bir incelemeye tabi tutulmadıkça gerçek olmadığı anlaşılamayan belge, sahte belge olarak kabul edilmelidir... Sahte belgenin ilk bakışta dikkati çekmeyecek biçimde düzenlenip, belirli bir kişiyi değil birçok kişiyi aldatabilecek nitelikte olması ve aldatma gücünün objektif olarak saptanması gerekir*", bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.9.2019 tarihli ve K. 2019/547 sayılı kararı. Ayrıca bkz. Özen, Özel Hükümler, s. 754; Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1069; Toroslu, Özel Kısım, s. 247. Gerçekten aldatma kabiliyeti, sahtecilik suçlarında aranan ortak bir özelliktir, bkz. Gökcen, Belgede Sahtecilik, s. 433.

belgenin icra takibine konu olması halinde ne yapılmalıdır? Burada olayın tazminat hukuku boyutu ayrı tutulmak üzere, ceza hukuku bakımından sahtecilik tespitinde "*ayrı bir incelemeye gerek kalmaksızın*" kriterine ağırlık verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre; mesela belgenin farklı bir kalem ürünü olup olmadığı ancak bilirkişi tespitiyle anlaşılabildiyse, artık aldatacak nitelikte düzenleme ya da değişiklik fiilinin, yani sahteciliğin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Ama yalnızca yetkili makamın dikkatsizliğine dayanan yasal süreçte ayrı bir inceleme külfetine katlanılmadan sahtecilik anlaşılabiliyorsa, artık ceza hukuku yönünden sahtecilik oluşmamıştır.[39] Belgenin aldatma kabiliyetinin ilk bakışta anlaşılmaya müsait olup olmadığı hususunda icabı halinde bilirkişiye müracaat edilmelidir; aksi takdirde eksik inceleme gündeme gelir.[40]

b. Değiştirme

Belli bir kişi ya da kişiler tarafından düzenlenen belge üzerinde daha önce olmayan bir hususun eklenmesi ya da çıkarılması şeklinde gerçekleşen eylem değiştirme olarak kabul edilir.[41] Belgede yer alan imza ve tarihler de, şüphesiz değiştirme fiiline konu olabilir.[42]

Özel belgede sahtecilik suçuna vücut veren bu seçimlik hareket TCK m. 207'nin gerekçesinde şu şekilde tanımlanmıştır:

"*Suç, gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştirmek suretiyle de işlenebilir. Bu seçimlik hareketle, esasında mevcut olan özel belge üzerinde silmek veya ilaveler yapmak suretiyle değişiklik yapılmaktadır. Mevcut olan özel belge üzerinde sahtecilikten söz edebilmek için, yapılan değişikliğin aldatıcı nitelikte olması gerekir. Aksi takdirde, özel belgeyi bozma suçu oluşur*".

---

[39] Özel bir incelemeye tabi tutulmadan belgenin sahteliği anlaşılamıyorsa, artık iğfal kabiliyetinin varlığı kabul edilmelidir, bkz. Yokuş Sevük, "Sahtecilik", s. 238; ayrıca bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 22.5.2018 tarihli ve E. 2016/38 K. 2018/241 sayılı kararı. Gerçekten, sahteciliğin tespitinde objektif kriter esas alınmalıdır. Bu bağlamda, ilk bakışta anlaşılabilecek sahteliğin iğfal kabiliyeti olmadığı söylenmelidir, bkz. Artuk vd., Özel Hükümler, s. 779; Gökcen, Belgede Sahtecilik, s. 138.

[40] Yargıtay 15. Ceza Dairesinin 28.2.2019 tarihli ve E. 2017/9074 K. 2019/1539 sayılı kararı; ayrıca bkz. Yokuş Sevük, "Sahtecilik", s. 240.

[41] Artuk vd., Özel Hükümler, s. 857; Taner, "Özel Belgelerde Sahtecilik", s. 129; Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1067. *Özen*'e göre değiştirme, aslında fikri sahteciliktir. Ama Kanun tipik hareket için senedin kullanılmasını da öngördüğünden, fikri sahtecilik cezalandırılmamaktadır, bkz. Özen, Özel Hükümler, s. 753.

[42] Bkz. Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 31.3.2008 tarihli ve E. 2006/1522 K. 2008/2268 sayılı kararı. Ayrıca bkz. Artuk vd., Özel Hükümler, s. 857.

Özel belgede sahtecilik suçunun seçimlik hareketleri arasında sayılan değiştirme, başkalarını aldatıcı nitelikte olmalıdır.[43] Ancak bu hususta, yukarıda paylaştığımız üzere, Kanun metni ve gerekçede yalnızca değiştirme hareketine özgülendiği izlenimi uyandıran aldatıcı nitelikte olma şartının, doktrin ve uygulamada düzenleme fiili bakımından da arandığını hatırlatmak isteriz.[44]

Söz konusu tipik hareketle birlikte fail, belgenin içeriğine yansıyan olayı veya bizatihi belge içeriğini, ilgili belge düzenlendikten sonra değiştirmektedir.[45] Başkalarını aldatacak şekilde icra edilen değiştirme fiili sanki karşılıklı iradenin ürünüymüş gibi algılanmalı; başka deyişle, düzenleme ile değişikliğin adeta aynı anda vuku bulduğu gibi bir izlenim uyandırılmalıdır.

Önemle belirtelim ki, değiştirme hareketini icra eden failin belgeyi düzenleyen kimse olması şart değildir.[46] Burada mühim olan belgedeki olayın ya da belge içeriğinin sonradan değişikliğe maruz kalmasıdır. Sahte olarak düzenleyen ve/veya değiştiren ile kullanan kimseler farklı ise, iştirak kapsamında bir değerlendirmeye başvurularak cezai sorumluluğun tespit edileceği açıktır.

TCK m. 207/1'in seçimlik hareketlerinden olan değiştirme, benzer suçlardan farkı ortaya koyabilmek açısından ayrıca önem taşır. Nitekim belge üzerindeki değişiklikle belgenin *ispat vasıtası olarak kullanılma özelliği* ortadan kalkmışsa, artık belgeyi bozma, yok etme veya gizleme suçundan bahsedilir (TCK m. 208).[47] Şayet belirli bir tarzda doldurulup kullanılmak üzere teslim olunan imzalı ve kısmen veya tamamen boş bir kağıt verilme nedeninden farklı bir şekilde doldurulmuşsa, artık açığa imzanın kötüye kullanılması suçu oluşur (TCK m. 209/1). Açığa imzanın kötüye kullanılması yönünden bakıldığında, fiilde belgenin "*verilme nedeninden farklı bir şekilde doldurma*" altında ayrı bir saikle icra edildiği göz ardı edilmemelidir.[48] Fakat her ne kadar bu fiile benzese de, hukuka

---

43 Toroslu, Özel Kısım, s. 245.

44 Belge üzerinde değişiklik yapan; ama aldatıcı nitellik taşımayan fiiller özel belgeyi bozma suçu kapsamında değerlendirilir, bkz. Yokuş Sevük, Özel Hükümler, s. 499.

45 Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1067.

46 Resmi belge hükmündeki belge olan bono üzerinden verilen bir içtihat şu şekildedir: "... *senedin sanık tarafından bizzat yazılmasının şart olmayıp lehine düzenlenmiş ve kullanılmış olmasının suçun sübutu için yeterli olacağı gözetilmeden isabet bulunmayan gerekçe ile sanığın beraatine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir*", bkz. Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 1.10.1991 tarihli ve E. 1991/4906 K. 1991/6031 sayılı kararı.

47 Koca-Üzülmez, Özel Hükümler, s. 762.

48 Bu suçta kast unsuru bakımından ayrıca bkz. Soyaslan, Özel Hükümler, s. 536.

aykırı olarak ele geçirilen veya elde bulundurulup hukuki sonuç doğuracak şekilde doldurulan imzalı ve kısmen veya tamamen boş bir kağıt artık sahtecilik suçunun konusudur (TCK m. 209/2).

c. Kullanma

Resmi belgede sahtecilik suçunda da tanımlanan bu tipik hareketi özel belgede sahtecilik suçunda farklı kılan husus, bu hareketin TCK m. 207/1 anlamında seçimlik bir hareket olmayışıdır.[49] Gerçekten, TCK m. 207/1'de öngörülen suçun tamamlanabilmesi için sahte olarak düzenlenen ya da değiştirilen belgenin kullanılması şarttır. Ancak TCK m. 207/2'de yer verilen kullanma fiili ise tıpkı TCK m. 204'e benzer şekilde başlıca cezalandırılmaktadır. Fakat TCK m. 207/2 bakımından önemli ve belirleyici olan husus, failin TCK m. 207/1'de tanımlanan fiile, yani sahte belgenin düzenlenmesi veya değiştirilmesine iştirak etmemiş olmasıdır.[50] Tabii bu konuda birinci fıkradaki fiile şerik olarak katılan kişinin, elinde bulundurduğu sahte belgeyi kullanması halinde cezai sorumluluğunun hangi fıkraya göre belirleneceği ve keza failliğin şerikliğe nazaran önceliği ilkesine müracaat gereksinimi tartışılabilirdi.[51] Ne var ki kanun koyucu TCK m. 207/2'deki cezai sorumluluğu TCK m. 207/1'e göre belirlediği için bu tartışmanın pratikte bir karşılığı yoktur. Ancak olası kanun değişikliklerinin boşluk doğurmaması adına hakim, tespit ettiği her tipik hareketi hükümde belirtmek zorundadır.

Bağlı hareketli suçun parçası olan kullanma, Yargıtay uygulamasında özel hukuk ilişkisine özgülenmiş görünmektedir. Nitekim 1984 tarihli bir içtihadında Yüksek Mahkeme, kira bedelinin ödendiğini gösteren sahte belgenin defi olarak ileri sürülmeyip ceza davasında savunma aracı niteliğinde kullanılmasında, suç bakımından "kullanma" şartını karşılamadığını belirtmiştir.[52] Oysa TCK m. 207'de tanımlanan fiil, belgenin maddi menfaat elde etme amacıyla kullanılması gibi bir koşula bağlanmamıştır. Böyleyken, sahte belgenin kullanılmasının

---

49 Bkz. Yokuş Sevük, Özel Hükümler, s. 496.

50 Gökcen, Belgede Sahtecilik, s. 449; Artuk vd., Özel Hükümler, s. 863; Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1078; Yokuş Sevük, Özel Hükümler, s. 499.

51 Genel olarak "iştirak" kelimesini kullanarak TCK m. 207/1'e işaret eden görüş için bkz. Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1078; Yokuş Sevük, "Sahtecilik", s. 241; benzer yönde Özen, Özel Hükümler, s. 755.

52 Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 18.9.1984 tarihli ve K. 1984/6314 sayılı kararı; benzer yönde 6. Ceza Dairesinin 28.3.2006 tarihli ve K. 2006/3044 sayılı kararı (Kararlar için bkz. Koca-Üzülmez, Özel Hükümler, s. 763).

faile ekonomik yönden bir yarar sağlaması ile adli ya da idari yargılamada lehe delil olarak kullanılması arasında fark yoktur.[53] Üstelik bu suçlarda korunan hukuki değer, kişilere ait olan malvarlığı değerleri değil, doğrudan kamu güvenidir. Öyleyse sahte belgenin kullanılmasıyla elde edilen menfaatin ekonomik karşılığı olup olmadığı sahtecilik suçunun oluşumu bakımından önemsizdir.[54]

İştirak konusunda işaret edilen hususların bir diğer önemli sonucu, özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya değiştiren ile belgeyi kullananın farklı olması ve birbirleri arasında iştirak iradesinin bulunmaması durumunda, artık belgeyi sahte olarak düzenleyen veya değiştiren kişinin cezai sorumluluğunun doğmayacağıdır.[55]

3. Tipikliğin Manevi Unsuru

a. Kastın Türü Bakımından İnceleme

Özel belgede sahtecilik suçu ancak kasten işlenebilir (TCK m. 207).

Kastın derecesi açısından, suçun olası kastla işlenip işlenemeyeceği üzerine düşünmek gerekir. Resmi belgede sahtecilik suçunda belge üzerindeki hukuka aykırı tasarruflar, suçun oluşumu bakımından tek başına yeterlidir. Oysa kanun koyucu TCK m. 207/1'de bağlı hareketli bir suç öngörmüş ve kullanma eylemini tipik hareketin parçası haline getirmiştir. Diğer yandan, düzenleme ve değiştirmenin aldatıcı nitelikte olması gerekmekte, bu türden bir belgenin kullanılmasının faile normalde erişemeyeceği bir yarar sağlaması aranmaktadır (bkz. faydasız sahtecilik). Tüm bu tespitler ışığında; özel belgede sahtecilik suçunda fail, tek başına düzenleme veya değişiklik eylemlerinde göze alma seviyesinde kalsa dahi, kullanma eylemiyle birlikte düşünüldüğünde ancak doğrudan kastla hareket edebilir. Kanaatimizce, suç için aranan koşullar ölçütünde özel belgede sahtecilik suçu, olası kastla işlenmeye müsait görünmemektedir.[56]

---

[53] Ayrıca bkz. Artuk vd., Özel Hükümler, s. 861.

[54] Doktrinde *Koca-Üzülmez* de, kullanma fiiline ilişkin Yargıtay tarafından yapılan ayrımın hukuki bir temelinin olmadığı görüşündedir, bkz. Koca-Üzülmez, Özel Hükümler, s. 763.

[55] Toroslu, Özel Kısım, s. 246; Yokuş Sevük, "Sahtecilik", s. 247.

[56] Aynı yönde Özen, Özel Hükümler, s. 757. Aksi görüşte Koca-Üzülmez, Özel Hükümler, s. 763. TCK m. 207/2'nin ancak doğrudan kastla icra edilebileceği görüşünde Yokuş Sevük, Özel Hükümler, s. 500; aynı yazar, "Sahtecilik", s. 243; Görkemli, "Sahtecilik Suçları", s. 415. TCK m. 207/1'in olası kastla işlenmesi mümkünken, TCK m. 207/2'nin ancak doğrudan kastla işlenebileceği görüşünde Artuk vd., Özel Hükümler, s. 868. Bir başkasını ya da toplumu zarara uğratma bilinciyle birlikte suçun olası kastla işlenebileceği görüşünde Erman, Sahtekârlık Suçları, s. 255.

b. Hata Hükümleri Bakımından İnceleme

TCK m. 207/2'de "*Bir sahte özel belgeyi bu özelliğini bilerek kullanan kişi de yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır*" şeklinde tanımlanan fiilde, sahte bir belge düzenlemediği ya da bir belgeyi sahte şekilde değiştirmediği halde, sahte olduğunu bilerek kullanan kişi cezalandırılmaktadır. Kişi, elinde bulundurduğu belgenin sahte olduğunu bilmiyorsa, elbette kasten sorumlu olmayacaktır. Yukarıda da açıkladığımız üzere, kanaatimizce hem TCK m. 207/1 hem de TCK m. 207/2 doğrudan kastla işlenen suçlardır.

İncelenmesi gereken diğer husus şudur: Kişi, elinde bulundurduğu senedin sahte olduğunu biliyor ve fakat *özel belge olmadığını* bilmiyorsa ne olacaktır? Mesela, elinde bulundurduğu bononun adi yazılı senet olduğunu düşünerek kullanan failin cezai sorumluluğu nedir? Failin sübjektif durumuna odaklandığımızda, konu yokluğuyla karşılaşılmaktadır. Gerçekten, failin tasavvuru sahte bir özel belgeyi kullanmaktır. Oysa olayda özel bir belge mevcut değildir; elverişsiz teşebbüsten bahsedilir (işlenemez suç). Objektif olarak karşılaşılan resmi belge açısından, resmi belge TCK m. 204 kapsamında suçun unsuru olarak tanımlandığı için failin kastı kapsamında kalmalıdır. Oysa kişi, eline bulundurduğu ve bilahare kullandığı belgenin niteliğini bilmemektedir. Buradaki hata, tipiklik hatasıdır (TCK m. 30/1). Mevcut yanılgının, yani konuda hatanın kastı kaldıran hata niteliği taşıması için esaslı bir hata teşkil etmesi gerekir. Bu evrede *eşdeğerlik prensibi*ne göre analiz yapılmalıdır.[57] Failin tasavvuru (özel belge) ile gerçekte olan (resmi belge) arasında eşdeğerlik yoktur. Bu halde fail, resmi belge bakımından kasten hareket etmemiştir; ancak taksirli halden sorumludur. Ne var ki resmi belgede sahtecilik suçu yalnızca kasten işlenebilir.

Son tahlilde fail, *konuda hata* sebebiyle TCK m. 204'ten, *konu yokluğu* nedeniyle TCK m. 207'den sorumlu görülemeyecektir. Burada cezasızlık durumu ceza adaletini sarsarken, TCK m. 204 ya da TCK m. 207'den cezalandırmaya gidilmesi hukuken tatmin edici bir gerekçeye dayanmayacaktır. Oysa somut durumda fail, her ne kadar niteliğini bilmese de, *sahte olduğunu bildiği belgeyi* kullanmıştır. Kanaatimizce bu boşluk -uygun düşen başka suçlarda da karşılaşıldığı üzere- TCK m. 30/2'de yapılacak bir yasal düzenlemeyle giderilebilir. TCK m. 30/2 sadece nitelikli halleri kapsamamalı, ele aldığımız örnekte olduğu gibi

[57] M.Emre Tulay, ***Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata***, Adalet Yayınları, Ankara, 2022, ss. 61 vd.

daha az ceza öngören norm ile ilişkilendirilmeli ve kişi, daha düşük ceza öngören norm üzerinden cezalandırılmalıdır.[58]

Yargıtay'ın, sahtecilik suçunda zarar gören kişinin rızası ile manevi unsuru tipiklik açısından bağdaştırdığı bir kararı[59] üzerinden yaptığımız analiz ve haksızlık yanılgısına ilişkin değerlendirmelerimiz ise aşağıda ayrıca ele alınmıştır.[60]

4. Daha Az Ceza Gerektiren Nitelikli Hal

TCK m. 211'e göre "*Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın ispatı veya gerçek bir durumun belgelenmesi amacıyla belgede sahtecilik suçunun işlenmesi halinde, verilecek ceza, yarısı oranında indirilir*". İlgili düzenleme, hem resmi hem özel belgeler bakımından geçerlidir. Burada belgenin yine sahte belge niteliğini haiz olduğu unutulmamalıdır. Başka ifadeyle, anılan koşulların tipik hareket veya kast üzerinde bir etkisi yoktur. Ne var ki bu hallerde fiilin haksızlık içeriği[61] ve failin kusuru suçun basit haline nazaran daha hafif göründüğünden, hükmedilecek cezanın da indirilmesi öngörülmüştür.

D. Hukuka Aykırılık ve Kusurluluk

Özel belgede sahtecilik suçu, niteliği itibarıyla hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanmasına müsait görünmemektedir. Çünkü bu suçla korunan hukuki değer kamu güvenidir ve suçun mağduru toplumu oluşturan herkestir. Böyleyken, özel belgede sahtecilik fiilini işleyen kişinin kanunun emrini yerine getirdiğini, bir hakkı kullandığını ya da meşru savunmada bulunduğunu söylemek olanaksızdır.[62]

---

58 Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Akbulut, Genel Hükümler, s. 482. TCK m. 30/2 özelinde münhasır değerlendirmelere de yer verdiğimiz *Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata* adlı eserimizde; yukarıda paylaştığımız emsalde boşluklara hukuken tatmin edici bir çözüm bulabilmek adına, kanun koyucunun, TCK m. 30/2'deki "*nitelikli hal*" ibaresini, daha geniş ve haliyle failin lehine uygulama alanı bırakan "*daha hafif ceza öngören kanun*" şeklindeki bir ibare ile revize etmesini önermekteyiz, bkz. Tulay, Şahısta veya Konuda Hata, s. 107. Dile getirdiğimiz yasal önerimizi burada da tekrar etmek isteriz.

59 Karar için bkz. Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 23.3.2015 tarihli ve E. 2013/6785 K. 2015/24068 sayılı karar.

60 Bkz. I E.

61 Koca-Üzülmez, Özel Hükümler, s. 739.

62 Yokuş Sevük, Özel Hükümler, s. 500; aynı yazar, "Sahtecilik", s. 244. Sahte bir senede dayanılarak başlatılan icra takibinin durdurulması maksadıyla bir başka sahte belge düzenlenip kullanılması örneğinde olduğu gibi, bu suç bakımından meşru savunma hükümlerine başvurulabileceği kanaatinde Özen, Özel Hükümler, s. 75. Doktrinde *Erman*'a göre, sahtecilik suçu açı-

Özel belgede sahtecilik suçunda rıza ise ayrıca incelenmeye değerdir. Zira özel belgede sahtecilik fiilinin muhatabı olan ve sağlanan yararın karşılığında zarara uğrayan gerçek kişidir ve bu kişinin fiil üzerindeki rızasının hukuki karşılığı hususunda düşünülmelidir. Özel belgeyle tesis edilen işlemin muhatabı olan kişinin rızasını bu suçta tipikliğin bir parçası olarak görmek veya hukuka uygunluk nedeni saymak mümkün değildir.[63] Peki, bu durumda rızaya dayalı tesis edilen işlemin haksızlık oluşturduğu ya da cezalandırılabileceği söylenebilecek midir? Yüksek Mahkeme, konuyla alakalı emsal olayda mağdurun (aslında suçtan zarar görenin) rızasının hukuka uygunluk nedeni sayılmasa da, belgede sahtecilik kastına etki yapacağından manevi unsura etki edeceğini ve bu durumda kast yokluğundan dolayı beraat kararı verilmesi görüşüyle, mahkumiyet hükmü veren ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.[64] Bu yoruma göre, suçtan zarar gören kişinin rızasının sahtecilik kastını kaldırdığı kabul edilmektedir. Bize göre bu yorum, hukuken doğru olup olmadığına ilişkin değerlendirmeden bağımsız olarak, öncelikle suçun olası kastla işlenebilme ihtimalini ortadan kaldırmakta[65] ve TCK m. 207'nin ancak doğrudan kast ile işlenebileceği yönündeki görüşümüzü desteklemektedir.[66]

Özel belgede sahtecilik suçunda "mağdurun rızası" ibaresini kullanmak, evvela suçun niteliğiyle uyumsuzdur; çünkü bu suç bakımından ilgilinin rızası, ancak suçtan zarar gören kişinin rızası şeklinde anlaşılabilir. Bu suç yönünden; ilgilinin rızası bir yetkilendirme niteliğindeyse (mesela kira akdindeki bedelin ya

---

sından meşru savunma kurumunun uygulanması mümkün olmasa da, o koşullarda hareket eden failin zarar kastı taşımadığı ve haliyle kasten hareket etmediği söylenmelidir, bkz. Erman, Sahtekârlık Suçları, s. 264. Zarar imkan ve ihtimali bakımından, sahteciliğin cezalandırılması için bu tür bir zararın doğmuş olmasının yasa metninde tipik hareketin tanımında yer alması gerektiği görüşünde Gökcen, Belgede Sahtecilik, s. 143.

63 Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 23.3.2015 tarihli ve E. 2013/6785 K. 2015/24068 sayılı kararı. Ayrıca bkz. Erman, Sahtekârlık Suçları, s. 265; Yokuş Sevük, Özel Hükümler, s. 500.

64 "...*Dairemizin benzer birçok kararında vurgulandığı üzere: belgelerde sahtecilik suçlarında kast, zarar vermek bilinci ve iradesi olarak kabul edilmelidir. Mağdurun önceden verdiği rıza üzerine onun imzasını taklit ederek kullanan failde mağdura zarar vermek bilinci bulunmayacağından kastın varlığı ileri sürülemez*", Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 5.2.2013 tarihi ve E. 2011/1061 K. 2013/1594 sayılı kararı. Aynı yönde ayrıca bkz. Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 23.3.2015 tarihli ve E. 2013/6785 K. 2015/24068 sayılı kararı. Destekler nitelikte doktrinde aynı görüşte Erman, Sahtekârlık Suçları, s. 265. Bu durumda aldatma maksadından bahsedilemeyeceğinden kastın bulunmadığı görüşünde Koca-Üzülmez, Özel Hükümler, s. 764.

65 Benzer görüşte Özbek-Doğan-Bacaksız, Özel Hükümler, s. 881.

66 "...*Dairemizin benzer birçok kararında vurgulandığı üzere: belgelerde sahtecilik suçlarında kast, zarar vermek bilinci ve iradesi olarak kabul edilmelidir*", Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 5.2.2013 tarihi ve E. 2011/1061 K. 2013/1594 sayılı kararı.

da artış oranının güncellenmesi, fesih tarihinin değiştirilmesi gibi) zaten hukuka uygun bir değişiklik söz konusu olacak ve sahtecilik suçunun tipik hareketi oluşmayacaktır. Ancak ispat özelliği devam eden bir belgenin kamuyu aldatacak şekilde taklit edilmesi ya da değiştirilmesi, *ilgilinin rızası dahilinde de olsa* tipiklik ve haksızlık bakımından etkisiz kabul edilmelidir. Bu anlamda, Yargıtay'a konu emsal olayla da bağdaşır şekilde, ilgilinin imzasının taklit edilmesinde kamuyu aldatma kastı olduğu gibi, bu işlemden bir yarar da sağlanmaktadır.[67] O halde rıza, bu suçta haksızlığı kaldırmamalıdır. Keza rıza bu suçta tipikliğin objektif ya da sübjektif yönünün veya hukuka aykırılığın bir parçası olarak kabul edilmediğinde, rızanın varlığı yahut kapsamı üzerinde hata da TCK m. 30/1-3 altında çözümlenemeyecektir.

Geldiğimiz noktada, ilgilinin rızası üzerinde belgede sahtecilik fiilini işleyen kişi mutlak surette TCK m. 207'den cezalandırılacak mıdır? Bu soruya vereceğimiz yanıt olumsuzdur. Olumsuz kanaatimizin hukuki gerekçesini, kusurluluk değerlendirmesi oluşturur. Tartışma konusu durumda fail, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda hataya düşmektedir. Şayet bu hata, objektif koşullar ve failin sübjektif durumuna göre kaçınılmaz nitelikteyse faile ceza verilmeyecek, kaçınılabilir hata halinde ise kişi hakkında verilecek ceza genel hükümlere göre kusur oranında belirlenecektir (TCK m. 30/4; TCK m. 61).[68]

Özel belgede sahtecilik suçunun faili bakımından yapılacak kusurluluk değerlendirmesinde, genel hükümlerde yer verilen yasal ölçütler aynen tatbik olunacaktır. Ancak suçta korunan hukuki değerin sahibinin toplumu oluşturan herkes olması ve suç tipinde öngörülen tipik hareketin özellikleri nedeniyle bazı kurumların ayrıca anılmasında yarar görüyoruz. Bu bağlamda; *zorunluluk hali*[69] ile *haksız tahrike* ve suçun çok hareketli suç olmasının failliğe etkisi yönüyle *cebir ve tehdide* değinmek gerekir.

Yasal şartları oluştuğu takdirde, zorunluluk halinin özel belgede sahtecilik suçunda da uygulanmasının önünde herhangi bir engel görülmemelidir. Çünkü bu kurum içinde yer alan korunma fiili, fail bakımından tehlike teşkil eden olay-

---

67 İlgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olmadığı gibi failin kastı üzerinde de etki doğurmayacağı görüşünde Artuk vd., Özel Hükümler, s. 871.

68 Meselenin yasak hatası kapsamında çözümü için ayrıca bkz. Artuk vd., Özel Hükümler, s. 871.

69 Zorunluluk halinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar bir tarafa bırakılarak kurum, bu çalışmada bütünlük arz etmesi bakımından kusurluluk altında anılmıştır. Kurumun hukuki niteliğine ilişkin hukuki değerlendirmeler için bkz. M.Emre Tulay, "Zorunluluk Halinde Sınırın Aşılması Meselesi", ***Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2020, C. 5, S. 1, ss. 3172 vd.

la ilgisi bulunmayan bir başka kişinin zarar görmesi ihtimalini de içinde barındırmaktadır.[70] Öyleyse, zarar gören kişinin farklı olması ya da mağdurun toplum olması zorunluluk haline engel değildir.[71]

Haksız tahrike dayalı kusurluluk analizi de ilk bakışta makul görünmektedir. Mesela, alacağına kavuşamayan kişinin mağdura ait olduğu imasıyla bir özel belge düzenleyip ya da mevcut belgeyi değiştirip kullanması, haksız fiilden doğan elem ve öfkeye dayanabilir. Ancak TCK m. 207'de tanımlanan suçun niteliği ile haksız tahrikin şartları uyuşmamaktadır. Çünkü haksız tahrikin koşullarından biri, elem ve öfkeye dayanan suçun haksız fiilin sahibine karşı işlenmesidir.[72] Oysa belgede sahtecilikle haksız fiilin sahibi kişi zarara uğratılsa da bu suç, nihayetinde topluma karşı icra edilmiştir.[73] Bu yönüyle haksız tahrik kurumunun belgede sahtecilik suçunda uygulanamayacağı söylenmelidir.

Cebir ya da tehdit altında sahtecilik fiilini işleyen fail, artık bu suçta araç olarak kullanılmış olacak ve kusursuz sayılacaktır. Cebir ve tehdit uygulayan kişi ise dolaylı fail sıfatıyla TCK m. 207'den cezalandırılacaktır.[74] Elbette bu ihtimalde de, TCK m. 207/1 bakımından belgenin kullanılması şarttır. Başka ifadeyle, araç kişinin bir özel belgeyi düzenleme ya da değiştirmesinden ibaret eylemi ancak cebir ya da tehdide ilişkin norm altında cezalandırılacak, TCK m. 207/1 ayrıca uygulanmayacaktır.

---

70 Anılan olasılığa dair bkz. Tulay, "Zorunluluk Hali", s. 3179.

71 Resmi belgede sahtecilik suçu bakımından aynı görüşte Koca-Üzülmez, Özel Hükümler, s. 740. *Erman*'a göre ise, sahtecilik suçu açısından zorunluluk hali kurumunun uygulanması mümkün olmasa da, o koşullarda hareket eden failin zarar kastı taşımadığı ve haliyle kasten hareket etmediği söylenmelidir, bkz. Erman, Sahtekârlık Suçları, s. 264.

72 Bkz. Berrin Akbulut, ***Ceza Hukuku Genel Hükümler***, Adalet Yayınları, 8. Bası, Ankara, 2021, s. 687; Hakan Hakeri, ***Ceza Hukuku Genel Hükümler***, Adalet Yayınları, 27. Baskı, Ankara, 2022, s. 362; Mahmut Koca - İlhan Üzülmez, ***Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler***, Seçkin Yayınları, 15. Baskı, Ankara, 2022, s. 366; Nur Centel - Hamide Zafer - Özlem Çakmut, ***Türk Ceza Hukukuna Giriş***, Beta Yayınları, 11. Bası, İstanbul, 2020, s. 447; Timur Demirbaş, ***Ceza Hukuku Genel Hükümler***, Seçkin Yayınları, 15. Baskı, Ankara, s. 470.

73 Ayrıca bkz. Akbulut, Genel Hükümler, s. 688.

74 Cebir ve tehdit altında sahtecilik suçunu işleyen fail hakkında sahtecilik kastı üzerinden değil, genel hükümlere göre kusurluluk analizi yapılması gerektiği görüşünde Koca-Üzülmez, Özel Hükümler, s. 740.

E. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Özel belgede sahtecilik suçu, çok hareketli bir suçtur. Bu özellik doğrultusunda, düzenleme ya da değiştirme hareketinin hazırlık hareketi olarak mı yorumlanacağı, yoksa icra hareketleri evresinde mi değerlendirileceği, teşebbüs bakımından önem taşır.

Teşebbüs kurumunun tatbiki için failin doğrudan doğruya icra hareketlerine başlaması şarttır (TCK m 35). Kanaatimizce, sahte belgenin tek başına düzenlenmesi veya değiştirilmesi, sahtecilik fiili yönünden doğrudan doğruya icra hareketlerine başlanma olarak değerlendirilemez.[75] Ancak somut olayın şartlarına göre, mesela sahte olarak düzenlenen senedin takibe konu edinmek üzere icra müdürlüğüne verilmesi aşamasında eylemin tamamlanamaması halinde teşebbüsten bahsedilebilir.[76] Buna karşın, tek başına sahte bir belgenin varlığı, yani bir belgenin düzenlenmiş veya değiştirilmiş olması, hazırlık hareketidir. Diğer yandan, faydasız sahteciliğin cezasız bırakılması da, teşebbüse ilişkin yaptığımız yorumları desteklemektedir. Nihayet, belgeyi kullanma fiili bakımından yaptığımız açıklamalar, pek tabii TCK m. 207/2 açısından da geçerlidir.

Gönüllü vazgeçme hükümleri de (TCK m. 36) fiilin teşebbüs evresine geçmesiyle gündeme gelecektir. Yukarıdaki paragrafta verdiğimiz örnekte; elindeki sahte belgeyi icra müdürlüğünde işleme koymak üzereyken kendi iradi tercihiyle bu fiilden vazgeçen fail, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır. Ancak henüz sahte bir belge düzenleyen kişi, pişmanlık duyup bu belgeyi yok etse, zaten eylem hazırlık hareketleri safhasında olduğundan gönüllü vazgeçme hükümlerine başvurulmaz; ortada cezalandırılabilir bir fiilin varlığından söz edilemez.

2. İştirak

Özel belgede sahtecilik suçunda tüm iştirak türlerinin yansıması mümkündür. Fakat suç tipine özgü birtakım hususlar ayrıca açıklanmalıdır.

---

[75] Özbek-Doğan-Bacaksız, Özel Hükümler, s. 882. TCK m. 207 kapsamında teşebbüsün cezalandırılabilmesi için mutlaka sahte belgeyi kullanma niyeti tespit edilmiş olmalıdır, bkz. Koca-Üzülmez, Özel Hükümler, s. 765; ayrıca bkz. Özen, Özel Hükümler, s. 760.

[76] Özbek-Doğan-Bacaksız, Özel Hükümler, s. 882; Yokuş Sevük, "Sahtecilik", s. 246. Doktrinde *Toroslu*'ya göre, belgenin kullanıldığı ve fakat muhatabı tarafından reddedildiği durumda teşebbüsten bahsedilir, bkz. Toroslu, Özel Kısım, s. 247. Özel belgede sahtecilik suçu kullanma fiiliyle tamamlandığına göre, kullanmanın kısımlara bölünmesi halinde suça teşebbüs mümkündür, bkz. Gökcen, Belgede Sahtecilik, s. 466.

Özel belgede sahtecilik suçunun tipik hareketi, bağlı hareket olarak öngörülmüştür. Bağlı hareketin parçası olan düzenleme/değiştirme ile kullanma, ortak suç işleme kararı kapsamında farklı kişilerce icra edilebilir. Bu bağlamda, ortak suç işleme kararının devamı olarak A, C'den sadır olduğu izlenimi veren sahte bir senet düzenlese ve B, bu senedi icra takibine konu etse hem A hem B TCK m. 207'den müşterek fail sıfatıyla cezalandırılacaktır. Bu örnek ve tespit, TCK m. 207/2'de tanımlı fiilin faili bakımından da belirleyicidir. TCK m. 207/2'nin faili, TCK m. 207/1'e iştirak etmemiş olmalıdır.[77]

Özel belgede sahtecilik suçunda fail, bir başka kişiyi suçta araç olarak kullanabilir. Araç kişi, cebir veya tehdit altında suç işleyen kusursuz kişi olabilir. Ayrıca, -özellikle kullanma fiili yönünden- araç kişinin hataya düşürülerek veya mevcut hatasından yararlanılarak suç işlenebilir. Nihayet, organize hakimiyet mekanizmalarına dayalı dolaylı faillik kuramı da bu suçta yansıyabilir ve kast ve kusurunu etkileyen bir nedenle karşılaşmayan kişi, yine fail sıfatıyla (doğrudan/icracı fail) suçta araç olarak kullanılabilir.

TCK m. 207'de tanımlı suça şerik sıfatıyla katılmak mümkündür.[78] Ama değiştirme ya da düzenleme fiiline azmettiren ya da yardım eden kişi, akabinde yine ortak bir suç işleme kararına dayanarak bu belgeyi kullansa, artık yalnızca müşterek fail sıfatıyla sorumlu görülmelidir. Çünkü sahte belgenin ortaya çıkış süreci, halen hazırlık evresidir; her halükarda fiil tamamlanmamıştır. Öyleyse kişi, TCK m. 207'den (müşterek) fail olarak cezalandırılmalıdır.

3. İçtima

Bir suç işleme kararının icrası kapsamında bir kişiye karşı aynı suçun değişik zamanlarda işlenmesi zincirleme suçu oluşturur ve görünüşte içtimanın söz konusu olmasıyla faile tek ceza verilir (Zincirleme suç-TCK m. 43/1).

Aynı kişi ya da kişilerden sadır olduğu izlenimiyle sahte belge düzenlenmesi veya bu kişilere ait belgenin değiştirilerek sahtecilik fiilinin gerçekleştirilmesi ve sahte belgenin aynı kişiler aleyhine kullanılması durumunda, TCK m. 43'teki tanımın karşılandığı açıktır. Ancak bu suç bakımından sorun, TCK m. 43/1'deki kurumsal tanımda yer alan "kişi" kavramına yüklenen anlamda kendini gösterir.

---

[77] TCK m. 207/2'de tanımlı suçun faili yönünden açıklamalar için ayrıca bkz. I B 4 c. TCK m. 207/1'de tanımlı suça fail ya da şerik olarak katılma halinde cezai sorumluluk ilk fıkraya göre belirlenir, bkz. Koca-Üzülmez, Özel Hükümler, s. 766.

[78] Yokuş Sevük, Özel Hükümler, s. 502.

Çünkü "kişi" kavramı mağdur ve gerek kişi ile sınırlandırılırsa TCK m. 207, bu sınırın dışında kalır. Ancak "bir kişiye karşı" tabirinin suçtan zarar göreni de içine aldığı veya yalnızca mağduru kapsamakla birlikte kamu/toplumun da kişi kavramı içinde görülebileceği şeklinde bir yorum takip edilirse, TCK m. 207 ile TCK m. 43/1 bir arada uygulanabilir.

Doktrin ve uygulamada karşımıza çıkan hakim kanaate göre; TCK m. 43/1 anlamında mağdur, kamu/toplum olarak da kabul edilmektedir.[79] Hatta sahtecilikle ilgili Yargıtay kararında "… *katılanlar K., R., İ., Ş. ve Ş.'nin kamu görevlisinin resmi belgede sahtecilik suçunun mağduru olmayıp, suçtan zarar gören olmaları, orman muhafaza memuru olan sanıkların farklı tarihlerde düzenledikleri suça konu sahte tutanakları, sorumluluk bölgelerinde … kendilerini kurtarmak amacıyla bir suç işleme kararı kapsamında düzenlemiş bulunmaları hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanıklar hakkında … zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekmektedir*" tespitiyle belgede sahtecilik suçunda mağdurun toplum olduğuna vurgu yapılmış ve bu kriterin zincirleme suçun uygulanması önünde bir engel olmadığına işaret edilmiştir.[80] Bizce de, işlenen suçta mağdurun toplum olması TCK m. 43/1'in tatbikine engel değildir.[81] O halde TCK m. 43/1'de öngörülen koşulların varlığı halinde TCK m. 207/1 ile zincirleme suç hükümleri birlikte uygulanabilir.

---

79 Genel olarak bkz. İzzet Özgenç, ***Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler***, Seçkin Yayınları, 18. Bası, Ankara, 2022, s. 818; Artuk vd., Genel Hükümler, s. 818; Dülger, Genel Hükümler, s. 807; Hakeri, Genel Hükümler, s. 362; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 538; Mustafa Kağan Öztürk, ***Ceza Hukukunda Zincirleme Suç***, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 72; Gökçe Yıldırım, "Resmi Belgede Sahtecilik Suçunun Zincirleme Suç Olarak İşlenmesi", ***Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 13, S. 161, s. 128.

80 Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 22.4.2014 tarihli ve K. 2014/202 sayılı kararı.

81 Bu sonuca TCK m. 43/1'de yer alan "*Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır*" hükmüyle de erişmek mümkündür, bkz. Artuk vd., Genel Hükümler, s. 819; Koca-Üzülmez, Genel Hükümler, s. 538; Özgenç, Genel Hükümler, s. 682. Doktrinde *Öztürk-Erdem*'e göre de, her ne kadar çok açık olmasa da bu fıkra hükmüyle kastedilen, işlenen suçta korunan hukuki değerin öncelikli olarak bireye değil, topluma, millete ya da devlete ait olmasıdır, bkz. Bahri Öztürk - Mustafa Ruhan Erdem, ***Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku***, 20. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 393. *Hafızoğulları-Özen*'e göre ise, TCK m. 43/1'deki "bir kişiye karşı" ibaresiyle, çok mağdurlu ya da mağduru gayri muayyen sayıdaki suçlar zincirleme suç kapsamı dışında bırakılmıştır. Yazarlar, TCK m. 43/1'e sonradan eklenen "*Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır*" cümlesiyle, söz konusu boşluğun hukuken giderilmek istendiğini; ama bu hamlenin de başka tartışmalara yol açtığını belirtmektedirler, bkz. Zeki Hafızoğulları - Muharrem Özen, ***Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler***, 12. Baskı, US-A Yayınları, Ankara, 2019, s. 363. Gerekçe itibarıyla farklı görüşte olan Yıldırım'a göre ise, burada TCK m. 43/3'teki hükme göre değil, doğrudan "kişi" tabiri üzerinden değerlendirme yapılmalıdır. Çünkü suçun mağduru bellidir ve mağdur toplumdur, bkz. Yıldırım, "Zincirleme Suç", s. 128.

Sahteciliğin tek bir fiille icra edilip birden fazla kişinin suçtan etkilendiği durumda aynı neviden fikri içtima kurumu tartışılmalıdır (TCK m. 43/2). Mesela kendi masası üzerinde duran ve her biri ayrı kiracısına ait on adet sözleşmede kira bedelini değiştiren ve aynı gün aynı saatte tüm sözleşmeleri icra dairesine verip takip başlatan kiraya veren için nasıl bir değerlendirme yapmak gerekir? Burada gerek sahtecilik (değiştirme) gerek kullanma fiili tek bir hareketten ibaretken, on ayrı kişi suçtan etkilenmektedir. Bu olasılık TCK m. 43/2'ye yaklaşmakla birlikte, her bir kişinin suçtan zarar gören konumunda olduğu unutulmamalıdır. Fail, tek bir "kullanma" fiiliyle topluma karşı suç işlemektedir. Öyleyse anılan durumda tek bir fiilin varlığı sebebiyle faile tek ceza verilmelidir. Başka deyişle, fail hakkında tesis edilecek tek cezanın dayanağı TCK m. 43/2 değil, fiil tekliğidir.[82]

Aynı suç işleme kararı kapsamında önce sahte resmi belge, sonra sahte özel belgenin kullanılmasının uygulamada aynı suçun icrası gibi değerlendirildiği görülmektedir.[83] Oysa her ne kadar her iki suçta da korunan hukuki değer (kamu güveni) ve mağdur (toplum) aynı olsa da, birbirinden farklı nitelikte ve ayrı tanımlanmış iki suçun varlığı söz konusudur. Bu nedenle, -uygulamadaki tavrın aksine- TCK m. 43 hükümlerinin tatbiki mümkün değildir.[84]

İçtima konusunda en son değineceğimiz husus, farklı neviden fikri içtima durumudur. Fail tek bir fiille hem sahtecilik suçunu hem de bir başka suçu işlemişse, TCK m. 44 tartışılmalıdır. Ancak TCK m. 212'deki "*Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur*" şeklindeki düzenleme nedeniyle, tek bir fiille sahtecilik ve bir başka suç işlendiğinde artık her iki suçtan da ceza verilecek, gerçek içtima uygulanacaktır.[85] Mesela, maddi bir yarar sağlama kastıyla bir başkasını hileli davranışlarla aldatırken kendisi ya da bir başkası tarafından düzenlenen/değiştirilen sahte özel belgeyi kullanan kişi hem TCK m. 157 hem de TCK m. 207'den ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Aslında

---

[82] Aynı yönde Özen, Özel Hükümler, s. 761; Yıldırım, "Zincirleme Suç", s. 125; karş. Koca-Üzülmez, Özel Hükümler, s. 746.

[83] Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 19.11.2013 tarihli ve E. 2012/11-1376 K. 2013/58 sayılı kararı.

[84] Aynı gerekçeyle aynı yönde Koca-Üzülmez, Özel Hükümler, s. 747; Yokuş Sevük, "Sahtecilik", s. 248. Yargıtay içtihadı yönünde, farklı normatif düzenlemeye rağmen her iki suçun aynı suç olduğu görüşünde Yıldırım, "Zincirleme Suç", s. 122.

[85] TCK m. 212 hükmünün yalnızca TCK kapsamında öngörülen suçlar açısından uygulanacağı görüşünde Gökcen, Belgede Sahtecilik, s. 472.

Kanun, içtima kurumuna ilişkin hükümle düzenleme/değiştirme hareketiyle ortaya çıkan sahte belge ve akabinde bu belgeyi kullanarak ihlal edilen bir başka norm arasında olası bir hareket sayısı tartışmasının önünü kesmiştir.[86]

Sahtecilik fiilinin özel kanunlarda ayrı bir suç tipi altında tanımlanması halinde (bkz. Vergi Usul Kanunu, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu) fail, ilgili kanun hükümlerine göre cezalandırılır.[87]

II. YAZILI TAHLİYE TAAHHÜDÜNE İLİŞKİN ÖZEL BİR İNCELEME

Çalışmamızın ilk bölümünde, ceza hukuku boyutuyla özel belgede sahtecilik fiilini karşılayan suç tipinin, bu anlamda TCK m. 207 hükmünde öngörülen suçun yapısal unsurları ile suçun özel görünüş şekillerinin incelenmesine yer verdik. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, yazılı tahliye taahhüdünün özel belgede sahtecilik suçunun konusunu oluşturduğu durum hukuken ele alınacaktır.

A. Genel Açıklamalar

Yazılı tahliye taahhüdünün özel belgede sahtecilik suçu altında bir bilimsel çalışmaya münhasıran konu edinmesinin ana nedeni, bilhassa 1.7.2022 tarihinden sonra, tahliye taahhütlerine dayanılarak yürütülen tahliye işlemlerindeki sayısal artıştır. Konunun güncel ve görünür hale gelmesindeki temel faktör ise 8.6.2022 tarih ve 7409 sayılı Kanun ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Geçici Madde 1 hükmünün eklenmesiyle gerçekleşen yasa değişikliğidir. TCK Geçici Madde 1'e göre "*Konut kiraları bakımından bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih ilâ 1/7/2023 (bu tarih dâhil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin yüzde yirmi beşini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranının*

---

[86] Karş. Ünver, "Evrakta Sahtecilik", s. 106.

[87] Detaylı normatif değerlendirme için bkz. Yokuş Sevük, Özel Hükümler, s. 503. 5464 sayılı Kanun yönünden değerlendirmeler için bkz. Ziya Koç, "5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. Maddesinde Düzenlenen Belgede Sahtecilik Suçu", ***Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2021, C. 6, S. 2, ss. 770 vd. (781). Yine VUK m. 359'ta tanımlanan suç ile TCK m. 204 ve m. 207'nin farklı suç tipleri olduğu ve özelinde aldatma kabiliyetine yönelik değerlendirmeler için bkz. Ferhat Yıldız, "Belgede Sahtecilik ile VUK'da Düzenlenen Sahte Belge Düzenleme Suçlarının Aldatma Kabiliyeti Yönünden Karşılaştırılması", ***Türkiye Adalet Akademisi Dergisi***, 2021, C. 12, S. 48, ss. 573 vd.; Görkemli, "Sahtecilik Suçları", ss. 429 vd.

yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü, 344'üncü maddenin ikinci fıkrası uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanır". Bu yasal değişikliğe bağlı olarak kira artış bedeline emredici nitelikte üst sınır getirilmesi kiracı açısından son derece lehe bir durum olmakla birlikte, kiraya veren nezdinde olumsuz görülebilmektedir. İşte bu sebeple kiraya veren, elinde bulundurduğu ve diğer yasal fesih nedenlerinden daha pratik bir yol sunan yazılı tahliye taahhüdünü kullanmaktadır. Bu fiili durumun 1.7.2022 sonrasında dikkat çekici şekilde belirginleştiğini gözlemlemek zor değildir.

Yazılı tahliye taahhüdü, kiracının kiraya verene karşı kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı üstlendiği yazılı şekle tabi sözleşmedir.[88] Bu sözleşmeyle birlikte kiraya veren, başka bir sebebin varlığına gerek duymadan ve herhangi bir tazminat ödemeksizin kira ilişkisini sona erdirme imkanına sahiptir.[89]

Yazılı tahliye taahhüdü, ancak belirli yasal şartları taşıması durumunda geçerlidir. Bu bağlamda; kanunen aranan şartlardan ilk sırada zikredilmesi gerekenler, taahhüdün yazılı olması ve kiracı tarafından imzalanmasıdır (TBK. m. 352/I; m. 12/II, c.1). Taahhüdün konusu, kiralanan taşınmazın tahliyesi olduğu için sözleşmede tahliye tarihi de belirtilmelidir ("... *kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak üstlendiği hâlde*"- TBK m. 352/1).

Tahliye taahhütlerinin geçerliliği bakımından, sözleşme düzenleme tarihinin varlığı şart koşulmamıştır.[90] Ancak uygulamada yerleşik hale geldiği gözlemlenen içtihada göre; kira akdi tarihinde veya o andan önce imzalanan/*düzenlenen* taahhüdün geçersiz olduğu kabul edilmektedir.[91] İşte bu son şartın tahliye taahhüdünün geçerliliğini sınırlaması sebebiyle kiraya veren, lehine olan hukuki durumu kullanabilmek adına kiracıdan beyaza imza almaktadır.

---

88 Merve Altuntop, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yazılı Tahliye Taahhüdü Sebebiyle Tahliye", ***Türkiye Adalet Akademisi Dergisi***, 2014, Y. 5, S. 19, s. 520; Haluk Burcuoğlu, ***Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi***, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 321.

89 Burcuoğlu, Tahliye, s. 295; Süleyman Yalman, "Tahliye Sebebi Olarak Yazılı Tahliye Taahhüdü", ***Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2005, C. 13, S. 2, s. 10.

90 Altuntop, "Yazılı Tahliye Taahhüdü", s. 525.

91 Bkz. Yargıtay 4.10.1944 tarihi E. 1944/20 K. 1944/28 sayılı içtihadı birleştirme kararı. Ayrıca bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 11.3.2008 tarihli ve E. 2008/11 K. 2008/2784 sayılı kararı.

Pratikte ekseriyetle kiracı, kiraladığı taşınmaza ait olduğunu bildiği tahliye taahhüdünü, *belge düzenleme tarihi ile taahhüt edilen tahliye tarihini* boş şekilde imzalamaktadır.[92] Bu aşamada çözüm bekleyen hukuki mesele, **senette boş bırakılan tarihlerin sonradan ve *ek bir yetkilendirme* olmaksızın doldurulmasının TCK hükümleri çerçevesinde nasıl değerlendirileceğidir**.

B. Özel Belgede Sahtecilik Suçu Açısından Değerlendirme

1. Genel Analiz

Tahliye taahhütlerinde yer alan tarih kısımlarının sonradan ve ayrı bir yetkilendirme olmaksızın, yani sözleşmenin taraflarının karşılıklı iradesine dayanmadan gerçeğe aykırı şekilde doldurulması, tahliye taahhütlerine işlevsellik kazandırmak için sıklıkla başvurulan bir metottur. Bu noktada Yargıtay'ın genel tutumunu yansıtmak üzere şu içtihat dikkat çekicidir:

"*... Öte yandan atılan imza, imza sahibi kiracıyı bağlayacağından tahliye taahhüdünü içeren bu belgedeki tarihlerin sonradan doldurulduğu yolundaki itiraza itibar edilemez.* ***Taahhütnamedeki tanzim tarihinin boş olarak bırakılıp davacıya verildiğinin kabul edilmesi halinde dahi davalı kiracı bu şekildeki davranışının sonucuna katlanmak zorundadır. Tanzim tarihinin sonradan doldurulmuş olmasının sonuca etkisi bulunamamaktadır***".[93]

Tahliye taahhüdünün yazılı olması ve bir beyan içermesi gerekliliği karşısında, açığa imza ile birlikte tahliye tarihine ilişkin kısımla ilgili rızai bir yetkilendirmede bulunulduğu kabul edilebilir. Gerçekten kiracının, kiraya verene teslim ettiği boş tarihli senetle "*Beni istediğin zaman tahliye edebilirsin*" manasında bir iradi beyan ortaya koyduğu söylenebilir. Böylece kiracı, sözleşmeyi sona erdirme hususunda kiraya verene yetki vermektedir. Yüksek Mahkeme içtihadı, tahliye tarihinin sonradan doldurulması yönüyle yerindedir. Öyleyse *tahliye tarihinin* sonradan doldurulması belgede sahtecilik olarak değerlendirilemeyecektir. Buna karşın halihazırda tarih doldurulmuşsa, bu tarih üzerindeki aldatıcı nitelikteki değişikliklerin tipik hareketi oluşturacağı kuşkusuzdur.

Yukarıda ilgili karar özetinde koyu tonda işaret ettiğimiz görüşün hukuken kabul edilemez bulduğumuz yönü, **senedin düzenlenme tarihi**ne ilişkindir. Mesela, esasen 15.9.2016 tarihli kira sözleşmesiyle aynı gün imzalanan ve kiraya vere-

---

92 Bu uygulamanın mutat hale geldiği anlaşılmaktadır, bkz. Yalman, "Yazılı Tahliye Taahhüdü", s. 14.

93 Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 11.3.2008 tarihli ve E. 2008/11 K. 2008/2784 sayılı kararı.

ne teslim edilen taşınmaza ilişkin tahliye taahhüdünde tarihler boş bırakılmış olsun. Artık kiraya verenin (failin) elinde ispat aracı olarak kullanılabilen ve kendisine hukuki sonuçlar bağlanan bir belge bulunduğunda şüphe yoktur. Hukuken tartışmaya açılan mesele ise, sözleşmenin tanzimi ve taşınmazın tesliminden sonra ortaya çıkacaktır. Bu durumu farazi bir olay üzerinden somutlaştıralım.

2. Somut Örnek Üzerinden Çözümleme

Olay: Konut vasfı taşıyan taşınmaza ilişkin *kiraya veren* (M) ile *kiracı* (E) arasında 15.9.2016 tarihli adi yazılı bir sözleşme imzalanmıştır. M, kira artış dönemi olan 15.9.2022 tarihinde, kira sözleşme bedelinin güncellenmesine dair hakkının olduğu bahisle (beş yılı aşkın sözleşme) üç katına varan kira artış talebinde bulunmuş; ama bu hususta sözlü beyanla yetinmiş, herhangi bir kira tespit davası açmamıştır. E ise bu muamele karşısında makul bir bedelde anlaşmayı önermiş; aksi durumda TBK Geçici Madde 1 hükmüne göre kira artışı uygulayacağını bildirmiştir. Bu cevap karşısında M*, tanzim (düzenleme) tarihini 15.7.2022, tahliye tarihini ise 15.9.2022 şeklinde doldurmuş ve bu belgeyle birlikte icra dairesinden tahliye talebinde bulunmuştur*.

Yargıtay'a göre[94], -ispat külfetine ilişkin değerlendirmeler bir tarafa- boş tarihli senede imza atan kiracı, bu davranışının sonuçlarına katlanacak, yani belge hukuken geçerli sayılacaktır. Öyleyse olayımızda M'nin başvurduğu yol makul bir süreçtir; çünkü işleme dayanak teşkil eden belge hukuken geçerlidir. Oysa bu olası tutum ve özelinde Yargıtay'ın görüşü, TCK m. 207'de öngörülen suç ile açıkça çelişmektedir.

Taahhütnamedeki tanzim tarihinin boş olarak bırakılıp davacıya verildiğinin kabul edilmesi halinde dahi davalı kiracı bu şekildeki davranışının sonucuna katlanmak zorundadır şeklindeki yorumun özel hukuk boyutuyla değerlendirilmesi, elbette bu alanın uzmanlarının ilgi ve bilgisine dahildir. Gayemiz, bu türden bir yorumun maddi ceza hukukundaki karşılığını analiz etmektir.

Yüksek Mahkeme'ce işaret edilen durum, ceza hukukunda *ilgilinin rızası* bakımından değerlendirilebilir. Gerçekten, kiracının açığa imzayla kiraya verene "*Tarihleri istediğin şekilde doldurabilirsin*" şeklinde bir yetki sahası bıraktığı düşünülebilir. Bu noktada sözleşmenin fesih tarihine tekabül eden tahliye tarihinin keyfi şekilde doldurulması, -belgenin taklit edilmesi olarak gerçekleşmedikçe- TCK m. 207 altında tipik hareket olarak değerlendirilemez. Ama düzen-

[94] Bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 11.3.2008 tarihli ve E. 2008/11 K. 2008/2784 sayılı kararı.

leme tarihinin gerçeğe aykırı biçimde doldurulması, belge üzerinde gerçeğe aykırı ve aldatıcı nitelikte değiştirme hareketidir.[95] İşte tam bu hususta kiracının rızasından bahsedilse bile rıza, belgede sahtecilik suçlarında hukuka uygunluk nedeni değildir! Üstelik özel hukuk boyutuyla kiracıya katlanma yükümlülüğü getiren Yargıtay, ceza hukuku boyutuyla rızanın hukuka uygunluk nedeni sayılamayacağını düşünmektedir.[96] Çünkü özel belgede sahtecilik suçunda korunan hukuki değerin sahibi kişiler değil, toplumdur. Topluma ait bir hakka yönelen tipik hareket, eylemden bizzat etkilenen kişinin rızasıyla hukuka uygun kılınamaz. Kıyaslayacak olursak; müstakil ve bahçeli bir evde yaşayan A, kendisine ait ve boş duran yan arsaya bir firma tarafından mütemadiyen çöp dökülmesine rıza göstermiş olabilir. Somut durumda bu çöp yığınından doğrudan ve belki tek başına etkilenen kişi A olabilir. Ne var ki bu fiil, A'ya ait bir hakka (mesela mülkiyet hakkına) yönelen saldırıdan ibaret değildir. Burada A, ancak suçtan zarar görendir ve gösterdiği rıza, çevrenin kasten kirletilmesi suçunun tipik hareketi yönünden etkili olmadığı gibi, böyle bir hareketi hukuka uygun hale de getirmeyecektir. O halde, tahliye taahhüdünün muhatabı ve bundan etkilenen tek kişi -örnek olaydaki- E iken, E'nin rızası olsa dahi fiil kamuya yönelmektedir ve suç vasfını korumaktadır. Öyleyse Yargıtay içtihadında yer alan katlanma külfetinin ceza hukuku anlamında TCK m. 207 üzerinde bir etkisi yoktur. Nihayet rıza olarak konumlandırılan açığa imzanın, sınırları belirlenebilir ve açık bir rızadan uzak olması karşısında, rıza ile kast ve kusurluluğa yönelik yukarıda yer verdiğimiz değerlendirmelerin de[97] burada somut bir etkisi olmayacaktır.

Yargıtay içtihadı ve uygulamadaki eğilim dikkate alınarak ilgilinin rızası odaklı yaptığımız analizin sonucunda, olay nezdinde kiraya verenin (M) cezai sorumluluğunu suçun yapısal unsurları bakımından tespit edelim:

Tipikliğin maddi unsurları bakımından; M'nin icrai ve iradi nitelikteki eylemi, özel belgede (yazılı tahliye taahhüdü) gerçeğe aykırı değişiklik (düzenleme/tanzim tarihi) niteliğindedir. Çünkü failin elinde bulundurduğu belge, var olan, tamamlan-

---

[95] Doktrinde *Soyaslan*, belgede yer alan tarih ve tarihin gerçeğe aykırı şekilde doldurulmasına ilişkin genel değerlendirmesinde; tarihin, esasen tamamlayıcı bir unsur olduğuna, belgenin geçerliliği açısından esaslı bir unsur olmadığına işaret etmiştir. Ancak yazar, şu hususun altını çizmiştir: Şayet tarih, belgenin geçerliliğine ilişkin yasal bir şekli şartın parçasıysa ya da ilgili belgenin hukuki sonuç doğurabilmesi için gerekliyse artık belgenin esaslı unsurudur. Böyleyken tarih üzerindeki değişiklikler sahtecilik olarak kabul edilmelidir, bkz. Soyaslan, Özel Hükümler, s. 516.

[96] Bkz. Yargıtay 11. CD, 23.3.2015, E. 2013/6785, K. 2015/24068.

[97] Bkz. I E.

mış bir vesikadır. Böyle bir evrak üzerinde gerçeğe aykırı şekilde ekleme yapılmıştır; zira tanzim tarihi sözleşme tarihi ile aynıyken, belgeye bağlı hukuki sonuçlardan faydalanmak amacıyla ilavelerde bulunulmuştur. Olayda, ileri tarihli bir sözleşme imza etmek gibi bir durum da yoktur. Şayet böyle bir durum olsaydı, belge üzerindeki değişikliğin ortak bir irade ve geçerli bir yetkiye dayanan düzeltme/ekleme şeklinde anlaşılması gerekir ve suçtan bahsedilemezdi. Gelinen noktada; TCK m. 207/1 bakımından kullanma fiili de gerçekleşmiş olmalıdır. Fail, elindeki belgeyi icra dairesine verip bir takip başlatmak suretiyle belgeyi kullanmış, icrai hareket ve netice tamamlanmıştır. Hareketin aldatıcı nitelikte olduğu da, icra takip işlemlerinin başlatılmasından anlaşılmaktadır. Şayet tarih üzerindeki değişiklik aldatabilecek nitelikte değilken icra memurunun özensizliği sebebiyle belge işleme alınmışsa, artık sahtecilikten bahsedilemeyeceği unutulmamalıdır.

Tipikliğin manevi unsurları bakımından; M, icra ettiği değişiklik hareketini bilerek ve isteyerek işlemektedir. TCK m. 207/1'in şartı konumunda olan kullanma fiili de gerçekleştiğinden, -kanaatimizce- E'nin (olası) rızasının kast üzerinde de bir etkisi olmayacağı, bir başka yönüyle olayda faydasız sahteciliğin gündeme gelmeyeceği söylenmelidir. Diğer yandan, TCK m. 207 bakımından olası kastı yeterli görmediğimizi ifade etmiştik. Anılan koşullarda ise failin doğrudan kastla hareket ettiğinde tereddüt yoktur.

Hukuka aykırılık bakımından; M tarafından işlendiği tespit edilen tipik hareketi hukuka uygun hale getiren bir nedenle karşılaşılmamıştır. O halde M'nin eylemi haksızlık teşkil etmektedir.

Kusurluluk bakımından; M'nin kusurluluğunu etkileyen bir nedene rastlanmamıştır. Bu suç bakımından, suçun mağdurunun toplum olması ve elem ve öfkenin kaynağı olan davranışın topluma ait olmadığından bahisle, suçun hakız tahrike elverişli olmadığını söylemiştik. Ayrıca burada E'nin TBK Geçici Madde 1 hükmüne göre kira artışı yapmasının, M açısından elem ve öfke uyandıracak nitelikte bir haksız fiil olmadığı da belirtilmelidir. E'nin hareketi hukuka uyundur. Hukuka uygun bir fiilin haksız fiil olarak nitelendirilmesi düşünülemez.[98]

Suçun özel görünüş şekilleri bakımından; M'nin fiili tamamlanmıştır. Yine M'nin sahtecilik fiiline iştirak eden olmamıştır. Bu noktada, sözleşme imzalan-

[98] Mesela, kişide psikolojik olarak bir elem ve öfke uyandırsa da, bir başkasının kendisi hakkında ihbar ve şikayet hakkını kullanması da -elbette yasal sınırlar çerçevesinde- haksız fiil sayılamayacak ve TCK m. 29 anlamında elem ve öfkenin dayanağı olarak görülemeyecektir, bkz. Koca - Üzülmez, Genel Hükümler, s. 362.

dığı zaman E'nin düzenleme tarihinin sonradan ve kiraya verenin dilediği şekilde doldurmasına yönelik bir iradesi varsa, sahtecilik suçuna dair hem M hem E'nin müşterek failliği ya da E'nin, M'nin fiiline şerik olarak katılımı akla gelebilir. Ama bu noktada E'nin açık beyanın bir rıza değil, yetkilendirme olduğu düşünülmelidir (ileri tarihli bir sözleşme imzalanması gibi). Böyle bir olasılıkta elbette hukuka aykırı bir tipik hareketten, haliyle suçtan ve iştirakten bahsedilemeyecektir. TCK m. 212'deki özel düzenleme dahil içtima ile ilgili ayrı bir değerlendirme gerektirecek duruma rastlanmamıştır.

Tüm bu hukuki değerlendirmelerimiz kapsamında M, TCK m. 207/1'de tanımlanan suçun failidir.

3. İspat Yönüyle ve Benzer Cezai Normlar Bakımından Ek Analiz

Tahliye taahhütlerinde mutat hale gelen açığa imza meselesini değerlendirdiğimiz bölümün sonunda, fiil bakımından iki hususa ayrıca değinmek isteriz.

a. İspat Yükü Bakımından İnceleme

Özel belgede sahtecilik suçunu incelerken, Yargıtay'ın açığa imza atan kişinin katlanma yükümlülüğünü benimsediğini ifade etmiş ve bu hukuki tutumu eleştirmiştik.[99] Yine Yargıtay'a göre, tahliye taahhüdünün kiralananın teslimin-den önce veya sözleşmeyle aynı anda açığa imza şeklinde imzalatıldığına dair ispat yükü kiracıdadır.[100] İspatın iddia sahibi, ceza hukukunda suçtan zarar gören tarafından ortaya konulmasında herhangi bir duraksama yoktur. Ne var ki Yargıtay, sahtecilik suçuyla benzerlikler gösteren ve esasen aynı şekilde belgenin hukuki geçerliliğini etkileyen açığa imzanın kötüye kullanılması suçuyla ilgili olarak yazılı delil aramaktadır.[101] İçtihadı birleştirme kararı ile benimsenen bu

---

[99] "...*Taahhüdün tanzim ve tahliye tarihleri kısmının boş olarak düzenlenip davacıya verilmiş olduğu kabul edilse bile, kiracı davalı bu şekildeki boşa imza atmakla davacıya istediği tarihi doldurma yetkisi vermiş olduğundan bunun sonucuna katlanmak zorundadır*", bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 7.6.2012 tarihli ve E. 2012/5147 K. 2012/8537 sayılı kararı. Ayrıca bkz. Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 14.09.2011 tarihli ve E. 2011/4370 K. 2011/8923 sayılı kararı.

[100] Bu hususta Yargıtay, ancak yazılı delille ispatı aramaktadır, "...*Davalı, düzenleme ve tahliye tarihinin belgeye sonradan yazıldığını ve gerçeği yansıtmadığını ileri sürmüş ise de bu iddiasını aynı ispat gücüne haiz başka bir belge ile kanıtlamak durumunda olup bu yönde yazılı bir delil bir delil sunmamıştır*..", Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 24.1.2017 tarihli ve E. 2017/1536 K. 2017/475 sayılı kararı.

[101] Bkz. Yargıtay 24.3.1989 tarihli ve E. 1989/1 K. 1989/2 sayılı içtihadı birleştirme kararı. Ayrıca bkz. "... *senedin bedelsiz kaldığının ya da anlaşmaya aykırı kullanıldığın yazılı delille ispatlanmasının zorunlu olmasına rağmen*...", Yargıtay 15. Ceza Dairesinin 21.1.2015 tarihli ve E. 2013/6938 K. 2015/995 sayılı kararı.

ölçüt, ceza muhakemesinin temel ilkeleri ve hayatın olağan akışına aykırı görülerek eleştirilmektedir.[102] Bu eleştiri bizce de son derece yerindedir. Gerçekten, maddi gerçeğe ulaşma kaygısı taşıyan ceza muhakemesinde delil elde etme ve delillerin tartışılması evrelerini yazılı delille sınırlamanın geçerli, tatmin edici ve hepsinden önemlisi kanuni bir dayanağı yoktur.

Sonuç olarak; belge üzerinde gerçekleştirilen ve sahtecilik ya da açığa imzanın kötüye kullanılması suçunu oluşturan fiil, hukuka uygun elde edildiği müddetçe her türlü delille ispatlanabilir.[103]

Bu alt başlık altında, özel belgede sahteciliğin ceza mahkemesince hükme bağlanmasının hukuk yargılamasına etkisini de kısaca belirtmekte yarar görüyoruz:

HMK m. 214'e göre "*(1) Belgenin sahte olmadığına dair hukuk mahkemesince verilen karar kesinleştikten sonra, söz konusu belge hakkında ceza mahkemesinde de sahtelik iddiası dinlenmez. (2) Ceza mahkemesince belgeyi düzenleyen hakkında ceza verilmesine yer olmadığı ya da beraat kararı verilmiş olması, hukuk mahkemesinin belgenin sahteliğini incelemesini engellemez*". Bu hükümde, mahkumiyet kararı verildiğinde ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesi bakımından nasıl bir etki doğuracağı düzenlenmemiştir. Ancak hükümde yer verilen ifadenin mefhumu muhalifinden şu sonuç çıkarılabilir: Belgede sahtecilik suçuna ilişkin mahkumiyet kararı tesis edilmişse, artık hukuk mahkemesi nezdinde gerçekleştirilen yargılama faaliyeti sırasında dava konusu belgenin sahteliğine ilişkin bir inceleme gerçekleştirilemez.[104] Başka bir deyişle, ceza mahkemesi tarafından belgede sahtecilik suçuna ilişkin mahkumiyet kararı verildiği ihtimalde hukuk mahkemesi, görmekte olduğu davada (örneğin sahte belgenin iptali davası) veya başka bir davanın hükme bağlanabilmesi için belgenin sahte olup olmadığının ön sorun olarak incelendiği durumlarda (örneğin tahliye davasında ibraz edilen yazılı tahliye taahhüdünün sahteliği iddiasına ilişkin inceleme sonucunda) ilgili belgenin sahte olmadığına iliş-

---

[102] Bkz. Artuk vd., Özel Hükümler, s 754; Gökcen, Belgede Sahtecilik, s. 77; Koca-Üzülmez, Özel Hükümler, s. 773.

[103] Nitekim emsal olayda, boş tarih kısımlarının farklı el ürünü olması sebebiyle senedin özel belge sayıldığı içtihat için bkz. Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 31.3.2008 tarihli ve E. 2006/1522 K 2008/2268 sayılı kararı.

[104] Aynı yönde ve ayrıntılı bilgi için bkz. Derya Belgin Güneş, ***Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri***, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, ss. 171 vd.; ayrıca bkz. Orhan Eroğlu, "Sahtecilik İddiasına Dayalı Menfi Tespit ve İstirdat Davalarında Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararına Etkisi", ***Terazi Hukuk Dergisi***, 2018, C. 13, S. 146, s. 30.

kin bir karar tesis edemeyecektir. Dolayısıyla ceza yargılaması sonucunda verilen mahkumiyet kararı, hukuk mahkemesinin yeniden o belgeye ilişkin sahtelik incelemesinde bulunma gerekliliğini bertaraf etmektedir.[105] Bu açıklamalardan hareketle yazılı tahliye taahhüdüne dayanılarak açılan bir tahliye davasında söz konusu belgenin sahteliği ceza yargılaması sonucunda sabit olmuş ve mahkumiyet kararı tesis edilmişse söz konusu ceza mahkemesi kararı ileri sürülmek suretiyle davanın reddi sağlanabilecektir.

b. Açığa İmzanın Kötüye Kullanılması Suçu

TCK m. 209'a göre "*Belirli bir tarzda doldurulup kullanılmak üzere kendisine teslim olunan imzalı ve kısmen veya tamamen boş bir kağıdı, verilme nedeninden farklı bir şekilde dolduran kişi, şikayet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*".

Yazılı tahliye taahhütlerine dair karşılaşılan durum da, kiracının kısmen veya tamamen boş bir kağıda imza atması şeklinde cereyan ettiğinden, TCK m. 209 hükmü de akla gelmektedir. Ancak kanaatimizce, her ne kadar açığa imzadan istifade etmek söz konusu olsa da fiil, TCK m. 209'da tanımlanan tipik harekete uymamaktadır.

TCK m. 209'da da, senedin ispat gücüne duyulan güven zedelendiği için topluma karşı işlenen bir suçtan bahsedilir.[106] Keza diğer yandan taraflar arasındaki güven ilişkisi de zarar görmektedir.[107] Nihayet tarafların rızasına aykırı olarak, bilgileri dışında belge içeriğinin doldurulmasıyla yeni ve aslında hukuka aykırı bir belge üretilmekte, henüz belge niteliğini haiz olmayan şeye belge niteliği kazandırılmaktadır.[108] Tüm bu yönleriyle suç, belgede sahtecilik suçuyla büyük oranda benzerlikler göstermektedir.[109] TCK m. 209'u farklılaştıran unsur

---

[105] Belgin Güneş, Ceza Mahkemesi Kararları, s. 173; Eroğlu, "Ceza Mahkemesi Kararları", s. 30. Belgenin sahteliğine ilişkin olarak ceza mahkemesince verilen ve kesinleşen mahkumiyet kararının, aynı senedin konu edindiği davada hukuk mahkemesi nezdinde kesin hüküm niteliğinde olduğu tespitinin yanı sıra, beraat hükmüne ilişkin değerlendirmeler için bkz. Bahattin Aras, "Sahtecilik İddiası Bakımından Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi", ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi***, 2016, C. 29, S. 124, ss. 401 vd.

[106] Soyaslan, Özel Hükümler, s. 536; Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1090.

[107] Soyaslan, Özel Hükümler, s. 536.

[108] Tezcan-Erdem-Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 1090.

[109] Öyle ki, açığa imzanın kötüye kullanılması suçu, özel belgede sahteciliğin özel bir görünümü olarak nitelendirilebilir, bkz. Koca-Üzülmez, s. 762. Diğer yandan, açığa imzanın kötüye kullanılması suçunun, güvenin kötüye kullanılması suçunun bir türü olduğu tespitinde Ünver, "Evrakta Sahtecilik", s. 102.

ise belge içeriğinin taraflar arasındaki hukuki ilişkiye değil, bir başka nedene dayanmasıdır. Kanun maddesi, tipiklikte içeriğin kaynağı olan nedeni belirleyici kılmıştır.

Yukarıda analiz ettiğimiz olay üzerinden değerlendirecek olursak; kiraya veren, kiracıdan, kiracının imzası olduğu kısmen boş bir kağıt almıştır. Burada kiraya verenin sonraki davranışıyla, yani tarihleri gerçeğe aykırı şekilde doldurmasıyla aslında yeni bir belge üretilmemekte, var olan belge gerçeğe aykırı hale getirilmekte, değiştirilmektedir. Gerçekten kiracı, imzaladığı senedin, mukim olduğu konutun tahliyesine ilişkin olduğunu, tahliye tarihinin sözleşmeyi sona erdirdiğini bilmektedir. Boş tarihlerin kiraya veren tarafından doldurulduktan sonra belgenin icra takip işlemlerine dayanak kılınması, kiracının beklemediği, senedin dayandığı hukuki ilişki bakımından bilmediği, öngöremediği bir durum değildir. Öyleyse, ciddi benzerlikler taşımakla birlikte, yazılı tahliye taahhütleri bakımından TCK m. 209 (açığa imzanın kötüye kullanılması) ilk değerlendirilecek norm değildir. Ancak bu noktada şu husus unutulmamalıdır: Aslında başka bir amaçla, mesela taşınmazın kiralandığı süre boyunca oluşabilecek muhtemel masraflar bakımından garanti oluşturması amacıyla kiracıdan alınan kısmen veya tamamen boş ve fakat imzalı senedin tahliye taahhüdü gibi icra dairesine sunulması durumunda, artık TCK m. 209'un uygulanacağında şüphe yoktur.

Karşılaştırılan suçlar bakımından son derece tartışmalı görünen meseleyi, şu somut durum üzerinden özetleyerek daha açık bir görünüme kavuşturacağımızı düşünüyoruz: Failin bir satış karşılığında bedel yazılmadan doldurulan senette borç kısmına anlaşılanın altı ya da üstünde bir bedel yazılması halinde, açığa imzanın kötüye kullanılmasından bahsedilebilir. Çünkü senet her ne kadar borç ilişkisi üzerine geçerliliğini korusa da, satıcının elinde bulundurduğu an itibarıyla henüz tamamlanmamış bir belgedir.[110] Oysa tahliye taahhüdünde kişi, bir tahliye taahhütnamesine imza attığını bilmektedir ve kiraya verene, bir nevi istediği tarihte sözleşmeyi sona erdirme yetkisi tanımaktadır. Bu yönüyle belge, ayrı bir iradi noksanlık yoksa geçerlidir. Ama taahhüdün verildiği tarih, genelde ya kira sözleşmesi ile aynı ya da kira sözleşmesinden öncedir. İşte bu noktada hem kiraya veren hem kiracı, taahhüdün aslında kira sözleşmesi anında ya da öncesinde imza altına alındığını bilmektedir. Bu yönüyle, tarih kısımları boş belge, tamamlanmış bir belgedir. Tahliye tarihinin bulunması zorunlu olsa da,

[110] Örnek için bkz. Soyaslan, Özel Hükümler, s. 536.

bu hususdaki "yetkilendirme" geçerli kabul edilmektedir. Yazılı tahliye taahhüdünün geçerliliği için düzenleme tarihinin bulunması ise zorunlu bir unsur değildir.[111] O halde belge (yazılı tahliye taahhüdü), tamamlanmış belgedir. İşte bu tespit, TCK m. 209'u uygulama dışı bırakır. Ama TCK m. 207'nin gündeme gelme sebebi, doktrin ve Yargıtay uygulaması ışığında, tanzim tarihine belli ve esaslı hukuki sonuçlar bağlanmış olmasıdır. O halde tanzim tarihinin sonradan ve gerçeğe aykırı doldurulması, TCK m. 207'nin tartışma alanındadır.

c. Yazılı Tahliye Taahhüdüne Konu Taşınmazın Aile Konutu Olması

Gerek bu kısım gerekse çalışmanın genelinde son sırada ele alacağımız husus, tahliye taahhüdüne konu taşınmazın aile konutu olması ihtimalidir.

Aile konutu; eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, hayatlarına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alan, şeklinde tanımlanmaktadır.[112]

4721 sayılı TMK m 194/1'de öngörülen "*Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz*" hükmüyle, aile konutuna özgü olarak sözleşme serbestisinin sınırlandığı görülmektedir. Yazılı tahliye taahhütleri de bu kapsamda değerlendirilmekte, eşin rızası olmadan yapılan sözleşmenin geçersiz olduğu kabul edilmektedir.[113] Hukuk uygulamasındaki genel eğilim de bu yöndedir. Nitekim Ankara Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, TMK m. 194/1 ve 2004 sayılı İİK m. 276/son hükümleriyle birlikte aile konutunun özel bir önem ve konuma sahip kılındığı ve bu bağlamda konut üzerindeki hukuki işlem yetkisinin kanun koyucu tarafından sınırlandırıldığını açıkça vurgulamıştır. Mahkeme, tahliyeye konu taşınmazın aile konutu olarak belirlenmesi halinde bu yasal gereklerin yerine getirilip getirilmediğinin araştırılmasını zorunlu görmüştür.[114] Aynı minvalde Yargıtay; tahliyesi istenen yerin aile konutu olduğunun tespitine yönelik olarak dava açıldığı-

[111] Bkz. Altuntop, "Yazılı Tahliye Taahhüdü", s. 525.

[112] Bkz. TMK m. 194 Gerekçesi.

[113] Bkz. Mustafa Dural - Tufan Öğüz - Mustafa Alper Gümüş, ***Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku***, Filiz Kitabevi, 17. Baskı, İstanbul 2022, N. 888; Ahmet M. Kılıçoğlu, ***Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı***, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 12; Yalman, "Yazılı Tahliye Taahhüdü", s. 19.

[114] Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 19. Hukuk Dairesinin 6.12.2018 tarihli ve E. 2017/2529 K. 2018/2234 sayılı kararı.

nın belirlenmesi halinde, bu davanın bekletici mesele yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiği yönünde kanaatini paylaşmıştır.[115]

Peki, tahliye taahhütleri açısından ciddi bir hukuki etkiye sahip olan aile konutu ayrıntısının çalışmamız bakımından önemi nedir?

TMK hükümleri, doktrin ve uygulamanın tutumu çerçevesinde; aile konutu olarak kullanılan taşınmaz hakkındaki tahliye taahhüdünde eşin imzası ya da bir şekilde rızası yoksa bu taahhüt geçersizdir. Böyleyken, tarihi sonradan ve gerçeğe aykırı şekilde doldurulan taahhüt için ayrıca ceza hukuku yönüyle özel belgede sahtecilik suçunun oluştuğu söylenebilecek midir? Bu soruya olumsuz yanıt verilmelidir. Çünkü eşin imza ya da rızasını taşımayan tahliye taahhüdü, hukuken ispat kabiliyetinden yoksundur.[116] Bu durumda, sahtecilik suçu için aranan *aldatıcı olma* şartı da sağlanmayacak ve tipik hareketten söz edilemeyecektir. Açıkçası gelinen nokta hukuken ilginç bir durum ortaya çıkarmaktadır. Zira üzerinde gerçeğe aykırı şekilde değişiklik yaptığı belgeyi icra dairesine veren kişi, kiracı eşin rızası bulunmadığı için bir taraftan hukuken arzu ettiği tahliye sonucuna ulaşamazken, diğer yandan -esasen objektif ve sübjektif yönleriyle suç izlenimi uyandıran- sahtecilik eylemi dolayısıyla ceza almayacaktır. TMK m 194/1 etkisiyle hukuki süreçte umduğunu bulamayan kiraya veren, aynı normun etkisiyle ceza almaktan kurtulacaktır.

Aile konutuyla ilgili tespitlerimizde şu olasılıklara da yer vermek gerekir. Mesela, aile konutu olarak kullanılan taşınmazın konusu olduğu; ama yalnızca kiracının imzasının bulunduğu belge üzerinde kiraya veren veya bir başkası, kiracı eşin de imzasını taklit etse, artık TCK m. 207'de tanımlı suçun oluşacağında kuşku yoktur. Çünkü kiraya verenin bu eylemiyle belge, ispat gücüne erişmektedir. Buna karşın taşınmazın aile konutu olarak kullanılmadığı; ama kiraya verenin bundan habersiz olduğu durumda, kiracının eşinin imzasını taklit ederek belgeye ekleyen kimse, faydasız sahtecilikten dolayı ceza almamalıdır. Çünkü imzası taklit edilen kişi (mesela boşanmış eş), taahhüt sözleşmesinin tarafı değildir.

---

[115] Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 29.4.2011 tarihli ve E. 2012/629 K. 2012/19408 sayılı kararı. Anılan kararda Yüksek Mahkeme ayrıca Hukuk Genel Kurulunun 26.10.2005 tarihli ve E. 2005/12-676 K. 2005/600 sayılı kararı ile 19.10.2005 tarihli ve E. 2005/12-652 K. 2005/583 sayılı kararına dayanmıştır.

[116] Gerçekten, ilgili mevzuata aykırı olarak düzenlenen belgenin iğfal kabiliyeti yoktur, bkz. Artuk vd., Özel Hükümler, s. 779.

SONUÇ

İki ana bölüme ayırarak kaleme aldığımız bu çalışmanın ilk bölümünde, suçun yapısal unsurları bağlamında özel belgede sahtecilik suçunu (TCK m. 207) inceledik. Bu suç hakkında ulaştığımız sonuçları şu şekilde özetleyelim:

1. Kanun koyucu, kamu güvenilirliğine karşı suçlar altında sahtecilik suçlarına yer vermiş, bu kategoride TCK m. 207'de özel belgede sahtecilik suçunu ihdas etmiştir. Niteliği ve ceza hukukunda karşılık bulan normlara göre, özel belge statüsü taşıyan belge üzerinde gerçeğe aykırı ve aldatma kabiliyetini haiz düzenleme veya değişiklikler sahtecilik fiilini oluşturur. Ancak resmi belgede sahtecik suçundan farklı olarak, senet üzerinde sahteciliği doğuran düzenleme ya da değişiklik tek başına yetmemekte, kullanma eyleminin de icra edilmesi gerekmektedir (TCK m. 207/1). Ama TCK m. 207/2 hükmüne göre, senedin değiştirilmesi ya da düzenlemesine iştirak etmeyen bir başka kişi, tek başına kullanma eylemiyle de bu suçun faili olabilir.

2. TCK m. 207/1'deki ifadeden, sahtecilik fiilinin başkalarını aldatmaya elverişli şekilde icrası şartının gerçek bir belgede değişikliğe özgü kılındığı algısı doğabilir. Oysa doktrin ve uygulamada kabul edildiği ve tarafımızca da benimsendiği üzere; düzenleme, değiştirme ve kullanmanın başkalarını aldatmaya elverişli olması şarttır. Diğer yandan, icra edilen sahtecilik fiilinin cezalandırılabilmesi için yine doktrin ve uygulamada yerleşmiş bir diğer koşul, gerçekte erişilemeyen bir imkana sahte belge vasıtasıyla kavuşmaktır ki, bu husus faydasız sahteciliğin cezasız kalması şeklinde karşılık bulur. Aldatma niteliği ile faydasız sahteciliğin bir arada değerlendirilmesi sonucunda, kanaatimizce bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir.

3. TCK m. 207/2'de tanımlanan sahte özel belgeyi kullanma fiili, hata hükümleri açısından ayrıca ele alınmalıdır. Kişi, elinde bulundurduğu senedin sahte olduğunu biliyor ve fakat *özel belge olmadığını* bilmiyorsa -elinde bulundurduğu bononun adi yazılı senet olduğunu düşünerek kullanma gibi-, cezai sorumluluk ne şekilde tespit edilecektir? Failin sübjektif durumuna odaklandığımızda, konu yokluğu kapsamında elverişsiz teşebbüsten bahsedilir; çünkü olayda özel bir belge mevcut değildir. Objektif olarak karşılaşılan resmi belge açısından, resmi belge TCK m. 204 altında suçun unsuru olarak tanımlandığı için failin kastı kapsamında kalmalıdır. Oysa kişi, eline bulundurduğu ve bilahare kullandığı belgenin niteliğini bilmemektedir. Buradaki hata, tipiklik hatasıdır (TCK m. 30/1). Mevcut yanılgının, yani konuda hatanın kastı kaldıran hata niteliği taşıması için esaslı bir hata teşkil et-

mesi gerekir. Bu evrede eşdeğerlik prensibine göre; failin tasavvuru (özel belge) ile gerçekte olan (resmi belge) arasında eşdeğerlik bulunmadığı sonucuna ulaşılır. Öyleyse fail, resmi belge bakımından kasten hareket etmemiştir; ancak taksirli halden sorumludur. Ne var ki resmi belgede sahtecilik suçu yalnızca kasten işlenebilir. Gelinen noktada fail, konuda hata sebebiyle TCK m. 204'ten (bkz. TCK m. 30/1), konu yokluğu nedeniyle TCK m. 207'den sorumlu görülemeyecektir. Burada cezasızlık durumu ceza adaletini sarsarken, TCK m. 204 veya TCK m. 207'den cezalandırma yoluna gidilmesi hukuken tatmin edici bir gerekçeye dayanmayacaktır. Oysa somut durumda fail, her ne kadar niteliğini bilmese de, *sahte olduğunu bildiği belgeyi* kullanmıştır. Kanaatimizce bu boşluk -uygun düşen başka suçlarda da karşılaşıldığı üzere- TCK m. 30/2'de yapılacak bir yasal düzenlemeyle giderilebilir. TCK m. 30/2 sadece nitelikli halleri kapsamamalı, ele aldığımız örnekte olduğu gibi daha az ceza öngören norm ile ilişkilendirilmeli ve kişi, daha hafif ceza öngören norm üzerinden cezalandırılmalıdır. Somut yasal önerimiz ise, TCK m. 30/2'deki ifadenin "*hafif ceza öngören kanun*" şeklinde güncellenmesidir.

4. Sahtecilik suçlarının hukuka aykırılık bahsinde en önde gelen ve vurgulanması gereken neden, ilgilinin rızasıdır. Buradaki ilgili, sahte belgenin kullanılmasından dolayı hakkı doğrudan zedelenen kişidir. Ancak bu suçta korunan hukuki değerin sahibi toplumu oluşturan herkestir. Sahteciliğin doğrudan muhatabı ise suçtan zarar görendir ve suçtan zarar gören kişinin rızası bu suçta bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez.

5. Kanunda kusurluluğu etkileyen neden olarak öngörülen kurumlar, yasal koşulları oluştuğu müddetçe özel belgede sahtecilik suçunda da tatbik olunur. Bu bağlamda; kurumun niteliğine ilişkin tartışmalar bir tarafa, yasal koşulları oluştuğu müddetçe zorunluluk halinin özel belgede sahtecilik suçunda da tatbik olunabileceği belirtilmelidir. Ancak haksız tahrik ile belgede sahtecilik suçunun bir arada uygulanması düşünülemez. Çünkü haksız tahrikin koşulu, elem ve öfkeye dayanan suçun haksız fiilin sahibine karşı işlenmesidir. Oysa her ne kadar haksız fiilin sahibi kişiyi zarara uğratacak bir fiil icra edilse de suç, toplumu oluşturan herkese karşı işlenmiş olacaktır. Bu yönüyle haksız tahrik kurumunun belgede sahtecilik suçunda uygulanması, suçun niteliği gereği mümkün değildir.

6. Özel belgede sahtecilik suçu teşebbüse elverişli olmakla birlikte, "kullanma" fiili de tipik hareketin parçası olduğundan, kullanma fiiline yönelik ic-

rai hareketlere başlanılmış olması gerekmektedir. Kullanma aşamasından önceki davranışlar ise hazırlık hareketi olarak görülecektir. İştirak bakımından da faillik ve şerikliğe ait şartlar genel olarak uygulama alanı bulsa da, TCK m. 207/2'deki durum özel olarak zikredilmelidir. TCK m. 207/1'e şerik sıfatıyla dahi olsa iştirak eden kişi, sonrasında diğer suç ortaklarıyla birlikte alınan karar üzerine senedi kullansa, henüz icra hareketleri devam ettiğinden (suç tamamlanmadığından) TCK m. 207/1'den cezalandırılmalıdır. Özel belgede sahtecilik suçu, suçun mağduru ve tipik hareket birlikte değerlendirildiğinde, içtima bakımından da ayrı sonuçlar barındırmaktadır. Nitekim suçun mağdurunun toplum olması ve toplumun da TCK m. 43/1'de yer alan "*bir kişi*" içinde değerlendirilmesi karşısında, TCK m. 207 ile TCK m. 43/1'in birlikte uygulanabileceği söylenmelidir. Yine suçun mağdurunun toplum olmasından dolayı, failin tek bir fiille birden fazla kişiyi doğrudan zarara uğratması karşısında (mesela aynı anda beş kişiye karşı sahte senedin icra takip işlemine konulması gibi) TCK m. 43/2'den dolayı değil, fiil tekliğinden dolayı tek suç tek ceza tespiti gerekir. Ama son ihtimalde haksızlık içeriğinin yoğunluğu gereği faile verilecek cezada üst sınıra yaklaşılmalıdır. Nihayet içtima bakımından TCK m. 212'deki özel düzenleme önem taşır. Sahte olarak tanzim edilen ya da gerçeğe aykırı şekilde değiştirilen belgenin kullanılmasıyla ayrı bir ceza normu ihlal edilirse, gerçek içtima söz konusu olacaktır. Özel kanunlardaki düzenlemelerde ise uygulanacak norm, ilgili kanun maddesidir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ele aldığımız özel belgede sahtecilik suçu kapsamında yazılı tahliye taahhütlerine ilişkin tespitlerimizi özetleyelim:

1. Taşınmaz kira sözleşmesinin feshi sonucu doğuran ve diğer yasal gerekçelere kıyasla kiraya verene daha pratik bir tahliye imkanı sunan yazılı tahliye taahhüdü, Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarıyla hukuken uyumlu görünebilmek adına, düzenleme ve tahliye tarihleri boş olarak alınmakta; yani kiracı, kısmen boş bir kağıda imza atmaktadır. Burada sözleşmenin feshi anlamı taşıyan tahliye tarihinin sonradan doldurulması hukuken kabul edilse de, sözleşmenin düzenlenme tarihi üzerine düşünmek gerekir.

2. Tahliye taahhüdünde yer alan sözleşme düzenleme tarihinin gerçeğe aykırı doldurulması, sahtecilik fiilini oluşturur. Çünkü -ekseriyet teşkil ettiği üzere- aslında kira sözleşmesiyle veya ondan önceki bir tarihte imzalanan taahhüt, gerçeğe aykırı şekilde sonraki bir tarihte düzenlenmiş gibi gösterilmektedir. Böylece belge, sözleşme kapsamındaki açık ve karşılıklı irade ve

hukuken geçerli bir yetkilendirmeye dayanmaksızın, gerçeğe aykırı ve başkalarını aldatıcı şekilde değiştirilmektedir.

3. Yazılı tahliye taahhüdünde, belge tanzim tarihinin sonradan ve gerçeğe aykırı şekilde doldurulmasında TCK m. 207'deki tipik hareketin oluştuğu kabul edilmelidir. Burada ilgilinin (kira sözleşmesinin tarafı) rızası bir hukuka uygunluk nedeni olarak görülemez. Keza rıza, failin bilerek ve isteyerek gerçeğe aykırı bir belgeyi kullanması önünde engel oluşturmayacağından, failin kastının kalktığı da söylenemez.

4. Haksız tahrik kurumunun özel belgede sahtecilik suçunda gündeme gelemeyeceğini vurgulamıştık. Çalışmamız özelinde ise, son dönemde yasal kira artışı uygulayan kiracıya karşı sahte olarak tanzim edilen veya gerçeğe aykırı şekilde değiştirilen taahhütlerin kullanıldığı bilgisini paylaşmıştık. Bu durumun, TCK m. 29'da sayılan şartlar arasında yer alan ve failde uyanan elem ve öfkenin dayanağını teşkil eden bir haksız fiil olarak değerlendirilemeyeceği de ayrıca ve önemle ifade edilmelidir.

5. Yazılı tahliye taahhüdüne ilişkin özel analizimizde, Yargıtay uygulamasının sahteciliği ispat noktasında yazılı belge şartı aradığına dair içtihadının ceza muhakemesinde farklı algılanması ve yorumlanması gerektiğini vurguladık. Aksi bir kabulün ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşma gayesiyle çelişeceğinde şüphe yoktur. O halde, hukuken geçerli olduğu müddetçe sahtecilik iddiası her türlü delille ispat edilebilir. Diğer yandan, hukuk muhakemesinde aynı kuvvette yazılı belge aranmasının karşısında, sahtecilik iddiasına dair ceza mahkemesince tesis edilen ve kesinleşen mahkumiyet kararı, aynı senedin konu edindiği hukuk muhakemesinde kesin ve bağlayıcı delil niteliğindedir. O halde, sahte olarak düzenlenen veya gerçeğe aykırı şekilde değiştirilen ve kullanılan tahliye taahhüdü icra dairesince tahliye sebebi kılınsa, işbu takip de hukuka aykırı sayılmalıdır; çünkü tahliye talebine konu olan belgenin sahte, yani hukuka aykırı olduğu ceza mahkemesince tespit edilmiştir.

6. Tanzim ve tahliye tarihlerinin boş olduğu bir belgenin kiracı tarafından imzalanması; ancak kiraya verenin bu tarihleri sonradan ve gerçeğe aykırı şekilde doldurması karşısında kısmen boş bir senetten bahsedilebilir ve bu sebeple açığa imzanın kötüye kullanılması suçu da akla gelebilir (TCK m. 209). Ama bu suç için öngörülen tipik hareket, senedin verilme amacı dışında kullanılmasıdır. Oysa kiracı, her ne kadar sonuç itibarıyla kendi zararına durumlarla karşılaşsa da, imza attığı senedin mahiyetini, yani bir taah-

hüt sözleşmesi niteliğinde olduğunu bilmektedir. Diğer yandan yazılı tahliye taahhüdüne özgü şartlar değerlendirildiğinde, tanzim tarihinin bulunmaması belgenin tamamlanmasına engel değildir. Bu koşullarda açığa imzanın kötüye kullanılması suçunun tipik hareketinin oluşmadığı tespit edilmiştir.

7. Özel belgede sahtecilik suçunun tipik hareketi yönünden, belgenin ispat gücüne sahip ve başkalarını aldatıcı nitelikte olması önem taşımaktadır. Çalışmamız özelinde ayrıca ele aldığımız üzere; kanunun emredici hükümlerine muhalif şekilde oluşturulan tahliye taahhüdü hukuken geçersizdir. Mesela, TMK m. 194/1'e göre kiralanan taşınmazın aile konutu olarak kullanılması halinde, sözleşmeyi sona erdirme niteliğindeki tahliye taahhüdünde yalnızca kiracının imzasının bulunması sözleşmeyi geçersiz kılacaktır. Böyle bir senet üzerinde gerçekleşen ve aslında objektif olarak sahteciliğe vücut veren fiiller, örneğin tanzim tarihinin gerçeğe aykırı şekilde doldurulması, sahtecilik fiili olarak kabul edilemez. Çünkü zaten hukuken ispat gücü taşımayan belge üzerindeki davranışların aldatmaya elverişli ve faile fayda sağlayan nitelikte olmadığı açıktır. Buna karşın, aynı nitelikteki belgenin geçerli kılınması adına kiracının eşinin imzası taklit edilirse, belgenin kendisi artık ispat gücüne kavuşacağından sahtecilik suçu da oluşacaktır.

KAYNAKÇA

AKBULUT, Berrin, ***Ceza Hukuku Genel Hükümler***, 8. bs., Ankara, Adalet Yayınları, 2021.

ALTUNTOP, Merve, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yazılı Tahliye Taahhüdü Sebebiyle Tahliye", ***TAAD***, Y. 5, S. 19, 2014, ss. 517-541.

ARAS, Bahattin, "Sahtecilik İddiası Bakımından Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi", ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi***, 2016, C. 29, S. 124, ss. 357-406.

ARSLAN, Çetin - BAŞTÜRK, İhsan, "Belgede Sahtecilik Suçunun Konusu Olarak Elektronik Ortamdaki Veriler", ***Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2013, C. 8, S. 2, ss. 195-219.

ARTUK, M.Emin - GÖKCEN, Ahmet - ALŞAHİN, M.Emin - ÇAKIR, Kerim, ***Ceza Hukuku Genel Hükümler***, 16. bs., Ankara, Adalet Yayınları, 2022.

ARTUK, M.Emin - GÖKCEN, Ahmet - ALŞAHİN, M.Emin - ÇAKIR, Kerim, ***Ceza Hukuku Özel Hükümler***, 19. bs., Ankara, Adalet Yayınları, 2021.

BELGİN GÜNEŞ, Derya, ***Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri***, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2019.

BURCUOĞLU, Haluk, ***Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi***, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

CENTEL, Nur - ZAFER, Hamide - ÇAKMUT, Özlem, ***Türk Ceza Hukukuna Giriş***, 11. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2020.

DEMİRBAŞ, Timur, ***Ceza Hukuku Genel Hükümler***, 15. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2020.

DURAL, Mustafa - ÖĞÜZ, Tufan- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, ***Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku***, 17. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2022.

DÜLGER, Murat Volkan, ***Ceza Hukuku Genel Hükümler***, İstanbul, Hukuk Akademisi Yayınları, 2021.

ERMAN, Sahir, ***Sahtekârlık Suçları***, Ticari Ceza Hukuku - III, 4. bs., İstanbul, 1981.

EROĞLU, Orhan, "Sahtecilik İddiasına Dayalı Menfi Tespit ve İstirdat Davalarında Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Kararına Etkisi", ***Terazi Hukuk Dergisi***, 2018, C. 13, S. 146, ss. 14-32.

GÖKCAN, Hasan Tahsin, "Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 207)", ***Ankara Barosu Dergisi***, 2010, S. 1, ss. 209-236.

GÖKCEN, Ahmet, ***Belgede Sahtecilik Suçları***, 3. bs., Ankara, Adalet Yayınları, 2013.

GÖRKEMLİ, Burcu, "Ceza Hukukundaki Sahtecilik Suçları ile Vergi Ceza Hukukundaki Sahte Belge Düzenleme-Kullanma Suçları", ***Türkiye Adalet Akademisi Dergisi***, 2021, C. 12, S. 47, ss. 407-434.

HAFIZOĞULLARI, Zeki - ÖZEN, Muharrem, ***Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler***, 12. bs., Ankara, US-A Yayınları, 2019.

HAKERİ, Hakan, ***Ceza Hukuku Genel Hükümler***, 27. bs., Ankara, Adalet Yayınları, 2022.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., ***Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı***, 1. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.

KOCA, Mahmut - ÜZÜLMEZ, İlhan, ***Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler***, 15. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2022.

KOCA, Mahmut Koca - ÜZÜLMEZ, İlhan, ***Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler***, 6. bs., Ankara, Adalet Yayınları, 2019.

KOÇ, Ziya, "5464 Sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 36. Maddesinde Düzenlenen Belgede Sahtecilik Suçu", ***Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2021, C. 6, S. 2, ss. 761-783.

ÖZBEK, Veli Özer- DOĞAN, Koray - BACAKSIZ, Pınar, ***Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler***, 17.bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2022.

ÖZEN, Mustafa, ***Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri***, 6. bs., Ankara, Adalet Yayınları, 2021.

ÖZGENÇ, İzzet, ***Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler***, 18. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2022.

ÖZTÜRK, Bahri - ERDEM, Mustafa Ruhan, ***Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku***, 20. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

ÖZTÜRK, Mustafa Kağan, ***Ceza Hukukunda Zincirleme Suç***, Ankara, Seçkin Yayınları, 2021.

SOYASLAN, Doğan, ***Ceza Hukuku Özel Hükümler***, 12. bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.

TANER, Fahri Gökçen, "Özel Belgelerde Sahtecilik Suçları Bağlamında Maddi Hasarlı Trafik Kazası Tespit Tutanakları (Kağıt ve Elektronik) ve Ortaya Çıkan Sorunlar", ***Ceza Hukuku Dergisi***, 2017, C. 12, S. 35, ss. 117-149.

TAŞDEMİR, Kubilay, ***Belgelerde Sahtecilik Suçları***, Ankara, 2013.

TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan - ÖNOK, R.Murat, ***Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku***, 20. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2022.

TOROSLU, Nevzat, ***Ceza Hukuku Özel Kısım***, 9. bs, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018.

TULAY, M.Emre, ***Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata***, Ankara, Adalet Yayınları, 2022.

TULAY, M.Emre, "Zorunluluk Halinde Sınırın Aşılması Meselesi", ***ÇÜHFD***, 2020, C. 5, S. 1, ss. 3171-3191.

ÜNVER, Yener, "TCK'daki Evrakta Sahtecilik Suçları", ***Hukuk Köprüsü***, 2013, C. 2, S. 4, ss. 93-107.

YALMAN, Süleyman, "Tahliye Sebebi Olarak Yazılı Tahliye Taahhüdü", ***SÜHFD***, 2005, C. 13, S. 2, ss. 7-22.

YILDIRIM, Gökçe, "Resmi Belgede Sahtecilik Suçunun Zincirleme Suç Olarak İşlenmesi", ***Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 13, S. 161, s. 99-136.

YILDIZ, Ferhat, "Belgede Sahtecilik ile VUK'da Düzenlenen Sahte Belge Düzenleme Suçlarının Aldatma Kabiliyeti Yönünden Karşılaştırılması", ***Türkiye Adalet Akademisi Dergisi***, 2021, C. 12, S. 48, ss. 543-576.

YOKUŞ SEVÜK, Handan, ***Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler***, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınları, 2019.

YOKUŞ SEVÜK, Handan, "Özel Belgede Sahtecilik Suçu (TCK m. 207)", ***Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2019, C. 24, S. 41, ss. 229-255.

ÖZEL HUKUK

PRIVATE LAW

YARGITAY UYGULAMASI IŞIĞINDA YAZILI TAHLİYE TAAHHÜDÜ VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ[*]

Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL[**]

Öz

Konut ve çatılı işyeri kiralarında tahliye sebepleri sınırlı sayıdadır. Bunlardan biri de yazılı tahliye taahhüdüdür. Geçerli bir yazılı tahliye taahhüdünün varlığı için tahliye taahhüdünün yazılı olması, tahliye tarihinin belirtilmiş olması ve taahhüdün kiralananın tesliminden sonra düzenlenmiş olması şarttır. Bununla beraber, maalesef uygulamada yazılı tahliye taahhüdünün zayıf taraf durumundaki kiracının aleyhine farklı şekillerde kullanıldığı görülmektedir. Tarihsiz tahliye taahhüdünün sonradan doldurulması bunun en sık karşılaşılan misallerinden biridir. Böylece, kiracı kanuna aykırı artış oranını bile kabul etmek zorunda bırakılmaktadır. Ne var ki, konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin hükümlerin amacı kiraya vereni değil, kiracıyı korumaktır.

Anahtar Kelimeler

Kira Sözleşmesi, Konut ve Çatılı İşyeri Kirası, Tahliye Taahhüdü, Tahliye Davası, Beyaza İmza.

---

[*] Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 02.12.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 17.12.2022.
Atıf Şekli: Mehmet Akçaal, "Yargıtay Uygulaması Işığında Yazılı Tahliye Taahhüdü ve Çözüm Önerileri", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 949-979.

[**] Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı, Konya, Türkiye.
E-posta: mehmetakcaal@hotmail.com.
Orcid: https://orcid.org/0000-0003-3228-8486.

WRITTEN VACATION AGREEMENT AND SUGGESTIONS FOR SOLUTIONS ABOUT IT IN THE LIGHT OF COURT OF APPEALS

Abstract

The reasons for vacation are limited in lease agreement of residential premises and roofed workplaces. One of them is the written vacation agreement. For the existence of a valid written vacation agreement, acceptance of vacation must be in writing, the date of vacation must be specified, and the agreement must be concluded after the delivery of the object. However, in practice, unfortunately it is seen that the written vacation agreement is used in different ways against tenant as weak party. The post-filling of an undated vacation agreement is one of the most common examples of this. Thus, the tenant is compelled to accept even the illegal increase rate. However, the purpose of the provisions regarding lease agreement of residential premises and roofed workplaces is to protect the tenant, not the landlord.

Keywords

Lease Agreement, Lease Agreement of Residential Premises and Roofed Workplaces, Vacation Agreement, Action for Vacation, Accept in Blank.

GİRİŞ

Kira sözleşmesi, TBK. m. 299 ve devamında düzenlenmektedir. Buna göre, kira sözleşmesi genel hükümlere tâbi (adi) kira (TBK. m. 299 vd.), konut ve çatılı işyeri kiraları (TBK. m. 339 vd.) ile ürün kirası (TBK. m. 357 vd.) olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmenin sona ermesi esas itibarıyla TBK. m. 347 ve devamında öngörülmektedir. Bu kapsamda, kira sözleşmesi bildirim (TBK. m. 347 vd.) veya dava (TBK. m. 350 vd.) yoluyla sona erdirilebilir. Bunlardan sözleşmeyi dava yoluyla sona erdiren sebepler sınırlı sayı ilkesine tâbidir. Başka bir deyişle, kira sözleşmesini dava yoluyla sona erdiren sebepler genişletilemez[1] (TBK. m. 354).

Kira sözleşmesi kiraya verenden (TBK. m. 350-351) veya kiracıdan (TBK. m. 352) kaynaklanan sebeplerle sona erdirilebilir. Kiraya verenden kaynaklanan sebepler, kiraya verenin veya yeni malikin gereksinimi, kiralananın yeniden inşası ve imarı olabilir. Kiracıdan kaynaklanan sebepler ise yazılı tahliye taahhüdü, kiracının kira bedelini ödememesi sebebiyle iki haklı ihtar sonucunda düştüğü temerrüt ve kiracının veya birlikte yaşadığı eşinin aynı ilçede oturmaya elverişli konutunun bulunması durumudur[2]. Yazılı tahliye taahhüdü bir kenara bırakılırsa, diğer tüm sebeplerin kendine özgü ve çok daha sıkı şartlara tâbi olduğu kolaylıkla anlaşılır. Bu yüzden, her bir tahliye sebebi için aranan şartları ispat külfetinden sıyrılmak isteyen kiraya veren için yazılı tahliye taahhüdüne dayalı sona erme sebebi oldukça cazip hale gelmektedir. Üstelik, mevcut ekonomik şartlar yazılı tahliye taahhüdüne daha da önem kazandırmıştır. Gerçekten de, bir tarafta zayıf konumda olmakla birlikte konut ve çatılı işyeri kirasına ilişkin güvencelerden yararlanmak isteyen kiracı, diğer tarafta ise çoğunlukla önerdiği artış kabul edilmediği için onu tahliye etmek isteyen kiraya veren yer alır.

Yazılı tahliye taahhüdünü daha güncel hale getiren diğer bir husus geçici mevzuat değişikliği olmuştur. Söz konusu değişiklik, 7409 sayılı Avukatlık Kanunu ile Türk Borçlar Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un[3] 4. maddesinde öngörülmektedir. Böylece, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa geçici madde 1 hükmü eklenmiştir. Buna göre, "konut kiraları bakımından bu maddenin yürürlü-

---

1 Murat Aydoğdu - Nalan Kahveci, ***Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Özet Kitap***, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2022, s. 377; Mustafa Alper Gümüş, ***Borçlar Hukuku Özel Hükümler***, Filiz Kitabevi, 4. Baskı, İstanbul 2009, s. 309.

2 Turgut Akıntürk - Derya Ateş Karaman, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri***, Beta Yayınevi, 20. Baskı, İstanbul, 2013, s. 273-274.

3 RG. T. 11.06.2022 S. 31863.

ğe girdiği tarih ilâ 1/7/2023 (bu tarih dâhil) tarihleri arasında yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmalar, bir önceki kira yılına ait kira bedelinin %25'ini geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bir önceki kira yılının tüketici fiyat endeksindeki on iki aylık ortalamalara göre değişim oranının yüzde yirmi beşin altında kalması halinde değişim oranı geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Bu oranları geçecek şekilde yapılan sözleşmeler, fazla miktar yönünden geçersizdir. Bu fıkra hükmü, 344/II uyarınca hâkim tarafından verilecek kararlar bakımından da uygulanır". 7409 sayılı Kanun yayımı tarihinde (11.06.2022) yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Şu halde, meselâ, 01.01.23 tarihinde yenilecek kira sözleşmesinde artış için TÜFE öngörülmüş olsa bile, oran azamî %25'le sınırlıdır. Böyle olunca uygulamada yazılı tahliye taahhütlerine daha sık başvurulduğu görülmektedir. Bu sebeple, söz konusu makalede uygulamadaki önemi de göz önünde bulundurularak yazılı tahliye taahhüdü hakkında açıklamalarda ve çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

I. YAZILI TAHLİYE TAAHHÜDÜNÜN MEVZUATTAKİ YERİ, KAVRAM VE HUKUKÎ NİTELİĞİ

Yazılı tahliye taahhüdü mülga 6570 sayılı mülga Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun m. 7/I,a hükmünde düzenlenmişti. Böylece, kiralayanın "*a) kiracı tarafından gayrimenkulün tahliye edileceği yazı ile bildirilmiş olmasına rağmen tahliye edilmezse icra dairesine müracaatla tahliye isteyebileceği*" öngörülmüştü. Aynı konuya ilişkin benzer bir düzenleme konut ve çatılı işyeri kirası bakımından TBK. m. 352/I'de yer almaktadır. Buna göre, "*kiracı, kiralananın teslim edilmesinden sonra, kiraya verene karşı, kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı yazılı olarak üstlendiği hâlde boşaltmamışsa kiraya veren, kira sözleşmesini bu tarihten başlayarak bir ay içinde icraya başvurmak veya dava açmak suretiyle sona erdirebilir*".

Hemen belirtilmelidir ki, yazılı tahliye taahhüdü ancak konut ve çatılı işyeri kiraları bakımından düzenlenebilir. Genel hükümlere tâbi kira sözleşmelerinde TBK. m. 352/I hükmü uygulanamaz ve yazılı tahliye taahhüdünde bulunulamaz[4]. Dolayısıyla, genel hükümlere tâbi kira sözleşmelerinde tahliye taahhüdü verilir ve bu taahhüt yerine getirilmezse, TBK. m. 352/I hükmüne dayalı olarak tahliye sağlanamaz[5]. Bununla beraber, böyle bir durumda, belirli süreli kira

[4] Mithat Ceran, ***Kira Sözleşmesi ve Tahliye Davaları***, Yetkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2019, s. 1002.

[5] Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 12.6.2019 tarihli E. 2017/8818 K. 2019/5342 sayılı kararı "TBK'nın 352/1. maddesi gereğince ancak konut ve çatılı iş yerleri kiralarında yazılı tahliye ta-

sözleşmesinde süre bitimi, belirsiz süreli kira sözleşmesinde ise fesih bildiriminde bulunmak suretiyle tahliyenin sağlanması düşünülebilir[6].

Yazılı tahliye taahhüdünden maksat, kiracının kiraya verene karşı kiralananı belli bir tarihte boşaltmayı kiralananın tesliminden sonra üstlendiği yazılı şekle tâbi bir işlemdir[7]. Böylece, kiraya veren başka bir sebebin varlığına gerek olma-

---

ahhüdüne dayalı olarak tahliye davası açılabilir. Genel hükümlere tabi olan taşınmazlar için ise tahliye nedeni olarak tahliye taahhüdü iddiasına dayanılamaz. Somut olayda; Taraflar arasında 01.02.2014 başlangıç tarihli bir yıl süreli kira sözleşmesinin varlığı hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Sözleşmede kiralananın "15 Mayıs mahallesi 789. sokak No: 30 da bulunan otopark olarak kullanılan iş yeri" olduğu belirtilmiştir. Türk Borçlar Kanun'unun adi kiraya ilişkin 327.maddesi "Açık veya örtülü biçimde bir süre belirlenmişse, kira sözleşmesi bu sürenin sonunda kendiliğinden sona erer. Taraflar, bu durumda, açık bir anlaşma olmaksızın kira ilişkisini sürdürürlerse, kira sözleşmesi belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür." düzenlemesi, Türk Borçlar Kanun'unun 347.maddesinde ise "Konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az on beş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır. Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez....." düzenlemesi bulunmaktadır. Dosya kapsamından kiralananın adi kiraya veya çatılı işyeri kirasına tabi olup olmadığı tespit edilememektedir. Uygulanacak yasa hükmünün tespit edilebilmesi için taşınmazın üstün vasfının belirlenmesi gerekir. Mahkemece, mahallinde keşif yapılmak suretiyle taşınmazın hâkim unsuru da gözetilerek mevcut vasfı tespit edilerek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerine ya da genel hükümlerine tabi olup olmadığı belirlendikten sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekir..." (Lexpera).

6 Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 21.5.2019 tarihli ve E. 2017/7225 K. 2019/4773 sayılı kararı "Olayımızda; davacı ile davalı arasında düzenlenen 01.05.2013 başlangıç tarihli ve 3+2 yıl süreli kira sözleşmesi hususunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Taraflar arasında düzenlenen 17.05.2013 tarihli yazılı tahliye taahhüdü (ek sözleşme) ile davalının taşınmazı 30.06.2015 tarihinde tahliye edeceği kararlaştırılmıştır. Sözleşmede Kiralananın 271m2 arsa olduğu belirtilmiş, Mahkemece de taşınmazın arsa olduğu kabul edilerek hüküm kurulmuş ve davalı tarafından da temyiz edilmemiştir. Sözleşme bu niteliği itibariyle TBK'nun kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerine tabidir. TBK 352/1 maddesinde düzenlenen tahliye taahhüdüne dayalı tahliye isteği TBK'nun genel hükümlerine tabi taşınmazlar için uygulanamaz ise de, TBK'nun genel hükümlerine tabi taşınmazlarda akdin bitim tarihini belirler. Borçlar Kanununa tabi süreli yazılı kira sözleşmesine konu olan taşınmazlara ilişkin tahliye davaları İcra İflas Kanununun 272. maddesi uyarınca akdin sonunda ve bir ay içinde açılması yada icra takibi yapılarak tahliye istenmesi mümkündür. Bu nedenle taraflar arasındaki sözleşmenin bitim tarihi olan 30.06.2015 tarihine nazaran14.07.2015 tarihinde başlatılan takip süresindedir. Bu şekilde takibin yapılmasında ve 21.08.2015 tarihinde dava açılmasında bir usulsüzlük bulunmamaktadır. Takip yasal sürede yapıldığına göre, başka bir sebep aramaksızın davanın kabulüne, itirazın iptaline ve kiralananın tahliyesine karar verilmesi gerekir..." (Lexpera).

7 Merve Altuntop, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yazılı Tahliye Taahhüdü Sebebiyle Tahliye", ***Türkiye Adalet Akademisi Dergisi***, 2014, Y. 5, S. 19, s. 520; Haluk Burcuoğlu, ***Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi***, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 321.

dan ve herhangi bir tazminat ödemeksizin kira ilişkisini sona erdirme imkânını elde eder[8].

Yazılı tahliye taahhüdünün hukukî niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, yazılı tahliye taahhüdü tek taraflı bir irade açıklaması olup, bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir[9]. Başka bir görüş ise tahliye taahhüdünün kira süresinin sonuna rastlamasından hareketle bir ayrıma gitmektedir. Buna göre, tahliye taahhüdü kira sözleşmesinin sonuna rastlarsa, tahliye taahhüdü kiracıya kira sözleşmesini sona erdirme yetkisi veren yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilebilir. Tahliye taahhüdünün kira süresinin sonuna rastlamaması halinde ise borçlandırıcı bir sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir[10]. Diğer bir görüşe göre, burada bir bozma sözleşmesi söz konusudur[11]. Daha isabetli olan bir görüşe göre ise, yazılı tahliye taahhüdü kira sözleşmesine ilişkin bir yan sözleşme niteliğindedir. Dolayısıyla, kira sözleşmesinin devri halinde tahliye taahhüdü de yeni kiraya verene geçer[12].

II. YAZILI TAHLİYE TAAHHÜDÜNÜN UNSURLARI

Yazılı tahliye taahhüdünün geçerliliğinden söz edilebilmesi için bazı unsurların varlığı aranır. Aksi takdirde, tahliye taahhüdüne dayanarak tahliye talep edilemez[13].

---

8 Burcuoğlu, 1993, s. 295; Süleyman Yalman, "Tahliye Sebebi Olarak Yazılı Tahliye Taahhüdü", ***Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2005, C. 13, S. 2, s. 10.

9 Ahmet M. Kılıçoğlu, ***Borçlar Hukuku Özel Hükümler***, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 303.

10 Haluk Burcuoğlu, "6570 S. GKHK'da Tahliye Bildiriminde, Tahliye Gününün Kira Dönemi İçerisinde Bir Gün veya Kira Dönemi Bitim Gününe Rastlaması", ***İstanbul Barosu Dergisi***, 1984, C. 58, S. 10-12, s. 637 vd.; Altuntop, "2014", s. 521.

11 Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, ***Borçlar Hukuku Hususî Kısım Akdin Muhtelif Nevileri Cilt I***, Fakülteler Matbaası, 2. Baskı, İstanbul, 1970, s. 499; Turgut Uygur, ***6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. II***, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2012, s. 1844.

12 Mustafa Alper Gümüş, ***"Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmeleri,*** Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 326.

13 Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 17.9.2014 tarihli ve E. 2014/9023 K. 2014/9961 sayılı kararı "Somut olayda davacının dayandığı 29.5.2013 tarihli belge incelendiğinde davalı tarafından "Kiralananı sorunlarım ve gelir düzeyim eksik olduğundan L. H.'ye kendi rızamla teslim ediyorum, yapılan kontratlar karşılıklı olarak feshedilmiştir." ibareli olarak düzenlendiği böylelikle ilgili belgenin Kanunun aradığı anlamda bir tahliye taahhüdü niteliği taşımadığı gibi, bunun dışında da geçerli bir tahliye taahhüdü bulunmadığından mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekir..." (KBİBB.).

A. Tahliye Taahhüdü Yazılı Olmalı

Türk Borçlar Kanunu'nda kira sözleşmesinin şekli hakkında bir hüküm yoktur. Dolayısıyla, kira sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekle bağlı değildir (TBK. m. 12/I). Oysa, kanun koyucu tarafından tahliye taahhüdünün açıkça yazılı olması gerektiği öngörülmektedir (TBK. m. 352/I). Şu halde, tahliye taahhüdünün geçerli olması için yazılı şekilde yapılması zorunludur (TBK. m. 12/II,c.1). Sözlü tahliye taahhüdüne dayalı olarak kiracının tahliyesi talep edilemez. Kanun koyucu sadece yazılı şekilden söz ettiği için taahhüdün adi yazılı şekilde yapılması geçerliliği için yeterlidir. Başka bir deyişle, sadece kiracının imzasının esasen el yazısıyla olması aranır (TBK. m. 15/I,c.1). Kiraya verenin imzasının yer almasına ise gerek yoktur. Keza, taahhüt metnini kiracının elle yazmasına da gerek yoktur. Metnin bilgisayar çıktısı olması dahi yeterlidir[14].

Adi yazılı şekil yeterli olmakla beraber, ispat kolaylığı bakımından tahliye taahhüdünün noter tarafından düzenleme veya onaylama şeklinde yapılması da mümkündür. Böyle bir durumda, kiracı, tahliye taahhüdünde yer alan imzasını inkâr edemez (İİK. m. 275/II). Buna karşılık, HMK. m. 208/IV gereğince, resmî bir senetteki imzayı inkâr eden tarafın bu iddiası ancak ilgili evraka resmiyet kazandıran kişiyi de taraf göstererek açacağı ayrı bir sahtelik davasında incelenip karara bağlanabilir. Asıl davaya bakan hâkim, gerekirse bu konuda imzayı inkâr eden tarafa dava açması için iki haftalık kesin bir süre verir. Şu halde, tahliye taahhüdüne dayalı tahliye sürecinin geciktirilmemesini bekleyen kiraya veren bakımından bu şekilde bir taahhüdün düzenlenmesi önerilebilir. Böylece, tahliye tarihini ertelemek isteyen kiracı karşısında kiraya veren korunmuş olur[15].

Kiraya verenin kabulü şartıyla, yargılama sırasında duruşma tutanağına[16] veya icra takibi sırasında icra tutanağına[17] kiracının tahliye taahhüdüne ilişkin

---

[14] Murat Aydoğdu - Nalan Kahveci, ***Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri***, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2019, s. 650 vd.; Gümüş, 2019, s. 309; Kılıçoğlu, 2019, s. 303; M. Sabri Tahmaz, "Kira ve İcra Hukukunda Yazılı Tahliye Taahhüdü", ***İstanbul Barosu Dergisi*****,** 1992, C. 66, S. 7-9, s. 697; Altuntop, "2014", s. 522-523.

[15] Aydın Zevkliler - K. Emre Gökyayla, ***Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri***, Turhan Kitabevi, 19. Baskı, Ankara, 2019, s. 366; Aydoğdu - Kahveci, 2019, s. 655; Kılıçoğlu, 2019, s. 303; Aydın Zevkliler - Şeref Ertaş - Ayşe Havutçu - Murat Aydoğdu - Emre Cumalıoğlu, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler***, Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2013, s. 538; Altuntop, "2014", s. 522.

[16] Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 11.7.2005 tarihli ve E. 2005/5933 K. 2005/7384 sayılı kararı "Davacı ile davalı arasında kira ilişkisi konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Nitekim, davacının yaptırmış olduğu evde kiracı olduğu davalının kabulündedir. Davacının ihtiyacı nedeni ve temerrüde dayalı olarak açmış olduğu bu davanın yargılaması sırasında davalı 09.09.2004

irade açıklamasının geçirilmesi de mümkündür. Yine, bir mektupla kiracı tarafından kiraya verene tahliye taahhüdünün bildirilmesi de kiraya verenin kabulü halinde hüküm ifade eder[18].

Yazılı şekil şartı bizzat kiracı tarafından yerine getirilmiş olmalıdır. Başka bir deyişle, kiracı dışındaki kimselerin böyle bir taahhüdü imzalamış olması hukukî sonuç doğurmaz. Meselâ, kiracının eşi, çocukları, ana ve babası gibi yakınlarının boşaltma taahhütleri geçersizdir[19].

Peki kiracı olmayan eş tahliyeyi taahhüt edemezken, kiracı tek başına aile konutu için tahliye taahhüdünde bulunabilir mi? Aile konutundan maksat, eşlerin ve çocukların birlikte yaşadıkları, ailenin yaşam merkezi niteliğindeki konutu ifade eder[20]. Eşler bakımından geçerli olan sözleşme özgürlüğünün istisnası aile

günlü oturumda, dava konusu evi boşaltacağını, mevsim nedeniyle ev bulmanın zor olduğunu, kendisine süre verilmesini ve bu sürenin sonunda evi tahliye edeceğini bildirmesi üzerine, davacı vekilinin tahliye konusunda net bir tarih verilirse anlaşma sağlanabileceği beyanı üzerine, davalı henüz yargılama devam ederken 01.03.2005 tarihi itibariyle evi boşaltıp davacıya teslim edeceğini tutanağa geçen beyan ve imzası ile taahhüt etmiştir. Yapılan bu taahhüt hakim önünde yapılan taahhüt olarak geçerlidir. Bu durumda mahkemece davalının taahhüt ettiği tarih itibariyle taşınmazın tahliyesine karar verilmesi gerekir..." (KBİBB.).

17 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 19.4.1995 tarihli ve E. 1995/6-156 K. 1995/390 sayılı kararı "Davalı, kiralananın tahliyesine ilişkin kararı tehiri icra istemli olarak temyiz etmiştir. Tehiri İcra Kararı olup takibi temyiz sonuna kadar durdurması mümkün iken bu yola gitmeyerek, davacıdan kiralananda otururken serbest iradesi ile süre isteyerek kiralananı 31.12.1992 tarihinde tahliye edeceğini bildirmiş ve davacı da, bildirilen bu tarihi kabul etmiştir. Böylece tarafların iradesi birleşmiştir. Ayrıca taraflar, takip dosyasındaki tutanağa beyanlarını yazdırmak suretiyle irade birliğini tekrar etmişlerdir. Davalı tarafın, dosya temyizde iken taahhüdün geçersizliği yolunda bir ileri sürüşü de mevcut değildir. Karar bozulup dosya mahkemesine geldikten sonra taahhüdün geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. İcranın temyiz sonuna kadar geri bırakılması imkânı varken davalının bu yola seçmeyerek, kiralananda otururken bildirdiği tarihte çıkacağını kabul etmesi bir baskı sonucu değil, tamamen serbest iradesinin mahsulü olarak kabul edilmek gerekir. Bu itibarla davalı tarafından verilen tahliye taahhüdünün geçerli sayılarak kiralananın tahliyesine karar verilmesi lüzumuna işaret eden, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve Yasa'ya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır..." (KBİBB.).

18 Gümüş, 2012, s. 327; Aydoğdu - Kahveci, 2019, s. 650; Gümüş, 2019, s. 309; Altuntop, "2014", s. 522-523.

19 Halûk Tandoğan, ***Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. I/2***, Vedat Kitapçılık, 4. Baskı, İstanbul, 2008, s. 198; Aydoğdu - Kahveci, 2019, s. 650; Altuntop, "2014", s. 523; Hikmet Kanık, ***Yargıtay Uygulamasında Kira Hukuku Davaları***, Yetkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2022, s. 1340. Somut olayın şartlarına göre bu tarz yakınların üçüncü kişinin edimini üstlenen kimse olarak değerlendirilebileceğine yönelik görüş için bkz. Feyzioğlu, 1970, s. 501.

20 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.12.2017 tarihli ve E. 2017/2-2906 K. 2017/1723 sayılı kararı "...Bilindiği üzere "aile konutu" kavramı 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde yer al-

konutu bakımından TMK. m. 194 ve TBK. m. 349'da düzenlenmektedir. Aile konutu kira sözleşmesiyle sağlanmış olabilir. Bu durumda, eşlerden birinin (kiracının), aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshetmesi için diğer eşin açık rızası şarttır (TMK. m. 194/I; TBK. m. 349/I). Rıza izin veya onay olarak verilebilir ve herhangi bir şekle tâbi değildir. Ama, açık rıza yoksa, fesih artık hukukî sonuç doğurmaz. Ayrıca, sözleşmenin tarafı olmayan eş kira sözleşmesine taraf olma imkânına da sahiptir. Gerçekten de, aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiraya verene yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir. Bu bildirim herhangi bir şekle tâbi değildir. Bildirimin kiraya verene ulaşmasıyla birlikte, eşler kira borcundan dolayı artık müteselsilen sorumlu hale gelirler (TMK. m. 194/IV). Bildirimin sonucu olarak kiraya verenin yükümlülüğü ise TBK. m. 349/III hükmünde düzenlenmektedir. Buna göre, söz konusu bildirimin yapılması halinde, kiraya veren fesih bildirimi ile fesih ihtarına bağlı ödeme süresini artık kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorundadır. Görüldüğü üzere, aile konutunun kira sözleşmesine konu olması bakımından bazı güvenceler kanun koyucu tarafından öngörülmektedir. İşte, buradan hareketle, acaba kiracının aile konutu ile ilgili yazılı tahliye taahhüdünde bulunması için de diğer eşin açık rızasının varlığı aranmalı mıdır? Katıldığımız görüş gereğince, kiralanan aile konutu niteliğinde ise, kiracı eşin yazılı tahliye taahhüdünde bulunabilmesi için diğer eşin açık rızası aranmalıdır. Bu her iki hükmün ratio legis'i bakımından isabetli bir yaklaşım olur. Gerçekten de, TMK. m. 194/I hükmü gereğince sadece kira sözleşmesinin feshi değil, aynı zamanda sözleşmenin feshine yol açacak haller de bu kapsamda ele alınmalıdır. Nitekim, yazılı tahliye taahhüdünde durum tam da böyledir. Bu çözüm, olan hukuk bakımından aile konutuyla sınırlı olsa da kiracı lehine bir yorum yapılmasını sağlar. Meselâ, aile konutu için yazılı tahliye taahhüdü sebebiyle aleyhine takip başlatılan kiracı, eşinin açık rızasının olmadığını ileri sürerek tahliyeyi bertaraf edebilir. Böyle bir durumda, açık rızanın varlığını ispat yükü kiraya verene düşer. Sonuçta, beyaza imza sonucunda karşılaşabileceği ispat güçlüğü karşısında kiracı daha üstün bir savunma imkânı elde etmiş olur. Burada belki aksi bir yaklaşımla kiracının aile konutuna ilişkin yazılı tahliye taahhüdünde bulunması için diğer eşin rızasına ihtiyaç olmadığı da ileri sürülebilir. Ama, bu yakla-

mayıp 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) ile hayatımıza girmiş bulunmaktadır. Anılan Kanun'un 194. maddesine dair gerekçede aile konutu "Eşlerin bütün yaşam faaliyetlerinin gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir mekan" olarak tanımlanmış, öğretide de bu kavram unsurları genişletilmek suretiyle benzer şekillerde ifade edilmiştir..." (KBİBB.); Şükran Şıpka, ***Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194)***, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2004, 72 vd.

şım kanuna karşı hileye başvurulmasının da önünü açabilir. Meselâ, kiracı eş sözleşmeyi feshetmek yerine yazılı tahliye taahhüdünde bulunabilir. Sonuçta yine yazılı tahliye taahhüdü kanunun ruhuna aykırı biçimde karşımıza çıkmış olur. Bu gibi durumları da engellemek adına aile konutunda yazılı tahliye taahhüdünün geçerliliği için kiracı olmayan eşin rızası aranmalıdır[21]. Uygulamada da cesur bir yaklaşımla bu yönde içtihadın daha da yerleşik hale gelmesi gerektiği önerilebilir. Nitekim, bu yönde emsal içtihatlar da mevcuttur[22].

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere, konut kirasında kiracının ileri sürebileceği savunmalardan biri kiralananın aile konutu olmasıdır. Buna yönelik olarak kiracı olmayan eş tarafından aile mahkemesinde aile konutunun tespiti davası açılabilir. Tahliye taahhüdünde rızasının alınmadığını ileri süren eş icra mahkemesinde şikayet yoluna (İİK. m. 16-17) başvurup aile konutunun tespiti davasının bekletici sorun yapılması ve sonuçta icra takibinin iptal edilmesi gerektiğini ileri sürebilir. Böylece, aile konutunun bulunduğu ve kiracı olmayan eşin açık rızasının alınmadığı anlaşıldığı takdirde geçersiz tahliye taahhüdüne dayalı icra takibi iptal edilir veya tahliye davası reddedilir.

---

[21] Mustafa Dural - Tufan Öğüz - Mustafa Alper Gümüş, ***Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku***, Filiz Kitabevi, 17. Baskı, İstanbul 2022, N. 888; Ahmet M. Kılıçoğlu, ***Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı***, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 11-12; Şıpka, 2004, s. 133-134; Ercan Akyiğit, ***6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi***, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 245; Mehmet Erdem, "Konut ve Çatılı İş Yeri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdünün Geçerlilik Şartları ve Özellikle Taahhüdün Kiralananın Tesliminden Sonra Verilmiş Olduğunun İspatı, ***Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2016, C. 11, S. 145-146, s. 485-486.

[22] Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 26.10.2005 tarihli ve E. 2005/676 K. 2005/600 sayılı kararı "Bu hüküm göstermektedir ki", aile konutu özel bir konuma ve öneme sahip kılınmış ve üzerindeki tasarruf yetkisi yasa ile sınırlandırılmıştır. Takibe ve tahliyeye konu taşınmazın aile konutu olduğunun belirlenmesi halinde bu yasal gereklerin yerine getirilip getirilemediğinin araştırılması gerekecektir. Öyleyse, mahkemece öncelikle bu iddia üzerinde durulmalı ve şikayetçinin bu yerin "aile konutu" olduğunun tespitine yönelik olarak açılmış bir davasının ve aile mahkemesince yapılmış bir belirlemenin bulunup bulunmadığı, araştırılmalı; sonucuna göre gerektiğinde şikayetçiye tahliyesi istenen taşınmazın aile konutu olduğunu ispata yönelik olarak aile mahkemesine dava açma yetkisi ve olanağı verilmeli ve sonucuna göre bir karar verilmelidir..." (Lexpera); Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 19.10.2005 tarihli ve E. 2005/652 K. 2005/583 sayılı kararı (Lexpera); Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 19. Hukuk Dairesinin 6.12.2018 tarihli ve E. 2017/2529 K. 2018/2234 sayılı kararı "Bu hükümler göstermektedir ki, aile konutu özel bir konuma ve öneme sahip kılınmış ve üzerindeki tasarruf yetkisi yasa ile sınırlandırılmıştır. Takibe ve tahliyeye konu taşınmazın aile konutu olduğunun belirlenmesi halinde bu yasal gereklerin yerine getirilip getirilmediğinin araştırılması gerekecektir..." (UYAP).

Kiracı gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir. Tüzel kişinin kiracı olması halinde, yazılı tahliye taahhüdünün geçerliliği temsile yetkili organ tarafından verilmiş olmasına bağlıdır[23].

Kiracı bir kişi olabileceği gibi, birden fazla kişinin kiracı sıfatını haiz olması da mümkündür. Meselâ, aynı konutu kiracı sıfatıyla imzalayan iki öğrencinin durumu böyledir. İşte, bu gibi hallerde, yazılı tahliye taahhüdünün geçerliliği için kiracıların tamamının taahhütte bulunması aranır. Böyle bir durumda tek bir tahliye taahhüdü kiracılar tarafından birlikte imzalanabileceği gibi, her bir kiracı tarafından ayrı ayrı tahliye taahhüdünde de bulunulabilir. Keza, kira sözleşmesinde kiracılardan birine yazılı tahliye taahhüdünde bulunabilmesi için yetki verilmesi durumunda yetkili kiracı tarafından taahhütte bulunulması da yeterlidir. Oysa, kiracıların tamamının tahliye taahhüdünde bulunmaması halinde söz konusu taahhüt hüküm ifade etmez[24].

Kural, kiracının bizzat tahliye taahhüdünde bulunması olmakla birlikte, kiracının yetkili temsilcisi tarafından da tahliye taahhüdü verilebilir. Meselâ, vekâletnamede tahliye taahhüdü de sayılmışsa bu mümkündür. Yazılı tahliye taahhüdü için vekilin özel yetkili olmasına gerek olup olmadığı hususu ise doktrinde tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız hâkim görüş uyarınca bunun için vekile özel yetki verilmesine gerek yoktur; vekâletnamenin içeriğinden yetkinin anlaşıldığı hallerde vekil aracılığıyla verilen tahliye taahhüdü de geçerlidir (TBK. m. 504/III, HMK. m. 74). Dolayısıyla, kiracı hesabına kira sözleşmesi yapma yetkisine sahip bir vekil tahliye taahhüdünde bulunabilir.

---

[23] Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 26.02.2014 tarihli ve E. 16778 K. 2152 sayılı kararı (Altuntop, "2014", s. 525-526, dpn. 23); Burcuoğlu, 1993, s. 297; Kanık, 2022, s. 1340.

[24] Tandoğan, 2008, s. 198; Zevkliler - Gökyayla, 2019, s. 368; Fahrettin Aral - Hasan Ayrancı, ***Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri***, Yetkin Yayınevi, 12. Baskı, Ankara 2019, s. 334; Aydoğdu - Kahveci, 2019, s. 651; Altuntop, "2014", s. 524; Kanık, 2022, s. 1340; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.11.1999 tarihli ve E. 1999/6-965 K. 1999/975 sayılı kararı "Tahliye taahhütnamesi ise 18.6.1997 tarihinde kiracılardan sadece Selahattin Sağdıç tarafından verilmiştir. Kiracılar arasında da mecburi dava arkadaşlığı bulunduğundan taahhüdün de kiracılar tarafından birlikte verilmesi gerekir. Kira sözleşmesi son bulmadığına göre halen taraflar arasında devam etmekte olduğunun ve taraflar yönünden bağlayıcı olduğunun kabulü gerekir. Kiracılardan birisinin kiralananı terk etmiş olması sözleşme hükümlerini etkilemeyeceğine göre yapılan sözleşme ile bağlı kalınarak taahhüdün her iki kiracı tarafından verilmiş olması ancak bu durumda taahhüdün bağlayıcı olduğunun kabulü gerekir. Bu durum göz önünde tutularak davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir..." (KBİBB.); Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 25.5.1989 tarihli ve 7527/9450 sayılı kararı (Nihat Yavuz, ***Yeni TBK, HMK, İİK ve İstinafa Göre Kira Hukuku***, Adalet Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2019, s. 821, dpn. 28).

B. Tahliye Tarihi Belirtilmiş Olmalı

Uygulamada da kabul edildiği üzere, yazılı tahliye taahhüdünün geçerliliği için düzenleme tarihinin bulunması zorunlu bir unsur değildir[25]. Ama, tahliye tarihinin belirtilmiş olması şarttır. Nitekim, GKHK. m. 7/I,a hükmünden farklı olarak, TBK. m. 352/I hükmünde açıkça, yazılı tahliye taahhüdünün belirli bir tarihi içermesi gerektiği öngörülmektedir. Meselâ, 01.06.2023 tarihinde tahliyenin gerçekleşeceğinin taahhüt edilmesinde durum böyledir. Yine, "sözleşme tarihinden 12 ay sonra" veya "2023'teki cumhuriyet bayramında" tahliyenin üstlenilmesi de yeterlidir. Acaba tahliye tarihi sadece ay olarak belirlenmişse bu geçerli midir? Konu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş[26] ve Yargıtay uygulaması[27] gereğince böyle bir belirleme taahhüdün geçerliliği için yeterli kabul edilmelidir. Zira, burada TBK. m. 91/II hükmü göz önünde bulundurulabilir. Buna göre, tahliye için gün belirtilmeksizin sadece ay belirlenmişse, bundan o ayın son günü anlaşılır. Tahliye tarihinin açıkça belirtilmediği hallerde ise geçerli bir tahliye taahhüdünden söz edilemez[28]. Diğer bir görüşe göre ise, tahliye tarihinin sadece ay olarak belirlendiği hallerde tahliye taahhüdü geçersizdir. Çünkü kanun koyucu tarafından açıkça belirli bir tarihin belirtilmesi aranmıştır[29]. Gerçekten de, GKHK. m. 7/I,a hükmünden farklı olarak, TBK. m. 352/I'de

---

[25] Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 28.06.2008 tarihli ve E. 3786 K. 5313 sayılı kararı (Altuntop, "2014", s. 533, dpn. 54).

[26] Eren, 2019, N. 1428; Aral - Ayrancı, 2019, s. 334; Burcuoğlu, 1993, s. 302; Eyüp İpek, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler", ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi***, 2012, S. 102, s. 78; Kanık, 2022, s. 1341.

[27] Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 8.7.1972 tarihli ve 623/717 sayılı kararı (Eren, 2019, N. 1428, dpn. 72).

[28] Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 9.3.2020 tarihli ve E. 2020/1175 K. 2020/2309 sayılı kararı "Somut olayda; taraflar arasında 01.02.2005 tarihli ve 01.05.2012 tarihli kira sözleşmeleri bulunduğu, davalı tarafından sözleşmelerdeki imzanın inkâr edilmediği, 01/05/2012 başlangıç tarihli sözleşmenin 1. maddesinde sözleşmenin, taraflar arasında 01/02/2005 tarihinde yapılmış olan kira sözleşmesinin kira süresinin uzatılması, yeni dönem kira bedelinin belirlenmesi ve değişen şartlara uyarlanması amacıyla yapıldığının belirtildiği, 5. maddesinde "Kira süresi 01.05.2012 tarihinden başlayarak 3+2 yıl olarak kararlaştırılmış olup bu sürenin sonunda kiracı mecuru boşaltarak kiraya verene kayıtsız şartsız teslim edecektir." şeklinde taahhüdün yer aldığı, davalının 01/02/2005 tarihli kira sözleşmesine göre bu tarihten itibaren kiralanan taşınmazda bulunduğu, söz konusu taahhüdün kira ilişkisi devam ederken verilen tahliye taahhüdü olduğu ancak taahhüdün belli bir tarihi içermediği görülmüştür. Tahliye taahhüdünde, tahliye tarihi belli (açık) bir şekilde yer almadığından Türk Borçlar Kanununun 352. maddesinin aradığı anlamda bir tahliye taahhüdünün varlığından bahsedilemez. O halde, ilk derece mahkemesince belirtilen gerekçe ile davanın reddine ve Bölge Adliye Mahkemesince de istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi gerekir..." (KBİBB.).

[29] Gümüş, 2012, s. 328; Aydoğdu - Kahveci, 2019, s. 651; Altuntop, "2014", s. 527.

"belli bir tarih"te boşaltmanın taahhüt edilmesi arandığı için artık bu görüş üstün tutulmalıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, olan hukuk bakımından tahliye tarihine yer verilmiş olması taahhüdün geçerliliği bakımından yeterlidir. Bunun için tahliye tarihinin kiracı tarafından bizzat el yazısıyla belirtilmesine gerek yoktur. Meselâ, tahliye tarihinin kiraya veren tarafından yazılmış olması esasen taahhüdün geçerliliğine etki etmez. Ama, maalesef buradan hareketle uygulamadaki tahliye taahhütlerinin hemen hemen hepsinde kira sözleşmesi yapılırken tarihsiz tahliye taahhütnamesi talep edilmektedir. Bunun önüne geçilebilmesi için olması gereken hukuk bakımından nitelikli yazılı şekle ihtiyaç olduğu söylenebilir. Nitelikli (mevsuf) yazılı şekilden maksat, hukukî işlemin geçerliliği için imza dışında başka ek unsurların varlığını arayan şekildir. Bunlara uyulmadığı takdirde o hukukî işlem geçerli olmaz. Meselâ, kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır (TBK. m. 583/I). Yine, el yazılı vasiyetname de nitelikli yazılı şekle tâbidir (TMK. m. 538/I). Katıldığımız görüş gereğince, benzer çözüm, olması gereken hukuk bakımından yazılı tahliye taahhüdü için de savunulabilir[30]. Buna göre, yazılı tahliye taahhüdünde düzenleme tarihinin ve tahliye tarihinin kiracı tarafından el yazısıyla yazılması aranmalıdır. Böylece, en azından kiraya verenin keyfî talepleri karşısında kiracı bir nebze olsun korunmuş olur. Açıkçası bu çözüm önerisi tek başına yeterli olmayabilir. Çünkü böyle bir değişiklik halinde dahi kiraya veren zayıf konumdaki kiracının bu tarihleri kendi el yazısıyla sözleşmenin yapıldığı anda yazmasını sağlayabilir. Her durumda, mevcut düzenlemeye nazaran bu ek unsurların geçerlilik şartı olarak aranmasının hiç olmazsa kiracıyı daha fazla düşünmeye sevk edeceği aşikardır.

Olan hukuk bakımından tahliye taahhüdünün kiraya veren tarafından özellikle kira artışı konusunda bir baskı unsuru olarak kullanılması karşısında hakkın kötüye kullanılması yasağı da göz önünde bulundurulmalıdır. Çünkü hiçbir hak emredici niteliği haiz TMK. m. 2 gereğince kötüye kullanma yetkisini içermez. Dolayısıyla, herkes hakkını amacına uygun olarak kullanmak zorundadır. Aksi takdirde, bir hakkın amacına aykırı kullanılması dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz

[30] Murat İnceoğlu, ***Kira Hukuku C. II***, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 433.

ve hak kötüye kullanılmış olur. İşte, kanun koyucu bu tarz davranışları yasaklamaktadır (TMK. m. 2/II). Buna hakkın kötüye kullanılması yasağı denir. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması âdeta madalyonun iki yüzü gibi birbirine bağlıdır[31].

Bir hakkın kötüye kullanıldığından söz edilebilmesi için bazı unsurların varlığı aranır. İlk olarak, bir hak var olmalıdır. Meselâ, geçerli bir tahliye taahhüdünün varlığı halinde kiraya veren taahhütte belirtilen tarihte tahliyeyi talep etme hakkına sahiptir. İkinci olarak, hak açıkça kötüye kullanılmış olmalıdır. Bu bağlamda, bir hak, dürüstlük kuralına göre belirlenen amacını ve kapsamını aşacak şekilde kullanılmalıdır. Bunun için dürüstlük kuralına aykırılık açık (bariz) olmalıdır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılıp kullanılmadığını takdir yetkisi hâkime aittir (TMK. m. 4). Belirtilmelidir ki, hakkın açıkça kötüye kullanıldığı haller oldukça çeşitlidir. Nitekim, bir hakkın sırf başkasını zor durumda bırakmak için, yani hakkın tanınmasındaki amaca aykırı kullanılmasında hakkın kötüye kullanılması söz konusudur. Meselâ, boşanma davası devam ederken aile konutunda yaşamakta olan eşini zor durumda bırakmak amacıyla aile konutunu terk eden kiracı eşin kiraya verene tahliye taahhüdünde bulunmasında durum böyledir[32]. Yine, elde edilecek menfaat ile başkasının uğrayacağı zarar arasında aşırı bir oransızlık bulunması da böyledir. Meselâ, geçerli bir yazılı tahliye taahhüdü bulunmakla birlikte evin tahliye edileceği tarihte kiracı ağır hasta olduğu için yer değiştirmesi hayatî risk oluşturursa, tahliyenin hemen istenmesinde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur. Keza, kişi davranışlarıyla karşı tarafta bir güven yaratmış olmasına rağmen hakkını bununla çelişkili biçimde kullanamaz. Buna çelişkili davranış yasağı (venire contra factum proprium) denir[33]. Meselâ,

---

[31] Hakkın kötüye kullanılması yasağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kemal Oğuzman - Nami Barlas, ***Medenî Hukuk***, Vedat Kitapçılık, 17. Baskı, İstanbul, 2011, s. 249 vd.; Hüseyin Hatemi, ***Medeni Hukuk'a Giriş***, Vedat Kitapçılık, 7. Baskı, İstanbul, 2013, s. 184 vd.; Şener Akyol, ***Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı***, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul, 2006, s. 21 vd.; O. Gökhan Antalya - Murat Topuz, ***Medeni Hukuk, C. I***, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2021, N. 2012 vd.; Serap Helvacı - Fulya Erlüle, ***Medeni Hukuk***, Legal Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2011, s. 39-40; Süleyman Yılmaz, ***Medeni Hukuk, C. I, Başlangıç Hükümleri***, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 157 vd.; Sinan Sami Akkurt, "Dürüstlük Kuralı ve İyiniyet", ***Medeni Hukuk-I, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Ders Kitabı***, Ed.: Metin İkizler, Özlem Tüzüner, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2022, s. 240 vd.

[32] Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 24.10.1990 tarihli ve E. 3112 K. 10423 sayılı kararı (Cem Baygın - Ahmet Nar, ***Medeni Hukuk Dersleri-I Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku***, Yetkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2022, s. 261, dpn. 665).

[33] Mustafa Dural - Suat Sarı***, Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri***, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 192 vd.; Şener Akyol***, Medenî Hukukta***

uygulamada sıkça karşılaşıldığı üzere, sırf kira bedelinin ödenmesini sağlamak amacıyla kiracısından tarihsiz tahliye taahhüdünde bulunmasını istediğini, ama söz konusu taahhüdü hiç kullanmayacağını belirten kiraya verenin sonradan buna dayanarak tahliye davası açması çelişkili davranış yasağına aykırılık oluşturur.

Yukarıdaki misallerde olduğu üzere, tahliye taahhüdünün sonradan kiraya veren tarafından keyfî olarak doldurulmasında da hakkın açıkça kötüye kullanılmasının söz konusu olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Gerçekten de meselâ, konut kiralarında hâlihazırda geçerli olan yasal artış oranından (%25'ten) fazla, diyelim ki %200'lük bir artışa kiracı razı olmayınca onu korumaya yönelik bütün hükümler boşa çıkarılacak biçimde kiraya veren tarafından tahliye tarihi doldurulursa veya bu tehdit altında kiracı kanuna aykırı da olsa %200'lük bir artışa mecbur bırakılırsa, hakkın açıkça kötüye kullanılmadığından söz edilebilir mi?

Yazılı tahliye taahhüdünde tahliye tarihinin kim tarafından belirtileceği TBK. m. 352/I hükmünde açıkça yer almamaktadır. Ancak, kiraya veren tarafından tahliye tarihinin sonradan keyfî biçimde doldurulması halinde bunun geçerli olduğunu kabul etmek dürüstlük kuralı karşısında doğru bir yaklaşım olmaz. Yazılı tahliye taahhüdünün hukukî niteliğine ilişkin hangi görüş kabul edilirse edilsin, kiraya veren tarafından tahliye tarihinin sonradan doldurulması kanunun ruhuna da açıkça aykırıdır. Çünkü konut ve çatılı işyeri kiralarındaki nispî emredici kuralların yegane amacı kiraya vereni değil, kiracıyı korumaktan ibaretken, buna aykırı biçimde tahliye tarihinin sonradan doldurulması halinde tahliye taahhüdünü geçerli sayan anlayış kabul edilmemelidir. Gerçekten de, kiraya veren tarafından sonradan tahliye tarihinin doldurulması halinde tahliye taahhüdünü kira hukukunun özüyle tamamen çelişkili biçimde geçerli saymak doğru bir yaklaşım olmaz. Tahliye tarihinin belirtilmesi yazılı tahliye taahhüdünün esaslı bir unsuru olduğuna göre, kiraya verenin bunu sonradan metne ekleyememesi gerekir.

Dikkat edilirse, geçerli bir yazılı tahliye taahhüdü sayesinde kiraya veren kiracının tahliyesini talep etme hakkına sahip olur. Ancak bu durum, kiraya verene tahliye tarihini sonradan tek taraflı biçimde doldurma yetkisi bahşetmez.

Çelişki Yasağı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 13 vd.; Baygın - Nar, Medeni, s. 261 vd.; Cengiz Koçhisarlıoğlu - Özlem Söğütlü - Bahar Öcal Apaydın, ***Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri***, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 293 vd.

Kısacası, kiraya verenin burada sahip olduğu hak, geçerli bir yazılı tahliye taahhüdünü kullanmaktan ibarettir; tarihi keyfî biçimde doldurma yetkisi değildir.

Hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı genel olarak TMK. m. 2/II hükmünde öngörülmektedir. Buna göre, "bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz". Başka bir deyişle, hakkını kötüye kullanan hak sahibi beklediği yararı elde edemez. Şayet o davacı ise dava reddedilir; davalı ise dava kabul edilir[34]. Şu halde, yukarıdaki misallerde olduğu biçimde yazılı tahliye taahhüdüne dayalı tahliye hakkını açıkça kötüye kullanarak icra takibi başlatan veya dava açan kiraya verenin korunmasına ve zayıf tarafın mağdur edilmesine yol açılmamalıdır. "Kiracı tahliye taahhüdünün altına imza atmasaydı" diye düşünülerek kaderine mahkûm edilmemeli ve hâkimler tarafından daha cesur içtihatlar geliştirilmelidir. Böylece, durumun, yazılı tahliye taahhüdündeki hakkın açıkça kötüye kullanılması teşkil ettiğinin dosyadan anlaşıldığı hallerde tahliye talebinin reddine karar verilmelidir.

Eklenmelidir ki, burada tahliye tarihinin sonradan doldurulmasının kanuna karşı hile teşkil ettiğine ilişkin gerekçeye de dayanılabilir. Kanuna karşı hileden maksat, hukukun yasakladığı bir sonuca hukuken uygun görülen başka bir yoldan ulaşmaktır[35]. Meselâ, kira sözleşmesi yapılırken yazılı tahliye taahhüdü alması yasaklanan kiraya verenin tarihsiz tahliye taahhüdünü kiracıya imzalatması ve istediği artış olmadığında takibe girişmesi aynı zamanda kanuna karşı hile teşkil eder. Bu durumda kanuna karşı hile ile elde edilmek istenen sonuç, bertaraf edilen yaptırıma tâbi tutulmalıdır. Böylece, tarihsiz tahliye taahhüdünü alıp bunu sonradan dolduran kiraya verenin tahliye takibinde bulunmasına izin verilmemelidir.

Yazılı tahliye taahhüdüne ilişkin diğer bir mesele koşuldur. Yargıtay uygulaması gereğince, yazılı tahliye taahhüdünün koşula bağlanması da mümkündür[36]. Konu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, tahliye taahhüdü koşula

---

[34] Aydın Zevkliler - Şeref Ertaş - Ayşe Havutçu - Beşir Acabey - Damla Gürpınar, ***Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)***, Turhan Kitabevi, 10. Baskı, Ankara, 2018, s. 62; Jale G. Akipek - Turgut Akıntürk - Derya Ateş Karaman, ***Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku C. I***, Beta Yayınevi, 9. Baskı, İstanbul, 2012, s. 189; Baygın - Nar, Medeni, s. 267-268; Sinan Sami Akkurt - Kemal Erdoğan - Hüseyin Tokat, ***Medenî Hukuk (Temel Bilgiler)***, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 165.

[35] Koçhisarlıoğlu - Söğütlü - Öcal Apaydın, 2022, s. 237.

[36] Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 07.04.2009 tarihli ve E. 2009/1388 K. 2009/2938 sayılı kararı "Davacı kiralayanın icra takibinde dayandığı tahliye taahhüdü kira ve aidat borçlarının ödenmesi şartına bağlanmıştır. Borçlar Kanunu'nun 149. maddesi hükmü gereği sözleşmeler şartlı

bağlı yapılabilir[37]. Ancak, doktrindeki diğer bir görüşe göre, tahliyenin taahhüt edildiği tarih konusunda şüphe olmaması gerektiği için böyle bir taahhüt geçersizdir. Meselâ, yeni bir konut bulunca tahliye taahhüdünün hüküm ifade edeceğine yönelik bir koşulun varlığı halinde taahhüt hüküm ifade etmez[38].

Tahliye taahhüdünde ceza koşulunun kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı hususu da tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kiralananı tahliye tarihinde boşaltmama için ceza koşulu kararlaştırılmışsa bunun ödenmesi istenebilir[39]. Yargıtay'ın da aynı yönde içtihadı mevcuttur[40].

---

yapılabiliyorsa bunun doğal sonucu olarak tahliye taahhütnameleri de şartlı düzenlenebilir. Bu takdirde taahhüt şartın gerçekleşmesi ile güncellik kazanır ve icra takibinin de şartın gerçekleşmesinden itibaren bir ay içinde yapılması gerekir. Davalı kiracı icra takibine konu edilen kira borcunu 08.07.2008 tarihine kadar ödeyeceğini, aksi halde kiralananı 15.07.2008 tarihinde tahliye edeceğini taahhüt etmiş, davacı kiralayan da belirtilen tarihte ödeme yapılmadığını iddia ederek 17.07.2008 tarihinde tahliye taahhüdüne dayanarak icra takibi yapmış olduğundan takip süresindedir. Davalı kiracı gerek itirazında, gerek itiraz üzerine açılan davada söz konusu borcu ödediğini savunmadığı gibi buna ilişkin bir delil de sunmamıştır. Bu haliyle taahhütnamedeki şartın gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Yine tahliye taahhüdü 01.05.2007 başlangıç tarihli sözleşme ile kiralananda kiracı iken verildiğinden müzayaka halinden söz edilemez. Şart gerçekleştiğinden ve süresinde icra takibi yapıldığından mahkemece itirazın kaldırılmasına ve kiralananın tahliyesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde istemin reddine karar verilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir..." (Lexpera); Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 18.06.2007 tarihli ve 6086/7625 sayılı kararı (KBİBB.).

37 Kanık, 2022, s. 1337; Akyiğit, 2012, s. 247; Murat Doğan, ***Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 175.

38 Gümüş, 2012, s. 328; Aydoğdu - Kahveci, 2019, s. 653; Kılıçoğlu, 2019, s. 303; Altuntop, "2014", s. 530; Erdem, "2016", 487.

39 Tandoğan, 2008, s. 195.

40 Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 02.07.2014 tarihli ve E. 2013/16564 K. 2014/8813 sayılı kararı "Davada 01.01.2008 başlangıç tarihli ve 3 yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Bu sözleşmeye istinaden davalı tarafından 01.03.2008 tarihinde davacı kiraya verene tahliye taahhüdü verilmiş, tahliye taahhüdünde davalı kiracı kiralananı 31.12.2010 tarihinde tahliye edeceğini taahhüt ettikten sonra devamında "kiracı mecuru 31.12.2010 tarihinde tahliye etmezse tahliye tarihinden önceki aylık kira bedelinin 3 katı miktarında aylık ödemeyi kabul ve taahhüt eder" denilmiştir. İlgili taahhüt cezai şart niteliğindedir ve geçerlidir. Bu nedenle davalı kiracıyı bağlar. Davalı tahliye taahhüdüne rağmen kiralananı tahliye etmemiştir. Bu nedenle mahkemece, tahliye taahhüdündeki düzenleme gereğince cezai şartın davalıdan tahsiline karar verilmesinde bir usulsüzlük bulunmamaktadır. Ancak mahkemece TBK 182/son (BK. 16l/son) maddesine göre cezai şartta indirim yapılıp yapılamayacağı tartışılmamış, cezai şartta bir indirim yapılmamıştır. Oysa, cezanın ekonomik yönden davalının mahvına sebep olması halinde cezadan indirim yapılabileceği uygulamada kabul edilmektedir. Bir olayda, cezai şart miktarının fahiş olup olmadığı belirlenirken; tarafların ekonomik durumları, özel olarak borçlunun ödeme gücü, alacaklının, asıl borcun ifa edilmesi halinde elde edeceği yarar ile cezai şartın ödenmesinin sağlayacağı yarar arasındaki makul adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılması yüzünden alacaklının uğra-

C. Kiralananın Teslim Edilmesinden Sonra Düzenlenmiş Olmalı

Yazılı tahliye taahhüdünün geçerliliği için kiralananın teslim edilmiş olması şarttır (TBK. m. 352/I). Başka bir deyişle, ancak kiralanan teslim edildikten sonra verilen tahliye taahhüdü geçerlidir[41]. Şu halde, her şeyden önce kira sözleşmesinden önce verilen yazılı tahliye taahhüdü geçersizdir. Keza, kira sözleşmesi yapılırken tahliye taahhüdünün üstlenilmesi de hüküm ifade etmez[42]. Meselâ, iradî şekilde yazılı olarak yapılan kira sözleşmesinin bir hükmü olarak tahliye taahhüdüne yer verilmiş olması tahliye taahhüdünün kesin hükümsüzlüğüne yol açar. Nitekim, Yargıtay da aynı görüştedir[43]. Çünkü konut veya işyeri ihtiyacı olan kiracı tarafından kira sözleşmesi yapılırken verilen tahliye taahhüdü onun özgür iradesinden kaynaklanmaz; kiraya verenin baskısı altında elde edilmiş olur[44].

Kira sözleşmesi yapılmış olmakla birlikte, henüz kiralanan kiracıya teslim edilmemişse, bu aşamada verilen yazılı tahliye taahhüdü de geçersizdir. Dolayısıyla, kiracının henüz fiilî hâkimiyetine dâhil etmediği bir kiralanan bakımından tahliye taahhüdünde bulunulamaz. Çünkü kanun koyucu yazılı tahliye taahhüdünün geçerliliğini açıkça kiralananın teslim edilmiş olmasına bağlı kılmıştır. Şu

---

dığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmemek suretiyle sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı, ölçüt alınarak gerekirse bu konuda özel bilgisi olan bilirkişiden de yararlanılarak ve sonuçta hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun bir cezai şart miktarına hükmedilmelidir. Hakimin, bu kuralı uygularken kullanacağı takdir hakkının, Yargıtay denetimine elverişli esaslara dayanması da zorunludur. Mahkemenin cezai şart miktarının fahiş olması karşısında yukarıda açıklandığı şekilde inceleme yapılarak cezai şartta tenkis yapılması gerekir...” (Lexpera); Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 21.10.1982 tarihli ve E. 8949 K. 9174 sayılı kararı (YKD, C. 9, S. 4, 1983, s. 533).

41 Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 11.3.2008 tarihli ve E. 2008/11 K. 2008/2784 sayılı kararı (Lexpera).

42 Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 16.03.2009 tarihli ve E. 2009/1430 K. 2009/4208 sayılı kararı “Ancak sözleşmenin 4.07. maddesinde fesih nedeni olarak öngörülen koşul Borçlar Yasasında düzenlenmemiş bir fesih nedeni olup bu yüzden 6570 sayılı Yasanın 7. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde sayılan “yazılı tahliye taahhüdü” olarak kabul edilmeli, sözleşme kurulurken kararlaştırılmış bulunduğundan 04.10.1944 tarih 20/28 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında açıklanan nedenlerle geçersiz olmalıdır. Bu itibarla kiraya verenin sözleşmenin bu koşuluna dayanarak kira sözleşmesinin feshe imkanı bulunmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekir...” (Kanık, 2022, s. 1351).

43 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 4.10.1944 tarihli ve E. 15/20 K. 28 sayılı kararı (RG. 09.02.1945, S. 5927).

44 Tandoğan, 2008, s. 196; Eren, 2019, N. 1428; Zevkliler - Ertaş - Havutçu - Aydoğdu - Cumalıoğlu, 2013, s. 538; Aral - Ayrancı, 2019, s. 334; Mustafa Alper Gümüş, ***Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-I***, Vedat Kitapçılık, 3. Baskı, İstanbul, 2013, s. 342; Erdem, “2016”, s. 489; Gümüş, 2019, s. 310.

halde meselâ, kiralananın anahtarı kendisine teslim edilmiş durumdaki bir kiracının yazılı tahliye taahhüdünde bulunması hüküm ifade eder.

III. İSPAT

Yazılı tahliye taahhüdünün kiralananın tesliminden sonra verilmesi gerektiğinden önceden bahsedilmiştir. Oysa, uygulamada tahliye taahhütleri çoğunlukla kiralanan henüz teslim edilmeden ve genellikle kira sözleşmesi yapılırken verilmektedir. Böyle bir taahhüt geçersiz olmakla birlikte bunun nasıl ispatlanacağı meselesi önem arz etmektedir.

Tahliye taahhüdünün boş olarak verilmesi ve kiraya veren tarafından doldurulması halinde beyaza imza söz konusudur. Yargıtay'a göre, tahliye taahhüdünün kiralananın tesliminden önce beyaza imza şekilde imzalatıldığı hususunda ispat yükü kiracıya düşer[45]. Yine Yüksek Mahkeme'ye göre, beyaza imzanın varlığı ancak senetle ispatlanabilir. Çünkü böyle bir senet veren karşı tarafa güvenmektedir ve bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır[46]. Üstelik, düzen-

---

[45] Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 28.9.2021 tarihli ve E. 2017/6-975 K. 2021/1108 sayılı kararı "21. Kira sözleşmesinin yapılması sırasında tarihleri boş olan ve kiracı tarafından imzalanan tahliye taahhüdü alınması durumunda, bu belgenin kiralananın teslimi öncesinde tarihlerinin boş olarak verildiği ve anlaşmaya aykırı olarak sonradan tamamlandığına ilişkin savunmanın kanıtlanması gerekir. Bu şekilde yani düzenleme ve boşaltma tarihlerinin sonradan tamamlanması belgenin geçersizliğini gerekmediği gibi bu tarihlerin anlaşmaya aykırı olarak tamamlandığına ilişkin iddia kiracı tarafından ispatlanmalıdır (Kanık, s. 1293). 22. Yapılan açıklamalar ışığında somut olay incelendiğinde; davacı vekili davalı ...'un dava konusu taşınmazda 05.03.2010 başlangıç tarihli kira sözleşmesi gereğince aylık 3.350TL kira bedeli ile kiracı olduğunu, davalının dört yıldır kiracı olarak bulunduğu işyerini son dönem başından sonra verdiği 14.03.2013 tarihli taahhütname ile 04.03.2014 tarihinde boşaltacağını kayıtsız ve şartsız olarak kabul ettiğini, davalının yazılı taahhüdüne uymadığını ileri sürerek taahhüt nedeniyle kiralanandan tahliyesine karar verilmesini istemiştir. Davalı vekili, davaya dayanak yapılan tahliye taahhüdünün davacı tarafça kira sözleşmesinin imza edildiği tarihten önce alındığını, davacının, taşınmazın kiracı sıfatıyla kullanılabilmesinin ön şartı olarak ileri sürdüğü taahhütnameyi müvekkiline manevi cebir altında imzalattığını, bu şekilde imza edilen taahhüt tarafların gerçek iradelerini yansıtmaktan uzak olduğundan geçerli olmadığını, davacının kötü niyetli olduğunu belirterek davanın reddini savunmuş ise de yukarıda da belirtildiği üzere TMK'nın 6 ve HMK'nın 190. maddesi gereğince ispat yükü, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Tahliye taahhütnamesinin kira sözleşmesinden önce imzalatıldığını iddia eden davalı kiracı bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Bu durumda mahkemece ispat yükümlülüğü ters çevrilerek davanın reddine karar verilmesi doğru değildir..." (KBİBB.).

[46] Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 24.1.2017 tarihli ve E. 2017/1536 K. 2017/475 sayılı kararı (Lexpera); Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 7.6.2012 tarihli ve E. 2012/5147 K. 2012/8537 sayılı kararı "Kira sözleşmesi davalı ile kiralananın önceki maliki M. C. arasında imzalanmıştır. Taşınmazı 30.06.2010 tarihinde iktisap eden davacı 15.06.2010 tanzim ve 25.01.2011 tahliye

leme ve tahliye tarihlerinin farklı bir kalemle yazılmış olması da tahliye taahhüdünün geçerliliğine etki etmez[47]. Uygulamaya göre, beyaza imza atan kiracı böyle bir durumda meselâ korkutma (baskı altında olma) yüzünden irade bozukluğuna dayalı iptal talebinde bulunabilir. Ama, bu hak da bir yıllık hak düşürücü sürede (TBK. m. 39) kullanılmazsa, kiracının iddiasına itibar edilemez[48].

Yazılı tahliye taahhüdünde ispat meselesi doktrinde ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, burada senede karşı senetle ispat kuralı (HMK. m. 201) uygulanamaz. Başka bir deyişle, tahliye taahhüdünün kiralananın tesliminden önce ve özellikle kira sözleşmesiyle birlikte verildiği, yani özgür bir iradeden kaynak-

tarihli olduğu bildirilen tahliye taahhütnamesine dayalı olarak süresinde icra dairesine başvurmuş, itiraz üzerine işbu davayı açmıştır. Davalı tahliye taahhüdünün kira sözleşmesi ile birlikte düzenlenip verildiğini, taahhütnamedeki yazı ve rakamlarda tahrifat yapıldığını savunmuştur. Davaya konu tahliye taahhütnamesi matbu olup metin üzerindeki boşlukların elle doldurulması suretiyle tanzim edilmiştir. Matbu metnin tanzim ve tahliye tarihlerine ilişkin bölümlerinde .../.../200.." ibarelerinin yer almakta olup bu kısımlar 15.06.2010 tanzim ve 15.01.2011 tahliye tarihleri olarak elle tamamlanmıştır. Taahhütnamedeki bu kısımların elle tamamlanmasında bir usulsüzlük bulunmamaktadır. Taahhüdün tanzim ve tahliye tarihleri kısmının boş olarak düzenlenip davacıya verilmiş olduğu kabul edilse bile, kiracı davalı bu şekildeki boşa imza atmakla davacıya istediği tarihi doldurma yetkisi vermiş olduğundan bunun sonucuna katlanmak zorundadır. Öte yandan B.K.'nun 31.maddesi uyarınca yasal süresi içinde taahhütnamenin iptali de istenmiş değildir. Tarih kısmında .../.../200.." ibaresinin bulunuyor olması nedeniyle bu kısmın sınırlı şekilde 2009 veya 2010 olarak düzenlenebileceği 2011 olarak yazılmasının davalının iradesine uygun düşmediği şeklindeki mahkeme kabulü hatalı olup mahkemece davanın kabulü gerekirken hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur.." (KBİBB.); HGK. T. 27.1.1988, E. 12-400 K. 45 (KBİBB.).

47 Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 14.09.2011 tarihli ve E. 2011/4370 K. 2011/8923 sayılı kararı "Olayımızda, 01.07.2003 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesi konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Yargılamanın devamı sırasında davacı vekili 25.05.2010 tarihli oturumda davalının kiralananı tahliye ettiğini bildirmiştir. Bu suretle davanın konusuz kaldığından mahkemece "dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde hüküm kurulması gerekirken davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Öte yandan, adli tıp kurumu raporuna göre, taahhütname altındaki imzanın davalı kiracıya ait olduğu saptanmıştır. Takip dayanağı taahhütnamedeki tahliye ve tanzim tarihlerinin farklı bir kalemle yazılmış olmasının belgenin geçerliliğine bir etkisi yoktur. Bu durumda boş bırakılan kısımların sonradan doldurma konusunda kiralayana yetki verildiğinin kabulü gerekir..." (KBİBB.).

48 Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 03.11.2011 tarihli ve E. 2011/7271 K. 2011/12349 sayılı kararı (Kanık, 2022, s. 1349); Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 08.06.2010 tarihli ve E. 2010/2871 K. 2010/6900 sayılı kararı "Davalı Borçlar Kanunu'nun 31. maddesinde öngörülen yasal hakkını kullanmayıp taahhütnamenin iptali yönünden bir talepte bulunmadığına göre düzenleme tarihi olmadan imzalanan tahliye taahhütnamesinin geçerli olduğunun kabulü gerekir..." (Lexpera).

lanmadığı hususu kiracı tarafından her türlü delille ispatlanabilir[49]. Bu görüşün yasal dayanağı HMK. m. 203,b.ç hükmüdür. Çünkü söz konusu hüküm gereğince hukukî işlemlerde irade bozukluğu ile aşırı yararlanma iddialarının ispatında senetle ispat zorunluluğu aranmaz. Aynı şekilde, yazılı tahliye taahhüdünde kiracı kira sözleşmesini yapabilmek ve kiralananı teslim alabilmek için kiraya veren tarafından bu şekilde bir tahliye taahhüdü vermek zorunda bırakılmaktadır. İşte, bu baskı ve zorlamaya dayalı irade bozukluğu iddiası bakımından da takdiri delillere ve özellikle de tanıklara başvurulabilir[50]. Kanaatimizce burada irade bozukluğu hallerinin veya aşırı yararlanmanın şartlarının tam olarak gerçekleştiğini savunmak güç olsa da, bu görüşün kiracının daha menfaatine olduğu da söylenmelidir. Çünkü beyaza imza atmak zorunda bırakılan bir kiracının tahliye taahhüdünün geçersizliğini kesin delille ve özellikle de yazılı delille ispatlamasını beklemek hiç makul değildir. Aksi çözümün kabulü, kiralanana kavuşmak için sözleşme anında boş tarihli bir tahliye taahhüdünü imzalamak zorunda kalan kiracının taahhüdün geçersizliği ispatlamasını hemen hemen imkânsız kılar. Eklenmelidir ki, burada TBK. m. 352/I hükmünün ratio legis'i de unutulmamalıdır. Zira, söz konusu hükümle güdülen gaye, kiracısını beyaza imza atmak zorunda bırakan kiraya verenin değil, kendi rızasıyla tahliye taahhüdünde bulunan kiracının korunmasıdır.

Diğer bir görüşe göre, tahliye tarihi boş olarak verilen taahhüdün geçersizliği farklı delillerle, hatta emareyle dahi ispatlanabilmelidir. Meselâ, tarihin farklı kalemlerle atılması veya farklı elle yazılması esas itibarıyla tarihin boş verildiğini gösteren emare sayılarak geçersizliğe yol açmalıdır[51].

Başka bir görüş ise bir adım daha ileri giderek, tahliye taahhüdünün kiralananın tesliminden önce verilip verilmediği olgusu bakımından ispat yükünün kiracıya yüklenmesinin isabetli olmadığını ifade etmektedir. Zira, kiracının herhangi bir sebep olmamasına rağmen özgür iradesiyle kiraya verene tahliyeyi taahhüt etmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Yazılı tahliye taahhüdünü gerektiren bir durumun bulunması gerekir. Meselâ, kiraya verenin başka bir tahliye sebebine dayanarak tahliyeyi sağlayabilecek konumda olmasına rağmen

---

49 Cevdet Yavuz - Faruk Acar - Burak Özen, ***Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler***, Beta Yayınevi, 10. Baskı, İstanbul, 2014, s. 694; Cevdet Yavuz - Faruk Acar - Burak Özen, ***Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)***, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 309; Burcuoğlu, 1993, s. 312; İpek, "2012", s. 77; Gümüş, 2012, 329; Gümüş, 2019, s. 310.

50 Altuntop, "2014", s. 531.

51 Aydoğdu - Kahveci, 2019, s. 654.

kiracının kendisine boşaltma için bir süre tanınmasını istemesinde kiracının yazılı tahliye taahhüdü vermesi makuldür. Bu gibi hallerin dışında ise kiracının kiraya verene tahliye taahhüdünde bulunmasının makul bir gerekçesi yoktur. Dolayısıyla, yazılı tahliye taahhüdünün hangi gerekçe ve saikle verilmiş olduğunun ispat yükü kiraya verene düşer. Kiraya veren bu gerekçeyi ispat ederse, artık tahliye taahhüdünün teslimden önce verilmiş olduğu iddiası dinlenmez. Çünkü mevcut olgulardan taahhüdün geçerli bir şekilde verilmiş olduğu anlaşılır[52].

Benzer bir görüşe göre, kiracının tahliye taahhüdünün kiralananın teslimi öncesi düzenlendiğine yönelik itirazı halinde kiralananın tesliminden sonra söz konusu taahhüdün verildiğini ispat yükü kiraya verene aittir[53].

Olması gereken hukuk bakımından savunduğumuz nitelikli şekle ilişkin görüş burada önemle tekrar vurgulanmalıdır. Çünkü söz konusu görüşe uygun olarak kanunda değişiklik yapılması halinde beyaza imzaya ilişkin yukarıdaki tartışma da bertaraf edilmiş olacaktır. Çünkü kanunda nitelikli şekil şartı öngörülmediği için tahliye borcu altında olan kiracının boş taahhüt senedini imzalaması uygulamada geçerli sayılmaktadır. Oysa nitelikli şekil şartının aranması tüm bu tartışmayı boşa çıkaracağı gibi, kira hukukunun ruhuna uygun olarak kiracının güvence altına alınmasına da hizmet edecektir.

IV. TAHLİYE TAAHHÜDÜNÜN HÜKÜMLERİ

A. Tahliye Usulü

Geçerli bir yazılı tahliye taahhüdünün varlığı halinde, kiracı taahhütte yazılı tarihte kiralananı tahliye etmekle yükümlüdür. Buna aykırı olarak kiracı söz konusu tarihte kiralananı boşaltmazsa, kira sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş sayılmaz. Böyle bir durumda, kiraya veren kira sözleşmesini bu tarihten itibaren bir ay içinde iki usulden birini izleyerek sona erdirebilir[54]. Buna göre, kiraya veren taahhüt tarihinden itibaren bir aylık süre içinde ya icraya başvurabilir ya da dava açabilir.

---

52 Erdem, "2016", s. 496 vd.

53 Kanık, 2022, s. 1337.

54 TBK. m. 352/I hükmünde geçen "sona erdirebilir" ifadesinin doğru olmadığı; yazılı tahliye taahhüdünde belirtilen tarih itibarıyla aslında sözleşmenin sona erdiği, daha sonra ise son bulan bu sözleşme sebebiyle tahliyenin talep edildiği hakkındaki görüş için bkz. Kılıçoğlu, 2019, s. 304.

İlk olarak, taahhüt edilen tarihten itibaren bir ay içinde kiracı aleyhine ilamsız icra takibine başlanabilir. Bu durumda, icra dairesi tarafından taşınmazın on beş gün içinde tahliyesine ve teslimine ilişkin bir tahliye emri (Örnek 14 tahliye emri) düzenlenir (İİK. m. 272) ve kiracıya tebliğ edilir. Kiracı itirazı tahliye emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde icra dairesine bildirir. Söz konusu itiraz tahliye takibini durdurur (İİK. m. 274). Bunun üzerine, kiraya veren tarafından ya icra hukuk mahkemesinde itirazın tebliğinden itibaren 6 aylık süre içinde itirazın kaldırılması istenebilir (İİK. m. 275) ya da sulh hukuk mahkemesinde itirazın tebliğinden itibaren 1 yıllık süre içinde itirazın iptali ve tahliye davası açılabilir (İİK. m. 67). Diğer taraftan, kiracı tarafından süresinde tahliye emrine itiraz edilmemesi veya itirazın kaldırılması (reddedilmesi) halinde ise kiralanan, zorla tahliye ve kiraya verene teslim edilir (İİK. m. 273/I).

Tahliye taahhüdünün adi yazılı şekilde yapılmış olması geçerlilik için yeterli olmakla birlikte, taahhüdün şekli kiracı aleyhine yapılan icra takibinde kiracının ödeme emrine itiraz etmesi halinde takip edilecek yol bakımından önem arz eder. Tahliye taahhüdü noterlikçe düzenleme veya onaylama şeklinde yapılmış ya da adi yazılı şekilde yapılmış tahliye taahhüdündeki imza inkâr edilmemiş ise, kiraya veren icra hukuk mahkemesinde itirazın kaldırılmasını talep edebilir (İİK. m. 275/II). Bununla beraber, kiracı adi yazılı tahliye taahhüdüne dayanarak başlatılan icra takibinde itiraz yoluyla imza inkârında bulunmazsa, o, kiraya veren tarafından icra hukuk mahkemesinde açılacak davada imza inkârında bulunamaz (İİK. m. 63)[55]. Adi yazılı şekilde yapılan tahliye taahhüdündeki imzanın kiracı tarafından itiraz yoluyla açıkça[56] inkâr edilmesi halinde ise, kiraya veren tarafından icra mahkemesinde itirazın kaldırılması istenemez (İİK. m. 275); sulh hukuk mahkemesinde itirazın iptali ve tahliye davasının açılması gerekir[57]. Beyaza imza yoluyla

---

55 Kanık, 2022, s. 1338-1339.

56 Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 30.11.2006 tarihli ve E. 2006/10484 K. 2006/12191 sayılı kararı "Davalı kiracı yasal süresindeki itirazında özetle "takibe dayanak taahhüdü kabul etmediğini, kira sözleşmesi düzenlenirken farkına varmadan imzasının alınmış olabileceğini, şayet alınmış ise tarihlerin doğru olamayacağını" beyan etmiştir. Davalı kiracı itirazında açıkça imza inkârında bulunmamış ve tanzim tarihine karşı çıkmamıştır. Az önce açıklanan itirazı imza inkârı ve tanzim tarihine karşı koyma olarak nitelendirilemez. Bu nedenle davalının itirazına değer verilemez..." (Kanık, 2022, s. 1342, dpn. 1569).

57 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 4.12.1957 tarihli ve E. 1957/11 K. 1957/26 sayılı kararı (RG. T. 10.2.1958, S. 9830); Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 27.10.2016 tarihli ve E. 2016/9546 K. 2016/6214 sayılı kararı "Davalı, davacı tarafından ibraz edilen kira sözleşmesinde yer alan imzanın kendisine ait olmadığını savunmuştur. Mahkemece öncelikle yapılacak iş, davalıya ait tatbike medar olan imzaları alındıktan ve ilgili resmi kuruluşlar ile davalının beyan ettiği diğer mercilerdeki imza örnekleri getirtildikten sonra imza incelemesi için konu-

alınan tahliye taahhüdünün kiraya veren tarafından sonradan doldurulmasına karşılık olarak, imza itirazına uygulamada sıklıkla kiracıların tahliyeyi geciktirmek ve zaman kazanmak adına başvurdukları görülmektedir.

İkinci olarak, taahhüt edilen tarihten itibaren bir ay içinde kiracı aleyhine sulh hukuk mahkemesinde tahliye davası açılabilir. Eklenmelidir ki, Yargıtay'a göre, böyle bir durumda, kira sözleşmesinin sona erdirildiği tarihe kadar geçen sürede işleyen kira bedellerinden de kiracının sorumluluğu söz konusudur. Meselâ kiralanan anahtarların tevdi mahallinde olduğu kiraya verene bildirilene kadar geçen süredeki kira bedelinden de kiracı sorumludur[58].

B. Tarafları

Gerek icraya başvuruda gerekse tahliye davasında kiralananın tahliyesini talep etme hakkı kiraya verene aittir[59]. Kiraya veren bir veya daha fazla kişi

---

sunda uzman bilirkişi raporu alınarak oluşacak sonuca göre davaya dayanak yazılı sözleşme altındaki imzanın davalıya ait olduğunun anlaşılması halinde..." (Lexpera); Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 6.12.2017 tarihli ve E. 2017/7122 K. 2017/17145 sayılı kararı "Davalı taahhütnamedeki imzayı inkâr ettiğine göre, imza incelemesi yapılırken mahkemece davalının eli ürünü olan imzalarının alınması var ise taahhütnamenin yapıldığı tarihteki imza örneklerinin de toplanarak bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle taahhütnamedeki imzanın davalıya ait olup olmadığının belirlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Davada tahliye taahhütnamesine dayanan davacı olup, bu taahhütnamedeki imzanın davalının eli ürünü olduğuna dair ispat yükü de davacı kiraya verene ait iken, ispat yükü ters çevrilip davalı tarafa yüklenilerek yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bu sebeple bozulması gerekmiştir..." (KBİBB.); Tandoğan, 2008, s. 198; Yavuz - Acar - Özen, Özel, 2014, s. 694; Zevkliler - Gökyayla, 2019, s. 365 vd.; Yavuz - Acar - Özen, 2012, s. 309; Doğan, 2011, s. 171; Aral - Ayrancı, 2019, s. 334; Altuntop, "2014", s. 535.

58 Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 29.06.2010 tarihli ve E. 2010/3956 K. 2010/8056 sayılı kararı "Kiracılık süresi içinde davalı 1.5.2006 tarihinde verdiği tahliye taahhüdü ile kiralananı 30.9.2006 tarihinde tahliye etmeyi taahhüt etmiş, ancak süresinde boşaltmaması üzerine davacı tarafından D. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2006/... E 2007/... K sayılı dosyasında tahliye taahhüdüne dayanılarak 27.10.2006 tarihinde tahliye davası açılmıştır. Bu arada davalı 5.1.2007 tarihinde kiralananın tahliye edildiğinin tespiti ile anahtarın teslimi yönünden tevdi mahalli isteminde bulunmuş, mahkeme aracılığı ile yapılan tespitte kiralananın 5.1.2007 tarihi itibarıyle tahliye edildiği saptanarak 17.1.2007 tarihli kararla mahkeme yazı işleri müdürlüğü tevdi mahalli olarak tayin edilmiştir. Buna ilişkin kararın 15.2.2007 tarihinde davacıya tebliğ edilmesi üzerine kiralanan anahtarları 19.2.2007 tarihli tutanakla teslim alınmıştır. Kiralanan anahtarlarının tevdi mahallinde olduğu 15.2.2007 tarihinde davacıya bildirildiğine göre bu durumda kiralananın 15.2.2007 tarihine kadar davalının kullanımında olduğunun ve kiracılık ilişkisinin bu tarihe kadar devam ettiğinin kabulü gerekir. Dolayısıyla davalı bu tarihe kadar kira ödemelerinden sorumludur..." (Kanık, 2022, s. 1350).

59 Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 25.9.2014 tarihli ve E. 2014/9368 K. 2014/10385 sayılı kararı "Taraflar arasında uyuşmazlık konusu yapılmayan davaya dayanak yazılı kira sözleşmesi davalı ile kiralayan B. E. vekili arasında düzenlenmiş ve sözleşme kiralayan vekili tarafından imza-

olabilir. Paylı mülkiyetin varlığı halinde, icraya başvurulması veya dava açılması için pay ve paydaş çoğunluğuyla karar verilmesi gerekir (TMK. m. 691/I). Elbirliği mülkiyetinde ise oybirliğiyle karar verilmesine ihtiyaç vardır[60] (TMK. m. 702/II). Bunun üzerine, kiraya verenlerin hepsi tarafından birlikte ilamsız icra takibinde bulunulması veya tahliye davası açılması gerekir. Çünkü burada zorunlu dava arkadaşlığı söz konusudur. Meselâ, mirasbırakan hayattayken düzenlenen tahliye taahhüdüne dayanarak mirasçıların hepsi tarafından kiracının tahliyesi talep edilebilir[61].

Yazılı tahliye taahhüdü eski malik döneminde verilmiş olmakla birlikte, kiralanan başkasına devredilmiş olabilir. Bir görüşe göre, böyle bir durumda yazılı tahliye taahhüdü, kira sözleşmesinin kanun gereğince tarafı haline gelen yeni malik tarafından da kullanılabilir[62]. Aynı yaklaşım Yargıtay tarafından da benimsenmektedir[63].

Kiraya veren konumunda olmayan malik kiracıyı icra veya dava yoluyla tahliye ettiremez[64]. Meselâ, intifa hakkı sahibi taşınmazı kiraya verirse, malik tarafından icra takibi başlatılamaz.

İcra takibi veya dava, kiracı kimse onun aleyhine yöneltilir. Birden fazla kiracının varlığı halinde icra takibinin veya davanın bütün kiracılara karşı yöneltilmesi gerekir[65].

Kiracıya yönelik tahliye talebi sayesinde onunla birlikte kiralananda oturan eş, çocuk, iş ortağı gibi kimselerin de tahliyesi mümkündür. Ayrıca, kiracı tarafından verilen tahliye taahhüdü varsa, bu alt kiracının tahliyesi için de yeterlidir[66].

---

lanmıştır. Bu durumda kiraya veren B. E. tarafından açılması gereken işbu davanın vekili sıfatıyla sözleşmeyi imzalayan vekil tarafından açılması usul ve yasaya aykırıdır. Mahkemece bu gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi gerekir...” (KBİBB.).

60 İnceoğlu, 2014, s. 434; Erdem, “2016”, s. 499.

61 Aydoğdu - Kahveci, 2019, s. 651; Altuntop, “2014”, s. 537-538; Kanık, 2022, s. 1342.

62 Erdem, “2016”, s. 499.

63 Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 22.01.2015 tarihli ve E. 2014/14065 K. 2015/655 sayılı kararı “Ancak yeni malik önceki malikin ve kiraya verenin halefi olarak eski malik zamanında verilmiş taahhüde dayanarak dava açabilir...” (Lexpera).

64 Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 21.05.2007 tarihli ve E. 2007/4389 K. 2007/6369 sayılı kararı “Yukarıdaki ilkelerde de açıklandığı gibi taahhüt nedeniyle tahliye davasının mutlaka kiralayan tarafından açılması gerekir...” (Kanık, 2022, s. 1352); Zevkliler - Gökyayla, 2019, s. 368; İnceoğlu, 2014, s. 434; Aydoğdu - Kahveci, 2019, s. 650; Kanık, 2022, s. 1342.

65 İnceoğlu, 2014, s. 434; Gümüş, 2019, s. 310.

66 Feyzioğlu, 1970, s. 501; Gümüş, 2012, s. 327; Altuntop, “2014”, s. 526.

Kiracının kira sözleşmesini devretmesi de mümkündür. Böyle bir durumda, eski kiracı tarafından verilen taahhüt yeni kiracıya karşı da ileri sürülebilir[67].

C. Süre

Yazılı tahliye taahhüdüne dayanarak icraya başvurulması veya dava açılması için taahhüt tarihinden itibaren bir aylık süre öngörülmektedir. Bu süre hukukî niteliği itibarıyla hak düşürücüdür. Dolayısıyla, bir aylık sürede icraya başvurulmaz veya dava açılmazsa, artık aynı tahliye taahhüdüne dayanarak talepte bulunulamaz. Üstelik, bir aylık süre hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulmalıdır[68]. Meselâ, kiralananın 01.06.2023 tarihinde tahliye edileceği yazılı olarak taahhüt edilmiş olsun. Bu durumda, Örnek 14 icra takibinin veya tahliye davasının 02.06.2023 ilâ 01.07.2023 tarihleri arasında açılması gerekir[69].

Bir aylık hak düşürücü süre dışında, sürenin uzamasına ilişkin TBK. m. 353 hükmü de göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre, kiraya veren, en geç davanın açılması için öngörülen bir aylık sürede dava açacağını kiracıya yazılı olarak bildirmişse, süre bir kira yılı için uzamış sayılır. Bunun için bildirim bir aylık hak düşürücü süre içinde kiracıya gönderilmiş ve ona ulaşmış olmalıdır. Aynı şekilde, kiraya verenin bir aylık sürede icra takibinde bulunması üzerine kiracı tarafından imza inkârında bulunulmuşsa, TBK. m. 353 hükmü gereğince söz konusu icra takibi yazılı bildirim niteliğindedir ve dolayısıyla kiraya verenin dava açma süresinin bir kira yılı için uzayacağı kabul edilmelidir. Dolayısıyla, kiraya veren bir aylık süre geçmiş olsa da söz konusu bir kira yılı içinde tahliye davasını açabilir[70].

Taahhüt tarihinden önceki bir bildirim süreyi uzatmak için yeterli olmaz. Başka bir deyişle, tahliye tarihinden önce gönderilen bildirimle süre korunmuş olmaz[71]. Yargıtay'ın bu yönde içtihadı[72] olduğu gibi, aksi yönde daha güncel kararı da mevcuttur[73].

---

67 İnceoğlu, 2014, s. 435; Erdem, "2016", s. 500.

68 Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 27.10.1992 tarihli E. 11500 K. 12090 sayılı kararı (KBİBB.); Tandoğan, 2008, s. 199; Yalman, "2005", s. 21; Erdem, "2016", s. 500.

69 Kanık, 2022, s. 1342.

70 Tandoğan, 2008, s. 199; Aydoğdu - Kahveci, 2019, s. 654-655; Altuntop, "2014", s. 536. Diğer bir görüşe göre ise, TBK. m. 353 hükmü bir yıllık uzama süresi mevcut olmadığı için uygulama bulmaz (Gümüş, 2019, s. 311).

71 İnceoğlu, 2014, s. 436.

SONUÇ

Konut ve çatılı işyeri kiralarında sözleşmenin sona erme sebepleri bakımından sınırlı sayı esası geçerlidir. Her bir tahliye sebebi kendine özgü kanunda öngörülen şartların varlığına bağlıdır. Nitekim, yazılı tahliye taahhüdünde de durum böyledir. Gerçekten de, geçerli bir tahliye taahhüdünden söz edebilmek için bunun yazılı olması, tahliye tarihinin belirtilmiş olması ve kiralananın tesliminden sonra düzenlenmiş olması şarttır. Oysa, kiraya veren sıklıkla kanun gereğince uzamakta olan mevcut kira sözleşmesinde yüksek kira bedeli artışı yapmak ister. İşte, bunu sağlamak üzere uygulamada sıklıkla yazılı tahliye taahhüdüne başvurulduğu görülmektedir. Böylece, kiraya veren sınırlı sayıdaki tahliye sebeplerini dolanma imkânını elde etmiş olur. Ne var ki, kanun koyucunun tahliye sebeplerini tek tek sayarken öngördüğü amaç bu olamaz.

Uygulamada yazılı tahliye taahhüdünün çoğunlukla kanuna karşı hile amacıyla kullanılması sebebiyle belki de yazılı tahliye taahhüdü imkânının tamamen ortadan kaldırılması düşünülebilir. Ancak, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince bu çözümün makul olmayacağı söylenebilir. Bunun yerine, uygulamadaki sorunları bertaraf etmek üzere bazı çözüm önerilerinde bulunulması daha isabetlidir. İlk olarak, kiralanan aile konutu niteliğinde ise, kiracı eşin yazılı tahliye taahhüdünün geçerliliği için diğer eşin açık rızası aranmalıdır. Açık rızanın varlı-

---

[72] Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 14.11.1994 tarihli ve E. 13970 K. 14223 sayılı kararı (Legalbank).

[73] Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 22.2.2018 tarihli ve E. 2017/8734 K. 2018/1505 sayılı kararı "6098 sayılı TBK' nun "Dava süresinin uzaması" başlıklı 353. maddesinde tahliye nedenleri bakımından bir sınırlama ve tahdit getirilmemiş olup TBK' nun 350. maddesinde düzenlenen ihtiyaç nedenine, TBK' nun 352/1 maddesinde düzenlenen taahhüde, TBK' nun 352/2. maddesinde düzenlenen iki haklı ihtara dayalı tahliye davalarına, TBK' nun 352/3. maddesinde düzenlenen kiracının aynı şehirde başka konutu olması nedenlerine dayalı tahliye davalarına ilişkin dava süresinin uzamasına dair genel düzenleme yapıldığı ve yapılan düzenleme ile TBK' nun 352/1. maddelerinde düzenlenen taahhüde dayalı tahliye davaları için ayrık tutulmadığı bu defaki incelemeden anlaşılmıştır. Somut olayda; taraflar arasında imzalanan 01.01.2012 başlangıç tarihli ve 3 yıl süreli kira sözleşmesinin varlığı hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davalı kiracı; 24.04.2012 tanzim tarihli taahhütname ile taşınmazı 31.12.2014 tarihinde tahliye edeceğini taahhüt etmiştir. Davacı, 19.11.2014 tarihli ihtarname ile kiralananın taahhüt edilen tarihte tahliye edilmesini istemiş, ihtar davalıya 21.11.2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Türk Borçlar Kanunu'nun 353. maddesi uyarınca kiraya veren 01.01.2014-01.01.2015 dönemi sona ermeden 21.11.2014 tebliğ tarihli ihtarname ile dava açacağını davalıya bildirdiğine göre, bildirimi takip eden uzayan kira yılı sonu olan 01.01.2016 tarihine kadar dava açılabilir. Bu durumda 10.04.2015 tarihinde açılan dava süresinde olup, mahkemece davanın esastan incelenmesi gerekirken süresinde açılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru değildir..." (Lexpera).

ğını ispat yükü kiraya verene düşer. Açık rıza ispatlanamadığı takdirde, kiraya verenin tahliye talebi reddedilmelidir. Aynı görüşteki uygulamanın giderek yerleşik hale gelmesi gerektiği savunulabilir.

Olan hukuk bakımından yazılı tahliye taahhüdü adi yazılı şekle tâbidir. Bunun için tahliye tarihinin kiracının el yazısıyla atılmasına ihtiyaç yoktur. Oysa, özellikle tarihsiz tahliye taahhütlerinin önüne geçebilmek adına olması gereken hukuk bakımından burada nitelikli yazılı şekil aranmalıdır. Bu kapsamda, yazılı tahliye taahhüdünde düzenleme tarihinin ve tahliye tarihinin kiracı tarafından el yazısıyla yazılması aranmalıdır. Böylece, beyaza imzaya ilişkin hâlihazırdaki tartışma da bertaraf edilmiş olur.

Olan hukuk bakımından yazılı tahliye taahhüdüne dayalı tahliye talebinin hakkın kötüye kullanılması oluşturup oluşturmadığı üzerinde titizlikle durulmalıdır. Özellikle yasal artış oranını aşacak şekilde artış talebi reddedilen kiraya verenin tahliye taahhüdünü kiracı karşısında âdeta bir silaha dönüştürdüğü hallerde konut ve çatılı işyeri kirasındaki hükümlerin tamamını boşa çıkartacak şekilde tahliye taahhüdünün kullanılmasının önüne geçilmelidir. Tarihsiz tahliye taahhüdünün hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği hallerde bunlar hukuken korunmamalı ve geçersiz sayılmalıdır. Bu gibi hallerde aynı sonuca varılması bakımından kanuna karşı hile de bir argüman olarak göz önünde bulundurulmalıdır.

Katıldığımız görüş gereğince, tahliye taahhüdünün tarihsiz bir şekilde imzalandığını; yani beyaza imzanın varlığını ispat yükü kiracıya düşer. Bununla beraber, uygulamanın aksine burada kesin delilin varlığı aranmamalı; takdiri delillerden de yararlanılabilmelidir. Zira, kira sözleşmesini yapabilmek için tarihsiz tahliye taahhüdünde bulunmak zorunda kalan kiracının ne iradesinin sağlıklı olduğu ne de zor durumda bulunmadığı söylenebilir.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut - ATEŞ KARAMAN, Derya, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri***, 20. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2013.

AKİPEK, Jale G. - AKINTÜRK, Turgut - ATEŞ KARAMAN, Derya, ***Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku C. I***, 9. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2012.

AKKURT, Sinan Sami, "Dürüstlük Kuralı ve İyiniyet", ***Medeni Hukuk-I, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Ders Kitabı***, Ed.: Metin İkizler, Özlem Tüzüner, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.

AKKURT, Sinan Sami - ERDOĞAN, Kemal - TOKAT, Hüseyin, ***Medenî Hukuk (Temel Bilgiler)***, 1. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021.

AKYİĞİT, Ercan, ***6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi***, 1. bs., İstanbul, Seçkin Yayınevi, 2012.

AKYOL, Şener, ***Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı***, 2. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.

AKYOL, Şener***, Medenî Hukukta Çelişki Yasağı***, 1. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2007.

ALTUNTOP, Merve, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yazılı Tahliye Taahhüdü Sebebiyle Tahliye", ***TAAD***, Y. 5, S. 19, 2014, ss. 517-541.

ANTALYA, O. Gökhan - TOPUZ, Murat, ***Medeni Hukuk, C. I***, 4. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021.

ARAL, Fahrettin- AYRANCI, Hasan, ***Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri***, 12. bs., Ankara, Yetkin Yayınevi, 2019.

AYDOĞDU, Murat - KAHVECİ, Nalan, ***Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Özet Kitap***, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.

AYDOĞDU, Murat - KAHVECİ, Nalan, ***Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri***, 4. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.

BAYGIN, Cem - NAR, Ahmet, ***Medeni Hukuk Dersleri-I Başlangıç Hükümleri ve Kişiler Hukuku***, 3. bs., Ankara, Yetkin Yayınevi, 2022.

BURCUOĞLU, Haluk, ***Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi***, 1. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

BURCUOĞLU, Haluk, "6570 S. GKHK'da Tahliye Bildiriminde, Tahliye Gününün Kira Dönemi İçerisinde Bir Gün veya Kira Dönemi Bitim Gününe Rastlaması", ***İBD***, C. 58, S. 10-12, 1984, ss. 637-647.

CERAN, Mithat, ***Kira Sözleşmesi ve Tahliye Davaları***, 3. bs., Ankara, Yetkin Yayınevi, 2019.

DOĞAN, Murat, ***Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi***, 1. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.

DURAL, Mustafa - ÖĞÜZ, Tufan- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, ***Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku***, 17. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2022.

DURAL, Mustafa - SARI, Suat***, Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri***, 1. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.

ERDEM, Mehmet, "Konut ve Çatılı İş Ye.ri Kiralarında Yazılı Tahliye Taahhüdünün Geçerlilik Şartları ve Özellikle Taahhüdün Kiralananın Tesliminden Sonra Verilmiş Olduğunun İspatı, ***BÜHFD***, C. 11, S. 145-146, 2016, ss. 481-506.

EREN, Fikret, ***Borçlar Hukuku Özel Hükümler***, 7. bs., Ankara, Yetkin Yayınevi, 2019.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, ***Borçlar Hukuku Hususî Kısım Akdin Muhtelif Nevileri Cilt I***, 2. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1970.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, ***Borçlar Hukuku Özel Hükümler***, 4. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, ***"Yeni" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmeleri,*** 1. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, ***Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt-I***, 3. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

HATEMİ, Hüseyin, ***Medeni Hukuk'a Giriş***, 7. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

HELVACI, Serap - ERLÜLE, Fulya, ***Medeni Hukuk***, 2. bs., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2011.

İNCEOĞLU, Murat, ***Kira Hukuku C. II***, 1. bs., İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2014.

İPEK, Eyüp, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebeplerine İlişkin Getirilen Yenilikler", ***TBBD***, S. 102, 2012, ss. 59-92.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., ***Borçlar Hukuku Özel Hükümler***, 1. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2019.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., ***Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı***, 1. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz - SÖĞÜTLÜ, Özlem - ÖCAL APAYDIN, Bahar, ***Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri***, 1. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.

KURU, Baki, ***İcra ve İflas Hukuku El Kitabı***, 2. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2006.

OĞUZMAN, M. Kemal - BARLAS, Nami, ***Medenî Hukuk***, 17. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.

ŞIPKA, Şükran, ***Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194)***, 2. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2004.

TAHMAZ, M. Sabri, "Kira ve İcra Hukukunda Yazılı Tahliye Taahhüdü", ***İBD***, C. 66, S. 7-9, 1992, ss. 694-730.

TANDOĞAN, Halûk, ***Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. I/2***, 4. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

UYGUR, Turgut, ***6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. II***, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2012.

YALMAN, Süleyman, "Tahliye Sebebi Olarak Yazılı Tahliye Taahhüdü", ***SÜHFD***, C. 13, S. 2, 2005, ss. 7-22.

YAVUZ, Cevdet- ACAR, Faruk - ÖZEN, Burak, ***Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler***, 10. bs, İstanbul, Beta Yayınevi, 2014.

YAVUZ, Cevdet- ACAR, Faruk - ÖZEN, Burak, ***Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)***, 10. bs, İstanbul, Beta Yayınevi, 2012.

YAVUZ, Nihat, ***Yeni TBK, HMK, İİK ve İstinafa Göre Kira Hukuku***, 7. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.

YILMAZ, Süleyman, ***Medeni Hukuk, C. I, Başlangıç Hükümleri***, 1. bs., Ankara, Yetkin Yayınevi, 2022.

ZEVKLİLER, Aydın - GÖKYAYLA, K. Emre, ***Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri***, 19. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2019.

ZEVKLİLER, Aydın - ERTAŞ, Şeref - HAVUTÇU, Ayşe - AYDOĞDU, Murat - CUMALIOĞLU, Emre, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler***, 1. bs., İzmir, Fakülteler Kitabevi, 2013.

ZEVKLİLER, Aydın - ERTAŞ, Şeref - HAVUTÇU, Ayşe - ACABEY, Beşir - GÜRPINAR, Damla, ***Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)***, 10. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2018.

Elektronik Kaynaklar

https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html

https://legalbank.net/arama

https://www.lexpera.com.tr/kullanici-profili

https://uyap.gov.tr/

ACENTELİK SÖZLEŞMESİNİN HAKLI SEBEPLE SONA ERMESİNDE FESİH USULÜNÜN İNCELENMESİ[*]

Prof. Dr. Mehmet HELVACI[**]
Dr. Öğr. Üyesi Raziye AKSU[***]

Öz

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde 121/1 uyarınca sözleşme belirli bir süre için yapılmış olsa bile haklı sebeplerden dolayı her zaman fesih olunabilir. Sözleşmeyi süresinden önce sona erdirme imkânı veren bu yola uygulamada sıklıkla başvurulmaktadır. Bununla birlikte, haklı sebeple fesih usulü TTK'de düzenlenmemiştir. Bu sebeple, bu çalışmada acentelik sözleşmesinin haklı sebeple sona ermesinde fesih usulü incelenmiştir. Buna göre öncelikle haklı sebeple fesih hakkının doğabilmesi için gerekli koşullar ele alınmıştır. Daha sonra fesih beyanının şekli, içeriği, zamanı ve feshin hüküm ifade ettiği an irdelenmiştir. Son olarak fesih usulü ile sınırlı olmak üzere haklı sebeple feshin hukuki sonuçlarına değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Acentelik Sözleşmesi, Haklı Sebep, Fesih.

---

[*] Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 28.09.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 12.11.2022.
Atıf Şekli: Mehmet Helvacı - Raziye Aksu, "Acentelik Sözleşmesinin Haklı Sebeple Sona Ermesinde Fesih Usulünün İncelenmesi", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 981-1006.

[**] İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye.
E-posta: helvacı@istanbul.edu.tr.
Orcid: https://orcid.org/0000-0002-2811-0928.

[***] Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, Isparta, Türkiye.
E-posta: raziyeozkan@sdu.edu.tr.
Orcid: https://orcid.org/0000-0003-2245-863X.

EXAMINATION OF THE TERMINATION PROCEDURE AT TERMINATION OF AGENCY AGREEMENT WITH JUST CAUSE

Abstract

Pursuant to article 121/1 of the Turkish Commercial Code (TCC) numbered 6102, even if the contract has been concluded for a certain period of time, it can always be terminated for justified reasons. This method, which gives the opportunity to terminate the contract before its expiry date, is frequently used in practice. However, the termination procedure for just cause is not regulated in the Turkish Commercial Code. For this reason, in this study, the procedure of termination in the termination of the agency agreement with just cause has been examined. Accordingly, first of all, the necessary conditions for the right of termination for just cause to arise are discussed. Then, the form, content, time of the annulment declaration and the moment when the annulment becomes effective were examined. Finally, the legal consequences of termination for just cause, limited to the termination procedure, are mentioned.

Keywords

Agency Agreement, Just Cause, Termination.

GİRİŞ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu[1] (TTK) m. 102/1 uyarınca ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı bir hukuki konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticari bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir. Bu hüküm kapsamında, acente ile müvekkil arasında yapılan sözleşme, acentelik sözleşmesini oluşturur[2]. Acentelik sözleşmesinin sona erme sebepleri, TTK m. 121'de düzenlenmiştir. Bu hâllerden biri acentelik sözleşmesinin haklı sebeple feshedilerek sona erdirilmesidir (TTK m. 121/1). Haklı sebeple fesih[3], acentelik[4] gibi sürekli borç ilişkisi içeren sözleşmelerde hukuki ilişkiye son verme olanağı sağlayan genel bir ilke niteliği taşır[5]. Nitekim benzer düzenleme

---

1 Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6102, Kabul Tarihi: 13.01.2011, RG 14.02.2011/27846.

2 Naci Kınacıoğlu, ***Acente ve Acentelik Sözleşmesi***, 1. Baskı, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1963, s. 34; Arslan Kaya, ***Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap-Ticari İşletme, Yedinci Kısım-Acentelik***, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 8; Şaban Kayıhan, ***Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Işığında Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi***, 5. Baskı, Umuttepe Yayıncılık, Kocaeli, 2018, s. 36; Sabih Arkan, ***Ticari İşletme Hukuku***, 27. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2021, s. 218; Hüseyin Ülgen vd., ***Ticari İşletme Hukuku***, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 832-833; İsmail Kayar, ***Ticari İşletme Hukuku***, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 382; Oruç Hami Şener, ***Ticari İşletme Hukuku***, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 344; Rıza Ayhan - Hayrettin Çağlar - Mehmet Özdamar, ***Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar***, 13. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 527; Ali Bozer - Celal Göle, ***Ticari İşletme Hukuku***, 6. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2020, s. 156-157; Şaban Kayıhan, ***Ticari İşletme Hukuku***, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 271.

3 Öğretide bu kavram "olağanüstü fesih" olarak da adlandırılmaktadır [Kayıhan, ***Acentelik Sözleşmesi***, s. 244; Kaya, ***Acentelik***, s. 207; Özer Seliçi, ***Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi***, 1. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 156; Mustafa İsmail Kaya, ***Acentelik Hukuku***, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 325]. Bununla birlikte, bu çalışmada TTK'nin lafzına bağlı kalınarak "haklı sebeple fesih" kavramı kullanılacaktır.

4 Acentenin aracılıkta bulunma veya sözleşme yapma şeklindeki faaliyeti süreklilik arz eder. Bkz. Kınacıoğlu, ***Acente ve Acentelik Sözleşmesi***, s. 16; Arkan, ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 220; Ülgen vd., ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 837; Şener, ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 343; Mehmet Bahtiyar, ***Ticari İşletme Hukuku***, 21. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 231; Ayhan - Çağlar - Özdamar, ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 528; Kayıhan, ***Acentelik Sözleşmesi***, s. 38; Bozer - Göle, ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 157; Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 16; Albin Ströbl, ***Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, §§ 1-104a HGB*** in Karsten Schmidt and Werner F. Ebke (ed), 5. Auf., C. H. Beck Verlag, München, 2021, § 84 N. 71.

5 Seliçi, ***Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi***, s. 156; Ersin Çamoğlu, ***Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması***, 2. Baskı, Vedat

Alman Ticaret Kanunu [*Handelgesetzbuc*h (HGB)] § 89a[6] ve İsviçre Borçlar Kanunu [*Obligationenrecht* (OR)] Art. 418r[7]'de bulunmaktadır.

TTK m. 121'de haklı sebebe dayanılarak sözleşmeyi feshetme hakkı düzenlenmekle birlikte, bu hakkın kullanılabilmesi için gerekli koşullara veya hakkın kullanım şekline yer verilmemiştir. Bu bağlamda bu çalışmada, acentelik sözleşmesinin haklı sebeple sona erdirilmesinde fesih usulü incelenecektir.

I. HAKLI SEBEPLE FESİH HAKKININ KULLANILABİLMESİ İÇİN gEREKLİ KOŞULLARIN İNCELENMESİ

A. Acentelik Sözleşmesinin Süresi Açısından

Acentelik sözleşmesi belirli bir süre için yapılmış olsa bile haklı sebeplerden dolayı her zaman fesih olunabilir (TTK m. 121/1). Bu düzenleme ile sözleşme taraflarının, çekilmez hâle gelen bir sözleşme ilişkisine ihbar veya kararlaştırılan sözleşme süresinin sonuna kadar devam etmek zorunda kalması engellenmek istenmiştir[8]. Buna göre, haklı sebeplerle fesih, gerek belirli bir süre için yapılmış olan gerek belirli süreli olmayan acentelik sözleşmelerini sona erdirir[9]. Zira

---

Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 57; Pınar Altınok Ormancı, ***Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi***, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 2; Özge Ayan, ***Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı***, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 46; Kaya, ***Acentelik***, s. 207; Jan Busche, ***Handelsgesetzbuch Kommentar*** in Hartmut Oetker (hrsg.), 7. Auf., C. H. Beck Verlag, München, 2021, § 89a N. 1; Fikret Eren, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, 25. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 1396.

6 "(1) Acentelik sözleşmesi her iki tarafça ihbar sürelerine uyulmaksızın haklı sebeplerle feshedilebilir. Bu hak (sözleşme ile) ortadan kaldırılamaz ya da kısıtlanamaz." Bkz. Vom 10. Mai 1897 (RGBl. S. 219), in der Fassung des Gesetzes zur weiteren Ausführung der EU-Prospektverordnung und zur Änderung von Finanzmarktgesetzen vom 8.7.2019, https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl119s1002.pdf#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl119s1002.pdf%27%5D__1620631466444, (28.08.2022).

7 "(1) Müvekkil ve acente, önceden ihbar etmeksizin sözleşmeyi haklı sebeplerle derhâl feshedebilirler." Bkz. Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht), https://www.parlament.ch/de, (28.08.2022).

8 Theodor Bühler, ***ZK-Zürcher Kommentar, Band/Nr. V/2f, Der Agenturvertrag, Art. 418a-418v OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)*** in Peter Gauch - Jörg Schmid (hrsg.), 1. Auf., Schulthess Verlag, Zürich, 2000, Art. 418r N. 2.

9 Kaya, ***Acentelik***, s. 207; Arkan, ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 238; Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 326; Kayar, ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 387; Kayıhan, ***Acentelik Sözleşmesi***, s. 244. Acentelik sözleşmesi süreli olsa dahi haklı sebeplerle her zaman feshedilebilir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dai-

sözleşme ilişkisini çekilmez hâle getiren bir olgunun gerçekleşmesi durumunda, acentelik gibi güvene dayalı bir sözleşmenin devam ettirilmesi istenilmemiştir. Bunun yanı sıra, acentelik sözleşmesini üç ay önceden ihbarda bulunarak feshetme imkânı da TTK m. 121/1'de düzenlenmiştir; ancak bu hak, sadece belirsiz bir süre için yapılmış olan acentelik sözleşmelerinde söz konusudur. Bununla birlikte, kanaatimizce belirsiz süreli sözleşmelerde olağan fesih hakkı kullanılmış olsa bile şayet üç aylık ihbar süresi içerisinde sözleşmeyi sona erdirmek açısından haklı sebep oluşmuşsa yine haklı sebeple fesih hakkı kullanılabilir. Çünkü TTK m. 121/1'de haklı sebeplerden dolayı sözleşmenin her zaman fesih olunabileceği düzenlenmiştir. Ek olarak, haklı sebep kavramının niteliği de bunu gerektirir. Nitekim haklı sebep, hukuki ilişkinin sürdürülmesini çekilmez hâle getiren bir olgudur[10]. Bu çekilmezlik sebebiyle de haklı sebebin ortaya çıkmasıyla fesih hakkı doğar. Son olarak belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih ihbarı/bildirimi üç ayın sonunda hüküm ifade eder ve bu üç aylık sürenin sonunda sözleşme sona erer. İhbardan sonra geçen üç aylık sürede, sözleşme tüm sonuçları ile geçerliliğini sürdürür[11]. Dolayısıyla devam eden bir sözleşme ilişkisi olduğu için haklı sebebe dayanarak sözleşmenin sona erdirilmesi yoluna da başvurulabilir. Buna karşılık Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta[12], taraflar arasında devam eden belirsiz süreli tek satıcılık sözleşmesi bulunmaktadır. Bu sözleşme, davalı tarafından 21.03.2008 tarihli ihtarname ile sebep bildirilmek-

---

resinin 27.03.1979 tarihli ve 1979/981 1979/1537 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (14.07.2022). Alman Hukuku açısından aynı yönde bkz. Klaus J. Hopt, ***Handelgesetzbuch*** in Adolf Baumbach - Klaus J. Hopt (hrsg.), 41. Auf., C. H. Beck Verlag, München, 2022, § 89a N. 3; Jochen Lehmann, ***BeckOK Handelgesetzbuch*** in Martin Häublein - Roland Hoffmann Theinert (hrsg.), 37. Auf., C. H. Beck Verlag, München, 2022, § 89a N. 5; Ströbl, ***MüKoHGB***, § 89a N. 2, 12; Gottfried Löwisch, ***Handelsgesetzbuch, Band 1, § 1-342a*** in Carsten Thomas Ebenroth vd. (hrsg.), 4. Auf., C. H. Beck Verlag and Verlag Vahlen, München, 2020, § 89a N. 8; Busche, ***HGB***, § 89a N. 6; İsviçre Hukuku için aynı yönde bkz. Bühler, ***ZK***, Art. 418r N. 1; Georg Gautschi, ***Berner Kommentar, Band/Nr. VI/2/5, Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 407-424 OR*** in Arthur Meier-Hayoz (hrsg.), 1. Auf., Stämpfli Verlag, Bern, 1964, Art. 418r N. 1b.

[10] Çamoğlu, ***Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi***, s. 23; Seliçi, ***Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi***, s. 192. Hâlin gereğine göre, akdi ilişkiyi devam ettirmesi feshi ihbar edenden beklenemezse, sebep haklı sayılmaktadır [Kınacıoğlu, ***Acente ve Acentelik Sözleşmesi***, s. 88]. Benzer bir tanım için bkz. Ayan, ***Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı***, s. 47. Diğer bir görüşe göre haklı sebep, fesih beyan eden taraf için acentelik sözleşmesinin devamının mantıksız görünmesine neden olan herhangi bir durumdur. Bkz. Bühler, ***ZK***, Art. 418r N. 3; Gautschi, ***BK***, Art. 418r N. 2a.

[11] Kaya, ***Acentelik***, s. 212.

[12] Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 28.09.2016 tarihli ve 2016/5707 2016/12723 sayılı kararı <legalbank.net> (04.08.2022).

sizin 4 aylık fesih ihbar süresi verilerek 22.07.2008 tarihi itibariyle feshedilmiştir. Daha sonra davacının davalının bir ürünüyle ilgili olarak davalıdan yetki alınmadan ve hukuki ya da ticari bir gereksinim olmadan 10.04.2008 tarihli gazetelere verdiği ilân yayınlanmıştır. Bu ilân, gerçeğe aykırı ve davalıyı kötüleyen bir içeriğe sahiptir. Bunun üzerine davalı davacıya, "4. Şirketiniz tarafından ika edilen bu kötüniyetli ve hukuka aykırı davranışınız nedeniyle feshi ihbar süresi içinde olan veya olabilecek her türlü ilişkinin de ilânı vermiş olduğunu(z) 10 Nisan 2008 tarihi itibariyle son bulmuştur." şeklinde bir ihtar çekmiştir. Yargıtay, davalının artık olağan fesih yoluyla bitmiş olan bu belirsiz süreli tek satıcılık sözleşmesini bir kere daha başka bir şekilde ve somut olayda 11.04.2008 tarihli ihtarla haklı sebeple fesih yoluyla sona erdirebilmesinin mümkün olmadığını kararında belirtmiştir. Kanaatimizce Yargıtay'ın kararı, haklı sebeple fesih hakkının kullanım süresine ilişkin gerekçesi açısından yerinde değildir. Zira üç aylık ihbar süresine uymak suretiyle belirsiz süreli bir sözleşme sona erdirilmek istenildiğinde, fesih ihbar süresinin sonunda sözleşme sona erer. Dolayısıyla henüz sözleşme ilişkisi sona ermemişken, haklı sebeple fesih yoluna başvurmak mümkündür. Bunun yanı sıra, haklı sebep, sözleşmenin derhal sonlandırılması gerektiğini ifade eder. Taraf açısından bu ilişki çekilmez hâle geldiği için sözleşme süresinin bitmesine az bir zaman da kalsa, bu yola başvurulur[13]. Örneğin müvekkil, acentenin uzun süredir gerçek olmayan faturalar keserek haksız bir şekilde komisyon kazandığını öğrenmişse, müvekkilin sözleşmenin bitimine bir ay kalması sebebiyle haklı sebeple fesih hakkını kullanamayacağını savunmak, haklı sebeple fesih hakkının özüne aykırıdır. Çünkü bu durum taraflar arasındaki güven ilişkisinin kalıcı olarak bozulmasına sebep olmuştur[14]. Bu açıdan olay incelendiğinde kanaatimizce müvekkilin ürünleriyle ilgili gerçeğe aykırı ilânlar vermek tek satıcılık sözleşmesinin sona ermesi açısından haklı sebep oluşturur. Bu yüzden, sözleşme süresinin bitmesinin beklenmesi gerekmez.

Belirli ve belirsiz süreli sözleşmelerin yanı sıra, deneme süreli bir acentelik sözleşmesinin de haklı sebebin varlığı hâlinde feshi mümkündür[15]. Bununla birlikte, deneme süreli sözleşmelerin esas amacı deneme süresi içinde tarafların performansını ve başarısını ölçmektir. Dolayısıyla her ne kadar deneme

---

13 Raziye Aksu Özkan, "Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesinde Haklı Sebebin İncelenmesi", ***Ankara Barosu Dergisi***, 2022, C. 80, S. 1, s. 13.

14 Busche, ***HGB***, § 89a N. 22.

15 Kaya, ***Acentelik***, s. 207; Löwisch, ***HGB***, § 89a N. 8; Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 326; Didem Kaya Cankat, ***Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesi***, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 109.

süresi içinde haklı sebebe dayanarak fesih mümkün olsa da sebep olarak başarısızlık veya performans düşüklüğü gibi gerekçelere dayanılmamalıdır[16].

B. Acentelik Sözleşmesinin Geçerliliği Açısından

Haklı sebeple fesih imkânının kullanılabilmesi için acentelik sözleşmesinin geçerli olması gerekir[17]. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen uyuşmazlıkta[18] davacı, acentelik sözleşmesinin haksız sebeple feshedildiğini iddia ederek denkleştirme isteminde bulunmuştur. Davalı vekili, dava konusu *sözleşmenin* müvekkili şirketin yetkilisi CA'nın imzasını taşımadığından geçersiz olduğunu ve davacının acente değil, müşteri olarak algılandığını iddia ederek davanın reddini istemiştir. Yerel mahkeme, *sözleşmenin* yaklaşık 7 ay süreyle yürütülerek ve tarafların bu süre içerisinde karşılıklı olarak edimlerini yerine getirdikten sonra feshedildiğinin göz önünde tutulması gerektiğini kararında belirtmiştir. Bunun yanı sıra davalı şirketin, AU'nun şirket mallarını satma, sözleşme imzalama konusunda yetkili olduğuna dair görünüş yarattığını ifade etmiştir. Bu bağlamda, yerel mahkeme davalının bu savunmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğundan bu savunmaya itibar edilmeyerek sözleşmenin kurulduğu gerekçesiyle davacının istemini kabul etmiştir. Yargıtay mahkeme kararının usul ve kanuna uygun olması sebebiyle davalının temyiz itirazlarının reddine karar vermiştir. Kanaatimizce bu karardan dolaylı olarak da olsa, feshin haklılığının tartışılabilmesi için öncelikle ortada geçerli bir acentelik sözleşmesinin bulunması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Şayet sözleşme geçerli değilse, ileri sürülen fesih beyanı haklı sebeple fesih hakkının kullanımı olarak yorumlanamaz. Buna karşılık, bu beyan sözleşmenin iptali için ileri sürülmüş bir irade beyanı olarak yorumlanabilir[19]. Bu hak, acentelik sözleşmesinin her iki tarafına da aittir[20].

C. Haklı Sebep Açısından

TTK m. 121/1'de acentelik sözleşmesinin belirli bir süre için yapılmış olsa bile haklı sebeplerden dolayı her zaman fesih olunabileceği düzenlenmiştir. Haklı sebep

---

16 Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 326 dpn 56.

17 Ströbl, ***MüKoHGB***, § 89a N. 12; Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 326.

18 Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 09.10.2015 tarihli ve 2015/462 2015/1026 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (04.08.2022).

19 Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 326.

20 Bühler, ***ZK***, Art. 418r N. 7; Busche, ***HGB***, § 89a N. 28.

kavramı acentelik ilişkisi açısından TTK'de tanımlanmamıştır[21]. Bununla birlikte, donatma iştiraki açısından haklı sebep kavramına TTK m. 1083/2'de yer verilmiştir. Hüküm uyarınca dürüstlük kuralına göre paydaş donatanın iştirakte kalmasını ondan beklenilemeyecek derecede zorlaştıran olaylar haklı sebep sayılır. Öğretide haklı sebep için yapılan tanımları, tanımın içerisinde dürüstlük kuralının yer alıp almamasına göre ikiye ayırmak mümkündür: Buna göre öğretide bir görüşe göre[22] haklı sebep, hukuki ilişkinin sürdürülmesini çekilmez hâle getiren ve (bozucu) yenilik doğuran bir bildirim veya değiştirmek yetkisinin kullanılmasını adil gösteren olgudur. Bununla birlikte bazı yazarlar bu tanıma, dürüstlük kuralını da eklemektedir[23]. Örneğin bir görüşe göre[24] haklı sebep, fesih hakkını kullanan taraf bakımından acentelik sözleşmesinin sürdürülmesini dürüstlük kuralları çerçevesinde beklenemeyecek duruma sokan olaylardır. Kanaatimizce haklı sebebin tanımında dürüstlük kuralını kullanan görüş, haklı sebebin unsurlarını da kapsaması sebebiyle daha yerindedir[25]. Zira sözleşmeyi sona erdirecek sebebin sadece fesih beyanında bulunan taraf için ilişkiye devamı çekilmez hâle getirmesinin aranması, kavramı tam olarak kapsamaz. Böyle bir tanımlama, yalnızca tarafların sübjektif düşüncelerinin haklı sebep kabul edilmesi riskini taşır. Başka bir deyişle, haklı sebebin oluşumunda

---

21 TTK m. 245'te kollektif şirkette haklı sebep kavramı tanımlanmakla birlikte, bu şirketler hukuku bağlamında yapılan bir tanım olduğu için hükme çalışmada yer verilmemiştir.

22 Çamoğlu, ***Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi***, s. 23; Seliçi, ***Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi***, s. 192. Hâlin gereğine göre, akdi ilişkiyi devam ettirmesi feshi ihbar edenden beklenemezse, sebep haklı sayılmaktadır [Kınacıoğlu, ***Acente ve Acentelik Sözleşmesi***, s. 88]. Benzer bir tanım için bkz. Ayan, ***Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı***, s. 47. Diğer bir görüşe göre haklı sebep, fesih beyan eden taraf için acentelik sözleşmesinin devamının mantıksız görünmesine neden olan herhangi bir durumdur. Bkz. Bühler, ***ZK***, Art. 418r N. 3; Gautschi, ***BK***, Art. 418r N. 2a.

23 *Kaya*'ya göre sözleşmenin devamının fesheden taraf bakımından çekilmez bir hâl aldığı ve kendisinin sözleşmeye devamının dürüstlük kuralı çerçevesinde beklenmesinin mümkün olmadığı durumlarda haklı sebep oluşur [Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 333]. *Kayıhan*'a göre haklı sebep, fesih hakkını kullanan taraf bakımından acentelik sözleşmesinin sürdürülmesini sözleşme ile öngörülmüş olan veya olağan fesih tarihine kadar sözleşmenin devamını dürüstlük kuralları çerçevesinde beklenemeyecek duruma sokan olayları ifade eder. Bkz. Kayıhan, ***Acentelik Sözleşmesi***, s. 244.

24 Ülgen vd., ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 874; Arkan, ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 239; Şener, ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 382; Bahtiyar, ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 239. Benzer bir tanımlama yapan görüşe göre haklı sebep, somut olayın koşullarıyla da bağlantılı olarak fesih hakkını kullanan taraf bakımından acentelik sözleşmesini sözleşme süresinin sonuna kadar devam ettirmesini dürüstlük kuralları çerçevesinde beklenemeyecek duruma sokan olayları (çekilmezlik) ifade eder. Bkz. Kaya, ***Acentelik***, s. 210.

25 Bu görüşümüzün ayrıntılı incelendiği çalışmamız için bkz. Aksu Özkan, "Haklı Sebebin İncelenmesi", s. 7 vd.

dürüstlük kuralı dikkate alınmazsa hukuki ilişkinin ortadan kaldırılması beyan sahibinin keyfiyetine bırakılmış olur[26].

Haklı sebebin bulunmasının feshin geçerliliği açısından kanuni bir koşul olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre haklı sebep, feshin geçerli olabilmesi için bir koşuldur[27]. Şayet haklı sebep bulunmaksızın sözleşme feshedilmişse, bu fesih geçersizdir ve sözleşme ilişkisini sona erdirmez. Diğer görüşe göre, haklı sebep bulunmasa da fesih beyanıyla sözleşme ilişkisi sona erer[28]. Zira feshin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığı yargılama sonucunda ortaya çıkacaktır. Bunun yanı sıra, haklı bir sebep olmadan sözleşmeyi fesheden tarafın, başlanmış işlerin tamamlanmaması sebebiyle diğer tarafın uğradığı zararı tazmin etmek zorunda olduğunu düzenleyen TTK m. 121/4, haklı sebep olmaksızın yapılan fesih beyanının da sözleşmeyi sona erdirdiğini ortaya koyar[29]. Bu hükümden çıkan sonuca göre, haklı bir sebep olmaksızın acentelik sözleşmesi derhal feshedilirse sözleşme sona erer; ancak sözleşmeyi haksız fesheden taraf, karşı tarafın zararlarını tazmin eder. Kanaatimizce de acentelik sözleşmesini sona erdirmek için ileri sürülen olgunun haklı sebep oluşturması, haklı sebeple fesih hakkının kullanımının geçerlilik koşulu değildir. Çünkü TTK m. 121/4, haklı sebebin olmaması durumunu, başlanmış işlerin tamamlanmaması sebebiyle diğer tarafın uğradığı zararı tazmin etme sonucuna bağlamaktadır. Şayet haklı sebep olmaksızın yapılan fesih geçersiz olsaydı, feshin geçersiz olduğunu düşünen tarafın edimini ifaya devam etmesi gerekirdi. Oysa TTK m. 121/4'te başlanmış işlerin bile sözleşme ilişkisi sona erdirildiği için tamamlanamamasından yola çıkılmıştır. Keza TTK m. 121/1 sözleşme belirli bir süre için yapılmış olsa bile haklı sebeplerden dolayı her zaman fesih olunabileceğini düzenlemiş; ancak fesih sebebi bildirme zorunluluğu getirmemiştir. Fesih sebebinin haklılığının tespiti yargılama sonucunda belirlenir[30]. Nitekim Yargıtay'ın önüne gelen

---

26 Seliçi, ***Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi***, s. 197.

27 Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 342; Seliçi, ***Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi***, s. 160-161.

28 Ayan, ***Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı***, s. 55.

29 Ayan, ***Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı***, s. 56; Altınok Ormancı, ***Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi***, s. 221. *Kaya*, haklı bir sebep olmadan derhal feshedilen sözleşmelerin varlığını devam ettirmesi kural olmakla birlikte TTK m. 121/4'ün bunun istisnasını oluşturduğunu ifade etmektedir. Bkz. Kaya, ***Acentelik***, s. 216 dpn 265.

30 Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 11.02.2021 tarihli ve 2020/1538 2021/1122 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 13.03.2019 tarihli ve 2017/4657 2019/2104 sayılı kararı. Kararlar için bkz. <legalbank.net> (24.08.2022).

uyuşmazlıklarda[31] fesih haksız da olsa bu feshin sözleşmeyi sona erdirdiği kabulü üzerinden feshin hukuki sonuçlarına karar verilmektedir. Örneğin somut olayda[32] müvekkil, gerekçe bildirmeksizin acentelik sözleşmesini feshetmiştir. Davacı acente, haksız fesih gerekçesiyle denkleştirme istemiyle dava açmıştır. Yapılan yargılama sonunda davalının herhangi bir fesih gerekçesine dayanmadığından ve haklı bir fesih sebebi belirtmediğinden davacının davalıdan denkleştirme tazminatı talep edebileceği sonucuna varılmıştır. Bu olayda da fesih gerekçesiz veya haksız da olsa, yapılan fesih bildirimiyle sözleşmenin sona erdiği kabul edilmiştir. Son olarak bu çözüm, acentelik ilişkisi gibi güvene dayalı ilişkiler açısından da yerindedir. Çünkü fesheden taraf sözleşme ilişkisini sona erdirme niyetini haksız bir sebebe dayandırsa da ortaya koymuştur. Bununla birlikte, her ne kadar feshin geçerliliği açısından haklı sebep bir koşul olmasa da kanunun haklı sebebe dayanılarak fesih yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesine bağladığı hukuki sonuçların doğması için haklı sebebin varlığı gereklidir. Örneğin müvekkil haklı sebep olmaksızın sözleşmeyi feshetmişse, acenteye denkleştirme istemini ödemekle yükümlü olacak veya acente haklı sebep olmaksızın feshetmişse denkleştirme istemi hakkını kaybedebilecektir (TTK m. 122/3).

Uygulamada genellikle taraflar arasında yapılan sözleşmelerde, tarafların haklı sebeple feshetme hakkı kaldırılmakta veya taraflara sebep göstermeksizin fesih hakkı tanınmaktadır. Kanaatimizce haklı sebeple fesih hakkının ortadan kaldırılmasına ilişkin anlaşma 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu[33] (TBK) m. 27 bağlamında kanuna aykırılık sebebiyle kesin hükümsüzdür. Çünkü her ne kadar sebebin haklılığı feshin geçerlilik koşulu olmasa da kanunen haklı sebebe dayanarak fesih hakkı tanıyan hükümler emredici hükümlerdir. Nitekim bu hakkın temelinde dürüstlük kuralı ile kişiliğin ve kişisel özgürlüğün korunmasını esas alan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu[34] m. 23 vardır[35]. Bu sebeple, taraflar anla-

---

31 Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 15.06.2020 tarihli ve 2019/4354 2020/2853 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 03.12.2019 tarihli ve 2019/958 2019/7774 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 27.06.2019 tarihli ve 2018/3414 2019/4977 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 24.05.2017 tarihli ve 2015/15766 2017/3013 sayılı kararı. Kararlar için bkz. <legalbank.net> (25.08.2022).

32 Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 21.11.2019 tarihli ve 2018/1936 2019/7391 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (25.08.2022).

33 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

34 Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

şarak haklı sebeple fesih hakkını ortadan kaldıramaz veya sınırlayamaz[36]. Keza tarafların bu hakkı kullanmaktan peşinen feragat etmesi geçersizdir[37]. Buna karşılık, haklı sebebin doğumundan sonra ilgili taraf isterse bu hakkını kullanmaktan vazgeçebilir[38]. Benzer şekilde, taraflar sözleşmede haklı sebep olmaksızın fesih hakkı tanımış olabilirler. Bu durumda, yapılan feshin TTK m. 121 anlamında haklı sebeple feshin hukuki sonuçlarını sağlaması açısından yine dayanılan olgunun haklı sebep oluşturması gerekir. Zira TTK m. 121 açıkça bu fesih hakkını haklı sebebe dayandırmıştır. Bu durumda, taraflar arasındaki sözleşmede sebep göstermeksizin feshetme imkânı tanınsa bile şayet fesih haksız ise, karşı taraf bundan doğan zararlardan sorumludur. Yargıtay da önüne gelen uyuşmazlıklarda sözleşmede herhangi bir sebep gösterilmeksizin fesih hakkının bulunduğuna dair bir hüküm olması halinde dahi, sözleşmenin feshi için haklı bir sebebin bulunması gerektiği yönünde karar vermiştir[39]. Örneğin Yargıtay'ın önüne gelen somut olayda[40] taraflar arasında akdedilen acentelik sözleşmesinde davalıya herhangi bir sebep göstermeksizin acentelik sözleşmesini fesih hakkı tanınmıştır. Yerel mahkeme, davalının bu hakkı kullanmasının haksız fesih oluşturmayacağını kabul etmiştir. Yargıtay, sözleşmedeki bu hükme dayalı olarak yapılan fesih bildiriminin ve kullanılan fesih hakkının kanun ve iyiniyet ku-

---

35 Seliçi, ***Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi***, s. 165; Altınok Ormancı, ***Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi***, s. 117. Bu nitelik haklı sebebin temelini oluşturan objektif iyiniyet ve kişilik haklarının korunması ilkesinin bir sonucudur. Bkz. Çamoğlu, ***Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi***, s. 102; Bühler, ***ZK***, Art. 418r N. 7; Gautschi, ***BK***, Art. 418r N. 1a.

36 Seliçi, ***Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi***, s. 164; Ülgen vd., ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 874; Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 334; Kayıhan***, Acentelik Sözleşmesi***, s. 245. Alman hukukunda bu durum, HGB § 89a/1'de açıkça düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca bu hak ortadan kaldırılamaz ya da kısıtlanamaz.

37 Kınacıoğlu, ***Acente ve Acentelik Sözleşmesi***, s. 89; Arkan, ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 239; Şener, ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 383; Kayıhan, ***Acentelik Sözleşmesi***, s. 245; Alman hukukunda aynı yönde bkz. Hopt, ***HGB***, § 89a N. 26; Lehmann, ***BeckOK HGB***, § 89a N. 55; Busche, ***HGB***, § 89a N. 28.

38 Kınacıoğlu, ***Acente ve Acentelik Sözleşmesi***, s. 89; Arkan, ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 239; Hopt, ***HGB***, § 89a N. 29; Lehmann, ***BeckOK HGB***, § 89a N. 58; Löwisch, ***HGB***, § 89a N. 139; Ströbl, ***MüKoHGB***, § 89a N. 92.

39 Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 27.04.2016 tarihli 2015/15206 2016/4748 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 21.02.2018 tarihli ve 2016/7089 2018/1278 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 16.05.2018 tarihli ve 2016/9009 2018/3615 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 09.05.2017 tarihli ve 2016/7313 2017/2727 sayılı kararı. Kararlar için bkz. <legalbank.net> (25.08.2022).

40 Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 22.10.2014 tarihli ve 2014/7542 2014/16209 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (14.08.2022).

rallarına göre *haklı sebeplere dayalı bir kullanım niteliğinde bulunup bulunmadığının* belirlenmesi gerekirken, sadece işbu sözleşme hükmüne dayalı olarak herhangi bir sebep belirtmeksizin sözleşmeyi feshedilebileceğinden bahisle davalı tarafça geçerli bir şekilde feshedildiğinin kabulünü yerinde görmemiş ve hükmü bozmuştur.

D. Önceden İhbar Yapılmasının Gerekliliği Açısından

Haklı sebeple fesih hakkının kullanımı öncelikle karşı tarafa bir ihbarda bulunulmasına bağlı değildir. Buna karşılık öğretide bir görüş, haklı sebep oluşturan sözleşmeye aykırılığın giderilmesi mümkün ise, sözleşmeye aykırı davranan tarafa bu aykırılığı düzeltebilmesi için belirli bir süre tanınmasının düşünülebileceğini ifade etmektedir[41]. Bu görüşe göre, acentelik sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesi gibi uzun süreli, ciddi ekonomik yatırımlar gerektiren bir sözleşme olduğundan, böyle bir sürenin tanınması dürüstlük kuralından kaynaklanır. Kanaatimizce haklı sebebe dayanarak sözleşmenin feshedilebilmesi için, öncelikle karşı tarafa bir ihbarda bulunma zorunluluğu yoktur. Dürüstlük kuralına dayanılarak da böyle bir koşul getirilemez. Zira TTK'de bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır[42]. Bunun yanı sıra, fesih hakkının kullanımını öncelikle karşı tarafı uyarmak için durumun ihbar edilmesine bağlamak haklı sebep kavramıyla bağdaşmaz. Çünkü bir olgunun haklı sebep oluşturabilmesi için objektif ağırlığa sahip olması gerekir[43]. Sebebin objektif ağırlığı, bir olgunun dürüstlük kuralı çerçevesinde fesih beyanında bulunan tarafın sözleşmeye devamını sözleşme süresinin sonuna ya da olağan fesih dönemine kadar kendisinden beklenemez

---

41 Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 339; Seliçi, ***Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi***, s. 158; Kaya, ***Acentelik***, s. 208; Ayan, ***Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı***, s. 53; Kaya Cankat, ***Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesi***, s. 111.

42 Alman Hukuku'nda haklı sebeple acentelik sözleşmesi feshedilmeden önce uyarıda bulunma zorunluluğu vardır. Bu zorunluluk Alman Medeni Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch*) § 314'ten kaynaklanmaktadır. Önemli bir sebep sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlal edilmesi ise, fesih ancak çözüm için belirlenen bir sürenin başarısız bir şekilde sona ermesinden sonra veya başarısız bir uyarıdan sonra kabul edilebilir. Her iki tarafın çıkarlarını göz önünde bulundurarak derhal sona ermeyi haklı kılan özel koşullar varsa, bir düzeltme ve uyarı için bir son tarih belirlemek de gerekli değildir. Ayrıntılı inceleme için bkz. Ströbl, ***MüKoHGB***, § 89a N. 30; Busche, ***HGB***, § 89a N. 7; Lehmann, ***BeckOK HGB***, § 89a N. 26; Hopt, ***HGB***, § 89a N. 10. Bürgerliches Gesetzbuch iç der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (Neubekanntmachung des BGB vom 18.8.1896 iç der ab 1.1.2002 geltenden Fassung), https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html, (08.08.2022).

43 İnceleme için bkz. Seliçi, ***Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi***, s. 196 vd; Altınok Ormancı, ***Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi***, s. 139 vd; Aksu Özkan, "Haklı Sebebin İncelenmesi", s. 10 vd.

hâle getiriyorsa, oluşmuştur[44]. Buna göre ilk aşamada, bir davranış veya olayın, sözleşmenin derhal sona ermesini kaçınılmaz olarak gerekli hâle getirip getirmediğini incelemek gerekir[45]. Şayet davranış veya olay, tarafların sözleşme sonuna kadar beklemesini gerektiriyorsa söz konusu davranış veya olay somut olayda haklı sebep oluşturmayacaktır. Bu sebeple, haklı sebeple fesih hakkının kullanımını daha önceden ihbarda bulunulması koşuluna bağlamak ilgili sebebin objektif ağırlığı taşımadığını ortaya koyar. Kanaatimizce burada mesele fesih hakkının kullanımıyla değil; haklı sebebin oluşumuyla ilgilidir. Somut olayın özelliklerine göre bir olgunun haklı sebep hâline gelebilmesi için bazen tek seferlik yapılması yetmez. Başka bir deyişle, bazı durumlarda tarafların sözleşmeye aykırı davranışları, objektif ağırlığa sahip olmasa da bu davranışa uyarılara rağmen ısrarla devam edilmesi, bu sebebi objektif olarak ağır hâle getirebilir[46]. Nitekim somut uyuşmazlıkta[47], yerel mahkeme davalının davacı adına yaptığı masraflar ve dosyaya ibraz edilen tutanaklar, karşılıklı yazışmalar, uyarı bildirileri ve noter ihtarnameleri göz önüne alındığında davacının sözleşmeye uymayarak uyarılara rağmen aykırılığa devam ettiği, faturaları ve hak edişleri düzgün tutmadığı, uyarılara rağmen yanlışta ısrar ettiği ve bu nedenle sözleşmenin davalı tarafça haklı sebeple feshedildiğine karar vermiştir. Yargıtay, yerel mahkemenin kararını hukuka uygun bularak davacının temyiz itirazlarının reddetmiştir. Bu olayda da faturaların ve hak edişlerin düzgün tutulmaması tek başına haklı sebebin objektif ağırlığını taşımamakta; ancak uyarılara rağmen aynı davranışa devam edilmesi ilişkiyi çekilmez hâle getirmektedir.

II. FESİH BEYANININ İNCELENMESİ

A. Şekil Açısından

Haklı sebeple fesih hakkı tek taraflı karşı tarafa yöneltilmesi gerekli bir irade beyanı ile kullanılır[48]. Bununla birlikte, TTK m. 121'de bu hakkın ne şekilde

---

44 Seliçi, ***Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi***, s. 196-197; Altınok Ormancı, ***Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi***, s. 139; Kaya, ***Acentelik***, s. 209.

45 Löwisch, ***HGB***, § 89a N. 39.

46 Aksu Özkan, "Haklı Sebebin İncelenmesi", s. 12.

47 Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 26.03.2015 tarihli ve 2014/17576 2015/4248 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (22.08.2022).

48 Lehmann, ***BeckOK HGB***, § 89a N. 31; Löwisch, ***HGB***, § 89a N. 83; Seliçi, ***Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi***, s. 167; Kayıhan, ***Acentelik Sözleşmesi***, s. 245; Kaya, ***Acentelik***, s. 212.

kullanılacağı düzenlenmemiştir. Bu sebeple, fesih beyanı kural olarak herhangi bir şekle tâbi olmaksızın yapılabilecektir[49]. Örneğin acentelik sözleşmesi, yazılı veya sözlü şekilde feshedilebilir. Bunun yanı sıra taraflar isterlerse acentelik sözleşmesinde fesih için belirli bir şekil kararlaştırabilir. Bu durumda feshin geçerli olması için bu şekilde yapılması gerekir[50]. Tarafların tacir olması durumunda TTK m. 18/3 devreye girecektir[51]. Hüküm uyarınca 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. Uygulamada genellikle bu yöntemlerden noter aracılığıyla fesih bildiriminde bulunma yöntemi tercih edilmektedir[52]. Öğretide bu hükmün geçerlilik koşulu olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre TTK m. 18/3 taraflar arasında yapılacak ihbarlar açısından geçerlilik değil, ispat koşuludur[53]. Çünkü hükmün gerekçesinde, hükümde öngörülen şeklin ispat koşulu olduğu belirtilmiştir. Keza bu görüşe göre, hükme karşılık gelen 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu[54] (ETK) m. 20'de yapılan değişiklik de bu görüşü desteklemektedir. Hüküm uyarınca tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmek veya mukaveleyi fesih yahut ondan rücu maksadiyle yapılacak ihbar veya ihtarların *muteber olması* için noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla yahut telgrafla yapılması şarttır. Hükümde yer alan "muteber olması" ifadesinin kaldırılması da kanun koyucunun niyetinin hükümde öngörülen şeklin ispat amacıyla getirildiğini ortaya koyar. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da TTK m. 18/3'te yer alan şek-

---

49 Alman hukukunda herhangi bir şekle tâbi olmadığı hususunda bkz. Ströbl, ***MüKoHGB***, § 89a N. 63; Löwisch, ***HGB***, § 89a N. 87; Lehmann, ***BeckOK HGB***, § 89a N. 32.

50 Kaya, ***Acentelik***, s. 209; Kayıhan, ***Acentelik Sözleşmesi***, s. 246.

51 Kaya, ***Acentelik***, s. 213; Şener, ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 383.

52 Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 10.06.2021 tarihli ve 2020/2991 2021/4968 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 12.11.2020 tarihli ve 2020/1168 2020/5020 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 24.02.2020 tarihli ve 2019/3459 2020/1928 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 24.02.2020 tarihli ve 2019/1475 2020/1949 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 07.02.2018 tarihli ve 2016/6685 2018/846 sayılı kararı. Kararlar için bkz. <legalbank.net> (22.08.2022).

53 Şener, ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 201; Kayıhan, ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 147; Kayar, ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 169; Mustafa Arıkan, "Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve Bu Bağlamda 6102 sayılı TTK m. 18/III Hükmünün Değerlendirilmesi", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, 2012, C. 18, S. 2, (Özel Sayı "6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken 10-11-12 Mayıs Sempozyumu), s. 14; Kayıhan, ***Acentelik Sözleşmesi***, s. 246.

54 Türk Ticaret Kanunu, Kanun Numarası: 6762, Kabul Tarihi: 29.06.1956, RG 09.07.1956/9353.

lin ispat koşulu olduğuna kararında yer vermiştir[55]. Diğer görüşe göre, burada bir geçerlilik koşulu öngörülmüştür[56]. Zira TBK m. 12/2 uyarınca kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. TTK m. 18/3'te de bir şekil öngörüldüğünden bu geçerlilik koşuludur. Kanaatimizce TTK m. 18/3'te öngörülen şekil, tacirler arasında yapılacak haklı sebeple fesih beyanı açısından geçerlilik koşuludur. Çünkü hükümde açıkça sözleşmeyi feshe ilişkin ihbar veya ihtarların noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme TBK m. 12 birlikte değerlendirildiğinde, kanunda öngörülen bu şeklin geçerlilik koşulu olduğu sonucuna varılır. Şayet aksi yapılmak isteniliyorsa bunun hükümde açıkça düzenlenmesi gerekirdi. Bu görüşümüzü hükmün gerekçesinde yer alan, düzenlemenin ispat koşulu olduğu yönündeki açıklama da değiştirmez. Zira ispat koşulu olan bir şeklin ayrıca bir hükümde düzenlenmesine gerek yoktur. Ek olarak ETK dönemine göre TTK m. 18/3'te yapılan değişikliğe de bu konuda dayanılamaz. Nitekim ETK döneminde dahi hükümde geçen "muteber olması" ifadesine rağmen, söz konusu şeklin geçerlilik mi ispat koşulu mu olduğu tartışmalıydı[57]. Ayrıca Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta[58], davalı müvekkil 24.11.2011 tarihli mail ve 24.12.2011 tarihli noter tasdikli ihtarı ile acentelik sözleşmesini feshettiğini acentesine bildirmiştir. Yerel mahkeme, fesih tarihi olarak noter aracılığıyla feshin yapıldığı 24.12.2011'i kabul etmiştir. Yargıtay yerel mahkeme tarafından verilen kararı fesih tarihi açısından tartışmamıştır. Kararda noter aracılığıyla feshin geçerlilik koşulu olup olmadığı irdelenmemiştir. Bununla birlikte, kanaatimizce bu kararda mail tarihinin fesih tarihi olarak kabul edilmemesi zımnen de olsa noter aracılığıyla yapılan feshe geçerlilik tanındığını ortaya koymaktadır. Bununla birlikte kanaatimizce kanun koyucunun niyeti bu şekli geçerlilik koşulu olarak düzenlemek değil-

---

55 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25.05.2016 tarihli ve 19-861/632 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (22.08.2022).

56 Arkan, ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 170-171; Ülgen vd., ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 287-288; Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 315, 327 dpn 58; Gönen Eriş, ***Açıklamalı-İçtihatlı, 6335, 6552, 6728 sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler***, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 725; Tülay Aydın Ünver, "Tacirler Arasındaki İhbar ve İhtarlara İlişkin Şeklin Hukuki Niteliği", ***Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan***, 1. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 872; Kaya Cankat, ***Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesi***, s. 96.

57 Ayrıntılı inceleme için bkz. Hanife Dirikkan, "Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2002, C. 4, S. 1, s. 44 ve dpn 18'deki yazarlar.

58 Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 04.10.2018 tarihli ve 2016/12570 2018/6010 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (29.08.2022).

dir; ancak düzenleme tarzı sebebiyle güttüğü amaca ulaşamamıştır. Son olarak günümüzün teknolojik koşullarında, görüntülü konuşmanın mümkün olduğu ve tarafların kayıt altına da alarak karşı tarafa niyetlerini bu yolla açıkça söyleyebildiği bir dönemde neden hala telgraf gibi bir yöntemin tercih edildiği de sorgulanmalıdır. Bu sebeple, hükmün kanundan çıkartılması yerinde olur.

B. İçerik Açısından

Haklı sebeple fesih bildiriminin içeriği açısından TTK'de bir düzenleme yapılmamıştır. Bununla birlikte, bu yolla çekilmez hâle gelen bir sözleşme sona erdirilmek istendiğinden fesih bildiriminin, açık ve anlaşılır olması gerekir. Özellikle belirli süreli sözleşmeler açısından acentelik sözleşmesini fesheden tarafın bildiriminde, yapılan feshin olağan fesih mi, yoksa haklı sebebe dayanan fesih mi olduğu hiçbir kuşkuya yer vermeyecek ifadelerle açıklanmalıdır[59]. Buna karşılık, feshin açıkça "olağanüstü/haklı sebebe dayanan fesih" olarak tanımlanması gerekmez. Aksine, fesih alıcısının, fesih ihbarının içeriğinden fesheden tarafın haklı sebebe dayanarak feshetme iradesini kesin olarak kabul etmesi yeterlidir. Bu, fesih bildiriminin ve fesih gerekçelerinin yorumlanmasıyla belirlenecektir[60]. Örneğin müvekkil acenteden bundan sonra herhangi bir faaliyetten kaçınması ve belgelerini kendisine teslim etmesini istemişse bu haklı sebeple fesih olarak anlaşılmalıdır. Öğretide fesih beyanından yorum yoluyla haklı sebeple fesih olduğu sonucuna varılamıyorsa, beyanı olağan fesih olarak kabul etmenin uygun olacağı ifade edilmektedir[61].

Sözleşmenin haklı sebeple feshedilerek sonlandırılmasında, haklı sebep bu hakka bağlı hukuki sonuçların doğması için geçerlilik koşuludur[62]. Buna karşılık, fesih beyanının gerekçelendirilmesi ve dayandığı nedenlerin belirtilmesi bir geçerlilik koşulu değildir[63]. Zira TTK'de bu yönde bir düzenleme bulunmamak-

---

59 Lehmann, ***BeckOK HGB***, § 89a N. 6; Ströbl, ***MüKoHGB***, § 89a N. 63; Busche, ***HGB***, § 89a N. 9; Löwisch, ***HGB***, § 89a N. 84; Hopt, ***HGB***, § 89a N. 13; Kaya, ***Acentelik***, s. 209; Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 327; Ayan, ***Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı***, s. 51.

60 Ströbl, ***MüKoHGB***, § 89a N. 63.

61 Kaya, ***Acentelik***, s. 209; Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 327-328; Ströbl, ***MüKoHGB***, § 89a N. 63; Busche, ***HGB***, § 89a N. 9.

62 İnceleme için bkz. yuk. I.C. Haklı Sebep Açısından.

63 Ströbl, ***MüKoHGB***, § 89a N. 64; Hopt, ***HGB***, § 89a N. 14; Löwisch, ***HGB***, § 89a N. 87; Busche, ***HGB***, § 89a N. 9; Lehmann, ***BeckOK HGB***, § 89a N. 32; Kaya, ***Acentelik***, s. 209; Ayan, ***Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı***, s. 52; Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 329. Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 19.03.1996 tarihli ve 1995/8837 1996/1888 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (24.08.2022).

tadır. Dolayısıyla sadece fesih beyanından sözleşmenin haklı sebeple fesih imkânından yararlanılarak sona erdirildiğinin anlaşılması yeterlidir. Önemli olan dava aşamasında haklı sebebin olduğunun ispatlanmasıdır[64]. Bu kapsamda, haklı sebeplerin değerlendirilmesinde fesih tarihi dikkate alınır. Zira fesheden taraf, fesih tarihine kadar olan olaylar sebebiyle sözleşmenin kendisi açısından çekilemez hâle geldiğini iddia etmektedir. Bu sebeple, haklı sebeplerin gerekçelendirilmesi ve nedenlerinin belirtilmesine gerek olmadığı için, fesih olgusunun haklı sebebe dayanması şartıyla, fesih beyanında belirtilmeyen haklı nedenler de feshin haklılığı ile ilgili değerlendirmede dikkate alınır[65]. Başka bir deyişle, objektif olarak mevcut olan tüm sebepler, fesih yapan kişi tarafından bilinmese bile haklı sebebin varlığı açısından göz önünde tutulacaktır[66]. Dolayısıyla dava aşamasında, daha önce fesih beyanında belirtilen sebeplere bağlılık ya da bir veya birkaç sebebin fesih beyanında belirtilmesi durumunda tevsi yasağı söz konusu olmaz. Buna karşılık bu sonuç haklı nedenle fesih beyanından önceki sebeplerle ilgili olarak geçerlidir. Fesih beyanından sonra ortaya çıkan sebepler, mevcut feshi haklı hâle getirmez[67].

Bunun yanı sıra taraflar acentelik sözleşmesinde fesih sebebinin de bildirilmesine karar verebilirler. Böyle bir anlaşma durumunda, öğretide bir görüş fesih beyanının geçerli olabilmesi için sebebe de yer verilmesi gerektiği yönündedir[68]. Diğer görüşe göre, haklı sebeple fesih hakkının kullanılabilmesi için sebep göstermek bu yola başvurulmasının önkoşulu hâline getirilemez[69]. Çünkü haklı sebeple acentelik sözleşmesinin feshedilebileceğine ilişkin düzenleme emredici niteliktedir. Ayrıca HGB § 89a/1'de haklı sebeple fesih hakkının ortadan kaldırılamayacağı ya da kısıtlanamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Kanaatimizce de tarafların acentelik sözleşmesinde fesih hakkının kullanılabilmesi için sebebin de bildirilmesine yönelik bir ön koşul getirmesi mümkün değildir. Zira TTK m. 121'de bu yönde bir düzenleme yoktur. Keza bu hakkın temelinde dürüstlük kuralı ile kişiliğin ve kişisel özgürlüğün korunmasını esas alan TMK m. 23

---

64 Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 04.04.2013 tarihli ve 2011/4956 2013/6843 sayılı kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 11.11.2014 tarihli ve 2013/16672 2014/17367 sayılı kararı. Kararlar için bkz. <legalbank.net> (04.08.2022).

65 Kaya, ***Acentelik***, s. 207; Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 330.

66 Hopt, ***HGB***, § 89a N. 14; Lehmann, ***BeckOK HGB***, § 89a N. 34; Löwisch, ***HGB***, § 89a N. 88.

67 Lehmann, ***BeckOK HGB***, § 89a N. 35.

68 Ströbl, ***MüKoHGB***, § 89a N. 65; Lehmann, ***BeckOK HGB***, § 89a N. 33; Kaya, ***Acentelik***, s. 207; Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 327; Kaya Cankat, ***Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesi***, s. 113.

69 Löwisch, ***HGB***, § 89a N. 89.

vardır. Bu sebeple, taraflar anlaşarak haklı sebeple fesih hakkını ortadan kaldıramaz veya sınırlayamaz[70]. Bunun yanı sıra, haklı sebeple fesih yoluna başvurulduğunda, taraflar ileri sürdükleri haklı sebeple bağlı değildir. Fesih tarihine kadar olan tüm sebeplere, dava esnasında da dayanılabilir. Dolayısıyla fesih sebebiyle bağlılığın olmadığı bir sistemde, fesih beyanının geçerliliği fesih sebebinin bildirilmesine bağlanamaz.

Feshe muhatap olan taraf, aralarında herhangi bir anlaşma olmaksızın sebep hususunda bilgi talep ederse taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi gereği fesheden taraf sebebi açıklamak durumundadır[71]. Buna karşılık fesheden tarafın bu halde dahi fesih sebeplerini açıklamaması haklı sebeple feshi geçersiz hâle getirmez; sadece fesih sebebinin bildirilmemiş olması sebebiyle doğan zarar için tazminat talep hakkı doğurur[72].

C. Zaman Açısından

TTK m. 121'de haklı sebebe dayanılarak acentelik sözleşmesinin her zaman feshedileceği düzenlenmekle birlikte, haklı sebebin hangi sürede ileri sürülmesi gerektiği düzenlenmemiştir. Öğretide haklı sebebin varlığı hâlinde taraflardan her birinin, belirli veya belirsiz süreli bir acentelik sözleşmesini "derhal ve her zaman" feshedebileceği ifade edilmektedir[73]. Buna göre, derhal fesih hakkı, fesih sebebinin ortaya çıkmasından sonra, uygun/makul bir süre içinde kullanılmalıdır[74]. Yoksa bu imkân, mutlaka ve hemen fesih olarak yorumlanmamalıdır[75]. Bu sürenin uzunluğu somut olayın özelliklerine göre belirlenir[76]. Bununla birlikte, haklı sebep ortaya çıkmasına rağmen buna uzun süre sessiz kalınması

---

70 Seliçi, ***Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi***, s. 164; Ülgen vd., ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 874; Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 334; Kayıhan, ***Acentelik Sözleşmesi***, s. 245. Alman hukukunda bu durum, HGB § 89a/1'de açıkça düzenlenmiştir. Hüküm uyarınca bu hak ortadan kaldırılamaz ya da kısıtlanamaz.

71 Seliçi, ***Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi***, s. 163.

72 Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 329; Kaya Cankat, ***Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesi***, s. 114; Ayan, ***Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı***, s. 52.

73 Kaya, ***Acentelik***, s. 207; Ayan, ***Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı***, s. 52.

74 Löwisch, ***HGB***, § 89a N. 51; Busche, ***HGB***, § 89a N. 10; Lehmann, ***BeckOK HGB***, § 89a N. 37; Hopt, ***HGB***, § 89a N. 30; Ströbl, ***MüKoHGB***, § 89a N. 5; Ayan, ***Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı***, s. 52; Kaya, ***Acentelik***, s. 208; Kayıhan, ***Acentelik Sözleşmesi***, s. 245.

75 Kaya, ***Acentelik***, s. 208.

76 Löwisch, HGB, § 89a N. 51; Ayan, ***Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı***, s. 52; Kaya, ***Acentelik***, s. 208; Kınacıoğlu, ***Acente ve Acentelik Sözleşmesi***, s. 89; Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 328.

hakkın kaybına yol açabilir[77]. Haklı sebebe rağmen uzunca bir süre beklenmesi, karşı tarafta artık bu sebeple fesih yapılmayacağı yönünde bir inancın oluşmasına sebep olmuşsa ve objektif olarak böyle de yorumlanabiliyorsa, bu, derhal fesih hakkından vazgeçildiği[78] anlamına gelebilir; bu hâlde -artık- fesih süresinin geçirildiği kabul edilmelidir[79]. Kanaatimizce de haklı sebep oluştuktan sonra fesih hakkı makul bir sürede kullanılmalıdır. Bununla birlikte, sebepten sonra sessiz kalmanın hak kaybına yol açması ile haklı sebep oluşturan olgunun tekrarlanmasına rağmen fesih hakkının kullanılmaması birbirinden ayrılmalıdır. Zira ilki oluşan haklı sebebe rağmen fesih hakkının süresinde kullanılmamasıyla ilgilidir. Buna karşılık ikincisi haklı sebep olduğu iddia edilen davranışın tekrarlanması ve bunun sessiz kalınarak kabulü nedeniyle, bu davranışın sözleşmeyi feshedebilecek bir haklı sebep olmaktan çıkmasıdır. Çünkü bu durumda, sözleşmenin sona erdirilmesi için dayanılan gerekçe haklı sebebin oluşumu için aranan sübjektif ağırlığı taşımamaktadır. Sebebin sübjektif olarak ağır olması, sözleşmeyi fesheden taraf açısından acentelik sözleşmesine devamın beklenemez hâle gelmiş olmasıdır[80]. Buna göre, acentelik ilişkisini haklı sebeple sona erdirmek için genel olarak uygun olan sebepler varsa, ikinci aşamada, acentelik ilişkisinin devam etmesinin fesheden kişiden beklenemez olup olmadığını belirlemek için menfaatler dengesinin değerlendirilmesi gerekir[81]. Bir sebep objektif olarak haklı sebep niteliğinde olmasına rağmen, fesih beyanında bulunacak tarafın bazı hâl ve hareketleri sebebin sübjektif anlamda haklı sebep ağırlığı taşımasına engel olabilir[82]. Örneğin haklı sebebe rağmen ifa hareketlerine devam edilmesi yani haklı sebebe icazet veren davranışlarda bulunulması haklı sebeple fesih hakkının kullanılamamasına yol açar. Bu bağlamda, oluşan bu fark sebebiyle, ilk durumda haklı sebeple fesih hakkının kullanımı istisnai durumlar-

---

77 Ströbl, ***MüKoHGB***, § 89a N. 71; Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 332; Hopt, ***HGB***, § 89a N. 31; Lehmann, ***BeckOK HGB***, § 89a N. 38; Kınacıoğlu, ***Acente ve Acentelik Sözleşmesi***, s. 89; Ayan, ***Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı***, s. 52; Kaya, ***Acentelik***, s. 207-208.

78 Vazgeçmiş sayılma nedeniyle de bu fesih sebebine dayanarak fesih beyanında bulunamayacağı görüşü için ayrıca bkz. Seliçi, ***Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi***, s. 166; Ayan, ***Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı***, s. 52.

79 Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 332; Kaya, ***Acentelik***, s. 208-209.

80 Ströbl, ***MüKoHGB***, § 89a N. 13; Busche, ***HGB***, § 89a N. 14; Seliçi, ***Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi***, s. 196; Altınok Ormancı, ***Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi***, s. 154.

81 Çamoğlu, ***Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi***, s. 98; Ströbl, ***MüKoHGB***, § 89a N. 15.

82 Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 207-208; Ströbl, ***MüKoHGB***, § 89a N. 23-25; Altınok Ormancı, ***Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi***, s. 156.

da dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle engellenebilecekken; ikinci durumda haklı sebeple fesih hakkı doğmamış olacaktır. Örneğin Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta[83] taraflar arasında sözleşmenin başından beri işletilen sisteme göre, taksitli ödeme gerektiren poliçe bedelleri sonradan ödendiği gibi bir kısım poliçe primleri de ileri tarihli çekle veya kredi kartıyla ödenmektedir. Dolayısıyla acentelik ilişkisinin kurulmasından itibaren davalı poliçe bedellerini zamanında aktarmamıştır. Mahkeme sözleşmenin başından beri poliçe bedellerinin geç ödendiği ve davacı yanca buna ilişkin bir itirazda bulunulmadığı, bu durumda geç yapılan ödemelerin davacının kabulünde olduğunun kabulü gerektiğinden ödemelerin zamanında yapılmaması sebebiyle sözleşmeyi feshetmesinin haksız olduğuna karar vermiştir. Yargıtay, kararı bu yönden haklı bulmuştur. Bu olayda, acentenin geç ödeme yapması, dürüstlük kuralı çerçevesinde sözleşmenin devamının beklenemez olması açısından haklı sebebin objektif ağırlığını taşımaktadır. Buna karşılık, müvekkil yapılan geç ödemeleri kabul edip buna rağmen sözleşmeye devam ettiği için, bu davranış söz konusu geç ödeme durumunu, artık müvekkil özelinde sözleşmeyi sona erdirecek bir sebep olmaktan çıkarmıştır. Başka bir deyişle, olayda dayanılan gerekçe haklı sebebin sübjektif ağırlığını taşımamaktadır. Bununla birlikte, BAM'ın önüne gelen bir olayda[84] davacı acente, acentelik sözleşmesinin haksız feshi sebebiyle denkleştirme talebinde bulunmuştur. Davalı hasar/prim oranın yüksekliği sebebiyle, haklı sebeple feshedildiğini iddia ederek davanın reddini talep etmiştir. BAM, davacının hasar prim oranının beş yıl boyunca yüksek olduğu bir gerçek ise de davalı şirketin olağanüstü fesih hakkını *beş yıl boyunca kullanmayarak* sessiz kaldığı gibi, bilakis teşvik ve ek ödeme şeklinde davacı acenteyi ödüllendirdiğine kararında yer vermiştir. Dolayısıyla sonradan bu hususun haklı fesih sebebi olarak ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırıdır. Bu sebeple, BAM davalının feshini haksız bulmuştur. Kanaatimizce burada haklı sebeple fesih hakkının kullanımı-

---

[83] Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 15.06.2020 tarihli ve 2019/4354 2020/2853 sayılı kararı; Yargıtay'ın önüne gelen diğer bir uyuşmazlıkta taraflar arasında sigorta acenteliği sözleşmesi imzalanmıştır. Davalı-birleşen davanın davacısının fesih sebepleri arasında davacı-birleşen davanın davalısının başka sigorta şirketleriyle sözleşme imzalaması olarak gösterildiği, oysa davalı-birleşen davanın davacısının Ankara Bölge Müdürlüğü'nde bu yönde 17.03.2009 tarihli açık muvafakat verdiği, sözleşmelerin bu tarihten sonra imzalandığı, esasen anılan sözleşmelerin Ticaret Sicil Gazetesinde yayınlandığı, davalı-birleşen davanın davacısının buna karşı koymadığı, bir uyarısının bulunmaması sebebiyle sözleşmenin feshinin haklı olmadığına karar verilmiştir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 11.11.2014 tarihli ve 2013/16672 2014/17367 sayılı kararı. Kararlar için bkz. <legalbank.net> (24.08.2022).

[84] İstanbul 14. Bölge Adliye Mahkemesi 21.10.2020 tarihli ve 2018/1072 2020/1103 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (25.08.2022).

nın dürüstlük kuralına aykırılığı değil; hem sessiz kalınması hem de yapılan davranışın kabulü yönündeki hareketler sebebiyle, ileri sürülen sebebin, haklı sebebin sübjektif ağırlığını taşımaması söz konusudur. Bunun yanı sıra, sebebin haklılığının ispatı açısından soruşturmanın veya bir ceza davasının sonucu bekleniyorsa, bu durumda bunların sonuçlanması için beklenen süre makul sürenin içinde kabul edilebilir[85]. Son olarak her ihlalin yeni bir haklı sebep oluşturabileceği durumlarda da makul süre yeniden başlatılabilir. Örneğin rekabet yasağının sürekli ihlali durumunda, her gün yeni bir ihlal sayılacağından haklı sebeple fesih hakkının makul sürede kullanılıp kullanılmadığı buna göre değerlendirilmelidir[86].

Haklı sebeple fesih, mevcut bir acentelik ilişkisini sona erdirmek amacıyla yapılmaktadır. Dolayısıyla bu hakkın sözleşme süresi sona erene kadar kullanılması gerekir. Buna karşılık öğretide bir görüş, istisnai olarak, fesih sözleşmenin sona ermesinden sonra, tarafın sözleşmenin derhal sona ermesini haklı çıkaracak ciddi bir fesih sebebinin farkına varması ve sözleşmenin sona ermesine rağmen, sözleşmenin sona ermesinden sonra geriye dönük fesih konusunda meşru bir menfaate sahip olması durumunda kabul edilebileceği yönündedir[87]. Kanaatimizce sözleşmenin sona ermesinden sonra haklı sebeple fesih hakkı kullanılamaz. Zira TTK m. 121'in kenar başlığı "acentelik sözleşmesinin sona ermesi"dir. Dolayısıyla haklı sebeple fesih yoluyla var olan bir sözleşmenin sona erdirilmesi istenmektedir. Keza haklı sebep kavramı da sözleşme süresi bittikten sonra bu yola başvurulamayacağını ortaya koyar. Nitekim haklı sebeple fesih yoluna, sözleşme ilişkisinin çekilmez hâle gelmesi sebebiyle başvurulmaktadır. Sona ermiş bir sözleşmenin çekilmez hâle gelmesi mümkün değildir.

III. FESHİN HUKUKİ SONUÇLARI

Haklı sebeple fesih hâlinde, fesih beyanının karşı tarafa varması ile birlikte feshin sonuçları doğar ve sözleşme derhâl sona erer[88]. Tarafların sözleşmenin sona ermesi için belli bir süre beklemelerine gerek yoktur. Sözleşmenin sona ermesiyle tarafların hak ve yükümlülükleri de ortadan kalkmış olur. Acentelik sözleşmesinin haklı sebebe dayanılarak feshedilmesi durumunda, fesih, kural olarak ileriye etkili

85 Hopt, ***HGB***, § 89a N. 30; Löwisch, ***HGB***, § 89a N. 59; Lehmann, ***BeckOK HGB***, § 89a N. 38.1.

86 Hopt, ***HGB***, § 89a N. 30.

87 Löwisch, ***HGB***, § 89a N. 10.

88 Kaya, ***Acentelik***, s. 212; Ülgen vd., ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 875; Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 328; Ayan, ***Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı***, s. 47.

olarak hüküm ifade eder (*ex nunc*)[89]. Bu durumda, sözleşme süresince elde edilen edimler sözleşmenin sona ermesinden etkilenmez[90]. Öğretide bir görüşe göre acentelik sözleşmesinde derhal feshin etkisini belli bir süre sonra göstereceği kararlaştırılabilir[91]. Buna göre, tarafların bu hakkın özüne zarar vermeden haklı sebeple feshin etkisini doğurmasını bir süreye bağlamaları mümkündür. Buna karşılık bu süre hiçbir zaman haklı sebeple fesih kurumunun getirilme amacını ortadan kaldırmamalı, haklı sebeple feshi olağan feshe yaklaştıracak uzunlukta olmamalıdır. Söz konusu süre, taraflara sözleşmenin tasfiyesine hazırlanmak için kısa bir müddet sağlamalıdır. Kanaatimizce feshin etkisinin belirli bir süreye bağlanması haklı sebep kavramıyla bağdaşmaz. Zira haklı sebep, fesih hakkını kullanan taraf bakımından acentelik sözleşmesinin sürdürülmesini dürüstlük kuralları çerçevesinde beklenemeyecek duruma sokan olaylardır. Şayet sözleşme hâlâ devam ettirilebiliyorsa, somut olaydaki davranış haklı sebep oluşturmaz.

Acentelik sözleşmesi gibi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme ilişkilerinde tanınmış olan haklı sebeple fesih hakkı niteliği itibariyle yenilik doğuran bir haktır[92]. Bu hak kullanıldığı andan itibaren hukuki sonuçlarını doğurur. Bu sebeple, kullanılmış olan fesih hakkı iptal edilemez. Kanuna veya taraflar arasında kararlaştırılan geçerlilik şartlarına uymayan fesih ise bu hukuki sonucu doğurmaz[93]. Buna göre, acentelik sözleşmesi geçerli değilse veya tacirler arasında öngörülen şekle uyulmamışsa, haklı sebeple fesih yoluyla sözleşme sona erdirilmiş olmaz. Dolayısıyla tarafların hak ve yükümlülükleri devam eder. Öğretide bir görüşe göre haklı sebeple fesih, haklı sebebin olmaması nedeniyle geçersizse, fesheden taraf açıkça sona erdirmek istediğini belirtiyorsa, haklı sebeple feshe ilişkin beyanın olağan fesih olarak geçerli sayılması mümkündür[94]. Bunun

---

89 Ülgen vd., ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 875; Arkan, ***Ticari İşletme Hukuku***, s. 238; Kayıhan, ***Acentelik Sözleşmesi***, s. 246. Aynı yönde bkz. Kaya, ***Acentelik***, s. 213; Ayan, ***Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı***, s. 53.

90 Seliçi, ***Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi***, s. 119; Kaya, ***Acentelik***, s. 213.

91 Hopt, ***HGB***, § 89a N. 4; Lehmann, ***BeckOK HGB***, § 89a N. 7, 8; Ströbl, ***MüKoHGB***, § 89a N. 81; Busche, ***HGB***, 89a N. 6; Seliçi, ***Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi***, s. 158; Ayan, ***Acentenin Denkleştirme Talep Hakkı***, s. 53; Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 328.

92 Seliçi, ***Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi***, s. 167; Kayıhan, ***Acentelik Sözleşmesi***, s. 245; Kaya, ***Acentelik***, s. 212; Kaya Cankat, ***Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesi***, s. 106.

93 Seliçi, ***Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi***, s. 109, 115 vd., 159; Kaya, ***Acentelik***, s. 212.

94 Lehmann, ***BeckOK HGB***, § 89a N. 9; Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 342.

için de olağan fesih ile ortadan kaldırılabilecek bir sözleşme olmalıdır[95]. Biz haklı sebep olmadan yapılan feshin geçerli olduğunu ve sözleşme ilişkisini sona erdirdiğini düşündüğümüz için bu görüşe katılmamaktayız[96]. Buna karşılık, Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta[97], belirsiz süreli acentelik sözleşmesi haklı sebebe dayanılarak feshedilmiştir. Yerel mahkeme, yapılan fesih beyanının haksız olduğunu tespit etmiştir. Bunun yanı sıra, bu feshin üç aylık fesih süresine de uygun olmadığı gerekçesiyle, bu beyanı olağan fesih olarak saymamış ve denkleştirme tazminatına hükmetmiştir. Yargıtay bu kararı onamıştır. Kanaatimizce her ne kadar yerel mahkeme haksız feshi olağan fesih olarak değerlendirmeye çalışsa da mahkemenin vardığı sonuç bizim görüşümüzü destekler niteliktedir. Zira yerel mahkeme haksız feshin, üç aylık süreye uyulmadığı için olağan fesih olmadığına karar vermiştir. Buna rağmen, haksız fesih sonucunda denkleştirme tazminatına hükmetmiştir. Bu tazminat TTK m. 122 uyarınca sözleşmenin sona ermesine bağlı olarak istenebilir. Dolayısıyla yerel mahkeme haksız feshin de sözleşmeyi sona erdirdiğini kabul etmiştir.

SONUÇ

TTK m. 121/1 uyarınca acentelik sözleşmesi belirli bir süre için yapılmış olsa bile haklı sebeplerden dolayı her zaman fesih olunabilir. Bunun için öncelikle geçerli bir acentelik sözleşmesi bulunmalıdır. Bu sözleşme belirli, belirsiz veya deneme süreli olabilir. Acentelik sözleşmesini sona erdirmek için ileri sürülen olgunun haklı sebep oluşturması haklı sebeple fesih hakkının kullanımının geçerlilik koşulu değildir. Zira TTK m. 121/4, haklı sebebin olmaması durumunu, başlanmış işlerin tamamlanmaması sebebiyle diğer tarafın uğradığı zararı tazmin etme sonucuna bağlamaktadır. Bununla birlikte, her ne kadar feshin geçerliliği açısından haklı sebep bir koşul olmasa da kanunun haklı sebebe dayanılarak fesih yoluyla sözleşmenin sona erdirilmesine bağladığı hukuki sonuçların doğması için haklı sebebin varlığı gereklidir. Bunun yanı sıra, haklı sebebe dayanarak sözleşmenin feshedilebilmesi için, öncelikle karşı tarafa bir ihbarda bulunma zorunluluğu yoktur. Dürüstlük kuralına dayanılarak da böyle bir koşul getirilemez. Çünkü TTK'de bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır.

---

95 Kaya, ***Acentelik Hukuku***, s. 342.

96 İnceleme için bkz. yuk. I.C. Haklı Sebep Açısından.

97 Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 27.04.2017 tarihli ve 2016/3794 2017/2500 sayılı kararı. Karar için bkz. <legalbank.net> (24.08.2022).

Haklı sebeple fesih hakkı kural olarak herhangi bir şekle tâbi olmaksızın kullanılır. Bunun yanı sıra taraflar isterlerse acentelik sözleşmesinde fesih için belirli bir şekil kararlaştırabilir. Tarafların tacir olması durumunda fesi ihbarının geçerli olabilmesi için TTK m. 18/3'e uygun şekilde yapılması gerekir. Hüküm uyarınca 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.

Haklı sebeple fesih bildiriminin içeriği açısından TTK'de bir düzenleme yapılmamıştır. Bununla birlikte, bu yolla çekilmez hâle gelen bir sözleşme sona erdirilmek istendiğinden fesih bildiriminin, açık ve anlaşılır olması gerekir. Buna karşılık, fesih beyanının gerekçelendirilmesi ve dayandığı nedenlerin belirtilmesi gerekmez. Tarafların acentelik sözleşmesinde fesih hakkının kullanılabilmesi için sebebin de bildirilmesine yönelik bir ön koşul getirmesi mümkün değildir.

Haklı bir sebebin varlığı hâlinde taraflardan her biri, belirli veya belirsiz süreli bir acentelik sözleşmesini "derhal ve her zaman" feshedebilir. Buna göre, derhal fesih hakkı, fesih sebebinin ortaya çıkmasından sonra, uygun/makul bir süre içinde kullanılmalıdır. Bununla birlikte, haklı sebep ortaya çıkmasına rağmen buna uzun süre sessiz kalınması hakkın kaybına yol açabilir. Acentelik sözleşmenin sona ermesinden sonra haklı sebeple fesih hakkı kullanılamaz.

Haklı sebeple fesih hâlinde, fesih beyanının karşı tarafa varması ile birlikte feshin sonuçları doğar ve sözleşme derhâl sona erer. Acentelik sözleşmesinin haklı sebebe dayanılarak feshedilmesi durumunda, fesih, kural olarak ileriye etkili olarak hüküm ifade eder (*ex nunc*). Bu durumda, sözleşme süresince elde edilen edimler sözleşmenin sona ermesinden etkilenmez. Kanuna veya taraflar arasında kararlaştırılan geçerlilik şartlarına uymayan fesih ise bu hukuki sonucu doğurmaz. Buna göre, acentelik sözleşmesi geçerli değilse veya tacirler arasında öngörülen şekle uyulmamışsa, haklı sebeple fesih yoluyla sözleşme sona erdirilmiş olmaz. Dolayısıyla tarafların hak ve yükümlülükleri devam eder.

KAYNAKÇA

AKSU ÖZKAN, Raziye, "Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesinde Haklı Sebebin İncelenmesi", ***Ankara Barosu Dergisi***, 2022, C. 80, S. 1, ss. 1-46.

ALTINOK ORMANCI, Pınar, ***Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi***, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

ARKAN, Sabih, ***Ticari İşletme Hukuku***, 27. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2021.

ARIKAN, Mustafa, "Ticari Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve Bu Bağlamda 6102 sayılı TTK m. 18/III Hükmünün Değerlendirilmesi", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, 2012, C. 18, S. 2, (Özel Sayı "6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken 10-11-12 Mayıs Sempozyumu), ss. 11-18.

AYAN, Özge, ***Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı***, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

AYDIN ÜNVER, Tülay, "Tacirler Arasındaki İhbar ve İhtarlara İlişkin Şeklin Hukuki Niteliği", ***Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan***, 1. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2015.

AYHAN, Rıza - ÇAĞLAR, Hayrettin - ÖZDAMAR, Mehmet, ***Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar***, 13. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

BAHTİYAR, Mehmet, ***Ticari İşletme Hukuku***, 21. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.

BOZER, Ali - GÖLE, Celal, ***Ticari İşletme Hukuku***, 6. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2020.

BUSCHE, Jan, ***Handelsgesetzbuch Kommentar*** in Hartmut Oetker (hrsg.), 7. Auf., C. H. Beck Verlag, München, 2021. (Anılış: HGB)

BÜHLER, Theodor, ***ZK-Zürcher Kommentar, Band/Nr. V/2f, Der Agenturvertrag, Art. 418a-418v OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)*** in Peter Gauch - Jörg Schmid (hrsg.), 1. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2000. (Anılış: ZK)

ÇAMOĞLU, Ersin, ***Kollektif Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi ve Ortağın Haklı Sebeple Çıkarılması***, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

DİRİKKAN, Hanife, "Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2002, C. 4, S. 1, ss. 39-74.

EREN, Fikret, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, 25. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

ERİŞ, Gönen, ***Açıklamalı-İçtihatlı, 6335, 6552, 6728 sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler***, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

GAUTSCHİ, Georg, ***Berner Kommentar, Band/Nr. VI/2/5, Kreditbrief und Kreditauftrag, Mäklervertrag, Agenturvertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 407-424 OR*** in Arthur Meier-Hayoz (hrsg.), 1. Auf., Stämpfli Verlag, Bern, 1964. (Anılış: BK).

HOPT, Klaus J., ***Handelgesetzbuch*** in Adolf Baumbach - Klaus J. Hopt (hrsg.), 41. Auf., C. H. Beck Verlag, München, 2022. (Anılış: HGB).

KAYA, Arslan, ***Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Kitap-Ticari İşletme, Yedinci Kısım-Acentelik***, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

KAYA, Mustafa İsmail, ***Acentelik Hukuku***, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022. (Anılış: Acentelik Hukuku).

KAYA CANKAT, Didem, ***Acentelik Sözleşmesinin Sona Ermesi***, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

KAYAR, İsmail, ***Ticari İşletme Hukuku***, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

KAYIHAN, Şaban, ***Türk Ticaret Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Işığında Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi***, 5. Baskı, Umuttepe Yayıncılık, Kocaeli, 2018.

KAYIHAN, ***Ticari İşletme Hukuku***, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021. (Anılış: Ticari İşletme Hukuku).

KINACIOĞLU, Naci, ***Acente ve Acentelik Sözleşmesi***, 1. Baskı, Yeni Desen Matbaası, Ankara, 1963.

LEHMANN, Jochen, ***BeckOK Handelgesetzbuch*** in Martin Häublein - Roland Hoffmann Theinert (hrsg.), 37. Auf., C. H. Beck Verlag, München, 2022. (Anılış: BeckOK HGB).

LÖWİSCH, Gottfried, ***Handelsgesetzbuch, Band 1, § 1-342a*** in Carsten Thomas Ebenroth vd. (hrsg.), 4. Auf., C. H. Beck Verlag and Verlag Vahlen, München, 2020. (Anılış: HGB).

SELİÇİ, Özer, ***Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi***, 1. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.

STRÖBL, Albin, ***Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, §§ 1-104a HGB*** in Karsten Schmidt and Werner F. Ebke (ed), 5. Auf., C. H. Beck Verlag, München, 2021. (Anılış: MüKoHGB).

ŞENER, Oruç Hami, ***Ticari İşletme Hukuku***, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

ÜLGEN, Hüseyin vd., ***Ticari İşletme Hukuku***, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.

Elektronik Kaynaklar

https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl119s1002.pdf#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl119s1002.pdf%27%5D__1620631466444, (28.08.2022).

https://www.parlament.ch/de, (28.08.2022).

legalbank.net (01.09.2022).

İSVİÇRE MEDENİ KANUNU'NDA EŞLERİN BİLGİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ (ZGB Art. 170) VE KONUNUN TÜRK AİLE HUKUKUNDAKİ YERİ[*]

Dr. Öğr. Üyesi Numan TEKELİOĞLU[**]

Öz

İsviçre Medeni Kanunu'nda evlilik birliğini koruyucu nitelikte genel bir önlem olarak eşlerin bilgi verme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Evlilik birliğini daha çok hukuki ve ekonomik bir ortaklık modeli şeklinde ele alan İsviçre kanun koyucusu, sadakat yükümlülüğü içerisinde yer alan genel bilgi verme yükümlülüğü ile yetinmemiştir. Bunun ötesinde, her bir eşe diğerinin geliri, malvarlığı ve borçları ile ilgili bilgi talep etme ve bilgi vermekten kaçınılması halinde mahkemeye başvurma hakkı tanımıştır. Ancak bu hükmün İsviçre uygulaması bakımından salt bilgi talebi çerçevesinde başvuruda bulunmak için kullanılmadığı ve daha ziyade boşanma davalarında gündeme geldiği ifade edilmektedir. İsviçre Medeni Kanunu'nda yer alan evlilik birliğini koruyucu önlemleri genel itibariyle benimsemiş bulunan Türk kanun koyucu, eşlerin bilgi verme yükümlülüğüne dair İsviçre Medeni Kanunu'nda yer alan hükme benzer bir düzenlemeyi kabul etmemiştir. Çalışmada öncelikle İsviçre Hukuku bakımından eşlerin bilgi verme yükümlülüğünün konusu, uygulanması ve kapsamı üzerinde durulmuştur. Sonrasında, bilgi verme yükümlülüğünün Türk Hukuku'ndaki yeri ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

İsviçre Medeni Kanunu, Bilgi Verme Yükümlülüğü, Eşlerin Geliri, Eşlerin Malvarlığı ve Borçları, Türk Aile Hukuku.

---

[*] Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 23.08.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 21.09.2022.
Atıf Şekli: Numan Tekelioğlu, "İsviçre Medeni Kanunu'nda Eşlerin Bilgi Verme Yükümlülüğü (ZGB Art. 170) ve Konunun Türk Aile Hukukundaki Yeri", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 1007-1035.

[**] Pamukkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Denizli, Türkiye.
E-posta: numantekelioglu@gmail.com.
Orcid: https://orcid.org/0000-0001-5787-4137.

DUTY TO PROVIDE INFORMATION OF SPOUSES IN SWISS CIVIL CODE (ZGB Art. 170) AND THE PLACE OF THE SUBJECT IN TURKISH FAMILY LAW

Abstract

Swiss Civil Code regulates the duty to provide information of spouses as a general measure to protect the marriage union. Furthermore, each spouse has the right to request information about the income, assets and debts of the other and to apply to the court in case of refraining from providing information. However, it is stated that this provision is not used to make an application within the framework of the request for information only in terms of Swiss practice, but rather comes to the fore in divorce cases. The Turkish legislator has not accepted a regulation similar to the Swiss Civil Code regarding the duty of the spouses to provide information. In the study, first of all, the subject, application and scope of the duty of the spouses to provide information in terms of Swiss Law are emphasized. Afterwards, the place of the duty to provide information in Turkish Law is discussed.

Keywords

Swiss Civil Code, Duty to Provide Information, Income, Assets and Debts of Spouses, Turkish Family Law.

GİRİŞ

İsviçre Medeni Kanunu'nun 170. maddesi, eşlerden her birinin geliri, malvarlığı ve borçları hakkında diğer eşten bilgi vermesini isteyebileceğini hüküm altına almaktadır (ZGB Art. 170, Abs. 1). Söz konusu hüküm, İsviçre Medeni Kanunu'nda 1988 yılında yürürlüğe giren reform çerçevesinde getirilmiştir. Reform öncesi dönemde eşlerin gelirleri, malvarlıkları ve borçları hakkında bilgi verme yükümlülüğü, daha çok mal rejimi çerçevesinde ortaya çıkan bir yükümlülüktü[1]. Bununla birlikte Federal Mahkeme, boşanma hukuku kapsamındaki talepler bakımından önemli olan tüm konularda bilgi verme yükümlülüğünün var olduğunu kabul etmişti[2]. Reform sonrası getirilen evlilik birliği modeli, eşlerin mali konularda birbirlerine karşı açık olmalarını öngörmektedir[3]. Ailenin geçimini birlikte sağlamakla yükümlü olan (ZGB Art. 163) eşlerin, birbirlerinin ekonomik durumu hakkında bilgi sahibi olmaları gerekmektedir. Bu nedenle her bir eş, mal rejiminden bağımsız olarak ekonomik durumları hakkında diğerine bilgi vermekle yükümlüdür[4].

Öğretide ZGB Art. 170 hükmünün, ZGB Art. 159 hükmünden kaynaklandığı ifade edilmektedir[5]. Bahsi geçen hükme göre eşler, evlilik birliğinin mutluluğunu sağlamak için uyumlu bir iş birliği içinde çalışmakla yükümlüdürler[6]. İşte ZGB Art. 170 hükmünün, eşlerin evlilik birliğinin mutluluğunu sağlamak için göste-

---

1 Verena Bräm, ***ZK - Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB)***, Dritte Auflage, Schulthess Verlag, 1998, Art. 170, N. 1.

2 BGE 117 II 230. Yüksek mahkeme, anlaşmalı boşanma protokolünün mal paylaşımına dair hükümlerinin iptali talebini incelediği bir kararında, eşler arasında bilgi verme yükümlülüğünü öngören ZGB Art. 170 hükmünün protokolün yapıldığı sırada yürürlükte olmadığını, ancak eşlerin sadakat ve yardım yükümlülüğünden belirli ölçüde bilgi verme yükümlülüğünün de doğduğunu ifade etmiştir. Bkz: BGE 117 II 2018, https://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2117218.html, (11.08.2022).

3 Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 4.

4 Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 4; Christine Arndt, "Die Auskunftspflicht nach Art. 170 ZGB", ***Der Familienprozess Beweis - Strategien - Durchsetzung***, Schulthess Verlag, 2020, s. 65.

5 Roland Kokotek, ***Die Auskunftspflicht des Ehegatten nach Art. 170 ZGB***, Schulthess Verlag, 2012, s. 1; Heinz Hausheer - Ruth Reusser - Thomas Geiser, ***BK - Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht***, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, 1999, Art. 170 N. 5; Ivo Schwander, ***BSK- Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht***, Band I, 5. Auflage, 2014, Art. 170 N. 1.

6 Bu hükme paralel olan TMK m. 185/2'de, eşlerin evlilik birliğinin mutluluğunu birlikte sağlamakla yükümlü oldukları ifade edilmektedir.

recekleri iş birliğine yönelik bir araç olduğu belirtilmektedir[7]. Öte yandan bu hüküm, ZGB Art. 172 anlamında evlilik birliğinin korunmasına yönelik bir tedbir niteliğindedir[8]. Mahkeme, eşlerden birinin talebi üzerine, kanunun öngördüğü tedbirleri alır (ZGB Art. 172, Abs. 3).

Bilgi verme yükümlülüğünün ön şartı, eşler arasında evliliğin varlığıdır[9]. Eşler fiilen ya da mahkeme kararıyla ayrı yaşıyor olsalar dahi, bu yükümlülük devam eder[10]. Bilgi verme yükümlülüğü yalnızca eşler arasında geçerlidir[11]. Bu bakımdan mahkeme tarafından talep edilmesi ihtimali dışında eşler, üçüncü kişilere karşı bilgi edinme hakkını ileri süremezler[12]. Söz gelimi eşlerden biri, diğerinin çalıştığı kuruma başvurarak eşinin maaş miktarı konusunda kendisini bilgilendirmesini isteyemez[13]. Aynı şekilde, diğer eşin banka hesaplarındaki mevduat konusunda bankadan bilgi talep edilmesi de mümkün değildir.

Kural olarak bilgi verme yükümlülüğü, evliliğin ölüm, boşanma ya da butlan kararı neticesinde sona erdiği hallerde ortadan kalkar[14]. Ancak öğretide bazı istisnai hallerde ZGB Art. 170 hükmünün uygulanmaya devam edeceği belirtilmektedir. Söz gelimi boşanma sonrası mal rejiminin tasfiyesi söz konusu olduğunda, bilgi verme yükümlülüğünün devam ettiği kabul edilmelidir[15]. Benzer bir durum, eşlerden birinin ölümü sebebiyle mal rejiminin tasfiyesi bakımından da

---

7 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 1; Ursula Schmid, ***OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch***, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag, 2016, Art. 170, N. 1.

8 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 2.

9 Arndt, Die Auskunftspflicht, s. 66; Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 7; Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 6.

10 Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 6.

11 Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 15; Arndt, Die Auskunftspflicht, s. 69; Barbara Graham Siegenthaler - Philine Getzmann, "Finanzielle Beziehungen unter den Ehegatten und zu Dritten", https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2019/969/finanziellebeziehun_2f965fc7be.html__ONCE&login=false, (11.08.2022)

12 Arndt, Die Auskunftspflicht, s. 69; Schmid, OFK-ZGB, Art. 170, N. 3; Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 14; Schwander, BSK-ZGB, Art. 170, N. 6. N 11; Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 3.

13 Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 15; Tarkan Göksu - Peter Breitschmid, ***CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz***, 3. Auflage, Schulthess Verlag, 2016, Art. 170, N. 3.

14 BGE 143 III 113; Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 6.

15 Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 6; Schwander, BSK-ZGB, Art. 170 N. 6.

söylenebilir[16]. Ancak boşanma sonrası nafaka miktarının değiştirilmesine dair taleplerde ZGB Art. 170 hükmünün uygulanamayacağı ifade edilmektedir[17].

Eşler evlilik birliğinin devamı süresince her zaman birbirlerinden bilgi talep edebilirler. Öğretide, sadakat yükümlülüğü ile bağlantılı olarak, bir eşin ekonomik durumundaki önemli değişiklikler hakkında diğerine talep etmeden bilgi vermesi gerektiği ifade edilmektedir[18]. ZGB Art. 170 hükmünün 2. fıkrası, eşlerden birinin talebine rağmen diğer eşin buna yanaşmaması ya da yeterli bilgiyi vermemesi ihtimalinde, bilgi edinme hakkı bulunan eşe mahkemeye başvurma imkanı da vermektedir[19]. Mahkeme, talebi üzerine diğer eşi ya da üçüncü kişiyi gerekli bilgileri vermeye ve gerekli belgeleri sunmaya mecbur edebilir (ZGB Art. 170, Abs. 2). Ancak hükmün son fıkrasında, avukatların, noterlerin, doktorların, din adamlarının ve yardımcılarının mesleki sırlarının saklı olduğu belirtilmiştir.

I. BİLGİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KONUSU

A. Genel Olarak

Kanun'da bilgi verme yükümlülüğünün konusu, eşlerin geliri, malvarlığı ve borçları olarak ifade edilmiştir[20]. Bununla birlikte, öğreti ve uygulamada bilgi edinme hakkının sadece bu üç kategoriyi değil, genel olarak eşlerin tüm mali durumunu kapsadığı kabul edilmektedir[21]. Eşlerden her biri, özellikle belirli bir talebin somutlaştırılması bakımından gerekli olan ve diğer eşin mali durumunu ilgilendiren her şey hakkında bilgi talep edebilir. Bu nedenle ZGB Art. 170 hükmünün konusu itibariyle geniş yorumlanması gerektiği belirtilmektedir[22]. Fede-

---

16 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 4. Eşlerden birinin ölümü halinde ayrıca sağ kalan eşin mirasçı sıfatıyla diğer mirasçılara bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır (ZGB Art. 610, Abs. 2; TMK m. 649/2).

17 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 5.

18 Graham Siegenthaler - Getzmann, s. 4; Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 11; Göksu - Breitschmid, CHK-ZGB, Art. 170, N. 1.

19 Graham Siegenthaler - Getzmann, s. 4.

20 Schmid, OFK-ZGB, Art. 170, N. 4; Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 16; Graham Siegenthaler - Getzmann, s. 5; Philipp Maier, "Rechtsbehelfe zur Informationsbeschaffung im Ehegüterrecht bei strittigen Scheidungen", ***Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht***, 2020, Heft 51, s. 195.

21 Arndt, Die Auskunftspflicht, s. 67; Schmid, OFK-ZGB, Art. 170, N. 4.

22 Arndt, Die Auskunftspflicht, s. 67.

ral Mahkeme'ye göre bilgi verme yükümlülüğü, bir eşin mali durumunu değerlendirebilmek için gerekli olan her şeyi içerir[23].

B. Eşin Geliri

ZGB Art. 170 hükmü, eşin hangi gelirleri için bilgi talep edilebileceği noktasında herhangi bir kısıtlama içermemektedir. Bu bakımdan eşler, her türlü gelir bakımından bilgi talep edebilirler. Söz gelimi; maaş, ikramiye, provizyon, emeklilik hakları çerçevesinde elde edilen gelirler, sigorta kurumlarından alınan ödenekler, yatırım gelirleri ya da taşınmazlardan elde edilen gelirler bu kapsamda sayılır[24].

Öğretide bilgi talebinin konusunun ancak gerçek gelirin *(tatsächlichen Einkommen)* miktarı olabileceği ifade edilmektedir[25]. Dolayısıyla bir eş, ZGB Art. 170 hükmüne dayanılarak, hangi tür gelirleri elde ettiğini ya da hangi geliri elde etmesinin mümkün olduğunu açıklamakla yükümlü tutulamaz. Bilgi vermekle yükümlü olan eşin, daha yüksek bir gelir elde etmekten kaçındığını ya da ihmali sonucu elde edemediğini göstermek amacıyla bilgi istenmesi mümkün değildir[26]. Şu hâlde bilgi verme yükümlülüğünün amacı, eşlerin varsayımsal gelirlerinin *(hypothetischen Einkommen)* tespit edilmesi değildir. Bununla birlikte, eşlerden birinin nafaka yükümlülüğünden kaçınmak amacıyla malvarlığını kötü niyetli olarak elden çıkarması durumunda, bu konuda bilgi verme yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir[27].

C. Eşin Malvarlığı

Malvarlığının kapsamına taşınırlar, taşınmazlar, alacaklar, banka mevduat hesapları, menkul kıymetler, şirket hisseleri gibi tüm malvarlığı değerleri dâhildir[28]. Dolayısıyla her bir eş, diğerinin mevcut tüm malvarlığı değerleri hakkında bilgi edinme hakkına sahiptir. Ancak bu durum, eşlerin malvarlıklarıyla ilgili tüm belgeleri saklamak zorunda oldukları anlamına gelmez. Nitekim Federal Mahkeme, özellikle boşanma sonrası mal rejiminin tasfiyesi konusunda ortaya çıka-

---

23 BGer 5A_736/2007; BGer 5A_816/2014.

24 Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 9; Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 51; Graham Siegenthaler - Getzmann, s. 5; Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 16.

25 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 53.

26 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 53.

27 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 54.

28 Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 16.

cak muhtemel bir ihtilaf bakımından eşlerin malvarlıkları hakkındaki belgeleri saklamakla yükümlü olmadıkları görüşündedir[29]. Bununla birlikte yüksek mahkeme, uyuşmazlık halinde bir eşin hâlihazırda mevcut olan belgeleri ve malvarlığıyla ilgili bilgisini saklama hakkının bulunmadığına dikkat çekmektedir. Eşin bilgi verme yükümlülüğü, kural olarak mevcut malvarlığı bakımından geçerlidir. ZGB Art. 170 hükmüne dayanılarak diğer eşin geçmişte malvarlığına dair yaptığı işlemler hakkında bilgi istenmesi, ancak mevcut malvarlığı durumunun değerlendirilmesi bakımından zorunlu ise mümkün olabilir[30].

D. Eşin Borçları

Eşlerden her biri, diğerinin geliri ve malvarlığı dışında borçları hakkında da bilgi edinme hakkına sahiptir. ZGB Art. 170 hükmü, bilgi verme yükümlülüğünün konusunu oluşturan diğer hususlarda olduğu gibi, eşin borçları noktasında da bir sınırlama getirmemektedir. Bu bakımdan bilgi vermekle yükümlü olan eşin her türlü borcu hükmün kapsamına dâhildir. Örneğin kredi borçları, ödünç alınan paralar, vergi borçları, nafaka borçları ya da kefalet ve diğer teminat yükümlülükleri bu çerçevede değerlendirilebilir[31]. Borçlarla ilgili bilgi verme yükümlülüğü, muaccel olan borçları kapsadığı gibi, henüz muaccel olmayan borçları da kapsar[32].

II. BİLGİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN UYGULANMASI

A. Diğer Eşten Talep Edilmesi

Eşlerden her biri, diğerine karşı yönelteceği taleple onun geliri, malvarlığı ve borçları hakkında kendisine bilgi vermesini isteyebilir. Bilginin verilme şekli konusunda Kanun'da bir düzenleme yoktur. Bu nedenle bilgi sözlü olarak da verilebilir[33]. Ancak bilgi alma hakkına sahip eş, sözlü bilgiyle yetinmek zorunda değildir. Diğer eşin mali durumunu değerlendirebilmek bakımından gerekli belgelerin verilmesini de isteyebilir[34]. Bilgi talebi neticesinde kendisine bilgi ve

---

29 BGE 118 II 27, https://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2118027.html, (27.07.2022).

30 Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 17.

31 Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 16.

32 Graham Siegenthaler - Getzmann, s. 5.

33 Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 19.

34 Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 19.

belge sunulan eş, bunları üçüncü kişilerle paylaşma hakkına sahip değildir[35]. Aksi takdirde ZGB Art. 159 hükmünde belirtilen sadakat yükümlülüğüne aykırı davranmış olur.

Bilgi vermekle yükümlü olan eşin bunu reddetmesi ya da yeterli bilgi sunmaması durumunda, bilgi edinme hakkı olan eş mahkemeye başvurabilir (ZGB Art. 170, Abs. 2). Bilgi edinme talebi genellikle boşanma hukuku çerçevesinde ortaya çıkan mal rejimi ve nafaka konularıyla bağlantılı olarak gündeme gelir. Boşanma davası sırasında eşler ZGB Art. 170 hükmüne başvurarak bilgi talep edebilirler[36]. Aynı durum, boşanma davasından ayrı şekilde talep edilen mal rejiminin tasfiyesi bakımından da geçerlidir. Bunların dışında, salt bilgi edinme hakkının kullanılması için mahkemeden talepte bulunulması nadir bir durumdur[37]. Ancak her ne şekilde olursa olsun, bilgi edinme talebinin korunmaya değer bir menfaate, diğer deyişle hukuki yarara dayalı olması gerekmektedir[38]. Nitekim hukuki yarar, mahkeme tarafından re'sen incelenmesi gereken bir dava şartıdır *(Prozessvoraussetzung)*[39]. Yalnızca diğer eşin geliri ya da malvarlığı ile ilgili merakın tatmini, bilgi edinme talebinin mahkeme vasıtasıyla gerçekleştirilmesi için yeterli değildir[40]. Aynı şekilde, bilgi talep eden eşin bilgiyi bizzat kendisinin elde etme imkanının bulunması durumunda da hukuki yararın olmadığı kabul edilir[41]. Örneğin eşlerin müşterek banka hesaplarına dair bilgiler böyledir[42].

Gerek mahkeme dışında gerekse de mahkeme vasıtasıyla uygulanacak bilgi edinme talebinin diğer eşe yöneltilmesi gerekmektedir. Zira evlilik birliğinden doğan bilgi edinme hakkı, evliliğin genel hükümleri kapsamında olan bir haktır[43]. Dolayısıyla, eşler dışındaki üçüncü kişiler bakımından bir eşin talebi çerçevesinde

---

35 Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 20.

36 Maier, Rechtsbehelfe zur Informationsbeschaffung, s. 195.

37 Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 18. Böyle bir ihtimalde mahkeme ZPO Art. 276 çerçevesinde bir ihtiyati tedbir *(vorsorgliche Massnahmen)* olarak bilgi talebi hakkında karar verir. Bkz: Maier, Rechtsbehelfe zur Informationsbeschaffung, s. 196.

38 Graham Siegenthaler - Getzmann, s. 5; Göksu - Breitschmid, CHK-ZGB, Art. 170, N. 4; Arndt, Die Auskunftspflicht, s. 70.

39 Arndt, Die Auskunftspflicht, s. 70.

40 Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 19; Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 11.

41 Arndt, Die Auskunftspflicht, s. 71.

42 Maier, Rechtsbehelfe zur Informationsbeschaffung, s. 195.

43 Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 20.

bilgi verme yükümlülüğü söz konusu değildir. Üçüncü kişilerin talep eden eşe bilgi verme yükümlülüğü, ancak mahkeme tarafından verilen bir karar çerçevesinde doğabilir. Bu nedenle evlilik birliğinden doğan bilgi verme yükümlülüğünün, üçüncü kişiler bakımından ancak dolaylı bir etkiye sahip olduğu belirtilebilir[44].

Mahkeme vasıtasıyla bilgi talep eden eşin bu talebini somutlaştırması zorunludur[45]. Diğer ifadeyle, bilgi edinme hakkını kullanmak isteyen eş hangi olgularla ilgili bilgi talep ettiğini ve hangi belgeleri görmek istediğini açıkça beyan etmelidir. Mahkeme, eşin bilgi talebi konusunda diğer eşe ya da üçüncü kişiye yükümlülük getirirken, hangi bilgilerin gerekli olduğuna veya hangi belgelerin sunulması gerektiğine karar vermelidir[46]. Zira ZGB Art. 170, Abs. 2 hükmünde, mahkemenin ancak gerekli bilgi ve belgeleri *(erforderlichen Auskünfte und notwendigen Urkunden)* sunmaya mecbur tutabileceği açıkça belirtilmiştir[47]. Nitekim Federal Mahkeme de vermiş olduğu bir kararda, talep edilen bilgi veya belgelerin listesini, açıklığa kavuşturulacak olguları ve bunları sağlayacak kişilerin kimler olduğunu içerecek şekilde talepte bulunulması gerektiğini ifade etmiştir[48].

Öğretide, mahkemenin ölçülülük ilkesini göz önünde tutarak, kişinin özel alanına gereğinden fazla müdahaleye varmayacak şekilde karar vermesi gerektiğine dikkat çekilmektedir[49]. Örneğin rastgele birkaç banka seçilerek, bilgi vermekle yükümlü eşin buralarda mal varlığının olup olmadığının sorulmasına ilişkin talep hukuken korunamaz[50]. Ayrıca, diğer eşten ya da üçüncü kişilerden elde edilen belgelerin tamamının talep eden eşe verilmesi de gerekmez. Bilgi edinme hakkına dair menfaati karşıladığı ölçüde bunun mahkeme tarafından sınırlandırılması mümkündür. Söz gelimi, bir belgedeki belirli bölümlerin talep eden eşe verilmesi kararlaştırılabilir[51].

---

44 Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 20.

45 Göksu - Breitschmid, CHK-ZGB, Art. 170, N. 4; Arndt, Die Auskunftspflicht, s. 71; Bräm, ZK-ZGB, Art. 170, N. 23.

46 Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 23; Maier, Rechtsbehelfe zur Informationsbeschaffung, s. 197.

47 Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 10; Arndt, Die Auskunftspflicht, s. 70; Maier, Rechtsbehelfe zur Informationsbeschaffung, s. 197.

48 BGer 5C. 308/2001 vom 22.1.2002. Ayrıca Bkz: Verena Bräm, "Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft: Besonderheiten, Tendenzen, Widersprüche", ***Die Praxis des Familienrechts***, Stämpfli Verlag, 2006, s. 518.

49 Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 22.

50 Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 23; Maier, Rechtsbehelfe zur Informationsbeschaffung, s. 197.

51 Arndt, Die Auskunftspflicht, s. 72; Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 24.

Hak sahibi eşin talep ettiği bilgi ve belgelerin, öncelikle bilgi vermekle yükümlü eş tarafından ibraz edilmesi gerekir. Mahkeme, diğer eşin sunabileceği bir bilgi ya da belge için doğrudan üçüncü kişileri yükümlü tutmamalıdır[52]. Örneğin eşin kira gelirleri hakkında bir bilgi talebi söz konusu ise, doğrudan kiracılardan ne kadar kira ödediklerine dair bilgi ve belge talep etme yoluna gidilemez.

Bilgi vermekle yükümlü eşin, mahkeme tarafından istenmesine rağmen bilgi vermeyi reddetmesi durumunda ortaya çıkacak sonuçlara dair Kanun'da bir düzenleme yoktur. Ancak öğretide, hâkimin İsviçre Ceza Kanunu (StGB) m. 292 hükmünü uygulayabileceği kabul edilmektedir[53]. Bahsi geçen hükme göre, resmi makam tarafından kendisine verilen emre itaat etmeyen kişi para cezası ile cezalandırılır. Federal Mahkeme, itaatsizlik cezasının *(Ungehorsamsstrafe)* yanı sıra, hâkimin delilleri değerlendirirken bilgi verme talebinin reddini dikkate alabileceği kanaatindedir. Yüksek Mahkemeye göre, bilgi verme talebi reddedildiği takdirde hâkim diğer eşin beyanlarını üstün tutabilir[54]. Ancak bu durum ispat yükünün tersine çevrildiği anlamına gelmez. Diğer ifadeyle, bilgi talep eden eşin bu bilgilerin gerekliliğine dair ispat yükü devam edecektir.

B. Üçüncü Kişilerden Talep Edilmesi

Mahkeme, bilgi vermekle yükümlü olan eşin yükümlülüğünü yerine getirmediği kanaatine varırsa ya da bu eş doğrudan bilgi talebini reddederse, gerekli bilgi ve belgelerin üçüncü kişiler tarafından verilmesini emredebilir[55]. Üçüncü kişilerin bilgi vermeleri ve belge sunmaları için mahkeme tarafından talepte bulunulması, evliliğin korunmasına ilişkin tedbirlerle benzer bir amaca sahiptir. Mahkemenin, üçüncü kişilerden bilgi ve belge talebi noktasında takdir yetkisi olduğu kabul edilmektedir[56]. Hâkim özel durumları ve her iki eşin menfaatlerini dikkate alarak, üçüncü kişilerden bilgi ve belge talep edilip edilmeyeceğine karar verir. Üçüncü kişilerin bilgi verme yükümlülüğü, eşlerin yükümlülüğüne göre tali niteliktedir[57]. Bu nedenle üçüncü kişilere yönelik talep, ancak diğer

---

52 Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 25.

53 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 170.

54 BGE 118 II 27, https://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2118027.html, (27.07.2022).

55 Schmid, OFK-ZGB, Art. 170, N. 7; Arndt, Die Auskunftspflicht, s. 69; Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 32; Göksu - Breitschmid, CHK-ZGB, Art. 170, N. 5; Maier, Rechtsbehelfe zur Informationsbeschaffung, s. 198.

56 Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 26; Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 32.

57 Maier, Rechtsbehelfe zur Informationsbeschaffung, s. 198.

eşin istenen bilgi ve belgeleri sunmaktan kaçınması durumunda haklı kabul edilebilir[58].

Kanun'da bilgi ve belge talebinde bulunulabilecek olan üçüncü kişilerin kimler olduğuna dair bir açıklık yoktur. Bu nedenle fiil ehliyetine sahip olan herhangi bir gerçek veya tüzel kişinin, kendisinden bilgi ve belge talep edilebilecek üçüncü kişiler kapsamında olabileceği kabul edilmektedir[59]. Örneğin bilgi vermekle yükümlü olan eşin işvereni, hesabının bulunduğu banka, işlem yaptığı postane ya da borçlu olduğu alacaklılar üçüncü kişidir. Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların ise, ancak çok özel ve zorunlu hallerde bilgi vermekle yükümlü tutulabileceği belirtilmektedir[60]. Bu bakımdan en çok karşılaşılma ihtimali olan durum, eşlerin çocuklarından bilgi talep edilmesidir. Öğretide mahkemenin mümkün olduğu ölçüde aile ilişkilerini ve iş birliğinden kaçınma hakkını dikkate alması gerektiği belirtilmektedir[61].

Eşlerin bilgi verme yükümlülüğü kapsamında idari ve resmi makamların bilgi vermekle yükümlü tutulup tutulamayacağı tartışmalıdır. Bazı yazarlar, idari ve resmi makamların üçüncü kişilerin kapsamına dâhil olduğunu ve bilgi verme yükümlülüğünün bunlar bakımından da geçerli olduğunu ifade etmektedirler[62]. Aksi görüşteki yazarlar ise, idari ve resmi makamların ZGB Art. 170 kapsamında üçüncü kişi olarak kabul edilemeyeceği kanaatindedir[63]. Buna göre idari ve resmi makamlar, kendilerinden bilgi ve belge sunmaları istendiği takdirde bunu sağlama noktasında ilgili mevzuatlarına göre karar verebilirler[64]. Bununla birlikte, özel hukukun uygulanmasının kamu hukuku tarafından engellenmemesine ilişkin Federal Mahkeme içtihadı[65] göz önünde tutularak, kamu yararıyla çelişmediği sürece idari makamların bilgi ve belge sağlamaktan kaçınmaması gerek-

---

58 Arndt, Die Auskunftspflicht, s. 69.

59 Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 33.

60 Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 33.

61 Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170, N. 27. İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 160. maddesine göre, davada taraflar ve üçüncü kişiler delillerin toplanması için iş birliği yapmakla yükümlüdür. Ancak aynı Kanunun 165. maddesi, davanın tarafları ile üçüncü dereceye kadar (üçüncü derece dâhil) hısımlığı bulunanlara iş birliğinden kaçınma hakkı *(Verweigerungsrecht)* tanımaktadır. Bkz: Maier, Rechtsbehelfe zur Informationsbeschaffung, s. 199.

62 Cyril Hegnauer - Peter Breitschmid, ***Grundriss des Eherechts***, Stämpfli Verlag, 4. Auflage, 2000, N. 1912; Maier, Rechtsbehelfe zur Informationsbeschaffung, s. 198.

63 Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 33; Schmid, OFK-ZGB, Art. 170, N. 8; Göksu - Breitschmid, CHK-ZGB, Art. 170, N. 6.

64 Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 33.

65 BGE 113 Ia 309, https://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/a1113309.html, (18.07.2022).

tiği belirtilmektedir[66]. Dolayısıyla kamu yararı bulunmadığı takdirde, idari makamlar sır saklama yükümlülüğüne dayanarak bilgi ve belge vermekten kaçınamazlar[67]. Öte yandan, bilgi vermekle yükümlü olan eş, kişisel verilerin korunması çerçevesinde idareye başvurarak bilgi ve belge sağlanmasını engelleyemez. Zira eşler arasındaki bilgi edinme hakkının, kişisel verilerin korunması karşısında önceliğe sahip olduğu kabul edilmektedir[68].

III. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN MESLEKİ SIRLARININ KORUNMASI

ZGB Art. 170 hükmünün 3. fıkrası, mesleki sırların korunması bakımından mahkemeye bilgi ve belge vermeyi reddedebilecek kişilerin çerçevesini çizmektedir. Bahsi geçen hükme göre, avukatların, noterlerin, doktorların, din adamlarının ve yardımcılarının mesleki sırları saklıdır[69]. Buradaki sayımın sınırlı olduğu kabul edilmektedir[70]. Bu nedenle, hükümde belirtilenler dışında kalan meslekler bakımından sır saklama yükümlülüğüne dayanılması mümkün olmayacaktır.

Mesleki sırların korunması, yalnızca gerçek anlamda mesleki faaliyet çerçevesinde edinilen bilgi ve belgeler bakımından geçerlidir. Mesleğe özgü yasal faaliyetler ile diğer faaliyetler arasında bir ayrım yapılması zorunludur[71]. Söz gelimi, eşlerden biri malvarlığının yönetimini bir avukata vermişse, diğer eşin bilgi talebi çerçevesinde mahkeme avukata başvurduğu takdirde mesleki sır olduğu gerekçesiyle bilgi vermekten kaçınamaz[72]. Mesleki sırların korunması yönünden ZGB Art. 170, Abs. 3 hükmünün kapsamında olan bir kişi, bizzat kendi eşinin bilgi taleplerine karşı da mesleki sır savunmasında bulunamayacaktır[73].

---

66 Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 34.

67 Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 36.

68 Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 36.

69 Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 36; Maier, Rechtsbehelfe zur Informationsbeschaffung, s. 199.

70 Arndt, Die Auskunftspflicht, s. 69; Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 43; Schmid, OFK-ZGB, Art. 170, N. 9; Göksu - Breitschmid, CHK-ZGB, Art. 170, N. 6.

71 Federal Mahkeme, bir avukatın çalıştığı şirketin aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olması durumunda şirkete ilişkin davada mesleki sırların korunmasına dayanarak ifade vermekten çekinemeyeceği yönünde karar vermiştir. Bkz: BGE 115 la 197, https://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/a1115197.html, (20.07.2022).

72 Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 44; Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 36.

73 Bräm, ZK- ZGB, Art. 170, N. 45; Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 37.

Ancak mahkeme, bu mesleklere mensup kişilerden bilgi ve belge talep ederken, üçüncü kişilerin meşru menfaatlerini dikkate almalıdır.

Faaliyetleri bakımından uygulamada ZGB Art. 170 hükmü karşısındaki konumları en fazla önem taşıyan kurumlar bankalardır[74]. İsviçre'de Bankalar ve Tasarruf Sandıkları hakkında Federal Kanun'un *(Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, BankG)* 47. maddesi, bankacılık sırrının *(Bankgeheimnis)* ifşasını düzenlemekte ve buna ilişkin hapis ya da adli para cezası yaptırımlarını öngörmektedir. Öğretide bankacılık sırrının, ZGB Art. 170, Abs. 3 hükmündeki mesleki sırrın korunması kapsamında olmadığı kabul edilmektedir[75]. Bu bakımdan bankanın özel ya da kamu bankası olup olmamasının bir önemi yoktur[76]. Banka, mahkeme tarafından bilgi ve belge talep edildiği takdirde bunu vermekten kaçınamaz. Aksi takdirde, eşin bilgi edinme hakkının uygulanması pratik bakımdan mümkün olmayacaktır. Ancak mahkeme, somut olarak hangi bilgi ve belgelerin talep edildiğini açıklamak durumundadır. Söz gelimi, bilgi vermekle yükümlü eşin hesap hareketleri talep ediliyorsa, hangi tarih aralığının istendiği açıkça belirtilmelidir[77]. Bununla birlikte, bankanın bilgi vermekle yükümlü eş ile aralarındaki sözleşme yükümlülüğünü ihlal etmeye zorlanamayacağı ileri sürülmektedir[78]. Örneğin bilgi vermekle yükümlü eşin bankada kiralamış olduğu bir kasası *(verschlossenes Depot)* varsa, bu kasanın açılarak içindekilerin bildirilmesi istenemez[79]. Bu durumda bankanın vereceği bilgi, söz konusu eşin kendi bankalarında bir kasasının bulunması ile sınırlıdır. Bankanın bilgi verme yükümlülüğü, üçüncü kişilerin menfaatlerini de etkileyebilir. Özellikle diğer eşin mali durumunun belirlenmesi bakımından önem taşımadığı takdirde, üçüncü kişilere ilişkin bilgilerin açıklanmaması gerekir. Örneğin bilgi vermekle yükümlü olan eşin hesabına kimlerin para yatırdığı ya da bu hesaptan kimlere para gönderildiği gibi bilgiler, üçüncü kişilerin kimliklerinin diğer eşe bildirilmesi sonucunu doğurur. Bu durumda mahkemenin, bankadan aldığı bilgileri filtreleyerek diğer eşe verebileceği belirtilmektedir[80].

---

[74] Viktor Aepli, "Zur Auskunftspflicht der Bank nach Art. 170 Abs. 2", ***Familie und Recht, Festschrift Bernhard Schnyder***, Freiburg 1995, s. 2.

[75] Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 28; Göksu - Breitschmid, Art. 170, N. 6; Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 59; Aepli, Zur Auskunftspflicht der Bank, s. 3; Maier, Rechtsbehelfe zur Informationsbeschaffung, s. 199.

[76] Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 28.

[77] Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 59; Aepli, Zur Auskunftspflicht der Bank, s. 6.

[78] Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170 N. 29.

[79] Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 59; Aepli, Zur Auskunftspflicht der Bank, s. 5.

[80] Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 60; Aepli, Zur Auskunftspflicht der Bank, s. 8.

IV. BİLGİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE KİŞİLİK HAKLARI

Kişilik hakları, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklardandır. Bu itibarla, her eşin diğerinin kişilik haklarına saygı göstermesi gerekmektedir. Ancak bu noktada, kendisinden bilgi talep edilen eşin kişilik haklarının, ZGB Art. 170 çerçevesinde ele alınan bilgi verme yükümlülüğü ile ne ölçüde çeliştiği sorusu akla gelmektedir[81].

Evlilik birliği, eşler arasında var olan ve hukuk düzeni tarafından tanınan fiziksel, ruhsal, zihinsel ve ekonomik bir hayat ortaklığıdır[82]. Eşler evliliklerini nasıl yürütmek istedikleri noktasında serbesttirler. Ancak Kanun, evlilik birliğinde eşlerin hak ve yükümlülükleri bakımından genel çerçeveyi oluşturacak düzenlemeler öngörmüştür. Söz gelimi, ZGB Art. 159 Abs. 3 hükmü, eşlerin birbirlerine sadakat ve yardım *(Treue und Beistand)* yükümlülüğü altında olduklarını düzenlemektedir[83]. Bahsi geçen hüküm, evlilik birliğinin niteliğinden kaynaklanan ve Kanun'da özel olarak düzenlenmemiş bütün hak ve yükümlülüklerin yasal dayanağını oluşturmaktadır[84]. Eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmemeleri veya evlilik birliğini ilgilendiren bir konuda anlaşmazlığa düşmeleri halinde, birlikte ya da bireysel olarak mahkemeye başvuru imkanları vardır (ZGB Art. 172, Abs. 1). Fakat mahkemenin yetkisi yalnızca eşlere görevlerini hatırlatmak ve onları uzlaştırmaya çalışmaktan ibarettir (ZGB Art. 172, Abs. 2). Dolayısıyla mahkeme, evlilik birliğine dair yükümlülükler bakımından eşlere nasıl davranmaları gerektiği konusunda emir veremez[85]. Ancak mahkeme, eşin talebi üzerine Kanunda düzenlenen tedbirleri alabilir (ZGB Art. 172, Abs. 3). Bilgi verme yükümlülüğü de hükmün işaret ettiği tedbirlerden birisidir. Diğer tedbirlerle beraber değerlendirildiğinde, evlilik birliğinin Kanunda ailenin maddi ihtiyaçlarını karşılamaya odaklanan ekonomik bir topluluk olarak tasarlandığı fikri ağır basmaktadır[86].

Eşler evlenmeyle birlikte evlilik birliğini meydana getirmiş olsalar da her eşin diğerinden bağımsız olarak kendine ait bir kişilik alanı bulunmaktadır. Bu

---

81 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 105.

82 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 105.

83 TMK m. 185/3 hükmünde de eşlerin birlikte yaşamak, birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorunda oldukları belirtilmiştir.

84 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 113.

85 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 114.

86 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 114.

durum, eşlerin birbirlerinin kişilik alanına saygı duymalarını gerektirir[87]. Eşlerin evlilik birliğinin korunması kapsamına girmeyen kişilik hakları, mutlak hak niteliğine uygun olarak korunmalıdır. Fakat evlilik birliğine ilişkin ortak yaşam alanı ile eşlerin bireysel yaşam alanı arasında net bir ayrım yapmak mümkün değildir. Bu nedenle, eşlerin birbirlerinin kişilik haklarına müdahale etmesi kaçınılmazdır. Diğer ifadeyle, evlilik birliğini etkilediği ölçüde her iki eş de kişilik haklarına müdahale edilmesine müsamaha göstermek durumundadır[88]. Bununla birlikte, eşlerin kişilik haklarına müdahale edilirken ölçülülük ilkesine riayet edilmelidir. Nitekim mahkemenin eşin talebi üzerine Kanunda düzenlenen tedbirleri alabileceğini belirten Art. 172, Abs. 3 hükmünün başında "gerektiği takdirde *(wenn nötig)*" denilmek suretiyle ölçülülük ilkesine işaret edilmektedir[89]. Eşlerin bilgi verme yükümlülüğüne dair ZGB Art. 170 hükmünde yalnızca gerekli bilgi ve belgelerin mahkeme tarafından diğer eşten isteneceğinin düzenlenmesi de aynı amaca hizmet etmektedir. Yine de netice itibariyle Kanunun evlilik birliğinin korunması çerçevesindeki tedbirleri, eşlerin kişilik haklarının korunmasına kıyasen üstün tuttuğu söylenebilir. Öğretide belirtildiği üzere, eşlerden birinin bilgi olarak talep ettiği olay veya durumlar açık ve kesin olarak diğer eşin bireysel yaşam alanına ait olarak değerlendirilemiyorsa bilgi verme yükümlülüğü devam edecektir[90]. Zira evlilik, eşlerin bireysel menfaatlerinin evlilik birliğinin menfaatlerine göre ikinci planda olduğu bir ortaklıktır[91].

V. BİLGİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SÖZLEŞME İLE DÜZENLENMESİ

Eşlerin bilgi edinme hakları vazgeçilmez niteliktedir. Bu nedenle öğretide eşlerin bilgi edinme hakkını sözleşmeyle kısmen ya da tamamen ortadan kaldıramayacağı belirtilmektedir[92]. Ancak bilgi edinme hakkının ne şekilde uygulanacağı noktasında sözleşme yapılmasına engel yoktur[93]. Nitekim ZGB Art. 168 hükmüne göre, kanunda aksi öngörülmedikçe eşlerden her biri diğeriyle hukuki işlem yapabilir. Örneğin eşler mali durumlarıyla ilgili muhasebe kayıtlarını dü-

87 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 120.

88 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 119.

89 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 122.

90 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 123.

91 Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 159, N. 9; Bräm, ZK- ZGB, Art. 159, N. 14; Kokotek, Die Auskunftspflich, s. 133.

92 Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 170, N. 9; Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 135.

93 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 135.

zenli olarak tutmayı ve belgeleri saklamayı kararlaştırabilirler. Böyle bir sözleşmenin varlığı, yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşten mahkeme vasıtasıyla bilgi talebi noktasında diğer eşin konumunu güçlendirir. Zira bu durumda talepte bulunan eş, istediği bilgilerin gerekli olduğunu ispat etme yükünden kurtulmuş olur[94].

Eşler bilgi verme yükümlülüğü konusunda bir sözleşme yaptıkları takdirde, bu sözleşmenin kişiliğin aşırı şekilde sınırlandırılmasına yol açıp açmadığı hususu önem arz eder[95]. Zira hiç kimse özgürlüğünden vazgeçemez veya onun kullanılmasını hukuka veya ahlaka aykırı olacak şekilde sınırlandıramaz (ZGB Art. 27, Abs. 2). Bilgi verme yükümlülüğünün konusunu eşlerin geliri, malvarlığı ve borçları oluşturduğu için bu tür bir anlaşmanın kişiliğin aşırı şekilde sınırlandırılması kapsamında değerlendirilmeyeceği ifade edilebilir. Zira bilgi verme yükümlülüğünün konusunu teşkil eden hususlar kişiliğin özüne zarar verecek ve bu bakımdan hukuka ya da ahlaka aykırılığa yol açabilecek türden değildir. Bununla birlikte öğretide bir görüş, eşlerden birinin periyodik olarak diğer eşe bilgi sağlama yükümlülüğü altına girdiği bir sözleşmenin kişiliğin aşırı şekilde sınırlandırılması kapsamına girebileceğini belirtmektedir[96]. Ancak bu durumda yalnızca bilgi verme yükümlülüğünün süresi değil yoğunluğu da dikkate alınmalıdır. Federal Mahkeme, kişiliğin ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmasının ancak kişiliğin özünün sözleşmeye konu edilmesi halinde mümkün olabileceğini ifade etmektedir[97]. Sözleşme ile kabul edilen yükümlülüğün kendisi ahlaka aykırı değilse fakat yükümlülüğün boyutu "aşırı" olarak nitelendirilebiliyorsa kişilik hakkının ihlali söz konusudur. Eşlerden birinin sözleşme ile kabul ettiği bilgi verme yükümlülüğü ahlaka aykırı olmasa da bu yükümlülüğün boyutu aşırıya kaçıyorsa ilgili eş artık sözleşme ile bağlı değildir[98]. Dolayısıyla kişiliğin aşırı şekilde sınırlandırılmasına dayalı olarak bilgi vermeyi reddedebilir.

VI. BİLGİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNE AYKIRI DAVRANMANIN BOŞANMA ANLAŞMASINA ETKİSİ

İsviçre Federal Mahkemesi, boşanma davasında eşlerden her birinin iddiaların ileri sürülmesi için gerekli olduğu ve başka bir şekilde elde edilemediği

94 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 135.

95 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 180.

96 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 181.

97 BGE 129 III 209, https://www.servat.unibe.ch/Dfr/bge/c3129209.html, (11.08.2022).

98 Kokotek, Die Auskunftspflicht, s. 182.

takdirde kendi gelirini ve malvarlığını diğerine bildirmekle yükümlü olduğunu ifade etmektedir. Yüksek Mahkemeye göre bu yükümlülüğün ihlali, boşanma anlaşmasının *(Scheidungskonvention)* akdedilmesi bakımından kasıtlı bir aldatma *(absichtliche Täuschung)* teşkil eder[99]. Karara konu olan olayda eşler boşanmanın sonuçları ve özellikle de mal paylaşımı konusunda bir anlaşma yapmışlardır. Anlaşmaya göre koca, Zürih'te bulunan bir taşınmazının mülkiyetini kadına devredecek ve bir miktar da tazminat ödeyecektir. Anlaşma mahkeme tarafından onaylanmış ve tarafların boşanmalarına karar verilmiştir. Bu karardan yaklaşık bir yıl sonra kadın, kocanın malvarlığı konusunda kendisini yanılttığı iddiasıyla boşanma anlaşmasının mal paylaşımına ilişkin hükümlerinin iptali ve mal rejimine ilişkin sonuçların yeniden düzenlenmesi talebiyle dava açmıştır. Kadın, kocasının bir şirketteki ortaklık payının satışı ve değeri konusunda yanıltıldığını ileri sürmüştür. Kadın kocasının kendi payını satmak istediğini bilmekte fakat bazı engeller sebebiyle satmasının (en azından iyi bir bedel karşılığında) pek mümkün olmadığını düşünmektedir. Kocanın boşanmadan sonra ortaklık payını tahmin ettiğinden çok daha yüksek bir fiyata sattığını belirtmiştir. Diğer ifadeyle kadın, kocasının bu ortaklık payının gerçek değerini kendisinden gizlediğini ve bu durumun boşanma anlaşmasındaki mal paylaşımı bakımından iradesinin sakatlanmasına neden olduğunu iddia etmiştir.

Federal Mahkeme, boşanma sürecindeki bilgi verme yükümlülüğünün boşanma kapsamındaki talepler için önem arz eden tüm konuları kapsadığını belirtmiştir. Kocanın ortaklık payını satmasının önündeki engellerin, anlaşmanın yapıldığı tarihte halen devam edip etmediği sorusu boşanma anlaşması bakımından büyük bir öneme sahiptir. Kadın, kocanın ortaklık payını satmasına dair engellerin ortadan kalktığı konusunda yeterli bilgiye sahip değildir. Bu itibarla, kocanın ortaklık payının satışı konusunda bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği araştırılmalıdır. Koca, bu durumun boşanma anlaşmasının kurulması bakımından öneminin ve kadının bu konudaki yanılmasının farkında ise, bilgi verme yükümlülüğünü ihlal etmesi İsviçre Borçlar Kanunu m. 28 (TBK m. 36) anlamında kasıtlı aldatma teşkil edecektir. Aldatma, belirli olgular hakkında sessiz kalınması *(Verschweigen)* durumunda da meydana gelebilir. Ancak sessiz kalma durumunun aldatma olarak kabulü, bu konuda bilgi verme yükümlülüğünün olmasına bağlıdır. Burada kocanın bilgi verme yükümlülüğünün bu-

[99] BGE 117 II 218, https://www.servat.unibe.ch/dfr/bge/c2117218.html, (11.08.2022).

lunduğu konusunda tereddüt yoktur[100]. Eğer koca, bilgi verme yükümlülüğünü ihlal ederek eşinin yanılmasının devam etmesini sağlamış ve bu şekilde sözleşme akdedilmişse, yanılan eşin aldatmaya dayanarak boşanma anlaşmasının iptalini talep etmesi mümkün olabilecektir.

VII. EŞLERİN BİLGİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TÜRK AİLE HUKUKUNDAKİ YERİ

A. ZGB Art. 170 Hükmünün Türk Medeni Kanunu'na Alınmaması Sorunu

Kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda evlilik birliğini koruyucu nitelikte genel bir tedbir olarak düzenlenen ve eşlere bilgi verme yükümlülüğü getiren 170. madde, Türk Medeni Kanunu'na alınmayan hükümler arasındadır. Bu durum, Türk Hukuku bakımından eşlerin birbirlerinin geliri, malvarlığı ve borçları hakkında gerektiğinde mahkeme vasıtasıyla bilgi talep edip edemeyecekleri noktasında tartışmalara neden olmuştur. Öğretide bir görüş, eşlerin bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin bir düzenlemeyi kanun koyucunun açıkça öngörmemiş olmasını ihmal sonucu bırakılmış bir boşluk olarak değerlendirmektedir[101]. Bu görüşe göre, kanun koyucunun eşlerin bilgi edinmesi hususunda kasıtlı olarak sustuğu kabul edilemez. Çünkü TMK m. 206/2 hükmünün 4. bendinde eşlerin bilgi verme yükümlülüğüne işaret eden bir düzenleme yer almaktadır. Eğer kanun koyucu kasıtlı olarak susmak isteseydi bahsi geçen hükmü öngörmezdi[102]. Dolayısıyla eşler birbirlerinin geliri, malvarlığı ve borçları hakkında bilgi vermekten kaçındıkları takdirde, bu bilgilerin hâkime başvurularak elde edilmesi gerekir[103].

Öğretide ileri sürülen diğer bir görüş, eşlerin bilgi verme yükümlülüğü hakkında TMK'da açık bir düzenleme yapılmamasını önemli bir eksiklik olarak görmektedir[104]. Medeni Kanun'da eşlerin evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılma zorunluluğunun yer alması, doğal olarak eşlere bu konuda gerektiği takdirde bilgi ve belge isteme ihtiyacını haklı kılmak-

---

[100] Esasen boşanma anlaşmasının yapıldığı tarihte eşler arasında bilgi verme yükümlülüğünü açıkça düzenleyen ZGB Art. 170 hükmü yürürlükte değildir. Ancak Federal Mahkeme sadakat yükümlülüğünün belirli ölçüde bilgi verme yükümlülüğünü de barındırdığını ifade etmiştir.

[101] Bilge Öztan, ***Aile Hukuku***, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 206.

[102] Öztan, Aile Hukuku, s. 206.

[103] Öztan, Aile Hukuku, s. 206.

[104] Ayhan Uçar, "4721 Sayılı Medeni Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler", ***Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. VI, S. 1-4, 2002, s. 329.

tadır[105]. Dolayısıyla, bilgi verme yükümlülüğü için mahkemeye başvurulabilir ve bu durumda hâkim istenen bilgilerin ve belgelerin gösterilmesini emredebilir[106].

Öğretide ifade edilen üçüncü bir görüşe göre, Türk Hukukunda eşleri bilgi vermeye yargısal yolla zorlayıcı bir hüküm mevcut değildir[107]. Evlilik birliğini koruyucu önlem olarak yargısal yolla bilgi isteme hakkı, kanundaki temel bir eksikliktir. Oysa eşlerin geliri, malvarlığı ve borçlarına ilişkin olarak diğer eşten bilgi alma hakkı kanunun kurmuş olduğu sistemin yaşamsal bir dişlisi olarak karşımıza çıkmaktadır[108]. Eşlerin birbirlerinin ekonomik durumları hakkında bilgi sahibi olmaları şarttır. Bu nedenle, İsviçre Medeni Kanunu m. 170 hükmüne benzer bir düzenleme TMK'da yer almasa bile Türk Hukukunda eşler, birbirlerini diğer eşin talebi üzerine ekonomik durumlarına ilişkin aydınlatmakla yükümlüdür. Bu aydınlatmadan kaçınılması halinde, aydınlanma ihtiyacı içerisindeki eş gerekli bilgiyi yargısal olarak talep edebilir[109].

Eşlerin bilgi verme yükümlülüğünün mahkeme vasıtasıyla talep edilip edilemeyeceği konusunda aksini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bu konuda belirtilen bir görüş, eşlerin birbirlerinin ekonomik durumlarına ilişkin bilgi alma hakları konusunda TMK'da bulunan eksikliğin yorum yolu ile doldurulamayacağını ifade etmektedir[110]. Bahsi geçen görüşe göre, TMK m. 206 hükmünde eşlerin bilgi verme yükümlülüğüne dair bir düzenlemenin bulunması, İsviçre'deki düzenlemenin görmüş olduğu fonksiyonu tam anlamıyla karşılamamaktadır. Zaten TMK m. 206 hükmünün karşılığı İsviçre Medeni Kanunu'nda da bulunmaktadır (ZGB Art. 185). Eğer söz konusu madde, eşlerin bilgi verme yükümlülüğü bakımından yeterli olsaydı, İsviçre kanun koyucusunun 170. maddeyi düzenleme ihtiyacı kalmazdı[111]. Bu nedenle Türk Hukukundaki eksiklik, ancak İsviçre Medeni Kanunu m. 170 hükmüne benzer bir düzenlemeyle ortadan kaldırılabilecektir[112].

---

105 Uçar, 2002, s. 329.

106 Uçar, 2002, s. 329.

107 Mustafa Alper Gümüş, "Evlilik Birliğinde Eşlerin Aydınlatma (Bilgi Verme) Yükümü", ***Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2006, C. 5, S. 2, s. 206.

108 Gümüş, Eşlerin Aydınlatma Yükümü, s. 207.

109 Gümüş, Eşlerin Aydınlatma Yükümü, s. 210-211; Mustafa Dural - Tufan Öğüz - Mustafa Alper Gümüş, ***Türk Özel Hukuku Cilt III: Aile Hukuku***, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 169.

110 Muzaffer Şeker, ***Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Bağlantılı Konular***, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022, s. 79.

111 Şeker, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 79.

112 Şeker, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 79.

Eşlerin bilgi verme yükümlülüğü hakkında yargı yoluyla zorlanamayacağı görüşüne katılan diğer bir yazar ise, TMK'da bilgi verme yükümlülüğünün yerine getirilmesinden kaçınılmasının tek sonucunun, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesini mahkemeden talep hakkının doğması olduğunu belirtmektedir[113]. Bu görüşe göre kanun koyucu, İsviçre Medeni Kanunu m. 170 hükmüne benzer bir hükmü TMK'da düzenlemeyerek, eşlerin malvarlıkları konusundaki iddialarına dair ispat yükünü genel hükümlere göre belirlemek istemiştir[114].

Kanaatimizce, eşlerin ekonomik durumları hakkında birbirlerine bilgi verme yükümlülükleri, TMK m. 185/3 (ZGB Art. 159 Abs. 3) hükmünde düzenlenen sadakat yükümlülüğüne *(Treuepflicht)* dahil olan bir hususdur. Zira sadakat yükümlülüğü yalnızca cinsel sadakatle sınırlı olmayıp duygusal, düşünsel ve ekonomik sadakati de içeren geniş bir kavramdır[115]. Sadakat yükümlülüğü aynı zamanda eşlerin birbirlerine karşı açık ve dürüst davranmalarını gerektirir[116]. Ekonomik alandaki sadakat ise bir yandan üçüncü kişilere karşı sır saklama yükümlülüğünü içerirken diğer yandan eşe karşı bilgilendirme ve açıklama yükümlülüğünü *(Offenbarungspflicht)* içerir[117]. Bu bakımdan, eşin geliri, malvarlığı ve borçları hakkında diğerine bilgi vermesi sadakat yükümlülüğünün bir gereğidir. O halde, eşlerin ekonomik durumlarıyla ilgili olarak birbirlerinden bilgi talep etmeleri için ayrıca kanunda bir hüküm bulunmasına ihtiyaç yoktur. Ancak asıl sorun, eşlerden birinin ekonomik durumu hakkında diğerine bilgi vermekten kaçınması halinde ortaya çıkmaktadır. Bu ihtimalde, bilgi talep eden eşin TMK m. 195 hükmü çerçevesinde hâkimin müdahalesini talep etmesi mümkündür[118]. Kendisinden bilgi talep edilen eşin bunu vermekten kaçınmasının evlilik birli-

---

[113] Murat Uyumaz, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde İspat ve Envanter", ***Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XXI, S. 3-4, 2017, s. 137.

[114] Uyumaz, İspat ve Envanter, s. 137.

[115] Schwander, BSK-ZGB, Art. 159, N. 11; Bräm, ZK- ZGB, Art. 159, N. 103; Schmid, OFK-ZGB, Art. 159, N. 4; Alexandra Zeiter, ***CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht***, 3. Auflage, Schulthess Verlag, 2016, Art. 159, N. 8; Dural - Öğüz - Gümüş, Aile Hukuku, s. 168; Turgut Akıntürk - Derya Ateş, ***Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku***, 23. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2021, s. 113. Sadakat yükümlülüğünün evlilikteki güven ilişkisini sarsacak her türlü davranıştan kaçınma anlamına geldiği yönünde bkz: Kathrin Holler, ***Die Treuepflicht zwischen Ehegatten und eingetragenen Partnern unter Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland***, Dissertation, Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz, 2010, s. 5.

[116] Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 159, N. 22.

[117] Schmid, OFK-ZGB, Art. 159, N. 4. Sadakat yükümlülüğünün bilgi verme yükümlülüğü ile ilişkili olduğu hakkında bkz: Zeiter, CHK-ZGB, Art. 159, N. 8.

[118] Gümüş, Eşlerin Aydınlatma Yükümü, s. 206.

ğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi kapsamında sayılacağı kuşkusuzdur. Ancak bu noktada hâkimin yetkili olduğu müdahale, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarmak ve onları uzlaştırmaya çalışmakla sınırlıdır (TMK m. 195/2). Dolayısıyla hâkim, bilgi vermekten kaçınan eşi zorlayabilecek bir müdahale imkanına sahip değildir. Kanun, hâkimin gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alacağını belirtmektedir (TMK m. 195/3). Halbuki eşin geliri, malvarlığı ve borçları hakkındaki bilginin mahkeme vasıtasıyla istenebileceğine dair kanunda bir önlem düzenlenmemiştir. Şu hâlde salt ekonomik durum hakkındaki bilginin istenmesi amacıyla mahkemeye başvurularak diğer eşten yahut üçüncü kişiden bilgi talep edilmesi söz konusu olamayacaktır. Nitekim Yargıtay da TMK m. 195 hükmü bağlamında hâkimin kanunda gösterilmeyen önlemleri alma yoluna gidemeyeceği kanaatindedir[119]. Bununla birlikte, diğer eşin geliri, malvarlığı ve borçları hakkındaki bilgilere dolaylı yoldan ulaşılması mümkündür. TMK m. 196/1 hükmüne göre, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, ailenin geçimi için her birinin yapacağı parasal katkıyı belirler. Hâkimin eşlerin yapacağı parasal katkıyı belirleyebilmesi için, onların geliri, malvarlığı ve borçlarının tespit edilmesi kaçınılmazdır. Öyleyse ekonomik durumu hakkında bilgi vermekten kaçınan eşin bu bilgilerinin TMK m. 196 çerçevesinde hâkime yapılacak başvuru ile elde edilmesi ihtimal dahilindedir.

Eşlerin geliri, malvarlığı ve borçlarına ilişkin bilgilerin elde edilebileceği bir diğer durum mal rejimleriyle ilgili konularda karşımıza çıkar. Özellikle mal rejimlerinin tasfiyesi söz konusu olduğunda, eşlerin bununla ilgili taleplerinin değerlendirilmesi ve gereken hesaplamaların yapılabilmesi için eşlerin malvarlığı konusunda ayrıntılı bilgiye ihtiyaç duyulacağı açıktır[120]. Ancak kanunda bilgi verme yükümlülüğü konusunda genel bir hüküm bulunmadığı gibi, mal rejimlerinin tasfiyesinde eşlerin malvarlıklarıyla ilgili bilgi vermelerini öngören özel bir hüküm de yer almamaktadır. Sadece TMK m. 216/1 (ZGB Art. 195a) hükmünde, eşlerden her birinin diğerinden her zaman mallarının envanterinin resmi senetle yapılmasını isteyebileceği düzenlenmiştir[121]. Bahsi geçen hüküm, mal rejimlerinin tasfiyesinde malların eşlere aidiyeti noktasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar bakımından ispat kolaylığı sağla-

---

[119] Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin, 1.12.2003 tarihli ve 2003/16106 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[120] Gümüş, Eşlerin Aydınlatma Yükümü, s. 209.

[121] Madde gerekçesine göre buradaki resmi senet noter tarafından düzenlenecektir. Bkz: http://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-216 (Erişim: 10.08.2022)

maya hizmet etmektedir[122]. Hal böyle olmakla birlikte, eşlerden biri envanter yapılmasını isteyip de diğer eşin buna yanaşmaması halinde Kanun herhangi bir yaptırım öngörmemiştir[123]. Ayrıca TMK m. 216 hükmünün uygulamada fazla başvurulmayan bir hüküm olduğu ifade edilebilir.

Görüldüğü üzere eşlerin geliri, malvarlığı ve borçları konusunda doğrudan doğruya birbirlerinden ya da üçüncü kişilerden bilgi almalarını sağlayacak bağımsız bir dava yolu Türk Hukuku'nda kabul edilmemiştir. Eşlerden birinin bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde diğer eşin başvurabileceği hukuki yol olarak, TMK m. 206 hükmünde düzenlenen olağanüstü mal rejimine geçiş için mahkemeye başvurma hakkı yer almaktadır.

B. Mevcut Mal Rejiminin Olağanüstü Mal Rejimine Dönüştürülmesi

Türk Medeni Kanunu'nda eşlerin ekonomik durumları hakkında bilgi verme yükümlülüğüne ilişkin genel bir hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte, TMK m. 206/2 hükmünde eşlerden birinin bilgi verme yükümlülüğüne aykırı davranmasının sonucu olarak olağanüstü mal rejimine geçiş için talepte bulunulabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla Türk Hukuku bakımından kendisinden bilgi talep edilen eşin bundan kaçınması durumunda karşılaşabileceği temel yaptırım, diğer eşin talep etmesi halinde mevcut mal rejiminin olağanüstü mal rejimine dönüşmesi olacaktır.

Kanun olağanüstü mal rejimi *(ausserordentlicher Güterstand)* olarak mal ayrılığı rejimini öngörmüştür (TMK m. 206/1)[124]. Böylelikle, eşlerin mal ayrılığı

---

[122] Gian Sandro Genna, ***OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch***, 4. Auflage, 2021, Orell Füssli Verlag, Art. 195a, N. 1; Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 195a, N. 5; Akıntürk - Ateş, Aile Hukuku, s. 154; Dural - Öğüz - Gümüş, Aile Hukuku, s. 217; Uyumaz, İspat ve Envanter, s. 143.

[123] Öğretide bazı yazarlar, bu durumda envanter düzenlenmesini isteyen eşin aile mahkemesine başvurabileceğini, aile mahkemesinin notere envanter düzenlemesi için yetki verebileceği gibi doğrudan kendisinin de envanter düzenleyebileceğini ileri sürmektedirler. Bkz: Uyumaz, İspat ve Envanter, s. 145, dpn. 78. İsviçre öğretisinde de diğer eşin envanter düzenlenmesinden kaçınması halinde mahkemeye başvurulabileceğini belirten bir görüş bulunmaktadır. Bkz: Alexandra Jungo, ***CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz***, 3. Auflage, Schulthess Verlag, 2016, Art. 195a, N. 1; Genna, OFK-ZGB, Art. 195a, N. 4. İsviçre öğretisinde diğer bazı yazarlar, envanter düzenlenmesine katılmaktan çekinme durumunda ZGB Art. 170 hükmünün uygulanmasının gündeme geleceğini ifade etmektedir. Bkz: Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 195a, N. 8. Şu halde eşlerin envanter düzenlenmesi konusunda iş birliğinden kaçınmaları halinde, onları zorlayabilecek hüküm olarak yine 170. maddedeki bilgi verme yükümlülüğüne dayanılmaktadır.

[124] Kanunda bu mal rejimine "olağanüstü" (ausserordentlich) denilmesinin sebebi, mal ayrılığı rejimine geçişin eşlerin ortak iradeleri dışında gerçekleşmesidir. Bkz: Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 185, N. 11.

rejimi dışında sahip oldukları mal rejimi içerisinde evlilik birliğine olan katkılarındaki dengesizliğin ve hakkaniyete aykırı durumların ortadan kaldırılması amaçlanmıştır[125]. Ayrıca bu düzenleme, mal rejimiyle ilgili uyuşmazlıkların ortadan kaldırılması bakımından da elverişlidir[126]. Edinilmiş mallara katılma rejimi veya mal ortaklığı rejimine tabi olan eşler bakımından olağanüstü mal rejimine geçiş mümkün olabilir. Eşler halihazırda mal ayrılığı rejimini kabul etmişlerse olağanüstü mal rejimine geçilmesi söz konusu olmaz[127]. Mevcut mal rejiminden mal ayrılığına geçiş, mahkeme kararıyla (TMK m. 206, 210) ya da doğrudan doğruya kanun gereğince (TMK m. 209) gerçekleşir[128].

Eşlerden birinin haklı bir sebebe dayanarak hâkimden talepte bulunması halinde mal ayrılığı rejimine geçiş mümkündür (TMK m. 206/1). Buradaki haklı sebep kavramına[129] nelerin dahil olacağı, TMK m. 206/2 hükmünde beş bent olarak sayılmıştır. Ancak bahsi geçen hükümdeki sayma sınırlayıcı nitelikte değildir[130]. İşte burada sayılan durumlardan biri, *"diğer eşin istemde bulunan eşe malvarlığı, geliri, borçları veya ortaklık malları hakkında bilgi vermekten kaçınması"* şeklinde ifade edilmiştir (TMK m. 206/2, b.4). Kanunda eşlerden birinin bilgi vermekten kaçınmasına ilişkin böyle bir tedbir öngörülmesi, bilgi verme yükümlülüğü gerçekleşmeden mal rejimlerinin esas işlevlerini yerine getireme-

---

125 Öztan, Aile Hukuku, s. 422; Zafer Zeytin, ***Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi***, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 63.

126 Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 185, N. 6.

127 Öztan, Aile Hukuku, s. 422.

128 Zeytin, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 64; Faruk Acar, ***Aile Konutu-Mal rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı***, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 173.

129 Kaynak İsviçre Medeni Kanunu, "önemli sebep" (wichtiger Grund) kavramına yer vermektedir (ZGB Art. 185 Abs. 2).

130 Jungo, CHK-ZGB, Art. 185, N. 5; Genna, OFK-ZGB, Art. 185, N. 6; Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 185, N. 24; Öztan, Aile Hukuku, s. 424; Akıntürk - Ateş, Aile Hukuku, s. 150; Dural - Öğüz - Gümüş, Aile Hukuku, s. 213; Acar, Aile Konutu-Mal rejimleri, s. 174; Ömer Uğur Gençcan, ***Türk Medeni Kanunu Yorumu***, 2. Cilt, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 1587; Demet Özdamar vd., ***Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi***, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 30. *"TMK'nun 206.maddesine göre haklı bir sebep varsa Hakim, eşlerden birinin istemi üzerine, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir. Haklı sebebin varlığına ilişkin maddede beş bent halinde sebepler sayılmış ise de bu sebepler maddede yazılı olanlarla sınırlı değildir"*. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 22.4.2014 tarih ve 2014/7833 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

İsviçre öğretisinde, olağanüstü mal rejimine geçiş için ileri sürülen önemli sebeplerin, genel olarak evliliğin çekilmez hale gelmesiyle ilgili durumlar olmayıp mal ayrılığı kararı verildiği takdirde giderilebilecek zorluklarla ilgili olması gerektiği belirtilmektedir. Bkz: Jungo, CHK-ZGB, Art. 185, N. 11; Genna, OFK-ZGB, Art. 185, N. 6.

yeceği düşüncesinden kaynaklanmaktadır[131]. O halde eşlerden biri diğer eşten malvarlığı, geliri, borçları veya ortaklık malları hakkında bilgi talep ettiği halde diğer eş bilgi vermekten kaçınırsa, bu durum mal ayrılığına geçiş için haklı sebep teşkil eder[132]. Bilgi verme yükümlülüğü, yalnızca mal rejimi kapsamına giren mallarla sınırlı değildir[133]. Söz gelimi, edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olan eşlerden biri, diğer eşin kişisel mallarıyla ilgili olarak bilgi talep edebilir. Kendisinden bilgi talep edilen eş, bu talebin kişisel mallarıyla ilgili olduğunu ileri sürerek bilgi vermekten kaçınma hakkına sahip değildir. İsviçre öğretisinde, olağanüstü mal ayrılığına geçiş için haklı sebep teşkil eden bilgi vermekten kaçınma durumunu düzenleyen hükmün (ZGB Art. 185 Abs. 2 Ziff. 4), bilgi verme yükümlülüğünü düzenleyen ZGB Art. 170 hükmüne göre yedek hüküm *(subsidiär)* niteliğinde olmadığı belirtilmektedir[134]. Dolayısıyla İsviçre Hukuku bakımından, kendisinden bilgi talep edilen eşin bundan kaçınması durumunda diğer eş doğrudan doğruya olağanüstü mal rejimine geçiş talebinde bulunabilmektedir. Türk Hukuku'nda ise ZGB Art. 170 hükmüne benzer bir düzenleme yer almadığından böyle bir tereddüt bulunmamaktadır.

Haklı sebebe dayanarak hâkimden mal ayrılığına geçiş için talepte bulunulması durumunda, hâkim mal ayrılığına dönüştürme kararı vermek zorunda değildir[135]. Bu bakımdan TMK m. 206 hükmünün, kaynak İsviçre Medeni Kanunu m. 185 hükmünden farklılık arz ettiği ifade edilebilir[136]. Zira kaynak kanunda

---

131 Jungo, CHK-ZGB, Art. 185, N. 18.

132 Serra Kocar, "Olağanüstü Mal Rejimi", ***Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.5, S.1, 2019, s. 164; Öztan, s. 427.

"Dosya kapsamı incelendiğinde davacı tarafça bildirilen tanıklar dinlenmesine rağmen; davacının talebinin, özellikle TMK 206/4 bendindeki "Diğer eşin, istemde bulunan eşe malvarlığı, geliri, borçları veya ortaklık malları hakkında bilgi vermekten kaçınması," koşulların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği ayrıntısı ile sorulup tutanağa geçirilmeyerek karar verildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece yapılacak iş, davacı tanıkları yeniden usulüne uygun şekilde dinleyerek tanıklardan davacı tarafın iddia ettiği hususların ayrıntılı olarak sorulup belirlenmeye çalışılması, 1965 yılında evlenen tarafların uzun yıllardan beri ayrı ülkelerde yaşıyor oldukları ve TMK 206 maddesindeki haklı sebeplerin örnekleme yoluyla sayıldığı gözetilerek davacı tarafın ilk talebi olan mal ayrılığı rejimine geçiş hakkında öncelikle karar verilmesi, oluşacak kanaate göre de tasfiye istemi hakkında olumlu olumsuz bir karar verilmesidir". Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 13.2.2018 tarihli ve 2018/2048 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

133 Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 185, N. 39.

134 Genna, OFK-ZGB, Art. 185, N. 11; Jungo, CHK-ZGB, Art. 185, N. 18; Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 185, N. 39.

135 Zeytin, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 65; Gençcan, Türk Medeni Kanunu Yorumu, s. 1588.

136 Zeytin, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 65.

bahsi geçen hükümde sayılan durumların varlığı halinde hâkim mal ayrılığına karar vermek zorundadır. Dolayısıyla hâkim, talepte bulunan eş ile diğer eşin çıkarlarını değerlendirmeye mecbur değildir[137]. Halbuki TMK m. 206/1 hükmü *"karar verebilir"* demek suretiyle hâkime mal ayrılığına geçiş kararı vermeyi emretmemiştir. Bu nedenle Türk Hukuku bakımından hâkim, haklı sebepler bulunsa bile tarafların çıkarlarını ve hakkaniyeti gözeterek mal ayrılığına dönüştürme talebini reddedebilecektir[138].

Hâkim eşlerden birinin talebi üzerine mal ayrılığı rejimine geçiş kararı verirse, eşler arasında dava tarihinden itibaren mal ayrılığı rejimi geçerli olur[139]. Mal ayrılığı rejiminin başlangıcı bakımından geriye yürüme söz konusudur. Böylelikle, eşler arasında önceden geçerli olan mal rejimi sona erer ve bunun tasfiyesinin yapılması gerekir (TMK m. 212). Olağanüstü mal rejiminin sona ermesine kadar eşler arasında mal ayrılığına ilişkin TMK m. 242 ve m. 243 hükümleri geçerli olur. Bu çerçevede eşlerden her biri, yasal sınırlar içerisinde kendi malvarlığı üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarını korur.

SONUÇ

Evlilik birliği yapısı itibariyle ekonomik yönü olan bir hayat ortaklığıdır. Eşlerin evlenmeden önceki ve sonraki gelirleri ve malvarlıkları evlilik birliğinin yönetimi için önem arz etmektedir. Her şeyden evvel eşlerin evlilik birliğinin

---

[137] Hausheer - Reusser - Geiser, BK-ZGB, Art. 185, N. 16; Zeytin, s. 65. Bununla birlikte Federal Mahkeme, olağanüstü mal rejimine geçiş kararının son çare (ultima ratio) olduğunu belirtmektedir. Bkz: BGE 116 II 21. Dolayısıyla hâkim, olağanüstü mal rejimine geçiş için ileri sürülen sebeplerin gerçekten haklı ve önemli olup olmadığını araştırmak zorundadır.

[138] Gençcan, Türk Medeni Kanunu Yorumu, s. 1588. *"Eşlerden birinin iradi olarak veya irade dışı nedenlerle evlilik birliğinde edinilen malvarlıklarına esaslı zarar vermeleri ya da verme olasılıklarının yüksek bulunduğu durumlarda olağanüstü mal rejimine geçişe karar verilmelidir. Hakime, geniş takdir yetkisinin tanınması bakımından, haklı nedenlerin varlığında bağlayıcı nitelikte sınırlama yapılmamış olması isabetli olmuştur. Mahkemece, her somut olay kendi koşulları içinde değerlendirilerek ve eşlerin mali çıkarları gözetilerek, mevcut mal rejiminin mal ayrılığı rejimine dönüşüm talebi hakkında olumlu veya olumsuz karar verilmelidir. Evlilik malları üzerinde telafisi güç ve ciddi hak kaybına neden olacak hususlar mal ayrılığı rejimine geçiş talebinin kabulü için önemlidir.... Davacı, olağanüstü mal rejimine geçiş için aranan haklı sebebin varlığını ispatlayamamıştır. Gerek TMK'nin 206. maddesinde örnekleme yoluyla sayılan nedenler gözetildiğinde gerek bu kurumun düzenleniş amacı düşünüldüğünde eşlerin ayrı yerlerde ikamet etmelerinin tek başına olağanüstü mal rejimine geçiş için yeterli olamayacağının kabulü gerekir. Buna göre Mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"*. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 9.3.2021 tarihli ve 2021/2097 sayılı kararı (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[139] Acar, Aile Konutu-Mal rejimleri, s. 180; Zeytin, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, s. 75.

giderlerine katkısı bağlamında gelirleri ve malvarlıkları hakkında kesin bilgiye ihtiyaç vardır. Öte yandan evlilik birliğinden doğan en önemli yükümlülüklerden biri olan sadakat yükümlülüğü, eşlerin ekonomik konularda birbirlerini aydınlatmalarını zorunlu kılar. Bununla birlikte İsviçre kanun koyucusu, sadakat yükümlülüğünün özel bir görünümü olan bilgi verme yükümlülüğünü ayrı bir maddede düzenleme gereği görmüştür. Bunun temelinde yatan sebep ise, evliliğin genel hükümleri içerisinde yer alan tedbirlerin bilgi verme yükümlülüğünün uygulanması bakımından yetersiz kalacak olmasıdır. Eşlerden birinin aileye karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda diğer eşin, arabuluculuk *(Vermittlung)* yapması için mahkemeye başvurması mümkündür (ZGB Art. 172, Abs. 1). Ancak mahkemenin yetkisi eşlere görevlerini hatırlatmak ve onları uzlaştırmaya çalışmaktan ibarettir (ZGB Art. 172, Abs. 2). Mahkemenin bu sınırlı yetkisi bilgi verme yükümlülüğünün uygulanması için gereken zorlamayı sağlayamayacaktır. Oysaki bilgi verme yükümlülüğünü düzenleyen hüküm (ZGB Art. 170), kendisinden bilgi talep edilen eşin bundan kaçınması durumunda mahkemeye, gerekli bilgi ve belgeleri vermeye mecbur kılma yetkisi tanımaktadır. Elbette bu yetkinin sınırsız olduğu söylenemez. Öncelikle hükümde "gerekli" bilgi ve belgelerden bahsedildiğinden, her türlü bilgi ve belgenin verilmesi söz konusu olmamaktadır. Ayrıca avukatların, noterlerin, doktorların, din adamlarının ve yardımcılarının mesleki sırlarının saklı olduğu da hükümde yer alan bir diğer sınırlamayı teşkil etmektedir (ZGB Art. 170, Abs. 3).

Eşlerin geliri, malvarlığı ver borçları hakkında bilgi verme yükümlülüğünü düzenleyen hüküm Türk Medeni Kanunu'na alınmayan hükümlerden biridir. Gerçi, kaynak kanunda olduğu gibi TMK'da da eşlerin sadakat yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu bakımdan sadakat yükümlülüğü içerisinde saklı bulunan bilgi verme yükümlülüğünün Türk Hukuku bakımından da geçerli olduğu ifade edilebilir. Buna karşılık, eşlerden birinin bilgi vermekten kaçınması durumunda onu mahkeme aracılığıyla zorlayabilecek bir hüküm yer almamaktadır. Öğretide aksini savunanlar olmakla birlikte, eşlerin geliri, malvarlığı ve borçları konusunda doğrudan doğruya birbirlerinden ya da üçüncü kişilerden bilgi almalarını sağlayacak bağımsız bir dava yolunun Türk Hukuku'nda kabul edilmediğini ifade etmek daha makul görünmektedir. Zira eşlerin bilgi verme yükümlülüğünü düzenleyen madde, 4721 sayılı TMK'nın kabulünden çok önce yürürlüğe girmiştir. Ayrıca evlilik birliğinin korunması için hâkimin müdahalesini düzenleyen ZGB Art. 172 hükmü TMK'ya aktarılmasına rağmen (TMK m. 195) onun hemen öncesinde yer alan ZGB Art. 170 hükmünün ihmal sonucu alınmadığını söylemek zordur. Bu durum kanun koyucunun kasıtlı olarak bu maddeyi Kanuna

dahil etmediği fikrini güçlendirmektedir. Kanun eşlerden birinin bilgi verme yükümlülüğüne aykırı davranmasının sonucu olarak mahkemeden olağanüstü mal rejimine geçiş talebinde bulunma hakkını düzenlemiştir (TMK m. 206/2, b. 4). Dolayısıyla bilgi talep eden eş, diğer eşin bundan kaçınması halinde mahkemeden mal ayrılığı rejimine geçilmesini isteyebilecektir.

KAYNAKÇA

ACAR, Faruk, ***Aile Konutu-Mal rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı***, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

AEPLI, Viktor, "Zur Auskunftspflicht der Bank nach Art. 170 Abs. 2", ***Familie und Recht, Festschrift Bernhard Schnyder***, Freiburg 1995, ss. 1-18.

AKINTÜRK, Turgut - ATEŞ, Derya, ***Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku***, 23. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2021.

ARNDT, Christine, "Die Auskunftspflicht nach Art. 170 ZGB", ***Der Familienprozess Beweis - Strategien - Durchsetzung***, Schulthess Verlag, Zürich, 2020, ss. 65-75.

BRÄM, Verena, "Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft: Besonderheiten, Tendenzen, Widersprüche", ***Die Praxis des Familienrechts***, Stämpfli Verlag, Bern, 2006, ss. 519-538.

BRÄM, Verena, ***ZK - Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB)***, Dritte Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 1998.

DURAL, Mustafa - ÖĞÜZ, Tufan - GÜMÜŞ, Mustafa Alper, ***Türk Özel Hukuku Cilt III: Aile Hukuku***, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.

GENÇCAN, Ömer Uğur, ***Türk Medeni Kanunu Yorumu***, 2. Cilt, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

GENNA, Gian Sandro, ***OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch***, 4. Auflage, Zürich, 2021.

GÖKSU, Tarkan - BREITSCHMID, Peter, ***CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz***, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.

GRAHAM SIEGENTHALER, Barbara - GETZMANN, Philine, "Finanzielle Beziehungen unter den Ehegatten und zu Dritten", https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2019/969/finanziellebeziehun_2f965fc7be.html__ONCE&login=false, (11.08.2022).

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, "Evlilik Birliğinde Eşlerin Aydınlatma (Bilgi Verme) Yükümü", ***Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2006, C. 5, S. 2, ss. 203-220.

HAUSHEER, Heinz - REUSSER, Ruth - GEİSER, Thomas, ***BK - Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht***, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern, 1999.

HEGNAUER, Cyril - BREITSCHMID, Peter, ***Grundriss des Eherechts***, Stämpfli Verlag, 4. Auflage, Bern, 2000.

HOLLER, Kathrin, ***Die Treuepflicht zwischen Ehegatten und eingetragenen Partnern unter Berücksichtigung der Rechtslage in Deutschland***, Dissertation, Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz, 2010.

JUNGO, Alexandra, ***CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz***, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.

KOCAR, Serra, "Olağanüstü Mal Rejimi", ***Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.5, S.1, 2019, ss. 157-177.

KOKOTEK, Roland, ***Die Auskunftspflicht des Ehegatten nach Art. 170 ZGB***, Schulthess Verlag, Zürich, 2012.

MAIER, Philipp, "Rechtsbehelfe zur Informationsbeschaffung im Ehegüterrecht bei strittigen Scheidungen", ***Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht***, 2020, Heft 51, ss. 193-209.

ÖZDAMAR, Demet vd., ***Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi***, 7. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.

ÖZTAN, Bilge, ***Aile Hukuku***, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

SCHMID, Ursula, ***OFK - Orell Füssli Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch***, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2016.

SCHWANDER, Ivo, ***BSK- Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht***, Band I, 5. Auflage, Basel, 2014.

ŞEKER, Muzaffer, ***Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Bağlantılı Konular***, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2022.

UÇAR, Ayhan, "4721 Sayılı Medeni Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler", ***Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. VI, S. 1-4, 2002, ss. 317-332.

UYUMAZ, Murat, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde İspat ve Envanter", ***Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XXI, S. 3-4, 2017, ss. 123-170.

ZEITER, Alexandra, ***CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht***, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich, 2016.

ZEYTİN, Zafer, ***Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi***, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

HİZMET SÖZLEŞMESİNDE REKABET YASAĞININ İHLALİ[*]

İsmail TAŞKOPARAN[**]
Dr. Öğr. Üyesi Burcu ÖZKUL[***]

Öz

Hizmet sözleşmesiyle taraflar iş görme ve ücret ödeme asli edim borçlarının yanında birtakım yan edim borçlarını da yerine getirmek zorundadır. Bu yan edim borçlarından birisi de işçinin rekabet etmeme borcudur. İşçinin rekabet etmeme borcu hizmet sözleşmesi devam ederken sadakat borcunun bir uzantısı olarak, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra ise işçi ile işveren arasında yapılan rekabet yasağı sözleşmesiyle ortaya çıkar. Bu sözleşme ile işçi işverene karşı herhangi bir biçimde rekabet etmemeyi, rakip bir işletme açmamayı ve rakip bir işletmede çalışmamayı veya rakip işletmelerle menfaat ilişkisine girmemeyi üstlenmektedir. Hizmet sözleşmesinde rekabet yasağının amacı sözleşme devam ederken veya sözleşme sona erdikten sonra işveren ile işçinin ekonomik yarışa girişmesine engel olarak işverenin haklı menfaatlerini ve işverenin mevcut iş potansiyelini korumaktır. İşçinin rekabet yasağını ihlal etmesi durumunda işveren hizmet sözleşmesini sona erdirebilecek ve uğradığı bütün zararların giderilmesini isteyebilecektir. Çalışmada kanun tarafından düzenlenen hizmet sözleşmesinde rekabet yasağı ve ihlalini taraflar ve genel ilkeler çerçevesinde incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Rekabet Yasağı Sözleşmesi, İşçi, Rekabet Etmeme Borcu.

---

[*] Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 26.11.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 13.12.2022.
Atıf Şekli: İsmail Taşkoparan - Burcu Özkul, "Hizmet Sözleşmesinde Rekabet Yasağının İhlali", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 1037-1067.
Bu çalışma Dr. Öğr. Üyesi Burcu ÖZKUL danışmanlığında İsmail TAŞKOPARAN tarafından hazırlanmakta olan "Hizmet Sözleşmesinde Sadakat Borcu" başlıklı yüksek lisans tezinden yararlanılarak hazırlanmıştır.

[**] Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Öğrencisi, Isparta, Türkiye.
E-posta: taskoparani38@gmail.com.
Orcid: http://orcid.org/0000-0001-8989-5856.

[***] Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Isparta, Türkiye.
E-posta: burcuozkul@sdu.edu.tr.
Orcid: http://orcid.org/0000-0002-5033-8902.

VIOLATION OF THE PROHİBİTİON OF COMPETİTİON IN THE SERVICE CONTRACT

Abstract

The parties have to fulfill some secondary performance obligations as well as the main performance obligations of working and paying wages with the service contract. One of these side performance debts is the employee's non-compete obligation. The non-compete obligation of the worker arises as an extension of the duty of loyalty during the service contract, and after the end of the service contract, with the non-compete agreement between the worker and the employer. With this contract, the employee undertakes not to compete in any way against the employer, not to open a competitor business, not to work in a competitor business or to enter into a relationship of interest with competing businesses. The purpose of the non-competition in the service contract is to protect the employer's rightful interests and the current business potential of the employer by preventing the employer and the employee from entering into an economic race while the contract is in progress or after the contract is terminated. If the employee violates the prohibition of competition, the employer may terminate the service contract and request the elimination of all damages. In the study, the prohibition of competition and its violation in the service contract regulated by the law will be examined within the framework of the parties and general principles.

Keywords

Non-Compete Agreement, Employee, Non-Compete Obligatio.

GİRİŞ

Ekonomik ve sosyal hayatın düzenli ve sürekli bir biçimde devam edebilmesi için insanların birbirileriyle hukuki ve ekonomik olarak ilişki içerisinde olması gerekmektedir. Bu gerekliliğin sosyal hayatta birtakım sonuçları vardır. Hizmet sözleşmesi de bu gerekliliğin önemli bir sonucudur.

Eski zamanlarda tarıma dayalı ekonominin, sosyal ve kültürel gelişmişlik düzeyinin yeterli olmaması sebebiyle hizmet gören köleler mevcuttu. Bu köleler vasıtasıyla her türlü iş ve hizmetler yürütülmekteydi. Medeniyetin gelişimi ile birlikte bireysel ekonominin güçlenmesi, sosyal ve kültürel gelişmişlik düzeyinin artması ve insan onuru kavramının önem kazanması köleliği ortadan kaldırmış ve işçi (hizmet gören) kavramı ortaya çıkmıştır.

İşçi, hizmet sözleşmesiyle işverene ücreti karşılığında iş görmeyi üstlenen kişi olarak karşımıza çıkmaktadır. Hizmet sözleşmesinin asli edim borcunu ise işçi bakımından iş görme, işveren bakımından ücret ödeme oluşturmaktadır. Bu asli edim borçları dışında yan edim borçları de vardır. İşçinin yan edim borçları arasında rekabet etmeme borcu bulunmaktadır.

İşçinin rekabet etmeme borcu hizmet sözleşmesi devam ederken ve kararlaştırılmış olması şartıyla hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra da devam edecektir. Hizmet sözleşmesi devam ederken işçinin rekabet yasağına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Zira işçi aynı zamanda işverenine karşı sadakat borcu kapsamında doğruluk ve bağlılığa uygun hareket etmekle mükelleftir. Dolayısıyla işçinin hizmet sözleşmesi süresince varolan rekabet etmeme borcu kanundan kaynaklanan bir borç olarak ortaya çıkmaktadır.[1]

İşçinin rekabet etmeme borcunun hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra da devam edebilmesi için ya hizmet sözleşmesi yapılırken sözleşmeye ayrı bir hüküm konulmalı veya ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi yapılmalıdır. Zira hizmet sözleşmesi sona erdikten sonraki rekabet etmeme borcu kanuni değil, iradi bir borçtur.[2]

---

[1] Pelin Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", ***İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2017, s. 3-4; Nuray Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", ***Türkiye Adalet Akademisi Dergisi***, 2017, Y. 8, S. 31, s. 770.

[2] Ebru Dinç, "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", ***Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2019, s. 8-9; Esra Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", ***Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2012, C. 2, S. 2, s. 117.

I. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİ

Rekabet yasağı sözleşmesi TBK m.444-447 arasında düzenlenmiştir.[3] Rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra sözleşmede belirlenen coğrafi sınırlar içinde, münhasır zaman diliminde veya özel faaliyet kolunda işvereni ile rekabet oluşturabilecek her türlü haklı veya haksız tutum ve davranışlardan kaçınmayı üstlendiği bir sözleşmedir.[4]

Rekabet yasağı sözleşmesi TBK m.444/1'de "*Fiil ehliyetine sahip olan işçi, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten, özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan, başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girişmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebilir"* şeklinde tanımlanmıştır.

TBK'nın rekabet yasağına ilişkin hükümleri -diğer iş kanunlarında (iş, deniz, basın) özel düzenleme bulunmadığından- tüm işçiler ve iş ilişkilerini kapsayan oldukça geniş bir uygulama alanına sahiptir.[5]

Kanun koyucunun rekabet yasağı sözleşmesini ihdas etmekteki amacı, işçinin işyerinde öğrendiği iş, tasarruf, üretim ve tüketim sırlarını[6], işvereninin kendine has üretim, pazarlama ve müşteri bağlama tekniklerini ve müşteri potansiyelini kendisinin hilafına ve zararına istimal ederek işverenin ticari potansiyelinin ve ekonomik geleceğinin zarara uğratılmasının önüne geçmektir.[7]

---

[3] Arda Kortaş, ***Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi,*** 1. Baskı, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2021, s. 21-22; Yonca Dursun, "İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İşçinin İş Görme ve Rekabet Etmeme Borcu", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 2017, C. 19, S. Özel Sayı, s. 2432.

[4] Muhammed Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, 2016, C. 22, S. 2, s. 577; Kortaş, Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 22.

[5] Neslihan Büyükdilan, "İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", ***Karatay Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2019, s. 92; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 7.

[6] İş sırrı kavramı, *"iş ve işyeri ile ilgili bulunan, üçüncü kişiler tarafından bilinmeyen, kamuya mal olmamış ve aleniyet kazanmamış, ancak işyerinde çalışan kişi veya kişilerce (sınırlı sayıda kişi tarafından) bilinen, işverenin de başkaları tarafından öğrenilmesini istemediği, saklı kalmasında halı bir menfaatinin bulunduğu basitçe ve kolaylıkla öğrenilemeyecek her türlü bilgi"* olarak tanımlanmaktadır. M. Fatih Uşan, "Eski İşçinin Sır Saklama Borcu (Karşılaştırmalı Bir İnceleme)", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2006, Y. 1, S. 1, s. 53-54.

[7] Hikmet Koyuncuoğlu, "Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Düzenlemeleri", ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi***, 2014, S. 111, s. 448; M. Tarık Güleryüz, "İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında

Rekabet yasağı sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran, isimli ve rızai bir sözleşmedir. Rekabet yasağı sözleşmesi işçi ve işverenin iradesine göre tam iki tarafa veya eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğine sahip olabilmektedir. Aynı zamanda rekabet yasağı sözleşmesi tarafların iradelerine göre ivazlı veya ivazsız da olabilir. Bu durum kanun koyucunun sözleşme serbestisi prensibine uygun olarak bu hususları tarafların iradelerine bırakmasından kaynaklanmaktadır.[8]

Rekabet yasağı sözleşmesinin akdedilmesiyle birlikte işçi işverenine karşı öğrenmiş olduğu üretim sırlarını, müşteri çevresini ve iş bilgilerini kullanarak rakip bir teşebbüs açmaktan, rakip bir işverenin yanında işe girmekten ve rakip işverenlerle menfaat ilişkisi içerisinde olmaktan çekinmeyi asli edim borcu olarak üstlenmektedir. Rekabet yasağı sözleşmesinin kurulabilmesi için işverenin de asli edim borcu altına girmesi zorunluluğu yoktur. Ancak taraflar rekabet yasağı sözleşmesi ile bu durumun aksini kararlaştırabileceklerdir.[9]

II. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMESİNİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Anayasa m.48 uyarınca herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğüne sahiptir. Hizmet sözleşmesinin tarafları olan işçi ve işverenin de Anayasanın bu hükmü gereği çalışma ve sözleşme özgürlüğü bulunmaktadır. Rekabet yasağı sözleşmesi ise işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü sınırlandırmakla işçi aleyhine bir durum oluşturmaktadır. Çünkü işçi rekabet yasağı sözleşmesiyle belirli bir coğrafyada, belirli bir zaman diliminde veya belirli bir faaliyet kolunda işverene rakip olarak çalışmaktan, işverenle aynı işi yapan teşebbüs kurmaktan ve rakip işverenlerle menfaat ilişkisi içerisine girmekten çekinmeyi taahhüt ederek çalışma ve sözleşme özgürlüğünden feragat etmektedir. Rekabet yasağı sözleşmesinin bu denli temel hak ve özgürlüklere müdahaleci yapısını öngören kanun koyucu, TBK m.444 ile rekabet yasağı sözleşmesinin taşıması gereken asgari geçerlilik şartlarını belirlemiştir.[10]

Rekabet Sözleşmesi", ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi,*** 2015, S. 118, s. 316; M. Polat SOYER, ***Rekabet Yasağı Sözleşmesi***, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1994, s. 9.

8 Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 7; Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 774.

9 Kortaş, Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 81; Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 117.

10 Sarper Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", ***İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası***, 2014, C. 72, S. 2, s. 457; Dursun, "İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İşçinin İş Görme ve Rekabet Etmeme Borcu s. 2433; Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 580; Güleryüz, "İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Sözleşmesi", s. 317.

Sözleşmeler hukukuna hakim olan TBK m.27/1'deki *"Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür."* hükmü rekabet yasağı sözleşmesi için de geçerli olacak ve buna aykırı olarak rekabet yasağı sözleşmesi yapılamayacaktır. TBK'nın 444. ve 27. maddelerine aykırı olarak yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri geçersiz olacaktır.[11]

Rekabet yasağı sözleşmesinin temel hak ve özgürlüklere müdahaleci yapısı göz önüne alındığında TBK m.444-447 ve akdedilen rekabet yasağı sözleşmesi dar ve işçi lehine yorumlanmalıdır.[12]

TBK m.444'ün öngördüğü geçerlilik koşulları işçinin fiil ehliyetine sahip olması, rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı olarak yapılması, işverenin korunmaya değer haklı bir menfaatinin bulunması ve işçinin ekonomik geleceğinin rekabet yasağı sözleşmesiyle tehlikeye düşürülmemesidir.

A. İşçinin Fiil Ehliyetine Sahip Olması

Türk hukukunda gerçek kişilerin ehliyet durumu tam ehliyetliler, tam ehliyetsizler, sınırlı ehliyetliler ve sınırlı ehliyetsizler olmak üzere dört gruba ayrılmıştır. TBK m.444/1 gereği, rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için sözleşme tarafı işçinin fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Dolayısıyla işçinin TMK m.10 uyarınca ayırt etme gücünün bulunması, ergin olması ve kısıtlı olmaması gerekmektedir. Bu üç şartı taşıyan her işçi fiil ehliyetine sahip kabul edilir ve hiçbir onay veya görüşe ihtiyaç olmadan rekabet yasağı sözleşmesini yapabilir. TBK m.444'ün emredici bir hüküm olması nedeniyle işçi rekabet yasağı sözleşmesini tam ehliyetli olmadan yaparak sonradan tam ehliyetli hale gelse dahi rekabet yasağı sözleşmesi geçerli bir sözleşme olarak hüküm ve sonuç doğurmayacaktır.[13] BK m.348'de de işçinin geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmesi için reşit olma şartı aranmaktaydı.[14]

---

[11] Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 118; Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 580; Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 458.

[12] Dursun, "İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İşçinin İş Görme ve Rekabet Etmeme Borcu s. 2433; Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 457.

[13] M. Fatih Uşan, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşıması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2011, Y. 6, S. 21, s. 122; Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 581; Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 462.

[14] Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 778; Güleryüz, "İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Sözleşmesi", s. 329; Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 44.

Kişiler bazı durumlarda evlilikle ya da mahkeme kararı ile ergin hale gelerek tam fiil ehliyetine sahip olabilirler. Bu kişilerin rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmelerinin önünde herhangi bir engel yoktur.[15] Ancak işçinin işvereni ile rekabet edebilme potansiyeline sahip olabilmesi için belirli bir tecrübe, bilgi birikimi, olgunluk ve eğitim seviyesinde bulunması gerekeceğinden bu durum ile günlük hayatta pek karşılaşılmamaktadır.[16]

B. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Yazılı Olarak Yapılması

Rekabet yasağı sözleşmesi için TBK m.444/1'de aranılan bir diğer geçerlilik şartı sözleşmenin yazılı olarak yapılmasıdır. Sözleşmenin şekil bakımından geçerli olabilmesi için adi yazılı şekilde yapılmış olması yeterlidir.[17] Rekabet yasağı sözleşmesinde, işçi veya işverenin imzasının da sözleşmede bulunması zorunludur. Sözleşme ile borç yüklenen tarafın sözleşmede imzasının olmaması durumunda rekabet yasağı sözleşmesi geçersiz olacaktır.[18]

Kanun koyucunun yazılı şekli geçerlilik şartı olarak ihdas etmesinin amacı ise rekabet yasağı sözleşmesinin işçi tarafından okunmasını ve böylece onu

---

[15] Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 118: Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 580.

[16] Güleryüz, "İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Sözleşmesi", s. 329; Dursun, "İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İşçinin İş Görme ve Rekabet Etmeme Borcu s. 2422.

[17] Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 581; Güleryüz, "İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Sözleşmesi", s. 319; Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 42.

[18] Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 777; Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında *"Somut olayda dosyada mevcut tarihsiz matbu düzenlenmiş sadece davacı imzasını ve okuyup anladığını belirttiği sözleşme incelendiğinde; cezai şart olarak bir miktarın belirtilmediği, bu alanın boş bırakıldığı; sözleşmenin sonunda imza tarihi ve sonrasında işçiye yazılı olarak bildirilecek iş yönetmeliği, personel yönetmeliği ve benzeri belgelerin bu iş sözleşmesinin ayrılmaz bir parçası olduğu görülmektedir. Yönetmelikte davalının imzası bulunmamaktadır. İş sözleşmesinin 03.12.2003 tarihli olduğu davalıya gönderilen ihtarnamede belirtilmiştir, ancak sözleşme eki yönetmeliği tebliğ aldığına ilişkin davalı imzasını taşıyan evrakın sağ üst köşesinde 03.11.2004 tarihi yazılıdır, bu evrak matbudur. Tüm bu bilgiler ışığında davalının cezai şarta ilişkin düzenlemeleri içeren ve sözleşmenin imzalanmasından on bir ay sonra davalıya tebliğ edildiği anlaşılan yönetmeliği özgür iradesiyle okuyup değerlendirerek imzalama imkanının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Yukarıdaki değerlendirmeler kapsamında tüm dosya incelendiğinde rekabet yasağına ilişkin düzenlemelerin yazılı şekil şartına aykırılığı sebebiyle geçersiz olduğu değerlendirilmeksizin karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmektedir."* diyerek borç altına giren kimsenin imzasının bulunmasını rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik şartı saymıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 28.03.2013 tarihli ve E.2010/25792, K.2013/10539 sayılı kararı, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html, (28.10.2022).

düşünmeye yönelterek bilinçli bir şekilde imzalamasını sağlamaktır. Bu sayede işveren karşısında zayıf konumda bulunan işçi korunmuş olacaktır.[19]

C. İşverenin Korunmaya Değer Haklı Bir Menfaatinin Olması

Rekabet yasağı sözleşmesine ilişkin olarak bir diğer geçerlilik şartı işverenin korunmaya değer haklı bir menfaatinin bulunmasıdır. Bu durum TBK m.444/2'de *"Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkanı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir."* denilerek ifade edilmiştir. TBK'daki bu düzenleme BK m.348'deki *"Rekabet memnuiyetine dair olan şart, ancak işçinin müşterilerini tanımasından ve esrara nüfuzundan istifade ederek iş sahibine hissolunacak derecede bir zarar husulüne sebebiyet verebilecek ise, caizdir."* ifadesi ile benzerlik göstermektedir.[20]

İşverenin korunmaya değer menfaati ancak işçinin müşteri çevresi, üretim sırları ve işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânının ona önemli bir zarar verme potansiyeline sahip olması halinde vardır. Kanunun burada aradığı şartının birlikte sağlanması gerekmektedir.[21] Başka bir deyişle, işçinin yaptığı iş müşteri çevresi, üretim sırları ve işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânını sağlıyor ancak önemli ölçüde zarar verme potansiyeli barındırmıyorsa rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğinden bahsedilemeyecektir. Aynı şekilde işçinin işverene önemli ölçüde zarar verme potansiyeli bulunsa ve bu potansiyel işçinin yaptığı iş, müşteri çevresi, üretim sırları ve işverenin yaptığı işler hakkındaki bilgisinden kaynaklanmasa bu durumda da geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesinin varlığından söz edilemez.[22]

---

[19] Gülsevil Alpagut, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", ***Legal İHSGHD***, 2011, S. 31, s. 945-946; Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 581; Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 777.

[20] Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 119; Alpagut, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", s. 946.

[21] Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 778; Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 119.

[22] Güleryüz, "İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Sözleşmesi", s. 334-335; Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 458.

Geçerlilik şartları her işçi ve her somut olay bakımından ayrı ayrı irdelenmelidir. İşçinin gördüğü hizmetin mahiyetine göre müşteri çevresi, üretim sırları ve işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânını sunması gerekir.[23] Aksi takdirde vasıfsız işçi olarak da tabir edilen işçiler için rekabet yasağı sözleşmesi geçerli bir biçimde kurulamayacaktır.[24]

1. Üretim Sırları, İşverenin İşleri veya Müşteri Çevresi Hakkında Bilgi Edinme Olanağı

Rekabet yasağı sözleşmesi ancak işçinin üretim sırları, işverenin işleri veya müşteri çevresi hakkında bilgi edinme potansiyeline sahip olduğu takdirde geçerli bir sözleşme olarak hüküm ve sonuç doğurabilmektedir. Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerlilik kazanabilmesi için işçinin bu bilgileri objektif olarak öğrenebildiği bir ortam ve konumunun olması gerekir. İşçinin bu bilgileri fiilen öğrenmiş veya öğrenmemiş olması rekabet yasağı sözleşmesinin geçerliliğine etki etmez.[25]

Doktrinde üretim sırları kavramı; işletmeyle ilgili, sınırlı bir çevre tarafından bilinen, başkaları tarafından kolaylıkla öğrenilemeyecek, saklı kalmasında işverenin haklı bir menfaatinin bulunduğu olgular olarak tanımlanmaktadır.[26] Herkesçe bilinen veya kolaylıkla öğrenilebilen bilgiler üretim sırrı niteliğini taşımayıp rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamına girmez.[27] Dolayısıyla üretim sırrı niteliği taşımayan bilgilerin rekabet yasağı sözleşmesine konu yapılması bu sözleşmeyi geçersiz hale getirecektir.[28]

---

[23] Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 582; Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 119-120; Dursun, "İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İşçinin İş Görme ve Rekabet Etmeme Borcu s. 2434; Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 53.

[24] Alpagut, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", s. 949; Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 459.

[25] Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 119; Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 775.

[26] Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 459; Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 780.

[27] Alpagut, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", s. 948; Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 582; Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 52.

[28] Güleryüz, "İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Sözleşmesi", s. 334-335; Dursun, "İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İşçinin İş Görme ve Rekabet Etmeme Borcu s. 2434-2435.

İşverenin korunmaya değer haklı bir menfaatinin bulunduğundan bahsedilebilmesi için gerekli diğer bir durum da işçinin işle ve müşteri çevresi ile ilgili bilgi sahibi olabilme potansiyeline sahip olmasıdır. Dolayısıyla müşteri çevresi ile ilgili bilgi imkânı vermeyen işler rekabet yasağı sözleşmesinin konusunu oluşturamayacaktır.[29]

Rekabet yasağı sözleşmesine konu oluşturabilecek bir müşteri çevresinden bahsedilebilmesi için müşterilerle olan alışveriş ilişkisinin az çok süreklilik kazanması gerekir. Bir defaya mahsus alışverişler TBK'da ifade edilen müşteri çevresi kapsamına dâhil değildir. Ayrıca, işçinin edindiği müşteri çevresini yapmış olduğu iş kazandırmalıdır. İşçinin kendi kişisel çaba, gayret ve yeteneği ile oluşturduğu müşteri çevresi de rekabet yasağı sözleşmesinin konusunu oluşturamaz.[30]

2. İşverenin Önemli Bir Zarara Uğrama İhtimali

Kanun koyucu işverenin haklı bir menfaatinin varlığını önemli bir zarar tehlikesinin mevcudiyetine bağlamıştır. Bu sebeple işçinin üretim sırlarına iş ve müşteri çevresine ilişkin bilgi sahibi olması işveren açısından önemli bir zarar tehlikesi oluşturmuyorsa işverenin korunmaya değer haklı bir menfaatinin olduğundan da bahsedilemeyecek ve buna bağlı olarak rekabet yasağı sözleşmesi geçersiz olacaktır.[31] Burada dikkat edilmesi gereken husus; her türlü zarar tehlikesinin değil, önemli zarar tehlikesinin işverenin korunmaya değer menfaatinin bulunduğunu gösterecek olmasıdır. Dolayısıyla işçinin yaptığı rekabet işverenin işlerinde düşü-

---

[29] Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 780; Yargıtay da bir kararında *"Türk Borçlar Kanunu m.444'de yer alan düzenlemede işçinin sahip olduğu ve rakip işletmelerde kullanılması işverene zarar verecek bilgilerin müşteri çevresi, üretim sırları veya işverenin yaptığı işler hakkında olabileceği öngörülmüştür. Müşteri çevresine ilişkin bilgiler genel olarak, müşterilerin ad ve soyadları, meslekleri adres ve telefon numaraları, yaptıkları alışverişin cins ve miktarları gibi bilgilerden oluşmaktadır. İşçinin işverenin müşteri çevresine ait bilgileri haiz olması halinde rekabet yasağı sözleşmesi yapılmasını haklı gösteren neden, işçinin müşteri çevresi ile kişisel ilişki kurması, onların kişisel özelliklerini, istek ve ihtiyaçlarını bilmesi ve bu bilgileri rakip bir işletme içinde kendi lehine ekonomik bir değer olarak kullanma ihtimali bulunması, bu bağlamda eski işverenin müşteri çevresinde azalmaya neden olacak olmasıdır."* diyerek bu hususa vurgu yapmıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 02.06.2015 tarihli ve E.2015/10059, K.2015/20045 sayılı kararı, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html, (28.10.2022).

[30] İbrahim Akdoğan, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı", ***Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi***, 2020, C. 8, S. 3, s.767; Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 581-582; Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 778; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 25.

[31] Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 119-120; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 28; Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 58.

şe sebep oluyorsa veya mevcut siparişler iptal ediliyorsa önemli bir zararın mevcudiyetinden söz edilebilecektir.[32] Her somut olayın özellikleri kendi içinde değerlendirilerek önemli bir zarar doğurma ihtimali ayrı ayrı tespit edilmelidir.[33]

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurabilmesi için zararın meydana gelmiş olması şart değildir. Önemli bir zararın meydana gelme ihtimalinin olması sözleşmenin geçerliliği için yeterli olmaktadır.[34] İşverenin önemli zarara uğrama ihtimali şartı oldukça dar yorumlanarak tespit edilmelidir. Zira bu şart işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü doğrudan etkileyen bir nitelik taşımaktadır.[35]

D. İşçinin Ekonomik Geleceğinin Tehlikeye Düşürülmemesi

Geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesinin varlığından bahsedilebilmesi için rekabet yasağı sözleşmesinin işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmemesi gerekmektedir. Daha önce ifade edildiği üzere, rekabet yasağı sözleşmesi işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğüne başka deyişle ekonomik özgürlüğüne doğrudan müdahale ettiği için kanun koyucu tarafından bu tarz sınırlandırılmalara gidilmiş ve zayıf konumda bulunan işçinin korunması amaçlanmıştır.[36]

TBK m.445/1'deki *"Rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremez ve süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz."* şeklindeki emredici düzenleme ile işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşüren rekabet yasağı sözleşmeleri geçersiz sayılmıştır.[37]

---

[32] Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 460; Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 781-782.

[33] Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 781-782. Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 232.

[34] Dursun, "İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İşçinin İş Görme ve Rekabet Etmeme Borcu s. 2435; Güleryüz, "İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Sözleşmesi", s. 334.

[35] Alpagut, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", s. 949-950; Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 120.

[36] Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 460; Güleryüz, "İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Sözleşmesi", s. 326; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 83.

[37] Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 583; Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 120; Güleryüz, "İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Sözleşmesi", s. 335.

BK m.349'da da rekabet yasağı sözleşmesiyle işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşürülmemesi bir geçerlilik şartı olarak düzenlenmişti.[38]

Kanun koyucunun bu istikrarlı işçiyi koruma iradesi zayıf konumda bulunan işçinin sınırsız, koşulsuz ve denetlenemez rekabet yasağı sözleşmeleriyle hayatlarını idame ettiremeyecek kadar sınırlandırılmasının önüne geçmektedir. Çünkü herhangi bir sınır içermeyen rekabet yasağı sözleşmeleriyle işçi, iş ile ilgili edindiği tecrübe ve bilgisini kullanmadan yeni bir iş başka deyişle yeni bir acemilik sürecine sürüklenmekte bu durum ise işçinin istihdam edilmesinde tercih edilmemesine sebep olmaktadır.[39]

Rekabet yasağı sözleşmesinin yer, zaman ve iş türü açısından sınırlarının açık ve belirli olması gerekir. Aksi takdirde açık ve belirli olmayan rekabet yasağı sözleşmeleri işçinin korunması ilkesi doğrultusunda işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürdüğü gerekçesiyle geçersiz olacaktır.[40]

1. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Süre Bakımından Sınırlandırılması

TBK m.445/1 uyarınca rekabet yasağı sözleşmesinin süresi, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamaz. Kanun koyucu BK'da böyle bir süre sınırlamasına yer vermemişti.[41] Ancak her iki kanunun da mehaz kanunu olan İsviçre Borçlar Kanunu rekabet yasağı sözleşmesinin süre sınırlamasını üç yıl ile takyit etmişti.[42]

TBK m.445/1'de belirtilen süre sınırı hizmet sözleşmesinin sona erdiği tarihte işlemeye başlayacaktır. Ayrıca kanunun lafzından özel durum ve koşullarda rekabet yasağı sözleşmesinin süresinin iki yılı aşabileceği anlaşılmaktadır.[43]

---

38 A. Eda Manav, "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları", ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi***, 2010, S. 87, s. 344; Akdoğan, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı", s. 765.

39 Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 783; Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 460.

40 Alpagut, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", s. 950-951; Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 460; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 36.

41 Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 121; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 35.

42 Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 460; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 35-36.

43 Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 583; Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 784; Alpagut, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", s. 951.

Burada ispat yükü işverene ait olup yapacak olup böyle bir duruma sebebiyet verebilecek işçinin ise nitelikli, donanımlı, iş sırlarına vakıf ve uzman olması gerektiği kabul edilmektedir.[44]

2. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Yer Bakımından Sınırlandırılması

Rekabet yasağı sözleşmesinin işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmemesi için TBK m.445'in getirdiği bir diğer sınırlama yer bakımındandır. Buradan hareketle rekabet sözleşmesinin yer bakımından sınırlandırılmaması veya sınırsız yapılması rekabet yasağı sözleşmesini geçersiz kılacaktır.[45]

TBK m.445'de geçen yer sınırlamasından şehir, coğrafi bölge veya işverenin iş organizasyonunu yürüttüğü bölge anlaşılmaktadır.[46]

3. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Konu Bakımından Sınırlandırılması

TBK m.445 ile gelen bir başka sınırlama hali rekabet yasağının konu bakımından sınırlandırılmasıdır.[47] Dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmesinde işçinin yapmaktan kaçınacağı iş ve faaliyet türünün gösterilmesi gerekir[48]. Aksi takdirde rekabet yasağı sözleşmesi geçersizlik yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır.[49]

İşçiye işverenin faaliyet gösterdiği iş kollarının tümüne ilişkin olarak getirilen rekabet yasağı sözleşmeleri de geçersiz sayılacaktır.[50] Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için sözleşmenin işçinin faaliyet gösterdiği iş konusu ile sınırlı olarak yapılması gerekir.[51] Ancak belirtmekte fayda vardır ki işçinin faaliyet göster-

---

44 Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 784; Dursun, "İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İşçinin İş Görme ve Rekabet Etmeme Borcu s. 2421.

45 Uşan, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşıması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", s. 123; Akdoğan, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı", s. 768; Manav, "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları", s. 347.

46 Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 461.

47 Haluk Köseoğlu, "Hizmet Akdinde İşçinin Rekabet Memnuiyeti", ***Ankara Barosu Dergisi***, 1968, S. 6, s. 983; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 35.

48 Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 786; Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 121.

49 Alpagut, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", s. 950-951; Akdoğan, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı", s. 765.

50 Hakan Keser, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Rekabet Yasağı", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2011, Y. 6, S. 24, s. 96; Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 782-783.

51 Savaş Taşkent - Mahmut Kabakçı, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", ***Sicil İş Hukuku Dergisi,*** 2009, Y. 4, S. 16, s. 31; Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 587-588.

diği konu diğer faaliyet kollarına ilişkin olarak işverenin üretim sırlarına, iş ve müşteri çevresine ilişkin bilgilere vakıfiyet sağlıyorsa diğer iş kollarına ve faaliyet türlerine ilişkin yapılan rekabet yasağı sözleşmesi geçerli olacaktır.[52]

Rekabet yasağı sözleşmesinin sınırlayacağı konu kapsamı hizmet sözleşmesinin sona ereceği tarihe göre belirlenecektir.[53]

III. REKABET YASAĞINA SÖZLEŞMESİNE HAKİMİN MÜDAHALESİ

TBK m.444-445 uyarınca rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için işçinin fiil ehliyetine sahip olması, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ve işçinin üretim sırlarını bilmesi ile birlikte iş ve müşteri çevresi ile ilgili bilgi sahibi olması sebebiyle işverenin korunmaya değer haklı bir menfaatinin bulunması ve rekabet yasağı sözleşmesinin işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmemesi gerekmektedir.[54] Bu şartları taşımayan rekabet yasağı sözleşmesi geçersiz olacaktır.[55]

İşçinin rekabet yasağı sözleşmesi ile ekonomik geleceğinin tehlikeye düşmemesi için rekabet yasağı sözleşmesinin yer, zaman ve konu itibarıyla sınırlandırılmış ve kayıtlanmış olması gerekir.[56]

Kanun koyucu TBK m.445/2'de *"Hakim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, bütün durum ve koşulları serbestçe değerlendirmek ve işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde tutmak suretiyle, kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilir."* diyerek hakime belirli şartların gerçekleşmesi halinde rekabet yasağı sözleşmesine müdahale etme yetkisi vermiştir.[57]

---

[52] Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 121; Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 461.

[53] Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 786; Manav, "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları", s. 332.

[54] Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 587; Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 121.

[55] Akdoğan, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı", s. 768; Manav, "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları", s. 335.

[56] Güleryüz, "İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Sözleşmesi", s. 335; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 34.

[57] Alpagut, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", s. 951; Keser, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Rekabet Yasağı", s. 94.

BK'nın aksine olarak hakim gerekli gördüğü takdirde TBK m.445/2 uyarınca rekabet yasağı sözleşmesine müdahale edebilecektir.[58]

Hakimin rekabet yasağı sözleşmesine müdahale yetkisi sınırsız ve serbest değildir. Hakim emredici olan hususlara ilişkin müdahalede bulunamaz. Örneğin; işçinin fiil ehliyetine sahip olmadığı veya yazılı olarak yapılmayan rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olacağına hükmedemez.[59] Hakim ancak rekabet yasağı sözleşmesini kapsam ve süre bakımından sınırlayabilir.[60] Örneğin; rekabet yasağı sözleşmesinin süresini 2 yıldan 6 aya indirebilecek ya da işçinin yasaklandığı faaliyet alanını daraltabilecektir.[61]

Rekabet yasağı sözleşmesine hakimin müdahalesi ile ilgili olarak önemli olan bir diğer husus da hakimin müdahale esnasında işverenin üstlenmiş olabileceği karşı edimi de hakkaniyete uygun biçimde göz önünde bulundurmasıdır.[62] Daha önce ifade edildiği üzere, rekabet yasağı sözleşmesi taraf iradeleri uyarınca tam iki tarafa borç yükleyen veya eksik iki tarafa borç yükleyen ya da ivazlı veya ivazsız sözleşme şeklinde kurulabilmektedir.[63]

Rekabet yasağı sözleşmesinin taraf iradelerine göre hukuki nitelik kazanmasının sebebi sözleşme serbestisi ilkesidir. Sözleşme serbestisi ilkesi rekabet yasağı sözleşmesinde oldukça geniş bir uygulama alanına sahiptir. Tarafların ivazlı olarak yaptıkları ve işvereni de borç altına sokarak tam iki tarafa borç yükleyen bir rekabet yasağı sözleşmesinin hakimin müdahalesine konu olması halinde hakim, bu karşı edimin özelliklerini göz önünde bulundurarak rekabet yasağı sözleşmesini kapsam ve süre bakımından sınırlandırabilecektir.[64]

---

58 Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 121; Taşkent - Kabakçı, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 33.

59 Manav, "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları", s. 354; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 48.

60 Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 787; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 49.

61 Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 462; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 50.

62 Keser, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Rekabet Yasağı", s. 96; Taşkent - Kabakçı, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 33.

63 Güleryüz, "İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Sözleşmesi", s. 340; Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 787.

64 Taşkent - Kabakçı, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 33; Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 787.

Rekabet yasağı sözleşmesinin hakim müdahalesine konu olabilmesi için aşırı bir nitelikte olması gerekir. Hangi durumların varlığı halinde rekabet yasağı sözleşmesinin aşırı nitelikte olduğu ya da olmadığı şeklinde önceden bir belirleme yapmak oldukça güçtür. Her somut olayın kendine has özellikleri göz önünde bulundurularak rekabet yasağı sözleşmesinin aşırı ya da aşırı nitelikte olmadığı değerlendirilmelidir.[65]

IV. REKABET YASAĞI İHLALİNİN SONUÇLARI

Hizmet sözleşmesinde rekabet etmeme borcu hem hizmet sözleşmesinin devamı süresince hem de hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra varolan bir borçtur.[66]

Hizmet sözleşmesi devam ederken işçinin rekabet etmeme borcu sadakat borcu kapsamında kalan bir borçtur.[67] Kanun koyucu bu hususu TBK m.396/3'deki *"İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girişemez."* ifadesi ile işçinin hizmet sözleşmesi devam ederken sadakat borcuna aykırı olarak işvereni ile rekabette bulunamayacağını ve başka işverenlere karşı hizmet göremeyeceğini hükme bağlamıştır.[68]

İşçi, hizmet sözleşmesi devam ederken doğruluk ve bağlılığa aykırı olacak şekilde ya başka işverenlerle menfaat ilişkisi içine girerek ya da rakip işverenlere işyerinde öğrendiği üretim, iş ve müşteri çevresine ilişkin bilgileri sızdırarak veya bizzat kendisi rakip bir teşebbüs işletmek suretiyle sadakat borcuna aykırı davranarak rekabet yasağını ihlal ederse bu durum TBK m.435 uyarınca haklı fesih sebebi sayılacak ve işverenin hizmet sözleşmesini derhal feshetmesine sebep olacaktır.[69] Hizmet sözleşmesi devam ederken rekabet yasağının ihlal

---

65 Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 589; Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 462.

66 Aydın Zevkliler - K. Emre Gökyayla, ***Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri***, 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 479; Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 462.

67 Turhan Esener, ***İş Hukuku***, Ankara, 1978, s. 157; Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 462; Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 770.

68 Mustafa Alper Gümüş, ***6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler***, C. 1, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 545; Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 794.

69 Kudret Ertaş, ***Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu,*** Şafak Matbaası, Ankara, 1982, s. 68-69; Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 466.

edilmesinin bir diğer sonucu ise işçinin TBK m.437 uyarınca sebep olduğu tüm zararları tamamen gidermesidir.[70]

Hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra rekabet yasağı sözleşmesiyle kararlaştırılan rekabet yasağının ihlalinin sonuçları ise TBK m.446'da *"(1) Rekabet yasağına aykırı davranan işçi, bunun sonucu olarak işverenin uğradığı bütün zararları gidermekle yükümlüdür. (2) Yasağa aykırı davranış bir ceza koşuluna bağlanmışsa ve sözleşmede aksine bir hüküm de yoksa işçi öngörülen miktarı ödeyerek rekabet yasağına ilişkin borcundan kurtulabilir; ancak, işçi bu miktarı aşan zararı gidermek zorundadır. (3) İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir."* denilmek suretiyle belirtilmiştir.[71] Hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra rekabet yasağı sözleşmesiyle kararlaştırılan rekabet yasağının ihlal edilmesinin başlıca üç sonucu vardır: Bu sonuçlar işverenin zararının tazmini, işçinin cezai şart ödemesi ve rekabet yasağı ihlalinin sona erdirilmesinin istenmesidir.[72]

A. İşverenin Zararının Tazmini

Rekabet yasağının ihlal edilmesiyle ortaya çıkan ilk sonuç TBK m.446 gereği, işçinin rekabet yasağını ihlal etmesi sebebiyle işverenin uğradığı tüm zararları gidermesidir.[73] Buna göre işçi TBK m.112 uyarınca rekabet yasağını ihlal etmesinde kusuru bulunmadığını ispat edemedikçe işverenin uğradığı tüm zararları gidermekten kurtulamayacaktır.[74] İşçinin TBK m.446'daki zarardan doğan

---

[70] Sabahattin Yürekli, ***Türk Borçlar Kanuna Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi,*** 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 304-305; Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 462; Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 788.

[71] Fikret Eren, ***Borçlar Hukuku Özel Hükümler***, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 569; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 52.

[72] Herman Becker, ***İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, çev. A. Suat Dura***, Yargıtay Yayınları, No: 24, Ankara, 1993, s. 576-577; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 52; Keser, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Rekabet Yasağı", s. 97.

[73] Alpagut, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", s. 951. Keser, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Rekabet Yasağı", s.98; Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 77.

[74] Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 788; Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 122; Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 78.

sorumluluğu esas olarak sözleşmeye dayanan kusur sorumluluğudur. İşçinin bu sorumluluğunun kusur sorumluluğu olmasının en önemli sonucu ise işçinin rekabet yasağı sözleşmesini ihlal edecek bir eylemi bulunmalı, bu eylem neticesinde işveren zarara uğramış olmalı, bu zarar kusuru sonucu oluşmalı ve işçinin kusurlu ihlali ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmasıdır.[75] Ancak bu şartlar birlikte gerçekleştiği durumda işçinin sorumluluğuna gidilebilecektir. Bu şartların varlığının ispat yükü işverene aittir.

İşverenin rekabet yasağının ihlali ile işçiden talep edebileceği zararı müspet zarardır. İşverenin müspet zararı, mevcut durum ile rekabet yasağı sözleşmesi ihlali olmasaydı meydana gelecek durum arasındaki farktır.[76] Bir başka anlatımla, işveren rekabet yasağı sözleşmesinin ihlal edilmesiyle uğradığı fiili zararı ve beklenen kazanç kaybından kaynaklanan zararı isteyebilecektir.[77]

İşçinin rekabet yasağı sözleşmesine aykırı davranması yanında yeni çalıştığı işyerindeki işvereni bakımından TTK m.54-63 uyarınca haksız rekabet teşkil ediyorsa yeni işveren de işçiyle birlikte önceki işverene karşı müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır.[78]

B. İşçinin Cezai Şart Ödemesi

Rekabet yasağı sözleşmesinin ihlal edilmesinin bir başka sonucu işçinin cezai şart ödemeye mahkûm edilmesidir. Taraflar çoğu zaman rekabet yasağı sözleşmesi yaparken ihlal halinde sözleşmeye işçinin cezai şart ödemesi ile ilgili hüküm koyarlar.[79] İşçinin cezai şart ödemesinin kararlaştırılması işçiyi sözleşmeye uymaya zorlarken işvereni de ihlal halinde birçok ispat külfetinden kurta-

---

[75] Keser, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Rekabet Yasağı", s. 98; Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 788; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 52.

[76] Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 462; Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 121-122.

[77] Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 591; Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 122; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 52.

[78] Taşkent - Kabakçı, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 38; Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 597.

[79] Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 122; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s.55; Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 80.

rarak sözleşmede kararlaştırılan cezai şart ödemesine kavuşturur.[80] TBK m.180 gereği, işveren hiçbir zarara uğramamış olsa dahi kararlaştırılan cezai şartın işverene ödenmesi gerekir.[81] Burada işçi aleyhine oluşabilecek durumlara karşı da TBK m.182/3'te *"Hakim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir."* denilerek işçi korunmaya çalışılmıştır.[82]

TBK m.446 işçiye rekabet yasağı sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa sözleşmede kararlaştırılan cezai şartı ödeyerek rekabet etmeme borcundan kurtulma imkanı sunmuştur. Ancak işçinin rekabet yasağından kurtulabilmesi için bu durumun aksinin rekabet yasağı sözleşmesinde kararlaştırılmamış olması gerekir. Aksi takdirde işçi cezai şartı ödese dahi rekabet yasağı sözleşmesi süresi boyunca rekabet etmeme borcundan kurtulamaz ve sözleşme ile bağlı olmaya devam eder.[83]

İşçinin TBK m.446 uyarınca cezai şartı ödeyerek rekabet yasağından kurtulabilmesi için işverenin cezai şartı aşan zararının da karşılanması gerekir. Ancak bu

---

80 Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 463; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 56-57; Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 80.

81 Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında *"Davalı işçinin Türk Borçlar Kanunu'nun 446.maddesi uyarınca düzenlenmiş cezai şart olarak son brüt maaşının sekiz katı ücreti ve çalıştığı her yıl için bir brüt maaş miktarı olarak ödemeyi kabul ettiği, buna ek olarak Türk Borçlar Kanununun 446. maddesi uyarınca düzenlenmiş olan cezai şartı 110.000 USD ödemeyi kabul ve taahhüt ettiği görülmektedir. Taraflar arasında Türk Borçlar Kanunu 444. ve devamı maddelerine uygun rekabet yasağı sözleşmesi yapıldığı anlaşılmaktadır. Davacı işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden bir gün sonra aynı il sınırlarında aynı alanda iştigal eden rakip işyerinde işe başladığı, rekabet yasağına aykırı davrandığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar İlk Derece Mahkemesince takibe konu senet bedelinin taraflar arasında iş sözleşmesi dışında yapılmış bir sözleşme bulunduğunun ispat edilemediği, davalının zarara uğradığı iddiası bakımından zarara ilişkin somut bir delil bulunmadığı ve ispatlanamadığı gerekçesi ile davacının borçlu olmadığının tespiti ile icra takibinin iptaline karar verilmiş ise de; Türk Borçlar Kanunun 180. maddesi uyarınca cezai şart alacaklısını zarar bakımından ispat yükünden kurtarır. Hal böyle olunca davacının iş sözleşmesindeki rekabet yasağı maddesine aykırı davrandığı ve bu madde uyarınca cezai şart miktarı olarak düzenlenen senet uyarınca borçlu olduğu, ancak Türk Borçlar Kanunu 182/son hükmünü de göz önünde bulundurmak suretiyle değerlendirme yapılması gerekmekte olup İlk Derece Mahkemesince yazılı gerekçe ile davacının borçlu olmadığının tespitine ve icra takibinin iptaline karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir."* diyerek cezai şartın kararlaştırılmış olmasının yeterli olacağını ayrıca bir zararın meydana gelmiş olmasının gerekmediğini hüküm altına almıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 30.11.2021 tarihli ve E.2021/10134, K.2021/15960 sayılı kararı, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html, (02.11.2022).

82 Taşkent - Kabakçı, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 39; Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 597; Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 80.

83 Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 789; Dursun, "İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İşçinin İş Görme ve Rekabet Etmeme Borcu", s. 2439.

durumda işçi rekabet etmeme borcundan kurtulur.[84] Burada işçinin cezai şartı aşan zarardan sorumlu olabilmesi için işverenin bu zararı ispat etmesi gerekir. Ayrıca, işçinin bu zarara ilişkin sorumluluğuna gidilebilmesi için kusurlu olması gerekir.[85]

C. Rekabet Yasağı İhlalinin Sona Erdirilmesi

TBK m.446/3'te *"İşveren, ceza koşulu ve doğabilecek ek zararlarının ödenmesi dışında, sözleşmede yazılı olarak açıkça saklı tutması koşuluyla, kendisinin ihlal veya tehdit edilen menfaatlerinin önemi ile işçinin davranışı haklı gösteriyorsa, yasağa aykırı davranışa son verilmesini de isteyebilir."* denilerek rekabet yasağı sözleşmesinin bir diğer sonucu olan işverenin ihlalin sona erdirilmesini isteme hakkı düzenlenmiştir.[86]

İşverenin rekabet yasağı sözleşmesine aykırılık teşkil eden tutum ve davranışlara son verilmesini isteyebilmesi için öncelikle bu kaydın yapılan rekabet yasağı sözleşmesinde açıkça ve yazılı olarak kararlaştırılmış olması gerekir. İşverenin rekabet yasağını ihlal eden eylemlere son verilmesini isteyebilmesi için bu hususun rekabet yasağı sözleşmesinde kararlaştırılmış olması tek başına yeterli olmaz. Ayrıca kendi menfaatlerinin öneminin böyle bir talebin istenilmesini haklı göstermesi gerekir. Ancak bu iki şartın gerçekleşmesiyle birlikte işverenin bu talebi kabul edilebilir bir talep olur.[87] TBK m.446'nın işverene sağlayacağı hak üçüncü kişileri etkilememektedir. Dolayısıyla, işçinin yeni işvereni ile yaptığı hizmet sözleşmesinin feshedilmesine karar verilemeyecektir.[88]

V. REKABET YASAĞININ İHLALİNDEN DOĞAN DAVALARDA GÖREVLİ MAHKEME

İşveren ve işçi arasında yapılan rekabet yasağı sözleşmesi ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda hangi mahkemenin görevli olduğu hususunu açıklarken, hizmet sözleşmesi süresince ve hizmet sözleşmesi sonrası olmak üzere ikili bir ayrıma gitmek yerinde olacaktır.

---

84 Keser, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Rekabet Yasağı", s. 99; Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 591.

85 Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 463-464; Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 591.

86 Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 569; Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 122.

87 Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 790-791; Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 122.

88 Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 465; Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 593.

Hizmet sözleşmesi devam ederken rekabet yasağı sözleşmesinin ihlalinden doğacak uyuşmazlıklarda iş mahkemesi görevlidir.[89] Zira işçinin hizmet sözleşmesi devam ederken rekabet etmeme borcu sadakat borcunun bir uzantısı ve gereğidir. Bu haliyle işçinin hizmet sözleşmesi devam ederken rekabet yasağını ihlal etmesi hizmet sözleşmesinden kaynaklı sadakat borcunu ihlal etmesi anlamını taşımaktadır.[90] İMK m.5 uyarınca hizmet sözleşmesinden kaynaklanan her türlü hukuk uyuşmazlıklarında iş mahkemeleri görevlendirilmiştir. İş mahkemesinin bulunmadığı yerlerde iş mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesi görevli olacaktır.

Hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra rekabet yasağının ihlali durumunda ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklardaki görevli mahkeme ise tartışmalıdır. Bu durumun temelini rekabet yasağının ihlalinden kaynaklanan davalarda görevli mahkemenin hangi mahkeme olacağı yönündeki birden fazla kanun hükmünün bulunması oluşturmaktadır. Çünkü hem TTK m.4 hem de İMK m.5 hizmet sözleşmesinde rekabet yasağına aykırılık sonucunda meydana gelen uyuşmazlıklarda farklı mahkemeleri görevli kılmıştır.[91]

İMK m.5 özel olarak rekabet yasağını düzenlememiş olsa dahi hizmet sözleşmesi hükümlerine atıf yaparak örtülü bir biçimde rekabet yasağına ilişkin uyuşmazlıklarda iş mahkemelerini görevli kılmıştır. Çünkü rekabet yasağına ilişkin hükümler hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerin içinde ele alınmış, başka bir deyişle, hizmet sözleşmesinden bağımsız olarak düzenlenmemiştir. Fakat TTK m.4'te, TBK m.444-447 arasında düzenlenen rekabet yasağından kaynaklanan davalar ticari dava olarak nitelendirilmiş ve asliye ticaret mahkemeleri görevli kılınmıştır.

İMK'nın yürürlük tarihi dikkate alındığında TTK'dan sonra yürürlüğe girdiği ve özel olarak hizmet sözleşmesinden kaynaklanan her türlü hukuki uyuşmaz-

---

89 Sinan Sarıkaya, "Küllerinden Doğan Tartışma: Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Kaynaklı Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin Tespitinde Ne Değişti Ne Değişmedi?", ***İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,*** 2021, C. 12, S. 2, s. 657; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 77.

90 Esra Kaşak, "Hizmet Sözleşmesi Sonrası Rekabet Yasağı Sözleşmelerinden Doğan Davalarda Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk (TTK M.4/1-C, 5/A; İŞMK M.3, 5/1-A Bakımından Bir İnceleme)", ***Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2021, C. 29, S. 4, s. 3167.

91 İbrahim Çağrı Zengin, "Pazarlamacının -ve İşçinin- Taraf Olduğu Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mahkeme - 7036 sayılı (Yeni) İş Mahkemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirme", ***İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,*** 2017, C. 75, S. 2, s. 795; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s.93.

lıkta iş mahkemesini görevli kıldığı için bazı Yargıtay kararlarında rekabet yasağının ihlalinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda iş mahkemesinin görevli olduğu belirtilmiştir.[92] Yargıtay'ın bazı kararlarında ise İMK'da rekabet yasağına ilişkin özel bir hüküm bulunmadığı ve bu haliyle TTK m.4 uyarınca rekabet yasağının ihlalinden kaynaklanan uyuşmazlıkların ticari dava olduğu ve asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğu belirtilmiştir.[93]

Hizmet sözleşmesi ile rekabet yasağı sözleşmesi arasındaki bağlantı, rekabet yasağına ilişkin hükümlerin kanun sistematiği açısından yeri ve hizmet sözleşmesi hükümleri içerisinde ihdas edilmiş olmasıyla bağımsız bir yapısının olmaması, asliye ticaret mahkemesinin görevli olması durumunda işçinin ticari faizle karşı karşıya kalarak ekonomik ve sosyal açıdan büyük tehlikeye düşecek olması göz önüne alınarak hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonraki rekabet yasağı ihlalinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda da iş mahkemesi görevli olmalıdır.[94] İş mahkemelerinin görev alanına konu unsuru bakımından iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden ya da kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlığının dahil olduğu, TTK m.5'teki "aksine hüküm bulunmadıkça" ifadesinden hükmün emredici olmadığı ve bu nedenle İMK m.5'in uygulanmasının mümkün olduğu düşünüldüğünde, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonraki rekabet yasağı sözleşmesinin ihlalinden doğan davalarda iş mahkemesinin görevli olması yerinde olacaktır.

VI. REKABET YASAĞININ SONA ERMESİ

Rekabet yasağı sözleşmesi TBK m.445 uyarınca özel durumların varlığı dışında iki yılı aşacak süre için yapılamayacaktır. Dolayısıyla, rekabet yasağı sözleşmesini sona erdiren sebeplerin başında sözleşme süresinin bitmesi gelmektedir. Sözleşme süresinin dolması sonucu rekabet yasağının sona ermesi hem iradi hem de kanuni bir sebeptir.[95]

---

92 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 01.06.2021 tarihli ve E.2021/3076, K.2021/9789 sayılı kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 7.5.2015 tarihli ve E.2014/4547, K.2015/16861 sayılı kararı, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html, (14.11.2022).

93 Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 14.11.2017 tarihli ve E.2016/15251, K.2017/9303 sayılı kararı; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 07.07.2020 tarihli ve E.2017/46163, K.2020/8959 sayılı kararı, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html, (14.11.2022).

94 Fatih Cemal Karaaytu, "Rekabet Yasağı Sözleşmelerine Görev Sorunu", ***İzmir Barosu Dergisi***, 2022, S. 1, s. 53; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 82.

95 Dursun, "İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İşçinin İş Görme ve Rekabet Etmeme Borcu s. 2441; Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 792; Başkan,

Sözleşmeler hukukunda sözleşmeyi sona erdiren bir diğer genel sona erme sebebi ise taraflardan birinin ölmesidir. Rekabet yasağı sözleşmesi işçinin kişiliğine bağlı, şahsi edimli bir sözleşmedir.[96] Dolayısıyla, işçinin ölümü ile birlikte rekabet yasağı sözleşmesi başka herhangi bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer. Rekabet yasağı sözleşmesinin kural olarak işverenin ölümüyle sona ermeyeceği kabul edilmektedir. Ancak rekabet yasağı sözleşmesinde, işverenin ölümüyle sözleşmenin sona ereceğine dair bir hüküm varsa veya rekabet yasağı sözleşmesi işverenin kişiliğine bağlı olarak veya işverenin kişiliği nazara alınarak yapılmışsa işverenin ölümü ile birlikte rekabet yasağı sözleşmesi başka herhangi bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer.[97]

Sözleşme özgürlüğü ile herkes içerik, şekil ve konu itibarıyla dilediği gibi sözleşme yapma imkanına sahip olduğu gibi yaptığı sözleşmeyi bozma imkanına da sahiptir. Buna göre işçi ve işveren rekabet yasağı sözleşmesini bir ikale sözleşmesi[98] yapmak suretiyle sona erdirebilecektir. İkale sözleşmesi ile rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermesi iradi bir sona erme sebebidir.[99]

Kanun koyucu TBK m.447'de *"(1) Rekabet yasağı, işverenin bu yasağın sürdürülmesinde gerçek bir yararının olmadığı belirlenmişse sona erer. (2) Sözleşme, haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilirse, rekabet yasağı sona erer."* demek suretiyle süre, ölüm ve ikale dışında sebepler ihdas ederek rekabet yasağı sözleşmesinin bu sebeplerin varlığı halinde de sona ereceğini hüküm altına almıştır.[100]

"6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 122-123.

96 Keser, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Rekabet Yasağı", s. 100; Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 792.

97 Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 593; Dursun, "İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İşçinin İş Görme ve Rekabet Etmeme Borcu s. 2441; Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 93.

98 İkale sözleşmesi; sözleşme özgürlüğü kapsamında tarafların karşılıklı iradelerine dayanarak aralarındaki her türlü hukuki ilişkinin ve özellikle sözleşmenin kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması amacıyla yapılan sözleşmedir. Abdurrahman Savaş, "Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi", ***TAAD***, 2016, Y. 7, S. 26, s. 112; Ömer Buyrukçu, "Türk Borçlar Hukuku'nda Bozma Sözleşmesi (İkale)", ***Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Antalya, 2020, s. 5.

99 Kortaş, Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s.100; Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 792.

100 Kortaş, Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 90; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 70.

A. İşverenin Önemli Bir Menfaatinin Kalmaması

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için işverenin korunmaya değer haklı bir menfaatinin bulunması gerekir. İşverenin korunmaya değer haklı menfaatinden bahsedilebilmesi için ise hizmet ilişkisinin işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkanı sağlaması ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılmasının, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikte olması gerekir.[101] Rekabet yasağı sözleşmesinin yapılması esnasında mevcut olan işverenin korunmaya değer haklı menfaati daha sonra ortadan kalkabilir. Kanun koyucu bu durumu öngörerek TBK m.447 ile rekabet yasağı sözleşmesinin sürdürülmesinde işverenin gerçek bir menfaatinin kalmamasıyla rekabet yasağı sözleşmesinin sona ereceğini hüküm altına almıştır.[102]

Rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli bir biçimde kurulmasının şartlardan biri olan işverenin korunmaya değer haklı menfaatinin bulunmasının rekabet yasağı sözleşmesi süresince devamının aranmasındaki amaç, işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının gerekli olduğu takdirde yapılmasının sağlanmasıdır.[103]

İşverenin rekabet yasağı sözleşmesiyle korunmaya değer haklı menfaatinin ortadan kalktığı durumlar ise, müşteri çevresi ve iş ile ilgili bilgilerinin yayılması, üretim ve pazarlama sırlarının ifşa olması, rekabet yasağına konu faaliyet türünü değiştirmesi veya sonlandırması şeklinde ortaya çıkabilmektedir.[104]

B. İşverenin Haklı Bir Sebep Olmaksızın Hizmet Sözleşmesini Feshi

Rekabet yasağı sözleşmesinin bir diğer sona erme sebebi, işverenin haklı bir sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini feshetmesidir. TBK m.447'de işverenin hizmet sözleşmesini feshinde haklı sebebe dayanmaması rekabet yasağı sözleşmesini sona erdirmektedir.[105]

---

[101] Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 793; Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 465.

[102] Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 593-594; Kortaş, Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 90; Taşkent - Kabakçı, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 40.

[103] Taşkent - Kabakçı, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 38; Kortaş, Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 90.

[104] Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 465; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 71-72.

[105] Kortaş, Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s.93; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 72-73.

TBK m.435 uyarınca haklı sebebin varlığından bahsedilebilmesi için taraflardan dürüstlük kuralı çerçevesince hizmet sözleşmesini devam ettirmesinin kendisinden beklenememesi gerekir.[106] Taraflardan hizmet sözleşmesinin devam ettirilmesinin beklenildiği durumlarda haklı sebebin varlığından söz edilemez. İşveren hizmet sözleşmesini haklı bir sebebe dayanarak feshederse işçinin rekabet yasağı sözleşmesi ile bağlılığı sona ermez ve rekabet etmeme borcu devam eder.[107] İşveren hizmet sözleşmesini haklı bir sebebe dayanmadan feshederse rekabet yasağı sözleşmesini de sona erdirmiş olur. İK'ya tabi olarak iş sözleşmesiyle iş gördüren işverenler için de bu kural geçerlidir.[108] Buna göre işveren İK m.25'deki haklı sebeplerin dışındaki sebeplere dayanarak iş sözleşmesini sona erdirirse rekabet yasağı sözleşmesi de kendiliğinden sonra erer.[109]

C. İşçinin İşverene Yüklenebilen Bir Sebeple Hizmet Sözleşmesini Feshi

Rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin işverene yüklenebilen bir sebeple hizmet sözleşmesini feshetmesi durumunda da sona ermektedir. Bu bağlamda; işçi hizmet sözleşmesini işverene yüklenemeyen bir sebeple feshederse rekabet yasağı sözleşmesiyle bağlı kalmaya devam eder.[110]

İşçinin hizmet sözleşmesini sona erdirmesini haklı sebeple feshe veya süre önelli feshe dayandırması arasında rekabet yasağını sona erdirmesi bakımından fark bulunmamaktadır.[111] Bu sona erme sebebinde önemli olan feshin işverene yüklenebilen bir sebepten kaynaklanıp kaynaklanmadığıdır. İşçi tarafından yapılan fesih ister haklı ister süre önelli fesih olsun, işverene yüklenebilen bir sebepten kaynaklanmıyorsa işçi rekabet yasağı sözleşmesiyle bağlı kalmaya devam eder ve işverene karşı rekabet etmeme borcundan kurtulamaz.[112] TBK

---

[106] Keser, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Rekabet Yasağı", s. 101; Taşkent - Kabakçı, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 41-42.

[107] Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s.594; Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 792.

[108] Taşkent - Kabakçı, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 41; Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 595.

[109] Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 794; Keser, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Rekabet Yasağı", s. 101.

[110] Başkan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 123; Taşkent - Kabakçı, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 41-42.

[111] Kortaş, Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 96; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 76.

[112] Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", s. 466; Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 795.

m.447'deki bu kural İK'ya tabi olarak iş gören işçilerin rekabet yasağı bakımından da geçerlidir.[113]

D. İşyeri Devrinde Rekabet Yasağının Durumu

Rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermesiyle ilgili önemli olan bir diğer husus ise işyeri devridir. Hizmet sözleşmesi devam ederken veya sona erdikten sonra (TBK m.428 doğrultusunda) işyeri başka bir işverene devredilebilecektir.[114]

İşyerinin devredilmesiyle birlikte işverenin rekabet yasağı sözleşmesiyle korunmaya değer haklı bir menfaatinin kalmadığı düşünülebilecektir. Ancak rekabet yasağı sözleşmesi işverenle birlikte işletmeninde haklı menfaatlerinin de korunmasını amaçlayan bir sözleşmedir. Dolayısıyla, işçi işyerinin devri halinde rekabet yasağı sözleşmesiyle bağlı kalarak yeni işverenine karşı da rekabet etmeme borcu altındadır. Bu bağlamda, işyeri devrinin rekabet yasağı sözleşmesini sona erdiren bir sebep olmadığı söylenebilecektir.[115] Yargıtay da kararlarında, işyeri devri halinde rekabet yasağı sözleşmesinin sona ermediğine ve işçinin yeni işverene karşı rekabet etmeme borcu altında olduğuna hükmetmiştir.[116]

SONUÇ

Rekabet yasağı işçiye hem hizmet sözleşmesi devam ederken sadakat borcu kapsamında hem de hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra tarafların anlaşmasıyla rekabet etmeme borcu yüklemektedir. Hizmet sözleşmesi sona erdikten sonraki rekabet yasağı işçi ve işveren arasında yapılan rekabet yasağı sözleşmesi ile meydana gelecektir.

---

[113] Kovancı, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 795; Sulu, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", s. 595.

[114] Taşkent - Kabakçı, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 42; Akkuş Topaloğlu, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", s. 66.

[115] Kortaş, Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 90; Taşkent - Kabakçı, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", s. 42; Soyer, Rekabet Yasağı Sözleşmesi, s. 96.

[116] Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 24.12.2009 tarihli ve E.2009/26954, K.2009/36971 sayılı kararı; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 15.4.2010 tarihli ve E.2008/24493, K.2010/10480 sayılı kararı; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 18.2.2011 tarihli ve E.2009/1286, K.2011/3918 sayılı kararı; Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 8.4.2013 tarihli ve E.2013/2542, K.2013/5823 sayılı kararı; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 3.7.2014 tarihli ve E.2012/24556, K.2014/23283 sayılı kararı, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html, (11.12.2022).

İşçi rekabet yasağı sözleşmesiyle eski işverenine karşı iş veya işletme sırlarına vakıf olmasından ve müşteri çevresini ve iş ile ilgili bilgileri kullanarak rakip bir işvereninin yanında çalışmamayı, rakip bir işletme açmamayı, rakip işverenlerle menfaat ilişkisine girmemeyi taahhüt etmektedir. İşverenin rekabet yasağı sözleşmesi ile işçiyi taahhüt ettiği borç taraf iradelerine göre değişiklik gösterebilmektedir.

Rekabet yasağı sözleşmesi, işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü kısıtlamasından dolayı işçinin ekonomik geleceğini tehdit eder bir yapıya sahiptir. Rekabet yasağı sözleşmesinin bu kısıtlayıcı yapısı sebebiyle kanun koyucu sözleşmenin geçerliliğini sıkı şartlara bağlamıştır.

Geçerli bir rekabet yasağı sözleşmesinin varlığından bahsedilebilmesi için rekabet yasağı sözleşmesi yapan işçinin fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Bununla birlikte rekabet yasağı sözleşmesi yazılı şekilde yapılmak ve borç altına giren taraflarca imzalanmak zorundadır. Kanun koyucu bu sıkı şartların yanında rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli sayılabilmesi için işverenin korunmaya değer haklı bir menfaatinin olmasını, işçinin yaptığı iş gereği iş ve üretim sırlarına vakıf olarak işverene zarar verme potansiyeline sahip bir iş yapmasını ve rekabet yasağı sözleşmesinin işçinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürmemesini aramaktadır.

İşçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşürülmemesi için rekabet yasağı sözleşmesinin yer, zaman ve konu bakımından sınırlandırılmış olması gerekmektedir. Yer, zaman ve konu bakımından sınırlanmayan rekabet yasağı sözleşmeleri geçersizlik yaptırımına tabidir. Ayrıca bu kapsamda aşırı rekabet yasağı sözleşmelerinin sınırlarının daraltılması da hakimden istenebilecektir.

İşçi rekabet yasağını ya rakip işverenin yanında çalışarak ya da rakip işverenlerle iş ve üretim sırlarını kullanmak suretiyle menfaat ilişkisine girerek veya rakip bir işletme açmak suretiyle ihlal edecektir. İşçinin bu ihlaline karşı işveren uğradığı tüm zararların giderilmesi isteyebilecek, ayrıca sözleşmede kararlaştırılmış olmak koşuluyla cezai şart ödemesini veya rekabet teşkil eden eylemlerin durdurulmasını isteyebilecektir. İşçinin rekabet yasağını ihlal etmesi hizmet sözleşmesinin devamı sürecinde gerçekleşecek olursa, işveren hizmet sözleşmesini haklı sebeple feshedebilecek ve uğradığı zararların tazminini de talep edebilecektir.

Rekabet yasağı sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin ticaret mahkemesi mi yoksa iş mahkemesi mi olduğu noktasında bir

belirsizlik bulunmaktadır. Görevli mahkeme konusunda gerek kanun gerekse Yargıtay bu belirsizliği gidermelidir.

Rekabet yasağı sözleşmesi işçinin ölümüyle, ikale sözleşmesiyle, sözleşmede kararlaştırılan sürenin dolmasıyla, işverenin rekabet yasağı sözleşmesiyle korunmaya değer haklı bir menfaatinin kalmamasıyla, hizmet sözleşmesinin işveren tarafından haklı bir sebebe dayanmadan feshedilmesiyle ve işçinin işverene yüklenebilen bir sebeple hizmet sözleşmesini feshetmesi hallerinde sona erecek ve taraflar rekabet yasağı sözleşmesiyle bağlı kalmaktan kurtulacaktır.

KAYNAKÇA

AKDOĞAN, İbrahim, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı", ***Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,*** 2020, C. 8, S. 3, s. 763-770.

AKKUŞ TOPALOĞLU, Pelin, "İş Sözleşmesinde Rekabet Yasağı Kaydı", ***İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü,*** (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2017.

ALPAGUT, Gülsevil, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", ***Legal İHSGHD***, 2011, S.31, ss. 913-959.

BAŞKAN, Esra, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi", ***Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2012, C. 2, S. 2, ss. 116-125.

BECKER, Herman, ***İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi***, ***çev. A. Suat Dura***, Yargıtay Yayınları, No: 24, Ankara, 1993.

BUYRUKÇU, Ömer, "Türk Borçlar Hukuku'nda Bozma Sözleşmesi (İkale)", ***Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Antalya, 2020.

BÜYÜKDİLAN, Neslihan, "İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", ***Karatay Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2019.

DİNÇ, Ebru, "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", ***Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2019.

DURSUN, Yonca, "İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İşçinin İş Görme ve Rekabet Etmeme Borcu", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 2017, C. 19, S. Özel Sayı, ss. 2409-2449.

EREN, Fikret, ***Borçlar Hukuku Özel Hükümler***, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

ERTAŞ, Kudret, ***Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu***, Şafak Matbaası, Ankara, 1982.

ESENER, Turhan, ***İş Hukuku***, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1978.

GÜLERYÜZ, M. Tarık, "İş Hukukunun Emredici Yapısı Işığında Rekabet Sözleşmesi", ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi,*** 2015, S. 118, ss. 313-344.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, ***6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler,*** C. 1, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

KARAAYTU, Fatih Cemal, "Rekabet Yasağı Sözleşmelerine Görev Sorunu", ***İzmir Barosu Dergisi***, 2022, S.1, ss. 15-60.

KAŞAK, Esra, "Hizmet Sözleşmesi Sonrası Rekabet Yasağı Sözleşmelerinden Doğan Davalarda Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk (TTK M.4/1-C, 5/A; İŞMK M.3, 5/1-A Bakımından Bir İnceleme)", ***Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2021, C. 29, S. 4, ss. 3165-3209.

KESER, Hakan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Rekabet Yasağı", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2011, Y. 6, S. 24, ss. 88-105.

KORTAŞ, Arda, ***Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi,*** 1. Baskı, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2021.

KOVANCI, Nuray, "Türk İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesi", ***Türkiye Adalet Akademisi Dergisi***, 2017, Y. 8, S. 31, ss. 769-800.

KOYUNCUOĞLU, Hikmet, "Sözleşme Sonrası Rekabet Yasağı Düzenlemeleri", ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi***, 2014, S. 111, ss. 447-456.

KÖSEOĞLU, Haluk, "Hizmet Akdinde İşçinin Rekabet Memnuiyeti", ***Ankara Barosu Dergisi,*** 1968, S. 6, ss. 982-986.

MANAV, A. Eda, "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları", ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi***, 2010, S. 87, ss. 322-363.

SARIKAYA, Sinan, "Küllerinden Doğan Tartışma: Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Kaynaklı Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkemenin Tespitinde Ne Değişti Ne Değişmedi?", ***İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,*** 2021, C. 12, S. 2, ss. 654-670.

SAVAŞ, Abdurrahman, "Türk Borçlar Hukukunda İkale Sözleşmesi", ***TAAD***, 2016, Y. 7, S. 26, ss. 105-141.

SOYER, M. Polat, ***Rekabet Yasağı Sözleşmesi***, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 1994.

SULU, Muhammed, "Rekabet Yasağı Sözleşmeleri", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, 2016, C. 22, S. 2, ss. 575-600.

SÜZEK, Sarper, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", ***İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,*** 2014, C. 72, S. 2, ss. 457-467.

TAŞKENT, Savaş - KABAKÇI, Mahmut, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", ***Sicil İş Hukuku Dergisi,*** 2009, Y. 4, S. 16, ss. 21-47.

UŞAN, M. Fatih, "Eski İşçinin Sır Saklama Borcu (Karşılaştırmalı Bir İnceleme)", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2006, Y. 1, S. 1, ss. 53-70.

UŞAN, M. Fatih, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Taşıması Gereken Şartlar ve Bunun Geçerliliği Meselesi (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)", ***Sicil İş Hukuku Dergisi,*** 2011, Y. 6, S. 21, ss. 116-128.

YÜREKLİ, Sabahattin, ***Türk Borçlar Kanununa Göre Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi,*** 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

ZENGİN, İbrahim Çağrı, "Pazarlamacının -ve İşçinin- Taraf Olduğu Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mahkeme - 7036 sayılı (Yeni) İş Mahkemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirme", ***İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,*** 2017, C. 75, S. 2, ss. 791-812.

ZEVKLİLER, Aydın - GÖKYAYLA, K. Emre, ***Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri***, 16. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 18.2.2011 tarihli ve E.2009/1286, K.2011/3918 sayılı kararı.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin 8.4.2013 tarihli ve E.2013/2542, K.2013/5823 sayılı kararı.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 7.5.2015 tarihli ve E.2014/4547, K.2015/16861 sayılı kararı.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 01.06.2021 tarihli ve E.2021/3076, K.2021/9789 sayılı kararı.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 02.06.2015 tarihli ve E.2015/10059, K.2015/20045 sayılı kararı.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 24.12.2009 tarihli ve E.2009/26954, K.2009/36971 sayılı kararı.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 28.03.2013 tarihli ve E.2010/25792, K.2013/10539 sayılı kararı.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 30.11.2021 tarihli ve E.2021/10134, K.2021/15960 sayılı kararı.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 14.11.2017 tarihli ve E.2016/15251, K.2017/9303 sayılı kararı.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 07.07.2020 tarihli ve E.2017/46163, K.2020/8959 sayılı kararı.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 15.4.2010 tarihli ve E.2008/24493, K.2010/10480 sayılı kararı.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 3.7.2014 tarihli ve E.2012/24556, K.2014/23283 sayılı kararı.

https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html

GÜNCEL İÇTİHATLAR IŞIĞINDA MUNZAM ZARAR[*]

Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL[**]

Öz

Munzam zarar para borcuna ilişkin temerrüdün özel sonuçlarından biridir. Temerrüt faizinden farklı olarak, munzam zararın tazmini için zarar ve kusur şarttır. Kusurun ispatı konusunda kusur karinesi geçerlidir. Özellikle yüksek enflasyon sebebiyle munzam zararın tazmininde zararın ispatı konusunda soyut ispatın mı yeterli olduğu, yoksa somut ispatın mı aranacağı hususu ise tartışmalıdır. Meseleyi daha da güncel hale getiren husus Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru üzerine verdiği bir karar olmuştur. Söz konusu karar Yargıtay'ın içtihatlarını da şekillendirmeye başlamıştır. Başka bir deyişle, munzam zararın tazmini konusunda salt yüksek enflasyonun zararın ispatı için yeterli olduğuna yönelik içtihatlar giderek artmaktadır. Bireysel başvuru suretiyle hak aramanın dolaylı şekilde sağlanması gibi soyut ispatı yeterli sayan bu yaklaşım da eleştiriye açıktır.

Anahtar Kelimeler

Borçlunun Temerrüdü, Temerrüt Faizi, Aşkın Zarar, Soyut İspat, Enflasyon.

---

[*] Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 13.12.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 20.12.2022.
Atıf Şekli: Mehmet Akçaal, "Güncel İçtihatlar Işığında Munzam Zarar", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 1069-1099.

[**] Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı, Konya, Türkiye.
E-posta: mehmetakcaal@hotmail.com.
Orcid: https://orcid.org/0000-0003-3228-8486.

EXCESS DAMAGES IN THE LIGHT OF CURRENT CASE LAW

Abstract

Excess damage is one of the specific consequences of a default of obligor on pecuniary debts. Unlike default interest, damage and fault are essential for compensation for collateral damage. The presumption of fault is valid for the proof of fault. It is debatable whether abstract proof is sufficient for the proof of excess damage or whether concrete proof should be sought, especially in the compensation of excess damage due to high inflation. The issue is even more topic because of the decision of the Constitutional Court upon an individual application. This decision also began to form the jurisprudence of the Court of Appeal. There is increasing number of judgments stating that only high inflation is sufficient to prove the damage regarding the compensation of excess damages. Both abstract proof to be sufficient and rights to be obtained indirectly through individual application is open to criticism.

Keywords

Default of Obligor, Default Interest, Excess Damage, Abstract Proof, Inflation.

GİRİŞ

Borçlunun temerrüdünün şartları (TBK. m. 117) varsa borçlunun temerrüdünün sonuçları ortaya çıkar. Borçlunun temerrüdünün sonuçları genel sonuçlar ve özel sonuçlar olmak üzere ikiye ayrılır. Genel sonuçlar her türlü borç ilişkisinde ortaya çıkarken; özel sonuçlar sadece para borçlarında (TBK. m. 120 vd.) veya karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde (TBK. m. 123 vd.) söz konusu olur. Borçlunun temerrüdünün genel sonuçları, aynen ifa yükümlülüğü, gecikme tazminatı (TBK. m. 118) ve beklenmedik halden (kazadan) sorumluluktur (TBK. m. 119)[1].

Borçlunun temerrüdünün özel sonuçları ise para borçları ve karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından ayrı ayrı ele alınabilir. Konu bakımından önem arz eden husus para borçlarında borçlunun temerrüdünün sonuçlarıdır. Para borçlarında, alacaklı, şartları bulunmak kaydıyla mütemerrit borçludan temerrüt faizini ve munzam (aşkın) zararının tazminini isteme hakkına sahiptir[2].

Temerrüt (gecikme) faizi, para borçlarında borcunu zamanında ödemeyen borçlunun ödemek zorunda olduğu ek paradır. Meselâ, işletmesi için (A) bankasından 1.000.000 TL kredi alan (B), parayı zamanında iade etmezse temerrüt faizi ödemek zorunda kalır[3].

Para borçlarında temerrüde düşen borçlu, temerrüt faizi ödemek zorundadır (TBK. m. 120). Temerrüt faizi sadece çeşit borcu niteliğindeki para borçla-

---

1 Borçlunun temerrüdünün sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret Eren, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, Yetkin Yayınevi, 24. Baskı, Ankara, 2019, s. N. 3434 vd.; Selahattin Sulhi Tekinay vd., ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, Filiz Kitabevi, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s. 920 vd.; M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1***, Vedat Kitapçılık, 18. Baskı, İstanbul, 2020, N. 1575 vd; Halûk Nami Nomer, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, Beta Yayıncılık, 16. Baskı, İstanbul, 2018, s. 377 vd.; O. Gökhan Antalya, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/1,3***, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2019, N. 2550 vd.; Şahin Akıncı, ***Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler***, Sayram Yayıncılık, 12. Baskı, Konya, 2021, s. 315 vd.; Safa Reisoğlu, ***Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, Beta Yayıncılık, 23. Baskı, İstanbul, 2012, s. 371-372; Mustafa Alper Gümüş, ***Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri***, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 922 vd.; Tolunay Ozanemre Yayla, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2021, s. 372 vd.

2 Oğuzman - Öz, 2020, N. 1599; Eren, 2019, N. 3436 vd.; Gümüş, 2021, s. 925.

3 Eren, 2019, N. 3436; Hasan Ayrancı, ***Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. m. 105)***, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 66 vd.; Gümüş, 2021, s. 925; Ahmet Nar, "Yabancı Para İpoteğinde Temerrüt Faizi", ***Terazi Hukuk Dergisi***, 2009, C. 4, S. 36, s. 19; Emine Özdamar, "Temerrüt Faizi Kavramı ve Çeşitli Davalarda ve Takiplerde Başlangıç Zamanı", ***Terazi Hukuk Dergisi***, 2014, C. 9, S. 96, s. 61.

rında ödenir. Para borcunun kaynağı ise önemli değildir. Para borcunun tüketim ödüncü sözleşmesinden kaynaklanması gerekmez. Meselâ, hukukî işlem gibi, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme halinde de temerrüt faizi istenebilir. Para borcu dışındaki borçlarda ise, edimin ekonomik değeri para olarak ifade edilse bile temerrüt faizi ödenmez. Bu takdirde alacaklı ancak gecikme tazminatı isteyebilir (TBK. m. 118)[4].

Temerrüt faizi, temerrüdün doğrudan doğruya kanundan kaynaklanan sonucudur. Bunun için, alacaklının zararı veya borçlunun kusuru aranmaz. Yani, para borçlarında temerrüt faizi bir kusursuz sorumluluk halidir. Gerçekten de temerrüt faizi aksi ispat edilemeyen zarar karinesine dayanan, alacaklı lehine konulmuş bir tazminattır. Özetle borçlu temerrüt faizini ödemekten kurtulamaz[5].

Temerrüt faizi için tarafların anlaşması gerekmez; doğrudan doğruya kanundan doğar. Aksi kararlaştırılmadıkça, temerrüt faizi yıllık %9'dur. Ancak, sözleşmede temerrüt faizi kararlaştırılmamakla birlikte, akdi faiz oranı %9'dan yüksekse, temerrüt faizi oranı hakkında da akdi faiz oranı geçerlidir (KFTFK. m. 2/III). Meselâ, anapara faiz oranı %12 ise bu oran temerrüt faizinin de oranıdır. Diğer taraftan, taraflar, sözleşmede daha yüksek bir temerrüt faizini de kararlaştırabilirler. Ama, azamî temerrüt faizi oranı %18'dir (TBK. m. 120/II). Ticarî işlerde ise temerrüt faizi şu anda kural olarak %9'dur. Ancak, TBK. m. 120/II'deki %18'lik üst sınır burada uygulanmaz[6].

Temerrüt faizi, temerrüt tarihinden itibaren (ihtara bağlı işlemlerde ihtarın borçluya vardığı; belirli vadeli işlemlerde ise ifa gününün sona erdiği tarihten itibaren) işlemeye başlar. Ancak, anapara faizini ödemekte temerrüde düşen borçlu, icra takibine girişildiği veya dava açıldığı günden başlayarak temerrüt faizi ödemekle yükümlüdür. Buna aykırı olarak yapılan anlaşmalar, ceza koşulu hükümlerine tâbidir (TBK. m. 121/I-II). Şu halde, anapara faizine temerrüt tarihinden itibaren faiz yürütüleceği kararlaştırılabilir. Hâkim böyle bir şartı fahiş

---

4 Eren, 2019, N. 3436 vd.; Antalya, 2019, N. 2643 vd.

5 Oğuzman - Öz, 2020, N. 1601-1602; Eren, 2019, N. 3438; Ayrancı, 2006, s. 66 vd.; Nomer, 2018, s. 383-384; Gümüş, 2021, s. 925-926; Antalya, 2019, N. 2626; Etem Saba Özmen - Türkan Aktaş, "Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi", ***Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2018, C. 17, S. 1, s. 44.

6 Oğuzman - Öz, 2020, N. 1606 vd.; Ayrancı, 2006, s. 81 vd.; Antalya, 2019, N. 2657 vd.; Orhan Yılmaz, "Yasal Temerrüt Faizi", ***İstanbul Barosu Dergisi***, 2006, C. 80, S. 1, s. 71 vd.

(aşırı) görürse indirir (TBK. m. 182/III). Görüldüğü üzere, temerrüt faizi, prensip itibarıyla borçlunun temerrüt tarihinden itibaren işlemeye başlar. Bununla beraber, açıkça temerrüt tarihinden itibaren istenmezse, temerrüt faizinin istendiği dava tarihi başlangıç tarihi olarak kabul edilir[7].

Temerrüt faizine temerrüt faizi yürütülemez (TBK. m. 121/III). Yani, temerrüt faizini ifada temerrüde düşen borçlu için tekrar temerrüt faizi işletilemez[8].

Temerrüt faizi, asıl alacakla birlikte veya ayrı bir davayla istenebilir. Alacaklı, dava dilekçesinde istememişse, hâkim bunu kendiliğinden dikkate alamaz[9].

Temerrüt faizi, alacaklının maruz kaldığı zararın tamamını gidermeyebilir. Böyle bir durumda, şartları bulunmak kaydıyla, alacaklı munzam (aşkın/ek) zararının tazminini de isteyebilir. İşte, inceleme konusu munzam zararın tazmini meselesine ilişkin uygulamadaki gelişmelerin değerlendirilmesidir.

I. GENEL OLARAK MUNZAM ZARAR KAVRAMI

İşlevleri zengin olan paranın çeşitli şekillerde değerlendirilmesi mümkündür. Bu sebeple, para borçlarında borçlunun temerrüdü sebebiyle alacaklının zarara uğraması oldukça muhtemeldir. Bunu bertaraf etmek üzere kanun koyucunun ilk başvurduğu yol temerrüt faizidir. Gerçekten de, alacaklı zararının varlığını, miktarını ve borçlunun kusurunu ispatlamaksızın temerrüt faizi nispetinde zararını bertaraf edebilir. Ne var ki, götürü tazminat mahiyetindeki temerrüt faizi, alacaklının zararını tamamen karşılamaya yetmeyebilir; alacaklının zararı temerrüt faizinden fazla olabilir. İşte, bu ihtimal göz önünde bulundurularak zararın temerrüt faizi ile karşılanamayan kısmının tazminini isteme yolu da bazı şartların varlığı aranmak suretiyle kanunda öngörülmüştür. Şu halde, alacaklı şartları bulunmak kaydıyla munzam zararının tazminini de isteyebilir. İşte, alacaklının temerrüt faizini aşan zararına munzam zarar (aşkın zarar=ek zarar=Weiterer Schaden) denir[10].

---

7 Oğuzman - Öz, 2020, N. 1624-1625; Ayrancı, 2006, s. 103 vd.; Antalya, 2019, N. 2634 vd.; Reisoğlu, 2012, s. 374-375; Gümüş, 2021, s. 928-929.

8 Oğuzman - Öz, 2020, N. 1626; Eren, 2019, N. 3443; Nomer, 2018, s. 386; Gümüş, 2021, s. 929.

9 Eren, 2019, N. 3444; Oğuzman - Öz, 2020, N. 1627.

10 Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II***, Fakülteler Matbaası, 2. Baskı, İstanbul, 1977, s. 252; Tekinay vd., 1993, s. 942-943; Eren, 2019, N. 3461; Oğuzman - Öz, 2020, N. 1629; Ahmet M. Kılıçoğlu, "Yargıtay Kararları Açısından Munzam Zarar", ***Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XV, 5 Haziran 1998***, Banka ve Ticaret Hukuku

Para borçlarında borçlunun temerrüdünün bir sonucu niteliğindeki munzam (aşkın) zarar TBK. m. 122 hükmünde düzenlenmektedir. Söz konusu hükmün ilk fıkrasına göre, "alacaklı, temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür". TBK. m. 122/I hükmü, mehaz OR Art. 106/I hükmü ile uyumludur. Aşkın zarar Alman Medenî Kanunu'nda da yer almaktadır. Nitekim, temerrüt faizine ilişkin BGB § 288/IV gereğince, alacaklı daha fazla zarar iddiasında bulunmaktan alıkonulamaz. Böylece, Alman Hukuku'nda da alacaklının daha fazla zarar iddiasında bulunulabileceği açıkça öngörülmektedir[11].

II. MUNZAM ZARARIN TAZMİNİNİN ŞARTLARI

Yukarıda anlatılanlardan anlaşılacağı üzere, alacaklı temerrüt faizini isteme hakkı bakımından avantajlı bir konuma sahiptir. Oysa, aynı durum munzam zararın tazminini isteme hakkı bakımından geçerli değildir. Alacaklı ancak aşağıda açıklanan şartların bir arada bulunması halinde borçludan munzam zararın tazminini isteyebilir[12].

A. Borçlunun Para Borcunun İfasında Temerrüdü

Munzam zararın tazmininin istenebilmesi için borcun bir para borcu olması gerekir. Zira, munzam zararın istenmesi her türlü borç bakımından değil, sadece para borçları için mümkündür. Para borcunun kaynağı ise önemli değildir;

Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1999, s. 3 vd.; Nami Barlas, ***Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar***, Kazancı Yayıncılık, İstanbul, 1992, s. 187; Çetin Arslan - Mustafa Kırmızı, ***Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar***, 2. Baskı, Asil Yayınevi, Ankara, 2007, s. 837; Hüseyin Altaş, "Munzam Zararda İspat Sorunu", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2001, C. 50, S. 1, s. 121; Emin Zeytinoğlu, "Para Borçlarında Temerrüt Hallerinde Munzam Zarar", ***İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi***, 2005, C. 4, S. 8, s. 256; Nomer, 2018, s. 398; Gümüş, 2021, s. 930; Abdülkerim Yıldırım, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, Monopol Yayınları, 13. Baskı, Ankara, 2022, s. 284; Sinan Sami Akkurt - Kemal Erdoğan - Hüseyin Tokat, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Hükümler (Özel Borç İlişkileri)***, Seçkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2022, s. 320; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 9.12.2021 tarihli ve E. 2017/18-2800 K. 2021/1629 sayılı kararı "munzam zarar, sorumluluğu kusura dayanan borçlu temerrüdünün hukukî bir sonucudur ve alacaklının zararının faizi aşan bölümüdür. Munzam zarar, borçlu temerrüde düşmeden borcunu ödemiş olsaydı, alacaklının mal varlığının kazanacağı durum ile temerrüt sonucunda ortaya çıkan ve oluşan durum arasındaki farktır. Diğer bir anlatımla temerrüt faizini aşan ve kusur sorumluluğu kurallarına bağlı bir zarar şeklinde tanımlanabilir" (KBİBB.).

11 Tekinay vd., 1993, s. 943; Vedat Buz, "Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı", ***Yargıtay Dergisi***, 1998, C. 24, S. 3, s. 374.

12 Barlas, 1992, s. 188.

munzam zararın tazmini sadece tüketim ödüncü sözleşmesine münhasır değildir. Meselâ, sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz işgörmeden doğan para borcunda munzam zararın tazmini söz konusu olabilir. Bunun için her şeyden önce borçlunun temerrüde düşmüş olması gerekir[13].

B. Munzam Zarar

Munzam zararın tazmini için aranan şartlardan ikincisi zarardır. Nitekim, bu şart "temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olursa" ifadesi sayesinde TBK. m. 122/I hükmünde açıkça belirtilmektedir. Ancak söz konusu hükümde zararın türü ve niteliği konusunda açıklık yoktur. Bununla beraber munzam zarar da zarar teorisindeki genel esaslara uygun biçimde anlaşılmalıdır.

Türk-İsviçre Hukuku'nda zarar daha ziyade dar anlamda, yani maddî zararı ifade etmek için kullanılır[14]. Eksilmenin malvarlığında ortaya çıkması halinde maddî zarardan bahsedilir. Malvarlığındaki eksilme, alacaklının, zarar veren davranıştan sonra malvarlığının mevcut hali ile bu olay meydana gelmeseydi göstereceği hal arasındaki farkı ifade eder[15]. Bu tanım çerçevesinde munzam zarar da bir tür maddî zarardır. Başka bir deyişle, munzam zarardan söz edebilmek için temerrüt faizini aşan bir zararın meydana gelmesi gerekir. Şu halde, munzam zarar hesaplanırken, bundan temerrüt faizinin çıkarılması gerekir[16].

---

[13] Hayri Domaniç, ***Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. 105 ve Diğer Hükümler***, Beta Yayınevi, İstanbul, 1993, s. 55; Ahmet M. Kılıçoğlu, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, Turhan Kitabevi, 17. Baskı, Ankara, 2013, s. 701; Akar Öçal, "Munzam Zarar", ***Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi***, 1967, C. 3, S. 1, s. 149; Kılıçoğlu, 1999, s. 9; Ayrancı, 2006, s. 103 vd.; Altaş, 2001, s. 122; Gökhan Önderi, "Para Borçlarında Borçlu Temerrüdü Halinde Alacaklının Munzam Zararının Tazminini İsteyebilmesi Konusundaki Yargıtay Uygulaması", ***İstanbul Barosu Dergisi***, 2013, C. 87, S. 2, s. 275; Reisoğlu, 2012, s. 377; Gümüş, 2021, s. 930; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 9.12.2021 tarihli ve E. 2017/18-2800 K. 2021/1629 sayılı kararı (KBİBB.); İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesinin 16.2.2021 tarihli ve E. 2018/2227 K. 2021/203 sayılı kararı (KBİBB.).

[14] Tekinay vd., 1993, s. 547-548; M. Kemal Oğuzman - M. Turgut Öz, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2***, Vedat Kitapçılık, 10. Baskı, İstanbul, 2013, s. 39, dpn. 96; Reisoğlu, 2012, s. 170; Kılıçoğlu, 2013, s. 702.

[15] Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 18.12.1984 tarihli ve E. 1984/9369, K. 1984/9456 sayılı kararı (KBİBB., 818/m. 41); Tekinay vd., 1993, s. 547-548; Oğuzman- Öz, 2013, s. 38; Kenan Tunçomağ, ***Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I***, Sermet Matbaası, 6. Baskı, İstanbul, 1976, s. 446-447; Murat Topuz, ***İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi***, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 11 vd.; Halûk Nami Nomer, ***Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi***, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 6 vd.

[16] Altaş, 2001, s. 122; Zeytinoğlu, 2005, s. 257; Önderi, 2013, s. 283 vd.; Antalya, 2019, N. 2687.

Munzam zararın menfi zarar olarak nitelendirilmesi isabetli olmaz[17]. Doktrindeki[18] ve uygulamadaki[19] yerleşik görüş gereğince munzam zarar müspet zarar olarak nitelendirilir. Gerçekten de, borçludan tazmini istenebilecek munzam zarar, para borcunun zamanında ifa edilmemesinden kaynaklanan ve temerrüt faizi ile karşılanamayan eksilme şeklinde ortaya çıkar. Şu halde, temerrütten doğan munzam zararın tazmini ile elde edilmek istenen amaç alacaklının ifa için öngörülen zamana yönelik menfaatine kavuşmasını sağlamaktır. Dolayısıyla TBK. m. 122'ye konu teşkil eden zararı ifade etmek üzere kullanılan müspet zarar ifadesi bu şekilde anlaşılmalıdır.

Munzam zararın tazmininin istenebilmesi için alacaklının temerrüt faizi ile karşılanamayan, onu aşan bir zarara uğramış olması gerekir. Bu itibarla, zararın miktarı işlemiş toplam temerrüt faizi miktarından az veya ona eşitse, tazmini gereken aşkın bir zararın varlığından söz edilemez. Zararın temerrüt faizinin toplamından fazla olması ve temerrüt faizinin bu zararı tümüyle karşılamaya yetmemesi halinde ise munzam zarar söz konusu olabilir. Şu halde, alacaklı, toplam zararının temerrüt faizinden yüksek olduğunu ispatlarsa, hem temerrüt faizini hem de bunun üzerindeki aşkın zararı birlikte veya ayrı ayrı isteyebilir[20]. İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihadı da buna uygundur[21].

Munzam zarar çeşitli tarzda ortaya çıkabilir. Alacaklı, borçlunun kendisine para borcunu ödememesi sonucunda üçüncü kişiye olan borcunu ifa edemediği için temerrüde düşmüş ve kendisinin aldığı temerrüt faizinden daha yüksek bir temerrüt faizini ödemek zorunda kalmış olabilir. Bu durumda munzam zarar söz konusudur[22]. Meselâ, alacağını zamanında tahsil edemeyen alacaklı şirket, üçüncü kişiye olan ve vadesi gelmiş borcunu ödemek için ihtiyacı olan krediyi

---

17 Barlas, 1992, s. 189, dpn. 552.

18 Tekinay vd., 1993, s. 941; Ayrancı, 2006, s. 116; Georges Balis, "Para Borçlarının Ödenmesindeki Gecikmeden Doğan Zarar ve Ziyan", (çev. Akar, Öcal), ***Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi***, 1965, C. 1, S. 1, s. 168; Reisoğlu, 2012, s. 376; Mehmet Reis Koca, "Türk Hukukunda Munzam Zarar Uygulaması", ***Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale 2004, s. 51; Gümüş, 2021, s. 930. Munzam zararın somut olayın niteliğine göre müspet zarar veya menfi zarar olabileceğine yönelik görüş için bkz. Kılıçoğlu, 2013, s. 702-703.

19 Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 2.4.1981 tarihli ve E. 1100 K. 1453 sayılı kararı (İKİD., C. 22, S. 264, 1982, s. 1493 vd.).

20 Eren, 2019, N. 3466.

21 BGE 109 II 438 E.1.

22 Oğuzman - Öz, 2020, N. 1631; Eren, 2019, N. 3461; Ayrancı, 2006, s. 151-152; Altaş, 2001, s. 124; Önderi, 2013, s. 295; Gümüş, 2021, s. 930.

(parayı) piyasadan %25 faizle sağlarsa durum böyledir. Bu takdirde, alacaklı, borçlunun kendisine ödediği %9'luk faizden daha yüksek bir faiz ödemek suretiyle ek bir zarara uğramış olur[23]. Bu noktada, Yargıtay ispat konusunda titiz davranmaktadır[24]. Böyle bir durumda munzam zararın tazmini için, alacaklı geç ödeme yüzünden ekonomik sıkıntıya düştüğünü, bu sıkıntı sebebiyle piyasadan (bankadan) yüksek faizle kredi almak zorunda kaldığını ve bu krediyi dava konusu işte kullandığını ispatlamalıdır. Şu halde, borcun zamanında ödenmemiş olması sebebiyle bankadan kredi alınması munzam zararın tazmini için tek başına yeterli değildir. Nitekim, Yargıtay'a göre, "Dairemizin yerleşmiş içtihatları ile belirlendiği gibi munzam zarara hükmedilebilmesi için davacının bu zarara uğradığını kanıtlaması gerekir. Davacının bankadan kredi almış olması ve buna faiz. vs. ödemede bulunması munzam zarara hükmedilmesine yeterli değildir"[25].

Alacaklı vaktinde ifa edilmeyen borç yüzünden kendi alacaklısına ceza koşulu ödemek zorunda da kalabilir. Bu durumu ispatlamak kaydıyla, ceza koşulunu yerine getiren alacaklı borçlusundan munzam zararının tazminini isteyebilir[26].

Alacaklı alacağını zamanında elde edemediği için borcunu ödeyememiş ve aleyhine yapılan icra takibi sonucunda malları haczedilerek düşük bedellerle satılmış olabilir. Böyle bir durumda, onun bu yolla uğradığı munzam zarardan borçlu sorumlu tutulabilir[27].

Bir görüşe göre, yabancı para borçlarında devalüasyon sebebiyle meydana gelen kur farkını temerrüt faizinin karşılamaması halinde de aşkın zarardan sorumluluk söz konusudur. Meselâ, alacaklının kendisine ödenmesi gereken 10.000 doları gününde tahsil edemediği için sonradan daha yüksek kurdan 10.000 dolar satın almak zorunda kalmasında böyledir[28]. Bununla beraber, daha isabetli olan başka bir görüşe göre, yabancı para borçlarında kur farkından bir zarar doğsa bile, TBK. m. 99 hükmü karşısında artık aşkın zararın tazmininin

---

[23] Oğuzman - Öz, 2020, N. 1631; Eren, 2019, N. 3461.

[24] Eren, 2019, N. 3465.

[25] Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 8.7.1997 tarihli ve E. 1997/2727 K. 1997/4328 sayılı kararı (Eren, 2019, N. 3465, dpn. 334).

[26] Oğuzman - Öz, 2020, N. 1631; Altaş, 2001, s. 124.

[27] Barlas, 1992, s. 203.

[28] Eugen Bucher, ***Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil***, Schulthess Verlag, 2. Auflage, Zürich, 1988, s. 362, dpn. 133; Kılıçoğlu, 2013, s. 710.

istenmesi esasen mümkün değildir[29]. Yargıtay'ın da aynı görüşü paylaştığı içtihadı mevcuttur[30].

C. Uygun İlliyet Bağı

Munzam zararın tazmini için söz konusu zararla borçlunun temerrüdü arasında uygun illiyet bağının varlığı aranır. Buna göre, alacaklının temerrüt faizini aşan zararı ile borçlunun temerrüdü arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Şayet alacaklının uğradığını iddia ettiği zararla borçlunun temerrüdü arasında hiçbir illiyet bağı yoksa borçlu munzam zarardan sorumlu tutulamaz. Aynı şekilde, illiyet bağı kurulabilmekle beraber uygunluk niteliğini haiz olmayan, salt mantıkî bir illiyet bağı durumunda ise, yine munzam zarardan sorumluluk söz konusu olmaz[31].

Sorumluluk hukukunda uygun illiyet bağı teorisi benimsenmektedir. Aynı yaklaşım TBK. m. 122 hükmü bakımından da göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre, alacaklının uğradığı munzam zarar objektif bir şekilde genel hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına göre borçlunun temerrüde düşmüş olmasının sonucu sayılabilirse borçlu aşkın zarardan sorumlu tutulur. Yani, borçlunun temerrüdü böyle bir zarara yol açmaya elverişli olmalıdır. Aksi takdirde, alacaklı munzam zararın tazminini isteyemez.

Genel esas, burada da geçerlidir. Bu itibarla, munzam zarar ile fiil arasındaki uygun illiyet bağının var olduğunu gösteren tüm olguları ispatlaması gereken taraf davacıdır. Dolayısıyla, alacaklı uygun illiyet bağının bulunduğunu ortaya koyan vakıaları ve bunların dayanağı olan delilleri mahkemeye sunmalıdır[32].

Davacının soyut iddia ve hesap tarzı dışında sunduğu herhangi bir somut delil yoksa, onun üzerine düşen ispat yükünü yerine getirdiğinden söz edile-

---

[29] Oğuzman - Öz, 2020, N. 1633 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu vd., ***İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme C. III***, Vedat Kitapçılık, 6. Baskı, İstanbul, 2014, § 17, N. 6; Eren, 2019, N. 3434; Önderi, 2013, s. 298-299.

[30] Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 29.11.2005 tarihli ve E. 2005/1450 K. 2005/11767 sayılı kararı "davacı BK'nın 83.maddesi uyarınca alacağını yabancı para üzerinden isteme olanağına sahip iken tercih hakkını "TL" üzerinden kullanmış, faturaları "TL" olarak düzenlemiş ve "TL" üzerinden icra takibine girişmiştir. Bu durumda artık, kur farkı alacağı talebinde bulunamaz..." (KBİBB.).

[31] Eren, 2019, N. 3467; Ayrancı, 2006, s. 138 vd.; Altaş, 2001, s. 123; Zeytinoğlu, 2005, s. 257; Önderi, 2013, s. 282-283; Kılıçoğlu, 2013, s. 707; Antalya, 2019, N. 2688; Gümüş, 2021, s. 930.

[32] Barlas, 1992, s. 192-193; Altaş, 2001, s. 123.

mez. Sırf birtakım ekonomik veriler analiz edilmek suretiyle, fark teorisini bir kenara bırakıp âdeta gözü kapatarak ortada illiyet bağı dahi yokken aksi yönde bir değerlendirme yapılmamalıdır.

D. Kusur

Borçlunun temerrüde düşmesi veya temerrüt faizi ödemesi için kusur şart değildir. Munzam zararın tazmini ise temerrüdün kusura bağlı sonuçlarından biridir. Gerçekten de, kusur, munzam zarar istemi bakımından mutlaka bulunması gereken bir unsurdur. Nitekim, OR. Art. 106/I hükmüyle uyumlu olarak TBK. m. 122/I gereğince "borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe" faizi aşan zararı da tazmin etmekle yükümlüdür. Kusurun derecesi ise sorumluluğun doğması bakımından önemli değildir; borçlu her türlü kusurundan sorumludur. Borçlu hafif ihmali sonucunda temerrüde düşmüş olsa bile temerrüt sebebiyle doğan ve faizle karşılanamayan munzam zararı tazmin etmek zorunda kalır[33].

TBK. m. 112 hükmüyle uyumlu olarak kanun koyucu TBK. m. 122 hükmünde de alacaklı yararına bir kusur karinesini kabul etmiştir. Buna göre, alacaklı borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olduğunu ispatla yükümlü değildir; borçlunun kusurlu olduğu varsayılmaktadır. Borçlunun sorumluluktan kurtulması için kendisinin hiçbir kusurunun bulunmadığını ispatlaması gerekir[34]. Uygulamaya göre "buradaki kusursuzluk, temerrüde düşmekteki kusursuzluktur. Yoksa, temerrüde düştükten sonraki aşamada gelişen olaylarda (yargılamanın uzaması vs.) aranan bir kusur değildir"[35]. Şu halde, önceki yargılamanın uzaması vb. gerekçelerle davalıya kusur atfedilmemesi gerekir. Başka bir deyişle, yargılamanın gecikmesi yüzünden munzam zararın tazminine hükmedilmemelidir. Nitekim, Yargıtay'ın da buna uygun kararları mevcuttur[36].

---

33 Ayrancı, 2006, s. 124 vd.; Altaş, 2001, s. 123; Zeytinoğlu, 2005, s. 257; Önderi, 2013, s. 280.

34 Eren, 2019, N. 3468; Hüseyin Hatemi - K. Emre Gökyayla, ***Borçlar Hukuku Genel Bölüm***, Vedat Kitapçılık, 4. Baskı, İstanbul 2017, § 26 N. 83; Reisoğlu, 2012, s. 380; Altaş, 2001, s. 122; Antalya, 2019, N. 2699.

35 Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 27.11.2007 tarihli ve E. 2007/13484 K. 2007/17980 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 25.1.2021 tarihli ve E. 2020/5000 K. 2021/381 sayılı kararı (KBİBB.); İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesinin 27.12.2021 tarihli ve E. 2021/157 K. 2021/3509 sayılı kararı (Lexpera).

36 Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 22.11.1994 tarihli ve E. 1994/8904 K. 1994/10313 sayılı kararı "Davacının bu alacağını geç tahsil etmesi yargılamanın uzamasından doğmakta olup, bundan dolayı davalıya atfedilecek bir kusur bulunmamaktadır. Bu durumda, davada munzam zarar istenmesinin koşulları bulunmamaktadır..." (KBİBB.).

Borçlu temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu çeşitli şekillerde ispatlayabilir. Meselâ, alacaklıya zamanında ulaşacak şekilde gönderdiği paranın kendi kusurundan kaynaklanmayan bir sebeple geciktiğini ispatlayan borçlu munzam zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulabilir. Aynı esas, alacağın varlığından haberdar olmadığını ve bunda bir kusurunun bulunmadığını ya da ödemeyi zamanında yapmamasının beklenilmeyen bir halden kaynaklandığını ispatlayan borçlu için de geçerlidir[37].

III. MUNZAM ZARARIN İSPATI

A. Bilimsel Görüşler

Munzam zararın ispatı konusundaki en önemli mesele, borçlunun temerrüdü tarihinden borcun ödendiği tarihe kadar para değerindeki kaybın yasal temerrüt faizinden fazla olmasıdır. Çünkü munzam zarar, daha ziyade yüksek enflasyon ve devalüasyondan kaynaklanır. Yüksek enflasyonun sebep olduğu para değerindeki düşmenin temerrüt faizinden fazla olması halinde, enflasyonun aşkın zarar olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, paranın alım gücünün azalması sebebiyle alacaklının uğradığı zarar munzam zarar olarak değerlendirilmelidir; hatta bu konuda Alman ve İsviçre Hukuku'na nazaran daha cesur bir yaklaşım sergilenmeli ve bu konuda alacaklı lehine fiilî bir karinenin varlığı kabul edilmelidir. Sonuç olarak, alacaklının temerrüdün gerçekleştiği tarihle ödemenin yapıldığı tarih arasında paranın alım gücünde azalma meydana geldiğini gösteren delilleri ibraz etmesi yeterlidir. Meselâ, resmî istatistikî veriler, yetkili makamlardan alınan raporlar gibi delillerin mahkemeye sunulması munzam zararın ispatı için yeterli sayılmalıdır. Böylece, her ne kadar çoğu olayda aşkın zararın miktarı tam olarak tespit edilemese de hâkim olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirlemelidir (TBK. m. 50/II). Buna karşılık, borçlu ödemeyi yapmış olsaydı dahi, alacaklının zarara uğrayacağını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir[38]. Özetlemek gerekirse, ilk

---

[37] Barlas, 1992, s. 194.

[38] Barlas, 1992, s. 212-213; Buz, 1998, s. 405-406; Tekinay vd., 1993, s. 943; Önderi, 2013, s. 294; Hakan Albaş, ***Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK m. 105)***, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 180-181; Sermet Akman, "Karşılaştırmalı Olarak Alman ve İsviçre Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ile Bu Konudaki Yargıtay Kararları", ***İstanbul Barosu Dergisi***, 1989, C. 63, S. 10-12, s. 635; Aydın Zevkliler - Şeref Ertaş - Ayşe Havutçu - Murat Aydoğdu - Emre Cumalıoğlu, ***Borçlar Hukuku Genel Hüküm-***

görüş gereğince, munzam zararın âdeta soyut olarak ispatlanması tazminat istemi için yeterli sayılmaktadır.

Türk-İsviçre Hukuku'nda[39] savunulan, Alman Hukuku'nda[40] hâkim olan ve İsviçre Federal Mahkemesi[41] tarafından benimsenen görüş gereğince, borçlunun temerrüdü esnasında enflasyon sebebiyle meydana gelen ve paranın alım gücünün azalması şeklinde ortaya çıkan değer kayıpların munzam zarar olarak değerlendirilmesi şartların bulunmasına bağlıdır. Yani, bu konuda alacaklı zararı somut olarak ispat külfeti altındadır. Bu itibarla, alacaklının munzam zararı isteyebilmesi için parayı zamanında elde etmiş olsaydı onu değer kaybından etkilenmeyecek biçimde değerlendirebileceğini ispatlaması gerekir. Alacaklı, her şeyden önce temerrüt faizini aşan bir zarara uğramış olduğunu ve bunun miktarını ispatlamalıdır. Başka bir deyişle, alacaklı zararının bu faizle karşılanamadığını ispat etmek zorundadır[42]. Bu sonuç, TBK. m. 114/II'nin atfıyla sözleşmeler alanında da uygulama alanı bulan TBK. m. 50/I'in zararın ispatının davacıya ait olduğu şeklindeki hükmüne uygundur. Söz konusu ispat külfetini yerine getirirken alacaklı herhangi bir ispat kolaylığından veya fiilî karineden yararlanamaz. Alacaklı munzam zarara yönelik mevcut tüm somut delilleri ibraz etmelidir. Çünkü, elde edilen paranın hemen değer kaybını önleyecek şekilde değerlendirileceğine yönelik bir hayat tecrübesi kuralı mevcut değildir. Tam tersine, para zamanında ödenseydi, para alacaklının elinde iken yine aynı değer kaybına

---

ler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler, Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2013, s. 332; Reisoğlu, 2012, s. 378; Kılıçoğlu, 2013, s. 718. Bunun dışında, paranın alındığı değerle geri verilmesinin faiz veya munzam zarar kapsamına dâhil sayılmayıp asıl borç kapsamında ele alınması gereken bir konu olduğuna yönelik görüş için bkz. Hatemi - Gökyayla, 2017, § 26 N. 83.

39 Peter Gauch - Walter R. Schluep - Jörg Schmid - Heinz Rey, ***Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II***, Schulthess Verlag, 7. Auflage, Zürich, 1998, N. 2434; Theo Guhl - Hans Merz - Max Kummer, ***Schweizerisches Obligationenrecht***, Schulthess Verlag, 7. Auflage, Zürich, 1980, s. 222; Heinrich Honsell - Nedim Peter Vogt - Wolfgang Wiegand, ***Basler Kommentar, Obligationenrecht I***, Helbing Lichtenhahn Verlag, 6. Auflage, Basel, 2015, Art 106 OR, N. 4; Bucher, 1988, s. 362; Eren, 2019, N. 3462; Ayrancı, 2006, s. 148; Altaş, 2001, s. 126; Zeytinoğlu, 2005, s. 262; Antalya, 2019, N. 2690; Gümüş, 2021, s. 930-931; Namık Kemal Uyanık, "Aşkın Zarar ve Hesaplanması", ***İstanbul Barosu Dergisi***, 2018, C. 92, S. 4, s. 128.

40 Karl Larenz, ***Lehrbuch des Shuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil***, C.H.Beck, 14. Auflage, Müchen, 1987, § 23 II; Julius von Staudinger - Manfred Löwisch, ***Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch***, 12. Auflage, Berlin 1979, BGB § 286, N. 26; Schmitz, s. 142; Ulrich Huber, ***Leistungsstörüngen Bd. II***, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, s. 55.

41 BGE 46 II 403; BGE 47 II 301; BGE 76 II 371.

42 Eren, 2019, N. 3465; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2014, § 17, N. 6; Barlas, 1992, s. 191; Altaş, 2001, s. 122.

uğrayacaktı. Bu görüşün benimsenmesi halinde, uygulamada sıkça karşılaşılan ve munzam zararın soyut biçimde ispatının yeterli olduğuna dayanan iddialara itibar edilmemelidir. Meselâ, "davalının temerrüde düştüğü dava tarihi ile fiili ödeme yaptığı tarih arasındaki 10 yılda temerrüt faizini aşan zararını kalem kalem ispat etmesine gerek bulunmamaktadır"; "ayrıca ve özellikle rakamların bu kadar açık ve net olduğu bir durumda faizle karşılanamayan munzam (aşkın) zararın başkaca bir ispata ihtiyacı yoktur"; "munzam zararının varlığının soyut olarak ispatı yeterli kabul edilmektedir" ve "munzam zarar alacaklısı enflasyonun yüksekliği ve paranın satın alma gücündeki azalmayı ileri sürerek munzam zarar alacağını ispat külfetinden kurtulmuş olacaktır..." şeklindeki iddialar tek başına munzam zararın ispatı için yeterli değildir.

B. Yargı Kararları

1. Yargıtay'ın Anayasa Mahkemesi'nin Kararından Önceki İçtihadı

Yargıtay'ın munzam zararın ispatına ilişkin iki farklı uygulaması mevcuttu. Bu itibarla, Yüksek Mahkeme daha önceki çoğu kararında munzam zararın somut olarak ispat edilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Söz konusu kararlara göre, yüksek enflasyon, döviz kurundaki artış, piyasadaki faiz oranlarının yüksek olması alacaklıyı munzam zararın gerçekleştiğini ispat yükünden kurtarmaz[43].

[43] Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 26.10.2016 tarihli ve E. 2016/3742 K. 2016/4383 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 12.5.2016 tarihli ve E. 2016/1049 K. 2016/2737 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 17.9.2014 tarihli ve E. 2014/17 K. 2014/5253 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 14.1.2015 tarihli ve E. 2014/1682 K. 2015/93 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 3.3.2016 tarihli ve E. 2015/8570 K. 2016/2363 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 28.1.2016 tarihli ve E. 2013/6380 K. 2016/1111 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 14.12.2015 tarihli ve E. 2015/5164 K. 2015/18416 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 24.10.2016 tarihli ve E. 2016/5099 K. 2016/13893 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 26.4.1984 tarihli ve E. 1984/2506 K. 1984/3157 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 12.4.1994 tarihli ve E. 4947 K. 7947 sayılı kararı (Mustafa Karahasan, ***Sorumluluk Hukuku C. I***, Ankara, 1996, s. 1015); Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 1.11.2016 tarihli ve E. 2014/13329 K. 2016/9629 sayılı kararı "Soyut anlatımlar, muhtemel kar kayıpları, elde edilmesi tahmin edilen gelir kalemleri munzam zararın ispatı için yeterli değildir. Yine yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu gibi hususlar davacıyı ispat yükünden kurtarmaz (HGK 2000/5-1611 E. ve 2000/1636 K. ilamı). 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 105. maddesinde karşılanması öngörülen, faizi aşan zararın, genel ekonomik olumsuzlukların (ülkede cari enflasyon oranı, yüksek ve değişken döviz kurları, mevduat faizleri) dışında, davacının durumuna özgü, somut vakıalarla ispatlanması gerekir (HGK'nın 31.10.2007 tarih ve 2007/11-668 E.-2007/798 K. ilamı). Davacı tarafça munzam zararın varlığına ilişkin herhangi bir somut delil ibraz edilmemiş olup bu haliyle davacı tarafça munzam zararın varlığı ispat edilememiştir" (KBİBB.).

Keza, başka bir içtihada göre, burada davacının ispatlaması gereken husus enflasyonun veya mevduat faizinin yüksekliği gibi genel olgular değildir; o, kendisinin geç ödemeden dolayı somut biçimde zarar gördüğünü ispatlamalıdır[44].

Bazı kararlarda ise enflasyonist ortamda alacaklının parasının değerini sabit tutmasının karine olarak kabul edilmesi gerektiği benimsenmiştir. Başka bir deyişle, enflasyonist ortamda bireyin parasının değerini sabit tutmak ve kazanç sağlamak için bir çaba ve girişimde bulunması, hiç olmazsa vadeli mevduat veya kurları devamlı yükselen döviz yatırımlarında değerlendirmesi olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine uygun düşen bir karine olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla, bu karinenin aksini, yani kusursuzluğunu ve sorumsuzluğunu ispat yükü borçluya düşer[45].

2. Anayasa Mahkemesi'nin Kararı

Yargıtay'ın çelişkili içtihadı bakımından kırılma noktasının Anayasa Mahkemesi'nin 21/12/2017 tarihli ve 2014/2267 başvuru numaralı kararına[46] konu uyuşmazlık olduğu söylenebilir. Karara konu olayda başvurucu ANO İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti. ile Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü (DSİ) arasında 09.05.1977

---

44 Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 12.5.2016 tarihli ve E. 2016/1049 K. 2016/2737 sayılı kararı "Dava konusu somut olaydaki çözümlenmesi gereken hukuki sorun; temerrüt faizini aşan bir zararın mevcut olup olmadığıdır. Yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu davacıyı ispat yükünden kurtarmaz. Zira; davacı para alacağını zamanında alması halinde ne şekilde kullanacağını kanıtlaması gerekir. Ayrıca alacaklı, uğradığı zararın kendisine ödenen temerrüt faizinden fazla olduğunu ispat etmek zorundadır. Soyut enflasyonun ya da bankalarda mevduat için ödenen faizin temerrüt faizinden yüksek oranda olması, munzam zararın gerçekleştiği ve kanıtlandığı anlamına gelmez. Burada davacının kanıtlaması gereken husus enflasyon ve mevduat faizinin yüksekliği gibi genel olgular değil, kendisinin şahsen ve somut olarak geç ödemeden dolayı zarar gördüğü keyfiyetidir. Örneğin alacağını zamanında tahsil edememekten ötürü, başkasına olan borcunu ödemek için daha yüksek oranda faizle borç aldığını, alacaklı olduğu parayı zamanında alsa idi yabancı para ile ödemek durumunda olduğu borcunu, geçen süre içinde gerçekleşen bu fark sebebiyle daha yüksek kurdan ödemek zorunda kaldığını kanıtlamak durumundadır. Ülkede yaşanan ekonomik kriz sebebiyle paranın döviz karşısında hızlı değer kaybı, yüksek enflasyon gibi genel afaki ve doğrudan davacının zararını ifade etmeyen umumi ekonomik konjonktürel olgular BK'nın 105. (TBK. m. 122.) maddesinde sözü edilen munzam zararın varlığını göstermez" (KBİBB.).

45 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 13.6.2012 tarihli ve E. 2011/18-730 K. 2012/373 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 19.6.2002 tarihli ve E. 2001/13-569 K. 2002/534 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.11.1999 tarihli ve E. 1998/13-353 K. 1999/929 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 4.2.2010 tarihli ve E. 2008/4799 K. 2010/1264 sayılı kararı (KBİBB.).

46 Ano İnşaat ve Ticaret Ştd. Şti, B. No: 2014/2267, 21/12/2017 (R.G. T. 25.1.2018, S. 30312).

tarihinde baraj yapım inşaatı sözleşmesi düzenlenmiş ve bu sözleşme gereğince başvurucu şirket tarafından inşaatın yapımına başlanmıştır. Ancak, 09.06.1988 tarihinde başvurucu ve DSİ tarafından bu işin tasfiyesi kararlaştırılmıştır. Tasfiye sonucunda DSİ, başvurucunun bu sürede yaptığı işler için kesin bir hesap çıkarmış; ancak başvurucu bu kesin hesaba itiraz ederek 10.10.1990 tarihinde alacak davası açmıştır. Yapılan yargılama sonucunda 19.04.2002 tarihinde başvurucunun 62.969,69 TL alacağı olduğuna hükmedilmiş ve bu hüküm Yargıtay tarafından düzeltilip onanarak 06.06.2002 tarihinde kesinleşmiştir. Söz konusu alacak 23.09.2002 tarihinde başvurucu tarafa ödenmiştir. Başvuru konusu olayda ise başvurucu, söz konusu mahkeme kararıyla hükmedilen alacağının mülk teşkil ettiğini ve bu alacağın ise davanın açıldığı 1990 yılından ödemenin yapıldığı 2002 yılına kadar devam eden dönemdeki yüksek enflasyon sebebiyle değer kaybına uğradığını belirterek mülkiyet hakkının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi somut olaya ilişkin kararını, "81. Sonuç olarak başvurucunun mülkiyet hakkı kapsamındaki alacağının enflasyon karşısında önemli ölçüde değer kaybına uğratılarak ödendiği anlaşıldığından başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklendiği kanaatine varılmıştır. Bu tespite rağmen derece mahkemelerinin başvurucunun zarara uğradığını ayrıca ispatlaması gerektiği yönündeki katı yorumu nedeniyle somut olay bakımından kamunun yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengenin başvurucu aleyhine bozulduğu değerlendirilmiştir. 82. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine karar verilmesi gerekir..." şeklinde gerekçelendirmiştir. Buna karşılık, iki üyenin karşı oy gerekçesi, "incelenen başvuruda, başvurucu şirketin inşaat sözleşmesi ile üstlendiği yükümlülüklerden ve bunları yerine getirememesi karşılığında ortaya çıkacak sorumluluklardan kurtulmak için tazminat talep etmemeyi kabul ettiği ve yaptığı işler karşılığında tahakkuk eden alacaklarının geç ödenmesine ilişkin temerrüt faizinin dışında bir alacağının da bulunmadığı anlaşıldığından, başvurucunun mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında kurulması gereken adil dengenin korunduğu, başvurucuya aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklenmediği düşüncesiyle çoğunluğun ihlâl kararına da katılmıyoruz" şeklinde ifade edilmektedir. Kısacası, her iki üye tarafından paranın değer kaybı yüzünden munzam zararın tazmininin istenebilmesi için somut olarak zararın ispatını arayan anlayış aşırı bir külfet olarak nitelendirilmemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda açıklanan kararı eleştiriye açıktır. Her şeyden önce, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararında ifade edildiği üzere, açık bir keyfilik olmadığı veya bariz bir takdir hatası içermediği sürece Anayasa Mahkemesi'nin hukuk kurallarının yorumlanması ve delillerin değerlendirilmesi bakımından mahkemelerin takdir yetkisine müdahalede bulunmaması gerekir. Nitekim, somut olayda derece mahkemesince verilen kararların bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içermediği söylenebilir. Çünkü, munzam zarar şartı kanunda (TBK. m. 122/I) açıkça öngörülmektedir. Söz konusu hükmün somut olaya uygulanması yüzünden bariz takdir hatasından veya açık bir keyfilikten söz edilemez. Tam tersine, TBK. m. 122 hükmünün varlığına rağmen, salt enflasyon gibi verilerden hareketle tazminata hükmedilmesinin bariz takdir hatası olarak değerlendirilebileceği dahi savunulabilir.

Kaldı ki, hak ihlâli iddiası ancak bireysel başvuru neticesinde Anayasa Mahkemesi'nce değerlendirilebilir. Ancak, bunun dışında mahkemeler olan hukuk çerçevesinde (TBK. m. 122 gereğince) karar vermek durumundadır. Aksine bir yaklaşım ise keyfiliğe ve bireysel başvurunun tamamen tersi biçimde davalı aleyhine hak ihlâline yol açar. Anayasa Mahkemesi'nce hükmün artık uygulanmaması gerektiğine ilişkin bir değerlendirme yapıldığı zaten düşünülmemelidir.

Eleştiriler bir kenara bırakılırsa, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda açıklanan kararının bundan sonraki başvurularda emsal teşkil edeceği şüphesizdir. Dolayısıyla, munzam zararın tazmini için açılan davaların reddedilerek kesinleşmesi üzerine bunun gibi birçok dosyada Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulacağını öngörmek için kâhin olmaya gerek yoktur.

Munzam zarara ilişkin mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine yönelik Anayasa Mahkemesi'nin 18.1.2022 tarihli ve 2019/28945 başvuru numaralı kararı[47] da mevcuttur. Ancak, bu karara göre, "hukuk sisteminde mevcut idari ve yargısal yolları tüketmeksizin bireysel başvuruda bulundukları anlaşılmıştır. 30. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir" şeklinde hüküm kurulmuştur. Şu halde, yargısal yollar tüketilmeksizin Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarının referans gösterilmesi ve böylece lehe hüküm tesis edilmesi girişimi uygun düşmez. Bundan sonra yapılacak başvurularda bu hususun göz önünde bulundurulması gerektiği önemle vurgulanmalıdır.

[47] Esen Mepa, B. No: 2019/28945, 18/1/2022.

3. Yargıtay'ın Anayasa Mahkemesi'nin Kararından Sonraki İçtihadı

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda açıklanan ilk kararına rağmen Yargıtay'ın daha sonraki güncel bazı içtihatlarında hâlen zararın somut olarak ispatını aradığı görülmektedir. Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarında faiz oranını aşan enflasyonun varlığı tek başına zarar olarak kabul edilmemekte ve daha somut unsurlar aranmaktadır. Gerçekten de, - karşı oy yazısında Anayasa Mahkemesi'nin yukarıdaki kararına atıfta bulunulmuş olmasına rağmen- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun güncel bir içtihadına göre, yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış veya serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu davacıyı ispat yükünden kurtarmaz. Davacının munzam zarar iddiasını kendi durumuna özgü ve somut vakıalarla ispatlaması gerekir[48]. Yargıtay'ın farklı daireleri[49] gibi, Bölge Adliye Mahkemelerinin[50] de aynı yönde içtihatları mevcuttur.

Doktrindeki hâkim görüşle örtüşen bazı kararları bulunmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin kararının Yargıtay içtihatlarını giderek daha fazla etkilediği söylenebilir. Gerçekten de, Yargıtay'ın burada soyut ispatı yeterli sayan yaklaşımının giderek daha fazla daire tarafından benimsendiği görülmektedir. Nitekim, Yargıtay'ın bazı dairelerinin görüşünün değişmesinde Anayasa Mahkeme-

---

48 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 9.12.2021 tarihli ve E. 2017/18-2800 K. 2021/1629 sayılı kararı (KBİBB.).

49 Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 23.3.2021 tarihli ve E. 2020/3860 K. 2021/2759 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin 19.1.2022 tarihli ve E. 2020/1472 K. 2022/437 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 25.1.2021 tarihli ve E. 2020/5000 K. 2021/381 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 10.3.2022 tarihli ve E. 2022/691 K. 2022/2136 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 29.3.2022 tarihli ve E. 2021/938 K. 2022/401 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 2.4.2019 tarihli ve E. 2018/1690 K. 2019/2185 sayılı kararı (KBİBB.).

50 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesinin 12.11.2020 tarihli ve E. 2019/319 K. 2020/1260 sayılı kararı "Aşkın-munzam zararın oluşabilmesi için uyuşmazlık konusu ekonomik arka planlı hukuki ilişkiden (ya da ihlalinden) dolayı davacının temerrüt faiziyle karşılanamayan somut bir zararının oluşması gerekmektedir. İlk derece mahkemesince somut olayda, iddianın ileri sürülüş biçimine göre davacının iddiaları denetime elverişli şekilde açıklattırılıp (dava dışı şirketin işletmesel sermaye miktarı itibarıyla kredi çekmesinin gerekip gerekmediği, gerekiyorsa hangi bankadan hangi tarihte, ne miktar kredi çekildiği, kredi için ne miktar kim tarafından ödeme yapıldığı, bunun sonucu temerrüt faiziyle karşılanmayan davacı zararının olup olmadığı açıklattırılıp), davacının munzam zararının nasıl oluştuğu temerrüt faiziyle karşılanamayan bir zararının olup olmadığı yönünde bir inceleme yaptırılmadığı, bilirkişiye sadece munzam zarar hesabı yaptırıldığı, mahkeme gerekçesinde de munzam zararın nasıl oluştuğu ve davacının somut zararı kapsamında parasını geç almasından dolayı temerrüt faiziyle karşılanamayan bir zararının olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapılmadığı anlaşılmıştır..." (KBİBB.); İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesinin 11.7.2018 tarihli ve E. 2018/132 K. 2018/742 sayılı kararı (KBİBB.).

si'nin kararının etkili olduğu hususu kimi kararlarda açıkça belirtilmektedir[51]. Böylece, Yargıtay'ın giderek daha da artan biçimde munzam zarara ilişkin zarar şartının ispatı bakımından somut ispat yerine soyut ispatı yeterli saydığı söylenebilir. Söz konusu kararlar gereğince, gecikme halinde temerrüt faizi ile karşılanamayan zarar karine olarak var kabul edilmeli ve söz konusu fiilî karinenin aksini ispat külfeti borçluya ait olmalıdır. Borçlu bu külfeti yerine getiremediği takdirde ise munzam zararı tazmin etmek zorundadır[52].

Yargıtay'ın soyut ispatı yeterli sayan içtihatlarında munzam zararın hesaplanmasında bazı verileri ölçüt olarak benimsediği söylenebilir. Söz konusu içtihat gereğince, "öncelikle temerrüt tarihleri ile tahsil tarihlerindeki enflasyon verilerini gösterir TEFE, TÜFE-ÜFE oranları, bankalardan mevduat faiz oranları, döviz kurları, devlet tahvil faiz oranları, işçi ücretleri ve diğer yatırım araçları ile ilgili bilgiler resmî kurumlardan sorulup tespit edildikten sonra tahsiline karar verilen alacağın tahsil edilip temerrüt tarihi itibariyle bu yatırım araçlarından oluşacak sepete yatırılması halinde tahsil tarihlerinde ulaşabileceği miktar ile bulunacak bu miktardan davada kabul edilen alacağın tahsil tarihinde ulaştığı

---

[51] Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 6.12.2018 tarihli ve E. 2018/3765 K. 2018/4907 sayılı kararı "Dairemizce uzun yıllar munzam zararın varlığını davacı alacaklının somut delillerle kanıtlamak zorunda olduğu kabul edilip uygulanmış olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucunda vermiş olduğu, 21.12.2017 gün ve 2014/2267 Sayılı başvuru numaralı kararına konu uyuşmazlıkta, başvurucunun mülkiyet hakkı kapsamındaki alacağının enflasyon karşısında önemli ölçüde değer kaybına uğratılarak ödendiği anlaşıldığından başvurucuya şahsi ve olağan dışı bir külfet yüklendiği, bu tespite rağmen derece mahkemelerinin başvurucunun zarara uğradığını ayrıca ispatlaması gerektiği yönündeki katı yorumu nedeniyle somut olay bakımından kamu yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengenin başvurucu aleyhine değerlendirilip mülkiyet hakkının ihlâl edildiğine ve yeniden yargılama yapılmasına karar verilmiş olması karşısında, hak ihlâline neden olmamak düşüncesiyle munzam zararın somut delillerle kanıtlanması gerektiği uygulamasından vazgeçilmiş, gelişen ekonomik koşullar, mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasındaki adil dengenin korunması Anayasa Mahkemesi'nin ihlâl kararlarının bağlayıcılığı göz önünde tutularak enflasyon ve buna bağlı olarak döviz kurları, mevduat faizleri, devlet tahvilleri ve diğer yatırım araçlarının faiz oranları ile birlikte getirilerinin temerrüt faizden fazla olması halinde munzam zararın varlığının karine olarak kabul edilmesi gerektiği benimsenmiştir..." (KBİBB.); Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 25.4.2018 tarihli ve E. 2017/2736 K. 2018/1742 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 28.11.2018 tarihli ve E. 2018/3499 K. 2018/4739 sayılı kararı (KBİBB.).

[52] Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 20.9.2018 tarihli ve E. 2016/12086 K. 2018/5488 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 27.6.2019 tarihli ve E. 2018/193 K. 2019/4929 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.3.2021 tarihli ve E. 2020/967 K. 2021/859 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 28.11.2018 tarihli ve E. 2018/3499 K. 2018/4739 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 25.4.2018 tarihli ve E. 2017/2736 K. 2018/1742 sayılı kararı (KBİBB.).

miktar hesaplattırılıp faizle karşılanmayan zarar ve miktarı konusunda yeniden oluşturulacak bilirkişi kurulundan gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekir"[53].

Yargıtay'ın[54] enflasyonun munzam zarara fiilî karine oluşturmasına yönelik olarak yararlandığı yasal dayanaklardan biri de HMK. m. 187/II hükmüdür. Buna göre, herkesçe bilinen (maruf ve meşhur olan) vakıalar çekişmeli sayılmaz. Buradan hareketle, enflasyonist ekonominin olumsuz etki ve sonuçlarının da bilinen vakıalar olduğu ve bunların ispatlanmasının gerekmediği ileri sürülmektedir. Sonuçta, alacaklının zararını ispatladığı karine olarak kabul edilmektedir.

4. Değerlendirme ve Şahsî Kanaatimiz

Uygulamada giderek artan eğilim, munzam zararın soyut olarak ispatını yeterli sayma yönünde olsa da, Yargıtay'ın farklı daireleri arasında halen bir görüş ayrılığının sürdüğü de görülmektedir. Oysa, her ikisi de para borcu olmasına rağmen birinde soyut ispat yeterli kabul edilerek munzam zarara hükmedilmesi gerektiği, diğerinde ise tam tersine bunun isabetli olmadığının benimsenmesi uygun düşmez. Her ne kadar önceden içtihatların birleştirilmesine gerek görülmemişse[55] de, hukukî güvenliği ve yeknesaklığı sağlamak üzere içtihadı bir-

---

[53] Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 6.12.2018 tarihli ve E. 2018/3765 K. 2018/4907 sayılı kararı (KBİBB.). Aynı yönde diğer içtihatlar için bkz. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 25.4.2018 tarihli ve E. 2017/2736 K. 2018/1742 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.3.2021 tarihli ve E. 2020/967 K. 2021/859 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 28.11.2018 tarihli ve E. 2018/3499 K. 2018/4739 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 18.10.2021 tarihli ve E. 2020/10700 K. 2021/10183 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 27.6.2019 tarihli ve E. 2018/193 K. 2019/4929 sayılı kararı (KBİBB.).

[54] Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 19.6.2002 tarihli ve E. 2001/13-569 K. 2002/534 sayılı kararı "Hal böyle olunca, enflasyonist ekonominin olumsuz etki ve sonuçları kamuca az veya çok herkesin bildiği, en önemlisi gerekli olduğu takdirde bilinebilmesinin kolayca gerçekleştirilebileceği ve mahkemelerin de bilgisi altında olan vakıalar olarak kabulü gerekir. Yasal deyimi ile "maruf ve meşhur" vakıalardır ve bunların ispatına gerek yoktur (HUMK. m. 238/2)... Bunların yanında, 20.10.1989 T. K.3 sayılı içtihadı Birleştirme Kararında "para her zaman kullanılması mümkün ve temettü getiren bir meta olduğundan geç ödenmesi halinde zararın vücudu muhakkaktır" şeklindeki kabulde az yukarda açıklanan hukuki tespit ve bulguları doğrulamaktadır. Şu durum karşısında, alacaklının davasında dayandığı maddi olgulara uygulanması zorunlu görülen HUMK. m. 238/2 ve MK. m. 7 anlamında belirlenen delillerle alacaklı zararının kanıtlandığına ilişkin karinenin vücut bulduğu ve böylece davacının zararını ispat yükümünü ifa ettiği açıktır..." (KBİBB.); Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 20.9.2018 tarihli ve E. 2016/12086 K. 2018/5488 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 3.5.2010 tarihli ve E. 2009/14780 K. 2010/6034 sayılı kararı (KBİBB.).

[55] Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 8.10.1999 tarihli ve E. 1997/2 K. 1999/1 sayılı kararı "Kaynağını değişik ve çok türlü maddi olaylardan alan munzam zararların kanıtlaması

leştirme kararıyla konunun açıklığa kavuşması gerektiği tekraren düşünülebilir. Zira, içtihatların birleştirilmesi yoluna benzer olaylar hakkında birbirine aykırı en az iki Yargıtay kararının bulunması halinde gidilebilir ki yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere uygulamada böyle çelişik kararlar yeterince mevcuttur. Bu sayede, yüksek enflasyon sebebiyle hukukî yollara başvuracak kimseler nezdindeki tereddütler de bertaraf edilmiş olur.

Bunun dışında, enflasyonun (para değerindeki düşüşün) munzam zarar teşkil edip etmeyeceği hususunda olan hukuk (de lege lata) ve olması gereken hukuk (de lege ferenda) ayrımı düşünülebilir. Olan hukuk (pozitif hukuk=mevzu hukuk=mevzuat) gereğince, Yargıtay'ın bazı dairelerinin sırf enflasyon oranından hareketle aşkın zararın soyut da olsa ispatlandığını kabul etmesi mevcut hükümler ve ekonomik veriler yüzünden anlayışla ve makul karşılanabilir. Ancak, bu yaklaşım teorik açıdan sağlam bir zemine dayanarak savunulamaz. Aksi yönde bir yaklaşım, kanundaki temerrüt faizine ilişkin oran hükmünün fiilen uygulamadan kalkmasına yol açar. Başka bir deyişle, "mevduat faizi, altın, döviz, enflasyon, asgarî ücret artışı sepetindeki ortalamalar ya da önerilen şekilde en az ve vadeli mevduat faizi ile temerrüt faizi arasındaki farkın munzam zarar olduğu varsayılıp munzam zararın kanıtlanmasına gerek yoktur" denildiği takdirde, 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun ile diğer kanunlardaki faizle ilgili hükümlerin uygulanması pratik anlamda sonuçsuz kalır. Yani, alacaklının herhangi bir zarara uğradığını somut biçimde ispatlamasını beklemeksizin enflasyon oranında bir zarara uğradığını peşinen kabul etmek demek yasal temerrüt faiz oranını yasal dayanaktan yoksun biçimde enflasyon oranına çıkarmak demektir. Ancak, bu yetki sadece konun koyucu tarafından kullanılabilir[56]. Üstelik, bu yaklaşımını diğer bir tehlikesi de para borcuna ilişkin neredeyse her olayda munzam zarara hükmedilmesi sonucuna yol açmaya elverişli olmasıdır. Ne var ki, konun koyucunun TBK. m. 122 hükmüyle güttüğü amacın bu olmadığını söylemek gerekir. Ayrıca, hâkimin hukuk yaratması ancak hukuk boşluğunda söz konusu olur (TMK. m. 1/II). Somut olaya uygulanacak bir hüküm varken, hâkim kendisini kanun koyucunun yerine koyarak bir çözüm getiremez. Çünkü, burada hukuk boşluğu ve hatta kanun boşluğu dahi yoktur. Ni-

işleminin, içtihatların birleştirilmesi yoluna benzer olaylar hakkında birbirine aykırı en az iki Yargıtay kararının bulunması halinde gidilebilir ki yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere uygulamada böyle çelişik kararlar yeterince mevcuttur. Bu sayede, yüksek enflasyon sebebiyle hukukî yollara başvuracak kimseler nezdindeki tereddütler de bertaraf edilmiş olur.

Bunun dışında, enflasyonun (para değerindeki düşüşün) munzam zarar teşkil edip etmeyeceği hususunda olan hukuk (de lege lata) ve olması gereken hukuk (de lege ferenda) ayrımı düşünülebilir. Olan hukuk (pozitif hukuk=mevzu hukuk=mevzuat) gereğince, Yargıtay'ın bazı dairelerinin sırf enflasyon oranından hareketle aşkın zararın soyut da olsa ispatlandığını kabul etmesi mevcut hükümler ve ekonomik veriler yüzünden anlayışla ve makul karşılanabilir. Ancak, bu yaklaşım teorik açıdan sağlam bir zemine dayanarak savunulamaz. Aksi yönde bir yaklaşım, kanundaki temerrüt faizine ilişkin oran hükmünün fiilen uygulamadan kalkmasına yol açar. Başka bir deyişle, "mevduat faizi, altın, döviz, enflasyon, asgarî ücret artışı sepetindeki ortalamalar ya da önerilen şekilde en az ve vadeli mevduat faizi ile temerrüt faizi arasındaki farkın munzam zarar olduğu varsayılıp munzam zararın kanıtlanmasına gerek yoktur" denildiği takdirde, 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun ile diğer kanunlardaki faizle ilgili hükümlerin uygulanması pratik anlamda sonuçsuz kalır. Yani, alacaklının herhangi bir zarara uğradığını somut biçimde ispatlamasını beklemeksizin enflasyon oranında bir zarara uğradığını peşinen kabul etmek demek yasal temerrüt faiz oranını yasal dayanaktan yoksun biçimde enflasyon oranına çıkarmak demektir. Ancak, bu yetki sadece konun koyucu tarafından kullanılabilir[56]. Üstelik, bu yaklaşımını diğer bir tehlikesi de para borcuna ilişkin neredeyse her olayda munzam zarara hükmedilmesi sonucuna yol açmaya elverişli olmasıdır. Ne var ki, konun koyucunun TBK. m. 122 hükmüyle güttüğü amacın bu olmadığını söylemek gerekir. Ayrıca, hâkimin hukuk yaratması ancak hukuk boşluğunda söz konusu olur (TMK. m. 1/II). Somut olaya uygulanacak bir hüküm varken, hâkim kendisini kanun koyucunun yerine koyarak bir çözüm getiremez. Çünkü, burada hukuk boşluğu ve hatta kanun boşluğu dahi yoktur. Ni-

---

işleminin, içtihatların birleştirilmesi yoluna benzer olaylar hakkında birbirine aykırı en az iki Yargıtay kararının bulunması halinde gidilebilir ki yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere uygulamada böyle çelişik kararlar yeterince mevcuttur. Bu sayede, yüksek enflasyon sebebiyle hukukî yollara başvuracak kimseler nezdindeki tereddütler de bertaraf edilmiş olur.

Bunun dışında, enflasyonun (para değerindeki düşüşün) munzam zarar teşkil edip etmeyeceği hususunda olan hukuk (de lege lata) ve olması gereken hukuk (de lege ferenda) ayrımı düşünülebilir. Olan hukuk (pozitif hukuk=mevzu hukuk=mevzuat) gereğince, Yargıtay'ın bazı dairelerinin sırf enflasyon oranından hareketle aşkın zararın soyut da olsa ispatlandığını kabul etmesi mevcut hükümler ve ekonomik veriler yüzünden anlayışla ve makul karşılanabilir. Ancak, bu yaklaşım teorik açıdan sağlam bir zemine dayanarak savunulamaz. Aksi yönde bir yaklaşım, kanundaki temerrüt faizine ilişkin oran hükmünün fiilen uygulamadan kalkmasına yol açar. Başka bir deyişle, "mevduat faizi, altın, döviz, enflasyon, asgarî ücret artışı sepetindeki ortalamalar ya da önerilen şekilde en az ve vadeli mevduat faizi ile temerrüt faizi arasındaki farkın munzam zarar olduğu varsayılıp munzam zararın kanıtlanmasına gerek yoktur" denildiği takdirde, 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun ile diğer kanunlardaki faizle ilgili hükümlerin uygulanması pratik anlamda sonuçsuz kalır. Yani, alacaklının herhangi bir zarara uğradığını somut biçimde ispatlamasını beklemeksizin enflasyon oranında bir zarara uğradığını peşinen kabul etmek demek yasal temerrüt faiz oranını yasal dayanaktan yoksun biçimde enflasyon oranına çıkarmak demektir. Ancak, bu yetki sadece konun koyucu tarafından kullanılabilir[56]. Üstelik, bu yaklaşımını diğer bir tehlikesi de para borcuna ilişkin neredeyse her olayda munzam zarara hükmedilmesi sonucuna yol açmaya elverişli olmasıdır. Ne var ki, konun koyucunun TBK. m. 122 hükmüyle güttüğü amacın bu olmadığını söylemek gerekir. Ayrıca, hâkimin hukuk yaratması ancak hukuk boşluğunda söz konusu olur (TMK. m. 1/II). Somut olaya uygulanacak bir hüküm varken, hâkim kendisini kanun koyucunun yerine koyarak bir çözüm getiremez. Çünkü, burada hukuk boşluğu ve hatta kanun boşluğu dahi yoktur. Ni-

işleminin, içtihatların birleştirilmesi yoluna benzer olaylar hakkında birbirine aykırı en az iki Yargıtay kararının bulunması halinde gidilebilir ki yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere uygulamada böyle çelişik kararlar yeterince mevcuttur. Bu sayede, yüksek enflasyon sebebiyle hukukî yollara başvuracak kimseler nezdindeki tereddütler de bertaraf edilmiş olur.

Bunun dışında, enflasyonun (para değerindeki düşüşün) munzam zarar teşkil edip etmeyeceği hususunda olan hukuk (de lege lata) ve olması gereken hukuk (de lege ferenda) ayrımı düşünülebilir. Olan hukuk (pozitif hukuk=mevzu hukuk=mevzuat) gereğince, Yargıtay'ın bazı dairelerinin sırf enflasyon oranından hareketle aşkın zararın soyut da olsa ispatlandığını kabul etmesi mevcut hükümler ve ekonomik veriler yüzünden anlayışla ve makul karşılanabilir. Ancak, bu yaklaşım teorik açıdan sağlam bir zemine dayanarak savunulamaz. Aksi yönde bir yaklaşım, kanundaki temerrüt faizine ilişkin oran hükmünün fiilen uygulamadan kalkmasına yol açar. Başka bir deyişle, "mevduat faizi, altın, döviz, enflasyon, asgarî ücret artışı sepetindeki ortalamalar ya da önerilen şekilde en az ve vadeli mevduat faizi ile temerrüt faizi arasındaki farkın munzam zarar olduğu varsayılıp munzam zararın kanıtlanmasına gerek yoktur" denildiği takdirde, 3095 sayılı Kanunî Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun ile diğer kanunlardaki faizle ilgili hükümlerin uygulanması pratik anlamda sonuçsuz kalır. Yani, alacaklının herhangi bir zarara uğradığını somut biçimde ispatlamasını beklemeksizin enflasyon oranında bir zarara uğradığını peşinen kabul etmek demek yasal temerrüt faiz oranını yasal dayanaktan yoksun biçimde enflasyon oranına çıkarmak demektir. Ancak, bu yetki sadece konun koyucu tarafından kullanılabilir[56]. Üstelik, bu yaklaşımını diğer bir tehlikesi de para borcuna ilişkin neredeyse her olayda munzam zarara hükmedilmesi sonucuna yol açmaya elverişli olmasıdır. Ne var ki, konun koyucunun TBK. m. 122 hükmüyle güttüğü amacın bu olmadığını söylemek gerekir. Ayrıca, hâkimin hukuk yaratması ancak hukuk boşluğunda söz konusu olur (TMK. m. 1/II). Somut olaya uygulanacak bir hüküm varken, hâkim kendisini kanun koyucunun yerine koyarak bir çözüm getiremez. Çünkü, burada hukuk boşluğu ve hatta kanun boşluğu dahi yoktur. Ni-

---

tekim TBK. m. 122 hükmü de gayet açıktır ve temerrüt faiziyle karşılanamayan (aşkın) zararın varlığı ve bunun ispatlanması aranmalıdır.

Burada kanun boşluğu gibi kural içi boşluktan da söz edilemez. Başka bir deyişle, aşkın zararın olup olmadığı somut delillerle ortaya konulmalıdır; hâkim vicdanî kanaatinden hareketle böyle bir değerlendirmede bulunamaz. Çünkü, hâkimin takdir yetkisi (TMK. m. 4) ancak kanunda açıkça öngörülen hallerde mümkündür. Böyle bir kural içi boşluğa misal TBK. m. 50/II hükmüdür. Buna göre, zararın miktarı tam olarak ispatlanamazsa, hâkim olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler. Önemle belirtilmelidir ki, doktrinde de benimsendiği üzere, burada hâkime takdir yetkisi tanınan husus şudur; bir zarar vardır; ama bunun miktarı tam olarak tespit edilememektedir. Meselâ, destekten yoksun kalma tazminatında durum böyledir. Oysa, zarar yokken veya zararın varlığı ispatlanamamışken, farazî olarak zararın miktarını takdir etmeye girişmek açıkça hükme aykırılık oluşturur[57]. İşte, TBK. m. 122 hükmüne ilişkin söz konusu meselede durum tam da böyledir. Zira, TBK. m. 122 hükmü gereğince, zararın varlığının ispatlanması yukarıda verdiğimiz misallerde olduğu gibi somut delillerle ortaya konulmuş olmalıdır. Salt soyut zarar iddiasından hareketle verilecek aksi yönde bir içtihat kanunun emredici hükmüne (zarar şartına) açıkça aykırılık teşkil eder.

Götürü tazminat niteliğindeki temerrüt faizinden farklı olarak, burada zararın varlığı şarttır. Zararı da ispatlayacak olan alacaklı taraftır. Çünkü, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür (TMK. m. 6). Dolayısıyla, alacaklı temerrüt faizi dışında bir zararının olduğunu net ve inanılır bir biçimde ispatlamalıdır. Yoksa alacaklının iddiasını sadece enflasyona dayandırmış olması onu ispat yükünden kurtarmaz. Soyut iddialardan hareketle, temerrüt faiz oranını aşan her fark mutlak surette ve kendiliğinden zarar olarak kabul edilemez. Bu yönde fiilî bir karine yaratılamaz[58]. Nitekim, Yargıtay'ın sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin bakış açısı da bunu doğrulamaktadır. Çünkü, Yargıtay'a göre, Türkiye gibi kırılgan bir ekonomide piyasa şartları öngörülebilir niteliktedir[59]. Dolayısıyla, salt piyasadaki ekonomik şartlardan hareketle bir talepte bulunmak teorik açıdan isabetli değildir.

---

57 Oğuzman - Öz, 2013, s. 84.

58 Altaş, 2001, s. 126.

59 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 14.9.2021 tarihli ve E. 2017/13-2308 K. 2021/994 sayılı kararı "Somut olayda da davacı kendi özgür iradesi ile TL üzerinden ve kredi faizi ödemek suretiyle konut kredisi kullanabilecekken, JPY üzerinden kredi kullanmış, döviz artışlarının baş-

Yargıtay'ın enflasyonu bilinen vakıa sayıp munzam zararı ispat şartının yerine getirildiğini fiilî karine olarak benimsemesi de isabetli değildir. Nitekim, Yüksek Mahkeme'nin aksi yönde içtihatları da mevcuttur[60].

Her şeyden önce bilinen vakıalar daha ziyade Gölcük depremi, genel seçimlerin yapıldığı gün gibi önemli tarihî olaylardır[61]. Oysa, yüksek enflasyonun varlığı bu kapsamda değerlendirilemez; yani salt yüksek enflasyon munzam zararın somut olarak ispatı konusunda alacaklıyı ispat yükünden kurtarmaz[62]. Ayrıca karine, bilinen bir olaydan, bilinmeyen diğer bir olay için çıkarılan sonuçtur. Fiilî karineler, hâkim tarafından elde edilen sonuçlardır. Fiilî karine lehine olan taraf o vakıaya ispatlamış sayılır; bunun aksini ispat ise mümkündür. Meselâ, muvazaaya dayalı davada hısımlık vb. yakınlık ilişkisi gerçeği bilme bakımından fiilî karine oluşturmaktadır. Ama, munzam zarar meselesinde olduğu üzere kanun boşluğunun bulunmadığı ve hukuk kuralının açık olduğu bir yerde fiilî karineye dayanılarak içtihat geliştirilmesi teknik açıdan isabetli değildir[63]. Üstelik, fiilî karinenin varlığı ispat yükünün ters çevrilmesine yol açmaz. Fiilî karine sadece ispatın kolaylaşmasına katkı sağlar. Bu esas İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da benimsenmektedir[64]. Dolayısıyla, munzam zararın ispatı

---

lamasına kadar yaklaşık üç buçuk yıl sözleşmeyi benimseyerek taksitlerini ödemiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin 6. maddesinde "Dövize endeksli kredide yıl içindeki kur riski borçluya aittir." şeklinde açıklama mevcuttur. Davacı döviz üzerinden on yıl vadeyle kredi kullanırken JPY'de değer azalması söz konusu olduğunda TL karşılığı ödemelerinde de azalma olabileceğini değerlendirerek tercih hakkını kullandığı gibi, günümüz ülke koşullarında ilerleyen yıllarda dövizde ödeme güçlüğü doğuracak dalgalanmalarla karşılaşabileceğini de öngörebilir durumdadır. Sözleşmenin imzalanmasından sonra değişen koşulların ödeme güçlüğü doğurması yukarıda izah edildiği üzere tek başına sözleşmenin uyarlanması için yeterli olmadığından, Mahkemece uyarlama için aranan öngörülemezlik koşulunun somut olayda gerçekleştiğinin kabul edilemeyeceğinin gözetilmemesi hatalıdır".

60 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 9.12.2021 tarihli ve E. 2017/18-2800 K. 2021/1629 sayılı kararı "Uğranılan zarar, yetkili merciin belirlediğinden fazla ve bu nedenle 105. maddeye dayanılarak munzam zarar istenecek ise, artık o merciin, zararın oranını belirlemek için kullandığı/dikkate aldığı/değerlendirdiği ölçülere ve bunların "maruf ve meşhur" oldukları olgusuna değil, davaya özgü somut vakıalara dayanılması gerekir. Bunlar da, elverişli ve geçerli delillerle kanıtlanmalıdır..." (KBİBB.).

61 Baki Kuru - Ramazan Arslan - Ejder Yılmaz, ***Medenî Usul Hukuku***, Yetkin Yayınevi, 24. Baskı, Ankara, 2013, s. 353.

62 Altaş, 2001, s. 128.

63 Seyfullah Edis, ***Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri***, 6. Baskı, AÜHF Yayınları, Ankara, 1997, s. 367; Altaş, 2001, s. 127.

64 BGE 117 II 258; BGE 123 III 243; Buz, 1998, s. 405.

bu tür fiilî karinelerden hareketle soyut hale gelmez ve ispat yükünün ters çevrildiğinden söz edilemez.

Munzam zarar müspet zarar mahiyetinde olmakla beraber, salt enflasyonun soyut olarak ispatının munzam zarar teşkil etmeyeceğine yönelik hem müspet zarar hem de menfi zarar şeklindeki zarar türleri de emsal gösterilebilir. Çünkü, müspet zarar için fiilî zarar veya yoksun kalınan kâr aranır; menfi zararda da fiilî zararın veya kaçırılan fırsatın varlığı şarttır. Ortada herhangi bir kaçırılan fırsat yokken menfi zarara hükmedilemediğine göre, varsayımsal bir yaklaşımla munzam zarara hükmedilmesi teorik açıdan nasıl izah edilebilir?

Olması gereken hukuk bakımından açıkça belirtilmelidir ki kanunda öngörülen faiz oranları enflasyonun da etkisiyle beraber alacaklının mağduriyetini karşılamaktan ve piyasa gerçeklerini yansıtmaktan tamamen uzaktır. Meselâ, borucunu ödemediği için yıllık %9 temerrüt faizi ödemek zorunda kalan borçlu aslında günümüzdeki ekonomik şartlarda kullanılabilecek en ucuz krediyi elde etmiş olur. Ahde vefa ilkesine aykırı olsa da böyle bir durumda borçlunun temerrüdü sebebiyle meselenin yargıya intikal edip yıllarca alacaklının süründürülmesi borçlunun işine gelir. Sonuç olarak, hâlihazırdaki enflasyon verileri göz önünde bulundurulunca, borcu ödemeyi değil ödememeyi cazip kılan %9'luk yasal faiz oranının somut olay adaletini gerçekleştirmesinin mümkün olmadığı tereddütsüz kabul edilmelidir. Meselâ, yüklenici firmadan 2013 yılında daire satın alan, ancak daire kendisine teslim edilmeyince 2014 yılında bedelin iadesi ve temerrüt faizinin ödenmesi için dava açan alıcı lehine davanın 2022 yılında kesinleşmesi sonucunda toplam 200.000 TL para ödenmiş olsun. Mevcut ekonomik şartlar çerçevesinde alıcının eline geçen bu meblağın başka bir konut satın almasına yetmediği, dolayısıyla ortaya çıkan sonucun adil olmadığı gerçektir. Ama, bu noktada, Yargıtay'ın kanun koyucunun yerine geçerek enflasyonun para borçlarındaki etkisini alacaklı taraf lehine dengelemesi şeklinde üretilen çözüm de hukukî açıdan isabetli değildir. Kanun koyucunun resmî istatistiki verileri de göz önünde bulundurarak yasal faiz oranını değiştirmesi nispeten de olsa bir çözüm olarak düşünülebilir. Gerçekten de, temerrüt faiz oranının borçluyu zamanında ifaya zorlayacak oranda olması gerekir. Bunun için sabit bir oranın yerine ekonomik şartlardaki değişikliğe göre şekil almaya elverişli; yani değişken faiz oranının belirlenmesi önerilebilir[65].

[65] Buz, 1998, s. 393 vd.; Mustafa Serhat Şen - Mustafa Kamil Şen, "Faizlerin Sınırlandırılması Sorunu", ***Türkiye Adalet Akademisi Dergisi***, 2018, C. 9, S. 33, s. 801.

Görüldüğü üzere, meselenin özünde munzam zarar değil, aslında temerrüt faizi oranı yer almaktadır. Dolayısıyla, temerrüt faizine ilişkin bu çözüm dışında TBK. m. 122 hükmündeki esasları boşa çıkaran pratik yaklaşım teorik açıdan isabetli değildir. Bunun yerine, radikal bir çözüm olarak TBK. m. 122 hükmünde tamamen ortadan kaldırılıp her para borcunda ödeme tarihine göre hüküm verileceği düzenlenebilir. Ama, teorik açıdan isabetli olmayan bu yaklaşımın oldukça eleştiriye açık olacağı şüphesizdir. Bunun yerine, TBK. m. 122 hükmüne bağlı kalarak munzam zararda somut biçimde ispatı arayan içtihat benimsenmelidir. Bunun halihazırdaki sorunu gidermeyeceği düşünülebilir. Ancak, söz konusu çalışmanın esas amaçlarından biri pratikteki bu adaletsiz durumun korunmasını sağlamak değil, tam tersine bu haksızlığa dikkat çekerek meselenin kanun koyucu tarafından nihaî bir çözüme kavuşturulması gerektiğini ifade etmektir.

IV. ZAMANAŞIMI

Munzam zararın tazmini bakımından zamanaşımı süresi de tartışmalıdır. Bir görüşe görüşe göre, tazminat istemi asıl borcun ifasını isteme hakkının kapsamına dâhil olan ve onun uzantısını oluşturan bir haktır. Dolayısıyla, tazminat istemi asıl borca uygulanan zamanaşımına tâbidir[66]. Kanaatimizce de, munzam zararın tazmini isteminin asıl borca ilişkin esaslara tâbi olması teorik açıdan tutarlıdır.

Başka bir görüşe göre ise, munzam zarar asıl alacaktan bağımsızdır. Bununla beraber, munzam zararın tazmininde haksız fiildeki iki ve on yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır[67].

Diğer bir görüşe göre ise, tazmin yükümlülüğü temerrüt sebebiyle doğan yeni ve bağımsız bir borç niteliğindedir. Dolayısıyla, temerrüt konusu borcun kaynağı ne olursa olsun, munzam zararın tazminini isteme hakkı on yıllık genel zamanaşımına tâbi tutulmalıdır (TBK. m. 146)[68]. Nitekim, Yargıtay'ın da aynı görüşte olduğu belirtilebilir[69].

---

66 Staudinger - Löwisch, 1979, § 284 BGB, N. 69; Kılıçoğlu, 2013, s. 720; Şerafettin Şirin, ***Hukukumuzda Faizi Aşan Munzam Zarar ve Faiz***, Alfa Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 313.

67 Bilal Kartal, "Faizi Aşan Zarar", ***Yargıtay Dergisi***, 1997, C. 23, S. 4, s. 514.

68 Barlas, 1992, s. 226; Zeytinoğlu, 2005, s. 262; Önderi, 2013, s. 278, 285. Muhammet Burak Kulaberoğlu, "Temerrüt Faizi ve Aşkın Zarar", ***İstanbul Barosu Dergisi***, 2020, C. 94, S. 4, s. 176.

69 Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 19.10.2004 tarihli ve E. 2004/5998 K. 2004/14915 sayılı kararı "Munzam zarar temerrüt ile oluşmaya başlayan, asıl borcun ifasına kadar geçecek zaman

Zamanaşımı süresi alacağın muaccel olduğu; yani aşkın zararın doğduğu tarihten itibaren işlemeye başlar[70]. Yargıtay'ın bazı içtihatları bu görüşe uygundur[71]. Kanaatimizce de muacceliyet anını esas alan bu yaklaşım teorik açıdan doğrudur.

Doktrindeki bir görüşe göre ise asıl alacak ödenmedikçe zamanaşımı süresi işlemeye başlamamalıdır[72]. Aynı şekilde, Yargıtay'ın bazı içtihatlarına göre, "Asıl alacak davasının açıldığı tarihte, alacağın geç tahsili nedeniyle oluşan munzam zararın miktarının tespiti imkân dâhilinde ise aynı tarihte davanın açılmasının gerektiği ve zamanaşımının o tarihte başladığı düşünülebilir ise de alacağın hiç ödenmemesi veya kısmen ödenmesi halinde oluşacak zararın miktarının tespiti mümkün olmadığından, munzam zarar davalarında zamanaşımının başlangıç tarihinin alacağın tamamının tahsil edildiği tarih olarak düşünülmesi gereklidir"[73]. Aksi görüşe[74] rağmen, bu yaklaşım her ne kadar alacaklı lehine görünse de, teorik açıdan isabetli değildir. Üstelik, söz konusu içtihat alacaklıyı zararı azaltma külfetine aykırı davranarak zararın artmasını beklemeye teşvik edebilir. Meselâ, alacak davasıyla beraber veya ondan bağımsız olarak munzam zararının tazminini istemek yerine aradaki uçurumun daha da genişlemesini bekleyen bir alacaklının âdeta ödüllendirilmesinin ne kadar isabetli olduğu düşündürücüdür.

SONUÇ

Munzam zararın tazmininde soyut ispatı yeterli sayan yaklaşım istemeden de olsa alacaklıya âdeta mutlak surette bir tazminat imkânı sunmaktadır. Mun-

içinde artarak devam eden yeni bir borçtur. Asıl borcun kaynağı haksız fiil, nedensiz zenginleşme veya sözleşme olduğu halde, bu borcun hukuki sebebi asıl alacağın temerrüde uğraması gibi hukuka aykırılıktır. O nedenle, asıl alacak ve temerrüt faizleri yönünden icra takibi yapması ve dava açılması sırasında onlarla birlikte istenilmemiş olması veya bu zarar hakkının saklı tutulmamış olması davanın görülmesine engel değildir. Zamanaşımı süresi içinde her zaman bu yöne ilişkin dava açılabilir..." (KBİBB.); Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 9.12.2021 tarihli ve E. 2017/18-2800 K. 2021/1629 sayılı kararı "Ayrı bir dava ile on yıllık zaman aşımı süresi içerisinde her zaman istenmesi mümkündür..." (KBİBB.); Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 18.10.2021 tarihli ve E. 2020/10700 K. 2021/10183 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 27.4.1995 tarihli ve E. 1995/2462 K. 1995/3870 sayılı kararı (KBİBB.).

70 Barlas, 1992, s. 226; Zeytinoğlu, 2005, s. 262; Önderi, 2013, s. 278.

71 Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 30.10.2001 tarihli ve E. 2001/5381 K. 2001/8432 sayılı kararı (KBİBB.); Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 19.9.2011 tarihli ve E. 2011/5508 K. 2011/10442 sayılı kararı (KBİBB.).

72 Kartal, 1997, s. 514.

73 Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 6.3.2006 tarihli ve E. 2005/7100 K. 2006/1234 sayılı kararı (KBİBB.).

74 Önderi, 2013, s. 286-287.

zam zararın tazmini bakımından zararın soyut olarak ispatını yeterli sayan anlayış isabetli değildir. Aksi takdirde, munzam zararla temerrüt faizi arasındaki fark önemli ölçüde ortadan kaldırılmış olur.

Salt yüksek enflasyonun varlığı temerrüt faizi dışında bir zararın olduğu anlamına gelmez. Zarar teorisine ilişkin genel esaslar göz önünde bulundurulunca aksinin kabulü pek mümkün görünmemektedir. O halde, alacaklının sadece yüksek enflasyona dayanması munzam zararın ispatı için yeterli kabul edilmemelidir; onun munzam zararını somut olarak ispatlaması aranmalıdır. Hal böyle olunca Yargıtay'ın meseleye ilişkin yaklaşım değişikliğinin Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla birlikte pratik saiklerden kaynaklandığı söylenebilir.

Bireysel başvuru kararları ilgili dosya bakımından bağlayıcıdır; bunların tüm yargısal uygulamalar için bağlayıcı olduğundan ise söz edilemez. Bununla beraber, bunların temel hak ve özgürlüklerin kapsamının belirlenip bu kapsama uygun yargısal uygulamaların gerçekleştirilebilmesi için yol gösterici etkiye sahip kararlar olarak dikkate alınması muhtemeldir. Dolayısıyla, soyut iddiaları mahkemelerce reddedilip kesinleşen başka kimselerin de bireysel başvuru yolunu tercih etmesi kaçınılmazdır. Bu şekilde dolambaçlı yollara tevessül edilmesinin önüne geçmeyi sağlayacak gerçek çözüm ise meselenin özünü teşkil eden temerrüt faiz oranına ilişkin yasal bir değişikliğin yapılması ve değişken faiz oranının tercih edilmesidir. Bu sayede, munzam zararın ispatı konusunda çözüm yeri olarak Anayasa Mahkemesi'nin kapısının aşındırılmasının önüne geçilmiş olur. Çünkü, munzam zararın soyut ispatını yeterli sayan görüş aslında sabit ve çok düşük durumdaki temerrüt faiz oranının kusurlarını rötuşlamaktadır. Gerçekten de, uygulamanın munzam zarar müessesesini enflasyonun yarattığı tahribatı telafi etmek üzere bir manivela olarak kullanmasının temel sebebi kanundaki sabit faiz oranına ilişkin esasın yetersiz olmasıdır. Bu zamana kadar doktrinde yapılan eleştirilere rağmen kanun koyucunun bu konuda değişikliğe gitmemesi uygulamada munzam zarardan hareketle varılan çözüme anlayışla yaklaşılmasına ve makul karşılanmasına sebep olmaktadır. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin bireysel başvuru sonucunda verdiği ilk içtihattan anlaşıldığı üzere bunun sonuncu içtihat olmayacağı aşikardır. Kişilerin uğradıkları zararı bu şekilde dolaylı yoldan elde etmesine onları sevk etmek yerine, mesele faiz oranında yapılacak değişiklikle beraber daha kalıcı ve esnek bir çözüme kavuşturulabilir. Bu sayede, munzam zarar teorik açıdan isabetli olduğu üzere kendi gerçek (doğal) sınırlarına dönmüş olur.

KAYNAKÇA

AKINCI, Şahin, ***Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler***, 12. bs., Konya, Sayram Yayıncılık, 2021.

AKKURT, Sinan Sami - ERDOĞAN, Kemal - TOKAT, Hüseyin, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Hükümler (Özel Borç İlişkileri)***, 5. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.

AKMAN, Sermet, "Karşılaştırmalı Olarak Alman ve İsviçre Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ile Bu Konudaki Yargıtay Kararları", ***İBD***, C. 63, S. 10-12, 1989, ss. 624-636.

ALBAŞ, Hakan, ***Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK m. 105)***, 1. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2004.

ALTAŞ, Hüseyin, "Munzam Zararda İspat Sorunu", ***AÜHFD***, C. 50, S. 1, 2001, ss. 121-129.

ANTALYA, O. Gökhan, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/1,3***, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2019.

ARSLAN, Çetin - KIRMIZI, Mustafa, ***Türk Hukukunda Faiz ve Munzam Zarar***, 2. bs., Ankara, Asil Yayınevi, 2007.

AYRANCI, Hasan, ***Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. m. 105)***, 1. bs., Ankara, Yetkin Yayınevi, 2006.

BALİS, Georges, "Para Borçlarının Ödenmesindeki Gecikmeden Doğan Zarar ve Ziyan", (çev. Akar, Öcal), ***EİTİAD***, C. 1, S. 1, 1965, ss. 163-169.

BARLAS, Nami, ***Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar***, 1. bs., İstanbul, Kazancı Yayıncılık, 1992.

BUCHER, Eugen, ***Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil***, 2. auf., Zürich, Schulthess Verlag, 1988.

BUZ, Vedat, "Karşılaştırmalı Hukukta Munzam Zararın İspatı", ***YD***, C. 24, S. 3, 1998, ss. 369-410.

DOMANİÇ, Hayri, ***Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. 105 ve Diğer Hükümler***, 1. bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 1993.

EDİS, Seyfullah, ***Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri***, 6. bs. Ankara, AÜHF Yayınları, 1997.

EREN, Fikret, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, 24. bs., Ankara, Yetkin Yayınevi, 2019.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II***, 2. bs., İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1977.

GAUCH, Peter- SCHLUEP, Walter R.- SCHMİD, Jörg- REY, Heinz, ***Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II***, 7. auf, Zürcih, Schulthess Verlag, 1998.

GUHL, Theo - MERZ, Hans - KUMMER, Max, ***Schweizerisches Obligationenrecht***, 7. auf, Zürich, Schulthess Verlag, 1980.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, ***Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri***, 1. bs., Ankara, Yetkin Yayınevi, 2021.

HATEMİ, Hüseyin- GÖKYAYLA, K. Emre, ***Borçlar Hukuku Genel Bölüm***, 4. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.

HONSELL, Heinrich- VOGT, Nedim Peter - WIEGAND, Wolfgang, ***Basler Kommentar, Obligationenrecht I***, 6. auf, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2015.

HUBER, Ulrich, ***Leistungsstörüngen Bd. II***, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999.

KARAHASAN, Mustafa, ***Sorumluluk Hukuku C. I***, Ankara, 1996.

KARTAL, Bilal, "Faizi Aşan Zarar", ***YD***, C. 23, S. 4, 1997, ss. 501-519.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, 17. bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., "Yargıtay Kararları Açısından Munzam Zarar", ***Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XV, 5 Haziran 1998***, 1. bs., Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1999, ss. 1-33.

KOCA, Mehmet Reis, "Türk Hukukunda Munzam Zarar Uygulaması", ***KÜSBE***, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale, 2004.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip- HATEMİ, Hüseyin- SEROZAN, Rona- ARPACI, Abdülkadir, ***İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme C. III***, 6. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.

KULABEROĞLU, Muhammet Burak, "Temerrüt Faizi ve Aşkın Zarar", ***İBD***, C. 94, S. 4, 2020, ss. 154-178.

KURU, Baki- ARSLAN, Ramazan - YILMAZ, Ejder, ***Medenî Usul Hukuku***, 24. bs., Ankara, Yetkin Yayınevi, 2013.

LARENZ, Karl, ***Lehrbuch des Shuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil***, 14. auf, München, C.H.Beck, 1987.

NAR, Ahmet, "Yabancı Para İpoteğinde Temerrüt Faizi", ***THD***, C. 4, S. 36, 2009, ss. 17-29.

NOMER, Halûk Nami, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, 16. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018.

NOMER, Halûk Nami, ***Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi***, 1. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 1996.

OĞUZMAN, M. Kemal- ÖZ, M. Turgut, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1***, 18. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.

OĞUZMAN, M. Kemal- ÖZ, M. Turgut, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 2***, 10. bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

OZANEMRE YAYLA, Tolunay, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021.

ÖÇAL, Akar, "Munzam Zarar", ***EİTİAD***, C. 3, S. 1, 1967, ss. 144-158.

ÖNDERİ, Gökhan, "Para Borçlarında Borçlu Temerrüdü Halinde Alacaklının Munzam Zararının Tazminini İsteyebilmesi Konusundaki Yargıtay Uygulaması", ***İBD***, C. 87, S. 2, 2013, ss. 274-299.

ÖZDAMAR, Emine, "Temerrüt Faizi Kavramı ve Çeşitli Davalarda ve Takiplerde Başlangıç Zamanı", ***THD***, C. 9, S. 96, 2014, ss. 60-69.

ÖZMEN, Etem Saba- AKTAŞ, Türkan, "Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi", ***MÜHFD***, C. 17, S. 1, 2018 ss. 39-54.

REİSOĞLU, Safa, ***Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, 23. bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012.

STAUDINGER, Julius von - LOWISCH, Manfred, ***Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch***, Berlin, 12. auf., 1979.

ŞEN, Mustafa Serhat- ŞEN, Mustafa Kamil, "Faizlerin Sınırlandırılması Sorunu", ***TAAD***, C. 9, S. 33, 2018, ss. 785-826.

ŞİRİN, Şerafettin, ***Hukukumuzda Faizi Aşan Munzam Zarar ve Faiz***, 1. bs., İstanbul, Alfa Yayıncılık, 1996.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi - AKMAN, Sermet- BURCUOĞLU, Haluk - ALTOP, Atilla, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, 7. bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

TUNÇOMAĞ, Kenan, ***Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I***, 6. bs., İstanbul, Sermet Matbaası, 1976.

TOPUZ, Murat, ***İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddî Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi***, 1. bs., İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2011.

UYANIK, Namık Kemal, "Aşkın Zarar ve Hesaplanması", ***İBD***, C. 92, S. 4, 2018, ss. 116-135.

YILDIRIM, Abdülkerim, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, 13. bs., Ankara, Monopol Yayınları, 2022.

YILMAZ, Orhan, "Yasal Temerrüt Faizi", ***İBD***, C. 80, S. 1, 2006, ss. 69-75.

ZEYTİNOĞLU, Emin, "Para Borçlarında Temerrüt Hallerinde Munzam Zarar", ***İTÜSBD***, C. 4, S. 8, 2005, ss. 253-263.

ZEVKLİLER, Aydın - ERTAŞ, Şeref - HAVUTÇU, Ayşe - AYDOĞDU, Murat - CUMALIOĞLU, Emre, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler***, 1. bs., İzmir, Fakülteler Kitabevi, 2013.

Elektronik Kaynaklar

https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/anaindex.html

https://www.lexpera.com.tr/kullanici-profili

İŞ HUKUKUNDA NAKİL KAYDI ÖZELLİĞİ DE TAŞIYAN İŞYERİ DEĞİŞİKLİĞİ DİSİPLİN CEZASI VE GENEL İŞLEM KOŞULLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ[*]

Dr. Öğr. Üyesi Nihat Seyhun ALP[**]

Öz

İşveren, yönetim hakkına dayanarak iş görme borcunu somutlaştırmaktadır. İşçinin iş görme borcunu yerine getireceği işyeri de kural olarak yönetim hakkı kapsamında belirlenmektedir. Ancak işçinin işyeri iş sözleşmesinde açıkça belirlenmişse işveren, tek taraflı olarak çalışma yerini değiştiremeyecektir. Dolayısıyla işverenler, işçinin işyerini tek taraflı olarak değiştirebilme imkânı sağlayan nakil kayıtlarına başvurmaktadır. Keza işverenler yönetim hakkı kapsamında işyeri düzenini sağlamak için disiplin cezaları da düzenleyebilirler. Düzenlenen disiplin cezalarından biri de işyeri değişikliği cezasıdır. İşyeri değişikliği cezası da dâhil olmak üzere disiplin cezaları, iç yönetmelikler ve tip iş sözleşmelerinde düzenlenmektedir. Dolayısıyla işyeri değişikliği cezaları aynı zamanda genel işlem koşulu özelliği taşımaktadır. Bu düşünce bağlamında, çalışmamızda nakil kaydı özelliği de taşıyan işyeri değişikliği disiplin cezası ve bu cezaların genel işlem koşulları karşısındaki durumu ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Değişiklik Kayıtları, Nakil Kayıtları, Disiplin Cezaları, İşyeri Değişikliği Cezası.

---

[*] Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 09.09.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 12.11.2022.

Atıf Şekli: Nihat Seyhun Alp, "İş Hukukunda Nakil Kaydı Özelliği de Taşıyan İşyeri Değişikliği Disiplin Cezası ve Genel İşlem Koşulları Bakımından Değerlendirilmesi", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 1101-1157.

[**] Akdeniz Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, Antalya, Türkiye.

E-posta: nihatseyhunalp@gmail.com.

Orcid: http://orcid.org/0000-0002-8727-9600.

DISCIPLINARY TRANSFER IN EMPLOYMENT LAW WHICH IS IN THE NATURE OF MOBILITY CLAUSE AND EVALUATION IN TERMS OF GENERAL TERMS AND CONDITIONS

Abstract

The employer embodies the obligation of performing duties on the basis of the employer's right of management. As a rule, the workplace where the employees will perform their duties is determined within the scope of the right of management. However, if the workplace of the employee is clearly specified in the employment contract, the employer will not be able to change the workplace unilaterally. Therefore, employers regulate mobility clauses that allow the employer to change the workplace unilaterally. Likewise, employers can also arrange disciplinary action to maintain order in the workplace within the scope of the right of management. One of the disciplinary penalties is disciplinary transfer. Disciplinary actions, including disciplinary transfer are regulated in the standard form employment contract and internal labor regulations. Therefore, disciplinary transfer has also the characteristics of general terms and conditions. In the context of this thought, in our study, disciplinary transfer which has also the feature of mobility clauses and the situation of these penalties against general terms and conditions are examined in detail.

Keywords

Reservation of Modification, Mobility Clauses, Disciplinary Action, Disciplinary Transfer.

GİRİŞ

İşveren, işin ifa yeri/işçinin çalışacağı işyeri de dahil olmak üzere çalışma koşullarını iş sözleşmeleri ile açıkça belirleyebilir. Çalışma koşulları iş sözleşmesinde ne kadar ayrıntılı olarak belirlenirse, işverenin yönetim hakkının kapsamı o kadar daralmış olacaktır[1]. Keza işverenin yönetim hakkı, sözleşmeyle kararlaştırılan edimin içeriğinin somutlaştırılmasına hizmet eder[2]. Çünkü yönetim hakkı, iş görme borcunun içeriğinin tüm ayrıntılarıyla iş sözleşmesinde kesin bir şekilde düzenlenmesinin imkânsız olmasından kaynaklanmaktadır[3]. Dolayısıyla iş sözleşmesinde açıkça belirlenmiş bir çalışma koşulu varsa, bu sözleşme, işverenin yönetim hakkını sınırlar[4]. Buna karşılık iş sözleşmesinde açıkça bir hüküm olmaması durumunda ise işin ifa yeri, işverenin yönetim hakkı ile tek taraflı olarak belirlenebilir.

Çalışma ilişkilerini ve iş hukukunu etkileyen faktörler çok sayıda ve çeşitlidir ki, iş sözleşmesi akdedilirken bütün bu hususları göz önüne almak neredeyse imkânsızdır. Dolayısıyla iş sözleşmeleri, sürekli bir düzeltme ve uyarlamaya muhtaçtır[5]. Bu kapsamda da iş sözleşmesinde ifa yeri açıkça belirlenmişse, işverence bu çalışma koşulunda tek taraflı bir değişiklik yapılması mümkün değildir. Hal böyleyken bir değişiklik için işçiyle mutabakata varılması ve bir değişiklik sözleşmesi yapılması gerekir[6]. İşte işverenler hem yönetim hakkını kısıtlamamak istemesi hem de değişen koşullara karşı hızlı bir uyarlama yapabilmesi için iş sözleşmelerinde, gerektiğinde işçinin çalıştığı işyerinin değiştirilmesi imkanını

---

1 Matthias Pletke et al., ***Rechtshandbuch Flexible Arbeit, C. Rechtliche Durchsetzung der Flexibilisierung,*** 2. Auflage, Beck Verlag, München, 2022, Rn.28; Claudia Hahn, "Versetzung, Abordnung und Umsetzung: Zwischen Direktionsrecht und Änderungskündigung", ***Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht***, 2021, Heft.7, s.140; Jacob Joussen, ***BeckOK (Beck'scher Online Kommentar) Arbeitsrecht, BGB 611a***, 65. Edition, Hrsg. Christian Rolfs-Richard Giesen- Miriam Meßling-Peter Udsching, 2022, Rn. 365; Thomas Lakies, "Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und Vertragsgestaltungsoptionen (Versetzungsklauseln)", ***ArbRAktuell***, 2013, Heft. 1, s.3.

2 Joussen, Rn 355; Frank Bayreuther, "Möglichkeiten und Grenzen der Änderung von Arbeitsbedingungen" ***NZA,*** 2019, Heft. 11, s.738; Sabine Poeche, ***Personalbuch Arbeitsrecht-Lohnsteuerrecht- Sozialversicherungsrecht, Versetzung***, 29. Auflage, Hrsg. Jürgen Röller, Beck Verlag, München, 2022, Rn. 2.

3 Joussen, Rn.357.

4 Joussen, Rn.357.

5 Stefan Lingemann- Anke Siemer, "Grenzen des Arbeitsrechtlichen Direktionsrechts bei Änderung von Inhalt und Ort der Tätigkeit (Teil 1)" ***ArbRAktuell,*** 2015, Heft. 20, s.496.

6 Lakies, "Versetzungsklauseln", s.3; Joussen, Rn. 365; Bayreuther, "Möglichkeiten und Grenzen der Änderung von Arbeitsbedingungen", s.738.

sağlayan nakil kayıtları düzenlemektedir. Bu kayıtlar, işverene, devam eden istihdam ilişkisinde gerekli esnekliği sağlamakta[7] ve işverenin, sözleşmede belirtilen işyeri ile bağlı kalma zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır[8]. Böylelikle yönetim hakkı kapsamında olmamakla birlikte işveren, gerektiğinde işçinin çalışma yerini tek taraflı olarak değiştirebilecektir. Görüldüğü üzere de işverenin yönetim hakkı, sözleşmeye bağlı olarak bu kayıtlar ile genişletilmiş olacaktır[9].

İşverenler yönetim hakkı kapsamında, işyerinde düzeni sağlamak için disiplin sistemi ve bu sistemin bir parçası olarak da disiplin cezaları düzenleyebilir. Disiplin cezaları çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Konumuz açısında bakıldığında ise işverenler, işçinin işyerinin değiştirilmesi şeklinde de disiplin cezası düzenlemektedir. Ancak bu disiplin cezası aynı zamanda bir nakil işlemidir. Dolayısıyla söz konusu disiplin cezasını düzenleyen hüküm, işçinin çalıştığı işyerinin tek taraflı değiştirilmesi imkanını veren bir nakil kaydı özelliği taşıdığı da düşünülebilir.

İşverenler diğer disiplin cezalarında olduğu gibi işçinin işyerinin değiştirilmesi şeklindeki disiplin cezalarını da tip iş sözleşmelerinde ve iç yönetmeliklerde düzenlemektedir. Öte yandan disiplin cezalarının genel ve yeknesak bir şekilde işyerinde uygulanması gerekmektedir. Bütün bu durumları dikkate aldığımızda ise işçinin işyerinin değiştirilmesi disiplin cezası, aynı zamanda bir genel işlem koşulu niteliğindedir. Hal böyleyken işçinin işyerinin değiştirilmesi disiplin cezası, genelde genel işlem koşullarında ilişkin kurullara, özelde ise nakil kayıtları için geçerli olan kurallara tabi olması gerekmektedir.

Çalışmamızda işyerinin değiştirilmesi disiplin cezasının aynı zamanda bir nakil kaydı özelliği de taşıdığı düşüncesi temel alınarak, bu cezayı düzenleyen kaydın genel işlem koşulları denetimine tabi tutulması görüşü benimsenmiştir. Bu kapsamda ilk olarak işverenin yönetim hakkı ile işçinin işyerinin belirlenmesi ve değiştirilmesi arasındaki ilişki, ardından disiplin cezası olarak işçinin işyerinin değiştirilmesi ve son olarak da genel işlem koşulu niteliği taşıyan bu kayıtların denetimi incelenecektir.

---

7 Lingemann-Siemer, "Grenzen des Arbeitsrechtlichen Direktionsrechts", s.496.

8 Poeche, Rn. 5.

9 Poeche, Rn. 2.

I. İŞVERENİN YÖNETİM HAKKI İLE İŞÇİNİN İŞYERİNİN BELİRLENMESİ VE DEĞİŞTİRİLMESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. İşverenin Yönetim Hakkı ile İşçinin İşyerinin Belirlenmesi

İşverenin yönetim hakkı, iş sözleşmesinden doğmaktadır[10]. İş sözleşmesinde iş ilişkisinin bütün unsurlarının düzenlenmesi imkânsız olduğundan, düzenlenmeyen noktalar, işverenin yönetim hakkı ile somutlaştırılır[11]. İşveren yönetim hakkı kapsamında işin görülmesi ile ilgili talimatlar verebileceği gibi işçinin onayı olmaksızın istediği zaman bu talimatları geri alabilir veya değiştirebilir[12]. Keza işin nerede yapılacağına ilişkin bir talimat da işin görülmesiyle alakalıdır[13]. Dolayısıyla iş görme borcunun somutlaştırılması kapsamında işin nerede görüleceği yani işçinin işyeri, işverenin yönetim hakkı kapsamında belirlenebilmektedir[14].

---

[10] Savaş Taşkent, ***İşverenin Yönetim Hakkı***, İstanbul, 1981, s.36; Sarper Süzek, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", ***Prof. Dr. Metin KUTAL'a Armağan***, Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayınları, Ankara, 1998, s.225-226; Berna Öztürk, ***İşçinin Talimatlara Uyma Borcu***, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2021, s.55; Gaye Baycık, ***İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar***, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011, s.182; Joussen, Rn 361; "*Dogmatik bir bakış açısına göre, talimat verme hakkının, fesih veya itiraz hakkından farklı olarak, bir kereye mahsus kullanımı ile sınırlı olmayan, tekrar tekrar kullanılması gereken ve kullanılabilecek bir yenilik doğuran haktır*." (Joussen, Rn 356).

[11] Öztürk, s.31; Z. Gönül Balkır, "İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar", ***Sicil İş Hukuku Dergisi,*** 2008, S.12, s.73; Nağme N. Hozar, "İşverenin Yönetim Hakkına Dayanarak İşçiyi Başka Bir İşyerine Gönderebilmesine İlişkin Bir Karar İncelemesi" ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2006, S.2, s.84; Bekir Uzun, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2006, S.2, s.50; Eda Manav, "İş Kanunu'nun 22. Maddesi Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Hukuki Sonuçları", ***Türkiye Adalet Akademisi Dergisi***, 2012, C.3, S.9, s.211; Murat Şen, ***İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik***, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.52; Mustafa Kılıçoğlu-Kemal Şenocak, ***İş Güvencesi Hukuku***, Legal Yayınevi, İstanbul, 2007, s.377; Poeche, Rn. 2; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.3.2021 tarihli ve 2021/9-112 Esas ve 2021/294 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB).

[12] Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, s.170.

[13] Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, s.68; Süzek, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", s.227.

[14] Hahn, "Versetzung, Abordnung und Umsetzung", s.140; Şen, s.54; Sevgi Dursun Ateş, ***İşverenin Yönetim Hakkı***, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s.212; Gülsevil Alpagut, "İş Kanununun 22. Maddesinin Uygulama Alanı - Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları", ***LİSGHD,*** 2006, S.9, s.51; "*İşverenin yönetim hakkı kapsamında işçinin iş görme borcunun tür, yer ve zamanı şekillendirebilmektedir*"; (Ufuk Aydın, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2011, S.23, s.24); Benzer şekilde bkz. Balkır, "Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar" s.74; Hozar, "Yönetim Hakkına Dayanarak İşçiyi Başka Bir İşyerine Gönderebilme", s.84; "*Yönetim hakkı iş akdinde ve diğer hukuk kaynaklarında düzenlenmemiş, işçinin iş görme ediminin veya işyerindeki davranışlarının ayrıntılarının belirlenmesi ve somutlaştırılması ile sınırlıdır.*" (Sarper Süzek, "Değişiklik Feshi", ***Tisk Akademi***,

Yönetim hakkı kapsamında çalışma koşullarının tek taraflı olarak belirlenebilmesi için bu hususun toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya eklerinde açıkça düzenlenmemesi gerekir. Çünkü iş sözleşmesinde açıkça düzenlenen alanlarda işverenin yönetim hakkı söz konusu değildir[15]. Başka bir ifadeyle işverenin yönetim hakkı, iş sözleşmesinde işçinin iş görme borcuna ilişkin koşulların açık ve somut bir şekilde düzenlenmesi durumunda bu sözleşme ile sınırlandırılmış olur[16]. Dolayısıyla iş sözleşmesinde işçinin işyerinin açıkça belirlenmemesi durumunda işveren, yönetim hakkına dayanarak bu çalışma koşulunu belirleyebilir[17]. Keza iş sözleşmesinde iş görme borcunun yerine getirileceği işyeri ne kadar genel hatlarıyla belirlenirse, işverenin yönetim hakkına dayanarak işçiyi başka bir işyerine nakletme konusundaki yetkisi de o kadar geniş olur[18].

Alman hukukunda işverenin yönetim hakkı, İşletme Düzeni Kanunu'nun (GewO) 106. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre; "*Çalışma koşulları; iş*

2006, C.1, S.1, s.10); Benzer şekilde bkz. Mustafa Alp, "Ekonomik Kriz Sırasında İş Sözleşmesinin Esaslı Değişiklik Uygulamaları ile Ayakta Tutulması", ***İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 13. Yıl Toplantıları***, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, s.157; İş görme borcunun somutlaştırılması ve davranışlarının düzenlenmesi noktasında işverenin yönetim hakkına ihtiyaç duyduğu görüşüne ilişkin bkz. Dursun Ateş, s.48; "*İşverenin yönetim hakkı bir nevi iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme borcunu somutlaştırmaktan ibarettir*." (Öztürk, s.39).

15 Fatih Uşan, "4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2007, C.9, Özel Sayı, s.247; Gülsevil Alpagut, "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", ***ÇEİS***, 2004, C.18, S.5, s. 54; Murat Demircioğlu, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", ***İş Dünyası ve Hukuk Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan***, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2011, s.123; Süzek, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", s.230; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.3.2021 tarihli ve 2021/9-112 Esas ve 2021/294 Karar sayılı kararı (Kazancı İBB).

16 Öztürk, s.518.

17 Şen, s.134; Eda Manav, "İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2012, S.25, s.139; Dursun Ateş, s.126, 257; Uzun, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", s.52; Uşan, "İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi" s.237; "*Bir konu eğer Anayasa, kanun, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ya da eki niteliğindeki kaynaklar ile düzenlenmişse o konuda işverenin, yönetim hakkının varlığından söz etmek mümkün olamayacaktır*." (Hozar, "Yönetim Hakkına Dayanarak İşçiyi Başka Bir İşyerine Gönderebilme" s.84); Benzer şekilde bkz. Ali Güzel - Deniz Ugan Çatalkaya, "İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine", ***Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, 2014, C.20, S.1, s.44-45; Yönetim hakkının iş sözleşmesiyle düzenlenmeyen konularda iş görme borcunu somutlaştırma ve işçinin işyerindeki davranışlarını yönlendirme işlevi gördüğü görüşüne ilişkin bkz. Süleyman Başterzi, "Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri" ***AÜHFD***, 2005, C.54, S.3, s.61.

18 Lingemann-Siemer, "Grenzen des Arbeitsrechtlichen Direktionsrechts", s.494.

sözleşmesi, işletme sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya yasal hükümler ile belirlenmediği takdirde işveren, iş görme borcunun içeriğini, yer ve zamanını hakkaniyete uygun şekilde belirleyebilir". İşçinin çalışacağı işyerini açıkça belirleyen bir sözleşme hükmü varsa, işveren artık 106. madde uyarınca işçinin iş görme borcunu somutlaştıramaz[19] ve işverenin yönetim hakkı bu noktada sona erer[20]. Başka bir ifadeyle bir iş sözleşmesinde işçinin iş görme borcunu yerine getireceği işyeri açıkça belirlenmişse, iş sözleşmesi önceliklidir ve yönetim hakkının sınırları taraflar arasında akdedilen iş sözleşmesinden kaynaklanmaktadır[21]. Aksi durumda, yani sözleşmeye dayalı olarak kararlaştırılan bir işyerinin yokluğunda, artık böyle bir sınır uygulanamaz[22].

B. İşverenin Yönetim Hakkı ile İşçinin İşyerinin Değiştirilmesi Sorunu

Çalışma koşulu, işçinin iş görme borcunu ifa ederken tabi olacağı bütün hak ve borçları ifade eder[23]. Çalışmamız açısından konuyu değerlendirdiğimizde, işin nerede ifa edileceği, yani işin görüleceği yer de çalışma koşulları arasında değerlendirilir[24]. İşte çalışma koşulu olan işyerinin gelişmelere karşı uyum sağlamak, gerektiğinde iş sözleşmesinde değişiklik yapmak amacıyla işverenin yönetim hakkı ile değiştirilip değiştirilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır.

Diğer çalışma koşullarında olduğu gibi işçinin çalışacağı işyeri, genel olarak iş sözleşmeleri veya eklerinde belirlenmektedir. Bu durumda işveren, yönetim hakkına dayanarak çalışma yerini değiştiremez[25]. Bununla birlikte işyeri iş söz-

---

19 Joussen, Rn 363.

20 Lingemann-Siemer, "Grenzen des Arbeitsrechtlichen Direktionsrechts", s.494.

21 Lingemann-Siemer, "Grenzen des Arbeitsrechtlichen Direktionsrechts", s.494.

22 Joussen, Rn 358; Lingemann-Siemer, "Grenzen des Arbeitsrechtlichen Direktionsrechts", s.494.

23 Şen, s.21.

24 Şen, s.24; **Levent Akın,** "İşçinin Çalışma Şartlarında Değişiklik ve Fesih Hakkı", ***ÇEİS***, 2013, C.27, S.2, s.40; Alpagut, "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik", s. 53; Aydın, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler", s.23; Hozar, "Yönetim Hakkına Dayanarak İşçiyi Başka Bir İşyerine Gönderebilme" s.83; Dursun Ateş, s.220; Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 1.3.2016 tarihli ve 2014/31770 Esas ve 2016/4503 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB); Aynı zamanda iş sözleşmesinin esaslı unsuru oluğuna ilişkin bkz. Uşan, "İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi" s.220; Aksi görüş için bkz. Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, s.181; Öztürk, s.552.

25 Ali Güzel, "İş Hukukunda "Yetki" ve "Sözleşme"", ***LİSGHD, Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan***, 2016, S. Özel Sayı, s.177; Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, s.145; Dursun Ateş, s.257; Öztürk, s.552; Gülsevil Alpagut, "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında

leşmesinde açıkça belirlenmemişse işveren, yönetim hakkı kapsamında belirlediği işyerini tek taraflı olarak değiştirebilir. Ancak yönetim hakkına dayanarak işyerinin değiştirilmesinde dikkat edilmesi gereken husus, değişikliğin esaslı değişiklik olup olmadığıdır. İş sözleşmesinde açık bir hüküm bulunmaması durumunda dahi işveren tarafından yapılan bir değişikliğin esaslı olarak kabul edilmesi mümkündür[26]. Öyle ki, aynı işyerinde farklı bir çalışma yerine işçinin gönderilmesi kural olarak yönetim hakkı kapsamında düşünülebilir[27]. Ancak kanaatimizce aynı işyeri içerisinde değişiklikte işçinin ücretinde, yaptığı işin niteliğinde veya çalışma sürelerinde bir değişikliğin olmaması gerekmektedir. Yine aynı il sınırları içerisinde nakil kural olarak esaslı değişiklik sayılmazken ve işverenin yönetim hakkı içerisinde değerlendirilirken, il sınırları dışına nakil, esaslı değişiklik olarak kabul edilecektir[28]. Bununla birlikte aynı il sınırı içerisinde de olsa esaslı değişiklik olarak kabul edilebilecek durumlar olabilir[29]. İşçinin

---

Esaslı Değişiklik", ***Bankacılar Dergisi,*** 2008, S.65, s.106; Nicola Gragert- Christoph Katerndahl**, *Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, Teil D. Arbeitspflicht, § 12 Art der Tätigkeit,*** 5. Auflage, Hrsg. Wilhelm Moll, Beck Verlag, München, 2021, Rn. 36; 22. Maddedeki prosedüre göre değiştirilebileceği görüşüne ilişkin bkz. Güzel-Ugan Çatalkaya, "Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi", s.53; İşçinin onayının olması gerektiğine ilişkin bkz. Süzek, "Değişiklik Feshi", s.14; Demircioğlu, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", s.127; Rüdiger Linck, ***Arbeitsrechts-Handbuch, V. Buch. Die Pflichten des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsvertrag, § 45. Arbeitspflicht,*** 19. Auflage, Hrsg. Günter Schaub, Beck Velag, München, 2021, Rn. 22; "*...İşçinin sözleşme ile kararlaştırılan işyerinin değiştirilmesi iş şartlarından esaslı değişikliklere bir örnektir*..." [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 5.4.2010 Tarihli ve 2009/20421 Esas ve 2010/9324 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

[26] Benzer şekilde bkz. Öztürk, s.553; Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, s.174; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, s.96.

[27] Uşan, "İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi", s.238; Dursun Ateş, s. 257-258; Şen, s.116; Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, s.146; Manav, "İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Hukuki Sonuçları", s.220; Kat ve oda değişikliğinin yönetim hakkı kapsamında olduğu görüşüne ilişkin bkz. Dursun Ateş, s.126; Kadir Arıcı, "İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası", ***Yargıtay Dergisi***, 1983, C.9, S.1-2, s.173.

[28] Öztürk, s.553, 598; Dursun Ateş, s.261; Melis Mutlu, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshiyle İlgili Yargıtay Karar Tahlili", ***İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2016, C.2, S.2, s.171; Orhan Ersun Civan, "Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi", ***İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 1***, 2016, C.15, S.1 (Özel Sayı), s.806; Kılıçoğlu-Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, s.455; Süzek, "Değişiklik Feshi", s. 14; Somut olayın koşullarına göre işçinin aynı il sınırları içindeki başka bir yere naklinin esaslı değişiklik olarak kabul edilmeyebileceği görüşüne ilişkin bkz. Aydın, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler", s.25; İş sözleşmesinde değişiklik kaydının bulunmaması durumunda aynı il sınırı içerindeki değişikliğin esaslı değişiklik olarak kabul edilmesi gerektiği görüşüne ilişkin bkz. Uşan, "İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi", s.238.

[29] Dursun Ateş, s.261; Gaye Burcu Yıldız, ***İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar***, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014, s.96; Özellikle büyükşehirler için bkz. Mustafa Alp, "Aynı İl Sınırları İçinde İşyeri

nakledildiği yeni işyerinin mesafesi, işverence sağlanan servis imkanı, işçinin yol parasının karşılaması, yolda geçen süreler, ücreti, yapacağı iş ve sosyal çevresi dikkate alınarak değişikliğin esaslı olup olmadığı kararı verilebilir[30].

İş sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarına müdahale teşkil eden ve iş ilişkisindeki denge ve düzen unsuruna önemli ölçüde müdahale teşkil eden değişikliklerin esaslı değişiklik olarak adlandırılacağı doktrinde kabul edilmektedir[31]. İşçinin değişiklik öncesi durumu ile değişiklik sonrası durumu karşılaştırılır ve

---

Değişikliğinin Esaslı Değişiklik Kabul Edilmesi - Karar İncelemesi", ***D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan***, 2019, C.21, Özel S., s.2124; "*Ancak aynı il sınırı içindeki değişikliklerde yeni işyerine geliş gidiş masraflarını işveren karşılamayı üstlenmiş olsa bile, işçi yolda çok daha fazla zaman harcamakta ve dinlenme için ayırabileceği saatler sınırlanmaktaysa işçinin aleyhine esaslı değişiklikten söz edilebilecektir*" (Civan, "Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği" s.806); "*Ne var ki, aynı il sınırları içinde kalmakla beraber, işyerinin değişmesi nedeniyle işçinin yolda geçireceği zaman artıyor ve dinlenme için ayıracağı süre sınırlanıyorsa, bu değişikliğin önemsiz bir değişiklik olmadığı ortaya çıktığından, esaslı değişiklik sayılması gerekmektedir.*" (Güzel-Ugan Çatalkaya, "Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi", s.53-54); "*...Davacı işçi uzun yıllar işyerinde çalışmış İstanbul E. İlçesinde ikamet etmesine rağmen Ümraniye'de faaliyet gösteren işyerine gidip gelmiştir. İşverence işyerinin Çekmeköy'e taşınması üzerine çalışma koşullarında değişikliğe gidilmiştir. Davacının yeni görevlendirildiği işyeri eskisine göre 15 km daha uzak olup işverence servis imkanı sağlamış olsa dahi İstanbul ilinin trafik koşulları ve yeni işyerine göre katedilecek toplam mesafe ve zaman değerlendirildiğinde yapılan değişiklik işçi aleyhinedir...*" [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 13.03.2019 tarihli ve 2016/647 Esas ve 2019/5645 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

30 Öztürk, s.598; Dursun Ateş, s.260-261; Süzek, "Değişiklik Feshi", s. 14; Kılıçoğlu-Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, s.455; İşçinin durumunu ağırlaştırmama koşuluyla aynı il sınırları içinde değiştirilebileceği görüşüne ilişkin bkz. Güzel-Ugan Çatalkaya, "Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi", s.53; *"...Dosya kapsamı ve özellikle her iki taraf tanık anlatımlarına göre genel müdürlük işyerinde işyerine gidiş gelişlerde servis imkanı olduğu halde, şube işyerlerinde servis sağlanmamış ve yol parası da ödenmemiştir. Böyle olunca çalışma koşullarının davacı aleyhine değiştirildiği anlaşılmakla, ...*" [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 24.6.2020 Tarihli ve 2016/18207 Esas ve 2020/6369 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)]; "*...Ancak bunun için öngörülen unsurun ve ücretinde bir değişiklik olmadığına göre işyerinin değiştirilmesinin davacı için olumsuz sonucu olup olmadığının araştırılması gerekir. Bir başka anlatımla mesafe itibariyle yeni işyerinin daha uzak ve oraya gidilip gelinmesi daha zor ve zaman alıcı ise o takdirde koşulların aleyhe değiştirilmiş olduğu kabul edilmelidir...*" [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 26.3.2001 Tarihli ve 2001/1180 Esas ve 2001/4718 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

31 Kılıçoğlu-Şenocak, İş Güvencesi Hukuku s.452; Alp, "Ekonomik Kriz", s.157; Alpagut, "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik", s. 56; İlke Gürsel, "Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Esaslı Değişikliğin Yargı Kararlarıyla Tespiti ve Bunun Hukuki Sonuçları", ***İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III***, Ed. Tankut Centel, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2018, s. 178; Uzun, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", s. 53; "*İşçinin sözleşmeyi sürdürmesini katlanılmaz ölçüde ağırlaştıran ve işçi aleyhine sonuç doğuran değişiklik esaslı değişiklik olarak nitelendirilecektir.*" (Dursun Ateş, s.239); Benzer yönde bkz. Uşan, "İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi", s.220.

değişiklik, işçinin durumunu ağırlaştıracak nitelikteyse esaslı değişikliktir[32]. Kanaatimizce de işyeri değişikliğinin esaslı değişiklik olarak kabul edilmemesi için işyeri değişikliği sonucu işçinin durumunun ağırlaşmaması gerekmektedir. Örneğin işyeri değişikliği işçinin konumunda veya ücretinde bir değişikliğe neden oluyorsa[33] veya ailevi durumunda bir ağırlaşmaya sebebiyet veriyorsa veya işçiye ilave masraflar yüklüyorsa esaslı sayılmalıdır. Nihayetinde burada dikkat edilmesi gereken nokta, iş sözleşmesinde nakil kaydı yer alsa bile işveren, işin niteliğinde, ücrette, çalışma süresinde veya diğer çalışma koşullarında bir değişiklik hakkı elde etmemektedir. İşyeri değişikliği ile birlikte aynı zamanda anılan diğer çalışma koşulları da değişiyorsa esaslı değişiklik söz konusu olacak ve işveren, yönetim hakkına dayanarak tek taraflı bir değişiklik yapamayacaktır.

Alman hukukunda da işçinin işyerinin açıkça belirlenmiş olması durumunda işveren, yönetim hakkına dayanarak tek taraflı bir değişiklik yapamayacak, işçinin onayını alması gerekecektir[34]. Keza önceki ücret ödenmesine devam ediliyor olsa bile, daha düşük bir işe nakil de mümkün değildir.[35] Buna karşılık işçinin sorumluluk alanını değiştirilmeksizin işyeri içinde yeni bir çalışma yerine (örneğin başka bir oda, başka bir kat veya başka bir bina) kalıcı olarak nakil, işverenin yönetim hakkı kapsamındadır[36].

---

[32] Alp, "Ekonomik Kriz", s.157; Alpagut, "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi", s.106; Sadece maddi açıdan değil, değişiklik yapılmadan önceki durum ile yapıldıktan sonraki durumun bütün yönleriyle değerlendirilmeye tabi tutulması gerektiği görüşüne ilişkin bkz. Şen, s.130; "...*Çalışma koşulları ağırlaşmış ise esaslı tarzda değişiklik yapıldığı kabul edilmelidir*..."[Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.3.2021 Tarihli ve 2021/9-112 Esas ve 2021/294 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

[33] Manav, "İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Hukuki Sonuçları", s.216; İşyeri değişikliği sebebiyle ücrette indirim yapılamayacağı görüşüne ilişkin bkz. Kübra Doğan Yenisey, "İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi", ***Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan Cilt II***, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s.1196; İşin nerede, ne zaman ve ne şekilde görüleceğini de dikkate alarak işçinin durumunda bir ağırlaşma olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği görüşüne ilişkin bkz. Şen, s.118; "...*İşçinin ücretinden indirim yapılmadığı ve sözleşmedeki bu hak kötüye kullanılmadığı takdirde değişiklik kural olarak geçerli kabul edilmelidir*..." [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 30.3.2015 tarihli ve 2015/4786 Esas ve 2015/12364 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

[34] Linck Rn. 22; Gragert-Katerndahl, Rn.36.

[35] Hahn, "Versetzung, Abordnung und Umsetzung", s.141.

[36] Hermann Reichold, ***Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, § 40 Arbeitspflicht und Arbeitszeit***, 5. Auflage, Hrsg. Heinrich Kiel- Stefan Lunk- Harmut Oetker, Beck Verlag, München, 2021, Rn.55.

II. İŞ HUKUKUNDA DİSİPLİN CEZALARI

A. İşletmesel Karar ve Disiplin Cezaları

İşveren, işyerindeki verimlilik ve rekabet gücünün artırılması, işyerinin geleceği ve menfaatleri için işletmesel kararlar alabilir[37]. İşverenin işletmesel karar alma hakkının hukuki dayanağı, Anayasamızın 48. maddesinde düzenlenen girişim özgürlüğüdür[38]. Dolayısıyla işveren işletmesel karar kapsamında fesih dahil, bütün gerekli tedbirleri alabilecektir[39]. Kural olarak işverenin işletmesel kararları ile ilgili yargı denetimi[40], yani kararın yerindeliği ile ilgili bir denetim de yapılmamaktadır[41]. Hatta işletmesel karar doğru olmasa bile[42] işveren tarafından tutarlı bir şekilde uygulanması durumunda, yapılan feshe dahi müdahale edilemeyecektir[43].

---

37 Ali Güzel "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi", ***Çalışma ve Toplum***, 2005, S.4, s.166; İlke Gürsel, "İşverenin İşletmesel Kararları ve Yargısal Denetimdeki Sınırlar", ***İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar IV***, Ed. Kübra Doğan Yenisey- Seda Ergüneş Emrağ, İstanbul, 2021, s.198-199; Bektaş Kar, "İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim", ***Çalışma ve Toplum***, 2008, S.2, s.110.

38 Mehtap Yücel Bodur, "İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü", ***İş ve Hayat***, 2015, C.1, S.2, s.142; Kar, "İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesih", s.108; Öztürk, s.41; Güzel, "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimi", s.166; Gürsel, "İşverenin İşletmesel Kararları", s.197.

39 Yücel Bodur, "İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü", s.145; Kar, "İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesih", s.108; Feshin, işletmesel tedbir olarak vasıflandırılması gerektiği görüşüne ilişkin bkz. Gürsel, "İşverenin İşletmesel Kararları", s.202; Sadece ekonomik faaliyetlerle ilgili değil, işletmeye ilişkin organizasyonel ve teknik konularda da işletmesel karar alınabileceği görüşüne ilişkin bkz. Öztürk, s.41.

40 Yücel Bodur, "İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü", s.152; Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 25.12.2014 Tarihli ve 2014/25004 Esas ve 2014/40101 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB); Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 24.2.2016 Tarihli ve 2015/38513 Esas ve 2016/4248 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB).

41 Murat Engin, "İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin Yargıtay Karar Değerlendirmesi", ***LİSGHD***, 2004, S.2, s.539; Gürsel, "İşverenin İşletmesel Kararları", s.225-226; Kar, "İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesih", s.112; Devrim Ulucan, "Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi", ***LİSGHD***, 2015, S.47, s.56; Öztürk, s.43; Aydın Başbuğ, ***İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması***, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s.116; Mustafa Kılıçoğlu-Kemal Şenocak, "İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu", ***Kamu İş, Osman Güven Çankaya'ya Armağan***, Ankara, 2010, s.194; 22. Hukuk Dairesinin 26.1.2017 Tarihli ve 2017/480 Esas ve 2017/1075 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB).

42 İşverenin almış olduğu kararın başarısız olması durumunda dahi bu durumun alınan kararı işletmesel karardan çıkarmayacağı görüşüne ilişkin bkz. Gürsel, "İşverenin İşletmesel Kararları", s.199.

43 Kar, "İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesih", s.118; Başbuğ, Değişen Şartlara Uyarlama, s.116; Kararın hatalı olmasının bu karara dayanılarak yapılan fesihleri geçersiz kılmayacağı görüşüne ilişkin bkz. Ulucan, "Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fe-

İşveren, işyerinin düzenini sağlamak ve çalışma barışını oluşturmak için işyerinde disiplin sisteminin oluşturulmasına ilişin işletmesel karar alabilir. Keza işyerinin verimliliğinin artırılmasında işyeri disiplini önemli bir rol oynamaktadır[44]. Hal böyleyken işyerinde disiplini sağlayacak kuralların konulması ve ihlali durumunda gerekli yaptırımların oluşturulması gerekmektedir. Bu kapsamda da disiplin cezaları bir yaptırım olarak düşünülebilir[45]. Keza Alman hukukunda da işyeri düzeni ihlallerini cezalandırmak için disiplin cezalarının işyeri sözleşmelerinde ve toplu iş sözleşmelerinde düzenlenmesi geçerli kabul edilmektedir[46].

B. Disiplin Cezalarının Amacı

İşverenin, işyerinin düzenini sağlamak için kurallar koyması, yönetim hakkı kapsamındadır[47]. Bu kapsamda işveren, işçinin işyerindeki davranışları ile ilgili talimatlar verebilir. Bunlar işin görülmesi ile doğrudan bağlantılı olmayan ve fakat işyerinde düzen ve güvenliği sağlayan talimatlardır[48]. İşte disiplin cezalarının amacı, işyeri düzenini, disiplinini ve çalışma barışını sağlamaktır[49]. Bu noktada disiplin ce-

---

sih", s.56; Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 26.1.2017 Tarihli ve 2017/480 Esas ve 2017/1075 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB).

44 Ahmet Taşkın, "İş Hukuku Açısından İşletmelerde Disiplin Sistemi ve Uygulaması", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2012, S.25, s.61.

45 Hermann Reichold, ***Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, § 56 Sanktionen der Nebenpflichtverletzungen***; 5. Auflage, Hrsg. Heinrich Kiel- Stefan Lunk- Harmut Oetker, Beck Verlag, München, 2021, Rn. 7; Cezalandırma karakteri olduğuna ilişkin bkz. Michael Werner, ***BeckOK (Beck'scher Online Kommentar) Arbeitsrecht, BetrVG § 87 Mitbestimmungsrechte***, 63. Edition, Hrsg. Christian Rolfs- Richard Giesen- Miriam Meßling -Peter Udsching, 2022, Rn. 34.

46 Dirk Hesse, ***Münchener Kommentar zum BGB, Band 5 Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse***, ***Vorbemerkung (Vor § 620),*** 8. Auflage, Hrsg. Franz Jürgen Sacker-Roland Rixecker-Hartmut Oetker-Bettina Limperg, Beck Verlag, München, 2020, Rn. 69; Reichold, § 56 Sanktionen der Nebenpflichtverletzungen, Rn. 7; Reinhard Richardi- Frank Maschmann, ***Betriebsverfassungsgesetz § 87 Mitbestimmungsrechte***, 17. Auflage, Hrsg. Reinhard Richardi, Beck Verlag, München, 2022, Rn. 225, 227; Jochen Kreitner - Ralf Seidel - Reiner Schlegel, ***Personalbuch Arbeitsrecht- Lohnsteuerrecht- Sozialversicherungsrecht, Betriebsbuße***, 28. Auflage, Hrsg. Jürgen Röller, Beck Verlag, München, 2021, Rn. 1.

47 Balkır, "Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar", s.74; Güzel-Ugan Çatalkaya, "Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi", s.44.

48 Taşkent, "İşverenin Yönetim Hakkı", s.69; Süzek, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", s.227; Alpagut, "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik", s.54; Balkır, "Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar", s.74; Uzun, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", s.53; Dursun Ateş, s.214; Öztürk, s.169; Şen, s.54.

49 Sarper Süzek, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", ***Çalışma ve Toplum***, 2011, S.1, s.11; Merve Kutlu Mutluer, ***Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk İş Hukukunda İşyeri İç Yönetmelikleri***, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.178; Bu konuda işverenin menfaati olduğuna ilişkin bkz. Ender Gül-

zaları, işyeri düzenini sağlayan kuralların ihlali durumunda uygulanacak yaptırım olarak karşımıza çıkmaktadır[50]. Doktrinde disiplin cezalarının uyarıcı ve aynı zamanda kişilerin arzu edilmeyen davranışlarını önleme fonksiyonu olduğu da ileri sürülmüştür[51]. Kanaatimizce de disiplin cezalarının kusurlu işçiyi cezalandırıcı fonksiyonu olduğu gibi diğer işçiler için de caydırıcı nitelikte olması ve böylelikle işyeri düzenini sağladıkları söylenebilir. Nihayetinde işverenin sahip olduğu talimat yetkisini kullanması ve bu talimatların uygulandığına dair denetimler neticesinde söz konusu talimatlara aykırı davranışların cezalandırılması ihtiyacı, işyerinde disiplin sistemini ve dolayısıyla disiplin cezalarını gerekli kılar[52].

İşyeri düzenini sağlama amacı dışında disiplin cezası verilemez[53]. Dolayısıyla işyeri düzenini ihlal etmeyen örneğin işçinin özel hayatı ile ilgili bir konuda disiplin cezası verilemez. Hal böyleyken de işçinin davranışları disiplin cezasının konusunu oluşturmaktadır[54]. Yine ilk bakışta işçinin mesleki yetersizliğinde kusur olmadığı için disiplin cezasının öngörülmesi mümkün gözükmese de işçinin gerekli çabayı göstermemesi durumunda kusurunun var olduğu düşünülebilir[55]. Ancak işyeri veya işletme gereklerine dayanılarak disiplin cezası verilmesi mümkün değildir.

---

ver, "Ücret Kesme Cezası", ***LİSGHD***, 2010, S.28, s.1368; İşyerinde güven ve düzenin sağlanması için işverenin disiplin cezaları konusunda yetkili olması gerektiği görüşüne ilişkin bkz. Dursun Ateş, s.154; İşyeri düzenin sağlanmasına hizmet edeceğine ilişkin bkz. Reichold, § 56 Sanktionen der Nebenpflichtverletzungen, Rn. 7.

50 Aydın Başbuğ, "Ücret Kesim Cezası", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2011, S.22; s.200; Disiplin cezalarının cezalandırıcı nitelikte olduğu ve disiplin önlemlerinin toplu düzen ve güvenliği sağladığı görüşüne ilişkin bkz. Günter Spinner, ***Münchener Kommentar zum BGB, Band 5 Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, § 611a Arbeitsvertrag***, 8. Auflage, Hrsg. Franz Jürgen Sacker-Roland Rixecker-Hartmut Oetker-Bettina Limperg, Beck Verlag, München, 2020, Rn. 987.

51 Taşkın,"İş Hukuku Açısından İşletmelerde Disiplin Sistemi", s.65; "*Kişinin doğru olmayan davranışının cezalandırılmasıyla gelecekte benzer davranışların ortaya çıkması engellenmiş olacaktır*." (Dursun Ateş, s.153).

52 Güzel, "Yetki ve Sözleşme", s.154.

53 Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 5.11.2015 Tarihli ve 2015/21740 Esas ve 2015/30221 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB); Çalışma düzeninin ihlali edilmesiyle mümkün olduğu görüşüne ilişkin bkz. Aydın Başbuğ, ***Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları***, Tes-İş Eğitim Yayınları, Ankara, 1999, s.58.

54 Taşkın, "İş Hukuku Açısından İşletmelerde Disiplin Sistemi", s.75; Nazlı Elbir, "Türk ve Fransız Hukuklarında Disiplin Cezaları", ***Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2010, s.35; İşçinin mesleki yetersizliğinin, kusurun olmamasından dolayı kural olarak disiplin cezasına konu oluşturmayacağı görüşüne ilişkin bkz. Süzek, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", s.12; Benzer şekilde bkz. Elbir, Türk ve Fransız Hukuklarında Disiplin Cezaları, s.59-60.

55 Taşkın, "İş Hukuku Açısından İşletmelerde Disiplin Sistemi", s.69; "...*Geçerli neden işçinin verimi ile davranışlarından ya da işyeri gereklerinden kaynaklanabilir. Örneğin işçinin çalıştığı*

C. Disiplin Cezalarının Düzenlenmesi

Disiplin cezalarının yazılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir[56]. Bu kapsamda da disiplin cezaları iş sözleşmeleri veya iş sözleşmesi eki olan iç yönetmeliklerde[57] veya toplu iş sözleşmelerinde düzenlenebilecektir[58]. Bununla birlikte disiplin cezalarının kaynaklar hiyerarşisine de uygun düzenlenmesi gerekmektedir[59]. Dolayısıyla iş sözleşmelerinde ve iç yönetmeliklerde emredici nitelikteki kurallara ve yine kendinden önceki normlara aykırı şekilde disiplin cezaları düzenlenmez. Ayrıca disiplin cezalarının kamu düzenine, emredici hukuk kurallarına veya kişilik haklarına aykırı olacak şekilde düzenlenmesi de mümkün değildir.

İş Kanununda[60] ücret kesme cezasının iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmelerinde gösterilen sebepler dışında uygulanamayacağı açıkça düzenlendiğinden bu durum kıyas yoluyla bütün disiplin cezaları için söz konusu olmalı ve disiplin cezalarının sebepsiz yere uygulanmaması gerekmektedir. Keza doktrinde ücret kesme cezasının genel ve objektif nitelikte olması, yani bütün işçiler için aynı fiilin aynı cezayı gerektirmesi gerektiği, aksi takdirde ayrımcılık olacağı haklı

---

bölümde objektif olarak ortaya konulan performans kriterlerine göre verimsizliğinin saptanması ve hatta işverence bu yönde verilen eğitime rağmen sonuç alınamaması durumunda, işverence işçinin başka bir işte görevlendirilmesi mümkündür. İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli sebeplerle de çalışma koşullarının değiştirilmesi mümkün görülmelidir. Şoför olarak istihdam edilen işçinin sık sık trafik cezası alarak işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da sürücü belgesine mahkeme kararıyla geçici olarak el konulması gibi durumlarda, işverenin işçiyi geçici ya da sürekli olarak başka bir işte görevlendirebileceği kabul edilmelidir..." [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 22.5.2018 Tarihli ve 2015/32556 Esas ve 2018/11448 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

56 Taşkın, "İş Hukuku Açısından İşletmelerde Disiplin Sistemi", s.65.

57 Güzel-Ugan Çatalkaya, "Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi", s.46-47; Taşkın, "İş Hukuku Açısından İşletmelerde Disiplin Sistemi", s.66; Elbir, Türk ve Fransız Hukuklarında Disiplin Cezaları, s.10; Sarper Süzek, "Tip İş Akitlerinin ve İç Yönetmeliklerin Kurulma Koşulları ve Denetimi", ***İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 1***, 2016, C.15, S.1 (Özel Sayı), s.463; Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 5.11.2015 Tarihli ve 2015/21740 Esas ve 2015/30221 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB).

58 Süzek, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", s.12; Dursun Ateş, s.162; Alman hukukunda bu cezaların toplu iş sözleşmeleri ve işyeri sözleşmelerinde düzenlenebileceğine ilişkin bkz. Reichold, § 56 Sanktionen der Nebenpflichtverletzungen, Rn.7; Kreitner-Seidel-Schlegel, Rn. 5; İş sözleşmesi ile değil, ancak toplu iş sözleşmesi veya işyeri sözleşmesi ile düzenlenebileceğine ilişkin bkz. Richardi-Maschmann; Rn. 225; Werner, Rn. 35.

59 Süzek, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", s.12; Taşkın, "İş Hukuku Açısından İşletmelerde Disiplin Sistemi" s.69; Baki Oğuz Mülayim, "İş Sözleşmesine Disiplin Kurulu Kararı ile Son Verilmesi", ***Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,*** 2021, C.12, S. 46, s.334; Dursun Ateş, s.164.

60 2003 tarihli 4857 Sayılı İş Kanunu, RG.: 10.06.2003/25134.

olarak ileri sürülmüştür[61]. Kanaatimizce diğer disiplin cezaları için de benzer düşünce kabul edilmelidir.

Türk iş hukukunda disiplin cezalarının neler olduğu ve nasıl uygulanacakları noktasında ayrıntılı düzenlemeler söz konusu değildir. İş Kanununda, ücret kesme cezası ve iş sözleşmesinin feshi dışında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte iş hukukunda disiplin cezaları uyarı, kınama, ücret kesintisi, işin değiştirilmesi, işyerinin değiştirilmesi, geçici olarak işten uzaklaştırma ve en ağır olarak iş sözleşmesinin feshedilmesi şeklinde karşımıza çıkabilir[62].

D. Disiplin Cezalarının Ölçülülük İlkesiyle Olan İlişkisi

Ölçülülük[63] ilkesi kapsamında temel olarak, amaç ile bu amaca ulaşmayı sağlayan araç arasında makul bir dengenin olup olmadığı incelenmektedir[64]. Bu kapsamda da işverenin gerçekleştirmek istediği amacın tespiti, ölçülülük denetiminde önem arz etmektedir[65]. Çünkü ölçülülük kapsamında işverenin amacına ulaşmasını sağlayan araçlardan en hafif olanının tercih edilmesi beklenmektedir[66]. Örneğin işverenin amacına fesih dışında başka bir araçla ulaşabilmesi durumunda bu aracın, fesih imkânına kıyasla ölçülü olduğu bir gerçektir. Buradan da anlaşılacağı üzere ölçülülük ilkesinin kullanıldığı alanlardan biri hatta en önemlisi iş sözleşmesinin feshedilmesidir. Bu kapsamda fesihle hedeflenen

---

61 Başbuğ, "Ücret Kesim Cezası", s.201; Gülver, "Ücret Kesme Cezası", s.1376; İşverenin disiplin yetkisini eşit davranma ilkesine uygun kullanması gerektiği görüşüne ilişkin bkz. Erdem Özdemir, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", ***Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan Cilt II***, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s.1267.

62 Süzek, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", s.10; Taşkın, "İş Hukuku Açısından İşletmelerde Disiplin Sistemi", s.66; Mülayim, "İş Sözleşmesine Disiplin Kurulu Kararı ile Son Verilmesi", s.331; Başbuğ, Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, s.147-181; Alman hukukunda genel olarak cezaların uyarılar, kınamalar ve para cezaları olduğuna ilişkin bkz. Kreitner-Seidel-Schlegel, Rn. 1; Buna karşılık Alman hukukunda fesih şeklinde disiplin cezasının düzenlenmeyeceğine ilişkin bkz. Hesse, Rn. 69; Reichold, § 56 Sanktionen der Nebenpflichtverletzungen, Rn. 7; Thomas Kania, ***Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 210. Betriebsverfassungsgesetz, § 87 Mitbestimmungsrechte,*** 22. Auflage, Hrsg. Rudi Müller Glöge-Ulrich Preis- Ingrid Schmidt, Beck Verlag, München, 2022, Rn. 24; Kreitner-Seidel-Schlegel, Rn.7.

63 Ölçülülüğün karşılaştırılan hukuki değerler arasında dengenin sağlanması işlevini gördüğü görüşüne ilişkin bkz. Deniz Ugan Çatalkaya, ***İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi***, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s.13-14.

64 Gaye Burcu Yıldız, "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr.Polat Soyer'e Armağan***, 2013, C. 15, Özel S., s. 682; Alp, "Ekonomik Kriz", s.173.

65 Ugan Çatalkaya, s.470.

66 Ugan Çatalkaya, s.474.

amaca ulaşmayı sağlayacak alternatif ve daha hafif imkânların var olup olmadığı, başka bir ifadeyle feshin son çare olup olmadığı ve yine işverenin amacına ulaşmak için işçinin menfaatlerine orantısız biçimde zarar verip vermediği konuları irdelenmektedir[67].

Ölçülülük ilkesi, kendi içerisinde elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere 3 alt ilkeyi barındırmaktadır[68]. Buna göre işverenin almış olduğu kararı gerçekleştirmeye yönelik kullandığı araçların, hedeflenen amacı gerçekleştirmeye elverişli yani uygun olması (Elverişlilik İlkesi); hedeflenen amaca ulaşabilmek için bu araçların gerekli olması yani başkaca bir imkânın bulunmaması (Gereklilik İlkesi)[69]; alınan karara istinaden yapılan işlemler ile hedeflenen amaç arasında orantı olması, yani işverenin elde edeceği menfaat ile işçinin maruz kalacağı zarar arasında orantı olması (Orantılılık İlkesi) gerekmektedir[70]. Öyle ki, ölçülülük ilkesinin ve söz konusu alt ilkelerin dikkate alınacağı alanlardan biri de disiplin cezalarıdır. Bu sebeple ölçülülük ilkesi, fesih yerine disiplin cezalarının kullanılmasında da temel alınabilir[71]. Çünkü işverenin fesih dışında amacına ulaşmasını sağlayan, daha hafif nitelikte olan ve işçinin menfaatlerine daha az

---

67 Ugan Çatalkaya, s.469.

68 Bektaş Kar, "Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2009, S.15, s.60; Yücel Bodur, "İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü", s.158; Alp, "Ekonomik Kriz", s.173; Dursun Ateş, s.303; Ugan Çatalkaya, s.63; Kılıçoğlu-Şenocak, "İş Güvencesinde Ölçülülük", s.185.

69 Gereklilik ilkesinin son çare anlamına geldiğine ilişkin bkz. Ugan Çatalkaya, s.67; Mustafa Alp, ***İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi***, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.186; Bu ilkenin aynı zamanda birden fazla önlem arasında, etkilenen kişi bakımından en az zarar veren olduğu görüşüne ilişkin bkz. Öner Eyrenci, "İşçiye Bağlı Nedenlerle Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi", ***Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi***, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s.345.

70 Kar, "Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması", s.60; Yücel Bodur, "İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü", s.158-159; Dursun Ateş, s.304-305; Kılıçoğlu-Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, s.188; Ugan Çatalkaya, s.65-76; Eyrenci, "Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi", s.345.

71 Kar, "Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması", s.62; Fesihte orantılılık ilkesine uyulması ve uyarı veya kınama gibi daha hafif tedbirlerin dikkate alınması gerektiği görüşüne ilişkin bkz. Spinner, Rn. 987; "...*Somut olayda davalı işveren vekilinin davacının önceden fazla çalışmaya muvafakat ettiğine dair dosyaya bir belge ibraz etmediği, davacının babaları olmayan yeğenlerinin okul gösterisine katılması sebebiyle işe gelmemesinin meşru bir neden olduğu, olayın oluş şekli itibariyle de davacının eyleminin feshi gerektirir haklı veya geçerli bir neden olarak kabul edilemeyeceği, davacının bu eylemi sebebiyle daha hafif bir disiplin cezası verilebilecekken akdinin feshedilmesinin de ölçülülük ilkesini ihlal ettiği...*" [Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 15.11.2016 Tarih ve 2016/16232 Esas ve 2016/19473 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

zarar veren imkânlardan biri işçiye disiplin cezası verilmesidir. Dolayısıyla disiplin cezası yolu kullanılarak işverenin ulaşmak istediği amaca ulaşılabilmesi ve işverenden fesih yerine disiplin cezasının vermesinin beklenebilir olması durumunda ölçülülük ilkesi gereği bu yol kullanılmalıdır[72]. Keza iş sözleşmesinin feshedilmesi yerine disiplin cezası verilmesi, son çare ilkesine de uygun olacaktır[73]. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, işyerinde bir disiplin cezası sisteminin kurulup kurulmadığıdır. Eğer böyle bir sistem kurulmamışsa bu durumda fesih yerine disiplin cezasının verilmesi, hukuki temelin eksik olması nedeniyle mümkün değildir[74].

---

[72] Kar, "Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması", s.64; "...*Diğer taraftan işveren, iş sözleşmesine aykırı davranışta bulunan işçiye yaptığı eylemle orantılı bir yaptırım uygulamalıdır. Yapılan eylemle orantılı olmayan ve ölçüsüz olarak nitelendirilebilecek bir yaptırım mazur görülemez. Sonuç itibariyle fesihte bir cezadır. Ölçülülük ilkesi uyarınca, uygulanacak önlem, ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalı bir başka anlatımla tedbir uygun olmalı, ulaşılmak istenen amaç açısından gerekli olmalı ve uygulanacak tedbirin sonucu olan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç, ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamalıdır. Bu ilke uyarınca yargıç feshin geçerli olup olmadığını kararlaştırırken, işçinin davranışının ağırlığını dikkate alarak, her olayın özelliğine göre işçinin davranışı ile işverence uygulanan fesih türü arasında bir orantısızlık (ölçüsüzlük) olup olmadığını takdir edecektir. İşçinin davranışının haklı fesih olarak değerlendirilmesi ağır ve gerekli olmayan bir sonuç ise geçerli neden, işveren açısından iş ilişkisinin devamını önemli ölçüde çekilmez hale getirmeyecek ve işçiye fesih dışında başka bir disiplin cezası ile geçiştirilebilecek bir davranış ise, geçersiz neden kabul edilmelidir*..." [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 24.6.2019 Tarih ve 2019/4548 Esas ve 2019/14050 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)]; Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 28.3.2019 Tarihli ve 2016/21065 Esas ve 2019/7060 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB).

[73] Süzek, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", s.15; Elbir, Türk ve Fransız Hukuklarında Disiplin Cezaları, s.57-58; Dursun Ateş, s.164; Başbuğ, Değişen Şartlara Uyarlama, s.123; Taşkın, "İş Hukuku Açısından İşletmelerde Disiplin Sistemi", s.64; Mülayim, "İş Sözleşmesine Disiplin Kurulu Kararı ile Son Verilmesi", s.336; Bununla birlikte Alman hukukunda, ultima-ratio ilkesinin, işvereni, işçinin davranışıyla ilgili işten çıkarma bildiriminde bulunmadan önce disiplin cezası vermeye mecbur bırakmayacağı ileri sürülmüştür. Bu görüş için bkz. Kreitner-Seidel-Schlege; Rn. 8; Jan Malte Niemann, ***Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, BGB § 626***, 22. Auflage, Hrsg. Rudi Müller Glöge-Ulrich Preis- Ingrid Schmidt, Beck Verlag, München, 2022, Rn. 26.

[74] Benzer şekilde bkz. Başbuğ, Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, s.62; Alman hukukunda, işyerinde disiplin sisteminin olmaması durumunda nulla poena sine lege ilkesine göre ceza verilmesinin söz konusu olamayacağı ileri sürülmüş olup, bu görüş için bkz. Erwin Salamon ***Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 4 Kollektives Arbeitsrecht II, § 320 Mitbestimmung bei der Ordnung des Betriebes***, 5. Auflage, Hrsg. Heinrich Kiel- Stefan Lunk-Harmut Oetker, Beck Verlag, München, 2022, Rn. 46.

III. NAKİL KAYITLARI VE İŞYERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ DİSİPLİN CEZASI

A. Nakil Kayıtları ve Geçerliliği

İşverenin yönetim hakkı, kural olarak iş sözleşmesi hükümlerinin değiştirilmesini değil, işçinin iş görme borcunu özellikle de işin nerede, ne zaman ve ne şekilde yapılacağını somutlaştırmaktadır[75]. Bununla birlikte işverenin yönetim hakkı, iş sözleşmeleri ile genişletilebilir[76]. Bu anlamda değişiklik kayıtları, işverene çalışma koşullarını tek taraflı olarak belirleme ve değiştirme yetkisini veren kayıtlardır[77]. Söz konusu kayıtlar sayesinde işveren, yönetim hakkı kapsamında çalışma koşulları ile ilgili yapamayacağı bir işlemi, tek taraflı olarak yapabilecektir[78]. İşte bu kayıtlar sayesinde işverenin genişletilmiş yönetim hakkından bahsedilir[79].

---

75 Demircioğlu, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", s.123; Öztürk, s. 45; Yıldız, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, s.82; Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, s.182; Yönetim hakkının, değişiklik yapma yetkisi vermediğine ilişkin bkz. Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, s.183; Benzer şekilde bkz. Güzel, "Yetki ve Sözleşme", s.170-171.

76 Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, s.27; Öztürk, s.519.

77 Mustafa Alp, "İşverene İşçinin İşini Değiştirme Yetkisi Veren İş Sözleşmesi", ***Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna ilişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi***, 2006, S.1, s.14.

78 Öztürk, s.563; Dursun Ateş, s.275; Uşan, "İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi", s.245; Şen, s.99; Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, s.190; Alp, "İşverene İşçinin İşini Değiştirme Yetkisi Veren İş Sözleşmesi", s.14; Civan, "Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği", s.783; Bu kayıtların tek taraflı olarak belirleme imkânı sağladığı görüşüne ilişkin bkz. Doğan Yenisey, "İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümleri", s.1176. "*...Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma şartlarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır...*"[Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 5.10.2017 Tarihli ve 2017/40229 Esas ve 2017/20672 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

79 Öztürk, s.562; Dursun Ateş, s.277; Şen, s.107; "*...İş sözleşmesinde, gerektiğinde çalışma koşullarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemeler bulunması halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır...*" [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 19.1.2009 Tarihli ve 2007/34216 Esas ve 2009/111 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)]; Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 20.6.2013 Tarihli ve 2013/4133 Esas ve 2013/11620 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB); "*Değişiklik haklarının yönetim hakkını genişlettiğinden ziyade bağımsız birer yenilik doğuran hak olarak kabul edilmeleri daha uygun olacaktır*." (Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, s.192); "*Değişiklik kayıtlarını, sözleşme ile işverene çalışma koşullarını tek taraflı olarak değiştirmek ve belirlemek için tanınan yenilik doğurucu haklar olarak tanımlamak daha doğru olur.*" (Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.252); "*Değişiklik kayıtlarıyla işverenin yönetim hakkı genişlemez, bu kayıtlar işverene iş ilişkisinde bir değişiklik yapma imkanı tanır.*" (Kutlu Mutluer, s.231).

Nakil, mevcut istihdam ilişkisi devam edecek şekilde ve kalıcı olarak işçinin işverenin başka bir işyerine görevlendirilmesidir[80]. Öyle ki, işçinin başka bir işyerine nakledilmesi çeşitli durumdan kaynaklanmaktadır. Turizm veya inşaat gibi işlerde işin niteliğinden kaynaklandığı gibi[81] işyerinin kapanması veya başka bir yere taşınması nedeniyle de nakil yapılmaktadır[82]. Buna karşılık işçinin başka bir işverene devredilmesi, nakil olarak değerlendirilemez[83]. Yine feshin son çare olması ilkesi kapsamında nakil yapılabilecektir. Ayrıca işyeri değişikliği disiplin cezası neticesinde de başka bir işyerine nakil yapılabilir. Son olarak ise işverenin iş sözleşmelerinde düzenlediği nakil kayıtları yoluyla da nakil işlemleri gerçekleşmektedir.

Belirli bir işyerinin kararlaştırıldığı iş sözleşmelerinde, aynı zamanda işçinin işverenin başka işyerlerinde çalıştırılabileceğine ilişkin kayıtlar da düzenlenmektedir. İşte bu kayıtlara nakil kayıtları denilmektedir[84]. Nakil kayıtları da de-

---

80 Dagmar Kaiser-Georg Annuß, ***Personalvertretungsrecht, Personalvertretungen im Bundesdienst, § 75 Mitbestimmung in Angelegenheiten der Angestellten und Arbeiter und in sonstigen Angelegenheiten***, 5. Auflage, Hrsg. Reinhard Richardi-Hans Jürgen Dörner, Beck Verlag, München, 2020, Rn.68; Hahn, "Versetzung, Abordnung und Umsetzung", s.141; Wolfgang Hromadka, "Grenzen des Weisungsrechts" ***NZA***, 2012, Heft.5, s.235; Alman hukukunda, "Umsetzung", kavramının genel itibariyle işyeri içerisinde geçici veya sürekli olarak yeni bir çalışma yerine gönderilmesi iken, "Versetzung" kavramının genel itibariyle başka bir işyerine gönderilmesi olarak algılanabileceği ve fakat bazı durumlarda, her iki olgu da tür, yer veya kapsam bakımından faaliyetteki değişiklik anlamına gelen nakil kavramına dâhil edildiği görüşü ileri sürülmüş olup, bu görüş için bkz. Gregor Thüsing- Friedrich Westphalen, ***Vertragsrecht und AGBKlauselwerke, Klauselwerke, Arbeitsverträge, 47. Ergänzung***, Beck Verlag, München, 2021, Rn.270 "...*Mahkemece aynı binada bölüm değişikliğinin işyeri değişikliği olarak nitelendirilmesi doğru olmadığı gibi* ..." [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 24.1.2011 Tarihli ve 2010/31518 Esas ve 2011/41 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

81 Süzek, "Değişiklik Feshi", s.19; Manav, "İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Hukuki Sonuçları", s.219; Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, s.147; Civan, "Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği", s.805; Ulrich Preis, ***Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 320. Gewerbeordnung, § 106 Weisungsrecht des Arbeitgebers***, 22. Auflage, Hrsg. Rudi Müller Glöge-Ulrich Preis- Ingrid Schmidt, Beck Verlag, München, 2022, Rn. 29.

82 Ertan İren, "İşverenin İşçisini Başka Bir İşyerine Nakil Yetkisini İş Sözleşmesiyle Saklı Tutmasına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2010, S.19, s.83; Niteliği gereği değişen işlerde tek taraflı olarak farklı işyerlerinde çalışma yaptırılabileceği görüşüne ilişkin bkz. Alpagut, "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik", s.56; Benzer şekilde bkz. Uzun, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", s.52; "...*İşçinin işyerinden kaynaklanan geçerli sebeplerle sürekli olarak işyerinin değiştirilmesi şeklinde bir uygulamanın varlığı halinde, başka işyerlerinde zaman zaman görevlendirilmesi çalışma koşulları arasındadır...*" [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 1.3.2016 Tarihli ve 2014/31770 Esas ve 2016/4503 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

83 Hahn, "Versetzung, Abordnung und Umsetzung", s.141.

84 Lakies, "Versetzungsklauseln", s. 5.

ğişiklik kayıtlarının bir türüdür. Çünkü işveren, iş sözleşmesinde düzenlenen işyerini tek taraflı olarak değiştirebilir[85]. İşte işverene nakil yetkisi veren bir kaydın iş sözleşmesinde bulunması durumunda işverenin yönetim hakkı genişlemektedir[86]. Çünkü tüm işyerlerini kapsayan bir nakil kaydıyla birlikte bir işyeri belirlenmişse, işverenin işin yapıldığı yer ile ilgili yönetim hakkının iş sözleşmesiyle kısıtlanması söz konusu değildir[87].

Çalışma yaşamının ve piyasaların dinamik yapısı, gelişen teknoloji, ekonomik gelişmeler ve işyerinden veya işletmeden kaynaklanan nedenler gereği çalışma koşullarının da zaman içerisinde değişmesi mümkündür[88]. Yine iş sözleşmeleri, sürekli borç doğuran bir sözleşme niteliğinde olduğundan, sonradan meydana gelen değişikliklere uyarlanması ihtiyacı hissedilen sözleşmelerdendir[89]. Ancak iş sözleşmesi kurulurken işverenin bütün bu durumları göz önüne alarak sözleşmeyi ihtimaller üzerine bina etmesi mümkün gözükmemektedir. Öte yandan çalışma koşullarının değişen bu şartlara uyumlaştırılması işverenin tek taraflı iradesi ile mümkün olmayıp, işçinin rızasını da gerektirir[90]. İşte bu kayıtlar sayesinde işveren, çalışma koşullarını tek taraflı olarak değiştirme hakkını elde etmekte ve değişen koşullara karşı hızlı tedbirler alarak uyumlaştırma ihtiyacını gidermektedir. Bu noktada ilgili kayıtlar, iş sözleşmesinin esnekleşti-

---

85 Mustafa Alp, "İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2006, S. 3, s.37; Hartmut Oetker, ***Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Kündigungsschutzgesetz (KSchG), § 2 Änderungskündigung***, 22. Auflage, Hrsg. Rudi Müller Glöge- Ulrich Preis- Ingrid Schmidt, Beck Verlag, München, 2022, Rn.14.

86 Reinhard Künzl**, *Kündigungsrecht Gross Kommentarzum Gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhaltnissen, Systematischer Kommentar Arbeitsrechtlicher Vorschriften, KSchG § 2 Änderungskündigung***, 6. Auflage, Hrsg. Reiner Ascheid- Ulrich Preis-Ingrid Schmidt, Beck Verlag, München, 2021, Rn. 105; Alpagut, "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik", s. 59; Bu durumda bu değişikliğin esaslı bir değişiklik olarak kabul edilmeyeceği görüşüne ilişkin bkz. Uşan, "İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi", s.238; Aynı şekilde bkz. Şen, s.136.

87 Preis, Rn. 27; Jens Siebert- Rene Teubert, "Nach der Rechtsprechungsänderung des BAG: Aktuelles und Neues zu Versetzung und Personalgestellung" ***öAT***, 2019, Heft.1, s.8.

88 Erdem Özdemir**,** "İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar", ***Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2004, C.12, S.3-4, s.33; Uşan, "İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi", s.219; Süzek, "Değişiklik Feshi", s.10; Alpagut, "İş Kanununun 22. Maddesinin Uygulama Alanı", s.50; Dursun Ateş, s.228; "*Ekonomik kriz sırasında iş sözleşmesini çalışma koşullarında esaslı değişiklikler ile ayakta tutmak mümkündür*." (Alp, "Ekonomik Kriz", s.156).

89 Başbuğ, Değişen Şartlara Uyarlama, s.52; Gragert-Katerndahl, Rn.41.

90 Özdemir, "İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar" s.32.

rilmesine ve değişen şartlara uyarlaması ihtiyacına da hizmet ederler[91]. Keza bu kayıtlar ile gerekli esneklik sağlandığında işçi, işyerinden kaynaklanan nedenlere işten çıkarılma durumuna karşı iş ilişkisinin sürdürülmesi güvencesini de elde etmiş olacaktır[92]. Öyle ki, bu özelliklerinden dolayı değişiklik kayıtları yaygın bir araç haline gelmiştir[93]. Değişiklik kayıtları da genel itibariyle nakil kayıtları olarak karşımıza çıkmaktadır[94].

İşverenler, işyerine ilişkin sözleşmede düzenlenen hükümlerin bağlayıcı etkilerinden kaçınmak istemekte ve nakil kayıtları düzenlemektedir[95]. İş sözleşmesinde işçinin çalışacağı yerin düzenlenmesi ve bununla birlikte bir nakil kaydının da eklenmesi durumda, iş sözleşmesinde iş görme borcunun nerede yerine getirileceğinin düzenlenmesi veya düzenlenmemesi arasındaki fark ortadan kalkacaktır[96]. Çünkü sözleşmede işyeri ile ilgili hüküm bulunmasına rağmen, işverenin işçiyi başka bir yere göndermeye yetkili olduğu da kabul edilmiş ve böylelikle sözleşme hükmü ile başlangıçta yönetim hakkı kısıtlanmış, aynı zamanda işverenin işçiyi başka bir yerde görevlendirebileceğine dair sözleşme hükmü ile yeniden genişletilmiştir[97]. Yine bu şekilde düzenlemiş bir sözleşmenin, iş görme borcu ilgili herhangi bir somut hüküm içermediği de ileri sürülmüştür[98].

İşveren, birden fazla işyerine sahip olması durumunda ve bu kayıt sayesinde işçiyi gerektiğinde diğer işyerlerine gönderebilme hakkını elde etmektedir[99]. Artık İş Kanununun 22. maddesinde düzenlenen usulün takip edilmesine de gerek yoktur[100]. Çünkü çalışma koşullarında değişiklik ve nakil yetkisinin kullanılması farklı

---

91 Dursun Ateş, s.284; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.243-244; Aydın, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler", s.26; İren, "İşverenin İşçisini Başka Bir İşyerine Nakil Yetkisi", s.82; Dursun Ateş, s.284; Reichold, § 40 Arbeitspflicht und Arbeitszeit, Rn. 57; Gragert-Katerndahl, Rn.41; Bu yönü ile esneklik amacına hizmet ettiğine ilişkin bkz. Alp, "İçerik Denetimi", s.38.

92 Gragert-Katerndahl, Rn.41; Poeche, Rn. 3.

93 Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.243.

94 İren, "İşverenin İşçisini Başka Bir İşyerine Nakil Yetkisi", s.83.

95 Pletke-Schrader-Siebert-Thoms-Klag, Rn 33.

96 Linck, Rn.23; Sözleşmeden doğan kısıtlamayı önlediği görüşüne ilişkin bkz. Reichold, § 40 Arbeitspflicht und Arbeitszei, Rn. 57; Benzer şekilde bkz. Lingemann-Siemer, s.495.

97 Lakies, "Versetzungsklauseln", s.5

98 Lakies, "Versetzungsklauseln", s.5

99 Taşkent, İşverenin Yönetim Hakkı, s.28; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.251.

100 Aydın, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler", s. 28; Manav, "İşyeri Değişiklik Kayıtları", s.151; Dursun Ateş, s.278; Alp, "İşverene İşçinin İşini Değiştirme Yetkisi Veren İş Sözleşmesi", s.14.

kavramlardır. İş sözleşmesinde işçinin işyerinin kesin olarak belirlenmesi ve işçinin başka bir işyerine nakledilmek istenmesi durumunda, işverence tek taraflı olarak yapılamayan bir sözleşme değişikliği söz konusu olacaktır[101]. Ancak bu kayıtlar ile işverene değişik yapmak hakkı, önceden verilmiş bulunmaktadır[102]. Dolayısıyla işveren, iş sözleşmesi ile kendisine tanınan bu nakil hakkını kullanmaktadır.

Türk hukukunda nakil kayıtlarının geçerli olduğu, hâkim görüş ve Yargıtay[103] tarafından kabul edilmektedir[104]. Yalnız nakil kayıtlarının işçinin işinde, ücretinde, çalışma süresinde ve diğer çalışma koşullarında değişikliğe neden olmaması gerekir[105]. Keza Alman Hukukunda da işçinin, bilgi ve becerilerine uygun olarak başka bir işyerinde istihdam edilebilmesini düzenleyen kaydın, ölçüsüz ve şeffaf olmayan bir kayıt olarak görülemeyeceği kabul edilmektedir[106].

---

101 Thüsing-Westphalen, Rn.271.

102 Civan, "Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği", s.782; Alp, İçerik Denetimi, s.37; "*Değişikliği saklı tutma kayıtları, aslında işçinin başlangıçtaki rızası ile ortaya çıkan bir değişiklik sözleşmesidir*". (Uşan, "İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi", s.245); Benzer şekilde bkz. Civan, "Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği", s.782; "*Çalışma koşullarında baştan kararlaştırılan biçimde değişikliğe gidilmesi sözleşme değişikliği sayılmaz*." (Başterzi, "Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformu", s.63).

103 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.10.2006 Tarihli ve 2006/9-613 Esas ve 2006/644 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB); Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 13.12.2010 Tarihli ve 2009/39668 Esas ve 2010/37397 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB); Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 27.2.2012 Tarihli ve 2011/9180 Esas ve 2012/2815 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB); Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 21.9.2004 Tarihli ve 2003/21979 Esas ve 2004/19484 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB); *"…İş sözleşmesi ve eki niteliğindeki kaynaklarda nakil yetkisinin saklı tutulmasına ilişkin konulan bir hüküm, dürüstlük kuralına uygunluk koşuluyla yasa koyucunun amacı, çalışma yaşamının gerekleri ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde hukuka uygun ve geçerlidir…*" [Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.3.2021 Tarihli ve 2021/9-112 Esas ve 2021/294 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

104 Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.359; Yıldız, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, s.137; Başbuğ, Değişen Şartlara Uyarlama, s.97; Öztürk, s.598; Süzek, "Değişiklik Feshi", s. 19; Alpagut, "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik", s.59-60; Bu kayıtların ya geçersiz olduğu ya da hakim tarafından hakkaniyete uygun sınırlara çekilmesi gerektiği görüşüne ilişkin bkz. Gaye Baycık, "İşverenin Nakil Yetkisinin Kullanım Denetimi", ***AÜHFD,*** 2012, C.61, S.2, s.489-490; TBK'nın 24. maddesi gereği değişiklik kayıtlarının geçersiz olduğu görüşüne ilişkin bkz. Kutlu Mutluer, s.225; İş Kanununun 22. Maddesi karşısında değişiklik kayıtlarının geçersiz olduğu görüşüne ilişkin bkz. Ünal Narmanlıoğlu, "4857 Sayılı İş Kanununun 22/1'inci Maddesi ile İlgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Kararı Hakkında Düşünceler", ***Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna ilişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi***, 2007, S.4, s.154.

105 Dursun Ateş, 333; Arıcı, "İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası", s.172; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.10.2006 Tarihli ve 2006/9-613 Esas ve 2006/644 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB).

106 Dana Fanselow, ***Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, § 3 Arbeitsrechtliche Fragestellungen***, 3. Auflage, Hrsg. Jörg Nerlıch-Georg Kreplın, Beck Verlag, München, 2019, Rn.180.

B. İşyerinin Değiştirilmesi Disiplin Cezası ve Düzenlenmesi

İş sözleşmesini sona erdirmeyen, buna karşılık çalışma koşullarında değişiklik yaparak iş sözleşmesinin devamını sağlayan tedbirler, işverenin amacını gerçekleştirmeye elverişli iseler feshe kıyasla daha hafif olarak kabul edilecektir[107]. Bu kapsamda çalışma koşullarında değişiklik, aslında feshin son çare olması ilkesine de hizmet eder[108]. Hal böyleyken işverenin fesih dışında amacına ulaşmasını sağlayan, daha hafif nitelikte olan ve işçinin menfaatlerine daha az zarar veren imkânlardan biri çalışma koşullarının değiştirilmesi, söz konusu değişikliklerden bir de işçinin çalıştığı yerin değiştirilmesidir[109]. Şartların oluşması durumunda işyerinin değiştirilmesi, son çare ilkesi kapsamında değerlendirilebilir[110] ve işverenin işçiyi başka bir işyerinde çalıştırma imkânı olmasına karşın iş sözleşmesini feshetmesi geçersiz fesih olarak değerlendirilebilir[111].

Fesih yerine işyeri değişikliğinin düşünülebilmesi için yukarıda değindiğimiz ölçülülük ilkesine ve alt ilkelerine uygun hareket edilmesi gerekir. Bu kapsamda işverenin amacına bu yolla ulaşabilmesi ve aynı zamanda işyeri değişikliğiyle iş sözleşmesinin tekrardan ihlal edilmesi riskinin ortadan kalkma ihtimalinin yüksek olması ve ayrıca işyeri değişikliğinin işverenden beklenebilmesi gerekmektedir[112]. Hiç şüphesiz işçinin ihlal teşkil eden davranışlarının ağırlığı, işverenden beklenebilirlikte önem arz eder[113].

---

[107] Kılıçoğlu-Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, s.193.

[108] Süzek, "Değişiklik Feshi", s.8; Başterzi, "Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformu", s.60; Uşan, "İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi", s.219; Manav, "İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Hukuki Sonuçları", s.241; Dursun Ateş, s.229; Başbuğ, Değişen Şartlara Uyarlama, s.54; Kılıçoğlu-Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, s.418; "*Feshin son çare olma ilkesi kapsamında, iş sözleşmesinin feshini önlemeye yönelik olacak şekilde kaleme alınan değişiklik kayıtları, işçi açısından beklenebilir görülmeli ve geçerli sayılmalıdır*." (Civan, "Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği", s.792).

[109] Ugan Çatalkaya, s.481; "...*Ölçülülük ilkesinin ihtardan başka diğer bir aracı da çalışma yerinin değiştirilmesidir. Çalışma yerinin değiştirilmesi feshe oranla daha hafif çare olarak gündeme gelen bir araçtır...*" [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 14.1.2019 Tarihli ve 2018/5461 Esas ve 2019/750 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)]; "...*Örneğin, işten çıkarmayı gerektirecek nitelikteki bir eyleme yer değiştirme cezasın uygulanması işçi yararına olduğundan geçersizliği ileri sürülemez...*" [Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 5.11.2015 Tarihli ve 2015/21740 Esas ve 2015/30221 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

[110] Kar, "İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesih", s. 123; Savaş Taşkent, "Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2011, S.21, s.16; Dursun Ateş, s.262; Kılıçoğlu-Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, s.203.

[111] Şen, s.226.

[112] Ugan Çatalkaya, s.492; "*Ölçülülük ilkesi kapsamında işçinin çalışma yerinin değiştirilmesi tedbiri, aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde feshe oranla daha hafif bir çare olarak uy-*

İşçinin işyerini değiştirilmesi, işin niteliğinden kaynaklanabileceği gibi bir önceki paragrafta değindiğimiz gibi feshin son çare olması ilkesinden, iş sözleşmesinde düzenlenen nakil kaydından veya işyeri değişikliği disiplin cezasından kaynaklanabilir. Hal böyleyken nakil işleminin ne amaçla yapıldığının belirlenmesi gerekmektedir[114]. Keza işçinin işyerinin değiştirilmesi, çalışma koşullarında değişiklik olmakla birlikte aynı zamanda bir disiplin cezası olarak da düzenlenebilir[115]. Bu kapsamda işyerinden kaynaklanan bir nedenle değil de işçinin olumsuzluk teşkil eden bir davranışının cezalandırılması amacıyla nakil yapılmışsa, bunu disiplin cezası olarak algılamak gerekmektedir[116]. Ancak bir işyeri değişikliğinin, disiplin cezası olarak kabul edilebilmesi için bu değişikliğin amacıyla birlikte hukuki temeline de bakılması gerekmektedir. Yani işyerinde, işyeri değişikliği cezasını da kapsayan bir disiplin cezası sisteminin kurulmuş olması

---

gulanmalıdır: İşçinin çalışabileceği boş bir çalışma yerinin olmalı; işçinin söz konusu boş çalışma yerinde çalıştırılması durumunda yükümlülüklerinin ihlali teşkil eden davranışlara devam etmeyeceğine dair objektif emareler bulunmalı, bir başka deyişle işçinin yükümlülük ihlali hali hazırda çalıştığı çalışma yerine özgü yükümlülük ihlali olmalı; işçinin çalıştırılmaya devam etmesinin işverenden beklenebilir olması; bu yönde işverene yöneltilebilecek talebin haklı bir talep niteliğinde olması." (Kılıçoğlu-Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, s.416); "*...Davranış nedeniyle fesih, ancak, sözleşmeyi sona erdirmeye oranla daha hafif bir çare söz konusu olmadığında gerekli olur. Ölçülülük ilkesinin ihtardan başka diğer bir aracı da çalışma yerinin değiştirilmesidir. Çalışma yerinin değiştirilmesi feshe oranla daha hafif çare olarak gündeme gelen bir araçtır. Ancak bu tedbirin uygulanabilmesi, işveren açısından mümkün olması ve kendisinden haklı olarak beklenebilmesi koşuluna bağlıdır. İşçinin başka bir çalışma yerinde çalıştırılması imkânı söz konusu değilse ölçülülük ilkesi ve ultima ratio prensibi uyarınca İş Kanunu'nun 22.maddesi uyarınca değişiklik feshi düşünülmelidir...*" [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 4.2.2019 Tarihli ve 2018/5826 Esas ve 2019/2607 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)]; *"...Davranış nedeniyle fesih, ancak, sözleşmeyi sona erdirmeye oranla daha hafif bir çare söz konusu olmadığında gerekli olur. Ölçülülük ilkesinin ihtardan başka diğer bir aracı da çalışma yerinin değiştirilmesidir. Çalışma yerinin değiştirilmesi feshe oranla daha hafif çare olarak gündeme gelen bir araçtır. Ancak bu tedbirin uygulanabilmesi, işveren açısından mümkün olması ve kendisinden haklı olarak beklenebilmesi koşuluna bağlıdır...*" [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 17.3.2008 Tarihli ve 2007/27583 Esas ve 2008/5294 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

113 Ugan Çatalkaya, s.492; Kılıçoğlu-Şenocak, İş Güvencesinde Ölçülülük, s.202; "*...6.05.2012 tarihli noter ihtarnamesi ve olayların kronolojisi irdelendiğinde, davacının iş sözleşmesindeki nakil yetkisinin objektif olarak kullanıldığının kanıtlanmadığı, davacının tutanağa bağlanan eylemleri ve nakil işlemi değerlendirildiğinde bunun ölçülü olmadığı...*" [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 6.11.2014 Tarihli ve 2014/31203 Esas ve 2014/33011 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

114 Özdemir, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", s.1256.

115 Alman hukukunda nakil cezasının düzenlenebileceğine ilişkin bkz. Salamon, Rn. 41; Aksi görüş için bkz. Kreitner-Seidel-Schlegel; Rn. 7; Naklin BetrVG § 87/1-1 anlamında ceza olmadığına ilişkin bkz. Werner, Rn. 37.

116 Benzer yönde bkz. Özdemir, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", s.1256.

gerekir. Aksi takdirde amacı ne olursa olsun işyeri değişikliği disiplin cezasının uygulanması, hukuki temelin eksik olması nedeniyle mümkün değildir veya en azından bu işyeri değişikliğini klasik anlamda bir disiplin cezası olarak düşünmemek gerekir.

Doktrinde nakil kayıtlarının, işçiye disiplin cezası vermek amacıyla kullanmasının mümkün olmadığı ileri sürülmüştür[117]. Şöyle ki, işverenin disiplin cezası vermek amacıyla nakil kaydını kullanmasının mümkün olmaması görüşünü paylaşmakla birlikte, bu durumun nakil kayıtlarının geniş yorumlanmasından ziyade, disiplin cezasının uygulanabilmesi için hukuki temelinin bulunması gereğinden kaynakladığı düşüncesindeyiz. Başka bir ifadeyle önceden işçinin hangi davranışlarının işyeri değişikliği disiplin cezasını gerektirdiğinin düzenlenmemesi durumunda işveren, nakil kaydı yoluyla işyeri değişikliği disiplin cezasını uygulayamaz. Bununla birlikte disiplin sisteminin bütün gereklerini yerine getirecek şekilde disiplin cezası olarak düzenlenen işyeri değişikliği cezası, aynı zamanda bir nakil işlemi olduğundan kanaatimizce bu ceza, bir değişiklik kaydı/nakil kaydı özelliği de taşır. Dolayısıyla da böyle bir düzenleme, çift karakterlidir[118]. Keza disiplin cezası olarak uygulanan işyeri değişikliği, aynı zamanda çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil ettiğinden, kural olarak İş Kanununun 22/1. maddesinin uygulanmasını gerektirirdi[119]. Ancak nakil yetkisi özelliği de taşıyan işyeri değişikliği disiplin cezası düzenlenmişse, başka bir ifadeyle işveren, işçiyi başka bir işyerine nakletme yetkisini saklı tutmuşsa, bu durumda kural olarak İş Kanununun 22. maddesinin uygulanması gerekmez[120]. Artık işveren, tek taraflı olarak işyeri değişikliğini uygulayabilir. Hal böyleyken disiplin cezası olarak uygulanan nakil, işverenin yönetim hakkı kapsamında kalacaktır.

---

[117] Baycık, "İşverenin Nakil Yetkisinin Kullanım Denetimi", s.499.

[118] "...*Somut olayda da Toplu İş Sözleşmesi hükmü genel de bu nitelikte bir düzenlemeyi içermektedir. Ancak her görevlendirme ve yer değiştirmenin disiplin kurulu kararı ile gerçekleştirilmesi işverenden istenemez. Böyle bir durumda işveren gereği şekilde işi yürütme ve düzenleme olanağından yoksun kalır ki, bunun kabulü mümkün değildir. Fakat öyle haller karşılaşılabilir ki bu tür işlemler bir nevi disiplin cezası anlamı taşır. İşte o zaman konunun disiplin cezası üzerinde durularak disiplin kurulundan geçirilmesi koşulunu aramak gerekir*..." [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 17.6.1999 Tarihli ve 1999/9663 Esas ve 1999/11148 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

[119] "*Bazı disiplin cezaları -rütbe indirimi, işçinin çalıştığı yerin değiştirilmesi vb. işçinin çalışma koşullarında "esaslı" değişikliğe yol açar. Böyle bir disiplin yaptırımına başvurulması halinde, diğer esaslı değişikliklerde olduğu gibi, İş Kanununun 22. maddesi gereği; işverenin değişiklik önerisini "yazılı" biçimde yapma zorunluluğuna karşılık işçinin bunu kabul etme yükümlülüğü kural olarak bulunmamaktadır."* (Elbir, Türk ve Fransız Hukuklarında Disiplin Cezaları, s.126).

[120] Dursun Ateş, s 163.

Nakil kaydı özelliği de taşıyan işyeri değişikliği cezasında, bu cezaya sebebiyet veren fiillerin belirli bir ağırlıkta olması gerekmektedir. Keza disiplin cezasının uygulanabilmesi için kusurlu olunması gerekmekle birlikte aynı zamanda ceza, kusurla orantılı olmalıdır[121]. Nihayetinde başka bir işyerine nakil cezası, ağır bir disiplin cezası olduğundan işçinin ağır kusur teşkil eden fiilleri için düzenlenmesinde fayda vardır. Örneğin işçinin devamsızlığı veya gerekli dikkat ve özeni göstermemesi gibi hareketlerden ziyade taciz, sataşma veya şiddet, iş güvenliğini tehlikeye düşürme veya işyerinde bulunan makine, tesisat veya başka eşyalara zarar verme gibi filler için öngörülmelidir. Yine İş Kanununun 24/2-d ve Türk Borçlar Kanununun (TBK)[122] 417. maddeleri gereği işveren, özellikle cinsel taciz durumunda gerekli önlemleri alması gerekmektedir. Bu önlemler arasında fesih bulunmakla birlikte işçinin işyerinin değiştirilmesi önlemine de başvurulabilir[123].

İşçinin yetersizliği ve davranışları nedeniyle fesihten önce, çıkarların dengelenmesi gereği ilk olarak uyarı cezasının kullanılması, ardından tekrarı halinde işyeri değişikliği cezasının kullanılması önerilebilir[124]. Ancak işveren, uyarının başarısız olması, yani işçinin davranışına devam etmesi durumunda öncelikle bu cezayı uygulayabilir[125]. Ayrıca söz konusu ceza, bir disiplinin cezasının tekerrür etmesi durumunda kullanılabilir. Ancak başka bir disiplin cezası ile birlikte işyeri değişikliği cezası "aynı eylemden dolayı iki defa ceza verilemez" kuralı gereği aynı anda uygulanamaz[126]. Öte yandan işverenin disiplin hakkının sınırsız olarak düşü-

---

[121] Süzek, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", s.11; Özdemir, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", s.1266; Taşkın, "İş Hukuku Açısından İşletmelerde Disiplin Sistemi", s.69; Elbir, Türk ve Fransız Hukuklarında Disiplin Cezaları, s.60, 63; Dursun Ateş, s.160; Kutlu Mutluer, s.180; Disiplin cezalarının, ölçülü olması gerektiğine ilişkin bkz. Mülayim, "İş Sözleşmesine Disiplin Kurulu Kararı ile Son Verilmesi", s.335; "...*Bir disiplin cezasının uygulanabilmesi için işçinin kusurlu bulunması da zorunludur*..." [Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 5.11.2015 Tarihli ve 2015/21740 Esas ve 2015/30221 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

[122] 2011 Tarihli 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, RG.: 04.02.2011/27836.

[123] Yıldız, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, s.102; "*Ancak bunun dışında işe geç gelme, iş disiplinine aykırı davranma gibi daha hafif ihlallerin yapılması durumunda disiplin cezası olarak işyeri değişikliği uygulanamaz*" (Yıldız, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, s.102).

[124] Annette Salomon Hengst, "Versetzung, Abordnung und Zuweisung gem. § 4 TVöD/TV-L", ***öAT***, 2016, Heft.9, s.181

[125] Salomon-Hengst, "Versetzung, Abordnung und Zuweisung gem. § 4 TVöD/TV-L", s.181

[126] Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 24.9.2007 Tarihli ve 2007/13498 Esas ve 2007/27926 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB); Alman hukukunda da aynı ihlal için birden fazla yaptırıma izin verilmeyeceğine ilişkin bkz. Werner, Rn. 36.

nülmesi de mümkün değildir[127]. Dolayısıyla nakil kaydı özelliği taşıyan bu cezanın kullanılması ile birlikte işçinin diğer çalışma koşulları da dikkate alınmalıdır. Başka bir ifadeyle işyeri değişikliğine ilişkin bir kayıt olsa dahi, işçinin işinde, ücretinde veya çalışma süresinde bir değişikliğe neden olacak şekilde bu yetki kullanılamayacak, aksi takdirde bu değişiklik, esaslı değişiklik olarak kabul edilecektir. Hal böyleyken işyeri değişikliği cezası, diğer çalışma koşullarının işçinin aleyhine olacak şekilde değişmesine sebebiyet verecek yönde kullanılamaz.

C. Nakil Kaydı Özelliği De Taşıyan İşyeri Değişikliği Disiplin Cezası Kayıtlarının Denetimi

1. Genel Olarak

Çalışma koşullarının bir kısmı toplu iş sözleşmelerinde, iş sözleşmelerinde ve ayrıca işveren tarafından tek taraflı olarak hazırlanan iç yönetmeliklerde düzenlenmektedir[128]. İşveren, özellikle tip iş sözleşmelerinde[129] ve iç yönetmeliklerde önceden hazırlanmış, genel ve yeknesak nitelikte çalışma koşulları düzenlemekte ve işçi bunları kabul etmektedir. Çalışma koşullarının önceden, genel ve yeknesak bir şekilde hazırlanmasında iş hukuku anlamında bir engel de bulunmamaktadır[130].

Tip iş sözleşmeleri, işveren tarafından sıkça kullanılmaktadır. Yine iç yönetmelikler de işverenler tarafından sıklıkla kullanılan ve çalışma şartlarının düzenlendiği bir kaynak haline gelmiştir[131]. İç yönetmeliklerde işyerinde genel ve yeknesak olarak uygulanmak istenen çalışma koşulları düzenlenmektedir[132]. Keza bu düzenlemeler

---

[127] Güzel, "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimi", s.166; Elbir, Türk ve Fransız Hukuklarında Disiplin Cezaları, s.23.

[128] Toplu iş sözleşmesi yapılmayan yerlerde veya toplu iş sözleşmesi dışında kalan konularda iç yönetmeliklerin düzenlendiğine ilişkin bkz. Şen, s.39.

[129] "*Tip iş sözleşmelerinden kasıt, ileride yapılacak birden fazla iş sözleşmesi için işveren veya işverenin bu konuda yetkilendirdiği işveren vekili veya üçüncü bir kişi tarafından daha önce hazırlanan ve işçiye içeriğe müdahale etme imkanı tanımayan sözleşmelerdir.*" (Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, s.197); Benzer şekilde bkz. Süzek, "Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler", s.460.

[130] Veli Karagöz, "Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi", ***AÜEHFD***, 2004, C.VIII, S.1-2, s.594.

[131] Sarper Süzek, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2011, S.24, s.6; Sarper Süzek, "İş Hukukunda İç Yönetmelikler", ***AÜHFD***, 1995, C. 44, S. 1-4, s. 185; Kutlu Mutluer, s.16.

[132] Süzek, "İş Hukukunda İç Yönetmelikler", s.185; Çalışma koşullarını genel ve soyut bir şekilde düzenleme imkanı sağladığına ilişkin bkz. Kutlu Mutluer, s.16.

de işveren tarafından önceden hazırlanmakta, işçinin bu hükümlerin oluşmasında bir dahli olmamakta ve işçi sadece kabul edip etmeme noktasında bir imkâna sahip olmaktadır[133]. İşte bu özelliği iç yönetmelikleri, tip iş sözleşmeleri gibi genel işlem koşulu niteliği kazandırmaktadır[134]. Nihayetinde genel işlem koşullarına ilişkin hükümler, iç yönetmelikler[135] ve tip iş sözleşmeleri için söz konusu olacaktır[136].

Genel işlem koşulları, önceden tek taraflı olarak hazırlanan, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılacak olan ve sözleşmenin karşı tarafının bu sözleşme hükümleri oluşturulurken etkisinin ve dahlinin olmadığı sözleşme hükümleridir[137]. Dolayısıyla bir hükmün genel işlem olarak kabul edilebilmesi için sözleşme taraflarından birinin önceden ve tek taraflı olarak bu hükmü hazırlamış olması, yani karşı tarafın bu hükmün oluşturulmasında etkisinin ve dahlinin olmaması gerekmektedir[138]. Genel iş koşulları ise, genel işlem koşullarının iş hukukundaki görünümü olup[139], işverenin önceden tek taraflı olarak hazırladığı genel ve soyut nitelikteki hükümlerdir[140]. Genel iş koşulları da genel işlem koşulları gibi işverence tek taraflı olarak düzenlenmekte ve işveren sadece veya ağırlıklı olarak kendi menfaatlerini dikkate almaktadır[141].

Çalışma koşullarında tek taraflı değişiklik imkanı sağlayan değişiklik kayıtları iş sözleşmelerinde düzenlenebileceği gibi iç yönetmeliklerde de düzenlenebilir[142]. Değişiklik kayıtlarının genel işlem koşulu niteliğinde olacak şekilde tip iş sözleşmelerinde veya iç yönetmeliklerde düzenlenmesi durumunda bu kayıtlar,

---

133 Yıldız, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, s.24.

134 İç yönetmeliklerin genel işlem koşulu olduğuna ilişkin bkz. Süzek, "İş Hukukunda İç Yönetmelikler", s.183; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.320; Kutlu Mutluer, s.69; Dursun Ateş, s.293; Şen, s.37; Yıldız, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, s.23.

135 Kutlu Mutluer, s.69.

136 Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, s.198; Süzek, "Genel İş Koşulları", s.5.

137 Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.276.

138 Yıldız, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, s.22; Kutlu Mutluer, s.78.

139 Yıldız, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, s.23; Alp, "İçerik Denetimi", s. 41; Süzek, "Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler", s.461.

140 Yıldız, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, s.22; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.276.

141 Dursun Ateş, s.293.

142 Şen, s.59; Uşan, "İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi", s.245; İren, "İşverenin İşçisini Başka Bir İşyerine Nakil Yetkisi", s.81; Genel olarak iç yönetmeliklerde işyeri değişiklik kaydının düzenlendiği görüşüne ilişkin bkz. Manav, "İşyeri Değişiklik Kayıtları", s.150; Bununla birlikte değişiklik kayıtlarının iç yönetmelikle düzenlenmesinin iş hukuku anlayışına uygun olmayacağı görüşüne ilişkin bkz. Özdemir, "İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar", s.34.

genel iş koşulu niteliğinde olacaktır[143]. Bu sebeple de TBK 'da düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin denetim hükümlerinin, değişiklik kayıtlarına da uygulanması ve bu kapsamda denetlenmesi gerekmektedir[144]. Böylelikle ilk önce değişiklik kayıtlarının geçerliliği noktasında içerik denetimi, ardından işverenin bu hakkını hakkaniyete uygun şekilde kullanıp kullanılmadığına ilişkin kullanım denetimi yapılmalıdır. Buna karşın bireysel nitelikteki bir sözleşmede yer alan değişiklik kaydının ise içerik denetimine tabi tutulması mümkün değildir[145].

Disiplin cezaları, iç yönetmeliklerde[146] veya tip iş sözleşmelerinde düzenlenebilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, disiplin cezalarını gerektiren fiillerin ve yaptırımlarının bütün işyerinde aynı şekilde düzenlenmesi ve uygulanması gereğidir. Bütün bu durumlar ise disiplin cezalarına ilişkin hükümlerin genel işlem koşulu şeklinde düzenlenmesi sonucunu doğurur[147]. Konumuz açısından değerlendirdiğimizde aynı zamanda nakil kaydı özelliği de taşıyan işyeri değişikliği disiplin cezası, tip iş sözleşmelerinde veya iç yönetmeliklerde genel iş koşulu niteliğinde düzenleneceğinden herhangi bir denetimden muaf şekilde ve sınırsız olarak kullanılabileceği düşünülmemeli, aksine bu kayıtlarının yürürlülük, içerik, şeffaflık ve kullanım/hakkaniyet denetimine tabi tutulması gerekmektedir[148].

2. Yürürlülük Denetimi

Genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dâhil olabilmesi, TBK'nın 21. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verilip, bunların içeriğini öğrenme imkânının sağlanması ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesi gerekmektedir. Muhakkak bu koşullar, hem değişiklik kayıtları hem de disiplin cezaları için geçerli olacaktır.

---

143 Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.262-263.

144 Dursun Ateş, s.299; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.3.2021 Tarihli ve 2021/9-112 Esas ve 2021/294 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB).

145 Dursun Ateş, s.300; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.280; Aynı zamanda bu durumun eleştirisi için bkz. Aynı yazar, s.285-286.

146 Süzek, "Genel İş Koşulları", s.6; Süzek, "İş Hukukunda İç Yönetmelikler", s.185; Başbuğ, "Ücret Kesim Cezası", s.201; Mülayim, "İş Sözleşmesine Disiplin Kurulu Kararı ile Son Verilmesi ", s.329; Şen, s.98; Kutlu Mutluer, s.176.

147 Benzer şekilde bkz. Başbuğ, Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, s.57.

148 İşyeri değişiklik kayıtlarının içerik ve hakkaniyet denetimine tabi tutulması gerektiği görüşüne ilişkin bkz. Öztürk, s.598; Değişiklik kayıtlarının içerik ve hakkaniyet denetimine tabi tutulması gerektiği görüşüne ilişkin bkz. Alp, "İşverene İşçinin İşini Değiştirme Yetkisi Veren İş Sözleşmesi", s.15.

Tip iş sözleşmelerinde ve iç yönetmeliklerde düzenlenen ve dolayısıyla genel iş koşulu niteliğinde olan, aynı zamanda nakil kaydı özelliği taşıyan işyeri değişikliği disiplin cezasının TBK'nın 21. maddesi gereği yürürlülük denetimine tabi tutulması gerekmektedir. Mezkûr maddeye istinaden de işverenin nakil yetkisi hakkında işçinin açıkça bilgilendirilmesi ve bunun içeriğini öğrenme imkânının sağlanması gerekmektedir.

Disiplin cezaları, türü ne olursa olsun, hukuki bir dayanağının bulunması ve bu dayanağın işçiye bildirilmiş olmasını gerektirir[149]. Keza İş Kanununun 38/1. maddesinde de ücret kesme cezalarının hukuki dayanağının bulunması ve bildirim şartları açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla işyeri değişikliği cezası da dahil olmak üzere disiplin cezalarının ve cezaya sebebiyet veren fiillerin iş sözleşmesi veya iç yönetmeliklerde düzenlenmesi ve bunların muhakkak işçiye bildirilmesi gerekmektedir. Disiplin cezalarının bu özelliğinden, yani işçinin hangi durumlarda disiplin cezası olarak işyerinin değiştirileceğinin açıkça düzenlenmesi gereğinden dolayı da kanaatimizce işçinin bu kayıt hakkında bilgi sahibi olması ve içeriğini öğrenme imkanının sağlanması koşulları yerine getirilmiş olacak ve bu kayıt yürürlülük denetiminin şartlarını sağlayacaktır.

3. İçerik Denetimi

Türk hukukunda içerik denetimi, TBK'nın 25. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre*, "Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz."* İçerik denetimi, sözleşme içeriğinin tek taraflı olarak belirlemesi, yani sözleşmenin diğer tarafının sözleşme içeriğinin belirlenmesinde etkisinin olmaması ve tek taraflı hazırlanan bu hükümlerin taraflar arasındaki hak ve borç dengesini önemli ölçüde bozması, böylelikle de sözleşmenin diğer tarafının menfaatine dürüstlük kuralına aykırı şekilde zarar verilmesi durumunda söz konusu olacaktır[150]. Genel iş koşullarında da benzer bir durum bulunmaktadır. Çünkü ülkemiz şartlarında işçi ve işveren arasında müzakere süreci işletilmeden değişiklik kayıtları ve disiplin cezaları da dâhil olmak üzere sözleşme hükümleri

[149] Özdemir, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", s.1265; Taşkın, "İş Hukuku Açısından İşletmelerde Disiplin Sistemi", s.66; Dursun Ateş, s.167; Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 5.11.2015 Tarihli ve 2015/21740 Esas ve 2015/30221 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB); Hukuki dayanağının bulunması gerektiği görüşüne ilişkin bkz. Süzek, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", s.10; Benzer şekilde bkz. Kutlu Mutluer, s.178.

[150] Alp, "İçerik Denetimi", s.40; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.316; Süzek, "Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler", s. 468.

oluşturulmakta ve hatta işçi, bu hükümleri okumadan imzalamaktadır. Bu sebeple tip iş sözleşmeleri ve iç yönetmeliklerdeki değişiklik kayıtlarının içerik denetimine tabi tutulması gerekmektedir[151]. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, her hak ve borç dengesini bozan ve işçi aleyhine olan kayıtlar değil, önemli ölçüde dengesizliğe neden olan, makul ölçü sınırını aşan kayıtlar için denetim söz konusu olmaktadır[152]. Çünkü değişiklik kayıtları, özü itibariyle işçinin aleyhine olmakla birlikte tek başına bu husus temel alınarak kayıt geçersiz sayılmamalı ve önemli ölçüde dengesizlik aranmalıdır[153]. Ancak değişiklik kayıtlarının hak ve menfaat dengesini bozması ile birlikte başka araçlarla bu hususun telafi edilmesi durumunda kayıtlar geçerli kabul edilmelidir[154].

Sözleşmedeki ana edimler, içerik denetiminin konusu dışındadır[155]. Keza işçinin iş görme borcunu nerede yerine getireceği de denetim dışında olmakla birlikte işyerinin değiştirilmesini sağlayan kayıtlar içerik denetimine tabi olacaklardır[156]. Böylelikle nakil kayıtlarının genel denetim kurallarına, yani emredici hukuk kurallarına, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmaması gerekmektedir. Öte yandan dar anlamda içerik denetimi ise sözleşme hükümlerinin emredici hukuk kurallarına, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmamakla birlikte taraflar arasındaki menfaat dengesini önemli ölçüde bozma ve dürüstlük kuralına aykırı şekilde düzenlenme noktasında denetlenmesini ifade eder[157]. Keza nakil kayıtları, dar anlamda da içerik denetimine tabi olacaklardır.

Türk hukukunda içerik denetimini düzenleyen TBK'nın 25. maddesinin Alman hukukundaki karşılığı Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 307/1. maddesidir. Buna göre*, "Genel işlem koşulları dürüstlük kuralına aykırı olarak, kullanıcının sözleşme ortağına ölçüsüz biçimde zarar vermesi durumunda geçersizdir."* Dolayısıyla sözleşmesinin karşı tarafının menfaatlerini yeterince dikkate almadan ve karşı taraf için uygun bir menfaat dengesi yapılmadan kullanıcı, tek taraflı sözleşme tasarımı ile sözleşmenin diğer tarafı pahasına kendi menfaatleri-

---

[151] Alp, "İçerik Denetimi", s.41; Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, s.214; İç yönetmeliklerin içerik denetimine tabi tutulacağına ilişkin bkz. Güzel-Ugan Çatalkaya, "Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi", s.49.

[152] Alp, "İçerik Denetimi", s.47; Süzek, "Tip İş Akitleri ve İç Yönetmelikler", s.468.

[153] "*Önemli ölçüde dengesizliğin tespitinde de dürüstlük kuralına aykırılık ölçütünden yararlanılmaktadır*." (Civan, "Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği", s.792).

[154] Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.348.

[155] Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.319.

[156] Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.320.

[157] Kutlu Mutluer, s.115; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.245.

ni uygulamaya çalışırsa, sözleşme şartları ölçüsüz kabul edilir[158]. Bu bağlamda da işveren, tek taraflı ve işçi aleyhine olacak şekilde ve onun çıkarlarını yeterince dikkate almadan kendi çıkarlarını uygulamaya çalışırsa, önceden düzenlenmiş bu nakil kaydı BGB'nin 307/1. maddesine göre uygun değildir[159]. Keza BGB'nin 307/3. maddesine göre, kanuni düzenlemelerden ayrılan veya bu düzenlemelere ilaveler getiren hükümler için içerik denetimi yapılacaktır.

Alman hukukunda işverenin yönetim hakkı, İşletme Düzeni Kanunu (GewO) 106. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre; "*Çalışma koşulları; iş sözleşmesi, işletme sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya yasal hükümler ile belirlenmediği takdirde işveren, iş görme borcunun içeriğini, yer ve zamanını hakkaniyete uygun şekilde belirleyebilir*". Bu maddeden de anlaşılacağı üzere iş görme borcunun içeriğinin belirlemesi, yönetim hakkı kapsamında bırakılmıştır. Aynı işverenin diğer işyerlerine yapılan nakil, ilke olarak 106. maddede düzenlenen yönetim hakkı aracılığıyla gerçekleştirilebilir[160]. Burada borçlu olunan edimin kapsamının belirlenmesine karşılık gelen ve herhangi bir içerik denetimine tabi olmayan bir durum söz konusudur[161]. Dolayısıyla Alman hukukunda nakil kayıtlarının GewO'nun 106. maddesinde düzenlenen yetkiye karşılık gelmesi durumunda, kural olarak BGB'nin 307. maddesi anlamında bir içerik denetimi yapılmamakla birlikte şeffaflık denetimi yapılacaktır[162]. Çünkü GewO'nun 106. maddesinin dışına çıkmayan bir düzenleme, yasal hükümlerden sapmaz veya onları tamamlamaz[163] ve yine yönetim hakkına ilişkin yasal hükümlerin temel düşüncesiyle çelişmez[164]. Ancak işveren, işyeri değişikliği ile birlikte ücretlerde bir azalma veya daha düşük değerde bir işe nakletme hakkını saklı tutmaz[165]. Bu durumda böyle bir düzenleme, BGB'nin 307. maddesi uyarınca içerik denetimine tabidir[166]. Öte yandan Türk hukukunda da benzer bir düşünce kabul

---

158 Hromadka, "Grenzen des Weisungsrechts", s.235.

159 Poeche; Rn. 4.

160 Reichold, § 40 Arbeitspflicht und Arbeitszeit, Rn. 56

161 Künzl, Rn. 105.

162 Linck, Rn. 59; Pletke-Schrader-Siebert-Thoms-Klagges, Rn.35; Gragert-Katerndahl, Rn. 42; Poeche, Rn. 4; Lingemann-Siemer, "Grenzen des Arbeitsrechtlichen Direktionsrechts", s.495; Künzl, Rn. 105.

163 Hromadka, "Grenzen des Weisungsrechts", s.234; Poeche, Rn. 4.

164 Gragert-Katerndahl, Rn.42.

165 Linck, Rn. 59.

166 Pletke-Schrader-Siebert-Thoms-Klagges, Rn. 36; Lingemann-Siemer, "Grenzen des Arbeitsrechtlichen Direktionsrechts ", s.495; Lakies, "Versetzungsklauseln", s.5.

edilebilir. Yani bir hüküm, işverenin yönetim hakkının kapsamındaysa içerik denetimi yapılamaz. Keza işverenin disiplin cezası verme yetkisi yönetim hakkı kapsamındadır[167]. Bu sebeple nakil kaydı niteliği de taşıyan işyeri değişikliği disiplin cezasının kural olarak içerik denetimine tabi tutulmaması gerekir.

Alman hukukunda, kanuni düzenlemelerden ayrılan veya bu düzenlemelere ilaveler getiren hükümler için içerik denetimi yapılacağı açıkça düzenlenmekle birlikte Türk hukukunda, bu noktada pozitif bir dayanak bulunmamaktadır. Fakat TBK'nın 25. maddesinde dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı düzenlenmiştir. Bu bağlamda genel işlem koşulu niteliği taşısa da kanaatimizce disiplin cezası olarak düzenlenen nakil kayıtlarının kural olarak içerik denetimine, yani düzenlemenin menfaat dengesini önemli ölçüde bozup bozmadığı denetimine tabi tutulması mümkün değildir. Çünkü iş sözleşmesinin feshi yerine bu kayıtlar ile çalışma koşullarında değişiklik yapılarak iş sözleşmesinin ayakta tutulması işçinin menfaatinedir[168]. Kaldı ki, işverenin hedeflediği amaca disiplin cezaları ile ulaşabilmesi durumunda bu araç, feshe göre daha hafif olmakla birlikte aynı zamanda işçinin menfaatlerine daha az zarar verdiği de bir gerçektir. Öte yandan disiplin hükümlerinin uygulanmasına işçinin kusurlu hareketleri sebebiyet vermektedir. Hal böyleyken işçinin kusurlu hareketi nedeniyle fesih yerine bu imkânın kullanılması dürüstlük kuralına aykırı şekilde işçiye zarar verilmesi durumunu doğurmaz. Bütün bu durumları dikkate aldığımızda her ne kadar hukukumuzda BGB'nin 307/3. maddesi gibi açık bir hüküm olmasa da nakil kaydı özelliği de taşıyan işyeri değişikliği cezasının, dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde işçinin aleyhine ve onun durumunu ağırlaştıracak nitelikte olmadığı ve bu sebeple de kural olarak içerik denetimine tabi olamayacağı kanaatindeyiz.

---

[167] Elbir, Türk ve Fransız Hukuklarında Disiplin Cezaları, s.21; Dursun Ateş, s.158; Mülayim, "İş Sözleşmesine Disiplin Kurulu Kararı ile Son Verilmesi", s.331; Yıldız, "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi", s. 686; "*Disiplin ve kural koyma yetkileri ise, yönetim yetkisinin uzantıları ya da farklı yansıma biçimleridir.*" (Güzel, "Yetki ve Sözleşme", s.154); İşverenin disiplin yetkisinin yönetim hakkı kapsamında olmamakla birlikte edim ilişkilerinden bağımsız olarak borç ilişkilerinden doğduğu görüşüne ilişkin bkz. Başbuğ, Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, s.30, s.56; "*Disiplin yetkisi ve disiplin cezaları, bir borç ilişkisi kapsamında ifade bulmaktadır. Disiplin, işçinin edim yükümlülüğü dışında, bundan bağımsız olan işyerindeki düzeni koruma yükümlülüğünün ihlalinin yaptırımıdır. Hukuki kaynağını borç ilişkisinde, edim yükümlülüğü dışında diğer koruma yükümlülüklerinde bulur.*" (Başbuğ, "Ücret Kesim Cezası", s.200-201).

[168] Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.357.

Değişiklik kayıtlarının işçinin aleyhine ve onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olup olmadığının tespitinde taraflar arasındaki menfaat dengesine bakılması gerekmektedir[169]. Bu noktada doktrinde haklı olarak çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil edecek hallerin işçinin aleyhine ve durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olduğu[170] ve fakat edim-karşı edim dengesini yani iş görme ve ücret ilişkini bozmayan kayıtların, özellikle de işçinin çalışma süresinde ve ücretinde değişikliğe neden olmayan kayıtların işçinin menfaatlerine daha az zarar verdiği ileri sürülmüştür[171]. Nakil kayıtları da kural olarak bu kapsamdadır. Ancak işyeri değişikliği ile birlikte işçinin durumu önemli ölçüde ağırlaşıyorsa, örneğin bu değişiklik işçiye ek mali yükümlülükler getiriyorsa ve işverence bu durum telafi edilmemişse veya çalışma ve dinlenme süreleri veya ücreti değişiyorsa bu kayıtlar geçerli kabul edilmemelidir[172]. Ayrıca işyeri değişikliklerinde işçi, mümkün olduğu ölçüde eski işyerinde yaptığı işle aynı veya benzer işte ve yine benzer statüde ve yetkilerle çalışması gerekmektedir[173]. Bu noktada işçinin önceki görev ve sorumluluk alanı ve hiyerarşisinde azalma meydana gelirse, düşük değerde iş söz konusu olacaktır[174]. Bu şartlar altında, yani işyeri değişikliği cezası ile birlikte işin niteliğinde, ücrette veya çalışma ve dinlenme sürelerinde veya diğer çalışma koşullarında bir değişiklik söz konusu olursa içerik denetimi yapılabilecektir.

---

169 Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.316; Değişiklik kayıtlarında her iki tarafın menfaatlerinin dengelenmesi gerektiği görüşüne ilişkin bkz. Başbuğ, Değişen Şartlara Uyarlama, s.98; Çalışma koşulları değiştirilirken her iki tarafın menfaatinin dengelenmesi gerektiği görüşüne ilişkin bkz. Süzek, "Değişiklik Feshi", s.10; Menfaatler tartılırken somut olayın bütün özelliklerinin dikkate alınması gerektiği görüşüne ilişkin bkz. Kılıçoğlu-Şenocak, İş Güvencesi Hukuku, s.179.

170 Kutlu Mutluer, s.145.

171 Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.350.

172 Başbuğ, Değişen Şartlara Uyarlama, s.100; Manav, "İşyeri Değişiklik Kayıtları", s.147; Dursun Ateş, s.333; Süzek, "Değişiklik Feshi", s.14; "*İşyeri değişikliği, aynı zamanda yerleşim yeri değiştirilmesi zorunluluğunu da getiriyorsa anayasal temel hak ve özgürlüklere aykırı olması nedeniyle geçersiz sayılmalıdır.*" (Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, s.228).

173 Doğan Yenisey, "İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümleri", s.1183; "...*Kapatılan birimde çalışan kişilerin aynı departmanın diğer biriminde çalıştırılmasına katlanmasının işverenden beklenemeyeceği, davalı işverenin değişiklik yapma yetkisini keyfi kullanmadığı, davacının görev yaptığı çağrı karşılama birimi ile fatura bilgi danışmanlığı birimin aynı yerde olduğu, davacı bakımından görev ve ünvan değişikliği bulunmadığı, mali ve sosyal haklar bakımından bir değişikliğin olmadığı, her iki birimde de vardiyalı çalışma usulünün uygulandığı bu nedenle davacının çalışma koşullarında esaslı bir değişikliğin olmadığı anlaşılmakla davacının çalıştığı birimde değişikliğinin yapılmasının geçerli nedene dayandığının kabul edilmesi gerekmiştir*..." [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 11.3.2021 Tarihli ve 2021/961 Esas ve 2021/5954 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

174 Gragert-Katerndahl, Rn.37.

4. Şeffaflık Denetimi

Genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerin, ölçüsüz bir şekilde sözleşmenin diğer tarafına zarar vermesi, bu hükümlerin şeffaf olmamasından da kaynaklanabilir. Alman hukukunda bu durum, BGB 307/1. maddesinin 2. cümlesinde düzenlenmiştir. Buna göre; "*Ölçüsüz zarar verme, hükmün açık ve anlaşılır olmasından da kaynaklanabilir."* Keza doktrinde de şeffaflık ilkesi, dürüstlük kuralına uygunluğun bir yansıması olarak düşünülmüştür[175]. Böylelikle şeffaf olmayan, diğer bir ifadeyle açık ve anlaşılır olmayan kayıtların işçinin aleyhine olacak şekilde bir ölçüsüzlük yarattığı kabul edilebilecektir[176]. Dolayısıyla değişiklik kayıtlarının, bu kayıtların varlığı, içeriği ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olunabilmesi imkânı sağlayan şeffaflık denetimine tabi tutulması gerekmektedir[177].

İşçi, genel olarak değişiklik kayıtlarının kendi lehine olup olmayacağını değerlendiremeyecektir[178]. Hatta değişiklik kaydının açık, anlaşılır ve şeffaf şekilde düzenlenmemesi durumunda işçi, bu kaydın ne anlama geldiği anlayamayacak ve sonuçlarını öngöremeyecektir. Bu sebeple bu kayıtların rahat okunabilecek tarzda açık, net ve sade bir şekilde ve yine sözleşmenin ilgili bölümünde düzenlenmesi gerekmektedir[179]. Nihayetinde sözleşme hükümlerinin oluşturulmasına etki edemeyen işçi, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri konusunda açık ve doğru şekilde, yeterli derecede bilgilendirilmeli ve işverenin hangi koşullar altında ve ne ölçüde hükümleri değiştirebileceği hükmün kendisinden anlaşılmalıdır[180].

Değişiklik kayıtlarında, bu kayıtların kullanımına ilişkin nedenlerin kesin bir şekilde düzenlemesi gerekmemekle birlikte mümkün olduğu ölçüde objektif olarak düzenlemesi beklenmektedir[181]. Keza bu kayıtların sınırsız bir şekilde,

---

[175] Kutlu Mutluer, s.154.

[176] Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.317; Civan, "Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği", s.792.

[177] Öztürk, s.599; "*Şekli ölçüt olarak, değişiklik kayıtları açıklık ilkesine uygun olmalı, özellikle tek yanlı değişiklik yetkisinin konusu, kullanılma nedenleri ve kullanılacağı durumlar kayıtta yer almalıdır*." (Alp, "İşverene İşçinin İşini Değiştirme Yetkisi Veren İş Sözleşmesi", s.15).

[178] Alp, "İçerik Denetimi", s.46.

[179] Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.332, 333.

[180] Ulrich Preis- Viola Lindemann, "Änderungsvorbehalte - Das BAG Durchschlägt den Gordischen Knoten" ***NZA***, 2006, Heft. 12, s.636.

[181] Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.335; "*Çalışma koşullarında değişiklik yapma yetkisinin dar yorumlanarak ancak somut ve sınırlı hallerde veya objektif nedenlere bağlı olarak saklı tutulabileceği kabul edilmelidir*". (Süzek, "Değişiklik Feshi", s. 18); "*Çalışma koşullarında değişiklik yetki-*

yani objektif koşullara bağlanmadan düzenlenmemesi ve tamamen işverenin keyfine bırakılmaması gerekmektedir[182]. Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre, işverenin değişiklik nedenlerini genel hatlarıyla da olsa objektif bir şekilde belirlemesi, elverişlilik ilkesi kapsamında düşünülebilir[183]. Çünkü işverenin değişiklik nedenlerini düzenlemesi durumunda, bu nedenlerin, işverenin amacını gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı kullanım/hakkaniyet denetiminde daha kolay tespit edilebilecektir. Ancak Yargıtay, kural olarak işverenin her hangi bir gerekçe gösterme zorunluluğu bulunmadığını ancak yargılama aşamasında nakli zorunlu kılan objektif nedenlerin varlığını ortaya koyması gerektiği yönünde bir karar vermiştir[184]. Yine Alman hukukunda da BGB'nin

---

si veren hüküm, işverenin iradesinden bağımsız objektif koşullara dayanmalı, uygulanma kriterleri açık ve belirli olmalıdır." (Özdemir, İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar, s.40); İşçinin ücretinde değişiklik olmamak kaydıyla işyeri nakillerinde iş sözleşmesinin feshini gerektirecek ağırlıkta nakil gerekçelerine yer verilmesinin beklenemeyeceği görüşüne ilişkin bkz. Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.359; Buna karşılık işyeri değişikliğine ilişkin kayıtların, kullanma sebeplerin geçerli fesih sebeplerine paralel olarak düzenlenmesi gerektiği görüşüne ilişkin bkz. Civan, "Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği", s.809; "*...Davacının işverence 15.11.2006 tarihinde Kanyon mağazasında görevlendirilmesinin nesnel bir nedeni bulunmamaktadır.* "*Görülen lüzum üzerine "işyeri değişikliği, sözleşmesinde nakil yetkisi bulunsa dahi nesnel neden sayılamaz, hakkaniyete uygun kabul edilemez. İşverenin bu davranışı Medeni Kanun'un 2.maddesine aykırıdır...*" [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 25.3.2010 Tarihli ve 2008/22933 Esas ve 2010/7945 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)]; Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 24.9.2007 Tarihli ve 2007/13498 Esas ve 2007/27926 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB).

182 Alpagut, "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik", s. 60; Özdemir, "İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar", s.40; Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, s.204; Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 7.1.2019 Tarihli ve 2018/5051 Esas ve 2019/117 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB); Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 26.2.2018 Tarihli ve 2017/20746 Esas ve 2018/4050 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB); "*...İşveren tarafından iş şartlarında yapılan değişiklik, işverenin yönetim hakkı kapsamında kalıyorsa esaslı değişiklik sayılmaz. Kısaca, işveren yönetim hakkının kapsamında bulunan konularda tek taraflı değişiklik yapabilir. İşverenin yönetim hakkı yasadan, sözleşmeden ve işyeri uygulamasından kaynaklanabilir. Bu konuda en yaygını, işçinin imzaladığı sözleşme veya sözleşmenin eki niteliğindeki yönetmelik hükümleri ile değişiklik yapılmasını kabul etmesidir. Ancak yönetim hakkı kapsamında kalan değişikliğin, işçinin kişilik haklarına, emredici kurallara ve ahlaka aykırı olmaması, işverenin bu hakkını dürüstlük kuralına uygun kullanması gerekir. Bir başka anlatımla, işveren yönetim hakkı kapsamında kalan değişiklik yetkisi, sözleşme özgürlüğünün sınırları kapsamında incelenmeli, dar yorumlanmalı ve işverenin bu hakkı keyfilik denetimine tabi tutulmalıdır...*" [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 12/10/2015 Tarihli ve 2014/14622 Esas ve 2015/28202 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

183 Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.408; "*...Nakil yetkisinin kötüye kullanıldığı ileri sürüldüğünde nakli zorunlu kılan objektif nedenlerin varlığı ortaya konulmalıdır...*" [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 7.1.2019 Tarihli ve 2018/5051 Esas ve 2019/117 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

184 "*...Dairemizin uygulamasına göre işverenin sözleşmeyle nakil yetkisini saklı tutması mümkündür. Ancak, her hak gibi, nakil yetkisinin de iyiniyet kurallarına uygun olarak kullanılması*

307/1. maddesinin 2. cümlesi uyarınca şeffaf bir şekilde sözleşme hazırlama yükümlülüğünün, nakil kaydını kullanma nedenleri hakkında bilgi içermesini gerektirmeyeceği kabul edilmektedir[185].

Değişiklik kayıtlarının objektif nedenlere bağlanması, genel ve soyut yetki vermemesi[186] kuralından hareketle disiplin cezasını düzenleyen hükümlerin açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmesi gerekmektedir[187]. Bu kapsamda kanaatimizce disiplin cezası olarak işçinin nereye nakledileceğinin açıkça düzenlenmesi gerememekle birlikte hangi fiillerin bu cezayı gerektirdiğinin açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmesi beklenmektedir. Keza Alman hukukunda da cezaya sebebiyet veren durumların ve cezaların açık ve net bir şekilde belirtilmesi, disiplin cezalarının geçerliliği noktasında dikkate alınmaktadır[188].

Nakil kayıtlarında, nakledilecek işyerlerinin mesafesinin belirlenmemesi veya bölgesel kısıtlamaların düzenlenmemesi şeffaflık ilkesinin ihlal edildiği anlamına gelmez[189]. Böyle bir gereklilik, işverenin sözleşmenin yapıldığı tarihte henüz bilinmeyen gelişmelere esnek tepki verebilme ihtiyacını karşılamayacaktır[190]. Buna karşılık doktrinde nakil kayıtlarının hangi coğrafi alanla sınırlı olarak kullanılabileceğinin belirli olması gerektiği ve böylelikle belirlilik sağlanacağı aksi takdirde işçinin durumunun dürüstlük kuralına aykırı şekilde ağırlaşacağı ve TBK'nın 25 ve 27/2. maddeleri gereği geçersiz sayılması gerektiği ileri sürüş-

---

gerekir. Yönetim hakkını genişleten böyle bir düzenleme uyarınca işlem yapan işverenin, kural olarak her hangi bir gerekçe gösterme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, somut olayda olduğu gibi, nakil yetkisinin kötüye kullanıldığının ileri sürüldüğü durumlarda nakli gerektiren iş ve işyeri gereklerinin bulunup bulunmadığı, başka bir anlatımla nakli zorunlu kılan objektif nedenlerin varlığı ortaya konulmalıdır..." [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 1.10.2007 Tarihli ve 2007/14272 Esas ve 2007/28755 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

185 Linck, Rn. 59; Reichold, § 40 Arbeitspflicht und Arbeitszeit, Rn.39; Poeche, Rn. 6; Spinner Rn.354; Thüsing-Westphalen, Rn.273.

186 Süzek, "Değişiklik Feshi", s.18; Şen, s.168; Alpagut, "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi", s.108; İren, "İşverenin İşçisini Başka Bir İşyerine Nakil Yetkisi", s.83; "*Değişiklik kayıtlarının geçerli olabilmesi için açık ve anlaşılır bilgiler içermesi belirli ve somut olması gerekmektedir*." (Manav, "İşyeri Değişiklik Kayıtları", s.145).

187 Başbuğ, Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, s.58.

188 Martina Ahrendt, ***Arbeitsrechts-Handbuch, XXI. Buch. Betriebsverfassung, § 235. Die Erzwingbare Soziale Mitbestimmung,*** 19. Auflage, Hrsg. Günter Schaub, Beck Velag, München, 2021, Rn. 31; Richardi-Maschmann, Rn. 226; Kreitner-Seidel-Schlegel, Rn. 5; Werner, Rn. 35.

189 Linck, Rn. 23; Reichold, § 40 Arbeitspflicht und Arbeitszeit, Rn. 57; Thüsing-Westphalen, Rn.273; Poeche, Rn. 5.

190 Thüsing-Westphalen, Rn.273.

müştür[191]. Yine Türkiye'nin her yerinde veya yeni faaliyete geçecek işyerlerinde de çalıştırılabileceğine ilişkin bir hükmün işçinin durumunu dürüstlük kuralına aykırı şekilde ağırlaştırdığı için geçersiz olacağı ileri sürülmüştür[192]. Kanaatimizce ilgili durumlarda bu kaydı mutlak olarak geçersiz saymak yerine somut olayda uygulanma şekline ve sonuçlarına bakarak, yani bir kullanım denetimi yaparak bağlayıcı olmadığına karar vermek gerekmektedir[193]. Keza işveren bu hakkını makul ölçüye/hakkaniyete uygun olarak kullanması gerekmektedir. Hal böyleyken bu eksikliği gidermek için işveren, kullanım/hakkaniyet tabi tutulacaktır[194]. Dolayısıyla disiplin cezası olarak düzenlenen nakil kayıtlarında işçinin nakledilecek işyerlerinin mesafesinin belirlenmemesi şeffaflık şartının ihlali olarak algılanmamalı ve bu kayıt kural olarak geçerli sayılmalıdır. Keza Alman hukukunda da işçinin, Federal Cumhuriyet içinde işverenin diğer işyerlerine gönderilebileceğine ilişkin nakil kaydı, geçerli kabul edilmektedir[195].

Sözleşmenin yapıldığı sırada işverenin bütün işyerlerinde çalıştırılabileceğine ilişkin bir kaydın düzenlenmesi durumunda, sözleşme akdedilirken mevcut olan işyerlerinin dikkate alınması gerekmektedir[196]. Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre işçinin işe alınırken işverenin bütün işyerlerine nakledilebileceği hükmü, yer bakımından belirsiz bir hüküm olarak değerlendirilmemeli,

---

191 Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, s.228; "*Fransız hukukunda olduğu gibi işyeri değişikliğine dair kayıtların kullanımında coğrafi bölge sınırı getirilmesi düşünülebilir*." (Civan, "Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği", s.809); *İşverene tek taraflı olarak işçinin çalışma yerini ve işinin belirleme yetkisi veren hükümler kural olarak yer ve konu bakımından sınırlanmış olması gerekir.*" (Doğan Yenisey, "İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümleri", s.1193).

192 Öztürk, s.599; Aksi görüş için bkz. Başbuğ, Değişen Şartlara Uyarlama, s.102; "*İşverene zaman ve yer sınırı olmaksızın işi veya çalışma yerini belirleme yetkisi veren sözleşme hükümlerinin olayın somut olayın koşulları dikkate alındığında MK. m.23/2'e aykırı biçimde hoş görülebilir sınırları aşan bir biçimde kişisel özgürlükleri sınırladığı ileri sürülebilir*." (Doğan Yenisey, "İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümleri", s. 1187).

193 Benzer şekilde bkz. Başbuğ, Değişen Şartlara Uyarlama, s.102; Her somut olaya göre değerlendirilme yapılması gerektiğine ilişkin bkz. Dursun Ateş, s.334

194 Linck, Rn. 23; Thüsing-Westphalen, Rn.273.

195 Preis, Rn. 18; Hromadka, "Grenzen des Weisungsrechts", s.238; Lakies, "Versetzungsklauseln", s.4.

196 Civan, "Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği", s. 808; Manav, "İşyeri Değişiklik Kayıtları", s.147; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.336; Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, s.229; Yıldız, İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, s.97; Dursun Ateş, s.334-335; Öztürk, s.599.

buna karşın sözleşme tarihinden sonraki yeni işyerlerinin de dahil edilmesi durumunda belirsizlikten bahsedilmelidir[197].

5. Kullanım/Hakkaniyet Denetimi

Değişiklik kayıtlarının kullanılması sırasında işverenin dürüstlük kuralına[198] ve hakkın kötüye kullanılması yasağına uygun hareket etmesi gerekmektedir[199]. Keza doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız bir görüşe göre dürüstlük kuralı, özellikle kanunlarımızda veya iş sözleşmesinde işverenin yetkilerinin sınırlanmadığı durumlarda veya bir yetkinin kullanımının işverenin takdirine bırakıldığı durumlarda işverenin bu hakkını sınırlama işlevi görmektedir[200]. Bu kapsamda da bir denetime ihtiyaç duyulmaktadır. Hal böyleyken nakil yetkisi veren kayıtların kullanım denetiminden geçmesi, başka bir ifadeyle bu hakkın hukuka ve hakkaniyete uygun kullanıp kullanılmadığının denetlenmesi gerekmektedir[201]. Alman hukukunda da işverenin işçiyi başka bir işyerine nakletme yetkisinin GewO'nun 106 ve BGB'nin 315 maddeleri uyarınca kullanım denetimine tabi olduğu kabul edilmektedir[202]. Bu kapsamda da nakil kayıtlarının makul ölçüye/hakkaniyete uygun olması gerekir[203].

---

[197] Şen, s.172; Doğan Yenisey, "İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümleri", s. 1195; *"İşçinin işe alınmasından sonra açılan yeni işyerlerinin de değişiklik kaydının kapsamında olduğuna dair bir ibarenin eklenmesi işçinin aleyhine dürüstlük kuralına aykırı olarak durumunun ağırlaşmasına yol açabilecektir*." (Civan, "Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği", s.808); Aksi görüş için bkz. Başbuğ, Değişen Şartlara Uyarlama, s.104.

[198] Uşan, "İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi", s.239; Aydın, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler", s. 30; İren, "İşverenin İşçisini Başka Bir İşyerine Nakil Yetkisi", s.83; Manav, "İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Hukuki Sonuçları", s.231; Alpagut, "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik", s.60; Dursun Ateş, s.279; Başbuğ, Değişen Şartlara Uyarlama, s.103; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.244-245; Ali, Güzel, "İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Son çare İlkesi", ***Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi***, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s.564; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 18.3.2021 Tarihli ve 2021/9-112 Esas ve 2021/294 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB).

[199] Özdemir, "İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar", s.41; Uşan, "İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi", s.250; Manav, "İşyeri Değişiklik Kayıtları", s.145; Baycık, "İşverenin Nakil Yetkisinin Kullanım Denetimi", s.492; Demircioğlu, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", s.123.

[200] Güzel, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.562.

[201] Baycık, "İşverenin Nakil Yetkisinin Kullanım Denetimi", s.490.

[202] Reichold, § 40 Arbeitspflicht und Arbeitszeit; Rn. 56; Spinner, Rn.355.

[203] Künzl, Rn. 106a; Poeche, Rn. 9.

İçerik denetiminin amacı, bu kayıtların geçerli olup olmadığının tespitidir[204]. Kullanım denetiminde ise işverene tanınan ve geçerli olan bu hakkın hukukun genel sınırları içerisinde ve somut olayda dürüstlük kuralına ve hakkaniyete uygun şekilde, yani işçinin menfaatlerine ölçüsüz bir şekilde zarar vermeyecek tarzda kullanılıp kullanılmadığı denetlenmektedir[205]. Hakkaniyete/makul ölçüye uygunlukta işveren, bireysel durumun temel koşullarını tartmalı ve her iki tarafın çıkarlarını da dikkate almalıdır[206]. Hatta çalışma koşullarında değişikliğin işçi üzerindeki etkileri ne kadar fazlaysa, işverenin değişiklikte olan çıkarının o kadar önemli olması gerekmektedir[207].

Kullanım/hakkaniyet denetimi, içerik denetiminden farklı ve geniş bir denetim olup, içerik denetiminin yapılmadığı yerlerde de yapılabilmektedir[208]. Bu kapsamda kullanım/hakkaniyet denetimde değişiklik kaydının geçerliliği değil, işverene tanının bu hakkın kullanımı denetlenmektedir. Bu yüzden işveren, değişiklik kaydını kullanmaya başlamadan böyle bir denetime muhatap olamaz[209]. Hatta kullanım/hakkaniyet denetiminde yalnızca bu hakkın kullanıldığı andaki mevcut olan koşullar ve menfaatler dikkate alınmalıdır[210].

Kullanım denetiminde, içerik denetiminden geçen kaydın somut olayda ne şekilde uygulandığı temel alınmaktadır[211]. Çünkü işverenin bu hakkını kötü niyetle ve işçinin menfaatlerine aşırı zarar verecek tarzda kullanma ihtimali bulunmaktadır[212]. Örneğin sırf cezalandırma amacıyla veya feshe zorlamak için bu hakkın kullanılması, dürüstlük kuralına aykırılık olarak kabul edilebilecektir[213].

---

[204] Şen, s.159.

[205] Şen, s.162; Baycık, İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, s.193; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.246; Öztürk, s.567; Ugan Çatalkaya, s.332; Lingemann-Siemer, "Grenzen des Arbeitsrechtlichen Direktionsrechts", s.495; İren, "İşverenin İşçisini Başka Bir İşyerine Nakil Yetkisi", s.85; İşverenin bu hakkını kullanırken dürüstlük kuralına uygun hareket edip etmediğinin her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği görüşüne ilişkin bkz. Dursun Ateş, s.302.

[206] Poeche, Rn. 9; Siebert-Teubert, "Nach der Rechtsprechungsänderung des BAG", s.8; Spinner, Rn.356; Reichold, § 40 Arbeitspflicht und Arbeitszeit, Rn. 59; Salomon Hengst, "Versetzung, Abordnung und Zuweisung", s.180; Thüsing-Westphalen, Rn.273; Joussen, Rn. 367.

[207] Salomon Hengst, "Versetzung, Abordnung und Zuweisung", s.180.

[208] Öztürk, s.567; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.401.

[209] Şen, s.163; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.400.

[210] Poeche, Rn. 9; Spinner Rn.356; Joussen, Rn. 368.

[211] Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.400.

[212] Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.400.

[213] Mutlu, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", s. 171; Aydın, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler", s.30; Manav, "İşyeri Değişiklik Kayıtları", s.141; Süzek, "De-

Bununla birlikte işyeri değişikliği, ortaya çıkan olumsuzluklar nedeniyle gerekliyse ve bu karar keyfi[214] veya suistimal edici nitelikte değilse makul kabul edilebilir[215]. Hal böyleyken işveren, işyeri içerisinde meydana gelen bir çatışmayı veya gerilimi önlemek, çözmek veya olumsuzlukları gidermek için başka bir işyerine işçiyi nakledebilir[216]. Dolayısıyla nakil kayıtlarının amacına uygun bir şekilde dürüstlük kuralına[217] ve hakkaniyete göre kullanması beklenmekte ve bu kapsamda denetlenmektedir.

İşverene tanınan bu hakkın somut olayda dürüstlük kuralına uygun kullanıp kullanılmadığına istinaden yapılan denetim bazen yeterli olmayabilir. Çünkü

ğişiklik Feshi", s.20; İren, "İşverenin İşçisini Başka Bir İşyerine Nakil Yetkisi", s.85; Alp, "Ekonomik Kriz", s.170; Şen, s.174; Öztürk, s.600; Başbuğ, Değişen Şartlara Uyarlama, s.100; "...*İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir...*" [Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 24.5.2018 Tarihli ve 2018/5340 Esas ve 2018/12958 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

214 Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 30.3.2015 Tarihli ve 2015/5035 Esas ve 2015/12377 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB); Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 20.10.2014 Tarihli ve 2012/37985 Esas ve 2014/30248 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB).

215 Spinner, Rn.356; Salomon Hengst, "Versetzung, Abordnung und Zuweisung", Rn.180.

216 Salomon-Hengst, "Versetzung, Abordnung und Zuweisung", s.181; Thüsing-Westphalen, Rn.272; Preis, Rn.30; Lakies, "Versetzungsklauseln", s.5; "...*Somut olayda, dosya içeriğinden, davacının çalıştığı mağazada davacının davranışlarından kaynaklanan uyumsuzluklar olduğu ve işverence sözleşmedeki nakil yetkisi ve yönetim hakkı kapsamında davacının görev yerinin değiştirilmesine karar verildiği, yeni görevlendirildiği mağazanın ulaşım koşullarının daha ağır olması nedeniyle davacının bu görevlendirmeyi kabul etmeyerek bu mağazaya gitmediği, ancak eski görev yerine çalışmak için gittiğinde işyerine alınmadığı anlaşılmakta olup, işverenin nakil yetkisinin objektif kriterlere uygun olarak kullanıldığı, iş koşullarındaki aleyhe değişikliğin geçerli bir nedene dayandığı ve bunun kabul edilmemesi üzerine iş sözleşmesinin sona erdirildiği, işveren feshinin geçerli nitelikte olduğu anlaşılmakla mahkemece davanın reddi yerine yanılgılı değerlendirme ile kabulüne karar verilmesi hatalıdır...*" [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 20.11.2014 Tarihli ve 2014/19269 Esas ve 2014/34901Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)]; "...*Davalı işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan nakil yetkisini keyfi olarak kullanmadığı, davacının eşi ile birlikte aynı işyerinde çalışmakta oluşu ve geçimsizliklerinin işyerine yansıması sebebiyle davacının başka bir işyerinde görevlendirilmesinin gündeme geldiği dosya içeriği ile sabit olup, bu konu mahkemenin de kabulündedir. Davacı kadın işçi yerine, eşinin nakledilmesi gerektiği şeklinde bir değerlendirmeyle davacı işçiye yapılan uygulamanın haksız olduğunun kabulü doğru olmamıştır. Bu konu işverenin yönetim hakkını ilgilendirmektedir....*" [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 19.4.2005 Tarihli ve 2004/18877 Esas ve 2005/13746 Karar sayılı Karar (Kazancı İBB)].

217 Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 24.9.2019 Tarihli ve 2016/19103 Esas ve 2019/17043 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB); "...*İş sözleşmedeki bu nakil yetkisi, işverene görevin makul sınırlarını aşar nitelikte bir yetki tanıdığı anlamında yorumlanamaz. Bu durumda, her ne kadar iş sözleşmesinde işverene personeli nakil yetkisi tanınmışsa da bu yetkinin objektif olarak ve dürüstlük kuralına uygun biçimde kullanılması gerekir...*" [Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 28.5.2019 Tarihi ve 2016/13969 Esas ve 2019/11939 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

işverenin hakkını dürüst bir şekilde kullanması, bunun aynı zamanda hakkaniyete uygun olduğu şekilde kullanıldığı sonucuna ulaşmamızı gerektirmez. Bu sebeple de işçinin menfaatleri gözetilerek bu hakkın ona en az zarar verecek şekilde kullanılması, yani sadece dürüstlük kuralına değil, aynı zamanda hakkaniyete de uygun kullanması gerekmektedir[218]. Bu kapsamda hakkaniyet denetimi de yapılmaktadır.

Hakkaniyet denetimine istinaden işçinin özel durumu da dikkate alınarak ölçülü şekilde bu hakkın kullanılması gerekmektedir[219]. Dolayısıyla hakkaniyet denetiminde ölçülülük ilkesi önem arz etmektedir[220]. Ölçülülük ilkesi, yönetim hakkının kullanım sınırlarının belirlenmesinde de kullanılan bir ilkedir[221] ve işveren, yönetim hakkını kullanırken ölçülülük ilkesine uygun hareket etmelidir[222]. Keza işveren, disiplin cezalarına ilişkin yetkisini de dürüstlük kuralına uygun kullanması gerekmektedir[223]. Hal böyleyken hakkaniyet denetiminde işverenin bu hakkı ölçülülük ilkesi ve alt ilkelerine uygun bir şekilde kullanılıp kullanmadığı denetlenecektir[224]. Doktrinde bu ilkenin, hakkaniyet denetiminin somutlaştırılmasına hizmet ettiği haklı olarak ileri sürülmüştür[225]. Bu kapsamda da işyeri değişikliğinin işverenin amacına ulaşması için elverişli olup olmadığına bakıla-

---

[218] Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.402; Şen, s.165; "...*Değişiklik kayıtları hakkaniyet denetimine tabidir. Başka bir anlatımla yargısal denetime tabidir. Söz konusu kayıtlar dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmalıdır...*" [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 9.11.2005 Tarihli ve 2005/4540 Esas ve 2005/35429 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)]; Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 11.10.2006 Tarihli ve 2006/9-613 Esas ve 2006/644 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB).

[219] Şen, s.165; Süzek, "Değişiklik Feshi", s.20; Aydın, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler", s. 31; "*Bu durumda işveren ölçülü davranmalı, işçinin talep ve menfaatlerini de mümkün olduğunca gözeterek en uygun işyerine nakli gerçekleştirmelidir.*" (Uşan, "İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi", s.252); "*Dürüstlük ilkesi, işverenin, değişiklik yetkisini, kendisine bu yetkinin sağlanması amacına aykırı olarak kullanılmasına engel olma amacı taşırken; ölçülülük ilkesi, yetkinin amacına uygun kullanılmasına karşın, işçinin kişilik hakkına, bu amaçla ölçülü olmayan kısıtlamalar getirilmesini önlemeyi hedefler*." (Ugan Çatalkaya, s.333); Değişiklik kayıtlarının ölçülülük ilkesine uygun kullanılması gerektiği görüşüne ilişkin bkz. Demircioğlu, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", s.123.

[220] Uşan, "İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi", s.251; *"Hakkını kullananın ölçülü davranması, aşırıya kaçmamasının hakkaniyete uygunluğun ön koşuludur*." (Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.405).

[221] Kar, "Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması", s.60.

[222] Yıldız, "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi", s. 687.

[223] Güzel-Ugan Çatalkaya, "Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi", s.46-47; Özdemir, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", s.1267.

[224] Ugan Çatalkaya, s.335; Pletke-Schrader-Siebert-Thoms-Klagges, Rn. 30.

[225] Dursun Ateş, s.303.

caktır. Burada değişikliğin gerekçeleri önem arz etmekte ve buna göre işverenin dürüstlük kuralına uygun hareket edip etmediği tespit edilecektir[226]. Daha sonra bu değişikliğin gerekli olup olmadığı ve işverenin amacına hizmet eden, işçinin daha çok yararına olan başka bir imkanın var olup olmadığı, yani son çare ilkesi kapsamında denetim yapılacaktır[227].

Ölçülülük, sadece fesih dışında bir alternatif olup olmadığının tespitinde değil, işverenin yapmış olduğu değişiklik teklifinde işçi lehine olacak alternatiflerde de dikkate alınması gerekmektedir[228]. İşçinin durumunu daha az ağırlaştıran değişikliğin tercih edilmesi yerinde olacaktır[229]. Hal böyleyken bir naklin ölçülü olup olmadığı, yeni işyerinin mesafesine de bağlıdır[230]. İşyeri değişikliğinde mevcut işyerine mümkün olan en yakın işyeri işverence tercih edilmelidir. Eski işyerine yakın veya aynı il sınırları içerisinde bir işyerine nakledilme imkânının olması ve fakat işçinin uzaktaki başka işyerlerine nakledilmesi durumunda bu naklin ölçüsüz olduğu düşünülebilecektir[231]. Keza doktrinde de son çare, yani gereklilik kapsamında işyeri değişikliğinde öncelikli olarak aynı il sınırları içerisindeki işyerinin, bu mümkün değilse en yakın mesafedeki işyerinin tercih edilmesi haklı olarak ileri sürülmüştür[232]. Ancak her halükarda yakın olan işyerinin tercih edilmesi işverenden beklenmemeli, işyerlerindeki işçi sayıları,

---

[226] Öztürk, s.601; Değişiklik sebeplerinin hakkaniyet /kullanım denetiminin parçası olduğuna ilişkin bkz. Alp, "İşverene İşçinin İşini Değiştirme Yetkisi Veren İş Sözleşmesi", s.19.

[227] Öztürk, s.601-602.

[228] Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.187-188; "*...ikinci aşamada fiilen teklif edilen sözleşme değişikliğinin kanuna, toplu iş sözleşmesine ve ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı ve işçiden bu teklifi kabul etmesinin haklı olarak beklenip beklenemeyeceğinin, bir başka anlatımla, kendisine yapılan değişiklik teklifini kabullenmek zorunda olup olmadığı denetiminin yapılması gerekir. Diğer bir anlatımla ikinci aşamada değişiklik teklifinin denetimi söz konusudur. Bu bağlamda esas itibarıyla somut olayın özelliklerine göre ölçülülük denetimi yapılmalıdır...*" [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 1.3.2016 Tarihli ve 2014/31770 Esas ve 2016/4503 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

[229] Başterzi, s.60; Alp, "Ekonomik Kriz", s.173-174; Öztürk, s.554.

[230] Preis, Rn. 28; *"...Somut olayda, davacı önceki işyerine yaklaşık 50 Km. uzaklıktaki başka bir şubeye nakledilmiştir. İşveren nakil gerekçesini ispatlayamadığı gibi, nakil yetkisini objektif olarak kullandığını da ortaya koyamamıştır..."* [Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 27.2.2018 Tarihli 2017/11252 Esas ve 2018/5151 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

[231] Ugan Çatalkaya, s.336.

[232] Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.408; "*Mümkün olduğu ölçüde işçinin çalıştığı işyerine en yakın başka bir işyerinde görevlendirilmesi kıstası, şeffaflık ilkesi kapsamında değişiklik kaydının daha açık ve anlaşılır olmasını sağlayabileceği gibi, işçinin aile yaşantısının ve özel hayatının gözetilmesine de belirli bir ölçüde katkı sağlayabilecektir.*" (Civan, "Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği", s.810).

boş pozisyonun olup olmadığı, işçinin işine ve özelliklerine uygun çalışma imkanının olup olmadığı gibi unsurlar da araştırılarak karar verilmelidir.

İşçinin başka bir işyerine nakledilmesinde asıl sorun, farklı bir şehirdeki işyerine veya büyük şehirlerde il içerisinde başka bir işyerine yapılan nakildir. Büyük şehirlerde nakilde, aynı il sınırları içerisinde olsa da çalışma koşullarının ağırlaşıp ağırlaşmadığı incelenmelidir[233]. Yani sırf sözleşmede nakil kaydı var diye çalışma şartlarının ağırlaşıp ağırlaşmadığına ilişkin bir incelemenin yapılmaması ve işçinin bu duruma katlanması mümkün değildir. Öyle ki, işverenin elde ettiği yarar ile işçinin uğradığı zarar arasında makul bir orantının olup olmadığı incelenecektir[234]. İşte orantılılık ilkesi kapsamında işçinin kişisel özellikleri ve aile hayatı da dikkate alınmalıdır[235].

Değişiklik kayıtlarının işçinin özel ve aile hayatına etkisi, içerik denetiminin değil, kullanım denetiminin kapsamındadır[236]. Çünkü işçinin başka bir ildeki işyerine hatta bazen aynı il sınırları içerisinde başka bir işyerine nakledilmesi durumunda, işçinin aile ve özel hayatının etkileneceği ve ikamet yerini değiştirmesi gerekeceği bir gerçektir. Bu kapsam da işyeri değişikliğinde, işçinin aile ve özel hayatına müdahale ölçüsüz olmamalıdır[237]. Örneğin işçinin ailevi durumu[238], yine kaydın kullanılacağı dönemdeki özel durumu,[239] hakkın kullanılması-

---

[233] Arıcı, "İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası.", s.173; "...*Somut olayda, güvenlik görevlisi olan davacının Mecidiyeköy'de çalıştığı, işverence Esenyurt'ta görevlendirildiği ancak davacının uzak olduğu ve yol ücreti verilmediği için görevlendirmeyi kabul etmediği anlaşılmaktadır. Davacının iş şartlarının aleyhe değiştirildiği açıktır. Her ne kadar sözleşmede işvereninin İstanbul sınırları içinde çalıştıracağı yeri tayin edeceği belirtilmişse de, işverenin nakil yetkisini objektif olarak kullandığı söylenemez...*" [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 28.4.2015 Tarihli ve 2014/4238 Esas ve 2015/15421 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

[234] Öztürk, s.602; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.409.

[235] Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.409; "*Bu tip bir değişiklik hükmünün işçinin özel hayatı üzerinde doğurduğu sonuçlar dikkate alınmadan uygulanması iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz*." (Doğan Yenisey, "İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümleri", s.1195).

[236] Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, s.347.

[237] Ugan Çatalkaya, s.332.

[238] Poeche, Rn. 9; Siebert-Teubert, "Nach der Rechtsprechungsänderung des BAG" s.8; Joussen, Rn. 373; "...*Davalı işverenin nakil yetkisi varsa da nakil yetkisi objektif olarak iyi niyetli kullanılmaktadır. Davacının eşinin aynı işverenin adana işyerinde çalıştığı göz önüne bulundurulduğunda, işyerinin Şanlıurfa olarak değiştirilmesi iş şartlarında aleyhe esaslı değişiklik kabul edilmelidir...*" [Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 2.4.2014 Tarihli ve 2013/15760 Esas ve 2014/7266 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)]; Benzer şekilde bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 14.5.2014 Tarihli ve 2012/10473 Esas ve 2014/15663 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB).

nın işçinin meslek ve özel hayatına etkileri gibi[240] durumlar değerlendirilebilir[241]. Yine işverence işçinin taşınma masraflarının ödenmesi, işçiye lojman sağlanması ve ilave ödemeler yapılması gibi durumlar da dikkate alınarak karar verilecektir[242]. Çünkü işyeri değişikliğinin ek mali yükümlülükler getirmesi veya işçinin dinlenme hakkına zarar vermesi durumunda ölçülülük ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.

Sonuç olarak işyeri değişikliğinin ekonomik sonuçları, çıkarların dengelemesinde dikkate alınması gereken bir unsurdur[243]. Hal böyleyken bu hakkın objektif koşullara bağlı olarak, keyfilikten uzak şekilde ve tarafların karşılıklı çıkarları dikkate alınarak kullanılması ve kullanım neticesinde de işçinin kendisinin ve ailesinin durumu dikkate alınarak işçiye en az zararın verilmesi gerekir[244]. Başka bir ifadeyle işçinin menfaatine en uygun nakil gerçekleştirilmelidir[245]. Bu şartlar altında nakil kaydı özelliği de taşıyan işyeri değişikliği disiplin

---

239 Siebert-Teubert, "Nach der Rechtsprechungsänderung des BAG", s.8.

240 "...*Sözleşmedeki bu nakil yetkisi, işverene görevin niteliğini değiştirilme yetkisi tanındığı anlamında yorumlanamaz...*" [Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 18.2.2014 Tarihli ve 2013/5077 Esas ve 2014/2748 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)]; "...*Her ne kadar taraflar arasındaki iş sözleşmesiyle işverene görev yeri itibariyle nakil yetkisi tanınmış ise de, davacının daha düşük ücretle alt düzey bir göreve atanması işverenin nakil yetkisi içerisinde değerlendirilemez...*" [Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 10.9.2013 Tarihli ve 2013/19832 Esas ve 2013/18515 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

241 Aydın, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler", s. 31; Baycık, "İşverenin Nakil Yetkisinin Kullanım Denetimi", s.495; Dursun Ateş, s.305; "*Örneğin değişiklik kaydına dayalı olarak işyerini değiştirmek isteyen işveren, işyeri değişikliği ile işçinin ikametgahı da değişecekse, işçinin eşinin işi, çocuklarının okul durumu, bakmakla yükümlü olduğu kişilerin bu değişimden etkilenip etkilenmeyecekleri gibi hususları da dikkate alarak işçiye usulüne uygun bir bildirim yapmalı ve yeni işyerine makul bir süre içinde gitmesini beklemelidir.*" (Manav, "İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu", s.151); Benzer şekilde bkz. Uşan, "İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi", s.252.

242 Doğan Yenisey, "İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümleri", s.1196.

243 Poeche, Rn. 9.

244 Benzer yönde bkz. Alpagut, "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik", s. 62; Baycık "İşverenin Nakil Yetkisinin Kullanım Denetimi", s.495; Dursun Ateş, s.303; Şen, s.166; "...*İşçiye, mümkünse, onun açısından en az olumsuzluk teşkil eden teklifte bulunulmalıdır...*" [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 1.3.2016 Tarihli ve 2014/31770 Esas ve 2016/4503 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

245 Uşan, "İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi", s.252; "...*İş yerinde iş şartlarında değişikliği gerektirmeyen çalıştırılma imkânı, değiştirilmiş iş şartları altında çalıştırılabileceği başka bir çalışma yerine nakilden önce uygulanması gereken tedbirdir. İşçinin iş şartlarının değiştirilmesi gerekmeden çalıştırılabileceği birden fazla çalışma yeri varsa, işveren bunlar arasından birini seçme hakkına sahiptir...*" [Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 01.10.2015 Tarihli ve 2015/18677 Esas ve 2015/27089 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

cezasının işçiye ek mali yükümlülükler getirmemesi ve yeni işyerine ulaşımda daha fazla zaman harcamaya sebebiyet vermemesi[246], değişikliğinin işçinin özel ve aile hayatına en az etki edecek şekilde kullanılması, eski işyerine en yakın olan işyerinin tercih edilmesi ve mümkünse işçinin ikamet ettiği adresi değiştirmesine gerek kalmayacak şekilde kullanılması ve varsa işçinin zararının telafi edilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

İş sözleşmesinde, iş ilişkinin bütün unsurlarının düzenlenmesi imkânsız olduğundan eksik bırakılan alanlar işverenin yönetim hakkı ile doldurulmaktadır. Yine işveren, iş görme borcunun somutlaştırılması açısından da yönetim hakkını kullanmaktadır. İşçinin iş görme borcuyla yakın ilişki içerisinde olan çalışma koşullarından biri de işçinin çalışacağı işyeridir. Dolayısıyla işveren, yönetim hakkına dayanarak işçinin işyerini belirleyebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, işçinin işyerinin toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya iç yönetmelik gibi iş hukukunun kaynaklarında düzenlenmemiş olmasıdır. Çünkü bu kaynaklarda işyeri açıkça belirlenmişse, işveren yönetim hakkına dayanarak yeni işyeri belirlemeyeceği gibi herhangi bir değişiklik de yapamaz. Bununla birlikte ilgili kaynaklarda işçinin işyeri belirlenmemişse işveren, yönetim hakkı kapsamında belirlediği işyerini tek taraflı olarak değiştirebilir. Ancak bu hakkın sınırsız olarak düşünülmesi mümkün değildir. Hal böyleyken değişikliğin esaslı değişiklik olup olmadığına bakılması gerekir. İşçinin ücreti, yeni işyerinde yaptığı iş, çalışma süresi, yolda geçen süre ve ulaşım masrafları, değişikliğin işçinin kendisinin ve ailesinin özel hayatına etkisi, işçinin nakledildiği yeni işyerinin mesafesi, işverence sağlanan servis imkanı, işçinin yol parasının karşılaması gibi unsurlar da dikkate alınarak işyeri değişikliğinin esaslı olup olmadığı tespit edilecektir. İşyeri değişikliği ile birlikte aynı zamanda bu çalışma koşulları da işçinin aleyhine olacak şekilde değişiyor ve işçinin durumu ağırlaşıyorsa, bu durumda işveren, iş sözleşmesinde nakil kaydı olsa dahi yönetim hakkına dayanarak tek taraflı bir değişiklik yapamayacaktır.

---

[246] Reichold, § 40 Arbeitspflicht und Arbeitszeit, Rn. 59; "...*Asgari ücretle çalışan davacının bu ek külfetler karşısında sırf sözleşmesinde nakil yetkisi var diye yahut ihale bitimi sebebiyle çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul zorunluluğu bulunmamalıdır...*" [Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 18.3.2014 Tarihli ve 2013/7058 Esas ve 2014/6385 Karar sayılı Kararı (Kazancı İBB)].

İşveren, işletmesel karar kapsamında işyerinin mevcut ve gelecek ekonomik durumu için kararlar alabileceği gibi işyerinde düzen ve barışı sağlamak için gerekli tedbirleri de alabilir. Bu bağlamda da işveren, işyerinde bir disiplin sistemi kurabilir ve disiplin cezaları oluşturabilir. Böylelikle işyerinde uyulması gereken kurallar ve bu kuralların ihlali durumunda gerekli yaptırımlar düzenlenecektir. Buradan da anlaşılacağı üzere disiplin cezalarının amacı, işyeri düzenini ve çalışma barışını sağlamaktır. Dolayısıyla bu amacında dışında bir amaçla disiplin cezası verilemez.

Disiplin cezalarının yazılı olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Hal böyleyken bu cezalar toplu iş sözleşmelerinde, iş sözleşmelerinde veya iç yönetmeliklerde düzenlenmektedir. Ayrıca disiplin cezalarının hukuki sebebinin de bu kaynaklarda düzenlenmesi ve bu cezaların genel ve objektif nitelikte olması gerekmektedir.

Disiplin cezaları ile ölçülülük ilkesi arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Fesih yerine disiplin cezasının uygulanması, ölçülülük ilkesine uygun bir hareket olarak kabul edilecektir. Çünkü işveren, bazı durumlarda disiplin cezaları yoluyla fesihle ulaşmak istediği amaca ulaşabilmekte, disiplin cezaları feshe oranla daha hafif nitelik taşımakta ve böylelikle de işçinin menfaatlerine daha az zarar verilmektedir. Ancak bunun için işyerinde bir disiplin sisteminin oluşturulması, disiplin cezası vermenin işverenden beklenebilir olması ve işverenin bu cezalarla hedeflediği amaca ulaşabilmesi gerekir.

İşçinin çalışacağı işyeri, iş sözleşmesinde belirlenmekle birlikte işverenler, aynı sözleşmede, şartların oluşması durumunda işyeri değişikliği yapabileceği yönünde kayıtlar da düzenlenmektedir. İşte bu kayıtlara nakil kayıtları denilmektedir. Bu kayıtlar sayesinde işverenin yönetim hakkı genişlemekte ve işveren tek taraflı olarak işçinin işyerini değiştirme imkânını elde etmektedir. Keza bu kayıtlarla iş sözleşmesi, değişen koşullara karşı hızlı bir şekilde uyarlama imkânına kavuşacak ve iş ilişkisinde gerekli esneklik sağlanacaktır. Ayrıca işverenler, iş sözleşmesinin bağlayıcılığından kaçınmak için de bu kayıtları düzenlemektedir. Çünkü bu kayıtlar sayesinde işveren, İş Kanununun 22. maddesinde düzenlenen prosedüre tabi olmayarak tek taraflı şekilde işçinin işyerini değiştirebilir. Bütün bu durumları dikkate aldığımızda, Türk hukukunda nakil kayıtlarının geçerli olduğu doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edilmektedir.

İşyeri değişikliği, işin niteliğinden, feshin son çare olması ilkesinden, nakil kaydından veya işyeri değişikliği disiplin cezasından kaynaklanabilir. Dolayısıyla ilk önce işyeri değişikliğinin hangi amaçla yapıldığının tespit edilmesi gerekmek-

tedir. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere işçinin işyerinin değiştirilmesi, aynı zamanda bir disiplin cezası olarak da düzenlenebilir. Ancak işyeri değişikliği disiplin cezasından bahsedebilmemiz için naklin cezalandırma amacıyla yapılması ve işyerinde disiplin cezası sisteminin kurulmuş olması gerekir. Başka bir ifadeyle işçinin hangi davranışlarının işyeri değişikliği disiplin cezasının uygulanmasına sebebiyet vereceğinin açıkça düzenlenmesi ve işçiyi bildirilmesi gerekir. Bu durumda söz konusu düzenleme, kanaatimizce bir değişiklik kaydı/nakil kaydı olarak da düşünülmelidir. Dolayısıyla işyeri değişikliği disiplin cezası, hem disiplin cezası hem de nakil kaydı özelliği taşıdığından çift karakterlidir.

Nakil kaydı özelliği de taşıyan işyeri değişikliği cezası, ağır bir disiplin cezası olduğundan belirli bir ağırlığa ulaşmış fiiller için düzenlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda işçinin devamsızlığı veya gerekli dikkat ve özeni göstermemesi gibi hafif ihlallerden ziyade taciz, sataşma veya şiddet, iş güvenliğini tehlikeye düşürme veya işyerinde bulunan makine, tesisat veya başka eşyalara zarar verme gibi ağır ihlaller için öngörülmelidir. Yine uyarı cezasının verilmesinin etkisiz olması veya bir disiplin cezasının tekerrür etmesi durumunda daha ağır bir ceza vermek için işyeri değişikliği cezası düzenlenebilir. Yalnız nakil kaydı olması özelliğinden dolayı işyeri değişikliği cezası uygulanırken, işçinin diğer çalışma koşullarında aleyhe bir değişikliğin olmaması gerekir.

İşyeri değişikliği cezası da dâhil olmak üzere disiplin cezaları, iç yönetmelikler ve tip iş sözleşmelerinde, genel ve yeknesak bir şekilde işverence tek taraflı olarak hazırlanmakta ve işçi, bu sürece dâhil olmamaktadır. Bu özellik ise disiplin cezalarının genel iş koşulu olarak değerlendirilmesine neden olmaktadır. Hal böyleyken aynı zamanda nakil kaydı özelliği taşıyan işyeri değişikliği disiplin cezasının yürürlülük, içerik, şeffaflık ve kullanım/hakkaniyet denetimine tabi tutulması gerekmektedir.

Genel işlem koşullarını düzenleyen TBK'nın 21. maddesine göre, sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verilip, bunların içeriğini öğrenme imkânının sağlanması ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesi gerekmektedir. Bu madde, yürürlülük denetimini düzenlemektedir. Disiplin cezalarının hukuki bir dayanağının bulunması ve bu dayanağın işçiye bildirilmiş olması zorunluluğu, işyeri değişikliği disiplin cezası da dahil olmak üzere bütün disiplin cezaları için geçerlidir. Disiplin cezalarının söz konusu özelliğinden dolayı bu kayıt, bilgi sahibi olunması ve içeriğini öğrenme imkanının sağlanması koşullarını yerine getirmiş olacaktır. Başka bir ifadeyle, bu kayıt yürürlülük denetiminin bütün şartlarını sağlayacaktır.

Genel işlem koşullarını düzenleyen TBK'nın 25. maddesi gereği genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz. İş sözleşmesindeki ana edimler, içerik denetiminin kapsamında değilken değişiklik kayıtları, özelde de nakil kayıtları içerik denetimine tabi olacaklardır. Bununla birlikte BGB'nin 307/3. maddesine göre, kanuni düzenlemelerden ayrılan veya bu düzenlemelere ilaveler getiren hükümler için içerik denetimi yapılacaktır. Bu kapsamda da Alman hukukunda, nakil kayıtlarının GewO'nun 106. maddesinde düzenlenen yetkiye karşılık gelmesi durumunda, herhangi bir içerik denetimi yapılmamaktadır. Kanaatimizce Türk hukukunda da benzer anlayış kabul edilmeli ve işverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ve nakil kaydı niteliği de taşıyan işyeri değişikliği disiplin cezasının içerik denetimine tabi tutulmaması gerekmektedir. Ayrıca disiplin cezası olarak düzenlenen nakil kayıtlarının, menfaat dengesini önemli ölçüde bozup bozmadığı yönünde denetime de tabi tutulması mümkün değildir. Çünkü iş sözleşmesinin feshi yerine bu kayıtlar ile değişiklik yapılarak iş sözleşmesinin ayakta tutulması, işçinin menfaatine olmakla birlikte aynı zamanda bu uygulamayla işçiye daha az zarar verilmektedir. Dolayısıyla kanaatimizce nakil kaydı özelliği de taşıyan işyeri değişikliği cezası, dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde işçinin aleyhine ve onun durumunu ağırlaştıracak nitelikte olmadığından kural olarak içerik denetimine tabi tutulamaz. Ancak işyeri değişikliği cezası ile birlikte işin niteliğinde, ücrette veya çalışma ve dinlenme sürelerinde bir değişiklik söz konusu olursa veya bu değişiklik işçiye ek mali yükümlülükler getirirse ve işverence bu durum telafi edilmezse, bu durumlarda menfaat dengesinin işçi aleyhine önemli ölçüde bozulacağı bir gerçektir. Hal böyleyken işyeri değişikliği ile birlikte işçinin diğer çalışma koşullarında bir değişiklik söz konusu olursa içerik denetimi yapılabilecektir.

Şeffaflık ilkesi gereği değişiklik kayıtlarının açık, net ve sade bir şekilde düzenlenmesi ve yine sözleşmenin ilgili bölümünde yer alması gerekmektedir. Aksi takdirde bu durum, dürüstlük kuralına aykırı olabileceği gibi işçiye ölçüsüz bir şekilde zarar da verebilir. Yine değişiklik kayıtları, objektif kurallara bağlanmalı ve tamamen işverenin takdirine bırakılmamalıdır. Bu kapsamda da işyeri değişikliği disiplin cezasını düzenleyen hükümlerin açık ve net bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir. Yine hangi fiillerin bu cezayı gerektirdiğinin açıkça düzenlenmesi gerekir. Buna karşılık disiplin cezası olarak işçinin nereye nakledileceğinin açıkça düzenlenmesi işverenden beklenemez. Yine nakledilecek işyerlerinin mesafesinin belirlenmesi de şeffaflık ilkesi gereği gerekli değildir. Aksi düşünce bu kaydın şeffaf olmadığı gerekçesiyle geçersiz olduğu sonucu doğurur

ki, kanaatimizce bu mümkün değildir. Bu sorun, kullanım/hakkaniyet denetimi ile aşılabilir. Somut olayda bu hakkın uygulanma şekline ve sonuçlarına bakarak bağlayıcı olmadığına karar vermek daha isabetli bir çözüm olacaktır.

İşveren değişiklik kayıtlarından doğan yetkisini kullanırken dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına uygun hareket etmelidir. Hal böyleyken bu kapsamda yapılan denetim, kullanım/hakkaniyet denetimidir. Kullanım/hakkaniyet denetiminde işverene tanınan bu hakkın somut olayda ne şekilde uygulandığı incelenmektedir. Nakil hakkının işçiyi feshe zorlamak, cezalandırmak veya zarar vermek gibi amaçlarla kullanılması durumunda işveren, hakkını kötüye kullanmış olacaktır. Ancak işverenin bu hakkını kötü niyetli olarak kullanmaması, aynı zamanda bu hakkın hakkaniyete uygun olduğu şekilde kullanıldığı sonucunu da doğurmaz. Dolayısıyla işveren nakil hakkını kullanırken aynı zamanda hakkaniyete de uygun kullanması gerekmektedir. Bu durumda ise ölçülülük ilkesi devreye girecektir. Bu bağlamda işveren, somut olayın koşulları ve işçinin ve ailesinin durumunu dikkate alarak işçiye en az zarar verecek şekilde, yani ölçülülük ilkesine uygun olarak bu hakkını kullanması gerekmektedir. Sonuçta nakil kaydı özelliği de taşıyan işyeri değişikliği disiplin cezası hakkı kullanılırken işçinin diğer çalışma koşulları değiştirilmemeli, işçiye ek mali yükümlülükler getirilmemeli, işçinin dinlenme hakkı ihlal edilmemeli, işçinin özel ve aile hayatına en az etki edecek ve mümkünse işçinin ikamet ettiği adresi değiştirmesine gerek kalmayacak şekilde mevcut işyerine yakın olan işyeri tercih edilmelidir.

KAYNAKÇA

AHRENDT, Martina***, Arbeitsrechts-Handbuch, XXI. Buch. Betriebsverfassung, § 235. Die Erzwingbare Soziale Mitbestimmung,*** 19. Auflage, Hrsg. SCHAUB, Günter, Beck Verlag, München, 2021.

AKIN, Levent, "İşçinin Çalışma Şartlarında Değişiklik ve Fesih Hakkı", ***ÇEİS***, 2013, C.27, S.2, ss.38-50.

ALP, Mustafa, "Aynı İl Sınırları İçinde İşyeri Değişikliğinin Esaslı Değişiklik Kabul Edilmesi - Karar İncelemesi", ***D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan***, 2019, C.21, Özel S., ss.2113-2127.

ALP, Mustafa, "Ekonomik Kriz Sırasında İş Sözleşmesinin Esaslı Değişiklik Uygulamaları ile Ayakta Tutulması", ***İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 13. Yıl Toplantıları***, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2010, ss.155-195.

ALP, Mustafa, ***İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi***, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

ALP, Mustafa, "İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2006, S. 3, ss.37-53.

ALP, Mustafa, "İşverene İşçinin İşini Değiştirme Yetkisi Veren İş Sözleşmesi", ***Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna ilişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi***, 2006, S.1, ss.11-28.

ALPAGUT, Gülsevil, "İş Kanununun 22. Maddesinin Uygulama Alanı - Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtay'ın Konuya İlişkin Kararları", ***LİSGHD***, 2006, S.9, ss. 49-64.

ALPAGUT, Gülsevil, "İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri", ***ÇEİS***, 2004, C.18, S.5, ss.52-62.

ALPAGUT, Gülsevil, "Yargıtay Kararları Işığında İş Güvencesi ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik", ***Bankacılar Dergisi***, 2008, S.65, ss. 89-110.

ARICI, Kadir, "İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası", ***Yargıtay Dergisi***, 1983, C.9, S.1-2, ss.160-176.

AYDIN, Ufuk, "Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2011, S.23, ss.22-36.

BAŞBUĞ, Aydın, ***İş Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması***, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.

BAŞBUĞ, Aydın, ***Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları***, Tes-İş Eğitim Yayınları, Ankara, 1999.

BAŞBUĞ, Aydın, "Ücret Kesim Cezası", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2011, S.22, ss.200-207.

BALKIR, Z. Gönül, "İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2008, S.12, ss. 73-79.

BAŞTERZİ, Süleyman, "Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri" ***AÜHFD***, 2005, C.54, S.3, ss. 53-94.

BAYCIK, Gaye, ***İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar***, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011.

BAYCIK, Gaye, "İşverenin Nakil Yetkisinin Kullanım Denetimi", ***AÜHFD,*** 2012, C.61, S.2, ss. 487-504.

BAYREUTHER, Frank, "Möglichkeiten und Grenzen der Änderung von Arbeitsbedingungen" ***NZA,*** 2019, Heft. 11, ss. 735-741.

CİVAN, Orhan Ersun, "Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi", ***İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 1***, 2016, C.15, S.1 (Özel Sayı), ss. 781-824.

DEMİRCİOĞLU, Murat, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", ***İş Dünyası ve Hukuk Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan***, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2011, ss.121-140.

DURSUN ATEŞ, Sevgi, ***İşverenin Yönetim Hakkı***, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

DOĞAN YENİSEY, Kübra, "İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi", ***Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan Cilt II***, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, ss.1175-1198.

ELBİR, Nazlı, "Türk ve Fransız Hukuklarında Disiplin Cezaları", ***Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2010.

ENGİN, Murat, "İşletme Gerekleri ile Fesih ve Ücretsiz İzin Yargıtay Karar Değerlendirmesi", ***LİSGHD***, 2004, S.2, ss. 537-544.

EYRENCİ, Öner, "İşçiye Bağlı Nedenlerle Feshin Geçerliliğinde Ölçülülük Denetimi", ***Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi***, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, ss.345-357.

FANSELOW, Dana, ***Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, § 3 Arbeitsrechtliche Fragestellungen***, 3. Auflage, Hrsg. NERLICH, Jörg- KREPLIN, Georg, Beck Verlag, München, 2019.

GRAGERT, Nicola - KATERNDAHL, Christoph**,** ***Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht, Teil D. Arbeitspflicht, § 12 Art der Tätigkeit*****,** 5. Auflage, Hrsg. MOLL, Wilhelm, Beck Verlag, München, 2021.

GÜLVER, Ender, "Ücret Kesme Cezası", ***LİSGHD***, 2010, S.28, ss. 1367-1395.

GÜRSEL, İlke, "Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Esaslı Değişikliğin Yargı Kararlarıyla Tespiti ve Bunun Hukuki Sonuçları", ***İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III***, Ed. CENTEL, Tankut, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2018, ss.175-219.

GÜRSEL, İlke, "İşverenin İşletmesel Kararları ve Yargısal Denetimdeki Sınırlar", ***İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar IV***, Ed. DOĞAN YENİSEY, Kübra - ERGÜNEŞ EMRAĞ, Seda, İstanbul, 2021, ss.195-264.

GÜZEL, Ali, "İş Hukukunda "Yetki" ve "Sözleşme"", ***LİSGHD Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan***, 2016, S. Özel Sayı, ss.151-201.

GÜZEL, Ali, "İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Son çare İlkesi", ***Prof. Dr. Turhan Esener II. İş Hukuku Uluslararası Kongresi***, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, ss. 539-575.

GÜZEL, Ali, "İşletmesel Kararların Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihte Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi", ***Çalışma ve Toplum***, 2005, S.4, ss.159-182.

GÜZEL, Ali-UGAN ÇATALKAYA, Deniz, "İş Sözleşmesinin Uygulanmasında ve İşverenin Yönetim Yetkisinin Sınırlanmasında Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralının İşlevi Üzerine", ***Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, 2014, C.20, S.1, ss.17-66.

HAHN, Claudia, "Versetzung, Abordnung und Umsetzung: Zwischen Direktionsrecht und Änderungskündigung", ***Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht***, 2021, Heft.7, ss.139-142.

HESSE, Dirk, ***Münchener Kommentar zum BGB***, ***Band 5 Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse***, ***Vorbemerkung (Vor § 620),*** 8. Auflage, Hrsg. SACKER, Franz Jürgen-RİXECKER, Roland-OETKER, Hartmut-LIMPERG, Bettina, Beck Verlag, München, 2020.

HOZAR, Nağme N., "İşverenin Yönetim Hakkına Dayanarak İşçiyi Başka Bir İşyerine Gönderebilmesine İlişkin Bir Karar İncelemesi" ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2006, S.2, ss. 82-92.

HROMADKA, Wolfgang, "Grenzen des Weisungsrechts" ***NZA***, 2012, Heft.5, ss.233-239.

İREN, Ertan, "İşverenin İşçisini Başka Bir İşyerine Nakil Yetkisini İş Sözleşmesiyle Saklı Tutmasına İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2010, S.19, ss. 74-87.

JOUSSEN, Jacob, ***BeckOK (Beck'scher Online Kommentar) Arbeitsrecht, BGB 611a***, 65. Edition, Hrsg. ROLFS, Christian - GIESEN, Richard - MEßLING, Miriam - UDSCHING, Peter, 2022.

KAISER, Dagmar - ANNUß, Georg, ***Personalvertretungsrecht, Personalvertretungen im Bundesdienst, § 75 Mitbestimmung in Angelegenheiten der Angestellten und Arbeiter und in sonstigen Angelegenheiten***, 5. Auflage, Hrsg. RICHARDI, Reinhard - JURGEN DORNER, Hans, Beck Verlag, München, 2020.

KANIA, Thomas, ***Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 210. Betriebsverfassungsgesetz, § 87 Mitbestimmungsrechte,*** 22. Auflage, Hrsg. MULLER GLOGE, Rudi - PREIS, Ulrich - SCHMIDT, Ingrid, Beck Verlag, München, 2022.

KAR, Bektaş, "İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim", ***Çalışma ve Toplum***, 2008, S.2, ss.101-129.

KAR, Bektaş, "Ölçülülük İlkesinin İş Güvencesinde Uygulanması", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2009, S.15, ss.60-69.

KARAGÖZ, Veli, "Tip İş Sözleşmelerinde Öngörülen Cezai Şartın Genel İşlem Şartları Bağlamında Denetlenmesi", ***AÜEHFD***, 2004, C.VIII, S.1-2, ss.593-606.

KILIÇOĞLU, Mustafa - ŞENOCAK, Kemal, ***İş Güvencesi Hukuku***, Legal Yayınevi, İstanbul, 2007.

KILIÇOĞLU, Mustafa - ŞENOCAK, Kemal, "İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu", ***Kamu İş, Osman Güven Çankaya'ya Armağan***, Ankara, 2010, ss. 181-211.

KREITNER, Jochen - SEIDEL, Ralf - SCHLEGEL, Reiner, ***Personalbuch Arbeitsrecht- Lohnsteuerrecht- Sozialversicherungsrecht, Betriebsbuße***, 28. Auflage, Hrsg. ROLLER, Jürgen, Beck Verlag, München, 2021.

KUNZL, Reinhard**, *Kündigungsrecht Gross Kommentarzum Gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhaltnissen, Systematischer Kommentar Arbeitsrechtlicher Vorschriften, KSchG § 2 Änderungskündigung***, 6. Auflage, Hrsg. ASCHEID, Reiner - PREIS, Ulrich-SCHMIDT, Ingrid, Beck Verlag, München 2021.

KUTLU MUTLUER, Merve, ***Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk İş Hukukunda İşyeri İç Yönetmelikleri***, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022.

LAKIES, Thomas, "Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und Vertragsgestaltungsoptionen (Versetzungsklauseln)", ***ArbRAktuell***, 2013, Heft. 1, ss.3-6.

LINCK, Rüdiger, ***Arbeitsrechts-Handbuch, V. Buch. Die Pflichten des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsvertrag, § 45. Arbeitspflicht,*** 19. Auflage, Hrsg. SCHAUB, Günter, Beck Verlag, München, 2021.

LINGEMANN, Stefan - SIEMER, Anke, "Grenzen des Arbeitsrechtlichen Direktionsrechts bei Änderung von Inhalt und Ort der Tätigkeit (Teil 1)" ***ArbRAktuell,*** 2015, Heft. 20, ss. 494-496.

MANAV, Eda, "İş Kanunu'nun 22. Maddesi Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi ve Hukuki Sonuçları", ***Türkiye Adalet Akademisi Dergisi***, 2012, C.3, S.9, ss.209-252.

MANAV, Eda, "İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2012, S.25, ss.136-157.

MUTLU, Melis, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshiyle İlgili Yargıtay Karar Tahlili", ***İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2016, C.2, S.2, ss.167-172.

MÜLAYİM, Baki Oğuz, "İş Sözleşmesine Disiplin Kurulu Kararı ile Son Verilmesi", ***Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,*** 2021, C.12, S. 46, ss.327-354.

NARMANLIOĞLU, Ünal, "4857 Sayılı İş Kanununun 22/1'inci Maddesi ile İlgili Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Kararı Hakkında Düşünceler", ***Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna ilişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi***, 2007, S.4, ss.137-158.

NIEMANN, Jan Malte, ***Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, BGB § 626***, 22. Auflage, Hrsg. MULLER GLOGE, Rudi - PREIS, Ulrich - SCHMIDT, Ingrid, Beck Verlag, München, 2022.

OETKER, Hartmut, ***Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Kündigungsschutzgesetz (KSchG), § 2 Änderungskündigung***, 22. Auflage, Hrsg. MULLER GLOGE, Rudi - PREIS, Ulrich - SCHMIDT, Ingrid, Beck Verlag, München, 2022.

ÖZDEMİR, Erdem, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", ***Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan Cilt II***, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, ss. 1255-1280.

ÖZDEMİR, Erdem, "İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar", ***Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2004, C.12, S.3-4, ss.31-44.

ÖZTÜRK, Berna**, *İşçinin Talimatlara Uyma Borcu***, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2021.

PLETKE, Matthias et al., ***Rechtshandbuch Flexible Arbeit, C. Rechtliche Durchsetzung der Flexibilisierung***, 2. Auflage, Beck Verlag, München, 2022.

POECHE, Sabine, ***Personalbuch Arbeitsrecht-Lohnsteuerrecht- Sozialversicherungsrecht Versetzung***, 29. Auflage, Hrsg. ROLLER, Jürgen, Beck Verlag, München, 2022.

PREIS, Ulrich, ***Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 320. Gewerbeordnung, § 106 Weisungsrecht des Arbeitgebers***, 22. Auflage, Hrsg. MULLER GLOGE, Rudi - PREIS, Ulrich - SCHMIDT, Ingrid, Beck Verlag, München, 2022.

PREIS, Ulrich - LINDEMANN, Viola, "Änderungsvorbehalte - Das BAG Durchschlägt den Gordischen Knoten" ***NZA***, 2006, Heft. 12, ss.632-638.

REICHOLD, Hermann, ***Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, § 40 Arbeitspflicht und Arbeitszeit***, 5. Auflage, Hrsg. KIEL, Heinrich - LUNK, Stefan - OETKER, Harmut, Beck Verlag, München 2021.

REICHOLD, Hermann, ***Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, § 56 Sanktionen der Nebenpflichtverletzungen***; 5. Auflage 2021, Hrsg. KIEL, Heinrich - LUNK, Stefan - OETKER, Harmut, Beck Verlag, München, 2021.

RICHARDI, Reinhard - MASCHMANN, Frank, ***Betriebsverfassungsgesetz § 87 Mitbestimmungsrechte***, 17. Auflage, Hrsg. RICHARDI, Reinhard, Beck Verlag, München, 2022.

SALAMON, Erwin ***Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 4 Kollektives Arbeitsrecht II, § 320 Mitbestimmung bei der Ordnung des Betriebes***, 5. Auflage, Hrsg. KIEL, Heinrich - LUNK, Stefan - OETKER, Harmut, Beck Verlag, München, 2022.

SALOMON HENGST, Annette, "Versetzung, Abordnung und Zuweisung gem. § 4 TVöD/TV-L", ***öAT***, 2016, Heft.9, ss.178-181.

SIEBERT, Jens - TEUBERT, Rene,"Nach der Rechtsprechungsänderung des BAG: Aktuelles und Neues zu Versetzung und Personalgestellung" ***öAT***, 2019, Heft.1, ss.8-10.

SPINNER, Günter, ***Münchener Kommentar zum BGB, Band 5 Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, § 611a Arbeitsvertrag***, 8. Auflage, Hrsg. SACKER, Franz Jürgen-RIXECKER, Roland-OETKER, Hartmut-LIMPERG, Bettina, Beck Verlag, München, 2020.

SÜZEK, Sarper, "Değişiklik Feshi", ***Tisk Akademi***, 2006, C.1, S.1, ss.7-31.

SÜZEK Sarper, "İş Hukukunda Disiplin Cezaları", ***Çalışma ve Toplum,*** 2011, S.1, ss. 9-17.

SÜZEK, Sarper, "İş Hukukunda İç Yönetmelikler", ***AÜHFD***, 1995, C. 44, S. 1-4, ss. 183-192.

SÜZEK, Sarper, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", ***Prof. Dr. Metin KUTAL'a Armağan***, Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayınları, Ankara, 1998, ss.225-232.

SÜZEK, Sarper, "Tip İş Akitlerinin ve İç Yönetmeliklerin Kurulma Koşulları ve Denetimi", ***İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 1***, 2016, C.15, S.1 (Özel Sayı), ss.459-472.

SÜZEK, Sarper, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2011, S.24, ss.5-12.

ŞEN, Murat, ***İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik***, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.

TAŞKENT, Savaş, "Geçerli Sebep Bağlamında Belirli İlkeler", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2011, S.21, ss.15-24.

TAŞKENT, Savaş, ***İşverenin Yönetim Hakkı***, İstanbul, 1981.

TAŞKIN, Ahmet, "İş Hukuku Açısından İşletmelerde Disiplin Sistemi ve Uygulaması", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2012, S.25, ss.60-91.

THUSING, Gregor - WESTPHALEN, Friedrich, ***Vertragsrecht und AGBKlauselwerke, Klauselwerke, Arbeitsverträge***, 47. Ergänzung, Beck Verlag, München, 2021.

UGAN ÇATALKAYA, Deniz, ***İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi***, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.

ULUCAN, Devrim, "Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi", ***LİSGHD***, 2015, S.47, ss.49-81.

UŞAN, FATİH, "4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2007, C.9, Özel Sayı, ss.211-271.

UZUN, Bekir, "Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi", ***Sicil İş Hukuku Dergisi***, 2006, S.2, ss.48-59.

WERNER, Michael, ***BeckOK (Beck'scher Online Kommentar) Arbeitsrecht, BetrVG § 87 Mitbestimmungsrechte***, 63. Edition, Hrsg. ROLFS, Christian - GIESEN, Richard - MEßLING, Miriam - UDSCHING, Peter, 2022.

YILDIZ, Gaye Burcu, ***İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar***, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2014.

YILDIZ, Gaye Burcu, "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr.Polat Soyer'e Armağan***, 2013, C. 15, Özel S., ss.681-707.

YÜCEL BODUR, Mehtap, "İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü", ***İş ve Hayat***, 2015, C.1, S.2, ss.137-167.

ARABULUCULUK SÜRECİNDE TARAFLARIN ANLAŞMASI HALİNDE İŞSİZLİK ÖDENEĞİNDEN YARARLANMA[*]

Dr. Öğr. Üyesi Seda ARSLAN DURMUŞ[**]

Öz

Çalışmamızda önce işsizlik ödeneğine hak kazanma koşulları incelenmiş daha sonra arabuluculuk anlaşma belgesinin üzerinde durulmuştur. Arabuluculuk sürecinde tarafların anlaşması halinde anlaşma belgesi ile işsizlik ödeneğinden yararlanma, belgenin içeriğine göre değişebilmektedir. Arabuluculuk anlaşma belgesinde belirtilen işçinin işten çıkarılma nedenleri ve işten çıkış kodları ile Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarında yer alan işten çıkış kodları birbirinden farklı ise anlaşma belgesinde yazan hususlar nihai kabul edilmeli ve ona göre işlem yapılmalıdır. Anlaşma belgesinin içeriğinden feshin 4447 sayılı Kanunun 51'inci madde kapsamında olduğu açıkça anlaşılıyor ise tıpkı mahkeme kararıyla yapılan başvurularda olduğu gibi başkaca bir araştırmaya gerek duyulmaksızın bu koşul sağlanmış sayılmalıdır. Anlaşma belgesinin içeriğinden feshin 4447 sayılı Kanunun 51'inci madde kapsamında olduğu açıkça anlaşılmıyor ise ancak o zaman Kurum tarafından gerekli araştırma ve inceleme yapılmalıdır.

Anahtar Kelimeler

İşsizlik Ödeneği, Arabuluculuk Anlaşma Belgesi, Arabuluculuk, Iş Sözleşmesi.

---

[*] Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11.11.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 16.12.2022.

Atıf Şekli: Seda Arslan Durmuş, "Arabuluculuk Sürecinde Tarafların Anlaşması Halinde İşsizlik Ödeneğinden Yararlanma", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 1159-1183.

[**] Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı, Adana, Türkiye.

E-posta: arslans@cu.edu.tr.

Orcid: http://orcid.org/0000-0002-0561-3741.

UTILIZING FROM UNEMPLOYMENT BENEFIT IF THE PARTIES AGREE DURING THE MEDIATION PROCESS

Abstract

In our study, firstly, the conditions for entitlement to unemployment benefit were examined and then the mediation agreement document was emphasized. If the parties agree during the mediation process, benefiting from the unemployment allowance with the agreement document may vary according to the content of the document. If the reasons for the dismissal of the employee stated in the mediation agreement document and the dismissal codes in the Social Security Institution records are different from each other, the matters written in the agreement document should be considered final, and action should be taken accordingly. If it is clearly understood from the content of the agreement document that the termination is within the scope of Article 51 of Law No. 4447, this condition should be deemed to be met without the need for further investigation, just as in applications made by the court decision. If it is not clearly understood from the content of the agreement document that the termination is within the scope of Article 51 of Law No. 4447, only then the necessary research and examination should be carried out by the Institution.

Keywords

Unemployment Benefit, Mediation Agreement Document, Mediation, Labour Contract.

GİRİŞ

"İşsizlik sigortası; bir işyerinde çalışırken, çalışma istek, yetenek, sağlık ve yeterliliğinde olmasına rağmen, herhangi bir kasıt ve kusuru olmaksızın işini kaybeden sigortalılara işsiz kalmaları nedeniyle uğradıkları gelir kaybını belli süre ve ölçüde karşılayan, sigortacılık tekniği ile faaliyet gösteren zorunlu sigortayı ifade eder" (4447 sayılı Kanun m. 47/1-c). Bu kapsamda işsiz kalan sigortalılara belirli koşulların varlığı halinde geçici bir süre işsizlik ödeneği ödenmektedir. Görüldüğü üzere, ücret gelirinin yerine geçmek üzere ödenen işsizlik ödeneği, gelir güvencesi sağlama işlevine sahiptir. Bununla birlikte işsizlik sigortasının işlevi sadece gelir güvencesi sağlamak olmayıp ayrıca işsizlerin yeni bir iş edinmeleri, işsizlerin mesleki eğitim görmelerini sağlayıcı işlevleri de vardır[1]. İşsizlik sigortasının amacı kısaca işsizliğin olumsuz sonuçlarının giderilmesine yöneliktir[2].

Arabuluculuk, ilk kez hukuk sistemimize, 7.6.2012 tarihli 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile ihtiyari olarak girmiştir. İş ilişkilerinde dava şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen özel hükümler, İş Mahkemeleri Kanunu (İMK m. 3 hükmü ile getirilmiştir. HUAK m. 18/A hükmünde dava şartı olarak arabuluculuk sürecine uygulanacak esaslar belirlenmiştir (6/12/2018-7155/m. 23). Buna göre, *"Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir (İMK m. 3). Arabuluculuk süreci sonunda taraflar anlaşır iseler kapsamını belirleyerek anlaşma belgesi düzenlerler. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılamayacaktır."* (HUAK m. 18/5).

İşsizlik ödeneğine hak kazanmak için gereken asgari koşulları taşımayan işçi, işsizlik ödeneğine hak kazanmaz. Arabuluculuk yoluyla anlaşılmış olması veya işçilik alacaklarını dava yoluyla kazanmış olması, sonuca etkili değildir. Anlaşma belgesi içeriğinden iş sözleşmesinin işsizlik ödeneğine hak kazandıracak şekilde sona erdiği anlaşılıyor ise Türkiye İş Kurumunca fesih nedeni güncellenecek ve işçi, diğer koşul-

---

1 Ali Güzel-Ali Rıza Okur-Nurşen Caniklioğlu, ***Sosyal Güvenlik Hukuku,*** 19. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 745.

2 A. Can Tuncay-Ömer Ekmekçi, ***Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri,*** 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 690.

ların da varlığı halinde işsizlik ödeneğinden yararlanacaktır. Anlaşma belgesinin içeriğinin gizli olması sebebiyle Kuruma ibrazı, arabuluculuğa ilişkin temel ilkelerden olan gizlilik ilkesinin ihlali sayılmamalıdır. Zira mevzuat uyarınca anlaşma belgesinin icrası için gerekli görülen hallerde gizlilik ilkesi bertaraf edilebilir (HUAK m. 5/3). Ayrıca taraflar, anlaşma belgesinin yanında arabuluculuk son tutanağında da işsizlik sigortası kodunu belirtebilirler. Anlaşma belgesine kıyasla ayrıntı içermeyen son tutanağın bu haliyle sunulması yeterli görülmelidir.

I. İŞSİZLİK ÖDENEĞİNE HAK KAZANMA KOŞULLARI

A. Genel Olarak

4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu m. 48'de işsizlik sigortasının zorunlu olduğu belirtildikten sonra ilgili Kanunda belirtilen esas ve usuller çerçevesinde sigortalı işsizlere, *"işsizlik ödeneği, 5510 sayılı Kanun gereği ödenecek sigorta primleri, yeni bir iş bulma, aktif işgücü hizmetleri kapsamında kurs ve programlar"* ödemelerinin yapılacağı ve hizmetlerin sağlanacağı belirtilmektedir. Kuşkusuz bu yardımların içinde en önemlisi işsizlik ödeneğidir. İşsizlik ödeneği, 4447 sayılı Kanun m. 47/1-h bendinde tanımlanmaktadır. Buna göre işsizlik ödeneği, *"sigortalı işsizlere 4447 sayılı Kanunda belirtilen süre ve miktarda yapılan parasal ödemedir".*

İşsizlik ödeneğine hak kazanabilmek için her şeyden önce sigortalı işsiz olmak gerekir. *"Sigortalı işsiz; 4447 sayılı Kanun kapsamına giren bir işyerinde bir hizmet akdine dayalı ve sigortalı olarak çalışırken söz konusu Kanunun ilgili maddelerinde belirtilen nedenlerle işini kaybeden ve Kuruma başvurarak çalışmaya hazır olduğunu bildiren kimsedir."* (4447 sayılı Kanun m. 47/1- e). Vurgulanmak istenen sigortalı işsizin "irade dışı" işsiz kalmasıdır. Aynı Kanunun 51'inci maddesinde, *"4447 sayılı Kanun uyarınca sigortalı sayılanlardan hizmet akitleri yine Kanunda belirtilen hallerden birisine dayalı olarak sona erenlerin, Kuruma süresi içinde şahsen başvurarak yeni bir iş almaya hazır olduklarını kaydettirmeleri ve bu Kanunda yer alan prim ödeme koşullarını sağlamış olmaları kaydıyla işsizlik ödeneği almaya hak kazanacakları"* belirtilmektedir.

Diğer ülkelerinin hemen hemen hepsinde var olan irade dışı işsiz kalma koşulu yanında prim ödeme koşulu ile belirli bir süre sigortalı olarak çalışma koşulu ülkemizde de mevcuttur[3]. İşsizlik ödeneğine hak kazanabilmek için, sigortalı

[3] Faruk Andaç, ***Türk İşsizlik Sigortası Uygulaması,*** Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 82-92; Ahmet Kıvanç, ***Sosyal Güven(cesiz)lik,*** Türk Metal Sendikası, Ankara, 2022, s. 65-68.

olarak çalışan kişinin iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki son üç yıl içinde en az 600 gün sigortalı olarak çalışıp işsizlik sigortası primi ödemiş olması gerekir. Üç yıllık bir sigorta süresi aranmakta ve prim ödeme gün sayısı 600'ü aşmış dahi olsa üç yıl dolmadan işten ayrılma gerçekleşirse işsizlik ödeneğinden yararlanılamamaktadır[4]. Ayrıca iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki son 120 gün iş sözleşmesine tabi olmak gerekmektedir (4447 sayılı Kanun m. 50/2). 17/1/2019 tarihli ve 7161 sayılı Kanunun 25'inci maddesiyle 4447 sayılı Kanun ikinci fıkrada yer alan "prim ödeyerek sürekli çalışmış" ibaresi "hizmet akdine tabi" şeklinde değiştirilmiştir. Dolayısıyla artık iş sözleşmesinin sona ermesinden önceki son 120 günde sürekli çalışmış olma koşulu isabetli olarak[5] aranmamaktadır.

"İşveren, iş sözleşmesi işsizlik ödeneğine hak kazandıracak şekilde sona ermiş sigortalılar hakkında, örneği Kurumca hazırlanacak üç nüsha işten ayrılma bildirgesi düzenleyip, 15 gün içinde bir nüshasını Kuruma göndermek, bir nüshasını sigortalı işsize vermek ve bir nüshasını da işyerinde saklamakla yükümlüdür." (4447 sayılı Kanun m. 48/4). 5510 sayılı Kanun ek madde 1'e göre, *"işten ayrılma Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirilmişse ayrıca İş-Kur'a bildirimde bulunmaya gerek yoktur."*

"Sigortalı işsizin işsizlik ödeneğinden yararlanabilmesi için işten ayrılma bildirgesi ile birlikte hizmet akdinin feshedildiği tarihi izleyen günden itibaren otuz gün içinde Kuruma doğrudan veya elektronik ortamda başvurması" gerekeceği yine anılan Kanun m. 48/5'te belirtilmektedir. Başvuruda gecikilen süre, işsizlik ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşülmektedir.

B. İş Sözleşmesinin İşsizlik Ödeneğine Hak Kazandıracak Şekilde Sona Ermesi

1. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Süreli Feshi

4447 sayılı Kanun m. 51/1-(a) bendine göre; *"25/8/1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanununun 13'üncü maddesi*[6] *veya 20/4/1967 tarihli ve 854 sayılı Deniz İş Ka-*

---

[4] Ali Nazım Sözer, ***Türk Sosyal Sigortalar Hukuku,*** 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 522.

[5] İş sözleşmesinin sona erdiği tarihten geriye doğru 120 gün kesintisiz prim ödeme koşulu, işsizlik ödeneğine hak kazanmayı önemli ölçüde sınırlamaktadır. Tuncay-Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, s. 709.

[6] 4857 sayılı İş Kanunu geçici m. 1'e göre diğer mevzuatta 1475 sayılı İş Kanununa yapılan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır. Dolayısıyla yapılan atıf, "4857 sayılı Kanun m. 17" olarak düşünülmelidir.

nununun 16'ncı maddesi ya da 13/6/1952 tarihli ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun 6'ncı maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen bildirim önellerine uygun olarak hizmet akdi işveren tarafından sona erdirilmiş olmak" işsizlik ödeneği almaya hak kazandırır. Zira işçi, iş sözleşmesinin süreli fesih bildirimi ile işverence sona erdirilmesinde iradesi dışında işsiz kalmaktadır. İş sözleşmesinin usulsüz fesih yoluyla sona ermesi durumunda da işçi diğer şartları taşıyorsa işsizlik sigortasından yararlanacaktır. Bildirim sürelerine ilişkin ücretin işverence peşin ödenerek iş sözleşmesinin sona erdirilmesi hali de bu kapsamda sayılmalıdır[7].

2. İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Haklı Neden ile Feshi

4447 sayılı Kanun m. 51/1-(b) bendine göre; *"Hizmet akdi, süresi belli olsun veya olmasın sürenin bitiminden önce veya bildirim önelini beklemeksizin 1475 sayılı İş Kanununun 16'ncı maddesinin (I), (II) ve (III) numaralı bentlerine*[8] *veya 854 sayılı Deniz İş Kanununun 14'üncü maddesinin (II) ve (III) numaralı bentlerine veya 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun 7'nci maddesi ile 11'inci maddesinin birinci fıkrasına göre sigortalı tarafından feshedilmiş olmak,"* işsizlik ödeneği almaya hak kazandırır. 4857 sayılı Kanun m. 24'te işçinin haklı nedenle derhal fesih hakkı düzenlenmiş olup bu kapsamda işçi sağlık sebepleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ve zorlayıcı sebepler nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğinde diğer koşulların da tam olmasıyla işsizlik ödeneği almaya hak kazanabilecektir. Deniz İş Kanunu kapsamında olan gemi adamları da m. 14/II ve III uyarınca haklı nedenle sözleşmeyi feshetmeleri halinde işsizlik ödeneğine hak kazanabileceklerdir. Yine aynı şekilde Basın İş Kanunu kapsamında olan gazetecinin işsizlik ödeneğine hak kazanabilmesi için m. 7 ve m. 11/I hükümleri gereğince iş sözleşmesini feshetmesi gerekir. Sözleşmenin gazeteci tarafından feshini düzenleyen m. 7'ye göre, gazeteci en az bir ay önce işverene yazılı ihbarda bulunmak suretiyle iş sözleşmesini her zaman feshedebilir. Herhangi bir nedene dayanmadan gazetecinin sözleşmeyi feshetmesi ve bunun sonucunda işsizlik ödeneğine hak kazanması, 4447 sayılı Kanunun işsizlik ödeneği kurgusunda yer alan "irade dışı işsiz kalma" olgusuyla bağdaşmamaktadır[9].

---

7 Tuncay-Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, s. 710; Özlem Bal Bektaş, "İşsizlik Ödeneğinden Yararlanma Koşulları", ***Adalet Dergisi,*** S. 65, 2020/2, s. 564.

8 4857 sayılı Kanun m. 24/I, II, III.

9 Tuncay-Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, s. 710, dn. 72; *"Bu durum, hem iradi işsizlerin işsizlik sigortası bakımından teknik anlamda işsiz kabul edilmemelerine ilişkin temel ilke-*

3. İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından İş Kanunu m. 25/I, III, IV Uyarınca Haklı Neden ile Feshi

4447 sayılı Kanun m. 51/1-(c) bendine göre; *"Hizmet akdi, süresi belli olsun veya olmasın süresinin bitiminden önce veya bildirim önelini beklemeksizin 1475 sayılı İş Kanununun 17'nci maddesinin (I) ve (III) numaralı bentlerine*[10] *veya 854 sayılı Deniz İş Kanununun 14'üncü maddesinin (III) numaralı bendine veya 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun 12'nci maddesinin birinci fıkrasına göre işveren tarafından feshedilmiş olmak,"* işsizlik ödeneği almaya hak kazandırır. Söz konusu hüküm ile iş sözleşmesinin işveren tarafından süresiz fesih bildirimiyle sona erdirildiği hallerde işçinin işsizlik ödeneğinden yararlanması düzenlenmektedir. 4857 sayılı İş K. m. 25/I'de düzenlenen sağlık sebeplerine ve m. 25/III'te düzenlenen zorlayıcı sebeplere dayanarak iş sözleşmesini feshederse işçi işsizlik ödeneğine hak kazanabilecektir. İş Kanunu m. 25/IV'e göre işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17'nci maddedeki bildirim süresini aşması durumunda işveren haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilir. Böyle bir durumda işçinin işsizlik ödeneğine hak kazanması ile ilgili bir düzenleme söz konusu hükümde yer almamaktadır. Ancak bu halde de işçinin işsizlik ödeneğine hak kazanması gerekir[11]. Zira işçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17'nci maddedeki bildirim süresini aşması hali, 1475 sayılı Kanunda düzenlenmediği için atfı yapılamamıştır; ancak 4857 sayılı Kanunda yer almaktadır. Buna karşılık İş Kanunu m. 25/II'de yer alan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri sebebiyle işveren haklı nedenle iş sözleşmesini feshederse işçi, işsizlik ödeneğinden yararlanamaz. Zira ilgili fıkra hükmü açıkça Kanunda düzenlenmemiştir.

4. Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Sona Ermesi

4447 sayılı Kanun m. 51/1-(d) bendine göre; *"Hizmet akdinin belirli süreli olması halinde, bu sürenin bitimi nedeniyle işsiz kalmak, 854 sayılı Deniz İş Kanununun 7'nci maddesinin (II) numaralı bendinde belirtilen hizmet akdinin belirli bir sefer için yapılmış olması nedeniyle sefer sonunda işsiz kalmak,"* işsizlik

---

ye hem de Anayasamızın 10. Maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.", Ercüment Özkaraca, "İşsizlik Sigortası Kapsam ve Yardımları", ***Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayımlanmamış Yükseklisans Tezi), İstanbul 2002, s. 78.

[10] 4857 sayılı Kanun m. 25/I, III.

[11] Güzel-Okur-Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 758; Tuncay-Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, s. 710-711; Bal Bektaş, "İşsizlik Ödeneğinden Yararlanma Koşulları", s. 566.

ödeneği almaya hak kazandırır. "*Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi"* belirli süreli iş sözleşmesidir (4857 sayılı İş K. m. 11). Belirli süreli sözleşmenin, süresi bitimiyle sona ermesi halinde kendiliğinden bir sona erme söz konusu olup, işçinin iradesi dışında işsiz kalması durumu ortaya çıkmaktadır[12]. Böyle bir durumda diğer koşulların da varlığı halinde işsizlik ödeneğinden yararlanılmaktadır.

5. İş Sözleşmesinin İşyerinin El Değiştirmesi, Kapatılması veya Niteliğinin Değiştirilmesi Nedeniyle Sona Ermesi

4447 sayılı Kanun m. 51/1-(e) bendine göre; *"İşyerinin el değiştirmesi veya başkasına geçmesi, kapanması veya kapatılması, işin veya işyerinin niteliğinin değişmesi nedenleriyle işten çıkarılmış olmak, 854 sayılı Deniz İş Kanununun 14'üncü maddesinin (IV) numaralı bendindeki nedenlerle işsiz kalmak,"* işsizlik ödeneği almaya hak kazandırır. İşyerinin el değiştirmesi veya başkasına geçmesi, kapanması veya kapatılması, işin veya işyerinin niteliğinin değişmesi hallerinde, iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu m. 17-18 uyarınca işveren tarafından feshi söz konusu olacağından ayrıca belirtilmeseydi dahi işsizlik ödeneğine hak kazandıracak şekilde sona erdiği açık olacaktı[13]. Deniz İş Kanununda geminin kayba uğraması, terk edilmesi veya harp ganimeti ilan edilmesi veyahut Türk Bayrağından ayrılması hallerinde iş sözleşmesinin kendiliğinden bozulacağı belirtilmektedir. Bu hallerde işçi, işsizlik ödeneğine hak kazanabilecektir.

6. Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun Uyarınca İşsiz Kalmak

4447 sayılı Kanun m. 51/1-(f) bendine göre; *"24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 21'inci maddesi kapsamında işsiz kalmak,"* işsizlik ödeneği almaya hak kazandırır. Buna göre özelleştirme kapsamına alınan kuruluşların (iştirakler hariç) özelleştirmeye hazırlanması, özelleştirilmesi, küçültülmesi veya faaliyetlerinin kısmen ya da tamamen durdurulması, süreli ya da süresiz kapatılması veya tasfiye edilmesi nedeniyle; bu kuruluşlarda iş sözleşmesine dayalı olarak ücret karşılığı çalışan-

---

[12] Güzel-Okur-Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 759.

[13] 4447 sayılı Kanun m. 51/1-(a) hükmünden de aynı sonuca varmak mümkün olduğundan ayrıca m. 4447 sayılı Kanun m. 51/1-(e) bendinde yinelenmiş olmasının hukuk tekniği açısından isabetli görünmediği yönünde bkz., Güzel-Okur-Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 760; Özkaraca, s. 88; Bal Bektaş, "İşsizlik Ödeneğinden Yararlanma Koşulları", s. 568.

lardan iş sözleşmeleri tâbi oldukları iş kanunları ve toplu iş sözleşmeleri gereğince tazminata hak kazanacak şekilde sona ermiş olanlar, işsizlik ödeneğinden yararlanabileceklerdir.

7. İş Kanunlarının Kapsamı Dışında Kalan Sigortalıların İşsizlik Ödeneğine Hak Kazanma Halleri

4447 sayılı Kanun m. 51/1-(g) bendine göre İş Kanunları[14] kapsamına girmeyen sigortalılardan iş sözleşmeleri, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu kapsamında yapılmış olan toplu iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmesi bulunmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu hükümleri doğrultusunda 4447 sayılı Kanun m. 51, (a), (b), (c), (d) ve (e) bentlerindeki hükümlere paralel olarak sona ermiş olmak işsizlik ödeneği almaya hak kazandıracaktır.

8. İş Sözleşmesinin Askıda Olmaması

4447 sayılı Kanun m. 51/2'ye göre; *"Ancak, işsizlik ödeneğine hak kazanabilmek için hizmet akdinin başvuru sırasında grev, lokavt veya kanundan doğan ödevler nedeniyle askıya alınmamış olması gerekmektedir."* İş sözleşmesi askıdayken kuşkusuz sözleşme hukuken varlığını sürdürmektedir. Zira işçinin iş görme ediminin kusursuz geçici ifa imkânsızlığı içine düşmesi sonucunda iş sözleşmesi askıya alınmaktadır[15]. İş sözleşmesi sona ermediği için bu sözleşmeden doğan temel borçlar olan iş görme borcu ile ücret ödeme borcu askıya alınmış olur.

Bazı askı halleri mevzuatta düzenlenmiştir. Örneğin İş Kanunu m. 31 uyarınca en az bir yıllık kıdemi olan işçinin geçici askerlik veya kanundan doğan çalışma nedeniyle iş sözleşmeleri iki ay/doksan gün askıda kalabilmektedir. İş Kanunu m. 25/I-(b) alt bendi son paragrafa göre işçinin uğradığı hastalık, kaza gibi hallerde işe devamsızlığı nedeniyle işverenin haklı nedenle fesih hakkının doğumu için beklenilmesi gereken İş Kanunu m. 17'deki bildirim süreleri artı altı hafta kadar iş sözleşmesi askıda kalacaktır. Yine İş Kanunu m. 24/III ve m. 25/III'de düzenlenen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde iş sözleşmesi bir hafta süreyle askıya alınacaktır. Aynı maddenin dördüncü fıkrası uyarınca işçinin gözaltına alınması

---

[14] RG, 10.06.2003 T., 25134 S., 4857 sayılı İş Kanunu; RG, 29.04.1967 T., 12586 S., Deniz İş Kanunu; RG, 20.06.1952 T., 8140 S., Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun.

[15] Ayrıntılı bilgi için bkz., Sarper Süzek, ***İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi,*** Ankara, 1989; Sarper Süzek, ***İş Hukuku,*** 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 526; Seda Arslan Durmuş, ***İş Hukukunda Kıdem Kavramı,*** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 172-173.

veya tutuklanması sebebiyle devamsızlığı halinde iş sözleşmesi, İş Kanunu m. 17'deki bildirim süreleri kadar askıda kalacaktır. İş Kanunu m. 46/III-(b) bendine ve ek 2. maddesine göre işçiye; evlenmesi veya evlat edinmesi ya da ana veya babasının, eşinin, kardeşinin, çocuğunun ölümü hâlinde üç gün, eşinin doğum yapması hâlinde ise beş gün verilen ücretli mazeret izin sürelerinde iş sözleşmesi askıdadır. Doğum ve gebelik hallerinde İş Kanunu m. 74'te belirtilen süreler kadar iş sözleşmesi askıda olacaktır. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 23/1 uyarınca işçi kuruluşunda yönetici olduğu için çalıştığı işyerinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi askıda kalacaktır. Yine 6356 sayılı Kanun m. 67/1'de kanuni greve katılan, greve katılmayan veya katılmaktan vazgeçip de grev nedeniyle çalıştırılamayan ve kanuni lokavta maruz kalan işçilerin iş sözleşmelerinin grev ve lokavt süresince askıda kalacağı düzenlenmektedir.

İşsizlik ödeneğine hak kazanabilmek için iş sözleşmesinin sona ermesi gerekmektedir. İş sözleşmesinin hukuken varlığını sürdürmesi, teknik anlamda işsizlik durumu kabul edilmediğinden işsizlik ödeneğinden yararlanma da söz konusu olmayacaktır[16]. Bu sebeple sadece söz konusu fıkrada belirtilen grev, lokavt veya kanundan doğan ödevler nedeniyle askı durumları değil bunun yanında ilgili fıkrada belirtilmeyen ancak hastalık, analık gibi mevzuatta belirtilen yukarıda sayılan diğer askı hallerinde de işsizlik şartı sağlanmamış olacağından işsizlik ödeneğinden yararlanılamayacaktır.

9. İşsizlik Ödeneğine Hak Kazandırmayan Haller

İşçi, iş sözleşmesini haklı neden olmaksızın feshediyorsa (istifa) irade dışı işsiz kalma durumu olmadığı için işsizlik ödeneğine hak kazanamayacaktır. Yine aynı şekilde işçi İş Kanunu m. 24'e dayanarak iş sözleşmesini feshettiği halde gerçekte böyle bir neden yoksa veya İş Kanunu m. 24/II uyarınca yapılan fesihlerde altı iş günlük süre koşuluna uyulmamışsa, yapılan fesih haksız fesihtir ve işsizlik ödeneğinden yararlanılamaz.

Kadın işçinin iş sözleşmesini evlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde kendi arzusu ile sona erdirmesi, 1475 sayılı Kanun m. 14 uyarınca kıdem tazminatına hak kazandırsa da işsizlik ödeneğine hak kazandırmamaktadır. Zira kadın işçi kendi isteği ile işsiz kalmaktadır[17]. Yine aynı şekilde yaşlılık aylığı (emeklilik)

---

[16] Güzel-Okur-Caniklioğlu, Sosyal Güvenlik Hukuku, s. 761; Süleyman Başterzi, ***İşsizlik Sigortası,*** Ankara, 1996, s. 132; Özkaraca, s. 66-67.

[17] Tuncay-Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, s. 711.

veya toptan ödeme almak amacıyla iş sözleşmesini fesheden işçi kendi isteği ile ayrıldığı için işsizlik ödeneğinden yararlanamamaktadır[18]. İşveren tarafından işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışı nedeniyle haklı fesih (4857 sayılı İş Kanunu m. 25/II) halleri de işsizlik ödeneğine hak kazandırmayacaktır.

II. ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİ

A. Genel Olarak Arabuluculuk

7.6.2012 tarihli 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nda (HUAK) arabuluculuğun tanımı verilmiştir. HUAK m. 2/1-(b) bendine göre; arabuluculuk; *sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi"*dir. Yine Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği m. 4/1-(c) bendine arabuluculuğun tanımı yapılarak Kanundaki tanıma ek olarak arabuluculuğun kamu hizmeti olarak yürütülen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğu belirtilmiştir. Arabuluculuk; en basit anlatımla tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katıldığı, müzakere temelli bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir[19].

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından 6325 sayılı HUAK ile ihtiyari arabuluculuk düzenlenmiştir. Daha sonra iş ilişkilerinde dava şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen özel hükümler, İş Mahkemeleri Kanunu m. 3 hükmü ile getirilmiştir. HUAK m. 18/A hükmünde dava şartı olarak arabuluculuk sürecine uygulanacak esaslar belir-

---

[18] Tuncay-Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, s. 711; Sözer, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, s. 525.

[19] Ayrıntılı bilgi için bkz., Ömer Ekmekçi vd., ***Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk,*** 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 1 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, ***Arabuluculuk Sözleşmeleri,*** 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 13 vd.; Süha Tanrıver, ***Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk***, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 3 vd.; Elif Kısmet Kekeç, ***Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler***, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.197 vd.; Süleyman Dost, ***"Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme"***, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 115, 2014, s. 450; Ali Yeşilırmak-Elif Kısmet Kekeç-Ahmet Bulur (Editör), ***Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı,*** Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2021.

lenmiştir (6/12/2018-7155/23 md.). 01.01.2018 tarihinden itibaren 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda, 01.01.2019 tarihinden itibaren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ve son olarak 28.07.2020 tarihinden itibaren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da dava şartı olarak arabuluculuk kabul edilmiştir.

Dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanabilmesi için iş mahkemelerinin görev alanına giren bir uyuşmazlık olması gerekir. Ancak iş mahkemelerinin görev alanına giren her uyuşmazlık dava şartı arabuluculuk kapsamında değerlendirilmemelidir. İş Mahkemeleri Kanunu (İMK) m. 3/1'e göre; *"Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır."* Aynı maddenin ikinci fıkrası son cümlesinde *"arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verileceği"* belirtilmektedir. Birinci fıkrada belirtilen "Kanuna" ifadesi, alacak veya tazminat talebinin, 4857 sayılı İş Kanunundan veya diğer kanunlardan kaynaklanabileceğini göstermektedir. Bu sebeple dava şartı arabuluculuk kapsamına girebilmek için sadece 4857 sayılı İş Kanunu bakımından işçi olmak gerekmeyecek Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun bakımından gazeteci, Deniz İş Kanunu bakımından gemi adamı, Türk Borçlar Kanunu (TBK) kapsamındaki işçi ve işverenler de dava şartı arabuluculuk hükümlerine tabi olabilecektir. Yine aynı şekilde 6356 sayılı Kanuna tabi bazı talepler bakımından da arabuluculuk zorunlu olacaktır[20].

İş Mahkemeleri Kanununun madde gerekçesinde belirtildiği üzere, arabulucuya başvurma zorunluluğu için Kanuna veya bireysel yahut toplu iş sözleşmesine dayanan alacak veya tazminat talebinin iş ilişkisinden kaynaklanması gerekmektedir[21]. Yine gerekçede TBK kapsamında kalan işçi ve işveren arasındaki alacak ve tazminat talepleri için de arabulucuya başvuru zorunluluğunun dava şartı olarak kabul edildiği belirtilmektedir.

İşçi tarafından talep edilebilecek kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniyet tazminatı, ayrımcılık tazminatı, sendikal tazminat, ücret ve ekleri, fazla me-

---

[20] Ayrıntılı bilgi için bkz. Ercüment Özkaraca-Canan Ünal, ***"Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması",*** Sicil İHD, S. 42, 2019, s. 16-41.

[21] https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf, E.T. 11.12.2022.

sai ücreti, yıllık izin ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, işveren tarafından talep edilebilecek ihbar tazminatı, cezai şart, avansın iadesi ve eğitim gideri gibi alacak ve tazminat kalemleri, işe iade talepleri dava şartı arabuluculuğa tabi iş uyuşmazlıklarından bir kısmıdır.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/3'te özel olarak nelerin dava şartı arabuluculuk kapsamında olmadığı belirtilmiştir. Buna göre; *"iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları"* hakkında dava şartı arabuluculuk hükümleri uygulanmayacaktır. İş kazası ve meslek hastalığından doğan tazminat talepleri için ihtiyari arabuluculuk yoluna gidilmesine ise bir engel yoktur.

HUAK m. 1/2'ye göre; *"Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir."* Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri uyuşmazlıklar, ihtiyari dahi olsa arabuluculuk yoluyla çözümlenemeyecek uyuşmazlıklardır. Bu bakımdan hizmet tespit davaları, sigorta primine ilişkin uyuşmazlıklar, sigortalının hatalı bildirimine ilişkin uyuşmazlıklar, aylık bağlanmasına ilişkin uyuşmazlıklar, sigorta kollarından yararlanmaya ilişkin uyuşmazlıklar gibi sosyal güvenlik mevzuatından doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuk dava şartı olarak uygulanmayacaktır.

B. Anlaşma Belgesinin Niteliği ve Geçersizliği

HUAK m. 18/1'e göre, *"arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi hâlinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır."* Anlaşma belgesi bir özel hukuk sözleşmesi olup niteliği itibariyle maddi hukuk sözleşmesidir ve tarafları bağlar. Dolayısıyla borçlar hukuku bakımından gerekli görülen asgarî koşullar, arabuluculuk sonucu imzalanan sözleşmede sağlanmış olmalıdır. Anlaşma belgesinin, sulh sözleşmesi niteliğinde olabileceği gibi[22] başka bir sözleşme türünü içermesi de mümkündür[23].

---

[22] Bursa BAM 3. HD, 22.10.2020, 2327/1842, www.lexpera.com.tr, (E.T. 01.10.2022); Bektaş Kar, ***İş Yargılaması Usulü,*** 3. Bası, Yetkin Yayımcılık, Ankara, 2021, s. 516; Kılıçoğlu, s. 96; Faruk Barış Mutlay, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", ***İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 42; Aksi yönde Badur'a göre, sulh sözleşmesinin unsurlarından biri, uyuşmazlığı çözmek isteyen tarafların, sulh için karşılıklı fedakârlıklarda bu-

Anlaşma belgesi, herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Ancak HUAK m. 18/1'e göre eğer anlaşma belgesi düzenlenecekse de bu belgenin taraflar ve arabulucu tarafından imzalanması gerekir. Anlaşma belgeye bağlandığında, sözleşmenin geçerliliği, yazılı şekle tabi tutulmuştur. TBK m. 12'den kaynaklanan yazılı geçerlilik hali söz konusudur[24]. Bununla birlikte taraflar vardıkları anlaşmayı yazılı hale getirmek zorunda değillerdir[25]. Zira arabuluculuk faaliyeti sonucunda ortaya çıkan çözüm esnektir ve sorun çözülmüşse amaç da gerçekleşmiş demektir. Ancak ispat kolaylığı açısından ileride herhangi bir problemle karşılaşmamak adına bir belgeye dönüştürülmesinde fayda vardır. Zira yazılı olmayan anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhi alamayacak ve icra hususunda sıkıntılar doğabilecektir. İstisna olarak işe iade davalarında arabuluculuk faaliyeti sonundaki anlaşmanın geçerliliği için, Kanunda belirtilen içerikte olması şart olduğundan anlaşmanın belirli bir metne, bir belgeye dönüştürülmesi zorunludur.

HUAK m. 18/5'e göre, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması hâlinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılamaz[26]. Ancak ifade edilen dava açma yasağı, mutlak bir yasak değildir. Amaçlanan, taraflarca zaten müzakere edilmiş ve anlaşılmış olan konularda tekrar yargının meşgul edilmesinin önüne geçilmesidir. Bu sebeple irade bozukluğu hallerinde (yanılma, aldatma, korkutma) (TBK m. 30-39)[27], gabinde (aşırı yararlanma) (TBK m.

---

lunmalarıdır. Buna karşılık arabuluculuk anlaşma belgesi açısından, böyle bir unsurun gerçekleşmesi beklenmez, Emel Badur, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", ***Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi,*** S. 18, Aralık 2021, s. 68.

[23] Kar, İş Yargılaması Usulü, s. 516; Mutlay, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", s. 42; Emre Kıyak, "Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği", ***TAAD,*** S. 21, Nisan 2015, s. 529.

[24] Kılıçoğlu, s. 96.

[25] Ekmekçi vd., Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, s. 34, 108; Hakan Pekcanıtez-Oğuz Atalay-Muhammet Özekes, ***Medeni Usul Hukuku,*** 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 640.

[26] Söz konusu düzenlemenin usul ilkeleri ve kuralları karşısında anlamsız olduğu ve hak arama özgürlüğü ihlali olduğu yönünde bkz. Pekcanıtez-Atalay-Özekes, Medeni Usul Hukuku, s. 641; Ekmekçi vd., Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, s. 113; Hakan Albayrak, "Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu". ***Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,*** C. 17, Özel Sayı, 2018, s. 21.

[27] Yargıtay 9. HD, 03.11.2020, 5958/14477, www.lexpera.com.tr, (E.T. 11.12.2022); AYM, 10.07.2013 E.2012/94, K.2013/89, RG. 25.1.2014, S. 28893; Badur, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", s. 70; Seda Baş, "6325 Sayılı Kanun ile Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali", ***İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,*** 13(1), 2022, s. 182-183.

28)[28], geçerli bir arabuluculuk faaliyeti yürütülmediği durumlarda, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmamasına rağmen yürütüldüğü hallerde, anlaşma belgesinin sahteliğinde vs. anlaşma belgesinin geçersizliği ileri sürülebilecektir. Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşılan hususlar hakkında dava açılabilmesi, söz konusu anlaşma belgesinin geçersizliğinin tespitinden sonra mümkündür. Anlaşmanın geçersizliğinin tespitinden sonra mahkeme asıl talep hakkında karar verecektir[29].

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, taraflar arasında imzalandığı ileri sürülen anlaşma tutanağında asgari tarifeye aykırı biçimde arabuluculuk ücretinin belirlenmesi, davacının arabulucuya usulüne uygun bir başvurusunun olmadığı, görüşmelerin tutanakta geçen adresten farklı yerde gerçekleştiği, üç yüz kadar işçiye aynı şekilde sırayla işyerinde belgelerin imzalatıldığı, anlaşma metninde yer aldığı halde davacı işçinin istifasına dair belgenin bulunmadığı, anlaşma belgesinin içeriğinin işçinin istifa ettiği/kıdem ihbar tazminatına hak kazanmadığı/kıdem tazminatının ödeneceği şeklinde çelişkiler içerdiği, sadece kıdem tazminatı ödenmesi öngörüldüğü halde diğer tazminat ve işçilik alacakları bakımından hakkın gerçekleşmediği veya karşılığının zamanında tam olarak ödendiği şeklinde sözcüklere yer verilerek Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesine aykırı şekilde ibra etkisi kazandırılmaya çalışıldığı, kıdem tazminatı dışındaki tazminat ve alacaklarla ilgili olarak delil oluşturma ve dava açma yasağı oluşturma yönünde çaba içine girildiği durumlarını ifade ederek yapılan işlemlerin *geçerli bir ihtiyari arabuluculuk faaliyeti olarak nitelendirilemeyeceğine* karar vermiştir[30].

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, arabuluculuk sürecinin usulüne uygun olarak tamamlanıp tamamlanmadığı, arabuluculuk anlaşma tutanağının geçerli olup olmadığı ve bağlayıcılığı noktalarında uyuşmazlık bulunan başka bir kararında, korkutma sonucu arabuluculuk tutanağının imzalandığının anlaşıldığını ancak Kanunda öngörülen bir yıllık hak düşürücü sürenin geçtiğini ve bu sebeple arabuluculuk tutanağının iptali talebinin reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir[31]. Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, arabuluculuk anlaşma tutanağının

---

28 Badur, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", s. 70; Baş, "Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali", s. 183.

29 Bursa BAM 3. HD, 22.10.2020, 2327/1842, www.lexpera.com.tr, (E.T. 01.10.2022).

30 Yargıtay 9. HD, 11.06.2019, 3694/13040, www.lexpera.com.tr, (E.T. 02.09.2022).

31 "...*Davacı pasaportuna el konulması nedeniyle arabuluculuk tutanağını imzaladığı ve arabuluculuk görüşmesinin kanunun emredici kurallarına, kamu düzenine, ahlaka ve müvekkilin ki-*

geçerli olup olmadığının incelendiği bir diğer kararında "*Mahkemece davacı tarafça sunulan deliller toplanmadan ve davacının iradesinin fesada uğrayıp uğramadığı hususu araştırılmaksızın eksik inceleme ile yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi"*nin hatalı olduğunu ve bozmayı gerektirdiğini ifade etmektedir[32]. Aynı Daire benzer şekilde davacının irade fesadına yönelik "baskı, yıldırma ve zorlama" iddialarıyla ilgili ispata yönelik somut tanık anlatımları olmadığı gibi başkaca da delil sunulmadığını ve öte yandan arabulucunun "tarafsız olmadığı" iddiasının da ispatlanmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir[33].

C. Anlaşma Belgesinin İlam Niteliğinde Belge Olması

HUAK m. 18/2'ye göre; taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılır. Belirtilmelidir ki anlaşma belgesine şerh verilmesi, belgenin maddi hukuk sözleşmesi olma özelliğini ortadan kaldırmaz ancak usul hukuku bakımından ilam niteliğinde belge olma özelliğine sahip olur[34]. Böylece Kanunda tarafların anlaşmasının ilam niteliğinde belge sayılması bakımından ayrıca özel bir düzenleme yapılmıştır[35]. İcra edilebilirlik şerhinin verilmesi, çekişmesiz yargı işidir ve

---

şilik haklarına olduğunu iddiasında bulunduğu, buna göre davacının Türk Borçlar Kanunu 37. maddesi kapsamında korkutma sonucu arabuluculuk tutanağını imzaladığı anlaşılmaktadır. Aynı Kanunun 39. maddesinde korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan itibaren bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez ise sözleşmeyi onamış sayılacağının düzenlendiği anlaşılmaktadır. Davacının kendi beyanına göre de pasaportunun arabuluculuk tutanağını imzalaması sonrası kendisine verildiği ve dosya kapsamında bulunan Türkiyeye giriş çıkış kayıtlarına göre davacının 02.11.2018 tarihinde Türkiyeye giriş yaptığı sabittir. Arabulucuk tutanağının iptaline ilişkin iş bu dava 02.03.2020 tarihinde açılmış olup Kanunda öngörülen bir yıllık hak düşürücü sürenin geçtiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca arabuluculuk tutanağının iptali talebinin reddine karar verilmesi gerekli iken yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...", Yarg., 9. HD., 07.12.2021, 5860/16271, www.lexpera.com.tr, (E.T. 11.12.2022).

[32] Yarg., 9. HD., 03.11.2020, 5958/14477, www.lexpera.com.tr, (E.T. 11.12.2022).

[33] Yarg., 9. HD., 07.02.2022, 436/1380, https://kararara ma.yargitay.gov.tr, (E.T. 12.12.2022).

[34] Kar, İş Yargılaması Usulü, s. 516; Kılıçoğlu, s. 102.

[35] Anlaşma belgesinin ilam niteliğinde sayılmasının işçinin arabuluculuk faaliyeti sonucunda ortaya çıkan alacaklarının tahsil edilmesi acısından getirilmiş bir düzenleme olduğu ve bunun dışındaki bir yorumun kanunun lafzının geniş yorumlanmasına ve arabuluculuk faaliyetinin amacı dışında istenmeyen sonuçlara sebebiyet vereceği yönünde bkz. Mehmet Bulut, "İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamasının Sosyal Güvenlik İşlemlerine Etkisi ve Yaşanan Sorunlar", A. Yeşilırmak, Y. Bozkurt Gümrükçüoğlu, G. A. Yakacak ve Ö. F. Kafalı (Ed.), ***Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu: Bildiri tam metin kitabı*** 14 Kasım 2020, İstanbul, 2021, s. 81.

buna ilişkin inceleme dosya üzerinden yapılır. Bu incelemenin kapsamı, anlaşma içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlıdır. Anlaşma ile ilgili diğer hususları mahkemenin inceleme yetkisi yoktur. *"Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır."* (HUAK m. 18/4).

Anlaşma belgesinin ilam niteliğinde olması kuşkusuz onun ilam olduğu sonucunu doğurmayacaktır. Zira ilam ile ilam niteliğindeki belge aynı sonuçları içermemektedir. İlam niteliğinde belge sayılan arabuluculuk anlaşma belgesi, icra edilebilirlik bakımından önemlidir ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir[36]. Belgenin ilam niteliğinde olması icra kabiliyeti açısından ilgili tarafa yardımcı olacak, ispat gücü bakımından ilamlı icraya konu olabilecektir[37].

Anayasa Mahkemesi, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun bazı maddelerinin Anayasaya aykırılığı sebebiyle açılan iptal davasında; anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge olmasının, anlaşma belgesini maddi anlamda kesin hüküm yahut mahkeme ilamı haline getirmediğini sadece ilam niteliğinde belge haline getirdiğini belirtmiştir. Kararda ilamların, maddi anlamda kesin hüküm teşkil ederken, ilam niteliğindeki belgelerin maddi anlamda kesin hüküm olma nitelikleri bulunmadığı ifade edilerek ilam niteliğindeki anlaşma belgelerinin, icra edilebilirlik açısından ilamlarla aynı hukuki rejime tabi olacağına yer verilmiştir[38].

Sosyal Güvenlik Kurumu, 21.11.2017 tarih ve 5882267 sayılı genel yazısında; *"taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılması gerektiğinden, imzalanan arabuluculuk anlaşma tutanağının mahkeme kararı niteliğinde sayılarak Kurum iş ve işlemlerinde mahkeme ilamı vasfında kabul edilerek işlem yapılması gerekeceğini"* belirtmiştir[39]. Yine Sosyal Güvenlik Kurumu 18.06.2020 tarihli 2020/20 sayılı İşveren İşlemleri Genelgesi ile anlaşma belgesinin mahkeme kararı

---

[36] Ekmekçi vd., Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, s. 116; Kılıçoğlu, s. 101; Mutlay, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", s. 159; Sedat Kaya, "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk", ***EBYÜHFD,*** C. XXII, S. 1-2, 2018, s. 244; Baş, "Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali", s. 185-186.

[37] Kılıçoğlu, s. 101.

[38] AYM Kararı, 10.7.2013 T., 2012/94 E., 2013/89 K., s. 28, RG. 25.1.2014, S. 28893.

[39] www.lebibyalkin.com.tr, (E.T., 18.03.2022).

niteliğinde sayılarak Kurum iş ve işlemlerinde mahkeme ilamı vasfında kabul edilerek işlem yapılacağı belirtilmektedir[40]. Kurum, ilgili yazısında ve Genelgede anlaşma belgesinin mahkeme kararı niteliğinde sayılarak işlem yapılması gerektiğini belirtmiştir. Anlaşma belgesinin mahkeme kararı niteliğinde sayılarak işlem yapılması, onu maddi anlamda kesin hüküm haline getirmeyecektir.

D. Anlaşma Belgesinin Gizlilik İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi

HUAK m. 4'e göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Yine aynı şekilde taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar. Aynı Kanunun 33'üncü maddesinde gizliliğin yaptırımı açıklanmıştır. Buna göre gizlilik ilkesine aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olarak düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere gizliliğin ihlalinin ciddi yaptırımı söz konusudur.

Gizlilik yasağı, mutlak bir yasak değildir[41]. Arabuluculukta gizliliğin bertaraf edilebileceği haller söz konudur. Bunlar; tarafların rızası ile arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası halleridir. Anlaşma belgesinin icrası sırasında bazı tereddütler doğabilir. Bunları gidermek için bilgi veya belgeye ihtiyaç duyuluyorsa, gizlilik ilkesinden vazgeçilebilir. Nitekim konu ile ilgili düzenleme, HUAK m. 5'te yer almaktadır. HUAK m.5/3-son cümleye göre, *"arabuluculukta ileri sürülen beyan ve belgeler, arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir."*

Gizliliğin bertaraf edilebileceği haller, amaçla sınırlı olmalı ve denge iyi ayarlanmalıdır. Gizliliğin istisnasız her durumda sözleşmenin icra edilebilirliğine tercih edilmesi, arabuluculuk yöntemini gereksiz hâle getirebilecektir[42]. Dolayısıyla anlaşma belgesinin icrası için gerekli görüldüğü hallerde Türkiye İş Kurumuyla paylaşılması ve beyan ve belgelerin kullanılması gizlilik ilkesinin ihlali anlamına gelmeyecektir.

---

[40] https://www.alomaliye.com/wp-content/uploads/2020/06/sgk-genelgesi-2020-20.pdf (E.T. 20.10.2022).

[41] Tanrıver, s. 69; Kekeç, s. 84.

[42] ***Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı,*** s. 53; Kekeç, s. 87; Miray Özer Deniz, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Arabuluculuğa Hakim Gizlilik İlkesinin Birlikte Değerlendirilmesi", ***Kişisel Verileri Koruma Dergisi,*** C. 2, S. 1, 2020, s. 65.

Taraflar, arabuluculuk son tutanağına anlaşma belgesinden bağımsız olarak işsizlik sigortası kodunu ve kısaca işçinin işten çıkış gerekçesini belirtebilirler. Zira HUAK m. 17/3'e göre; *"Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, bu tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapar".* Dolayısıyla son tutanakta temel bilgiler yanında ayrıntılı bilgiler de yer alabilir. Ancak arabulucu, tutanak ve sonuçları konusunda taraflara gerekli açıklamaları yapmalı ve gizlilik ilkesine dikkat etmelidir. Anlaşma belgesine nazaran daha az bilgi içeren ve fakat işten çıkış gerekçesi ve kodu yazan son tutanağın ilgili Kuruma sunulması da yeterli olacaktır.

III. ANLAŞMA BELGESİ İLE YAPILAN BAŞVURULAR

A. Pasif İşgücü Hizmetleri Genelgesi (2020/1)

04.02.2020'de yürürlüğe giren Pasif İşgücü Hizmetleri Genelgesi (2020/1) ile 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ile 4046 sayılı Özelleştirme Kanununun 21'inci maddesi kapsamında verilen işsizlik ödeneği, iş kaybı tazminatı, kısa çalışma ödeneği, ücret garanti fonu ve yarım çalışma ödeneğine ilişkin iş ve işlemlerin yürütülmesinin usul ve esasları belirlenmektedir[43]. Bu kapsamda Genelge'nin, "A) İşsizlik Ödeneği" başlığı altında yer alan "3.6 Mahkeme Kararları (Tazminat ve Alacak Davaları)" maddesinin e bendinde *"Arabuluculuk Tutanağı ile Yapılan Başvurular"* başlığına yer verilerek arabulucuda anlaşılması halinde işsizlik ödeneğinden yararlanmanın usul ve esasları düzenlenmiştir. Genelgede ilk olarak *"taraflar arasında anlaşmanın sağlandığı arabuluculuk tutanaklarından feshin 4447 sayılı Kanun 51'inci madde kapsamında olduğu anlaşılıyor ise fesih nedeninin güncelleneceği"* belirtilmektedir. Buna göre fesih kodu hatalı bildirilse dahi anlaşma belgesinde/son tutanakta iş sözleşmesinin işsizlik ödeneğine hak kazandıracak bir şekilde sona erdiği belirtilmişse fesih nedeni güncellenebilecektir.

"İşsizlik ödeneğinin ödenmesi, fesih kodunun güncellenmesi gibi hususlarda anlaşmanın sağlandığı arabuluculuk tutanakları ile feshin 4447 sayılı Kanun 51'inci madde kapsamında olduğunun anlaşıldığı arabuluculuk tutanağı olmasına rağmen tutanakta feshin işçinin istek ve/veya kusuru nedeniyle gerçekleştiğine dair bir ifade içermesi veya işveren tarafından feshin kapsam dışı oldu-

[43] https://www.alomaliye.com/2020/02/04/pasif-isgucu-hizmetleri-genelgesi-2020-1/, (E.T. 01.09.2022).

ğunu gösterir somut belge (istifa dilekçesi, ikale sözleşmesi, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzeri tutanakların) ibraz edilmesi halinde fesih nedeninin 4447 sayılı Kanun 51'inci madde kapsamında güncellenmesinin mümkün olmayacağı" yine Genelgede belirtilmektedir. Bu durumda Kurum, anlaşma belgesinin içeriğini kontrol edecek ve doğruluğunu araştıracaktır. Anlaşma belgesinde açıkça feshin kodunun güncelleneceği, feshin işsizlik ödeneğine hak kazandıracak şekilde sona erdiği belirtilse dahi aksi belgeleri işveren sunarsa Kurumun anlaşma belgesinin içeriğini kontrol etme ve doğruluğunu araştırma yükümlülüğü doğacaktır.

Genelgeye göre işçinin feshin işsizlik ödeneği almaya hak kazandıracak şekilde sona erdiğinin yazıldığı anlaşma belgesini veya son tutanağı sunması tek başına yeterli olmamaktadır. Zira *"Arabuluculuk tutanağı işçi tarafından Kurumumuza sunulmuş ise söz konusu tutanağın teyidi ile feshe ilişkin varsa başka belgelerin en seri şekilde gönderilmesi işverenden talep edilir."* ifadesine yer verilerek anlaşma belgesinin veya son tutanağın içeriğini kontrol etme görevi verilmiştir. Yapılan başvurunun da işverenden alınacak bilgi/belgeye istinaden sonuçlandırılacağı belirtilmektedir.

Aynı şekilde Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü İşsizlik Sigortası Dairesi Başkanlığı 12.05.2022 tarihli yazısında *"Arabuluculuk tutanağı işçi tarafından Kurumumuza sunulmuş ise söz konusu tutanağın teyidi ile feshe ilişkin varsa başka belgelerin en seri şekilde gönderilmesinin işverenden talep edilmesi"* istenmektedir. Yine devamla başvuruda ve/veya sonrasında sunulan belgelerden teyide muhtaç olanların ilgili taraflardan doğrulatılması ve ihtiyaç duyulan ilave somut bilgi ve belgelerin ilgililerinden temin edilerek tüm sürecin bir bütün halinde dikkatlice incelenmesi belirtilmektedir.

B. Değerlendirme

Pasif İşgücü Hizmetleri Genelgesi ile Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü İşsizlik Sigortası Dairesi Başkanlığı 12.05.2022 tarihli yazısı incelendiğinde, arabuluculuk anlaşma belgesinde açıkça feshin 4447 sayılı Kanun m. 51 kapsamında yapıldığı belirtilse dahi, Kurum'un belgenin içeriğinin doğruluğunu araştıracağı ve işverenden her hâlükârda bilgi/belge isteyeceği görülmektedir. Buna göre Kurum, anlaşma belgesinde fesih nedeni açıkça yer almasına rağmen buna itibar etmeyerek gerçek fesih iradesinin olup olmadığını değerlendirecektir. Hâlbuki işçinin sunacağı, feshin işsizlik ödeneğine hak kazandıracak şekilde sona erdiğinin anlaşıldığı anlaşma belgesi, başka bir teyide ihtiyaç duyulmadan

işleme alınmalı ve diğer koşulların da sağlanması durumunda işsizlik ödeneği bağlanmalıdır.

21.11.2017 tarih 5882267 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Genel Yazısında yukarıda belirtildiği üzere taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılması gerektiğinden, imzalanan arabuluculuk anlaşma tutanağının mahkeme kararı niteliğinde sayılarak Kurum iş ve işlemlerinde mahkeme ilamı vasfında kabul edilerek işlem yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Türkiye İş Kurumu'nun da yapılacak iş ve işlemlerinde benzer yönde hareket etmesi beklenir. Kanaatimizce icra edilebilirlik şerhi olsun veya olmasın geçerli bir arabuluculuk faaliyeti var ve anlaşma belgesinin içeriğinden feshin işsizlik ödeneğine hak kazandıracak şekilde sona erdiği anlaşılıyor ise teyit için işverenden bilgi/belge istenmemelidir.

Ayrıca yukarıda belirtilen ilgili yazıda arabuluculuk tutanağının *işçi tarafından* Kuruma sunulması halinde söz konusu tutanağın teyidi ile feshe ilişkin varsa başka belgelerin en seri şekilde gönderilmesinin işverenden talep edileceği belirtilmiştir. Arabuluculuk tutanağını işveren Kuruma sunarsa, işverenden bilgi/belge istenmeyeceği gibi bir anlam çıkmaktadır. İşsizlik ödeneği başvurularında bulunanların işçi oldukları düşünüldüğünde arabuluculuk tutanaklarını sunacak olanlar da işçiler olacaktır. İşçi veya işveren arabuluculuk tutanağını kim sunarsa sunsun sonuç değişmemelidir. Ayrıca belirtilmesine gerek olmamalıdır.

4447 sayılı Kanun m. 48/4-son cümleye göre; *"Kurumca bu Kanuna göre yapılacak işlemlere ilişkin elektronik ortamda bilgi ve belge istenebilir veya bilgi ve belge verilebilir."* Söz konusu hükümde Kurumun bilgi/belge isteyebileceği belirtilmektedir. Kurum, anlaşma belgesinin teyidi için işverenden feshe ilişkin somut bilgi ve/veya belge istemesine rağmen işverenin bilgi/belge göndermemesi halinde idari para cezası yaptırımı söz konusu olacaktır. 4904 sayılı Kanunun idari para cezaları başlığını taşıyan m. 20/1-(i) bendine göre; Kurum tarafından istenilen rapor, bilgi ve belgeler ile işgücü piyasasının izlenmesi için gerekli olan istatistiksel bilgileri Kurumca belirlenen süre içerisinde ibraz etmeyenlere idari para cezası verilir. Bu sebeple anlaşma belgesinin teyidi için Kurum tarafından işverenden bilgi/belge istendiğinde işveren bunları göndermek zorundadır.

Ayrıca, Genelgede arabuluculuk süreci başlama tarihi fesih tarihinden önce olan arabuluculuk tutanaklarının (fesih bildiriminin işverence daha önce yapıl-

dığı belgelendirilenler hariç) ikale sözleşmesi kapsamında değerlendirileceği ve bu sebeple fesih nedeninin güncellenmesinde esas alınma imkânı bulunmayacağı belirtilmektedir.

C. Anlaşmadan Sonra Kuruma Başvuru Süresi

4447 sayılı Kanun m. 48/5'e göre; sigortalı işsiz, işsizlik ödeneğinden yararlanabilmek için işten ayrılma bildirgesi ile birlikte iş sözleşmesinin sona erdiği tarihi izleyen günden itibaren *otuz gün içinde* Kuruma *doğrudan* veya *elektronik ortamda* başvurması gerekir. Yine 4447 sayılı Kanun m. 51/1'de Kuruma süresi içinde *şahsen* başvurarak yeni bir iş almaya hazır olduklarını kaydettirenlerin işsizlik ödeneği almaya hak kazanacakları belirtilmektedir. Yargıtay kararlarında da sigortalının şahsen başvurması aranmakta ve avukat aracılığıyla yapılan başvuru şahsen başvuru olarak değerlendirilmemektedir[44].

Arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlendiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılan başvurular, süresinde yapılmış kabul edilmelidir. Otuz günlük süre dolduktan sonra mücbir sebep olmaksızın başvuru yapılmamışsa başvuruda gecikilen bu süre ödenek almaya hak kazanılan toplam süreden indirilecektir.

SONUÇ

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 3 uyarınca Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlenmiştir. Arabuluculuk anlaşma belgesinin varlığı halinde kural olarak dava açılamayacak olması, anlaşma belgesinin önemini ortaya koymaktadır. Taraflar anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep ettiklerinde bu şerhi içeren anlaşma, ilam niteliğinde belge sayılacaktır.

İşsizlik ödeneğinden yararlanabilmek için Kanunun aradığı koşullar bulunmaktadır. Bunlardan biri de iş sözleşmesinin işsizlik ödeneği almaya hak kaza-

---

[44] Yargıtay 10. HD., 20.06.2006 T., 2006/7506 E., 2006/9287 K., Legal İSGHD S. 14, 2007, s. 767-771; Yargıtay 10. HD., 03.05.2005 T., 2005/2910 E., 2005/4925 K., kararın haklı eleştirisi için bkz., Serkan Odaman, "İşsizlik Ödeneğine Başvuru Koşulları", ***Sicil İHD,*** S. 5, Mart 2007, s. 154-157; YHGK, 06.05.2006 T., E, 10-243, K. 271, fazla katı bir yoruma dayanan ve kişinin hak arama özgürlüğünü sınırlandırdığı sebepleriyle kararı isabetsiz bulan değerlendirme için bkz., Ömer Ekmekçi, "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Ankara 2009, s. 302.

nacak şekilde sona ermesidir. Arabuluculuk anlaşma belgesinde veya son tutanakta belirtilen işçinin işten çıkarılma nedenleri ve/veya işten çıkış kodları ile Sosyal Güvenlik Kurumu ve İş-Kur kayıtlarında yer alan işten çıkış kodları birbirinden farklı olabilir. Böyle bir durumda anlaşma belgesinde veya son tutanakta yazan hususlar nihai kabul edilmeli ve ona göre işlem yapılmalıdır. Arabulucu ve taraflar tarafından hazırlanan anlaşma belgesinin içeriğinden feshin 4447 sayılı Kanunun 51'inci madde kapsamında olduğu açıkça anlaşılıyor ise tıpkı mahkeme kararıyla yapılan başvurularda olduğu gibi başkaca bir araştırmaya gerek duyulmaksızın bu koşul sağlanmış sayılmalıdır. Anlaşma belgesinin içeriğinden feshin 4447 sayılı Kanunun 51'inci madde kapsamında olduğu açıkça anlaşılmıyor ise ancak o zaman Kurum tarafından gerekli araştırma ve inceleme yapılmalıdır.

Anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılması onu ilam haline getirmemektedir. Zira ilam niteliğinde belge, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmeyecektir. İlam niteliğinde belge sayılan arabuluculuk anlaşma belgesi, icra edilebilirlik bakımından sonuçlar doğurmaktadır. Ancak Türkiye İş Kurumu, iş ve işlemlerinde anlaşma belgesini mahkeme ilamı niteliğinde sayarak ona itibar etmeli ve içeriği açık ise ayrıca inceleme ve araştırmaya girmemelidir.

KAYNAKÇA

ALBAYRAK Hakan, "Eşitlik ve Tarafsızlık İlkelerinin Zorunlu Arabuluculuk Bağlamında Yeniden Değerlendirilmesi Zorunluluğu". ***Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,*** C. 17, Özel Sayı, 2018, s. 12-24.

ANDAÇ, Faruk, ***Türk İşsizlik Sigortası Uygulaması,*** Legal Yayıncılık, İstanbul, 2020.

ARSLAN DURMUŞ, Seda, ***İş Hukukunda Kıdem Kavramı,*** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

BADUR, Emel, "Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", ***Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi,*** S. 18, Aralık 2021, s. 49-87.

BAL BEKTAŞ, Özlem, "İşsizlik Ödeneğinden Yararlanma Koşulları", ***Adalet Dergisi,*** S. 65, 2020/2, s. 559-583.

BAŞ, Seda, "6325 Sayılı Kanun ile Öngörülen Dava Açma Yasağının Bir İstisnası Olarak Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin İptali", ***İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,*** 13(1), 2022, s. 176-189.

BAŞTERZİ, Süleyman, ***İşsizlik Sigortası,*** Ankara, 1996.

BULUT, Mehmet, "İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Uygulamasının Sosyal Güvenlik İşlemlerine Etkisi ve Yaşanan Sorunlar", A. Yeşilırmak, Y. Bozkurt Gümrükçüoğlu, G. A. Yakacak ve Ö. F. Kafalı (Ed.). ***Arabuluculuğun Geleceği Sempozyumu:*** Bildiri tam metin kitabı 14 Kasım 2020, İstanbul, 2021, s. 79-101.

DOST, Süleyman, ***"Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme"***, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 115, 2014, s. 449-476.

EKMEKÇİ, Ömer, "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Ankara 2009, s. 295-348.

EKMEKÇİ, Ömer-ÖZEKES, Muhammet-ATALI, Murat-SEVEN, Vural, ***Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk,*** 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

GÜZEL, Ali-OKUR, Ali Rıza-CANİKLİOĞLU, Nurşen, ***Sosyal Güvenlik Hukuku,*** 19. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2021.

KAR, Bektaş, ***İş Yargılaması Usulü,*** 3. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

KAYA, Sedat, "7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk", ***EBYÜHFD,*** C. XXII, S. 1-2, 2018, s. 209-261.

KEKEÇ, Elif Kısmet: ***Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler***, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

KILIÇOĞLU, Ahmet, ***Arabuluculuk Sözleşmeleri,*** 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.

KIVANÇ, Ahmet, ***Sosyal Güven(cesiz)lik,*** Ankara, Türk Metal Sendikası, 2022.

KIYAK, Emre, "Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği", ***TAAD,*** S. 21, Nisan 2015, s. 523-548.

MUTLAY, Faruk Barış, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk". ***İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III,*** On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

ODAMAN, Serkan, "İşsizlik Ödeneğine Başvuru Koşulları", ***Sicil İHD,*** S. 5, Mart 2007, s. 148-157.

ÖZER DENİZ, Miray, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Arabuluculuğa Hâkim Gizlilik İlkesinin Birlikte Değerlendirilmesi", ***Kişisel Verileri Koruma Dergisi,*** C. 2, S. 1, 2020, s. 63-71.

ÖZKARACA, Ercüment, İşsizlik Sigortası Kapsam ve Yardımları, ***Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,*** Yayınlanmamış Yükseklisans Tezi, 2002.

ÖZKARACA, Ercüment-ÜNAL, Canan,***"Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması",*** Sicil İHD, S. 42, 2019, s. 16-41.

PEKCANITEZ, Hakan-ATALAY, Oğuz- ÖZEKES, Muhammet, ***Medeni Usul Hukuku,*** 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

SÖZER, Ali Nazım, ***Türk Sosyal Sigortalar Hukuku,*** 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.

SÜZEK, Sarper, ***İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi,*** Ankara, 1989.

SÜZEK, Sarper, ***İş Hukuku,*** 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.

TANRIVER, Süha, ***Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk***, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

TUNCAY, A. Can-EKMEKÇİ, Ömer, ***Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri,*** 21. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2021.

YEŞİLIRMAK, Ali-KEKEÇ, Elif Kısmet-BULUR, Ahmet (Editör), ***Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı,*** Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı, 2021.

Elektronik Kaynaklar

https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss491.pdf, E.T. 11.12.2022.

www.lexpera.com.tr.

https://karararama.yargitay.gov.tr, (E.T. 12.12.2022).

www.lebibyalkin.com.tr, (E.T., 18.03.2022).

https://www.alomaliye.com/wp-content/uploads/2020/06/sgk-genelgesi-2020-20.pdf (E.T. 20.10.2022).

https://www.alomaliye.com/2020/02/04/pasif-isgucu-hizmetleri-genelgesi-2020-1/, (E.T. 01.09.2022).

BORÇ YAPILANDIRMA SÖZLEŞMELERİNİN İTİRAZIN İPTALİ DAVASINA ETKİSİ[*]

Dr. Öğr. Üyesi Vildan PEKSÖZ[**]

Öz

Borç yapılandırmaları, ekonomik sıkıntı içerisindeki borçluların borçlarını ödemelerini sağlamaya yöneliktir. Bu sayede alacaklılar, yapılandırma plânına göre borçlarını tahsil etme imkânına sahip olurlar. Ancak yapılandırma aşamasındaki borçların bir kısmının, yapılandırmadan önce icra takibine konu edilmiş olması ihtimal dâhilindedir. İtirazın iptali davası açılmadan önce borç yapılandırılmış olabileceği gibi itirazın iptali davası açıldıktan sonra da yapılandırılabilir. Her iki durumda yapılandırma sözleşmesinin itirazın iptali davasına ne tür etkileri olacağı bu çalışmada tartışılmaktadır. Bu etkilere göre alacaklı veya borçlu lehine icra inkâr tazminatına karar verilmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Borç Yapılandırması, Sulh Sözleşmesi, Yenileme, İtirazın İptali Davası, İcra İnkâr Tazminatı.

---

[*] Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 12.10.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 23.11.2022.
Atıf Şekli: Vildan Peksöz, "Borç Yapılandırma Sözleşmelerinin İtirazın İptali Davasına Etkisi", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 1185-1214.

[**] İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye.
E-posta: vildan.peksoz@istanbul.edu.tr.
Orcid: https://orcid.org/0000-0001-5903-6209.

THE EFFECT OF DEBT RESTRUCTURING CONTRACTS ON THE ACTION OF ANNULMENT OF OBJECTION

Abstract

Debt restructuring contracts are intended to enable debtors in economic distress to pay their debts. In this way, creditors have the opportunity to collect their debts according to the restructuring plan. However, some of the debts were subject to enforcement proceedings before the restructuring. The debt may be restructured before the annulment of objection proceeding is filed, or it may be restructured after the annulment of objection proceeding is filed. In both cases, this study discusses the effects of the restructuring agreement on the annulment of the objection. According to these effects, it is discussed whether it is possible to decide on the execution denial indemnity in favor of the creditor or the debtor.

Keywords

Debt Restructuring Contract, Compromis Contract, Novation, Action for Annulment of Objection, Execution Denial Indemnity.

GİRİŞ

Borçlular, borçlarını vadesinde ödeyemediklerinde, zaman geçtikçe borçlar katlanır. Bu durum borçluların borçlarını ödemelerini daha da zorlaştırır. Bunun sonucunda alacaklılar, alacaklarını tam olarak tahsil edemeyebilir. Borcun yapılandırılması sayesinde borçlular borçlarını ödeyebilecekleri inancına kavuşur, ekonomik olarak toparlanma sürecine girer. Böylece sulh ortamında alacakların tahsili sağlanır. Bu sonucun ortaya çıkabilmesi için birtakım yasal düzenlemeler yapılmıştır. 6111 sayılı Kanun[1] ve 6824 sayılı Kanun[2] bu düzenlemelere örnek olarak zikredilebilir. Ayrıca yeni Koronavirüs salgınının hukuk ve sosyal alanda etkisinin azaltılması amacıyla da 7244 sayılı Kanun'da[3] birtakım düzenlemeler getirilmiş, borcun yapılandırılmasıyla borçluların salgın döneminde zor durumda kalmaları engellenmek istenmiştir[4]. Diğer yandan yasal düzenlemeler olmaksızın da alacaklı ve borçlu, borç yapılandırılmasına yönelik sözleşme yapabilir.

---

1 25/2/2011 tarih ve 27857 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.

2 08/03/2017 tarih ve 30001 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

3 17/04/2020 tarih ve 31102 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

4 Ayrıca bkz. 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu geçici 4. ve 5. madde, 5458 Sosyal Güvenlik Prim Alacaklarının Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 31307 sayılı ve 17/11/2020 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 7256 numaralı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 7020 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda ve Bir Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 24657 sayılı ve 31/01/2002 tarihli mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanan 4743 numaralı Malî Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 15/08/2018 tarih ve 30510 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Finansal Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması Hakkında Yönetmelik, 7186 sayılı Kanun'la 5411 sayılı Kanun'a eklenen geçici 32. madde (19/07/2019 tarih ve 7186 sayılı Resmî Gazete), 5411 sayılı Kanun m. 32'nin uygulama süresini 2 yıl daha uzatan Cumhurbaşkanı Kararnamesi (15/07/2021 tarihli 31542 sayılı Resmî Gazete), 12/09/2019 tarihli 30886 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Finansal Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik.

Finansal yeniden yapılandırma uygulamasının tarihi gelişimi hakkında bkz. Ersin Erdoğan-Selin Yeşildal, "Finansal Yeniden Yapılandırma ve Konkordato Sürecinde Uygulanabilirliği", ***Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi***, C: 7, S. 2, 2021, s. 295 vd.

Çalışmada, borcun yasal düzenlemelere göre ya da bu yönde düzenleme olmaksızın yapılandırılması, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu kapsamında ele alınacaktır[5]. Bu doğrultuda ilk olarak, borç yapılandırmalarının hukukî niteliği açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır. Ardından yapılandırma sözleşmelerinin hukukî niteliğine göre itirazın iptali davasına etkisi belirlenecektir. Bu belirleme yapılırken, itirazın iptali davası açılmadan önce ve açıldıktan sonra borcun yapılandırılmasına göre ikili ayrım yapılacaktır. Son olarak, söz konusu etkilere göre icra inkâr tazminatına karar verilip verilemeyeceği tartışılacaktır.

I. BORÇ YAPILANDIRMALARININ HUKUKÎ NİTELİĞİ

Borç yapılandırmalarının[6] temelinde yasal düzenlemeler bulunabilir. Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketinin (TEDAŞ) elektrik tüketiminden kaynaklanan alacaklarının yapılandırılması[7], su kullanım bedellerine ilişkin İSKİ ile olan yapılandırmalar[8], bankaların kredi alacaklarına yönelik finansal yeniden yapılandırmalar[9] örnek olarak gösterilebilir[10]. Bu yönde düzenlemeler olmaksızın da alacaklı ile borçlu arasında yapılandırma sözleşmesi yapılabilir.

---

5 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamında kalan borç yapılandırmaları çalışma konusuna dâhil değildir. İİK m. 309/m- m. 309/ü hükümleri arasında düzenlenen Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerin Uzlaşma Yoluyla Yeniden Yapılandırılması ve İİK m. 308/h'de düzenlenen Rehinli Alacaklılarla Müzakere ve Borçların Yapılandırılması bu çalışmada ele alınan borcun yapılandırılmasından farklı kurumlardır ve bu kurumlara çalışma kapsamında değinilmemektedir.

6 "*Borcun yeniden yapılandırılması*", "*borç tasfiye sözleşmesi*", "*finansal yeniden yapılandırma sözleşmesi*" gibi isimlerle borç yapılandırılması anılmaktadır (Işık Önay, ***Yenileme***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 231).

7 7244 sayılı Kanun m. 1/i.

8 7020 sayılı Kanun m. 1/e.

9 Finansal Sektöre Olan Borçların Yeniden Yapılandırılması Hakkında Yönetmelik ve 5411 sayılı Kanun geçici m. 32. Finansal yapılandırma süreci İİK m. 285 ve devamında düzenlenen konkordato hükümleri ile benzerlik taşır ve her iki kurum aynı amaca yöneliktir. Bununla birlikte normlar hiyerarşisi gereğince konkordato mühleti almış ve aynı zamanda finansal yeniden yapılandırma başvurusu yapmış olan borçlu hakkında İcra ve İflâs Kanunu'nun konkordatoya ilişkin hükümleri öncelikle uygulama alanı bulur. Bu yönde bkz. Ali Cem Budak-Mustafa Okan Yağcı, "Konkordato ve Finansal Yeniden Yapılandırma", ***Bankacılar Dergisi***, S. 112, 2020, s. 23, 29. Ayrıca bkz. Erdoğan-Yeşildal, Finansal Yeniden Yapılandırma ve Konkordato Sürecinde Uygulanabilirliği, s. 308 vd., s. 313.

10 Finansal durumu bozuk olan borçluya, finans kuruluşu tarafından ilâve finansal kaynak olarak verilen iyileştirme kredilerinin unsurları ve finans kuruluşlarının borçlunun alacaklılarına karşı sorumluluğu hakkında bkz. Murat Gürel, "Yeniden Yapılandırma Kredileri Nedeniyle Finansal Kuruluşların Borçlunun Alacaklılarına Karşı Sorumluluğu", ***BATİDER***, 2020, C. XXXVI, S. 3, s. 165 vd. Konut Finansmanı Yönetmeliğine göre konut finansmanı sözleşmesinin yeniden fi-

Borç yapılandırma sözleşmeleri, kimi zaman TBK m. 133 anlamında yenileme niteliğindedir[11]. Bunun için tarafların yenileme iradesi bulunmalıdır[12]. Bu irade, yeni bir borcun doğmasına ve önceki borcun ortadan kalkmasına yönelik olmalıdır[13]. Ancak vade ertelenerek veya borç taksitlendirilerek oluşturulan

nansmanı amacıyla yapılan kredi sözleşmesinin borcun yapılandırılması olduğuna yönelik bkz. Yeşim M. Atamer, ***Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 58. Barter yöntemiyle borçların yapılandırılması hususunda bkz. İrem Eroğlu, "Barter Şirketlerinde Borç Yapılandırma ile Alacağın Tahsiline Aracılığın Hukuki Niteliği", ***Terazi Hukuk Dergisi***, C. 10, S. 104, Nisan 2015, s. 29; Mehmet Sarı, "Barter Şirketleri, Üyelik İlişkisi Sebebiyle, Üyelerinin Borçlarından Dolayı Haciz İhbarnameleriyle Sorumlu Tutulabilir mi?", ***Terazi Hukuk Dergisi***, C. 9, S. 100, Aralık 2014, s. 288. "*Davacının davalı ... şirketinin sistemine dahil olan dava dışı firmadan alacağını tahsil etmek amacıyla barter sözleşmesi imzaladığı, barter şirketinin borç yapılandırmaya aracılık için dava dışı şirketle sözleşme akdettiği*..." 19. HD., E. 2014/2149 K. 2014/17328 T. 3.12.2014 (Lexpera).

[11] "*Taraflar arasında ihtilaf dava açıldıktan sonra imzalanan protokolün borç yenileme anlaşması olup olmadığı noktasında çıkmaktadır.İncelenen protokolde, davaya konu takipte talep edilen asıl alacağın, bir miktarının tenzil edilerek uygulanan gecikme faizi ve icra masrafları ile birlikte 36 taksitte ödenmesinin kararlaştırıldığı, protokolde hesaplanan alacağın takipte talep edilen alacak olmayıp tarafların anlaşması ile yeni bir borç yapılandırması yapıldığı, ayrıca protokolde sadece takip konusu alacağın değil bundan sonra taraflar arasında yapılacak ticari ilişkiye dair düzenlemelere de yer verildiği, bu bakımdan anılan protokolün borcun yenilenmesi niteliğinde olduğu..."* İstanbul BAM, 13. HD., E. 2021/508 K. 2021/959 T. 24.6.2021. "*Davacı banka ile dava dışı asıl borçlu ... arasında 02/11/2011 tarihli yeni bir genel kredi sözleşmesi imzalandığı, bu sözleşme ile önceki kredi sözleşmesinden doğan borçların kapatılarak yeniden borç yapılandırmasına gidildiği, ikinci sözleşmede davalının imzasının bulunmadığı, ikinci sözleşmenin bir tecdit (yenileme) niteliğinde olduğu, bu sözleşme ile önceki sözleşmeye istinaden kullandırılan kredilerin kapatıldığı, tecdit (yenileme) sözleşmesinin önceki borçlar yönünden borcu sona erdiren nedenlerden olduğu*..." 19. HD., E. 2016/20198 K. 2018/5840 T. 15.11.2018 (Lexpera). Sermaye şirketlerinde prim borçlarının ödenmemesi üzerine borcun yeniden yapılandırılmasının yenileme niteliğinde olduğu, yapılandırma ile önceki borcun sona erdiği, şartlara uyulmadığında önceki ilişkiye dönülemeyeceği hususunda bkz. Yusuf Karakoç, "Sermaye Şirketlerinin Kanunî Temsilcilerinin-Yöneticilerinin Ödenmeyen Prim Borçlarından Sorumluluğu", ***Sermaye Şirketler Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu***, 19/06/2019, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 321-322. İcra takibinin konusu olan borcun yeniden yapılandırılmasında, ödeme planının yanında borçlu ibra edilmişse yenilemenin söz konusu olduğuna ilişkin bkz. Halûk N. Nomer, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, 18. Bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 474, Nr. 209.2.

[12] Heinrich Honsell, ***Schweizerisches Obligationenrecht***, Besonderer Teil, 10. Auflage, Staempfli Verlag, Zürich, 2017, s. 497; M. Kemal Oğuzman- M. Turgut, Öz ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, C. I, 18. Bs., Vedat Yayınevi, İstanbul, 2020, C. I, s. 585, Nr. 1780; Selâhattin Sulhi Tekinay vd., ***Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, 7. Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 993; Fikret Eren, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, 26. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 1433, Nr. 3977; Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 474, Nr. 209.4; Önay, Yenileme, s. 109.

[13] Alfred Koller, ***Schweizerisches Obligationenrecht***, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Staempfli Verlag, Bern, 2017, s. 1143, Nr. 64.10; Oğuzman-Öz, C. I, s. 585, Nr. 1781; Tekinay vd., Borçlar Hukuku, s. 993; Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1433, Nr. 3977.

yapılandırmalarda, yeni içerik mevcut borçla bağdaşmaktadır ve tarafların yenileme iradesinin olmadığı kabul edilir[14]. Ayrıca bu tür durumlarda alacaklı, alacağını tahsil etme konusundaki endişesi dolayısıyla sahip olduğu teminatlardan vazgeçmek istemez[15]. Dolayısıyla borç yapılandırma sözleşmesinin, yenileme niteliğini kabul edebilmek için tarafların yenilemeye yönelik iradesinin açıkça anlaşılması gerekir[16].

Taraflar yenileme iradesi olmaksızın, alacağın vadesinde değişiklik yaparak borcun muacceliyetini ileri bir tarih olarak kararlaştırdıklarında tecil (erteleme) sözleşmesi yapmış olur[17]. Uygulamada borç yapılandırmalarının görünümü, genelde, borcun vadeler hâlinde tahsiline yönelik tecil sözleşmesi yapılması şeklindedir. Bunun yanı sıra taraflar, borç miktarının tenzilini içeren, tadil sözleşmesi niteliğinde yapılandırma sözleşmeleri yapabilir[18]. Ayrıca yapılandırma sözleşmeleri, karşılıklı fedakârlık da barındırabilir[19]. Şöyle ki alacaklı borcun tenzili, vadenin ertelenmesi yönünde fedakârlıklarda bulunurken; borçlu da

---

14 Önay, Yenileme, s. 116-117.

15 Önay, Yenileme, s. 233.

16 Önay, Yenileme, s. 233.

17 Tecil anlaşması için bkz. Oğuzman-Öz, C. I, s. 339, Nr. 1006; Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 473, Nr. 209.1. Tarafların ifa zamanını ertelemelerinin uzatma/tecil sözleşmesi olduğu ve bu şekilde borcun içeriğinin değiştirildiği hususunda bkz. Tekinay vd., Borçlar Hukuku, s. 804; Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1080, Nr. 2951-2952.

18 Karş. Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, s. 1143, Nr. 64.11. Konut Finansmanı Yönetmeliği'ne göre yeniden yapılandırmanın yeni bir tüketici sözleşmesi yapılması anlamına gelmediği, mevcut kredi sözleşmesinin tarafların anlaşmasına göre değişikliğe tabî tutulmasını ifade ettiği hususunda bkz. Atamer, Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, s. 189-190. Banka kredisi geri ödemelerinin yeniden yapılandırılmasında vefalı satışlara başvurulduğu, satış bedeli miktarınca satıcının bankaya olan borcunun sona erdiği, taşınmazı devredenin borcunun artık kredi borcu değil, geri alım bedeli borcu olduğu hususunda bkz. Haluk Nami Nomer, "Teminat Amaçlı Vefalı Satışlar ile İnanç Sözleşmeleri ve Lex Commissoria Yasağı", ***MÜHFHAD***, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. II, Özel Sayı, 2016, C. 22, S. 3, s. 2007, 2009. Barter şirketleri ile yapılan borç yapılandırmalarında, şirket, alacaklıya sağladığı krediyle diğer üyelerin mallarından veya hizmetlerinden (borçlunun mal veya hizmetleri de olabilir) alışveriş yapmasına imkân sağlamakta, borçlunun borcunu üstlenmemektedir (Sarı, Barter Şirketleri, s. 289; Eroğlu, Barter Şirketlerinde Borç Yapılandırma ile Alacağın Tahsiline Aracılığın Hukuki Niteliği, s. 30-31.

19 Sulh sözleşmesinde karşılıklı fedakârlığın bulunması gerektiğine yönelik bkz. İlhan Ulusan, "Maddî Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi", ***İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi***, 1971, C. V, S. 7, s. 153; Ergun Önen, ***Medenî Yargılama Hukukunda Sulh***, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972, s. 27; Süha Tanrıver, "Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler", ***Ankara Üniversitesi SBF Dergisi***, 1994, C. 49, S. 1, s. 333; Fatma Hızır Asrav, ***Sulh Sözleşmesi***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 43.

itirazlarını geri almakta, faiz/vade farkı ödemeyi kabul etmektedir[20]. Ayrıca borç yapılandırmalarında, borçlunun borcunu ödemesine ilişkin kuşkuyu gidermek amacıyla hareket edilmesi de söz konusudur[21]. Bu yönleriyle değerlendirildiğinde, borç yapılandırmalarının sulh sözleşmesi niteliğinin olabileceği sonucuna ulaşılır[22]. Ne var ki yapılandırma sözleşmelerinde, borçlunun fedakârlığı olmaksızın, tek başına alacaklının fedakârlığı söz konusuysa sulh sözleşmesinden bahsedilemez[23].

Bu açıklamalardan hareketle, borç yapılandırma sözleşmeleri anılan şartları sağlaması hâlinde, yani sulh sözleşmesinin özelliklerini taşıdıklarında, mahkeme dışı sulh sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Buna karşılık önceki borcun sona erdirilmesi, yeni borcun oluşturulması yönünde tarafların iradeleri mevcutsa yapılandırma sözleşmeleri yenileme olarak kabul edilmelidir[24]. Yenileme yahut sulh sözleşmesi olarak kabul edilemeyen yapılandırmalar, tadil sözleşmesi yahut tecil sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir. Nitelendirme hangi yönde

---

20 Düzenleme örnekleri için bkz. 5458 sayılı Kanun m. 3, VIII: "*Bu Kanun hükümlerinden yararlanmak üzere başvuran borçluların, kapsama giren borçları dolayısıyla Sosyal Sigortalar Kurumu ve Bağ-Kur'a yaptıkları itirazlardan ve yargı nezdinde sürdürdükleri davalardan feragat etmeleri ve ihtilaf yaratmamaları şarttır*." 5464 sayılı Kanun geçici m.5, VI: "*Bu madde kapsamında yeniden yapılandırılan borçlarda, borçlunun yapılandırma öncesi dönemde borca vaki itirazları ortadan kalkar*." Alacaklı borçluya ödeme kolaylığı sağlarken, bunun karşılığında borçlu borç ikrarında bulunuyorsa her iki taraf da fedakârlıkta bulunuyordur. Bu yönde bkz. Hızır Asrav, Sulh Sözleşmesi, s. 45.

21 Önay, Yenileme, s. 231. Uyuşmazlık ve kuşku unsurları açısından bkz. Ulusan, Sulh Sözleşmesi, s. 151-153; Önen, Sulh, s. 24-26; Hızır Asrav, Sulh Sözleşmesi, s. 33 vd. Sulh sözleşmesinde, borçlunun edimini gerçekleştirme gücü hakkındaki kuşkunun karşılıklı talepler bakımından olması gerektiği, tek taraflı kuşkunun yeterli olmadığı hususunda bkz. Ulusan, Sulh Sözleşmesi, s. 151-153; Önen, Sulh, s. 26. Sulh sözleşmelerinde tarafların aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirmek amacıyla hareket ettiklerine dair bkz. Tanrıver, Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, s. 333. Borçlunun edimi gerçekleştirme gücüne ilişkin belirsizlik yeterlidir. Alacaklı, alacağını icra yoluyla tamamen tahsilde şüphesi olduğu durumlarda en azından alacağının bir kısmını sulh sözleşmesi yoluyla tahsil edebilir (Bu yönde bkz. Hızır Asrav, Sulh Sözleşmesi, s. 37-38).

22 Bu yönde bkz. Oğuz Atalay, "Bankacılık Kanunu m. 32 Çerçevesinde Hukuk Davalarının Durması Mümkün Müdür", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 11, Özel Sayı, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, 2009, s. 108; Önay, Yenileme, s. 233. Maddî hukukta geçerli olan sulh tanımının usûl hukukunda da geçerli olduğuna ilişkin bkz. Önen, Sulh, s. 21.

23 Karşılıklı fedakârlıkların olmaması durumunda bir kısmi bağışlamadan, ibradan yahut feragatten bahsedilebileceği hususunda bkz. Ulusan, Sulh Sözleşmesi, s. 153. İbra ile sulh karşılaştırması için bkz. Tanrıver, Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, s. 1164-1165.

24 Nitekim sulh sözleşmesinde tarafların yenileme iradesi olduğu varsayılmaz. Yenilemenin aksine sulh sözleşmesinde belirsiz ve uyuşmazlık konusu olan noktalar yeniden belirlenir, asıl hukukî ilişki değişmeden kalır (Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, s. 497).

yapılırsa yapılsın, yapılandırma talebinin HMK m. 188 anlamında ikrar teşkil etmediğini ifade etmek gerekir. Öyle ki borcun yapılandırılması talebi, alacaklı tarafından iddia edilen bir borcun ödeme planı yapılmasına ilişkin borçlunun bir başvurusudur. Bu başvuru ve başvuru neticesinde yapılandırma sözleşmesinin yapılması, borç ikrarı içerebilir. Ancak buradan hareketle, her daim, borcun mevcudiyetinin kabul edildiği, sonucuna ulaşılamaz[25]. Keza mahkemede ve icra dairesinde geçerli bir ikrarın yapılmasının özel şekli vardır[26]. Bundan ötürü borcun yapılandırılması talebinde bulunulduğu gerekçesiyle, ödeme emrine itirazın hükümsüz kaldığı sonucuna doğrudan ulaşılamaz.

II. İTİRAZIN İPTALİ DAVASI AÇILMADAN ÖNCE BORCUN YAPILANDIRILMASI

A. Dava Açmayı Engelleyici Düzenlemelerin Etkisi

İcra takibi başladıktan sonra borç iki hâlde yapılandırılmış olabilir, ya yapılandırma üzerine icra takibi durmuştur[27] ya da ödeme emrine itirazla duran

---

[25] Mahkeme dışında bir vakıanın doğruluğunun beyan edilmesi ikrar niteliği taşımaz. Niteliği varsa mahkeme dışındaki doğrulama beyanı delil olarak kullanılabilir (Murat Atalı-İbrahim Ermenek-Ersin Erdoğan, ***Medenî Usûl Hukuku***, 5. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2022, s. 471). Mahkeme dışı yapılan ikrarın delillerle ispat edilmesi gerekir. Mahkeme dışı ikrar bir senede bağlanmışsa artık ikrardan değil; senetten bahsedilir (Hakan Pekcanıtez-Oğuz Atalay-Muhammet Özekes, ***Medenî Usûl Hukuku***, 10. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 340). Mahkeme dışı ikrar tek başına delil olmasa da bu ikrarın içeriğinin ilgili olduğu belge veya tanık beyanı kapsamında dikkate alınması gerektiği hususunda bkz. Ali Cem Budak-Varol Karaaslan, ***Medenî Usul Hukuku***, 5. Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 252-253. Mahkeme dışı ikrarın takdiri delil olduğu yönünde bkz. Ramazan Arslan vd., ***Medenî Usul Hukuku***, 8. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 441. Mahkeme dışı ikrarın emare olduğu yönünde bkz. Şanal Görgün-Levent Börü-Mehmet Kodakoğlu, ***Medenî Usûl Hukuku***, 11. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 405.

[26] Tarafın ikrarı tutanağa yazılır, ikrar eden tarafın önünde okunur ve imzası alınır (HMK m. 154, III, ç). Taraf sözlü ikrarın yanında bir dilekçe veya dava dosyasına girmiş beyan ile de ikrarda bulunabilir (Arslan vd., Medenî Usul Hukuku, s. 441; Pekcanıtez-Atalay-Özekes, Medenî Usûl Hukuku, s. 341; Atalı-Ermenek-Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, s. 471). İcra dairesinde yapılan ikrarın İİK m. 8'e göre tutanağa geçirilerek altının icra müdürü ve borçlu tarafından imzalanması gerekir. Bu ikrar mahkeme dışı ikrardır. Hâkim huzurunda veya dava evrakında yapılan ikrar mahkeme içi ikrardır. Bu yönde bkz. Taylan Özgür Kiraz, ***Medenî Yargılama Hukukunda İkrar***, 2. Bs., Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s. 187.

[27] 6824 sayılı Kanun'un m. 2/k hükmüne göre: "*Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce dava konusu edilmiş ve/veya icra takibi başlatılmış alacaklar için, borçlunun bu fıkra hükümlerinden yararlanmak üzere başvuruda bulunması hâlinde, asıl borçlular ve kefiller hakkında sürdürülen davalar sonlandırılır, icra ve takip işlemleri durdurulur*." 5464 sayılı Kanun geçici m. 5: "...*halihazırda yapılmış işlemler baki kalmak kaydıyla icra işlemleri durur.*" 6111 sayılı Kanun'un 17. maddesinin 19. fıkrasının b bendinde, 25. fıkrasının d bendinde, 30. fıkrasının b bendinde de takiplerin duracağı düzenlenmiştir.

takipte borç yapılandırılmıştır. Her iki durumda da alacaklının itirazın iptali davası açma ihtimali vardır. Bunu önlemek için yapılandırma sözleşmelerine "*herhangi bir yasal yola başvurulmayacağı*" yönünde hükümler eklenebilmektedir[28]. Ancak bu tür düzenlemelerin geçerliliği tartışma konusu teşkil eder. Bu anlamda, dava hakkını kaldırıcı yasal düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği ileri sürülebilir[29]. Bununla birlikte söz konusu düzenlemelerin uygulanması mümkün kabul edilse bile dava edilebilirlik noksanlığının dava şartı teşkil edip etmediği hususu tartışmalıdır[30]. Bu yöndeki yasal düzenlemelerin Türk hukuku bakımından Anayasa'ya aykırı olmadığı ve uygulanmasının mümkün olduğu

---

[28] Bu yönde hükümler içeren örnek sözleşme metinleri için bkz. https://www.tbb.org.tr/tr/bankacilik/arastirma-ve-yayinlar/ozel-dosyalar/4489. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun onayı ile geçerlilik kazanan çerçeve anlaşması, alacaklı kuruluşların borçlular ile yapacakları finansal yeniden yapılandırma sözleşmesinin ne şekilde müzakere edileceğini ve hangi hususları içereceğini belirleyen ve bu anlaşmayı imza eden alacaklı kuruluşlar arasındaki bir sözleşmedir. Finansal Yeniden Yapılandırma Sözleşmesi ise alacaklı kuruluşlar ile borçlu arasında kurulur ve bu sözleşmenin yorumunda çerçeve anlaşmasından faydalanılır (Budak-Yağcı, Konkordato ve Finansal Yeniden Yapılandırma, s. 27).

[29] Özel bir kanun hükmü ile dava hakkının sınırlandırılmasının Anayasa m. 36'ya aykırı olduğu, dava hakkının dava şartı olmadığı hususunda bkz. Baki Kuru-Burak Aydın, ***Medenî Usul Hukuku El Kitabı***, C. I-II, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 290. Dava açma yasağının hukukî yararın bir görünümü olarak Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu'nda düzenlenen özel dava şartı olduğu hususunda bkz. Mine Akkan, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 20, s. 2, 2018, s. 10, 12.

[30] Dava açmakta hukukî yararın bulunmadığı durumlarda dava edilmesi mümkün olmayan bir talep söz konusu olduğunda, dava edilebilirliğin dava şartı olmadığı ve davanın esastan reddedilmesi gerektiği görüşü için bkz. H. Yavuz Alangoya-M. Kâmil Yıldırım-Nevhis Deren Yıldırım, ***Medenî Usul Hukuku Esasları***, 7. Bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 196. Hakka rağmen dava hakkının olmamasının dava şartı olduğu, ancak dava hakkının, hakkın mevcut olmaması/doğmamış olması/ortadan kalkmış olması sebebiyle bulunmadığı savunmasının esasa ilişkin olduğu yönünde bkz. (Saim Üstündağ, ***Medeni Yargılama Hukuku***, C. I-II, 7. Bs., Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, s. 275-276, 281). Dava edilemeyen talepte talep vardır, ancak talebin dava edilmesi engellenmiştir. Dava edilebilirlik dava konusuna ilişkin dava şartıdır (Bu yönde bkz. H. Özden Özkaya-Ferendeci, "Dava Edilebilirlik Konusuna Genel Bir Bakış", ***MÜHF-HAD***, C. 16, S. 1-2, s. 234, 239). Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, alacaklının borç muaccel olduğunda borcun ifasını isteyebileceği, ifanın yerine getirilmemesi halinde borçluyu dava edebilir hale geldiği, erken açılan davada alacaklının hukukî yararı olmadığından davanın dava şartı eksikliğinden reddedilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir (İBK, E. 2019/5, K. 2022/1, T. 18.02.2022; 4.11.2022 tarihli ve 32003 sayılı Resmî Gazete). Alman hukukunda dava edilebilirlik noksanlığının dava şartı noksanlığı olduğu yönündeki görüşler için bkz. Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 90, s. 535, Nr. 22; Hans-Joachim Musielak/Wolfgang Voit, ***Grundkurs ZPO***, 14. Auflage, Verlag C.H., München, 2018, s. 89, Nr. 254; Ekkehard Becker-Eberhard, ***Münchener Kommentar zur ZPO***, 6. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2020, § vor 253, Nr. 10; Othmar Jauernig-Burkhard Hess, ***Zivilprozessrecht***, Verlag C.H. Beck, München, 2011, s. 136, Nr. 12.

kabul edilse bile, taraflara dava hakkını kaldırıcı nitelikte sözleşme yapma imkânı tanınması hususunda farklı yönde görüşler ileri sürülmüştür[31]. Ayrıca yapılandırma sözleşmesinde itirazın iptali davası açma süresinin durduğu yönünde düzenleme olsa bile[32], itirazın iptali davası açılabilir[33]. Çünkü sürenin durmasına yönelik hüküm, işlemin yapılmasını engellemez[34].

B. Yapılandırma Plânına Göre Ödemelerin Tamamlanmasının Etkisi

İtirazın iptali davası açılmadan önce borç yapılandırılır ve ödeme planına göre ödemeler tamamlanırsa, takibe devam edilemeyeceği gibi açılan itirazın iptali davasının reddi gerekir. Zira artık geçerli bir takip ve itiraz mevcut değildir[35]; itirazın iptali davasının görülebilmesi, ödeme emrine geçerli bir şekilde

---

31 Tarafların sözleşme ile hakka ilişkin hukukî korunma taleplerinden önceden vazgeçemeyeceği yönünde bkz. Hakan Pekcanıtez, ***Medenî Usûl Hukuku Pekcanıtez Usûl***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 925; Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, s. 500-502; Tanrıver, Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, s. 500-501. Talepten vazgeçmek mümkün olduğunda talebin dava edilebilir olmasından da vazgeçilebileceği, tarafların dava edilebilirlik hakkında sözleşme yapabileceği yönünde bkz. Özkaya-Ferendeci, Dava Edilebilirlik, s. 243. Dava hakkı, maddî hukuktaki hakkın devamı olduğundan, maddî hukuktaki hakta tasarruf edilmişse dava hakkının da bulunmadığı hususunda bkz. Akkan, Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları, s. 12. Alman hukukunda hâkim görüş, tarafların sözleşme ile dava hakkını kısıtlamalarını mümkün kabul etmektedir. Örneğin, tarafların serbestçe tasarrufta bulunacakları taleplerde dava edilebilirliği engelleyici sözleşmeler yapabilecekleri görüşü için bkz. Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 90, s. 535, Nr. 25; Becker-Eberhard, § vor 253, Nr. 10. Tarafların zamansal olarak dava edilebilirliğe ilişkin sözleşme yapabilmeleri yönünde bkz. Jauernig-Hess, Zivilprozessrecht, s. 136, Nr. 12. Bir hukukî ilişkinin dava edilebilirliğinin sözleşme ile kaldırılmasının taraflara tasarruf ilkesi bakımından eşit muamele edilmesi halinde mümkün olduğu hususunda bkz. Heinz Thomas-Hans Putzo-Christian Seiler, ***Zivilprozessordnung***, 41. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2020, s. 565, Nr. 33.

32 Karş. 7226 sayılı Kanun Geçici m. 1, I, b. Ayrıca bkz. ve karş. Murat Atalı-Ersin Erdoğan, "COVID-19 Salgınının İcra ve İflâs Hukuku Alanına Etkileri", ***İstanbul Hukuk Mecmuası***, 78 (2), 2020, s. 404.

33 Sürelerin durmasına yönelik hükmün davanın açılmasını engellemeyeceği hususunda bkz. Hakan Pekcanıtez, "2279 Sayılı Cumhurbaşkanı (Fevkalade Mühlet) Kararı ile 7226 Sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesinin Birlikte Değerlendirilmesi", ***Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu***, Ed. Muhammet Özekes, 2. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 225.

34 Karş. Murat Atalı-Ersin Erdoğan, "COVID-19 Salgını Sebebiyle Yapılan Düzenlemelerin Medenî Usûl Hukuku Alanına Yansımaları", ***Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu***, Ed. Muhammet Özekes, 2. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 39. Dava edilebilirliğin süreli olarak bertaraf edilebileceği, o süre zarfında açılan davanın usûlden reddedileceği yönünde bkz. Özkaya-Ferendeci, s. 243.

35 Adnan Deynekli-Sedat Kısa, ***İtirazın İptali Davaları***, 3. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 236.

itiraz edilmiş olmasına bağlıdır[36]. Bu durumda alacaklının itirazın iptali davasını açmakta korunması gereken güncel bir menfaati bulunmamaktadır[37]. Aynı durum geri alınan itirazlar bakımından da söz konusu olur. Yapılandırma sözleşmelerinde itirazın geri alınmasına yönelik hükümlere yer verilmektedir[38]. İtiraz geri alındıktan sonra itirazın iptali davası açılacak olursa, geçersiz itiraz üzerine dava açıldığından hukukî yarar yokluğu söz konusudur[39].

C. Yapılandırma Sözleşmesinin Hukukî Niteliğine Göre İtirazın İptali Davasına Etkisi

Yapılandırma sözleşmesi sulh sözleşmesi niteliğindeyse taraflar mahkeme dışında yaptıkları bu sulh sözleşmesini mahkeme içi sulhe dönüştürebilirler. Bu sulhün mahkeme içi sulhe dönüşmesi, HMK m. 154, III, ç'ye göre sulh sözleşmesinin mahkemeye sunulduğunun tutanağa geçirilmesi ve sulh sözleşmesinin

---

[36] Baki Kuru, ***İcra ve İflas Hukuku El Kitabı***, 2. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 250, 263; Muşul, İcra ve İflâs Hukuku, s. 394; Murat Atalı-İbrahim Ermenek-Ersin Erdoğan, ***İcra ve İflâs Hukuku***, 6. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 147.

[37] Borçlunun itiraz konusu borcu tamamen ödemesinden sonra itirazın iptali davası açılırsa davanın hukukî yarar yokluğundan reddedilmesine ilişkin bkz. Timuçin Muşul, ***İcra ve İflâs Hukuku***, C. I, 6. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 419; Ejder Yılmaz, "İcra Tazminatı", ***Halûk Konuralp Anısına Armağan***, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 698-699; Budak-Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, s. 175. HGK, E. 2017/19-910 K. 2018/1111 T. 23.05.2018 (Coşkun, Mahmut, İtirazın İptali - Menfi Tespit ve İstirdat - Tasarrufun İptali Davaları, 8. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 38); 19. HD., E. 2016/5024 K. 2017/234 T. 18.1.2017 (Coşkun, İtirazın İptali - Menfi Tespit ve İstirdat - Tasarrufun İptali Davaları, s. 42, Lexpera).

[38] İtirazın geri alınması beyanının icra dairesine yönelik yapılması gerekir. Borçlunun geri alma beyanı icra tutanağına geçirilmeli, tutanağın altı borçlu veya icra müdürü tarafından imzalanmalıdır (Baki Kuru, ***İcra ve İflâs Hukuku***, C. I, 3. Bs., Evrim Dağıtım, İstanbul, 1988, s. 260; Cenk Akil, ***Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine İtiraz***, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 225, 226, 227. İtirazın geri alınması hususunda bkz. Ramazan Arslan vd., ***İcra ve İflâs Hukuku***, 8. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 204). Bu sebeple borcun yapılandırılmasında itirazların geri alındığına ilişkin sözleşmede düzenleme yer alması yeterli değildir; itirazların geri alındığına dair beyanın icra dairesine yöneltilmesi gerekir. Ayrıca öğretide itirazın geri alınmasının alacağın takip hukuku bakımından ikrar anlamına geldiği ifade edilmektedir (Şartsız olarak itirazın geri alınması halinde bu sonucun doğacağına ilişkin bkz. Kuru, İİK C. I, s. 260-261; Arslan vd., İcra ve İflâs Hukuku, s. 204. Şartlı olarak itirazın geri alınması halinde aynı sonuca ilişkin bkz. Akil, *Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine İtiraz*, s. 227). Borçlunun şartlı olarak itirazını geri alması halinde takibin durmaya devam edeceği yönünde bkz. Kuru, İİK C. I, s. 261.

[39] *karş*. Yönel Özkan, ***İcra İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası***, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 4, 98. İtiraz geçersiz olduğunda takip kesinleşeceğinden, itirazın iptali davası açmakta hukukî yarar olmadığı yönünde bkz. Murat Erdem, "İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası", ***Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü***, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2010, s. 71.

tutanağa eklenmesi ile mümkündür[40]. Böylece mahkeme tarafından HMK m. 315'e göre karar verilir. Bu da ya sulh sözleşmesine göre ya da karar verilmesine yer olmadığı yönünde karar tesis edilmesi anlamına gelir[41].

Yapılandırma sözleşmesi, yenileme niteliği taşıyorsa takip konusu ilk borç artık sona ermiştir (TBK m. 133, I)[42]. Yenileme ile sona eren alacağa ilişkin itirazın iptali davası açılırsa, dava, takip konusu alacak mevcut olmadığından ve borçlu itirazında haklı olduğundan reddedilmelidir. Bunun yanı sıra itirazın iptali davası yeni borç için de açılamaz. Çünkü itirazın iptali davasının konusu, icra takibinin konusu olan alacaktır[43]. Takibin dayanağı olarak gösterilen hukukî ilişkiden başka bir hukukî ilişkiye dayanarak itirazın iptali davası açılamaz[44].

Yapılandırma sözleşmesi yenileme niteliği taşımıyorsa itirazın iptali davasının ilişkin olduğu takibin konusu borç ile yapılandırmadan sonraki borç aynı borçtur[45]. Bu bakımdan yapılandırma tadil sözleşmesi niteliğindeyse, değişen hükümlere göre itirazın iptali davası karara bağlanır; indirim yapılan bedel üzerinden takibin devamına karar verilebilir[46]. Şayet yapılandırmada borç taksitlere bölünmüşse ve itirazın iptali davası açıldığı tarihte henüz vade dolmamışsa, muaccel olmayan alacağa ilişkin açılan bir davadan bahsedilir.

---

40 Wolfgang Grunsky, ***Zivilprozessrecht***, 13. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, München, 2008, s. 144, Nr. 148; Kuru-Aydın, Medenî Usul Hukuku El Kitabı, s. 1094, 1104; Arslan vd., Medenî Usul Hukuku, s. 628; Atalı, Pekcanıtez Usûl, s. 2035; Atalı-Ermenek-Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, s. 585; Görgün-Börü-Kodakoğlu, Medenî Usûl Hukuku, s. 545. Mahkeme dışında yapılan sulhün mahkeme tutanağına işlenmesiyle mahkeme içi sulhe dönüşemeyeceği görüşü için bkz. Önen, Sulh, s. 88.

41 Bu husus aşağıda ayrıntılı ele alınacaktır. Bkz. aşa. III, C, 2.

42 Yenileme ile yeni alacak ileri sürülebilir, gerektiğinde dava veya takip konusu yapılabilir. Önceki alacak için yapılan takip yeni alacak bakımından hüküm doğurmaz (Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, s. 1147, Nr. 64.29).

43 Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s. 250.

44 Atalı-Ermenek-Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, s. 147. İtirazın iptali davasında borçlunun yeni vakıalarla karşılaşmasının, itirazın iptali davasıyla icra takibi arasındaki sıkı ilişkiye aykırılık teşkil ettiği yönünde bkz. Küçük, İtirazın İptali Davasında Islaha İlişkin Sorunlar, s. 708, 716-717.

45 "*Davalı temyiz dilekçesine eklemiş olduğu dekontlarla ödeme belgelerinin dikkate alınmadığını, temerrüt oluşmadığını, ayrıca aynı borcun yapılandırma kapsamına alındığını, yapılandırma kredi içinde ayrı icra takibi başlatıldığını ileri sürmüştür*." 13. HD., E. 2015/14283 K. 2015/20720 T. 16.06.2015 (Lexpera).

46 Bununla birlikte itirazın iptali davasının talep sonucu icra takibine konu olan alacak miktarı ile sınırlı olduğundan, dava konusu alacak ıslahla artırılamaz. (Bu yönde bkz. Murat Atalı-Serra Korkut, "İtirazın İptali ve Takipli İflâsta İflas Davasının Islah Yoluyla Doğrudan İflâsa Dönüştürülmesi Mümkün Müdür?", ***MİHDER***, 2019/2, C. 15, S. 43, s. 430; Küçük, İtirazın İptali Davasında Islaha İlişkin Sorunlar, s. 708, 716-717).

Muaccel olmayan alacağın tahsiline yönelik açılan davanın hukukî yarar noksanlığı sebebiyle usûlden reddedilmesi gerektiği öğretide ileri sürülmektedir[47]. Bu görüşle aynı yönde olarak, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu, yakın tarihli içtihatları birleştirme kararında, ifa zamanı gelmemiş bir alacak için açılmış davada hukukî yarar noksanlığı olduğu ve davanın usûlden reddedilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir[48]. Kanaatimizce ifa zamanı gelmemiş alacağın tahsiline yönelik açılan dava esastan reddedilmelidir. Şöyle ki muacceliyet, borçlar hukuku bakımından borcun ifasının istenebilir olmasını ifade eder[49]. Alacak muaccel olduğu anda alacaklı, alacağı talep edebilir; bir diğer ifadeyle, vadeye bağlı/müeccel alacaklarda, vade gelene kadar talep hakkı doğmaz[50]. Muaccel olmayan alacağın talep hakkının yokluğu, maddî hukuka ilişkin bir eksiklik teşkil eder ve davanın esastan reddedilmesi sonucunu doğurur[51]. Esasında bu durumda (*şimdilik kaydına yer verilmese de*) bu anlamda

---

47 Bu yönde bkz. Kuru-Aydın, Medenî Usul Hukuku El Kitabı, s. 388; Arslan vd., Medenî Usul Hukuku, s. 339; Alangoya-Yıldırım-Deren Yıldırım, Medenî Usul Hukuku Esasları, s. 194-195; Pekcanıtez, Pekcanıtez Usul, s. 948; Mehmet Kâmil Yıldırım-Nevhis Deren Yıldırım, ***İcra ve İflas Hukuku***, 8. Bs., Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 130; Görgün-Börü-Kodakoğlu, Medenî Usûl Hukuku, s. 207; Deynekli-Kısa, İtirazın İptali Davaları, s. 110; Coşkun, İtirazın İptali - Menfi Tespit ve İstirdat - Tasarrufun İptali Davaları, s. 34. Bu görüş, davalının muaccel olmayan alacağa ilişkin davayı kabul etmesiyle icraya elverişli bir hüküm ortaya çıkacağından, muaccel olmayan alacağı dava etmekte davacının hukukî yararı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu yönde bkz. Barış Demirsatan, ***Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi***, 2. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 150, dn. 300. Muaccel olmamış alacağı borçlunun inkâr eden davranışları bulunması halinde, olumlu tespit davası açmakta hukukî yarar bulunduğu hususunda bkz. Atalı-Ermenek-Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, s. 329.

48 İBK, E. 2019/5 K. 2022/1 T. 18.02.2022.

49 Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 362, Nr. 172.

50 Tekinay vd., Borçlar Hukuku, s. 13; Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 82-83, Nr. 222; Oğuzman-Öz, C. I, s. 16, Nr. 50.

51 Bu yöndeki görüş için bkz. Emel Hanağası, ***Davada Menfaat***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 238-240; Demirsatan, Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, s. 150. Muacceliyetin yokluğunun itiraz teşkil ettiği hususunda bkz. Demirsatan, Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, s. 151 ve dn. 302. Vadenin gelmemiş olmasının geciktirici def'i olarak ileri sürülebilmesi yönünde bkz. Hanağası, Davada Menfaat, s. 240. Muaccel olmayan alacaklara ilişkin talep hakkının doğmadığı, bu durumun maddî hukuka ilişkin dava şartı eksikliği olduğu, davanın usûlden reddedilmesi gerektiği görüşü için bkz. Üstündağ, Medeni Yargılama, s. 284. Muaccel olmayan alacaklar bakımından davanın *şimdilik* kaydıyla reddedilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Özkan, İtirazın İptali Davası, s. 178. Alman hukukunda muacceliyet eksikliğinin esasa ilişkin ret sebebi olduğu yönünde bkz. Musielak-Voit, s. 89, Nr. 254; Adolf Baumbach vd., ***Zivilprozessordnung***, 76. Auflage, C.H.Beck, München, 2018, § 322, s. 1491, Nr. 37; Jauernig-Hess, Zivilprozessrecht, s. 146, Nr. 10. Muaccel olmayan edimlerin dava konusu olabilmesine ilişkin düzenlemeler için bkz. ZPO § 257-259.

yapılan bir ret söz konusudur[52]. Böylece kesin hüküm sadece muacceliyet bakımından ortaya çıkar ve talebin diğer şartları bakımından kesin hüküm etkisi olmaz[53].

Muaccel olmayan alacağın tahsiline yönelik açılan davada talep hakkı yokluğu itirazın iptali davası bakımından değerlendirilirken, bu davanın hukukî niteliği dikkate alınmalıdır. İtirazın iptali davası takip hukukuna özgü bir dava olup, bu dava ile alacağın mevcut olduğunun tespitinin ardından, takibe devam edilmesi sağlanır[54]. Dolayısıyla itirazın iptali davası normal bir eda yahut tespit davası olmamakla birlikte[55], bu davanın kabul edilmesiyle haciz yoluyla alacağın tahsili gerçekleşebildiğinden, itirazın iptali davasını açan alacaklının talep yetkisini kullanabilir durumda olması gerekir. Keza takibe başvurmaktaki yetki, talep hakkının bir görünümüdür[56]. Öyle ki cebrî icraya başvurmak için talep hakkı mevcut olmalıdır. Bu sebeple borcun vadesi ertelenmişse talep yetkisi kullanılabilir olmadığından itirazın iptali davası esasa ilişkin bir kararla reddedilmelidir. Fakat aksi yöndeki İçtihatı Birleştirme Kararı doğrultusunda mahkemenin usûlden ret kararı vermesi icap eder.

---

52 Baumbach vd., § 322, s. 1491, Nr. 37.

53 Baumbach vd., § 322, s. 1491, Nr. 37.

54 Bu yöndeki görüş için bkz. Hakan Pekcanıtez vd., ***İcra ve İflâs Hukuku***, 9. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 115; Görgün, Şanal-Börü, Levent-Kodakoğlu, Mehmet, ***İcra ve İflâs Hukuku***, 3. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 93; Atalı-Ermenek-Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, s. 148; Alper Tunga Küçük, "İtirazın İptali Davasında Islaha İlişkin Sorunlar", ***Prof. Dr. Necmettin M. Berkin'e Armağan***, MİHBİR, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 699-700.

55 İtirazın iptali davasının klasik anlamda eda yahut tespit davası olmadığı hususunda bkz. Atalı-Ermenek-Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, s. 147. İtirazın iptali davasının normal bir alacak/eda davası olduğu görüşü için bkz. Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s. 272; Arslan vd., İcra ve İflâs Hukuku, s. 215. İtirazın iptali davasının genel hükümlere göre açılan eda davasından farklı olduğu yönünde bkz. Pekcanıtez vd., İcra ve İflâs Hukuku, s. 116. İtirazın iptali davasının takip hukukuna özgü eda davası olduğu, takipten bağımsız sonuç doğurabileceği hususunda bkz. Özkan, İtirazın İptali Davası, s. 32-33. İtirazın iptali davasının takip hukuku bakımından sonuçları olan eda davası olduğu yönünde bkz. Erdem, s. 14. Talep mahkeme yoluyla kullanıldığı zaman davadan bahsedilir. Ancak eda davası için geçerli olan bu durum, tespit yahut inşai davaları kapsamaz (Oğuzman-Öz, C. I, s. 16-17, Nr. 52).

56 Oğuzman-Öz, C. I, s. 17, Nr. 53. Öğretide *Eren*'e göre, devlet borçlunun mal varlığına el koyarak alacağın tahsilini sağladığından, talep hakkı borçluya yöneltilmez ve borçlu edimi yerine getirmez (Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 83, Nr. 225).

III. İTİRAZIN İPTALİ DAVASI AÇILDIKTAN SONRA BORCUN YAPILANDIRILMASI

A. Borcun Yapılandırmasına İlişkin Yasal Düzenlemenin Yürürlüğe Girmesinin Etkisi

Borcun yapılandırılmasına ilişkin yasal düzenlemelerin yürürlüğe girişi, derdest itirazın iptali davalarını birçok yönden etkileyebilmektedir. Bu etkilerden biri, borçluya, yapılandırmaya yönelik düzenlemelerden yararlanma imkânı tanınması gerekliliğidir. Şöyle ki 6111 sayılı Kanun yürürlüğe girdiğinde, Yargıtay, yapılandırmaya yönelik talepte bulunmak isteyip istemediğini hâkimin borçluya sorması gerektiği yönünde kararlar vermiştir[57]. Açıkçası hâkimin böyle bir soru sorması, maddî veya hukukî açıdan belirsiz yahut çelişkili bir husus söz konusu olmadığından, davayı aydınlatma ödevi kapsamında[58] değerlendirilmez. Hâkimin bu yöndeki sorusu, HMK m. 36, I, a anlamında taraflardan birine öğüt vermiş ya da yol göstermiş olması olarak nitelendirilebilirdi. Ne var ki Yargıtayın uygulamasının bu gerekçeye dayanılarak yapılabilecek hâkimin reddi talebine engel olacağı düşünülebilir. Diğer yandan, hâkimin borçluya yapılandırmaya başvuru imkânını hatırlatması, bekletici meseleye ilişkin HMK m. 165, II anlamında idari makama başvuru için hâkimin süre vermesi olarak da değerlendirilemez. Çünkü bu durumda, davanın incelenmesi ve sonuçlandırılması idari makamın çözümüne bağlı değildir. Zira uyuşmazlık, yapılandırmaya ilişkin karar olmaksızın çözülebilir durumdadır.

İtirazın iptali davası derdestken, hâkimin hatırlatması üzerine olsun ya da olmasın, borcun yapılandırılması için başvuru yapılmışsa ve henüz sonuçlanmamışsa, bu başvurunun derdest davaya etkisi dikkate alındığında bekletici mesele yapılabilir. Bunun için başvuru yapılacak kurumun HMK m. 165 anlamında idari makam olması gerekir. Ayrıca yapılandırma için yapılan başvurunun reddi kararının iptali için idare mahkemesinde açılan dava da bekletici mesele yapılabilir[59]. Buna muka-

---

[57] *"Davalıdan 6111 S. Kanun gereğince borcun yapılandırılması konusunda talebinin olup olmadığının sorulup, talebi olduğu takdirde bu konuda tarafların delilleri toplanıp sonucuna uygun karar verilmesi gerektiğinden..."* 13. HD., E. 2011/981 K. 2011/7921 T. 23.05.2011. Bu yönde bkz. 13. HD., E. 2011/4346 K. 2011/11152 T. 30.06.2011; 13. HD., E. 2011/4010 K. 2011/11425 T. 13.07.2011; 13. HD., E. 2011/3351 K. 2011/10339 T. 29.06.2011; 13. HD., E. 2010/19284 K. 2011/6825 T. 27.04.2011.

[58] HMK m. 31: *"Hâkim, uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir."*

[59] "*Dava, kaçak su kullanımından kaynaklanan alacak için başlatılan icra takibine itirazın iptali istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. 6111 sayılı Yasa karar tarihinden sonra ancak temyiz tarihinden önce yürürlüğe girmiş, davalı taraf temyiz başvu-*

bil, başvuru yapılacak kurum, idari makam değilse, örneğin bir özel hukuk tüzel kişisi ise, başvurunun sonuçlanması bekletici mesele yapılamaz.

B. Yapılandırma Plânına Göre Ödemelerin Tamamlanmasının Etkisi

İtirazın iptali davası devam ederken borç yapılandırılıp, ödeme plânına göre ödenmiş olabilir. Bu durumda dava ile ulaşılmak istenen sonuç, dava sonuçlanmadan gerçekleşmiştir[60]. Artık dava konusu hakkında yargılama yapılarak hüküm verilmesine ihtiyaç kalmadığı gibi[61], esasa ilişkin karar vermek mümkün de değildir[62]. Bu durumda davanın konusu ortadan kalkmıştır[63]. Dava konusuz kaldığında, esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verilerek yargılama sona erdirilir[64]. Yapılandırmaya göre borç ödendiğinde, itirazın iptali davası konusuz kaldığından, esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir[65].

---

rusundan önce yapılandırma talebinde bulunmuştur. Dosya içeriğine göre davalının 6111 sayılı Yasaya dayalı borcun yapılandırılması istemi, davacı tarafından başvurunun usulsüz yapıldığı gerekçesi ile red edilmiş, ancak bu red kararına karşı davalı İdare Mahkemesinde işlemin iptali davası açtığı belirlenmiştir. Söz konusu iptal davası eldeki davanın sonucunu etkileyici niteliktedir. Zira, idari yargıda verilebilecek iptal kararı üzerine, davalının yeniden yapılandırma talebinin kabülü sözkonusu olacaktır. O halde, İdare Mahkemesindeki davanın sonucunun beklenmesi gerekmektedir." 3. HD., E. 2014/8464 K. 2014/9552 T. 12.06.2014 (Lexpera).

60 Tanrıver, Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, s. 1180; Budak-Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, s. 351.

61 Arslan vd., Medenî Usul Hukuku, s. 529.

62 Budak-Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, s. 351.

63 Süha Tanrıver, ***Medenî Usûl Hukuku***, C. I, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 1180; Atalı, Pekcanıtez Usûl, s. 2041.

64 Kuru-Aydın, Medenî Usul Hukuku El Kitabı, s. 883; Arslan vd., Medenî Usul Hukuku, s. 529; Pekcanıtez-Atalay-Özekes, Medenî Usûl Hukuku, s. 453; Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, s. 1180; Atalı, Pekcanıtez Usûl, s. 2042.

65 "*Mahkemece, borcun yapılandırma suretiyle ödenmiş olmasından dolayı davanın konusunun kalmadığı gerekçesi ile ...*"17. HD., E. 2013/6833 K. 2014/15506 T. 10.11.2014. Benzer yönde bkz. 3. HD., E. 2020/2029 K. 2020/3274 T. 22.6.2020 (Lexpera); 11. HD., E. 2019/4354 K. 2020/2853 T. 15.06.2020 (Coşkun, İtirazın İptali - Menfi Tespit ve İstirdat - Tasarrufun İptali Davaları, s. 36). Borçlunun takip konusu borcunu ödemesi halinde itirazın iptali davasının konusuz kalacağına ilişkin bkz. Kuru, İİK C. I, s. 298; Kuru-Aydın, Medenî Usul Hukuku El Kitabı, s. 884; Baki Kuru, "İcra İnkâr Tazminatı", ***Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı***, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1968, s. 739; Deynekli-Kısa, İtirazın İptali Davaları, s. 236; Özkan, İtirazın İptali Davası, s. 198. Aynı yönde bkz. Arslan vd., Medenî Usul Hukuku, s. 529. İtirazın iptali davası neticelendikten sonra istinaf aşamasında borç yapılandırılır ve yapılandırma planına göre ödeme yapılırsa, bölge adliye mahkemesi, konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verebilir (İstanbul BAM, 3. HD., E. 2018/2364 K. 2020/1461 T. 12.11.2020, Lexpera).

C. Yapılandırma Sözleşmesinin Kurulmuş Olmasının Etkisi

1. Yapılandırma Plânına Göre Ödemelerin Tamamlanmasının Bekletici Mesele Yapılması

Borç yapılandırma talebi kabul edilmişse ve henüz ödemelerin tamamı yapılmamışsa itirazın iptali davasının konusuz kalmasından bahsedilemez. Çünkü henüz takibe konu olan borç sona ermemiştir. Bu durumda ödemelerin tamamlanmasına kadar davanın durmasının mümkün olup olmadığı tartışılmalıdır. Yargıtay kararlarında, itirazın iptali davasının "*son taksitin borç ödeme tarihine, taksitlerin aksatılması halinde ise aksatılma tarihine kadar bekletici mesele*" yapılması gerektiği yönünde ifadelere rastlanmaktadır[66]. Oysa HMK m. 165'te düzenlenen bekletici mesele, bir davada hüküm verilmesi başka bir davaya, idari makamın tespitine bağlı ise mümkün olabilir. Hâlbuki yapılandırmaya göre ödemelerin tamamlanması, mahkeme kararı olmadığı gibi idari makamın tespiti de değildir; sözleşmenin ifasının tamamlanmasıdır. Sözleşmenin ifasının tamamlanması da bekletici mesele yapılamaz[67]. Ayrıca taraflar, ödeme plânının bekletici mesele yapılacağını sözleşme ile kararlaştıramazlar[68]. Çünkü bu yöndeki düzenlemeler, yargılama usûlünün değiştirilmesi anlamına gelir ve taraflar sözleşme ile yargılama usûlünde değişiklik yapamazlar[69].

Yasal düzenlemelerde yargılamanın ertelenmesine yönelik hüküm mevcutsa, bu süreçte usûlî işlemlerin yapılmaması mümkün olabilir[70]. Söz konusu durumda, bir mahkeme ya da idari makamın kararı beklenmediğinden bekletici meseleden bahsedilemez[71]. Keza yargılamanın ertelenmesinde, bir süre davada yapılmayan işlemi sürenin sonunda yine mahkeme yapar[72]. Ne var ki bekletici

---

66 6. HD., E. 2013/15375 K. 2014/6989 T. 28.5.2014. Aynı yönde bkz. 6. HD., E. 2012/11900 K. 2012/13882 T. 31.10.2012; 6. HD., E. 2012/11332 K. 2013/3953 T. 6.3.2013; 6. HD., E. 2012/10578 K. 2013/2389 T. 13.2.2013 (Lexpera).

67 Atalay, Bankacılık Kanunu m. 32 Çerçevesinde Hukuk Davalarının Durması, s. 107-108; İbrahim Aşık, ***Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 39.

68 Atalay, Bankacılık Kanunu m. 32 Çerçevesinde Hukuk Davalarının Durması, s. 107-108; Aşık, Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun, s. 39.

69 Atalay, Bankacılık Kanunu m. 32 Çerçevesinde Hukuk Davalarının Durması, s. 107-108; Aşık, Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun, s. 39.

70 Aşık, Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun, s. 36. Ayrıca bkz. HMK m. 55, İİK m. 194, İİK m. 309/ö, III; HUAK m. 15, V. Yapılandırmaya ilişkin bkz. 5411 sayılı Kanun m. 132, X; 4389 sayılı Kanun m. 15, III; 7256 sayılı Kanun m. 4, XI.

71 Aşık, Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun, s. 36.

72 Aşık, Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun, s. 36.

meselede olduğu gibi, yargılama usûlünde değişiklik anlamına geleceğinden, taraflar sözleşme ile yapılandırma sürecinde davanın durmasını kararlaştıramazlar[73]. Buna rağmen, tarafların böyle bir sözleşmeye dayanması hâlinde, hâkim davayı aydınlatma ödevi kapsamında tarafa talebinin ne yönde olduğunu açıklattırmalıdır[74]. Medenî usûl hukukunda "davanın durması" gibi bir kurum mevcut olmadığından[75], bu yöndeki talebin mevcut kurumlar çerçevesinde (davanın geri alınması ya da dosyanın işlemden kaldırılması)[76] anlamlandırılması gerektiği ifade edilmiştir[77].

2. Yapılandırma Sözleşmesinin Hukukî Niteliğine Göre İtirazın İptali Davasına Etkisi

Yapılandırma sözleşmesinin itirazın iptali davasını etkilemesi, sözleşmenin niteliğine göre değerlendirilmelidir. Şöyle ki yapılandırma sulh sözleşmesi niteliğindeyse, taraflar sulh sözleşmesi niteliğindeki yapılandırma hükümlerine göre karar verilmesini isterlerse mahkeme sözleşmeye göre karar verir. Sulh sözleşmesine göre karar verilmesini istemezlerse karar verilmesine yer olmadığı yönünde karar verilir (HMK m. 315, I)[78]. Bununla birlikte mahkeme dışı sulh

---

73 Atalay, Bankacılık Kanunu m. 32 Çerçevesinde Hukuk Davalarının Durması, s. 107-108; Aşık, Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun, s. 39.

74 Karş. Atalay, Bankacılık Kanunu m. 32 Çerçevesinde Hukuk Davalarının Durması, s. 113.

75 5411 sayılı Kanun m. 132, X'daki düzenlemeye ilişkin bu hususta bkz. Pekcanıtez, Pekcanıtez Usûl, s. 1192, dn. 174; Atalay, Bankacılık Kanunu m. 32 Çerçevesinde Hukuk Davalarının Durması, s. 106; Aşık, Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun, s. 39; Kudret Aslan, ***Medenî Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 101. Hâkimin borcun muaccel olması için süre veremeyeceği veya davayı erteleyemeyeceği hususunda bkz. Pekcanıtez, Pekcanıtez Usul, s. 948.

76 Atalay, Bankacılık Kanunu m. 32 Çerçevesinde Hukuk Davalarının Durması, s. 108; Pekcanıtez, Pekcanıtez Usûl, s. 1192, dn. 174. Ayrıca bkz. Aslan, Medenî Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması, s. 96 vd.

77 Atalay, Bankacılık Kanunu m. 32 Çerçevesinde Hukuk Davalarının Durması, s. 113.

78 Dava konusu alacağın taksitle ödenmesi yönünde anlaşma yapıldığında, davanın sulh ile sona erdiğine ilişkin bkz. Atalay, Bankacılık Kanunu m. 32 Çerçevesinde Hukuk Davalarının Durması, s. 108. "*Hukuki yararın davanın açılması sırasında mevcudiyeti yeterli olmayıp, davanın devamı sırasında da varlığını koruması gerekir. Her ne kadar taraflar arasındaki borcun ödenmesi konusunda bir yapılandırmaya gidilmiş ise de borç henüz tamamen sona ermiş değildir. Bu nedenle eldeki davanın görülmesi bakımından davacının hukuki yararının mevcudiyetini sürdürdüğü sonucuna varmak gerekir. Hâl böyle olunca yerel mahkemece davacının eldeki davada hukuki yararının mevcut olduğu gözetilip hemen yukarıda açıklanan yasal düzenleme (6111 sayılı Kanun'un 17'nci maddesinin 25/d bendine) de dikkate alınarak varılacak sonuca göre işin esası hakkında hüküm kurulmalıdır*." HGK, 16.05.2018, 2017/13-658, K. 2018/1091 (Coşkun, İtirazın İptali - Menfi Tespit ve İstirdat - Tasarrufun İptali Davaları, s. 40-41, Lexpera).

niteliğindeki yapılandırma sözleşmesi mahkemeye bildirilmeden ve mahkeme içi sulhe dönüştürülmeden yargılamanın etkilenmesi sağlanabilir. Öyle ki taraflar, davayı takipsiz bırakarak (HMK m. 150), davayı geri alarak (HMK m. 123)[79] yahut davadan feragat ederek (HMK m. 307) davayı sona erdirebilirler[80]. Öyleyse yapılandırmalarda yer alan "*davalar sonlandırılır*" yönündeki düzenlemelerden, bu müesseselerden birine başvurulmasını yahut sulhün mahkemeye bildirilmesini anlamak gerekir[81]; yoksa davalar kendiliğinden sona ermez[82].

Sulh sözleşmesi niteliğindeki yapılandırma sözleşmesi, şarta bağlı olarak yapılmış olabilir (HMK m. 313, IV). Öyle ki yapılandırma sözleşmelerinde (*ve yapılandırma sözleşmelerinin temelindeki yasal düzenlemelerde*) borçlu ödeme plânına aykırı davranırsa yapılandırmadan doğan haklarını kaybedeceği, önceki sözleşme şartlarına göre alacağın takip edilebileceğine yönelik düzenlemelere yer verilmektedir[83]. Borçlunun ödeme yapması onun iradesiyle gerçekleştirece-

---

79 Bkz. Aslan, s. 96.

80 Bu hususta bkz. Nedim Meriç, ***Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi***, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011, s. 208. Aynı yönde bkz. Rosenberg-Schwab-Gottwald, § 131, s. 793, Nr. 6; Grunsky, Zivilprozessrecht, s. 143, Nr. 148. Mahkeme dışı sulh sözleşmelerinden davacıların davayı geri alma yönünde yükümlülük üstlendikleri yönünde bkz. Musielak-Voit, s. 173, Nr. 478; Aslan, s. 92. Mahkeme dışı sulh, bu durumlarda yargılamayı sona erdirmediğinden sulhün icra kabiliyeti yoktur. Sulh borçlusu ifayı yerine getirmezse, sulh alacaklısı, dava ile borcun ifasını talep etmelidir (Grunsky, Zivilprozessrecht, s. 143, Nr. 148).

81 7256 sayılı Kanun m. 4, XIII, b; 6111 sayılı Kanun m. 17, X, d; 6824 sayılı Kanun'un m. 2/k. Sulh sözleşmesinde, davanın geri alınmasına yönelik düzenlemeler yapılabilir. Davacı bu yükümlülüğünü yerine getirmezse davalı, davacının yükümlülüğüne işaret ederek, hakkın kullanılmasının caiz olmadığını ileri sürebilir. Bu durumda dava usûlî kararla reddedilmelidir (Bu yönde bkz. Grunsky, Zivilprozessrecht, s. 83, Nr. 96; Musielak-Voit, s. 173, Nr 478, s. 198, Nr. 540; Jauernig-Hess, Zivilprozessrecht, s. 194, Nr. 31). Davanın geri alınmasına yönelik sözleşmenin, karşı tarafa, davanın reddedilmesi için savunma sağladığı, dava engeli gibi etki doğurduğu hususunda bkz. Becker-Eberhard, § vor 253, Nr. 14. Sulh sözleşmesi niteliğindeki yapılandırma sözleşmesinde davacının davayı geri aldığına yönelik hüküm yer aldığında, dava, geri alındığından değil; sulhün etkisiyle sona erer. Bu yönde bkz. Aslan, s. 94-95.

82 Musielak-Voit, s.173, Nr. 478.

83 Bu yönde bir düzenleme bkz. 7244 sayılı Kanun m. 1/l, b. 5'e göre, "*Bu bent kapsamında belirlenen ödemelerin süresinde gerçekleştirilmemesi halinde bu bent hükümlerinden yararlanma hakkı kaybedilir*."

"*Taraflar arasındaki borç yapılandırılma sözleşmesinin ihlali halinde, yapılandırılma öncesi duruma dönülerek hesap yapılması ve ödemelerin mahsubu gerekir. Mahkemece bankacılık konusunda uzman bilirkişiye yerinde inceleme yetkisi verilerek rapor alınıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken...*" 19. HD., E. 2016/10658 K. 2017/5441 T. 22.6.2017 (Lexpera). "*Davacı ile davalı arasında yargılamanın devamı sırasında yapılan 04.09.2009 tarihli yapılandırma protokolü ile borcun yeniden yapılandırılarak ilk taksit ödemesi 12.09.2009 tarihinde olmak üzere 36 taksit üzerinden borcun ödeme planına bağlandığı, aynı protokolün 4. mad-*

ği bir olay olduğundan bu şart iradi şart olarak nitelendirilmelidir[84]. Gelecekte bir kimsenin borcunu ödeyeceğine ilişkin kararlılığı olsa da buna ilişkin kesinlik olamayacağından iradi şartta da belirsizlik vardır[85]. Bu şartın gerçekleşmesine, yapılandırma sözleşmesinin son bulması bağlı kılındığından bozucu şartın mevcut olduğu kabul edilmelidir[86]. Böylece borçlunun ödeme plânına aykırı davranmaması şartına bağlı yapılandırmalarda, bozucu şarta bağlı sulh sözleşmesi söz konusu olur. Şarta bağlı sulh caiz olmakla beraber, bu sulh taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdirmez; şarta bağlı hüküm kurulamayacağından sulh sözleşmesine göre hüküm kurulamaz[87]. Bu durumda hâkim, davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verir[88].

Bozucu şarta tabî sulh derhal etki doğurur[89] ve bozucu şart gerçekleştiğinde sulh hükümsüz hâle gelir[90]. Bu şekilde itirazın iptali davası derdestken borçlunun temerrüdü üzerine önceki alacak takip edilebilir niteliğe kavuşursa itirazın iptali davası önceki alacağa göre neticelenir[91]. Diğer yandan itirazın iptali

---

desinde".... ödeme planında belirtilen taksitlerden bir takvim yılı içinde üç adedinin vadesinde ödenmemesi durumunda, protokolün kendiliğinden münfesih olacağını, ve sözleşmenin münfesih olması ile birlikte bankanın iş bu protokolden önceki fiyat ve oranlara göre borcu tasfiye etmeye muhtar hale geleceğini, tespit edilen borç rakamının geçerliliğinin kalmayacağını, ...kabul, beyan ve taahhüt eder." şeklinde düzenlemeye yer verildiği, mahkemece taraflar arasındaki bu protokole uygun olarak davalı tarafından taksitlerin ödenip ödenmediğine ilişkin hususun sorulmasına dair davacı finans kuruluşuna müzekkkere yazılmasına..." 13. HD., E. 2013/5066 K. 2013/12086 T. 13.5.2013 (Lexpera).

84 İradî şart kavramı ve tartışması için bkz. Oğuzman-Öz, C. II, s. 513, Nr. 1483, 1484; A. Lâle Sirmen, ***Türk Özel Hukukunda Şart***, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1992, s. 67 vd.

85 Oğuzman-Öz, C. II, s. 514, Nr. 1487.

86 Oğuzman-Öz, C. II, s. 514-515, Nr. 1487, 1489. İradi şartın geciktirici veya bozucu olabileceği hususunda bkz. Sirmen, Şart, s. 68. Tüketicinin geri alma hakkının bozucu iradi şart olduğu yönünde bkz. Emine Aslı Küçükaydın, ***Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 10-11.

87 Kuru-Aydın, Medenî Usul Hukuku El Kitabı, s. 1096; Arslan vd., Medenî Usul Hukuku, s. 628; Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, s. 1173; Atalı, Pekcanıtez Usûl, s. 2037. Aksi yönde bkz. Budak-Karaaslan, Medenî Usul Hukuku, s. 348.

88 Kuru-Aydın, Medenî Usul Hukuku El Kitabı, s. 1096; Arslan vd., Medenî Usul Hukuku, s. 628; Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, s. 1173; Atalı, Pekcanıtez Usûl, s. 2037; Atalı-Ermenek-Erdoğan, Medenî Usûl Hukuku, s. 586; Karş. Önen, Sulh, s. 123.

89 Tanrıver, Medenî Usûl Hukuku, s. 1178

90 Bozucu şartın ortaya çıkması sulhün geçersizliği sonucunu doğuracağına yönelik bkz. Grunsky, Zivilprozessrecht, s. 146, Nr. 150; Musielak-Voit, s. 196, Nr. 533.

91 Yapılandırma sözleşmesi henüz mahkeme içi sulhe dönüşmemiş olabileceği gibi mahkeme henüz karar vererek yargılamayı şeklî de olsa tamamlamamış olabilir.

davası sona erdikten sonra, önceki alacak takip edilebilir hâle gelirse, önceki alacağa ilişkin mevcut takibe devam edilir[92]. Zira şarta bağlı sulhte esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verildiğinden takip sona ermiş değildir. Yeni bir takip başlatılması, mükerrer takiptir ve bu takipte alacaklının hukukî yararı yoktur[93].

Burada takibin hangi aşamadan devam edecek olması üzerinde durulmalıdır. Zira itiraz kaldırılmış olmadığından takip kesinleşmiş değildir; alacaklı haciz talebinde bulunamaz. Bu sebeple alacaklının yeniden itirazın iptali davası açması gerekir. Bozucu şart gerçekleştiği için sulhün hükümsüzlüğünün de tespit edilebileceği itirazın iptali davası kesin hüküm engeline takılmaz[94]. Ancak itirazın iptali davası açma süresi sona ermiş olabilir. Bu sorunun doğmasını, borçlunun takiplere yaptığı itirazlarını geri alması/itirazların kalkması yönünde hükümler engellemektir[95]. Şöyle ki bozucu şart gerçekleştiğinde alacak takip edilebilir hâle gelir. İtiraz geri alındığı için artık takibin durmasını sağlayan bir itiraz mevcut değildir. Böylece kesinleşmiş takipte alacaklı haciz talep hakkı elde eder. Ancak burada başka bir sorun, itirazın iptali davasının görülebilmesi için ödeme emrine geçerli bir itirazın mevcut olması gerektiğinden, itirazın geri alınması halinde itirazın iptali davasının konusuz kalmasıdır[96]. Ancak bu ih-

---

92 5464 sayılı Kanun geçici m. 5, VII: "*Altı aylık vade de dahil olmak üzere kabul edilen taksit planına göre, bir yıl içerisinde 3 taksitin vadesinde ödenmemesi halinde bu madde ile sağlanan haklar, ilgili kart çıkaran kuruluşça ya da varlık yönetim şirketince ortadan kaldırılabilir ve bu Kanunun 26'ncı maddesinde belirtilen gecikme faizi üzerinden mevcut icra takip işlemlerine devam edilebilir*."

93 "*Davalı kredi kartı borçlusu K1'ın protokol hükümlerine uymadığı anlaşıldığına göre, davacı Banka'nın anılan yasa hükmü gereğince ilk takip olan Bucak/Burdur İcra Dairesi'nin 2008/3965 sayılı icra takip dosyası üzerinden icra takip işlemine devam etmesi mümkündür. Buna rağmen bankaca aynı borç sebebi ile ikinci bir takibe girişilmesi mükerrer olduğundan, ikinci takipte hukuki yarar bulunmadığının kabulü gerekir.*" 19. HD., E. 2014/13268 K. 2015/3495 T. 12.03.2015 (Lexpera).

94 Bozucu şartın ortaya çıkmasıyla sulh geçersiz olacağından, sulhün yargılamayı sona erdirici etkisi ortadan kalkar. Eğer sulhün geçersizliği sebebiyle taraflar arasındaki uyuşmazlık mevcudiyetini korursa, önceki yargılamaya devam edilmelidir. Çünkü yeni bir dava açılması halinde derdestlik ile karşılaşılır. Bu yönde bkz. Grunsky, Zivilprozessrecht, s. 147, Nr. 150; Musielak-Voit, s. 195-197, Nr. 533, 537. Bozucu şarta bağlı sulhte, sulhün hukukî sonuçları hemen doğar ve dava sulh ile sona erer. Bozucu şart gerçekleştiğinde yargılamaya ilişkin gerçekleşen sonuç ortadan kaldırılamaz. Bu hususta bkz. Meriç, s. 209-210, dn. 138.

95 Örnek olarak, 5464 sayılı Kanun geçici m. 5 "*Bu madde kapsamında yeniden yapılandırılan borçlarda, borçlunun yapılandırma öncesi dönemde borca vaki itirazları ortadan kalkar*."

96 "*Dava konusu İzmir 7. İcra Müdürlüğünün 2009/20352 sayılı icra dosyasına yapılan itirazların geri alındığının" beyan edilmesi karşısında, itirazın iptali davasının icra takibi ile sıkı sıkıya*

timâlde taraflar, yapılandırma sözleşmesine göre karar verilmesini mahkemeden istemişse, davanın konusuz kalmasına yönelik değil; sulhe göre karar verilmesi gerekir.

Yenileme niteliği taşıyan yapılandırma sözleşmelerinde, önceki borç sona erdiğinden itirazın iptali davasının konusu olan alacak da sona ermiştir. Yenileme ile doğan yeni borç takibin konusunu oluşturmadığından yeni borç üzerinden davaya devam edilemez. Bu durumda itirazın iptali davasının konusu ortadan kalkmıştır ve esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı yönünde karar tesisi gerekir[97]. Bunun yanı sıra bu dava henüz sona ermeden, yenileme konusu olan yapılandırma sözleşmesinden doğan alacak ayrı dava konusu teşkil edebilir[98]. Her iki davanın konusu alacak farklı olduğundan derdestlik söz konusu olmaz[99]. Ancak yenileme niteliğinde olmayan, sulh sözleşmesi olan yapılandırma sözleşmeleri, önceki dava devam ederken dava konusu yapılamaz; aynı alacak/hukukî ilişki varlığını koruduğundan derdestlik engel olur[100].

Borç yapılandırılması, sulh niteliği taşımadığı ve yenileme de olmadığı durumlarda, alacak miktarında indirim yapılmışsa, tadil sözleşmesi niteliğindeki yapılandırma hükümlerine göre karar verilir; itiraz kaldırılır ve indirim yapılan bedel üzerinden takibin devam etmesi sağlanabilir. Ancak yapılandırma hükümleri gereğince takip durmaya devam ediyorsa, bu karar verilmekle beraber[101],

---

bağlı bir dava olması ve itirazın iptali davasının görülebilmesi için yapılan takibe karşı usulüne uygun yapılmış bir itirazın bulunması gerektiği, anılan davalının yapılan takibe vaki itirazlarından vazgeçmiş oldukları da gözetildiğinde mahkemece konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına..." HGK., E. 2016/1425 K. 2016/960 T. 5.10.2016 (Lexpera). Ayrıca bkz. ve karş. Akil, *Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine İtiraz*, s. 228; Deynekli-Kısa, İtirazın İptali Davaları, s. 235. İtirazın geri alınması halinde uyuşmazlığın sona ermemesi gerektiği, davanın bir eda davası olması sebebiyle davaya normal bir eda davası olarak devam edilebileceği görüşü için bkz. Özkan, İtirazın İptali Davası, s. 199-2000. Takip iptal edilse de itirazın iptali davasının eda davası olarak görülmeye devam edeceği yönünde bkz. Erdem, s. 93.

97 "*Dava itirazın iptali davasıdır...Borcun yenilenmesi ile önceki borcun sona erdiği, takip konusu borç tarafların anlaşması ile borç yenileme protokolü ile sona erdiğinden itirazın iptali davasının konusuz kaldığı anlaşılmakla davacının istinaf sebebi yerinde değildir*." İstanbul BAM, 13. HD., E. 2021/508 K. 2021/959 T. 24.6.2021 (Lexpera).

98 Musielak-Voit, s. 198, Nr. 540.

99 Musielak-Voit, s. 198, Nr. 540.

100 Musielak-Voit, s. 198, Nr. 540.

101 İtirazın iptali davasında borçlunun itirazının iptaline karar verilmesi, yardımcı icra organları tarafından yapılan icra takip işlemlerinden biri olduğu yönünde bkz. Nilüfer Boran Güneysu, "İcra Takip İşlemleri", ***TBB Dergisi***, 2012 (101), s. 41; Arslan, s. 221. İtirazın kaldırılması icra

kararın icra takibine etkisi olmaz; takibi etkilemesi için takibin devamının mümkün hâle gelmiş olması gerekir. Tecil anlaşması bakımından da alacak henüz talep edilebilir olmadığından, talep hakkı yokluğu sebebiyle ret kararı verilmelidir[102].

IV. İCRA İNKÂR TAZMİNATI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

İtirazın iptali davasında, borçlunun itirazında haksız olduğuna karar verilmesi hâlinde borçlu; takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı, hükmolunan borç miktarının yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere tazminata mahkûm edilir (İİK m. 67, II). Borcun yapılandırılmasının borçlunun haksızlığını ve alacaklının haksız ve kötü niyetli olmasını etkilemesine göre icra tazminatına karar verilmelidir. Ancak bu durumda yapılandırma sözleşmesinin sulh sözleşmesi niteliğine ve mahkeme içi sulhe dönüşüp dönüşmediğine dikkat etmek gerekir. İtirazın iptali davası sulh ile sona erdiyse ve taraflar sulh sözleşmesinde icra inkâr tazminatı hakkında düzenleme de yaptıysa ilgili düzenlemelere göre karar vermek gerekir[103]. Şayet taraflar icra inkâr tazminatı bakımından anlaşmaya varmamışlarsa sulhün amacına uygun şekilde tarafların tazminattan karşılıklı feragat ettikleri öğretide ileri sürülmektedir[104]. Nitekim taraflar sulhe göre karar verilmesini istediğinde mahkeme sulh sözleşmesine göre karar verir; aksi durumda mahkeme esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı yönünde kararını tesis eder. Her iki durumda da taraflar sulh sözleşmesinde icra inkâr tazminatına ilişkin düzenleme yapmamışsa, artık bu yönde bir talep bulunmadığından[105], tazminat hakkında karar verilemez[106]. Öte yandan yapılandırma sözleşmesinin mahkeme içi sulhe dönüşmemesi, tarafların icra inkâr tazminatı hakkında anlaşmaması ve tazminat talep etmeye devam etmesi söz konusu olabilir.

---

takip işlemidir (Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s. 148; Karş. Arslan vd., İcra ve İflâs Hukuku, s. 133). Tatil ve talik hâllerinde genel mahkemelerce itirazın iptali kararının verilemeyeceği hususunda bkz. Boran Güneysu, İcra Takip İşlemleri, s. 42-44.

102 Bu hususstaki tartışmaya ve aksi yöndeki İçtihatı Birleştirme Kararına yukarıda değinildi bkz. yuk. II, C.

103 Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 698, 719; Deyneki-Kısa, İtirazın İptali Davaları, s. 234.

104 Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 698, 719; Deynekli-Kısa, İtirazın İptali Davaları, s. 235; Özkan, İtirazın İptali Davası, s. 237.

105 Özkan, İtirazın İptali Davası, s. 237.

106 "*Sulh anlaşmasına ilişkin tutanak incelendiğinde; belirlenen tutar ödendikten sonra herhangi bir hak talep edilmeyeceği imza altına alınmış, icra inkar tazminatı hakkını saklı tutmadığı anlaşıldığındandavacı yararına icra inkar tazminatına hükmedilmemiştir. Davacı vekilinin uyap sistemi üzerinden gönderdiği dilekçe ve sulh protokolü doğrultusunda, taraflarca sulh olunduğu, davanın konusuz kaldığı anlaşılmakla aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.*" İstanbul Anadolu 3. Asliye Ticaret Mahkemesi, E. 2018/1301, K. 2018/980, T. 19.12.2018 (Lexpera).

İcra takibi başladıktan sonra borç yapılandırılmışsa ve yapılandırmadan sonra itirazın iptali davası açılmışsa her iki taraf bakımından da icra inkâr tazminatına karar verilmemelidir. Şöyle ki böyle bir durumda alacaklı takibe başlarken haksız ve kötü niyetli değildir; mevcut bir alacağı için takibe başlamıştır. İtirazın iptali davasında alacaklı lehine karar tesis edilmese bile alacaklı icra inkâr tazminatına mahkûm edilemez. Zira Kanun, itirazın iptali davası açmakta değil; takip yapmakta kötü niyet aramaktadır[107]. Diğer taraftan borçlu aleyhine de icra inkâr tazminatına karar verilmemelidir. Çünkü icra inkâr tazminatına karar verebilmek için itirazın kaldırılması gerekir. Borcun yapılandırılması halinde itirazın kaldırılması sonucu pek ortaya çıkmadığından, borçlunun itirazını geri alması yönünde düzenlemeler yapılmaktadır.

Takip devam ederken borcun yapılandırmaya göre ödenmesine rağmen itirazın iptali davası açılırsa alacaklı lehine icra inkâr tazminatına karar verilmez[108]. Çünkü davaya konu bir takip ve itiraz artık mevcut değildir[109].

İtirazın iptali davası açıldıktan sonra borç yapılandırılmışsa alacaklı takibinde haksız ve kötü niyetli değildir. Zira alacaklı, mevcut bir alacağı için takibe başlamıştır; borcun yapılandırılması imkânı/talebi henüz mevcut değildir[110]. Nitekim alacaklının haksız ve kötü niyetli olması için bir alacağı olmadığını bildiği halde icra takibine başlamış olması gerekir[111]. Ayrıca borçlu, ödeme emrine itiraz etmiş olsa da borçlu olduğunu düşündüğü borç için yapılandırma talebin-

---

[107] Alacaklı iyi niyetli takip yapmasına rağmen itirazın iptali davası açmakta kötü niyetliyse tazminat ödemek zorunda kalmayacağı hususunda bkz. Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 719.

[108] Kuru, İcra İnkâr, s. 739-740; Yılmaz, s. 698-699; Muşul, İcra ve İflâs Hukuku, s. 419; Deynekli-Kısa, İtirazın İptali Davaları, s. 236; Özkan, İtirazın İptali Davası, s. 238. "*Dosya içeriğinden takip tarihinden önce 10.000 TL ödeme yapılmış olduğu, bir kısım ödemelerin ise davadan sonra yapıldığı anlaşılmaktadır. Davadan önce yapılmış ödeme yönünden dava açılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır. Dolayısıyla davadan önce yapılan ödemeler icra inkar tazminatına dayanak yapılamaz*." 19. HD., E. 2014/10594 K. 2014/13512 T. 16.9.2014 (Lexpera, Coşkun, İtirazın İptali - Menfi Tespit ve İstirdat - Tasarrufun İptali Davaları, s. 474).

[109] Kuru, İcra İnkâr, s. 740; Deynekli-Kısa, İtirazın İptali Davaları, s. 236; Özkan, İtirazın İptali Davası, s. 238.

[110] "*Bu haliyle dava tarihi itibariyle, ödenmeyen fatura bedellerinin abone olan davalıdan tahsilini isteyen davacının, dava açmakta haklı olduğu kuşkusuzdur. Dava açıldıktan sonra yürürlüğe giren yasa nedeniyle, davalıya imkan sağlamak ve ihtilafları sürdürmemek durumunda olan davacının öncesinde dava açmakta haksız sayılamayacağından...*" 3. HD., 20.12.2018, E. 2018/6404, K. 2018/13081.

[111] Kuru, İcra İnkâr, s. 763; İlhan E. Postacıoğlu, ***İcra Hukuku Esasları***, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 189; Muşul, İcra ve İflâs Hukuku, s. 419; Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 720; Özkan, İtirazın İptali Davası, s. 255.

de bulunmuştur. Bu sebeple alacaklı aleyhine icra inkâr tazminatına karar verilemez[112].

İtirazın iptali davası, borcun ödenmesi üzerine konusuz kalsa da borçlu aleyhine icra inkâr tazminatına hükmedilmelidir[113]. Çünkü borçlunun itirazında haksızlığı, itiraz ettiği ana göre belirlenir[114]. Borçlu ödeme emrine itiraz ederek takibi durdurmuş, itirazın iptali davasının açılmasına sebep olmuş ve alacaklı alacağını tahsilde gecikmiştir[115]. Dolayısıyla itirazın iptali davası, borcun yapılandırılması ve ödenerek borcun sona ermesi sebebiyle konusuz kaldığında da borçlu aleyhine icra inkâr tazminatına karar vermek gerekir[116]. Ancak bunun için alacaklı, tazminat talebinden vazgeçmemiş olmalıdır[117].

---

[112] "*... karar HMK 353/1b-2.madde gereği düzeltilerek "Konusu kalmayan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına, davalının kötüniyet tazminatı talebinin reddine" dair yeniden esas hakkında karar verilmesi gerekmiştir*." İstanbul BAM, 3. HD., E. 2018/2364 K. 2020/1461 T. 12.11.2020 (Lexpera).

[113] Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s. 270-271; Kuru, İcra İnkâr, s. 739; Arslan vd., İcra ve İflâs Hukuku, s. 225, 229; Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 696; Atalı-Ermenek-Erdoğan, İcra ve İflâs Hukuku, s. 155; Deynekli-Kısa, İtirazın İptali Davaları, s. 235-236, 271; Özkan, İtirazın İptali Davası, s. 237, 240. Aynı yönde bkz. Pekcanıtez vd., İcra ve İflâs Hukuku, s. 119. İtirazın iptali davasında alacaklı lehine inkâr tazminatına karar verilmesi için davanın borçlu aleyhine sonuçlanması gerektiği; konusuz kalan davada inkâr tazminatına hükmedilemeyeceği yönünde bkz. Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 698.

[114] Kuru, İcra İnkâr, s. 738; Arslan vd., İcra ve İflâs Hukuku, s. 225; Pekcanıtez vd., İcra ve İflâs Hukuku, s. 119; Deynekli-Kısa, İtirazın İptali Davaları, s. 223.

[115] Arslan vd., İcra ve İflâs Hukuku, s. 225, 229. Ayrıca bkz. Yılmaz, İcra Tazminatı, s. 696; Muşul, İcra ve İflâs Hukuku, s. 411.

[116] 10. HD., E. 2014/22979 K. 2015/12693 T. 25.6.2015 (Lexpera). Borcun itirazdan sonra ödenmiş olmasının, itirazın iptali davasında borcun kabul edilmesinin itirazın haksızlığını ortadan kaldırmayacağı hususunda bkz. Deynekli-Kısa, İtirazın İptali Davaları, s. 223. Ödeme ile itirazın iptali davası konusuz kaldığında, borçlununun itiraz ederken haksız olması sebebiyle yargılama giderlerine katlanması gerektiği hususunda bkz. Kuru, İcra İnkar, s. 739; Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, s. 271.

[117] "*Ancak usulüne uygun olarak ön inceleme duruşması icra edilip tutanak imzalanmadan davacı vekilinin ve davalılar vekillerinin yazılı beyanları ve dosya kapsamına göre davaya konu ... Anadolu --.İcra Müdürlüğünün ----Esas Sayılı icra dosyasına yapılan itirazın davalılar tarafından geri alındığı ve borcun ödendiği anlaşılmıştır. Buna göre dava konusuz kaldığından, davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Davacının İİK'nın 67/2 maddesi gereği icra inkar tazminatı talebinden vazgeçmesi ve dahi yargılama yapılarak davanın esasına ilişkin karar verilmediğinden işbu istemin de reddine karar verilmiştir."* İstanbul Anadolu 13. Asliye Ticaret Mahkemesi, 14.1.2021, E. 2020/873, K. 2021/34 (Lexpera).

SONUÇ

Borç yapılandırma sözleşmeleri, tarafların iradesi yenileme yönündeyse yenileme niteliği taşıyabilir. Tarafların bu yönde iradesi yoksa yapılandırma sözleşmeleri sulh sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Sulh sözleşmesinin unsurlarını barındırmayan yapılandırma sözleşmeleri, genellikle tecil sözleşmesi görünümündedir.

Borç yapılandırma sözleşmeleri icra takibi başladıktan sonra ancak henüz itirazın iptali davası açılmadan önce yahut itirazın iptali davası açıldıktan sonra yapılmış olabilir. Yapılandırma sözleşmelerinde yer alan dava açılamayacağına yönelik düzenlemelerin uygulanması mümkün değildir. Sulh sözleşmesi niteliğindeki yapılandırma sözleşmesi mahkeme içi sulhe dönüştürüldüğü takdirde ya sulhe göre karar verilir ya da karar verilmesine yer olmadığı yönünde karar tesis edilir. Buna karşın yenileme niteliğindeki yapılandırma sözleşmesinde, önceki borç sona erdiğinden takip konusu borç da sona ermiştir. İtirazın iptali davasındaki hukukî ilişkinin takip konusu ilişki ile aynı olması gerektiğinden yeni borç bakımından itirazın iptali davasına devam edilemez. Yapılandırma sözleşmeleri yenileme niteliği taşımayıp tecil sözleşmesiyse, itirazın iptali davası vadesi gelmemiş borç için açılmış olur. Bu dava alacak henüz muaccel olmadığından talep hakkı yokluğu sebebiyle esastan reddedilmelidir. Ancak 4/11/2022 tarihinde yayımlanan İçtihatı Birleştirme Kararı doğrultusunda, muaccel olmayan alacak için açılan itirazın iptali davasının hukukî yarar noksanlığından usûlden reddedilmesi gerekir.

İtirazın iptali davası açıldıktan sonra borç yapılandırılması için HMK m. 165 anlamında idari makama başvurulması bekletici mesele yapılabilir. Ancak dava devam ederken yapılandırma plânına göre ödemelerin yapılması, bekletici mesele konusu teşkil edemez. Çünkü sözleşmenin ifasının tamamlanması HMK m. 165 kapsamına girmez.

Borç yapılandırma sözleşmesinin mahkeme içi sulhe dönüşmesi halinde, sulh sözleşmesinde icra inkâr tazminatı hakkında ne yönde anlaşma yapıldığına dikkat etmek gerekir. Sulh sözleşmesinde icra inkâr tazminatına yönelik düzenleme yapılmamışsa tarafların tazminat talebinden vazgeçtikleri kabul edilir. Ancak yapılandırma sözleşmesinin mahkeme içi sulhe dönüşmediği ihtimalde, icra inkâr tazminatına karar verilmesi gerekebilir.

KAYNAKÇA

AKKAN, Mine: "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 20, s. 2, 2018, ss. 1-31.

AKİL, Cenk, ***Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine İtiraz***, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017.

ALANGOYA, H. Yavuz-YILDIRIM, M. Kâmil-DEREN YILDIRIM, Nevhis, ***Medenî Usul Hukuku Esasları***, 7. Bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

ARSLAN, Ramazan vd., ***İcra ve İflâs Hukuku***, 8. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

ARSLAN, Ramazan vd., ***Medenî Usul Hukuku***, 8. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

ASLAN, Kudret, ***Medenî Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

AŞIK, İbrahim, ***Medenî Usul Hukukunda Bekletici Sorun***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.

ATALAY, Oğuz, "Bankacılık Kanunu m. 32 Çerçevesinde Hukuk Davalarının Durması Mümkün Müdür", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 11, Özel Sayı, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, 2009, ss. 103-114.

ATALI, Murat-ERMENEK, İbrahim-ERDOĞAN, Ersin, ***İcra ve İflâs Hukuku***, 6. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

ATALI, Murat-ERMENEK, İbrahim-ERDOĞAN, Ersin, ***Medenî Usûl Hukuku***, 5. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2022.

ATALI, Murat-ERDOĞAN, Ersin, "COVID-19 Salgınının İcra ve İflâs Hukuku Alanına Etkileri", ***İstanbul Hukuk Mecmuası***, 78 (2), 2020, ss. 395-416.

ATALI, Murat-KORKUT, Serra, "İtirazın İptali ve Takipli İflâsta İflas Davasının Islah Yoluyla Doğrudan İflâsa Dönüştürülmesi Mümkün Müdür?", ***MİHDER***, 2019/2, C. 15, S. 43, ss. 425-439.

ATALI, Murat-ERDOĞAN, Ersin, "COVID-19 Salgını Sebebiyle Yapılan Düzenlemelerin Medenî Usûl Hukuku Alanına Yansımaları", ***Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu***, Ed. Muhammet Özekes, 2. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, ss. 25-60.

ATAMER, Yeşim M., ***Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

BAUMBACH, Adolf vd., ***Zivilprozessordnung***, 76. Auflage, C.H.Beck, München, 2018.

BECKER-EBERHARD, Ekkehard, ***Münchener Kommentar zur ZPO***, 6. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2020.

BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, "İcra Takip İşlemleri", ***TBB Dergisi***, 2012 (101), ss. 31-60.

BUDAK, Ali Cem-KARAASLAN, Varol, ***Medenî Usul Hukuku***, 5. Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.

BUDAK, Ali Cem-Yağcı, Mustafa Okan, "Konkordato ve Finansal Yeniden Yapılandırma", ***Bankacılar Dergisi***, S. 112, 2020, ss. 16-46.

COŞKUN, Mahmut, ***İtirazın İptali - Menfi Tespit ve İstirdat - Tasarrufun İptali Davaları***, 8. Bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

DEMİRSATAN, Barış, ***Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi***, 2. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

DEYNEKLİ, Adnan-KISA, Sedat, ***İtirazın İptali Davaları***, 3. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

ERDEM, Murat, "İcra ve İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası", ***Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü***, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2010.

ERDOĞAN, Ersin-YEŞİLDAL, Selin, "Finansal Yeniden Yapılandırma ve Konkordato Sürecinde Uygulanabilirliği", ***Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi***, C: 7, S. 2, 2021, ss. 285-314.

EREN, Fikret, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, 26. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

EROĞLU, İrem, "Barter Şirketlerinde Borç Yapılandırma ile Alacağın Tahsiline Aracılığın Hukuki Niteliği", ***Terazi Hukuk Dergisi***, C. 10, S. 104, Nisan 2015, ss. 28-31.

GÖRGÜN, Şanal-BÖRÜ, Levent-KODAKOĞLU, Mehmet, ***Medenî Usûl Hukuku***, 11. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

GÖRGÜN, Şanal-BÖRÜ, Levent-KODAKOĞLU, Mehmet, ***İcra ve İflâs Hukuku***, 3. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

GRUNSKY, Wolfgang, ***Zivilprozessrecht***, 13. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, München, 2008.

GÜREL, Murat, "Yeniden Yapılandırma Kredileri Nedeniyle Finansal Kuruluşların Borçlunun Alacaklılarına Karşı Sorumluluğu", ***BATİDER***, 2020, C. XXXVI, S. 3.

HANAĞASI, Emel, ***Davada Menfaat***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

HIZIR ASRAV, Fatma, ***Sulh Sözleşmesi***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

HONSELL, Heinrich, ***Schweizerisches Obligationenrecht***, Besonderer Teil, 10. Auflage, Staempfli Verlag, Zürich, 2017.

JAUERNİG, Othmar-HESS, Burkhard, ***Zivilprozessrecht***, Verlag C.H. Beck, München, 2011.

KARAKOÇ, Yusuf, "Sermaye Şirketlerinin Kanunî Temsilcilerinin-Yöneticilerinin Ödenmeyen Prim Borçlarından Sorumluluğu", ***Sermaye Şirketler Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu***, 19/06/2019, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

KİRAZ, Taylan Özgür, ***Medenî Yargılama Hukukunda İkrar***, 2. Bs., Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.

KOLLER, Alfred, ***Schweizerisches Obligationenrecht***, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Staempfli Verlag, Bern, 2017.

KURU, Baki, ***İcra ve İflas Hukuku El Kitabı***, 2. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

KURU, Baki, ***İcra ve İflâs Hukuku***, C. I, 3. Bs., Evrim Dağıtım, İstanbul, 1988.

KURU, Baki, "İcra İnkâr Tazminatı", ***Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı***, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1968, ss. 725-265.

KURU, Baki-AYDIN, Burak, ***Medenî Usul Hukuku El Kitabı***, C. I-II, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020.

KÜÇÜK, Alper Tunga, "İtirazın İptali Davasında Islaha İlişkin Sorunlar", ***Prof. Dr. Necmettin M. Berkin'e Armağan***, MİHBİR, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, ss.695-738.

KÜÇÜKAYDIN, Emine Aslı, ***Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

MERİÇ, Nedim, ***Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi***, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2011.

MUSİELAK, Hans Joachim-VOIT, Wolfgang, ***Grundkurs ZPO***, 14. Auflage, Verlag C.H., München, 2018.

MUŞUL, Timuçin, ***İcra ve İflâs Hukuku***, C. I, 6. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

NOMER, Haluk Nami, "Teminat Amaçlı Vefalı Satışlar ile İnanç Sözleşmeleri ve Lex Commissoria Yasağı", ***MÜHFHAD***, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, C. II, Özel Sayı, 2016, C. 22, S. 3, ss. 2007-2015.

NOMER, Halûk N., ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, 18. Bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2021.

OĞUZMAN, M. Kemal-ÖZ, M. Turgut, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, C. I, 18. Bs., Vedat Yayınevi, İstanbul, 2020.

ÖNAY, Işık, ***Yenileme***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

ÖNEN, Ergun, ***Medenî Yargılama Hukukunda Sulh***, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972.

ÖZKAN, Yönel, ***İcra İflâs Hukukunda İtirazın İptali Davası***, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

ÖZKAYA-FERENDECİ, H. Özden, "Dava Edilebilirlik Konusuna Genel Bir Bakış", ***MÜHFHAD***, C. 16, S. 1-2, ss. 233-246.

PEKCANITEZ, Hakan, "2279 Sayılı Cumhurbaşkanı (Fevkalade Mühlet) Kararı ile 7226 Sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesinin Birlikte Değerlendirilmesi", ***Covid-19 Salgınının Hukukî Boyutu***, Ed. Muhammet Özekes, 2. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, ss. 219-234.

PEKCANITEZ, Hakan, ***Medenî Usûl Hukuku Pekcanıtez Usûl***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

PEKCANITEZ, Hakan vd., Muhammet, ***İcra ve İflâs Hukuku***, 9. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

PEKCANITEZ, Hakan-ATALAY, Oğuz-ÖZEKES, Muhammet, ***Medenî Usûl Hukuku***, 10. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

POSTACIOĞLU, İlhan E., ***İcra Hukuku Esasları***, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

ROSENBERG, Leo-SCHWAB, Karl Heinz-GOTTWALD, Peter, ***Zivilprozessrecht***, Verlag C.H., München, 2018.

SARI, Mehmet, "Barter Şirketleri, Üyelik İlişkisi Sebebiyle, Üyelerinin Borçlarından Dolayı Haciz İhbarnameleriyle Sorumlu Tutulabilir mi?", ***Terazi Hukuk Dergisi***, C. 9, S. 100, Aralık 2014, s. 285-290.

SİRMEN, A. Lâle, ***Türk Özel Hukukunda Şart***, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1992.

TANRIVER, Süha, "Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler", ***Ankara Üniversitesi SBF Dergisi***, 1994, C. 49, S. 1, s. 333-348.

TANRIVER, Süha, ***Medenî Usûl Hukuku***, C. I, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021.

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi vd., ***Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, 7. Bs., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

THOMAS, Heinz-PUTZO, Hans-SEILER, Christian, ***Zivilprozessordnung***, 41. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2020.

ULUSAN, İlhan, "Maddî Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi", ***İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi***, 1971, C. V, S. 7, s. 149-166.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, ***Medeni Yargılama Hukuku***, C. I-II, 7. Bs., Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000.

YILDIRIM, Mehmet Kâmil-DEREN YILDIRIM, Nevhis, ***İcra ve İflas Hukuku***, 8. Bs., Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.

YILMAZ, Ejder, "İcra Tazminatı", ***Halûk Konuralp Anısına Armağan***, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 675-754.

Elektronik Kaynaklar

www.lexpera.com.tr

https://www.tbb.org.tr/tr/bankacilik/arastirma-ve-yayinlar/ozel-dosyalar/4489

İHTİYATİ TEDBİRİN ETKİSİNİN SÜRE BAKIMINDAN SINIRI(*)

Arş. Gör. Dr. Alper Tunga KÜÇÜK(**)

Öz

Dava konusu üzerinde dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam ettiğinden (HMK m. 24, III), kötü niyetli borçluların uyuşmazlık konusu üzerinde tasarrufta bulunması mümkündür. Uyuşmazlık konusu hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşmasına ya da tamamen imkânsız hâle gelmesine (HMK m. 389, I) engel olunması için ihtiyati tedbir kararının, uyuşmazlık tam olarak açıklığa kavuşuncaya kadar etkisini sürdürmesi ilkesi benimsenmiştir. Bu bağlamda, ihtiyati tedbirin etkisinin süre bakımından sınırı HMK m. 397, II'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "*ihtiyati tedbir kararının etkisi, aksi belirtilmediği takdirde, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder*". Bu çalışmada, ihtiyati tedbir kararının etkisinin süre bakımından sınırı öncelikle mahkemenin vereceği kararın türü, zamanı ve içeriği bakımından farklı ihtimallere göre öğretideki görüşler ve yargı kararları ışığında detaylı olarak incelenmiştir. Daha sonra ihtiyati tedbirin etkisinin uzun sürmesi, mülkiyet hakkı karşısında değerlendirilmiştir. Son olarak ise bu düzenlemenin uygulama alanı bakımından özellik arz eden bazı davalar ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

İhtiyati Tedbir, İhtiyati Tedbirin Etkisi, İhtiyati Tedbirin Süresi, Mülkiyet Hakkı.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 15.10.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 22.11.2022.
Atıf Şekli: Alper Tunga Küçük, "İhtiyati Tedbirin Etkisinin Süre Bakımından Sınırı", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 1215-1239.

(**) İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye.
E-posta: alper.kucuk@istanbul.edu.tr.
Orcid: http://orcid.org/0000- 0002-0613-1808.

THE LIMITATION OF THE INTERIM INJUCTION'S EFFECT IN TERMS OF DURATION

Abstract

Since the power of disposition continues after the lawsuit is filed, malicious debtors can dispose of the subject of dispute. The principle that the effect of the interim injunction will continue until the dispute is fully clarified, is to prevent the acquisition of the right subject to dispute from becoming significantly more difficult or completely impossible (CPL art. 389, I). In this context, the duration of the interim injunction is regulated in CPL art. 397, II. According to this provision, "*The effect of the interim injunction shall continue until the final decision becomes final, unless otherwise specified*". In this study, first of all, the duration of the effect of the interim injunction decision is examined in detail in the light of the opinions in the doctrine and judicial decisions according to different possibilities in terms of the type, time, and content of the decision to be given by the court. Then, the long duration of the effect of the interim injunction was evaluated against right of property. Finally, some special cases that in terms of the application area of this regulation are discussed.

Keywords

Interim Injunction, Effect of Interim Injunction, Duration of Interim Injunction, Right of Property.

GİRİŞ

Bir geçici hukukî koruma olan ihtiyati tedbirin amacı, hakkın ya da hak sahibinin karşı karşıya olduğu tehlikelerin ve bu tehlikelerin neden olabileceği telafisi mümkün olmayan zararların önlenmesidir[1]. Söz konusu tehlikelerin oluşmasında yargılamanın uzun sürmesi rol oynamaktadır[2]. Taraflar arasındaki hukukî durumun açıklığa kavuşturularak hakkın hüküm altına alınması, titiz bir yargılamayı gerekli kılmaktadır[3]. Ülkemizdeki yargılama sürelerinin uzunluğu[4]

---

1 İsmail Hakkı Karafakih, ***Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları***, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1952, s. 266; İlhan E. Postacıoğlu, ***Medeni Usul Hukuku Dersleri***, 6. Bs., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1975, s. 487; Necmeddin M. Berkin, ***Medenî Usul Hukuku Esasları***, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969, s. 118; H. Yavuz Alangoya, ""Davanın Esasını Çözümleyecek veya Böyle Bir Sonuç Doğuracak Biçimde İhtiyati Tedbir Karar"ları Hakkında", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/2, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, s. 325 vd., ***Yavuz Alangoya Makaleler***, Der. Mert Namlı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 357-382, s. 375; Baki Kuru, ***Medenî Usûl Hukuku El Kitabı***, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 1263; Saim Üstündağ, ***İhtiyati Tedbirler (Geçici Hukukî Himaye (Koruma) Önlemleri)***, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981, s. 10; Saim Üstündağ, ***Medenî Yargılama Hukuku***, 7. Bs., Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, s. 581; Ramazan Arslan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukukî Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler", ***Bankacılar Dergisi***, Ocak 2013, ss. 7-27, s. 10; Süha Tanrıver, ***Medenî Usul Hukuku***, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 205; Muhammet Özekes, ***Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku***, 15. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 2461; Muhammet Özekes, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, Yıl 2002, C. 4, S. 2, ss. 89 - 138, s. 95; Müjgan Tunç Yücel, ***HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 29; Leyla Akyol Aslan, ***Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 44; Evrim Erişir, ***Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 139; Mikail Bora Kaplan, ***Sınai Mülkiyet Kanunu'nda İhtiyati Tedbirler***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 12; Efe Dırenisa, "İhtiyatî Tedbir Kararına Muhalefet Düzenlemesinin (HMK m. 398) İptal Edilmesi ve İptal Kararının Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme", Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, C. 11, S. 25, 2019, ss. 97-175, s. 99; Birce Arslandoğan, ***Medenî Yargılama Hukukunda Delil Tespiti***, 2. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 55-56; Ramazan Korkmaz, ***Haksız İhtiyati Tedbir ve İhtiyatî Hacizden Kaynaklanan Tazminat Davası***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 30; Fatih Tahiroğlu, ***Medenî Usûl Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 139; Ayşe Ece Acar, ***İcra Mahkemesi Kararlarına Karşı İstinaf Kanun Yolu***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 53.

2 Nevhis Deren-Yıldırım, ***Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler***, 2. Bs., Alkım Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 3; Erişir, İhtiyati Tedbir, s. 138.

3 Erişir, İhtiyati Tedbir, s. 138.

4 İlk derece hukuk mahkemelerindeki ortalama yargılama süresi 2000 yılında 177 gün iken 2008 yılında 209 güne yükselmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonraki yıl olan 2012 yılında, bu süre 232 güne çıkmıştır. 2021 yılında ise ilk derece hukuk mahkemelerindeki ortalama yargılama süresi 251 gün olarak ölçülmüştür. Yargıtay Hukuk daireleri ve Hukuk Genel Kurulu'ndaki ortalama yargılama süresi ise 2021 yılı için 415 gündür. İstatistik için bkz. https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/31052022141642 2021H%C4%B0ZMETE%C3%96ZELK%C4%B0TAP.pdf (E. T. 21.08.2022).

dikkate alındığında, özellikle kötü niyetli borçluların uyuşmazlık konusuna zarar veren, onun değerini azaltan davranışlar içine girmesi veya uyuşmazlık konusu üzerinde tasarrufta bulunması sıklıkla karşılaşılan bir durumdur[5]. Zira tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder (HMK m. 24, III).

Uyuşmazlık konusu hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşmasına ya da tamamen imkânsız hâle gelmesine (HMK m. 389, I) engel olunması için ihtiyati tedbir kararının etkisini, uyuşmazlık tam olarak açıklığa kavuşuncaya kadar sürdürmesi ilkesi benimsenmiştir[6]. Bu bağlamda, ihtiyati tedbirin süre bakımından sınırı HMK m. 397, II'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "*ihtiyati tedbir kararının etkisi, aksi belirtilmediği takdirde, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder*". Bununla birlikte çeşitli durumlarda, ihtiyati tedbir kararının kaldırılması söz konusu olabilir. Bu hâller, ihtiyati tedbir kararına itiraz sonucu kararın kaldırılması (HMK m. 394, IV), teminat karşılığı tedbirin kaldırılması (HMK m. 395), durum ve koşulların değişmesi sebebiyle ihtiyati tedbirin kaldırılmasıdır (HMK m. 396). Ayrıca ihtiyati tedbir kararı dava açılmasından önce verilmişse, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmaz ise ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkar (HMK m. 397, I).

Çalışmada esas olarak ihtiyati tedbirin etkisinin süre bakımından sınırının düzenlendiği HMK m. 397, II hükmü incelenecektir. Bu inceleme, ihtiyati tedbir kararının etkisinin kanun hükmü gereği nihai kararın kesinleşmesine kadar devam etmesi, mahkemenin nihai kararında ihtiyati tedbir hakkında ayrıca karar vermesi ve mahkemenin nihai kararın kesinleşmesinden sonra ihtiyati tedbirin devamına karar vermesi ihtimalleri bakımından ayrı ayrı yapılacaktır. Söz konusu inceleme sırasında, nihai kararın usûle mi yoksa esasa ilişkin olduğu da dikkate alınacaktır. Daha sonra ihtiyati tedbirin etkisinin uzun sürmesinin mülkiyet hakkını ihlal edip etmediği Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararları ışığında değerlendirilecek ve uygulamanın yerindeliği tartışılacaktır. Nihayet HMK m. 397, II'nin uygulama alanı bakımından özellik arz eden boşanma ile ayrılık davaları ve menfi tespit davası ile iflâs davası ele alınacaktır.

---

[5] Erişir, İhtiyati Tedbir, s. 138. Ayrıca bkz. Ejder Yılmaz, "Dosyadan El Çeken Mahkemenin Kanunyolu Aşamasında Bulunan Davada İhtiyatî Tedbir Kararı Verme Yetkisi", ***Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi***, 2009/2, ss. 213-220, s. 215.

[6] Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), s. 117. https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf (E. T. 19.08.2022).

I. HMK m. 397, II DÜZENLEMESİ

A. Genel Olarak

İhtiyati tedbir kararının etkisinin süre bakımından sınırı, ihtiyati tedbiri tamamlayan işlemler başlıklı HMK m. 397'nin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "*ihtiyati tedbir kararının etkisi, aksi belirtilmediği takdirde, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder*"[7].

HMK m. 397, II hükmü yakından incelendiğinde, mahkemenin nihai kararını verirken ihtiyati tedbir hakkında iki tutum sergileyebileceği görülmektedir. Bunlardan ilki, mahkemenin tedbir konusunda nihai karar verirken ayrıca bir karar vermemesidir. Bu durumda kanun hükmü gereği ihtiyati tedbir kararının etkisi, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder[8]. Bu düzenleme öğretide,

---

[7] 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda ise farklı bir kabul söz konusuydu. HUMK m. 112'ye göre, "*Esas hakkında mahkeme tarafından verilen kararın tefhim veya tebliğ olunmasını mütaakıp ihtiyaten icra kılınmış olan tedbir mürtefi olur. Şu kadar ki mahkeme hükmün icrasını temin için işbu tedbirin tayin edeceği müddet zarfında devamına karar verebilir*". Görüldüğü üzere, HUMK m. 112'ye göre, ihtiyati tedbir kararı mahkeme tarafından esas hakkında verilen kararın tefhim veya tebliğ olunmasını takiben kendiliğinden kalkardı. Mahkemenin hükmün icrasını temin için tedbirin devamına karar vermesi mümkündü. Dolayısıyla HUMK m. 112'nin HMK m. 397'nin tersi bir düzenlemeyi içerdiğini söylemek mümkündür. Bkz. Kuru, El Kitabı, s. 1295; Selçuk Öztek, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Geçici Hukukî Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi", ***Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-X***, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirmesi, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, İzmir, 2012, ss. 428-461, s. 451-452; Ramazan Arslan vd., ***Medenî Usûl Hukuku***, 6. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 590; Ejder Yılmaz, ***Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi***, C. III, 3. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 3582; Deren-Yıldırım, İhtiyati Tedbirler, s. 136 vd.; Cengiz Serhat Konuralp, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler", ***İstanbul Hukuk Mecmuası***, 2013, C. LXXI, S. 2, ss. 225-274, s. 252; Yasemin Mıstaçoğlu, ***Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir Yargılaması***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 90 dn. 196. HUMK m. 112'nin davacının davayı kazansa dahi ihtiyati tedbirin kendiliğinden kalkmasına yol açarak dava konusunu kaybetmesine sebep olduğu için büyük haksızlıklara yol açabilecek bir düzenleme olduğuna dair bkz. Hidayet Aydıner, "Davayı Kazandık Amma Müddeabihi Kaybettik, Buna Sebep Olan Kanun Maddesi", ***Adalet Dergisi***, 1946/8, s. 818 vd. Ayrıca bkz. Ejder Yılmaz, ***Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 981-991. Cengiz Serhat Konuralp, ***İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 165. HUMK m. 112'nin hukuk güvenliğini zedeleyecek bir ifadeye yer verdiği yönünde bkz. Deren-Yıldırım, İhtiyati Tedbirler, s. 138. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde ileri sürülen başka bir görüşe göre ise, HUMK m. 112'ye göre mahkemenin ihtiyati tedbirin devamına karar vermesi mümkün olduğundan doğabilecek sakıncaların giderilmesi mümkündür. Bkz. Postacıoğlu, Usul, s. 496-497.

[8] Tutumlu, Tedbirin Süresi ve Kaldırılması Sorunu, s. 113; Murat Atalı - İbrahim Ermenek - Ersin Erdoğan, ***Medenî Usûl Hukuku***, 4. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 711. İsviçre hukukunda ise ihtiyati tedbirin etkisinin süre bakımından sınırı, SchZPO Art. 268, II'de düzenlen-

bir hükmün verilmesine usûl hukuku alanında özel (kesin hüküm ve icra edilebilirlik haricinde) hukukî sonuç bağlandığı hâllere örnek olarak gösterilmiştir[9].

Mahkemenin sergileyebileceği ikinci tutum ise tedbirin devam edip etmediği, devam ediyorsa ne kadar süreceği hakkında ayrıca bir karar vermesidir[10]. Bu durumda ihtiyati tedbirin akıbeti, verilen karara göre belirlenir[11].

Öğretideki bir görüşe göre, uygulamada ortaya çıkan tartışma ve tereddütleri ortadan kaldırması açısından isabetlidir[12]. Kanun gerekçesinde de bu hüküm ile uygulamada ortaya çıkan tartışma ve tereddütlerin bertaraf edilmeye çalışıldığı ifade edilmiştir[13].

---

miştir. Bu hükme göre, esas hakkındaki davada verilen nihai kararın kesinleşmesiyle (*mit Rechtskraft des Entscheides in der Hauptsache*) ihtiyati tedbir kalkar. Bu durumda ihtiyati tedbirin kaldırılması için talep gerekmez. Bu konuda bkz. Lucius Huber, ***Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)***, Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger, 3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 268, kn. 12; Andreas Güngerich, ***Schweizerische Zivilprozessordnung***, BK - Berner Kommentar, Stämpfli Verlag AG, 2012, Art. 268, kn. 13; Rainer Schumacher, "Res judicata: Wie kräftig wirkt die Rechtskraft der Endentscheide über vorsorgliche Massnahmen?", ***Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes***, 2016, ss. 133-139, s. 136; Johann Zürcher, ***ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar***, 2. Aufl., Alexander Brunner, Dominik Gasser, Ivo Schwander, Dike Verlag AG, 2016, kn. 15. Kanun'daki ifadenin, esas hakkındaki davada verilen kararın icrai kabiliyet kazanmasıyla şeklinde anlaşılması gerektiğine dair bkz. Selçuk Öztek, "İsviçre Medeni Usul Kanununun İhtiyati Tedbirler Konusundaki Düzenlemesine Genel Bir Bakış", ***Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, C. 19, S. 2, 2013, ss. 259-269, s. 267. İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu'ndan önceki dönem için bkz. Deren-Yıldırım, İhtiyati Tedbirler, s. 137-138. Alman hukukunda ise esas hakkında verilen hüküm ihtiyati tedbirin kalkmasına neden olmaz. Öte yandan ihtiyati tedbir kararı verildikten sonra, ihtiyati tedbirin dayanağını oluşturan şartların değişmesi nedeniyle ihtiyati tedbirin kaldırılması mümkündür (ZPO § 936'nın yaptığı yollama ile ZPO § 927, II). Bu konuda bkz. Michael Huber, ***Musielak/Voit, ZPO***, 19. Aufl. 2022, ZPO § 920, kn. 6 vd.; Ingo Drescher, ***Münchener Kommentar zur ZPO***, 6. Aufl., 2020, ZPO § 927 kn. 4. İhtiyati tedbirin dayanağını oluşturan şartların değişmesi örneklerinden biri olarak davanın reddi gösterilmiştir. Bkz. Rainer Kemper, ***Saenger, Zivilprozessordnung***, 9. Aufl., 2021, ZPO § 927, kn. 8; Huber, ZPO, § 927 kn. 9; Deren-Yıldırım, İhtiyati Tedbirler, s. 137.

9 Ali Cem Budak - Varol Karaaslan, ***Medenî Usul Hukuku***, 5. Bs. Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, P. 16 kn. 31.

10 Mehmet Akif Tutumlu, "Davanın Kabulü ve Reddi Durumlarında Tedbirin Süresi ve Kaldırılması Sorunu", ***Terazi Hukuk Dergisi***, S. 137, Ocak 2018, ss. 112-117, s. 113.

11 Tutumlu, Tedbirin Süresi ve Kaldırılması Sorunu, s. 113.

12 Konuralp, İcra, s. 166.

13 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), s. 117. https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf (E. T. 19.08.2022).

B. İhtiyati Tedbir Kararının Etkisinin Kanun Hükmü Gereği Nihai Kararın Kesinleşmesine Kadar Devam Etmesi

İhtiyati tedbirin etkisi, mahkeme, nihai karar verirken ihtiyati tedbirin etkisine dair ayrıca bir karar vermezse, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder (HMK m. 397, II). Tarafların bu sonucun ortaya çıkması için talepte bulunmaları gerekmez[14].

Söz konusu düzenleme incelendiğinde, ihtiyati tedbirin etki süresinin belirlenmesinde nihai kararlar arasında bir ayrım yapılmadığı görülmektedir. Oysaki bu düzenlemenin karşılığı olan HUMK m. 112'de yalnızca esas hakkında verilen kararlardan söz edilmiştir[15]. Öğretide HMK m. 397, II'nin kapsamının açık olmadığı ifade edilmiştir[16].

Davanın görevsizlik veya yetkisizlik kararı gibi usûlî bir nedenden ötürü reddedilmesi durumunda, bu karar kesinleşse de ihtiyati tedbir ortadan kalkmaz[17]. Zira kararın kesinleşmesinden sonra, HMK m. 20, I'de öngörülen süre içerisinde görevli ve yetkili mahkemeye başvurarak aynı davayı devam ettirmek mümkündür[18]. Bu durumda davacının haklı olup olmadığı görevli ve yetkili

---

14 Budak - Karaaslan, Usul, P. 16 kn. 31.

15 Bu durum Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde, öğretide tartışmalara neden olmuştur. Bu bağlamda öğretide görevsizlik kararıyla birlikte ihtiyati tedbirin devamına karar verilip verilemeyeceği tartışılmıştır. Bir görüşe göre, ihtiyati tedbir kararını veren hâkim, görevli mahkemeden yeniden ihtiyati tedbir talep edilinceye kadar geçecek süre için telafisi zor zararların ortaya çıkacağını görürse, kesin olarak belirleyeceği bir süre için ihtiyati tedbirin devamına karar verebilir. Bkz. Mustafa Reşit Belgesay, "Bir Mahkemenin Verdiği İhtiyati Tedbir Kararı Davanın Esasını Görmeye Selâhiyetsiz Olduğuna Dair Vereceği Kararla Ortadan Kalkar mı?", ***İstanbul Baro Mecmuası***, 1935, Sene: 9, S. 10-11, ss. 393-399, s. 399; Mehmet Akif Tutumlu, "Görevsizlik Kararıyla Birlikte İhtiyati Tedbirin Devamına Karar Verilebilir Mi?", ***Terazi Hukuk Dergisi***, S. 13, Eylül 2007, ss. 135-138, s. 138. Diğer bir görüşe göre ise, görevsizlik kararı verildiğinde ihtiyati tedbir kararı kalkar. Bu durumda HUMK m. 112'nin ikinci cümlesi uygulanamaz. İhtiyati tedbirin devamına karar verilemez. Bkz. Baki Kuru, ***Hukuk Muhakemeleri Usulü***, C. 1, 6. Bs., Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 734. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde konuya dair tartışmalar ve yargı kararları için bkz. Deren-Yıldırım, İhtiyati Tedbirler, s. 138-139; Tutumlu, Görevsizlik, s. 135-138.

16 Öztek, Geçici Hukukî Koruma, s. 452; Tutumlu, Tedbirin Süresi ve Kaldırılması Sorunu, s. 112.

17 Kuru, Muhakeme, s. 349; Bilge Umar, ***Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi***, 2. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 1161; Murat Atalı, "Hukuk Yargılamamızda Genel Mahkemeler, Görev Kavramı ve Görevsizlik Kararı", ***Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesi' den 10. Hizmet Yılı Armağanı***, Selçuk Üniversitesi, Konya, 1995, ss. 525-551, s. 550; Fatih Tahiroğlu, ***Medeni Usul Hukukunda Görevli Mahkemenin Belirlenmesi***, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2013, s. 183.

18 Umar, Şerh, s. 1161; Öztek, Geçici Hukukî Koruma, s. 453-454.

mahkemede hükme bağlanır. Bununla birlikte Kanun'da öngörülen süre içerisinde başvuru yapılmaz ve dava açılmamış sayılırsa, ihtiyati tedbir kararı kalkmış olur[19].

Dosyanın işlemden kaldırılmasına[20] karar verilmiş olması durumunda, daha önce verilmiş olan ihtiyati tedbir kararın akıbetinin ne olacağı üzerinde durulmalıdır[21]. Kanaatimizce bu konuda Kanun'da açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, ihtiyati haciz hakkındaki İİK m. 264 düzenlemesinin kıyasen[22] uygulanması gerekir[23]. Bu hükme göre, "*dava dosyası muameleden kaldırılıp da bir ay içinde dava yenilenmezse* [...] *ihtiyati haciz hükümsüz kalır*". Dolayısıyla daha önceden verilmiş ihtiyati tedbir, dosyanın işlemden kaldırıldığı ilk bir ay devam eder, dava bu süre içinde yenilenmezse ihtiyati tedbir hükümsüz kalır[24].

C. Mahkemenin Nihai Karar Verirken İhtiyati Tedbir Hakkında Ayrıca Karar Vermesi

Hâkim, ihtiyati tedbir kararı verirken taraflar arasındaki menfaat dengesini ve ihtiyati tedbirin amacını dikkate almalıdır[25]. Kanaatimizce hâkimin dikkate alması gereken bu ölçütler yalnızca ihtiyati tedbir kararı verilirken değil, aynı zamanda bu kararın süre bakımından sınırının belirlenmesinde de geçerli olma-

---

19 Umar, Şerh, s. 1161.

20 Dosyanın işlemden kaldırılmasının teknik anlamda bir nihai karar olmadığı yönünde bkz. Özekes, Usûl, s. 1473.

21 Bu konudaki tartışmalar için bkz. Cumhur Rüzgaresen, ***Medeni Usul Hukukunda Dosyanın İşlemden Kaldırılması***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 316-320.

22 İhtiyati haciz hükümlerinin ihtiyati tedbirlere kıyasen uygulanması gerektiğine dair detaylı açıklamalar için bkz. Erişir, İhtiyati Tedbir, s. 238-246.

23 Kuru, El Kitabı, s. 1233; Ömer Ulukapı, ***Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi***, Mimoza Yayınları, Konya, 1997, s. 125; Özekes, Usûl, s. 1475; Yasemin Mıstaçoğlu, "Medeni Usul Hukukunda Dosyanın İşlemden Kaldırılmasının Sonuçları", ***İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi***, S. 30, Y. 15, 2016, ss. 215-232, s. 226-227. Bengü Pamukçu, ***Medenî Yargılama Hukukunda Dosyanın İşlemden Kaldırılması***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 229-230.

24 Kuru, El Kitabı, s. 1233; Ulukapı, Duruşma, s. 125; Özekes, Usûl, s. 1475; Pamukçu, Dosyanın İşlemden Kaldırılması, s. 229-230. Diğer bir görüşe göre ise, dosyanın işlemden kaldırılması ile davanın açılmamış sayılmasına dair karar kesinleşinceye kadar dava derdest olmaya devam ettiğinden, ihtiyati tedbir de uygulanmaya devam eder. Bu konuda İİK m. 264'ün kıyasen uygulanmasına olanak sağlayan yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bkz. Rüzgaresen, Dosyanın İşlemden Kaldırılması, s. 318.

25 Alangoya, İhtiyati Tedbir, s. 360; Arslan, Geçici Hukuki Korumalar, s. 13; Erişir, İhtiyati Tedbir, s. 208 vd.; Konuralp, İhtiyati Tedbirler, s. 249; Mıstaçoğlu, İhtiyati Tedbir Yargılaması, s. 63. Ayrıca bkz. Dırenisa, İhtiyati Tedbir, s. 111-112.

lıdır. İhtiyati tedbir prosedüründe menfaat dengesi başlangıçta talepte bulunan lehine iken, özellikle ihtiyati tedbir kararının verildiği ve icra edildiği aşamadan sonra karşı tarafın lehine işlemeye başlar[26]. Zira başlangıçta, talepte bulunanın hakkı tehlikede kabul edilmekteyken, ihtiyati tedbir ve bu kararın icrasından sonra talepte bulunanın hakkı güvence altına alındığından, bu aşamadan sonra tedbir kararının hatalı olması ihtimali karşısında karşı tarafın zarar görmemesi için gerekli prosedür işletilmeli, karşı tarafın menfaatine ağırlık verilmelidir[27].

Her ne kadar hukukumuzda kural olarak hükmün verilmesi ihtiyati tedbiri ortadan kaldırmasa da, HMK m. 397, II'ye göre mahkeme nihai kararında ihtiyati tedbirin kaldırılmasına karar verebilir[28]. Bu durumda ihtiyati tedbir kararının etkisi, bu kararla ortadan kalkar[29]. Mahkemenin nihai kararında ihtiyati tedbirin kaldırılmasına karar vermesi için aleyhine tedbir kararı verilmiş tarafın talebine ihtiyaç yoktur. Kanun koyucu mahkemeye, nihai kararında ihtiyati tedbirin kaldırılması konusunda takdir hakkı tanımıştır[30].

HMK m. 397,II'de belirtilen "*aksi belirtilmediği takdirde*" ifadesi, mahkemenin nihai karar verirken ihtiyati tedbirin etkisine dair ayrıca karar verebileceğini göstermektedir. Yargıtay bir kararında bu hususu şöyle ifade etmiştir: "*HMK'nın 397/2. maddesinde belirtilen "aksi belirtilmediği takdirde" ifadesinden anlaşılması gereken, hüküm fıkrasında tedbire dair aksi yönde bir hüküm verilmemesidir*"[31].

Maddenin gerekçesinde ise mahkemenin nihai kararını verirken ihtiyati tedbir hakkında ayrıca karar vermesi hususunda, şu açıklamalara yer verilmiştir: Tedbir kararı verildikten sonra, asıl hükümde tedbir talep eden haksız çıkmışsa, mahkeme hükümle birlikte tedbirin de kaldırılmasına karar verebilir. Bu durumda kanun yoluna başvurulduğu aşamada tedbir kalkmış olacaktır[32]. Öte yandan, nihai karar usûle ilişkinse, bu karar ihtiyati tedbirin kaldırılması için

---

26 Özekes, İhtiyati Tedbir, s. 95.

27 Özekes, İhtiyati Tedbir, s. 95.

28 Konuralp, İhtiyati Tedbirler, s. 253; Mıstaçoğlu, İhtiyati Tedbir Yargılaması, s. 90.

29 Mıstaçoğlu, İhtiyati Tedbir Yargılaması, s. 90.

30 Konuralp, İhtiyati Tedbirler, s. 253.

31 Y. 12. HD., E. 2016/18239, K. 2017/11125, T. 21.9.2017 (Kazancı, E. T. 01.09.2022).

32 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), s. 117. https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf (E. T. 19.08.2022).

yeterli bir sebep oluşturmayabilir. Tüm bu hususlar mahkemece dikkate alınarak, gerekiyorsa hükümle birlikte tedbirin kaldırılmasına karar verilebilir[33].

Madde gerekçesi incelendiğinde, kanun koyucunun nihai kararın türüne göre bir ayrım yaptığı görülmektedir[34]. Buna göre mahkemenin, nihai karar verirken ihtiyati tedbir hakkında ayrıca karar vermesi, ihtiyati tedbir talep edenin talebinin esastan reddedilmesi durumunda gerekli olabilir. Buna karşılık mahkemenin red kararı usûle dair ise bu karar, ihtiyati tedbirin kaldırılması için bir dayanak teşkil etmeyebilir.

Mahkeme usûle ilişkin bir nihai kararla davayı reddederse öğretideki bir görüşe göre, mahkemenin ihtiyati tedbir kararı açısından ne şekilde karar vermesi gerektiği konusunda bir ayrım yapılması gerekir[35]. Bu görüşe göre, dava şartlarından birinin eksikliği halinde davanın usûlden reddi kararında olduğu gibi usûle ilişkin nihai bir karar sonucu davaya başka bir mahkemede devam etme ihtimali yoksa, mahkemenin bu kararla birlikte ihtiyati tedbirin kaldırılmasına karar vermesi yerinde olur[36]. Bununla birlikte yetkisizlik nedeniyle davanın usûlden reddi kararında olduğu gibi, nihai bir karar sonucu davaya başka bir mahkemede devam etme olasılığı varsa mahkemenin tedbir kararını kaldırmaması gerekir[37]. Bununla birlikte davacı yetkisizlik kararının kesinleşmesinden itibaren iki hafta içinde yetkili mahkemeye başvurmazsa, dava açılmamış sayılacağından (HMK m. 20), bu durumda ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkar[38].

---

33 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), s. 117. https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf (E. T. 19.08.2022).

34 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), s. 117. https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf (E. T. 19.08.2022).

35 Konuralp, İhtiyati Tedbirler, s. 252. Kanaatimiz için bkz. aşa. II.

36 Konuralp, İhtiyati Tedbirler, s. 252. Alman hukukunda ise davacının belirli bir süre içinde başka bir mahkemede davaya devam etme ihtimali varsa, davanın usûlden reddinin ihtiyati tedbirin kaldırılması talep hakkını doğurmayacağı tartışılmıştır. Bu konuda bkz. Deren-Yıldırım, İhtiyati Tedbirler, s. 138.

37 Arslan, Geçici Hukuki Korumalar, s. 22; Konuralp, İhtiyati Tedbirler, s. 252-253.

38 Berkin, Usul, s. 121; Postacıoğlu, Usul, s. 497; Necip Bilge - Ergun Önen, ***Medeni Yargılama Hukuku Dersleri***, 3. Bs., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978, s. 378; H. Yavuz Alangoya, M. Kâmil Yıldırım, Nevhis Deren-Yıldırım, ***Medeni Usul Hukuku Esasları***, 7. Bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s. 413; Konuralp, İhtiyati Tedbirler, s. 253; L. Şanal Görgün vd., ***Medenî Usûl Hukuku***, 9. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 733.

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, görevsizlik kararı verildiğinde ihtiyati tedbirin de kaldırılmasına karar verilmesi gerekir[39]. Bu görüşün dayanak gösterdiği Yargıtay kararına göre, ihtiyati tedbir görevsiz mahkemeden istenmiş ve verilmiştir. İtiraz üzerine de mahkemece görevsiz olduğu anlaşıldığına göre, görevsizlik kararı verilmekle birlikte görevsiz olarak verdiği ihtiyati tedbir kararının kaldırılmasına da karar verilmesi gerekir[40].

Mahkeme, hükmünü verdikten sonra ihtiyati tedbirin kaldırılmasına ilişkin bir tasarrufta bulunamaz. Zira mahkeme, hükmünü vermesiyle birlikte davadan el çekmiş olur[41]. Öte yandan hükme karşı istinafa başvurulursa, bölge adliye mahkemesinin ilk derecede mahkemesinde verilmiş ve etkisi devam eden ihtiyati tedbir kararı hakkında karar verip veremeyeceğinin üzerinde durulması gerekir. İstinaf aşamasında geçici hukukî koruma kararı verilip verilemeyeceği konusunda Kanun'da açık bir hüküm yoktur[42]. Bununla birlikte HMK m. 360'a göre, Kanun'da istinafın düzenlendiği sekizinci kısım birinci bölümde aksine hüküm bulunmayan hâllerde, ilk derece yargılamasında uygulanan usûl, istinafta da geçerlidir[43]. Ayrıca istinaf sadece denetim değil, hüküm mahkemesi de olduğundan bu tür kararların istinafta verilmesi mümkün olmalıdır[44]. Nitekim istinafta yapılamayacak işlemlerin düzenlendiği HMK m. 357'de geçici hukukî korumalara dair bir hüküm bulunmamaktadır[45]. Öte yandan ilk derece mahkemesi nihai kararında daha önce verilmiş olan ihtiyati tedbir kararını ortadan kaldırırsa, bölge adliye mahkemesi aynı konuda yeniden bir ihtiyati tedbir kararı verebilir[46]. Tüm bu gerekçelerden hareketle, ilk derece mahkemesinde veril-

---

39 Tutumlu, Tedbirin Süresi ve Kaldırılması Sorunu, s. 117.

40 Y. 4. HD, 22.01.2013, E. 2012/13597, K. 2013/688 (Tutumlu, Tedbirin Süresi ve Kaldırılması Sorunu, s. 117 ve Kazancı, E. T. 01.09.2022).

41 Konuralp, İhtiyati Tedbirler, s. 253.

42 Özekes, Usûl, s. 2261.

43 Özekes, Usûl, s. 2261; Yasemin Mıstaçoğlu, "Bölge Adliye Mahkemeleri ve İhtiyati Tedbir Kararları", ***İstanbul Barosu Dergisi***, C. 90, S. 6, Kasım 2016, ss. 36-44, s. 40.

44 Özekes, Usûl, s. 2262; Tolga Akkaya, ***Medenî Usûl Hukukunda İstinaf***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 343. Davanın bölge adliye mahkemesinde görülmesi sırasında ihtiyatî tedbir kararı verilebileceğine dair ayrıca bkz. Abdurrahim Karslı, ***Medeni Muhakeme Hukuku***, 5. bs, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 735; Cemil Simil, "Bölge Adliye Mahkemelerinin İhtiyatî Tedbir Kararı Verebilmesi ve Kararın Denetimi", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 10, S. 2, 2020, s. 171-194, s. 183 vd. Bu konuda ayrıca bkz. Sümeyye Sena Fırat, Geçici Hukukî Koruma Tedbirlerine Karşı Kanun Yolları, ***İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2021, s. 94.

45 Özekes, Usûl, s. 2261; Mıstaçoğlu, Bölge Adliye Mahkemeleri, s. 40-41.

46 Özekes, Usûl, s. 2262.

miş olan bir ihtiyati tedbir kararının kanun gereği hükmün kesinleşmesine kadar sürecek etkisi, bölge adliye mahkemesince ortadan kaldırılabilir[47].

Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden temyizi kabil kararlara veya bölge adliye mahkemesinin ilk derece mahkemesinin verdiği kararı doğru bularak verdiği istinaf başvurusunun esastan reddi kararına karşı temyize başvurulduğunda Yargıtay'ın, ilk derece mahkemesi yargılaması veya istinaf yargılaması sırasında verilen ve etkisi devam eden ihtiyati tedbir kararı hakkında karar verip veremeyeceği irdelenmelidir. Yargıtay'ın gerçekleştirdiği yargılama faaliyeti kural olarak hukukîlik denetimiyle sınırlı olduğundan[48], açıkça kanunla düzenlenmediği sürece, Yargıtay ihtiyati tedbir kararı veremez. Bu bağlamda Yargıtay'ın tehir-i icra gibi (İİK m. 36) geçici hukukî koruma verme yetkisinin kapsamı genişletilemez[49]. Yargıtay'ın ihtiyati tedbir kararı veremeyeceği dikkate alındığında; ilk derece mahkemesinde veya bölge adliye mahkemesinde verilmiş bir ihtiyati tedbir kararının kanun gereği hükmün kesinleşmesine kadar sürecek etkisinin Yargıtay tarafından ortadan kaldırılması da mümkün değildir.

D. Mahkemenin Nihai Kararın Kesinleşmesinden Sonra İhtiyati Tedbirin Devamına Karar Vermesi

Mahkemenin HMK m. 397, II uyarınca, ihtiyati tedbir kararının etkisinin süresi bakımından sahip olduğu takdir hakkının nihai kararın kesinleşmesinden sonraki aşamayı da kapsayıp kapsamadığı hususu incelenmelidir.

HMK m. 397, II'deki "*aksi belirtilmedikçe*" ihtiyati tedbir kararının etkisinin nihai kararının kesinleşmesine kadar devam edeceği şeklindeki ifade nihai kararın kesinleşmesinden sonraki dönem için de uygulama alanı bulur[50]. Şöyle ki nihai kararın kesinleşmesinden sonra, dava ve tedbir konusu taşınmazın tapuya

---

47 Öğretideki bir görüşe göre, ilk derece mahkemesinin kararına karşı istinafa başvurulmuşsa, bölge adliye mahkemesi de ihtiyati tedbir kararının kaldırılmasına karar verebilir. Bkz. Atalı-Ermenek-Erdoğan, Usûl, s. 711.

48 Bu konuda bkz. Yılmaz, Geçici Hukuki Himaye, s. 876; Akkaya, s. 343; Mıstaçoğlu, Bölge Adliye Mahkemeleri, s. 40.; Fırat, s. 99.

49 Temyiz aşamasında bir ihtiyati tedbir ihtiyacı doğması durumunda, ihtiyatî tedbir için görevli ve yetkili mahkeme, davayı karara bağlayan yerel mahkeme veya duruma göre bölge adliye mahkemesidir. Bkz. Özekes, Usûl, s. 2470-2471. *Yılmaz*'a göre ise ortada bir kanun boşluğu bulunmaktadır. Temyiz aşamasında ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi bulunan mahkeme, TMK m. 1 bağlamında, yargılamayı yapıp nihai kararı vermiş olan mahkemedir. Bkz. Yılmaz, İhtiyati Tedbir, s. 220; Yılmaz, Şerh, s. 3543.

50 Umar, Şerh, s. 1161-1162; Öztek, Geçici Hukukî Koruma, s. 453; Arslan, Geçici Hukuki Korumalar, s. 22.

tesciline kadar ihtiyati tedbirin devam edeceğine karar verilmesinin mümkün olması gerekir. Hatta bazı durumlarda, ihtiyati tedbirle sağlanan geçici hukukî korumanın kesin korumaya dönüşmesi için böyle bir karar verilmesi zorunlu olabilir[51].

II. İHTİYATİ TEDBİRİN ETKİSİNİN UZUN SÜRMESİNİN MÜLKİYET HAKKI KARŞISINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

İhtiyati tedbirin etkisi kural olarak hükmün kesinleşmesine kadar devam ettiğinden, bu etkinin süresinin yargılama süresi ile yakın ilişkisi bulunmaktadır. Yargılamanın Anayasa'ya (AY m. 141) ve Kanun'a (HMK m. 30) aykırı şekilde makul olmayan sürelerde gerçekleşmesi, çeşitli hak ihlâli iddialarına neden olmaktadır. Bu bağlamda ihtiyati tedbirin etkisinin uzun sürmesi, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucu verdiği kararlara konu olmaktadır[52].

Anayasa Mahkemesi son yıllarda, ihtiyati tedbirin uygulanmasının makul bir süreyi aşması nedeniyle mülkiyet hakkının (AY m. 35) ihlal edildiğine yönelik kararlar vermektedir. Makul sürenin aşılması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine yönelik kararlardaki ihtiyati tedbir süreleri çeşitli olup bu süreler 6 yıl[53] ila 25 yıl[54] arasında değişmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin mülkiyet hak-

---

[51] Öztek, Geçici Hukukî Koruma, s 453; Arslan, Geçici Hukuki Korumalar, s. 22; Mıstaçoğlu, İhtiyati Tedbir Yargılaması, s. 88. İsviçre hukukunda ise bu konuda açık bir düzenleme vardır. Mahkeme, kararın infazı için gerekli ise veya kanun öyle öngörüyorsa, esas hakkında verilen karar kesinleştikten sonra da tedbirin devamına karar verebilir (SchZPO Art. 268, II). Örneğin mahkeme, tapu sicilindeki devir sınırlamasını esasa ilişkin karar uyarınca gerekli kaydın gerçekleştirilmesine kadar uzatabilir. Öztek, İsviçre, s. 267. Ayrıca bkz. Isaak Meier, vd., "Einstweiliger Rechtsschutz Im Schweizerischen Recht Zwischen Optimierung Und Standardisierung", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, ss. 239-262, s. 250.

[52] Anayasa Mahkemesi'nin ihtiyati tedbirin uygulanmasının makul bir süreyi aşması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine yönelik verdiği kararlar için bkz. "[...] *olayda mülkiyet hakkını sınırlandıran tedbir surecinin yaklaşık 10 yıl 1 ay sürdüğü tespit edilmiştir. Bu tedbir sureci bir bütün olarak ele alındığında söz konusu surenin makul olmadığı ise kuşkusuzdur. Bu durumda mülkiyet hakkını sınırlandıran tedbirin başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağandışı bir külfet yüklediği, başvurucunun mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin olarak somut olay bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerinin tam ve etkin bir biçimde yerine getirilmediği sonucuna varılmıştır.* [...]" AYM, *Nihal Soydan*, B. No: 2015/3112, T. 23.1.2019; AYM, *Muhammet Ali Yılmaz ve Diğerleri*, B. No: 2014/8403, T. 10.10.2019; AYM, *Necdet Üner*, B. No: 2014/2317, T. 10.1.2019; AYM, *Şükrü Karahasanoğlu,* B. No: 2016/8346, 18.6.2020; AYM, Yaşar Ergün, B. No: 4451, 22.2.2017, *Saner Eren*, B. No: 2018/1718, 12.1.2021. Bkz. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (E. T. 15.08.2022).

[53] AYM, *Zekiye Güler Aksoy*, B. No: 2015/14070, T. 6.2.2019. Bkz. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (E. T. 15.08.2022).

kının ihlal edildiğine yönelik kararının gerekçesi şu şekildedir: "*Taşınmaz üzerinde belirli bir süreyle hukuki tasarruflarda bulunmasının sınırlandırılması bakımından kamu makamlarının geniş bir takdir yetkisi mevcut ise de bu tedbirlerin uygulanmasının mülk sahibine kaçınılmaz olandan aşın bir külfet de yüklememesi gerekmektedir. Bu doğrultuda, tedbiri uygulayan kamu makamlarının söz konusu tedbirin başvurucunun mülkiyet hakkına etkilerini de gözetmesi ve ölçüsüz bir müdahaleye yol açmaması gerekmektedir. Somut olayda ise başvurucunun taşınmazı ile ilgili olarak uygulanan ihtiyati tedbirin yaklaşık yirmi beş yıldan bu yana devam etmesinin mülkiyet hakkı sınırlandırılan başvurucuyu -bu sürenin uzunluğu dikkate alındığında- makul olandan daha fazla bir zarara uğrattığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla başvurucunun taşınmazı üzerinde hukuki tasarruflarda bulunmasını sınırlandıran başvuruya konu ihtiyati tedbir şerhinin yaklaşık yirmi beş yıldır devam ettiği ve başvurucunun bu yüzden doğan zararının ise giderilmediği gözetildiğinde müdahalenin başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediği anlaşılmaktadır. Bu sebeple başvurucunun mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında olması gereken adil dengenin başvurucu aleyhine bozulduğu ve müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna varılmıştır*"[55].

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkını sınırlayıcı ihtiyati tedbirlerin uzun sürmesinin, başvurucuya olağan dışı bir külfet yüklediği ve mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğu, kamu yararı ile arasındaki dengenin gözetilmediği ve devletin pozitif yükümlülüklerini etkin şekilde yerine getirmediği kanaatine varmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği ihlal kararları incelendiğinde, ihtiyati tedbirlerin durumu bakımından çeşitli ihtimaller karşımıza çıkmaktadır. İhlal kararı verilen bazı davalarda davanın on yıldan fazla sürdüğü ve bireysel başvuru sırasında hala esas hakkında bir nihai karar verilmediği görülmektedir[56]. Mahkemenin davanın başında vermiş olduğu ihtiyati tedbir kararını kaldırmaması, mülkiyet hakkının ihlâline sebep olmuştur. Bazı davalarda ise ilk derece yargılaması neticesinde davanın usûlden veya esastan reddine karar verilmiş, bu ret kararına rağmen ilk derece mahkemesi Kanun'da verilen takdir hakkını kullan-

---

[54] AYM, *İbrahim Geçer*, B. No: 2014/19056, T. 19.02.2019. Bkz. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (E. T. 15.08.2022).

[55] AYM, *İbrahim Geçer*, B. No: 2014/19056, T. 19.02.2019. Bkz. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (E. T. 15.08.2022).

[56] AYM, *Sevil Gümüş*, B. No: 2014/13956, T. 9.1.2019. Bkz. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (E. T. 15.08.2022).

mayarak ihtiyati tedbiri kaldırmamıştır[57]. Bu durumda da ihtiyati tedbir çok uzun yıllar devam ettiğinden mülkiyet hakkının ihlaline karar verilmiştir.

Kanaatimizce ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemeleri ihtiyati tedbirin geçici hukukî koruma sağladığını ve talepte bulunanın nihai olarak tatminini amaçlamadığını dikkate alarak karar vermelidir. Özellikle başlangıçta talepte bulunanın hakkı tehlikede kabul edilmekteyken, ihtiyati tedbir kararından sonra tedbir kararının hatalı olması ihtimali karşısında karşı tarafın zarar görmemesi için gerekli prosedürün işletilmesi, karşı tarafın menfaatine ağırlık verilmesi gerekir[58]. Örneğin 25 yıl süren bir davada, davanın başında verilen ihtiyati tedbir kararının şartları ile mevcut durum arasında bir farkın olup olmadığı özenle değerlendirilmelidir. Böyle uzun süren davalarda yapılan durum ve koşulların değişmesi nedeniyle ihtiyati tedbirin kaldırılması taleplerinin (HMK m. 396) dikkatle incelenmesi gerekir. Uygulamada ise genellikle bu taleplerin reddedildiği görülmektedir.

Öte yandan uygulamada, mahkemelerin HMK m. 397, II uyarınca kendilerine verilen takdir hakkını da pek kullanmadığı ve ihtiyati tedbirin etkisini kararın kesinleşmesine kadar sürdürdükleri görülmektedir. Bu durum yukarıda belirttiğimiz üzere mülkiyet hakkının ihlaline neden olmaktadır. Davacının haksızlığı ilk derece mahkemesi veya istinaf yargılaması[59] sonucu anlaşıldığında, ihtiyati tedbir kararının kaldırılması yerinde olacaktır. Ancak davanın usûlden reddi söz konusuysa ve davacının iddiasındaki esas yönünden haklı olduğu hususu (HMK m. 390, III)[60], yapılmış olan yargılamada sürüyorsa bu durumda ihtiyati tedbir kararı muhafaza edilebilir.

III. HMK m. 397, II'NİN UYGULAMA ALANI BAKIMINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI DAVALAR

A. Boşanma ve Ayrılık Davası

İhtiyati tedbir kararı verilebilmesi için kural olarak bu konuda bir talebin bulunması gerekliyse de (HMK m. 390), TMK m. 169'a göre, boşanma ve ayrılık

---

57 AYM, *Şeyhmus Terece*, B. No: 2017/26532, T. 23/7/2020. Bkz. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ (E. T. 15.08.2022).

58 Bkz. yuk. I, C.

59 Bkz. yuk. I, C.

60 Bu konuda bkz. Ahmet Başözen, Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde "Yaklaşık İspat" ve "İhtimal" Kavramı ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, s. 653-694, s. 679.

davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır[61].

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde öğretideki görüş ve Yargıtay uygulaması, HMK m. 397, II'nin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki karşılığı olan 112. maddenin boşanma davalarında uygulanmayacağı yönündeydi. Buna göre, geçici tedbirler, HUMK m. 112 uyarınca esas hakkında verilen kararla değil; hükmün kesinleşmesi ile ortadan kalkardı[62].

HMK m. 397, II düzenlemesi ise HUMK m. 112'nin aksine ihtiyati tedbirlerin etkisinin, aksi belirtilmediği takdirde nihai kararın kesinleşmesine kadar devam edeceği yönündedir. Bu noktada üzerinde durulması gereken husus, HMK m. 397, II uyarınca, mahkemenin nihai kararını verirken boşanma davasındaki geçici önlemler bakımından ayrıca karar alıp alamayacağıdır.

Öğretideki bir görüşe göre, boşanma davası sırasındaki geçici tedbirler, özellikle de tedbir nafakası için hâkim hükümle birlikte tedbirin kalkmasına karar veremez[63]. Bu tedbirler boşanma davasına ilişkin hüküm kesinleşinceye kadar devam eder[64].

---

61 Boşanma davası sırasında alınan geçici önlemlerin ihtiyati tedbir niteliğinde olmadığı; geçici önlemlerin ihtiyati tedbirlerden farklı olarak bağımsız bir davaya bağlanmadığı ve ayakta kalması için tamamlayıcı merasime ihtiyaç duymadığı yönünde bkz. Erişir, İhtiyati Tedbir, s. 273 vd.; Tolga Akkaya, "Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı", ***Ankara Barosu Dergisi***, 2014/4, ss. 23-61, s. 44 dn. 62. Boşanma davasında alınabilecek geçici önlemlere dair bkz. Evrim Erişir, "Boşanma Davasında Malvarlığına Yönelik Geçici Koruma", ***Türk Hukukçu Kadınlar Derneğinin 50. Kuruluş Yıldönümü Sempozyum Kitabı Aile Hukukunda Güncel Sorunlar***, Filiz Kitabevi, 2019, ss. 21-66, s. 29; Fatih Tahiroğlu, "Die Sammlung von Tatsachen und Beweismitteln in Verfahren der während des Scheidungsprozesses zu treffenden vorsorglichen Maßnahmen", ***Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2022, 4(1), ss. 209-242.

62 "[…] *Taraflar boşanma davasında barıştıklarını bildirdiklerinden, mahkemenin boşanma konusunda bir karar vermesine yer olmadığı yolundaki hüküm, davanın reddi mahiyetindedir. Böylece nafaka kararı da boşanma davasının reddi niteliğinde olan hükmün kesinleşmesiyle ortadan kalkacaktır. Mahkemenin nafakanın kesilmesi konusunda ayrıca bir hüküm vermemiş olması* […] *uygundur* […]", Y. HGK, 28.02.1962, E. 2/11, K. 22, bkz. Umar, Şerh, s. 1160; "[…] *Hâkim; davanın açılmasını müteakip lazım gelen ve bilhassa kadın ve çocukların iskân ve infakına müteallik muvakkat tedbirleri alır. Bu tedbirler, boşanma davasının devamıyla kayıtlı olup dava kesin sonuca varıncaya kadar devam eder* […]" Y. İİD. 16.11.1997, E. 10011, K. 10222, bkz. Kuru, Muhakeme C. IV, s. 4369; Deren-Yıldırım, İhtiyati Tedbirler, s. 136; Konuralp, İcra, s. 165.

63 Konuralp, İcra, s. 165.

64 Konuralp, İcra, s. 165; Mıstaçoğlu, s. 90. Ayrıca bkz. Ekrem Kurt, "Boşanma Davasında Hakimin Alacağı Geçici Önlemler (Mk m. 169)", ***Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi-***

Kanaatimizce ise TMK m. 169'da yer alan hâkimin dava süresince geçici önlemleri re'sen alabileceğine dair düzenleme, bu tedbirleri re'sen kaldırabileceğini de içermektedir. Dolayısıyla hâkim gerekli görürse hüküm kesinleşmeden geçici önlemleri re'sen kaldırabilir[65].

B. Menfi Tespit Davası

Menfi tespit davasının düzenlendiği İİK m. 72'de ihtiyati tedbirin etkisine dair özel bir düzenleme bulunmaktadır. Söz konusu hükme göre, "*dava alacaklı lehine neticelenirse ihtiyati tedbir kararı kalkar*" (İİK m. 72, IV). Görüldüğü üzere, borçlu tarafından açılan menfi tespit davasının esastan reddi durumunda, borçlu lehine alacaklı aleyhine konulmuş olan ihtiyati tedbir kanun hükmü gereği kendiliğinden kalkar[66].

İhtiyati tedbirin süresine dair özel düzenleme söz konusu olduğu için menfi tespit davası bakımından HMK m. 397, II uygulama alanı bulmaz[67]. İİK m. 72, IV hükmü emredici nitelikte olduğundan hâkim, menfi tespit davasının esastan reddine rağmen tedbirin devamına karar veremez[68]. Nitekim Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin bir kararı da bu yöndedir[69]. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da

---

si, Sayı: 1, Haziran 2013, ss. 97-109, s. 101. Boşanma davası kesinleşmiş ancak mal rejiminin tasfiyesi tamamlanmamışsa geçici önlemlerin devam edip etmeyeceği hususunda hukukumuzda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda yapılacak yorum, "*davanın devamı süresince*" ifadesinden ne anlaşılacağı ile ilgilidir. İfade dar yorumlanırsa davanın kesinleşmesi ile geçici önlemlerin sona ereceği, geniş yorumlanırsa bu dava ile birlikte mal rejiminin tasfiyesinin tamamlanmasından sonra geçici önlemlerin sona ereceğinin kabulü gerekir. Olması gereken hukuk bakımından geniş yorumun isabetli olduğu yönünde bkz. Bilge Öztan, ***Aile Hukuku***, 5. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 447.

65 TMK m. 169'a göre karar verilen tedbir nafakasının, tedbir nafakasına hükmedilmesinin koşulları ortadan kalkarsa hâkim tarafından kaldırılabileceği yönünde bkz. Aziz Erman Bayram, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Tedbir Nafakasına Dair 25.10.2018 Tarihli ve 2017/2-1891 Esas, 2018/1577 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi", ***TBB Dergisi***, C. 32, S. 144, 2019, s. 213-248, s. 242.

66 Yılmaz, Şerh, s. 3584; Tutumlu, Tedbirin Süresi ve Kaldırılması Sorunu, s. 115.

67 İhalenin feshi davası bakımından da benzer bir durum söz konusudur. İhalenin feshi davasında icra mahkemesinin verdiği tedbir kararının HMK m. 397, II kapsamında olmadığı yönündeki Yargıtay uygulaması için bkz. Acar, İstinaf, s. 60.

68 Tutumlu, Tedbirin Süresi ve Kaldırılması Sorunu, s. 115.

69 " [...] *Her ne kadar icra mahkemesince, İstanbul 12. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 21.02.2014 tarihli bu yazısının 'ihtiyati tedbir kararının, hükmün kesinleşmesine kadar devam edeceği yargısal buyruğunu içerdiği' değerlendirilmiş ise de; İİK'nun 72/4 maddesi mutlak nitelikte olup, menfi tespit davasında karar veren mahkemece bu kanun hükmü bertaraf edilecek şekilde yorum yapılması mümkün olamayacağı gibi, 21.02.2014 tarihli yazı 'menfi tespit dava-*

benzer bir uyuşmazlığa dair verdiği kararında İİK m. 72, IV hükmünün özel düzenleme olması nedeniyle menfi tespit davaları bakımından HMK m. 397, II'nin uygulama alanı bulmayacağına hükmetmiştir[70].

C. İflâs Davası

İflâs davası sonucunda borçlunun iflâsına karar verilmesi durumunda, ihtiyati tedbirin durumunun ne olacağı üzerinde durulmalıdır. İflâs hâli, borçlunun tasarruf yetkisini kısıtlayan bir hukukî statü olduğundan iflâs kararı verilmiş olması durumunda ihtiyati tedbirlerin devam etmesi, fazla bir kısıtlama olur[71]. Böyle bir durumda iflâs idaresi görevini yürütmekte de güçlük çeker. Bu neden-

---

sının reddine dair kararda ihtiyati tedbir hakkında herhangi bir karar verilmediğine' yönelik olup, icra müdürlüğüne verilmiş bir emir ve talimat içermemektedir. Bu durumda İİK'nun 72/4. maddesi uyarınca menfi tespit davasının reddi ile takibin durdurulmasına yönelik ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkmış olduğundan, şikayete konu icra müdürlüğü kararında usul ve yasaya uymayan bir yön bulunmamaktadır. [...]" Y. 12. HD., E. 2014/14747 K. 2014/18964 T. 30.6.2014, bkz. Tutumlu, Tutumlu, Tedbirin Süresi ve Kaldırılması Sorunu, s. 115 ve s. 116. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin de aynı yönde bir kararı bulunmaktadır. Y. 23. HD., E. 2013/7399, K. 2013/7977, T. 12.12.2013 (Yılmaz, Şerh, s. 3584-3585 ve Kazancı, E. T. 01.09.2022).

70 "[...] *Uyuşmazlığın çözümünde hangi madde hükmünün uygulanması gerektiğinin normlar hiyerarşisi kurallarına göre çözümlenmesi gerektiği tartışmasızdır. "Yasaların çatışması" olarak da adlandırılan bu gibi durumlarda; sonraki norm, öncekinin yerini alır (LexPesteriorderagetpriori); özel kanun, genel kanundan önce gelir, (Le Specialis Per generalemnonderegatur); açık anlamlı norm, kapalı anlamlı normdan önce gelir biçiminde kabul edilen temel ilkelerden yararlanılarak sonuca ulaşılmaktadır. İcra ve İflas Kanunu, icra takip hukuku açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre özel kanun olup, takip hukukuna ilişin uyuşmazlıklarda öncelikle İcra ve İflas Kanunu hükümlerinin uygulanması ve bu kanunda hüküm bulunmayan durumlarda ise İcra ve İflas Kanunu'nda gönderme olması veya anılan kanuna aykırılık oluşturması koşuluyla genel nitelikte olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekir. Hukukumuzda tespit davaları hakkında genel bir hüküm bulunmamaktadır. Menfi tespit davasının icra takibine etkisini belirlemek için, menfi tespit davası İcra ve İflas Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle HMK'nın 397/2. maddesi hükmüne göre, İİK'nın 72/4. maddesi hükmü özel nitelikte olup öncelikle uygulanması gerekir. İİK'nın 72/4 maddesine göre, menfi tespit davasının reddi kararı ile ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkar. Bunun için davanın reddi kararında ihtiyati tedbirin kalkmış olduğunun açıkça belirtilmiş olması gerekli olmadığı gibi anılan düzenlemenin, 2. cümlesinden anlaşılacağı üzere, davanın reddi kararının kesinleşmesi de şart değildir. Mahkeme menfi tespit davasının reddi kararında davanın reddi kararının kesinleşmesine kadar ihtiyati tedbirin devamına karar veremez. Çünkü İİK'nun 72/4. c.1. maddesi hükmü mutlaktır (kesindir). Aynı nedenle HMK'nın 397/2 maddesi hükmü burada uygulanmaz. Menfi tespit davasının reddi kararı ile ihtiyati tedbir kendiliğinden kalktığından davanın reddi üzerine hemen icra takibine kaldığı yerden devam edilir (Kuru, B.: İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara 2013 s. 375).* [...]" Y. HGK, E. 2017/376, K. 2019/279 T. 12.3.2019 (Lexpera, E. T. 01.09.2022).

71 Tutumlu, Tedbirin Süresi ve Kaldırılması Sorunu, s. 113.

le borçlunun iflâsına karar verilmesi hâlinde, ihtiyati tedbir kararının mahkemece kaldırılması gerekir[72]. Bu durumda, ihtiyati tedbirin etkisinin iflâs kararının kesinleşmesine kadar sürmemesi gerekir. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir[73].

SONUÇ

Mülkiyet hakkını sınırlayan ihtiyati tedbirlerin uzun sürmesi, Anayasa Mahkemesi'nin hükmettiği üzere mülkiyet hakkının ihlaline neden olmaktadır. Mahkemeler ihtiyati tedbirin geçici bir hukukî koruma sağladığını ve talepte bulunanın nihai olarak tatminini sağlamadığı hususunu dikkate alarak karar vermelidir. Özellikle başlangıçta, talepte bulunanın hakkı tehlikede kabul edilmekteyken ihtiyati tedbir kararından sonra tedbir kararının hatalı olması ihtimali karşısında, karşı tarafın zarar görmemesi için karşı tarafın menfaatine ağırlık verilmesi gerekir. Uzun süren davalarda yapılan durum ve koşulların değişmesi nedeniyle ihtiyati tedbirin kaldırılması taleplerinin (HMK m. 396) özenle incelenmesi gerekir.

Davacının haksızlığı ilk derece mahkemesi yargılaması sonucu anlaşıldığında, mahkemelerin HMK m. 397, II uyarınca kendilerine verilen takdir hakkını kullanarak ihtiyati tedbir kararını kaldırması isabetli olacaktır. Ancak davanın usûlden reddi söz konusuysa ve davacının iddiasındaki esas yönünden haklı olduğu hususu (HMK m. 390, III), yapılmış olan yargılamada sürüyorsa, bu durumda ihtiyati tedbir kararı muhafaza edilebilir.

TMK m. 169'a göre, boşanma ve ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır. TMK m. 169'da yer alan hâkimin dava süresince geçici önlemleri

---

72 Tutumlu, Tedbirin Süresi ve Kaldırılması Sorunu, s. 113.

73 "[...] *İflas hali borçlunun tasarruf yetkisini kısıtlayan özel bir durumdur ve iflas kararının tefhimi ile hükümlerini doğurur. İhtiyati tedbirler de tasarruf yetkisini kısıtlamakla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 397/2. maddesine göre bu kısıtlama nihai hükmün kesinleşmesine kadar sürer. Oysa bu durum iflasın mahiyetine aykırıdır. Mahkemece iflasa karar verilmesi halinde, ihtiyati tedbirlerin de kaldırılmasına karar verilmelidir, zira iflas hali ihtiyati tedbirle sağlanan korumadan daha farklı sağlamaktadır ve aksi halde iflas idaresinin işlemleri için de sorunlar çıkabilmektedir. Bu durumda mahkemece verilen iflas kararı nedeniyle tedbirlerin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken, infazda sorun yaratacak şekilde tedbirler hakkında bir karar verilmemiş olması bozmayı gerektirmiştir.* [...]" Y. 23. HD, E. 2014/2911, K. 2015/1, 12.01.2015 (Tutumlu, Tedbirin Süresi ve Kaldırılması Sorunu, s. 113).

re'sen alabileceğine dair düzenleme, bu tedbirleri re'sen kaldırabileceğini de içermektedir. Dolayısıyla hâkim gerekli görürse hüküm kesinleşmeden geçici önlemleri re'sen kaldırabilir.

İhtiyati tedbirlerin etkisinin süre bakımından sınırına dair özellik arz eden davalardan olan menfi tespit davası, alacaklı lehine sonuçlanırsa İİK m. 72, IV gereği ihtiyati tedbir kalkar. İhtiyati tedbirin hükmün kesinleşmesine kadar sürmesi söz konusu değildir. İflâs davası özellik arz eden bir diğer davadır. Borçlunun iflâsına karar verilirse, ihtiyati tedbirin kaldırılması gerekir. Aksi kabul, iflâsın mahiyetine aykırı olacaktır.

KAYNAKÇA

ACAR, Ayşe Ece, ***İcra Mahkemesi Kararlarına Karşı İstinaf Kanun Yolu***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

AKKAYA, Tolga, ***Medenî Usûl Hukukunda İstinaf***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009 (İstinaf).

AKKAYA, Tolga, "Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı", ***Ankara Barosu Dergisi***, 2014/4, ss. 23-61.

AKYOL ASLAN, Leyla, ***Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

ALANGOYA, H. Yavuz, ""Davanın Esasını Çözümleyecek veya Böyle Bir Sonuç Doğuracak Biçimde İhtiyati Tedbir Karar"ları Hakkında", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/2, Prof. Dr. Aydın Aybay'a Armağan, s. 325 vd., ***Yavuz Alangoya Makaleler***, Der. Mert Namlı, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 357-382.

ALANGOYA, H. Yavuz - YILDIRIM, M. Kâmil - DEREN-YILDIRIM, Nevhis, ***Medeni Usul Hukuku Esasları***, 7. Bs., Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

ARSLAN, Ramazan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukukî Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler", ***Bankacılar Dergisi***, Ocak 2013, ss. 7-27.

ARSLAN, Ramazan, vd., ***Medenî Usûl Hukuku***, 6. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

ARSLANDOĞAN, Birce, ***Medenî Yargılama Hukukunda Delil Tespiti***, 2. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

ATALI, Murat, "Hukuk Yargılamamızda Genel Mahkemeler, Görev Kavramı ve Görevsizlik Kararı", ***Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesi' den 10. Hizmet Yılı Armağanı***, Selçuk Üniversitesi, Konya, 1995, ss. 525-551.

ATALI, Murat - ERMENEK, İbrahim - ERDOĞAN, Ersin, ***Medenî Usûl Hukuku***, 4. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

AYDINER, Hidayet, "Davayı Kazandık Amma Müddeabihi Kaybettik, Buna Sebep Olan Kanun Maddesi", ***Adalet Dergisi***, 1946/8, s. 818 vd.

BAŞÖZEN, Ahmet: Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde "Yaklaşık İspat" ve "İhtimal" Kavramı ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, s. 653-694.

BAYRAM, Aziz Erman: "Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Tedbir Nafakasına Dair 25.10.2018 Tarihli ve 2017/2-1891 Esas, 2018/1577 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi", ***TBB Dergisi***, C. 32, S. 144, 2019, s. 213-248.

BELGESAY, Mustafa Reşit, "Bir Mahkemenin Verdiği İhtiyati Tedbir Kararı Davanın Esasını Görmeye Selâhiyetsiz Olduğuna Dair Vereceği Kararla Ortadan Kalkar mı?", ***İstanbul Baro Mecmuası***, 1935, Sene: 9, S. 10-11, ss. 393-399.

BERKİN, Necmeddin M., ***Medenî Usul Hukuku Esasları***, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969 (Usul).

BİLGE, Necip - ÖNEN, Ergun, ***Medeni Yargılama Hukuku Dersleri***, 3. Bs., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978.

BUDAK, Ali Cem - KARAASLAN, Varol, ***Medenî Usul Hukuku***, 5. Bs. Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.

DEREN-YILDIRIM, Nevhis, ***Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler***, 2. Bs. Alkım Yayınevi, İstanbul, 2002.

DIRENİSA, Efe, "İhtiyatî Tedbir Kararına Muhalefet Düzenlemesinin (HMK m. 398) İptal Edilmesi ve İptal Kararının Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme", ***Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi***, C. 11, S. 25, 2019, ss. 97-175.

DRESCHER, Ingo, ***Münchener Kommentar zur ZPO***, 6. Aufl., 2020, Verlag C. H. BECK München, ZPO § 927.

ERİŞİR, Evrim, "Boşanma Davasında Malvarlığına Yönelik Geçici Koruma", ***Türk Hukukçu Kadınlar Derneğinin 50. Kuruluş Yıldönümü Sempozyum Kitabı Aile Hukukunda Güncel Sorunlar***, Filiz Kitabevi, 2019, s. 21-66.

ERİŞİR, Evrim, ***Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

FIRAT, Sümeyye Sena, Geçici Hukukî Koruma Tedbirlerine Karşı Kanun Yolları, ***İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2021.

GÖRGÜN, L. Şanal, vd., ***Medenî Usûl Hukuku***, 9. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.

GÜNGERICH, Andreas, ***Schweizerische Zivilprozessordnung***, BK - Berner Kommentar, Stämpfli Verlag AG, 2012, Art. 268.

HUBER, Lucius, ***Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)***, Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger, 3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art. 268.

HUBER, Michael, ***Musielak/Voit, ZPO***, 19. Aufl., Verlag Franz Vahlen, München, 2022, ZPO § 920.

KAPLAN, Mikail Bora, ***Sınai Mülkiyet Kanunu'nda İhtiyati Tedbirler***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

KARAFAKİH, İsmail Hakkı, ***Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları***, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1952.

KARSLI, Abdurrahim, ***Medeni Muhakeme Hukuku***, 5. bs, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

KEMPER, Rainer, ***Saenger, Zivilprozessordnung***, 9. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2021, ZPO § 927.

KONURALP, Cengiz Serhat, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler", ***İstanbul Hukuk Mecmuası***, 2013, C. LXXI, S. 2, ss. 225-274 (İhtiyati Tedbirler).

KONURALP, Cengiz Serhat, ***İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013 (İcra).

KORKMAZ, Ramazan, ***Haksız İhtiyati Tedbir ve İhtiyatî Hacizden Kaynaklanan Tazminat Davası***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

KURT, Ekrem, "Boşanma Davasında Hakimin Alacağı Geçici Önlemler (Mk m. 169)", ***Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, Sayı: 1, Haziran 2013, ss. 97-109.

KURU, Baki, ***Hukuk Muhakemeleri Usulü***, C. I, C. IV, 6. Bs., Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001 (Muhakeme).

KURU, Baki, ***Medenî Usûl Hukuku El Kitabı***, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 (El Kitabı).

MEIER, Isaak vd., "Einstweiliger Rechtsschutz Im Schweizerischen Recht Zwischen Optimierung Und Standardisierung", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015), Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan, ss. 239-262.

MISTAÇOĞLU, Yasemin: "Bölge Adliye Mahkemeleri ve İhtiyati Tedbir Kararları", ***İstanbul Barosu Dergisi***, C. 90, S. 6, Kasım 2016, ss. 36-44.

MISTAÇOĞLU, Yasemin, "Medeni Usul Hukukunda Dosyanın İşlemden Kaldırılmasının Sonuçları", ***İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi***, S. 30, Y. 15, 2016, ss. 215-232.

MISTAÇOĞLU, Yasemin, ***Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir Yargılaması***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020 (İhtiyati Tedbir Yargılaması).

ÖZEKES, Muhammet, "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, Yıl 2002, C. 4, S. 2, ss. 89 - 138 (İhtiyati Tedbir).

ÖZEKES, Muhammet, ***Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku***, 15. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Usûl).

ÖZTAN, Bilge, ***Aile Hukuku***, 5. Bs., Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

ÖZTEK, Selçuk, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Geçici Hukukî Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi", ***Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-X***, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Değerlendirmesi, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, İzmir, 2012, ss. 428-461 (Geçici Hukukî Koruma).

ÖZTEK, Selçuk, "İsviçre Medeni Usul Kanununun İhtiyati Tedbirler Konusundaki Düzenlemesine Genel Bir Bakış", ***Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, C. 19, S. 2, 2013, ss. 259-269 (İsviçre).

PAMUKÇU, Bengü, ***Medenî Yargılama Hukukunda Dosyanın İşlemden Kaldırılması***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

POSTACIOĞLU, İlhan E., ***Medeni Usul Hukuku Dersleri***, 6. bs., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1975.

RÜZGARESEN, Cumhur: ***Medeni Usul Hukukunda Dosyanın İşlemden Kaldırılması***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

SCHUMACHER, Rainer, "Res judicata: Wie kräftig wirkt die Rechtskraft der Endentscheide über vorsorgliche Massnahmen?", ***Anwaltsrevue: Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes***, 2016, ss. 133-139.

SİMİL, Cemil, "Bölge Adliye Mahkemelerinin İhtiyatî Tedbir Kararı Verebilmesi ve Kararın Denetimi", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 10, S. 2, 2020, ss. 171-194.

TAHİROĞLU, Fatih, ***Medeni Usul Hukukunda Görevli Mahkemenin Belirlenmesi***, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2013.

TAHİROĞLU, Fatih, ***Medenî Usûl Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

TAHİROĞLU, Fatih, "Die Sammlung von Tatsachen und Beweismitteln in Verfahren der während des Scheidungsprozesses zu treffenden vorsorglichen Maßnahmen", ***Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2022, 4(1), ss. 209-242.

TANRIVER, Süha, ***Medenî Usul Hukuku***, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

TUNÇ YÜCEL, Müjgan, ***HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

TUTUMLU, Mehmet Akif, "Görevsizlik Kararıyla Birlikte İhtiyati Tedbirin Devamına Karar Verilebilir Mi?", ***Terazi Hukuk Dergisi***, S. 13, Eylül 2007, ss. 135-138 (Görevsizlik).

TUTUMLU, Mehmet Akif, "Davanın Kabulü ve Reddi Durumlarında Tedbirin Süresi ve Kaldırılması Sorunu", ***Terazi Hukuk Dergisi***, S. 137, Ocak 2018, ss. 112-117 (Tedbirin Süresi ve Kaldırılması Sorunu).

ULUKAPI, Ömer, ***Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi***, Mimoza Yayınları, Konya, 1997.

UMAR, Bilge, ***Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi***, 2. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, ***İhtiyati Tedbirler (Geçici Hukukî Himaye (Koruma) Önlemleri)***, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1981.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, ***Medenî Yargılama Hukuku***, 7. Bs., Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000.

YILMAZ, Ejder, "Dosyadan El Çeken Mahkemenin Kanunyolu Aşamasında Bulunan Davada İhtiyatî Tedbir Kararı Verme Yetkisi", ***Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi***, 2009/2, s. 213-220 (İhtiyati Tedbir).

YILMAZ, Ejder, ***Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001 (Geçici Hukuki Himaye).

YILMAZ, Ejder, ***Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi***, C. III, 3. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2017 (Şerh).

ZÜRCHER, Johann, ***ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar***, 2. Aufl., Alexander Brunner, Dominik Gasser, Ivo Schwander, Dike Verlag AG, 2016, Art. 268.

Elektronik Kaynaklar

https://adlisicil.adalet.gov.tr

https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/

https://kgm.adalet.gov.tr/

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

Lexpera

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA DELİL TESPİTİNDE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME[*]

Arş. Gör. Dr. Fatih TAHİROĞLU[**]

Öz

Delil tespiti, ileride açılacak veya açılmış olan bir dava ile ilgili delillerin belirli şartlar altında vaktinden önce toplanıp güvence altına alınmasını sağlayan bir geçici hukukî korumadır. Delil tespitinde görevli ve yetkili mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 401. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, henüz dava açılmamış olan durumlarda delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden istenir. Dava açıldıktan sonra ise, her türlü delil tespiti yalnızca davanın görülmekte olduğu mahkemeden talep edilir. Çalışmada, delil tespitinde görevli ve yetkili mahkeme konusu ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Delil Tespiti, Geçici Hukukî Koruma, Görev, Yetki.

---

[*] Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 17.10.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 31.10.2022.

Atıf Şekli: Fatih Tahiroğlu, "Medenî Usûl Hukukunda Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 1241-1260.

[**] İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye.
E-posta: fatiht@istanbul.edu.tr.
Orcid: http://orcid.org/0000-0002-6382-4942.

COMPETENCE AND VENUE IN DETERMINATION OF EVIDENCE IN LAW OF CIVIL PROCEDURE

Abstract

Determination of evidence is a temporary legal protection measure that the evidence related to a lawsuit present or to be in future is collected and secured ahead of time under certain conditions. Competence and venue in determination of evidence have been regulated in Article 401 of the Code of Civil Procedure. According to this provision, in cases where no lawsuit has been filed yet, the determination of evidence is requested from the court that will hear the main case or from the court of peace where the thing is subject to the discovery or expert examination is located or the person to be heard as a witness resides. After the lawsuit is filed, all kinds of evidence determination are requested only from the court where the case is being heard. In the study, the competence and venue in determination of evidence is discussed.

Keywords

Determination of Evidence, Temporary Legal Protection, Jurisdiction, Authority.

GİRİŞ

Delil tespiti, ileride açılacak veya açılmış olan bir dava ile ilgili delillerin belirli şartlar altında vaktinden önce toplanıp güvence altına alınmasını sağlayan bir geçici hukukî korumadır[1]. Delil tespitine, yalnızca inceleme sırası gelmemiş olan deliller için başvurulabilir[2]. Ayrıca delil tespitine başvurabilmesi için hukukî yararın da bulunması gerekir (HMK m. 400/2, c. 1)[3]. Delilin hemen tespit edilmemesi durumunda kaybolacağı veya ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimali söz konusuysa, hukukî yararın bulunduğu kabul edilir (HMK m. 400/2, c. 2).

---

1 Baki Kuru, ***Medenî Usul Hukuku El Kitabı***, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 1301; Muhammet Özekes, ***Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku***, C. III, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 2561-2562; Murat Atalı - İbrahim Ermenek - Ersin Erdoğan, ***Medenî Usûl Hukuku***, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 720; Ramazan Arslan vd., ***Medenî Usul Hukuku***, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 616; L. Şanal Görgün - Levent Börü - Mehmet Kodakoğlu, ***Medenî Usûl Hukuku***, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 737; Leyla Akyol Aslan, ***Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre)***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 37; Cenk Akil, "Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 58, S. 1, 2009, s. 5; Müjgan Tunç Yücel, ***HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 29-31; Efe Dırenisa, "İhtiyatî Tedbir Kararına Muhalefet Düzenlemesinin (HMK m. 398) İptal Edilmesi ve İptal Kararının Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme", ***Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi***, C. 11, S. 25, 2019, s. 102 dn. 5. Bir çeşit ihtiyati tedbir olduğu yönünde bkz. Timuçin Muşul, ***Medenî Usul Hukuku***, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 624.

2 İsmail Doğanay, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tesbiti Delaile Dair Hükümleri Üzerine Bir İnceleme", ***Adalet Dergisi***, 1954/7, s. 892; Müfit Erkuymucu, "Delil Tespitine Müteallik Hükümler Üzerine Bir İnceleme", ***Adalet Dergisi***, 1946/2, s. 127; Necmeddin M. Berkin, ***Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi***, Filiz Kitabevi, 1981, s. 531-532; Saim Üstündağ, ***Medeni Yargılama Hukuku***, C. I-II, 7. Baskı, İstanbul, 2000, s. 590; Baki Kuru, ***Hukuk Muhakemeleri Usulü***, C. IV, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s. 4431; Kuru, ***El Kitabı***, C. II, s. 1302; Yavuz Alangoya - Kamil Yıldırım - Nevhis Deren-Yıldırım, ***Medenî Usul Hukuku Esasları***, Tıpkı 8. Baskı, Beta, İstanbul, 2011, s. 377; Arslan vd., s. 617; Hakan Pekcanıtez - Oğuz Atalay - Muhammet Özekes, ***Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı***, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 602; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2563; Atalı-Ermenek-Erdoğan, s. 721; Süha Tanrıver, ***Medenî Usûl Hukuku***, 2. Bası, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 238; Akil, s. 13; Akyol Aslan, s. 56; Abdurrahim Karslı, ***Medeni Muhakeme Hukuku***, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 746; Nur Bolayır, ***Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Hâkimin ve Tarafların Rolü***, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 500; Birce Arslandoğan, ***Medenî Yargılama Hukukunda Delil Tespiti***, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 121; Sinem Turan, ***Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti Kurumunun Fonksiyonları***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 30.

3 Kuru, Usul, C. IV, s. 4431; Kuru, El Kitabı, C. II, s. 1302; Pekcanıtez - Atalay - Özekes, s. 602; Arslan vd., s. 617; Atalı - Ermenek - Erdoğan, s. 722; Karslı, s. 746; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2563; Akil, s. 14; Akyol Aslan, s. 57; Arslandoğan, s. 122 vd.; Aziz Serkan Arslan, "6100 Sayılı HMK Madde 401 Hükmüne Göre Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme", ***Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 21, S. 2, 2013, s. 246 dn. 12.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 401. maddesinin ikinci fıkrasında, noterlerin, Noterlik Kanunu çerçevesinde yapacağı vakıa tespitine ilişkin hükümlerin saklı olduğu hüküm altına alınmıştır. Nitekim Noterlik Kanunu'nun 61. maddesine göre, "*noterler bir şeyin veya bir yerin hal ve şeklini, kıymetini, ilgili şahısların kimlik ve ifadelerini tespit ederler ve davet edildiklerinde piyango ve özel kuruluşların kur'a, seçim ve toplantılarında hazır bulunarak durumu belgelendirirler*". Ancak belirtmek gerekir ki, noterler tarafından yapılan bu tespit işlemleri, Hukuk Muhakemeleri Kanunu anlamında delil tespiti niteliğine sahip değildir[4].

Delil tespitinde görevli ve yetkili mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 401. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, henüz dava açılmamış olan durumlarda delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh hukuk mahkemesinden istenir (f. 1). Dava açıldıktan sonra ise, her türlü delil tespiti yalnızca davanın görülmekte olduğu mahkemeden istenir (f. 4).

Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 486. maddesinin birinci fıkrasına göre, dava açılmışsa, delil tespiti davaya bakan mahkemeden talep edilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, henüz dava açılmamışsa, delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden istenir. Ayrıca maddenin üçüncü fıkrasında, acil tehlikeli durumlarda, ifadesi alınacak veya bilirkişi incelemesi yapılacak olan kişinin oturduğu yer ya da keşif veya bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinden de delil tespiti talep edilebileceği düzenlenmiştir.

Delil tespitinin dava açıldıktan sonra davanın görülmekte olduğu mahkemeden istenmesi doğrudanlık ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet eder[5]. Buna

---

[4] Kuru, Usul, C. IV, s. 4478; Ejder Yılmaz, ***Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri***, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 1375; Pekcanıtez - Atalay - Özekes, s. 602; Tanrıver, Usûl, C. II, s. 241; Süha Tanrıver, "Noterlerin Tespit İşlemleri", ***Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler (1993-2011)***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 105; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2564-2565; Akyol Aslan, s. 72.

[5] Michael Huber, in: Hans-Joachim Musielak - Wolfgang Voit, ***Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar***, 19. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2022, ZPO § 486 Rdn. 1; Klaus Schreiber in: Wolfgang Krüger - Thomas Rauscher, ***Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung***, Band 2 §§ 355-945b, 6. Auflage, C. H. Beck, 2020, ZPO § 486 Rdn. 2; Claus Kratz, in: Volkert Vorwerk - Christian Wolf, ***BeckOK ZPO***, 45. Edition Stand: 01.07.2022, C. H. Beck, München, 2022, ZPO § 486 Rdn. 1; Hans-Jürgen Ahrens, ***Der Beweis im Zivilprozess***, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2015, Kapitel 55 Rz. 2; Akil, s. 52; Akyol Aslan, s. 80; Aziz Serkan Arslan, ***Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İl-***

karşılık, dava açılmadan önce esas hakkındaki görevli ve yetkili mahkeme yanında, bazı deliller bakımından başka yetkili ve görevli mahkemenin kabul edilmiş olması doğrudanlık ilkesinin istisnasını oluşturur[6].

Çalışmada, delil tespitinde görevli ve yetkili mahkeme konusu ele alınmıştır. Bu kapsamda, öncelikle, dava açılmadan önce talep edilecek delil tespitinde görevli ve yetkili mahkeme incelenmiştir. Daha sonra ise, dava açıldıktan sonra talep edilecek delil tespitinde görevli ve yetkili mahkeme üzerinde durulmuştur.

I. DAVA AÇILMADAN ÖNCE TALEP EDİLECEK DELİL TESPİTİNDE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 401. maddesinin birinci fıkrasına göre, henüz dava açılmamış olan durumlarda delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kimsenin oturduğu yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilir. Görüldüğü üzere, bu düzenlemeyle delil tespiti talep edecek kişiye bir seçimlik hak tanınmıştır[7]. Kişi, talebini ister esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeye isterse de üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kimsenin oturduğu yer sulh hukuk mahkemesine yöneltebilir. Bu bağlamda, esas hakkındaki dava bakımından mahkemenin yetkisi kesin olsa dahi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 401. maddesinin birinci fıkrası gereğince, üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer mahkemesinden de delil tespiti talep edilebilir[8].

---

kesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 291; Aziz Serkan Arslan, "Doğrudanlık İlkesi", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, Mihbir Özel Sayısı, C. 4, S. 2, 2014, s. 142; Dilek Karademir Aydemir, ***Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi***, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, 503.

6 Güray Erdönmez, ***Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku***, C. I, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 841; Ali Cem Budak - Varol Karaaslan, ***Medenî Usul Hukuku***, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 84. Doğrudanlık ilkesi ile çeliştiği şeklinde bkz. Arslan A. S., Doğrudanlık İlkesi, s. 291; Arslan A. S., Delil Tespiti, s. 249 vd..

7 Ejder Yılmaz, ***Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi***, C. III, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 3605; Selçuk Öztek, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Geçici Hukuki Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi", ***Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-X***, 1-2 Ekim 2012 İzmir, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, s. 457; Karademir Aydemir, s. 501.

8 Arslandoğan, s. 166.

Esas hakkındaki dava bakımından birden fazla mahkemenin yetkili olduğu hâllerde, kişi bu mahkemelerden birini seçerek delil tespiti talebinde bulunabilir[9]. Ancak belirtmek gerekir ki, delil tespiti için yapılan bu seçim, daha sonra açılacak olan esas hakkındaki dava bakımından bağlayıcı değildir[10]. Yani esas hakkındaki dava, daha önce delil tespiti talebinde bulunulmuş olan yetkili mahkemede açılmak zorunda değildir[11]. Bir diğer deyişle, esas hakkındaki dava, delil tespiti talebinde bulunulan mahkeme dışında, başka bir yetkili mahkemede de açılabilir[12].

Taraflar arasında geçerli bir yetki sözleşmesi varsa, yetki sözleşmesi ile belirlenen mahkeme delil tespiti bakımından da yetkilidir[13]. Bununla birlikte, taraflar arasında yetki sözleşmesi bulunsa dahi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 401. maddesinin birinci fıkrası gereğince, üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer mahkemesinin yetkisi de devam eder[14]. Bu bağlamda, yalnızca delil tespiti talepleri hakkında bir yetki sözleşmesi yapılıp yapılamayacağı meselesi üzerinde durulmalıdır.

Alman hukukunda, sadece delil tespiti talebi için yapılan bir yetki sözleşmesinin geçerli olmadığı kabul edilmektedir[15]. Zira Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 486. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen yetki kuralı, üzerinde ta-

---

9 Schreiber, MüKoZPO, ZPO § 486 Rdn. 3; Kratz, BeckOK ZPO, ZPO § 486 Rdn. 13; Ahrens, Kapitel 55 Rz. 16.

10 Frank O. Fischer, "Selbstständiges Beweisverfahren - Zuständigkeits- und Verweisungsfragen", ***MDR***, 2001, s. 612; Christian Berger, in: Reinhard Bork - Herbert Roth, ***Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung***, Band 5 §§ 328-510c, 22. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, § 486 Rdn. 8; Huber, Musielak/Voit ZPO, ZPO § 486 Rdn. 4; Ahrens, Kapitel 55 Rz. 16.

11 Erik Kießling, in: Ingo Saenger, ***Zivilprozessordnung Handkommentar***, 9. Auflage, Nomos, 2021, ZPO § 486 Rdn. 10.

12 Berger, Stein/Jonas ZPO, § 486 Rdn. 12; Huber, Musielak/Voit ZPO, ZPO § 486 Rdn. 4; Fischer, s. 612.

13 Schreiber, MüKoZPO, ZPO § 486 Rdn. 3; Kießling, Hk-ZPO, ZPO § 486 Rdn. 8; Derya Belgin Güneş, "Yetki Sözleşmeleri", ***İstanbul Barosu Dergisi***, C. 86, S. 5, 2012, s. 208; Makbule Ceren Gültüter, "Medeni Yargılama Hukukunda Yetki Sözleşmeleri", ***İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2018, s. 95 dn. 333.

14 Belgin Güneş, s. 208.

15 Schreiber, MüKoZPO, ZPO § 486 Rdn. 3; Jürgen Ulrich, in: Hanns Prütting - Markus Gehrlein, ***Zivilprozessordnung Kommentar***, 8. Auflage, Luchterhand Verlag, 2016, § 486 Rdn. 4; Kießling, Hk-ZPO, ZPO § 486 Rdn. 8.

sarruf edilemeyen bir münhasır yetki (*ausschließliche Zuständigkeit*)[16] kuralıdır[17]. Ayrıca esas hakkındaki davaya bakacak mahkeme ile delil tespiti yapacak mahkemenin bu şekilde ayrılması, hem doğrudanlık ilkesiyle hem de teksif ilkesiyle (*Konzentrationsgrundsatz*) çelişir[18].

Kanaatimizce Türk hukukunda da sadece delil tespiti talebi için yetki sözleşmesi yapılamaz. Şöyle ki, yetki sözleşmesi esasen davalar bakımından yapılır. Oysa delil tespiti bir dava değil, ilgili bulunduğu davaya bağlı bir işlemdir[19]. Ayrıca delil tespiti talebini inceleme yetkisinin, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden başka bir yer mahkemesine verilmesi doğrudanlık ilkesini ihlâl eder[20]. Çünkü böyle bir durumda, doğrudanlık ilkesine bir istisna getirilmesi söz konusu olur. Hâlbuki doğrudanlık ilkesine getirilen istisnaların kanunî düzenlemeye dayanması gerekir[21]. Keza sadece delil tespiti için yetki sözleşmesi yapılması, hâkimin yargılamayı yürütme görevini (HMK m. 32) de ihlâl eder. Nitekim hâkimin delillerin toplanması ile ilgili faaliyetleri, yargılamanın maddi açıdan yürütülmesine ilişkindir[22]. Bu açıdan bakıldığında, delillerin vaktinden önce toplanıp güvence altına alınmasını sağlayan delil tespiti de yargılamanın maddî açıdan yürütülmesinin kapsamına girer. Tarafların, hâkimin yargılamayı yürütme görevini bertaraf edebilmesi ise mümkün değildir[23]. Tüm bu gerekçelerle sadece delil tespiti talebi açısından yapılan yetki sözleşmesi geçersizdir.

Dava açılmadan önce görevsiz veya yetkisiz mahkemeden delil tespiti talebinde bulunulmuş olması meselesine de değinmek gerekir. Dava açılmadan

---

16 Alman hukukundaki münhasır yetkinin Türk hukukundaki kesin yetkiyle benzerlik gösterdiği hakkında bkz. Ali Çetin Aslan, "Medenî Usûl Hukukunda Görev", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İzmir 2021, s. 241.

17 Schreiber, MüKoZPO, ZPO § 486 Rdn. 3.

18 Schreiber, MüKoZPO, ZPO § 486 Rdn. 3.

19 Baki Kuru-Ali Cem Budak, ***Tespit Davaları***, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 268; Kuru, Usul, C. IV, s. 4427; Kuru, El Kitabı, C. II, s. 1302; Arslan vd., s. 616; Akyol Aslan, s. 40; Akil, s. 8; Arslandoğan, s. 50; Süha Tanrıver, ***Medenî Usûl Hukuku***, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 626; Tanrıver, Usûl, C. II, s. 237.

20 Schreiber, MüKoZPO, ZPO § 486 Rdn. 3.

21 Alangoya-Yıldırım-Deren-Yıldırım s. 189; Nesibe Kurt, "Medenî Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğruyalık İlkesi", ***Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan***, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 615; Arslan A. S., Doğrudanlık İlkesi, s. 173; Erdönmez, Pekcanıtez Usûl, s. 839.

22 Erdönmez, Pekcanıtez Usûl, s. 814-815; Tanrıver, Usûl, C. I, s. 402; Meral Sungurtekin Özkan, ***Türk Medeni Yargılama Hukuku***, Fakülteler Kitabevi Barış Yayınları, İzmir, 2013, s. 106; Bolayır, s. 194.

23 Erdönmez, Pekcanıtez Usûl, s. 813-814.

önce görevsiz mahkemeden delil tespiti talep edilmişse, delil tespitine ilişkin yargılamada taraflar mahkemenin görevsiz olduğunu ileri sürebileceği gibi, mahkeme de görevsiz olduğunu re'sen dikkate alır[24]. Zira mahkemenin görevli olması, dava şartı olmakla birlikte (HMK m. 114) aynı zamanda bir yargılama şartıdır[25]. Esas hakkındaki dava açısından kesin yetkinin söz konusu olduğu hâllerde de aynı durum geçerlidir[26]. Buna karşılık, esas hakkındaki dava bakımından kesin olmayan yetkinin söz konusu olduğu durumlarda, dava açılmadan önce yetkisiz bir mahkemeden delil tespiti talebinde bulunulmuşsa, yetki itirazı ileri sürülmelidir[27]. Delil tespiti yargılaması sonunda mahkeme, görevsiz veya yetkisiz olduğuna karar verirse, talebi usûlden reddeder[28].

Son olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 401. maddesinin üçüncü fıkrasında, dava açılmadan önce görevsiz veya yetkisiz mahkemede delil tespiti yapılan hâllerde, esas hakkında açılan davada delil tespiti yapan mahkemenin yetkisiz ve görevsiz olduğunun ileri sürülemeyeceği düzenlenmiştir. Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 486. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, delil tespiti talep eden kişi, daha sonra açılan esas hakkındaki davada mahkemenin yetkisiz olduğunu ileri süremez. Görüldüğü üzere, esasen her iki hüküm birbirinden farklıdır. Nitekim Alman hukukunda, delil tespiti talep eden kişi, esas hakkındaki dava delil tespitini yapan mahkemede açılırsa, bu mahkemenin yetkisiz olduğunu ileri süremez[29]. Bu noktada, acaba Türk hukuku bakımından da benzer bir değerlendirme yapılabilir mi? Yani kişi dava açılmadan önce delil tespitini esas hakkındaki dava bakımından yetkili olarak kabul ettiği mahkemeden talep etmiş, daha sonra da kendisine karşı esas hakkındaki dava bu mahkemede açılmış olabilir. Böyle bir durumda, daha önce o mahkemeden delil tespiti talebinde bulunmuş olan davalı, davanın yetkisiz mahkemede açıldığını ileri sürebilir mi?

Kanaatimizce burada, mahkemenin yetkisinin kesin olup olmamasına göre ikili bir ayrım yapılmalıdır. Esas hakkındaki dava bakımından kesin yetkinin söz

---

24 Arslandoğan, s. 163.

25 Hakan Pekcanıtez, ***Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku***, C. II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 951; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2471.

26 Arslandoğan, s. 163.

27 Arslandoğan, s. 163; kesin yetki-kesin olmayan yetki ayrımı yapmaksızın yetki itirazının ileri sürülmesi gerektiği şeklinde bkz. Yılmaz, Şerh, C. III, s. 3605; Akyol Aslan, s. 79

28 Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2566; Arslandoğan, s. 163. İhtiyati tedbirler bakımından aynı yönde bkz. Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2471.

29 Huber, Musielak/Voit ZPO, ZPO § 486 Rdn. 4; Kratz, BeckOK ZPO, ZPO § 486 Rdn. 15.

konusu olduğu durumlarda, kesin yetki bir dava şartı olduğundan ve mahkemece re'sen inceleneceğinden, davalı da her zaman yetki itirazında bulunabilir. Buna karşılık, esas hakkındaki dava açısından kesin yetkinin söz konusu olmadığı hâllerde, davalı yetki ilk itirazında bulunamamalıdır. Çünkü bu durumda davalı mahkemenin yetkisiz olduğunu ileri sürerek, önceki davranışıyla çelişmektedir[30]. Hâlbuki medenî usûl hukukunda bir tarafın daha önce gerçekleştirdiği işlemlerle çelişen usûlî davranışlarda bulunması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder[31]. Dürüstlük kuralına aykırı yapılan usûlî işlemler ise hukukî sonuç doğurmazlar[32].

II. DAVA AÇILDIKTAN SONRA TALEP EDİLECEK DELİL TESPİTİNDE GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 401. maddesinin son fıkrasına göre, dava açıldıktan sonra talep edilecek her türlü delil tespitinde yalnızca davaya bakan mahkeme yetkili ve görevlidir. Şayet tespiti istenen delil başka bir mahkemenin yargı çevresinde yer alıyorsa, davanın görülmekte olduğu mahkeme, delil tespiti için o mahkemeyi istinabe eder[33].

İstinaf incelemesi sırasında da delil tespitine ihtiyaç duyulabilir[34]. Böyle bir durumda, delil tespiti istinaf mahkemesinden talep edilir[35]. Şöyle ki, istinaf

---

30 OLG Celle, (NJW-RR 2000, 1738).

31 Leo Rosenberg-Karl Heinz Schwab-Peter Gottwald, ***Zivilprozessrecht***, 18. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2018, § 65 Rdn. 54; Eberhard Schilken, ***Zivilprozessrecht***, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2010, Rdn. 150; Yavuz Alangoya, ***Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler***, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979, s. 118; Ramazan Arslan, ***Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı***, S Yayınları, Ankara, 1989, s. 108; Abdurrahim Karslı, ***Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler***, İstanbul, 2001, s. 203; Erdönmez, Pekcanıtez Usûl, s. 916-917.

32 Arslan R., Dürüstlük Kuralı, s. 78; Karslı, Usulî İşlemler, s. 201; Erdönmez, Pekcanıtez Usûl, s. 915; Nesibe Kurt Konca, ***Medenî Usul Hukukunda Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 145; "[...] *Dürüstlük kuralına aykırılık, işlemin hukuki sonuç doğurmasını engelleyecektir* [...]" Yargıtay 22. HD, 14.5.2019, E. 2016/10186, K. 2019/10613 (www.lexpera.com.tr).

33 Mustafa Reşit Belgesay, ***Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi***, İstanbul, 1939, s. 290; Kuru, Usul, C. IV, s. 4436; Necip Bilge - Ergun Önen, ***Medenî Yargılama Hukuku Dersleri***, 3. Baskı, Ankara, 1978, s. 16; Ramazan Arslan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler", ***Bankacılar Dergisi***, Özel Sayı, 2013, s. 25 Pekcanıtez - Atalay - Özekes, s. 603; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2567; Arslan vd., s. 617; Akil, s. 23; Akyol Aslan, s. 80.

34 *Özekes*'e göre, istinaf aşamasında yeni delillere dayanılması kural olarak mümkün olmadığından, bu aşamada delil tespiti hususunda çok titiz davranılmalıdır (Muhammet Özekes, ***100***

mahkemesi sadece hukuka uygunluk denetimi değil, aynı zamanda vakıa denetimi de yapmaktadır[36]. Nitekim istinaf mahkemesi, temyiz mahkemesinin aksine, delillerle doğrudan temas kurma imkânına sahiptir. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 360. maddesine göre, aksine hüküm bulunmayan durumlarda, ilk derece mahkemesinde uygulanan yargılama usûlü istinaf mahkemesinde de uygulanır. Söz konusu hükmün, geçici hukukî korumaları da kapsayacak şekilde yorumlanması gerekir[37]. Kaldı ki, istinaf aşamasında yapılamayacak işlemleri düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 357. maddesinde de geçici hukukî koruma kararlarına yer verilmemiştir[38]. Tüm bu nedenlerle istinaf mahkemesinin delil tespiti yapabilmesi mümkündür.

Bununla birlikte, ilk derece mahkemesi tarafından nihaî karar verilmiş, ancak henüz istinaf kanun yoluna başvurulmamış olan hâllerde, delil tespitinin ilk derece mahkemesinden mi yoksa istinaf mahkemesinden mi talep edileceği sorusu akla gelebilir. Alman hukukunda, istinaf mahkemesinin ancak istinaf başvurusu yapıldıktan sonra delil tespiti bakımından yetkili hâle geleceği ifade edilmektedir[39]. Bir başka deyişle, ilk derece mahkemesi, kararına karşı istinafa başvuruluncaya kadar delil tespiti açısından yetkili kalmaya devam eder[40].

Soruda Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 108; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2262-2263).

35 Kuru, El Kitabı, C. II, s. 1338; Tolga Akkaya, ***Medeni Usul Hukukunda İstinaf***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 342 vd.; Özekes, İstinaf ve Temyiz, s. 108; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2262-2263; Selçuk Öztek, ***Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 152; Sümeyye Sena Fırat, "Geçici Hukukî Koruma Tedbirlerine Karşı Kanun Yolları", ***İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2021, s. 94 vd..

36 Tolga Akkaya, s. 28; Kuru, El Kitabı, C. II, s. 1346; Atalı - Ermenek - Erdoğan, s. 625; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2213; Karslı, s. 765-766 ve 799; Ömer Ulukapı, ***Medenî Usûl Hukuku***, 3. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 466; Muhammet Özekes, "İstinaf İncelemesi Sonunda Verilecek Kararlar", ***Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf***, MİHBİR, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), 2018, s. 90; Deniz Meraklı Yayla, ***Medenî Usûl Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 19-22

37 Akkaya, s. 343; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2261; Fırat, s. 95. Ayrıca bkz. Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2470.

38 Akkaya, s. 343; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2262; Fırat, s. 94-95.

39 Ahrens, Kapitel 55 Rz. 7; Hans-Jürgen Ahrens, in: Bernhard Wieczorek, Rolf A. Schütze, ***Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar***, Band 6 §§ 355-510c, 4. Auflage, De Gruyter, 2014, § 486 Rdn. 5; Kratz, BeckOK ZPO, ZPO § 486 Rdn. 9.

40 Berger, Stein/Jonas ZPO, § 486 Rdn. 3.

Türk hukukunda ise doktrinde, kanaatimizce de haklı olarak, söz konusu durumda delil tespitinin istinaf mahkemesinden talep edilmesi gerektiği kabul edilmektedir[41,42]. Zira ilk derece mahkemesi nihaî kararını vererek davadan el çektiğinden artık davanın görülmekte olduğu mahkeme sıfatını kaybetmiştir[43]. Nihaî karar verildikten sonraki inceleme istinaf mahkemesi tarafından yapılacağından, delil tespiti talebi de o mahkemeye yöneltilmelidir[44].

Temyiz kanun yoluna başvurulduktan sonra da delil tespitine ihtiyaç duyulabilir. Örneğin, dinlenmesi gereken bir tanık, ilk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesi tarafından dinlemeden hüküm kurulmuş ve bu hükme karşı temyize başvurulduktan sonra tanık ağır bir hastalığa yakalanmış olabilir. Böyle bir durumda, söz konusu tanığın ifadesinin alınabilmesi için delil tespiti yoluna başvurulabilmesi gerekir. Aksi takdirde, temyiz mahkemesi tarafından bozma kararı verilir ve alt derece mahkemesi tarafından bu karara uyulursa, bozma kararı doğrultusunda yeniden yapılacak olan tahkikatta tanığın dinlemesi mümkün olmayabilir. Nitekim mahkemenin dinlenmesi gereken bir tanığı dinlemeden hüküm kurması, hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmesine neden olacağından[45], mutlak bozma sebebi teşkil eder[46].

---

41 Akkaya, s. 344; Öztek, İstinaf ve Temyiz, s. 152; Yasemin Mıstaçoğlu, "Bölge Adliye Mahkemeleri ve İhtiyati Tedbir Kararları", ***İstanbul Barosu Dergisi***, C. 90, S. 6, 2016, s. 41; Fırat, s. 97.

42 İhtiyati tedbir talebi bakımından aynı yönde bkz. Bilge Umar, ***Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi***, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 1138; Cengiz Serhat Konuralp, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler", ***İÜHFM***, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 238; İdil Tuncer Kazancı, "Yargı Kararları ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar", ***MİHDER***, C. 8, S. 23, 2012/3, s. 94 dn. 67; Yasemin Mıstaçoğlu, ***Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir Yargılaması***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 54; Cemil Simil, "Bölge Adliye Mahkemelerinin İhtiyatî Tedbir Kararı Verebilmesi ve Kararın Denetimi", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 10, S. 2, 2020, s. 186. İhtiyati tedbir talebi bakımından kararı veren ilk derece mahkemesinin görevli olduğu yönünde bkz. Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2470.

43 Akkaya, s. 344; Mıstaçoğlu, s. 41; Fırat, s. 97.

44 Akkaya, s. 344; Mıstaçoğlu, s. 41; Fırat, s. 98.

45 Erdönmez, Pekcanıtez Usûl, s. 876; Fatih Tahiroğlu, "Medenî Usûl Hukukunda Tanığın Hazır Bulunma Yükümlülüğü", ***İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 8, S. 2, 2021, s. 632; "[...] *Davalının bildirdiği tanıklardan E.U.'a çıkarılan davetiye adres yetersizliğinden iade edilmiş, davalı vekiline yeni adres bildirmesi için süre verilmesine rağmen, bildirilmediğinden; bu tanığın dinlenmesi gerekmez ise de; davalının diğer tanığı Y.A.un dinlenmesi için çıkarılan ihzar müzekkeresinin sonucu beklenmeden davaya ilişkin nihai karar verilmiştir. Davalı; tanığı Y.A.'un dinlenmesinden açıkça vazgeçilmiş değildir. Bu durumda; mahkemece davalı tanığı Y. A.'un Hukuk Muhakemeleri Kanununun 240. ve devamı maddeleri uyarınca dinlenmesine ilişkin işlemler tamamlanmadan karara bağlanması eksik inceleme sonucunu*

Temyiz kanun yoluna başvurulduktan sonra delil tespitine ihtiyaç duyulabileceği yukarıda belirtildi. Bu durumda, delil tespitinin hangi mahkemeden talep edilebileceği meselesi üzerinde durulmalıdır. Alman hukukunda, temyiz mahkemesi tarafından tespit edilemeyecek vakıalar söz konusu ise, delil tespitinin istinaf mahkemesinden talep edilmesi gerektiği kabul edilmektedir[47].

Türk hukukunda ise, temyiz mahkemesinden delil tespiti talebinde bulunulamaz. Zira temyiz incelemesinde, istinaf incelemesinden farklı olarak, sadece hukuka uygunluk denetimi yapılır. Bir başka deyişle, temyiz mahkemesi, istinaf mahkemesinin aksine, vakıa denetimi yapamaz[48]. Nitekim Yargıtay'ın, delillerle doğrudan temas kurma imkânı yoktur[49]. Örneğin, temyiz mahkemesi; tanık dinleyemez, keşif yapamaz[50], bilirkişi raporu alamaz[51]. Bu nedenle temyiz mahkemesinin delil tespiti yapabilmesi mümkün değildir. Kanaatimizce burada delil tespiti nihaî kararı vermiş olan istinaf mahkemesinden veya ilk derece mahkemesinden[52] talep edilmelidir[53]. Keza istinaf mahkemesi veya ilk derece mahke-

---

doğurmuş olup, bu durum davalının hukuki dinlenilme haklarına (HMK m. 27) aykırı olduğundan bozmayı gerektirmiştir [...]" Yargıtay 2. HD, 10.7.2012, E. 2012/592, K. 2012/19400, (www.kazanci.com.tr).

46 Muhammet Özekes, ***Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 128 ve 323; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2355; Tahiroğlu, s. 632-633.

47 Klaus Reichold, in: Heinz Thomas - Hans Putzo, ***Zivilprozessordnung***, 36. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2015, § 486 Rdn. 4; Ahrens, Kapitel 55 Rz. 5; Berger, Stein/Jonas ZPO, § 486 Rdn. 3; Huber, Musielak/Voit ZPO, ZPO § 486 Rdn. 2; Ahrens, Wieczorek/Schütze ZPO, § 486 Rdn. 4; Kurt Herget, in: Richard Zöller, ***Zöller Zivilprozessordnung***, 30. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2014, § 486 Rdn. 3.

48 Sabri Şakir Ansay, ***Hukuk Yargılama Usulleri***, 7. Baskı, Ankara, 1960, s. 344; Necmeddin M. Berkin, "Yargıtay Kanunu ve Nihai Derecede Yargı Faaliyeti", ***İÜHFM***, C. 41, S. 1-2, 1975, s. 156; Saim Üstündağ, "Temyizin Nakzından Sonraki Hukuki Durum", ***İÜHFM***, C. 28, S. 1, 1962, s. 145; Burhan Gürdoğan, ***Özel Hukuk Alanında Maddî Hukuk ve Yargılama Usulü Yönünden Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi***, Ankara, 1967, s. 26; Hakan Pekcanıtez, "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Temyiz Kanun Yolunda Yargısal Denetiminin Maddi ve Hukukî Denetim", ***Temyiz İncelemesinde Hukuki Denetimin Sınırları***, Türk Hukuku İstinaf Reformu Sonrası Mukayeseli Hukuk Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Ankara, 2018, s. 227; Özekes, İstinaf ve Temyiz, s. 116.

49 Saim Üstündağ, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun Tadili Tasarısı Hakkında Düşünceler", ***Makaleler İçtihat Tahlilleri Çeviriler***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 144; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2277.

50 Özekes, Temyiz ve İstinaf, s. 127; İbrahim Aşık, ***Medenî Usul Hukukunda Keşif***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 111.

51 Özekes, Temyiz ve İstinaf, s. 127; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2277.

52 Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 361. maddesinin birinci fıkrasına göre, temyiz kanun yoluna kural olarak bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinden verilen nihaî kararlara karşı

mesi tarafından nihaî karar verilmiş, ancak henüz temyiz kanun yoluna başvurulmamış olan hâllerde de delil tespitinin nihaî kararı vermiş olan istinaf mahkemesinden veya ilk derece mahkemesinden talep edilmesi gerekir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, dava açıldıktan sonra davaya bakan mahkeme dışında başka bir mahkeme tarafından delil tespiti yapılması hâlinde, yapılan delil tespitinin geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, davaya bakan mahkeme dışında başka bir mahkemenin yapmış olduğu delil tespiti geçersizdir ve bu delil tespitiyle elde edilen delil hükme esas alınamaz[54]. Yargıtay da dava açıldıktan sonra davanın görüldüğü mahkeme dışında başka bir mahkemece yapılan delil tespitinin hükme esas alınamayacağı görüşündedir[55]. Yine İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin görüşü de bu yöndedir[56].

---

başvurulabilir. Bununla birlikte, ilk derece mahkemesinden verilen nihaî kararlara karşı da istisnaî olarak doğrudan temyiz kanun yoluna başvurulabilir (HMK m. 373/1, 4, 5).

[53] Benzer şekilde bkz. ve karş. Fırat, s. 99. İhtiyati tedbir talebi bakımından kararı veren ilk derece mahkemesinin veya duruma göre bölge adliye mahkemesinin yetkili ve görevli olduğu yönünde bkz. Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2470. Bu konuda bir kanun boşluğu bulunduğunu kabul eden bir başka görüşe göre de, temyiz incelemesi sırasında ihtiyati tedbire karar verme yetkisi nihai kararı vermiş olan mahkemeye ait olmalıdır (Yılmaz, Şerh, C. III, s. 3542-3543; Ejder Yılmaz, "Dosyadan El Çeken Mahkemenin Kanun Yolu Aşamasında Bulunan Davada İhtiyati Tedbir Verme Yetkisi", ***MİHDER***, C. 5, S. 13, 2009, s. 220).

[54] Kuru, Usul, C. IV, s. 4435; İlhan E. Postacıoğlu, ***Medeni Usul Hukuku Dersleri***, 6. Bası, İstanbul, 1975, s. 498; Arslan R., s. 25; İlhan E. Postacıoğlu - Sümer Altay, ***Medenî Usûl Hukuku Dersleri***, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 1020; Arslan vd., s. 617; Akil, s. 21; Akyol Aslan, s. 83.

[55] "[...] *HMK'nun 401/4. Maddesinde yer alan "dava açıldıktan sonra yapılan her türlü delil tesbiti talebi hakkında sadece davanın görülmekte olduğu mahkemenin yetkili ve görevli olduğu" düzenlemesi karşısında yetkisiz ve görevsiz mahkemece yapılan tesbite değer verilemeyeceğine göre; davalının temyiz itirazı yerinde değildir* [...]" Yargıtay 1. HD, 11.5.2017, E. 2014/22426 K. 2017/2523 (www.lexpera.com.tr); "[...] *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 401. maddesinin 4. fıkrasında yer alan 'Dava açıldıktan sonra yapılan her türlü delil tespiti talebi hakkında sadece davanın görülmekte olduğu mahkeme yetkili ve görevlidir' hükmü gereğince, inceleme konusu davanın açılma tarihinden sonra, ... 2. Sulh Hukuk Mahkemesi aracılığıyla ve tarafların yokluğunda icra edilen delil tespiti dosyası ve uzman olmayan mimar bilirkişi raporu hükme esas alınamaz* [...]" Yargıtay 22. HD, 30.6.2014, E. 2014/17106, K. 2014/19794 (www.kazanci.com.tr); "[...] dava 13.11.2006 tarihinde açılmış olup, delil tespiti davanın açılmasından sonra 30.11.2006 tarihinde yetkisiz ve görevsiz mahkemede yaptırıldığından geçersizdir (H.U.M.K. madde 370. H.M.K. madde 401/4) [...]" Yargıtay 15. HD, 21.5.2012, E. 2012/541, K. 2012/3682 (www.kazanci.com.tr); "[...] *HMK'nın 401/son maddesine göre "dava açıldıktan sonra yapılan her türlü delil tespiti talebi hakkında sadece davanın görülmekte olduğu mahkeme yetkili ve görevlidir." hükmü gereğince eldeki dosya ile ilgili olarak başka mahkemece delil toplanamaz. Mahkemece gerekli tüm araştırma dosya üzerinden yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği halde davadan sonra başka bir mahkemeden talep edilen tespit kararı esas alınarak HMK'nın 401/son maddesine aykırı olarak ka-*

Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre ise, delil tespiti davaya bakan mahkeme dışında başka bir mahkeme tarafından yapılsa dahi, hâkim tespit edilen delili serbestçe değerlendirebilmelidir[57]. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 198. maddesinde, kanunî istisnalar dışında hâkimin delilleri serbestçe değerlendireceği düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 401. maddesinin dördüncü fıkrasında da, söz konusu delil tespitinin geçersiz olacağına, yani bu delil tespitiyle elde edilen delilin değerlendirilemeyeceğine dair bir düzenleme mevcut değildir[58].

SONUÇ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 401. maddesinin birinci fıkrasına göre, henüz dava açılmamış olan durumlarda delil tespiti, esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden istenir. Esas hakkındaki dava bakımından birden fazla mahkemenin yetkili olduğu hâllerde, kişi bu mahkemelerden birini seçerek delil tespiti talebinde bulunabilir. Böyle bir durumda, esas hakkındaki dava, delil tespiti talebinde bulunulan mahkeme dışında, başka bir yetkili mahkemede de açılabilir. Taraflar arasında geçerli bir yetki sözleşmesi varsa, yetki sözleşmesi ile belirlenen mahkeme delil tespiti bakımından da yetkilidir. Bununla birlikte, taraflar arasında yetki sözleşmesi bulunsa dahi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 401. maddesinin birinci fıkrası gereğince, üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak olan şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer mahkemesinin yetkisi de devam eder. Buna karşılık, sadece delil tespiti talebi açısından yapılan yetki sözleşmesi geçerli olmaz.

---

rar verilmesi isabetsiz olup, davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülerek hükmün bozulmasına [...]" Yargıtay 16. HD, 22.3.2016, E. 2015/3098, K. 2016/3050 (www.lexpera.com.tr).

56 "[...] *Oysa dosyaya sunulmamış olsa da, delil tespitinin işbu dava tarihinden sonra yaptırıldığı anlaşılmaktadır. HMK'nın 401/4. maddesi gereğince dava açıldıktan sonra yapılacak delil tespiti hakkında sadece davanın görüldüğü mahkemenin görevli ve yetkili olduğu hüküm altına alınmış olup, bu nedenle söz konusu delil tespiti geçersiz olduğundan, hükme esas alınamayacağı gibi asıl davada alınan rapor ile çelişkiden söz edilemeyecektir* [...]" İstanbul BAM, 12. HD, 29.4.2021, E. 2019/594, K. 2021/641 (www.lexpera.com.tr).

57 Bilge Umar, "Kuru/Arslan/Yılmaz'ın "Medenî Usul Hukuku" Ders Kitabının 14. (Genişletilmiş) Basımı Üzerine", ***Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 1, S. 1, 2004, s. 511-514; Umar, Şerh, s. 1170-1172; Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2566.

58 Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2566.

Kişi dava açılmadan önce delil tespitini esas hakkındaki dava bakımından yetkili olarak kabul ettiği mahkemeden talep etmiş, daha sonra da kendisine karşı esas hakkındaki dava bu mahkemede açılmış olabilir. Böyle bir durumda, daha önce o mahkemeden delil tespiti talebinde bulunmuş olan davalı, yetki ilk itirazında bulunamamalıdır. Çünkü bu durumda davalı mahkemenin yetkisiz olduğunu ileri sürerek, önceki davranışıyla çelişmektedir. Oysa medenî usûl hukukunda çelişkili davranma dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Dürüstlük kuralına aykırı yapılan usûlî işlemler ise hukukî sonuç doğurmazlar.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 401. maddesinin son fıkrasına göre, dava açıldıktan sonra talep edilecek her türlü delil tespitinde yalnızca davaya bakan mahkeme yetkili ve görevlidir. İstinaf incelemesi sırasında da delil tespiti istinaf mahkemesinden talep edilir. Keza ilk derece mahkemesi tarafından nihaî karar verilmiş, ancak henüz istinaf kanun yoluna başvurulmamış olan hâllerde de delil tespitinin istinaf mahkemesinden talep edilmesi gerekir. Buna karşılık, temyiz mahkemesinden delil tespiti talebinde bulunulamaz. Temyiz kanun yoluna başvurulduktan sonra delil tespitine ihtiyaç olursa, delil tespiti nihaî kararı vermiş olan istinaf mahkemesinden veya ilk derece mahkemesinden talep edilmelidir. Keza istinaf mahkemesi veya ilk derece mahkemesi tarafından nihaî karar verilmiş, ancak henüz temyiz kanun yoluna başvurulmamış olan hâllerde de delil tespitinin nihaî kararı vermiş olan istinaf mahkemesinden veya ilk derece mahkemesinden talep edilmesi gerekir.

Delil tespiti davaya bakan mahkeme dışında başka bir mahkeme tarafından yapılmış olsa dahi, hâkim tespit edilen delili serbestçe değerlendirebilmelidir. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 198. maddesinde, kanunî istisnalar dışında hâkimin delilleri serbestçe değerlendireceği düzenlenmiştir. Kaldı ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 401. maddesinin dördüncü fıkrasında da, söz konusu delil tespitinin geçersiz olacağına dair bir düzenleme de söz konusu değildir.

KAYNAKÇA

AHRENS, Hans-Jürgen, ***Der Beweis im Zivilprozess***, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2015.

AKİL, Cenk, "Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 58, S. 1, 2009, ss. 1-62.

AKKAYA, Tolga, ***Medeni Usul Hukukunda İstinaf***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

AKYOL ASLAN, Leyla, ***Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti (Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre)***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

ALANGOYA, Yavuz, ***Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler***, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979.

ALANGOYA, Yavuz - YILDIRIM, Kamil - DEREN-YILDIRIM, Nevhis, ***Medenî Usul Hukuku Esasları***, Tıpkı 8. Baskı, Beta, İstanbul, 2011.

ANSAY, Sabri Şakir, ***Hukuk Yargılama Usulleri***, 7. Baskı, Ankara, 1960.

ARSLAN, Aziz Serkan, ***Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012 (Doğrudanlık İlkesi).

ARSLAN, Aziz Serkan, "6100 Sayılı HMK Madde 401 Hükmüne Göre Delil Tespitinde Görevli ve Yetkili Mahkeme", ***Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 21, S. 2, 2013, ss. 241-254 (Delil Tespiti).

ARSLAN, Aziz Serkan, "Doğrudanlık İlkesi", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, Mihbir Özel Sayısı, C. 4, S. 2, 2014, ss. 133-144.

ARSLAN, Ramazan, ***Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı***, S Yayınları, Ankara, 1989 (Dürüstlük Kuralı).

ARSLAN, Ramazan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler", ***Bankacılar Dergisi***, Özel Sayı, 2013, ss. 7-27.

ARSLAN, Ramazan vd., ***Medenî Usul Hukuku***, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

ARSLANDOĞAN, Birce, ***Medenî Yargılama Hukukunda Delil Tespiti***, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

ASLAN, Ali Çetin, "Medenî Usûl Hukukunda Görev", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İzmir 2021.

AŞIK, İbrahim, ***Medenî Usul Hukukunda Keşif***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

ATALI, Murat - ERMENEK, İbrahim - ERDOĞAN, Ersin, ***Medenî Usûl Hukuku***, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

BELGESAY, Mustafa Reşit, ***Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi***, İstanbul, 1939.

BELGİN GÜNEŞ, Derya, "Yetki Sözleşmeleri", ***İstanbul Barosu Dergisi***, C. 86, S. 5, 2012, ss. 197-221.

BERKİN, Necmeddin M., "Yargıtay Kanunu ve Nihai Derecede Yargı Faaliyeti", ***İÜHFM***, C. 41, S. 1-2, 1975, ss. 153-173.

BERKİN, Necmeddin M., ***Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi***, Filiz Kitabevi, 1981 (Rehber).

BİLGE, Necip - ÖNEN, Ergun, ***Medenî Yargılama Hukuku Dersleri***, 3. Baskı, Ankara, 1978.

BOLAYIR, Nur, ***Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Hâkimin ve Tarafların Rolü***, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

BORK Reinhard - ROTH, Herbert, ***Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung***, Band 5 §§ 328-510c, 22. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015 (Stein/Jonas ZPO).

BUDAK, Ali Cem - KARAASLAN, Varol, ***Medenî Usul Hukuku***, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.

DIRENİSA, Efe, "İhtiyatî Tedbir Kararına Muhalefet Düzenlemesinin (HMK m. 398) İptal Edilmesi ve İptal Kararının Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme", ***Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi***, C. 11, S. 25, 2019, ss. 97-176

DOĞANAY, İsmail, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tesbiti Delaile Dair Hükümleri Üzerine Bir İnceleme", ***Adalet Dergisi***, 1954/7, ss. 888-899.

ERDÖNMEZ, Güray, ***Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku***, C. I, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Pekcanıtez Usûl).

ERKUYUMCU, Müfit, "Delil Tespitine Müteallik Hükümler Üzerine Bir İnceleme", ***Adalet Dergisi***, 1946/2, ss. 126-136.

FIRAT, Sümeyye Sena, "Geçici Hukukî Koruma Tedbirlerine Karşı Kanun Yolları", ***İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2021.

FISCHER, Frank O., "Selbstständiges Beweisverfahren - Zuständigkeits- und Verweisungsfragen", ***MDR***, 2001, s. 608-612.

GÖRGÜN L., Şanal - BÖRÜ, Levent - KODAKOĞLU, Mehmet, ***Medenî Usûl Hukuku***, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

GÜLTÜTER, Makbule Ceren, "Medeni Yargılama Hukukunda Yetki Sözleşmeleri", ***İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2018.

GÜRDOĞAN, Burhan, ***Özel Hukuk Alanında Maddî Hukuk ve Yargılama Usulü Yönünden Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi***, Ankara, 1967.

KARADEMİR AYDEMİR, Dilek, ***Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi***, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

KARSLI, Abdurrahim, ***Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler***, İstanbul, 2001 (Usulî İşlemler).

KARSLI, Abdurrahim, ***Medeni Muhakeme Hukuku***, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.

KONURALP, Cengiz Serhat, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler", ***İÜHFM***, C. LXXI, S. 2, 2013, ss. 225-274.

KRÜGER, Wolfgang - RAUSCHER, Thomas, ***Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung***, Band 2 §§ 355-945b, 6. Auflage, C. H. Beck, 2020 (MüKoZPO).

KURT, Nesibe, "Medenî Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğruyalık İlkesi", ***Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan***, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, ss. 599-625.

KURT KONCA, Nesibe, ***Medenî Usul Hukukunda Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

KURU, Baki, ***Hukuk Muhakemeleri Usulü***, C. IV, 6. Baskı, İstanbul, 2001 (Usul, C. IV).

KURU, Baki, ***Medenî Usul Hukuku El Kitabı***, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 (El Kitabı, C. II).

KURU, Baki- BUDAK, Ali Cem, ***Tespit Davaları***, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

MERAKLI YAYLA, Deniz, ***Medenî Usûl Hukuku'nda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

MISTAÇOĞLU, Yasemin, ***Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir Yargılaması***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

MISTAÇOĞLU, Yasemin, "Bölge Adliye Mahkemeleri ve İhtiyati Tedbir Kararları", ***İstanbul Barosu Dergisi***, C. 90, S. 6, 2016, ss. 36-44.

MUSIELAK, Hans-Joachim - VOIT, Wolfgang, ***Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar***, 19. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2022 (Musielak/Voit ZPO).

MUŞUL, Timuçin, ***Medenî Usul Hukuku***, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

ÖZEKES, Muhammet, ***Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

ÖZEKES, Muhammet, ***100 Soruda Medenî Usûl Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz***, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016 (İstinaf ve Temyiz).

ÖZEKES, Muhammet, ***Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku***, C. III, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Pekcanıtez Usûl).

ÖZEKES, Muhammet, "İstinaf İncelemesi Sonunda Verilecek Kararlar", ***Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf***, MİHBİR, 15. Toplantı (6-7 Ekim 2017/Antalya), 2018, ss. 85-112.

SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, ***Türk Medeni Yargılama Hukuku***, Fakülteler Kitabevi Barış Yayınları, İzmir, 2013.

ÖZTEK, Selçuk, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Geçici Hukuki Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi", ***Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-X***, 1-2 Ekim 2012 İzmir, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, ss. 428-461.

ÖZTEK, Selçuk, ***Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (İstinaf ve Temyiz).

PEKCANITEZ, Hakan, ***Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku***, C. II, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Pekcanıtez Usûl).

PEKCANITEZ, Hakan, "Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Temyiz Kanun Yolunda Yargısal Denetiminin Maddi ve Hukukî Denetim", ***Temyiz İncelemesinde Hukuki Denetimin Sınırları***, Türk Hukuku İstinaf Reformu Sonrası Mukayeseli Hukuk Sempozyumu Bildiriler Kitabı, Ankara, 2018, ss. 217-251.

PEKCANITEZ, Hakan - ATALAY, Oğuz - ÖZEKES, Muhammet, ***Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı***, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

POSTACIOĞLU, İlhan E., ***Medeni Usul Hukuku Dersleri***, 6. Bası, İstanbul, 1975.

POSTACIOĞLU, İlhan E. - ALTAY, Sümer, ***Medenî Usûl Hukuku Dersleri***, 7. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

PRÜTTING, Hanns - GEHRLEIN, Markus, ***Zivilprozessordnung Kommentar***, 8. Auflage, Luchterhand Verlag, 2016 (Prütting/Gehrlein ZPO).

ROSENBERG, Leo - SCHWAB, Karl Heinz - GOTTWALD, Peter, ***Zivilprozessrecht***, 18. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2018.

SAENGER, Ingo, ***Zivilprozessordnung Handkommentar***, 9. Auflage, Nomos, 2021 (Hk-ZPO).

SCHILKEN, Eberhard, ***Zivilprozessrecht***, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2010.

SİMİL, Cemil, "Bölge Adliye Mahkemelerinin İhtiyatî Tedbir Kararı Verebilmesi ve Kararın Denetimi", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 10, S. 2, 2020, ss. 171-194.

TAHİROĞLU, Fatih, "Medenî Usûl Hukukunda Tanığın Hazır Bulunma Yükümlülüğü", ***İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 8, S. 2, 2021, ss. 617-644.

TANRIVER, Süha, "Noterlerin Tespit İşlemleri", ***Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler (1993-2011)***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, ss. 105-120.

TANRIVER, Süha, ***Medenî Usûl Hukuku***, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Usûl, C. I).

TANRIVER, Süha, ***Medenî Usûl Hukuku***, C. II, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022 (Usûl, C. II).

THOMAS, Heinz - PUTZO, Hans, ***Zivilprozessordnung***, 36. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2015

TUNCER KAZANCI, İdil, "Yargı Kararları ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar", ***MİHDER***, C. 8, S. 23, 2012/3, ss. 75-126.

TUNÇ YÜCEL, Müjgan, ***HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

TURAN, Sinem, ***Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti Kurumunun Fonksiyonları***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

ULUKAPI, Ömer, ***Medenî Usûl Hukuku***, 3. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015.

UMAR, Bilge, "Kuru/Arslan/Yılmaz'ın "Medenî Usul Hukuku" Ders Kitabının 14. (Genişletilmiş) Basımı Üzerine", ***Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 1, S. 1, 2004, ss. 481-517.

UMAR, Bilge, ***Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi***, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014 (Şerh).

ÜSTÜNDAĞ, Saim, "Temyizin Nakzından Sonraki Hukuki Durum", ***İÜHFM***, C. 28, S. 1, 1962, ss. 133-192.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, ***Medeni Yargılama Hukuku***, C. I-II, 7. Baskı, İstanbul, 2000.

ÜSTÜNDAĞ, Saim, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun Tadili Tasarısı Hakkında Düşünceler", ***Makaleler İçtihat Tahlilleri Çeviriler***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, ss. 115-150.

VORWERK, Volkert - WOLF, Christian, ***BeckOK ZPO***, 45. Edition Stand: 01.07.2022, C. H. Beck, München, 2022 (BeckOK ZPO).

WIECZOREK, Bernhard - SCHÜTZE, Rolf A., ***Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar***, Band 6 §§ 355-510c, 4. Auflage, De Gruyter, 2014 (Wieczorek/Schütze ZPO).

YILMAZ, Ejder, "Dosyadan El Çeken Mahkemenin Kanun Yolu Aşamasında Bulunan Davada İhtiyati Tedbir Verme Yetkisi", ***MİHDER***, C. 5, S. 13, 2009, ss. 213-220.

YILMAZ, Ejder, ***Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri***, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.

YILMAZ, Ejder, ***Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi***, C. III, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017 (Şerh, C. III).

ZÖLLER, Richard, ***Zöller Zivilprozessordnung***, 30. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2014 (Zöller ZPO).

Elektronik Kaynaklar

www.kazanci.com.tr

www.lexpera.com.tr

TAŞIYICININ YÜKLEMENİN İŞLETME GÜVENLİĞİNE UYGUN OLARAK YAPILMASINI SAĞLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ[*]

Dr. Ahmet Batuhan OYAL[**]

Öz

Mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda eşyanın yüklenmesi ve boşaltılmasına ilişkin açık bir düzenleme öngörülmüştür. Yüklemenin ve/veya boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun yapılmaması veya yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmaması gerek taşınan eşyada gerekse taşıyıcının veya üçüncü kişilerin can ve malvarlığı unsurlarında önemli zararlara sebep olmaktadır. Kanunî bir tanımı bulunmayan taşıma güvenliği ve işletme güvenliği kavramlarının doğru şekilde tanımlanması, meydana gelen zararlardan doğan sorumluluğun koşullarının ve kapsamının belirlenmesi bakımından önem arz eder. Ayrıca uygulamada çoğunlukla taşıyıcının sürücüsünden yükleme veya boşaltma yardımcı olması istenmektedir. Bu gibi durumlarda sürücünün kusurundan ötürü yüklemenin veya boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılmaması nedeniyle doğan zararlardan sorumluluğun tespiti çeşitli sorunları beraberinde getirmektedir. Bu çalışmada, taşıma güvenliği ve işletme güvenliği kavramları tanımlanmaya çalışılarak, yüklemenin ve/veya boşaltmanın taşıma veya işletme güvenliğine uygun şekilde yapılmaması nedeniyle meydana gelen zararlardan doğan sorumluluk incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Taşıma Güvenliği, İşletme Güvenliği, Eşya Taşıma, Yükleme ve Boşaltmadan Doğan Sorumluluk.

---

[*] Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 23.09.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 09.11.2022.
Atıf Şekli: Ahmet Batuhan Oyal, "Taşıyıcının Yüklemenin İşletme Güvenliğine Uygun Olarak Yapılmasını Sağlama Yükümlülüğü", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 1261-1315.

[**] İstanbul Barosuna bağlı Avukat, İstanbul, Türkiye.
E-posta: batuhanoyal@hotmail.com.
Orcid: https://orcid.org/0000-0002-3055-5870.

OBLIGATION OF THE CARRIER TO ENSURE LOADING IS MADE IN ACCORDANCE WITH OPERATIONAL SAFETY

Abstract

Obligation to loading and unloading of goods is regulated in the Turkish Commercial Code No. 6102 (TCC). TCC does not legally define the terms “transportation safety” and “operational safety”. On the other hand, the correct and accurate definition of these terms is important in terms of determining the conditions of liability and its scope. In addition, the consignor often asks the driver of the carrier to assist them in loading and/or unloading of the goods. In such cases, the determination of responsibility for the damages arising from the failure of compliance with transportation safety due to a fault of the driver of the carrier brings along various problems. In this study, the terms “transportation safety” and “operational safety” will be defined and the liability for damages due to unstatutory loading and/or will be examined.

Keywords

Transportation Safety, Operational Safety, Carriage of Goods, Liability Arising From Loading and Unloading of Goods.

GİRİŞ

Eşyanın taşıma aracına doğru şekilde yüklenmemesi, çoğunlukla karayoluyla taşıma sırasında kazalara ve dolayısıyla can ve mal kayıplarına sebep olmaktadır. Yüklemenin taşıma ve işletme güvenliğine aykırı şekilde yapılması nedeniyle meydana gelen kazalarda, ciddî zararlar ortaya çıkmaktadır. Yükleme taşıma ve işletme güvenliğine uygun şekilde yapılmışsa, taşıma sırasında meydana gelebilecek zararlar, taşıma aracının kaza yapması ve eşyanın çalınmasıyla sınırlıyken, yüklemenin veya boşaltmanın taşıma ve/veya işletme güvenliğine uygun olmayan şekilde yapılması nedeniyle gerek taşınan eşyada gerekse taşıyıcının aracında ve üçüncü kişilerin can ve malvarlığı unsurlarında meydana gelecek zararlar çeşitlilik arz etmektedir. Buna rağmen yüklemenin veya boşaltmanın usûlüne uygun yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan zararlardan doğan sorumluluk, genellikle taşıma sözleşmesinin taraflarınca üzerinde pek de durulmayan ve göz ardı edilen bir husustur.

Gerek sorumluluk davalarında gerekse idarî para cezalarının iptaline ilişkin davalarda veya ceza davalarında, eşyanın yüklenmesi ve boşaltılması borcunun taşıma sözleşmesinin hangi tarafınca ifa edilmesi gerektiği veya fiilen ifa edildiği, ayrıca yükleme ve boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılıp yapılmadığı sorusu önemlidir. Zarar meydana geldikten sonra, eşyanın yüklenmesi ve boşaltılması yükümlülüğünün sözleşmenin hangi tarafında olduğunun ve yükleme veya boşaltma borcunun usûlüne uygun şekilde ifa edilip edilmediğinin tespiti, ancak sorumlunun ve sorumluluğun kapsamının belirlenmesi bakımından fayda sağlar. Oysa esas olan zararın tazmini değil, her şeyden önce zararın meydana gelmemesi için gerekli önlemlerin alınmasıdır. Ancak gerekli önlemlerin alınması ve dolayısıyla henüz meydana gelmeden zararın engellenmesi, tarafların, yüklemenin ve boşaltmanın taşıma ve/veya işletme güvenliğine uygun şekilde yapılmaması durumunda kendilerinin sorumlu olacağının bilincinde olmalarına bağlıdır.

Bu çalışmada, Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinde yer verilen "taşıma güvenliği" ve "işletme güvenliği" kavramları üzerinde durarak, karayoluyla eşya taşımasında taşımanın taraflarının bu bağlamdaki yükümlülüklerinin kapsamı ve eşyanın taşıma ve/veya işletme güvenliğine aykırı şekilde yüklenmesi veya boşaltılmasından doğan sorumluluğu incelenecektir.

I. EŞYANIN TAŞIMA GÜVENLİĞİNE UYGUN ŞEKİLDE YÜKLENMESİ VE BOŞALTILMASI

A. Eşyanın Yüklenmesi ve Boşaltılması

Türk Ticaret Kanunu'nun[1] 863. maddesinin 1. fıkrasında sözleşmeden, durumun gereğinden veya ticarî teamülden aksi anlaşılmadıkça gönderenin eşyayı taşıma güvenliğine uygun biçimde araca koyarak, istifleyerek, bağlayarak, sabitleyerek yüklemek ve aynı şekilde boşaltmak zorunda olduğu düzenlenmiştir. Anılan düzenlemenin lafzından anlaşıldığı üzere, eşyanın yüklenmesi ve boşaltılması iki ayrı hükümde değil, tek bir hükümde düzenlenmiş ve bu iki işlemin kural olarak gönderen tarafından yerine getirilmesi öngörülmüştür[2]. Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin Hükümet Gerekçesi'nde[3], söz konusu düzenlemenin kaynağının Alman Ticaret Kanunu'nun 412. maddesi ve Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi'nin (CMR) 17. maddesinin 4. fıkrasının (c) bendi olduğu belirtilmiştir.

Alman hukukunda "eşyanın taşıma aracına yüklenmesinin" kapsamı, 29.06.1998 tarihinde Federal Gazete'de yayımlanan Taşıma, Taşıma İşleri Komisyonculuğu ve Ardiye Hukukunun Yeniden Düzenlenmesi Hakkında Kanun'la ("Taşıma Hukuku Reform Kanunu")[4] yapılan değişiklikten önce tartışmalı olduğundan[5], Taşıma Hukuku Reform Kanunu'yla yeniden düzenlenen Alman Ticaret Kanunu'nun 412. maddesinde yüklemenin (*verladen*) kanunî tanımı yapılmıştır. Alman Ticaret Kanunu'nun 412. maddesinin 1. cümlesinde yüklemenin, eşyanın taşıma güvenliğine uygun şekilde taşıma aracına konmasını, istiflenmesini ve sabitlenmesini ifade ettiği belirtilmiştir. Ayrıca yapılan düzenlemede yüklemenin, "taşıma güvenliğine uygun" (*beförderungssicher*) olması gerektiği de vurgulanmıştır.

---

1 RG, 14.02.2011, S. 27846.

2 *Can*, eşyanın boşaltma ve teslim yerine varmasından sonra tasarruf yetkisinin gönderilene geçme esası benimsenmişken ve ayrıca gönderilene eşyanın teslimini talep etme hakkı tanındığı gözetildiğinde, Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinde boşaltmanın "gönderen" yerine "gönderilen" tarafından yapılacağının ifade edilebileceğini belirtmiştir (Mertol Can, ***Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, C. I***, İmaj Yayınevi, Ankara, 2017, s. 61).

3 TBMM Bülteni, Dönem 23, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 96, s. 297.

4 BGBl, 29.06.1998, Nr. 39.

5 Rolf Herber - Christine Schmidt, *Münchener Kommentar zum HGB, Bd. 7*, C. H. Beck Verlag, 4. Aufl., München 2020, § 412, Kn. 1; Bernd Andresen - Hubert Valder, ***Speditions-, Fracht und Lagerrecht-Handbuch des Transportrechts mit Kommentaren***, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2019, § 412, Kn. 1.

Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinde de mehaz Alman Ticaret Kanunu'nun 412. maddesine benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Kural olarak eşyanın yüklenmesi ve boşaltılması gönderene aittir. Gönderen, taşıyıcıya nazaran taşınacak eşyayı daha iyi tanıdığından, taşıma sırasında eşyanın herhangi bir zarara uğramaması için, taşıma aracına hangi şekilde konması gerektiğini de daha iyi bilebilir. Bu nedenle taşınacak eşyanın ambalajlanmasında ve işaretlenmesinde olduğu gibi, gönderenin eşya konusundaki taşıyıcıya nazaran bilgisinin daha fazla olmasından dolayı, eşyanın taşıma aracına yüklenmesi gönderene yüklenmiş bir yükümlülüktür[6].

Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 1. fıkrasında, bu kuralın üç istisnası öngörülmüştür. Bunlar; tarafların anlaşması, durumun gereği veya kanunda öngörülen düzenlemeden farklı bir ticarî teamülün varlığıdır. Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesi emredici nitelikte bir düzenleme olmadığından, tarafların örtülü (zımnen) olarak da olsa, yüklemenin ve boşaltmanın taşıyıcı tarafından yapılacağı konusunda anlaşmaları mümkündür. Alman Federal Mahkemesi incelediği bir olayda, gönderen ve taşıyıcı arasındaki ticarî ilişki kapsamında, taşıyıcının önceki sözleşmeler çerçevesinde sürekli olarak ayrı bir ücret almadan yüklemeyi yaptığı gözetilerek, taraflar arasında yüklemenin taşıyıcı tarafından yapılacağına ilişkin örtülü bir anlaşma bulunduğunun kabulü

---

[6] Burak Adıgüzel, ***Taşıma Hukuku (Deniz Ticareti Hariç)***, 4. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 71-72; Süleyman Kıran, ***Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli Eşya Taşıması***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 64; Serhat Küçükçapraz, "Karayoluyla Tehlikeli Madde Taşımadan Doğan Hukuki Sorumluluk", ***Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 2, S. 1, Y. 2020, s. 201; Ingo Koller, ***Transportrecht***, 10. Aufl., C. H. Beck Verlag, München, 2020, § 412, Kn. 1; Andresen/Valder, 2019, § 412, Kn. 2; Jürgen Ernsthaler, ***Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch (HGB) mit UN-Kaufrecht***, 8. Aufl., Luchterhand Verlag, München, 2015, § 412, Kn. 2; Norbert Horn, ***Heymann-Handelsgesetzbuch Bd 4***, 2. Aufl., De Gruyter Verlag, Berlin, 2005, § 412, Kn. 3; Claus-Wilhelm Canaris/Mathias Habersack/Carsten Schäfer, ***Staub-Handelsgesetzbuch Großkommentar Bd. 12/2***, 5. Aufl., De Gruyter Verlag, Berlin/Boston, 2014, § 412, Kn. 2; Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 2. *Aydın*, taşıyıcıyı yükleme ve istiflemeyle yükümlü kılmanın, hayatın olağan akışına aykırı olacağını, zira taşıyıcının kural olarak tek bir sürücüsü olduğunu, yükleme ve istifleme için sürücüye eşlik edecek başka personel istihdam etmesinin taşıyıcıdan beklenemeyeceğini belirtmiştir (Alihan Aydın, ***CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu***, 2. Bası, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 38). *Heuer*, yükleme ve boşaltma yükümlülüğünün kanunen gönderene yüklenmesi bakımından, taşınacak eşyanın gönderen tarafından daha iyi tanınması argümanın tek başına yeterli olmadığını, taşıma güvenliğinin sağlanması için eşyanın niteliğinden ziyade, söz konusu eşyanın taşıma sırasında taşıma aracı içerisinde nasıl hareket edeceğinin bilinmesi gerektiğini, gönderenin ise bu konuda taşıyıcıya nazaran daha üstün bir bilgiye sahip olmadığını belirterek yapılan düzenlemeyi eleştirmiştir (Klaus Heuer, "Das künftige deutsche Frachtrecht", ***Transportrecht***, H. 2, 1998, s. 46).

gerektiğine hükmetmiştir[7]. Taraflar, taşıma sözleşmesi kurulduktan sonra da yükleme ve boşaltma yükümlülüğüne ilişkin Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinde, öngörülen düzenlemeden farklı bir anlaşma yapabilirler.

Yükleme ve boşaltmanın, gönderene ait bir yükümlülük sayılmadığı hâllerden bir diğeri "durumun gereği"dir. Söz konusu yükleme ve boşaltmanın, örneğin araçtaki teknik aletlerle yapılması gerekiyorsa, gönderene nazaran taşıyıcı bu aletleri güvenli şekilde kullanarak eşyayı araca yükleyip boşaltabileceğinden, bu gibi hâllerde durumun gereği, yükleme ve boşaltmanın taşıyıcı tarafından yapılmasını gerektirir[8]. Yükleme ve boşaltmanın araç üzerindeki teknik aksamla yapıldığı taşıma araçlarına örnek olarak tanker veya silobaslı kamyonlar, kaldırma platformu olan teslimat araçları veya vinçli kamyonlar verilebilir[9].

Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 1. fıkrasındaki öngörülen kuralın üçüncü istisnası ise, Kanun'un 863. maddesinin 1. fıkrasındaki kuralın aksi yönünde bir ticarî teamülün bulunmasıdır. Yükleme ve boşaltmayı düzenleyen Alman Ticaret Kanunu'nun 412. maddesinin 1. fıkrasında ise aksi yönde bir "ticarî teamül" (*Handelsbrauch*) yerine sadece bir "teamül" (*Verkehrssitte*) bulunması yeterli sayılmıştır[10]. Ticarî teamül, fiilî bir itiyat olarak uzun zamandır uygulanmakla birlikte henüz hukuk kuralı hâlini almadığından, bir örf ve âdet gibi buna uyulması yönünde yaygın bir kanaat meydana gelmemiş olan ticarî

---

7 "[...] İstinaf Mahkemesi, hukukî değerlendirmesinde haklı olarak, devam eden bir ticarî ilişki kapsamında, taşıyıcı geçmişte yüklemeyi üstlenmişse ve gönderenin, taşıyıcının ileride de bu şekilde hareket edeceğini varsaymasının dürüstlük kuralına uygun olduğu durumlarda, taşıyıcının Alman Ticaret Kanunu'nun 412. paragrafının 1. fıkrasının 1. cümlesinden farklı olarak eşyanın taşıma güvenliğine uygun şekilde yüklenmesi yükümlülüğünü üstlendiğinin kabul edilebileceğini belirtmiştir [...]" (BGH, 06.12.2007, I ZR 174/04 (TranspR H. 5, 2008, s. 205)).

8 Adıgüzel, 2021, s. 72; Hartmut Oetker, ***Handelsgesetzbuch***, 6. Aufl., C. H. Beck, München, 2019, § 412, Kn. 6; Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 14; Klaus J. Hopt vd., ***Beck'ischer Kurzkommentar-Handelsgesetzbuch***, 39. Aufl., C. H. Beck, München, 2020, § 412, Kn. 1; Carsten Thomas Ebenroth vd., ***Handelsgesetzbuch Bd. II***, 4. Aufl., C. H. Beck Verlag, München, 2020, § 412, Kn. 9; Schmidt [Staub HGB], § 412, Kn. 10.

9 Yeni otomobil taşıyan iki katlı tırların bu kapsamda kabul edilemeyeceği yönündeki görüş için bkz. Schmidt [Staub HGB], § 412, Kn. 10; Fritz Fremuth - Klaus Thume, ***Kommentar zum Transportrecht***, Paragraphen §§ 407- 475h HGB, WA und ADSp., Recht und Wirtschaft Verlag, Heidelberg, 2000, § 412, Kn. 26. Aksi yönde bkz. Heinz Rösch, „Das Ladegeschäft nach KVO und CMR", Betriebsberater H. 1, 1982, s. 22.

10 Teamül, ticarî teamülden daha geniş bir kavram olduğu için, ticarî teamüller de bu kapsamda dikkate alınır (Schmidt [Staub HGB], § 412, Kn. 12; Koller, 2020, § 412, Kn. 8).

uygulamadır[11]. Türk Ticaret Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasında, Kanun'da aksine bir hüküm yoksa, teamülün ticarî örf ve âdet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe, bu teamülün mahkemenin yargısına esas olamayacağı öngörülmüştür. Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 1. fıkrasında açıkça ticarî teamülden bahsedildiği için, mahkeme yükleme ve boşaltma bakımından anılan hükümde öngörülen kuralın aksi yönünde bir ticarî teamülün varlığı söz konusu olan hâllerde, bu ticarî teamüle göre karar verebilir[12].

---

[11] Sabih Arkan, ***Ticarî İşletme Hukuku***, 27. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2021, s. 104; Reha Poroy - Hamdi Yasaman, ***Ticarî İşletme Hukuku***, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 109; Halil Arslanlı, ***Kara Ticareti Hukuku Dersleri-Umumî Hükümler***, 2. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959, s. 32; Mustafa Yavuz, "Ticarî Davalarda Ticarî Örf ve Âdetin Uygulanma Şartları", ***Terazi Hukuk Dergisi***, C. 15, S. 172, Y. 2020, s. 2574.

[12] Alman hukukunda, yükleme ve boşaltma bakımından Kanun'da öngörülen düzenlemeden farklı yönde bir teamül olduğunu ileri süren gönderenin, bu teamülün varlığını ispat etmesi gerektiği belirtilmiştir (Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 15; Koller, 2020, § 412, Kn. 8). Bununla birlikte hukukumuzda Oda Muamelet Yönetmeliği'nin 46. maddesinde, odaların çalışma alanları içindeki ticarî ve sınaî örf, adet ve teamülleri, ilgili meslek komitesinin görüşü alınarak meclis kararıyla tespit edileceği ve Ticaret Bakanlığı'nın onayına sunulacağı, Ticaret Bakanlığı'nca onaylanan örf, adet ve teamüllerin, bunların kaydına özgü deftere işleneceği ve uygun araçlarla duyurulacağı düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33. maddesi uyarınca hukukumuzda hâkim, hukuku kendiliğinden uyguladığından, gönderen tarafından Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 1. fıkrasının aksi yönünde bir ticarî teamülün var olduğu ileri sürülmüşse, hâkim Türk Ticaret Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bunu araştırmakla yükümlüdür. Bu hususta bkz.: "[...] Öte yandan, 6102 sayılı TTK'nın "Yükleme ve Boşaltma" başlığını taşıyan 863/1 maddesi, 'Sözleşmeden, durumun gereğinden veya ticarî teamülden aksi anlaşılmadıkça; gönderen, eşyayı, taşıma güvenliğine uygun biçimde araca koyarak, istifleyerek, bağlayarak, sabitleyerek yüklemek ve aynı şekilde boşaltmak zorundadır. Taşıyıcı, ayrıca yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.' hükmünü haizdir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, zikredilen maddeye atıf yapılarak, yükleme sorumluğunun esas olarak gönderende olduğu, taşıyanın ise nezaret yükümlüğü bulunduğu belirtilmiş ve meydana gelen zararın oluşumunda davacı yanın %70 oranında kusurlu olduğu mütala edilmiştir. Davacı yan, rapora itirazında, TTK'nın 863. maddesine göre, yükleme sorumluluğu esasen taşıyanda olsa da, yine aynı maddeye göre, bu kuralın istisnasının aksi yönde bir ticarî teamül bulunması olduğunu, meyve sebze hali sektöründeki ticarî teamüle göre, malın taşıyan tarafından araca yüklendiğini, istiflemenin ise taşıyan tarafından yapıldığını, bu yönde bir ticarî teamül bulunup, bulunmadığının araştırılması gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkemece, zikredilen hususta davacı yanın itirazları doğrultusunda araştırılma yapılmadan sonuca gidildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, mahkemece, davacının iddia ettiği şekilde bir ticarî teamül bulunup bulunmadığının Ticaret Odası nezdinde araştırılarak, sonucuna göre hüküm tesis edilmesi gerekirken eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru görülmemiş; hükmün belirtilen sebeple de davacı yararına bozulmasını gerektirmiştir [...]" (Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 13.05.2019 tarihli ve 2593/3646 sayılı kararı (Legalbank)).

Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinde mehaz Alman Ticaret Kanunu'nun 412. maddesinde olduğu gibi yüklemenin kanunî tanımı yapılmış olmamakla birlikte, yükleme fiilînin hangi hususları kapsadığı açıkça belirtilmiştir. Buna göre eşyayı taşıma aracına yüklemekle yükümlü olan taraf, eşyayı taşıma güvenliğine uygun biçimde araca koymalı, istiflemeli, bağlamalı ve sabitlemelidir. Anılan düzenlemede gönderenin eşyayı varma yerinde aynı şekilde boşaltmakla da yükümlü olduğu belirtilmiştir. Taşıma sözleşmesi, gönderen ve taşıyıcı arasında kurulur. Ancak gönderen, aynı zamanda gönderilen olmak zorunda değildir. Hatta kural olarak gönderilen, çoğu zaman gönderenle aynı kişi olmaz. Üçüncü kişi aleyhine sözleşme yasağından ötürü, eşyanın boşaltılması bakımından Kanun'da gönderilene bir yükümlülük getirilmemiştir[13]. Gönderilen, her durumda değil, sadece eşyanın teslimini talep etmişse, eşyayı boşaltmakla yükümlüdür[14]. Gönderilenin eşyanın teslimini talep ettiği durumlarda, boşaltma yükümlülüğünü kendisi adına mı yerine getirdiği, yoksa boşaltmayı taşıyıcının ifa yardımcısı olarak mı gerçekleştirdiği tartışmalıdır. Alman hukukunda taşıma sözleşmesinin taraflarının gönderen ve taşıyıcı olmasından ötürü, boşaltma uygulamada fiilen çoğunlukla gönderilen tarafından gerçekleşse de, boşaltma yükümlülüğünün gönderende olduğu ve gönderilenin boşaltmayı gönderenin ifa yardımcısı sıfatıyla yaptığı kabul edilmektedir[15]. Alman hukukunda üçüncü kişi aleyhine sözleşme yasağı, çok katı yorumlanmaktadır. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde üçüncü kişinin, borçludan edimin ifasını talep etse bile, hiçbir şekilde bir karşı edim borcu altına girmediği, bunun tek istisnasının Kanun'da aksi yönde açık bir düzenleme bulunması olduğu kabul edilmektedir[16]. Taşıma sözleşmesi özelinde gönderilenin hakları ve ödeme borcunu düzenleyen Alman Ticaret Kanunu'nun 421. maddesinin 2. fıkrası, bu açıdan istisnaî bir

---

13 Vural Seven, ***6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK m. 856-893) Hükümlerine Göre Taşıma Hukukunda Gönderilen***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 149.

14 Gönderilenin eşyayı teslim almaması, Türk Ticaret Kanunu'nun 869. maddesi uyarınca bir teslim engeli teşkil eder ve bunun sonuçlarını doğurur (Seven, 2012, s. 148, dn. 382).

15 Koller, 2020, § 412, Kn. 25; Schmidt [Staub HGB], § 412, Kn. 25; Frank Wilting, „Pflichten des Empfängers", ***Transportrecht***, H. 5, 2016, s. 178.; Andresen/Valder, 2019, § 412, Kn. 17; Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 20; Bracker/Janßen [Ernsthaler], § 412, Kn. 6; Merkt [Hopt vd.], § 412, Kn. 1; Martin Häublein/Roland Hoffmann-Theinert, ***Beck'scher Online-Kommentar***, 30. Edt., C. H. Beck Verlgag, München, 2020, § 412, Kn. 9; Paschke [Oetker], § 412, Kn. 5; Hubert Valder, „Das Entladen von Gütern im Straßengüterverkehr", ***Transport-Wirtschaft-Recht Gedächtnisschrift für Johann Georg Helm***, Berlin 2001, s. 356.

16 Wolfgang Krüger, ***Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Bd. III***, 8. Aufl., C. H. Beck Verlag, München, 2019, § 328, Kn. 30.

düzenleme olarak görülmektedir[17]. Dolayısıyla gönderilen, eşyanın teslimini talep ederse, taşıyıcı, teslim için taşıma ücretinin ödenmemiş kısmını doğrudan gönderilenden talep edebilir. Alman hukukunda kabul edilen bu görüşe göre, eşyanın boşaltılması bakımından Alman Ticaret Kanunu'nda ödenmeyen taşıma ücretine ilişkin düzenleme gibi açık bir düzenleme yapılmadığından, taşıyıcının gönderilene karşı eşyanın boşaltılması yönünde doğrudan bir talep hakkı yoktur.

Türk doktrininde ise eşyanın boşaltılması kural olarak taşıyıcıya yüklenmiş bir yükümlülük olmadığından ve ayrıca gönderenin Türk Ticaret Kanunu'nun 871. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca taşıma sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi karşılığında eşyanın teslimini talep edebileceği düzenlendiğinden, gönderilenin boşaltmayı kendi adına yaptığının kabulü gerektiği ifade edilmiştir[18]. Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi uyarınca ifa yardımcısının kusurundan borçlu sorumludur. Oysa Türk Ticaret Kanunu'nun 878. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde, eşyanın gönderen "veya gönderilen" tarafından işleme tâbi tutulması, yüklenmesi veya boşaltılması şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir. Türk doktrininde kabul edilen görüşe göre, gönderilenin boşaltma bakımından gönderenin ifa yardımcısı olduğu kabul edilmiş olsa idi, Türk Ticaret Kanunu'nun 878. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde "veya gönderilen" ifadesine yer verilmesine gerek yoktur[19].

Alman hukukunun aksine, Türk Ticaret Kanunu'nun 871. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinin, gönderilenin eşyanın teslim edilmesini talep etmesiyle birlikte eşyayı boşaltma borcu altına girdiği şeklinde geniş yorumlanması hukukumuz açısından mümkündür. Çünkü Türk Borçlar Kanunu'nun mehazı, Alman Medenî Kanunu değil, İsviçre Borçlar Kanunu'dur. Gerek İsviçre doktrininde[20]

---

17 Steffen Klumpp - Volker Rieble - Manfred Löwisch, ***J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 328-345 (Vertrag zugunsten Dritter, Draufgabe, Vertragsstrafe)***, De Gruyter Verlag, Berlin, 2020, § 328, Kn. 249; Wolfgang Hau - Roman Poseck, ***Beck'scher Online-Kommentar zum BGB***, 60. Edt., C. H. Beck, München, 2021, § 328, Kn. 5. Alman Federal Yüksek Mahkemesi de taşıyıcının, gönderilene karşı doğrudan bir talep yöneltmesinin ancak gönderilenin emir ve talimat hakkını kullanmış olması veya eşyanın kendisine teslim edilmesini talep etmesi durumunda mümkün olduğunu içtihat etmiştir (BGH, 22.04.2010, I ZR 74/08 (MDR 2010, H. 23, s. 1405)).

18 Seven, 2012, s. 149-150.

19 Seven, 2012, s. 150.

20 Andreas Furrer - Juana Vasella, ***Schweizerisches Fracht-, Speditions- und Lagerrecht***, Stämpfli Verlag, Bern, 2016, s. 233-234, N. 823, 830; Michael Hochstrasser, ***Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter***, Schulthess Verlag, Zürich, 2006, s. 179, N. 490; Andreas Furrer, "Frachtrecht - das unterschätzte Bindeglied im Vertriebsrecht", ***Anwaltsrevue*** 2016, H. 11-12, s. 499.

gerekse Türk doktrininde[21] üçüncü kişi yararına sözleşmelerde üçüncü kişinin bir edimden yararlanmasının, onun bazı borçlar altına girmesine veya bazı yükümlülükleri yerine getirmesine bağlanabileceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla gönderilenin, eşyanın kendisine teslim edilmesini talep edebilmesi için eşyanın boşaltılması borcunu da ifa etmesi gerekir. Gönderilen boşaltmayı, taşıma sözleşmesiyle kendisine verilen eşyanın teslimini talep hakkının kullanılması kapsamında yerine getirir[22].

Yüklemede olduğu gibi taraflar, boşaltmada da sözleşmeyle bu yükümlülüğün kime ait olacağını belirleyebilecekleri gibi, durumun gereğinden veya ticarî teamüllerden de boşaltma yükümlülüğünün taşıyıcıda olduğunun kabulünü gerektirecek hâller söz konusu olabilir. Yükleme taşıma aracının teknik bir ekipmanı yardımıyla yapılmışsa, boşaltmanın da bu şekilde yapılması gerekeceğinden, bu gibi durumlarda durumun gereğinden boşaltma yükümlülüğünün taşıyıcıda olduğu kabul edilebilir[23].

B. Taşıma Güvenliği Kavramı

1. Genel Olarak

Mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda eşyanın yüklenmesi ve boşaltmasına ilişkin olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesine benzeyen bir düzenleme mevcut değildi. Mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu

---

21 M. Kemal Oğuzman - Turgut Öz, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II***, Vedat Yayıncılık, 16. Bası, İstanbul, 2021, s. 460; Akyol Şener, ***Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme***, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976, s. 15-16; Turgut Öz vd., ***İstanbul Şerhi-Türk Borçlar Kanunu C. II-III***, 3. Bası, Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 1566.

22 Alman hukukunda üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, üçüncü kişi ile borçlu arasında sözleşme benzeri bir ilişki olduğu kabul edilmektedir. Bu sözleşme benzeri ilişkiden kaynaklı olarak aslî bir edim borcu doğmaz. Bununla birlikte taraflar, yan edim borcu olarak birbirlerinin haklı menfaatini gözetme ve özen borcu altına girerler. Dolayısıyla taraflardan birisinin, karşı tarafın menfaatini gözetme yükümlülüğünü veya özen yükümlülüğünü ihlâl etmesi nedeniyle zarara sebep olması durumunda, karşı tarafın oluşan zararının tazminini Alman Medenî Kanunu'nun 280. ve 282. maddeleri uyarınca doğrudan zarar verenden talep edebileceği veya somut olayın özelliklerine göre *culpa in contrahendo* sorumluluğuna gidebileceği kabul edilmektedir (Gottwald [MüKo BGB], § 328, Kn. 31; Klumpp [Staudinger BGB], § 328, Kn.81; Janoschek [Hau/Poseck], § 328, Kn. 9; Christian Grüneberg, ***Beck'scher Kurzkommentar-Bürgerliches Gesetzbuch***, 81. Aufl., C. H. Beck Verlag, München, 2021, Vor § 328, Kn. 5).

23 Burak Adıgüzel, ***Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu***, 2. Bası, Adalet Yayınları, Ankara, 2012, s. 55; Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 21; Koller, 2020, § 412, Kn. 29; Heidel Thomas/Schall Alexander, ***Handelsgesetzbuch - Handkommentar***, 3. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden, 2019 § 412, Kn. 3.

döneminde doktrinde ise sadece, yükleme ve boşaltmanın taşıma sözleşmesinin hangi tarafınca yapılması gerektiği tartışılmakla birlikte, bu hususta da görüş birliği yoktu. Doktrindeki bir görüşe göre, tarafların yüklemeyi ve boşaltmayı yapacak taraf konusunda anlaşmaları zorunlu olup, eşyanın taşıma aracına konmasının taşıyıcı tarafından üstlenildiği durumlarda, istifin ve sabitlemenin de taşıyıcı tarafından yapılması gerekmekteydi[24]. Diğer bir görüşe göre, yüklemenin ve boşaltmanın taşıma işinin bir parçası olarak taşıyıcı tarafından yapılması gerekmekle birlikte, tarafların yükleme ve boşaltma konusunda farklı yönde anlaşmalar yapması mümkündü[25]. Doktrindeki diğer bir görüşe göreyse, taraflar arasındaki taşıma sözleşmesinde yükleme ve boşaltma yükümlülüğüne ilişkin bir anlaşma olmadığı durumlarda, bu alanda geçerli olan ticarî örf ve adetin dikkate alınması gerekmekteydi[26].

Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 1. fıkrasında yükleme ve boşaltmaya ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmiş ve ayrıca yükleme ve boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılması gerektiği öngörülmüştür. Bununla birlikte Türk Ticaret Kanunu'nda ve ikincil mevzuatta "taşıma güvenliği" kavramının tanımı yapılmamıştır.

Yükleme ve boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun yapılması, sadece Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinde öngörülen bir husus değildir. Alman Ticaret Kanunu'nun 412. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde de "durumun gereğinden veya teamüllerden aksi anlaşılmadıkça gönderenin eşyayı taşıma güvenliğine uygun şekilde araca koyması, istiflemesi ve sabitlemesi (yükün araca yüklenmesi-*verladen*) ve boşaltması gerektiği" hükme bağlanmıştır.

2. Alman Hukukunda Taşıma Güvenliği Kavramı

Alman hukukunda doktrinde[27] ve yargı kararlarında[28], Alman Ticaret Kanunu'nun 412. maddesinde yer verilen "taşıma güvenliği" kavramının, eşyanın

---

[24] Reşat Atabek, ***Eşya Taşıma Hukuku***, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1960, s. 131-132.

[25] Ahmet Zeyneloğlu, ***Taşıma Hukuku***, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 204, 216.

[26] Arslan Kaya, "Taşıyıcının Kara Yolu ile Eşya Taşımasına ilişkin Uluslararası Sözleşmede (CMR) Öngörülen Sorumluluğunun Esasları", ***İstanbul Hukuk Mecmuası***, C. 56, S. 1-4, Y. 1998, s. 242; Sabih Arkan, ***Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu***, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1982, s. 53-54.

[27] Merkt [Hopt vd.], § 412, Kn. 1; Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Theinert], § 412, Kn. 2; Ingo Koller vd., ***Handelsgesetzbuch***, 9. Aufl., C. H. Beck Verlag, München, 2019, § 412, Kn. 1; Koller, 2020, § 412, Kn. 5; Schlüter [Heymann HGB], § 412, Kn. 4; Bracker - Janßen [Ernsthaler], § 412, Kn. 3; Fremuth - Thume, 2000, § 412, Kn. 3; Detlev Neufang/Hubert Valder, "Laden

olağan ve öngörülebilir taşıma koşullarından doğabilecek zararlara karşı korunmasını ifade ettiği kabul edilmektedir. Taşıma güvenliği, taşıma aracının ve aracın işletilmesinin, yüklenen eşya üzerindeki etkisiyle ilgilidir[29]. Araca yüklenen eşyanın, yapılacak somut taşıma bakımından normal şartlarda araçtan düşmeyecek, kaymayacak, aracın yükleme alanına konduktan sonra (özellikle kavislerde) merkezkaç kuvvetinden ötürü veya sürüş sırasındaki devinimle hareket ederek aracın dengesini bozmayacak, taşıma sırasında serbest kalarak araca veya araçtaki diğer yüklere zarar vermeyecek şekilde araca konması, istiflenmesi ve sabitlenmesi durumunda, yüklemenin taşıma güvenliğine uygun şekilde yapıldığı kabul edilir.

Alman hukukunda aracın ani fren yapmasının, normal taşıma sırasında olağan ve dolayısıyla öngörülebilir olduğu, bu nedenle gönderenin yüklemeyi, aracın ani fren yapması ihtimalini de gözeterek yapması gerektiği ifade edilmektedir[30]. Taşıma aracının sürücüsünün yapmak zorunda kalabileceği bir ani kaçış manevrası da taşımanın normal seyri içerisinde meydana gelebilecek bir durum olduğundan yükün, ani kaçış manevrası anında da taşıma güvenliğinden ödün verilmeyecek şekilde yüklenmesi gerekir. Bununla birlikte kanaatimizce de haklı olarak ifade edildiği üzere, trafik kazaları öngörülebilir olmadığından, yükleme sırasında bu ihtimalin göz önünde bulundurulmasına gerek olmadığı

---

und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr - Wer ist verantwortlich?", ***Transportrecht***, H. 2009, 2002, s. 326; Paschke [Oetker], § 412, Kn. 4; Schmidt [Staub HGB], § 412, Kn. 14; Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 8; Andresen - Valder, 2019, § 412, Kn. 8.

28 Alman Federal Mahkemesi, Taşıma Hukuku Reform Kanunu'yla yürürlükten kaldırılmadan önce yürürlükte olan Motorlu Araç Trafiği Nizamnamesi'nin (*Kraftverkehrsordnung*) 17. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen yüklemeye ilişkin düzenleme kapsamında benzer bir tanımı kabul etmiştir: "[...] Motorlu Araç Trafiği Nizamnamesi'nin 17. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde gönderene bir faaliyet yüklenmesi [eşyanın taşıma aracına yüklenmesi], anılan düzenlemenin 3. cümlesindeyse, bu faaliyetin belirli bir sonucundan ise işletenin sorumlu tutulması söz konusu düzenlemenin yorumlanmasını güçleştirmektedir. Ancak bu husus, gönderenin eşyanın taşıma aracına yüklenmesi işinden ve bunun sonuçlarından tamamen muaf olduğu ve eşyayı yükleme konusunda bir 'zorunluluğu' olmadığı anlamına gelmez. Aksine gönderenin eşyayı 'düzgün şekilde' yüklemesi gerektiği kabul edilmelidir. Eşyanın araca düzgün şekilde yüklenmesi, özellikle eşyanın taşıma sırasında uğraması muhtemel zararların mümkün olduğunca önlenecek şekilde hareket edilmesini kapsar [...]" (BGH, 21.04.1960, II ZR 21/58 (NJW 1960, H. 27, s. 1201). Ayrıca bkz. OLG Düsseldorf, 5.12.1996, 18 U 55/96 (NJW-RR H.2, 1998, s. 108); OLG Hamburg, 15.02.1990, 6 U 240/89 (VersR H.5, 1991, s. 205).

29 Reuschle [Ebenroth vd.], § 412, Kn. 9.

30 Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Theinert], § 412, Kn. 2; Schmidt [Staub HGB], § 412, Kn. 15; Koller, 2020, § 412, Kn. 5; OLG Düsseldorf, 02.04.1984, 1 U 116/83 (MDR H.11, 1984, s. 945); OLG Hamm, 31.03.1980, 18 U 34/87 (VersR H. 40, 1980, s. 966).

savunulmaktadır[31]. İstatistiksel olarak karayolu taşımasında trafik kazasının meydana gelmesi her zaman ihtimal dâhilindedir. Ancak yoldaki kavisler, ani fren yapma zorunluluğu gibi anılan diğer ihtimaller, önceden öngörülebilir olmalarının yanı sıra, meydana gelmeleri durumunda taşıma güvenliğini hangi şekilde ihlâl edebilecekleri de öngörülebilir ve hesaplanabilir hususlardır. Öte yandan trafik kazasının[32] gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, istatistiksel olarak hesaplanabilirken, kazanın gerçekleşme şeklini tahmin etmek mümkün değildir. Taşıma aracı, başka bir araçla çarpışmak suretiyle kaza yapabileceği gibi, araç seyir halindeyken başka bir aracın kendisini sıkıştırması veya diğer aracın yanlış bir hareketi nedeniyle, araç sürücüsünün kendisini sıkıştıran veya yanlış hareket bulunan araçtan kaçma refleksiyle yoldan çıkarak, başka bir nesneye veya yol kenarındaki bariyerlere çarpması mümkündür. Bu olası ihtimallerin dışında somut taşımanın yapıldığı güzergâhtan kaynaklanan bazı rizikolar da (örneğin, yoğun sis yaşanan bir bölgede, görüş mesafesinin düşmesinden kaynaklı olarak öndeki araca çarpılması veya yoldaki buzlanma nedeniyle aracın kayarak kaza yapması gibi) ortaya çıkabilir. Ancak trafik kazası sonucunda aracın alacağı darbe şekli ve bu darbenin aracın hangi kısmına isabet edeceği öngörülebilir olmadığından, gönderenden yüklemeyi bu olası darbe nedeniyle doğabilecek zararı asgarîye indirilecek şekilde yapması beklenemez.

Eşya toplama yük şeklinde taşınacaksa, her bir gönderen eşyayı, diğer gönderenlerin yüküne zarar vermeyecek şekilde yüklemeli ve diğer gönderenlerin yükleri, kendi eşyasından önce boşaltılsa bile, taşıma devam ettiği sürece taşıma güvenliğini koruyacak şekilde taşıma aracına koymalı, sabitlemeli, bağlamalı ve istiflemelidir[33].

---

[31] Reuschle [Ebenroth vd.], § 412, Kn. 9; Schmidt [Staub HGB], § 412, Kn. 15; Koller, 2020, § 412, Kn. 5; Schlüter [Heymann HGB], § 412, Kn. 4; Paschke [Oetker], § 412, Kn. 4; Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 8.

[32] Trafik kazası, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 3. maddesinde "karayolu üzerinde hareket hâlinde olan bir veya birden fazla aracın karıştığı ölüm, yaralanma ve zararla sonuçlanmış olan olay" olarak tanımlanmıştır.

[33] Neufang/Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 326; Reuschle [Ebenroth vd.], § 412, Kn.10; Koller, 2020, § 412, Kn. 5; Rösch, Das Ladegeschäft nach KVO und CMR, s. 22; Schmidt [Staub HGB], § 412, Kn. 16.

3. Türk Hukuku Bakımından Taşıma Güvenliği Kavramının Değerlendirilmesi

Gerek doktrinde gerekse Yargıtay kararlarında[34] Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 1. fıkrasına yapılan atıf kapsamında, "taşıma güvenliği" kavramı kullanılmakla birlikte, bu kavramın tanımı yapılmamaktadır.

Mehaz Alman hukukuna ilişkin yapılan açıklamalar gözetildiğinde, taşıma güvenliğinin, gerçekleştirilecek olan taşıma faaliyetinin olağan ve öngörülebilir akışı içerisinde, eşyanın kendisine, taşıma aracına ve/veya eşyayla birlikte taşınan diğer yüke zarar vermesini engelleyecek şekilde taşıma aracında konumlandırılmasını, sabitlenmesini, bağlanmasını ve istiflenmesini ifade ettiği söylenebilir. Eşyanın taşıma güvenliğine uygun şekilde yüklenip yüklenmediği gerek objektif olarak gerekse somut olayın özellikleri gözetilerek iki aşamalı olarak değerlendirilmelidir. Yüklemeyi üstlenen taraf, genel olarak taşıma faaliyeti sırasında gerçekleşmesi muhtemel rizikolara karşı, eşyanın zarar görmeden ve taşıma aracına ve/veya başkasının eşyasına zarar vermeyecek şekilde taşınması için gerekli önlemleri almalıdır. Anılan muhtemel rizikolara örnek olarak, eşyanın yeterince sıkı şekilde bağlanmaması veya yeterli şekilde sabitlenmemesi nedeniyle araç seyir halindeyken hareket ederek taşıma aracına, eşyanın kendisine veya taşınan diğer yüke zarar vermesi ya da eşyanın aracın denge merkezini bozacak şekilde araçta konumlandırılması nedeniyle eşyanın içinde bulunduğu dorsenin yan yatması verilebilir. Bu gibi rizikolar, eşya taşıması bakımından olağan ve öngörülebilir niteliktedir. Yüklemenin ve boşaltmanın, her taşıma bakımından bu rizikoların gerçekleşmesi engellenecek şekilde yapılması

[34] Yargıtay kararları incelendiğinde, yükte meydana gelen zarardan sorumluluk noktasında sıklıkla Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesi kapsamda yüklemenin taşıma güvenliğine uygun şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğinin belirtildiği, ancak hangi durumlarda eşyanın taşıma güvenliğine uygun şekilde yüklenmiş kabul edileceğine ilişkin bir değerlendirme yapılmadığı ve taşıma güvenliği kavramının tanımlanmadığı görülmektedir. Örneğin; "Dava emtia nakliyat sigorta sözleşmesine dayalı itirazın iptaline ilişkindir. 6102 s. TTK'nın 863. maddesi uyarınca, "Sözleşmeden, durumun gereğinden veya ticarî teamülden aksi anlaşılmadıkça; gönderen, eşyayı taşıma güvenliğine uygun biçimde araca koyarak, istifleyerek, bağlayarak, sabitleyerek yüklemek ve aynı şekilde boşaltmak zorundadır. Taşıyıcı, ayrıca yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür." Mahkemece hasarın istifleme ve yükleme hatasından kaynaklandığı, istiflemenin dava dışı göndericiye ait olduğu, davalı taşıyıcının gözetim yükümlülüğü nedeniyle sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmiş olmasına rağmen yukarıda bahsi geçen kanun hükmü uyarınca tarafların kusur durumu ve kusur oranı belirlenmeksizin zararın tamamından davalı taşıyıcıların sorumlu tutulması doğru görülmemiş davalılardan ... vekilinin temyiz itirazının kabulü ile hükmün bozulması gerekmiştir [...]" (Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 13.09.2017 tarihli ve 7258/4332 sayılı kararı (Lexpera)). Benzer yönde kararlar için bkz. 11 HD, 08.01.2018, 4836/28 (Kazancı); 11. HD, 31.05.2017, 5605/3231 (Lexpera); 11. HD, 25.02.2021, 1869/1757 (Lexpera).

gerekir. Yapılacak değerlendirmede yükleme veya boşaltmanın genel olarak taşıma güvenliğine uygun yapılmadığı sonucuna varılırsa, somut olayın özellikleri doğrultusunda bir değerlendirme yapılmasına gerek yoktur.

Öte yandan taşınacak her eşyanın sahip olduğu fizikî özellikler aynı değildir. Taşınacak eşyanın niteliği itibariyle özellik arz etmesi ve eşyanın sahip olduğu özel niteliği itibariyle olağan rizikoların yanı sıra, taşıma sırasında gerçekleşmesi muhtemel ve öngörülebilir özel rizikolar söz konusuysa, eşyanın taşıma güvenliğine uygun şekilde yüklendiğinden veya boşaltıldığından bahsedilebilmesi için, bu rizikoların da engellenmesi için gerekli önlemlerin alınmış olması gerekir. Başka bir ifadeyle yükleme veya boşaltma, taşıma faaliyetinden kaynaklanan genel rizikoların bertaraf edilmesi ve somut olayda taşınacak eşyanın sahip olduğu özel niteliği itibariyle taşınması sırasında eşyanın kendisine veya başkalarının can ve mal güvenliğine zarar vermemesi için başka (veya özel) önlemler alınması gerektiği hâlde, bu önlemlerin alınması ihmal edilmişse, yükleme veya boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun şekilde yapıldığından bahsedilemez. Yüklemeyi ve/veya boşaltmayı taşıyıcı üstlenmişse, yükleme ve/veya boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun olarak yapılabilmesi için gönderenin eşyanın özel niteliğine ilişkin olarak taşıyıcıyı bilgilendirmesi gerekir.

Alman hukukunda doktrinde, taşıma güzergâhındaki yolların kötü durumda olduğunun da öngörülebilir bir husus olduğu ve gönderenin yüklemeyi, taşıma güzergâhındaki kötü veya bozuk yolları da gözeterek yapması gerektiği ileri sürülmüştür[35]. Kanaatimizce yüklemenin taşıma güvenliğine uygun olup olmadığı değerlendirilirken, kural olarak yüklemenin taşıma güzergâhında yer alan yolların fizikî durumuna uygun olup olmadığının dikkate alınması doğru değildir. Zira taşıma sözleşmesinde taşımanın hangi yollar kullanılarak yapılacağı belirlenmemişse, taşıyıcı taşımanın en hızlı ve güvenli şekilde yapılmasını mümkün kılan bir rota belirlemekle yükümlüdür[36]. Dolayısıyla taşıyıcının hızlı olmakla birlikte eşyanın güvenli şekilde taşınmasına engel olacak nitelikte bir yolu kullanmaması gerekir. Öte yandan varma yerine sadece tek bir yoldan ulaşılması mümkünse ve bu yol, kötü veya bozuksa ya da varma yerine giden birden fazla yol olmasına rağmen, bu yolların hepsi kötü durumdaysa, taşıyıcının kullanacağı yolun durumunu gönderene bildirmiş olması, yüklemenin bu

---

35 Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 9; Paschke [Oetker], § 412, Kn. 4; Koller, 2020, § 412, Kn. 5; Schlüter [Heymann HGB], § 412, Kn. 4.

36 Reuschle [Ebenroth vd.], § 407, Kn. 6; Paschke [Oetker], § 407, Kn. 52; Koller, 2020, § 407, Kn. 25, 47.

yol şartlarına uygun yapılması beklenebilir. Yukarıda da belirtildiği üzere[37], kanun koyucu, taşıyıcıya kıyasla gönderenin eşyanın niteliği hakkında daha bilgili olduğu ve taşıma sırasında herhangi bir zarar görmemesi için, eşyanın bu niteliğine uygun önlemler alınmasının gönderen tarafından mümkün olduğu düşüncesinden hareketle, eşyanın taşıma aracına yüklenmesi yükümlülüğünü gönderene yüklemiştir. Ancak taşıma güzergâhının seçimi, aksine sözleşme olmadığı sürece taşıyıcı tarafından gerçekleştirildiğinden, gönderenin bu güzergâh üzerinde bir yolun iyi veya kötü durumda olmasını bilmesi beklenemez. Ayrıca yolun durumuna bağlı olarak eşyanın daha sıkı bir şekilde bağlanması/sabitlenmesi veya taşınan eşyalar arasında daha az/fazla boşluk kalacak şekilde istiflenmesi gerekiyorsa, taşıyıcının bu konuda göndereni bilgilendirmesi gerekir[38]. Dolayısıyla taşımanın yapılacağı yolun seçimi konusunda taraflar arasında bir anlaşma mevcut değilse, yüklemenin taşıma güvenliğine uygun olup olmadığı değerlendirilirken, gönderenin taşıma için kullanılacak yolun fizikî durumunu dikkate alıp almadığı önem arz etmez.

Gerek Türk Ticaret Kanunu'nda gerekse mehaz Alman Ticaret Kanunu'nda yükleme ve boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun olması gerektiği düzenlenmiş olmakla birlikte, taşıma güvenliğinin sağlanmış sayılacağı durumlara ilişkin somut kıstaslara yer verilmemiştir. Alman yargı kararlarında, somut olayda yükleme veya boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun olup olmadığının "Alman Mühendisler Derneği" tarafından yayımlanan yönergeler (*Richtlinien des Vereins Deutscher Ingenieure*) ve "Alman Standartları Enstitüsü" (*Deutsches Institut für Normung*) tarafından taşıma güvenliğine ilişkin yayımlanan standartlar kapsamında değerlendirileceği kabul edilmektedir[39].

Yargıtay, yükleme veya boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun olarak yapılıp yapılmadığının belirlenmesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesi uyarınca bilirkişiye başvurulması gerektiği ve mahkemece oluşturulacak bilirkişi heyetinde, taşıma ve taşınan emtia konusunda uzman kişilerin de

---

37 Bu hususta bkz. yuk. B, I.

38 Taşıma başladıktan sonra (örneğin, bir doğal afet sonucu veya yapılan yol çalışması nedeniyle) kullanılacak yolun fizikî durumu nedeniyle, eşyanın mevcut sabitleme, bağlama ve/veya istiflemeyle zarar görmeden taşınması mümkün değilse, Türk Ticaret Kanunu'nun 869. maddesi uyarınca bir taşıma engelinin varlığının kabulü gerekir. Taşıyıcı anılan hüküm doğrultusunda tasarruf hakkı sahibinden sabitleme, bağlama ve/veya istifleme konusunda talimat almakla yükümlüdür.

39 Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 327; Andresen - Valder, 2019, § 412, Kn. 9.

yer alması gerektiği yönünde kararlar vermektedir[40]. Ancak teknik konularda başvurulan bilirkişi raporlarının, yargı makamlarınca denetlenebilir olması gerektiğinden[41], hazırlanacak bilirkişi raporunda kullanılan aracın taşıma kapasite-

[40] "[...] Dava tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 6102 Sayılı TTK.nın "yükleme ve boşaltma" başlıklı 863. maddesi "Sözleşmeden, durumun gereğinden veya ticarî teamülden aksi anlaşılmadıkça; gönderen, eşyayı, taşıma güvenliğine uygun biçimde araca koyarak, istifleyerek, bağlayarak, sabitleyerek yüklemek ve aynı şekilde boşaltmak zorundadır. Taşıyıcı, ayrıca yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür." hükmünü haiz olup yükleme sorumluluğunun kime ait olduğunun belirlenmesi, hasarın yükleme sırasındaki kusurdan meydana gelip gelmediğinin, taşıyan davalıların yükleme ve istiflemeye nezaret görevlerini yerine getirip getirmediğinin, aracın kullanımından kaynaklanan bir kusurun bulunup bulunmadığının tespiti gerekmektedir. Ancak, davalılara kusur yükleyen bilirkişi raporu denetlenebilir nitelikte değildir. Daha açık bir ifadeyle, davalılara yüklenen kusurun belirtilen sebeplerden kaynaklanıp kaynaklanmadığı, belirlenen zararın nasıl tespit edildiği yönünde bir açıklık bulunmamaktadır. Bu sebeple, mali müşavir ve hukukçu bilirkişiden oluşan bilirkişi heyet raporuyla yetinilmeyerek, taşıma ve taşınan emtia konusunda birer uzman bilirkişinin de katılımı ile oluşturulacak yeni bir bilirkişi kurulundan, belirtilen hususlarda açıklayıcı ve Yargıtay denetimine elverişli bilirkişi incelemesi yaptırılarak, tarafların sorumluluklarının belirlenmesi, davalıların savunması üzerinde durulması sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp kararın temyiz eden mümeyyiz davalılar ... ve ... yararına bozulması gerekmiştir [...]" (Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 20.10.2016 tarihli ve 1932/8313 sayılı kararı (Lexpera)).

[41] Bu hususta bkz. Süha Tanrıver, ***Hukukumuzda Bilirkişilik***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 113-114; Ersin Erdoğan - S. Hilal Üçüncü, "Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişi Raporlarının Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar", ***Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 10, S. 1, Y. 2020, s. 377-378; Kamil Yıldırım, "Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Vedat Yayınları, Ankara, 2004, s. 839. "[...] 279/2. maddesine göre; bilirkişi raporu tarafların ve Yargıtay'ın denetimine elverişli olmalı, raporda bildirilen görüşün dayanağı olan somut veriler gösterilmelidir. Ancak bu şekilde hazırlanmış raporun denetimi mümkün olup, hüküm kurmaya dayanak yapılabilir. Somut olayda ise hasar kalemlerinin bir kısmı için belirlenen tazminat tutarı hesaplamaya dayalı olmayıp maktuen tayin edilmiştir. Bilirkişi raporu bu yönü ile denetime elverişli olmayıp hükme esas alınamaz. Yine; kiralanandaki hasarlı unsurların aynı anda ve birlikte tamirinin mümkün olup olmadığı değerlendirilmeden her bir hasar kalemi için öngörülen tamirat sürelerinin toplamı üzerinden tamirat süresi kira alacağının hesaplanması da doğru değildir. Mahkemece yukarıda belirtilen hususlarda bilirkişiden denetime elverişli ek rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm verilmesi doğru değildir [...]" (Yargıtay 6. Hukuk Dairesinin 14.10.2014 tarihli ve 764/11005 sayılı kararı (Lexpera)); "[...] 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. ve6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. ve devamı maddeleri gereğince, mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Bilirkişi raporunu hazırlarken, raporun dayanağı olan somut ve özel nedenleri bilimsel verilere uygun olarak göstermek zorundadır. 6100 sayılı Kanun'un 279. maddesine göre, bilirkişi raporu, Yargıtay denetimine de elverişli olacak şekilde bilgi ve belgeye dayanan gerekçe ihtiva etmelidir. Ancak, bu şekilde hazırlanmış raporun denetimi mümkün olup, hüküm kurmaya dayanak yapılabilir. Somut olayda, hükme esas alınan bilirkişi raporunda, dosyalarda bulunmamakla birlikte başka işçiler

si (istiap haddi) veya eşyanın sabitlenmesi veya bağlanmasında kullanılan ekipmanların direnç kapasitesi gibi teknik veriler bakımından (bilimsel ve teknik standartlara uygun olmaları şartıyla) üretici verilerinin dikkate alınması gerekir. Ayrıca taşınacak eşyanın, araçta konumlandıracağı yer ile bağlanmasının, sabitlenmesinin ve istiflenmesinin şekli hususlarında kabul gören genel standartlar esas alınarak değerlendirme yapılmalıdır[42]. Bilirkişi raporunda referans alınan değerlerin, açık bir şekilde ortaya konulması, somut olayla ilgili yapılan değerlendirmenin denetlenebilirliği bakımından önem arz etmektedir.

4. Yükleme ve Boşaltmanın Gönderen Tarafından Yerine Getirildiği Durumlarda Taşıma Güvenliği Bakımından Taşıyıcının Yükümlülükleri

Taşıyıcı, kararlaştırılan zamanda yüklemenin yapılabilmesi için taşıma aracını hazır etmekle yükümlüdür. Taraflar, taşıma sözleşmesinde taşıma için kullanılacak aracı belirlemekte serbesttir. Ancak sözleşmede, taşımanın belirli bir araçla yapılması konusunda herhangi bir anlaşma bulunmadığı hâllerde, taşıyıcının eşyanın taşınması için yeterli taşıma kapasitesine ve gerekli ekipmana (örneğin, sıcakta kolayca bozulacak bir gıda yükünün söz konusu olduğu durumlarda frigorifik araç kullanılması gibi) sahip bir araç seçerek, yükleme için hazır etmelidir[43].

Taşıyıcı, eşyanın gönderen tarafından taşıma güvenliğine uygun şekilde yüklenebilmesi için taşıma aracını yüklemenin yapılacağı yere kadar getirmelidir. Taşıma sırasında aracın kaymaması için gerekli önlemler alınmalı, gerekiyorsa aracın tekerleklerinin altına takoz koyularak kayması veya hareket etmesi engellenmelidir. Gönderenin veya adamlarının araca yükleme yapabilmeleri için, aracın yükleme alanına rahatça giriş ve çıkış yapmaları sağlanmalıdır. Örneğin, taşıma aracı olarak bir kamyonet kullanılacaksa, kamyonetin kasasının

---

tarafından davalı belediye başkanlığı aleyhine açılan işçilik alacakları davasında sunulan 15.02.2006-14.02.2008, 15.02.2008-14.02.2008 ve 15.02.2010-14.02.2012 yürürlük tarihli toplu iş sözleşmesi hükümleri incelenerek rapor düzenlendiği belirtilmiştir. Bu durumda, anılan toplu iş sözleşmeleri celp edilerek, denetime elverişli rapor düzenlenmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde denetime elverişli olmayan bilirkişi raporuna itibarla karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir [...]" (Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 03.06.2014 tarihli ve 32417/15524 sayılı kararı (Lexpera)).

42 *Türkel*, taşıma sınırı ve gabariye başta olmak üzere güvenli taşıma ilkelerine uyulması ve bu konuda Araçların Yüklenmesine İlişkin Ölçü ve Usûller ile Tartı ve Boyut Ölçüm Toleransları Hakkında Yönetmelik hükümlerinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir (Doğuş Taylan Türkel, "Taşıyıcının En Yüksek Özeni Üzerine Bir İnceleme (TTK m. 876)", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 22, S. 1, Y. 2020, s. 305).

43 Koller, 2020, § 407, Kn. 47; Reuschle [Ebenroth vd.], § 412, Kn. 11.

taşıyıcı tarafından açılarak, yüklemeye hazır edilmesi gerekir. Eşya, bir konteynerin veya takas gövdesinin içerisinde taşınacaksa, konteynerin veya takas gövdesinin taşıma aracının şasisine yerleştirilmesi ve sabitlenmesi kural olarak gönderenin yükümlülüğündedir[44].

Gönderen, taşıyıcı tarafından hazır edilen taşıma aracının taşıma güvenliğine uygun şekilde yükleme yapılmasına elverişli olup olmadığını kural olarak kontrol etmek zorunda değildir. Taşıyıcı tarafından hazır edilen aracın, taşıma güvenliğine uygun şekilde yükleme yapılması için elverişli olduğunu varsayılabilir[45]. Fakat taşıyıcının aracında, (örneğin, aracın silobasının bir önceki taşımadan sonra yeterince temizlenmemiş olmaması, kayar perdeli kamyonet kasasının perdesinde geniş delikler olması veya tenteli kasalı kamyonetlerde tentelerin bozuk olması nedeniyle kapatılamaması gibi) taşıma güvenliğine uygun şekilde yükleme yapılmasına engel bir durumun varlığı açıkça anlaşılıyorsa, gönderenin yüklemeyi yapmaması gerekir. Taşıyıcı, taşıma güvenliğine uygun yükleme yapılabilecek bir taşıma aracı tahsis etme yükümlülüğünü ihlâl ettiği için gönderen, tahsis edilen aracın değiştirilmesini talep edebilir.

Mehaz Alman hukukunda doktrindeki baskın görüşe göre, eşyanın sabitlenmesi veya bağlanması için gerekli araç-gereç, aracın yüklemeye hazır edilmesi kapsamında kural olarak taşıyıcı tarafından sağlanmalıdır[46]. Örneğin, taşıma güvenliği bakımından eşyanın bağlanması gerekiyorsa, taşıyıcının araçla birlikte taşıma kemerlerini de gönderene tahsis etmesi gerektiği belirtilmektedir. Gönderene kıyasla taşıyıcı, eşyanın tahsis ettiği aracın içerisinde veya üzerinde taşınabilmesi için sabitleme, bağlama ve istifleme için gerekli araç ile gerece daha kolay ulaşabilir. Ayrıca sözleşmede kullanılacak aracın belirlenmediği durumlarda, gönderen eşyanın sabitlenmesi, bağlanması ve istiflenmesi için gerekli ve taşıma aracına uygun ekipmanı tespit ve tedarik etmekte sorun yaşayabilir. Bu nedenle eşyanın, hazır edilen araca taşıma güvenliğine uygun şekilde yüklenmesine imkân verecek sabitleme, bağlama ve istif malzemesinin hazır bulundurulması, "aracın yüklemeye hazır edilmesi" kavramı kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak bu

---

44 Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 326.

45 Koller, 2020, § 412, Kn. 5; Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Theinert], § 412, Kn. 4; Merkt [Hopt vd.], § 412, Kn. 1; Schmidt [Staub HGB], § 412, Kn. 16.

46 Schmidt [Staub HGB], § 412, Kn. 18; Andresen - Valder, 2019, § 412, Kn. 9; Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 326; Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Theinert], § 412, Kn. 4; Reuschle [Ebenroth vd.], § 412, Kn. 11; Paschke [Oetker], § 412, Kn. 4; Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 8.

yükümlülük, taşıyıcının her yük bakımından farklı ve özel ekipmana sahip olması veya bunları tedarik etmesi şeklinde anlaşılmamalıdır. Taşıyıcı, taşımanın yapılacağı araca ait ve tekrar kullanılması mümkün olan sabitleme, bağlama veya istif malzemelerini hazır etmekle yükümlüdür[47].

Bu yükümlülüklerinin yanı sıra taşıyıcının, taşıma güvenliğine uygun bir yükleme veya boşaltma yapıldığını denetlemekle yükümlü olup olmadığı üzerinde durulması gerekir. Alman hukukunda doktrindeki baskın görüşe göre, aksine sözleşme, ticarî teamül veya durumun gereği olmadığı için gönderen tarafından yapılması gereken yükleme ve boşaltmanın, taşıyıcı tarafından taşıma güvenliğine uygunluğu bakımından denetlenmesine gerek olmamakla birlikte, taşıma güvenliğini tehdit eden bir durumun varlığı açıkça görülüyorsa, dürüstlük kuralı gereği taşıyıcı bu hususla ilgili olarak gönderenin dikkatini çekmelidir[48]. Kanaatimizce bu görüş isabetlidir[49]. Zira taşıyıcının taşıma güvenliğine uygun yükleme ve boşaltma yapılmasını denetleme yükümlülüğünün olduğunun kabulü, Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen düzenlemenin amacıyla çelişir. Kanun koyucu, anılan düzenlemede taşıma güvenliğine uygun yüklemenin ve boşaltmanın, kural olarak gönderen tarafından yapılmasını öngörmüş ve gönderenin eşyanın yüklenmesi ve boşaltılmasından yükümlü olmadığı hâlleri açıkça hükme bağlamıştır. Dolayısıyla taşıma güvenliğine uygun yüklemenin ve boşaltmanın gönderen tarafından yapılması gereken durumlarda, ayrıca taşıyıcının, gönderenin bu yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini kontrol etmekle yükümlü kılınması, yüklemenin ve boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılmamasından her durumda (aslında dolaylı olarak da olsa) taşıyıcının sorumlu tutulması anlamına gelir. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun 878. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde, eşyanın gönderen veya gönderilen tarafından işleme tâbi tutulması, yüklenmesi veya boşaltılması taşıyıcının eşyanın zıyaı, hasarı veya gecikmesinden doğan sorumluluktan kurtulma hâllerinden birisi olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla taşıyıcının, dolaylı olarak da olsa, yüklemenin veya boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılmasından sorumlu tutulması, bu hükümle de çelişir. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, taşıma güvenliğine aykırılık nedeniyle, olağan şartlarda dahi eşyanın zarar göreceği açıkça belliyse, taşıyıcının bu konuda göndereni uyarmama-

---

47 Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 326.

48 Schmidt [Staub HGB], § 412, Kn. 8; Koller, § 412, Kn. 19; Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 11.

49 Aynı yönde bkz. Arkan, 1982, s. 124; Mustafa Erdoğan, ***CMR ve TTK Kapsamında Taşıyıcının Eşyanın Hasarından Doğan Sorumluluğu***, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 87; Türkel, Taşıyıcının En Yüksek Özeni Üzerine Bir İnceleme, s. 306-307.

sı ve eşyanın bu nedenle zarara uğraması durumunda, Türk Ticaret Kanunu'nun 878. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine dayanarak eşyanın zararından doğan sorumluluktan kurtulması, Türk Medenî Kanunu'nun[50] 2. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğinden, mümkün değildir. Dolayısıyla istisnaî olarak yüklemenin ve boşaltmanın gönderen tarafından yapıldığı durumlarda, taşıma güvenliğine aykırılığın gözle görülür biçimde açık olduğu durumlarda, taşıyıcının bu konuda göndereni uyarması gerektiği kabul edilmelidir[51].

Taşıyıcının, taşıma senedine yükü sağlam şekilde teslim aldığını şerh düşmesi veya taşıma senedine yüklemeyle ilgili herhangi bir çekince koymamış olması, yüklemenin taşıma güvenliğine uygun şekilde yapıldığına ilişkin olarak bir karine teşkil etmez[52]. Çünkü yüklemenin gönderen tarafından yapılması gereken durumlarda taşıyıcının, yüklemenin taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılıp yapılmadığını kontrol etme yükümlülüğü yoktur. Dolayısıyla taşıyıcının taşıma güvenliğine uygunluğunu kontrol yükümlülüğü olmadığı hâlde, taşıma senedine taşıma güvenliğiyle ilgili bir çekince koymamış olmasına hukukî bir sonuç bağlamak mümkün değildir.

II. YÜKLEMENİN İŞLETME GÜVENLİĞİNE UYGUN OLMASI

A. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde taşıyıcının, "ayrıca yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmasını sağlamakla" yükümlü olduğu düzenlenmiştir[53]. Alman Ticaret Kanunu'nun 412. maddesinin 1.

---

50 RG, 08.12.2001, S. 24607.

51 *Yavaş*, karayoluyla konteyner taşıması bakımından yaptığı değerlendirmelerde taşıyıcının gözle görülebilir (örneğin, dağınık istif) veya duyu organlarıyla anlaşılabilir (örneğin, kötü koku) gibi aksaklıkları tespit ettiği hâllerde, istife nezaret yükümlülüğü kapsamında göndereni bu hususun düzeltilmesi için uyarması veya taşıma senedine bu hususu şerh düşmesi gerektiğini belirtmiştir (Aksoy Yavaş, ***Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımasında Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk (Türk Hukukunda ve Uluslararası Sözleşmelerde)***, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 45). Kötü koku örneği bakımından *Yavaş*'a katılamıyoruz. Çünkü kötü koku, işletme güvenliğine değil, taşıma güvenliğine dair bir hususdur. Yoğunluğu nedeniyle dayanılmaz ve hemen fark edilebilir bir koku söz konusu olmadığı sürece, taşıyıcının veya adamlarının bu hususu denetlemek ve denetim sonucunda kötü bir kokunun varlığını tespit ettiklerinde, bunun giderilmesi için gönderene başvurmak gibi bir yükümlülüğü söz konusu değildir (aynı yönde bkz. Türkel, Taşıyıcının En Yüksek Özeni Üzerine Bir İnceleme, s. 306, dn. 248).

52 Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 328; Andresen - Valder, 2019, § 412, Kn. 13.

53 Benzer bir yükümlülük Türk Ticaret Kanunu'nun 1091. maddesinde denizyoluyla taşımalar bakımından kaptan açısından düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca kaptan, yükleme ve bo-

fıkrasında ise taşıyıcının, "yüklemenin işletme güvenliğine (*betriebssichere Verladung*) uygun olmasını sağlamakla" yükümlü olduğu belirtilmiştir. Türk hukukunda doktrinde haklı olarak, Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde "taşıyıcı, ayrıca" denilmek suretiyle taşıyıcının, yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmasını sağlamanın dışında, başka bir yükümlülüğü olduğu şeklinde anlaşılmaya uygun olduğu, bu nedenle anılan ifadenin "taşıyıcı, sadece" şeklinde değiştirilmesinin daha isabetli olacağı belirtilmiştir[54].

Mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yükleme ve boşaltmaya ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı hâlde, yüklemenin gönderen tarafından yapıldığı durumlarda, taşıyıcının istife nezaret yükümlülüğü olduğu kabul edilmekteydi[55]. *Arkan*, mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde pozitif bir düzenleme olmamasına rağmen, Alman hukukundan hareketle, gönderen tarafından yapılan yüklemenin, taşımanın yapılacağı aracın dengesini bozduğu veya aracın teknik aksamının düzgün çalışmasını engellediği durumlarda, aracın deniz hukukundaki terminoloji ile "yola elverişsiz"[56] hâle geldiğini ve dolayısıyla aracın teknik aksamının düzgün çalışmaması, dengesini ya da manevra kabiliyetini kaybetmesi nedeniyle taşınan eşyanın zarara uğradığı durumlarda, taşıyıcının sorumlu tutulması gerektiğini, dolayısıyla taşıyıcının her halükârda yüklemenin ve istifin, aracın düzgün çalışmasına engel olup olmadığının (*betriebssichere Verladung*) taşıyıcı tarafından denetlenmesi ve bu konudaki aksaklıkların giderilmesi gerektiğini belirtmiştir[57].

Yargıtay'ın, mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlükte olduğu döneme ilişkin olarak eşyanın yükleme veya istif hatasından kaynaklı olarak

---

şaltma araçlarının kullanılma amaçlarına uygun durumda olmasına ve istifin, özel istifçiler tarafından yapılsa bile, denizcilikte geçerli olan kurallara uygun bir şekilde gerçekleştirilmesine ve denizcilikte geçerli olan kurallar uyarınca; geminin aşırı derecede yüklenmemesine, gerekli gemi safrasının (sabura) gemide bulunmasına ve geminin ambarlarının taşınacak olan eşyayı kabule ve korumaya elverişli bir şekilde donatılmış olmasına dikkat etmek zorundadır.

54 Can, 2017, s. 41.

55 Zeyneloğlu, 1993, s. 204; Atabek, 1960, s. 132.

56 Türk Ticaret Kanunu'nun 1141. maddesi uyarınca taşıyan, yükle ilgili olanlara karşı geminin denize, yola veya yüke elverişli olmamasından doğan zararlardan sorumludur; meğerki, tedbirli bir taşıyanın harcamakla yükümlü olduğu dikkat ve özen gösterilmekle beraber, eksikliği yolculuğun başlangıcına kadar keşfe imkân bulunmamış olsun. Aynı yönde bir düzenleme mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1019. maddesinde de yer almaktaydı.

57 Arkan, 1982, s. 122-124; Sabih Arkan, "Karayoluyla Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu", ***Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu 26-27 Ocak 1984***, Sevinç Matbaası, Ankara, 1984, s. 112-113.

zayi olduğu veya hasara uğradığı durumlarda, zararın sebebinin yanlış yükleme veya istifleme olduğu kabul edilse bile, taşıyıcının da yüklemeye ve istiflemeye nezaret yükümlülüğü bulunduğu, taşıyıcının bu yükümlülüğünü yerine getirmediği oranda meydana gelen zarar bakımından müterafik (birlikte) kusuru bulunduğunun kabulü gerektiği yönünde kararları mevcuttur[58].

Mehaz Alman Ticaret Kanunu'nun 412. maddesinin 1. fıkrasında olduğu gibi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 1. fıkrasında taşıyıcının, yüklemenin işletme güvenliğine uygun olması sağlamakla yükümlü olduğu açıkça düzenlenmiştir. Yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmasını sağlama yükümlülüğü, gönderene kıyasla taşıma aracının özelliklerini daha iyi bilen uzman kişi olduğu için taşıyıcıya yüklenmiştir[59]. Böylece tarafların sorumluluk alanları açık biçimde belirlenmiş ve taraflar arasındaki menfaat dengesi korunmuştur.

---

[58] "[...] Somut olayda, davalı alt taşıyan vekili, hasarın istif ve yükleme hatasından kaynaklandığını, müvekkilinin sorumluluğunun olmadığını savunmuştur. Gönderen firmanın personeli davacı tanığı yüklemenin usulüne uygun yapıldığını açıklamıştır. Yükleme ve istifleme gönderene ait olsa bile davalı taşıyanın yükleme ve istiflemeye nezaret yükümlülüğü mevcut olup, bunun ihlali halinde müterafik kusurunun varlığı kabul edilmelidir. Ancak, hükme esas alınan bilirkişi raporunda hasarın yükleme hatasından kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususu irdelenmemiştir. [...] Bu durum karşısında, yükleme ve istifin gönderene ait olduğu kabul edilip, emtiadaki kaybın yükleme ve istif hatasından kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti, şayet bu nedenden meydana geldiği tespit edilirse gerekli uyarı ve denetleme görevi yapmayan davalının müterafik kusur oranının belirlenmesi, davalının sorumlu olduğu zarar tutarının TTK'nın 785. maddesi hükmü dikkate alınarak değerlendirilmesi yönlerinde bilirkişi kurulundan ek rapor alınması veya yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir [...]" (Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 09.07.2007 tarihli ve 8135/10477 sayılı kararı (Kazancı)). "[...] Oysa taşıma sözleşmesinde meydana gelen hasardan kimin sorumlu olduğunu belirlemek için öncelikle hasarın yükleme hatasından mı yoksa taşımadan mı ileri geldiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Şayet hasar yüklemeden ileri gelmiş ise yüklemenin kime ait olduğu üzerinde durulup, gönderene ait olduğu anlaşılır ise hasardan esasen gönderen sorumlu olmakla birlikte taşıyanın yüklemeye nezaret görevi olduğu gözetilerek bu yönde ihmali varsa kendisine bir müterafik kusur izafe edilmesi gereği üzerinde durulmak gerekir. Mahkemece yukarda açıklandığı şekilde inceleme yapılıp hasarın neden meydana geldiği ve davalının müterafik kusuru olup olmadığı yolunda ek bilirkişi raporu ya da yeni bir rapor alınarak sonucuna göre bir karar verilmek gerekirken yazılı olduğu şekilde eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru olmamıştır [...]" (Yargıtay'ın 11. Hukuk Dairesinin 07.06.2005 tarihli ve 9306/5900 sayılı kararı (Legalbank)).

[59] Wieske [Heidel/Schall], § 412, Kn. 6; Merkt [Hopt vd.], § 412, Kn. 2; Koller, 2020, § 412, Kn. 41; Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 2; Bracker - Janßen [Ernsthaler], § 412, Kn. 11.

B. İşletme Güvenliği Kavramı

Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde taşıyıcının, yüklemenin işletme güvenliğine uygun yapılmasını sağlamakla yükümlü olduğu düzenlemiş olmakla birlikte, "işletme güvenliği" kavramının kanunî tanımı yapılmamıştır. Taşıma güvenliği yükle ilgili, işletme güvenliği ise yüklenmiş olan taşıma aracıyla ve üçüncü kişilerin yüklemesi yapılmış taşıma aracından kaynaklanan tehlikelerden korunmasıyla ilgili bir kavramdır[60].

İşletme güvenliği, en yalın ifadeyle yüklenmiş aracın trafik bakımından hiçbir tehlike teşkil etmemesini ifade eder[61]. Taşıma aracı, özellikle taşıma güzergâhı üzerindeki trafikte ortaya çıkması olası olan durumların üstesinden gelebilecek şekilde yüklenmişse, aracın işletme güvenliğine uygun olduğundan bahsedilir. İşletme güvenliğinin sağlanıp sağlanmadığı değerlendirilirken, öncelikli olarak taşımanın idarî nitelikteki trafik ve taşıma kurallarına uygun bir biçimde yapılmasının mümkün olup olmadığına bakılmalıdır[62]. Bu bağlamda taşıma aracına yüklenmiş yük, taşıma güzergâhındaki âzamî ağırlık ve yükseklik sınırını aşmamalıdır. Bununla birlikte yüklemenin idarî nitelikteki trafik ve taşıma kurallarına uygun yapılmış olması, işletme güvenliğine uygunluk bakımından tek başına yeterli değildir. Yükleme sonrasında taşıma aracının, olağan trafik akışı içerisinde yüke ve trafikteki diğer araçlara zarar vermeden, muhtemel olan her türlü manevrayı yapabilecek hâlde olması ve ayrıca yüklemenin aracın fren yapma yeteneğinde herhangi bir eksilmeye sebep olmamış olması gerekir[63]. Araç içerisindeki yük, taşıma sırasında aracın ani bir manevra veya fren yapması durumunda, dengesi bozulmayacak veya araçtan düşmeyecek şekilde taşıma aracına yerleştirilmiş ve sabitlenmiş olmalıdır.

---

60 Andresen - Valder, 2019, § 412, Kn. 10; Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 327.

61 Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 13; Reuschle [Ebenroth vd.], § 412, Kn. 27; Paschke [Oetker], § 412, Kn. 9; Koller, 2020, § 412, Kn. 42; Bracker - Janßen [Ernsthaler], § 412, Kn. 11; Schlüter [Heymann HGB], § 412, Kn. 6; Schmidt [Staub HGB], § 412, Kn. 33.

62 Türkel, Taşıyıcının En Yüksek Özeni Üzerine Bir İnceleme, s. 305.

63 Türkel, Taşıyıcının En Yüksek Özeni Üzerine Bir İnceleme, s. 305; Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Theinert], § 412, Kn. 5; Reuschle [Ebenroth vd.], § 412, Kn. 27; Koller, 2020, § 412, Kn. 42; Wieske [Heidel/Schall], § 412, Kn. 6; Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 13; Bracker - Janßen [Ernsthaler], § 412, Kn. 11; Fremuth - Thume, 2000, § 412, Kn. 7; Schlüter [Heymann HGB], § 412, Kn. 6; Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 327.

İşletme güvenliği ve taşıma güvenliğinin, genellikle birbiriyle iç içe giren ve somut olayda çoğunlukla tam anlamıyla birbirinden ayrı tutulması mümkün olmayan iki kavramdır[64].

C. Taşıyıcının Yüklemenin İşletme Güvenliğine Uygun Yapılmasını Sağlama Yükümlülüğü

Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde yüklemenin işletme güvenliğine uygun yapılmasını sağlama yükümlülüğü taşıyıcıya yüklenmiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere[65] işletme güvenliği, yüklenmiş taşıma aracının taşıma güzergâhında ortaya çıkması muhtemel her türlü durumun üstesinden gelebilecek hâlde olmasını ifade eder. Bu kapsamda taşıyıcı, seyir hâlindeyken eşyanın taşıma aracının stabilitesini bozmayacak şekilde taşıma aracına yerleştirilmesini, istiflenmesini ve sabitlenmesini sağlamakla yükümlüdür. Ayrıca taşıyıcı, eşyanın brüt ağırlığı hakkında kesin bilgi alarak, yükün ağırlığının taşıma aracının âzamî taşıma kapasitesini aşmadığından emin olmalıdır. Taşıma aracı seyir hâlindeyken anî bir manevra yapılması veya frenleme sırasında yükün, yola düşmeyecek, dökülmeyecek, taşıma aracının üzerinden veya kenarlarından sarkmayacak veya aracın dengesini bozarak savrulmasına sebebiyet vermeyecek şekilde yüklendiğinden emin olmalıdır. Taşıyıcı, yükün taşıma aracı üzerindeki âzamî yüksekliğinin mevzuatta öngörülen sınırları aşıp aşmadığını denetlemelidir. Eğer kullanılacak taşıma güzergâhında normal ölçülerden daha alçak bir alt geçit, üst geçit veya köprü gibi yapılar varsa, aracın bu yapıların altından veya üzerinden takılmadan ve bunlara zarar vermeden geçebilecek şekilde yüklenmesi sağlanmalıdır[66].

Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 1. fıkrasına göre eşyanın taşıma aracına yüklenmesi, sözleşmeden, durumun gereğinden veya ticarî teamülden aksi anlaşılmadıkça, gönderen tarafından yapılmak zorunda olduğundan, taşıyıcı

---

64 Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 327; Wieske [Heidel/Schall], § 412, Kn. 7.

65 Bu hususta bkz. yuk. C, II.

66 Alman Federal Mahkemesi bir kararında A5 otobanında Kasel'e doğru giden, yüklenmiş hâliyle 4,51 metre yüksekliğe sahip tırın, 4,35 metre yüksekliğe sahip otoban üzerindeki üst kavşaklardan birisine çarptığı bir olayda, taşıyıcının, gönderen tarafından belirtilen yükün paketli şekilde yüksekliği ile aracın yüksekliğinin toplanmasıyla elde edilen yükseklik hesaplamasıyla yetinmemesi, ayrıca yüklenmiş hâldeki tırın yüksekliğini de bizzat ölçmesi ve yapılan hesaplama ile fiilî yüksekliğin örtüşüp örtüşmediğini kontrol etmesi gerektiğine hükmetmiştir (BGH, 19.03.2015, I ZR 190/13 (TranspR H. 9, 2015, s. 344).

işletme güvenliğinin sağlanması için yüklemeye fiziken müdahâle etmek zorunda değildir. Ancak taşıyıcı, kural olarak yükleme süresince hazır bulunmalı ve yüklemeye nezaret ederek, eşyanın taşıma aracına, aracın dengesini bozmayacak şekilde konduğundan, taşıma aracının manevraları sırasında araçtan düşmeyecek veya aracın savrulmasına neden olmayacak şekilde istiflendiğinden ve sabitlendiğinden emin olmalıdır[67]. Alman hukukunda doktrindeki bir görüşe göre, yüklemenin gönderen tarafından yapılması gereken hâllerde, yüklemenin işletme güvenliğine uygun şekilde yapılabilmesi için zorunluysa veya aksi hâlde işletme güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi söz konusuysa, taşıyıcının yüklemenin tamamına nezaret etmesi gerekir[68]. Alman hukukunda doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, taşıyıcının işletme güvenliğini sağlama yükümlülüğü kapsamında yüklemeye nezaret etmesi gerekmez[69]. Taşıyıcı, yükleme tamamlandıktan sonra yüklemenin işletme güvenliğine uygun olup olmadığını denetlemekle yükümlüdür.

Kanaatimizce ilk görüşe öncelik vermek gerekir. Taşıyıcının yüklemeye nezaret yükümlülüğü, yüklemenin mümkün olan en kısa sürede işletme güvenliğine uygun şekilde yapılmasına hizmet ettiğinden, taşıyıcının menfaatinedir. Yüklemenin gönderen tarafından yapıldığı durumlarda taşıyıcının fiziken yüklemeye müdahâle etmesi gerekmediği için, yükleme sırasında hazır bulunarak, sadece gerekli hâllerde işletme güvenliğinin sağlaması için göndereni veya gönderenin adamlarını sözlü şekilde yönlendirmesi, taşıyıcıdan katlanması beklenebilecek bir yüktür. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 2. fıkrası uyarınca taşıyıcı, yükleme ve boşaltmayla ilgili olarak, durumun gereklerine göre belirlenecek makûl bir süre için, aksi kararlaştırılmadıkça ayrıca ücret isteyemez. Dolayısıyla aksi kararlaştırılmadıkça, taşıyıcı makûl yükleme süresi için bekleme ücreti talep edemeyeceğinden, yüklemenin mümkün olan en kısa sürede tamamlanarak taşımaya başlanması, malî olarak da taşıyıcının yararınadır. Aksi görüşün kabulü durumunda, taşıyıcının yüklemeye nezaret yükümlülüğü olmadığından, yükleme tamamlandıktan sonra, yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmadığını tespit edilmesi üzerine, eşyanın kısmen de olsa boşaltılarak işletme güvenliğine uygun şekilde yeniden taşıma aracına yüklenmesi gerekir. Dolayısıyla bu fazladan emek ve zaman kaybı, her iki tarafın da malî menfaatiyle çelişir.

---

[67] Deniz ticareti hukukunda, benzer bir yükümlülük kaptan bakımından öngörülmüştür. Türk Ticaret Kanunu'nun 1090. maddesi uyarınca kaptan, yola çıkmadan önce geminin denize ve yola elverişli olmasına ve gemiye, gemi adamlarına ve yüke ait belgelerin gemide bulunmasına dikkat etmek zorundadır.

[68] Koller, 2020, § 412, Kn. 42.

[69] Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 328.

Taşıyıcı, yüklemenin işletme güvenliğine uygun şekilde yapılmadığını tespit ederse, gönderene gerekli talimatı vererek, yüklemenin işletme güvenliğine uygun hâle getirilmesini sağlamakla yükümlüdür. Başka bir ifadeyle, yüklemenin işletme güvenliğine aykırı olduğu hâllerde, taşıyıcının söz konusu aykırılığı kendisinin gidermesi gerekmez. Yüklemenin gönderen tarafından yerine getirilmesi gereken hâllerde taşıyıcı, gönderene veya adamlarına gerekli talimatı vermek suretiyle, yüklemenin işletme güvenliğine uygun hâle getirilmesini talep etme hakkına sahiptir[70]. Bununla birlikte taşıyıcı, işletme güvenliğine ilişkin verdiği talimattan doğan zararlardan sorumludur[71].

Yükün konteyner veya takas gövdesinde kapalı şekilde taşıyıcıya teslim edildiği durumlarda, taşıyıcının konteynerin veya takas gövdesinin içini kontrol etmesi mümkün değildir. Bu nedenle Alman hukukunda, yükün kapalı bir taşıma kabı içinde taşıyıcıya teslim edildiği durumlarda, taşıyıcının her halükârda yüklemenin taşıma güvenliğine uygun şekilde yapıldığını varsaymasının mümkün olmadığı ve gönderene, yüklemenin taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılıp yapılmadığıyla ilgili soru sorması gerektiği kabul edilmektedir[72]. Özellikle yükün söz konusu taşıma kabının içerisinde yeterince sabitlenmiş olması ve yükün ağırlığının taşıma kabına dengeli şekilde dağıtılmış olması, işletme güvenliğini de ilgilendirmektedir. Bu nedenle taşıyıcının, gönderene istifleme, sabitleme ve yükün ağırlığının taşıma kabı içerisindeki dağılımıyla ilgili sorduğu sorulara tatmin edici cevaplar almış olması şarttır. Aksi hâlde, taşıma kabı içinde yapılan yüklemenin taşıma güvenliğine uygun şekilde yapıldığının varsayılması mümkün değildir.

III. YÜKLEMENİN VEYA BOŞALTMANIN TAŞIMA VE/VEYA İŞLETME GÜVENLİĞİNE AYKIRI YAPILMASININ HUKUKÎ SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Yüklemenin taşıma ve/veya işletme güvenliğine aykırı yapılmış olmasından doğan bir zarardan bahsedilebilmesi için, öncelikle zararın meydana geldiği aşamanın ve yüklemenin, sözleşmenin hangi tarafınca yerine getirilmesi gerektiğinin

---

70 Koller, 2020, § 412, Kn. 42; Reuschle [Ebenroth vd.], § 412, Kn. 28; Schmidt [Staub HGB], § 412, Kn. 35; Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 13; Paschke [Oetker], § 412, Kn. 9; Wieske [Heidel/Schall], § 412, Kn. 6; Schlüter [Heymann HGB], § 412, Kn. 6.

71 Koller, 2020, § 412, Kn. 42.

72 Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 328; Fremuth - Thume, 2000, § 412, Kn. 6; Andresen - Valder, 2019, § 412, Kn. 15; Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 13. OLG Düsseldorf, 20.03.1997, 18 U 108/96 (TranspR 1998, H. 4, s. 168).

doğru tespit edilmesi gerekir. Eşya, henüz yükleme alanına getirilmeden zayi olmuş veya hasar görmüşse, yükleme sırasında doğan bir zarardan söz edilmesi mümkün olmaz. Benzer şekilde yükün zilyetliği gönderilene devredildikten ve yük gönderilenin hâkimiyet alanına girdikten sonra zarar görürse, bu aşamada boşaltma sona ermiş olacağından, zararın boşaltma sırasında meydana geldiği ileri sürülemez. Eşyanın kimin tarafından yükleneceği ve boşaltılacağı, yükleme ve boşaltma işleminin başlangıç ve sona erme anının tespiti bakımından önemlidir. Zira taşıyıcı, Türk Ticaret Kanunu'nun 875. maddesinin 1. fıkrasına göre eşyanın taşınmak üzere teslim alınmasından teslim edilmesine kadar geçecek sürede, eşyanın zıyaından, hasarından ve geç tesliminden doğan zararlardan sorumludur.

Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 1. fıkrasında taşıyıcının, "yüklemenin" işletme güvenliğine uygun olmasını sağlamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bu nedenle eşyanın boşaltılması bakımından boşaltmanın sadece taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılması gerekir ve boşaltmanın taşıma güvenliğine aykırı olarak yapılması nedeniyle doğan zararlardan ötürü bir sorumluluk söz konusu olur.

B. Eşyanın Taşıma Güvenliğine Uygun Olmayan Şekilde Yüklenmesi veya Boşaltılması

1. Taşıma Güvenliğine Uygun Olmayan Şekilde Yüklenen veya Boşaltılan Eşyada Meydana Gelen Zarardan Sorumluluk

Yüklemenin veya boşaltmanın taşıyıcı veya gönderen ya da gönderilen tarafından üstlenilmiş olmasına bakılmaksızın, taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılmasının zorunlu olduğu, Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 1. fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Yükleme veya boşaltma, gönderen ya da gönderilen tarafından yapılmışsa ve yapılmış olan yükleme veya boşaltma, taşıma güvenliğine uygun değilse, farklı ihtimallerin değerlendirilmesi gerekir. Gönderen sözleşmeyle yüklemeyi veya boşaltmayı üstlenebileceği gibi, Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 1. fıkrası uyarınca sözleşmeden, durumun gereğinden veya ticarî teamülden aksi anlaşılmadığı için yüklemenin ve boşaltmanın gönderen tarafından yapılması gerekebilir.

a. Yüklemenin veya Boşaltmanın Gönderen veya Gönderilen Tarafından Taşıma Güvenliğine Uygun Olmayan Şekilde Yapılması Nedeniyle Eşyanın Zarara Uğraması

Yüklemenin, gönderen tarafından taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılmaması nedeniyle eşya zarara uğramışsa, ortaya çıkan bu zararın taşıma sırasında

oluşup oluşmadığından bağımsız olarak, taşıyıcının söz konusu zarardan sorumlu tutulması mümkün değildir[73]. Çünkü zarar, yükün taşıma güvenliğine uygun olmayan şekilde yüklenmesi nedeniyle ortaya çıkmıştır. Taşıyıcının, eşyanın zararından doğan sorumluluğundan kurtulduğu özel hâlleri düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 878. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde, eşyanın gönderen tarafından yüklenmesi ve boşaltılması, taşıyıcı bakımından bir sorumsuzluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla eşyanın uğradığı zararın, yüklemenin taşıma güvenliğine aykırı şekilde yapılmasından doğduğu hâllerde, taşıyıcı Türk Ticaret Kanunu'nun 878. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine dayanarak sorumluluktan kurtulabilir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 878. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde, eşyanın uğradığı zararın yüklemenin yanı sıra boşaltmanın da gönderen veya gönderilen tarafından yapılması nedeniyle meydana geldiği hâller, taşıyıcının söz konusu zarardan doğan sorumluluktan kurtulmasının mümkün olduğu özel bir hâl olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla eşyanın uğradığı zarar, eşyanın gönderen veya gönderilen tarafından taşıma güvenliğine uygun olmayan şekilde boşaltılması sebebiyle meydana gelirse, taşıyıcı Türk Ticaret Kanunu'nun 878. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine dayanarak sorumluluktan kurtulur.

Gönderen tarafından yapılması gereken yüklemenin, taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılmadığı taşıyıcı tarafından fark edilmesine rağmen, yüklemenin taşıma güvenliğine uygun hâle getirilmesi için gerekli uyarı yapılmamış ve eşya taşınmaya başlanmışsa, taşıyıcı, taşıma sırasında taşıma güvenliğine uygun olmayan yükleme nedeniyle eşyanın zarara uğramasından doğan sorumluluğundan, Türk Ticaret Kanunu'nun 878. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine dayanarak kurtulamaz. Çünkü bu ihtimalde taşıyıcı, yüklemenin taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılmadığını bilmesine rağmen, göndereni uyarmadığı için sözleşmesel özen yükümlülüğünü ihlâl etmiş olur. Yüklemenin, taşıma güvenliğine uygun olmadığını ve bu nedenle eşyanın taşıma sırasında zarar görebileceğini bilmesine rağmen göndereni bu hususta uyarmayan taşıyıcının, bu ihlâlden kaynaklanan bir zararın doğması durumunda Türk Ticaret Kanunu'nun 878. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi uyarınca sorumluluktan kurtulabileceğinin kabulü, yukarıda da belirtildiği üzere[74], hakkın kötüye kullanılması teşkil eder.

---

[73] Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 17; Merkt [Hopt vd.], § 412, Kn. 2; Reuschle [Ebenroth vd.], § 412, Kn. 31; Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 328; Schmidt [Staub HGB], § 412, Kn. 29; Schlüter [Heymann HGB], § 412, Kn. 11; Koller, 2020, § 412, Kn. 23; Fremuth - Thume, 2000, § 412, Kn. 12.

[74] Bu hususta bkz. yuk. B, II, 4.

Taşıyıcının, bu durumda ortaya çıkan zarardan doğan tazminat sorumluluğundan kurtulması söz konusu olmamakla birlikte, yüklemenin gönderenin yerine getirmesi gereken bir yükümlülük olduğu ve gönderenin bu edimin ifasında kusurlu davrandığı gözetilerek, Türk Ticaret Kanunu'nun 875. maddesinin 2. fıkrası doğrultusunda taşıyıcının ödemesi gereken tazminat miktarında indirim yapılmalıdır[75].

b. Yüklemenin veya Boşaltmanın Taşıyıcı Tarafından Taşıma Güvenliğine Uygun Olmayan Şekilde Yapılması Nedeniyle Eşyanın Zarara Uğraması

Gönderen ve taşıyıcı, yüklemenin ve/veya boşaltmanın taşıyıcı tarafından yapılması konusunda anlaşabilir. Ayrıca yüklemenin ve/veya boşaltmanın taşıyıcı tarafından yapılması, durumun gereğinden veya ticarî teamülden de kaynaklanabilir (TTK m. 863 f. 1). Bu nedenle yüklemenin veya boşaltmanın taşıyıcı tarafından yapılması gerektiği durumlarda, eşyanın yüklemenin veya boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun olmayan şekilde yapılması nedeniyle zarar görmesi hâlinde, ortaya çıkan bu zarardan kimin sorumlu tutulacağının belirlenmesi gerekir.

Taşıyıcının yüke özen borcu, Türk Ticaret Kanunu'nun 875. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 875. maddesinin 1. fıkrası uyarınca taşıyıcı, eşyanın taşınmak üzere teslim alınmasından teslim edilmesine kadar geçecek süre içinde, eşyanın zıyaından, hasarından veya teslimindeki gecikmeden doğan zararlardan sorumludur. Dolayısıyla yüklemenin ve boşaltmanın taşıyıcı tarafından üstlenildiği durumlarda, eşyanın taşıma güvenliğine uygun olmayan yükleme ya da boşaltma nedeniyle gördüğü zarardan, taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hangi hükümlerin uygulanması gerektiğinin belirlenebilmesi için taşıyıcının yüke özen borcunun başladığı ve sona erdiği sürenin doğru şekilde tespit edilmesi gerekir.

Taşıyıcının eşyanın zıyaı, hasarı veya geç tesliminden doğan sorumluluğunun başlayabilmesi için, eşyanın taşıyıcıya teslim edilmesi gerekir. Yüklemenin taşıyıcı tarafından yapılması gereken durumlarda taşıyıcının yüke özen borcu, eşyanın gönderen tarafından yüklenmek üzere taşıyıcının hâkimiyetine bırakılmasıyla ve eşya üzerindeki zilyetliğin taşıyıcıya devredilmesiyle başlar[76]. Yükle-

---

[75] Alman hukukunda doktrindeki aynı yöndeki görüş için bkz. Koller, 2020, § 412, Kn. 22a.

[76] Vural Seven, ***Taşıma Hukuku, Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi Yayını***, 2. Bası, Eskişehir 2011, s. 115; Arkan, 1982, s. 52, 54; Adıgüzel, 2021, s. 152; Şükrü Yıldız, "TTK Hükümleri Işığında Taşıyıcının (Kara Yoluyla) Eşya Taşımadan Doğan Sorumluluğu", ***İstanbul Ti-***

menin taşıyıcı tarafından yapılması gereken durumlarda, eşyanın gönderen tarafından yükleme alanına getirilerek, yüklemenin yapabilmesi için eşyanın taşıyıcının fiilî hâkimiyetine bırakılmasıyla, eşyanın "taşıyıcıya tesliminin" gerçekleştiğinin kabulü gerekir.

Boşaltmanın taşıyıcı tarafından yapılması gereken durumlarda, taşıyıcının yüke özen borcu, eşyanın taşıma aracından indirilerek gönderilenin hâkimiyetine bırakılması ve eşya üzerindeki zilyetliğin tarafların karşılıklı, örtüşen iradeleriyle gönderilene devredilmesiyle sona erer[77].

Dolayısıyla yüklemenin ve/veya boşaltmanın taşıyıcı tarafından yapılması gereken durumlarda taşıyıcının yüke özen borcu, yüklemenin ve boşaltmanın gönderen veya gönderilen tarafından yapılması gereken durumlara nazaran daha erken başlar ve daha geç sona erer. Bu nedenle yüklemenin ve/veya boşaltmanın taşıyıcı tarafından yapılması gereken durumlarda, eşya taşıma güvenliğine uygun olmayan şekilde yüklendiği veya boşaltıldığı için zarara uğrarsa, taşıyıcı ortaya çıkan bu zarardan Türk Ticaret Kanunu'nun 875. maddesinin 1. fıkrası uyarınca sorumlu olur. Taşıyıcının, sorumluluktan kurtulmasına imkân tanınan özel hâlleri düzenleyen Türk Ticaret Kanunu'nun 878. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine dayanarak sorumluluktan kurtulması da mümkün değildir. Çünkü taşıyıcının, Türk Ticaret Kanunu'nun 878. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine dayanarak sorumluluktan kurtulabilmesi için yükleme ve/veya boşaltmanın gönderen veya gönderilen tarafından yapılmış olması gerekir.

Gönderenin, taşıyıcı tarafından taşıma güvenliğine uygun olmayan şekilde yapılan yükleme veya boşaltma nedeniyle meydana gelen zarar ötürü taşıyıcıya karşı sözleşme dışı bir talep hakkı doğmuşsa, taşıyıcı bu talep bakımından da Türk Ticaret Kanunu'nun 885. maddesi uyarınca sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin Kanun'un 882. maddesine dayanabilir[78].

---

caret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 28, S. 2, Y. 2015, s. 100; Can, 2017, s. 89-90; Adıgüzel, 2012, s. 50; Hikmet Cem Congar, ***CMR ve Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Uyarınca Karayolu Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu***, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 63; Hakan Bulut, "Karayoluyla Yurtiçi Eşya Taşımacılığında Taşıyıcının Zıya ve Hasardan Sorumluluğu", ***Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Diyarbakır 2017, s. 31.

77 Seven, 2011, s. 116; Arkan, 1982, s. 55; Adıgüzel, 2012, s. 56; Adıgüzel, 2021, s. 153; Yıldız, Taşıyıcının (Kara Yoluyla) Eşya Taşımadan Doğan Sorumluluğu, s. 101-102; Congar, 2021, s. 67-68.

78 Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 331.

Alman hukukunda doktrindeki bir görüşe göre, yüklemenin sözleşmeden, durumun gereğinden veya ticarî teamülden kaynaklı olarak taşıyıcı tarafından yapılması gerektiği durumlarda, yükleme fiilen, taşıyıcı yerine gönderen tarafından yapılmışsa, yükleme yükümlülüğünün taşıyıcı tarafından ifa edilmesi gerektiğine bakılmaksızın taşıyıcı, eşyanın zararından doğan sorumluluğundan Türk Ticaret Kanunu'nun 878. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinin mehaz hükmü niteliğinde olan Alman Ticaret Kanunu'nun 427. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine dayanarak sorumluluktan kurtulabilir[79]. Alman hukukunda doktrindeki anılan bu görüşe göre, taşıyıcının Alman Ticaret Kanunu'nun 427. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine dayanarak sorumluluktan kurtulabilmesi için aranan tek şart, zararın gönderen veya gönderilen tarafından yapılan yükleme veya boşaltma nedeniyle meydana gelmiş olmasıdır. Bu görüşe göre, Alman Ticaret Kanunu'nun 427. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde, yükleme veya boşaltmanın gönderen veya gönderilen tarafından sözleşmesel bir yükümlülük kapsamında yapılmış olması şartı aranmadığından, yüklemenin veya boşaltmanın fiilen gönderen veya gönderilen tarafından yapıldığı durumlarda, taşıyıcıya yüklemenin veya boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan zarardan doğan tazminat yükümlülüğünden kurtulma imkânı sağlanmaktadır.

Bu görüşe katılamıyoruz. Yükleme ve/veya boşaltmanın taşıyıcı tarafından yapılması gereken durumlarda, taşıyıcının bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi, sözleşmenin pozitif (müspet) ihlâli niteliğindedir. Yükleme ve/veya boşaltma, fiilen gönderen veya gönderilen tarafından yapılmışsa, öncelikle somut olayda tarafların örtülü olarak (zımnen) yüklemenin ve/veya boşaltmanın gönderen veya gönderilen tarafından yerine getirilmesi konusunda sözleşmeyi değiştirip değiştirmedikleri irdelenmelidir. Ancak tarafların örtülü olarak sözleşmeyi değiştirdiklerinin kabul edilmesinin gerektiği durumlarda, gönderen veya gönderilen tarafından yapılan yüklemenin ya da boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun olmaması nedeniyle taşınan eşya zarar görürse, taşıyıcı Türk Ticaret Kanunu'nun 878. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine dayanarak zarardan doğan sorumluluktan kurtulabilmesi mümkündür.

Öte yandan tarafların örtülü olarak sözleşmeyi değiştirmedikleri durumda ise, taşıyıcının Türk Ticaret Kanunu'nun 875. maddesinin 1. fıkrası kapsamında yüke özen borcunun başlangıç ve bitiş anı gözetilerek hukukî bir sonuca varılmalıdır. Hemen yukarıda belirtildiği üzere, yüklemenin taşıyıcı tarafından yapılması

[79] Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 328.

gereken durumlarda, taşıyıcının yüke özen borcu, eşyanın yüklenmek üzere kendisine teslim edilmesiyle başlar. Yüklemenin taşıyıcı tarafından yapılması gerekiyorsa, taşıyıcının yükleme alanına gelmesi ve eşyanın yükleme için hazır edilmiş olmasıyla, yüke özen borcunun başlar. Dolayısıyla yüke özen borcunun başlangıcı bakımından, taşıyıcı yüklemeyi yapmaktan kaçındığı için fiilen gönderenin eşyayı yüklemeye başlamasına başka bir hukukî sonuç bağlamak mümkün değildir. Taşıyıcı, sözleşmeyle üstlendiği eşyanın yüklenmesi borcunu ifa etmeyerek, yüklemenin fiilen gönderen tarafından yapılmasına kendisi neden olmaktadır. Eşyanın yüklenmesini dilediği an devralarak, borca aykırılığı sona erdirebileceği gibi, yükleme sırasında gönderenin eşyaya vereceği muhtemel zararı da engelleyebilir. Bunun yanı sıra taşıyıcı, yüke özen borcunun başlangıç anı bakımından sözleşmeyle yükleme yükümlülüğünü üstlenmesine rağmen, taşıma aracıyla yükleme alanına geldiği hâlde, sözleşmeye aykırı şekilde yükleme edimini ifa etmeyerek, eşyanın zilyetliğini devralma iradesi olmadığından bahsedemez. Zira sözleşmeye aykırı şekilde yükleme edimini ifa etmeyerek, yüklemenin fiilen gönderen tarafından yapılmasına sebep olması ve fiilen gönderen tarafından yapılan yükleme sırasında meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan ise, eşyanın zilyetliğini devralma iradesi olmadığı için yüke özen borcunun başlamadığını ileri sürerek kurtulmaya çalışması, hakkın kötüye kullanılması teşkil eder.

Boşaltma yükümlülüğünün taşıyıcı tarafından ifa edilmesi gereken hâllerde, taşıyıcının boşaltmayı yapmaktan kaçınmasından ötürü boşaltma fiilen gönderilen tarafından yapılmışsa ve boşaltma yükümlülüğünün gönderilen tarafından yapılması yönünde örtülü olarak da olsa, bir sözleşme değişikliğinden bahsedilmesi mümkün değilse, yükleme bakımından belirttiğimiz hususlara benzer bir değerlendirme yapılması zorunludur. Taşıyıcının boşaltma yükümlülüğünü yerine getirmediği durumlarda, yüke özen borcunun sona ermesi söz konusu olmaz. Dolayısıyla boşaltma fiilen gönderilen tarafından gerçekleştirilse de, taşıyıcının Türk Ticaret Kanunu'nun 875. maddesinin 1. fıkrası uyarınca boşaltma sırasında meydana gelen zararlardan sorumlu olacağının kabulü gerekir. Ancak anılan durumlarda yükleme ve boşaltmanın fiilen gönderen ya da gönderilen tarafından yapıldığı gözetilerek, Kanun'un 875. maddesinin 2. fıkrası uyarınca tazminat borcunun kapsamının buna göre belirlenmesi gerekir.

2. Gönderen Tarafından Yapılması Gereken Yüklemenin Taşıma Güvenliğine Uygun Olmaması Durumunda Taşıyıcının Hakları

Gönderenin yapmakla yükümlü olduğu yüklemenin, taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılmadığı açıksa ve bu durum aynı zamanda işletme güvenliği-

ne aykırılığa sebep olduğu için eşyanın taşıma sırasında zarar görmesi muhtemelse, taşıyıcı yüklemenin taşıma güvenliğine uygun hâle getirilmesi yönünde talimat verebilir ve bu talimatının gereği yerine getirilene kadar taşımaya başlamaktan kaçınabilir[80]. Ayrıca yüklemenin taşıma güvenliğine uygun hâle getirilmesi, Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "makûl süreyi" aşarsa, taşıyıcı makûl yükleme süresini aşan süre için bekleme ücreti talep edebilir. Gönderen, yüklemeyi taşıma güvenliğine uygun hâle getirmeyi reddederse, taşıyıcı Türk Ticaret Kanunu'nun 867. maddesinin 1. fıkrası uyarınca gönderene makûl bir süre vererek, yüklemenin taşıma güvenliğine uygun hâle getirilmesini talep edebilir. Taşıyıcı tarafından verilen süre içerisinde gönderen, yüklemeyi taşıyıcının talimatı doğrultusunda taşıma güvenliğine uygun hâle getirmezse, taşıyıcı sözleşmeyi feshedebilir veya 865. maddenin 2. fıkrasına göre haklarını kullanabilir (TTK m. 867/2)[81].

Taşıma başladıktan sonra yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmadığı anlaşılabilir. Eşyanın araç içinde hareket etmesi nedeniyle aracın dengesi bozulmuş, sabitlemenin yeterli olmadığı veya başka bir sebepten ötürü taşımanın işletme güvenliğine uygun şekilde devam ettirilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmışsa, taşımanın durdurulması ve işletme güvenliği sağlanana kadar taşımaya devam edilmemesi gerekir[82]. Taşıma güvenliğine uygun olmayan yükleme nedeniyle eşyanın zarar görmesinin kuvvetle muhtemel olduğu durumlarda, taşıyıcının taşımaya devam etmemesi yüke özen borcunun bir gereğidir[83].

Taşımaya işletme güvenliğine uygun şekilde devam edilmesinin mümkün olmaması, bir taşıma engeli niteliğindedir[84]. Bu nedenle taşıyıcının Türk Ticaret

---

80 Alman hukukunda taşıyıcının bu gibi durumlarda Alman Medenî Kanunu'nun 273. maddesi uyarınca bir ifadan kaçınma hakkı (*Zurückbehaltungsrecht*) olduğu kabul edilmektedir (Neufang/Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 328; Merkt [Hopt vd.], § 412, Kn. 1; Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Theinert], § 412, Kn. 5; Reuschle [Ebenroth vd.], § 412, Kn. 28; Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 16; Paschke [Oetker], § 412, Kn. 10; Koller, 2020, § 412, Kn. 43; Schlüter [Heymann HGB], § 412, Kn. 6; Schmidt [Staub HGB], § 412, Kn. 27; Fremuth - Thume, 2000, § 412, Kn. 6. BGH, 09.04.1981, IVa ZR 109/80 (BeckRS 1981, 30393941); OLG Bamberg, 09.04.2014, 3 U 2/13 (RdTW 2015, 103)).

81 Koller, 2020, § 412, Kn. 43; Schmidt [Staub HGB], § 412, Kn. 27; Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 16.

82 Reuschle [Ebenroth vd.], § 412, Kn. 28; Koller, 2020, § 412, Kn. 22; Merkt [Hopt vd.], § 412, Kn. 2.

83 Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 328.

84 Koller, 2020, § 412, Kn. 43; Schmidt [Staub HGB], § 412, Kn. 27; Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 16.

Kanunu'nun 869. maddesi uyarınca tasarruf hakkı sahibine durumu derhâl bildirerek, işletme güvenliğine uygun şekilde taşımaya devam edilebilmesi için gerekli talimatı alması gerekir. Gönderen, yüklemenin taşıyıcı tarafından taşıma güvenliğine uygun hâle getirilmesi yönünde bir talimat verebilir[85]. Taşıyıcı, yüklemenin taşıma güvenliğine uygun hâle getirilmesi yönündeki talimatı yerine getirmişse, bu talimatın yerine getirilmesi için yaptığı gideri ve ayrıca talimatın yerine getirilmesi için uygun bir ücreti gönderenden talep edebilir (TTK m. 869/1-4, TTK m. 868/1-3).

Alman hukukunda doktrindeki bir görüşe göre, gönderenin yapması gereken yüklemenin taşıma güvenliğine uygun olmadığı durumlarda, taşıyıcı söz konusu yüklemenin taşıma güvenliğine uygun olmadığı konusunda göndereni uyarmasına rağmen, gönderen yüklemeyi taşıma güvenliğine uygun hâle getirmemişse ve fakat taşıma güvenliğine aykırılık, taşıyıcı için görünen herhangi bir tehlike doğurmuyorsa, taşıyıcı taşımaya başlamak zorundadır[86]. Bu görüşe göre, taşıma güvenliğine uygun olmayan yüklemenin işletme güvenliği bakımından bir tehlike yaratmadığı durumlarda, yüklemenin taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılmış olması, sadece gönderenin menfaatinedir. Dolayısıyla yüklemenin taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılması, gönderen tarafından yerine getirilmesi gereken bir yük olarak görülmelidir. Bu nedenle taşıyıcı, anılan durumlarda kendisinin zarar görme tehlikesi bulunmadığından, taşıma güvenliğine uygun olmayan şekilde yapılan yüklemeyi gerekçe göstererek taşımayı gerçekleştirmekten kaçınamaz.

Bu görüşe katılamıyoruz. Çünkü taşıma işi, olumsuz dış etkenlere fazlasıyla açık ve birçok rizikoyu içinde barındıran bir faaliyettir. Yüklemenin taşıma güvenliğine uygun olmadığı durumlarda, taşıma güzergâhı üzerinde aracın karşı karşıya kalacağı durumların eşya üzerinde yaratacağı etkinin ve eşya üzerinde oluşan bu etki karşısında eşyanın taşıma aracına ve/veya trafikteki üçüncü kişilere vereceği tepkinin, taşımaya henüz başlanmadığı aşamada tüm olası ihtimaller değerlendirilerek bir tespit yapılması mümkün değildir. Başka bir ifadeyle taşıma güvenliğine uygun olmayan yükleme, her halükârda yapılacak taşıma bakımından belirli bir riziko içerir. Bu rizikonun gerçekleşme ihtimali oldukça düşük olsa da kanaatimizce taşıyıcıdan taşıma sırasında zarara uğrayabileceğini bilmesine rağmen taşımayı gerçekleştirmesi beklenemez.

---

85 Koller, 2020, § 412, Kn. 43.

86 Koller, 2020, § 412, Kn. 21; Schlüter [Heymann HGB], § 412, Kn. 7.

Alman hukukunda doktrindeki katıldığımız görüşe göre, yüklemenin gönderenin talimatıyla taşıyıcı tarafından taşıma güvenliğine uygun hâle getirildiği durumlarda, taşıyıcının bu talimatın yerine getirilmesi nedeniyle yapmış olduğu giderlerin tazminini ve uygun bir ücret bedelini talep edebilmesi için, yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmamasının kendi riziko alanında olmayan bir hâlden kaynaklanmış olması gerekmektedir[87]. Başka bir ifadeyle taşıyıcı, gönderene yüklemenin işletme güvenliğine uygun şekilde gerçekleştirilmesi için gerekli bilgileri ve talimatı vermemişse veya gönderenin yapmakla yükümlü olduğu yüklemenin taşıma ve işletme güvenliğine uygun olup olmadığını, taşıma başlamadan önce denetlemeyi ihmal ettiği için, yüklemenin taşıma güvenliğine uygun olmadığı taşıma sırasında fark edilmişse, bir taşıma engeli niteliğindeki yüklemenin taşıma güvenliğine uygun olmaması hususunun taşıyıcının riziko alanından kaynaklandığının kabulü gerekir. Türk Ticaret Kanunu'nun 869. maddesinin 1. fıkrasının 4. cümlesinde, kendisine talimat verilen durumlarda taşıyıcının, teslim engelinin kendi riziko alanına[88] giren bir nedenden doğmamış olması şartıyla, Kanun'un 868. maddesinin 1. fıkrasının 3. ve 4. cümlelerinde öngörülen talepleri ileri sürebileceği kabul edilmiştir. Ancak taşıyıcının üzerine düşen bir yükümlülüğü ihlâl etmesi nedeniyle, yüklemenin taşıma güvenliğine uygun olmadığını taşımaya başlamadan önce fark etmediği durumlarda, bu husus taşıyıcının riziko alanında giren bir sebep olduğundan, taşıyıcının yüklemeyi taşıma güvenliğine uygun hâle getirmek için yaptığı giderleri gönderenden talep edemeyeceğinin kabulü gerekir.

3. Gönderen Tarafından Taşıma Güvenliğine Uygun Olmayan Şekilde Yüklenen Eşyanın Taşıyıcıya veya Taşıma Aracındaki Diğer Yüklere Verdiği Zarardan Doğan Sorumluluk

Eşyanın taşıma güvenliğine uygun olmayan şekilde yüklenmesi nedeniyle taşıma aracında veya aynı araçta taşınan diğer yükte zarar meydana gelmesi mümkündür. Örneğin, taşınacak eşyanın ağırlığının, taşıma aracı içinde eşit dağıtılmaması nedeniyle aracın dengesinin bozulmasından dolayı kaza yapması ve taşıma aracında hasar meydana gelmesi ya da eşya yeterince sabitlenmediği için taşıma sırasında hareket ederek taşıma aracındaki diğer eşyaları ezmesi bu kapsamda düşünülebilir.

---

87 Koller, 2020, § 412, Kn. 43.

88 Riziko alanı ilkesine ilişkin olarak bkz. Vural Seven/Ahmet Batuhan Oyal, "Taşıma Hukukunda Riziko Alanı İlkesi Bağlamında Nötr Alan ve COVID-19'un Nötr Alan Olarak Değerlendirilmesi", ***İstanbul Hukuk Mecmuası***, C. 78, S. 2, Y. 2020, s. 614 vd.

Alman hukukunda doktrinde, gönderen tarafından yapılan yüklemenin taşıma güvenliğine aykırı olması nedeniyle taşıyıcının zarara uğraması durumunda, Türk Ticaret Kanunu'nun 864. maddesinin mehaz hükmü niteliğinde olan Alman Ticaret Kanunu'nun 414. maddesinin kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı hususu tartışmalıdır. Alman hukukunda doktrindeki baskın görüşe göre, gönderen tarafından yapılan ve taşıma güvenliğine uygun olmayan yükleme nedeniyle taşıyıcının zarar görmesi durumunda, taşıyıcı uğradığı zararın tazminini, genel olarak sözleşmenin pozitif (müspet) ihlâli nedeniyle borçlunun tazminat sorumluluğunu düzenleyen Alman Medenî Kanunu'nun 280. ve 282. maddelerine uyarınca talep edebilir[89]. Gönderenin sözleşmenin pozitif ihlâli nedeniyle meydana gelen zarardan doğan sorumluluğu, kusur sorumluluğu niteliğini haizdir. Bu sorumluluğun miktar bakımından bir sınırı yoktur. Bu görüşte olan bazı yazarlar, Türk Ticaret Kanunu'nun 864. maddesinin mehazı niteliğindeki Alman Ticaret Kanunu'nun 414. maddesinin 1. fıkrasında, gönderenin olağan sebep sorumluluğuna ilişkin hâllerin tahdidî olarak sayıldığını ve yükleme ile boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun olmayan şekilde yapılmasının bu hâllerden birisi olmadığını ifade etmiştir[90]. Gönderenin olağan sebep sorumluluğunu düzenleyen Taşıma Hukuku Reform Kanunu Tasarısı'nın 414. maddesinin Hükümet Gerekçesi'nde[91], taşıyıcının uğradığı zararların giderilmesi bakımından bir kanun boşluğu oluşmaması için anılan düzenlemede sayılan hâllerde, gönderen bakımından miktar bakımından sınırlı olmayan ve gönderenin kusurundan bağımsız bir sorumluluk türü öngörüldüğü, söz konusu düzenlemede yer verilen özel hâllerin CMR örnek alınarak belirlendiği belirtilmiştir. Adalet Komisyonu'nca Taşıma Hukuku Reform Kanunu Tasarısı'nın 414. maddesinde değişiklik yapılarak, gönderenin olağan sebep sorumluluğu, taşıyıcının sorumluluğuna paralel olarak miktar bakımından sınırlandırılmıştır. Böylelikle taşıyıcının ve gönderenin olağan sebep sorumluluğu arasında uyum sağlamasının amaçlandığı ifade edilmiştir[92]. Alman hukukunda doktrindeki baskın görüşe göre, Alman Ticaret Kanunu'nun 414. maddesinin kanunlaşma süreci göz önünde bulundurulduğunda, anılan düzenlemede gönderenin olağan sebep sorumluluğunu doğuran hâller özel olarak düzenlenmiş olup, gönderenin so-

89 Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 18; Koller, 2020, § 412, Kn. 23; Schlüter [Heymann HGB], § 412, Kn. 11; Schmidt [Staub HGB], § 412, Kn. 30; Fremuth - Thume, 2000, § 412, Kn. 11.

90 Koller, 2020, § 412, Kn. 23, dn. 145; Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 18.

91 RegE BT-Drucks., 13/8445, s. 43.

92 RegE BT-Drucks., 13/10014, s. 47.

rumluluğunu gerektirebilecek başka hâllere kıyasen uygulanması için gerekli olan kanun içi boşluk mevcut değildir.

Alman hukukunda doktrindeki diğer bir görüşe göre, gönderen tarafından yapılan yüklemenin taşıma güvenliğine uygun olmaması nedeniyle taşıyıcı zarara uğrarsa, gönderenin doğan bu zarardan kaynaklanan sorumluluğunun kapsamı, Alman Ticaret Kanunu'nun 414. maddesinin kıyasen uygulanması suretiyle belirlenmelidir[93]. Bu görüşe göre, Taşıma Hukuku Reform Kanunu Tasarısı'nda Adalet Komisyonu'nca değişiklik yapılmadan önce, Tasarı'nın 414. maddesinde yer verilen hâllerde gönderenin olağan sebep sorumluluğu miktar bakımından sınırlandırılmamış olduğundan, Taşıma Hukuku Reform Kanunu öncesindeki düzenlemelere nazaran gönderenin yükleme ve boşaltmadan kaynaklanan zararlardan doğan sorumluluğunun ağırlaştırılmaması için, bu zararlar Tasarı'nın 414. maddesinin 1. fıkrasının kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak Adalet Komisyonu'nca gönderenin olağan sebep sorumluluğundan doğan tazminat yükümlülüğü, eşyanın net olmayan ağırlığının her bir kilogramı için 8,33 özel çekme hakkıyla sınırlandırıldığı için, gönderen tarafından yapılan yükleme ve boşaltma sırasında taşıyıcıya verilen zarar bakımından, Alman Ticaret Kanunu'nun 414. maddesinin kıyasen uygulanmaması, Alman Anayasası'nın 3. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesini ihlâl etmektedir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 864. maddesinin Hükümet Gerekçesi'nde, anılan düzenlemenin 1. fıkrasında sayılan hâllerin tahdidî biçimde sayıldığı açıkça belirtilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 864. maddesinin 1. fıkrasının (a) ilâ (d) bendinde sayılan ve gönderenin olağan sebep sorumluluğuna neden olan hâller incelendiğinde, söz konusu yükümlülüklerin (kural olarak[94]) gönderen tarafından yerine getirilmesi gereken yükümlülüklere ilişkin olduğu görülmektedir. Oysa Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinde yükleme ve boşaltmanın sözleşmeyle taşıyıcı tarafından yapılmasının kararlaştırılabileceği, tarafların bu

---

93 Reuschle [Ebenroth vd.], § 412, Kn. 32.

94 Türk Ticaret Kanunu'nun 864. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, gönderenin yetersiz ambalajlama ve işaretlemeden kaynaklanan taşıyıcının zararları ile giderlerini karşılamakla yükümlü olduğu öngörülmüştür. Türk Ticaret Kanunu'nun 862. maddesine göre eşyanın, gönderen tarafından taşıma sırasında zıya ve hasardan korunacak ve taşıyıcıya zarar vermeyecek şekilde ambalajlanması zorunludur. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nun 862. maddesi emredici nitelikte bir düzenleme olmadığından, taraflar sözleşmeyle ambalajlama ve işaretlemenin taşıyıcı tarafından yapılması konusunda anlaşabilirler (Adıgüzel, 2021, s. 75; Cafer Eminoğlu, "Türk Ticaret Kanunu'nun 864. Maddesi Kapsamında Gönderenin Kusursuz Sorumluluğu", ***Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XIX, S. 3, Y. 2015, s. 33).

yönde açık iradesi olmasa dahi durumun gereğinden veya ticarî teamülden de bu edimlerin taşıyıcı tarafından yerine getirilmesinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca hukukumuzda borca aykırılık durumunda, meydana gelen zararın tazmini için borçlunun kusurlu olması gerekir. Başka bir anlatımla hukukumuzda kusur sorumluluğu kuraldır[95]. Dolayısıyla Türk Ticaret Kanunu'nun 864. maddesinin 1. fıkrasında gönderen bakımından olağan sebep sorumluluğunun düzenlenmiş olması, anılan düzenlemenin istisnaî nitelikte olduğunu göstermektedir. İstisnaî düzenlemelerin dar yorumlanması kuralı gereği, gönderen tarafından yapılan yüklemenin veya boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun şekilde gerçekleşmemesi nedeniyle taşıyıcının uğradığı zararın tazmini açısından Türk Ticaret Kanunu'nun 864. maddesinin kıyasen uygulanması kanaatimizce mümkün değildir.

Gönderen veya gönderilen tarafından taşıma güvenliğine uygun olmayan şekilde yapılan yükleme veya boşaltma, borca aykırılık teşkil ettiğinden, taşıyıcı bundan dolayı uğradığı zararı, Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uyarınca gönderenden talep edebilir. Taşıyıcının aracından birden fazla gönderenin eşyasının taşınması durumunda, gönderenlerden veya gönderilenlerden birisinin taşıma güvenliğine uygun olmayan şekilde yaptığı yükleme ya da boşaltma nedeniyle diğer gönderenlerin eşyasında bir zarar meydana gelirse, taşıyıcı eşyası zarar gören gönderenlere karşı taşıma sözleşmesinden dolayı Türk Ticaret Kanunu'nun 875. maddesinin 1. fıkrası uyarınca sorumlu olur. Taşıma güvenliğine uygun olmayan şekilde yükleme yapan gönderen ile eşyası zarar gören diğer gönderen(ler) arasında sözleşmesel bir ilişki yoktur. Dolayısıyla eşyası zarar gören diğer gönderenler, uğradıkları zararı taşıma güvenliğine uygun olmayan şekilde yükleme veya boşaltma yapan gönderenden veya gönderilenden haksız fiil hükümlerine göre talep edebilir[96]. Taşıyıcı, eşyası zarar gören diğer gönderenlere ödemek zorunda kaldığı tazminat miktarını da Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uyarınca taşıma güvenliğine aykırı şekilde yükleme veya boşaltma yapan gönderenden veya gönderilenden talep edebilir. Ancak

---

95 Pandekt hukukunda "kusur olmadan tazminat olmaz" (*nulla indemnitas sine culpa*) ilkesi esas olduğundan, Alman ve İsviçre hukukunda da kabul edilen bu ilke, Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinin Türk hukukunun mehazı niteliğinde olması sebebiyle hukukumuz açısından da geçerlidir (Zahit İmre, ***Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri***, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949, s. 17-18).

96 Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 18; Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 328; Koller, 2020, § 412, Kn. 23; Schlüter [Heymann HGB], § 412, Kn. 11; Fremuth - Thume, 2000, § 412, Kn. 11.

zararın meydana gelmesinde taşıyıcının da bir kusuru varsa, Türk Borçlar Kanunu'nun 114. maddesinin 2. fıkrasının atfıyla, gönderenin ödemesi gereken tazminat miktarı Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesi kapsamında belirlenir.

C. Yüklemenin İşletme Güvenliğine Uygun Olmamasının Hukukî Sonuçları

Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde taşıyıcının, yüklemenin sözleşmenin hangi tarafınca yapılması gerektiğinden bağımsız olarak her halükârda işletme güvenliğine uygun olmasını sağlamakla yükümlü olduğu öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemede, sadece "yüklemenin" işletme güvenliğine uygun şekilde yapılması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere[97], işletme güvenliği daha çok taşıma sırasında yüklenen eşyanın taşıma aracı üzerindeki fiziki etkisiyle ilgili olduğundan, boşaltma bakımından böyle bir yükümlülük öngörülmemiştir.

Yüklemenin işletme güvenliğine uygun olması taşıyıcı tarafından sağlanmalıdır. Taşıma güvenliği ve işletme güvenliği birbirleriyle yakın ilişki içinde olan ve bağlantılı kavramlardır. Yüklemenin taşıma güvenliğine uygun olmaması, kural olarak işletme güvenliğine aykırılığı da beraberinde getirir. Bununla birlikte yükleme, taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılmış olmasına rağmen, örneğin, eşya kullanılacak taşıma güzergâhındaki âzamî yükseklik sınırını aşacak şekilde taşıma aracına yüklenmişse, yapılan yüklemenin işletme güvenliğine uygun olduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla yüklemenin taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılmış olması, işletme güvenliğine de uygun şekilde yapıldığı anlamına gelmez.

Taşıyıcı, yüklemenin işletme güvenliğine aykırı olması nedeniyle eşyada meydana gelen zarardan Türk Ticaret Kanunu'nun 875. maddesinin 1. fıkrası uyarınca sorumludur[98]. Yukarıda da belirtildiği üzere taşıyıcı, gönderen tarafından yapılan yüklemenin işletme güvenliğine uygun şekilde yapılmasını denetlemekle yükümlüdür[99]. Yüklemenin taşıma güvenliğine uygun olmadığı ve işletme güvenliğini de tehlikeye düşürdüğü durumlarda, göndereni bu hususta uyarmak ve yüklemenin taşıma ve dolayısıyla işletme güvenliğine uygun hâle getirilmesini sağlamak zorundadır. Alman yargı kararlarında, yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmayan şekilde yapıldığı durumlarda, işletme güvenliğine aykırılığın so-

---

97 Bu hususta bkz. yuk. C, II.

98 Merkt [Hopt vd.], § 412, Kn. 2; Koller, 2020, § 412, Kn. 45; Thume [MüKo HGB], § 412, Kn. 19; Reuschle [Ebenroth vd.], § 412, Kn. 28; Schmidt [Staub HGB], § 412, Kn. 38; Schlüter [Heymann HGB], § 412, Kn. 6.

99 Bu hususta bkz. yuk. C, III.

mut olayda eşyada meydana gelen zarara etki etmemiş olmasının, taşıyıcının eşyada meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan kurtulması için yeterli olmadığı kabul edilmektedir[100]. Kanaatimizce söz konusu içtihat isabetlidir. Zira yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmasının sağlanması kapsamında taşıyıcının yüklemeye nezaret yükümlülüğü vardır. Bu noktada taşıyıcının, gönderen tarafından yapılan yüklemenin taşıma güvenliğine uygun olmadığını tespit etmesi hâlinde, yüklemenin taşıma güvenliğine uygun hâle getirilmesi için göndereni veya adamlarını uyarması ve taşıma güvenliğinin sağlanması için gerekli talimatı vermesi gerekir. Taşıyıcının bu yükümlülüğünü ihlâl etmesi nedeniyle yüklemenin, taşıma güvenliğinin yanı sıra işletme güvenliğine uygun olmaması durumunda, taşıyıcının Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesine aykırı hareket ettiğinin kabulü zorunludur. Dolayısıyla taşıyıcının, kanundan doğan bir yükümlülüğünü ihlâl ettiği hâlde, somut olayda yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmamasının taşınan eşyada meydana gelen zarara etki etmediğinden hareketle, sorumluluktan kurtulmasına imkân tanınması mümkün değildir. Somut olayda taşınan eşyada meydana gelen zararda, yüklemenin işletme güvenliğine uygun şekilde yapılmamasının etkili olup olmadığının tespiti ve ispatı, uygulamada çeşitli sorunlara yol açabilir. Bu gibi durumlarda taşıyıcının, Türk Ticaret Kanunu'nun 875. maddesinin 1. fıkrası uyarınca eşyada meydana gelen zarardan sorumlu olmakla birlikte, gönderen tarafından yapılan yüklemenin taşıma güvenliğine uygun olmayan şekilde yapıldığı hususunun, Kanun'un 875. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde taşıyıcının tazminat borcunun doğmasında ve kapsamının belirlenmesinde dikkate alınması, taraflar arasındaki menfaat dengesine daha uygun düşer.

IV. GÖNDEREN TARAFINDAN YAPILMASI GEREKEN YÜKLEME VE/VEYA BOŞALTMAYA TAŞIYICININ SÜRÜCÜSÜNÜN YARDIM ETMESİ SORUNU

Uygulamada taşımayı gerçekleştiren ve taşıyıcının adamı niteliğindeki araç sürücüsünün, bu hususta bir anlaşma olmadığı hâlde gönderen veya gönderilen tarafından yapılması gereken yükleme ya da boşaltmaya yardım etmesi ve eşyanın bu sırada zarar görmesi bazı sorunlara yol açmaktadır. Bu gibi durumlarda yükleme veya boşaltma sırasında meydana gelen zarardan sorumluluğun belirlenmesinde, taşıyıcının sürücüsünün hangi amaçla yüklemeye veya boşaltmaya yardım ettiği önem arz eder. Zira buna göre yapılacak hukukî nitelendirmeye göre farklı sonuçlara varılmalıdır.

[100] OLG Hamm, 23.02.2012, 18 U 126/11 (TranspR 2012, H. 9 s. 376).

A. Sürücünün Taşıyıcının Bilgisi Olmadan ve Gönderen veya Gönderilenin Rızasıyla Yardım Etmesi

Çoğunlukla eşyanın taşıma aracına yüklenmesi veya boşaltılması sırasında gönderen ya da gönderilen, daha önce bu yönde bir anlaşma olmadığı hâlde taşıyıcının sürücüsünden yardım talep etmekte ve taşıyıcı da insanî ilişkiler çerçevesinde bu talebi kabul ederek gönderen veya gönderilene yardım etmektedir. Bu gibi durumlar genellikle aniden geliştiği için, sürücünün bu yardım talebini taşıyıcıya iletmesi mümkün olmamaktadır. Taşıyıcının sürücüsü, göndereni veya gönderileni ya da adamlarının ricasını geri çevirmemek amacıyla, bu ricayı kabul etmektedir.

Bu gibi durumlarda, taşıyıcının adamı niteliğini haiz sürücünün, yüklemeye veya boşaltmaya yardım etmesinin, taşıyıcının yükleme veya boşaltmaya ilişkin bir yükümlülük doğurup doğurmayacağı sorunu ortaya çıkar. Gönderen tarafından yapılması gereken bir yüklemenin veya boşaltmanın, sözleşme kurulduktan sonra tarafların karşılıklı örtüşen iradeleriyle taşıyıcı tarafından üstlenilmesi ve sözleşmede bu yönde bir değişiklik yapıldığının kabulü için, doğrudan taşıyıcıyla iletişime geçilerek yükleme veya boşaltma yükümlülüğünün taşıyıcı tarafından üstlenilmesine ilişkin anlaşma yapılması gerekir. Taşıyıcının sürücüsü, sözleşmenin hukuken geçerli şekilde değiştirmesi için gerekli temsil yetkisini haiz değildir[101].

Taşıyıcının haberinin olmadığı ve taşıyıcının sürücüsünün sadece hatır ilişkisi sebebiyle yardım etmeyi kabul ettiği durumlarda, sürücünün taşıyıcının değil, gönderenin veya gönderilenin ifa yardımcısı olarak hareket eder[102]. Bu nedenle yükleme veya boşaltma sırasında yardım eden sürücünün bir kusuru veya ihmali nedeniyle taşınacak eşyanın zarara uğraması durumunda, oluşan zarardan taşıyıcının sorumlu tutulması mümkün değildir. Her ne kadar taşıyıcının sürücüsü, yükleme veya boşaltmada hatır ilişkisi nedeniyle yardım etse de, bu gibi durumlarda sürücü, hukukî niteliği itibariyle gönderenin veya gönderilenin ifa yardımcısı sayıldığı için, taşıyıcı Türk Ticaret Kanunu'nun 878. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine dayanarak meydana gelen zarardan doğan sorumluluktan kurtulabilir.

---

[101] Bununla birlikte küçük, aile işletmelerinde taşıyıcının taşıma aracını kendisinin veya taşıyıcıyı temsile yetkili bir aile bireyinin kullandığı durumlarda, aracın sürücüsü ile yapılacak anlaşmayla taşıma sözleşmesinin değiştirildiğinin kabulü mümkün olabilir (Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 331).

[102] Koller, 2020, § 412, Kn. 11c; Paschke [Oetker], § 412, Kn. 7; Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Theinert], § 412, Kn. 9; Reuschle [Ebenroth vd.], § 412, Kn. 18; Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 331; Wieske [Heidel/Schall], § 412, Kn. 8; Schlüter [Heymann HGB], § 412, Kn. 9. BGH, 28.05.1971, I ZR 149/69 (VersR 1971, H. 32, s. 755).

B. Sürücünün Yardım Ettiğini Bilmesine Rağmen Taşıyıcının Bu Duruma Sessiz Kalması

Uygulamada taşıyıcının, sürücüsünün hatır ilişkisine dayalı olarak müşteri memnuniyeti bakımından müşterilerine yükleme veya boşaltma sırasında yardım ettiğini bilmesine rağmen sürücünün bu davranışına karşı bilinçli olarak sessiz kaldığı hâller oldukça fazladır.

Böyle durumlarda da taşıyıcının sürücüsü, yükleme veya boşaltma sırasında gösterdiği yardım faaliyetini, taşıyıcının bu faaliyetten haberi olmadığı ihtimalinde olduğu gibi, gönderen veya gönderilenin emri ve gözetimi altında gerçekleştirir. Başka bir ifadeyle taşıyıcının, kendi sürücüsünün hatır ilişkisi kapsamında yükleme veya boşaltma sırasında gönderene ya da gönderilene yardım ettiğini bilmesi ve bilinçli olarak bu duruma sessiz kalması, sürücünün yükleme veya boşaltma faaliyetiyle sınırlı olarak kısmen gönderenin veya gönderilenin emrine verilmesi anlamına gelir. Bu ihtimalde de sürücü, gönderenin veya gönderilenin gözetimi ve denetimi altında yüklemeye veya boşaltmaya yardımcı olduğu için, taşıyıcının dolaylı zilyetlik yoluyla da olsa, yüklenen veya boşaltılan eşya üzerinde herhangi bir hâkimiyetinden bahsedilemez[103]. Dolayısıyla bu ihtimalde de sürücünün bir kusuru veya ihmali nedeniyle taşınacak eşyanın zarara uğraması durumunda, oluşan zarardan taşıyıcı sorumlu olmaz.

C. Sürücünün Taşıyıcının Talimatıyla Yükleme veya Boşaltmaya Yardım Etmesi

Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 1. fıkrası uyarınca yükleme ve boşaltmanın gönderen tarafından yapılması gereken durumlarda taşıyıcı, müşteri memnuniyeti için sürücüsüne yükleme veya boşaltma sırasında gönderen ve gönderilene yardımcı olmasını isteyebilir. Sürücü yüklemede ve boşaltmada, gönderene ve gönderilene yardımcı olması konusunda doğrudan taşıyıcıdan talimat almışsa, sürücünün yükleme veya boşaltma sırasında eşyaya verdiği zarardan taşıyıcının sorumlu olup olmadığı belirlenirken, somut olayın özelliklerinin dikkatli bir biçimde incelenmesi gerekir. Taşıyıcı, sürücüye yüklemede veya boşaltmada yardımcı olması konusunda bir talimat vermiş olsa bile, genellikle yüklemede veya boşaltmada sürücünün katkısı için gönderenden ayrıca bir ücret talep edilmemektedir. Özellikle taşınacak eşyanın çok büyük veya ağır

[103] Koller, 2020, § 412, Kn. 12; Schlüter [Heymann HGB], § 412, Kn. 10; Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 331; Wieske [Heidel/Schall], § 412, Kn. 8; Kirchhof [Häublein/Hoffmann-Theinert], § 412, Kn. 9.

olmadığı durumlarda gönderen ve gönderilen de, taşıyıcının sürücüsünün kendisine yardımcı olmasını beklemektedir.

Bu gibi durumlarda Alman hukukunda doktrindeki katıldığımız görüşe göre, sürücünün yükleme veya boşaltma sırasında eşyaya verdiği zarardan taşıyıcının sorumluluğu, sürücünün yardımcı olma faaliyetini gönderenin veya gönderilenin denetimi ve gözetimi altında yapıp yapmadığına göre belirlenmelidir[104]. Başka bir ifadeyle, sürücünün yardımcı olma konusunda taşıyıcıdan talimat alıp almadığından bağımsız olarak, yüklemeye ve boşaltmaya yardımcı olurken gönderen veya gönderilenin denetim ve gözetimi altında olup olmadığına bakılmalıdır. Zira sürücü, taşıyıcıdan yardımcı olma konusunda bir talimat almış olsa bile, eşyayı yüklemeye veya boşaltmaya gönderenin veya gönderilenin denetim ve gözetimi altında yardımcı oluyorsa, taşıyıcının dolaylı olarak da olsa eşya üzerinde herhangi bir hâkimiyeti söz konusu olmaz. Bu nedenle taşıyıcı, sürücünün yardımcı olma faaliyeti sırasında meydana gelen zarardan Türk Ticaret Kanunu'nun 875. maddesinin 1. fıkrası uyarınca sorumlu tutulamaz.

D. Taşıyıcının, Gönderenin veya Gönderilenin Bilgisi ve/veya Rızası Olmadan Sürücünün Kendiliğinden Yüklemeyi veya Boşaltmayı Gerçekleştirmesi

Taşıyıcının sürücüsü, özellikle bekleme süresini kısaltmak için kendiliğinden yüklemenin veya boşaltmanın yapılmasına başlayabilir. Toplama yük şeklinde yapılan taşımalarda, taşıma süresi kararlaştırılmışsa, taşıyıcının birden fazla gönderilene, kararlaştırılan sürede teslim yapabilmesi için, yüklemenin ve boşaltmanın mümkün olduğunca kısa sürede yapılması gerekir.

Diğer ihtimallerden farklı olarak bu ihtimalde gönderen veya gönderilen, yüklemede veya boşaltmada taşıyıcının sürücüsünden yardımcı olmasını talep etmemek, taşıyıcının sürücüsü kendiliğinden yüklemeye veya boşaltmaya dahil olmaktadır. Taşıyıcı, bilgisi dışında da olsa, sürücünün yüklemeye veya boşaltmaya kendiliğinden katıldığı durumlarda eşyaya verilen zarardan sorumludur (TTK m. 879, TBK m. 116[105]).

---

[104] Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 332; Schlüter [Heymann HGB], § 412, Kn. 10; Koller, 2020, § 412, Kn. 12; Wieske [Heidel/Schall], § 412, Kn. 8.

[105] Yüklemenin ve boşaltmanın, gönderen ve gönderilen tarafından yapılması gereken durumlarda sürücü, eşyayı kendiliğinden yüklemeye veya boşaltmaya başlarsa, taşıyıcının ifa etmekle yükümlü olmadığı bir edimi yerine getirir. Ancak taşıma sözleşmesi kapsamında taşıyıcı eşyayı taşımayı üstlendiğinden, bu borcun ifasında yararlanılan yardımcı kişilerin (ifa yardımcısı) verdikleri zararların "borcun ifası" kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesin-

Taşıyıcının Türk Ticaret Kanunu'nun 875. maddesinin 1. fıkrasına göre mi, yoksa sözleşmenin pozitif (müspet) ihlâli nedeniyle Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesine göre mi sorumlu olacağı hususu ise, somut olayın özellikleri gözetilerek belirlenmelidir. Taşıyıcının, Türk Ticaret Kanunu'nun 875. maddesinin 1. fıkrasına göre sorumlu olabilmesi için eşyanın taşıyıcıya teslim edilmiş olması ve eşyanın taşıyıcının zilyetliğinde olması gerekir. Dolayısıyla sürücünün kendiliğinden yüklemeye veya boşaltmaya dahil olduğu durumlarda taşıyıcının sorumluluğunun kaynağı olan hükümler tespit edilirken, eşyanın taşıyıcının zilyetliğinde olup olmadığı incelenmelidir[106].

Gönderen tarafından yapılması gereken bir yükleme söz konusuysa ve sürücü kendiliğinden eşyayı yüklemeye çalışırken eşyaya zarar verirse, eşyanın taşıyıcının zilyetliğinde olduğunun kabulü mümkün değildir. Çünkü taşıyıcının zilyetliğinin varlığı için, eşyanın hâkimiyet alanına girmesinin yanı sıra zilyetliği devralma iradesinin de bulunması gerekir. Sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadığı için yüklemenin gönderen tarafından yapılması gerektiği hâllerde, taşıyıcının eşya üzerindeki zilyetliği devralma iradesi, eşyanın taşıma aracına yüklenmesiyle başlar. Dolayısıyla gönderen tarafından yapılması gereken yüklemeye, sürücünün kendiliğinden dâhil olması nedeniyle eşyanın zarara uğraması durumunda taşıyıcı, sözleşmenin pozitif (müspet) ihlali nedeniyle sorumlu olur (TBK m. 112).

Gönderen tarafından yapılması gereken yüklemeye sürücünün kendiliğinden dâhil olması nedeniyle yükleme, taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılmamış ve zarar bu sebeple taşıma sırasında meydana gelmişse, söz konusu zararın eşya taşıyıcı tarafından teslim alındıktan sonra meydana geldiğinin kabulü zorunludur[107]. Dolayısıyla taşıyıcı, sürücünün kusurlu fiilî nedeniyle meydana gelen zarardan kendi fiilî gibi (TTK m. 879) Türk Ticaret Kanunu'nun 875. maddesinin 1. fıkrası uyarınca sorumlu olur.

---

de taşıma işi bir bütün olarak ele alınmalıdır. Dolayısıyla taşıyıcının ifa etmekle yükümlü olmadığı yüklemeye veya boşaltmaya, taşıyıcının sürücüsünün dâhil olması nedeniyle, sürücünün bu faaliyeti yerine getirirken eşyaya verdiği zarar, rastlantısal olarak (*bei Gelegenheit*) değil, taşıma borcuyla bağlantılı olarak gerçekleşmektedir. Bu nedenle, sürücünün verdiği zararlardan taşıyıcı, borcun ifasında yararlanılan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu düzenleyen Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi uyarınca sorumludur. Alman hukukunda aynı yöndeki görüş için bkz. Koller, 2020, § 412, Kn. 14; Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 332; Wieske [Heidel/Schall], § 412, Kn. 8.

106 Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 332; Koller, 2020, § 412, Kn. 14; Schlüter [Heymann HGB], § 412, Kn. 10; Paschke [Oetker], § 412, Kn. 7.

107 Neufang - Valder, Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr, s. 332; Koller, 2020, § 412, Kn. 14, § 425, Kn. 40.

Gönderilen tarafından yapılması gereken bir boşaltmada taşıyıcının sürücüsü kendiliğinden boşaltmaya başlarsa, taşıyıcının eşya üzerindeki zilyetliği henüz gönderilene devredilmediğinden, Türk Ticaret Kanunu'nun 875. maddesinin 1. fıkrası uyarınca sorumlu olacağının kabulü gerekir. Zira taşıyıcının yüke özen borcu, eşyanın teslimiyle sona erer. Eşyanın teslim edilmek üzere gönderilenin hâkimiyetine bırakılması ve gönderilenin eşyanın zilyetliğini devralma iradesiyle hareket ettiği durumlarda teslimden bahsedilebilir. Taşıyıcının sürücüsünün, gönderilenin bilgisi ve/veya rızası olmadan taşıma aracından çıkardığı durumlarda gönderilenin eşyanın zilyetliğini devralma iradesinden bahsedilemez. Dolayısıyla bu süre içerisinde de taşıyıcının yüke özen borcunun devam ettiğinin kabulü zorunludur.

SONUÇ

Mülgâ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndan farklı olarak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinde karayoluyla yapılan eşya taşımalarında eşyanın yüklenmesi ve boşaltılmasına ilişkin olarak açık bir düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre sözleşmeden, durumun gereğinden veya ticarî teamülden aksi anlaşılmadıkça; gönderen, eşyayı, taşıma güvenliğine uygun biçimde araca koyarak, istifleyerek, bağlayarak, sabitleyerek yüklemek ve aynı şekilde boşaltmak zorundadır. Taşıyıcı, yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.

Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 1. fıkrasında, "taşıma güvenliği" ve "işletme güvenliği" gibi kavramlar kullanılmasına rağmen bu kavramların tanımına yer verilmemiştir. Taşıma güvenliği, eşyanın olağan ve öngörülebilir taşıma koşullarından doğabilecek zararlara karşı korunmasını ifade eder. Taşıma güvenliği, taşıma aracının ve aracın işletilmesinin, yüklenen eşya üzerindeki etkisiyle ilgilidir. Somut olayda taşıma güvenliğinin sağlandığının kabul edilebilmesi için gerekli kıstaslara ilişkin mehaz Alman hukukunda ve hukukumuzda herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Alman yargı kararlarında yüklemenin veya boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun olup olmadığının, Alman Mühendisler Derneği tarafından yayımlanan yönergeler ve Alman Standartları Enstitüsü tarafından taşıma güvenliğine ilişkin yayımlanan standartlar esas alınarak yapılacak olan bir değerlendirme kapsamında belirleneceği kabul edilmektedir. Yargıtay kararlarında ise yüklemenin veya boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılıp yapılmadığının belirlenmesi için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesi uyarınca bilirkişi incelemesine başvurulması gerektiği ve oluşturulacak olan bilirkişi heyetinde, taşıma ve taşınan emtia konusunda

uzman bir kişilerin de yer alması gerektiği belirtilmektedir. İşletme güvenliği, en yalın ifadeyle yüklenmiş aracın trafik bakımından hiçbir tehlike teşkil etmemesini ifade eder. Taşıma aracı, özellikle taşıma güzergâhı üzerindeki trafikte ortaya çıkması olası olan her türlü durumun üstesinden gelebilecek şekilde yüklenmişse, aracın işletme güvenliğine uygun olduğu kabul edilir. Taşıma güvenliği yükle ilgili, işletme güvenliği ise yüklenmiş olan taşıma aracıyla ve üçüncü kişilerin yüklemesi yapılmış taşıma aracından kaynaklı tehlikelerden korunmasıyla ilgili bir kavramdır.

Yüklemenin veya boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılmaması veya taşıyıcının yapılan yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmasını sağlama yükümlülüğünü ihlâl etmesi nedeniyle herhangi bir zararın doğması hâlinde, ortaya çıkan zararla ilgili olarak sorumluluğun belirlenmesi bakımından öncelikle yükleme veya boşaltma borcunun sözleşmenin hangi tarafınca ifa edilmesi gerektiğinin tespit edilmesi gerekir. Yüklemenin veya boşaltmanın, gönderen veya gönderilen tarafından taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılmaması nedeniyle eşya zarara uğramışsa, taşıyıcı Türk Ticaret Kanunu'nun 878. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine dayanarak eşyada meydana gelen zarar nedeniyle doğan sorumluluktan kurtulabilir. Yüklemenin taşıma güvenliğine uygun şekilde yapılmadığını tespit eden taşıyıcı, vereceği talimat doğrultusunda yükleme taşıma güvenliğine uygun hâle getirilene kadar taşımaya başlamaktan kaçınabilir. Yüklemenin taşıma güvenliğine uygun hâle getirilmesi, Türk Ticaret Kanunu'nun 863. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "makûl süreyi" aşarsa, taşıyıcı makûl yükleme süresini aşan süre için bekleme ücreti talep edebilir. Gönderen, yüklemeyi taşıma güvenliğine uygun hâle getirmeyi reddederse, taşıyıcı Türk Ticaret Kanunu'nun 867. maddesinin 1. fıkrası uyarınca gönderene makûl bir süre vererek, yüklemenin taşıma güvenliğine uygun hâle getirilmesini talep edebilir ve bu sürenin sonunda taşıyıcı sözleşmeyi feshedebilir veya 865. maddenin 2. fıkrasına göre haklarını kullanabilir (TTK m. 867/2).

Taşıma başladıktan sonra yüklemenin işletme güvenliğine uygun olmadığı anlaşılabilir. Taşımaya, işletme güvenliğine uygun şekilde devam edilmesinin mümkün olmaması, bir taşıma engeli niteliğindedir. Bu nedenle taşıyıcının Türk Ticaret Kanunu'nun 869. maddesi uyarınca tasarruf hakkı sahibine durumu derhâl bildirerek, işletme güvenliğine uygun olarak taşımaya devam edilebilmesi için gerekli talimatı alması gerekir. Öte yandan taşıyıcı, yüklemenin taşıma güvenliğine uygun olmayan şekilde yapıldığını, taşımaya başlamadan önce fark etmesine rağmen yüklemenin taşıma güvenliğine uygun hâle getirilmesi için

taşıyıcıyı uyarmamışsa, taşıma sırasında eşyanın taşıma güvenliğine uygun olmayan şekilde yapılan yükleme nedeniyle uğradığı zarardan sorumlu olur.

Yüklemenin veya boşaltmanın taşıyıcı tarafından yapılması gerektiği durumlarda, eşyanın yüklemenin veya boşaltmanın taşıma güvenliğine uygun olmayan şekilde yapılması sebebiyle zarar görmesi hâlinde, taşıyıcı taşınan eşyada meydana gelen zarardan sorumludur.

Eşyanın taşıma güvenliğine uygun olmayan şekilde yüklenmesi nedeniyle taşıma aracında veya aynı araçta taşınan diğer yükte zarar meydana gelmesi mümkündür. Gönderen veya gönderilen tarafından taşıma güvenliğine uygun olmayan şekilde yapılan yükleme veya boşaltma, borca aykırılık teşkil ettiğinden, taşıyıcı bundan dolayı uğradığı zararı gönderenden Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uyarınca talep edebilir. Taşıma güvenliğine uygun olmayan şekilde yükleme yapan gönderen ile eşyası zarar gören diğer gönderen(ler) arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmadığından, eşyası zarar gören diğer gönderenler, uğradıkları zararı taşıma güvenliğine uygun olmayan şekilde yükleme veya boşaltma yapan gönderenden veya gönderilenden haksız fiil hükümlerine göre talep edebilir. Taşıyıcı, eşyası zarar gören diğer gönderenlere taşıma sözleşmesi kapsamında ödemek zorunda kaldığı tazminat miktarını da Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uyarınca taşıma güvenliğine aykırı şekilde yükleme veya boşaltma yapan gönderen veya gönderilenden talep edebilir.

Taşıma güvenliğinin yanı sıra yüklemenin işletme güvenliğine uygun olması gerekir ve yüklemenin işletme güvenliğine uygunluğu taşıyıcı tarafından sağlanmalıdır. Taşıyıcı, yüklemenin işletme güvenliğine aykırı olması nedeniyle eşyada meydana gelen zarardan Türk Ticaret Kanunu'nun 875. maddesinin 1. fıkrası uyarınca sorumludur. İşletme güvenliğine aykırılığın, somut olayda eşyada meydana gelen zarara etki etmemiş olması, taşıyıcının eşyada meydana gelen zarardan doğan sorumluluğundan kurtulması için yeterli değildir.

Uygulamada taşımayı gerçekleştiren ve taşıyıcının adamı niteliğindeki araç sürücüsünün, herhangi bir anlaşma olmadığı hâlde gönderen veya gönderilen tarafından yapılması gereken yükleme ya da boşaltmaya yardım etmesi ve eşyanın bu sırada zarar görmesi bazı sorunlara yol açmaktadır. Bu gibi durumlarda yükleme veya boşaltma sırasında meydana gelen zarardan sorumluluğun belirlenmesinde, taşıyıcının sürücüsünün hangi amaçla yüklemeye veya boşaltmaya yardım etmiş olduğu önemlidir. Taşıyıcının haberinin olmadığı ve taşıyıcının sürücüsünün sadece hatır ilişkisi sebebiyle gönderene veya gönderilene, yüklemede veya boşaltmada yardım etmeyi kabul ettiği durumlarda, sü-

rücü taşıyıcının değil, gönderenin veya gönderilenin ifa yardımcısı olarak hareket eder. Bu nedenle taşıyıcı meydana gelen zarardan Türk Ticaret Kanunu'nun 878. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine dayanarak sorumluluktan kurtulabilir.

Taşıyıcı, hatır ilişkisine dayalı olarak müşteri memnuniyeti bakımından sürücüsünün müşterilerine yükleme veya boşaltma sırasında yardım ettiğini bilmesine rağmen sürücünün bu davranışına karşı bilinçli olarak sessiz kalmışsa veya müşteri memnuniyeti için sürücüsüne yükleme veya boşaltma sırasında gönderene ve gönderilene yardımcı olması yönünde talimat vermişse, sürücünün yardımcı olmasından doğan zarardan taşıyıcının sorumlu tutulup tutulamayacağı, sürücünün yüklemeye ve boşaltmaya yardımcı olurken gönderen veya gönderilenin denetim ve gözetimi altında olup olmamasına göre belirlenmelidir. Sürücü, eşyayı yüklemeye veya boşaltmaya, gönderenin veya gönderilenin denetim ve gözetimi altında yardımcı oluyorsa, taşıyıcının dolaylı olarak da olsa, eşya üzerinde herhangi bir hâkimiyeti söz konusu olmaz. Bu nedenle taşıyıcı, sürücüsünün yardımcı olma faaliyeti sırasında meydana gelen zarardan Türk Ticaret Kanunu'nun 875. maddesinin 1. fıkrası uyarınca sorumlu tutulamaz.

Yüklemenin ve boşaltmanın daha hızlı yapılabilmesi ve bekleme süresinin kısaltılması için sürücünün; taşıyıcının, gönderenin veya gönderilenin bilgisi ve/veya rızası olmadan kendiliğinden yüklemeye veya boşaltmaya dahil olduğu bazı durumlar söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda taşıyıcı, bilgisi dışında da olsa, sürücüsünün yüklemeye veya boşaltmaya kendiliğinden katıldığı durumlarda eşyaya verilen zarardan dolayı sorumlu olur (TTK m. 879, TBK m. 116).

KAYNAKÇA

ADIGÜZEL Burak, ***Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu***, 2. Bası, Adalet Yayınları, 2012.

ADIGÜZEL Burak, ***Taşıma Hukuku (Deniz Ticareti Hariç)***, 4. Bası, Adalet Yayınları, 2021.

AKYOL Şener, ***Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme***, Fakülteler Matbaası, 1976.

ANDRESEN Bernd - VALDER Hubert, ***Speditions-, Fracht und Lagerrecht-Handbuch des Transportrechts mit Kommentaren***, Erich Schmidt Verlag, 2019.

ARKAN Sabih, ***Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu***, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 1982.

ARKAN Sabih, "Karayoluyla Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu", ***Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından Eşya Taşımacılığı Sempozyumu 26-27 Ocak 1984***, Sevinç Matbaası, 1984, s. 97-125.

ARKAN Sabih, ***Ticarî İşletme Hukuku***, 27. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2021.

ARSLANLI Halil, ***Kara Ticareti Hukuku Dersleri-Umumî Hükümler***, 2. Bası, Sulhi Garan Matbaası, 1959.

ATABEK Reşat, ***Eşya Taşıma Hukuku***, Sulhi Garan Matbaası, 1960.

AYDIN Alihan, ***CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu***, 2. Bası, Arıkan Yayıncılık, 2006.

BULUT Hakan, Karayoluyla Yurtiçi Eşya Taşımacılığında Taşıyıcının Zıya ve Hasardan Sorumluluğu, ***Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Diyarbakır 2017.

CAN Mertol, ***Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, C. I***, İmaj Yayınevi, 2017.

CANARIS Claus-Wilhelm - HABERSACK Mathias - SCHÄFER Carsten, ***Staub - Handelsgesetzbuch Großkommentar Bd. 12/2***, 5. Aufl., De Gruyter, 2014 (Yazar [Staub HGB]).

CONGAR Hikmet Cem, ***CMR ve Türk Ticaret Kanunu Hükümleri Uyarınca Karayolu Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu***, Seçkin Yayınları, 2021.

EBENROTH Carsten Thomas - BOUJONG Karlheinz - JOOST Detlev - STROHN Lutz, ***Handelsgesetzbuch Band 2***, 4. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2020 (Yazar [Ebenroth vd.]).

EMİNOĞLU Cafer, "Türk Ticaret Kanunu'nun 864. Maddesi Kapsamında Gönderenin Kusursuz Sorumluluğu", ***GÜHFD***, C. XIX, S. 3, Y. 2015, s. 25-53.

ERDOĞAN Ersin - ÜÇÜNCÜ Sümeyye Hilal, "Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişi Raporlarının Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar", ***HHFD***, C. 10, S. 1, Y. 2020, s. 354-387.

ERDOĞAN Mustafa, ***CMR ve TTK Kapsamında Taşıyıcının Eşyanın Hasarından Doğan Sorumluluğu***, Oniki Levha Yayıncılık, 2020.

ERNSTHALER Jürgen, ***Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch (HGB) mit UN-Kaufrecht***, 8. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2015 (Yazar [Ernsthaler]).

FREMUTH Fritz - THUME Klaus, ***Kommentar zum Transportrecht, Paragraphen §§ 407-475 h HGB, WA und ADSp***., Recht und Wirtschaft Verlag, 2000 (Yazar [Fremuth/Thume]).

FURRER Andreas, "Frachtrecht - das unterschätzte Bindeglied im Vertriebsrecht", ***Anwaltsrevue*** 2016, H-11-12, s. 497-503.

FURRER Andreas - VASELLA Juana, ***Schweizerisches Fracht-, Speditions- und Lagerrecht***, Stämpfli Verlag, 2016.

GRÜNEBERG Christian, ***Beck'scher Kurzkommentar - Bürgerliches Gesetzbuch***, 81. Aufl., C.H. Beck Verlag, 2021.

HAU Wolfgang - POSECK Roman, ***Beck'scher Online-Kommentar zum BGB***, 60. Edt., C. H. Beck Verlag 2021 (Yazar [Hau/Poseck]).

HÄUBLEIN Martin - HOFFMANN-THEINERT Roland, ***Beck'scher Online-Kommentar***, 30. Edt., C. H. Beck Verlag, (Yazar [Häublein/Hoffmann-Theinert]).

HEIDEL Thomas - SCHALL Alexander, ***Handelsgesetzbuch - Handkommentar***, 3. Aufl., Nomos Verlag, 2020 (Yazar [Heidel/Schall]).

HERBER Rolf - SCHMIDT Christine, ***Münchener Kommentar zum HGB Bd. 7***, 4. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2020 (Yazar [MüKo HGB]).

HEUER Klaus, "Das künftige deutsche Frachtrecht", ***TranspR*** H. 2, 1998, s. 45-51.

HOCHSTRASSER Michael, Freizeichnung zugunsten und zulasten Dritter, Schulthess Verlag, 2006.

HOPT Klaus J. - KUMPAN Christoph - MERKT Hanno - ROTH Merkt - BAUMBACH Adolf, ***Beck'ische Kurzkommentar - Handelsgesetzbuch***, 39. Aufl., C.H.Beck, 2020 (Yazar [Hopt vd.].

HORN Norbert, ***Heymann-Handelsgesetzbuch Bd. 4***, 2. Aufl., De Gruyter, 2005 (Yazar [Heymann HGB]).

İMRE Zahit, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İsmail Akgün Matbaası, 1949.

KAYA Arslan, "Taşıyıcının Kara Yolu ile Eşya Taşımasına ilişkin Uluslararası Sözleşmede (CMR) Öngörülen Sorumluluğunun Esasları", ***İHM***, C. 56, S. 1-4, Y. 1998, s. 239-267.

KIRAN Süleyman, ***Taşıma Hukukunda Karayoluyla Tehlikeli Eşya Taşıması***, Adalet Yayınları, 2015.

KLUMPP Steffen - RİEBLE Volker - LÖWİSCH Manfred, ***J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch- Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 328-345 (Vertrag zugunsten Dritter, Draufgabe, Vertragsstrafe)***, De Gruyter, 2020 (Yazar [Staudinger BGB]).

KOLLER Ingo, ***Transportrecht***, 10. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2020.

KOLLER Ingo - KINDLER Peter - ROTH WULF - DRÜEN Klaus-Dieter, ***Handelsgesetzbuch***, 9. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2019.

KRÜGER Wolfgang, ***Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Bd. III***, 8. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2019 (***Yazar*** [MüKo BGB]).

KÜÇÜKÇAPRAZ Serhat, "Karayoluyla Tehlikeli Madde Taşımadan Doğan Hukuki Sorumluluk", ***ASBÜHFD***, C. 2, S. 1, Y. 2020, s. 187-228.

NEUFANG Detlev - VALDER Hubert, "Laden und Ladungssicherung im Straßengüterverkehr - Wer ist verantwortlich?", ***TranspR*** H. 2009, 2002, s. 325-334.

OETKER Hartmut, ***Handelsgesetzbuch***, 6. Aufl., C. H. Beck Verlag, 2019 (Yazar [Oetker]).

OĞUZMAN M. Kemal - ÖZ Turgut, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. II***, 16. Bası, Vedat Yayıncılık, 2021.

ÖZ Turgut - ACAR Faruk - GÖKYAYLA K. Emre - DEVELİOĞLU H. Murat, ***İstanbul Şerhi-Türk Borçlar Kanunu C. II-III***, 3. Bası, Vedat Yayıncılık, 2019.

POROY Reha - YASAMAN Hamdi, ***Ticarî İşletme Hukuku***, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, 2018.

RÖSCH Heinz, „Das Ladegeschäft nach KVO und CMR", ***BB*** H.1, 1982, s. 20-24.

SEVEN Vural, ***6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK m. 856-893) Hükümlerine Göre Taşıma Hukukunda Gönderilen***, Yetkin Yayınları, 2012.

SEVEN Vural, ***Taşıma Hukuku, Anadolu Üniversitesi Açık Öğretim Fakültesi Yayını***, 2. Bası, Eskişehir 2011 (Taşıma Hukuku).

SEVEN Vural - OYAL Ahmet Batuhan, "Taşıma Hukukunda Riziko Alanı İlkesi Bağlamında Nötr Alan ve COVID-19'un Nötr Alan Olarak Değerlendirilmesi", ***İHM***, C. 78, S. 2, Y. 2020, s. 611-655.

TANRIVER Süha, ***Hukukumuzda Bilirkişilik***, Yetkin Yayınları, 2017.

TÜRKEL Doğuş Taylan, "Taşıyıcının En Yüksek Özeni Üzerine Bir İnceleme (TTK m. 876)", ***DEÜHFD***, C. 22, S. 1, Y. 2020, s. 255-320.

VALDER Hubert, „Das Entladen von Gütern im Straßengüterverkehr", ***Transport-Wirtschaft-Recht Gedächtnisschrift für Johann Georg Helm***, De Gruyter 2001, s. 355-364.

WILTING Frank, „Pflichten des Empfängers", ***TranspR*** H. 5, 2016, s. 172-180.

YAVAŞ Aksoy, ***Kara Yolunda Konteyner ile Yapılan Yük Taşımasında Kayıp veya Hasardan Doğan Sorumluluk (Türk Hukukunda ve Uluslararası Sözleşmelerde)***, Oniki Levha Yayıncılık, 2016.

YAVUZ Mustafa, "Ticarî Davalarda Ticarî Örf ve Âdetin Uygulanma Şartları", ***THD***, C. 15, S. 172, Y. 2020, s. 2572-2576.

YILDIRIM Kamil, "Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu", ***75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı***, Vedat Yayıncılık, 2004, s. 833-841.

YILDIZ Şükrü, "TTK Hükümleri Işığında Taşıyıcının (Kara Yoluyla) Eşya Taşımadan Doğan Sorumluluğu", ***İTÜSBD***, C. 28, S. 2, Y. 2015, s. 97-109.

ZEYNELOĞLU Ahmet, ***Taşıma Hukuku***, 2. Bası, Yetkin Yayınları, 1993.

KISALTMALAR

ASBÜHFD : Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Aufl. : Auflage

BB : Betriebsberater

Bd. : Band

Beck-RS : Beck'sche Rechtsprechung

BGBl. : Bundesgesetzesblatt

BGH : Bundesgerichtshof

BT-Drucks. : Bundestagsdrucksache

C. : Cilt

CMR : Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi

DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Edt. : Edition

f. : fıkra

GÜHFD : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

H. : Heft

HD : Hukuk Dairesi

HGB : Handelsgesetzbuch

HHFD : Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

İTÜSBD : İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

Kn. : Kenar Numarası

m. : madde

MDR : Monatsschrift für Deutsches Recht

MüKo : Münchener Kommentar

NJW : Neue Juristische Wochenschrift

NJW-RR : Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report

Nr. : Nummer

OLG : Oberlandesgericht

RdTW : Recht der Transportwirtschaft

RegE : Regierungsentwurf
RG : Resmî Gazete
S. : Sayı
s. : Sayfa
THD : Terazi Hukuk Dergisi
TranspR : Zeitschrift Transportrecht
TTK : Türk Ticaret Kanunu
VersR : Versicherungsrecht
Y. : Yıl

İKİNCİ EL MOTORLU KARA TAŞITI ALIM SATIMI YAPAN GERÇEK KİŞİLERİN FAALİYETLERİNİN TİCARİ İŞLETME NİTELİĞİNİN İNCELENMESİ(*)

Av. S. Tarık AKSIN(**)
Prof. Dr. M. Fahrettin ÖNDER(***)

Öz

Günümüzde enflasyonun artışıyla beraber emtiaya yönelen talebin fazlalaşması bu ürün gruplarının fiyatlarını hızla yükseltmektedir. Birer emtia olan otomobillere ülkemizde daimî bir rağbet gösterilmesinin etkisiyle bu dönemde ikinci el otomobil alım satımları ek gelir kaynağı olarak kullanılmaya başlanmıştır. Kanun koyucu, bu faaliyetlerin ilgili pazarda yoğunlaşmasını göz önünde bulundurarak vergi düzenlemelerinin uygulanması açısından Yönetmelik değişikliğiyle net bir belirleme yapmıştır. İşte bu gerçek kişilerin faaliyetlerinin ticari işletme niteliği bakımından değerlendirilmesi çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Bu bakımdan ilgili düzenlemeler ve karşılaştırmalı hukuk bağlamında değerlendirmeler yapılarak gerekli koşulların bulunması halinde bu faaliyetlerin ticari işletme niteliği taşıyacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Motorlu Kara Taşıtları, İkinci El Alım Satım, Devamlılık, Ticari İşletme.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 17.10.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 26.12.2022.

Atıf Şekli: S. Tarık Aksın - M. Fahrettin Önder, "İkinci El Motorlu Kara Taşıtı Alım Satımı Yapan Gerçek Kişilerin Faaliyetlerinin Ticari İşletme Niteliğinin İncelenmesi", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 1317-1347.

Bu makale "Evlerinden Elektronik Ticaret Yapan Satıcıların İşletmeleri Üzerine Türk Ticaret Hukuku Bakımından Bir İnceleme "adlı Yüksek Lisans Tezinden yararlanılarak hazırlanmıştır.

(**) Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Öğrencisi, SGK Başkanlığında Avukat, Isparta, Türkiye.
E-posta: avst.aksin@gmail.com.
Orcid: https://orcid.org/0000-0002-6936-9266.

(***) Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, Isparta, Türkiye.
E-posta: fahrettinonder@sdu.edu.tr.
Orcid: https://orcid.org/0000-0002-1808-5378.

INVESTIGATION OF THE COMMERCIAL ENTERPRISE ATTRIBUTE OF THE ACTIVITIES OF REAL PERSONS WHO PURCHASE AND SELL SECOND-HAND MOTOR LAND VEHICLES

Abstract

Today, the increase in demand for commodities along with the increase in inflation rapidly increases the prices of these product groups. With the effect of the constant demand for automobiles, which are commodities, in our country, second-hand automobile purchases and sales started to be used as an additional income source in this period. Considering the concentration of these activities in the relevant market, the legislator has made a clear determination with the amendment of the Regulation in terms of the implementation of tax regulations. The evaluation of the activities of these real persons in terms of the attribute of commercial enterprise constitutes the subject of the study. From this perspective, evaluations have been made in the context of relevant regulations and comparative law. It has been concluded that these activities will have the characteristics of commercial enterprises if the necessary conditions are met.

Keywords

Motor Land Vehicles, Second-Hand Purchase and Sell, Continuity, Commercial Enterprise.

GİRİŞ

Yeni Koronavirüs Hastalığı (COVID-19) pandemisi sürecinde devletler parasal genişleme politikası uygulamıştır. Bu süreçte enflasyonun hızla artışı ile mal ve hizmetlere olan talep çarpıcı şekilde artmış buna paralel olarak da emtianın fiyatları dünya para birimlerine karşı hızla yükselişe geçmiştir. Enflasyonist dönemlerde insanların yaşam kalitelerini düşürmemek adına ek kazanç arayışları zirveye çıkmaktadır. Ülkemizde yaşanan ikinci el motorlu kara taşıtlarının alım satımı da bu arayışlardan birine örnek teşkil etmektedir. Zira bu ürün gruplarına olan rağbet ülkemizde her zaman artarak devam etmekte olup esasen kullanılmış ürünler olması bu fiyat artışını etkilemez.

Ülkemizdeki gelişmeleri takip eden kanun koyucu da 15.8.2020 tarihli ve 31214 sayılı Resmî Gazete 'de yayınlanan İkinci El Motorlu Kara Taşıtlarının Ticareti Hakkındaki Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik (Yönetmelik) ile İkinci El Motorlu Kara Taşıtlarının Ticareti Hakkındaki Yönetmelikte birçok değişiklik yapılmış ve gerçek kişilerin yaptıkları ikinci el araç alım satımları düzenlenmiştir. Buna göre Yönetmeliğin 2'nci maddesinin 2'nci fıkrasının (b) bendinde bulunan "kişilerin" ibaresi "işletmelerin" olarak değiştirilerek kişilerin kendileri arasında yaptığı satışlar Yönetmeliğin kapsamına alınmış, 5'inci maddesi de Yetki Belgesi başlığıyla birlikte *"İkinci el motorlu kara taşıtı ticareti, yetki belgesine sahip işletmeler tarafından yapılır. Bir takvim yılı içinde doğrudan veya aracılık yapılmak suretiyle gerçekleştirilen üçten fazla ikinci el motorlu kara taşıtı satışı, aksi Bakanlıkça tespit edilmedikçe ikinci el motorlu kara taşıtı ticareti kabul edilir"* şeklinde değiştirilmiştir.

Yaşanan bu gelişmeler, vergi hukuku ve ilgili piyasalar açısından önem arz etmekle beraber ticaret hukuku açısından da önemlidir. Örneğin hukuki işlemlere konu olacak işletmenin türünün belirlenerek ikinci el kara taşıtlarının alım satımı faaliyetlerini yürüten kişilerin tacirlere ait haklara sahip olmasının ve tacirlerin tâbi olduğu yükümlülüklere maruz kalması temin edilebilir. Bununla birlikte bu gelişmelerin, söz konusu faaliyetler sebebiyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların türünün belirlenmesi açısından da önemi bulunmaktadır. Öte yandan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 13'üncü maddesinde düzenlenen ticaretten men edilenlerin esasen ticari işletme işlettiğinin tespit edilmesiyle ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanarak bu kişilerin piyasada talep kaynaklı oluşturduğu enflasyonun önüne geçilebilmesi sağlanabilir. Bu itibarla bahse konu faaliyetlerle ilgili saptamanın, TTK'nin merkez kavram olarak yer verdiği ticari işletme kavramı üzerinden yapılması amaçlanmıştır.

Çalışmada öncelikle motorlu kara taşıtı kavramına ve bu ürün grubunun alım satımıyla ilgili bilgilere yer verilmiştir. Ardından ikinci el motorlu kara taşıtı alım satım yapan gerçek kişilerin faaliyetleri -ülkemiz içtihatları ile vergi düzenlemeleri ve karşılaştırmalı hukuktan yararlanılarak- ticari işletme kavramıyla eş zamanlı olarak ele alınmıştır.

I. MOTORLU KARA TAŞITI

A. Motorlu Kara Taşıtı Kavramı

İnsan beyni bedenine göre çok daha gelişmiş olduğundan zihni faaliyetleri sonucu ortaya çıkardığı alışveriş, taşıma ve seyahat gibi faaliyetleri için tarih boyunca bir araç aramıştır. Bu ihtiyaçlar için antik çağlarda hayvan gücü[1] kullanılmaya başlanmış olup Birinci Sanayi Devriminde insan gücünün yetersiz kalmasıyla buhar motoru icat edilerek makine gücü[2] kullanılmaya başlanmıştır. İkinci Sanayi Devriminde ise petrol enerjisi, buhar makinesinden daha işlevsel bulunmuş ve içten yanmalı motorlu kara araçları demiryolu araçlarına kıyasla tercih edilmeye başlanmıştır[3].

Motorlu kara taşıtları hukuki açıdan taşınır eşya niteliğindedir[4]. Eşya hukuku kapsamında eşya; belli sınırlara sahip olup üzerinde hakimiyet kurulmaya elverişli, kişilikten bağımsız, az veya çok iktisadi bir değer taşıyan maddi varlıkları ifade etmektedir[5].

---

1 Seyhan Taş - Enver Günay, "Antik Çağ Toplumlarının Özellikleri, Geleneksel Statüleri ve İktisadi Yapıyı Belirleyen Kurumları", ***KSÜ Sosyal Bilimler Dergisi***, 2015, C. 2, S. 12, s. 149.

2 Didem Koca, "Sanayi Devrimlerinin Tarihsel Arka Planı ve İşgücü Becerileri Üzerindeki Yansımaları", ***Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi***, 2020, C.16, S. 31, s. 4534-4535.

3 Koca, "Sanayi Devrimlerinin Tarihsel Arka Planı ve İşgücü Becerileri Üzerindeki Yansımaları", s. 4536- 4537. Günümüzde ise elektrikli kara araçları çevresel kaygılarla içten yanmalı motorlu kara araçlarına nazaran tercih edilmektedir.

4 Rona Serozan, ***Taşınır Eşya Hukuku***, Genişletilmiş 2'nci Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 74; Turhan Esener - Güven Kudret, ***Eşya Hukuku***, Genişletilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 313; Sanem Aksoy Dursun, ***Eşya Kavramı***, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 37.

5 Mehmet Ayan, ***Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili***, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 40-41; Kemal Oğuzman - Özer Seliçi - Saibe Oktay Özdemir, ***Eşya Hukuku***, Gözden Geçirilmiş 20. Bası, Filiz Yayınevi, İstanbul, 2017, s.8; Esener- Kudret, Eşya Hukuku, s. 41-42; Aksoy Dursun, Eşya Kavramı, s.23; Hasan Erman, ***Eşya Hukuku Dersleri***, Der Yayınları, Gözden Geçirilmiş 5. Basım, İstanbul, 2014, s.3; Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s. 245. Ünal - Başpınar, eşya hukuku kapsamında eşyanın ekonomik bir değeri bulunmasının gerekli bir koşul olmadığını ileri sürmektedir. Bkz. Mehmet Ünal - Veysel Başpınar, *Şekli* ***Eşya***

Çalışma konusu açısından önem arz eden ikinci el motorlu kara taşıtı Yönetmelik'e göre, *"13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 3'üncü maddesinde tanımlanan ve tescilli olan motosiklet, otomobil, arazi taşıtı, otobüs, kamyonet, kamyon ve lastik tekerlekli traktör niteliğindeki taşıtları... ifade eder*[6]*."* 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun (KTK) 3'üncü maddesine göre de *"Taşıt: Karayolunda insan, hayvan ve yük taşımaya yarayan araçlardır. Bunlardan makine gücü ile yürütülenlere 'motorlu taşıt' insan ve hayvan gücü ile yürütülenlere 'motorsuz taşıt' denir."* KTK m. 3'te tanımlanan ve çalışma konusu bakımından önemini haiz olan[7] *"Otomobil: Yapısı itibarıyla, sürücüsü dahil en fazla dokuz oturma yeri olan ve insan taşımak için imal edilmiş bulunan motorlu taşıttır... Motosiklet: Azami tasarım hızı 45 km/saatten ve/veya silindir kapasitesi 50 santimetreküpten fazla olan sepetli veya sepetsiz iki veya üç tekerlekli motorlu taşıtlar ve net motor gücü 15 kilovatı, net ağırlığı*

Hukuku Giriş Zilyetlik Tapu Sicili, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015, s. 25. Bu maddi varlıklar, kendi yapılarından kaynaklanan özellikleri dikkate alınarak, özlerinde herhangi bir değişikliğe uğratılmaksızın bir yerden başka bir yere taşınabilir olup olmamalarına göre taşınır ve taşınmaz olarak ikiye ayrılmaktadır. Bkz. Fikret Eren, ***Mülkiyet Hukuku***, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 489; Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s. 246. Kanun koyucu Türk Medeni Kanunu'nun 762'nci maddesinde taşınır mülkiyetinin konusunu, *"... nitelikleri itibarıyla taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler..."* demekle belirtmiş ancak taşınır eşya kavramını tanımlamamıştır. Mezkûr maddeden hareketle taşınır eşyalar: herhangi bir araziye bağlı olmayan ve özüne zarar gelmeden dâhilî veya haricî hareketlerle konumu değişebilen, insan hakimiyetine elverişli varlıklar olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Oğuzman - Seliçi - Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, s. 10; Eren, Mülkiyet Hukuku, s. 490; Gökhan Antalya, ***Eşya Hukuku Cilt 1***, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 49-50.

[6] 16 Ağustos 2022 tarihli ve 31925 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İkinci El Motorlu Kara Taşıtlarının Ticareti Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'te *"İkinci el kara taşıtı ticaretiyle iştigal edenler, otomobil ve arazi taşıtlarının pazarlanmasını veya satışını ilk tescil tarihinden itibaren altı ay ve altı bin kilometre geçmedikçe 1/7/2023 tarihinden önce doğrudan veya dolaylı olarak yapamaz. Bakanlık, bu tarihi altı aya kadar uzatmaya yetkilidir. İkinci el motorlu kara taşıtı ticaretiyle iştigal edenler adına bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce tescil edilen otomobil ve arazi taşıtlarının 15/9/2022 tarihine kadar pazarlanması veya satılması halinde birinci fıkra uygulanmaz."* düzenlenmesi hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hüküm bu araçların ticaretiyle iştigal edenleri kapsamakta olup tüketicilerin yaptığı birkaç defalık satışları kapsamamaktadır. Ancak 15.8.2020 tarihli ve 31214 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan İkinci El Motorlu Kara Taşıtlarının Ticareti Hakkındaki Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'te belirlenen esaslara göre bir takvim yılında üçten fazla ikinci el motorlu kara taşıtı satışı yapan gerçek kişilerin ticari kazanç elde ettiği değerlendirilerek bu hükmün uygulama alanı genişletilecektir. Ayrıntılı inceleme için bkz. aşa. 1. a. ii. Devamlılık.

[7] Ülkemizde gerçek kişilerin alım satımını yaptığı motorlu kara taşıtlarının türü çoğunlukla otomobil ve motosiklet olduğundan çalışmada bu araçlara odaklanılmıştır.

400 kilogramı, yük taşımacılığında kullanılanlar için ise net ağırlığı 550 kilogramı aşmayan dört tekerlekli motorlu taşıtlardır. Elektrik ile çalışanların net ağırlıklarının hesaplanmasında batarya ağırlıkları dikkate alınmaz. Bunlardan karoseri yük taşıyabilecek şekilde sandıklı veya özel biçimde yapılmış olan ve yolcu taşımalarında kullanılmayan üç tekerlekli motosikletlere yük motosikleti (triportör) denir." Ülkemizde bu araçlarda kullanılan motor, genellikle içten yanmalı motor olmakla beraber son yıllarda çevresel kaygılarla elektrik motoru da ön plana çıkmaktadır. Bununla birlikte iki motoru da bünyesinde ihtiva eden hibrit elektrikli araçlar ve plug-in hibrit araçlar da kullanılmaktadır.

B. İkinci El Motorlu Kara Taşıtı Alım Satımları

İnternet ve bilişim teknolojilerinde yaşanan hızlı gelişmelerle beraber internet kullanımı toplumun geniş kesimlerine hızla yayılmış, insanların yer ve mesafe ile ilgili algılarında bulunan sınırlar değişmiştir. Toplumsal hayattaki alışkanlıkların değişimine paralel olarak ticari dünya da şekillenmiştir. Müşteri odaklı olma, karşılaştırma olanağı sunma, kolay ulaşılabilirlik, kesintisiz hizmet sunma gibi imkanlara sahip olan elektronik ticaret geleneksel yolla yapılan ticarete kıyasla tercih edilir hale gelmiştir[8]. Günümüzde ikinci el otomobil alım satımları da çoğunlukla çevrimiçi platformlar üzerinden gerçekleştirilmektedir.

Giriş bölümünde değinildiği üzere ülkemizde otomobile olan rağbet her dönemde çok fazla olduğundan alış satış sayıları çok yüksektir. Bununla beraber tüm dünyada etkisini gösteren COVID-19 pandemisi, bu sektörü de pandemi öncesi ve sonrası olmak üzere iki kısma ayırmıştır. COVID-19 salgınının ilk döneminde uygulanan karantina ve kapanmalar sebebiyle otomobil satışları düşmüştür. Bu süreçte birçok otomobil fabrikası üretimi durdurmuş ya da azaltmış, bazı otomobil fabrikaları kapanmış, çiple çalışan elektronik cihazlara olan talep ise artmıştır. Bu dönemden sonra sağlık kaygıları sebebiyle özel otomobiller toplu taşımaya kıyasla tercih edilmiş, tıbbi cihazlara ve diğer ürünlere güç sağlayan çiplere olan talep artmıştır. Ancak pandemi sebebiyle çip üretiminde kesintiler ve tedarik zincirinde bozulmalar meydana gelmiştir. Bu sebeplerle başta yarı iletkenler olmak üzere gittikçe artan bir malzeme eksikliği

---

[8] Enci Liu et.al., "Research on the Prediction Model of the Used Car Price in View of the PSO-GRA-BP Neural Network" ***Sustainability,*** 2022, Vol. 14, No. 15, p. 1, https://www.mdpi.com/2071-1050/14/15/8993, (07.10.2022); Ferman Kaya, ***E-Ticaret Hukuku ve Tüketici Hukukundaki Uygulamaları***, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 42 vd.

sorunu otomobil üretimini sekteye uğratmış, halihazırda çok yükselmiş bir talebin ikinci el otomobillere yönelmesine sebep olmuştur[9].

Ülkemizde 2019 yılının ikinci yarısında otomobillere yüksek bir talep oluşmuş ve 2020 yılının ilk aylarında otomobil arzında aksamalar gözlemlenmiştir. Pandemi sebebiyle de dünya çapında otomobil üretimi azalmış ve giriş bölümünde değinildiği üzere enflasyon dünya çapında hızla artmıştır. Sayılan sebepler yanında, ülkemizde otomobilin finansal yatırım olarak görülmesi gibi olgular sonucunda kullanılmış otomobillerin fiyatı yeni otomobillerin fiyatının önüne geçmiştir[10].

Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) verilerine göre 2020-2021 yılları arasında 6.477,155 otomobil, 510.743 motosiklet[11]; 2021-2022 yılları arasında 6.015,043 otomobil, 564.192 motosiklet[12]; 2022 yılı Ocak ve 2022 yılı Nisan ayları arasında ise 1.783,712 otomobil, 209.747 motosiklet[13] noterler aracılığı ile bir veya daha fazla el değiştirmiştir. İkinci el otomotiv piyasasında geçmiş yıllara kıyasla yük-

---

9 Pawel M. Krolikowski - Kristoph N. Naggert, "Semiconductor Shortages and Vehicle Production and Prices", ***Economic Commentary***, Vol. 2021-17, p. 1 et.seq., https://doi.org/10.26509/frbc-ec-202117, (07.10.2022); Halil Karlı - Mehmet Tanyaş, "Pandemi Durumunda Tedarik Zinciri Risk Yönetimine İlişkin Öneriler", ***İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (Covid19-Özel Ek)***, 2020, C. 19, S. 37, s. 180 vd.; Maxime Lemerle - Alexis Garatti - Florentin Lavaud, "Chip Shortages to Boost Carmakers' Pricing Power in Europe", ***Allianz Trade,*** 27 July 2021, https://www.allianz-trade.com/content/dam/onemarketing/aztrade/allianz-trade_com/en_gl/erd/publications/the-watch/2021_07_27_Impact-of-shortages-on-car-prices.pdf, (07.10.2022); Gary Silberg et.al., "Used car prices could crash-will they?", ***KPMG Advisory*** https://advisory.kpmg.us/content/dam/advisory/en/pdfs/2021/ car-crash-design-secured.pdf, (07.10.2022); Ana Swanson - Catie Edmondson, "Commerce Dept. Survey Uncovers 'Alarming' Chip Shortages", ***The New York Times***, 25 January 2022 https://www.nytimes.com/2022/01/25/business/economy/chips-semiconductors-shortage.html, (07.10.2022); Chris Baraniuk, "Why is there a chip shortage?", https://www.bbc.com/news/business-58230388, ***BBC***, 27 August 2021, (08.10.2022); Russ Walsh, "Current State of the Used Car Market: Inventory & Valuation", ***Federal Reserve Bank of Philadelphia***, 14 July 2021, https://www.philadelphiafed.org/-/media/frbp/assets/events/2021/ consumer-finance/fourth-biennial-conference-on-autolending/fed-auto-conf-2021---r-walsh-final.pdf, (08.10.2022).

10 Mustafa Koç - Nurcan Kostak, "What is Happening to Used Car Prices in Turkey? Evidence From Hedonic Price Model (Hpm)", ***Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi***, 2021, S. 46, s. 226 vd.

11 https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Motorlu-Kara-Tasitlari-Aralik-2021-45703, adresinde Tablo-4 verileri, (08.10.2022).

12 https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Motorlu-Kara-Tasitlari-Ocak-2022-45704, adresinde Tablo-4 verileri, (08.10.2022).

13 https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Motorlu-Kara-Tasitlari-Nisan-2022-45707, adresinde Tablo-4 verileri, (08.10.2022).

selmiş olan bu sayıların sebeplerinden birini söz konusu piyasada "al-satçı" olarak adlandırılan gerçek kişiler oluşturmaktadır[14]. Belirli bir alanda oluşan konjonktürel fırsatlardan yararlanarak yoğun şekilde alım ve satım yapıp maddi getiri elde eden kişiler olarak tanımlanabilecek bu olgu karşısında giriş bölümünde değinilen Yönetmelik öngörülmüştür. Söz konusu faaliyetler dolayısıyla yüksek miktarda gelir elde edilmesi de iş bu çalışmanın ilgisini oluşturmaktadır[15].

II. İKİNCİ EL OTOMOBİL ALIM SATIM YAPAN GERÇEK KİŞİLERİN FAALİYETLERİNİN TİCARİ İŞLETME NİTELİĞİ

A. Gerçek Kişi Tacir Sıfatı

TTK m. 12/1'de gerçek kişi tacir sıfatına sahip olunması için gerekli unsurlar sayılmıştır. Buna göre *bir ticari işletmenin varlığı*, *bu ticari işletmenin işletilmesi* ve *bu işletilen işletmenin kısmen de olsa tacir sıfatına muhatap olacak kişi adına işletilmesi* gerekmektedir. Zikredilen üç unsurun[16] aynı anda ve bir arada bulunması tacir sıfatının kabulü açısından zorunlu ve yeterlidir[17]. Çalışma konusu bağlamında aşağıda yalnızca ticari işletme kavramı inceleme konusu yapılmıştır.

1. Ticari İşletmenin Varlığı

TTK m. 11'de ticari işletme, *"... esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme"* olarak tanımlanmış ve hem anılan maddenin gerekçesin-

---

[14] https://www.indyturk.com/node/523831/ekonomi/otomobil-bayileri-satışta-gerçek-alıcı-peşine-düştü, (08.10.2022); https://ekonomi.haber7.com/ekonomi/haber/3164799-otomobil-al-satcilarina-yeni-cozum-kara-listeye-alinacaklar, (08.10.2022).

[15] Bu gelirlerin çoğunlukla ikinci el otomobillerden edinilmesi sebebiyle aşağıda yer alan bölümlerde ikinci el otomobiller ifadesi ikinci el otomobilleri ve ikinci el motosikletleri kapsayacak şekilde kullanılmış olup özellik arz eden hallerde ikinci el motosikletler ayrıca zikredilerek ele alınmıştır.

[16] Hüseyin Ülgen vd. ***Ticari İşletme Hukuku***, Güncellenmiş ve Dördüncü Basıdan Beşinci Tıpkı Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 253-254; Mehmet Bahtiyar, ***Ticari İşletme Hukuku***, 16. bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 86; Sabih Arkan, ***Ticari İşletme Hukuku***, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış 27.Baskı, Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2021, s. 128-129; Selma Çetiner - Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, ***Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku***, 5.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 101-102 Ali Bozer - Celal Göle, ***Ticari İşletme Hukuku***, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2021, s. 80-81. Kayar'a göre ise bu şartlar, ticari işletmenin bulunması ve işletmenin belli kişi adına işletilmesidir. Bkz. İsmail Kayar, ***Ticari İşletme Hukuku***, 11. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2018, s. 129-134.

[17] Ülgen vd., Ticari İşletme Hukuku, 2015, s. 258.

de[18] hem de öğretide[19] bu kurum ticaret hukukunun merkez kavramı olarak ortaya konulmuştur. Söz konusu düzenlemede ticari işletmenin bir işletme olduğu açıkça vurgulanmıştır. İşletme; sermaye, emek ve yönetim unsurlarının birleşip belirli bir organizasyon içerisinde bir bütün oluşturarak faaliyet göstermesi olarak tanımlanabilir[20]. Buna göre ticari işletme bir işletme türü olmakla beraber her işletmenin bir ticari işletme olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

a. Unsurları

Ticari işletmenin unsurları içtihatlarda: *Esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyet, bu faaliyetin devamlı olması ve bu faaliyetin bağımsız yürütülmesi* şeklinde yer almaktadır[21]. Öğretide ise ticari işletmenin unsurlarına dair farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre[22] bu unsurlar; gelir sağlamayı hedef tutmak, devamlılık, bağımsızlık ve esnaf işletmesi için öngörü-

---

[18] TTK m. 11'in gerekçesinde, *"...ticarî işletme kanunun temelidir; yani merkez kavramdır; bu niteliğiyle belirleyici, hatta tanımlayıcıdır, ticaret hukuku, aradan geçen zaman içinde ticarî işletmenin dış hukuku haline gelmiş ve bir kavramdan kurama dönüşmüştür"* şeklinde ifade edilmiştir.

[19] Reha Poroy - Hamdi Yasaman, ***Ticari İşletme Hukuku***, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 37; Oğuz İmregün, **Kara *Ticaret Hukuku Dersleri***, Kutulmuş Matbaaası, İstanbul, 1969, s. 6; Ünal Tekinalp, "Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek", ***Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi***, 2008, C. 24, S. 3, s. 7-8; Rıza Ayhan - Hayrettin Çağlar, ***Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar***, Gözden Geçirilmiş ve Güncellemiş 11. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 93; İrfan Baştuğ - Ercüment H. Erdem, ***Ticari İşletme Hukuku***, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara, 1993, s. 5; Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku*,* s. 17; Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s.25*;* Ülgen vd., Ticari İşletme Hukuku, 2015, s. 38. Karşı görüşte olan Ansay'a göre ise ticari işletme kavramı hukukçular arasında ihtilaflı olup esasen bu kuruma gerek bulunmamakta zira gerçek kişi tacirler bakımından yıllık gelir kıstasının ön plana çıktığı ayrıca uyuşmazlığa konu olan pek çok durumda bir ticari işletmenin var olmamasına karşılık tacir sıfatının yüklendiğini ileri sürmektedir. Bkz. Tuğrul Ansay, "Ticari İşletmenin Sorgulanması", ***Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan***, 2010, C. I, İstanbul, s. 205 vd.

[20] Poroy - Yasaman, Ticari İşletme Hukuku*,* s. 34.

[21] Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 22. Hukuk Dairesinin 17.2.2020 tarihli ve 2019/2084 E, 2020/174 K. sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bankası, (14.08.2022); İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesinin 11.3.2021 tarihli ve 2021/166 E. 2021/349 K. sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bankası, (14.08.2022).

[22] Ülgen vd., Ticari İşletme Hukuku, 2015, s. 148. Poroy - Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, s. 38-39. Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 26-27. Kayar, Ticari İşletme Hukuku, s. 44. Bozer - Göle, Ticari İşletme Hukuku, s. 7. İ. Yılmaz Aslan, Ticaret Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2012, s. 6.

len sınırın aşılmasıdır. Bir diğer görüşe göre[23] ise gelir sağlama hedefi, devamlılık, bağımsızlık, işletmenin esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlama amaçlı faaliyetlerde bulunması ticari işletmenin unsurlarını oluşturmaktadır.

Yukarıda değinildiği gibi bir ticari işletmenin söz konusu olabilmesi için öncelikle bir işletmenin varlığı gereklidir. TTK'nin 11'inci maddesinde bulunan işletme ve yürütüldüğü (işletildiği) şeklindeki ibareler de bu fikri destekler niteliktedir[24]. Bir işletmenin mevcudiyeti için de az veya çok bir organizasyonun bulunması ve bu organizasyon vasıtasıyla işletmenin üçüncü kişilerle işlemlere girişmesi yani aleniyet gerekmektedir[25].

Kanaatimizce -söz konusu düzenlemelerden hareketle- ticari işletmenin unsurlarını beş kısma ayrılabilir. Bunlar; organizasyon ve aleniyet, gelir sağlamayı hedef tutmak, bağımsızlık, devamlılık ve işletmenin esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerde bulunmasıdır. Bu unsurların oluşturulmasıyla ticari işletme meydana gelmektedir. Ticari işletme niteliğinin oluşması için ilgili düzenlemeler işletmenin ticaret siciline tescil şartını aramadığından gerçek kişilerde tacir sıfatının kazanılmasında tescil kurucu değil bildirici etkiyi haizdir.

i. Organizasyon ve Aleniyet

Organizasyon, işletmenin malvarlığı unsurları ile işletenin emeği ve bir miktar yeteneğinin bir araya gelmesiyle meydana gelmektedir[26]. Emek ile kastedilen işletme sahibinin bizatihi kendisi diğer bir deyişle beden ve beyin (mesleki bilgi ve tecrübe) gücüdür[27]. Ticari işletmenin malvarlığı ise TTK m. 12/1'in gerekçesine göre ticarî işletmeye sürekli olarak tahsis edilmiş bulunan unsurlar ile meydana gelmiş ekonomik bir bütündür[28]. Bu manada sürekli olarak işletmeye

---

23 Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku, s. 18. Tekinalp, "Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek", s. 9, 10. Şaban Kayıhan, ***Ticari İşletme Hukuku***, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 57-60.

24 Tekinalp, "Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek", s. 9.

25 Ertan Demirkapı, "Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi", ***Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 17, S. 1-2, s. 375 vd.

26 Demirkapı, "Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi", s. 375; Tekinalp, "Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek", s. 9.

27 Karahan, Ticari İşletme Hukuku, s. 19.

28 Anılan gerekçede bu bütünün, yerli ve yabancı öğretide ticaret fonu olarak adlandırıldığı belirtilmiştir. Bu bütünün parçaları, organizasyon ve aleniyet unsurunun belirlenmesinde kullanılmakta ayrıca bir organizasyon aracılığıyla faaliyetlerde bulunan işletmelerin niteliğinin tespitinde analiz konusu edilmektedir.

tahsis edilmiş olan taşınmazlar ve bütünleyici parçaları ile eklentileri[29]; sürekli olarak işletmeye tahsis edilmiş olan taşınırlar; dönen malvarlığı olarak adlandırılan işletmeye ait nakit mevcudu, hammadde, mamul, yarı mamul, ofis sarf malzemeleri, satılık veya stoklanmış ürünler[30]; fikrî mülkiyet hakları[31]; dijital malvarlığı[32]; ticari sırlar ve *teknik bilgi (know-how)*, işletme değeri; kiracılık hakkı; ticari ad ile hak ve alacaklar ticari işletmenin malvarlığı unsurlarına örnek olarak gösterilebilir.

Gerçek kişilerin ikinci el otomobil alım satımlarında, kişi alacağı otomobili seçerken emek sarf etmekte ayrıca bu süreçte ofis malzemeleri ile mobilyalar kullandığından sermaye gücünü de kullanmaktadır. Keza çevrimiçi platformlar üzerinden bu incelemeyi yapıyorsa yine sermaye gücünden söz edilebilir. Nihayet satıcıyla iletişim, otomobili inceleme, pazarlık ve alım işlemini gerçekleştirme faaliyetlerinde de emek ve sermaye değişken oranlarda etkin olup bir organizasyon çerçevesinde bir araya getirilmektedir. Satın alınan otomobil veya otomobiller ile bunların bekletildiği depo yahut depolar sebebiyle de sermaye gücünden söz etmek mümkündür. Ardından satım aşamasında da emek ve sermaye unsurları, alım aşamasında gerçekleştiği gibi farklı oranlarda bir araya getirilmektedir. Bununla birlikte satıcı, kendi sosyal medya hesabını ikinci el otomobili satmakta kullanıyorsa yine sosyal medya hesaplarının dijital malvar-

---

29 Ayhan - Çağlar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, s. 100; Ülgen vd., Ticari İşletme Hukuku, 2015, s. 183; Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku, s. 27.

30 Ülgen vd., Ticari İşletme Hukuku, 2015, s. 183; Ayhan- Çağlar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, s. 100; Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku, s. 27.

31 Fikri mülkiyete konu mallar; ilim ve edebiyat eserleri, güzel sanatlar eserleri, musiki eserleri sinema eserleri, işlenme ve derlemeler, veri tabanları, bilgisayar programları, tasarımlar, patentler, faydalı modeller, işletme adı, ticaret unvanı, markalar, alan adları, biyoteknoloji ve entegre devre topografyaları, coğrafi işaretler, geleneksel ürün adları, yeni bitki çeşitleri, yeni hayvan ırkları olarak sayılabilir.

32 Dijital malvarlığı: bilgisayarlar, veri depolama aygıtları veya internet gibi elektronik ortamda depolanan fotoğraflar, videolar, e-posta hesapları, çevrimiçi satış hesapları, web sayfaları ve bloglar, sosyal medya hesapları gibi dijital biçimde bulunan varlıkları kapsamaktadır. Bkz. Joanna Vatavu, "The Importance of Planning for Your Digital Estate" ***Estates, Trusts and Pensions Journal***, 2012, Vol. 32, No. 1, p. 1. https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/espjrl32&i=7, (09.10.2022).

Bununla birlikte dijital malvarlıkların kapsamının çok geniş olması ve teknolojinin hızla ilerlemesi karşısında daha geniş bir tanımla bir kişinin bilgisayarında bulunan herhangi bir dijital dosyanın yanı sıra çevrimiçi hesaplar ve üyelikler olarak tanımlanabilir. Bkz. John Conner, "Digital Life after Death: The Issue of Planning for a Person's Digital Assets after Death." ***Estate Planning & Community Property Law Journal***, 2011, Vol. 3, No. 2, p. 303, https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/epcplj3&i=305, (09.10.2022).

lığı kavramına dahil olmasıyla sermaye unsurunun kullanıldığından söz etmek mümkündür. Bu itibarla ikinci el otomobil alım satım işlemlerinde bir organizasyonun bulunduğundan söz edilebilir.

Aleniyet unsuru ise bir organizasyona sahip olan işletmenin gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerinin dış münasebette olmasıdır[33]. Diğer bir deyişle gelir sağlama amacıyla oluşturulmuş organizasyon yapısının faaliyetlerinin, üçüncü kişilerce görülebilmesidir. Bu itibarla aleniyet ve organizasyon unsurları, birbirini tamamlar niteliktedir. Bir işletmenin organizasyon yapısının kurulması ve bunun vasıtasıyla işletmenin üçüncü kişilerle işlemlere girişmesi bir bütünün iki farklı perspektiften görünümünü oluşturmaktadır[34]. Böylelikle aleniyet unsuru, ikinci el otomobil alım satım işiyle gelir sağlamayı hedef tutan bir organizasyon yapısının faaliyetlerinin üçüncü kişileri muhatap almasıyla gerçekleşmiş olacaktır.

ii. Devamlılık

Bir ticari işletmeden söz edebilmek için TTK m. 11/1 uyarınca yürütülen faaliyetlerin devamlılık arz etmesi gerekmektedir. Yukarıda söz konusu edilmiş olan organizasyon da esasen yürütülen faaliyetin tesadüfi, geçici nitelikte olmaması ve belirli bir süre devam etmesi mecburiyetinin bir uzantısıdır[35]. Bu bakımdan geçici olarak veya tesadüfen ortaya çıkan bir fırsattan faydalanmak için bir veya birkaç defa girişilen faaliyetler devamlılık unsurunu taşımamaktadır[36]. Örneğin bir kişinin aracının sınıfını yükseltmek adına otomobilini satarak bir üst sınıf otomobil alması devamlılık unsurunu taşımaz. Bunun gibi, bir kimsenin fiyatını ortalamanın altında bulduğu ikinci el bir otomobili satın almayı fırsat görerek kendi otomobilini satıp istediği otomobili satın alması olayında da devamlılık unsurunun oluştuğundan söz edilemez[37].

---

[33] Yaşar Karayalçın, ***Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme***, Üçüncü Baskı, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1968, s. 160. Ansay ise aleniyetin, ticari işletmenin diğer unsurlarının gerçekleşmesinin ön şartı olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Ansay, "Ticari İşletmenin Sorgulanması", s. 203.

[34] Demirkapı, "Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi", s. 380.

[35] Ülgen vd., Ticari İşletme Hukuku, 2015, s. 146.

[36] Mustafa Çeker, ***6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku***, 4. baskı, Karahan Kitabevi, Adana, 2014, s. 25-26; Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s.31.

[37] Söz konusu edilen örneklerde kişinin bu işlerle belirli bir süre iştigal etmesi bir işletmenin mevcut olduğunu gösterecektir. Bkz. Ülgen vd., Ticari İşletme Hukuku, 2015, s. 146.

Bir defalık yapılan veya tesadüfen ortaya çıkan fırsatlardan yararlanmak için yapılan faaliyetler devamlılık unsurunu taşımamakla beraber devamlılık kavramıyla faaliyetin uzun kesintisiz bir şekilde icra edilmesi gerektiği kastedilmemektedir[38]. İşin niteliği gereği kesintilerin oluştuğu faaliyetler de devamlılık unsurunun oluşmasına engel olmamaktadır. Ülkemizde yılın belli dönemlerinde ikinci el otomobil piyasasının çok hareketli ve fiyatlarının da agresif yükselme hareketleri gösterdiği bir vakıadır. İşte bir kimsenin ikinci el otomobil fiyatlarının günden güne arttığı hareketli bir alım satım piyasasında, örneğin 3 ay boyunca toplam 11 araç alım ve 10 araç satımı yapması ve her yılın belli dönemlerinde bu faaliyeti tekrarlaması olayında devamlılık unsurunun oluştuğu kabul edilmelidir. Söz konusu edilen örneklerden de tetkik edilebileceği gibi faaliyete ara verildiğinde devamlılık unsurunun var olup olmadığı diğer bir deyişle bu zaman dilimi içerisinde bir işletmeden söz edilip edilmeyeceğinin tespiti önem arz etmektedir. Bahse konu tespit adına öğretide iki farklı görüş bulunmaktadır. İlki, işletenin niyetine göre hareket edilmesini savunan ağırlıklı görüş olup[39] buna göre devamlılık unsurunun varlığı belirlenirken işletenin devam etme niyet ve amacının bulunup bulunmadığı göz önüne alınmalıdır. Kanaatimizce işletenin amacına bakılarak niyetini tahlil ve tespit etmek hem işleten hem yorumcu açısından özünde sübjektiflik içermekle soyut ve yetersiz bir yöntemdir[40].

Öğretide bulunan diğer görüş; faaliyette devamlılığı arayan görüşe katılmayarak organizasyonun kalıcılığı yönünde değerlendirme yapılması gerektiğini, buna göre devamlılık unsurunun organizasyonun kesintiye uğratılmaması olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Diğer bir deyişle organizasyonda zamansal düzensizlikler veya kesintiler yapılmamasını, ezcümle organizasyonun kalıcı olması anlamına geldiğini öne sürmektedir[41]. Kanaatimizce işletenin faaliyet döneminde kesintiler yapması, ticari işletme için öngörülen limiti

---

38 Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku, s. 24; Kayar, Ticari İşletme Hukuku, s. 46.

39 Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 31; İmregün, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, s. 9; Aslan, Ticaret Hukuku Dersleri, s. 7; Halil Arslanlı, ***Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler***, 3. Bası, Fakülteler Mecmuası, İstanbul, 1960, s. 20-21; Taner Bozkurt, ***Ticari İşletme Hukuku***, 2. baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 34-35; Kayar, Ticari İşletme Hukuku, s. 46-47; Ülgen vd., Ticari İşletme Hukuku, 2015, s. 141; Kayıhan, Ticari İşletme Hukuku, s. 58.

40 Benzer görüşte bkz. Demirkapı, "Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi", s. 393.

41 Demirkapı, "Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi", s. 392-393.

aşacak düzeyde gelir elde etme amacı bulunmadığı yönünde yorum yapılmaya da elverişlidir. Kanaatimizce bu hususta, bir faaliyete ticari işletme niteliğini veren organizasyon unsurunun, kesintinin gerçekleştiği dönemde asgari ölçüde kalıp kalmadığı ve/veya bu organizasyonun asgari ölçüde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine bakılması gerekmektedir. Örneğin ikinci el otomobil fiyatlarının sabit kaldığı veya düşüşe geçtiği, alım satım piyasasının durgunlaştığı bir dönemde bir kişinin satacağı otomobili satıştan çekerek kapalı bir yerde muhafaza etmesi olayında organizasyon unsurunun asgari düzeyde kaldığı değerlendirilebilir.

Burada değinilmesi gereken bir husus da devamlılık unsurunun hangi süre ve koşullarda oluşacağına dair bir saptamanın yapılarak çalışma konusu bağlamında somutlaştırmanın yapılmasıdır. Bu amaç doğrultusunda ilgili mevzuat ve karşılaştırmalı hukuk perspektifinde değerlendirmeler yapılmaktadır.

Giriş bölümünde ifade edilen Yönetmelik değişikliğiyle beraber "*Bir takvim yılı içinde doğrudan veya aracılık yapılmak suretiyle gerçekleştirilen üçten fazla ikinci el motorlu kara taşıtı satışı, aksi Bakanlıkça tespit edilmedikçe ikinci el motorlu kara taşıtı ticareti kabul edilir.*" Buna göre bir takvim yılı içinde dört veya daha fazla ikinci el motorlu kara taşıtının satışını yapan gerçek kişilerin söz konusu faaliyetleri ticari faaliyet sayılacak ve satışlarından elde ettikleri kazançlar da ticari kazanç olarak değerlendirilecektir. Böylelikle günümüzde yoğun bir şekilde icra edilen söz konusu faaliyetlere, vergi düzenlemelerinde bulunan ticari kazanca ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönünde kanaatin kanun koyucuda oluştuğu görülmektedir. Nitekim ticari kazancın kapsamı belirlenirken bir işletme organizasyonu çerçevesinde riski üstlenen kişi yani işletmeci tarafından geçici olmayıp süreklilik niteliği taşıyan ticari bir faaliyetin bağımsız olarak yürütülmesi göz önüne alınmaktadır. Sürekli olmayıp geçici nitelik taşıyan ticari faaliyetlere ise Gelir Vergisi Kanunu'nun diğer kazanç ve iratlarla ilgili 80'inci maddesinde yer alan hükmü uygulanmaktadır[42]. Örneğin Danıştay bir kararında, bir memurun 2 yıl içerisinde 3 defa otomobil alım satımı yaparak elde etmiş olduğu kazancı ticari kazanç olarak kabul etmemiştir[43]. Bir başka kararında ise 2010 yılında 20, 2011 yılında 67, 2012 yılında 9 adet ikinci el araç

[42] Mualla Öncel vd., ***Vergi Hukuku***, Gözden Geçirilmiş Değişiklikler İşlenmiş 30. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 277-278.

[43] Danıştay 13. Dairesinin 23.3.1981 tarihli ve 1980/2491 E., 1981/535 K. sayılı Kararını naklen Şükrü Kızılot, ***Vergi Uygulamasıyla İlgili Muktezalar ve Danıştay Kararları***, Savaş Yayınları, Ankara, 1987, s. 77.

alıp satıldığının tespiti üzerine bu işin ticari amaçla yapıldığı sonucuna varmıştır[44]. Bu itibarla Yönetmelik düzenlemesiyle beraber vergi hukuku uygulamaları açısından net bir belirleme yapılmıştır.

Yönetmelik düzenlemesiyle öngörülen hüküm karşılaştırmalı hukuk bağlamında incelendiğinde benzer düzenlemelere paralellik arz ettiği görülmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) Massachusetts Eyaletinin *Genel Kanunlarının (General Laws)* 1'inci kısmı, 14'üncü başlığı, 90'ıncı bölümü, 7N 1/4 kesiminde bulunan Kullanılmış Araç Garanti Kanunu uyarınca bir kişi; önceki on iki ay içinde üçten fazla kullanılmış motorlu araç satmışsa ikinci el motorlu taşıt satışı ticaretiyle iştigal etmiş olduğu kabul edilmektedir[45]. Yine ABD'nin Florida Eyaletinde yürürlükte bulunan *Florida Eyalet Yasalarının* (*Florida Statutes)* 23'üncü başlığı altında yer alan 320'nci bölümünde motorlu taşıt satıcısı lisanslarının esasları düzenlenmekte ve bu bölümün 27'nci kesiminde ise herhangi bir 12 aylık dönem içinde üç ya da daha fazla sayıda motorlu taşıtı satın alan, satan, anlaşmasını yapan veya herhangi bir 12 aylık dönem içinde üç veya daha fazla sayıda motorlu taşıtı satışa sunan veya bu amaçla teşhir eden herhangi bir kişinin *karine olarak (prima facie)* ikinci el motorlu taşıt satışı ticaretiyle iştigal etmiş olduğu kabul edilmiştir[46]. Yeni Zelenda'nın Motorlu Araç Satış Kanunu'nun 1'inci kısmında bulunan 2'nci alt kısmının 8 (1)(b) kesiminde yer alan hükme göre ise bir kişi, belirli bir dönem içinde 6'dan fazla motorlu araç satarsa -bu motorlu araçların birincil kazanç amacıyla satılmadığını kanıtlamadıkça- mezkûr Kanunu'nun amaçları doğrultusunda motorlu araç ticareti yapan kişi olarak kabul edilir[47]. İş bu Kanunda belirtilen dönem, ilgili ülkede 12 ay olarak uygulanmaktadır[48].

Kanaatimizce Türk Ticari İşletme Hukukunun öngördüğü devamlılık unsuru bakımından göz önünde bulundurulması gereken süre, vergi hukuku düzenlemeleri ve karşılaştırmalı hukuka paralel olarak bir takvim yılıdır. Ayrıca bu çalışmada açıklanan organizasyon ve aleniyet unsurları ile gelir sağlamayı hedef

---

44 Danıştay 3. Dairesinin 28.05.2018 tarihli ve 2017/4035 E., 2018/2959 K. sayılı kararı, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, (10.10.2022).

45 https://www.mass.gov/info-details/mass-general-laws-c90-ss-7n-14, (10.10.2022)

46 https://m.flsenate.gov/statutes/320.27, (10.10.2022)

47 https://www.legislation.govt.nz/act/public/2003/0012/latest/DLM188541.html, (10.10.2022).

48 https://motortraders.tradingstandards.govt.nz/becoming-a-registered-trader/who-needs-to-register/, (10.10.2022)

tutma unsurları doğrultusunda satışa sunma, satış anlaşmasını yapma gibi faaliyetlerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu itibarla -ülkemiz vergi düzenlemelerine paralel olarak ve karşılaştırmalı hukuktan yararlanılarak- bir takvim yılı içinde üçten fazla aracı satışa sunan, satış işlemini yapmaya başlayan, satış anlaşmasını yapan veya satışını yapan gerçek kişilerin faaliyetlerinin devamlılık unsurunu taşıdığı söylenebilir.

iii. Gelir Sağlamayı Hedef Tutmak

TTK m. 11/1'de yer alan gelir sağlamayı hedef tutma koşulu, esasen her iktisadi işletmede bulunan bir unsuru oluşturur. Buna göre bir ticari işletmeden söz edebilmek için girişilen faaliyetlerin gelir sağlama amacına yönelmiş olması gerekmektedir. Yukarıda açıklanan devamlılık unsurunu taşıyacak şekilde ikinci ikinci el otomobil satım faaliyetlerinde bulunan gerçek kişilerin, gelir sağlamayı hedef tutarak bu faaliyetlerde bulunduklarını söylemek mümkündür.

Gelir sağlamayı hedef tutan bir işletmenin kazanç elde edememesi yahut zarar etmesi dahi ticari işletme niteliğinin kazanılması ve korunması açısından önemsizdir[49]. Bu bakımdan bir kişinin sosyal medya hesapları veya çevrimiçi satış platformları üzerinden çok sayıda ikinci el otomobil satışını içeren ilanları paylaştığı halde bu araçların satılmaması halinde de bu unsurun varlığından söz edilebilecektir.

Öğretide hâkim görüşe[50] göre gelir sağlama amacı taşıyan faaliyetler, yalnızca işletmenin mal varlığında artış meydana getiren faaliyetlerle sınırlanmamalı ve pasifin artmasının engellenmesi de bu kapsamda sayılmalıdır. Zira işletmenin malvarlığında olası bir eksilmeyi önlemeye yönelik faaliyetler de gelir sağlama amacıyla yapılmış sayılır. Bu bakımdan gelir sağlama amacını, faaliyet sonucunda işletmenin mal varlığında artış meydana gelmesi olarak değil de zarardan kurtulmayı sağlamak olarak geniş yorumlamak gerekmektedir[51].

---

49 Poroy - Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, s. 41.

50 Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku, s. 19; Yahya Deryal, ***Ticaret Hukuku***, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş, 2. Baskı, Trabzon, 1997, s. 10-11; Kayar, Ticari İşletme Hukuku, s. 45; Fatih Bilgili - Ertan Demirkapı, ***Ticari İşletme Hukuku***, 6. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2016. s. 19; Bozer - Göle, Ticari İşletme Hukuku, s. 8; Karayalçın, Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme, s. 159, Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 28; Demirkapı, "Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi", s. 389.

51 Deryal, Ticaret Hukuku, s. 11.

Ayrıca söz konusu gerçek kişilerin zarar etmeyi engelleyici veya borçlarını azaltıcı faaliyetleri[52] de bu kapsamda değerlendirilecektir. Bu bakımdan ikinci el otomobil alacak bir kişinin makul addedileceği bir fiyattan alım yapabilmek için kendisi için doğru zamanı beklemesi bu kapsamda örnek olarak verilebilir. Bu kişinin alım yaptıktan sonra ise satış işlemini yapmadan önce zarar etmeyi engelleyici iş ve işlemlerde bulunması gibi faaliyetler de yine konuda örnek olarak gösterilebilir.

iv. Bağımsızlık

Bir işletmenin iç ve dış ilişkide başka bir işletmenin işlemine veya işleten dışında başka bir kişinin iradesine bağımlı olmaksızın faaliyet göstermesiyle bağımsızlık unsuru ortaya çıkmaktadır. Buna göre bağımsızlık hem işletme hem de işletme sahibi açısından söz konusu olmaktadır[53]. Dolayısıyla üçüncü kişilerle işletmenin yaptığı işlemleri kısmen de olsa yapma yetkisi olmayan, dış ilişkilerde herhangi bir faaliyeti bulunmayan depo gibi birimlerin müstakil birer işletme teşkil etmesi mümkün değildir[54]. Ayrıca işletme sahibinin işletmenin yan faaliyetlerini gerçekleştirmek üzere kurduğu birimlerin bağımsız birer işletme teşkil etmesi, ancak iki unsurun varlığı halinde kabul edilebilir. Buna göre işletmeden bağımsız olarak müşteri tutundurabilme ve üçüncü kişilerle ticari faaliyette bulunma koşulları mevcutsa ayrı bir işletmeden söz edilebilir[55]. Bu itibarla ikinci el otomobil alım satım işiyle iştigal eden bir kişinin bir başka kişinin iradesinden bağımsız olması ve işletmenin bir başka işletmenin işlemine bağlı kalmaksızın faaliyette bulunabilmesiyle bu unsur gerçekleşmiş olacaktır.

v. Esnaf İşletmesi İçin Öngörülen Sınırı Aşan Düzeyde Gelir Sağlamayı Hedef Tutan Faaliyetler

Yukarıda her işletmenin ticari niteliğini haiz olmadığının belirtilmesinin esas sebebini TTK'nın açıkça öngördüğü bu koşul oluşturmaktadır. 1956 tarihli ve 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu (eTTK), ticari işletme esaslı sistemi temel almasına rağmen ticari işletme kavramını tanımlamayarak sayma yöntemi ile ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer müesseselerin

---

52 Bilgili - Demirkapı, Ticari İşletme Hukuku, s. 19

53 Ayhan - Çağlar, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, s. 99; Bilgili - Demirkapı, Ticari İşletme Hukuku, s. 20; Kayar, Ticari İşletme Hukuku, s. 47.

54 Ülgen vd., Ticari İşletme Hukuku, 2015, s. 152; Kayıhan, Ticari İşletme Hukuku, s. 59.

55 Demirkapı, "Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi", s. 396.

ticarethane sayılacağını belirtmekle yetinmiştir[56]. Buna karşılık TTK bu hükmüyle beraber -kanaatimizce- ticari işletme kavramını yeni iktisadi gelişmeler neticesinde dahi uygulama ve sürdürülebilirliğini muhafaza edecek şekilde düzenleme altına almıştır.

Organizasyon ve aleniyet, gelir sağlamayı hedef tutmak, devamlılık ve bağımsızlık unsurları tüm iktisadi işletmeler için ortak özelliklerdir. Buna karşın yürütülen faaliyetlerin belirli bir sınırı aşmayı hedeflemiş olması hususu bir işletmenin ticari olup olmadığı noktasında ayırıcı özelliğini haizdir.

İşletmeye ticari niteliğini veren bu unsur öğretide farklı isimlerle ele alınmıştır. *Bahtiyar*[57], işletmenin esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlama amaçlı faaliyetlerde bulunması; *Karahan*[58], kapasite; *Arkan*[59], esnaf işletmesini aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutma; *İmregün*[60], işletmenin çapının belli bir sınırı aşması; *Baştuğ - Erdem*[61], işletme çapının ve faaliyet yoğunluğunun belli bir çapı aşması; *Hirsch*[62], faaliyetin genişliği; *Poroy - Yasaman*[63], esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamak; *Kendigelen*[64] ve *Nomer Ertan*[65], esnaf işletmesi sınırının aşılması; *İnal*[66], esnaf kuruluşunun faaliyetinin boyutlarını aşması; *Kayar*[67], esnaf işletmesinin hacmini aşmak şeklinde isimlendirmiştir. Görülen bu farklılaşmanın sebebi ise esnaf işletmesi ile ticari işletme arasında kararname ile belirlenen sınırla ilgili görüş ayrılığından kaynaklanmaktadır. Bir kısım yazarlar bu sınırı aşacak düzeyde gelir

---

56 Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 26; Kayar, Ticari İşletme Hukuku, s. 47; Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku, s. 10.

57 Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku, s. 18.

58 Karahan, Ticari İşletme Hukuku, s. 17.

59 Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 27.

60 İmregün, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, s. 9.

61 Baştuğ - Erdem, Ticari İşletme Hukuku, s. 21.

62 Ernst Hirsch, ***Ticaret Hukuku Dersleri***, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul, 1948, s. 117.

63 Poroy - Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, s. 40.

64 Ülgen vd., Ticari İşletme Hukuku, 2015, s. 152.

65 Hüseyin Ülgen vd., ***Ticari İşletme Hukuku***, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış Altıncı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 157.

66 H. Tamer İnal, ***Ticarî İşletme Hukuku Uluslararası Ticarî Sözleşmeler Incoterms 2010***, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 222.

67 Kayar, Ticari İşletme Hukuku, s. 47.

sağlamanın hedeflenmiş olması şartını ararken[68] bir kısım yazarlar ise fiilen bu sınırın geçilmesinin gerekli olduğunu ileri sürmektedir[69]. Bu farklılığın sebebini de hedef tutma ibaresinin, yalnızca gelir sağlamaya yönelik mi yahut aynı zamanda esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşmaya yönelik mi kabul edileceği sorunu oluşturmaktadır. Bu sorunun çözümünde söz konusu kanunun amacının[70] tespit edilerek kanun koyucunun iradesinin saptanmasının yararlı olduğu değerlendirilmektedir.

Esnaf eTTK m. 17'de, "*kazancı ancak geçimini sağlamaya yetecek derecede az olan*" şeklinde tanımlanmıştır. TTK'de ise esnaf ile ilgili hükümler öngörülürken anılan ibare kaldırılmış ve esnaf, "*geliri 11'inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan"* kişi olarak tanımlanmıştır. Ayrıca eTTK'de ticari işletme kavramı tanımlanmamış, sayma yöntemi ile ticarethane veya fabrika yahut ticari şekilde işletilen diğer *müesseselerin* ticarethane sayılacağını belirtmekle yetinmiştir. Ancak mülga Ticaret Sicil Tüzüğü'nün (TST) 14'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında, hangi işletmelerin ticari işletme sayılmayacağına dair bir tanım yapılmıştır. Buna göre gelir sağlamayı hedef tutmayan veya devamlı olmayan faaliyetler ile eTTK m. 17'de tarif edilen esnaf faaliyeti sınırlarını aşmayan faaliyetler ticari işletme sayılmamaktaydı. Bu bakımdan gelir sağlamak amacıyla devamlı şekilde faaliyet gösteren bir işletmenin ticari işletme sayılması, işletmenin içinde yürütülen faaliyetin esnaf faaliyeti düzeyini aşması ile mümkündü[71]. Buna karşın TTK m. 11'de ticari işletmenin, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin yürütüldüğü işletme olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan fiilen elde edilen gelirin dikkate alınması şartının kaldırılarak hedeflenen gelire yoğunlaşılması[72] kanun koyucunun irade ve amacını göstermektedir.

---

68 Oruç Hami Şener- Sevilay Uzunallı, ***Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku***, Yeni TTK'ya Göre Yeniden Yazılmış 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 2-3; Karahan, Ticari İşletme Hukuku, s. 17-18; Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku, s. 18-24.

69 Ülgen vd., Ticari İşletme Hukuku, 2015, s. 161-162; Bozer-Göle, Ticari İşletme Hukuku, s. 9-11; Demirkapı, "Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi", s. 383.

70 *Ratio Legis:* Latince bir hukuk terimi olup bir kanunun temelini oluşturan ana sebep, kanunun ulaşmak istediği amaç, kanunun özü olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, kanun koyucunun incelenen kanunu hangi amaçla öngördüğü bulunup o yönde uygulanmalıdır. Zira *Kanunun mantığı, kanunun ruhudur (Ratio legis est anima legis)*.

71 Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 26.

72 Tekinalp; TTK Tasarısını tetkik ettiği makalesinde, TTK m. 11/1'i değerlendirirken vurgunun gelirin elde edilmesine değil de belli bir sınırın aşılmasının hedeflenmesi hususuna yapılmasını dikkate değer bulduğunu ifade etmektedir. Bkz. Tekinalp, "Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek", s. 10.

Kanaatimizce ticari işletmenin tespiti bakımından fiilen söz konusu sınırın geçilip geçilmediğinin aranması, faaliyete yeni başlayan işletmelerin niteliği üzerinde TTK'nin amacına aykırı olarak belirli bir süre belirsizlik oluşturacaktır. Nitekim bu halde faaliyete yeni başlayan bir işletmenin hasılatının yahut satış tutarının söz konusu sınırı geçip geçmeyeceğinin tespiti için öğretide bir kısım yazar[73] bir yıllık faaliyet sonuçlarının beklenmesi gerektiğini belirtmektedir[74]. Ancak bir ticari işletmeyi kısmen veya tamamen kendi adına işleten kişi, TTK m. 18 ve TTK m. 40 uyarınca ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirmekle yükümlü kılınmıştır. Bu husus da bir yıllık faaliyet sonuçlarının beklenmemesi gerektiği yönündeki görüşe kanun koyucunun dolaylı bir desteği sayılabilir.

Fiilen söz konusu sınırın geçilmesinin aranmasının bazı hallerde işlevsel olmayacağını gösteren somut olaylar da ortaya çıkabilir. Örneğin ekonomik faaliyeti bedeninden ziyade sermayesine dayanan kişi, TTK m. 15'te yer alan hükmün dikkate alınması halinde esnaf olarak kabul edilmeyecek ve gelirinin öngörülen sınırları aşmadığı varsayımında tacir olarak da nitelenemeyecektir[75]. Bir başka örnekte söz konusu sınırı aşmayı hedefleyen faaliyetlerle fiilen işletilmeye başlanmış büyük bir işletmenin, söz konusu sınırı fiilen aşamaması ya

---

[73] Demirkapı, "Ticari işletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi", s. 431; Ülgen vd., Ticari İşletme Hukuku, 2015, s. 164; Şükrü Yıldız, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Gerçek Kişilerde Tacir Sıfatının Kazanılması", ***Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu***, Ed.: Ömer Teoman, Birsen Ok, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2012, s. 32.

[74] Kendigelen; işletmecinin niyeti yerine fiili hale bakılması gerektiğini belirtmekle beraber bu durumda TTK m. 40/1'e istinaden ticari işletmenin açıldığı günden itibaren on beş gün içinde ticaret siciline tescil edilmesinin şart olmasından dolayı, faaliyete yeni başlayan bir işletmenin de hukuki sıfatının başlangıçta belirlenmesinin zorunlu olduğunu açıklamalarına eklemektedir. Bkz. Ülgen vd., Ticari İşletme Hukuku, 2015, s. 162; Demirkapı da bu hususta, işletmecinin niyeti yerine gerçekleşmiş gelir üzerinde durulması gerektiğini belirterek bu açıdan, TST m. 15'te bulunan hükmün kıyasen uygulanmasını ayrıca Vergi Usul Kanunu'nun 178'inci maddesinin 2'nci fıkrasında bulunan hükümden yararlanılmasının mümkün olduğunu, işletenin niyetine göre istediği sicillere tescil ve odalara kaydını yaptırmasının mümkün olduğunu ancak her hâlükârda ilk faaliyet yılının sonuçlarının beklenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Demirkapı, "Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi", s. 431. Ansay,"yıllık gelir kıstasının" kabulü halinde ticari işletme için öğretide belirtilen öteki kıstasların aranmasının önemini yitireceğini, yıllık gelirin elde edilmesinin diğer kıstasların mevcut olduğunun karinesi olacağını ileri sürmektedir. Bkz. Ansay, "Ticari İşletmenin Sorgulanması", s. 204.

[75] Karşı görüşte olan Demirkapı'ya göre bu sorun yalnızca belirtilen kişinin esnaf sayılması ile çözülebilir. Bkz. Demirkapı, "Ticari işletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi", s. 406.

da zarar etmesi halinde dahi tacir sıfatını taşıması gerektiği kuşkusuzdur[76]. Bu itibarla TTK'nin işletmeleri netice itibarı ile ortaya çıkan gelirlerine göre değil potansiyel gelirlerine göre sınıflandırma yapmak maksadında olduğu hususu tekrar vurgulanmalıdır.

Bir köşe başında işletilmeye başlanmış ve ekonomik faaliyetlerinden yola çıkılarak ticari işletme olmanın hedef tutulmadığı açık olan küçük bir işletmede faaliyet sonuçları bunun aksi yönde gelebilir. Bu durumda işletmeci, mezkûr Kararnameye göre söz konusu sınırların altı katını aşmadıkça ticaret siciline ve ticaret odalarına kaydolmaya mecbur tutulamayacaktır. İş bu hükümler de öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamanın hedef tutulmasının geçerli olduğuna dair görüşe dolaylı bir destek sayılabilir[77]. Bununla birlikte kanaatimizce bu hükümler "*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin"* yürütülmediği işletmelerde, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) bulunan sınırların altı katının aşılması durumunda artık bu faaliyetlerin söz konusu işletmede yürütüldüğüne dair bir kabulün oluşacağı şeklinde yorumlanabilir[78]. Ayrıca kanun koyucu tarafından oluşturulan bu kabul kanaatimizce genişletilerek esnaf işletmesinin cirolarının çarpıcı bir şekilde artmasına neden olan dış bir etkenin geçici ve arızi bir nitelik taşımadığı anlaşıldığında, bahse konu işletmenin işleticisinin "*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetleri"* gerçekleştirme niyetinde olmadığı yönündeki beyanlarına itibar edilmemelidir. Zira işletme sahibinin dış dünyasının bu geliri elde etmeye elverişli hale gelmesiyle iç dünyasında da bu niyetin oluştuğu çünkü talebi karşılayarak cirosunu yükseltmiş olduğu şeklinde değerlendirmeler yapılarak işletmesinin ticari işletme sayılması gerekecektir.

Son olarak -faaliyete yeni başlayan bir işletmeye daha baştan ticari işletme niteliği verilebileceğini- TTK m. 12, *"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, fiilen işletmeye*

---

[76] Benzer görüşte bkz. Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku, s. 23.

[77] Benzer görüşte bkz. Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku, s. 24.

[78] Benzer görüşte Nomer Ertan, Kararnamede öngörülmüş sınırların 6 katını aşanların işletmelerindeki kapasite artışının artık geçici/arızi durumlar nedeniyle oluşmadığının kabul edileceğini belirtmektedir. Bkz. Ülgen vd., Ticari İşletme Hukuku, 2019, s. 165. Karşı görüşte bkz. Demirkapı, "Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi", s. 384.

başlamamış olsa bile tacir sayılır" hükmünü beyanla görüşümüze dolaylı şekilde destek vermektedir.

Açıklanan nedenlerle gelir sağlama hedefinin -kanunun lafzından da anlaşıldığı gibi -esnaf faaliyetleri sınırını aşan faaliyetlere yönelik olduğu kabul edilmelidir. Böylece işletenin iç dünyası yani hangi niyetlerle hareket ettiği yalnızca yardımcı bir unsur olarak göz önünde bulundurulacak[79], asli ve temel olarak ise işletenin dış dünyasında cereyan eden faaliyetleri değerlendirilecektir. Bu bakımdan faaliyete yeni başlayan bir işletme hakkında -sahibinin dış görüntüye yansıyan niyet ve iradesinin bir göstergesi olarak- örneğin kişi, ticaret siciline tescil ve ticaret odalarına kaydolmuş ise bu husus -bir Yargıtay kararında da yer aldığı gibi[80]- yardımcı bir vakıa olarak göz önünde bulundurulacaktır. Temel ve asli olarak ise işletmenin gerçekleştirmek istediği girişim ve odağı, bu girişime ulaşabilmek adına tahsis edilen taşınır ve taşınmaz araçlar, şube ile depolarının vasfı, çalışan personel sayısı ile yeterli formasyona sahip olunup olunmadığı, arz edilen mal veya hizmetlerin niteliği ve çeşidi inceleme konusu yapılacaktır. Böylece işletmenin içerisinde bulunduğu coğrafi durum ve ilgili pazardaki rekabetin miktarı ve dinamikleri gibi hususlar da kullanılarak işletmenin sermaye ve organizasyon yapısı objektif bir şekilde değerlendirilecektir. İşletmenin ileri dönemlerinde ise özellikle hedeflenen gelir düzeyinden veya fiilen ulaşılan gelirden yola çıkılarak işletmenin niteliği konusunda aksinin ispat edilebileceği söylenebilir[81]. Toplanan tüm verilere karşılık işletmenin türü belir-

---

79 Görüşümüze benzer yönde Toksal'a göre hedeflemenin niteliğinin belirlenmesi aşamasında, dış görüntünün ve objektif kıstasların incelenmesi gerekmekte, işletenin iç dünyasına bakılmaması gerekmektedir. Bkz. Baki Toksal, ***Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. 1***, 1. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1986, s. 130.

80 *"...Dairemizin yerleşik uygulamaları gereğince, bir kimsenin vergi mükellefi olması, TTK yönünden de tacir kabul edilmesini gerektirmez. Ticaret siciline ya da Oda'ya kayıtlı olmamak da tacir olmamanın kesin bir kanıtı olmadığı gibi, vergi mükellefi olup olmamak da tacir ve esnaf ayrımında kesin bir ölçüt olarak kabul edilemez..."* Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 16.10.2017 tarihli ve 2017/3898 E., 2017/5384 K. sayılı kararı, Kazancı İçtihat Bankası, (14.08.2022).

81 Benzer görüşte bkz. Bahtiyar, Ticari İşletme Hukuku, s. 22-23. Aydın da yeni faaliyete başlayan işletmenin yapısının, bu işletmede gerçekleştirilmek istenen faaliyetin ve işe tahsis edilecek sermaye unsurunun birlikte değerlendirilerek işletmenin içinde bulunduğu benzer türdeki işkolunun bahse konu zamana kadar olan gelirinin de göz önüne alınarak bir ticari işletme niteliğine sahip olunacağı sonucuna varılabilecekse söz konusu işletmenin ticari niteliğini haiz olacağını belirtmektedir. Bkz. Alihan Aydın, "6102 Sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticarî İşletme Kavramı ve Ticarî İşletmenin Hukukî İşlemlere Konu Olması", ***Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu***, Ed.: Ömer Teoman, Birsen Ok, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2012, s. 15.

lenemiyorsa bir yılın geçmesinin beklenilmesi ve bu süre zarfında bahse konu işletmeyi -belirlenen gelir sınırının fiilen aşılmamasının arandığı TTK m. 15'e rağmen- esnaf işletmesi olarak kabul etmek kaçınılmazlık arz edecektir[82]. Burada ayrıca TTK açısından tacir ve esnaf sıfatının tayininin birbirine uyumu ile ekonomik hayatın gerekliliklerine paralellik açısından yeniden düzenlenmesi gerektiği söylenebilir. Bu bakımdan esnaf sıfatının, belirlenen sınırı aşmanın hedeflenmediğinin tespiti ile tayin edileceğine dair bir mevzuat değişikliği isabetli olacaktır[83].

Çalışma konusu bağlamında devamlılık unsurunun oluşması için bir takvim yılı içinde 4 otomobil satılması gerektiğine yukarıda değinilmiştir. İşte organizasyon ve aleniyet, gelir sağlama amacı, bağımsızlık ve devamlılığın oluştuğu işletmelerin türünün belirlenmesi hususunda bu başlık altında hakkında değerlendirmelere yer verilen unsur kullanılacaktır. Bu bakımdan bir takvim yılı içerisinden 4 adet ikinci el otomobilin satışa sunumunu yapan, satış anlaşmasını yapan, satış işlemini yapmaya başlayan yahut satış işlemini yapan bir kişinin sermaye ve organizasyon yapısının tahlili adına yukarıda arz edilen hususlar ile organizasyon ve aleniyet başlığı altında emek ve sermaye ile ilgili örneklemeler bütüncül bir yaklaşımla değerlendirilecektir. Satış işlemi gerçekleştiren satıcının -faaliyetlerinden hedeflenen gelir düzeyinin tahliline çalışılırken- fiilen ulaştığı geliri de bu analize bir veri olarak dahil edilecektir.

Faaliyetlerinden işletmesinin ticari olduğu anlaşılan işletme sahibinin; *"esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetleri"* icra etme niyetinde olmadığı, enflasyon sebebiyle ikinci el otomobil piyasasının çok yüksek fiyatlandığı yönündeki beyanlarına itibar edilmemelidir. Zira enflasyon fiyatların artış hızını ifade etmekte olup enflasyonun düşmesi varsayımında mevcut fiyatlar gerilememektedir. Bu bakımdan fiyat kaynaklı itirazların geçici/arızi olduğuna hükmedilemeyecektir. Öte yandan işletmecinin, otomobile olan talebin aşırı arttığı bir dönemde öngörülen limitlerin üzerinde gelir etmesi halinde bu talep artışının geçici/arızi olduğu açıkça anlaşılabiliyorsa ticari işletme yerine bir esnaf işletmesinden söz etmek mümkün olacaktır.

---

82 Ülgen vd., Ticari İşletme Hukuku, 2015, s. 163-164.

83 Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun 68'inci maddesinde, "*Bu Kanun kapsamındaki esnaf ve sanatkârlar, yanlarında çalışanlar hariç, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren durumlarını otuz gün içinde bağlı bulundukları sicile tescil ve Sicil Gazetesinde ilan ettirmekle yükümlüdürler. Bu yükümlülüğü yerine getirmediği tespit edilenler birlik tarafından ruhsat vermekle yetkili ilgili kurum ve kuruluşlara bildirilir. İlgili kurum ve kuruluşlar, sicil kaydı yapılana kadar bunların faaliyetlerini durdurur..."* hükmü bulunmaktadır.

İkinci el otomobil satış işlemleriyle ilgili faaliyetlerin; organizasyon ile aleniyet, devamlılık ve bağımsızlık unsurlarını taşıdığı ancak faaliyetlerinden esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutmadığı anlaşılabilir. Bu halde işletme -TTK m. 15'te bir sınırın hedeflenmesi yerine gelirin elde edilmesinden söz edilmesine rağmen- esnaf işletmesi olarak kabul edilmelidir. Örneğin 4 adet alt sınıf ikinci el otomobil veya ikinci el motosikletin satışa sunumunu yapan, satış anlaşmasını yapan, satış işlemini yapmaya başlayan yahut satış işlemini yapan bir gerçek kişinin sıfatı bu şekilde tayin edilecektir. Ayrıca burada belirtilmelidir ki Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nda (ESMKK) bulunan ve Koordinasyon Kurulunca belirlenen kollardan[84] birinde faaliyet göstermeyen bir kişinin işletmesinin, esnaf işletmesi olarak kabulünü mümkün görmeyen hükmün TTK açısından uygulanması mümkün değildir[85]. Zira günümüzde iktisadi işletmeler çok farklı şekillerde oluşturulabilmektedir ve bütün bunlara hukuki bir nitelendirme yapmak elzemdir. Ancak söz konusu esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dâhil olmayı zorunlu tutan hüküm bazı belirsizlikler oluşturacak niteliktedir. Örneğin ekonomik faaliyetinde bedeni çalışması yahut sermayesi ağır basan, geliri belirlenen sınırları aşmayan ve Koordinasyon Kurulunca yayımlanan esnaf ve küçük sanatkâr kollarından birinde de faaliyet göstermeyen bir işletmenin sıfatı üzerinde TTK'nin amacı ve kanun koyucunun iradesine aykırı olarak belirsizlikler oluşacaktır. Başka bir deyişle esnaf ve sanatkâr kolları listesine faaliyeti öngörülemediğinden dahil edilmeyen yahut bilinçli olarak bahse konu listede sayılmayan işletmeler bulunabilir. Geliri söz konusu sınırları aşmayan bu işletmeleri, esnaf işletmesi olarak kabul etmemenin özgürlükleri kısıtlayıcı nitelikte olup dağıtıcı adalet ilkesini zedeleyebileceği kanaatindeyiz.

Burada ayrıca belirtilmelidir ki TTK m. 15'te esnafın ekonomik faaliyetinin sermayeden çok bedeni çalışmaya dayandırması gerektiği yönünde hüküm bulunmaktayken ESMKK'de esnaf, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran kişi olarak ifade edilmiştir. Bu bakımdan normlar hiyerarşisinde aynı düzeyde bulunan iki norm aynı konuda açıkça birbiriyle çatışmaktadır. Çatışmaya esas teşkil eden Kanunlar tetkik edildiğinde TTK'nin 13.01.2011 tarihinde kabul edildiği ve 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girdiği gö-

[84] http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/02/20190213-3.pdf, (14.08.2022).

[85] Benzer görüşte bkz. Demirkapı, "Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi", s. 410-411.

rülmektedir[86]. TTK'ye nazaran özel kanun teşkil eden ESMKK'nin ise 07.06.2005 tarihinde kabul edildiği ve 21.6.2005 tarihinde yürürlüğe girdiği[87] görülmektedir. Bu bakımdan genel nitelikli kanun özel nitelikli kanuna kıyasla daha yenidir. Böylelikle çatışma, kanunun hazırlık çalışmaları ve amacı başta olmak üzere tüm yorum araçlarına başvurularak yapılacak yorum sonucunda kanun koyucunun iradesinin saptanmasıyla çözümlenmelidir[88].

TTK'nin amacına yukarıda değinilmiş olup ayrıca belirlenen sınırları aşmayı hedeflememiş ve işletmesinde ağırlıklı olarak sermaye unsuruna dayalı faaliyetler yürütülen bir işletmenin hukuki statüsü üzerinde doğacak belirsizlik mevcuttur. Ayrıca TTK m. 11 ve TTK m. 12'de tacir sıfatı ile ilgili hükümler düzenlenirken ekonomik faaliyetinin bedenî çalışmasından fazla sermayesine dayandığı hakkında bir hüküm öngörülmemiştir. Sayılan hususlar karşısında faaliyetin sermayeden ziyade bedeni çalışmaya dayanması şartını, kanun koyucunun iradesi ve amacıyla atfedilen kapasite şartıyla birlikte değerlendirerek bu konuda özel kanunun uygulanması gerektiği söylenebilir.

Bu başlık altında yapılan açıklamaların atıf yaptığı ticari işletme ile esnaf işletmesi arasındaki sınır ise TTK m. 11/2 uyarınca Cumhurbaşkanı (Bakanlar Kurulu) kararıyla belirlenir. Bu sınırın belirlenmesinin çıkarılacak Kararnamelere hasredilmesi, değişen şartlara uyum sağlanması diğer bir deyişle ihtiyaç duyulduğunda kısa sürede sınırlarda değişiklik yapılabilmesi imkânının temini bakımından isabetlidir[89].

TTK hükümlerine dayalı olarak henüz bir Kararname çıkarılmamıştır. Bu nedenle anılan TTK'ye göre[90] yeni bir Karar çıkarılana kadar -öğretide Esnaf Kararnamesi olarak adlandırılan[91]- 2007 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi[92]

---

86 TTK m. 1534/1'de fıkrasına göre mezkûr Kanun 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girer.

87 ESMMK'nin 77'nci maddesine göre mezkûr Kanun, yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

88 M. Kemal Oğuzman - Nami Barlas, ***Medeni Hukuk***, 22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 82.

89 Ülgen vd., Ticari İşletme Hukuku, 2015, s. 154.

90 Bkz. 6103 Sayılı Kanun'un 10'uncu maddesi.

91 Bozer - Göle, Ticari İşletme Hukuku, s. 14.

92 2007 tarihli BK Kararnamesiyle *"5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanununun 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ve 63'üncü maddesi ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 12'nci ve 17'nci maddelerinin uygulaması bakımından;*

a) Esnaf ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunun tespit edeceği ve Resmî Gazete'de yayımlanacak esnaf ve sanatkâr meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliye-

uygulanacaktır[93]. Bu bakımdan 213 sayılı VUK'un 177'nci maddesinin[94] birinci fıkrasının (1) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, (2) numaralı bendinde yazılı nakdi limitin tamamını aşmayanlar esnaf sayılacaklardır.

Sınırı belirleyecek olan bahse konu Kararnameye atıf yapan TTK'nin 11'inci maddesinin 2'nci fıkrasına gönderme yapan TTK'nin 15'inci maddesinde "çıkarılacak kararname" ifadesinin kullanılması ise dikkate değerdir. Nitekim 6103

---

tini sermayesi ile birlikte bedeni çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunanlardan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 177'nci maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan nakdi limitlerin yarısını, (2) numaralı bendinde yazılı nakdi limitin tamamını aşmayanların esnaf ve sanatkâr sayılmaları ile esnaf ve sanatkâr siciline ve dolayısıyla esnaf ve sanatkarlar odalarına kaydedilmeleri,

Ancak, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı iken, daha sonraki yıllarda yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı, esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerini aşanların kendileri istemedikçe ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği bünyesindeki odalara kayıt için zorlanmaması, yıllık alış veya satış tutarları ya da gayri safi iş hasılatı esnaf ve sanatkâr sayılma hadlerinin altı katını aşanların ise kayıtlarının, esnaf ve sanatkâr sicili marifetiyle ticaret siciline aktarılması,

b) 213 sayılı Vergi Usul Kanununa istinaden birinci sınıf tacir sayılan ve bilanço esasına göre defter tutanlar ile işletme hesabına göre defter tutan ve bu Kararın (a) bendinde belirtilenlerin dışında kalanların tacir ve sanayici sayılmaları ile ticaret siciline ve dolayısıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin bünyesindeki odalara kaydedilmeleri,

kararlaştırılmıştır."

93 TTK m. 12/1'de yer alan *"Bakanlar Kurulunca çıkarılacak kararnamede gösterilir"* ibaresi 2.7.2018 tarihli ve 700 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 192'nci maddesiyle *"Cumhurbaşkanı kararıyla belirlenir"* şeklinde değiştirilmiştir. Ancak değişikliği müteakip henüz bir Cumhurbaşkanlığı kararı çıkarılmamıştır.

94 Kararnamenin işaret ettiği VUK m. 127'ye göre *"Aşağıda yazılı tüccarlar, I'inci sınıfa dahildirler:*

1. Satın aldıkları malları olduğu gibi veya işledikten sonra satan ve yıllık alımlarının tutarı 7.200.000.000 (400.000 TL) lirayı veya satışlarının tutarı 8.640.000.000 (570.000 TL) lirayı aşanlar;

2. Birinci bentte yazılı olanların dışındaki işlerle uğraşıp da bir yıl içinde elde ettikleri gayri safi iş hasılatı 3.600.000.000 (200.000 TL) lirayı aşanlar;

3. 1 ve 2 numaralı bentlerde yazılı, işlerin birlikte yapılması halinde 2 numaralı bentte yazılı iş hasılatının beş katı ile yıllık satış tutarının toplamı 7.200.000.000 (400.000 TL) lirayı aşanlar;

4. Her türlü ticaret şirketleri (Adi şirketler iştigal nevileri yukardaki bentlerden hangisine giriyorsa o bent hükmüne tabidir.);

5. Kurumlar Vergisine tabi olan diğer tüzelkişiler (Bunlardan işlerinin icabı bilanço esasına göre defter tutmalarına imkan veya lüzum görülmeyenlerin, işletme hesabına göre defter tutmalarına Maliye Bakanlığınca müsaade edilir.);

6. İhtiyari olarak bilanço esasına göre defter tutmayı tercih edenler." Düzenlemede parantez içerisinde zikredilen tutarlar 2022 yılında geçerli olan miktarlardır.

Sayılı Kanun'un 10'uncu maddesinin 1'inci fıkrasıyla söz konusu Bakanlar Kurulu Kararı çıkarılıncaya kadar yürürlükte bulunan düzenlemelerin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan kanun koyucuda, 2007 senesinde çıkarılan Kararnamenin TTK ile yeterli paralellikte olmadığı ve 6102 sayılı Kanun uyarınca bir Kararname çıkarılması gerektiği kanaatinin oluştuğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de ESMKK ile aynı hükümlerin yer aldığı mezkûr Kararnamenin -ESMKK ile ilgili yapılan açıklamalara paralel olarak- TTK hükümlerine aykırı olan hükümlerinin uygulama alanı bulması mümkün değildir. Zira Kararnameler, 1982 Anayasa'nın 11'inci maddesinde düzenlenen Anayasanın Üstünlüğü ilkesine ve bu ilkeye dayalı normlar hiyerarşisine aykırı olamaz. Dolayısıyla Kararnamenin TTK için esnaf kavramının belirlenmesinde işlevi yalnızca hedef tutulan gelire ilişkin sınırın belirlenmesi olacaktır[95]. Bu sınırı da Hazine ve Maliye Bakanlığı, bir önceki yılda uygulanan had ve tutarları yeniden değerleme oranında artırmak suretiyle her yeni yıl değiştirmektedir[96].

SONUÇ

İkinci el otomobil alım satımı faaliyetlerinin ilgili pazarda yükselmesi sonucunda kanun koyucu, vergi düzenlemelerinin uygulanması açısından net bir belirleme vazetmiştir. Buna göre bir takvim yılında dört veya daha fazla ikinci el motorlu kara taşıtının satışını yapan gerçek kişilerin faaliyetlerini ticari, satışlarından elde ettikleri kazançları da ticari kazanç olarak kabul etmiştir. İşte bu gerçek kişilerin faaliyetlerine TTK'nin hükümlerinin uygulanabilmesi için söz konusu faaliyetlerin TTK'nin merkez kavram olarak yer verdiği ticari işletme bakımından incelenmesi önem arz etmektedir. Bu amaç doğrultusunda ülkemiz içtihatları ile vergi düzenlemeleri ve karşılaştırmalı hukuktan yararlanılarak bir takvim yılı içinde üçten fazla ikinci el otomobili satışa sunan, satış işlemini yapmaya başlayan, satış anlaşmasını yapan veya satışını yapan gerçek bir kişinin faaliyetlerinden esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tuttuğunun anlaşılması halinde bu faaliyetlerin bir ticari işletmeye vücut vereceğini söylemek mümkündür.

---

95 Demirkapı, "Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi", s. 416.

96 2022 yılında yıllık satış tutarı olarak bu sınır, satın alınan malları olduğu gibi veya işledikten sonra satanlar için 285.000 Türk lirası olarak belirlenmiştir.

KAYNAKÇA

AKSOY DURSUN, Sanem, ***Eşya Kavramı***, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.

ANSAY, Tuğrul, "Ticari İşletmenin Sorgulanması", ***Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan***, C. I, İstanbul, 2010, ss. 173-218.

ANTALYA, Gökhan, ***Eşya Hukuku Cilt 1***, 1. Baskı, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2017.

ARKAN, Sabih, ***Ticari İşletme Hukuku***, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış 27. Baskı, Ankara Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, 2021.

ARSLANLI, Halil, ***Kara Ticareti Hukuku Dersleri Umumi Hükümler***, 3. Bası, İstanbul, Fakülteler Mecmuası, 1960.

ASLAN, İ. Yılmaz, ***Ticaret Hukuku Dersleri***, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2012.

AYAN, Mehmet, ***Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili***, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016.

AYDIN, Alihan, "6102 Sayılı (Yeni) Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticarî İşletme Kavramı ve Ticarî İşletmenin Hukukî İşlemlere Konu Olması", ***Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu***, Ed.: Ömer Teoman, Birsen Ok, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2012, ss. 9-20.

AYHAN, Rıza - ÇAĞLAR Hayrettin, ***Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar***, Gözden Geçirilmiş ve Güncellemiş 11. Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2018.

BAHTİYAR, Mehmet, ***Ticari İşletme Hukuku***, Güncellenmiş 16. bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2015.

BARANIUK, Chris, "Why is there a chip shortage?", ***BBC***, 27 August 2021, https://www.bbc.com/news/business- 58230388, (08.10.2022).

BAŞTUĞ, İrfan - ERDEM, Ercüment H., ***Ticari İşletme Hukuku***, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993.

BİLGİLİ, Fatih - DEMİRKAPI, Ertan, ***Ticari İşletme Hukuku***, 6. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, 2016.

BOZER, Ali - Göle, Celal, ***Ticari İşletme Hukuku***, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 7. Bası, Ankara, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 2021.

BOZKURT, Taner, ***Ticari İşletme Hukuku***, 2. baskı, Ankara, Legem Yayıncılık, 2017.

CONNER, John, "Digital Life after Death: The Issue of Planning for a Person's Digital Assets after Death" ***Estate Planning & Community Property Law Journal***, Vol. 3, No. 2, 2011, pp. 301-322, https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/epcplj3&i=305, (09.10.2022).

ÇEKER, Mustafa, ***6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Ticaret Hukuku***, 4. baskı, Adana, Karahan Kitabevi, 2014.

ÇETİNER, Selma - BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, ***Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku***, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

DEMİRKAPI, Ertan, "Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi", ***Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 17, S. 1-2, 2013, ss. 371-441.

DERYAL, Yahya, ***Ticaret Hukuku***, Yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 2. baskı, Trabzon, Derya Kitabevi, 1997.

EREN, Fikret, ***Mülkiyet Hukuku***, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

ERMAN, Hasan, ***Eşya Hukuku Dersleri***, Gözden Geçirilmiş 5. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2014.

HIRSCH, Ernst, ***Ticaret Hukuku Dersleri***, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1948.

İMREGÜN, Oğuz, ***Kara Ticaret Hukuku Dersleri***, İstanbul, Kutulmuş Matbaaası, 1969.

İNAL, H. Tamer, ***Ticarî İşletme Hukuku Uluslararası Ticarî Sözleşmeler Incoterms 2010***, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

KARAHAN, Sami, ***Ticari İşletme Hukuku***, 27. Baskı, Konya, Mimoza Yayıncılık, 2015.

KARAYALÇIN, Yaşar, ***Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme***, Üçüncü Baskı, Ankara, Güzel İstanbul Matbaası, 1968.

KARLI, Halil - TANYAŞ, Mehmet, "Pandemi Durumunda Tedarik Zinciri Risk Yönetimine İlişkin Öneriler", ***İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi (Covid19-Özel Ek)***, İstanbul, C. 19, S. 37, 2020, ss. 174-190.

KAYA, Ferman, ***E-Ticaret Hukuku ve Tüketici Hukukundaki Uygulamaları***, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

KAYAR, İsmail, ***Ticari İşletme Hukuku***, 11. Baskı, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2018.

KAYIHAN, Şaban, ***Ticari İşletme Hukuku***, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

KIZILOT, Şükrü, ***Vergi Uygulamasıyla İlgili Muktezalar ve Danıştay Kararları***, Ankara, Savaş Yayınları, 1987.

KROLIKOWSKİ, Pawel M. - NAGGERT, Kristoph N., "Semiconductor Shortages and Vehicle Production and Prices," ***Economic Commentary***, Vol. 2021-17, 2021, pp. 1-7, https://doi.org/10.26509/frbc-ec-202117, (07.10.2022).

KOCA, Didem, "Sanayi Devrimlerinin Tarihsel Arka Planı ve İşgücü Becerileri Üzerindeki Yansımaları", ***Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi***, C. 16, S. 31, 2020, ss. 4531- 4558.

KOÇ, Mustafa - KOSTAK, Nurcan, "What is Happening to Used Car Prices in Turkey? Evidence From Hedonic Price Model (Hpm)", ***Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi***, S. 46, 2021, ss. 225-240.

LEMERLE, Maxime - GARATTİ, Alexis - LAVAUD, Florentin, "Chip Shortages to Boost Carmakers' Pricing Power in Europe", ***Allianz Trade,*** 27 July 2021, https://www.allianz- trade.com/content/dam/onemarketing/aztrade/allianz- trade_com/en_gl/erd/publications/the-watch/2021_07_27_Impact-of-shortages-on-car-prices.pdf, (07.10.2022).

LIU, Enci et. al., "Research on the Prediction Model of the Used Car Price in View of the PSO- GRA-BP Neural Network", ***Sustainability***, Vol. 14, No. 15, 2022, pp. 1-19, https://www.mdpi.com/2071-1050/14/15/8993, (07.10.2022).

OĞUZMAN, M. Kemal - BARLAS, Nami, ***Medeni Hukuk***, 22. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.

OĞUZMAN, Kemal - SELİÇİ, Özer - OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, ***Eşya Hukuku***, Gözden Geçirilmiş 20. Bası, İstanbul, Filiz Yayınevi, 2017.

ÖNCEL, Mualla vd., ***Vergi Hukuku***, Gözden Geçirilmiş Değişiklikler İşlenmiş 30. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2021.

POROY, Reha - YASAMAN, Hamdi, ***Ticari İşletme Hukuku***, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 18. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.

SEROZAN, Rona, ***Taşınır Eşya Hukuku***, Genişletilmiş 2'nci Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2007.

SILBERG, Gary et.al., "Used car prices could crash-will they?", ***KPMG Advisory***, https://advisory.kpmg.us/content/dam/advisory/en/pdfs/2021/car-crash-design-secured.pdf, (07.10.2022).

SWANSON, Ana - EDMONDSON, Catie, "Commerce Dept. Survey Uncovers 'Alarming' Chip Shortages", https://www.nytimes.com/2022/01/25/business/economy/chips-semiconductors-shortage.html, ***The New York Times***, 25 January 2022, (07.10.2022).

ŞENER, Oruç Hami - UZUNALLI, Sevilay, ***Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku***, Yeni TTK'ya Göre Yeniden Yazılmış 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.

TAŞ, Seyhan - GÜNAY, Enver, "Antik Çağ Toplumlarının Özellikleri, Geleneksel Statüleri ve İktisadi Yapıyı Belirleyen Kurumları", ***KSÜ Sosyal Bilimler Dergisi***, C. 2, S. 12, 2015, ss. 141-166.

TEKİNALP, Ünal, "Türk Ticaret Hukukunu Ticari İşletme Bağlamında Yeniden Düşünmek", ***Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi***, C. 24, S. 3, 2008, ss. 5-16.

TOKSAL, Baki, ***Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. 1***, 1. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1986.

TURHAN, Esener - GÜVEN, Kudret, ***Eşya Hukuku***, Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015.

ÜLGEN, Hüseyin vd. ***Ticari İşletme Hukuku***, Güncellenmiş ve Dördüncü Basıdan Beşinci Tıpkı Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, (Anılış: 2015).

ÜLGEN, Hüseyin vd., ***Ticari İşletme Hukuku***, Güncellenmiş ve Kısmen Yeniden Yazılmış Altıncı Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, (Anılış: 2019).

ÜNAL, Mehmet - BAŞPINAR, Veysel, ***Şekli Eşya Hukuku Giriş Zilyetlik Tapu Sicili***, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2015.

VATAVU, Joanna, "The Importance of Planning for Your Digital Estate", ***Estates, Trusts and Pensions Journal***, Vol. 32, No. 1, 2012 pp. 1-4, https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/espjrl32&i=7, (09.10.2022).

WALSH, Russ, "Current State of the Used Car Market: Inventory & Valuation", ***Federal Reserve Bank of Philadelphia***, 14 July 2021, https://www.philadelphiafed.org/-/media/frbp/assets/events/2021/consumer-finance/fourth-biennial-conference-on- autolending/fed-auto-conf-2021---r-walsh-final.pdf, (08.10.2022).

YILDIZ, Şükrü, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Gerçek Kişilerde Tacir Sıfatının Kazanılması", ***Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu***, Ed.: Ömer Teoman, Birsen Ok, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, 2012, ss. 21-32.

İnternet Kaynakları

https://ekonomi.haber7.com/ekonomi/haber/3164799-otomobil-al-satcilarina-yeni-cozum- kara-listeye-alinacaklar, (08.10.2022).

https://m.flsenate.gov/statutes/320.27, (10.10.2022).

https://www.indyturk.com/node/523831/ekonomi/otomobil-bayileri-satışta-gerçek-alıcı-peşine-düştü, (08.10.2022).

https://www.kazanci.com.tr, (14.08.2022)

https://legalbank.net, (10.10.2022)

https://www.legislation.govt.nz/act/public/2003/0012/latest/DLM188541.html, (10.10.2022).

https://www.mass.gov/info-details/mass-general-laws-c90-ss-7n-14, (10.10.2022).

https://motortraders.tradingstandards.govt.nz/becoming-a-registered-trader/who-needs-to- register/, (10.10.2022).

http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/02/20190213-3.pdf, (14.08.2022).

https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Motorlu-Kara-Tasitlari-Aralik-2021-45703, adresinde Tablo-4 verileri, (08.10.2022).

https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Motorlu-Kara-Tasitlari-Ocak-2022-45704, adresinde Tablo-4 verileri, (08.10.2022).

https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Motorlu-Kara-Tasitlari-Nisan-2022-45707, adresinde Tablo-4 verileri, (08.10.2022).

İSLAM HUKUKUNDA TÜZEL KİŞİLİK[*]

Arş. Gör. Emrah GÖKMEN[**]

Öz

Tüzel kişilik, insanların belirli amaçlara erişmesini sağlamak üzere toplumsal ihtiyaçlardan doğmuş olup sonrasında hukuk düzenince kendisine kişilik verilmiş bir yapıdır. Hukukta tüzel kişilik kavramının ele alınması nispeten yeni bir olgudur. İslam hukukunun klasik doktrininde tüzel kişilikle ilgili bir kavram veya bölüm yer almamaktadır. Ancak modern dönem hukukçuları İslam hukukunda mevcut bazı müesseselerin tüzel kişiliğin birer görünümü olduğu yönünde çalışmalar yapmaktadır. Bu müesseselerin tüzel kişiliğe dair kıstaslar dikkate alınarak incelendiği bir çalışmaya rastlanamamıştır. Bu çalışmada tüzel kişiliğe dair genel bir perspektif sunulmakta, tüzel kişiliğin unsurları ölçüt alınarak İslam hukukunda tüzel kişiliğin görünümü olan müesseseler değerlendirilmekte ve böylelikle "İslam hukukunda tüzel kişilik var mıdır?" sorusu cevaplandırılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Tüzel Kişilik, İslam Hukuku, Vakıf, Devlet, Beytü'l-mâl.

---

[*] Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 28.10.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 26.11.2022.
Atıf Şekli: Emrah Gökmen, "İslam Hukukunda Tüzel Kişilik", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 1349-1366.

[**] İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye.
E-posta: emrahgokmeen@gmail.com.
Orcid: https://orcid.org/0000-0002-5470-2716.

LEGAL PERSONALITY IN ISLAMIC LAW

Abstract

Legal personality is a structure that is born out of social needs in order to enable people to achieve certain goals, and then given personality by the legal order. The concept of legal personality in law is a relatively new phenomenon. In the classical doctrine of Islamic law, there is no concept or section on legal personality. However, modern jurists have been working on the idea that some of the institutions existing in Islamic law are manifestations of legal personality. No study has been found in which these institutions are analysed by considering the criteria of legal personality. In this study, a general perspective on legal personality is presented, the institutions that are the appearance of legal personality in Islamic law are evaluated by taking the elements of legal personality as criteria, and thus the question "Is there legal personality in Islamic law?" will be tried to be answered.

Keywords

Legal personality, Islamic law, Waqf, State, Treasury.

I. GİRİŞ

Bireyler sınırlı yaşam süresi ve ekonomik durum nedeniyle güttükleri amaçları tek başına gerçekleştiremezler. Bu yüzden benzer hedeftekilerin de katılımıyla daha üstün bir güce ulaşılması gerekir. Böylelikle bu hedeflerin gerçekleştirilmesine dönük faaliyetler, sürekli biçimde örgütlenmiş bir yapı sayesinde daha etkin bir şekilde takip edilebilir. Tüzel kişilerin sağladığı bu gibi faydalar dikkate alınarak hukukun ilk ve esas kişisi olan gerçek kişilerin yanı sıra, hükmî bir kişilik daha ihdas edilmiştir. İslam hukuku bakımından konu ele alınırken ilk karşılaşılan soru, İslam hukukunda tüzel kişiliğin bulunup bulunmadığıdır. Çalışmamızda İslam hukukunda tüzel kişiliğin olup olmadığı sorusu; tüzel kişiliğe ilişkin genel bir çerçeve çizildikten sonra, İslam hukukunda tüzel kişiliğin çeşitli görünüm biçimleri arasında yer alan vakıf, beytü'l-mâl, devlet ve şirketler üzerinden her biri bakımından ayrı ayrı cevaplandırılmaya çalışılacaktır.

II. GENEL OLARAK TÜZEL KİŞİLİK

A. Tanımı

Tüzel kişiler, belli bir amacı gerçekleştirmek için kurulmuş, hukuk düzeni tarafından kendilerine hak ve borçlara ilişkin ehliyet tanınmış ayrı bir kişiliğe sahip kişi ya da malvarlığı topluluklarıdır.[1]

B. Tüzel Kişiliği Açıklayan Teoriler

Literatürde tüzel kişilerin kişiliğini temellendirmek üzere varsayım, gerçeklik ve soyutlama olmak üzere üç farklı teori ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki Savigny tarafından geliştirilen varsayım teorisidir. Buna göre bazı toplumsal ve ekonomik gerekliliklere dayalı olarak hukuk düzeni gerçek kişilerin iradesini bu topluluğun iradesi farz ederek hak sahibi olma ehliyetini farazî olarak bunlara vermiştir.[2] Kanun vazeden devlet, bir varsayıma dayalı olarak bir tüzel kişiliği gerçek bir kişi (insan) gibi kabul etmektedir.[3] Burada yapay bir şekilde farazî

---

1 Ahmet M. Kılıçoğlu, ***Medeni Hukuk***, 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2021, s. 474; Yavuz Abadan, ***Hukuk Başlangıcı ve Tarihi***, İstanbul, Kenan Matbaası, 1943, s. 47; O. Gökhan Antalya, Murat Topuz, ***Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri***, C. 1, ed. O. Gökhan Antalya, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 122-123.

2 Adnan Güriz, ***Hukuk Başlangıcı***, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2019, s. 198; Mustafa Dural, Tufan Öğüz, ***Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku***, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 222; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, ***Kişiler Hukuku***, 19. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s. 285.

3 Abadan, Hukuk Başlangıcı ve Tarihi, s. 49; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 285.

mevcudiyete kişilik atfedilmektedir.[4] Sonuç itibariyle bu teoriye göre "Tüzel kişilik, hayat ihtiyaçlarına göre yürürlükte bulunan hukukun kabul ettiği bir varsayımdır."[5]

Tüzel kişiliğin kişiliğini temellendirmeye çalışan ikinci teori olan gerçeklik teorisine göre gerçek kişi gibi tüzel kişi de hak ve fiil ehliyetine sahiptir ve hukuk düzeni tarafından tanınmadan önce de tüzel kişi vardır.[6] Öyle ki tüzel kişi görünmeyen bir insan gibidir, yani gerçekten bir varlığa sahiptir.[7] Tüzel kişiler iradelerini gerçek kişilerden farklı olarak organları aracılığıyla kullanırlar.[8]

Tüzel kişiliğin kişiliğini temellendirmeye çalışan bir başka teori olan soyutlama teorisine göre toplumdaki kişilerin iradesi soyutlanarak tüzel kişilik oluşturulmuştur. Soyutlama teorisini savunanlar varsayım teorisini reddetmekte, tüzel kişinin insan fikrinin oluşturduğu soyutlama suretinde ayrı bir varlık kazanmış yapı olduğunu düşünmektedir.[9]

C. Türleri

Literatürde tüzel kişilik çeşitli açılardan tasnif edilmiştir. Tüzel kişiliği oluşturan unsurlar bakımından tüzel kişiler kişi topluluğu ve malvarlığı topluluğu olarak ikiye ayrılmaktadır. Kişi topluluğu şeklindeki tüzel kişiler belirli bir amacı gerçekleştirmek için bir araya gelmiş kişilerden; malvarlığı topluluğu şeklinde tüzel kişiler ise belli bir amacı gerçekleştirmek için özgülenmiş malvarlığından oluşur.[10]

Tabi olduğu hukuk bakımından tüzel kişiler özel hukuk tüzel kişileri ve kamu hukuku tüzel kişileri olarak ikiye ayrılmaktadır.[11] Bu ayrım tüzel kişinin hangi hukuk hükümlerine tabi olacağını belirlemektedir.

---

4 Sadri Maksudi Arsal, ***Hukukun Umumî Esasları***, C. 1, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, 1937, s. 89.

5 Hüseyin Hatemi, ***Medenî Hukuk Tüzel Kişileri***, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1979, s. 57.

6 Güriz, Hukuk Başlangıcı, s. 199; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 286.

7 Abadan, Hukuk Başlangıcı ve Tarihi, s. 48.

8 Kılıçoğlu, Medeni Hukuk, s. 475; Dural, Öğüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, s. 223; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 286.

9 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 287.

10 Kılıçoğlu, Medeni Hukuk, s. 478.

11 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 287; Antalya, Topuz, ***Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri***, C. 1, s. 123.

D. Ehliyeti

Türk hukukunda ehliyet, hak ehliyeti ve fiil ehliyeti olarak ikiye ayrılmaktadır. Hak ehliyeti TMK m. 8'de, fiil ehliyeti de TMK m. 9'da düzenlenmiştir. Hak ehliyeti, kişinin haklara ve borçlara sahip olabilme ehliyetidir.[12] Fiil ehliyeti, kişinin kendi fiilleriyle hak sahibi olup borç altına girebilme ehliyetidir.[13]

Tüzel kişilerin bağımsız bir hukuk süjesi haline gelmesini sağlayan hak ehliyetidir.[14] Tüzel kişiler hak ehliyeti sayesinde hak elde etmeye ve borç altına girmeye ehildirler.[15] Ayrıca tüzel kişilerin bir faaliyetten yararlanmasında o faaliyetin, tüzel kişinin yapısı ile kuruluş amacına uygunluğu dikkate alınır.[16]

Tüzel kişiler hak ehliyeti çerçevesinde fiil ehliyetine sahiptir ancak hak elde edip borç altına girebilmeleri ancak organları aracılığıyla mümkündür.[17] Tüzel kişiler TMK'nın 49. maddesine göre kanun veya tüzüklerine göre gerekli olan organlara sahip olmalarıyla birlikte fiil ehliyetine sahip olurlar. Serozan'ın deyişiyle gerçek kişiler "olgunlaşmalarıyla", tüzel kişiler "organlaşmasıyla" fiil ehliyetini kazanır.[18]

İslam hukuk doktrininde ehliyet vücûb (hak) ehliyeti ve edâ (fiil) ehliyeti olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir.[19] Vücûb ehliyeti, hak ve borçların doğmasına kişinin elverişli olmasıdır.[20] Edâ ehliyeti, kişinin kimsenin izin ve icazetine gerek olmadan hak ve borç doğurucu işlemler yapabilmesidir.[21]

---

12 Dural, Öğüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, s. 39; Kılıçoğlu, Medeni Hukuk, s. 213.

13 Dural, Öğüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, s. 47; Kılıçoğlu, Medeni Hukuk, s. 216.

14 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 299.

15 Ömer Ergün, ***Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu***, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2010, s. 121.

16 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 308; Ergün, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu, s. 165-167; Medeni hukuk tüzel kişileri bakımından ultra vires ilkesinin değerlendirilmesi hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Ergün, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu, s. 167-177.

17 Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 308; Ayan, Ayan, Kişiler Hukuku, s. 237; Arsal, Hukukun Umumî Esasları, C. 1, s. 84; Ergün, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu, s. 182-183, 185.

18 Rona Serozan, ***Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku***, 8. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 502.

19 Ali Bardakoğlu, "Ehliyet", C. 10, İstanbul, ***TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi***, 1994, s. 534; Abdülkerim Zeydân, ***İslâm Hukukuna Giriş***, çev. Ali Şafak, 13. Baskı, İstanbul, Kayıhan Yayınları, 2020, s. 418.

20 Bardakoğlu, "Ehliyet", s. 534; Zekiyüddin Şâban, ***İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)***, çev. İbrahim Kâfi Dönmez, 35. Baskı, Ankara, TDV Yayınları, 2020, s. 384; Mehmet Ayan, Nurşen Ayan, ***Kişiler Hukuku***, 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s. 49; Hüseyin Tekin Gök-

Klasik dönem İslam hukuk doktrininde vücûb ehliyeti ve zimmet[22] kavramları her ne kadar yalnızca gerçek kişiler için kullanılıyor gibi gözükse de aslında devlet, vakıf, beytü'l-mâl, şirket gibi tüzel kişiler için de bunların geçerli olduğu ve doğrudan ya da dolaylı olarak bir tüzel kişilik tasavvurunun bulunduğu görülmektedir.[23] Buna dayalı olarak İslâm hukukunda tüzel kişiliğe sahip müesseselerin vücûb ehliyetinin bulunduğu ifade edilebilir. Vücûb ehliyetine sahip tüzel kişilerin kendi fiilleriyle hak elde edip borç altına girebilmeleri için edâ ehliyetine de sahip olması gerekir. Tüzel kişiliğe sahip müesseseler edâ ehliyetini onu oluşturanlar ve temsilcileri aracılığıyla kullanacaklardır. Bu durum bir sonraki bölümde tüzel kişiliğin çeşitli görünümleri üzerinden somutlaştırılacaktır.

E. Unsurları

Tüzel kişi kavramının içeriğindeki zorunlu unsurlar; sürekli amaç unsuru, örgütlenme unsuru, bağımsızlık unsuru ve hukuk düzenince tanınmadır.[24] Bunlara ek olarak bir tüzel kişiliğin kurulduğundan bahsedebilmek için; iradenin kişilik kurma sonucuna yönelmesi ve hukuki işlemin geçerlilik şartlarına uyulması gerekmektedir.[25]

Tüzel kişi, tanımında da yer alan ve toplumsal ihtiyaçlara cevap veren yönü olarak ve belki de tüzel kişiliğin varlık sebebi olarak görülebilecek olan sürekli

---

menoğlu, ***İslâm'da Şahsiyet Hakları***, Ankara, TDV Yayınları, 1996, s. 57; Sava Paşa, ***İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt***, C. 1-2, 2. Baskı, İstanbul, DİB Yayınları, 2017, s. 503; Mehmet Erdoğan, ***Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü***, 7. Baskı, İstanbul, Ensar Yayınları, 2019, s. 607; Mustafa Avcı, ***Türk Hukuk Tarihi***, 9. Bası, Konya, Atlas Akademi, 2020, s. 266; Mehmet Akif Aydın, ***Türk Hukuk Tarihi***, İstanbul, Beta Yayınları, 2019, s. 208; Zeydân, İslâm Hukukuna Giriş, s. 418.

21 Bardakoğlu, "Ehliyet", s. 536; Şâban, İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh), s. 385; Ayan, Ayan, Kişiler Hukuku, s. 51; Gökmenoğlu, İslâm'da Şahsiyet Hakları, s. 58; Sava Paşa, İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt, C. 1-2, s. 503; Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, s. 115; Avcı, Türk Hukuk Tarihi, s. 266; Aydın, Türk Hukuk Tarihi, s. 209; Zeydân, İslâm Hukukuna Giriş, s. 419.

22 Zimmet, "insanın hukukî anlamda kişilik/şahıs olma özelliği ve bunun bir sonucu ve türevi olarak hukukî kişinin borçlarının belirli bir süre varlıkta kaldığı (sabit olduğu) bir yer ve mahal"dir. Eyyüp Said Kaya, Hasan Hacak, "Zimmet", C. 44, İstanbul, ***TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi***, 2013, s. 424.

23 Bardakoğlu, "Ehliyet", s. 535; Benzer bir yaklaşım için ayrıca bkz. Mahdi Zahraa, "Legal Personality in Islamic Law", ***Arab Law Quarterly***, C. 10, No: 3, 1995, s. 204.

24 Dural, Öğüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, s. 209-213.

25 Hatemi, Medenî Hukuk Tüzel Kişileri, s. 8.

bir amaca yönelmelidir.[26] Tüzel kişilerin amaçları TMK m. 47/II hükmü uyarınca hukuka ve ahlaka aykırı olamaz.

Tüzel kişiliğin kazanılmasında gerçek kişilerden ayrı ve bağımsız bir örgütlenmeye sahip olunması unsuru rol oynamaktadır.[27] Kendisini oluşturan kişilerden bağımsızlığı sayesinde tüzel kişilik hak elde eder ve borç altına girer.[28]

Bir diğer unsur, tüzel kişiliğin onu oluşturanlardan bağımsız biçimde var olmasını sağlayan bağımsızlıktır.[29]

Hangi kişi ve mal topluluklarının bağımsızlaştırılabileceği hususu sınırlı sayı prensibi (numerus clausus) uyarınca ancak kanunla belirlenebilmektedir.[30] Bu da hukuk düzenince tanınma unsurudur.

İslam hukuku bakımından kanun ifadesi yerine hukuk düzenince tanınma ifadesinin daha yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü yalnızca kanuni bir düzenlemenin varlığını aramak hem İslam hukukunun içtihat hukuku olması karakteriyle bağdaşmaz hem de tüzel kişilik meselesinin çözümüne hizmet etmez.

III. İSLAM HUKUKUNDA TÜZEL KİŞİLİĞİN GÖRÜNÜMLERİ

A. Genel Olarak

İslam hukuku doktrini klasik dönem ve modern dönem olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Klasik doktrinde tüzel kişi terimine ve bu ismi taşıyan bir bölüme rastlanmaz. Dolayısıyla klasik dönem İslam hukukçuları dönemin koşulları içerisinde tüzel kişiliği sistemli bir şekilde ele almamışlardır.[31]

---

[26] Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 283.

[27] Kılıçoğlu, Medeni Hukuk, s. 481; Dural, Öğüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, s. 211; Serozan, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, s. 494; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 282.

[28] Antalya, Topuz, Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, C. 1, s. 123.

[29] Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 283.

[30] Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 284; Kılıçoğlu, Medeni Hukuk, s. 477-478; Dural, Öğüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, s. 212; Arsal, Hukukun Umumî Esasları, C. 1, s. 85; M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, ***Medenî Hukuk***, 27. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2021, s. 162.

[31] Murtaza Köse, "İslâm Hukuku ve Modern Hukuka Göre Tüzel Kişilik", ***EKEV Akademi Dergisi***, C. I, No: 2, 1998, s. 226.

Tüzel kişi teriminin ancak 19. yüzyılın başında kullanılmaya başlanmıştır. Tüzel kişi teriminin İslam hukukunda tespit edilmeyişinin bu terime ilişkin düzenlemelerin ve kurumların İslam hukukunda bulunmadığı anlamına gelmemektedir.[32] İslam hukukçuları bu terimi karşılayan kurumlarla ilgili hukuki kurallar koyarak çeşitli düzenlemeler getirmişlerdir.[33]

Tüzel kişiliğin modern hukuktaki haliyle tarihsel süreç içerisinde ortaya çıkması ve gelişmesi sonucu modern dönem İslam hukukçuları tarafından çeşitli müesseselerin "tüzel kişilik" kavramıyla belirli ölçüde örtüştüğü ortaya konulmuş, buradan hareketle İslam hukukunda da tüzel kişiliğin bulunduğu yargısına ilişkin zimmet, ehliyet, şahıs, naslar üzerinden doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.[34] İslam hukukunda devlet, beytü'l-mâl ve vakıf gibi çeşitli kurumların taşıdığı özellikler dolayısıyla birer tüzel kişilik olarak öngörülebileceği üzerinde durulmaktadır.[35] Öyle ki İslam hukukunda her zimmet sahibi kimse bir kişi olarak kabul edilmektedir. Bunların başında insan gelmekle birlikte, toplumsal yapıdaki değişiklikler ve ihtiyaçlar neticesinde hükmi birtakım kişiler de oluşagelmiştir.[36]

---

[32] Aydın, Türk Hukuk Tarihi, s. 224-225; İrem Karakoç, ***Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Müessesesi***, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 304; Ergün, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu, s. 13-14.

[33] Ahmet İkbal Aydın, "Hz. Peygamber Devrindeki Kurumların Tüzel Kişilik Açısından İncelenmesi", Sakarya, ***Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 1999, s. 9; Mustafa Uzunpostalcı, "İslâm Hukukunda Şahsiyet ve Hakiki Şahıs", ***İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi***, C. 4, No: 7, 2006, s. 58; Zahraa, "Legal Personality in Islamic Law", s. 206.

[34] Yusuf Balta, "Modern ve İslam Hukuku Açısından Tarihi Süreçte Tüzel Kişilik", ***Amasya İlahiyat Dergisi***, No: 17, 2021, s. 469; İbrahim Kâfi Dönmez, "Şahıs", C. 38, İstanbul, ***TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi***, 2010, s. 271; Bunun aksini düşünenler de bulunmaktadır. Örneğin Schacht İslam hukukunun tüzel kişiliği tanımadığını belirtmektedir. Bkz. Joseph Schacht, ***İslam Hukukuna Giriş***, çev. Mehmet Dağ, Abdülkadir Şener, 1. Baskı, Ankara, Otto Yayınları, 2018, s. 148; Ancak doktrinde Zerkâ bu düşünceyi benimseyenlere detaylı bir şekilde cevap vermektedir. Bkz. Mustafa Ahmed Zerka, ***İslam Hukuku 2***, çev. Servet Armağan, 2. Baskı, İstanbul, Gündönümü Yayınları, 2006, s. 1090-1093; Benzer biçimde Ansay da İslâm hukukunun tüzel kişilik mefhumuyla meşgul olmadığını ve şirket, cemiyet gibi müstakil müesseseler halinde kurumların İslâmda tanınmadığını belirtmektedir. Bkz. Sabri Şakir Ansay, ***Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku***, 2. Bası, Ankara, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik, 1954, s. 75; Saymen de aynı yönde görüş beyan etmektedir. Bkz. Ferit H. Saymen, ***Türk Medenî Hukuku Cilt II Şahsın Hukuku***, İstanbul, Kenan Matbaası, 1948, s. 236.

[35] Köse, "İslâm Hukuku ve Modern Hukuka Göre Tüzel Kişilik", s. 229-230.

[36] Ahmet Akgündüz, ***İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi***, 3. Baskı, İstanbul, OSAV, 2013, s. 54-55.

B. Vakıf

Vakıflar, İslam hukukunda tüzel kişiliğin en önemli örneklerindendir.[37] Vakıf, bir malın mâliki tarafından dinî, içtimaî ve hayrî bir amaç güdülerek ebediyen tahsisini konu edinen bir malvarlığı topluluğudur.[38] Vakıflar, tek taraflı bir hukuki işlemle kurulur.[39]

Vakıf, mütevelli heyet aracılığıyla hak elde eder ve borç altına girer.[40] Vakfın kendine özgü malvarlığı vardır ve vakfedilme gayesine sarf edilir.[41] Vakıf kendisini yönetenlerden bağımsız bir varlığa sahiptir.[42]

Türk hukuk doktrininde İslam hukukunda vakfın tüzel kişiliğiyle ilgili olarak hukukçuların genel kanaati olumludur. Velidedeoğlu'na göre vakıf kurumu İslam hukukunun en ince detaylarına kadar işlenmiş kurumlarından biridir.[43] Kılıçoğlu'na göre İslam hukukunda vakıf şeklindeki tüzel kişilikler geniş bir uygulama alanı yanında önemli toplumsal işlevleri de yerine getirmiştir.[44] Hatemi, İslam hukukunda vakfetme eylemi sonucunda bağımsız bir tüzel kişiliğin meydana geldiğini ileri sürmektedir.[45] Cin&Akyılmaz da İslam hukukunda vakfın bir çeşit tüzel kişi olarak kabul edildiğini belirtmektedir.[46] Akgündüz de İslam huku-

---

37 Aynı yönde bkz. Gökmenoğlu, İslâm'da Şahsiyet Hakları, s. 44; İslam hukukunda vakfın tüzel kişiliğinin, beytü'l-mâl, devlet gibi diğer kurumlara nazaran daha az tartışmasız olduğunu; dolayısıyla da vakfın tüzel kişiliğinin tartışmalı olduğunu ifade etmenin yerinde olmadığını düşünmekteyiz. Bkz. Karakoç, Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Müessesesi, s. 303.

38 Hacı Mehmet Günay, "Vakıf", C. 42, İstanbul, ***TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi***, 2012, s. 475; Vakıfla ilgili vakfedilen malın vakfedenin mülkiyetinden çıkıp çıkmadığına bağlı olarak farklı tanımlar bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Günay, "Vakıf", s. 475-476; Murtaza Köse, ***İslâm Hukuku Açısından Hükmi Şahsiyet***, İstanbul, Işık Akademi Yayınları, 2009, s. 165.

39 Günay, "Vakıf", s. 476.

40 Mehmet Ali Yargı, "İslam Hukukunda Tüzel Kişilik Kavramı", ***Bursa Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 1996, s. 58; Aydın, Türk Hukuk Tarihi, s. 226; Avcı, Türk Hukuk Tarihi, s. 287; Ekrem Buğra Ekinci, ***İslâm Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler***, 3. Basım, İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, 2018, s. 358; Zerka, İslam Hukuku 2, s. 1085-1086; Günay, "Vakıf", s. 478; Aydın, "Hz. Peygamber Devrindeki Kurumların Tüzel Kişilik Açısından İncelenmesi", s. 108; Akgündüz, İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, s. 56; Köse, İslâm Hukuku Açısından Hükmi Şahsiyet, s. 168; Zerka, İslam Hukuku 2, s. 1085.

41 Zerka, İslam Hukuku 2, s. 1085.

42 Zahraa, "Legal Personality in Islamic Law", s. 205.

43 Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, ***Medenî Hukuk***, İstanbul, Gün Matbaası, 1969, s. 131.

44 Kılıçoğlu, Medeni Hukuk, s. 474.

45 Hatemi, Medenî Hukuk Tüzel Kişileri, s. 54.

46 Halil Cin, Gül Akyılmaz, ***Türk Hukuk Tarihi***, 11. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, 2019, s. 325.

kunda hükmi şahısların bulunduğu ve bunların başında vakıfların geldiğini belirtmektedir.[47] Akman'a göre kuruluşunun tamamlanmasıyla birlikte vakıf tüzel kişiliğini kazanmaktadır.[48] Özsunay'a göre İslam hukukunda tüzel kişilik sadece vakıflar için tanınmış, şirketler ve dernekler için kabul edilmemişti.[49] Dural&Öğüz'e göre İslam hukukunda tüzel kişilik sadece vakıflara tanınmıştı.[50] Berki'ye göre vakfın hukukî niteliği bir özel hukuk tüzel kişiliği olmasıdır.[51] Köprülü, İmameynin[52] görüşlerini izah ettikten sonra her ikisinin de vakfa müstakil bir varlık atfettiklerinden bahsetmektedir.[53]

C. Beytü'l-mâl

Beytü'l-mâl, devlete ait malların muhafaza edildiği fiziki varlığın yanı sıra bu malların idaresiyle ilgili hukuki kurumu da ifade etmektedir.[54] Beytü'l-mâl, devlet mallarının toplandığı yer olması itibariyle bir malvarlığı topluluğudur.[55]

Beytü'l-mâlde Hz. Peygamber dönemindeki birçok çalışanın varlığı ile özellikle Hz. Ömer dönemlerindeki teşkilatlı yapı dolayısıyla bir örgütlenme bulunmaktadır.[56] Beytü'l-mâlin malvarlığı devlet başkanının malvarlığından ayrı ve bağımsızdır; bu da tüzel kişilik vasıflarından bağımsızlığa işaret etmektedir.[57] Beytü'l-mâl, alacaklı ve borçlu olabilmekte ve davada taraf sıfatına sahiptir.[58] Beytü'l-mâlin temsilcisi ve icra organı devlet başkanı veya onun görevlendire-

---

47 Akgündüz, İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, s. 56.

48 Ahmet Akman, ***Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi***, 1. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 57.

49 Ergun Özsunay, ***Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler***, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1978, s. 18.

50 Dural, Öğüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, s. 221.

51 Şakir Berki, "Vakfın Mahiyeti", ***Vakıflar Dergisi***, No: 8, 1969, s. 5.

52 İmameyn: İmam Muhammed ve İmam Ebu Yusuf.

53 Bülent Köprülü, "Tarihte Vakıflar", ***AÜHFD***, C. 8, No: 3-4, 1951, s. 514.

54 Mehmet Erkal, "Beytülmâl", C. 6, İstanbul, ***TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi***, 1992, s. 90; Yargı, "İslam Hukukunda Tüzel Kişilik Kavramı", s. 41.

55 Muhammed Tevfik Tortop, "İslam Hukuku'nda Beytü'l-Mâl'in Tüzel Kişiliği", Isparta, ***Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2017, s. 69.

56 Tortop, "İslam Hukuku'nda Beytü'l-Mâl'in Tüzel Kişiliği", s. 69.

57 Tortop, "İslam Hukuku'nda Beytü'l-Mâl'in Tüzel Kişiliği", s. 70; Yargı, "İslam Hukukunda Tüzel Kişilik Kavramı", s. 47; Aydın, Türk Hukuk Tarihi, s. 226; Avcı, Türk Hukuk Tarihi, s. 286; Zerka, İslam Hukuku 2, s. 1084; Zahraa, "Legal Personality in Islamic Law", s. 206.

58 Köse, "İslâm Hukuku ve Modern Hukuka Göre Tüzel Kişilik", s. 29; Tortop, "İslam Hukuku'nda Beytü'l-Mâl'in Tüzel Kişiliği", s. 43-44, 83-84.

ceği memurdur.[59] Beytü'l-mâl, sarf yerleri açıkça nassta belirtilen yerler haricinde kamu menfaatine harcama yapılması bakımından belirli ve sürekli bir amaca hizmet etmektedir.[60] Tüm bu hususlar beytü'l-mâlin tüzel kişiliğinin bulunduğuna işaret etmektedir.[61]

Türk hukuk doktrininde bazı hukukçular beytü'l-mâlin tüzel kişiliğinin bulunduğu yönünde kanaat bildirmektedir. Hatemi'ye göre Beytü'l-mâlin, yani hazinenin devletten ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğunu kabul etmek gerekir.[62] Devlet reisiyle beytü'l-mâlin malvarlığı birbirinden ayrı olup devlet reisinin beytü'l-mâl üzerinde birtakım idari yetkileri vardır.[63] S. Ş. Ansay, Hüseyin Hatemi ve S. S. Onar gibi şahsiyetler beytü'l-mâlin tüzel kişiliğinin bulunduğu kanaatini paylaşmaktadır.[64]

D. Devlet

Devlet; millet, ülke ve egemenlik unsurlarından oluşan ve toplumun hukuki ve siyasi olarak örgütlenmiş olduğu egemen yapıdır.[65] İslam hukukunda devlet, müstakil, hak sahibi olan ve borç altına giren, devlet başkanından ve vatandaşlarından ayrı bir kişiliğe sahiptir.[66] Devletin tüzel kişiliğini desteklemek üzere yapılan anlaşmaların hükümdarlardan bağımsız olarak devleti bağlaması, devlet görevlilerinin hükümdarların ölümünden bağımsız olarak görevlerine devam edebilmeleri gibi gerekçeler bunu desteklemektedir.[67] Ayrıca tüm tasarruf ve işlerinde devleti yetkililer temsil etmekte olup bu bakımdan devletin organları aracılığıyla fiil ehliyetini kullandığından söz edilmektedir.[68]

---

59 Tortop, "İslam Hukuku'nda Beytü'l-Mâl'in Tüzel Kişiliği", s. 86.

60 Tortop, "İslam Hukuku'nda Beytü'l-Mâl'in Tüzel Kişiliği", s. 70; Beytü'l-mâlin amacıyla sınırlı (ultra vires prensibi) kabul edilebileceği hakkında ayrıca bkz. Tortop, "İslam Hukuku'nda Beytü'l-Mâl'in Tüzel Kişiliği", s. 84-85.

61 Murtaza Köse, ***İslâm Hukukunda Anonim Ortaklıklar***, İzmir, Yeni Akademi Yayınları, 2006, s. 183.

62 Hatemi, Medenî Hukuk Tüzel Kişileri, s. 37.

63 Hatemi, Medenî Hukuk Tüzel Kişileri, s. 39.

64 Yargı, "İslam Hukukunda Tüzel Kişilik Kavramı", s. 55.

65 Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, s. 100; Ahmet Yaman, ***İslam Kamu Hukuku***, 1. Baskı, Ankara, Bilimsel Araştırma Yayınları, 2020, s. 54-55.

66 Avcı, Türk Hukuk Tarihi, s. 286; Aydın, Türk Hukuk Tarihi, s. 225; Köse, İslâm Hukuku Açısından Hükmi Şahsiyet, s. 193.

67 Zerka, İslam Hukuku 2, s. 1087.

68 Gökmenoğlu, İslâm'da Şahsiyet Hakları, s. 43.

E. Şirketler

Şirket, iki veya daha çok kişinin mal, emek veya itibarlarını birleştirerek kar elde etmek amacıyla meydana getirdiği birlikteliktir.[69]

İslam hukukunun klasik doktrininde ortak bir şirketler tasnifine rastlanmaz.[70] Genel olarak şirket türleri ibâha, mülk ve akit olarak üç türde incelenebilir.[71] Kısaca insanların mubah şeylerde ortaklaşa kullanımı olarak tanımlanabilecek olan ibâha şirketi, tüzel kişiliğe ilişkin herhangi bir problem oluşturmadığından burada incelenmeyecektir. Mülk şirketi, iki veya daha fazla kişinin şirket akdi olmaksızın bir şeye birlikte sahip olmalarıdır.[72] Akit şirketi, iki veya daha fazla kişinin sermaye ve karı ortak olarak kurdukları şirketlerdir.[73] Hanefi mezhebi şirketleri önce kar, zarar ve sermayelerin eşit olup olmamasına göre mufavaza[74] ve inan[75] olarak ikiye ayırmakta, sonrasında bunlardan birine girmek ve dayandığı ana unsur esas alınmak üzere; sermaye (emvâl)[76], işgücü (a'mâl)[77] ve kredi (vücûh)[78] ortaklığı türlerinden bahsetmektedir.[79] Bunlar haricinde ortak-

---

69 Beşir Gözübenli, "Şirket", C. 39, İstanbul, ***TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi***, 2010, s. 198; Köse, İslâm Hukuku Açısından Hükmi Şahsiyet, s. 170.

70 Doktrindeki farklı tasnifler hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Osman Şekerci, ***İslâm Şirketler Hukuku***, İstanbul, Marifet Yayınları, 1981, s. 167-171.

71 Şekerci, İslâm Şirketler Hukuku, s. 117.

72 Fethi Gedikli, ***Osmanlı Şirket Kültürü***, İstanbul, İz Yayıncılık, 1998, s. 40; Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, s. 528.

73 Gedikli, Osmanlı Şirket Kültürü, s. 42; Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, s. 528.

74 Mufâvaza şirketinde sermaye ortaklar arasında eşit tasarruf yetkisine bölünür ve taraflar arasında hem vekalet hem de kefalet hükümleri uygulanır. Gedikli, Osmanlı Şirket Kültürü, s. 48.

75 İnân şirketinde sermaye, kar ve zarar paylaşımı gibi hususlarda eşitliğin bulunmadığı şirket olup burada ortaklar yalnızca birbirinin vekilidirler. Gedikli, Osmanlı Şirket Kültürü, s. 49-50.

76 Her bir ortağın ortak bir amaca ulaşmak için belirli bir sermaye ortaya koyduğu şirket bir sermaye şirketidir. Hasan Hayri Çırak, "İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet (Tüzel Kişilik)", Erzurum, ***Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2001, s. 162.

77 Ortaklardan her birinin bir işi yapmak ve elde edilen karı eşit veya akitle belirlenen oranda paylaşmak üzere oluşturdukları şirket bir işgücü şirketidir. Çırak, "İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet (Tüzel Kişilik)", s. 161-163.

78 Ellerinde belli sermayesi bulunmayanların bir araya gelerek ve itibarlarını kullanarak mal alıp satmak üzere kurdukları şirket bir kredi (vücuh) şirketidir. Çırak, "İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet (Tüzel Kişilik)", s. 163.

79 Çırak, "İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet (Tüzel Kişilik)", s. 161-163; Gedikli, Osmanlı Şirket Kültürü, s. 45-48.

lardan birinin emeğini diğer tarafın da sermayesini ortaya koyarak oluşturdukları ve karı önceden belirledikleri şekilde aralarında paylaştırdıkları şirket mudârebe şirketidir.[80]

İslam şirketler hukukunda genel olarak konulan sermayenin sıhhati, ortağın güvenirliği, sermayenin kullanımı, kârın paylaşımı ve seçilen iş kolunun ve ticaretin meşruluğu hususlarında duyarlı bir tutum benimsendiği görülmektedir.[81] İslam hukuk doktrininde bu hususlara riayet edilerek yeni isimli şirket türlerinin kurulmasının mümkün olduğunu belirtilmektedir.[82]

Türk hukuk doktrininde Saymen'e göre Mecelle'nin "şirketler"i düzenleyen 1329-1403. maddelerinde tüzel kişiliğe dair herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir.[83] Buradan hareketle yazar, İslam hukukunda şirketlerin tüzel kişiliğinin bulunmadığı görüşündedir. Kılıçoğlu'na göre de İslam hukukunda şirketlere tüzel kişilik tanınmamıştır.[84]

İslam hukuk doktrininde İslam hukukunun klasik döneminde yer alan şirket türleri incelemekte ve buradaki şirketlerin ortaklarının yaptıkları işlerden şahsi sorumluluğunun bulunduğu, ortakların birbiriyle ilişkilerinde vekalet ve kefalet hükümlerinin uygulandığı, şirketlerin mal sahipleri veya temsilcileri tarafından temsil edildiği ve şirketlerin kar ve zararlarının sahiplerinin zimmetinde kaldığı hususları tespit edilmektedir. Bundan sonra bu özellikler çerçevesinde İslam hukukunda şirketlerin tüzel kişiliğinin bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.[85] Kanaatimizce de belirtilen gerekçelere dayalı olarak İslam hukukunun klasik doktrininde yer alan şirket türleri tüzel kişiliğe sahip değildir. Ancak fukahânın eserlerinde yaptıkları şirket tasniflerini tüzel kişilik olarak ele almaması, o dönemin iktisadi, ticari ve zirai koşulları bağlamında değerlendirildiğinde, böyle bir kabulde bulunmayı gerektirmiyordu.[86] Bugünün koşulları ve ihtiyaçları çer-

---

80 Çırak, "İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet (Tüzel Kişilik)", s. 163; Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, s. 529.

81 Osman Şekerci, "İslâm Şirketler Hukuku Açısından Anonim Şirketleri", ***I. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi***, ed. Mehmet Bayyiğit, Konya, Kombad Yayınları, 1997, s. 95.

82 Şekerci, "İslâm Şirketler Hukuku Açısından Anonim Şirketleri", s. 95.

83 Saymen, Türk Medenî Hukuku Cilt II Şahsın Hukuku, s. 236; Ferit H. Saymen, ***Medenî Hukukumuzda Hükmî Şahıslar***, İstanbul, Üniversite Kitabevi, 1944, s. 10.

84 Kılıçoğlu, Medeni Hukuk, s. 474.

85 Gökmenoğlu, İslâm'da Şahsiyet Hakları, s. 45.

86 Köse, İslâm Hukukunda Anonim Ortaklıklar, s. 185-186.

çevesinde bazı şirket türleri bakımından tüzel kişilik tanınması gerekiyorsa buna ilişkin düzenlemeler yapılarak bunun gerçekleştirilebileceği ifade edilebilir.[87]

Buraya kadar İslam hukukunda tüzel kişiliğin görünümlerinden vakıf, beytü'l-mâl, devlet ve şirketler üzerinde durulmuştur. Dernekler müstakil bir başlık haline getirilmemiştir. Çünkü dernekler hakkında klasik doktrinde herhangi bir düzenleme yer almamaktadır.[88] Dolayısıyla bu bağlamda derneklerle ilgili bir tüzel kişilik düzenlemesi bulunmamaktadır. Bunun nedeni olarak İslam hukukunda kişi topluluklarından ziyade mal topluluklarına tüzel kişilik tanınması gösterilmektedir.[89] İncelediğimiz İslam hukukunda tüzel kişilik görünümlerinde bahsettiğimiz karakteristik özellikler dikkate alınarak şöyle bir tablo elde edebilmekteyiz:

Tablo 1. İslam Hukukunda Tüzel Kişiliğin Görünümlerinin Tüzel Kişiliğe İlişkin Unsurlar Açısından Gösterilmesi

Tür/Unsur	Sürekli Amaç	Örgütlenme	Bağımsızlık	Tanınma
Vakıf	✓	✓	✓	✓
Beytü'l-mâl	✓	✓	✓	✓
Devlet	✓	✓	✓	✓
Şirketler	✓	✓	✗	✓

IV. SONUÇ

Bu çalışmada, İslam hukukunda tüzel kişinin var olup olmadığı sorunu üzerinde durulmuştur. Bunun için öncelikle genel olarak tüzel kişilik tanıtılmış ve bunlar arasında en önemlisi olan tüzel kişiliğin unsurları tespit edilmiştir. Bu unsurlar yardımıyla İslam hukukunda yer alan çeşitli müesseseler değerlendirilmiştir.

Bu değerlendirme sonucunda; İslam hukukunda tüzel kişiliğe ilişkin unsurları taşıyan vakıf, beytü'l-mâl ve devletin tüzel kişiliklerinin bulunduğu kanaatine varılmıştır. Öte yandan şirketlerin bağımsızlık unsuruna ilişkin eksikliğinin bulunması nedeniyle şirketlerin tüzel kişiliklerinin bulunmadığı görülmüştür.

---

87 Aynı yönde bkz. Gökmenoğlu, İslâm'da Şahsiyet Hakları, s. 45.

88 Avcı, Türk Hukuk Tarihi, s. 285; Güriz, Hukuk Başlangıcı, s. 197.

89 Akgündüz, İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi, s. 83.

Bununla birlikte genel prensipler gözetilmek suretiyle yeni tip şirketlere tüzel kişilik kazandırılabilmesinin mümkün olduğunu söylemek gerekmiştir.

Bazı hukukçuların İslam hukukunda tüzel kişiliğin bulunmadığına ilişkin çıkarımlarının her durumda geçerli olmadığı sonucuna varılmıştır. Böyle bir yargı yerine her bir kurumun incelenmesi sonrasında bir yargıya varmak daha sağlıklı bir yaklaşım olarak gözükmektedir.

Sonuç itibariyle tüzel kişilik kavramı hukuk düşüncesinin gelişmesiyle birlikte ortaya çıkmış bir kavramdır ve belirli ihtiyaçlara hizmet etmektedir. İslam hukukçuları tarafından bu isimle bir teori ortaya konulmamışsa da İslam hukukunda yer alan vakıf, beytü'l-mâl, devlet, şirket gibi çeşitli kurumlar tüzel kişiliğin görünüm biçimlerini yansıtmaktadır. Toplumsal ihtiyaçlar sonucu bu gibi kurumların birer manevi kişilik olarak kabul edilip gerçek kişilik olan insanların yanında düzenlenmesini gerektirmiştir. Tüzel kişiliğin unsurları çerçevesinde yapılan bir değerlendirme neticesinde ismen zikredilmemiş olsa dahi İslam hukukunda tüzel kişilik kavramının mevcut olduğu ifade edilebilir.

KAYNAKÇA

ABADAN, Yavuz: ***Hukuk Başlangıcı ve Tarihi***, İstanbul, Kenan Matbaası, 1943.

AKGÜNDÜZ, Ahmet: ***İslâm Hukukunda ve Osmanlı Tatbikatında Vakıf Müessesesi***, 3. Baskı., İstanbul, OSAV, 2013.

AKMAN, Ahmet: ***Eski Vakıflar Hukuku ve İdaresi***, 1. Baskı., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.

ANSAY, Sabri Şakir: ***Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku***, 2. Bası., Ankara, İstiklâl Matbaacılık ve Gazetecilik, 1954.

ANTALYA, O. Gökhan, Murat Topuz: ***Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri***, C. 1, ed. O. Gökhan Antalya, 4. Baskı., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.

ARSAL, Sadri Maksudi: ***Hukukun Umumî Esasları***, C. 1, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, 1937.

AVCI, Mustafa: ***Türk Hukuk Tarihi***, 9. Bası., Konya, Atlas Akademi, 2020.

AYAN, Mehmet, Nurşen Ayan: ***Kişiler Hukuku***, 9. Baskı., Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.

AYDIN, Ahmet İkbal: "Hz. Peygamber Devrindeki Kurumların Tüzel Kişilik Açısından İncelenmesi", Sakarya, ***Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 1999.

AYDIN, Mehmet Akif: ***Türk Hukuk Tarihi***, İstanbul, Beta Yayınları, 2019.

BALTA, Yusuf: "Modern ve İslam Hukuku Açısından Tarihi Süreçte Tüzel Kişilik", ***Amasya İlahiyat Dergisi***, No: 17, 2021, ss. 465-500.

BARDAKOĞLU, Ali: "Ehliyet", C. 10, İstanbul, ***TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi***, 1994.

BERKİ, Şakir: "Vakfın Mahiyeti", ***Vakıflar Dergisi***, No: 8, 1969, ss. 1-7.

CİN, Halil - AKYILMAZ, Gül: ***Türk Hukuk Tarihi***, 11. Baskı., Konya, Sayram Yayınları, 2019.

ÇIRAK, Hasan Hayri: "İslam Hukukunda Hükmi Şahsiyet (Tüzel Kişilik)", Erzurum, ***Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2001.

DÖNMEZ, İbrahim Kâfi: "Şahıs", C. 38, İstanbul, ***TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi***, 2010.

DURAL, Mustafa - ÖĞÜZ, Tufan: ***Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku***, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.

EKİNCİ, Ekrem Buğra: ***İslâm Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler***, 3. Basım., İstanbul, Arı Sanat Yayınevi, 2018.

ERDOĞAN, Mehmet: ***Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü***, 7. Baskı., İstanbul, Ensar Yayınları, 2019.

ERGÜN, Ömer: ***Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu***, 1. Baskı., İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2010.

ERKAL, Mehmet: "Beytülmâl", C. 6, İstanbul, ***TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi***, 1992.

GEDİKLİ, Fethi: ***Osmanlı Şirket Kültürü***, İstanbul, İz Yayıncılık, 1998.

GÖKMENOĞLU, Hüseyin Tekin: ***İslâm'da Şahsiyet Hakları***, Ankara, TDV Yayınları, 1996.

GÖZÜBENLİ, Beşir: "Şirket", C. 39, İstanbul, ***TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi***, 2010.

GÜNAY, Hacı Mehmet: "Vakıf", C. 42, ***İstanbul, TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi***, 2012.

GÜRİZ, Adnan: ***Hukuk Başlangıcı***, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2019.

HATEMİ, Hüseyin: ***Medenî Hukuk Tüzel Kişileri***, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1979.

KARAKOÇ, İrem: ***Türk Hukuk Tarihinde Vakıf Müessesesi***, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.

KAYA, Eyyüp Said - HACAK, Hasan: "Zimmet", C. 44, İstanbul, ***TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi***, 2013.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: ***Medeni Hukuk***, 4. Bası., Ankara, Turhan Kitabevi, 2021.

KÖPRÜLÜ, Bülent: "Tarihte Vakıflar", ***AÜHFD***, C. 8, No: 3-4, 1951, ss. 479-518.

KÖSE, Murtaza: "İslâm Hukuku ve Modern Hukuka Göre Tüzel Kişilik", ***EKEV Akademi Dergisi***, C. I, No: 2, 1998, ss. 221-230.

KÖSE, Murtaza: ***İslâm Hukukunda Anonim Ortaklıklar***, İzmir, Yeni Akademi Yayınları, 2006.

KÖSE, Murtaza: ***İslâm Hukuku Açısından Hükmi Şahsiyet***, İstanbul, Işık Akademi Yayınları, 2009.

OĞUZMAN, Kemal - SELİÇİ, Özer - OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: ***Kişiler Hukuku***, 19. Baskı., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020.

OĞUZMAN, M. Kemal, Nami Barlas: ***Medenî Hukuk***, 27. Bası., İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2021.

ÖZSUNAY, Ergun: ***Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler***, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1978.

SAVA PAŞA: ***İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt***, C. 1-2, 2. Baskı., İstanbul, DİB Yayınları, 2017.

SAYMEN, Ferit H.: ***Medenî Hukukumuzda Hükmî Şahıslar***, İstanbul, Üniversite Kitabevi, 1944.

SAYMEN, Ferit H.: ***Türk Medenî Hukuku Cilt II Şahsın Hukuku***, İstanbul, Kenan Matbaası, 1948.

SCHACHT, Joseph: ***İslam Hukukuna Giriş***, çev. Mehmet Dağ, Abdülkadir Şener, 1. Baskı., Ankara, Otto Yayınları, 2018.

SEROZAN, Rona: ***Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku***, 8. Bası., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

ŞÂBAN, Zekiyüddin: ***İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkh)***, çev. İbrahim Kâfi Dönmez, 35. Baskı., Ankara, TDV Yayınları, 2020.

ŞEKERCİ, Osman: ***İslâm Şirketler Hukuku***, İstanbul, Marifet Yayınları, 1981.

ŞEKERCİ, Osman: "İslâm Şirketler Hukuku Açısından Anonim Şirketleri", ***I. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi***, ed. Mehmet Bayyiğit, Konya, Kombad Yayınları, 1997.

TORTOP, Muhammed Tevfik: "İslam Hukuku'nda Beytü'l-Mâl'in Tüzel Kişiliği", Isparta, ***Süleyman Demirel Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2017.

UZUNPOSTALCI, Mustafa: "İslâm Hukukunda Şahsiyet ve Hakiki Şahıs", ***İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi***, C. 4, No: 7, 2006, ss. 55-87.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: ***Medenî Hukuk***, İstanbul, Gün Matbaası, 1969.

YAMAN, Ahmet: ***İslam Kamu Hukuku***, 1. Baskı., Ankara, Bilimsel Araştırma Yayınları, 2020.

YARGI, Mehmet Ali: "İslam Hukukunda Tüzel Kişilik Kavramı", Bursa, ***Uludağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü***, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 1996.

ZAHRAA, Mahdi: "Legal Personality in Islamic Law", ***Arab Law Quarterly***, C. 10, No: 3, 1995, ss. 193-206.

ZERKA, Mustafa Ahmed: ***İslam Hukuku 2***, çev. Servet Armağan, 2. Baskı., İstanbul, Gündönümü Yayınları, 2006.

ZEYDÂN, Abdülkerim: ***İslâm Hukukuna Giriş***, çev. Ali Şafak, 13. Baskı., İstanbul, Kayıhan Yayınları, 2020.

ÇEVİRİLER

TRANSLATIONS

ALMAN FEDERAL VERGİ MAHKEMESİ'NİN X R 57/13 NO.LU VE 06 TEMMUZ 2016 TARİHLİ KARARI[*]:

SÖZLÜ DURUŞMADA (*İN DER MÜNDLICHEN VERHANDLU*NG) VERGİSEL UYUŞMAZLIĞIN KARŞILIKLI ANLAŞMA İLE SONA ERMESİNDEN SONRA İDARECE AYNI İÇERİKLİ DEĞİŞİKLİK İÇEREN BİR TARHİYAT (*ÄNDERUNGSBESCHEIDS*) YAPILMASININ ÇELİŞKİ YASAĞINI (*VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM)* İHLAL EDİP ETMEYECEĞİ HAKKINDA

Çev. / Übersetzt von
Arş. Gör. Adil Selim SAYIN[**]
Çev. / Übersetzt von
Arş. Gör. Rabia YILMAZ[***]

Öz

Vergi idaresinin demokratik bir hukuk devletinde çelişkili davranma yasağına aykırı davranmaması beklenir. Çelişkili davranma yasağı her şeyden önce iyi niyet ve dürüstlük kuralıyla ilintilidir. Yazarlarca çevirisi yapılan bu kararda Alman Federal Vergi Mahkemesi vergi idaresinin tutumunu inceleme konusu yapmış ve çelişkili davranma yasağını göz önünde bulundurarak yapılan ek vergi tarhiyatı hakkında karar vermiştir.

Anahtar Kelimeler

Vergi Yargılaması, Çelişkili Davranma Yasağı, Alman Federal Vergi Mahkemesi, Yazılı Yargılama Usulü, Vergi Tarhiyatı.

(*) BFH, X R 57/13.
İlgili kararın linki için bkz. https://www.bundesfinanzhof.de/de/entscheidung/entscheidungen-online/detail/STRE201710047/ (15.09.2022).

(**) Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı.
E-posta: sayin@tau.edu.tr
Orcid: https://orcid.org/0000-0003-0261-9627.

(***) Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı.
E-posta: rabia.yilmaz@tau.edu.tr.
Orcid: https://orcid.org/0000-0003-4157-9760.

Abstract

In a democratic state of law, the tax administration is expected not to act contrary to the prohibition of contradictory behaviour. The prohibition of inconsistent behaviour is first and foremost related to the rule of good faith and honesty. In this decision translated by the authors, the German Federal Tax Court examined the behaviour of the tax administration and ruled on the additional tax assessment by taking into account the prohibition of contradictory behaviour.

Keywords

Tax Law, Tax Proceedings, Prohibition of Contradictory Behaviour, German Federal Tax Court, Written Procedure, Tax Assessment.

I. KONUNUN TAKDİMİ VE ÖN AÇIKLAMA(****)

Bilindiği üzere Türk vergi hukukunda yargılama safhasında İYUK hükümleri uygulanmaktadır. Bu doğrultuda İYUK md. 1/2 hükmüne göre "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır*."

Diğer yandan duruşma yapılmasına istisnai olarak 17. maddedeki şartların taşındığı durumlara bağlı olmakla birlikte taraflardan birinin isteği üzerine ya da mahkemece resen karar verilebilmektedir[1]. Ancak duruşmadaki beyanların ve sunulan belgelerin temel ispat aracı olan "duruşma tutanağı" yasada düzenlenmemiştir. Bu da yazılılık prensibini kabul eden bir yasada, duruşmanın işlevinin ne olduğu sorusunu beraberinde getirmektedir[2].

Alman vergi hukukunda ise yargılama safhasında Vergi Mahkemesi Yönetmeliği *(die Finanzgerichtsordnung- FGO)* uygulama alanı bulmaktadır. FGO, diğer Alman usul kanunları gibi, sözlülük ilkesine (*Grundsatz der Mündlichkeit*) dayanmaktadır ve bu nedenle kararların sözlü duruşma[3] esnasında **(*in der mündlichen Verhandlu*ng)**[4] verilen beyanlar gözetilerek alınmasını öngörmektedir (FGO md.

(****) Bu başlık ve altındaki metin, orijinal karar metninde yer almamaktadır. Karar metninin ağırlığı ve konunun daha iyi anlaşılması adına uyuşmazlık konusu olayda belirleyici rol oynayan ve iki hukuk sistemi kıyas edildiğinde farklı bir şekilde işleyen yargılama süreci kısaca bu başlık altında eser sahipleri tarafından izah edilmeye çalışılacaktır.

1 Mualla ÖNCEL - Ahmet KUMRULU - Nami ÇAĞAN - Cenker GÖKER, ***Vergi Hukuku***, Turhan Kitabevi, 30. Bası, Ankara 2021, s. 198. İYUK maddelerinin vergi yargılamasına ilişkin olumsuz yansımaları ve detaylı bir sistem eleştirisi için bkz. Mahmut Kaşıkcı, ***Vergi Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi***, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 112 vd.

2 Kaşıkcı, s. 4.

3 Sözlü duruşma kavramı alman hukukundaki "*die mündliche Verhandlung*" kavramını karşılamak üzere kullanılmıştır. Alman hukukunda sözlü olmayan yargılamalar için "*schriftliche Verfahren*" yani yazılı usul yöntemi benimsenmektedir (bkz. md. 128 ZPO). Ancak "*Verhandlung*" kelimesi bir yandan tarafların bir araya gelerek müzakere etmesi fiilini (ingilizce karşılığı *negotiation* bkz. PONS) diğer yandan dava için duruşma yapılması terimini karşıladığından (ingilizce karşılığı *trial/hearing* bkz. PONS) "*die mündliche Verhandlung*" tamlaması için "sözlü duruşma" kavramının daha uygun bir çeviri olduğu kanaati hasıl olmuştur.

4 Belirtilmelidir ki Alman vergi hukukunda, yargılama süreci üç aşamada gerçekleşmektedir. İlk aşamada mahkeme, dava dilekçesi ve davalı vergi dairesinin beyanı uyarınca, yetkililer tarafından gönderilen dosyalar da dahil olmak üzere dava materyallerini toplar. İkinci aşamada, mümkünse hukuki uyuşmazlığı sözlü yargılamada çözmek, sona erdirmek adına, tarafların iştirak ettiği bir "sözlü duruşma (*die mündliche Verhandlung*)" gerçekleştirilir, bkz. Klaus TİPKE, - Joachim LANG, ***Steuerrecht***, Otto Schmidt, 24. Auflage, Köln 2021, s. 1577. Vergi Mahkemesi Yönetmeliği (die *Finanzgerichtsordnung*-FGO) md. 90/2 uyarınca Taraflar, mahkeme kararının tebliğinden itibaren bir ay içinde sözlü yargılama talep edebilirler. Şayet uyuşmazlık söz-

90/I/1). Türk vergi yargılamasından farklı olarak Alman vergi hukukunda tutanağın müspet hukukta açıkça düzenlendiği görülmektedir. FGO md. 94'de "duruşma tutanağı" Alman Hukuk Mahkemeleri Usulü Yönetmeliği (die Zivilprozessordnung-ZPO) md. 159-165 hükümlerine atıf yapılarak düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle ZPO'daki hükümler aynı şekilde vergi yargılaması için de geçerlidir. ZPO incelendiğinde de duruşmada delillerin toplanması sırasında tutanak tutulması zorunluluğunun açıkça düzenlendiği görülecektir (ZPO md. 159).

Alman hukuk sistemindeki sözlü duruşma uyuşmazlıklardaki olguların derinlemesine açıklığa kavuşturulmasına hizmet etmektedir[5]. Zira taraflar ve mahkeme hukuki uyuşmazlığı usul ve esası bakımından kapsamlı olarak tartışma ve tutanağa geçecek şekilde irade beyanında bulunma şansına sahiptir.

Bu sayede yargı aşamasında vergisel uyuşmazlıklar karşılıklı anlaşılarak çözüme kavuşturulmakta, yargılamanın devam etmesine gerek kalmamaktadır. Bununla birlikte, sözlü yargılama ilkesi FGO'da nadiren de olsa ihlal edilebilmektedir. Aksi belirtilmedikçe, mahkeme sözlü duruşmaya dayanarak karar vermektedir. Ancak mahkemenin hüküm niteliğinde olmayan kararları sözlü duruşma yapılmaksızın da verilebilir. Şartlar sağlandığında, mahkeme veya tek bir yargıç (FGO md. 6), mahkeme kararıyla sözlü duruşma olmaksızın karar verebilir (FGO md. 90a/I)[6]. Ancak sözlü duruşmanın esas olduğu ve bizim hukukumuzdakinin aksine sözlü duruşma yapılmaksızın (ve delil niteliğine sahip bir duruşma tutanağı tutulmaksızın) karar vermenin istisnai olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Son olarak bilindiği üzere Türk hukukunda vergisel uyuşmazlıklar, idari aşamada uzlaşma veya vergi hatalarının düzeltilmesi yoluyla çözüme kavuşturulabilmektedir. Ancak bu yöntemler tarafların arasındaki uyuşmazlığı çözümleyip yargılamayı nihayete erdiren, ceza muhakemesinde yer alan uzlaştırma müessesesi (CMK md.253) ya da medeni yargılama usulünde uygulama alanı bulan sulh kurumundan (HMK md.313) farklı olarak yargılama safhasında uygulama alanı bulamamaktadır[7].

---

lü yargılamada hala çözülemedi ise üçüncü bir safha gerçekleştirilir. Bu aşama ise "kanıtların toplanması" ve mahkemenin hükümle karar verdiği aşamadır, bkz. TİPKE-LANG, s. 1577.

5 Michael HENDRİCKS - Christina HİLDEBRAND, "*Praxisforum Steuerrechtsschutz: Überraschung in der mündlichen Verhandlung*", ***UbG - Die Unternehmensbesteuerung***, vol. 11, 2018-10, s. 603.

6 bkz. TİPKE-LANG, s. 1575.

7 Vergi hatalarının yargılama safhasına etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Selim KANETİ - Esra EKMEKCİ - Gülsen GÜNEŞ - Mahmut KAŞIKCI, ***Vergi Hukuku***, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021,

Aşağıda yer alan karardaki somut olayda, vergi idaresi, sözlü duruşmada karşılıklı anlaşmadan sonra Alman Vergi Usul Kanunu'nun (AVUK) *(Abgabenordnung-AO)* 173. maddesi kapsamında, mükellefin vergi tarhiyatına ilişkin dikkate alınması gereken yeni hususların varlığını saptamış ve mükellefe düzeltilmiş vergi tarhiyatı tebliğ etmiştir[8]. Bu durumda vergi idaresi çelişkili davranma yasağını/dürüstlük kuralını ihlal ederek mükellefe aynı vergi muhteviyatını konu edinen başka bir tarhiyat yöneltmiştir. Mahkeme nihai duruma ilişkin olarak tarafların durumunu etraflıca irdelemek suretiyle son noktada aşağıda yer alan karara hükmetmiştir.

A. Ana Prensipler

Vergi mahkemesindeki sözlü duruşmada vergisel uyuşmazlığın mükellef ile karşılıklı rızaya dayalı olarak sona erdirilmesi ihtimal ve imkanına binaen vergi dairesi, vergi mükellefi ile yapılan bir anlaşma akabinde, vergi ihbarnamesini (*Steuerbescheid*) iptal eder[9] ve uyuşmazlığın esastan çözüldüğünü bildirirse, bu doğrultuda mükellef de söz konusu anlaşmaya uygun olarak parasal bir tasarrufta bulunursa, iyi niyet ilkesi *("venire contra factum proprium" yasağı*[10]*)* uya-

---

s. 233: *"Vergi hatasının yargı kararında çözüme bağlanmamış olması gerekir; yargı kararı vergi hatasına ilişkin çözümü içeriyorsa, düzeltme süreci artık işlemeyecektir. Bu yön, yargısal kararların bağlayıcılığının doğal ve zorunlu bir sonucudur. Danıştay'ın içtihadına göre, vergi hatasıyla ilgili iddiaların yargı yerlerinde incelenmekte olması dahi, düzeltme isteminin reddi için yeterlidir".* Uzlaşmanın yargı safhasında fonksiyonu hakkında bkz. VUK Ek Madde 7: *"Müddeti içinde uzlaşma talebinde bulunan mükellef veya ceza muhatabı uzlaşma talep ettiği vergi veya ceza için, ancak uzlaşma vaki olmadığı takdirde dava açma yoluna gidebilir. Mükellef veya ceza muhatabı aynı vergi veya ceza için uzlaşma talebinden önce dava açmışsa dava, uzlaşma işleminin sonuca bağlanmasından önce vergi mahkemelerince incelenmez; herhangi bir sebeple incelenir ve karara bağlanırsa bu karar hükümsüz sayılır."*

8 Alman hukukunda AO kapsamında tarhiyatın düzeltilmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Funda BAŞARAN YAVAŞLAR, ***Vergi Ödevi İlişkisinin Tarafları Üzerinden Alman Vergilendirme Usulü***, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 367 vd.

9 Söz konusu cümlede geçen "aufheben" teknik bir kavram olup "*Yeni vakıalar veya kanıtlar nedeniyle vergi tarhiyatının* ***iptali*** *(Aufhebung) veya değiştirilmesi (Änderung)*" başlıklı AO md. 173/1/1'de düzenlenmiştir. Buna göre: "*Vergi tarhiyatları, daha yüksek miktarda bir vergilendirmeyi gerektiren vakıa veya kanıtların sonradan öğrenilmesi halinde* ***iptal edilecek*** *veya değiştirilecektir*."

10 Venire contra factum proprium, "*önceki ve sonraki davranış arasında çelişki*" anlamına gelmektedir. Bu yasak, önceki davranış ile çelişkinin bir başkasına zarar vermesi, onun durumunu ağırlaştırması halinde, bu çelişkinin yaptırıma bağlanmasını öngörmektedir. Şener AKYOL, ***Medeni Hukukta Çelişki Yasağı***, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 1. Ayrıca bkz. Osman Nazım KIYGI, ***Hukuk ve Ekonomi Terimleri Sözlüğü / Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache***, Beck, München 1997-1999. Vergi hukukunda ilke hakkındaki görüşleri için bkz.

rınca, vergi idaresi mükellef hakkında aynı içeriği konu edinen başka bir vergi tarhiyatı yapamaz. Karar kapsamında değerlendirilmesi gereken son durum ise, mükellefin itirazını (*Einspruch*)[11] geri çekmesi sebebiyle asıl uyuşmazlığın esastan sona erdirilmesidir (*Senato*[12] içtihadındaki daha detaylı açıklamalar için, bkz. 29 Ekim 1987 tarih ve X R 1/80, BFHE 151, 118, BStBl II 1988, 121 sayılı karar).

B. Sonuç

Aşağı Saksonya Vergi Mahkemesi'nin 4 Mart 2013 tarih ve 12 K 279/12 sayılı kararına karşı davalının yaptığı temyiz başvurusu temelsiz bulunarak reddedilmiştir.

Temyiz yargılamasının masrafları davalı tarafından karşılanacaktır.

C. Vakıa

I.

1- Davacı, ki bu temyiz davasındaki davalı taraftır, 2006 takvim yılında bir restoranın *(Gaststätte)* işletilmesinden ticari gelir elde etmiştir *(Alman Gelir Vergisi Kanunu (EStG) md. 15 uyarınca)*. Elde edilen gelir, EStG'nin dördüncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca kâr ve zarar hesabı yapılarak belirlenmiştir.

2- Davacı, 19 Haziran 2006 tarihinde bira işletmesi (B) ile bir *"bira alım sözleşmesi"* imzalamıştır. Bu sözleşmenin bir parçası da -B tarafından piyasaya sürülen içeceklerin alım satımına ilişkin koşulların yanı sıra- 2006 yılında davacıya ödenen ve davacı tarafından restoranın yenilenmesi için kullanılan 31.000 € artı %16 KDV tutarında bir *"amortisman kredisi"*nin verilmesidir. Bu bağlamda yapılan ibra anlaşması *(Tilgungsvereinbarung)*, gelecekteki bira alım hacmine bağlı olarak davacının "amortisman kredisi hesabı" lehine kredi verilmesini öngörmüştür.

Billur YALTI, **"*Vergisel İzahatlar: Sirküler ve Özelge Düzeninde Değişen-Değişmeyen Hükümlere Genel Bakış*"**, Prof. Dr. Sadık Kırbaş'a Armağan, İstanbul 2011, s. 330.

[11] Kendisine vergi tarhiyatı tebliğ edilen kişi, bunu kabul etmiyorsa, tarhiyata karşı itirazda (*Einspruch*) bulunabilir (bkz. AO md. 347).

[12] Senat: *Senato.* Federal Vergi Mahkemesi önüne getirilen davalar, nihai karardan önce senatolar tarafından detaylı bir şekilde görüşülür. Vergi yargılamasında davalar, konu alanlarına göre ve bazen de belli kriterlere göre ayrı ayrı senatolar arasında paylaştırılır, bkz TİPKE-LANG, s. 1604. Ayrıca bkz. https://de.wikipedia.org/wiki/Bundesfinanzhof (07.01.2022).

3- 24 Ekim 2006 tarihinde, (B)'den gelen talep üzerine davacı, "bira alım sözleşmesi"ni ekte sunarak "amortisman kredisi"nin KDV muamelesi hakkında bağlayıcı bilgi almak için davalı ve temyiz eden konumundaki vergi dairesine başvurmuştur. Vergi dairesi bu tür bir bilgi vermeyi reddetmiştir, ancak yine de "amortisman kredisi"nin -her ne kadar mal teslimi ileri bir tarihte gerçekleşecek olsa da-[13] "ödeme anında KDV'ye tabi olan", "özellikli bir KDV iadesi (*vorgezogen Umsatzrückvergütung*)[14]"ne sahip olduğu yönündeki hukuki görüşünü bildirmiştir.

4- Davacı, kendisinden talep edilmesine rağmen söz konusu ihtilaflı yıl için herhangi bir beyanname sunmadığı için, vergi idaresi, 2006 yılında restoranın işletilmesinden elde edilen 10.000 Euro tutarında bir değeri matrah olarak belirlemiş ve bunun üzerinden resen tarh gerçekleştirmiştir. Söz konusu tahakkuk kesinleşmiştir *(yani herhangi bir ihtirazi kayıt yoktur)*.

5- İtiraz süreci (*Einspruchsverfahren*)[15] devam ederken davacı 2006 yılı için 1.469,71 € tutarında bir zarar beyanında bulunmuştur.

6- 9 Ağustos 2010 tarihinde, söz konusu itiraz süreci devam ederken vergi dairesi, 2006 yılı için "AO md. 172, fıkra 1, Nr. 2[16]"e dayanarak, tarhiyatta değişiklik yapmıştır (*geänderten Gewinnfeststellungsbescheid*) ve "amor-

---

13 Bu ara bilgi orijinal karar metninde yer almayıp anlam bütünlüğü sağlanması adına eklenmiştir.

14 "Rückvergütung" kelimesi "geri ödeme/para iadesi" anlamına gelmektedir, bkz. Kıygı, s. 658. Özellikli KDV iadesi ile kastedilen ise, söz konusu KDV iadesinin, gelecekte yapılması muhtemel mal alımları için yapılan bir avans ödemesi niteliğinde olmasından kaynaklanmaktadır. Yiyecek-içecek sektöründeki ticari riskler nedeniyle, bu alanda çalışan işletmeler (özellikle Restoranlar), bankalardan kolay bir şekilde teminat sağlayamamaktadırlar. Bu nedenle, birçok restoran işletmecisi alternatif bir borç finansmanı bulmak zorunda kalmaktadır. Burada işletme için çeşitli olasılıklar vardır, ancak kritik finansman çoğunlukla içecek şirketleri (**bira fabrikaları/işletmeleri (*Brauerei),*** maden kaynakları, içecek toptancıları) tarafından sağlanmaktadır. Elbette, düşük teminatlı finansman koşullarıyla içecek şirketleri önemli riskler üstlenmektedirler ve bu risklerin de yasal düzenlemelerden sağlanan hukuki koruma ve desteklerle dengelenmesi gerekmektedir. Ancak birçok durumda, fiyat-performans dengesi yoktur ve bu da sözleşme süresi boyunca pek çok soruna yol açabilmektedir. Sözleşmenin uygulanmasındaki aksaklıklar veya sözleşmelerin erken fesih durumlarına karşı içecek şirketlerinin korunması gerekmektedir, detaylı bilgi için bkz. https://www.bmp.de/finanzierungsinstrumente-in-der-gastronomie/ (18.06.2022).

15 Kendisine vergi tarhiyatı tebliğ edilen kişi, bunu kabul etmiyorsa, tarhiyata karşı itirazda (*Einspruch*) bulunabilir (bkz. AO md. 347). İtiraz prosedürü, AO'nun 7. kısmında "idari bir çözüm yolu (*Außergerichtliches Rechtsbehelfsverfahren*) olarak düzenlenmiştir.

16 Kesin tarhın düzeltilmesi, Alman Vergi Usul Kanunu md. 172'de şu şekilde düzenlenmiştir: Bir vergi tarhiyatı, yalnızca, kesinleşmediği veya incelemeye tabi tutulmadığı sürece, iptal edilebilir veya değiştirilebilir. Bu durum (tarhiyatın iptali veya değiştirilmesi), vergi tarhının bir itiraz kararı ile onaylanması veya değiştirilmesi halinde de geçerlidir.

tisman kredisi" ile ihtilaflı olmayan diğer düzeltmeleri de dikkate alarak şirket matrahını 26.143 €'ya yükseltmiştir. 22 Aralık 2010 tarihinde, davacının buna karşı yaptığı itirazı *(AO md. 365 Fıkra 3 Bend 1)* da temelsiz bularak reddetmiştir.

7- Davacı buna karşı bir dava açmıştır. Vergi mahkemesi sözlü duruşmada, davanın görüşülmesinin ardından bir ara müzakere yapmış ve duruşma tutanağında aşağıdaki tespitlerde bulunmuştur:

"Başkan, ilgili taraflara yapılan ara müzakerenin sonucunu açıklamıştır; buna göre, ihtilaf konusu olayda en azından Alman Vergi Usul Kanunu'nun (AO) 173. maddesinin 1. fıkrasının 1. bendi uyarınca bir değişiklik (*Änderung*) yapılması için gerekli ön koşulların mevcut olup olmadığının şüpheli olduğunu ve bunun sonucunda mükellef aleyhine bozma için bir bildirimin (*Verböserungshinweises*)[17] gerekli olacağı sonucuna varmıştır. Bu bağlamda Başkan, davalı vergi dairesinin mahkemeye sunulan dosyalarında, ilk matrah takdiri yapılan 10 Aralık 2007 tarihinde takdir edilen matraha (*Schätzung durch den Bescheid*) bira alım sözleşmesinin de yer aldığı 'amortisman kredisi'nin zaten dahil edildiğine dikkat çekmiştir.

Bu çerçevede, davalı vergi dairesi temsilcisine, itiraz neticesinde yapılan itiraz bildirimini (*Einspruchsbescheid*) ve idarece tespit edilen tarhiyatı (*Feststellungsbescheid*) iptal ederek davacının şikayetini kabul etmesi tavsiye edilmiştir.

Davacının yasal temsilcisi, ilgili kararın bozulması halinde, itirazını geri çektiğini, halihazırda gerçekleştirilen yargılama tarihinde bu irade beyanını kayıtlara geçirmesi gerekip gerekmediğini değerlendirmelidir.

Taraflar sunulan bu önerileri kabul etmiştir."

8- Bunun üzerine vergi idaresi, 9 Ağustos 2010 tarihli değişiklik içeren tarhiyat (*Änderungsbescheids*)[18] ile 22 Aralık 2010 tarihli itiraz kararını (*Einspruch-*

---

[17] İdari işlem, itiraz edenin aleyhine olacak şekilde değiştirilebilir; bunun için itiraz edenin olumsuz bir karar çıkabileceği konusunda bilgilendirilmesi, gerekçelerinin belirtilmesi ve kendisine bu konuda görüş bildirme fırsatı tanınması gerekir *(*AO md. 367/2/2)

[18] Steuerbescheid (*beyanname/ne kadar vergi ödenmesi gerektiğini gösteren belge*) kavramı Alman Vergi Usul Kanunu (AO) md. 155/I/1'de şu şekilde kullanılmıştır: "*Aksi belirtilmedikçe, vergiler vergi dairesi tarafından bir beyanname üzerinden tarh edilir.*" Tarh ve tahakkuk ettirilen vergi hatalıysa, belirli koşullar altında vergi dairesi tarafından değiştirilebilir. Söz konusu değişiklikle birlikte ortaya çıkan ve ödenmesi gereken nihai vergi "***Änderungsbescheids***" yani *değişiklik içeren bir tarhiyat* ile tespit edilir.

sentscheidung)[19] sözlü yargılama sırasında iptal etmiş, davacının yasal temsilcisiyle mutabık bir şekilde hukuki ihtilafın sözlü duruşmada "halihazırda (*bereits jetzt*)" esastan çözüldüğünü ilan etmiştir. "Tarhiyatın iptali karşısında" (tutanakta görüleceği üzere), davacının yasal temsilcisi davacının vaktiyle yapmış olduğu itirazı geri çekmiş ve kendi adına, hukuki ihtilafın "bu safhada (*bereits jetzt*)" esastan çözüldüğüne dair beyanda bulunmuştur.

9- Altı hafta sonra, 20 Haziran 2012 tarihinde, vergi idaresi aynı içeriğe sahip değişiklik içeren bir tarhiyat gerçekleştirmiştir, bu kez açıkça AO'nun 173/1/1'e[20] dayanmış ve ekte daha ayrıntılı gerekçeler sunmuştur.

10- Olaydaki itiraz ve dava sonucunda, vergi mahkemesi 20 Haziran 2012 tarihli değişiklik bildirimini ve idarenin 24 Ağustos 2012 tarihli itiraz kararının reddine ilişkin kararını (*Einspruchsentscheidung*) hukuka aykırı bulmuştur ve Federal Vergi Mahkemesi'nin (*Bundesfinanzhof*) "geçmişte tahmini bir şekilde matrah takdirinden sonra AO md. 173/1/1 bendinin uygulanmasına ilişkin içtihadına *(diğer kararlar için bkz., 28 Mart 1985 tarihli BFH kararları IV R 159/82, BFHE 144, 521, BStBl II 1986, 120; 30 Ekim 1986 tarihli III R 163/82, BFHE 148, 208, BStBl II 1987, 161 ve III R 164/82, BFH/NV 1987, 353)* atıfta bulunarak, vergi idaresince yapılan değişiklik hükmünün ön koşullarının yerine getirilmediğine karar vermiştir.

12- Buna göre vergi dairesi, itiraz edilen kararın iptali ve davanın reddedilmesini talep etmektedir.

13- Davacı, temyiz başvurusunun reddedilmesini istemektedir.

D. Kararın Gerekçeleri

II.

14- Vergi dairesinin temyiz başvurusu reddedilmiştir. Vergi mahkemesinin davayı kabul etmesi ve 20 Haziran 2012 tarihli 2006 yılında idarece gerçekleştirilen tarhiyat ile 24 Ağustos 2012 tarihli itirazın reddi kararını iptal etmesi hukuka uygundur. Sonuç olarak, FGO md. 126/4 uyarınca temyiz başvurusundaki iddialar hukuka aykırıdır.

---

[19] Vergi dairesi, itirazın kabul edilmemesi halinde, söz konusu itiraz hakkında bir itiraz kararı (*Einspruchsentscheidung*) ile karar verir (AO md. 367). İtiraza ilişkin karar yazılı olarak verilir, gerekçeleri belirtilir, itirazın nasıl yapılacağına ilişkin talimatları içerir ve ilgili tarafa veya taraflara tebliğ edilir (AO md. 366).

[20] *Vergi tarhiyatı, daha yüksek bir vergiye yol açan vakıa veya kanıtların sonradan tespit edilmesi halinde iptal edilir veya değiştirilir* (AO md. 173/1/1).

15- Yetkili Senato (*Der erkennende Senat*)[21], vergi mahkemesinin ihtilaf konusu davada, geçmişte idarece gerçekleştirilen tahmini matrah takdiri akabinde AO md. 173/1/1 hükmünün uygulanmasında gözetilmesi gereken yasal ilkelerin doğru bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı konusunda -içtihat birliği sağlanması adına uyuşmazlığın üst merciiye tevdii hususunda-[22] herhangi bir karar vermeyebilir. Nitekim, somut olayda, vergi dairesinin 8 Mayıs 2012 tarihli sözlü duruşmadaki beyanları esas alındığında tarhiyatta düzeltme yapabilmesi, dürüstlük kuralı (*Grundsatz von Treu und Glauben*) uyarınca zaten mümkün değildir.

16- 1. İyi niyet ilkesi, vergi hukukunda genel bir hukuk ilkesi olarak koşulsuz ve şartsız bir şekilde kabul görmektedir. Bu ilke, vergi hukuku ilişkisinde her bir tarafın diğer tarafın meşru menfaatlerine gereken özeni göstermesi ve kendi önceki davranışlarıyla çelişmemesi *(nicht in Widerspruch)* gerektiğini belirtir. Bu ilke herhangi bir vergi alacağı, borcu yaratmaz veya var olan vergi borcunu ortadan kaldırmaz; ancak en fazla mevcut bir somut vergi hukuku ilişkisini, bir talebin artık ileri sürülemeyeceği veya bir hakkın artık kullanılamayacağı perspektifinden değiştirebilir *(yerleşik içtihat için bkz. güncel 1 Aralık 2015 tarihli BFH-kararı VII R 44/14, BFH/NV 2016, 881, II.3., m.w.N. altında).*

17- İyi niyet ilkesinin mevcut hukukun yerine geçmesi, ancak mükellefin idarenin belirli bir davranışına duyduğu güvenin genel adalet duygusuna göre yüksek derecede korunmaya değer olduğu özel durumlarda düşünülebilir ve bu durumlarda olağanın aksine idarenin kanuniliği ilkesi arka planda kalmalıdır. Bu doğrultuda, iyi niyet ilkesi, vergi mükellefinin kararını dayandırdığı bir güven unsurunu (*Vertrauenstatbestand*) gerektirmektedir. İlkenin uygulanması için taraflardan birinin, diğer tarafın tutum veya davranışına tutarlı ve kalıcı bir şekilde bağlı kalacağını objektif bir değerlendirmeyle varsayabileceği belirli bir tutum veya davranışı gereklidir. Dolayısıyla, önceki görüşün korunmaya değer olduğuna dair sürdürülebilir bir güven (*Ein schützenswertes nachhaltiges Vertrauen*), ancak mükellefin

---

[21] Alman Mahkemeleri Teşkilatı Hakkında Kanun (*Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG)) md. 132 uyarınca, *"Yetkili Senato (Der erkennende Senat), kanunun daha da geliştirilmesi ya da içtihat birliğinin sağlanması için gerekli olduğu kanaatine varırsa, hukuki öneme sahip bir meseleyi karara bağlaması için Büyük Senato'ya havale edebilir."*. Başka bir ifadeyle somut olayda bu kararı verip vermeme, yetkili senatonun takdirindedir.

[22] Bu ara bilgi orijinal karar metninde yer almayıp anlam bütünlüğü sağlanması adına eklenmiştir.

gerçekleştirilen değişikliği hesaba katmak zorunda kalmadığı veya en azından bu konuda şüphesi olmadığı sürece verilir *(bu doğrultudaki istikrarlı Federal Vergi Mahkemesi içtihadı için bkz. 25 Haziran 2014 tarihli Senato kararı X R 16/13, BFHE 246, 172, BStBl II 2014, 889, II.1.d aa altında, diğer referanslarla birlikte)*.

18- 2. Bu genel ölçütler çerçevesinde, vergi idaresince 10 Aralık 2007 tarihinde restoranın işletilmesinden elde edilen/belirlenen kârın/matrahın, mevcut davanın ana uyuşmazlık konusu olan 20 Haziran 2012 tarihli tarh bildirimiyle yeniden değiştirilmesi, vergi dairesinin davacının karşılıklı rızasıyla 8 Mayıs 2012 tarihli sözlü duruşmada ilk değişiklik bildirimini iptal etmesi ve hukuki ihtilafın herhangi bir kısıtlama veya koşul olmaksızın esastan çözüleceğini bildirmesi nedeniyle hukuka aykırıdır.

19- a) Bu davranış, davacının vergi dairesi ile varılan usuli mutabakata uygun olarak itirazını derhal geri çekmesi ve hukuki ihtilafın -*usuli nedenlerle geri dönülemez bir şekilde (bkz. en son 1 Temmuz 2014 tarihli BFH kararı VIII B 21/14, BFH/NV 2014, 1900, II.1. altında)*- esastan çözüleceğini ilan etmesi sonucunu doğuran bir güven durumu yaratmıştır. Mahkemenin içtihadına göre, bu tür bir davranış, usuli kazanılmış bir haktan feragat şeklinde ekonomik bir tasarrufu teşkil etmektedir (*bu bağlamda bkz. 29 Ekim 1987 tarihli X R 1/80 sayılı Senato kararı, BFHE 151, 118, BStBl II 1988, 121, madde 3; bunu açıkça takip eden 22 Ağustos 1990 tarihli III R 27/88 sayılı BFH kararı, BFH/NV 1991, 572, madde 2).*

20- Somut olayın koşullarına göre, bu durum güvenin korunması (*Vertrauensschutz*) için de uygun bir dayanak olabilir *(örneğin, BFH/NV 1991, 572, 2. madde; 16 Kasım 2000 tarihli XI R 28/99, BFHE 193, 494, BStBl II 2001, 303, II.3.a madde ve 10 Mart 1989 tarihli III R 190/85, BFH/NV 1990, 358, II.1.e altında; ayrıca bkz. 8 Nisan 1987 tarihli X R 14/81, BFH/NV 1988, 214, 2.b altında, § 227 AO ile ilgili Senato kararı).*

21- b) İhtilaf konusu olayda, sözlü duruşmada vergi dairesinin yargılamanın "hüküm verilmeksizin (*ohne Urteil*)" derhal sona erdirilmesi yönündeki kararlı ve koşulsuz çabaları/tavırları nedeniyle, davacı, idarenin gelecekte buna aykırı davranmayacağına *("venire contra factum proprium" yasağı)* herhangi bir kayıt-şart olmaksızın güvenmekte haklıydı. Bu konuda şüphe duyulmasına neden olabilecek belirtiler *(örneğin, vergi dairesinin mahkeme tarafından açıkça haksız bir şekilde "karşılıklı anlaşmayla" davayı sonlandırmaya zorlanması)* ne ileri sürülmüş ne de başka bir şekilde kanıtlanmıştır.

22- İhtilaflı konunun hukuki ve olgusal yönlerini inceleyen mahkemenin (*Tatsachengericht*) ara kararından sonra, o zamanki olayların ve anlaşmazlığın durumuna göre ki söz konusu durum davacının davasını kazanması için umut verici görünmektedir, davacının -kazanma ihtimali yüksek olan- yargılama sürecini tamamlamak yerine rızai bir şekilde ilk değişiklik bildiriminin iptal edilmesine izin vermesi ve ana davanın çözüme kavuşturulduğunu iradi bir şekilde beyan etmesi, tamamıyla vergi dairesi ile uyuşmazlığın usuli olarak karşılıklı rıza ile çözülmesi ve bu konuda anlaşma yapılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Aldığı bu kararla davacı, esasında, hukuken herkes için bağlayıcı hale gelebilecek olan ve bağlayıcı etkisini FGO md. 110/2[23]'deki değişiklik yasağından alan, hukuken daha güçlü nitelikte olan bir yargı kararı alma hakkından feragat etmiştir *(bkz. örneğin 9 Haziran 2005 tarihli BFH kararı, IX R 75/03, BFH/NV 2005, 1765, 3. madde).*

23- 3. Masraflara ilişkin karar FGO'nun 135 (2) sayılı bölümüne dayanmaktadır.

Uyuşmazlık hakkında alt derece mahkemelerde verilen karar:

Aşağı Saksonya Vergi Mahkemesi (*vorgehend Niedersächsisches Finanzgericht*) 3 Mart 2013- 12 K 279/12.

[23] *Alman Vergi Usul Kanunu ve diğer vergi kanunlarının idari işlemlerin geri alınması, iptali, feshi ve değiştirilmesi ile müteakip vergi taleplerine ilişkin hükümleri, FGO md. 110/1/1'den aksine bir sonuç çıkmadıkça hiçbir şeyden etkilenmez.*

KAYNAKÇA

AKYOL, Şener, ***Medeni Hukukta Çelişki Yasağı***, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda, ***Vergi Ödevi İlişkisinin Tarafları Üzerinden Alman Vergilendirme Usulü,*** Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

HENDRICKS, Michael - Hıldebrand, Christina. "Praxisforum Steuerrechtsschutz: Überraschung in der mündlichen Verhandlung", ***UbG - Die Unternehmensbesteuerung,*** vol. 11, 2018-10, ss.602-r3.

KANETİ, Selim - EKMEKCİ, Esra - GÜNEŞ, Gülsen - KAŞIKCI, Mahmut, ***Vergi Hukuku***, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.

KAŞIKCI, Mahmut, ***Vergi Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi,*** Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.

KIYGI, Osman Nazım, ***Hukuk ve Ekonomi Terimleri Sözlüğü / Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache***, Beck, München 1997-1999.

ÖNCEL, Mualla - KUMRULU, Ahmet - ÇAĞAN, Nami - GÖKER, Cenker, ***Vergi Hukuku***, Turhan Kitabevi, 30. Bası, Ankara 2021.

TİPKE, Klaus - LANG, Joachim, ***Steuerrecht***, Otto Schmidt, 24. Auflage, Köln 2021.

YALTI, Billur, ***"Vergisel İzahatlar: Sirküler ve Özelge Düzeninde Değişen-Değişmeyen Hükümlere Genel Bakış"***, Prof. Dr. Sadık Kırbaş'a Armağan, İstanbul 2011, ss.313-336.

Elektronik Kaynaklar

https://www.bundesfinanzhof.de/de/entscheidung/entscheidungen-online/detail/STRE201710047/

https://www.bm-p.de/finanzierungsinstrumente-in-der-gastronomie/

https://de.wikipedia.org/wiki/Bundesfinanzhof

Urteil vom 06. Juli 2016, X R 57/13

Erlass eines inhaltsgleichen Änderungsbescheids nach einvernehmlicher Beendigung des Finanzrechtsstreits in der mündlichen Verhandlung

ECLI:DE:BFH:2016:U.060716.XR57.13.0

BFH X. Senat AO § 4, AO § 173 Abs 1 Nr 1 vorgehend Niedersächsisches Finanzgericht, 03. März 2013, Az: 12 K 279/12

Tenor

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Niedersächsischen Finanzgerichts vom 4. März 2013 12 K 279/12 wird als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat der Beklagte zu tragen.

Tatbestand

I.

1 *Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) erzielte im Streitjahr 2006 gewerbliche Einkünfte aus dem Betrieb einer Gaststätte (§ 15 des Einkommensteuergesetzes --EStG--). Den Gewinn ermittelte sie durch Einnahmen-Überschuss-Rechnung gemäß § 4 Abs. 3 EStG.*

2 *Am 19. Juni 2006 schloss die Klägerin mit der Brauerei (B) einen "Bierbezugsvertrag". Bestandteil dieses Vertrags war --neben den Konditionen des Bezugs und Ausschanks von durch B vertriebener Getränke-- u.a. die Gewährung eines "Abschreibungsdarlehens" über 31.000 € zzgl. 16% Umsatzsteuer, das im Jahr 2006 an die Klägerin ausgezahlt und von dieser zur Renovierung der Gaststätte eingesetzt wurde. Die diesbezügliche Tilgungsvereinbarung sah von der künftigen Bierbezugsmenge abhängige Gutschriften zugunsten des "Abschreibungsdarlehenskontos" der Klägerin vor.*

3 *Aufgrund eines Hinweises der B beantragte die Klägerin am 24. Oktober 2006 bei dem Beklagten und Revisionskläger (Finanzamt --FA--) unter Vorlage des "Bierbezugsvertrags" eine verbindliche Auskunft über die umsatzsteuerrechtliche Behandlung des "Abschreibungsdarlehens". Eine solche lehnte das FA ab, teilte aber gleichwohl seine Rechtsauffassung mit, wonach es sich bei dem "Abschreibungsdarlehen" um eine "vorgezogene Umsatzrückvergütung" handele, die "bereits im Zeitpunkt der Zahlung der Umsatzsteuer unterliege".*

4 *Da die Klägerin trotz Aufforderung keine Gewinnfeststellungserklärung für das Streitjahr abgegeben hatte, schätzte das FA die Besteuerungsgrundlagen und stellte am 10. Dezember 2007 einen Gewinn aus dem Betrieb der*

5 *Gaststätte im Jahr 2006 in Höhe von 10.000 € gesondert fest. Dieser Bescheid stand nicht unter dem Vorbehalt der Nachprüfung. Im Zuge des Einspruchsverfahrens reichte die Klägerin eine Feststellungserklärung für 2006 nach, in der sie einen Verlust in Höhe von 1.469,71 € angab.*

6 *Am 9. August 2010 erließ das FA während des nach wie vor andauernden Einspruchsverfahrens einen auf "§ 172 Abs. 1 Nr. 2 AO" gestützten, geänderten Gewinnfeststellungsbescheid für 2006, in dem es den Gewinn nach Ansatz des "Abschreibungsdarlehens" sowie weiteren nicht streitbefangenen Korrekturen auf 26.143 € erhöhte. Den auch dagegen gerichteten Einspruch der Klägerin (§ 365 Abs. 3 Satz 1 der Abgabenordnung --AO--) wies es am 22. Dezember 2010 als unbegründet zurück.*

7 *Dagegen erhob die Klägerin Klage. In der mündlichen Verhandlung vor dem Finanzgericht (FG) fand im Anschluss an die Erörterung der Streitsache eine Zwischenberatung des Gerichts statt, zu der es in der Sitzungsniederschrift nachstehende Feststellungen traf:*

"Der Vorsitzende erläuterte den Beteiligten das Ergebnis der Zwischenberatung, wonach mindestens zweifelhaft sei, ob im Streitfall die Voraussetzungen einer Änderung gemäß § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO mit der Folge vorgelegen hätten, dass es eines Verböserungshinweises bedurft hätte. In diesem Zusammenhang wies der Vorsitzende darauf hin, dass in den dem Gericht vorliegenden Akten des beklagten Finanzamts eine Heftung 'Abschreibungsdarlehen' enthalten sei, in der auch der Bierbezugsvertrag enthalten gewesen sei, und zwar auch bereits zu einem Zeitpunkt, als die erstmalige Schätzung durch den Bescheid vom 10. Dezember 2007 erfolgte. Vor diesem Hintergrund wurde dem Vertreter des beklagten Finanzamts empfohlen, die Klägerin dadurch klaglos zu stellen, dass der Einspruchsbescheid und der während des Einspruchsverfahrens geänderten Feststellungsbescheid aufgehoben werden. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin sollte sich für den Fall einer entsprechenden Aufhebung überlegen, ob er bereits heute zu Protokoll die Rücknahme seines Einspruchs erklärte. Die Beteiligten erklärten sich mit dieser Vorgehensweise einverstanden."

8 *Daraufhin hob das FA den Änderungsbescheid vom 9. August 2010 sowie die Einspruchsentscheidung vom 22. Dezember 2010 im Einvernehmen mit dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin noch während der mündlichen Verhandlung auf und erklärte den Rechtsstreit "bereits jetzt" in der Hauptsache für erledigt. "Im Hinblick auf die Aufhebung der Bescheide" (so das Protokoll weiter) nahm der Prozessbevollmächtigte der Klägerin deren Einspruch zurück und gab seinerseits "bereits jetzt" die Erklärung ab, der Rechtsstreit sei in der Hauptsache erledigt.*

9 *Sechs Wochen später erließ das FA am 20. Juni 2012 einen inhaltlich identischen Änderungsbescheid, den es nunmehr ausdrücklich auf § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO stützte und in einer Anlage näher begründete.*

10 *Nach Einspruch und Klage hob das FG den Änderungsbescheid vom 20. Juni 2012 sowie die Einspruchsentscheidung vom 24. August 2012 auf. Es erkannte unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) zur Anwendung von § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO nach einer vorangegangenen Gewinnschätzung (u.a. BFH-Urteile vom 28. März 1985 IV R 159/82, BFHE 144, 521, BStBl II 1986, 120; vom 30. Oktober 1986 III R 163/82, BFHE 148, 208, BStBl II 1987, 161, und III R 164/82, BFH/NV 1987, 353), die Tatbestandsvoraussetzungen der Änderungsvorschrift seien nicht erfüllt.*

11 *Das FA begründet seine Revision mit der Verletzung materiellen Rechts und sieht die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO weiter als gegeben an.*

12 *Es beantragt sinngemäß, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.*

13 *Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.*

Entscheidungsgründe

II.

14 *Die Revision des FA hat keinen Erfolg. Das FG hat im Ergebnis zu Recht der Klage stattgegeben und den Feststellungsbescheid 2006 vom 20. Juni 2012 sowie die Einspruchsentscheidung vom 24. August 2012 aufgehoben. Die Revision ist daher gemäß § 126 Abs. 4 der Finanzgerichtsordnung (FGO) zurückzuweisen.*

15 *Der erkennende Senat kann dahinstehen lassen, ob das FG die bei der Anwendung von § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO nach einer vorangegangenen Gewinnschätzung zu beachtenden Rechtsgrundsätze zutreffend auf den Streitfall übertragen hat. Das FA war nämlich bereits aufgrund seiner Erklärungen in der mündlichen Verhandlung am 8. Mai 2012 nach dem Grundsatz von Treu und Glauben daran gehindert, die streitgegenständliche Änderung erneut vorzunehmen.*

16 *1. Der Grundsatz von Treu und Glauben ist im Steuerrecht als allgemeiner Rechtsgrundsatz uneingeschränkt anerkannt. Er gebietet, dass im Steuerrechtsverhältnis jeder Beteiligte auf die berechtigten Belange des anderen Teils angemessen Rücksicht nimmt und sich zu seinem eigenen früheren Verhalten nicht in Widerspruch setzt. Er bringt keine Steueransprüche und -schulden zum Entstehen oder Erlöschen, sondern kann allenfalls ein bestehendes konkretes Steuerrechtsverhältnis dahingehend modifizieren, dass eine Forderung nicht mehr geltend gemacht bzw. ein Recht nicht mehr ausgeübt werden kann (ständige Rechtsprechung, vgl. zuletzt BFH-Urteil vom 1. Dezember 2015 VII R 44/14, BFH/NV 2016, 881, unter II.3., m.w.N.).*

17 *Dabei kann die Verdrängung gesetzten Rechts durch den Grundsatz von Treu und Glauben nur in besonders gelagerten Fällen in Betracht kommen, in denen das Vertrauen des Steuerpflichtigen in ein bestimmtes Verhalten der Verwaltung nach dem allgemeinen Rechtsgefühl in einem so hohen Maße schutzwürdig ist, dass demgegenüber die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zurücktreten müssen. Hierzu verlangt der Grundsatz von Treu und Glauben einen Vertrauenstatbestand, aufgrund dessen der Steuerpflichtige disponiert hat. Erforderlich ist eine bestimmte Position oder ein bestimmtes Verhalten des einen Teils, aufgrund dessen der andere Teil bei objektiver Beurteilung annehmen konnte, jener werde an seiner Position oder seinem Verhalten konsequent und auf Dauer festhalten. Ein schützenswertes nachhaltiges Vertrauen in den Fortbestand der früheren Auffassung ist demzufolge nur dann und solange gegeben, als der Steuerpflichtige nicht mit ihrer Änderung rechnen musste oder ihm zumindest Zweifel hätten kommen müssen (ebenfalls ständige BFH-Rechtsprechung, vgl. z.B. Senatsurteil vom 25. Juni 2014 X R 16/13, BFHE 246, 172, BStBl II 2014, 889, unter II.1.d aa, m.w.N.).*

18 *2. Von diesen allgemeinen Maßstäben ausgehend, stand der vorliegend allein streitgegenständlichen erneuten Änderung des Schätzungsbescheids vom 10. Dezember*

2007 durch den Feststellungsbescheid vom 20. Juni 2012 entgegen, dass das FA den ersten Änderungsbescheid in der mündlichen Verhandlung am 8. Mai 2012 mit Zustimmung der Klägerin aufgehoben und den Rechtsstreit ohne jede Einschränkung oder Bedingung in der Hauptsache für erledigt erklärt hat.

19 *a) Durch dieses Verhalten ist auf Seiten der Klägerin ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden, der sich dahingehend auswirkte, dass sie ihren Einspruch entsprechend der mit dem FA getroffenen Verfahrensverständigung im unmittelbaren Anschluss zurückgenommen und den Rechtsstreit --aus prozessualen Gründen unwiderruflich (vgl. zuletzt BFH-Beschluss vom 1. Juli 2014 VIII B 21/14, BFH/NV 2014, 1900, unter II.1.)-- in der Hauptsache für erledigt erklärt hat. Ein solches Verhalten stellt nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats eine wirtschaftliche Disposition in Gestalt der Aufgabe eines verfahrensrechtlichen Besitzstandes dar (vgl. insoweit grundlegend Senatsurteil vom 29. Oktober 1987 X R 1/80, BFHE 151, 118, BStBl II 1988, 121, unter 3.; dem ausdrücklich folgend BFH-Urteil vom 22. August 1990 III R 27/88, BFH/NV 1991, 572, unter 2.).*

20 *Auch darin kann nach den Umständen des Einzelfalls ein tauglicher Anknüpfungspunkt für die Gewährung von Vertrauensschutz liegen (z.B. BFH-Urteile in BFH/NV 1991, 572, unter 2.; vom 16. November 2000 XI R 28/99, BFHE 193, 494, BStBl II 2001, 303, unter II.3.a, und vom 10. März 1989 III R 190/85, BFH/NV 1990, 358, unter II.1.e; s. ferner Senatsurteil vom 8. April 1987 X R 14/81, BFH/NV 1988, 214, unter 2.b, zu § 227 AO).*

21 *b) Im Streitfall durfte die Klägerin aufgrund des zielstrebigen und vorbehaltslosen Hinwirkens des FA auf eine umgehende Beendigung des Finanzgerichtsprozesses "ohne Urteil" uneingeschränkt darauf vertrauen, dieses werde sich dazu auch künftig nicht mehr in Widerspruch setzen (Verbot des "venire contra factum proprium"). Anhaltspunkte, die Anlass gegeben hätten, hieran zu zweifeln (z.B. wenn das FA durch das Gericht auf offensichtlich unlautere Weise zur "einvernehmlichen" Verfahrensbeendigung gedrängt worden wäre), sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.*

22 *Dass die Klägerin das für sie nach den Ergebnissen der Zwischenberatung des Tatsachengerichts nach damaligem Sach- und Streitstand augenscheinlich aussichtsreiche finanzgerichtliche Verfahren nicht zu Ende geführt, sondern den von ihrer Zustimmung abhängigen Wegfall des ersten Änderungsbescheids zugelassen und auch ihrerseits die Hauptsacheerledigung erklärt hat, beruhte allein auf der Verabredung einer einvernehmlichen Streitbeilegung mit dem FA in der konkreten Verfahrenssituation. Aufgrund dieser Disposition verzichtete die Klägerin auf ein in Rechtskraft erwachsendes Sachurteil des FG, dessen Bindungswirkung den künftigen Korrekturrahmen nach Maßgabe der Änderungssperre des § 110 Abs. 2 FGO eingeschränkt hätte (s. dazu z.B. BFH-Urteil vom 9. Juni 2005 IX R 75/03, BFH/NV 2005, 1765, unter 3.).*

23 *3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.*

İÇ SU YOLLARI İLE YÜK TAŞINMASI KONULU SÖZLEŞMELER İLE İLGİLİ BUDAPEŞTE KONVANSİYONU (CMNI)(*)

Çev. Dr. Öğr. Üyesi Selim CİĞER(**)

GİRİŞ

İç su yollarında yapılan uluslararası nitelikli yük taşıma sözleşmelerine uygulanacak kuralları birleştirmek amacıyla kaleme alınan İç Su Yolları ile Yük Taşınması Konulu Sözleşmeler ile İlgili Budapeşte Konvansiyonu (CMNI) 22 Haziran 2001 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[1] Hâlihazırda Konvansiyon'a tamamı Avrupa'da bulunan 16 Devlet taraf konumundadır. Türkiye, Konvansiyon'a taraf değildir fakat, nispeten yakın geçmişte, ülkemizin CMNI ile yakından alakadar olduğu bilinmektedir. Gerçekten de Dışişleri Bakanlığı kaynakları tarafından aktarıldığı üzere Türkiye Konvansiyon'un hazırlık çalışmalarına katılmıştır ve imzaya açılmasını takiben Konvansiyon'a taraf olmak için hazırlıkta bulunulmuştur.[2] Benzer şekilde, Türkiye

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 25.11.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 14.12.2022.
Atıf Şekli: Selim Ciğer, "İç Su Yolları ile Yük Taşınması Konulu Sözleşmeler ile İlgili Budapeşte Konvansiyonu (CMNI)", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 1387-1412.
Bu çalışma, her daim gülen yüzüyle hatırladığım, sevgili dostumuz Zühre ELVAN'ın aziz hatırasına ithaf edilmiştir.

(**) LLM, Ph.D. (Bristol). Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Deniz Hukuku Ana Bilim Dalı, Isparta, Türkiye.
E-posta: selimciger@sdu.edu.tr.
Orcid: https://orcid.org/0000-0002-7546-7612.

1 <https://unece.org/budapest-convention-contract-carriage-goods-inland-waterway-cmni> (8.11.2022).

2 Ender Arat, "Tuna Nehri'nde Seyrüsefer ve Türkiye" ***Uluslararası Ekonomik Sorunlar Dergisi*** 2002, S. VI, s.4, <https://www.mfa.gov.tr/tuna-nehri_nde-seyrusefer-ve-turkiye.tr.mfa> (8.11.2022); tarihi süreç için bkz. Nazif Kuyucuklu, "Tuna Suyolu ve Tuna Komisyonu", ***İÜ Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*** 1994, S. 8, s. 54.

Konvansiyon'un mimarlarından sayılabilecek Tuna Komisyonu'na da 2001 yılından beri gözlemci statüsü ile üyedir, tam üyelik süreci ise devam etmektedir.[3]

Ülkemiz toprakları üzerinde uluslararası nitelikli bir iç su yolu mevcut olmadığı düşünüldüğünde, bu durum, ilk bakışta, şaşırtıcı bulunabilir. Ancak CMNI'nin Türkiye açısından dikkate değer bir uluslararası konvansiyon olduğunu ifade etmek gerekir. Zira, Türkiye, boğazların konumu itibari ile, Tuna Nehri havzasıyla sıkı sıkıya bağlantılı bir bölgede yer aldığı gibi, aynı zamanda Tuna Nehri, Karadeniz rotası üzerinden, Türkiye'nin en önemli ticaret ortaklarından olan Avrupa ülkelerine yapılan ihracat faaliyetleri bakımından karayolu taşımasına göre kayda değer bir alternatif hat sunmaktadır.[4] Gerçekten de, anılan hat üzerinden gerçekleştirilecek taşıma faaliyetlerinin karayoluna göre hem maliyet açısından hem de, tek seferde taşınacak yük miktarı da dikkate alınırsa, iklim değişikliği ile mücadele bakımından önemli avantajları bulunmaktadır ve söz konusu taşıma faaliyetlerinin payının arttırılması hem lojistik sektörü hem de ilgili bakanlık nezdinde ifade edilen bir hedeftir.[5] Ayrıca, deniz ve iç su yollarının birlikte kullanılmasıyla ifa edilen bu türden karma nitelikli yük taşıma sözleşmeleri, 2. Maddesi uyarınca Konvansiyon'un uygulamasına tabi olması ihtimal dâhilindedir ve böyle bir durumda sözleşme tarafları arasındaki uyuşmazlık CMNI'nin çizdiği hukuki çerçeveye göre çözüm bulacaktır. Dolayısıyla, CMR[6], Lahey[7] veya Hamburg Kuralları[8] gibi yük taşıma sözleşmelerini düzenleyen uluslararası konvansiyonlardan izler taşıyan CMNI mukayeseli akademik çalışmalar açısından ilginç bir hukuki metin olduğu gibi, benzer şekilde, yakın bir gelecekte, Konvansiyon'un uygulama bakımından da ilgi çekici bulunması muhtemeldir.

Bu sebeplerden ötürü, tespit edilebildiği kadarıyla, Türkçe çevirisi bulunmayan Konvansiyonun, dilimize kazandırılmasının yararlı olacağı değerlendirilmiş ve bu

---

3 ibid; Danube Commission, <https://www.danubecommission.org/dc/en/danube-commission/> (8.11.2022).

4 Arat, "Tuna Nehri'nde Seyrüsefer ve Türkiye", s. 4.

5 Kargohaber, "Taşımacıların Gündeminde Tuna Nehri Var", <https://www.kargohaber.com/tasimacilarin-gundeminde-tuna-nehri-var-1319h.htm> (8.11.2022).

6 Karayoluyla Uluslararası Yük Taşıma Sözleşmelerine İlişkin Konvansiyon (Convention relative au contrat de transport international de marchandise par route), RG 14.12.1993/21788

7 Konişmentoya Müteallik bazı Kaidelerin Tevhidi hakkındaki Milletlerarası Sözleşme, Lahey Kuralları (International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, The Hague Rules), RG 22.2.1955/8937

8 Birleşmiş Milletler Denizde Eşya Taşıma Sözleşmesi (Hamburg Kuralları) (United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea), bkz. <https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/ convenaions/hamburg_rules/status> (8.11.2022).

amaçla elinizdeki çalışma hazırlanmıştır. Konvansiyon, UNECE'nin resmi sitesinde[9] bulunan İngilizce metin üzerinden, yerleşik taşıma ve deniz ticaret hukuku terimleri göz önünde bulundurulmak suretiyle ancak, metne olabildiğince sadık kalınarak tercüme edilmiştir. Doğal olarak, madde metnine ilişkin herhangi bir uyuşmazlıkta bu çalışma veya benzeri serbest çevirilerin değil sadece Konvansiyonu'nun asıl metninin bağlayıcı nitelikte olduğunu ve dolayısıyla, CMNI Konvansiyonu'nun son hükümleri uyarınca, Konvansiyon'un Felemenkçe, İngilizce, Fransızca, Almanca ve Rusça dillerindeki metinlerin esas alınacağını işaret etmek gerekir.

İÇ SU YOLLARI İLE YÜK TAŞINMASI KONULU SÖZLEŞMELER İLE İLGİLİ BUDAPEŞTE KONVANSİYONU (CMNI) TÜRKÇE ÇEVİRİSİ

Bu Konvansiyon'a Taraf Devletler,

Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu ile işbirliği içinde Ren üzerinde Seyrüsefer Merkez Komisyonu ve Tuna Komisyonuna Üye Ülkelerde taşıma faaliyetlerinin geliştirilmesi amacıyla hukuki rejimin uyumlaştırılması konusundaki 1 Ağustos 1975 tarihli Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansının Son Kısım tavsiyelerini göz önüne alarak,

Ortak bir anlaşma ile iç su yolları ile yük taşıma sözleşmelerine dair belirli yeknesak kurallar tesis edilmesine duyulan ihtiyacın ve arzunun bilincine vararak,

Bu amaçla bir Konvansiyon kaleme alınmasına karar vermiş ve aşağıdaki şekilde anlaşmışlardır:

I. KISIM
GENEL HÜKÜMLER

Madde 1
Tanımlar

Bu Konvansiyon'da

1. "Taşıma sözleşmesi" bir taşıyıcının ücret karşılığı iç su yollarında yük taşımayı taahhüt ettiği her türlü sözleşmeyi ifade eder.

2. "Taşıyıcı" bir taşıtan ile bir taşıma sözleşmesi akdeden veya kendisi adına bir taşıma sözleşmesi akdedilen kimseleri ifade eder.

[9] <https://unece.org/fileadmin/DAM/trans/main/sc3/cmniconf/cmni.pdf> (8.11.2022).

3. “Fiili taşıyıcı”, taşıyıcının adam ve temsilcilerinden başka, taşıma işinin veya bir kısmının ifasının kendisine bırakıldığı kimseleri ifade eder.

4. “Taşıtan” bir taşıyıcı ile bir taşıma sözleşmesi akdeden veya kendisi adına veya hesabına bir taşıma sözleşmesi akdedilen kimseleri ifade eder.

5. “Gönderilen” yükü teslim almaya yetkili kimseyi ifade eder.

6. “Taşıma belgesi” taşıma sözleşmesini ve yükün taşıyıcı tarafından teslümünü veya yüklendiğini kanıtlayan, konişmento veya taşıma senedi ya da ticarette kullanılan diğer herhangi bir belge şeklinde düzenlenen belgeyi ifade eder.

7. “Yük” çekilen veya itilen gemileri ya da yolcuların araç ve bavullarını kapsamaz; yük bir konteyner, palet veya benzer bir taşıma gereci içinde birleştirildiği veya ambalajlandığı takdirde, söz konusu taşıma gereci veya ambalaj taşıtan tarafından sağlanmak koşuluyla yük tanımı içindedir.

8. “Yazılı şekil”, ilgili taraflarca başka türlü bir anlaşma bulunmadığı takdirde, elektronik, optik veya bunlarla sınırlı olmamakla beraber, verinin daha sonra başvuru amacıyla kullanılmaya açık olması kaydıyla, telgraf, faks, teleks, elektronik posta veya elektronik veri değişiminin de dâhil olduğu benzeri başka bir iletişim yöntemini kapsar.

9. Bu Konvansiyon uyarınca uygulanabilecek bir Devletin hukuku, uluslararası özel hukuktan kaynaklanan kuralların haricinde söz konusu Devlette yürürlükte olan mevzuatı ifade eder.

Madde 2
Uygulama alanı

1. Bu Konvansiyon yükleme limanı veya yükün tesellüm yeri ile boşaltma limanı veya yükün teslim yerlerinin, en az biri bu Konvansiyon’un Taraf Devletlerinden olmak kaydıyla, iki farklı Devlette bulunduğu her hangi bir taşıma sözleşmesine uygulanır. Eğer sözleşmede birden fazla boşaltma limanı veya teslim yeri seçilebileceği kararlaştırıldıysa, yüklerin gerçekte teslim edildiği boşaltma limanı veya teslim yeri esas alınacaktır.

2. Taşıma sözleşmesinin amacı, aktarma olmaksızın, hem iç su yollarında hem de deniz hukuku hükümlerine tabi bulunan sularda yük taşımak ise, 1. Fıkra hükümlerine tabi olarak, Bu Konvansiyon uygulanır, meğer ki;

(a) Uygulanacak deniz hukuku hükümleri uyarınca bir deniz yolu konişmentosu düzenlensin veya

(b) Deniz hukuku hükümlerine tabi bulunan sularda daha fazla mesafe alınsın.

3. Bu Konvansiyon geminin tabiiyeti, kayıt yeri veya bağlama limanı ya da geminin denizde veya iç su yollarında kullanılan bir gemi olup olmadığından ve de taşıyıcının, taşıtanın ya da gönderilenin tabiiyeti, yasal adresi, genel merkezi veya ikametgâhından bağımsız olarak uygulanır.

II. KISIM
SÖZLEŞME TARAFLARININ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Madde 3
Yükün tesellümü, taşınması ve teslimi

1. Taşıyıcı yükü belirlenen süre içerisinde teslim yerine taşımak ve tesellümündeki haliyle gönderilene teslim etmekle yükümlüdür.

2. Aksi kararlaştırılmadığı takdirde, yükün tesellümü ve teslimi geminin bordasında gerçekleşecektir.

3. Kullanılacak gemiye Taşıyıcı karar verecektir. Taşıyıcı seferin öncesinde ve başlangıcında, taşınacak yükü de göz önünde bulundurarak, geminin yükü kabule elverişli bir halde olduğunu, suya elverişliliğini ve yürürlükteki mevzuat uyarınca mürettebatlandırılarak donatıldığını ve söz konusu yük için gerekebilecek ulusal ve uluslararası izin belgelerini bulundurduğunu denetlemek hususunda gerekli özeni göstermekle yükümlüdür.

4. Taşımanın belirli bir gemi veya gemi tipi ile ifa edileceğinin kararlaştırıldığı hallerde, Taşıyıcı, taşıtanın rızası olmadan yükü, kısmen veya tamamen, başka bir gemiye yüklemeye veya aktarmaya ancak

(a) 1. Düşük su seviyesi veya çatma ya da herhangi bir başka seyir engeli gibi taşıma sözleşmesinin akdedildiği sırada öngörülemeyecek ya da yükleme veya aktarmanın taşımayı ifa etmek için elzem olduğu ancak taşıtandan uygun bir sürede talimat almanın mümkün olmadığı hallerde veya,

(b) 1. Geminin bulunduğu limandaki teamüle uygun olduğu hallerde

yetkili olacaktır.

5. Taşıtanın üzerine düşen yükümlülüklerin gerekleri saklı kalmak üzere, taşıyıcı yükün yüklenmesi, istiflenmesi ve muhafaza altına alınması işlemlerinin geminin güvenliğine olumsuz etki etmemesini temin etmekle yükümlüdür.

6. Taşıyıcı yükü güvertede veya üstü açık araçlarda taşımaya ancak bu hususun taşıtan ile birlikte kararlaştırılmış olması veya söz konusu ticaret kolunun teamüllerine uygunluk arz etmesi ya da mevzuat hükümlerinin emretmesi halinde yetkilidir.

Madde 4
Fiili Taşıyıcı

1. Bir taşıyıcı ile bir fiili taşıyıcı arasında 1. Maddenin 1. Fıkrası hükümlerine uygun şekilde akdedilen bir sözleşme bu Konvansiyon bağlamında bir taşıma sözleşmesi teşkil eder. Anılan sözleşme bağlamında, bu Konvansiyon'un taşıtan hakkındaki tüm hükümleri taşıyıcıya, taşıyıcıya ilişkin hükümleri ise fiili taşıyıcıya uygulanır.

2. Taşıyıcı taşıma işinin ifasını ya da bir kısmını, taşıma sözleşmesinde düzenlenen bir yetkiye dayalı olsun ya da olmasın, bir fiili taşıyıcıya tevdi ettiğinde, taşıyıcı yine de taşımanın tamamı için bu Konvansiyon hükümlerine göre sorumlu olmaya devam edecektir. Bu Konvansiyon'un taşıyıcının sorumluluğunu düzenleyen bütün hükümleri fiili taşıyıcının taşımanın ifa ettiği kısmına ilişkin sorumluluğuna da aynen uygulanacaktır.

3. Taşıyıcı taşıma işinin veya bir kısmının ifasını bir fiili taşıyıcıya tevdi ettiği her halde taşıtana bilgi vermekle yükümlüdür.

4. Bu Konvansiyon hükümlerine göre taşıyıcının sorumluluğunun arttırılması hususunda taşıtan veya gönderilen ile akdedilen anlaşmalar fiili taşıyıcıya karşı ancak onun tarafından açıkça ve yazılı olarak kabul edilmesi şartıyla geçerlidir. Filli taşıyıcı, taşıyıcı tarafından taşıma sözleşmesi uyarınca ileri sürülebilecek bütün savunma imkânlarından yararlanabilecektir.

5. Taşıyıcı ve fiili taşıyıcının her ikisinin de sorumlu olması halinde, birlikte ve müteselsil şekilde sorumludurlar. Bu maddenin hiçbir hükmü taşıyıcı ve fiili taşıyıcı arasındaki rücu haklarını etkilemez.

Madde 5
Teslim süresi

Taşıyıcı, yükü sözleşmede kararlaştırılan süre sınırları içerisinde veya, böyle bir süre sınırı kararlaştırılmamışsa, tedbirli bir taşıyıcıdan, yolculuğa ve kesintisiz seyrüsefere ilişkin koşullar da dikkate alınmak suretiyle, makul olarak beklenebilecek süre içerisinde teslim etmekle yükümlüdür.

Madde 6
Taşıtanın Yükümlülükleri

1. Taşıtan taşıma sözleşmesinde kararlaştırılmış meblağı ödemekle yükümlüdür.

2. Taşıtan, yük teslim edilmeden önce, taşıyıcıyı yüke ilişkin aşağıdaki hususlarla ilgili olarak yazılı olarak bilgilendirmekle yükümlüdür:

(a) Yükün boyutu, sayısı, ağırlığı ve istif faktörü

(b) Yükün ayırt edilebilmesi için gerekli işaretler

(c) Yükün doğası, özellikleri ve nitelikleri

(d) Gümrük veya yükün tabi olduğu idari mevzuata ilişkin talimatlar

(e) Taşıma belgesine eklenecek gerekli diğer bilgiler

Taşıtan ayrıca, yükün teslimi ile birlikte, yüke eşlik eden tüm gerekli belgeleri de taşıyıcıya teslim etmekle yükümlüdür.

3. Eğer yükün doğası gerektiriyorsa, taşıtan, kararlaştırılan taşıma faaliyetlerini de göz önünde bulundurarak, yükü taşıyıcının tesellümünden teslimine kadarki sürede zıyaa ve zarara uğramasına mani olacak şekilde ve gemiye ya da diğer yüklere zarar vermeyecek şekilde ambalajlamakla yükümlüdür. Taşımaya ilişkin kararlaştırılanlara uygun olarak, taşıyıcı ayrıca cari uluslararası ve ulusal düzenlemeler gereğince veya bunların mevcut olmaması halinde iç su taşımalarında genel olarak kabul görmüş kurallar ve teamüller uyarınca uygun işaretleme yapılmasını sağlamakla yükümlüdür.

4. Taşıyıcıya ait yükümlülükler müstesna olmak üzere, taşıtan, taşıma sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça, iç su yolu taşıma uygulamasına uygun olarak yükü yükleyecek, istiflemek ve muhafaza altına almakla yükümlüdür.

Madde 7
Tehlikeli ve çevreye zararlı yükler

1. Tehlikeli ve çevreye zararlı yüklerin taşınacak olması halinde, taşıtan yükleri taşıyıcıya teslim etmeden önce, 6. Maddenin 2. Fıkrasında belirtilen hususlara ek olarak, yükün taşıdığı tehlike ve çevre kirliliği riskleri ve alınacak tedbirler hakkında taşıyıcıya açıkça ve yazılı olarak bilgi vermekle yükümlüdür.

2. Tehlikeli ve çevreye zararlı yüklerin taşınmasının izne bağlı olduğu hallerde, taşıtan gerekli belgeleri, en geç yükü teslim ettiği anda, taşıyıcıya teslim etmekle yükümlüdür.

3. Tehlikeli ve çevreye zararlı yüklerin taşınmaya devam edilmesinin, boşaltılmasının veya teslim edilmesinin idari makamlar tarafından verilecek iznin eksikliği sebebiyle olanaksız hale gelmesi durumunda, taşıtan yükün boşaltılması, teslim edilmesi veya bertaraf edilmesi için taşıyanın yükü yükleme limanına veya yakınına taşınması sebebiyle yaptığı masrafları ödemekle yükümlüdür.

4. Yaşama, malvarlığına ya da çevreye karşı doğrudan tehlike arz etmesi halinde, taşıyıcının, yükü tesellümünden önce yükün taşıdığı tehlikenin veya çevre kirliliği riskinin doğası hakkında kendisine bildirimde bulunulmuş ya da başka bir şekilde bilgi verilmiş olsa bile, yükü boşaltmaya, zararsız hale getirmeye veya, böyle bir tedbirin yükün arz ettiği tehlikeye göre orantısız olmaması şartıyla, imha etmeye yetkisi olacaktır.

5. Taşıyıcı, 3 ve 4. Fıkralardaki tedbirlere başvurmaya yetkili olduğu hallerde, zararın giderilmesi için talepte bulunabilecektir.

Madde 8
Taşıtanın Sorumluluğu

1. Taşıtan, kendisine herhangi bir kusur izafe edilemese dahi,

(a) Madde 6, 2. Fıkra veya Madde 7, 1. Fıkrada bahsi geçen husus ve bilgilerin eksikliği, yanlışlığı veya yetersizliğinden,

(b) Tehlikeli ve çevreye zararlı yüklerin cari uluslararası ve ulusal düzenlemeler gereğince veya bunların mevcut olmaması halinde iç su yolu taşımalarında genel olarak kabul görmüş kurallar ve teamüller uyarınca uygun şekilde işaretlenmemesinden,

(c) Yüke eşlik eden belgelerin eksikliği, yanlışlığı ve yetersizliğinden

dolayı taşıyıcı veya fiili taşıyıcının maruz kaldığı tüm zarar ve masraflardan sorumlu olacaktır.

Taşıyıcı, eğer kusurun kendisine, adam ve temsilcilerine izafe edilebileceği ispatlanırsa taşıtanın sorumluluğuna başvuramaz. Aynı hüküm fiili taşıyıcı için de geçerlidir.

2. Taşıtan, madde 6 ve 7'de bahsi geçen yükümlülük ve görevlerin ifasında hizmetlerinden yararlandığı kimselerin, bu kimselerin görev sınırları içerisinde hareket etmeleri kaydı ile, fiil ve ihmallerinden kendi fiil ve ihmali gibi sorumlu olacaktır.

Madde 9
Taşıma sözleşmesinin taşıyıcı tarafından feshi

1. Eğer taşıtan 6. Madde'nin 2. Fıkrası veya 7. Maddenin 1 ve 2. Fıkralarındaki yükümlülüklerinin ifasını ihmal etmişse, taşıyıcı taşıma sözleşmesini feshedebilir.

2. Eğer taşıyıcı fesih hakkını kullanırsa, masrafları taşıtana ait olmak üzere yükü boşaltabilir ve aşağıda belirtilen tutarlardan birini seçerek talepte bulunabilir:

(a) Kararlaştırılmış navlunun üçte birini; veya

(b) İşleyecek sürastarya parasına ilave olarak, uğranılan zarar ve ortaya çıkan masrafların tutarına denk bir tazminat ve seferin başlamış olması halinde seferin ifa edilen kısmı ile orantılı navlun.

Madde 10
Yükün Teslimi

1. Taşıtanın 6. Madde 1. Fıkra kapsamındaki yükümlülüğüne halel gelmeksizin, yükün teslim yerine varmasını müteakiben teslimini talep eden gönderilen, taşıma sözleşmesine uygun şekilde, müşterek avarya katılma borcu da dâhil olmak üzere, navlun ve yüke ilişkin diğer masraflardan sorumlu olacaktır. Bir taşıma belgesinin mevcut olmaması halinde veya söz konusu belgenin ibraz edilmemesi halinde, gönderilen, eğer piyasa teamülüne uygunsa, taşıtan ile kararlaştırılan navlunu ödemekle yükümlü olacaktır.

2. Yükün, taşıma sözleşmesi, söz konusu ticaret kolunun teamüllerine ya da boşaltma limanında cari olan mevzuat hükümlerine uygun şekilde gönderi-

lenin emrine hazır edilmesi yükün teslimi hükmündedir. Aynı şekilde, yükün bir makam veya üçüncü kişiye teslim edilmesinin şart koşulduğu haller de yükün teslimi hükmündedir.

III. KISIM
Taşıma Belgeleri

Madde 11
Mahiyeti ve içeriği

1. Bu Konvansiyon'a tabi her bir taşıma bakımından taşıyıcı bir taşıma belgesi düzenlemekle yükümlüdür; taşıtanın talebi bulunmadıkça ve yük yüklenmeden ya da taşımak için tesellümünden önce kararlaştırılmış olmadıkça konişmento düzenlemekle yükümlü değildir. Bir taşıma belgesinin düzenlenmemiş olması veya eksik düzenlenmesi taşıma sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez.

2. Taşıma belgesinin aslı taşıyıcı, geminin kaptanı veya taşıyıcı tarafından yetkilendirilmiş bir kimse tarafından imzalanmalıdır. Taşıyıcı, taşıtanın taşıma belgesinin aslı veya nüshasına imza atmasını talep edebilir. İmza el yazısı ile atılabileceği gibi, taşıma belgesinin düzenlendiği Devletin hukukuna aykırı olmadığı takdirde faksimile baskı, zımba, ıstampa, sembol şeklinde de olabilir veya mekanik ya da elektronik herhangi bir araçla atılabilir.

3. Taşıma belgesi, aksi ispatlanmadıkça, taşıma sözleşmesinin akdedildiğine, içeriğine ve yükün taşıyıcı tarafından tesellümüne karine oluşturur. Özellikle, taşıma belgesi yükün söz konusu belgede tarif edildiği şekilde taşınmak üzere kabul edildiği hususundaki varsayıma dayanak teşkil eder.

4. Eğer taşıma belgesi bir konişmento ise taşıyıcı ve gönderilen arasındaki hukuki ilişkiyi 1. tek başına tayin edecektir. Taşıma sözleşmesinin hükümleri ise taşıyıcı ve taşıtan arasındaki hukuki ilişkiyi tayin etmeye devam edecektir.

5. Taşıma belgesi, cinsine ilave olarak, aşağıdaki hususları içerir:

(a) Taşıyıcının ve taşıtanın adı, adresi, genel merkezi veya ikametgâhı

(b) Yükün gönderileni

(c) Yükün gemiye yüklendiği hallerde, geminin adı veya numarası veya taşıma belgesinde yükün taşıyıcı tarafından tesellümünün gerçekleştiği fakat henüz gemiye yüklenmediğini belirten husus

(d) Yükleme limanı veya yükün tesellüm yeri ya da boşaltma limanı veya teslim yeri

(e) Yükün cinsinin mutat adı ve ambalaj yöntemi ve, tehlikeli veya çevreye zararı yükler için, cari hükümlere göre ismi ya da, başkaca, genel adı

(f) Boyutları, sayısı veya ağırlığı, gemiye yüklenen veya taşıma için tesellümü gerçekleşen yükün ayırt edici işaretleri

(g) Varsa, yükün güvertede veya üstü açık gemide taşınacağı ya da taşınabileceğine ilişkin beyan

(h) Navluna ilişkin kararlaştırılmış hükümler

(i) Taşıma senedi düzenlendiyse, aslı mı yoksa nüshası mı olduğuna dair bilgi; konişmento düzenlendiyse kaç asıl olarak düzenlendiği

(j) Düzenleme yeri ve tarihi

Bu fıkrada bahsi geçen hususların bir veya daha fazlasının eksikliği, bu Konvansiyon'un 1. Maddesi 6. Fıkrası bağlamında taşıma belgesinin hukuki mahiyetini etkilemez.

Madde 12
Taşıma belgelerindeki çekinceler

1. Taşıyıcı

(a) Taşıtan tarafından sağlanan bu hususların gerçeğe aykırı olduğundan şüphe etmek için sebep bulunması veya, özellikle yükün taşıyıcı önünde sayılmadığı, ölçülmediği ya da tartılmadığı hallerde veyahut, açıkça kararlaştırılmamasına rağmen, boyut ve ağırlığın geminin su çekimi vasıtası ile hesaplanmış olduğu hallerde, söz konusu hususların makul bir şekilde kontrol edilmesi imkânına sahip bulunmaması kaydıyla yükün boyutları, sayısı veya ağırlığı

(b) Açık ve sağlam bir biçimde yükün üzerine ya da, yük ambalajlanmışsa, yükün ambalajı ya da muhafazası üzerine eklenmemiş olması halinde yükün ayırıcı işaretleri

1. Yükün görünürdeki durumu

hakkında taşıma belgesine çekince koymaya yetkilidir.

2. Eğer taşıyıcı yükün görünürdeki durumunu belirtmeyi ihmal eder veya bu hususta herhangi bir çekince koymazsa, taşıma belgesinde yükün görünürdeki durumunun iyi olduğunu belirtmiş olduğu kabul edilir.

3. Taşıma belgesinde düzenlenen hususlara uygun olarak, yükün taşıyıcı, taşıyıcının adamları ve temsilcilerinden başka kimseler tarafından bir konteynerin içerisine veya bir geminin ambarına konarak mühürlendiği hallerde, eğer boşaltma limanı veya teslim yerinde konteyner ya da mühür hasara uğramamış veya bozulmamış olursa, yükün hasarı veya zıyaının taşıma sırasında gerçekleşmediği varsayılacaktır.

Madde 13
Konişmento

1. Konişmentonun asılları gönderilenin namına veya emrine ya da hamiline düzenlenmiş kıymetli evrak hükmündedir.

2. Varış yerinde yük ilk ibraz edilen konişmento karşılığında teslim edilecektir, sonrasında konişmentonun diğer asılları karşılığında tekrar teslim talebinde bulunulamaz.

3. Yükün taşıyıcı tarafından tesellümü gerçekleştikten sonra, konişmentonun yükü teslim almaya yetkili kimseye teslimi yüke ilişkin haklar açısından yükün teslimi ile aynı sonuçları doğurur.

4. Eğer konişmento, gönderilen de dâhil olmak üzere, konişmentodaki yüke ilişkin beyanlara güvenerek hareket eden iyi niyetli bir üçüncü kişiye devredilmişse 11. Maddenin 3. Fıkrası ve 12. Maddenin 2. Fıkralarındaki karinenin aksi kanıtlanamaz.

IV. KISIM
YÜK ÜZERİNDE TASARRUF HAKKI

Madde 14
Tasarruf hakkı sahibi

1. Taşıtan yük üzerinde tasarrufta bulunmaya yetkilidir, özellikle de taşıyıcıdan yükün taşınmasının durdurulmasını, teslim yerinin değiştirilmesini veya yükü taşıma belgesinde belirtilen gönderilenden başkasına teslim edilmesini talep edebilir.

2. Gönderilenin yükün planlanan teslim yerine varmasını takiben yükün teslimini talep etmesi ve

(a) Taşıma için taşıma senedi düzenlendiyse, senedin aslının gönderilene verilmesinden sonra;

(b) Taşıma için konişmento düzenlendiyse, taşıtanın elinde bulundurduğu tüm asılları başka bir kimseye devrederek teslim etmesinden sonra

Taşıtanın yük üzerindeki tasarruf hakkı sona erecektir.

3. Taşıma senedine uygun şekilde düşülecek bir kayıt marifetiyle, taşıtan, senedin düzenlenmesiyle birlikte, yük üzerindeki tasarruf hakkından gönderilen lehine feragat edebilir.

Madde 15
Yük üzerindeki tasarruf hakkının kullanılmasına ilişkin şartlar

Taşıtan veya 14. Maddenin 2 ve 3. Fıkralarının uygulandığı hallerde gönderilen, yük üzerindeki tasarruf hakkını kullanmak istemesi halinde:

(a) Bir konişmento düzenlendiyse, yükün planlanan teslim yerine varmasından önce tüm asıllarını ibraz etmek,

(b) Konişmentodan başka bir taşıma belgesi düzenlendiyse, taşıyıcıya verilecek yeni talimatları da içerecek bu belgeyi ibraz etmek,

(c) Taşıyıcıyı söz konusu talimatları yerine getirirken taşıyıcının yapacağı masraf ve uğrayacağı zararı tazmin etmek,

(d) Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, yükün planlanan teslim yerine varmadan önce boşaltılması halinde kararlaştırılan navlunun tamamını ödemek

ile yükümlüdür.

V. KISIM
TAŞIYICININ SORUMLULUĞU

Madde 16
Zarardan Dolayı Sorumluluk

1. Taşıyıcı yükü taşımak için tesellümü anı ile teslim edildiği an arasında doğan yükün zıyaı ya da hasarından veya teslimdeki gecikmeden kaynaklanan zarardan dolayı sorumludur, meğerki zararın tedbirli bir taşıyıcının engelleyemeyeceği ve sonuçlarından kaçınamayacağı hallerden dolayı ortaya çıktığını ispatlasın.

2. Yükün gemiye yüklenmesinden önce veya yükün gemiden boşaltılmasından sonraki bir anda doğan yükün zıyaı ya da hasarından dolayı taşıyıcının sorumluluğu, taşıma sözleşmesine uygulanacak Devlet hukukuna göre belirlenecektir.

Madde 17
(*Taşıyıcının*) Adam ve temsilcileri

1. Taşıyıcı taşıma sözleşmesinin ifasında hizmetlerinden yararlandığı adam ve temsilcilerinin fiil ve ihmallerinden, bu kimselerin görev sınırları içerisinde hareket etmeleri kaydı ile, kendi fiil ve ihmali gibi sorumlu olacaktır.

2. Taşıma 4. Madde uyarınca bir fiili taşıyıcı tarafından ifa ediliyorsa, taşıyıcı fiili taşıyıcı ile onun görev sınırları içerisinde hareket eden adam ve temsilcilerinin fiil ve ihmallerinden de sorumlu olacaktır.

3. Eğer taşıyıcının veya fiili taşıyıcının adam ve temsilcilerine karşı bir dava açılırsa, bu kimseler, görev sınırları içinde hareket ettiklerini ispat ederlerse, taşıyıcının Bu Konvansiyon uyarınca ileri sürebileceği sorumluluktan kurtuluş sebepleri ve sorumluluk sınırlarından yararlanabilecektirler.

4. Yetkili makam tarafından atanmış ve serbestçe seçilmesi mümkün olmayan bir kılavuz 1. fıkra bağlamında bir adam ya da temsilci olarak nitelendirilemez.

Madde 18
Özel sorumluluktan kurtuluş sebepleri

1. Eğer zıya, hasar veya gecikme aşağıdaki hal ve tehlikelerden birinin sonucu ise taşıyıcı ve fiili taşıyıcı sorumluluktan kurtulur:

(a) Taşıtanın, gönderilenin veya yük üzerinde tasarrufta bulunmaya yetkili kimsenin fiil ve ihmalleri

(b) Taşıtan, gönderilen ya da onlar hesabına hareket eden bir üçüncü kişinin yükü elden geçirmesi, yüklemesi, istiflemesi veya boşaltması

(v) bu hususun taşıtan ile birlikte kararlaştırılmış olması veya söz konusu ticaret kolunun teamüllerine uygunluk arz etmesi ya da mevzuat hükümlerinin emretmesi halinde, yükün güvertede veya üstü açık araçlarda taşınması

(d) yükü özellikle kırılma, pas, çürüme, kuruma, sızma, olağan fire (hacim veya ağırlık olarak) veya haşere ya da kemirgen etkisi sebebiyle tam veya kısmi zıyaa ya da hasara açık hale getiren yükün doğası

(e) doğası gereği ambalajlanmadığı veya yetersiz ambalajlandığı takdirde zıyaa ve hasara açık hale gelen yüklerin hiç ambalajlanmaması ya da yetersiz ambalajlanması

(f) yükün ayırıcı işaretlerinin eksiklik veya yetersizliği

(g) iç su yollarında can ve mal kurtarma faaliyetleri ya da bu faaliyetlere teşebbüs edilmesi

(h) canlı hayvan taşıması, meğer ki taşıyıcı taşıma sözleşmesinde kararlaştırılmış tedbirleri almamış ya da talimatlara uymamış olsun.

2. Halin şartlarına göre, eğer zararın bu maddenin 1. Fıkrasında sayılan hal ve tehlikelerden bir veya birden fazlasına izafe edilebilirse, söz konusu hal ve tehlikeden kaynaklandığı varsayılacaktır. Eğer zarar gören taraf maruz kaldığı zararın bu maddenin 1. Fıkrasındaki hal ve tehlikelerden kaynaklanmadığını ya da zararın münhasıran bu hal ve tehlikelerden kaynaklanmadığını ispatlarsa söz konusu karine uygulanmaz.

Madde 19
Tazminatın hesaplanması

1. Taşıyıcının yükün tamamen zıyaından sorumlu olduğu hallerde kendisi tarafından ödenecek tazminat yükün sözleşmede kararlaştırılan teslim yeri ve günündeki değerine eşit olacaktır. Yetkili kişi haricinde bir kimseye yükün teslim edilmesi de zıya olarak kabul edilir.

2. Yükün kısmen zıyaı veya yükün hasarı hallerinde, taşıyıcı sadece değer kaybı nispetinde sorumlu olacaktır.

3. Yükün değeri emtia borsası fiyatlarına, eğer yoksa, piyasa fiyatına, eğer emtia borsası ya da piyasa fiyatı yoksa, teslim yerindeki aynı tür ve nitelikteki malların değerine göre belirlenecektir.

4. Doğası gereği taşıma esnasında fire veren yükler hususunda, taşıyıcı, taşımanın uzunluğundan bağımsız olarak, fire verilen miktarın sadece taşıma sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılan veya varma yerinde geçerli mevzuat ya da teamüllerce belirlenen olağan fire miktarını (hacim veya ağırlık olarak) aşan kısmından sorumlu olacaktır.

5. Bu madde hükümleri taşıyıcının sözleşmede veya, bu konuda özel bir anlaşma bulunmaması halinde, uygulanacak ulusal mevzuat veya teamüller gereği öngörülen navluna ilişkin haklarına etki etmez.

Madde 20
Sorumluluğun en yüksek haddi

1. Bu maddenin 4. Fıkrası ve 21. Madde saklı kalmak şartıyla, kendisine açılan dava ne olursa olsun, taşıyıcı hiçbir halde, hangisi daha büyükse, paket veya başka bir yük ünitesi başına 666.67 hesap birimi veya yükün, taşıma belgesinde belirtilen, her bir kilogram ağırlığı başına 2 hesap birimini aşan miktarlardan sorumlu olmayacaktır. Eğer paket veya diğer yük ünitesi bir konteyner ise ve taşıma belgesinde konteynerin içerisinde birleştirilen paket ya da yük üniteleri hakkında herhangi bir kayıt yoksa, 666.67 hesap birimi yerine, içindeki yükler hariç olarak konteyner başına 1500 hesap birimi ve, ilave olarak, konteynerin içerisindeki yükler için 25.000 hesap birimi esas alınacaktır.

2. Bir konteyner, palet veya benzer bir taşıma gerecinin yükü birleştirmek için kullanıldığı hallerde, paket ve diğer yük ünitesi kavramı açısından taşıma belgesinde bu türden taşıma gereçlerinin içinde veya üzerinde yüklendiği sayılanlar esas alınacaktır. Bunun dışındaki hallerde, bu türden taşıma gerecinin içinde veya üzerinde bulunan yükler tek bir yük ünitesi olarak kabul edilecektir. Eğer taşıyıcının mülkiyetinde değilse veya başka bir şekilde taşıyıcı tarafından sağlanmadıysa, taşıma gerecinin zıyaa uğradığı veya hasar gördüğü hallerde, söz konusu taşıma gereci tek bir yük ünitesi olarak kabul edilir.

3. Teslimdeki gecikmeden kaynaklanan zararlarda, taşıyıcının sorumluluğu navlunun miktarını aşmayacaktır. Bununla beraber, bu fıkranın birinci cümlesi ve birinci fıkra kapsamında toplam sorumluluk miktarı, sorumluluğa konu yükün tamamen zıyaa uğraması halinde birinci fıkra bağlamında hesaplanacak sınırı aşamaz.

4. 1. Fıkrada bahsi geçen sorumluluğun en yüksek haddine ilişkin sınırlar

(a) Yükün ya da taşıma gerecinin mahiyeti ve daha büyük değeri bulunduğu taşıma belgesinde açıkça belirtilmiş ve taşıyıcı tarafından bu nitelikler reddedilmediyse veya

(b) Taraflar açıkça daha yüksek azami sorumluluk sınırları kararlaştırdılarsa

uygulanmaz.

5. Taşıyıcı, fiili taşıyıcı ve onları adam ve temsilcilerinden aynı zarar için tazmin edilebilecek miktarın toplamı bu maddede düzenlenen genel sorumluluk sınırını aşamaz.

Madde 21
Sorumluluğu sınırlama hakkının kaybı

1. Taşıyıcı veya fiili taşıyıcı, zararın zarar vermek kastıyla veya zarar oluşmasının kuvvetle muhtemel olduğunun bilinciyle pervasız bir şekilde gerçekleştirilen icrai veya ihmali bir şahsi hareketinden kaynaklandığı ispat edilirse bu Konvansiyon'da veya taşıma sözleşmesinde düzenlenen sorumluluktan kurtuluş sebeplerine ve sorumluluk sınırlarına dayanamaz.

2. Benzer şekilde, taşıyıcının veya fiili taşıyıcının hesabına hareket eden adam ve temsilcileri de zararın 1. Fıkrada tarif edilen şekilde gerçekleştiği ispat edilirse bu Konvansiyon'da veya taşıma sözleşmesinde düzenlenen sorumluluktan kurtuluş sebeplerine ve sorumluluk sınırlarına dayanamaz.

Madde 22
Sorumluluktan kurtuluş sebepleri ve sorumluluk sınırlarının uygulanması

Bu Konvansiyon'da veya taşıma sözleşmesinde düzenlenen sorumluluktan kurtuluş sebepleri ve sorumluluk sınırları, taşıma sözleşmesinin konusu yükün zıyaı, hasarı veya teslimindeki gecikmeye ilişkin açılan, ister sözleşme, ister haksız fiil, isterse de bir başka hukuki sebebe dayansın, her tür davada uygulanır.

VI. KISIM
TALEPLERE İLİŞKİN SÜRELER

Madde 23
Hasarın ihbarı

1. Yükün herhangi bir çekince belirtilmeden gönderilen tarafından kabulü, yükün taşınmak için taşıyıcıya devredildiği hal ve miktarda taşıyıcı tarafından teslim edildiğine karinedir.

2. Taşıyıcı ve gönderilen teslimde yükün hal ve miktarının iki tarafın huzurunda incelenmesini talep edebilir.

3. Yükün zıyaı ve hasarı haricen belli durumda ise, gönderilen tarafından beyan edilecek çekincenin yazılı şekilde ve hasarın genel hatlarını tarif edecek şekilde, en geç teslim anında, ifade edilmesi gerekir, meğerki gönderilen ve taşıyıcı müştereken yükün durumunu denetlemiş olsunlar.

4. Yükün zıyaı ve hasarı haricen belli durumda değil ise, gönderilen tarafından beyan edilecek çekincenin yazılı şekilde ve hasarın genel hatlarını tarif

edecek şekilde, en geç teslim anından itibaren 7 günde, ihbar edilmesi gerekir ki böyle bir halde zarar gören taraf hasarın yük taşıyıcının hâkimiyetindeyken gerçekleştiğini ispat etmiş bulunacaktır.

5. Teslimde gecikme halinde, gönderilen teslimi izleyen 21 gün içerisinde taşıyıcıya gecikmeyi ihbar ettiğini ve bu ihbarın taşıyıcıya ulaştığını ispat etmedikçe, tazminat ödenmeyecektir.

Madde 24
Dava tahditleri

1. Bu Konvansiyon'un uygulamasına giren bir sözleşmeden doğan tüm davalar, yükün gönderilene teslim edildiği veya teslim edilmiş olması gereken günden itibaren bir yılın geçmesiyle zaman aşımına uğrar. Süre sınırının başladığı gün süreye dahil değildir.

2. Kendisine karşı dava açılan kimse, süre sınırı içerisindeki herhangi bir zamanda, zarar gören tarafa vereceği yazılı beyanıyla süreyi uzatabilir. Bu süre, bir veya birden fazla ilave beyan ile tekrar uzatılabilir.

3. Sürenin durması veya kesilmesi hususları taşıma sözleşmesine uygulanacak Devlet hukukunca tayin edilir. Zarara yol açan bir olaydan kaynaklanan taleplere ilişkin olarak sorumluluk sınırlarının uygulanması talebinde bulunulması süreyi keser.

4. Bu Konvansiyon uyarınca sorumluluğuna hükmedilen bir kimse tarafından açılacak rücu davası, rücu davası açan kimsenin talebi yerine getirdiği veya davanın kendisine tebliğ edildiği günden itibaren 90 gün ya da davanın açıldığı Devlet hukuku uyarınca düzenlenen daha uzun süre içinde dava açılmış olması kaydıyla, bu maddenin 1 ve 2. Fıkralarında düzenlenen sürenin sona ermesinden sonra da açılabilir.

5. Sürenin sona ermesi ile zamanaşımına uğrayan bir talep hakkı bir karşı dava veya takas yoluyla ileri sürülemez.

Madde 25
Sözleşme kayıtlarının hükümsüzlüğü

1. Taşıyıcı, fiili taşıyıcı veya bunların adam ve temsilcilerinin sorumluluğunu bu Konvansiyon hükümlerine göre istisna etmek, sınırlamak veya, 20. Madde'nin 4. Fıkrası hükümleri saklı kalmak şartıyla, arttırmak, ispat yükünü karşı tarafa geçirmek veya madde 23 ve 24'de işaret edilen taleplere ilişkin süreleri

ve süre sınırlarını azaltmak amacı taşıyan bütün sözleşme kayıtları hükümsüzdür. Yük sigortasından doğan bir hakkın taşıyıcı yararına temlik edilmesi konulu sözleşme kayıtları da hükümsüzdür.

2. Bu maddenin 1. Fıkra hükümlerine halel gelmeksizin ve 21. Madde hükümleri saklı kalmak şartıyla, taşıyıcı veya fiili taşıyıcının,

(a) Taşıyıcının mürettebata ilişkin madde 3'ün 3. Fıkrası kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesi ve bu icrai ya da ihmali hareketin zarar vermek kastıyla veya zarar oluşmasının kuvvetle muhtemel olduğunun bilinciyle pervasız bir şekilde gerçekleştirilmiş olmaması kaydıyla, geminin kaptanı, kılavuzu veya gemide hizmet gören bir başka kimsenin, seyrüseferde ya da itilen veya çekilen bir konvoyun oluşturulması ya da ayrılması esnasında iten veya çekenin icrai veya ihmali bir hareketinin

(b) Yangının veya patlamanın taşıyıcı ya da fiili taşıyıcı veya onların adam ve temsilcilerinin kusurları veyahut gemideki bir arızadan kaynaklandığını ispatlamanın mümkün olmaması kaydıyla, gemide gerçekleşen bir patlama veya yangının

(c) Bu tür bir arızanın seferin başlangıcından önce makul özen gösterilmesine rağmen tespitinin mümkün olmadığını ispatlaması kaydıyla, seferin başlangıcından önce kendi gemisi ya da kendisine kiralanan veya tahsis edilen gemide bulunan bir arızanın

sebep olduğu zararlardan dolayı sorumluluğunun bulunmadığına ilişkin sözleşme hükümleri geçerli olacaktır.

VIII. KISIM
TAMAMLAYICI HÜKÜMLER

Madde 26
Müşterek Avarya

Bu Konvansiyon'un hiçbir hükmü taşıma sözleşmesinin veya ulusal hukukun müşterek avarya halinde ödenmesi gereken zararın miktarı veya katılma borcunun hesaplanmasına ilişkin hükümlerinin uygulanmasına engel değildir.

Madde 27
Uygulanacak diğer hükümler ve nükleer zarar

1. Bu Konvansiyon taşıyıcının iç su yolları ve denizlerde kullanılan gemilerin maliklerinin sorumluluklarının sınırlandırılmasına ilişkin uluslararası konvansi-

yonlar ve ulusal mevzuat hükümleri uyarınca düzenlenen hak ve yükümlülüklerine etki etmez.

2. Taşıyıcı nükleer kaza sonucu doğan zarardan dolayı bu Konvansiyon uyarınca öngörülen sorumluluktan bir Devletin nükleer enerji alanında sorumluluğu düzenleyen mevzuatı uyarınca bir nükleer tesisin işleteni veya başka bir yetkili kimsenin söz konusu zarardan sorumlu olması halinde kurtulur.

Madde 28
Hesap birimi

Bu Konvansiyon'un 20. Maddesinde atıf yapılan hesap birimi Uluslararası Para Fonu tarafından belirlenen Özel Çekme Hakkı'dır. 20. Maddede bahsi geçen miktarlar bir Devletin ulusal para birimine, karar tarihindeki veya taraflarca kararlaştırılan tarihteki değerine göre çevrilecektir. Bir Taraf Devletin ulusal para biriminin Özel Çekme Hakkı'na göre değeri söz konusu tarihte Uluslararası Para Fonu tarafından kendi faaliyet ve işlemlerinde uygulanan değerleme yöntemine göre hesaplanacaktır.

Madde 29
Ek ulusal hükümler

1. Bu Konvansiyon'da düzenlenmeyen hallerde, taşıma sözleşmesine taraflarca kararlaştırılan Devletin hukuku uygulanır.

2. Böyle bir anlaşmanın bulunmadığı hallerde ise, taşıma sözleşmesiyle en sıkı ilişkili Devletin hukuku uygulanır.

3. Sözleşme kurulduğu anda, yükleme limanı ya da yükün tesellüm yeri veya boşaltma limanı ya da teslim yeri veyahut da taşıtanın ana işletme merkezinin de o Devlette bulunması kaydıyla taşıyıcının ana işletme merkezinin bulunduğu Devletin en sıkı ilişkili Devlet olduğu kabul edilecektir. Taşıyıcının karada işyeri olmaması ve taşıma sözleşmelerini gemisi üzerinde akdetmesi halinde, sözleşmenin, yükleme limanı ya da yükün tesellüm yeri veya boşaltma limanı ya da teslim yeri veyahut da taşıtanın ana işletme merkezinin de o Devlette bulunması kaydıyla, geminin tescil edildiği veya bayrağını çektiği Devletin en sıkı ilişkili Devlet olduğu kabul edilecektir.

4. Taşıyıcının madde 10'un 1. Fıkrasında bahsi geçen talepler için öngördüğü teminat yükün bulunduğu Devlet hukuku tarafından tayin edilecektir.

IX. KISIM
UYGULAMA ALANINA İLİŞKİN BEYANLAR

Madde 30
Belirli iç su yollarında taşıma

1. Her Devlet, bu Konvansiyon'u imza, onaylama, kabul, tasvip veya katılma anında bu Konvansiyon'u kendi toprakları üzerinde bulunana ve uluslararası seyrüsefer kurallarının uygulamasına tabi olmayan ve böyle kuralların uygulandığı uluslararası su yolları arasında bağlantı teşkil etmeyen belirli iç su yollarında yapılacak taşıma sözleşmelerine uygulamayacağını beyan edebilir. Fakat, böyle bir beyanda bir Devletin tüm ana su yolları konu edilemez.

2. Taşıma sözleşmesinin amacının yükün aktarma olmaksızın hem bu maddenin birinci fıkrasında bahsi geçen beyanda belirtilmeyen su yollarında hem de belirtilen su yollarında taşınması olduğu hallerde bu Konvansiyon yine de sözleşmeye uygulanır, meğerki sonraki türden su yollarında alınacak mesafe daha uzun olsun.

3. 1. Fıkra uyarınca bir beyanda bulunulduğu zaman, diğer herhangi bir Taraf Devlet bu beyanda belirtilen türden sözleşmelere Konvansiyon hükümlerini uygulamayacağını beyan edebilir. Mezkur fıkra uyarınca yapılan beyan, en erken mezkur fıkradaki beyanda bulunan Devlette Konvansiyon'un yürürlüğe giriş tarihinde olmak üzere, birinci fıkra uyarınca beyanda bulunan Devlette Konvansiyon'un yürürlüğe girişi tarihinde hüküm ifade edecektir.

4. Bu maddenin 1 ve 3. fıkralarında işaret edilen beyanlar, her hangi bir zamanda, tevdi makamına bu hususta, hükümden düşeceği tarihi de ifade ederek, bildirimde bulunmak suretiyle, kısmen veya tamamen, geri alınabilir. Bu beyanların geri alınması, akdedilmiş sözleşmeler hakkında hüküm ifade etmez.

Madde 31
Ulusal taşıma ve hatır taşıması

Her bir Devlet, bu Konvansiyon'u imzaladığı, onayladığı, kabul ettiği, tasvip ettiği veya katıldığı anda ya da daha sonra herhangi bir anda bu Konvansiyon'u,

(a) Yükleme limanı veya yükün tesellüm yeri ya da yükün boşaltma limanı veya teslim yerinin kendi toprakları içinde bulunduğu taşıma sözleşmelerine

(b) Maddenin 1. Fıkrasından farklı şekilde, hatır taşımalarına

da uygulayacağını beyan edebilir.

Madde 32
Sorumluluğa ilişkin bölgesel hükümler

1. Her bir Devlet, bu Konvansiyon'u imzaladığı, onayladığı, kabul ettiği, tasvip ettiği veya katıldığı anda ya da daha sonra herhangi bir anda, ya Yükleme limanı veya yükün tesellüm yeri ya da yükün boşaltma limanı veya teslim yerinin ikisinin de kendi topraklarında bulunduğu ya da birisinin kendi topraklarında ikincisinin de aynı beyanda bulunan bir başka Devlet topraklarında bulunduğu taşıma sözleşmelerine ilişkin olarak taşıyıcının, mürettebata ilişkin madde 3'ün 3. Fıkrası kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesi ve bu icrai ya da ihmali hareketin zarar vermek kastıyla veya zarar oluşmasının kuvvetle muhtemel olduğunun bilinciyle pervasız bir şekilde gerçekleştirilmiş olmaması kaydıyla, geminin kaptanı, kılavuzu veya gemide hizmet gören bir başka kimsenin, seyrüseferde ya da itilen veya çekilen bir konvoyun oluşturulması ya da ayrılması esnasında iten veya çekenin icrai veya ihmali bir

hareketinin sebep olduğu zararlardan dolayı taşıyıcının sorumlu olmayacağı beyanında bulunabilir.

2. 1. Fıkrada bahsi geçen sorumluluğa ilişkin hüküm bu Konvansiyon aynı beyanda bulunan ikinci Devlette de yürürlüğe girince iki Taraf Devlet arasında uygulamaya geçer. Eğer bir Devlet Konvansiyon kendisi bakımından yürürlüğe girdikten sonra söz konusu beyanda bulunduysa, 1. Fıkrada bahsi geçen sorumluluğa ilişkin hüküm beyanın tevdi makamına bildirilmesini izleyen üç aydan sonraki ayın ilk günü yürürlüğe girecektir. Sorumluluğa ilişkin hüküm sadece yürürlüğe girişinden sonra akdedilen taşıma sözleşmelerine uygulanacaktır.

3. 1. Fıkraya uygun şekilde yapılan beyan tevdi makamına bildirmek suretiyle her zaman geri alınabilir. Beyanın geri alınması halinde, 1. Fıkrada bahsi geçen sorumluluğa ilişkin hükümler bildirimi izleyen aynı ilk günü veya bildirimde belirtilen daha sonraki bir anda yürürlükten kalkacaktır. Beyanın geri alınmasının sorumluluğa ilişkin hükümlerin yürürlükten kalkmasından önce imzalanan taşıma sözleşmelerine etkisi olmayacaktır.

X. KISIM
SON HÜKÜMLER

Madde 33
İmza, Onay, Kabul, Tasvip, Katılma

1. Bu Konvansiyon bir yıl boyunca tevdi makamındaki merkezde tüm Devletlerin imzasına açık olacaktır. İmza süresi, tevdi makamı bu Konvansiyon'un tüm asıl metinlerinin hazır olduğunu bildirdiği günde başlayacaktır.

2. Devletler bu Konvansiyon'a,

(a) Onay, kabul veya tasvip şart olmaksızın imza

(b) Onay, kabul veya tasvip şartıyla imzayı izleyen onay, kabul veya tasvip

(c) İmza için konulan sürenin sona ermesinden sonra katılma

yoluyla Taraf olabilirler.

3. Onay, kabul, tasvip veya katılma belgeleri tevdi makamına tevdi edilecektir.

Madde 34
Yürürlüğe giriş

1. Bu Konvansiyon beş Devletin onay, kabul veya tasvip şart olmaksızın bu Konvansiyon'u imzaladığı veya onay, kabul, tasvip veya katılma belgelerini tevdi makamına tevdi ettikleri tarihten sonra üç aylık bir sürenin dolmasını izleyen ayın ilk günü yürürlüğe girecektir.

2. Bu Konvansiyon'un yürürlüğe girmesinden sonra onay, kabul veya tasvip şart olmaksızın bu Konvansiyon'u imzalayan veya onay, kabul, tasvip veya katılma belgelerini tevdi makamına tevdi eden her Devlet için bu Konvansiyon onay, kabul veya tasvip şart olmaksızın bu Konvansiyon'un imzalandığı veya onay, kabul, tasvip veya katılma belgelerinin tevdi makamına tevdi edildiği tarihten sonraki üç aylık sürenin dolmasını izleyen ayın ilk günü yürürlüğe girecektir.

Madde 35
Çekilme

1. Bir Taraf Devlet, o Devlet'te yürürlüğe girdiği tarihi izleyen bir yılın sona ermesiyle birlikte, bu Konvansiyon'dan çekilebilir.

2. Çekilme bildirimi tevdi makamına tevdi edilecektir.

3. Çekilme, çekilme ihbarının tevdi makamına tevdi edildiği tarihten sonra bir yıllık sürenin dolmasını izleyen ayın ilk günü veya çekilme ihbarında belirtilen daha uzun sürenin dolmasıyla hüküm ifade eder.

Madde 36
İnceleme ve tadil

Bu Konvansiyon'a Taraf Devletlerin en az üçte birinin talebi ile, tevdi makamı Taraf Devletler için Konvansiyon'un gözden geçirilmesi veya tadil edilmesi için bir konferans düzenleyecektir.

Madde 37
Sorumluluk sınır miktarlarının ve hesap biriminin gözden geçirilmesi

1. 36. Madde hükümleri saklı kalmak üzere, 20. Maddenin 1. Fıkrasında belirtilen miktarın gözden geçirilmesi veya 28. Maddedeki hesap biriminin bir başkası ile ikame edilmesi teklif edildiğinde, tevdi makamı, Bu Konvansiyon'a Taraf Devletlerin en az dörtte birinin talebiyle, Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu, Ren üzerinde Seyrüsefer Merkez Komisyonu ve Tuna Komisyonuna teklifi sunarak münhasıran 20. Maddenin 1. Fıkrasında belirtilen miktarın değiştirilmesi veya 28. Maddedeki hesap biriminin bir başkası ile ikame edilmesi amacı taşıyan bir konferans düzenleyecektir.

2. Konferans en erken teklifin sunulduğu günden itibaren altı ay sonra toplanacaktır.

3. Bu Konvansiyon'un tüm Taraf Devletleri, birinci fıkradaki teşkilatlara üye olsalar da olmasalar da, konferansa katılmak yetkisini haizdir.

4. Değişiklikler, oylamada bu Konvansiyon'a Taraf Devletlerin en az yarısının temsil ediliyor olması kaydıyla, konferansta temsil edilen ve oya katılan bu Konvansiyon'a Taraf Devletlerin üçte iki çoğunluğu ile kabul edilecektir.

5. 20. Maddenin 1. Fıkrasında belirtilen miktarın tadiline ilişkin görüşmelerde, konferans zarara yol açan olaylar ve özellikle bunlardan kaynaklı zararın miktarına ilişkin tecrübeleri, para değerindeki değişiklikleri ve teklif edilen tadilin sigorta masraflarına etkisini dikkate alacaktır.

6. (a) Bu madde uyarınca tadil edilecek miktar en erken bu Konvansiyon'un imzaya açıldığı ve bu madde uyarınca önceden gerçekleştirilmiş tadilin yürürlüğe girdiği günden itibaren beş yılın dolmasıyla yürürlüğe girebilir.

(b) Miktar bu Konvansiyon'da tayin edilen azami sorumluluk sınırlarını Konvansiyon'un imzaya açıldığı günden itibaren bileşik faiz prensibine göre hesaplanmış ve her yıl için yüzde altı arttırılmış miktarı geçecek şekilde arttırılamaz.

(c) Miktar bu Konvansiyon'da tayin edilen azami sorumluluk sınırlarının üç katını geçecek şekilde arttırılamaz.

7. Tevdi makamı 4. Fıkraya göre gerçekleştirilen tüm tadillere ilişkin olarak tüm Taraf Devletlere ihbarda bulunacaktır. Tadil, ihbarın yapıldığı günden itibaren on sekiz aylık bir sürenin geçmesiyle birlikte kabul edilmiş sayılır, meğerki bu süre içinde tadile karar verildiğinde Taraf Devlet olan devletlerin en az dörtte birinin tevdi makamına tadili kabul etmedikleri hususunda ihbarda bulunsunlar ki böyle bir durumda tadil reddedilir ve yürürlüğe girmez.

8. 7. Fıkraya göre kabul edilmiş sayılan bir tadil kabulünden itibaren on sekiz ay sonra yürürlüğe girecektir.

9. 35. Madde uyarınca bu Konvansiyon'dan, tadilin yürürlüğe girmesinden en az altı ay önce, çekilmedikleri takdirde tüm Taraf Devletler bu tadil ile bağlıdırlar. Çekilme tadil yürürlüğe girdiği anda hüküm ifade eder.

10. Bir tadil kabul edilmiş fakat öngörülen on sekiz aylık süre henüz dolmamış ise, bu süre içerisinde Taraf Devlet olan bir Devlet, tadilin yürürlüğe girmesi halinde tadil ile bağlıdır. Bu sürenin dolmasından sonra Taraf Devlet haline gelen bir Devlet ise 7. fıkra uyarınca kabul edilen bir tadil ile bağlıdır. Bu fıkrada atıf yapılan hallerde, bir Devlet bir tadil ile tadil yürürlüğe girer girmez veya, eğer daha sonra gerçekleşirse, bu Konvansiyon o Devlet için yürürlüğe girer girmez bağlı olacaktır.

Madde 38
Tevdi Makamı

1. Bu Konvansiyon Macaristan Cumhuriyeti Hükümetine tevdi edilecektir.

2. Tevdi makamı:

(a) İç Su Yolları ile Yük Taşınması Konulu Sözleşmeler ile İlgili Budapeşte Konvansiyonu'nun kabul edilmesi için düzenlenmiş Diplomatik Konferans'a katılan tüm Devletlere mezkûr Konvansiyon'un resmi dilde kaleme alınmış ve Konferans esnasında mevcut bulunmayan örneğini incelemede bulunmaları için göndermek;

(b) Yukarıdaki (a) fıkrası uyarınca iletilen metinde yapılacak bütün tadil tekliflerini yukarıda (a) fıkrasında bahsi geçen tüm Devletlere bildirmek;

(c) Bu Konvansiyon'un resmi dilde kaleme alınmış bütün örneklerinin birbiri ile uyumlu hale getirildiği ve asıl metin niteliği kazandığı tarihi tespit etmek;

(d) 1. fıkrası uyarınca tespit edilen tarihi (a) fıkrasında bahsi geçen tüm Devletlere bildirmek;

(e) İç Su Yolları ile Yük Taşınması Konulu Sözleşmeler ile İlgili Budapeşte Konvansiyonu'nun kabul edilmesi için düzenlenmiş Diplomatik Konferans'a davet edilen ve orada bu Konvansiyon'u imzalayan ya da Konvansiyon'a katılan tüm Devletler'e bu Konvansiyon'un tasdik edilmiş aslının nüshalarını göndermek;

(f) Bu Konvansiyon'u imzalayan ya da Konvansiyon'a katılan tüm Devletler'e:

(i) Tarihleri ile birlikte, gerçekleşen her bir yeni imza, ihbar veya beyanı;

(ii) Bu Konvansiyon'un yürürlüğe giriş tarihini

(iii) Bu Konvansiyon'dan her bir çekilmeyi ve çekilmenin hüküm ifade edeceği tarihi

(iv) 36 ve 37. Maddeler uyarınca bu Konvansiyon'da gerçekleşen her bir tadil ve tadilin yürürlüğe gireceği tarihi

(v) bu Konvansiyon hükümleri uyarınca gerekecek her türlü bildirimi

ihbar etmekle yükümlüdür.

3. Bu Konvansiyon'un yürürlüğe girişinden sonra, tevdi makamı bu Konvansiyon'un tasdik edilmiş aslını Birleşmiş Milletler Şartı'nın 102. Maddesi uyarınca tescil ve yayım için Birleşmiş Milletler Sekreterliği'ne iletecektir.

Budapeşte'de 22 Haziran 2001'de Felemenkçe, İngilizce, Fransızca, Almanca ve Rusça dillerinde, her bir metin eşit olarak asıl kabul edilecek şekilde tek bir asıl nüsha olarak KALEME ALINMIŞTIR.

TASDİKEN, hükümetleri tarafından usulünce yetki verilmiş, aşağıdaki imza sahipleri bu anlaşmayı imzalamışlardır.

"HEKİM FAALİYETLERİNDE YAPAY ZEKA TARAFINDAN KARAR DESTEĞİ" FEDERAL TABİPLER BİRLİĞİ ETİK KURULUNUN TIP VE SINIR ALANLARINDA ETİK İLKELERİN KORUNMASINA İLİŞKİN (MERKEZİ ETİK KURULU) GÖRÜŞÜ[(*)]

STELLUNGNAHME DER ZENTRALEN KOMMISSION ZUR WAHRUNG ETHISCHER GRUNDSÄTZE IN DER MEDIZIN UND IHREN GRENZGEBIETEN (ZENTRALE ETHIKKOMMISSION) BEI DER BUNDESÄRZTEKAMMER „ENTSCHEIDUNGSUNTERSTÜTZUNG ÄRZTLICHER TÄTIGKEIT DURCH KÜNSTLICHE INTELLIGENZ"[(**)]

Çev. / Übersetzt von
Esma Nur TURHAN[(***)]

1. Giriş

Almanya'da sağlık sisteminin dijitalleşme sürecinde son yıllarda birçoğu daha deneme aşamasında olan, ama bazıları çoktan kliniklerde kullanılmaya

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 26.12.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 28.12.2022.
Atıf Şekli: Esma Nur Turhan, "'Hekim Faaliyetlerinde Yapay Zeka Tarafından Karar Desteği' Federal Tabipler Birliği Etik Kurulunun Tıp ve Sınır Alanlarında Etik İlkelerin Korunmasına İlişkin (Merkezi Etik Kurulu) Görüşü", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 1413-1447.

(***) LL.M. Freiburg, Tübingen Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi.
E-posta: esmaturhan32@gmail.com.
Orcid: https://orcid.org/0000-0002-6237-0272.

Çevirenin notu: Bu Çeviri, Digicrimjus Erasmus+ Projesi çerçevesinde **Prof. Dr. Adem Sözüer** Hoca'nın talebi üzerine yapılmış olup, kendisinin onayı ile yayınlanmak üzere Dergiye gönderilmiştir. Destekleri için kıymetli Hocam'a teşekkür ederim.

başlanmış olan IT temelli "***Clinical Decision Support Systems***" (**CDSS**) olarak adlandırılan karar destek sistemleri geliştirildi.

Geçmiş yıllarda hekimler, disiplinler arası ve profesyoneller arası bulgu ve gözlemelere (laboratuvar bulguları, diğer meslektaşların tahminleri, çalışanların gözlemleri, tespitleri vb.) müracaat edebiliyorlardı ki, tedavideki yeni teknik bileşenlerin tedavi sürecine dahil edilmesi hekimlerin görevlerini yerine getirmesinde en azından yapısal olarak temelde bir değişim anlamına gelmiyordu. Ancak CDSS'lerin birçok farklı teknolojileri kapsayan dinamik ve geniş kapsamı ile hekim faaliyetlerinin tıbbi desteği kalite bakımından gelişti. Bu CDSS'lerin bir kısmı yapay zeka ile çalışmaktadır. Yapay zeka ile kastedilen, çevresini veri işleyerek algılayan, kompleks bir hedef karşısında fiziki ya da dijital boyutta hareket eden, toplanmış düzenli veya düzensiz verileri yorumlayan ve bu verilerden çıkarımsal bilgileri işleyen" [30] ve bundan az veya çok otomatikleştirilmiş davranış veya karar önerileri çıkaran yazılım ve donanım sistemlerdir.[1]

CDSS'lerin bireysel veya vaka odaklı olarak entegre edilmiş yazılım sistemleri tarafından seçilen büyük miktardaki klinik-tanı bilgilerini ortak karar verme süreci için sağlayarak hekimleri ve hastaları desteklemesi amaçlanmaktadır. CDSS'nin kullanımı, diğer hususların yanı sıra, daha kesin bir tanı ve kişiye özel tedavi seçimi ile hastaların bakımının iyileştirilmesine katkı sağlayabilir [8]. Federal Tabipler Birliği, tedaviden sorumlu hekimin her zaman güncel tıbbi bilgiye erişiminin sağlanması için CDSS'ye olan ihtiyacın önemini vurgular [11]. Bununla birlikte bu yeni teknolojinin kullanımının koşuları değişkendir ve kullanımı etik, hukuki ve sosyal zorlukları ve görevleri içermektedir.

Bu yüzden Merkezi Etik Kurulu (Zentrale Ethikkommission = ZEKO) buradaki görüşü ile hekimler için dijital karar desteğine ilişkin bu dinamik alanda bir yön tayini sunmak istemektedir. Bunun için ilk olarak teknolojik gelişmelerin güncel durumu hakkında bilgi verilecek; arkasından dijital karar destek yardımının kullanımı ile ortaya çıkabilecek zorluklar ve sorunlar açıklanacaktır. Tüm bunlar etik açısından değerlendirilecek ve hukuki çerçeve koşulları açıklanacaktır. Merkezi Etik Kurulu buradaki önerileriyle CDSS'nin özellikleri hakkında farkındalık oluşturmayı ve istenmeyen gelişmeleri önlemeyi amaçlamaktadır.

[1] İnsan ve yapay zeka sistemleri arasındaki kategorik farklılık sebebiyle davranışların ve kararların süjesi olarak sadece gerçek kişiler kabul edilebilir. Gerçi yapay zeka sistemleri belirli akıllı süreçlerin icrasını simüle edebilirler ve hekimlerin makul karar verme süreçlerini destekleyebilirler; ancak bilinç ve kavrama yetenekleri olmadığı için kararları kendileri veremezler veya kendi başlarına hareket edemezler.

Merkezi Kurul'un görüşü, hem (kısmen) otomatik karar destek yardım sistemlerini kullanan veya kullanmayı düşünen hekimlere hem de şu ana kadar bu teknoloji ile herhangi etkileşimde bulunmamış olan hekimlere yöneliktir. Etik Kurulu görüşünün (mütalaasının) ağırlıklı noktasını, hekimlerin görevlerini dijital karar destek yardımı ile tamamlayan ve tanı, terapi, prognoz ve öngörü olmak üzere dört alandan birini ele alan CDSS oluşturmaktadır.

Bu görüşte, sağlık mesleklerinin icrasında (örneğin, hasta bakımı veya fizyoterapi) kullanılan destek sistemleri ile bizzat hastalar tarafından kullanabilen sistemlere (örneğin, "semptom denetleyicisi" veya sağlık uygulamaları) yer verilmemiştir. Ayrıca bu görüşte, karar destek yardımı sağlamayan ancak başka şekillerde sağlık hizmetlerini optimize etmeyi ve basitleştirmeyi amaçlayan IT tabanlı sistemlere de (örneğin, hastane bilgi sistemleri, "bakım robotları", elektronik iletişim sistemleri) değinilmemiştir.

Karmaşık yapay zeka tabanlı sistemlerin makine öğrenme işlevleri sayesinde orta ve uzun vadede bağımsız birer aktör statüsüne, aynı zamanda zihinsel özelliklere ve pratik insan zekasına benzer bir zeka biçimine sahip olup olamayacağı veya ne ölçüde olabileceği sorusuna [23] da bu görüşte yer verilemeyecektir. Teknik destek sistemlerinin mevcut gelişim durumu açısından bu soru hala uzak bir geleceğe işaret etmekte ve özellikle güçlü yapay zeka sistemleri açısından bu sorun yoğun bir şekilde tartışılmaktadır. Merkezi Etik Kurulunun bu görüşünün merkezinde daha ziyade halen kullanımda olan veya klinik kullanımına az karmış CDSS'ler yer almaktadır.

2. Mevcut Durum

CDSS'lerin muhtemel veya kısmen zaten var olan klinik uygulama örnekleri tanı, terapi, prognoz ve öngörü ile bağlantılıdır.

Tanı alanında CDSS'ler, radyolojik görüntüleme gibi alanlar için geliştirilmiştir; burada dikkat çeken alanlar (örneğin; mamogramlardaki şüpheli alanlar) tespit edilir ve görüntü üzerinde işaretlenir. Burada ölçme değerlerinden resme giden "yol" (Rekonstrüksiyon) kısmen makine öğrenmesi süreci ile iyileştirilmektedir. Makine öğrenmesinde (machine learning) yapay sistemler, büyük oranda tek başlarına kalıpları ve yasallığı eğitim verilerinden tanırlar ve bu bulguları daha önceden bilinmeyen verilere uygulayabilirler. Aynı şekilde dermatolojideki klinik tanıda CDSS cilt lezyonlarının malignitesinin değerlendirilmesinde kullanılmaktadır (75). Oftalmoloji (göz küresinin incelenmesi) de CDSS'ler aracılığı ile aynı şekilde perspektif olarak desteklenebilir. Burada retinal yapısal

anormalliklerin (kısmi) otomatik olarak değerlendirilmesini sağlayan ve böylece potansiyel olarak göz küresi hastalıklarının izlenmesini sağlayan makine öğrenmesine dayalı yöntemler bulunmaktadır. Buna ek olarak, AMELIE (Otomatik Mendelian Literatür Değerlendirmesi) ile bir literatür taramasına dayanarak fenotipik bir hastalığın en olası nedenlerini analiz eden genetik tanılar için gen varyantlarının bir sıralamasını derleyen bir araç sunulmuştur (PubMed). "Doğal Dil İşleme" (Natural Language Processing) yardımıyla tam metinler aranmakta ve sonuçta, sınıflandırmanın hangi araştırmalar dayandığı gösterilmektedir [6; 26].

CDSS'nin terapi alanında kullanımı bakımından, örneğin, ameliyat öncesi tedavi planlamasını ve intraoperatif prosedürleri destekleyen uygulamaları mevcuttur.

Böylece 3D-Görselleştirmelerdeki veya endoskopik navigasyonun iyileştirilmesindeki (örneğin, derinlik tahmini, odyometeri) yenilikçi sistemler bilgisayar destekli cerrahi müdahalelerde doğruluk ve kesinliği arttırmayı ve yaralanmayı azaltmayı amaçlamaktadır. Elbette CDSS'lerin kullanılması ile aksilikler de meydana gelmektedir. Örneğin, ameliyatsız alanda: IBM'in ürettiği "Watson for Oncology (Onkoloji için Watson) güvenli olmayan ve isabetsiz tedavi önerileri sebebiyle eleştirilmektedir [63]. Bu sistem, yüklü miktardaki bilimsel literatürün işlenmesi ve klinik uygulayıcılarının olay bazlı eğitimine dayalı olarak kanserli hastalar için kişiselleştirilmiş tedavi önerileri oluşturmak amacıyla tasarlanmıştır.

Hastaların klinik prognozuna (öngörüye) yönelik açıklamalarda bulunan CDSS'lerin kullanımı etik açıdan oldukça tartışmalı bir alandır. Yapay nöronal ağlar aracılığıyla ve hem kişisel hem de halkın tamamına dayalı verilerin dahil edilmesiyle istenmeyen olaylardaki riskler (örneğin kardiyovasküler olaylar) veya kanser ya da terminal böbrek yetersizliği gibi hastalığı olan hastaların daha ne kadar yaşayabilecekleri (yaşam süreleri) tahmin edilmektedir. Elde edilen bu bilgiler de tedaviye başlama veya tedaviyi azaltma kararında dikkate alınabilirler. Burada özellikle prognozun hangi verilere dayanılarak -özellikle kişisel klinik süreçlerinin oldukça dağınıklık olması açısından da- yapıldığı ve sağlık ekonomisi parametrelerinin bu kararlarda hangi rolü alabileceği tartışmalıdır.

CDSS'lerin **hastalıkların tahmin edilmesinde** (Prädiktion von Krankheiten) kullanılması, tanıda kullanılmasından bir adım daha ilerisine gitmektedir. Burada sistemin sağlıklı insanlar üzerinde uygulanmasıyla belirli hastalıklara eğilimlerin ve yatkınlıkların ortaya çıkarılması amaçlanmaktadır [74]. Burada kan ba-

sıncı, vücut kitle indeksi, yaşam tarzı, genomik ve metabolik alandaki biomarker ya da ilaçlara olan kişisel reaksiyon şekilleri (farmakodinami) gibi kişisel risk faktörlerinin değerlendirmesi esas teşkil etmektedir. Artık çalışanların sağlık takibini işletmenin tıbbi hizmetleriyle birleştiren işletme çözümleri de bulunmaktadır. Ancak öngörme (tahmin), genellikle tümdengelimli nedensellik belirleme yöntemlerinden ziyade korelasyon analizlerinden gelen tümevarımcı nedensellik varsayımlarına dayanan ve bu nedenle yanlış sonuçlara yol açabilen, zor yorumlanabilen istatistiksel olasılıklara dayanmaktadır [44; 60]. Çoğu zaman tanı seçenekleri ile önleyici terapi seçenekleri arasında ciddi bir uçurum bulunmaktadır. Bu tür birçok yaklaşım, risk tespiti için toplanan işlenmemiş (ham) veriler hekimler ve hastalar arasındaki bir ilişkiden değil, daha çok potansiyel hastaların ev bağlamında doğrudan kendilerine teklifler üretilmesi ile kendisini ayırt etmektedir [55; 4]. Farklı veri türlerinin işlenmesi diğer hususlar yanı sıra aydınlatma, verilerin koruması ve kalite güvencesi ile ilgili üstesinden gelinmesi gereken zorluklar ortaya çıkarır.

Daha şimdiden CDSS, modern veri işleme metotlarının kullanılması ile belli bazı görevlerde hekimler ile kıyaslanabilecek, hatta onları geçen sonuçlara ulaşılabilmektedirler. Örneğin, otomatik sınıflandırma sistemi (“Deep Convolutional Neural Network” e dayanan) ile yapılan fotoğraflı olarak belgelenmiş cilt lezyonlarının değerlendirilmesine ilişkin cildiye hekimleri arasında yapılan bir araştırma, sistemin, özellikle sonuçların spesifikliği (Spezifität) açısından, hekimlere kıyasen daha üstün sonuçlar elde ettiğini göstermiştir [27]. İnsan-makine karşılaştırmasında benzer umut verici sonuçlar, geleneksel X-ışınlarının değerlendirilmesinde (15), EKG’deki Arrhytmie-Detektionunda (aritmi tespiti) [28] ve pediatrideki teşhiste [37] bildirilmiştir. Ameliyat alanında, sistemlerin terapötik önerileri yüksek nitelikli cerrahi merkezlerinde uygulanan tedavi ile büyük ölçüde tutarlı olduğu sonucuna ulaşılmıştır [14]. Daha küçük çapta yapılan çalışmalar, CDSS’lerin kullanılmasının hiç kullanılmaması veya başka bilgi kaynaklarının kullanılmasına kıyasla hekimin tedavi seçiminin iyileştirilebildiğine işaret etmektedir [51; 43]. Ancak, karşılaştırılmalı araştırmalardaki insanlar ve deep learning (derin öğrenme) algoritmalarının tanı doğruluğunun değerlendirilmesinde dikkatli olunması gerekmektedir. Bu şekilde “The Lancet Digital Health” tarafından yayınlanan bir meta analizde, insanlar ile derin öğrenme (deep learning) algoritmaları arasındaki tanısal doğruluğun karşılaştırıldığı 20.000’den fazla görüntü tanı çalışmasının sadece son derece küçük bir bölümünde, sonuçlar dışarıdan doğrulanmış ve çalışma açıklanmasında genellikle eksiklikler bulunmaktaydı [39]. Bu durum CDSS’nin klinik geçerliliğinin uygula-

mada değerlendirebilmesi için sadece daha büyük çalışma popülasyonlarının değil, aynı zamanda niteliksel olarak daha iyi, özellikle ileriye dönük çalışmaların gerekli olduğunu göstermektedir [krş. 36].

Bu tür karşılaştırmalı araştırmalar tasarlanırken, CDSS'nin terapi önerileri ve hekimler arasındaki uyuşmanın, ne kararın terapötik olarak doğruluğu (çünkü her ikisi de yanlış olabilir) ne de hekimlerin CDSS'nin önerisine uymaması durumunda yanlış bir tedavi olduğu konusunda bir açıklama yapmadığı da dikkate alınmalıdır [67]. Bu soruyu araştırmak için farklı tedavi protokollerinin sonuçları arasında bir karşılaştırma metodolojik olarak yararlı olacaktır; ancak bu genellikle yapılmamaktadır. Kalite ve güvenlik sorunlarının yanı sıra CDSS'lerin hataları, uygulama koşulları ve eğitim verileri çok fazla farklılık göstermesi ("dağıtımsal kayma") ve CDSS'nin yanlış-pozitif ve yanlış-negatif tanıların önemini dikkate almaması gibi durumlarda ortaya çıkabilir. Eğitim verilerinde belirli hasta grupları yetersiz temsil ediliyorsa, CDSS'nin bu hasta grubu için özgüllüğü ve duyarlılığı önemli ölçüde daha düşük olabilir ([13], bkz. aşağıda Bölüm 3.6).

Bunun yanında karşılaştırmalı çalışmalar insani karar ve değerlendirme sonuçlarının dijital makinelerin "sonucundan" ("Outcome") hiçbir şekilde daha düşük olması gerekmediğini göstermektedir. Kural olarak insanların makinelerden farklı hatalar yaptığı dikkate alınmalıdır. Makine öğrenmesine dayalı sistemler hekimlerin bağlamsal bilgisinden yoksundur ve bu da önemli ölçüde yanlış sonuçlara yol açabilir [12; 56: S. 52, 25]. Tek bir bütün olan insan deneyimine dayalı bilgi, sağlık hizmetlerinde makineler ile yeri doldurulamayacak önemli bir kaynak oluşturmaktadır (bkz. Böl. 3.5). Belirsizlik altındaki hareketlerin çatışması ve yükleri CDSS kullanılarak bile tamamen çözülemez. Gelişmiş CDSS ile bile, tıbbi uygulamada karmaşıklık ve belirsizlik devam edecektir. Bununla birlikte iyi değerlendirilmiş CDSS'ler ek yönlendirme sağlayabilir ve böylece insani kararları destekleyebilir.

2.1. Kullanım İmkanlarına Göre Farklılaştırma

Farklı CDSS'lerin kullanım imkanlarına göre bir sınıflandırması yapılabilir. CDSS'ler,

- sistemi kullanacak olan hedef grup (hekimler, sağlık mesleği mensupları, hastalar, vatandaşlar)
- uygulama alanı (tanı, tedavi, prognoz, tahmin, önleme, rehabilitasyon, rutin/acil vaka)

- ele alınan tıp disiplini (diğerleri yanında dermatoloji, radyoloji, onkoloji) ve
- klinik iş akışına yerleştirme anlamında somut karar desteğinin biçimi açısından farklılık göstermektedirler.

2.2. Yapay Zeka Tabanlı CDSS Türleri

CDSS'ler teknik uygulamaları ve işlevlerine göre daha ayrıntılı olarak da sınıflandırılabilirler. Kompleks olanlar da dahil olmak üzere, tüm otomasyon süreçleri algoritmaların kullanımına dayanmaktadır. Bir yandan, bir sisteme belirli durumda ne yapılması gerektiğine ilişkin yazılımda programlanmış düzenli eylem talimatları bulunmaktadır. Öte yandan, yalnızca önceden tanımlanmış talimatları yerine getirmekle kalmayıp aynı zamanda girilen eğitim verilerinden ve bunların işlenmesinden yeni davranış şekillerinin icrasını "öğrenen", "öğrenme" sistemleri de vardır. CDSS'nin gittikçe artan bir kısmı söz konusu yapay zeka sistemlerine dayanmaktadır. Makine öğrenmesi, sinirsel ağlar ya da derin öğrenme (deep learning) gibi teknikler, bir yapay zeka sisteminin henüz tam kesin olmayan veya çözüm yollarının sembolik argüman kurlarına göre tam tanımlanamayan problemleri nasıl çözmeyi öğrendiğini gösteren yöntemleri ifade eder. Bu tür yöntemlere örnek olarak, düzensiz verilerden otomatik sonuç çıkaran, davranış veya sonuçları tahmin eden resimlerin, dillerin ve yazı metinlerinin tanınması gösterilebilir. Bu yapay zeka sistemlerinin birçoğunda, yapay zeka tarafından bulunan bir çözüm yolunun ve otomatikleştirilmiş bir karar önerisinin "nasıl" ve "neden" seçildiği dışarıdan çok zor ya da hiç anlaşılmamaktadır ("black box", Opaklık, bakınız [7; 50]). Opaklık sorununu "açıklanabilir yapay zeka" modeli ile sınırlandırmaya yönelik çeşitli (henüz başlangıç aşamasında olan) teşebbüslere rağmen, bu tür sistemlerin işleyişinden bireysel kullanıcılar olarak hekimlerin metodolojik uzmanlık gereksinimlerinin da ötesine geçen ve her şeyden önce bu tür sistemlerin geliştiricilerinin somut sorumluluklarını ilgilendiren temel sorunlar ortaya çıkmaktadır. Çünkü işleyiş şeklinin ve bir sonucun elde edilmesinin araştırmacılar tarafından dahi prensip olarak anlaşılamaması teknik sistemlerde yeni bir olgudur.[2] Algoritmik hesaplamaların

[2] Burada yine de bağlı ve mutlak bir opaklık arasında bir ayrım yapmak gerekir. İlk bahsedilen form KKDS'ye özgü olmayıp aksine tam çalışma şeklinin kullanıcılar tarafından fiilen anlaşılmayan birçok teknik sistemin kullanımını ifade eder. Buna karşın son belirtilen ise; insan beyninin sınırlı bilgi işlem kapasitesinden kaynaklanan yeni bir fenomendir: makineler daha yüksek bilgi işlem performansı nedeniyle daha fazla sayıdaki parametreler arasındaki korelasyonları dikkate alabildiğinden bu sorunun gerçekten sadece bir yatırım sorunu mu yoksa

izlenebilirliği uygun teknik yatırımlarla artırılabilse bile, bunun bireysel kullanıcılar için mantıklı olup olmadığı veya hatta gerekli olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Çünkü hekimler çok defa işleyiş şeklini kendilerinin de çok az bildikleri teknik yardım araçlarını kullanmaktadırlar. Bu açıdan yeni gelişmelerin dikkatle izlenmesi gerekmektedir.

Son olarak altını çizmek gerekir ki; kesinliğin ("accuracy") yapay zeka sistemlerinin kalitesi açısından çok önemli olmasına rağmen, makine öğrenmesi tekniklerinin kullanılması her zaman belirli bir hata oranını beraberinde getirmektedir. Bu amaçla, işlenen eğitim verilerinin türü ve kapsamı önemlidir. Bunun yanında doğruluk (örneğin, gelen parametreler ve hastalık tanıları) ve verilerin temsil edilebilirliği (örneğin, cinsiyet, etnik köken, sosyal faktörler), kullanılan algoritmalar ve öngörülen hedefler önemli bir rol oynar. Makine öğrenmesi çok büyük miktarda eğitim verilerine ihtiyaç duyar. Burada belirli bağlantılarda tek taraflılık veya aşırı vurgulama bulunması, sonuçlarda bozulmalara ("Bias") sebep olabilir. Yapay zeka sistemlerini tasarlarken, belirli değerlere ve menfaatlere diğer değer ve menfaatler karşısında ne ölçüde öncelik veya ağırlık verildiği ve hangi hedeflerin (örneğin yaşam kalitesinin tanımı) diğer hedefler karşısında (örneğin adil olanın farklı yorumları) hariç tutulduğu sorusu da ortaya çıkmaktadır.

2.3. Yapay Zeka Tabanlı CDSS'nin İnovasyon Potansiyeli

Yukarıda yapılan açıklamalar daha etkili bir veri işleme sayesinde yapay zeka tabanlı CDSS'lerin kullanılmasının hastaların bakımını iyileştirmek açısından çok çeşitli fırsatlar sunduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Yapay zeka sistemlerinin yardımıyla büyük veri kümeleri sadece analiz edilip değerlendirilmekle kalmaz, aynı zamanda geçerli kanıt varsa, tanı ve tedavide yararlı olabilecek ve olası nedensel ilişkilere işaret eden istatistiksel bağlantılar da keşfedilebilir. Yapay zeka ile çok büyük miktarlarda ilgili görüntü ve metin materyali yönetilebilir hale getirilebilir ve ayrıca gerçek zamanlı olarak yeni bulgularla karşılaştırılabilir. Teknolojinin iyileştirilmesiyle -daha yüksek görüntü çözünürlüğü gibi- sistemler de yine yeni eğitim verilerine ihtiyaç duymaktadır. Bazı CDSS'ler, teşhis süreçleri ve tedavi önerilerinin gelecekte daha kesin bir şekilde belirlenebilmesi için yüksek tabakalı risk profilleri ile donatılabilir. CDSS'lerin kullanılmasında güvenirlikleri kanıtlanırsa, daha geniş bir hasta tedavisi için yenilikçi bir

prensip olarak çözülemez olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır ki; bir kısmi opaklık prensip olarak aşılmaz görünmektedir.

artış oluşturacakları ve muhtemelen tıpta yapay zeka tabanlı tanı yoluyla daha adil bir hasta bakımına katkıda bulunacakları tahmin edilir. Öyle ki, Sağlık Sistemindeki Gelişmelerin Değerlendirilmesi Uzman Konseyinin "Sağlık için Dijitalleşme" adlı güncel uzman raporunda, CDSS'nin, özellikle nadir hastalıkları olan insanlar ve tanı durumları için sunduğu fırsatlara işaret edilerek, bunlardaki "mevcut teşhis ve tedavi boşlukların" doldurulabileceği belirtilmiştir [64].

3. CDSS'nin Etik Açıdan Değerlendirilmesi

Yapay zeka tabanlı ve hepsinden önemlisi makine öğrenmesine dayalı CDSS'nin gelecekte tıp alanında giderek daha fazla önem kazanacağı söylenebilir [1]. Yapay zeka tabanlı CDSS'lerin kullanımı hasta bakımının iyileştirilmesi açısından çok çeşitli imkanlar sunmaktadır (bkz. Böl. 2). Bununla birlikte CDSS'lerin kullanımı, sorumluluğun açıkça kime yükleneceği, veri üretiminin şeffaflığı, özerkliğin, güvenin ve gizliğin korunması ve hekimler ve hastalar arasındaki iletişim kalitesi gibi çeşitli hususlarda zorlukları barındırmaktadır [krş. Örneğin 47; 49]. Bu arka plan açısından fırsatların ve risklerin erken ve dengeli bir şekilde tartılması geleceğin sağlık hizmetleri açısından önemli bir etik görevdir. Bu ancak yeni insan-makine ilişkisinden kaynaklanan ahlaki zorluklar ciddiye alınırsa başarılı olabilir. Avrupa Komisyonu "Yapay Zeka Üzerine - Mükemmellik ve Güvene Dayalı Avrupa Yaklaşımı" adlı Beyaz Kitap'ta, Avrupa'da yapay zekanın kullanımının, „değerlerimizi ve insan haysiyetinin ve özel hayatın korunması gibi temel hakları" esas alması gerektiğini vurgulayarak, bu hususu ele almıştır [20:2]. Yapay zeka sistemleri insan odaklı ve güvenilir olmalıdır. Etkileri sadece birey üzerinde değil, bir bütün olarak toplum üzerinde de değerlendirilmeli ve risklerden kaçınılmalıdır. AB Komisyonunun Üst Düzey Uzman Grubu, Avrupa Birliği düzeyinde yedi temel talep üzerinde fikir birliğine varmıştır: insani davranışın önceliği, teknik sağlamlık ve güvenlik, veri egemenliği ve şeffaflığının korunması, çeşitlilik, ayrımcılık yapılmaması ve dürüstlük, sosyal refah ve hesap verebilirlik, bütün bunlar gözetilmeli ve uygulanmalıdır [31]. AB Komisyonu'nun vurguladığı gibi, kişisel ve sistem güveninin sağlanması için bu temel taleplerin çeşitli sorumluluk seviyelerinde karşılanması gerekmektedir.[3]

[3] Bu temel ihtiyaçlar, AB Komisyonu tarafından 21.04.2021 tarihinde yayınlanan yapay zekanın ele alınmasına ilişkin Yönetmelik Taslağı COM(2021) 206'da da yer almaktadır (19).

3.1. Güven ve Güvenirlik

Hekimler ve hastalar CDSS-Sistemlerinin (somut olarak) kullanımının en azından aynı seviyede, ideal olarak daha iyi bir bakım sağlayacağına güvenebilmelidir. Hastalar ayrıca bir insan olarak esenlik ve iradelerinin tedavinin merkezinde olduğuna ve kendilerinin veri seviyesine indirgenmiş olmadıklarına güvenebilmelidirler. Ayrıca hastaların belirli tedavi önerileri açısından, sadece hukuki geçerlilik için değil, aynı zamanda gerçekten özgür bir rıza için kendileriyle ilgili tüm önemli bilgileri alma ihtiyaçları bulunmaktadır. Aksi takdirde sağlık hizmetlerinin sağlanması için vazgeçilemez olan güven sisteminin sarsılma riski ile karşılaşılır. CDSS'nin kullanımında istenmeyen gelişmelerle karşılaşılması durumunda hastalarının savunucusu olarak hekimlerin öne çıktığı durumlarda da sisteme olan bu güveni korumak hekimlik mesleğinin gereğidir.

Hekimlerin bakış açısından, bu tür sistemlerin geliştirilmesi ve kullanımı için geliştirilen standartların, yüksek kalite standartlarını karşıladığına güvenilebilmelidir. Bu, CDSS üreticilerinin, bu sistemleri kullanan hastanelerin yanı sıra, uzman şirketlerin ve ilgili niteliksel standartlara uygun uygulama kriterlerini içeren yönergeleri geliştirmekle görevli olanların güvenirliğini gerektirmektedir. Buna karşın hekimler, CDSS'nin güvenilir bir şekilde kullanımı ile tıp mesleğine olan toplumsal güveninin korunmasına katkı sağlar.

3.2. Sorumluluk

CDSS'nin sağlık sektöründe kullanımı açısından farklı aktör grupları ve sorumluluk seviyeleri ayırt edilmelidir.

Mikro düzeyde, hekimler CDSS kullanımı için uygun ve dijital becerilere sahip olduklarından emin olmalıdırlar. Hekimler özellikle, bu sistemlerin bireysel kullanıcıları olarak -teknik cihazların diğer alanlarda kullanımında olduğu gibi- kullanımdan önce, profesyonel kullanım için gerekli ve makul bilgileri elde etmekle, örneğin; yeni teknolojilerin sınırlamalarını/sınırlılıklarını öğrenmekle ve sistemleri gerekli özeni göstererek kullanmakla, şahsen sorumludurlar. Hekimlerin özellikle aşağıdaki sorunların farkında olmaları gerekir:

CDSS'ler, makine öğrenmesi ve özellikle derin sinirsel ağlar aracılığıyla belirli bir sonucun nasıl elde edildiğine dair somut veya doğrulanabilir bir açıklama sağlayamadan giderek daha fazla öneride bulunmaktadır (Blackbox, opaklık, bkz. Böl. 2.2). Yapay zeka tabanlı CDSS'lerdeki şeffaflığının eksikliği; karmaşıklık, yetersiz izlenebilirlik, öngörülemezlik ve kısmen otomatikleştirilmiş davranış gibi daha önce bahsedilen nedenlere ek olarak, yapay zeka sistemlerinin

ticari ve mesleki sırlar veya fikri mülkiyet kapsamında korunmasından kaynaklanmaktadır. Burada ayrıca tıbbın, tıp etiği ilkelerine bağlılık ile yükümlü olduğunu, yapay zeka tabanlı CDSS'lerin geliştirilmesinin ise genellikle özel sektörde yüksek baskı altında gerçekleştiğini ve tıp meslek etiğine bağlılıkla yükümlü olmayan geliştiriciler tarafından yönlendirildiğini de belirtmek gerekir [46].

Veriye dayalı CDSS'ler ayrıca, farklı sıralama modellerine, değerlendirme kriterlerine ve risk puanlarına göre meydana getirilmiş hasta sınıf ve kategorileri ile hastalık türleri oluşturmaktadır. CDSS'ler korelasyonlar aracılığıyla yeni örnekleri tanıyabilirler. Ancak bu tür korelasyonlar nedensellik olarak yanlış anlaşılmamalıdır. Bu korelasyonların klinik olarak doğrulanması gerekmektedir [krş. 17]. Bu yüzden her durumda hekimlerin, CDSS'nin otomatik karar önerilerini makullük kontrollerine tabi tutmaları gerektiği sonucu çıkmaktadır. Bir karar önerisinin meydana gelmesi ne kadar az anlaşılabilir nitelikteyse, o kadar fazla makullük kontrolü yapılması gerekir. CDSS'ler yeterince doğrulandıysa ve pratikte kendilerini kanıtlamışlarsa, kullanımları mevcut tıbbi standart ve bireysel değerlendirmeye göre de gerekli olabilir. Çünkü tıbbi sorumluluk hastaya karşı yükümlülüğü gerektirir ve bu sorumluluk, katı özen ölçülerine ve tedaviyi tıp bilimindeki güncel bilgi durumuna ve pratiğine uygun olarak yerine getirmeyi gerektirir.

Tanı ve terapi karar sürecinin bütün sorumluluğu her zaman hekimlere aittir. Bununla birlikte CDSS'lerin kullanımında "nihai tıbbi sorumluluğun" [8] sınırsız olarak sürdürülmesi talebi, sistemlerin tanıtılmasındaki ve kullanılmasındaki bütün sorumluluğun bireysel olarak hekimlere yüklenmesine yol açmamalıdır. Hekimlerin ve hastaların aynı şekilde güvenebilecekleri bir sistem güvenliğinin sağlanması için, CDSS'lerin tıbbi bir cihaz olarak onaylanmasında ve bu sistemlerin kullanılmasında mezo (orta) ve makro düzeyde sorumluluğun kime yükleneceği merkezi bir öneme sahiptir. Bu, ilgili çeşitli taraflar arasında teknik olarak uygun geri bildirim süreçlerinin oluşturulmasını içerir.

Mezo (orta) düzeyde kurumlar, CDSS'den hangisinin kendi tıbbi kurumunda gerçekten kullanılacağını dikkatli bir şekilde kontrol etmelidir. Kurum ayrıca, sistemlerin kullanımı için çalışanlarının geliştirici eğitimleri için uygun imkanlar sağlamalıdır.[4] Sistemlerin kendileri her zaman düzenli kullanılmalı ve kötüye kullanıma karşı (örneğin bilgisayar korsanlığı vb.) korunmalıdır.

[4] Federal Tabipler Birliği tarafından 2019 yılında tıbbi geliştirici eğitimi için dijital sağlık uygulamalarının güvenliğinin değerlendirilmesi konusu gibi beceriler öğreten „Uygulamada ve Klinikte Dijital Sağlık Uygulamaları" adlı öğretim programı geliştirilmiştir.

CDSS üretilirken, mezo (orta) düzeyinde uygun denetim, belgelendirme ve denetim önlemleri arayıcılığıyla verilerin kullanımının hukuka uygun, adil, güvenli, şeffaf ve hesap verebilir olması sağlanmalıdır. CDSS'de hangi çeşit algoritmaların, modellerin ve (kısmen) otomatik karar verme sistemlerinin, hangi veri tabanı üzerinde geliştirilmesi ve kullanılması gerektiğini; etkinliklerinin ve faydalarının nasıl kanıtlanacağının yanı sıra performanslarının nasıl doğrulanacağı ve sağlık hizmetlerine nasıl entegre edileceğini belirlemek için teknik, etik ve hukuki test prosedürlerine ihtiyaç bulunmaktadır [48]. İstenmeyen gelişmeleri önlemek için, yapay zekalı tabanlı CDSS'lerde açıklanabilirlik, izlenebilirlik ve ayrımcılık yapılmaması konularında daha yoğun araştırmaların yapılması gerekmektedir [72].

Makro düzeyde, bir yandan kanun koyucu, "akıllı tıbbi cihazlara" ilişkin düzenlemelerin bu alandaki dinamik teknik gelişmelere uygun olup olmadığı ve böylece sağlık alanındaki aktörlerin mezo ve makro düzeylerde görevlerini gerçekten yerine getirebilmeleri için uygun koşulları oluşturmak açısından düzenli olarak incelemelidir. Öte yandan, tıp alanındaki uzman şirketlerin ve diğer üreticilerin çoktan tıbbı standardı oluşturan makine öğrenmesi işlevi olan CDSS'lerin bkz. Böl. 4.3.2) kullanımına ilişkin talimatları oluşturmaları, kendi alanlarındaki ilgililere göndermeleri ve bu talimatları da dikkate almaları istenmektedir.

Eğitim ve geliştirici eğitim açısından sağlık sektöründe çalışan aktörleri, dijitalleşmenin birlikte getirdiği yeni görevler ve zorluklara uygun yeterlilik kazandırmak için, dijital yetkinliklerin daha fazla öğretilmesi merkezi öneme sahip bir konudur. CDSS açısından bu aktörlerin öncelikle, fayda ve riskleri değerlendirebilecek ve sistemleri hasta odaklı olarak kullanabilecek duruma getirilmesi gerekmektedir.

Bu şekilde belirlenen sorumluluk genel olarak aşağıda belirtilen alanları kapsar.

3.3. Özerklik

Birey olarak kendi öz kavrayışımızın merkezinde yer alan özerkliğin değeri, kişinin kendi eylemlerini, mantıklı eylem kurallarını anlayarak özgürce sorumlu bir şekilde şekillendirme yeteneğine dayanır. Özerk insan davranışı, koşulsuz kendi kaderini tayin etme düzenine göre tasavvur edilmese ve her zaman çeşitli iç ve dış etkilere ve ilişkilere bağlı olsa da aktörlerin verilen koşulları eleştirel bir şekilde düşünmeleri ve kararlarını bu düşünmeye göre hareket etmeye yön-

lendirebilecekleri böyle bir şartlı özerklik için çok önemlidir. CDSS'in kullanımından, hem hekimlerin hem de hastaların özerkliğini ilgilendiren zorluk ve görevler ortaya çıkmaktadır.

3.3.1. Tıbbi Özerklik

Burada tartışılacak bağlamda hekimin tıbbi özerkliği, her şeyden önce hastaya önerilen ve onu yükümlülük altına sokan teşhis ve tedavi yönteminin hasta tarafından serbestçe seçilmesidir (bkz. Böl. 4.4.1.) Tıbbi özerklik yeni teknik sistemlerden çeşitli şekillerde etkilenebilir.

CDSS'nin klinik kullanımında insan-makine etkileşimi ile ilişkili ortaya çıkabilecek spesifik somut risklere özellikle şunlar dahildir:

- Tanı önerilerinin hekimler tarafından ayrı bir inceleme yapılmadan benimsenmesi ("automation bias", "automation-induced complacency" [57];
- Sistemin uyarı sinyallerine azalan veya yetersiz reaksiyonlar ("alert fatigue" [53];
- Kendi kendini gerçekleştiren tahmin: Örneğin, kanser hastalarından alınan veri sonuçları üzerine eğitilmiş bir sistem kötü bir prognoz öngörürse, iyileştirici (küratif) tedavi yerine palyatif tedavi kullanılır ve böylece CDSS'nin önerisi güçlendirilmiş olur [13];
- Aşırı teşhis ve tedavi tehlikesi. Örneğin, yapay zeka tarafından bir hastalığın olası belirtilerinin tespit edilmesi ancak bu hastalığın tezahürünün istatiksel olarak çok düşük olması ve/veya çok makul olmamasına rağmen hekimlerin kendilerini garantiye almak adına invaziv teşhis ve tedavi başlatmaları [2].

Genel olarak, karar verme desteği ile kararın tamamen üstlenilmesi arasındaki sınırın aşılması, dikkatsizlik ve hatta kontrolünü kaybetme tehlikesini barındırır [25; 71; 69]. Hekimler, makine öğrenmesi sistemlerinden gelen önerilerin giderek daha fazla entegre edildiği tüm teşhis, terapi, prognoz ve tahmin sürecinin gözetim ve denetimini üstlenmeye devam edecek durumda olmalıdırlar. Bu görev devredilemez.

3.3.2. Hasta Özerkliği

Yapay zeka tabanlı CDSS kullanımının hasta özerkliği üzerindeki etkileri şimdiden yoğun tartışmaların konusunu oluşturmaktadır. Merkezi etik sorunlar

CDSS'nin kullanımında bilgi verme (aydınlatma) ve rıza veya hastaların yapay zeka olmadan tedavi edilme hakları gibi konularla ilgilidir.

Hastaların gerektiğinde, bu tür sistemlerin tedavi sürecine entegre edilip edilmeyeceği, edilecekse ne ölçüde entegre edileceği ve kullanımlarının hangi fırsatlar ve riskleri beraberinde getireceği konularda aydınlatılmaları ve rızalarının alınması gerekmektedir ([krş. 59; 45], ayrıca bkz. Böl. 4.4). Hekimler ile hastalar arasındaki güvenilir etkileşimin korunması için, burada yüksek derecede bir iletişim ve şeffaflığın sağlanması gereklidir. Diğer taraftan gerekli aydınlatmadan sonra onay verilmesi, sorumluluğun hastalara devri şeklinde yanlış anlaşılmamalıdır [18].

Bu nedenle, CDSS kullanımının hekimler ve hastalar arasındaki "ortak karar verme (shared decision making)" çerçevesinde uygun bir şekilde konumlandırılması büyük önem taşımaktadır. CDSS'nin değerlendirmeleri, hekimlerin kendi eleştirel incelemelerinden sonra ortak karar verme sürecine dahil ettikleri öneriler olarak anlaşılmalıdır. Bu temelde ve gerektiğinde hastaların bizzat kendilerinin CDSS sonuçlarını karar verme sürecine dahil etmeleri halinde, hastaların özerliği için de faydalar ortaya çıkabilir. Ancak otomatik karar önerileri hastaların bilgilendirilmiş kararlarına uygun olmayacak bir şekilde kullanılırsa; hastaların dijital sağlık sisteminde kendi kaderini tayin hakkının artık güvenilir bir şekilde garanti edilmeme riski vardır. Bu durumda mevcut hasta özerkliği standartlarının gerisinde kalan bir "bilgisayar paternalizmi" tehdidi söz konusu olur [41]. Bu arka plan açısından birçok husus klinik karar verme bağlamında "değere duyarlı" bir yapay zeka tasarımının gerekliliğine işaret etmektedir: Hastaların bireysel olarak menfaatlerinin ve tercihlerinin dahil edilmesiyle, daha da bireysel hale getirilmiş bir tedavi için fırsatlar ortaya çıkacaktır.

3.4. İletişim ve Empati

Hekimler ve hastalar arasındaki ilişkideki mevcut iletişim eksikliklerinin yapay zeka ve otomatik sistemlerin kullanımıyla daha da artabileceği göz ardı edilemese de, tanısal ve tedavisel süreçler daha otomatik ve işlevsel hale geldiğinden, görevlerin CDSS'lere aktarılması ile verimlilikteki artışın hekimler ve hastalar arasındaki ilişki için daha fazla alan açmasını ümit edebiliriz. Açıklanan bu nedenlerle CDSS'ler hekimlerin esas görevlerine daha fazla odaklanabilmelerine yardımcı olmalıdırlar.

Tanıların, tedavilerin, prognozların ve tahminlerin oluşturulması sadece teknik eylemlerle sınırlı olmayıp, aynı zamanda duygular ve değer yargıları ile de

ilişkilidir. Duygular ve değer yargıları hekimler ve hastalar arasındaki güven ilişkisinin temelini oluşturur. Hekimler ve hastalar arasındaki iletişimi temelde, ilgi ve empatinin yanı sıra hastaların bireysel durumuna ilişkin bilgi belirler [62; 24].

Tıpta yapay zeka tabanlı yardım sistemlerinin uygulanan alanında, örneğin; kişiler arasındaki iletişimin teknik dil yardım sistemleri ("chatbotlar" gibi) ile desteklendiği veya hatta tamamen yerine geçtiği takdirde, insani ve duygusal yönlerin hekimler ve hastalar arasındaki ilişkide ölçüsüz bir şekilde arka plana itilip itilmediğinin incelenmesi gereklidir. İnsanlar arasındaki empatiye dayalı alanlar değersizleştirilmemeli ve objektif bilgilendirme alanı yanında, hekimler ve hastalar arasındaki konuşmaların (dinleme, içini dökme, çağrı [krş. 24; 48] önemli mesajları ile oluşan ilişki alanı da ihmal edilmemelidir.

3.5. Tıbbi Tecrübe Bilgisi

Tıbbi hekimlik, esasen, etkin tedavi teknikleri hakkında genelleştirilmiş bilgilere dayalı olarak hastalarına bireysel olarak tutarlı ve duruma uygun yeterli bir tanı ve tedavi teklifi sunan hekimlerin muhakeme gücüne dayanmaktadır [73]. Kişinin sağlığına ilişkin önemli verilerin teknik olarak ikame edilebilir bir şekilde işlenmesine karşın, hastaların somut hayat biçimlerinin mümkün olduğunca kapsamlı bir şekilde ele alınması özellikle önemlidir. Hekimler, tıp eğitimi ve tıbbi ilerletici ve geliştirici eğitimlerle de kazandıkları ve sürekli olarak geliştirdikleri [9] bilimsel yetkinlikleri yanında, hekimin objektif bilgi bağlantısı olmayan, daha ziyade tıbbi tecrübelerle oluşan ve aktarılan kişisel bilgiler de edinirler.

Tıbbi tecrübe bilgisi, özellikle tanı sürecinde gereksiz değildir; hekimin karar verme gücünün önemi kendisini burada gösterir. Yapay zekanın yeteneklerinin hekimlerin yeteneklerini aşan işlerde bile, hekimlerin eşlik edici muayene ve denetimleri gereksiz olmadığı gibi yeri doldurulabilir de değildir. Bu, örneğin, kanserin teşhis edilmesinde geçerlidir. Burada, hekimler ve yapay zekalar arasındaki bir iş birliğinin, tanının güvenirliğini iyileştirme ve böylece optimal tedavi stratejisi oluşturma potansiyeli olduğunu göstermektedir. Dijital araçların aksine, hekimler -yapay zekalarda olduğu gibi- sadece belli bir tümör arayışına odaklanmayıp, dokuyu çevreleyen daha geniş bir gözlemlemeleri mümkündür [42; 40]. Böylece, sadece genel tablodan veya duruma göre hastanın tıbbi geçmişinden kaynaklanan düzensizliklerin daha iyi görülebilmesi ve değerlendirilmesi sağlanabilir. Bu sebeple yapay zeka hala hekimler yerine bir ikame sunmamakta, hekimlere, örneğin tanı koymada, hekime destek vermektedir.

CDSS'nin istenmeyen bir yan etkisi olarak tartışılan bir nokta ise, örtülü (içsel/implizit) olan ve bu nedenle de makine öğrenmesinin eğitim verilerine dahil edilemeyen hekimin tecrübi bilgisinin ("tacid knowledge", "embodied knowledge") değersizleştirilmesidir. Verilerde kolayca eşleştirilemeyen bireysel vakanın diğer bağlamları da sonuçları bozabilir. Buna ek olarak, CDSS'nin rutin kullanımı, hekimlerin artık deneyim bilgisini edinememelerine ve böylece makinelerin gerçek anlamda izlenmemesine ve gerektiğinde düzeltilmemesine veya sistemin arızalanması durumunda bir çözüm sunulamamasına neden olabilir [12; 21].

Aynı zamanda, CDSS'nin nitelikli ve yansıtıcı kullanımının hekimlere, bu sistemlerin hastaların tedavisinin iyileştirilmesinde kullanımı açısından yeni bir tür tecrübe bilgisi sağladıkları da göz ardı edilmemelidir.

Muhtemelen yalnızca insan ve makine arasındaki verimli iş birliği hastaya faydalı olabilir. Bu iş birliğinin yararları kullanılmak istendiğinde tıpta yapay zeka araştırmalarının odaklanması gereken alanların net bir şekilde belirlenmesi ve yapay zeka algoritmalarının diğer alanlardaki verilerle entegrasyonu oldukça önemli olacaktır. Bu gelişmenin eğitim, uygulama ve sağlık sistemine hangi etkileri olacağı eleştirel olarak gözlenmelidir.

3.6. Ayrımcılık Riskleri

Yapay zeka tabanlı CDSS'ler, hesaplamalarının ve örnek tanımalarının dayandığı eğitim verileri ne kadar iyi olursa o kadar iyi olabilirler. Bu nedenle, yapay zeka sistemleri, nesnel olarak haklı sebep göstermeksizin belirli kişi gruplarını dezavantajlı duruma getiren sistematik olarak çarpıtılmış veya yanlış sonuçlara ulaşabilirler. Böyle bir önyargı, yanlış veya eksik verilerden veya yanlış sınıflandırma ve ölçüm hatalarından kaynaklanabildiği gibi hatalı yapay zekadan da kaynaklanabilmektedir [25]. Bununla birlikte, kullanılan veri tabanın tek taraflı oluşturulması halinde, doğru verilerde ve hatasız yapay zeka sisteminde de, böyle bir önyargının ortaya çıkması mümkündür. Bu, örneğin belirli insan gruplarının (örneğin kadınlar, çocuklar[5], etnik azınlıklar veya sosyo-ekonomik nedenlerle sağlık sistemine daha az erişimi olan kişiler, engelliler, nadir hastalı-

[5] Çocuklar büyüme ve gelişme sürecinde olduklarından, yetişkinlere kıyasla kararlar verilirken ek veriler dikkate alınmalıdır. Çocukların CDSS gelişiminden yetişkinlerle aynı ölçüde yararlanabilmesi için veri tabanlarının ve algoritmaların buna göre genişletilmesi gerekir. Ancak bu, hem etik ve yasal (temsili rıza, gerektiği durumlarda sürekli izleme) hem de teknik zorluklar (standartlaştırmadaki zorluklar) ile ilişkilidir.

ğı bulunan kişiler, trans- ve interseks kişiler) esas alınan verilerde az veya orantısız bir şekilde temsil edildiği durumlarda olur [5].[6] Bu durum aynı zamanda daha az sağlıklı olan, yüksek sağlık riskleri bulunan veya daha az "uyumlu" olarak sınıflandırılan belirli hasta segmentlerinin profilinin çıkarılması için de geçerlidir. Bu takdirde tıbbi tedavide[7] yapısal ayrımcılığın ve damgalamanın CDSS ile devam etmesi; hatta şiddetlenme riski vardır [56; 54; 52]. Özellikle mezo düzeyinde sorumlu olanlar (bkz. 3.2.), aynı zamanda somut tedavi bağlamındaki hekimler de bu tehlikenin farkında olmalı ve kullandıkları sistemlerin sonucuna bu açıdan eleştirel bir gözle bakmalıdır.

3.7. Veri Egemenliği ve Gizlilik

Makine öğrenmesi işlevli CDSS'nin tıbbi kullanımı, aynı zamanda özel hayatın ve mahremiyetin korunması gerekliliği ile sıkı bağlantı içinde olan kişisel bilgilerin korunması ve hekimin sır saklama yükümlülüğü ile ilgili sorunlara da değinmektedir (krş. [17] bkz. Böl. 4.6). Burada serbest tasarruf yetkisi ve sorumluluğun söz konusu olduğu kişisel veri egemenliğinin güvence altına alınması söz konusudur Bu husus, hem eğitim verilerinin sağlanması için hassas sağlık verilerinin açıklanması, hem de CDSS'nin uygulamasının özellikle savunmasız gruplardaki etkileri için geçerlidir. CDSS'nin sunduğu fırsatlarından yararlanmak ve yeni asimetrik güç ilişkilerinin risklerine ve bunun sonucuna bağlı olarak ortaya çıkan kişisel veriler üzerindeki tasarruf yetkisinin kaybına karşı etkin bir şekilde karşı koyabilmek için ([17]: 262), sağlık sektörünün de ötesinde, uygun ve icabı halinde yeni koruyucu mekanizmalar ve düzenleyici stratejiler geliştirilmelidir [65; 61].

---

[6] Bilindiği gibi, ekonomik olarak zayıf birçok ülkede (düşük gelirli ülkeler olarak adlandırılan ülkeler) veri toplama ve işleme için herhangi bir altyapıya sahip değildir. Bu da bu tür sistemlerin bu insanlar için kullanım potansiyelini önemli ölçüde sınırlar. Bu nedenle, CDSS'nin geliştirilmesinde ve kurulmasında, küresel düzeyde erişim ve dağıtım adaleti konuları dikkate alınmalıdır.

[7] Sağlık sistemindeki bu tür yapısal ayrımcılığa belirli hastaların veya hasta gruplarının diğerlerinden daha kısa veya daha kötü tedavi görmeleri veya hekimlerden veya hastanelerden ihtiyaç duydukları tedaviyi kullanılan dili anlamama veya sağlık tesislerine engelsiz erişim eksiliği gibi sebeplerle ulaşamamaları örnek olarak verilebilir. Diğer başka bir örnek de sağlık sigortası kurumunun makul olmayan nedenlerle yüksek tedavi giderlerini karşılamaması veya özel hastalarda sözleşme akdedilmesi çerçevesinde daha yüksek bir sınıflandırma yapması gösterilebilir.

4. Hukuki Yönler

CDSS, hekimlerin muayene ve tedavi seçeneklerini iyileştirme ve genişletme potansiyeline sahiptir. Bununla birlikte CDSS'ler, bir kısmı henüz tatmin edici bir şekilde yanıtlanmamış yeni hukuki sorunları da gündeme getirmektedirler. Yapay zeka tabanlı tıbbi karar destek sistemleri için özel bir yasal çerçeve eksikliği bulunmaktadır. Aşağıdaki bölümde, CDSS ile ilgili hukuki sorunlara genel bir bakış sunulmaktadır.

4.1. Tıbbi Bir Cihaz Olarak CDSS

CDSS yazılımı bağımsız bir tıbbi cihazı oluşturabilir veya tıbbi cihazlarda "embedded software" (gömülü yazılım) olarak veya tıbbi cihaza ek parça olarak tıbbi cihaz düzenlemelerine, yani Avrupa Birliği Tıbbi Cihaz Yönetmeliği (MDR) ve Tıbbi Cihaz Hukuku Uygulama Kanunu'na (MPDG) tabi olabilir (50). Tıbbi bir cihaz olarak sınıflandırma için belirleyici olan, yazılımın belirli bir hastanın somut-bireysel tedavisi bağlamında spesifik tıbbı bir amaç için kullanılmasıdır [16]. Yazılımın doğrudan insan vücudunun içinde mi yoksa üzerinde mi çalıştığı önemli değildir (EuGH, 07.12.2017- C-329/16 = EuZW 2018, 166).

Tıbbi cihazlara ilişkin düzenlemelere tabi olan sistemler, Almanya'da piyasaya sürülmeden önce bir sertifikasyon sürecinde klinik olarak değerlendirilmelidir. Bunun için gerekli klinik veriler eksik ise, yeniden Federal İlaç ve Tıbbi Cihazlar Enstitüsü (BfArM) tarafından onay ve ayrıca sorumlu Etik Kurulu tarafından onaylayıcı bir değerlendirmeden sonra bir klinik çalışma yapılmalıdır. Sertifikasyon ile (CE- Etiketi), özellikle hastaların sağılık ve güvenliğini kabul edilebilir bir seviyenin üzerinde tehlikeye atan hataların önlenmesi amaçlanmaktadır. Ayrıntılar Avrupa Birliği Tıbbi Cihaz Yönetmeliği ve Alman Tıbbi Cihazlar Uygulama Kanunu'nda düzenlenmektedir.

CDSS'lerin (sertifikalı) tıbbi cihazlar olması ve hata vermesi durumunda, hekimler için bunu raporlama yükümlülüğü doğabilir. Mesleki faaliyetlerini yerine getirdikleri sırada hekimler, üreticiler tarafından kullanıma sunulan CDSS'nin hastaların vücut veya hayatı açısından büyük bir tehlike oluşturabilecek arıza ve kusurlarının bulunduğunu farkına vardıkları takdirde, bunu Federal İlaç ve Tıbbi Cihazlar Enstitüsü'ne bildirmeleri gerekmektedir (Tıbbi Cihazlar Kullanıcı Kaydı ve Bilgi Yönetmeliği [MPAMIV] § 3; Almanya'da Faaliyet Gösteren Hekimlere İlişkin Model Yönetmelik: (MBO-Ä) § 6).

4.2. Muayene veya Tedavi Yöntemi Olarak CDSS

4.2.1. Hekimlerin görevlerinin niteliği ve kapsamı (bkz. Böl. 4.3.) ve aynı şekilde hastaların aydınlatılması ve onaylarının alınması ihtiyacı (bkz. Böl. 4.4.), CDSS'nin bağımsız bir muayene veya tedavi yöntemi mi olduğuna yoksa sadece tedaviye destek niteliğinde yan veya eşlik edici bir hizmet olarak mı kabul edilebileceğine bağlıdır. Buna yalnızca ilgili CDSS için karar verilebilir. CDSS bağımsız ve tedavi yöntemi teşkil ediyorsa, hekimler için özel dikkat ve özen yükümlülüğü söz konusu olur. Bu yükümlülüğün kapsamı ise, uygulanan metodun mevcut tıbbi standartlar kapsamında mı olduğu yoksa yeni bir metot olarak görülmesi mi gerektiğine bağlıdır (bkz. Böl. 4.3.2. ve 4.4). Buna karşın sadece destek niteliğinde yan veya eşlik edici bir hizmet olan CDSS'ler için hekimlerin sadece genel özen yükümlülüğü söz konusu olması gerekir (bkz. Böl. 4.3.1) ve yasal olarak bağlayıcı bir şekilde açıklığa kavuşturulmamış olmamakla birlikte, kullanımlarından önce bu konuda hastaların aydınlatılması ve rızalarının alınması gerekli olmamalıdır.

4.2.2. CDSS'nin ne ölçüde *bağımsız bir muayene veya tedavi yöntemi* ya da sadece *yan ve eşlik eden bir hizmet* olarak sınıflandırılabileceği ve bunun için hangi kriterlerin geçerli olduğu henüz belirlenmemiştir. Bu açıdan her zaman somut vaka bazında değerlendirme yapılması gerekir. Somut vaka açısından şu geçerlidir: CDSS, doğrudan hasta üzerinde ne kadar çok kullanılırsa (örneğin Da Vinci Cerrahi Müdahale Robotu; insan gözündeki hastalıkları tespit etmek için kullanılan yapay zeka; Tinnitus'ta interaktif implant sistemi) ve arka planda doğrudan hasta teması olmadan tıbbi karar desteği için ne kadar kullanılır ise (örneğin, tümör tespiti amacıyla doku parçalarının analizi için yapay zeka sistemi; CT veya MRT- görüntülerinden beyin kanamasını tanıyan yapay zeka tabanlı görüntü tanıma programı) ancak burada hekimin yerini alırsa, o oranda bağımsız muayene ve tedavi yöntemlerinin uygulanması söz konusu olmalıdır. En azından tıbbi karar, bireysel hasta verilerine dayalı olarak somut vaka bazında kendiliğinden harekete geçen ve sonraki tedavi sürecini önemli ölçüde etkileyen yapay zeka tabanlı bir otomatik sisteme devredilirse, bunun bağımsız bir muayene veya tedavi yöntemi olarak sınıflandırılması gerekecektir.

4.2.3. Yine aynı şekilde, bağımsız bir muayene veya tedavi yöntemi olarak kabul edilecek CDSS'nin tıbbi standartta mı yoksa yeni mi olduğuna somut olay bazında karar verilmelidir. Tıbbi ürünler olan CDSS'lerin tıbbi standart olarak sınıflandırılmasında asgari şart, sertifikasyondur (16). Federal Ortak Komite'nin (Gemeinsame Bundesausschuss) Sosyal Güvenlik Kanunu V SBG V) § 135 ve §

92 1. fık. 2. cümle Nr. 5 uyarınca verdiği tavsiye kararları yeni bir muayene veya tedavi yönteminin varlığının olumlu olduğu kadar olumsuz bir göstergesi olabilir.

4.3. Hekimlerin Dikkat ve Özen Yükümlülüğü

CDSS'nin tıbbi tedavi bağlamında (Alman Medeni Kanunu § 630a) hekimler tarafından kullanılması dikkat ve özen gerektirir. Bu dikkat ve özenin tür ve kapsamı, söz konusu CDSS'nin kullanım türü ve usulü, izlenebilirliği ile CDSS'nin gelişim aşamasına bağlıdır.

4.3.1. Hekimler, (kısmen) otomatik bir sistemi kullanmadan önce sistemin işleyiş usulünü (Funktionsweise) *her zaman* yeterince tanımalıdır. Bu, ilgili CDSS'nin özerk bir muayene veya tedavi yöntemi olarak mı yoksa yan ve eşlik eden bir hizmet olarak mı sınıflandırılacağına bakılmaksızın geçerlidir (bkz. Böl. 4.2). Her durumda, hekimler CDSS'nin kullanımı için gerekli- bazı durumlarda önemli ölçüdeki- teknik bilgi ve becerilere sahip olduklarından emin olmalıdır. Hekimler söz konusu CDSS için gerekli teknik uzmanlığa sahip değilse, teknik olarak deneyimli uzmanlara danışmalıdırlar. Hekimler, CDSS'nin sürekli kullanımı ve bakımı için gerekli ilerletici ve geliştirici eğitimleri almalı ve çalışanlarının da almalarını sağlamalıdırlar. Sistemlerin, yetkisiz üçüncü şahıslar tarafından kötüye kullanılmasına (örneğin bilgisayar korsanlığı) karşı da uygun önlemler alınmalıdır.

Sistemin işleyişi ile ilgili olarak hekimlerin tüm teknik detayları kavramasına gerek yoktur; özellikle, sistemin temel aldığı algoritmaları anlamak zorunda değillerdir. Ancak hekimler, CDSS'nin işleyiş şekline mümkün ve makul ölçüde aşina olmalıdırlar. Buna, CDSS'nin usulüne uygun kullanılması, izlenmesi ve bakımı hakkında bilgi edinmeleri de dahildir. Sistem, üreticinin tavsiyelerine göre çalıştırılmalı ve bakımı yapılmalıdır.

Hekimler, CDSS'nin hatalı algoritmalar, elektronik virüsler veya yetersiz eğitim veri tabanı gibi belirli hata kaynakları içerdiğinin farkında olmalıdır (bkz. Böl. 2., krş. [29]. Bu süreçler genellikle şeffaf ve yeterince anlaşılabilir değildir. Bu durum yanlış tanı ve terapi önerileri ile hastalara karşı ayrımcılık tehlikesi barındırmaktadır. Tanı ve tedavi kararında nihai sorumlulukları nedeniyle hekimler, CDSS'yi kullanırken özel bir dikkat ve özen göstermelidirler. Özellikle, en azından CDSS otomatik karar önerilerinin makullük kontrollerini yapmalıdırlar [66]. CDSS, hekimler için ne kadar az şeffaf ve az anlaşılır olursa, otomatik karar önerisinin makullüğü ve doğruluğu o kadar çok dikkatli kontrol edilmelidir.

4.3.2 Özerk bir muayene veya tedavi yöntemi oluşturan CDSS'ler için özel dikkat ve özen yükümlülükleri geçerlidir. CDSS zaten tıbbi standardın bir parçasıysa; hekimler terapi konusundaki seçme özgürlüğü kapsamında esas itibariyle CDSS ile somut vakada mevcut olan ve standart uygulamanın bir parçası olan diğer tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapabilir. Bununla birlikte, (kısmen) otomatik bir sistemin test ve geçiş aşamasından sonra geleneksel tedavi yöntemine göre, kanıta dayalı olarak daha üstün olduğu anlaşılırsa, (kısmen) otomatik sistemin kullanılmaması yükümlülük ihlali teşkil edebilir [66]. (Kısmen) Otomatik bir sistem, bilimsel olarak esasen tartışmasız ve uzmanların (hekimler, bilim adamları) büyük çoğunluğu tarafından uygun bulunuyorsa, özellikle daha az riskli ise veya geleneksel tedavi yöntemlerinden daha iyi tedavi şansı vaat ediyorsa, bu sistemin kullanılmaması özen yükümlülüğüne aykırılık oluşturur [50]. Bunun yanında, hekimler açısından beklenebilirlik yönleri (örneğin, temin edilme maliyeti) de dikkate alınmalıdır.

Buna karşın CDSS yeni bir muayene veya tedavi yöntemini oluşturuyorsa, hekimler sistemi kullanıp kullanmamaya karar verirken artan bir dikkat ve özen yükümlülüğü altındadırlar. Bu durumda hekimler, özellikle, mevcut tıbbi standarda uygun olan geleneksel tedavi yöntemleri karşısında fayda-risk değerlendirmesi yapmalı ve kullanım sırasında tıbbi endikasyon kontrolü icra etmelidirler. Yapılan değerlendirme sonucuna uygun olarak hekimler, terapi özgürlükleri kapsamında, CDSS ve standart tedavi yöntemleri arasındaki seçimi kendi uzmanlıklarına dayanan kanaatlerine göre somut olayda en iyi tedavi yönetimi olarak gördükleri tedaviyi seçmelidirler [krş. 38].

4.4. Hastaların Aydınlatılması ve Rızası

4.4.1. Tıbbi tedavi bağlamında bağımsız bir muayene veya tedavi yöntemi olarak kullanılan ve halihazırda tıbbi standardın bir parçası olan CDSS'lerde, hastanın aydınlatılması ve rızasının alınması açısından diğer yerleşik muayene ve tedavi yöntemlerinde geçerli olan ilkeler burada da geçerlidir. Hekimler, hastaların tedavinin önemini ve kapsamını anlamaları ve kendi kaderini tayin hakkını kullanırken tedaviye rıza gösterip göstermeyecekleri konusunda bilinçli bir değerlendirme yapabilmeleri için tedavinin ana koşulları konusunda hastaları aydınlatmaları gerekmektedir (Alman Medeni Kanunu §§ 630c-630e).

Tedavi özgürlüğü ilkesine göre, doğru tedavi yönteminin seçimi ve dolayısıyla CDSS'nin kullanımına ilişkin karar da esas itibariyle tedavi eden hekime aittir [32]; ayrıca bkz. Böl. 3.3.1.). Hekimler, CDSS ile tıbbi standardı karşılayan

bir tedavi yöntemini kullandıkları takdirde, sorulmadığı sürece hastalarına mevcut tedavi alternatiflerini (örneğin geleneksel tedavi yöntemi gibi) açıklamak zorunda değildirler. Buradan farklı olarak somut olayda CDSS'nin kullanılmasına alternatifler varsa ve bu alternatif yöntemler tıbbi olarak eşit ölçüde belirtilmiş ve yaygınsa ve önemli ölçüde farklı zorluklara, risklere veya iyileşme oranlarına yol açabilecekse durum biraz farklıdır (Alman Medeni Kanunu § 630e 1. fık. 3. cüm.) Başka bir deyişle, alternatif tedavi yöntemi hastalar için eşdeğer bir iyileşme veya başarı şansını ve hasta açısından daha az bir risk yükünü gösteriyorsa ya da türü ve yönü açısından eşdeğer risk yükünde daha yüksek iyileşme ve başarı şansı vaat ediyorsa alternatif tedavi yöntemleri hakkında hasta aydınlatılmalıdır [33]. Bu durumda hastanın kendi kaderini tayin hakkı, hastaların bu konuda aydınlatılmasını ve yöntem seçiminin hastanın kendisine bırakılmasını gerektirir [70]. Hekimler gerçek bir tedavi alternatifinin bulunup bulunmadığını tıbbi uzmanlık açısından dikkatli bir şekilde incelemelidirler.

4.4.2. Bağımsız muayene veya tedavi yöntemini temsil eden ve daha test sürecinde olan CDSS açısından, hekimler yalnızca -gerekli değerlendirmeyi yaptıktan sonra (bkz. Böl. 4.5)- bu tedaviyi kullanmak istediklerinde hastaları aydınlatmaları gerekmektedir [krş. 34]. Bu durumda hekimler, yeni bir yöntemin kullanılmasının söz konusu olduğu, sistemin uzun zamandır kullanılmadığı, etkinliğinin de henüz istatiksel olarak doğrulanmamış olduğunu ve sistemin şeffaflığının ve anlaşılırlığının eksikliği gibi bilinmeyen riskler ile makinesel tanı ve terapi kararının bozulması tehlikesinin göz ardı edilemeyeceği hususlarında hastaları aydınlatmalıdırlar. Ayrıca mevcut uygulanabilecek standart tedavi yöntemleri hakkında da hastalar detaylı bir şekilde bilgilendirilmelidir. Hastalar, riskleri belirli olan geleneksel yöntemlerle mi, yoksa olası avantajlarını ve henüz her açıdan bilinmeyen tehlikelerini dikkate alacak yeni yöntemlere (CDSS) göre mi tedavi edilmelerini istediklerini dikkatli bir şekilde değerlendirebilecek duruma getirilmelidir [35]. Otomatik sistemin kullanılması veya kullanılmaması kararı hastaya aittir. Şüphe durumunda hekimler, uygun şekilde bilgilendirme yaptıklarını ispatlamalıdırlar.

4.5. CDSS'nin Kullanılmasında Dikkat ve Özen Yükümlülüğünün İhlalinden Dolayı Hekimlerin Sorumluluğu

CDSS'nin hekimler tarafından kullanılması büyük oranda kullanılan sistem ve kullanım alanlarına bağlı olarak sorumluluk riski taşıyabilir.

(Kısmi) otomatik sistemlerin kullanılması ile bağlantılı olarak bir yükümlülüğün ihlali (tıbbi özen yükümlülüğünün dikkate alınmaması) suçlaması yöneltilmesi halinde hekimler, kusura bağlı olarak sebep oldukları zararlardan dolayı sorumlu tutulacaktır (sözleşmeye bağlı olarak Alman Medeni Kanunu § 280 ile bağlantılı olarak § 630a ve devamı hükümleri uyarınca ve/veya haksız fiilden dolayı Alman Medeni Kanunu § 823 vd. hükümlerine göre). Sorumluluk sebebi sertifikasyonu yapılmamış tıbbı ürünlerin kullanılması yanında, CDSS'lerin işletilmesi ve kullanılmasındaki hatalardan da kaynaklanabilir.

Zararın (kısmi-) otomatik sistemlerden kaynaklandığı hatalar (örneğin, CDSS kısımlarının üreticinin yapım ve kaliteye ilişkin beyan ettiği özellikleri aykırı olarak üretilmiş olası), yapım (konstrüksion) hatasından (örneğin, üreticinin hatalı konseptinden kaynaklanan hatalı kontrol algoritması) veya talimat hatasından (örneğin, üreticinin hatalı kullanım talimatı) kaynaklandığı olaylar özel olarak ele alınmalıdır. Bu sistemlerin tıbbi cihazlara ilişkin düzenlemelere tabi olması (bkz. Böl. 4.1.) ve sertifikasyonu yapılmış olmasına rağmen hastaların sağlık ve güvenliklerini kabul edilebilir ölçünün ötesinde tehlikeye atacak hatalar göstermesi halinde sistemi kullanan hekimlerin meydana gelen zarardan sorumluluğu söz konusu olmaz. Ancak sistemin gerekli özen gösterilerek kullanılması halinde hatanın hekim için öngörülebilir olmaması gerekir. Gittikçe artan bir şekilde otomatikleşme nedenliye anlaşılabilirliğin kural olarak azaldığını kabul etmek gerekir. Ancak hatalı CDSS nedeniyle üreticinin Üretici Sorumluluk Kanunu ve Tıbbi Cihazlar Hukuku ile bağlantılı olarak Alman Medeni Kanunu § 823 uyarınca sorumluluğu söz konusu olabilir.

CDSS kullanımı ile Genel Eşitlik Kanunu (AGG) § 19 anlamında medeni hukuk alanında ayrım yapma yasağının ihlali söz konusu olursa, ayrımcılığa uğrayan hastalar saldırının ortadan kaldırılmasını, önlenmesini ve tazminat ödenmesini talep etme haklarına sahiptir. Ancak böyle bir ayırım yapma yasağının CDSS'nin kullanımı sırasında ihlal edilip edilmediği ve hangi açıdan (ne oranda) ihlal edildiği açıklığa kavuşturulmuş değildir. Her hâlükârda sertifikasyonlu sistemlerden kaynaklanan ve hastaların güvenlik ve sağlıklarını tehlikeye atan anlaşılabilir olmayan ayrımcılıklardan hekimler sorumlu değildir (örneğin, CDSS'nin, cilt kanseri teşhisinde Screening kullanılması sırasında koyu ciltli insanlarda ciltteki değişikliklerin daha az tespit emesi ve bu hususun hekim tarafından anlaşılabilir olmaması).

Yapay zeka sistemlerini işletenler için Avrupa Birliği düzeyinde özel bir sorumluluk hukuku çerçeve düzenlemesi yürürlüğe konması üzerinde tartışmalar

yapılmaktadır. Bu kapsamda yüksek riskli yapay zeka sistemlerini işletenlerin yapay zeka tarafından harekete geçirilen (işletilen) fiziki veya sanal aktiviteler veya mekanizmalar tarafından sebep olunan bütün bedensel ve eşya zararlarından kusur durumuna bakılmaksızın sorumlu tutulması öngörülmektedir (tehlike sorumluluğu). İşletenler uygun bir sorumluluk sigortası yaptırmakla yükümlü olmalıdır. CDSS'yi kullanan hekimler, taslak yönetmelik bağlamında yapay zeka sisteminin işleteni olabilirler. Hangi sistemlerin "yüksek bir risk" barındırdığı son olarak yönetmeliğin ekinde belirtilmelidir. Mevcut taslak yönetmeliğinin eki "otonom robotları" içermektedir. Ekte listelenmeyen diğer yapay zeka sistemleri için işletenlerin kusur sorumluluğuna gidilmelidir. Yeni gelişmelerin beklenmesi gerekmektedir.

4.6. Kişisel Verilerin Korunması ve Gizlilik (Sır Saklama) Yükümlülüğü

4.6.1. Makine öğrenme sistemlerinin çalışma koşulu kişisel sağlık verilerinin işlenmesidir. Kişisel verilerin işlenmesi için kişisel verilerin korunması hukuku (DSGVO = Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Temel Yönetmelik, BDSG= Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Federal Kanun) kişisel verilerin işlenmesinde uygulanır. Bu açıdan Federal Tabipler Birliğinin, "Hekimlik Uygulamasında Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Kişisel Verilerin Korunması ve İşlenmesi Konusunda Dikkat Edilmesi Gerekenler ve Tavsiyeler" konulu genelgesine işaret etmekle yetiniyoruz (10). Aşağıda sadece CDSS'nin özel yönleri ele alınacaktır.

CDSS veri koruma hukuku kapsamın girdiği takdirde sağlıkla ilgili veriler, ilgilinin açıkça rıza göstermesi veya yasal düzenleme ile buna izin verilmiş olması halinde işlenebilir. Sağlığın korunması amacıyla, tıbbi tanı ve sağlık alanında bakım ve tedavi için hekimler veya sır saklama yükümlülüğü altında bulunan diğer kişiler tarafından kişisel veriler hastanın açıkça rızası olmaksızın da işlenebilir (DSGVO = Avrupa Birliği Kişisel Verilerin Korunması Temel Tüzüğü, md. 9 fık. 2 lit. h, fık. 3; BDSG = Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Federal Kanun, § 22 fık. 1 Nr. 1 lit. b). Bu durumda, verilerin işlenmesine kimlerin katıldığının belgelenmesi, verilerin işlenmesine katılanların konu ile ilgili dikkatlerinin çekilmesi, verilerin korunmasından sorumlu olarak bir kişinin atanması ile verilerin anonimleştirilmesi ve şifrelenmesi gibi ek özel (koruyucu) tedbirlerin alınması gerekir (detayı için bkz. BDSG § 22 fık. 2).

CDSS kullanılmadan önce DSGV md. 35 uyarınca kişisel verelerin korunması için öngörülen bilgi işlenmesinin sonuçları hakkında bir etki değerlendirmesi yapma yükümlülüğü (Verilerin korunması- etki değerlendirmesi) bulunup bu-

lunmadığının hekimler tarafından incelenmesi gerekir (krş. 22) (8). CDSS'nin kullanılması ile bağlantılı olarak her haluklarda CDSS'nin üreticisinden veya diğer uygun hizmet sunucularından ya da bu konudaki uzman şirketlerden alınacak hizmetler yoluyla kullanıcılar desteklenmelidir.

DSGVO md. 22 fık. 1 uyarınca ilgili kişi kendisi hakkında hukuki sonuçlar doğuran veya benzer bir şekilde kendisine önemli ölçüde zarar veren, sadece otomatikleştirilmiş işleme dayanan bir karara tabi olmama hakkına sahiptir. Bu husus özellikle sağlığa ilişkin verilerin işlenmesi hakkında geçerlidir (bkz. DSGVO md. 22 fık. 4). Bu nedenle hekim kararının yerini alacak yapay zeka sistemleri, sadece hastanın gerekli bilgilendirme yapıldıktan sonra yapıtığı açık bir rıza açıklamasından sonra kullanılabilir. Ancak hekimin, makullük ve doğruluk kontrolü yapma şeklinde insani bir kararın da devreye girdiği durumlarda ise artık DSGV md. 22 hükmünün uygulanması söz konusu olmaz.

İlgili kişinin kişisel verilerinin silinmesi hakkı (DSGVO md. 17) kendi kendine öğrenebilen sistemlerin kullanılmasında da etkili olabilir. Rızanın geri alınması ve kaydın silinmesi, sistemlerdeki eğitim temellerinin bir kısmını ortadan kaldıracaktır. Ancak rızanın geri alınması, daha önce rıza üzerine yapılan verilerin işlenmesinin hukuku uygunluğunu etkilemeyecektir (DSGVO md. 7 fık. 3 cümle 2). Ayrıca yukarıda ifade edilen "Blackbox" sorunu bu bağlamda bir avantaj olarak ortaya çıkabilir. Çünkü, otomatikleşmiş karar sürecinin izlenememesi sisteme kaydedilen verilerin daha sonra kişisel olarak atanmasına (kişi ile bağlantısının kurulmasına) engel teşkil edecektir; verinin kişi ile bağlantısının silinmesi halinde ise rızanın geri alınması ve verinin silinmesi hakkı ortadan kalkacaktır. Ancak burada da konunun detayları hukuki olarak henüz açıklığa kavuşturulabilmiş değildir.

Yapay zeka destekli sistemlerin kullanımı, genel itibariyle veri koruma hukuku açısından tereddütler oluşturmaktadır. Özelikle hastalara ilişkin verilerin kişisel tanı ve terapi amacıyla işlenmesinin aynı zamanda ne oranda sistemsel olarak CDSS'lerin eğitim ve geliştirilmesi için de kullanılabileceği ve hastaların bunun için açıkça rıza göstermeleri gerekip gerekmediği açıklığa kavuşturulmamıştır. Verilerin işlenmesinde ölçülülük ilkesi (kişisel verilerin amaca ulaşmak için gerekli olduğu oranda işlenmesi) ile yapay zeka sistemlerinin fonksiyonunu icra edebilmesi için sistemin öğrenme yeteneğinin geliştirilmesinin mümkün olduğunca çok verinin işlenmesine ihtiyaç olması arasındaki çelişkinin hukuki olarak nasıl çözüleceği de genel bir sorun teşkil etmektedir.

4.6.2. Hizmet sunan üçüncü kişilerin hastaların sır teşkil eden verilerine erişmesi gerektiğinde, akıllı yazılım programlarının tıbbı uygulamada kullanılmasında hekimin sır saklama yükümlülüğü oldukça önemli bir konu teşkil eder. Meslek sırrını saklamakla yükümlü olanların faaliyetlerine katılan üçüncü kişilere karşı da hastalara ilişkin bilgilerin açıklanmasına izin verilmiştir (örneğin, yazılım veya IT- Sistemlerinin kurulması veya bakımı hizmetlerinin verilmesinde). Faaliyetlere katılan üçüncü kişilerin kapsamına kimlerin gireceği duruma göre belirlenmelidir. Bu nedenle hastane ve hekim polikliniklerinin hizmet sunan üçüncü kişilerle yapacakları sözleşmeler, akıllı yazılım programlarının kullanılmasında hekimlerin sır saklama yükümlülüğüne yeterince riayet edip edilip etmedikleri açısından da daima incelemelidir.

5. Özet ve Tavsiyeler

Merkezi Etik Kurulu (ZEKO), CDSS'nin tanı, terapi, prognoz ve öngörünün nitelik ve etkinliğinin geliştirilmesine katkıda bulunmasını gayet olumlu karşılamaktadır. Yapay zekaya dayanan CDSS'nin tıpta uygulaması ile şimdiye kadar insanlara bırakılan görevlerin yerine getirilmesinde hekimler bu sistemlerle desteklenmektedir. Geleneksel, yani kuralına göre programlanmış yazılım ve donanım sistemi karşısında, kısmen makine öğrenme sistemleri (yapay sinir ağları, derin öğrenme) ile kendini gösteren yapay zeka, nasıl oluştuğu açısından gelecekte muhtemelen daha az anlaşılabilir veya daha az açıklanabilir karar önerileri yapacaktır.

Bu yüzden Merkezi Etik Kurulu, söz konusu sistemlerin kullanılmasında özellikle aşağıdaki hususların dikkate alınmasını tavsiye etmektedir:

- Hekim davranışı daima (bireysel) hastaya karşı bir sorumluluğu gerektirir. Hekimler, CDSS'nin hastanın bakım ve tedavisini iyileştirilmesi esas alınarak kullanılmasından sorumludur.
- Tanı, endikasyon ve tedavideki sorumluluk ve hesap verme yükümlülüğü her zaman hekime aittir ve bunlar bir CDSS sistemine bırakılamaz. Karar vermede yardımcılık ile otomatikleştirilmiş karar arasındaki sınır aşılmamalıdır.
- En iyi tedavi sonuçları kural olarak sadece CDSS ve tıbbi tecrübe bilgisi birlikteliğinden elde edilebilir. Çünkü burada hem tıbbi bilgi açısından hem de iletişim açısından yeri doldurulamayan hekimin karar verme gücü kendini göstermektedir. Bir hastalığın seyrini karakterize eden bütün semptomları

bir bütün olarak belirleyip değerlendirmek ve psikolojik ve duygusal faktörleri birlikte dikkate almak sadece hekimler tarafından gerçekleştirilebilir. Sadece hekimler klinik tabloyu biyografik olarak tespit edebilir ve ayrıca tanı için önem taşıyabilecek ve uygun bir tedavi için belirleyici olabilecek psikolojik ve duygusal faktörleri dikkate alabilir. Söz konusu faktörler hem tanı için önem taşıyabilir hem de uygun bir tedavi için belirleyici olabilir. Bu nedenle, tıbbi tecrübe bilgisinin değersizleştirilmesi ve hekim-hasta ilişkisindeki güveni zayıflatılması önlenmeli ve iş birliğinin önemi vurgulanmalıdır.

- Hekimler düzenli olarak kendi uzmanlık alanlarındaki yeni CDSS'ler hakkında bilgilenmeli ve bunlardaki gelişmeleri takip etmelidirler.

- Hekimler, CDSS'lerin hata ve bozulmalar gösterebileceğinin ve sistemin izlediği sürecin çoğu zaman yeterli bir şekilde anlaşılamayabileceğinin farkında olmalıdırlar. Çünkü bunlar, hatalı tanı ve terapi önerilerine neden olabilir. Bu nedenle hekimler, CDSS'lerin (kısmen) otomatikleştirilmiş karar tavsiyelerinin makullüğünü kontrol etmelidirler.

- CDSS'lerin, hekimler tarafından tıbbi tedavi kapsamında kullanılması özen göstermeyi gerektirir ve sorumluluk riskleri taşır. Bu nedenle hekimler (kısmen) otomatikleştirilmiş bir sistemi kullanmadan önce bunun işleyiş şekli ve kullanılmasının yasal çerçevesi hakkında bilgilenmelidirler.

- Hekimler, CDSS'yi kullanmadan önce, söz konusu sistemin yeni bir muayene veya tedavi yöntemi mi, yoksa tıbbi standartlara uygun bir muayene veya tedavi yöntemini mi içerdiğini incelemelidirler. Çünkü yeni yöntemlerde, yapay zeka sisteminin kullanılması hakkındaki hekim kararında daha yüksek bir özen yükümlülüğü söz konusudur.

- Deneme sürecinde bulunan CDSS'ler hakkında hekimler hastalarını sadece, sistemi - gerekli değerlendirme yapıldıktan sonra - tedavide kullanmak istedikleri takdirde bilgilendirmelidirler. Bu durumda hekimler, henüz uzun bir süreden beri uygulanmayan yeni bir metodun söz konusu olduğu, bu metodun etkililiğinin istatiksel olarak henüz doğrulanmamış olduğu ve sistemin şeffaflığı ve anlaşılabilirliğinin eksikliği gibi bilinmeyen risklerin söz konusu oluğu veya makinesel tanı veya tedavi kararında deformasyon tehlikesinin göz ardı edilemeyeceği konularında hastalarını bilgilendirmelidir. Bu bilgilendirmeden sonra otomatik sistemin kullanılıp kullanılmayacağı kararı hasta tarafından verilmelidir.

- CDSS kural olarak kişisel verileri işledikleri için hekimlerin verilerin korunması hukuku kurallarına ve sır saklama yükümlülüğüne uyması gerekir.
- Hekimlerin, hastaların bakım ve tedavisi ile ilgili kalite güvencesinin sağlanmasında ortak sorumlulukları vardır. Hekimler, edindikleri deneyimleri bildirerek CDSS'lerin geliştirilmesine katkıda bulunmalılar ve özellikle somut olarak hastaların bakım ve tedavi sürecindeki (süreç kalitesi) istenmeyen gelişmeleri gecikmeksizin bildirmelidirler. Hekimler, mesleki faaliyetleri sırasında üretici tarafından sunulan bilgilerdeki hastaların vücut bütünlüğü veya hayatlarını ciddi şekilde tehlikeye atabilecek hatalı fonksiyon ve yetersizliklerden haberdar olmaları halinde, bunları BFArM'e (Federal İlaçlar ve Tıbbi Cihazlar Kurumu) bildirmelidirler.
- Sistemlerin kullanılmasında hekimin sorumlu olması talebi, CDSS'lerin kullanılmasından doğan bütün sorumluluğun bireysel olarak hekime yüklenmesi sonucu doğurmamalıdır. Sistemlerin onaylanmasında ve kullanılmasında hekimler ve hastaların aynı şekilde güven duyabilecekleri bir sistem güvenliğinin sağlanabilmesi için mezo ve makro alanındaki sorumlular merkezi öneme sahiptir.
- Yapay zeka tabanlı CDSS'ler rutin bakımlarda yaygın olarak kullanılmaya başlanmadan önce, etik, hukuki ve sosyal sonuçları daha dahil olmak üzere potansiyel yarar ve zararları açısından sistematik olarak değerlendirilmelidir. Bu açıdan kontrollü klinik araştırmalar ile sistemlerin ileriye dönük doğrulanması özel bir önem taşımaktadır.
- Modellerin, eğitim verilerinin ve sonuçların sağlam ve titiz bir şekilde doğrulanması ve uygun siyasi ve hukuki tedbirlerle temel hakların korunması sağlanarak hastalar damgalanma ve ayırımcılığa karşı konmalıdır. Hekimler, eğitim verilerinin CDSS'lerin geliştirilmesi sırasında bozulmadığından emin olmalıdırlar. Yine de hekimler, CDSS'lerin geliştirilmesinde ve daha sonra izlenmesinde gözlemci rolüne sahiptir. Bunun için de uygun bir geri bildirim prosedürü kurulmalıdır. Hekimler, CDSS'lerin bütün halk gruplarını temsil edici veri tabanına dayanması için çalışmalıdırlar.
- Hekimler, CDSS'nin kullanılması için, dijital olanı da dahil olmak üzere, gerekli yetkinliklere sahip olmayı görev olarak görmelidirler. Bu amaçla mezo düzeyindeki klinik işletmeciler, uygun geliştirici eğitim imkanları gibi CDSS kullanımı konusunda çalışanlarını hazırlamalıdırlar. Makro düzeyde ise dijital yetkinliğin arttırılması hekimlerin ilerletici ve geliştirici eğitimlerinde

stratejik bir unsur olarak esaslı öneme sahip olmalıdır ki, sağlık alanında çalışan aktörler yapay zeka tabanlı CDSS'lerin fayda ve risklerini analiz edebilsinler ve bunları hasta odaklı olarak kullanabilsinler.

- Tıp alanındaki şirketeler ve yönergeleri hazırlamakla yükümlü olanlar, CDSS'nin kendi alanlarında kullanılmasını yönlendirmeli ve farklı yerlerde farklı standartların oluşmaması için ilgili yönergeleri dikkate almalıdırlar.
- Yapay zeka tabanlı CDSS'lerin kararlarının açıklanabilirliği ve izlenebilirliği için gerekli tedbirlerin geliştirilmesinde ciddi araştırma ihtiyacı bulunmaktadır; ancak risklerin sınırlandırılması ve CDSS'lerin düzenlenmesinde de bu ihtiyaç kendisini göstermektedir. Bu araştırmalar CDSS ile ilgili yapılacak düzenlemelerde yukarıda zikredilen teknik, etik, hukuki ve sosyal gerilimli alanlarında, düzenleme yapılmasını görev olarak görmeli ve yapıcı çözümü önerileri sunmalıdır.
- Ayrıca bu sorunlar ve hekimler ile hastaların bu sistemlerin geliştirilmesine katılımı sorunları hakkında yapılacak toplumsal bir tartışma da gereklidir.

METİN İÇİNDE ATIF YAPILAN KAYNAKLAR

(Çevirenin notu: Federal Tabiler Birliği Merkezi Etik Komisyonu Raporunda atıf yapılan kaynaklar metin içerisinde numarası parantez içinde verilmiş olup, aşağıda her bir atıf yapılan kaynak gösterilmektedir.)

1. Acatech - Deutsche Akademie der Wissenschaften (Hg.): Machine Learning in der Medizintechnik. Analyse und Handlungsempfehlungen. München 2020, https://www.acatech.de/publikation/machine-learning-in-der-medizintechnik/download-pdf?lang=de (erişim tarihi 04.03.2021).
2. Aschwanden C: Artificial Intelligence Makes Bad Medicine Even Worse. A new study out from Google seems to show the promise of AI-assisted health care. Actually, it shows the threat. WIRED 2020, https://www.wired.com/story/artificial-intelligence-makes-bad-medicine-even-worse/ (erişim tarihi 04.03.2021).
3. Barredo Arrieta A, Díaz-Rodríguez N, Del Ser J, et al.: Explainable Artificial Intelligence (XAI): Concepts, taxonomies, opportunities and challenges toward responsible AI. Information Fusion 2020; 58: 82-115.
4. Bates M: Direct-To-Consumer Genetic Testing: Is the Public Ready for Simple, At-Home DNA Tests to Detect Disease Risk? IEEE Pulse 2018; 9(6): 11-4.
5. Baumgartner R: Künstliche Intelligenz in der Medizin: Diskriminierung oder Fairness? In: Bauer G, Kechaja M, Engelmann S, Haug L (Hg.): Diskriminierung und Antidiskriminierung: Beiträge aus Wissenschaft und Praxis. Bielefeld: transcript 2021; 149-164.
6. Birgmeier J, Haeussler M, Deisseroth CA, et al.: AMELIE speeds Mendelian diagnosis by matching patient phenotype and genotype to primary literature. Sci Transl Med 2020; 12(544).
7. Bjerring JC, Busch J: Artificial Intelligence and Patient-Centered Decision-Making. Philos. Technol. 2020.
8. Bundesärztekammer: Stellungnahme „Präzisionsmedizin: Bewertung unter medizinisch-wissenschaftlichen und ökonomischen Aspekten". Dtsch Arztebl 2020; 117(22-23): A-1184 / B-1000. DOI: 10.3238/baek_sn_praezision_2020.
9. Bundesärztekammer: Stellungnahme „Wissenschaftlichkeit als konstitutionelles Element des Arztberufes". Dtsch Arztebl 2020; 117(4): A-176 / B-160 / C-156. DOI: 10.3238/baek_wb_sn_wiss2020.
10. Bundesärztekammer, Kassenärztliche Bundesvereinigung: „Hinweise und Empfehlungen zur ärztlichen Schweigepflicht, Datenschutz und Datenverarbeitung in der Arztpraxis". Dtsch Arztebl 2018; 115(10): A-453 / B-395 / C-395. DOI: 10.3238/arztebl.2018.ds01.

11. Bundesärztekammer: Thesen zur Weiterentwicklung der ärztlichen Patientenversorgung durch Digitalisierung. 2021 (henüz yayınlanmamıştır).

12. Cabitza F, Rasoini R, Gensini GF: Unintended Consequences of Machine Learning in Medicine. JAMA 2017; 318(6): 517-8.

13. Challen R, Denny J, Pitt M, Gompels L, Edwards T, Tsaneva-Atanasova K: Artificial intelligence, bias and clinical safety. BMJ Qual Saf 2019; 28(3): 231-7.

14. Chen P-J, Li T, Sun T-T, et al.: Clinical Decision Support for High-Risk Stage II Colon Cancer: A Real-World Study of Treatment Concordance and Survival. Dis Colon Rectum 2020; 63(10): 1383-92.

15. Cicero M, Bilbily A, Colak E, et al.: Training and Validating a Deep Convolutional Neural Network for Computer-Aided Detection and Classification of Abnormalities on Frontal Chest Radiographs. Invest Radiol 2017; 52(5): 281-7.

16. Dettling H-U: Künstliche Intelligenz und digitale Unterstützung ärztlicher Entscheidungen in Diagnostik und Therapie. PharmR 2019; 12: 633.

17. Deutscher Ethikrat (Hg.): Stellungnahme „Big Data und Gesundheit: Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung". Berlin 2017.

18. Di Nucci E: Should we be afraid of medical AI? J Med Ethics 2019; 45(8): 556-8.

19. Europäische Kommission: Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act). COM(2021) 206 final vom 21.04.2021.

20. Europäische Kommission: Weissbuch „Zur Künstlichen Intelligenz - ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen". COM(2020) 65 final vom 19.02.2020.

21. Froomkin AM, Kerr IR, Pineau J: When AIs Outperform Doctors: Confronting the Challenges of a Tort-Induced Over-Reliance on Machine Learning. Arizona Law Rev 2019; 61: 33.

22. Frost Y: Künstliche Intelligenz in Medizinprodukten und damit verbundene medizinprodukte- und datenschutzrechtliche Herausforderungen. MPR 2019(4): 117.

23. Fuchs T: Verteidigung des Menschen: Grundfragen einer verkörperten Anthropologie 2020.

24. Geisler LS: Arzt und Patient - Begegnung im Gespräch: Wirklichkeit und Wege. 5th ed. Frankfurt am Main: pmi Verl. 2008.

25. Gianfrancesco MA, Tamang S, Yazdany J, Schmajuk G: Potential Biases in Machine Learning Algorithms Using Electronic Health Record Data. JAMA Intern Med 2018; 178(11): 1544-7.

26. Gurovich Y, Hanani Y, Bar O, et al.: Identifying facial phenotypes of genetic disorders using deep learning. Nat Med 2019; 25(1): 60-4.

27. Haenssle HA, Fink C, Schneiderbauer R, et al.: Man against machine: diagnostic performance of a deep learning convolutional neural network for dermoscopic melanoma recognition in comparison to 58 dermatologists. Ann Oncol 2018; 29(8): 1836-42.

28. Hannun AY, Rajpurkar P, Haghpanahi M, et al.: Cardiologist-level arrhythmia detection and classification in ambulatory electrocardiograms using a deep neural network. Nat Med 2019; 25(1): 65-9.

29. Helle K: Intelligente Medizinprodukte: Ist der geltende Rechtsrahmen noch aktuell? Medizinrecht 2020; 38(12): 993-1000.

30. High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (HLEG): A definition of Artificial Intelligence: main capabilities and scientific disciplines. 2019, https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and scientific-disciplines (son erişim tarihi 04.03.2021).

31. High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (HLEG): Ethics guidelines for trustworthy AI. 2019, https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-gui delines-trustworthy-ai (son erişim tarihi 04.03.2021).

32. Katzenmeier, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, 57. Edition Stand: 01.02.2021, § 630e Rn. 25.

33. Katzenmeier, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, 57. Edition Stand: 01.02.2021, § 630e Rn. 26.

34. Katzenmeier, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, 57. Edition Stand: 01.02.2021, § 630e Rn. 28.

35. Katzenmeier, in: Hau/Poseck, BeckOK BGB, 57. Edition Stand: 01.02.2021, § 630e Rn. 29.

36. Kieser M, Caliebe A, Burger H-U, Knoerzer D: Big Data in der klinischen Forschung: Vieles ist noch Wunschdenken. Dtsch Arztebl 2019; 166(35-36): A 1534-9.

37. Liang H, Tsui BY, Ni H, et al.: Evaluation and accurate diagnoses of pediatric diseases using artificial intelligence. Nat Med 2019; 25(3): 433-8.

38. Lipp V: Heilversuch und medizinische Forschung, Kap. XIII Rn. 31. In: Laufs A, Katzenmeier C, Lipp V: Arztrecht. 8th ed. München: C.H. Beck 2021; 553.

39. Liu X, Faes L, Kale AU, et al.: A comparison of deep learning performance against health-care professionals in detecting diseases from medical imaging: a systematic review and meta-analysis. The Lancet Digital Health 2019; 1(6): e271-e297.

40. Liu Y, Kohlberger T, Norouzi M, et al.: Artificial Intelligence-Based Breast Cancer Nodal Metastasis Detection: Insights Into the Black Box for Pathologists. Arch Pathol Lab Med 2019; 143(7): 859-68.

41. McDougall RJ: Computer knows best? The need for value-flexibility in medical AI. J Med Ethics 2019; 45(3): 156-60.

42. McKinney SM, Sieniek M, Godbole V, et al.: International evaluation of an AI system for breast cancer screening. Nature 2020; 577(7788): 89-94.

43. McNamara DM, Goldberg SL, Latts L, et al.: Differential impact of cognitive computing augmented by real world evidence on novice and expert oncologists. Cancer Med 2019; 8(15): 6578-84.

44. Mehra MR, Ruschitzka F, Patel AN: Retraction - Hydroxychloroquine or chloroquine with or without a macrolide for treatment of COVID-19: a multinational registry analysis. The Lancet 2020; 395(10240): 1820.

45. Miguel Beriain I de: Should we have a right to refuse diagnostics and treatment planning by artificial intelligence? Med Health Care Philos 2020; 23(2): 247-52.

46. Mittelstadt B: Principles alone cannot guarantee ethical AI. Nat Mach Intell 2019; 1(11): 501-7.

47. Mittelstadt BD, Allo P, Taddeo M, Wachter S, Floridi L: The ethics of algorithms: Mapping the debate. Big Data & Society 2016; 3(2): 205395171667967.

48. Morley J, Joshi I: Developing effective policy to support Artificial Intelligence in health and care. Eurohealth 2019; 25(2): 11-4.

49. Morley J, Machado CCV, Burr C, et al.: The ethics of AI in health care: A mapping review. Soc Sci Med 2020; 260: 113172.

50. Mühlböck L, Taupitz J: Haftung für Schäden durch KI in der Medizin. AcP 2021; 221(1/2): 179-218.

51. Neugebauer M, Ebert M, Vogelmann R: A clinical decision support system improves antibiotic therapy for upper urinary tract infection in a randomized single-blinded study. BMC Health Serv Res 2020; 20(1): 185.

52. Obermeyer Z, Powers B, Vogeli C, Mullainathan S: Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of populations. Science 2019; 366(6464): 447-53.

53. Olakotan O, Mohd Yusof M, Ezat Wan Puteh S: A Systematic Review on CDSS Alert Appropriateness. Stud Health Technol Inform 2020; 270: 906-10.

54. O'Neil C: Angriff der Algorithmen: Wie sie Wahlen manipulieren, Berufschancen zerstören und unsere Gesundheit gefährden. 2nd ed. München: Carl Hanser Verlag 2018.

55. Orth M, Luppa PB: Direct-To-Consumer-Testing: Fluch oder Segen für die Patienten? Dtsch Arztebl 2015; 112(5): A-174 / B-154 / C-154. https://www.aerzteblatt.de/archiv/167563/Direct-To-Consumer-Testing-Fluch-oder-Segen-fuer-die-Patienten (son erişim tarihi 18.05.2021).

56. Orwat C: Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen: Eine Studie erstellt mit einer Zuwendung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes. 2019, https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/studie_diskriminierungsrisiken_durch_verwendung_von_algorithmen.html (son erişim tarihi 05.03.2021).

57. Parasuraman R, Manzey DH: Complacency and bias in human use of automation: an attentional integration. Hum Factors 2010; 52(3): 381-410.

58. Ploug T, Holm S: The four dimensions of contestable AI diagnostics - A patientcentric approach to explainable AI. Artif Intell Med 2020; 107: 101901.

59. Ploug T, Holm S: The right to refuse diagnostics and treatment planning by artificial intelligence. Med Health Care Philos 2020; 23(1): 107-14.

60. Price ND, Magis AT, Earls JC, et al.: A wellness study of 108 individuals using personal, dense, dynamic data clouds. Nat Biotechnol 2017; 35(8): 747-56.

61. Raab CD: Information privacy, impact assessment, and the place of ethics. Computer Law & Security Review 2020; 37: 105404.

62. Riedl D, Schüßler G: The Influence of Doctor-Patient Communication on Health Outcomes: A Systematic Review. Z Psychosom Med Psychother 2017; 63(2): 131-50.

63. Ross C, Swetlitz I: IBM's Watson supercomputer recommended 'unsafe and incorrect' cancer treatments, internal documents show. 2018, https://www.statnews.com/2018/07/25/ibm-watson-recommended-unsafe-incorrect-reatments/ (son erişim tarihi 05.03.2021).

64. Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen (SVR): Digitalisierung für Gesundheit: Ziele und Rahmenbedingungen eines dynamisch lernenden Gesundheitssystems. Gutachten 2021. https://www.svr-gesundheit.de/gutachten/gutachten-2021/ (son erişim tarihi 12.04.2021).

65. Strauß S: Privacy and Identity in a Networked Society - Refining Privacy Impact Assessment. London: Routledge 2019.

66. Taupitz J: Medizinische Informationstechnologie, leitlliniengerechte Medizin und Haftung des Arztes. AcP 2011; 211(3): 352-94.

67. Tupasela A, Di Nucci E: Concordance as evidence in the Watson for Oncology decision-support system. AI & Soc 2020; 35(4): 811-8.

68. v. Lewinski, in: Wolff/Brink (Hg.), BeckOK-Datenschutzrecht, Stand: 01.02.2021, DSGVO, Art. 22 Rn. 21.

69. Walsh SLF, Humphries SM, Wells AU, Brown KK: Imaging research in fibrotic lung disease; applying deep learning to unsolved problems. Lancet Respir Med 2020; 8(11): 1144-53.

70. Walter, in: Benecke, BeckOGK, BGB, Stand: 15.03.2020, § 630e Rn. 12.

71. Wang F, Casalino LP, Khullar D: Deep Learning in Medicine - Promise, Progress, and Challenges. JAMA Intern Med 2019; 179(3): 293-4.

72. Watson DS, Krutzinna J, Bruce IN, et al.: Clinical applications of machine learning algorithms: beyond the black box. BMJ 2019; 364: l886.

73. Wiesing U, Bormann F-J: Urteilskraft und Gewissen: die ärztliche Entscheidung im Zeitalter der evidence-based medicine. In: Bormann F-J, Wetzstein U (Hg.): Gewissen. Dimensionen eines Grundbegriffs Medizinischer Ethik. De Gruyter, Berlin/Boston 2014; 39-49.

74. Wildner M: Diagnose, Prognose, Prädiktion. Gesundheitswesen 2014; 76(4): 185-6.

75. Winkler JK, Sies K, Fink C, Toberer F, Enk A, Haenssle HA: Digitalisierte Bildverarbeitung: künstliche Intelligenz im diagnostischen Einsatz. Forum 2020; 35(2): 109-16.

Merkezi Etik Kurulu Heyeti Üyeleri

Prof. Dr. theol. Franz-Josef Bormann, Tübingen

Prof. Dr. jur. Frauke Brosius-Gersdorf, LL.M., Hannover

Prof. Dr. theol. Elisabeth Gräb-Schmidt, Tübingen

Prof. Dr. med. Wolfram Henn, Homburg

Prof. Dr. (TR) Dr. phil. et med. habil. Ilhan Ilkilic, M.A., Istanbul

Dr. phil. Julia Inthorn, Hannover

Prof. Dr. med. Dipl.-Soz. Tanja Krones, Zürich/CH

Prof. Dr. phil. Dirk Lanzerath, Bonn (Sorumlu)

Prof. Dr. jur. Dr. h. c. Volker Lipp, Göttingen

Prof. Dr. med. Georg Marckmann, MPH, München

Dr. med. Stephan M. Probst, Bielefeld

Prof. Dr. med. Dr. phil. Sabine Salloch, Hannover

Prof. Dr. med. Jan Schildmann, Halle (Saale)

Prof. Dr. phil. Ingrid Schneider, Hamburg

Prof. Dr. jur. Jochen Taupitz, Mannheim (Başkan)

Prof. Dr. med. Dr. phil. Eva Winkler, Heidelberg

Yazışma adresi

Zentrale Ethikkommission bei der Bundesärztekammer

Herbert-Lewin-Platz 1, 10623 Berlin

E-Mail: zeko@baek.de

https://www.zentrale-ethikkommission.de

KARAR İNCELEMESİ

DECISION REVIEW

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ'NİN *HALET V. LÜKSEMBURG* KARARI: VERGİ HUKUKUNDA BİLGİ SIZDIRMA *(WHISTLEBLOWING)*[(*)]

Arş. Gör. Gizem KAPUCU[(**)]
Arş. Gör. Metin KOCATEPE[(***)]

Öz

Bilgi sızdırma, hukuka aykırılıkları veya kamu yararıyla çelişen nitelikteki durumları ifşa eden eylemlerdir. 2014 yılında, Lüksemburg vergi idaresi ile PricewaterhouseCoopers (PwC) isimli bağımsız denetim şirketi arasında, bazı çok uluslu şirketler adına gerçekleştirilen ve vergilendirme işlemlerine ilişkin bilgiler içeren özel vergi anlaşmaları, PwC'nin iki çalışanı tarafından basına sızdırılmıştır. Bunun üzerine PwC, sızıntıları gerçekleştiren çalışanlar hakkında suç duyurusunda bulunmuş ve ayrıca tazminat davası açmıştır. İkinci dalga sızıntıyı gerçekleştiren Raphael Halet, ulusal yargı organları tarafından "bilgi sızdıran (whistleblower)" olarak nitelendirilmediğinden konuya özgü korumadan faydalandırılmamış ve hem adli para cezası hem de tazminat ödeme yükümlülüğüyle karşılaşmıştır. Halet, bu durumun ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasıyla İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne (İHAM) başvurmuştur. 11 Mayıs 2021 tarihinde İHAM 3. Dairesi tarafından verilen kararda ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır. Halet kararı, vardığı sonuç itibariyle bilgi sızdıran statüsünü "temel, yeni ve önceden bilinmeyen" bilgilerin sızdırılmasıyla sınırlayarak, bilgi sızdırma eylemleri üzerinde caydırıcı etki yaratabilecek tartışmalı bir karar olarak değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Vergi, Bilgi Sızdırma, İfade Özgürlüğü, Lüksemburg Sızıntıları.

(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.09.2022 - Kabul Edildiği Tarih: 16.11.2022.
Atıf Şekli: Gizem Kapucu - Metin Kocatepe, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Halet v. Lüksemburg Kararı: Vergi Hukukunda Bilgi Sızdırma (Whistleblowing)", ***Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XII, S. 2, 2022, s. 1451-1487.

(**) Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye.
E-posta: gizem.kapucu@marmara.edu.tr.
Orcid: https://orcid.org/0000-0001-9650-5692.

(***) Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul, Türkiye.
E-posta: metin.kocatepe@marmara.edu.tr.
Orcid: https://orcid.org/0000-0002-1440-7683.

HALET V. LUXEMBOURG CASE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: WHISTLEBLOWING IN TAX LAW

Abstract

Whistleblowing is the act of reveal illegality or situations that conflict with the general/public interest. In 2014, tax agreements between the Luxembourg tax administration and PricewaterhouseCoopers (PwC) on behalf of multinational companies were leaked to the press by two employees of PwC. Thereupon, PwC had a criminal complaint against its employees filed a lawsuit for compensation against these employees. Raphael Halet, who was second leaker, was not described as a "whistle-blower" by the national judicial authorities and faced a fine and a compensation. Halet applied to the European Court of Human Rights (ECHR) alleging for violation of his freedom of expression. 3rd Chamber of the ECHR on 11 May 2021 holds that there has been no violation of Article 10 of the Convention. This decision is controversial judgment that could have chilling effects on whistleblowing acts, by creating the "essential, new and previously unknown information" criteria.

Keywords

Tax, Whistleblowing, Freedom of Expression, LuxLeaks.

GİRİŞ

11 Mayıs 2021 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) 3. Dairesi tarafından verilen "Halet v. Lüksemburg" kararı,[1] Lüksemburg vergi idaresi ile PricewaterhouseCoopers (PwC) isimli bağımsız denetim şirketi arasında bazı çok uluslu şirketler[2] adına gerçekleştirilen "özel vergi anlaşmalarını"[3], PwC çalışanı olan başvuranın basına sızdırması[4] sonucu karşılaştığı hukuki ve cezai sonuçların ifade özgürlüğünü (İHAS m.10)[5] ihlal edip etmediğine ilişkindir.[6]

---

1 İHAM, Halet/Lüksemburg Kararı, B. No: 21884/18, 11.5.2021, (HUDOC Database). Karar 6 Eylül 2021 tarihinde Büyük Daire'ye sevk edilmiş olup, Ekim 2022 itibariyle henüz nihai karar yayımlanmamıştır.

2 Çok uluslu şirket *(multinational companies)* ya da çok uluslu işletme *(multinational enterprises)*, birden fazla ülkede kurulan ve faaliyetleri çeşitli biçimlerde koordineli olan bağlantılı şirket veya iştiraklerden oluşan yapıları ifade eder. Bkz. OECD, ***Guidelines for Multinational Enterprises***, OECD Publishing, Paris, 2011, s.17; OECD, ***Glossary of Tax Terms***, https://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm (12.06.2022).

3 *"Advanced tax agreements"* ya da *"advanced tax rulings"* olarak adlandırılan bu belgeler, vergi idareleri tarafından belli bir mükellefe özel olarak verilen ve vergi normlarını yorumlayan/açıklayan idarenin görüş açıklayıcı işlemlerini ifade etmektedir. Bkz. OECD, ***Glossary of Tax Terms***, https://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm (12.06.2022). Bu kapsamda terim, Türk Vergi Hukuku'nda özelgeye benzer bir hukuk kaynağına karşılık gelmektedir.

4 Sızıntıların yayınlandığı platform için bkz. https://www.icij.org/investigations/luxembourg-leaks/explore-documents-luxembourg-leaks-database/ (25.07.2022). Sürece ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Michael Hudson vd., "Big 4 Audit Firms Play Big Role in Offshore Murk", 5 Kasım 2016, https://www.icij.org/investigations/luxembourg-leaks/big-4-audit-firms-play-big-role-offshore-murk/ (12.06.2022).

5 İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Madde 10- İfade özgürlüğü:

"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir." https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (02.08.2022).

6 Halet kararı, bilgi sızdırma faaliyetinin tamamen özel hukuka dayalı istihdam ilişkisi üzerinden tartışıldığı ilk İHAM kararıdır. Bu husus karşı oyda şu şekilde vurgulanmıştır; *"...in the present case - the first whistle-blower case, to our knowledge, to involve a **purely** private employer..."*. Bkz. Halet/Lüksemburg, Karşı oy, § 11.

İHAS m.10'da düzenlenen ifade özgürlüğü, görüş sahibi olma özgürlüğünü -*kanaat özgürlüğü*-, bilgi ve düşünce edinme özgürlüğünü ve bilgi ve düşünceyi yayma özgürlüğünü -*açıklama özgürlüğü*- kapsamaktadır.[7] İfade özgürlüğünün varlığı için temel şart, bir görüşe sahip olma özgürlüğüdür.[8] Diğer bir ifadeyle, görüş sahibi olma özgürlüğü, İHAS m.10'da teminat altına alınan diğer özgürlüklerin bir ön koşulunu oluşturmaktadır.[9] Bilgi ve düşünce edinme özgürlüğü ise fikir ve bilgilerin araştırılması, elde edilmesi ve serbestçe öğrenilmesi konularında sahip olunan hakkı ifade eder.[10] Haber, fikir ve bilgiler düşüncenin oluşum sürecinde hammadde işlevi gördüğünden, bunlara erişimin engellendiği durumlarda ifade özgürlüğünün etkin bir şekilde kullanılamayacağı söylenebilir.[11] Bilgi ve düşünceyi yayma özgürlüğü ise, kişinin edindiği bilgiler arasında yapmış olduğu tercihleri dış dünyaya yansıtabilmesi özgürlüğünü ifade etmektedir.[12]

İHAM ve AYM kararlarında ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun ilerlemesi ve bireylerin gelişmesi için temel koşullardan biri olduğu vurgulanmaktadır.[13] Bu özgürlük, toplumda bütün düşüncelerin serbestçe tartışılmasını

---

7 Mehmet Semih Gemalmaz - Haydar Burak Gemalmaz, ***Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye'de Bilgi Edinme, Düşünce-İfade ve İletişim Mevzuatı***, Yazıhane Yayınları, İstanbul, 2004, s.195. Mehmet Semih Gemalmaz, "İnsan Hakları Hukuku Açısından İfade Özgürlüğü", ***Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan***, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No.8, İstanbul, 1999, s.297; Reyhan Sunay, ***İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları***, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2001, ss.49-72; Tarlach Mcgonagle - Onur Andreotti, ***Freedom of Expression and Defamation,*** Council of Europe, 2016, s.11; Anıl Çeçen***, İnsan Hakları***, 5. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2020, s.284; Bülent Tanör - Necmi Yüzbaşıoğlu, ***Türk Anayasa Hukuku***, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s.177; Halil Kalabalık***, İnsan Hakları Hukuku***, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.494.

8 Osman Can, "Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti", ***Liberal Düşünce***, S. 24, Güz/2001, s.90; Sunay, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, s.56.

9 Monica Macovei, ***İfade Özgürlüğü (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz)***, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü: İnsan Hakları El Kitapları No.2, 2001, s.8.

10 Sunay, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, s.49; Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, s.505.

11 Sunay, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, s.49, 52; Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, s.505.

12 Sunay, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, s.63.

13 İHAM, Handyside/Birleşik Krallık, B. No: 5493/72, 07/12/1976, § 49; İHAM, Sunday Times/Birleşik Krallık (No.I), B. No: 6538/74, 26/4/1979, § 65 (HUDOC Database). Aynı yönde AYM kararları için bkz. AYM, Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, §41; AYM, Bekir Coşkun, B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §35; AYM, Erdem Gül ve Can Dündar, B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 86 (AYM Kararlar Bilgi Bankası). İfade özgürlüğünün demokratik bir toplumun vazgeçilmez koşulu olduğu doktrinde de vurgulanmaktadır. Bkz. Sulhi Dönmezer, "Demokra-

sağlayarak sorunların çözümünde en doğru olanın uygulanması ve bu yolla halkın yönetime katılmasını hedeflemekte; diğer bir ifadeyle demokrasiyi sağlama amacı gütmektedir.[14] Yeni düşünce ve taleplerin dile getirilmesi mevcut sistemin kusurlarını ortaya çıkarmakta, yanlış uygulamalara son verilmesini sağlayarak toplumsal gelişmeye katkıda bulunmaktadır.[15]

Demokratik toplumda, ifade özgürlüğü sınırlamalardan muaf değildir.[16] İfadeci davranışın yasaklanması ya da cezalandırılması durumunda ifade özgürlüğüne bir müdahale gündeme gelir.[17] İHAS m.10/2'de ifade özgürlüğünün sınırlandırılma rejimine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre sınırlama; *yasaya dayanmalı*, *meşru bir amaca yönelmiş olmalı/sebebe bağlı olmalı* ve *demokratik bir toplum için gerekli olmalı*dır. Sınırlama sebepleri ise anılan maddede; *ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması* olarak belirlenmiştir.

---

tik ve Uygar Toplumlarda İfade Özgürlüğü ve İşlevi", ***İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku***, Ceza Hukuku Derneği Yayınları No.1, İstanbul, 2003, s.11; *"[...] ifade özgürlüğü çoğulcu bir demokrasinin (olmazsa olmaz) koşulunu oluşturmaktadır."* Aynı yönde bkz. Mustafa Erdoğan, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", ***Liberal Düşünce***, S. 24, Güz/2001, s.9; Rick Lawson, "İfade Hürriyetini Güvenceye Almak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Üç Eğilim", ***Liberal Düşünce***, S. 24, Güz/2001, s.87.

[14] Hakan Hakeri, "Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Işığında Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Kollektif Hakaret", ***Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan***, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No. 8, İstanbul, 1999, s.408. İfade özgürlüğü hakkına ihtiyaç duyulmasının gerekçeleri; gerçeği aramak, bireysel özerkliği sağlamak, demokrasi kültürü ve kendi kendini yönetme yetkisini güçlendirmek ve hoşgörülü bir toplum yaratmak şeklinde özetlenmektedir. Bkz. Durmuş Tezcan vd., ***İnsan Hakları El Kitabı***, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.518.

[15] Vahit Bıçak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü", ***Liberal Düşünce***, S. 24, Güz/2001, s.74; Özcan Özbey, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", ***TBB Dergisi***, S. 106, 2013, s.45; Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, s.504.

[16] Bıçak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü", s.56.

[17] Benzer şekilde, ifadeyi iletmeye niyetlenen davranışın yasaklanması/cezalandırılması, bir dinleyicinin bir ifadeyi almasının engellenmesi durumları ifade özgürlüğünü gündeme getirir. Larry Alexander, ***İfade Özgürlüğü Hakkı Var mı?***, (Çev: Hüsamettin Çetinkaya-Ali Çakıroğlu), ARA-lık Yayınları, İzmir, 2006 ss.25-26. Yazar ilkesel olarak, yasak/ceza gibi düzenleme odaklı bir anlayıştan ziyade, o düzenlemenin arkasında yatan niyete odaklanılması gerektiğini savunmaktadır, Alexander, İfade Özgürlüğü Hakkı Var mı?, ss.26-28.

İfade özgürlüğünün bireylerin gelişmesi ve demokratik toplumun ilerlemesi için taşıdığı önem ve sahip olduğu ayrıcalıklı konum inkâr edilmemekle birlikte, bu özgürlüğün kullanımı esnasında tıpkı diğer özgürlüklerde olduğu gibi farklı değer ve menfaatlerin çatışma haline girmesi söz konusu olabilir.[18] Böyle bir durumda, ifade özgürlüğü ile diğer hak ve özgürlüklerin kullanımı arasında bir *dengeleşme* -denge kurma- mecburiyeti gündeme gelecektir.[19] Dengeleşmeden kasıt çatışan menfaatlerden birinin diğerine tercih edilmesi yerine, karşılıklı sınırlama ile her ikisinin birlikte yaşamasının temin edilmesidir.[20] Ancak kurulan dengenin ifade özgürlüğü aleyhine işleyen ve onu işlevsiz hale getiren bir denge olmaması gerektiğini vurgulamak gerekir.[21] İncelenen karara konu olayda da PwC'nin ticari itibarı ile Halet'nin ifade özgürlüğü çatışma halindedir. İHAM bu çatışmada dengenin nasıl kurulacağı sorununu, bilgi sızdırma faaliyetlerine yönelik önceki içtihatlarında[22] benimsediği kriterlerle çözümlemeye çalışmıştır. Guja içtihadında[23] ortaya konulan bu kriterler,[24] "bilgi sızdırma" faaliyetine ve "bilgi sızdıran" statüsüne odaklanmaktadır. Bu nedenle çalışmanın ilk bölümünde söz konusu kavramlar açıklanmaya çalışılacak, sonrasında Halet kararı irdelenecek ve nihayet kararda varılan sonuç Guja içtihadında ortaya konulan kriterler çerçevesinde değerlendirilecektir.

---

18 Sunay, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, s.73.

19 Dönmezer, "Demokratik ve Uygar Toplumlarda İfade Özgürlüğü ve İşlevi", s.11.

20 Sunay, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, s.73.

21 Sunay, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, s.74.

22 Mahkeme, Halet kararında önceki içtihatlarından yararlanarak uyuşmazlığı çözmeye çalışsa da vardığı sonucun önceki içtihatlarıyla çeliştiği ifade edilmekte ve karar, İHAS m.10 kapsamındaki bilgi sızdırma eylemlerinin korunmasını zayıflatan "tehlikeli bir emsal" olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Hava Yurttagül, "LuxLeaks Whistleblower not Protected by Article 10 ECHR: Case Analysis of "Halet v. Luxembourg" (ECtHR, Appl. no. 21884/18)", in ***Saar Briefs*****,** 2021, https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=61634 (22.07.2022).

23 İHAM, Guja/Moldova, B. No: 14277/04, 12/02/2008 (HUDOC Database).

24 İHAM, Guja içtihadında belirlenen kriterler şu şekildedir:

i) birinci kriter: bilginin kamuya açıklanması yönteminden başka ihbarcının başka etkin araçlara sahip olmaması,

ii) ikinci kriter: açıklanan bilginin kamu yararı açısından önem taşıması,

iii) üçüncü kriter: açıklanan bilginin gerçek olması,

iv) dördünce kriter: bilgiyi sızdıran kişinin iyi niyetle *(good faith)* hareket etmesi,

v) beşinci kriter: açıklanan bilginin amaçladığı kamu yararı ile bu açıklamanın verdiği zarar arasında bir dengenin olması (yarar-zarar testi),

vi) altıncı kriter: bilgi sızdırana verilen cezanın orantılı olması (ağırlık/severity ölçümlemesi)

I. KAVRAM: BİLGİ SIZDIRMA

Sızdırmak kelimesi diğer anlamlarının yanı sıra "haber, sır vb.ni duyurmak, yaymak" anlamına gelmektedir.[25] Bu çalışmada kullanılan kavram olarak bilgi sızdırma,[26] geniş anlamıyla hukuki normları ihlal eden veya kamu yararı *(general/public interest)* ile çelişen nitelikteki gerçek durumları bildiren veya ifşa eden herhangi bir eylemi ifade etmektedir.[27] Dar anlamıyla ise, ister kamuda ister özel sektörde olsun, "iş temelli ilişkileri" bağlamında öğrenilen hukuka, ahlaka ya da kamu yararına yönelik bir tehdit veya zarara ilişkin bilgileri rapor

---

[25] Türk Dil Kurumu, *Güncel Türkçe Sözlük*, https://sozluk.gov.tr/ (12.06.2022).

[26] Benzer bir kavram olarak hukukumuzda ihbar, bir vergi yükümlüsünün vergi mevzuatına aykırı fiillerinin muhbir (ihbarcı) tarafından vergi idaresine yazılı veya sözlü olarak bildirilmesini ifade etmektedir. Bu tanımın dayanağı, hem VUK'un ilgili hükümlerinde ihbara dayalı sonuçlar (örneğin VUK m.142, VUK m.371) hem de ihbar ikramiyesine ilişkin *"Menkul ve Gayrimenkul Emval ile Bunların İntifa Haklarının ve Daimi Vergilerin Mektumlarını Haber Verenlere Verilecek İkramiye Hakkında Kanun (R.G. Tarih-Sayı: 31.12.1931-1990)"*dur. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tamer Budak, "Türk Vergi Hukukunda İhbar ve İhbar İkramiyesi", ***İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları 52. Seri / Prof. Dr. Şerafettin Aksoy'a Armağan***, 2009, s.45. Bu çalışmada incelenecek olan kararda, ilk olarak ihbarın konusu vergi yükümlüsünün vergi mevzuatına aykırı fiilleri değil; vergi idaresi ile çok uluslu şirketler arasında gerçekleşen ve danışmanlık hizmeti veren şirketin aracılık ettiği "özel vergi anlaşmaları" yahut "özelgeler"dir. İkinci olarak ise ihbarın yöneldiği kurum vergi idaresi değildir; aksine vergi idaresinin işlemleri basın yoluyla halka duyurulmaktadır. Dolayısıyla hem ihbarın konusu hem de ihbarın aktarıldığı kanal yönünden teknik anlamda vergi hukukunda ihbar kurumundan farklı bir durum karşımıza çıkmaktadır. Bir devlet kurumu olarak vergi idaresi, çok uluslu şirketlere vergisel avantajlar sağlayan vergi anlaşmaları imzalamakta ve bu belgeler ifşa edilmektedir. Bu nedenle çalışmada ihbar ve muhbir kavramlarının kullanımı tercih edilmemiştir. Benzer kullanım için bkz. Berrak Deniz Çetinkaya, "Bireysel Etik Değerlerin Örgütsel Bağlılık Kapsamında Whistleblowing (Bilgi Sızdırma) Davranışı Üzerindeki Etkisi", ***Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir, 2017.

Bununla birlikte ulusal yazında kavramın karşılığı olarak, "bilgi uçurma" (bkz. Ufuk Aydın, "İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)", ***Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi***, S. 2, 2002-2003, ss.79-100), "ifşa ve ihbar" (bkz. Mustafa Alp, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing [İşçinin İfşa ve İhbarı] ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 15, Özel Sayı, 2013, ss.385-422), "ihbarcılık" (bkz. Gökçe Konyalı, "Uluslararası Hukukta İhbarcılık Kavramı ve İhbarcıların Korunması", ***İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 12, S. 1, 2021, ss.412-428); "bilgi ifşası" (bkz. Süleyman Uyar - Esin Yelgen, "Bilgi İfşası (Whistleblowing) ve Denetim", ***Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi,*** C. 13, S. 1 (Ocak 2015), ss.85-106) kavramlarının kullanıldığı görülmektedir.

[27] Yves Gounin, "L'individu face à l'État: statut et rôle du lanceur d'alerte", ***Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu,*** S. 1/131, Y. 56 (2019), s.23 (ss.23-34); Alain Steichen, "Tax Whistle-Blowers - An Emerging Status?" in ***Tax Transparency*** (Ed. Funda Başaran Yavaşlar-Johanna Hey), IBFD, EATLP International Tax Series, Volume 17, 2019, s.186.

etme veya açıklama anlamına gelir.[28] Bilgi sızdırma eylemi, bir "sivil uyarı *(civic alert/alerte civile)*" şeklinde algılanmaktadır; çünkü "bilgi sızdıran" aynı zamanda, belki de her şeyden önce, hukuka saygı ve kamu yararı ile ilgilenmekte ve sorumlu bir birey olarak hareket etmektedir.[29]

Bilgi sızdırma, İngilizce'de *"whistleblowing",*[30] Fransızca'da *"dénonciation"*; bilgi sızdıran ise İngilizce'de *"whistleblower",* Fransızca'da *"lanceur d'alerte"* terimlerine karşılık gelmektedir.

Bilgi sızdırma, ifadelerin "genel" veya "hedefli *(targeted)*" olmasına göre bir ayrıma tabi tutulabilmektedir. Genel bilgi sızdırma, hangi bilgilerin kamu yararına olduğunu vurgulamadan, bir dizi bilgiyi kamuoyuna sunma faaliyetidir. "Hedefli" sızdırmalar ise eleştiri altındaki tüm bozuklukları değil, belirli, belirlenmiş gerçekleri kamuoyunun dikkatine sunmayı amaçlar.[31]

İkinci bir ayrım türü, kullanılan "aktarım kanallarıyla" ilgilidir. Bazı durumlarda, bilgi ve belgeler vergi makamları ve/veya diğer devlet kurumlarına aktarılmaktadır. Diğer durumlarda ise, veriler gazetelere veya medyaya aktarılmaktadır *(çalışmaya konu LuxLeaks sızıntıları gibi)*.[32] Bu farklı aktarım kanalları, halk tarafından farklı derecelerde erişilebilirliğe yol açmaktadır.[33]

---

[28] Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2014) - Protection of Whistleblowers, 30 April 2014, s.6 (Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Bilgi Sızdıranların Korunması başlıklı, CM/Rec(2014)7 sayılı, 30 Nisan 2014 tarihli Tavsiye Kararı). Benzer tanımlar için bkz. Alp, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing [İşçinin İfşa ve İhbarı] ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü", s.387. Coşkun Can Aktan, "Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlaki Tepki ve Vicdani Red Davranışı: WHISTLEBLOWING", ***Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi***, C. 7, S. 2, 2015, s.20.

[29] Steichen, "Tax Whistle-Blowers - An Emerging Status?", s.187.

[30] Whistleblowing teriminin kökeni "*'to blow the whistle on', bir faul olduğunda çalınan bir düdükle oyunun durdurulması; ya da, bir suç işlendiğinde polisin düdük çalarak halkın dikkatini çekmeye çalışmasıdır*", bkz. Aydın, "İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)", s.81. Benzer yönde bkz. Alp, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing [İşçinin İfşa ve İhbarı] ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü", s.386; Sezgi Öktem Songu, "Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 15, 2013, s.642.

[31] Steichen, "Tax Whistle-Blowers - An Emerging Status?", s.157.

[32] Bu hallerde dışsal bilgi sızdırmanın varlığından söz edilir. İçsel bilgi sızdırmada ise bilgi sızdıran, aynı kurum/organizasyon içerisinde bulunduğu kendi yöneticisi ya da üst yönetim kademesinde yer alanlarla bilgi paylaşımında bulunmaktadır. Bkz. Aktan, "Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlaki Tepki ve Vicdani Red Davranışı: WHISTLEBLOWING", s.24.

[33] Steichen, "Tax Whistle-Blowers - An Emerging Status?", s.158.

Bilgi sızdıran kişilerin sahip olduğu özellikler değişken olabilir. Bazı durumlarda sızdıran, bu tür bilgilerin uzmanı olabilir bazı durumlarda ise alelade kişiler ya da doğrudan basın mensupları tarafından sızdırılmış olabilir. Benzer şekilde, bilgiyi edinim süreçleri de farklılıklar gösterebilir. Sızdırılan bilgi kişinin yaptığı işin bir parçası olarak ya da bazı durumlarda kazara ya da hukuka aykırı bir yolla (hacker gibi) öğrenilmiş olabilir.[34] Bir kişi, öğrendiği bilgiden sonra etik olarak "hiçbir şey olmamış gibi" davranmaya devam edemediği durumlarda, bu bilgiyi açıklayarak "bilgi sızdıran" sıfatını kazanır.[35] Bir kişinin bilgi sızdıran olarak nitelendirilmesi ise, bilgi sızdıranlara ilişkin özel koruma hükümlerinden[36] faydalanmasını sonuçlar. İHAM da Halet kararında başvuranın "bilgi sızdıran" statüsüne sahip olup olmadığı sorusuna cevap aramıştır.

II. HALET V. LÜKSEMBURG KARARI

A. Olgular ve Arka Plan

Denetim, vergi danışmanlığı ve yönetim danışmanlığı hizmetleri sunan PwC şirketinde, idari görevli olarak çalışmakta olan Halet, o dönemde PwC müşterilerinin vergi beyannamelerini hazırlamak amacıyla kullandığı güvenli bir bilgi teknolojileri ağına erişimi olan küçük bir grubun üyesi olarak, vergi beyannamelerini merkezileştirmek, taramak ve kaydetmekten sorumluydu. PwC'nin faaliyetlerinden biri de mükellef şirketleri adına vergi dairelerinden geçici vergi muafiyetleri talep etmekti. Vergi mevzuatındaki hükümlerin gelecekteki işlemlere uygulanmasına ilişkin bu türden vergi avantajlarını içeren hukuk kaynakları, "gelişmiş vergi anlaşmaları" *(advanced tax agreements)*, "vergi kararları" *(tax rulings)* veya "vergi özelgesi" *(tax rescript)* şeklinde olmaktaydı.[37]

2012 ve 2014 yılları arasında PwC tarafından hazırlanan yüzlerce vergi beyannamesi *(tax declarations)* ve vergi idarelerinden alınan vergi özelgeleri *(tax*

[34] Hukuka aykırı yolla elde edilmiş vergisel bilgilerin sızdırılması sonucu vergi idarelerinin bu bilgilere dayalı olarak vergisel işlemler (tarh vb.) yapıp yapamayacağı sorunu bu çalışmanın sınırlarını aştığından, soruna yalnızca dikkat çekmekle ve uluslararası alanda tartışıldığını belirtmekle yetiniyoruz.

[35] Steichen, "Tax Whistle-Blowers - An Emerging Status?", s.159.

[36] Örnek olarak bkz. Avrupa Birliği Hukuku ihlallerini bildiren kişilerin korunmasına ilişkin 2019/1937 sayılı AB Direktifi (Official Journal of the European Union, L 305/17, EUR-Lex Database).

[37] Halet/Lüksemburg, §§ 4-5.

rescript), çeşitli medya organlarında yayımlanmıştır. Süreç, Uluslararası Araştırmacı Gazeteciler Konsorsiyumu'nun *(International Consortium of Investigative Journalists)*, 5 Kasım 2014 tarihinde farklı ülkelerden kırka yakın gazeteyle ortaklaşa yürüttükleri bir soruşturma çıktılarını kamuoyuna Lüksemburg sızıntısı *(Luxembourg Leaks - Luxleaks)* şeklinde açıklamasıyla başlamıştır.[38] Bu yayınlar, 2002'den 2012'ye kadar, çok uluslu şirketler adına PwC ile Lüksemburg vergi makamları arasında akdedilen oldukça avantajlı vergi anlaşmalarını *(tax agreements)* içermekteydi.[39]

Basında çıkan haberlerden sonra PwC tarafından başlatılan iç soruşturmada, 13 Ekim 2010'da istifa ederek PwC'den ayrılan denetçi A.D.'nin[40] ayrılmadan bir gün önce, 538 klasör vergi özelgesine tekabül eden 20.000 sayfa belge dahil olmak üzere 45.000 sayfa gizli belgeyi *(confidential documents)* kopyaladığı ortaya çıkarılmıştır. A.D. bu belgeleri, 2011 yazında, gazeteci E.P.'nin isteği üzerine ona teslim etmiştir.[41]

PwC tarafından devam ettirilen iç soruşturmada, başvuran Halet'nin de gazeteci E.P. ile temasa geçtiği anlaşılmıştır. Mayıs 2012'de gerçekleşen bu görüşmede başvuran Halet, A.D.'nin sızdırdığı belgelere benzer nitelikteki diğer belgeleri gazeteciye teslim etmeyi teklif etmiştir. Gazeteci bu teklifi kabul etmiş ve on dört vergi beyannamesi ile iki ek mektup *(covering letters / courriers d'accompagnement)* olmak üzere toplam on altı belgeyi Ekim ve Aralık 2012 arasında başvurandan teslim almıştır. Bu belgelerden bazıları gazeteci tarafından, ilk yayından bir yıl sonra, 10 Haziran 2013'te yayımlanan ikinci yayın olarak Cash Investigation adlı televizyon programında kamuoyuna duyurulmuştur. 5-6 Kasım 2014'te ise başvuran tarafından sızdırılan on altı belge, "Uluslararası

---

[38] Bu sızıntıların yayınlandığı platform için bkz. https://www.icij.org/investigations/luxembourg-leaks/explore-documents-luxembourg-leaks-database/ (25.07.2022). Sürece ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hudson vd., https://www.icij.org/investigations/luxembourg-leaks/big-4-audit-firms-play-big-role-offshore-murk/ (12.06.2022).

[39] Halet/Lüksemburg, § 6.

[40] İHAM her ne kadar bu kişiyi isim ve soyisim kısaltması ile anonimleştirmeye çalışsa da bahsi geçen muhbir, Antoine Deltour'dur. Nitekim Deltour kendini "Luxleaks muhbiri" olarak tanıtmakta ve bu unvan ile yazılar yayınlamaktadır, bkz. Antoine Deltour, "Whistleblowing on Luxembourg's Tax Practices", ***Making Transparency Possible*** (Ed. Roy Krøvel - Mona Thowsen), s.81 vd (Bölüm 8). Antoine Deltour, Luxleaks sızıntılarının muhbiri olarak, 2015 yılı Avrupa Parlamentosu'nun Vatandaş Ödülü'nü kazanmıştır, https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20150604RES62602/20150604RES62602.pdf (27.07.2022)

[41] Halet/Lüksemburg, § 7.

Araştırmacı Gazeteciler Konsorsiyumu" tarafından çevrimiçi olarak herkese açık hale getirilmiştir.[42]

Basında yer alan haberler, Luxleaks olayının PwC için "zor bir yıl"a yol açtığı, ancak bu dönem geçtikten sonra şirketin iş hacminde önemli bir artışla birlikte ciro artışlarının yaşandığını ortaya koymuştur.[43]

PwC; Başvuran Halet, ilk muhbir A.D. ve gazeteci E.P. ile ilgili suç duyurusunda bulunmuştur. 29 Haziran 2016 tarihinde Lüksemburg Bölge Mahkemesi *(Luxembourg District Court / le Tribunal d'arrondissement),* Halet ve A.D. ile ilgili olarak işverene karşı hırsızlık suçu *(vol domestique)*, otomatik bir veri işleme sistemine hileli erişim, mesleki sırların ifşası, kara parayı bulundurma ve aklama *(blanchiment-détention)* suçlarından hüküm kurmuştur. Bu hükme göre, başvuran, ertelemeye tabi olarak dokuz aylık hapis cezasına ve 1.000 (bin) Euro adli para cezasına çarptırılmıştır. Ayrıca, manevi tazminat olarak PwC'ye sembolik bir meblağ olan 1 (bir) Euro'luk manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir. Gazeteci E.P. ise ilgili suçlar bakımından fail sıfatını haiz olmadığından beraat etmiştir.[44]

Bölge Mahkemesi kararının istinaf edilmesi üzerine İstinaf Mahkemesi *(Court of Appeal / Cour d'appel)*, İHAM'ın Guja kriterlerini uygulayarak[45] başvuran Halet'nin muhbir sıfatını haiz olmadığı tespitinde bulunmuş ancak "eylemlerinin çıkarsız doğasını" ve "eylemlerinin ardındaki saiki" dikkate alarak hapis

---

[42] Bu belgeler ilgili Konsorsiyumun sayfasında Ağustos 2022 itibariyle okuyuculara açık haldedir: https://www.icij.org/investigations/luxembourg-leaks/explore-documents-luxembourg-leaks-database/#:~:text=ICIJ's%20Luxembourg%20Leaks%20investigation%20is,deals%20are%20legal%20in%20Luxembourg. (12.06.2022)

[43] Halet/Lüksemburg, § 8.

[44] Halet/Lüksemburg, §§ 9-12.

[45] İstinaf Mahkemesi *(Court of Appeal / Cour d'appel)* verdiği kararda; birinci Guja kriteri kapsamında, sızıntının "Avrupa ve Lüksemburg'da vergilendirme konusunda kamuoyu tartışmasının yolunu açtığı" için kamu yararını ihtiva ettiğine; ikinci Guja kriteri kapsamında bilgilerin gerçek olduğuna; üçüncü Guja kriteri kapsamında kamuoyunu medya aracılığıyla bilgilendirmenin, "tek gerçekçi alternatif" olduğuna; dördüncü Guja kriteri kapsamında iyi niyet unsurunun başvuranın davasında karşılandığına; beşinci Guja kriteri kapsamında başvuranın sızıntılarının vergi beyannamelerinden ibaret olduğuna ve vergi kaçakçılığına ilişkin tartışmayı yeniden başlatabilecek veya bu tartışmaya katkıda bulunabilecek önceden bilinmeyen önemli bilgiler içermediğine; altıncı Guja kriteri kapsamında ise hafifletici bir sebep olarak, "kendisine göre onurlu olan ve onu harekete geçmeye sevk eden saik"in dikkate alınmasına karar vermiştir. Halet/Lüksemburg, §§ 13-34. Kararın orijinal tam metni için bkz. Cour d'appel, 15.05.2017 https://justice.public.lu/fr/actualites/2017/03/arret-luxleaks-cour-appel.html (28.07.2022).

cezasını kaldırmış, 1.000 (bin) Euro değerinde adli para cezasını ve 1 (bir) Euro değerinde manevi tazminatı onamıştır.[46]

Temyiz Mahkemesi *(Court of Cassation / Cour de cassation)* ise, İstinaf Mahkemesinin çelişki içermeyen ve yeterli nedenlere dayalı olarak bir karar verdiğini belirterek, temyiz başvurusunu reddetmiştir.[47]

B. İlgili Hukuk

1. İç Hukuk

Başvuranın cezaya tabi olduğu suçlar Lüksemburg Ceza Kanunu'nun ilgili maddelerinde şu şekilde yer almaktadır[48]:

Hırsızlık suçu, Lüksemburg Ceza Kanunu m.461/1 düzenlenmiştir: *"Kendisine ait olmayan bir nesneyi veya elektronik anahtarı hileli olarak alan kişi, hırsızlık suçunun faili olur."* Bu suçun işverene karşı işlenmesi hali ise Lüksemburg Ceza Kanunu m.464'te *(vol domestique)* şu şekilde yer almaktadır: *"Kişinin... işverenine karşı hırsızlık suçu işlemesi durumunda, verilecek olan hapis cezası üç aydan az olamaz."*

Otomatik bir veri işleme sistemine hileli erişim suçu, Lüksemburg Ceza Kanunu m.509/1-1'de düzenlenmiştir: *"Bir otomatik veri işleme veya iletim sisteminin tamamına veya bir kısmına hileli olarak erişen kişi, iki aydan iki yıla kadar hapis cezası ve 500 ila 25.000 Euro arasında adli para cezası veya bu iki cezadan biri ile cezalandırılır."*

Mesleki sırların ifşası suçu, Lüksemburg Ceza Kanunu m.458'de düzenlenmiştir: *"Statüleri veya meslekleri gereği sır saklamakla yükümlü olan ve Kanunla kendilerine tanınan istisnai haller saklı kalmak üzere, bu sırları ifşa eden ... kişiler sekiz günden altı aya kadar hapis ve 500 ila 5.000 Euro arasında adli para cezası ile cezalandırılır."*

Kara para bulundurma ve aklama *(blanchiment-détention)* suçu ise Lüksemburg Ceza Kanunu m.506/1'de düzenlenmiştir: *"Madde 32-1, alt paragraf 1*

---

[46] Halet/Lüksemburg, §§ 35-36.

[47] Halet/Lüksemburg, § 38-40. Kararın orijinal tam metni için bkz. Cour de cassation, 11.01.2018 https://justice.public.lu/fr/actualites/2018/01/arret-3912-cassation--deltour.html (28.07.2022).

[48] Halet/Lüksemburg, § 45-49. Lüksemburg Ceza Kanunu tam metni için bkz. Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/penal/20200320 (23.08.2022)

(i)'de[49] *yer alan varlıkların niteliği, kaynağı, yeri, varlığı veya mülkiyetinin kime ait olduğu hakkında herhangi bir şekilde yanlış açıklamalar yapılmasını bilerek kolaylaştıran kişiler... bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ve 1.250 Euro ila 1.250.000 Euro arasında adli para cezası veya bu iki cezadan biri ile cezalandırılır".*

2. Avrupa Birliği Hukuku

Ticari sırların korunmasına ilişkin 2016/943 sayılı AB Direktif'i[50] 8 Haziran 2016 tarihinde kabul edilmiştir.[51] Bu Direktifin 6. maddesi uyarınca, Devletler, ticari sırların hukuka aykırı olarak elde edilmesi, kullanılması ve ifşa edilmesini önlemek için mevzuatlarına "yasal önlemler, prosedürler ve başvuru yolları" eklemelidir. Aynı Direktifin başlangıç bölümünün 20. paragrafı ise, bu önlemlerin, prosedürlerin ve çözüm yollarının "bilgi sızdırma faaliyetini kısıtlamaması gerektiğini" belirtmektedir. Görevi kötüye kullanma, görevi suistimal ya da yasa dışı faaliyetlerin ortaya çıkarılması durumlarının kamu yararına hizmet ettiği ölçüde, ticari sırların koruma kapsamı daralacaktır.[52]

Avrupa Birliği Hukuku ihlallerini bildiren kişilerin korunmasına ilişkin 2019/1937 sayılı AB Direktifi ise, 23 Ekim 2019'da kabul edilmiştir.[53] Kamu alımları, finansal hizmetler, kara para aklamanın önlenmesi ve halk sağlığı gibi bir dizi alanda Avrupa Birliği düzenlemelerinin ihlallerini bildiren kişileri korumayı amaçlayan bu Direktifin, en geç 17 Aralık 2021 tarihine kadar üye Devletler tarafından iç hukuka aktarılması gerekmektedir.[54]

Bu gelişmelere ek olarak, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 30 Nisan 2014'te "Bilgi Sızdıranların Korunması" başlıklı, CM/Rec(2014)7 sayılı Tavsiye Kararı[55] üzerinde anlaşılmıştır.[56] Akabinde 23 Haziran 2015'te Avrupa

---

[49] Bu düzenleme ise ilgili Kanun'da suçtan elde edilen gelirleri ve varlıkları düzenlemektedir: "*suç teşkil eden veya suçtan elde edilen, maddi veya gayrimaddi, taşınır veya taşınmaz her türlü malvarlığı değeri...*"

[50] AB ikincil hukuk kaynaklarından olan Direktif, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Sözleşme (Treaty on the Functioning of the European Union) m.228/3'e göre ulaşılacak sonuç bakımından, bağlayıcıdır; ancak biçim ve yöntemlerin seçimi bakımından ulusal makamlara takdir alanı bırakmaktadır.

[51] Official Journal of the European Union, L 157/1, EUR-Lex Database

[52] Halet/Lüksemburg, § 50.

[53] Official Journal of the European Union, L 305/17, EUR-Lex Database.

[54] Halet/Lüksemburg, § 50.

[55] AB ikincil hukuk kaynaklarından olan Tavsiye Kararları, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Sözleşme (Treaty on the Functioning of the European Union) m.228/5'e göre bağlayıcı olmayan hukuk kaynaklarındandır.

Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından "Bilgi Sızdıranların Korunmasının İyileştirilmesi"ne ilişkin 2060(2015) sayılı İlke Kararı[57] ve 2073(2015) sayılı Tavsiye Kararı kabul edilmiştir. Bu kararlarda AB Hukuku içinde bağlayıcı bir hukuk kaynağı yaratma (Sözleşme yapma) çağrısı yer almaktaydı. 1 Ekim 2019'da konu ile ilgili kabul edilen Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, "Avrupa'nın her yerinde bilgi sızdıranların korunmasının iyileştirilmesi" konulu 2300(2019) sayılı İlke Kararı ve 2162(2019) sayılı Tavsiye Kararında ise "konunun karmaşıklığı nedeniyle sözleşme yapmanın zorluğu karşısında, Birlik organları tarafından kabul edilen tavsiyeleri tam olarak uygulama konusunda üye ülkeleri teşvik etmenin daha uygun bir yol olarak" belirlendiği görülmektedir.[58]

C. Tarafların İddiaları

1. Başvuranın İddiaları

Başvuran, başvurusuna konu olan uyuşmazlıkta ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin orantısız olduğu iddiasındadır.[59] Başvuran Halet'nin iddiaları kategorik bir değerlendirmeye tabi tutulursa:

i) İfadenin/sızdırılan bilginin nitelemesine ilişkin iddialar: Başvuran, Hükümetin sızdırılan bilgileri "mükellefin beyanlarından ibaret", "vergi beyannameleri *(tax return/déclarations fiscales)*" olarak nitelendirmesine karşı çıkarak, "bu bilgilerin, Lüksemburg vergi idaresi tarafından düzenlenen vergi özelgesinde *(tax rescript/rescrit fiscal)* yer alan (offshore şirketlerin kurulması, sermayenin grup içinde hareketi, temettü ödemesi vb.) vergisel düzenlemelerin somut varlığını gösteren yasal belgeler" olduğunu ileri sürmektedir.

ii) Denge testinin uygulamasına ilişkin iddialar: Başvuran, ulusal yargı organlarının basına sızdırılan bilgilerin öğrenilmesindeki kamu yararının PwC'ye verilen zarara kıyasla daha zayıf *(weaker/moins forte)* olduğuna hükmettiğini ve bu zararın tazmini için sembolik bir değer olan 1 (bir) Euroluk ödeme göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu olayda kamu yararının ne-

---

56 Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2014)7.

57 AB ikincil hukuk kaynaklarından olan Konsey İlke Kararları (resolutions), Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Sözleşme'de (Treaty on the Functioning of the European Union) adı geçmeyen hukuk düzenlemeleridir. Genellikle belirli bir politika alanında geleceğe yönelik öngörülen çalışmaları belirler. Hukuki bağlayıcılıkları yoktur, ancak Komisyonu bir önerge oluşturmaya davet edebilirler.

58 Halet/Lüksemburg, §§ 55-58.

59 Halet/Lüksemburg, §§ 64-74.

redeyse sıfıra yakın bir değer olarak kabul edildiğini, ileri sürmektedir. Bu değerlendirmeden yola çıkarak, başvuran ulusal yargı organlarının göstermelik bir test uygulaması yaptığını *("... only pretended to balance the interests")* iddia etmektedir.

iii) Farklı muamele için haklı nedene ilişkin iddialar: Ayrıca Halet, kendisi gibi bir PwC çalışanı olan ve bilgi sızıntıları konusunda kendisi ile aynı konumda bulunan A.D.'ye uygulanan muamelenin kendisinden farklı olması için nesnel bir neden bulunmadığını iddia etmektedir.

iv) Guja kriterlerine ilişkin iddialar: Başvuran, ulusal yargı organlarının "temel, yeni ve önceden bilinmeyen bilgilerin" koruma kapsamında olduğuna yönelik yorumuyla bilgi sızdıranların korunması konusunda üç yeni kriteri kabul ederek, Guja kriterlerini genişlettiğini iddia etmektedir. Bu durumun hem daha önceden olmayan bir kriter getirmek suretiyle hem de "temel" ve "yeni" gibi kavramların belirsizliği nedeniyle hukuki öngörülemezlik yarattığını ileri sürmektedir. Başvuran son olarak bu türden yeni kriterlerin kabulünün, bilgi sızdırma faaliyetleri ve özellikle gazetecilik mesleği üzerinde caydırıcı bir etki yaratacağı endişesini dile getirmektedir.

2. Lüksemburg Hükümeti İddiaları

Hükümet, Halet'ye uygulanan para cezasının orantısız olmadığını ve sınırlamanın başvuranın ifade özgürlüğünün kullanımı üzerinde caydırıcı bir etkisinin olmadığını iddia etmektedir:[60]

i) İfadenin/sızdırılan bilginin nitelemesi: Hükümet, başvuranın "Luxleaks vakasının merkezinde" bulunduğu yönündeki iddiasına itiraz etmiştir. Hükümete göre hem kronolojik açıdan hem de açıklanan belgelerin sayısı ve niteliği bakımından, açıklamaların kaynağı A.D.'dir. A.D.'nin sızdırdığı bilgiler, vergi idaresinin ilgili şirketlerle nasıl muhatap olduğunu gösterirken; bunun aksine, başvuranın sızdırdığı bilgiler ise yalnızca basit tek taraflı vergi beyannameleriydi ve vergi özelgelerinin uygulanmasına yönelik bilgiler içermemekteydi. A.D. tarafından basına sızdırılan belgeler ile başvuran tarafından iletilen belgeler arasındaki nitelik farkı, A.D.'nin beraat kararının gerekçesini oluştururken, Halet için yalnızca cezada hafifletici sebep olarak dikkate alınmıştır. Sonuç olarak Guja kriterleri doğrultusunda A.D. "bilgi sızdıran" olarak değerlendirilirken, Halet sızdırdığı bilgilerin nitelik farklılığından dolayı bu statüde değerlendirilmemiştir.

[60] Halet/Lüksemburg, §§ 75-81.

ii) Denge testi uygulaması: Hükümet, ulusal yargı organlarının cezayı uygularken, başvuranın saiklerini ve hafifletici sebepleri göz önünde bulundurduğunu iddia ederek, 1 Euroluk tazminat kararının "taleple sınırlılık" ilkesi gereği PwC'nin talebi doğrultusunda verildiğini, bu tazminatın orantılılık değerlendirmesinde zararla kurulan bağı temsil etmediğini belirtmiştir.

iii) Koruma kapsamının belirlenmesi: Hükümet, ulusal yargı organları tarafından İHAS m.10 kapsamında bir değerlendirme yapıldığını; ancak yargı organlarının ayrıntılı gerekçelerle başvuranın bilgi sızdıran statüsüne sahip olmadığı yönünde verdiği karar nedeniyle, bilgi sızdıranın korunmasına ilişkin hüküm ve içtihatlardan yararlanamayacağı yönünde bir savunma yapmıştır.

iv) Guja kriterleri: Hükümet, ulusal yargı organlarının yorumu doğrultusunda İHAM'ın ortaya koyduğu Guja kriterlerinden beşinci kriterin sağlanmadığını iddia etmiş ve bu nedenle altıncı kriterin değerlendirilmesine gerek görülmediğini belirtmiştir.

3. Üçüncü Taraf: "Maison des lanceurs d'alerte" Derneği

Başvuru, İHAM'ın bilgi sızdıranların ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin orantılılığı hakkında karar vermesini gerektirdiğinden, bilgi sızdıranları koruma amacıyla kurulan ve kâr amacı gütmeyen bir dernek olan Maison des lanceurs d'alerte,[61] üçüncü kişi müdahil sıfatıyla, davaya katılmıştır.

Dernek, bilgi sızdıranların korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerindeki tanımlara ve İHAM'ın ilgili içtihat kriterlerine vurgu yaparak, "temel, yeni ve önceden bilinmeyen bilgi" kriterinin bu kapsamda olmadığını belirtmiştir.[62]

D. Müdahale

Başvuran tarafından gizli nitelikteki belgelerin bir gazeteciye iletilmesi ve daha sonra bunların yayımlanması nedeniyle cezaya mahkûm edilmesinin, başvuranın ifade özgürlüğüne müdahale teşkil ettiği hususu taraflar arasında ihtilaflı değildir. İHAM da işveren ve çalışan arasındaki özel hukuk ilişkileri de dahil olmak üzere, İHAS m.10'un genel olarak özel hukuka dayalı istihdam ilişkilerinde çalışanları da içeren profesyonel alanı da kapsadığını yineleyerek (İHAM,

[61] Dernek web-sitesi: https://mlalerte.org/ (14.06.2022).

[62] Halet/Lüksemburg, §§ 82-83.

Heinisch v. Germany (B. No: 28274/08, 2011, § 44), başvurana verilen cezanın İHAS m.10/1 kapsamında bir müdahale olduğunu kabul etmektedir.[63]

E. Yasal ve Meşru Temel

Başvuranın aldığı cezanın yasal temeline ve meşru amacına ilişkin olarak da taraflar arasında bir ihtilaf bulunmamaktadır. Halet'nin işlediği suçlar ve aldığı cezalar Lüksemburg Ceza Kanunu'nda yasal temellerini bulmaktadır. Bu suçların kovuşturulmasının ve cezalandırılmasının amacı da gizli kalması gereken ticari sırların ifşasını önlemek ve işvereni PwC'nin itibarını korumak şeklinde meşru bir amaç izlemektedir.

F. Ölçülülük

1. Bilgi Sızdıran (Whistleblower) Nitelendirmesi

İHAM müdahalenin gerekli olup olmadığını analiz etmeden önce, Guja içtihadında belirlenen kriterlere göre başvuranın "bilgi sızdıran" olarak tanımlanıp tanımlanamayacağını araştırmıştır.

İHAM bu noktada ilk olarak, başvuran ile işvereni PwC arasında sadakat, ihtiyat ve sır saklama yükümlülüğü gerektiren hiyerarşik bir ilişki olduğuna işaret etmektedir. Bu durum bilgi sızdıran statüsünün belirlenmesinde özel bir öneme sahiptir. İkinci olarak, İHAM başvuranın iş ilişkisi bağlamında elde ettiği gizli bilgileri ifşa etmek için bir gazeteciyle temasa geçtiğini belirtmiştir. Guja ve Heinisch davalarındaki eylemler ile başvuran Halet'nin eylemleri arasında paralellikler kurulabileceği görüşünü dikkate alan İHAM, kural olarak başvuranın bilgi sızdıran olarak dikkate alınması ve Guja kriterlerinin uygulanmasına karar vermiştir.[64]

2. Guja Kriterlerine Uygunluk

İHAM, Guja kriterlerine uygunluk değerlendirmesi yaparken, ulusal mahkemelerin dengeleme uygulamasını bu kriterlere uygun olarak gerçekleştirmiş olması halinde, ulaşacağı sonucu ulusal mahkemelerin yerine ikame etmek için güçlü nedenlere ihtiyaç duyacağını vurgulamıştır.[65]

---

[63] Halet/Lüksemburg, § 86.

[64] Halet/Lüksemburg, §§ 89-91.

[65] İHAM'ın, Halet kararında ulusal mahkemelerin gerekçeli bir karar vermiş olmasını ve Guja kriterlerini bu kararın bir parçası yapmış olmasını, bilgi sızdıranın ifade özgürlüğü hakkına ya-

İHAM, Guja içtihadında belirlenen ilk dört kriterle ilgili [i) birinci kriter: bilginin kamuya açıklanması yönteminden başka ihbarcının başka etkin araçlara sahip olup olmadığının incelenmesi; ii) ikinci kriter: açıklanan bilginin kamu yararı açısından taşıdığı önem, iii) üçüncü kriter: açıklanan bilginin gerçek olması, iv) dördünce kriter: bilgiyi sızdıran kişinin iyi niyetle *(good faith)* hareket etmesi] olarak taraflar arasında herhangi bir ihtilaf olmadığını kaydederek, beşinci ve altıncı kriterlerle ilgili inceleme yapmıştır.

Beşinci kritere göre, açıklanan bilginin amaçladığı kamu yararı ile bu açıklamanın verdiği zarar arasında bir denge olmalıdır (yarar-zarar dengesi).

Altıncı kritere göre ise, bilgi sızdırana verilen cezanın orantılılık değerlendirmesi (ağırlık/severity ölçümlemesi) yapılmalıdır.

Beşinci kriter bakımından İHAM'ın somut olaydaki ilk tespiti, başvuranın ifade özgürlüğünün korunması hakkının, işvereni olan PwC'nin itibarının korunması hakkı ile çatıştığına yöneliktir. Bu iki çatışan/yarışan hak arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir. Adil denge arayışında İHAM, PwC'nin itibarının niteliğine ilişkin iki tespit yapmaktadır; bunlardan ilki itibarın hem hissedarlar hem de çalışanlar bakımından olduğu kadar, genel ekonomik menfaat için de önemli olduğuna yöneliktir. İkinci tespit ise, gerçek bir kişinin itibarına yönelik, onurunu etkileyebilecek zarar ile bir şirketin ticari itibarına verilen ve ahlaki bir sonucu olmayan zarar arasında bir ayrım yapılması gerektiğine yöneliktir.[66]

Mevcut davada, ulusal mahkemeler, başvurucunun mesleki gizliliğe tabi olan belgeleri ifşa etmesinin PwC'ye zarar vermesi nedeniyle Guja içtihadının beşinci kriterinin yerine getirilmediğine karar vermiştir. İşverenin uğradığı zararın, çalışanın sızdırdığı bilgilerin öğrenilmesindeki kamu yararı ile dengelenmesi gerektiğinden, İHAM, ulusal mahkemeler tarafından bu dengeleme için dikkate alınan unsurları değerlendirmiştir. İHAM, ulusal mahkemelerin zararın oluşumu ve taleple sınırlılık ilkesi gereği hükmedilen 1 Euro değerindeki tazminatın ge-

---

pılan müdahalenin hukuka uygunluğu için yeterli görmesi eleştirilmektedir. Bkz. Yurttagül, https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=61634 (22.07.2022); "*Yerleşik içtihatlara göre, AİHM'nin denetleyici rolü, ulusal makamların takdirlerini makul, dikkatli ve iyi niyetle kullanıp kullanmadıklarını tespit etmekle sınırlı değildir. Bunun yerine AİHM, müdahalenin "izlenen meşru amaçla orantılı" olup olmadığını ve ulusal makamlar tarafından bunu haklı çıkarmak için öne sürülen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığını belirlemek için davanın bütünü ışığında müdahaleyi incelemeliydi*."

66 Halet/Lüksemburg, §§ 94-97.

rekçesini ayrıntılı bir şekilde ortaya koyduğunu belirterek, başvuranın "ulusal mahkemenin menfaatleri tartıyor-*muş gibi*" yaptığına yönelik itirazını kabul etmemiştir.[67]

İHAM, PwC'nin sızdırılan bilgiler nedeniyle zor bir yıl geçirmiş olduğunu kabul etse de ilk zor dönem geçtikten sonra, PwC'nin hem personel sayısında hem de ciroda önemli bir artış yaşadığının altını çizmiştir. İHAM, bu durumun mevcut dava bağlamında, göz ardı edilemez bir gerçek olduğunu, belirtmiştir. Bu nedenle, şirketin itibarına verilen zararın nihai olarak "gerçek ve somut" olup olmadığı tespit edilmelidir. İHAM özellikle cirosundaki artış göz önüne alındığında, en azından ilk "zor yıl" geçtikten sonra, PwC'nin mali durumunda kalıcı bir zarar gerçekleşmediği ve itibarının kesin olarak tehlikeye atılmadığına dair işaretler olduğu tespitini yapmıştır.[68]

İHAM, ulusal yargı organlarının başvuranın sızdırdığı bilgilerin "temel, yeni ve önceden bilinmeyen" bilgi olup olmadığına yönelik incelemesini Guja içtihadının beşinci kriteri kapsamında kamu yararı değerlendirmesinin detaylı bir incelemesi olarak kabul etmiştir. Başvurucunun açıklamalarının yeterli kamuoyu ilgisinden yoksun olduğu sonucuna varmanın, mevcut davada (başvuranın açıklamalarıyla oluşan kamuoyu ilgisi-PwC'nin zararı arasındaki) denge testinde göz önünde bulundurulabilecek bir unsur olduğunu belirtmiştir. A.D.'nin aynı kriterlerin uygulanması sonucu beraat etmiş olması, ulusal mahkemelerin ilgili menfaatleri tartmak için ayrıntılı bir inceleme yaptığının teyidi olarak görülmüştür.[69]

Guja içtihadının altıncı kriteri uygulaması bakımından ise İHAM, ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin orantılılığını değerlendirirken, verilen cezaların niteliği ve ağırlığının dikkate alınması gereken faktörler olduğunu belirtmiştir. Mevcut davada ulusal mahkemelerin, "hafifletici bir neden" olarak, "başvuranın eylemlerinin çıkar gözetmeyen niteliğini" dikkate aldıklarını ve para cezasının belirlenmesinde bu niteliğin göz önünde bulundurulduğunu kaydederek, böyle bir cezanın, başvuranın veya diğer çalışanların özgürlüğünün kullanılması üzerinde gerçekten caydırıcı bir etkisi olmayan, ancak ilgilileri eylemin meşruiyeti üzerinde düşünmeye teşvik eden nispeten hafif bir ceza olarak kabul edilebileceği sonucuna varmıştır.[70]

---

67 Halet/Lüksemburg, §§ 98-99.

68 Halet/Lüksemburg, §§ 100-101.

69 Halet/Lüksemburg, §§ 109-110.

70 Halet/Lüksemburg, § 111.

G. Sonuç ve Karşı Oy

İHAM söz konusu başvuruda İHAS m.10 kapsamında bir ihlal oluşmadığına karar vermiştir. Ancak bu karar oy çokluğu (beşe iki) ile alınmış olup, iki yargıcın ortak kaleme aldıkları bir karşı oy bulunmaktadır.

Ayrıca karar, İHAM 3. Dairesi tarafından verilmiş olup, 6 Eylül 2021 tarihinde Büyük Daire'ye sevk edilmiştir. Ağustos 2022 itibariyle nihai karar verilmemiştir.

Karar ile karşı oy arasındaki görüş farklılığı, ilk olarak sızdırılan bilginin öğrenilmesindeki kamu yararına karşı işverenin hakları arasındaki denge testinde benimsenen genel yaklaşıma yöneliktir. Karşı oy yazısı, ulusal mahkemelerin uyguladığı ve İHAM'ın da dolaylı yoldan kabul ettiği "temel, yeni ve önceden bilinmeyen" bilgi koşulunu eleştirmektedir. Yargıçların kategorileştirerek yaptıkları eleştirileri ve gerekçeleri şu şekildedir:

Başvuranın açıklamalarının niteliği: Karşı oy kullanan Yargıç Lemmens ve Yargıç Pavli, dava dosyasından, başvuranın sızdırdığı vergi beyannamelerinin ve özellikle eklerinin, ilk sızdırılan bilgileri doğrulayan belgeler olarak neden önemli olduğuna dair argümanların olduğunu belirtmiştir. Başvuran tarafından sızdırılan bilgilerin, ilk bilgi sızdırma faaliyetinde açıklanan belgeleri doğrulamakta ve geliştirmekte olduğunu savunan yargıçlar, bu argümanların, ilgili gazeteci tarafından da desteklendiğini[71] belirterek, iki bilgi sızdırma faaliyetinin yakından bağlantılı olduğu görüşündedir.[72]

Bilgi sızdırma vakalarında işverenin çıkarlarına verilecek ağırlık: Karşı oyda, Guja içtihadının beşinci kriteri değerlendirilirken kamuoyunu ilgilendiren konuların açık bir şekilde tartışılmasının demokratik toplumun esasını oluşturduğu belirtilmektedir. Bu görüşe göre, somut uyuşmazlıkta olduğu gibi, çalışan tarafından sızdırılan bilgilerin öğrenilmesinde kamu yararı olduğu tespit edildikten sonra, söz konusu sızdırmanın kural olarak İHAM m.10 uyarınca korunması kabul edil-

---

[71] https://lequotidien.lu/politique-societe/proces-luxleaks-perrin-les-voleurs-nont-pas-ete-condamnes/ (23.8.2022).

[72] *"Başvuranın açıklamalarının, çok uluslu şirketlere ait on dört vergi beyannamesi ve bazıları 10 Haziran 2013'te yayınlanan televizyon programı "Cash Investigation"ın bir bölümünü hazırlamak için kullanılan iki ek mektup dahil olmak üzere on altı belgeden oluştuğunu hatırlıyoruz. Bu programdan sorumlu araştırmacı gazeteciye göre, başvuranın sızdırdığı bu bilgiler, olayın temel dayanağı olmuştur. Gazeteci ayrıca, bu olay sırasında yapılan bazı açıklamaların, başvuranın sızdırdığı bilgilere erişim olmaksızın imkânsız olacağını da kaydetmiştir."* Halet/Lüksemburg, Karşı oy, §§ 3-4.

melidir. Bu karinenin "Guja içtihadı beşinci kriteri" kapsamında çürütülebilmesi için, işverenin (ceza yargılaması sırasında ise soruşturma ve kovuşturma makamlarının), sızdırılan bilgiler nedeniyle somut ve önemli zararlara maruz kaldığını ve işverenin çıkarlarının, sızdırılan bilgideki kamu yararından açıkça daha ağır bastığını kanıtlaması gerektiği belirtilmektedir. Daha az koruyucu bir yaklaşımın, önemli ölçüde yasal belirsizliğe neden olacağı ve çalışanları bu tür bilgi sızdırma faaliyetlerinden caydıracağı ve bu sonuçların da Guja kriterlerinin uygulanmasına rehberlik eden temel ilkelere aykırı olacağı belirtilmiştir.

Karşı oyda ayrıca, Guja kriterlerinin her birinin tek başına değil, İHAS m.10 ışığında birlikte değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.[73] Bu türden bir yaklaşımın bilgi sızdıranların korunmasına ilişkin uluslararası[74] son gelişmeler tarafından da desteklendiği ifade edilmektedir. Karşı oy yazısı, AB Hukuku ihlallerini bildiren kişilerin korunmasına ilişkin 2019/1937 sayılı AB Direktifi m.6'ya göre genel koruma koşullarının karşılanması kaydıyla, bilgi sızdıranların korunmasının "işverene verilen zararla" ilgili herhangi bir değerlendirmeye tabi tutulmadığına işaret etmektedir. Bu açıklamalar ışığında karşı oy kullanan yargıçlar, Mahkemenin İHAS m.10'un temel ilkelerini dikkate almadan yalnızca Guja içtihadının beşinci kriteri kapsamında yapılan sınırlı değerlendirmeye katılmadıklarını belirtmiştir.[75]

"Temel, yeni ve önceden bilinmeyen bilgilerin" gerekliliği: Halkın, kamuyu ilgilendiren konulara yönelik tutumlarının sürekli olarak değişebileceğini, bazı durumlarda, kamusal veya özel davranışta herhangi bir anlamlı değişiklik elde edilmeden önce, onlarca yıllık tartışma ve karşı-argüman gerekebileceğini belirtmek gerekir. Özellikle başvuran tarafından sızdırılan bilgilerin konusunun, kurumlar vergisi politikaları olduğu göz önünde bulundurulduğunda, sorunun genel hatları geniş çapta biliniyor olsa bile, konunun ulaşılması ve anlaşılması zor hususlar içermesi nedeniyle kesin olarak ulaştığı boyutları ortaya koymanın

---

73 *"Guja kriterleri tik atılması gereken kutucuklar (boxes to be checked) olarak görülmemeli, ulusal mahkemeler tarafından kapsamlı bir incelemeye rehberlik eden ilkeler olarak algılanmalıdır."* Bkz. Halet/Lüksemburg, Karşı oy, § 9.

74 Uluslararası hukuk kapsamındaki bu korumanın meşru dayanağı, vergisel bilgilerin sızdırılmasındaki kamu yararının, bilginin elde edildiği ülkenin ulusal çerçevesinin ötesine geçmesi ve çoğu zaman diğer ülkelerin, hatta genel olarak tüm ülkelerin kamu çıkarlarına hizmet etmesidir. Bu nedenle, uluslararası çıkara hizmet eden bir eyleme uluslararası bir koruma sağlamak rasyonel bir yöntemdir, bkz. Steichen, "Tax Whistle-Blowers - An Emerging Status?", ss.176-177.

75 Halet/Lüksemburg, Karşı oy, §§ 9-11.

büyük bir değeri olduğu ifade edilmektedir.[76] Karşı oyda ayrıca, ulusal mahkemeler tarafından benimsenen ve çoğunluk tarafından onaylanan yaklaşımın, özel sektörde gelecekteki bilgi sızdırma faaliyetleri için önemli ölçüde caydırıcı etkiler yaratabileceği endişesi dile getirilmektedir. Bunun nedeni, kamu yararına olduğuna inandığı bilgileri açıklamayı düşünen bir kişinin, bu bilgilerin çok daha yüksek "temel, yeni ve önceden bilinmeyen" veri standardını karşılayıp karşılamayacağını değerlendirirken büyük bir belirsizlikle karşılaşacak olmasıdır. Bu bağlamda, "koruma kapsamının potansiyel bilgi sızdıranlar tarafından kolayca anlaşılabilir olması gerektiği" ve korumanın "öznel ve öngörülemeyen koşullara tabi olmaması" gerektiği belirtilerek, "temel, yeni ve önceden bilinmeyen bilgi" koşulu eleştirilmektedir.[77]

III. DEĞERLENDİRME

A. Guja 5. Kriterinin[78] Uygulanması

Çalışmanın bu bölümünde İHAM'ın Halet kararı, ilk olarak Guja kriterlerinin yorumu ve "yeni, temel ve önceden bilinmeyen bilgi" kriterlerinin uygulanması bakımından değerlendirilecektir. Halet kararı, Guja içtihadının özellikle beşinci ve altıncı kriterlerindeki zarar ve yaptırım kavramlarının yorumuna ışık tutması açısından önemli görülmektedir.[79] Bu kriterler sırasıyla, i) açıklanan bilginin amaçladığı "kamu yararı" ile bu açıklamanın verdiği "zarar" arasında bir "denge" olması gerekliliğini arayan 5. kriter, ii) bilgi sızdırana verilen cezanın orantılılık değerlendirmesi (ağırlık/*severity* ölçümlemesi) yapılmasını gerektiren 6. kriterdir.

İHAM, Halet kararında "temel, yeni ve önceden bilinmeyen" bilgilerin sızdırılmasına yönelik incelemeyi, beşinci kriter kapsamında kamu yararı değerlendirmesinin detaylı bir incelemesi olarak kabul etmiştir.[80]

---

[76] Karşı oy, § 14.

[77] Karşı oy, §§ 15-17.

[78] Guja/Moldova kararında, beşinci kriter iyi niyet kriteridir, kamu yararı ile zarar dengesinin incelendiği kriter ise Guja kararında dördüncü kriter olarak adlandırılmıştır, ancak Halet kararında (ve öncesinde Heinisch kararında) İHAM kamu yararı-zarar dengesinin incelendiği kriteri beşinci kriter, iyi niyet kriterini ise dördüncü kriter olarak nitelendirmiştir. Bu çalışmada Halet kararı incelendiği için, bu karardaki nitelemeler esas alınmıştır.

[79] Dimitrios Kafteranis, "Analysis: A new perspective on the protection of whistleblowers under the ECHR: Halet v. Luxembourg", ***EU Law Live***, 13.05.2021, s.3.

[80] Halet/Lüksemburg, § 109. "Temel, yeni, önceden bilinmeyen bilgi" kriteri, bilgi sızdıran statüsünün belirlenmesinde daha önceki kararlarda göz önünde bulundurulmadığından öngörüle-

Bu kriterlere göre, bilgi sızdıran kişinin paylaştığı bilginin "temel bir bilgi" olması gerekir. Ancak çoğu durumda bilgi sızdıran kişi, bilgi paylaşımında bulunduğu kişinin elinde başka hangi bilgiler olduğunu bilebilecek konumda değildir. Bilgi sızdıran ayrıca bu bilgilerin nasıl kullanacağı konusunda da bir kontrole sahip değildir. Sunulan bilgilerin bir veya daha fazla hususa konu olup olmayacağını veya varsa başka hangi bilgilerle kullanılacağını ve bu kapsamda sızdırdığı bilginin "temel bir bilgi" oluşturup oluşturmayacağını belirlemesi zor olacaktır.[81] Sızdırılan bilginin "yeni" olması gerekliliği ise, her biri birbiriyle bağlantılı ve kamu yararına katkı sunan bilgilerin sızdırıldığı bir bilgi sızdırma zincirinde, ilk halkadan sonraki bilgileri sızdıran kişilerin koruma kapsamından çıkarılması anlamına gelebilecektir.[82] Bu nedenle Mahkeme tarafından kabul edilen "temel, yeni ve önceden bilinmeyen" bilgi koşulunun, bir belirsizlik yarattığı ve özellikle gelecekte olması muhtemel bilgi sızdırma eylemleri üzerinde olumsuz etkileri olabileceği belirtilmektedir.[83]

Bu kriterler kişinin bir bilgi sızdırma zincirinde, sızdıracağı bilgilerin kamu yararına katkısının ne olduğunu önceden belirlemek zorunda olmasını gerektirir. Bu gereklilik, sızdırmak istediği bilgilerin temel, yeni ve önceden bilinmeyen bir bilgi olup olmadığını belirlemek için gerekli olan uzmanlığa sahip olmayan çalışanlara önemli bir engel olarak değerlendirilmektedir.[84] Gerçekten yasadışı ve zararlı davranışların bazı biçimleri o kadar karmaşık ve gizli bir hal almıştır ki bu davranışların etkili bir biçimde engellenmesi ve yargı önüne getirilmesi için çoğu za-

---

bilirliği zedelediği hususunda eleştirilmektedir. Bilgi sızdıranlar için hukuki bir statü oluşturulmaya çalışılması ve İHAM'ın da bu konuda kriterler belirlemesinin, öngörülebilirliğin sağlanması açısından oldukça önemli olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. Valerié Junod, "Whistleblowing: des Frontières Fluctuantes", ***Revue trimestrielle des droits de l'Homme*****,** 2022/1, N° 129, ss.119-120. Bununla birlikte, bir hukuki statü yaratılması, yalnızca bu kriterlere uyulduğu takdirde koruma sağlanması sonucunu doğuracağından, bilgi sızdırma eylemleri üzerinde kısıtlayıcı bir etkisi de söz konusu olabilecektir. Bkz. Steichen, "Tax Whistle-Blowers - An Emerging Status?", s.188. Eski içtihatlarla ortaya konulan kriterlerin, Halet kararında olduğu gibi yeni kriterler üzerinden yorumlanması ise koruma kapsamını daraltmakta ve öngörülebilirliği tamamen kaldırmaktadır. Bkz. Junod, "Whistleblowing: des Frontières Fluctuantes", ss.119-120.

81 Junod, "Whistleblowing: des Frontières Fluctuantes", s.119.

82 Yazar verdiği örnek üzerinden, "on ikinci bilgi sızdıranın", ilkinden daha az iyi korunmasını eleştirmektedir, bkz. Junod, "Whistleblowing: des Frontières Fluctuantes", s.120.

83 Junod, "Whistleblowing: des Frontières Fluctuantes", ss.119-120.

84 Yurttagül, https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=61634 (22.07.2022). Yazar, özellikle somut olaydaki gibi vergiden kaçınma ve vergi kaçırma planları gibi bilgilerin teknik ve karmaşık olduğu konularda bu kriterin daha da ağırlaştığına dikkat çekmektedir. Benzer eleştiri Karşı oy yazısında da yer almaktadır, bkz. Karşı oy, §§ 15-17.

man tek seçenek, bu tür bilgilere erişen kişilerin, bunları sızdırması olmaktadır. Bu nedenle önemli riskler alarak karmaşık bilgileri sızdıran kişilerin İHAS'ın sağladığı korumadan kural olarak yararlanması gerekmektedir.[85] Dolayısıyla İHAM, Guja'nın beşinci kriteri kapsamında değerlendirme yaparken, "temel, yeni ve önceden bilinmeyen" bilgi kriterinden ziyade, Guja ve Heinisch kararlarında yaptığı gibi[86] bilgi sızdırmanın ihtiva ettiği kamu yararı ile bilgileri ifşa edilen kişilerin/kurumların uğradıkları zararın belirlenmesine odaklanmalıdır.

Sızdırılan bilgilerin öğrenilmesindeki kamu yararı, sızdırılan bilginin hukuka aykırı bir davranışı, iş veya işlemi ifşa etmesi durumunda çok daha yoğundur. Bu nedenle kamu yararının tespiti için, öncelikle açıklanan bilginin niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Açıklanan bilginin niteliksel analizinin gerekliliği, 2016/943 sayılı AB Direktifi'nde de görülmektedir. Buna göre, bir ticari sırrın açıklanmasının doğrudan ilgili yasa dışı faaliyeti ifşasının kamu yararına hizmet ettiği ölçüde ticari sırların korunmasının kapsamı daralmalı ve bilgi sızdıran korunmalıdır.[87]

İfade özgürlüğünün koruma kapsamı hukuka aykırı eylemlerin ifşası ile sınırlı değildir. Öğrenilmesinde kamu yararı bulunan "etik dışı faaliyetlerin" ifşaları da bu kapsamdadır.[88] Vergi hukuku söz konusu olduğunda bilgi sızdırma, yalnızca bireysel vergi mükellefleri tarafından vergi kanunu ihlalleri konusunda kamuyu uyarma meselesi değildir. Aynı zamanda, hükümetin ve vergi makamlarının keyfi uygulamalarının kamuya ifşası durumu da gündeme gelebilir; bu durumda bilgi sızdırma, demokratik bir gereklilik halini alır.[89] Dolayısıyla somut olayda sızdırılan bilgi (gizli vergi anlaşmaları), *bir hukuka aykırılık durumu taşıyorsa* korunmaya değer bir ticari sırrın varlığından söz edilemeyeceği[90] gibi sızdırılan bilgi bir *huku-*

---

85 Anna Austin, "'Bilgi Uçuranlar' (Whistleblowers) Toplumun Yeni Bekçileri mi?" ***İfade Özgürlüğü*** içinde, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi, 201, s.396, https://rm.coe.int/16807005e1 (17.08.2022).

86 Guja/Moldova ve Heinisch/Almanya karar metinlerinin hiçbir yerinde, "temel, yeni ve önceden bilinmeyen" bilgiye dair bir kriter yer almamaktadır.

87 2016/943 sayılı AB Direktifi, Başlangıç bölümü, § 20.

88 *"Etik, çoğu zaman bir meslek alanında benimsenen düzgün ve uygun davranma standardı anlamına gelmektedir.",* bkz. Yusuf Karakoç, "Hukuk-Etik İlişkisi", Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - V Sempozyumu, 13-17 Eylül 2010 İstanbul, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, S. 24, ***İstanbul Barosu Yayınları,*** İstanbul 2012, s.91.

89 Steichen, "Tax Whistle-Blowers - An Emerging Status?", s.165.

90 Gemalmaz - Gemalmaz, Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye'de Bilgi Edinme, Düşünce-İfade ve İletişim Mevzuatı, s.249.

ka aykırılık durumu taşımamasına rağmen vergi adaleti ve demokrasi tartışmalarına sunacağı katkı dolayısıyla bilgi sızdırmanın kamu yararına hizmet eden bir durum olarak nitelendirildiği[91] hallerde ise bu bilginin korunmaya değer bir ticari sır olup olmadığı denge testi neticesinde tespit edilecektir.

Bilgi sızdırma, bir insan hakkı olarak i) kendini ifade etmenin, ii) gerçekliğe ulaşmanın ve özellikle iii) demokrasinin bir aracı olarak kabul edildiğinden[92], vergiye ilişkin bilgi ve belgeleri ortaya çıkaran somut olaydaki gibi bir sızdırmanın vergi-demokrasi ilişkisi üzerinden düşünülmesi gerekmektedir. Gerçekten bilgi sızdıranlar, demokratik şeffaflık ve hesap verebilirliğin artırılmasına katkıda bulunurlar.[93] Her ne kadar vergi yükü dağılımı bir maliye politikası sorunu olsa da çok uluslu şirketlere tanınan vergi avantajları vergi eşitliği ve adaleti üzerindeki tartışmaları gündeme getirmektedir. Vergi kaçakçılığı ve vergiden kaçınma[94] ile ilgili konular sosyal dayanışma ve vergi uyumu meselesidir ve bu

---

91 Steichen, "Tax Whistle-Blowers - An Emerging Status?", ss.166-167: *"Vergi konularında şeffaflığın olmaması (veya olumlu bir ifadeyle vergi konularında gizliliğin varlığı), doğası gereği, vergi makamları tarafından belirli vergi mükelleflerine verilebilecek imtiyazlı vergi indirimi risklerini beraberinde getirir. Bu durumda, vergi mükellefleri, o ülkeye taşınma, şirket kurma, yatırım yapma gibi amaçlar için "müşteri" olarak görülür. Vergi kararları (tax rulings) halk tarafından farklı şekillerde algılanabilir. Doğru kullanıldıklarında, bu durum eleştirilmemelidir, çünkü vergi mükelleflerine vergi muamelelerinin sorun yaratabilecek bazı unsurları konusunda bir dereceye kadar belirlilik sağlamayı amaçlamaktadırlar. Mükellef, bu sorunları vergi makamları ile önceden ele alarak, karşılaşabileceği bir vergi denetiminde olası vergi belirsizliklerini ortadan kaldıracaktır. Vergi makamları da denetim maliyetlerini azaltacağı ve faaliyetlerinin verimliliğini artıracağı için böyle bir uygulamadan faydalar elde etmektedir. Bununla birlikte, vergi kararları, bir ülke tarafından, belirli vergi mükelleflerine o ülke kanunlarında yer almayan vergi avantajları sağlamak için de kullanılabilir.... Bu tür uygulamaları ifşa eden kişi, bilgi sızdıran olarak hareket eder.* ***LuxLeaks dosyalarında olduğu gibi****, çok uluslu şirketlerin muhtemelen* ***etik olmayan*** *vergi stratejileri,* ***yürürlükteki yasaların ihlali yerine yalnızca agresif vergi planlama stratejilerini yansıttıkları*** *sürece* ***bu şartı sağlamamaktadır."*** (Vurgular bize aittir.) Yazar devamında, "aksine, 'bilgi sızdıran' statüsünün hukuka aykırılıkları ifşa eden eylemlerle sınırlı kalmaması, aynı zamanda vergi mükellefleri ve vergi makamlarının **etik dışı eylemlerini yansıtan verileri de** kapsaması gerekip gerekmediği" sorusu üzerinde durarak, bu soruya olumlu yanıt vermekte, "hatta böyle bir durumda **elde edilen bilgi hukuka aykırı yolla elde edilmiş olsa bile"** koruma sağlanması gerektiği görüşündedir.

92 Tom Campbell, ***Workplace Free Speech as a Human Right***, Centre for Applied Philosophy and Public Ethics, 2002, s.7-11; Wim Vandekerckhove, "Freedom of expression as the 'broken promise' of whistleblower protection", ***La Revue des droits de l'homme*** (27.07.2022), 10 | 2016, § 28.

93 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 30 Nisan 2014'te "Muhbirlerin Korunması" başlıklı, CM/Rec(2014)7 sayılı Tavsiye Kararı (Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2014)7, s.16, § 18.

94 *"Vergiden kaçınma, şekli görünüş açısından hukuka uygun, fakat maddi gerçek bakımından hukuka aykırı biçimde, vergi yasalarından doğan hak ve olanakların veya vergi yasalarında*

nedenle Luxleaks gibi belgeler üzerinden ilerleyen vergisel tartışmalardaki kamu yararının vergi adaleti üzerindeki etkileri göz önünde bulundurulmalıdır.[95] Doğrudan bir vergi kanuna aykırı olmayan ancak kanuna karşı hile kategorisinde kabul edilen[96] durumların sızdırılmasında da ifadenin korunması gündeme gelecektir.[97] Ancak hukuka aykırı olmayan vergisel iş ve işlemlere dair bilgiler söz konusu olduğunda, bu bilgilerin ancak vergi sistemlerinin "temellerini" sarsacak nitelikte olması durumunda ifşaları meşru kabul edilmektedir.[98]

---

bulunan boşlukların, suni, doğal olmayan, ekonomik akışa uymayan, ekonomik hiçbir anlam ve içeriği bulunmayan ve sırf vergisel amaçlarla başvurulan işlem ve tertiplerle kötüye kullanılmasını ifade eden bir kavramdır." Bkz. Billur Yaltı, "Vergi Anlaşmalarında Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi: Anlaşma Alışverişi Örneğinde Türkiye Uygulaması", ***Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi*** (Ed. Billur Yaltı) içinde, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s.457. Vergiden kaçınmanın iktisadi sonuçtan vazgeçmek suretiyle vergi konusu ile ilişkiye girmemek anlamına geldiği ve vergi hukuku bakımından reddedilmeyen bir davranış biçimi olduğu; özel hukuk biçimlerinin vergisel avantajlara ulaşmak için, vergi normlarının konuluşundaki amaçlarla bağdaştırılamayacak biçimde kötüye kullanılmasının ise verginin dolanılması/peçeleme olarak adlandırıldığı ve tüm vergi sistemlerince reddedildiği yönünde görüş için bkz. Mustafa Akkaya, "Vergi Borcunu Etkileme Çabalarının Anayasal Vergilendirme İlkeleri Karşısındaki Konumu", ***Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi*** (Ed. Billur Yaltı) içinde, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s.38. Vergiden kaçınma kavramı hakkında detaylı bir değerlendirme için bkz. Daniel Gutmann, "Vergiden Kaçınmanın Tanımlanması" (Çev. A. Selçuk Özgenç), ***Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi*** (Ed. Billur Yaltı) içinde, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, ss.1-12. Türk hukukunda vergiden kaçınmayı önleme amaçlı özel düzenlemelere ilişkin bkz. Nurettin Bilici, "Türk Hukukunda Vergiden Kaçınmayı Önleme Amaçlı Özel Düzenlemeler", ***Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi*** (Ed. Billur Yaltı) içinde, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, ss.197-216. Buna karşın *"... vergiden kaçınma ve vergi planlaması kavramlarını hukuka uygun bir durumu ifade eden eş anlamlı kavramlar; buna karşılık vergiyi dolanma, agresif vergi planlaması ve kötüye kullanılan vergi planlaması kavramlarını ise "hukuka aykırı bir durumu ifade eden - farklı bilim dallarına ait- eş anlamlı kavramlar olarak"* kabul eden görüş için bkz. Funda Başaran Yavaşlar-Abdulkadir Kahraman, "Türkiye Bakımından Dolaysız Vergilerin Dolanılmasıyla Mücadelede Makul Strateji", ***Dolaysız Vergilerin Dolanılmasıyla Mücadelede Türkiye ve Avrupa Birliği Arasında İşbirliği Stratejileri*** (Ed. Funda Başaran Yavaşlar vd.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.204, dp.3.

95 Steichen, "Tax Whistle-Blowers - An Emerging Status?", s.164.

96 Nihal Saban**,** ***Vergi Hukuku***, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s.482.

97 Steichen, "Tax Whistle-Blowers - An Emerging Status?", s.179.

98 Steichen, "Tax Whistle-Blowers - An Emerging Status?", s.172. Benzer yönde, bkz. Junod, "Whistleblowing: des Frontières Fluctuantes", s.120: Junod, Halet kararını incelediği bu makalesinde, polis şiddeti ile çok uluslu şirketlere yasal danışmanlık yapan tröst şirketlerin fahiş fiyatlandırmasının sızdırıldığı iki farazi örnek üzerinden bu durumu açıklamaktadır: polis şiddeti gibi hukuka aykırı durumlarda ilk sızdırılan bilgiden sonra sızdırılan her bilginin koruma bulması gerektiğini belirtirken, tamamen hukuka uygun bir bilginin sızdırılması durumunda bununla benzer nitelikteki sonraki bilgilerin sızdırma kapsamında koruma bulmayacağını, kamusal tartışmanın ilk ortaya çıkan gerçekler üzerinden ilerleyeceğini belirtmektedir, çünkü ilk durumdan farklı olarak hem hukuka aykırı bir davranış yoktur hem de fahiş fiyatlandırmanın hukuken bir mağduru yoktur, bu nedenle de sızdırılan bilgideki kamu yararı ağırlığı farklılaşmaktadır.

Lüksemburg, Luxleaks skandalı[99] sonrası agresif vergi planlaması ile mücadele de dahil olmak üzere, hukuk sistemini yenilemiştir.[100] Ayrıca kamuoyunda yaşanan tartışmalar sonrası Lüksemburg'un artık vergiden kaçınmanın önlenmesi konusunda uluslararası standartlara uyum sağlamak üzere adımlar attığı bilinmektedir.[101] Bu durum denge testi değerlendirmesinde iki önemli veri sağlamaktadır: i) ilk olarak her ne kadar bilgilerin sızdırıldığı dönemde hukuka aykırı/suç olarak nitelendirilmeseler de, agresif vergi planlaması/vergiden kaçınma durumlarının hukuk düzeni tarafından "kınanabilir" nitelikte olması: Lüksemburg'un hukuk düzenini bu yönde revize etmesi; ii) sızdırılan bilgilerin kamu yararına sundukları katkı: Lüksemburg kamuoyunda yaşanan tartışmaların hukuki değişikliklere sebep olacak kadar önemli nitelikte olması.

Kamu yararına ilişkin bu tartışmaların ardından, bilgi sızdırmanın ortaya çıkardığı zarara değinmek gerekir. Halet kararında ortaya çıkan zarar, PwC'nin "ticari itibar kaybı" üzerinden tartışılmıştır. İHAM'ın somut olaydaki ilk tespiti, başvuranın ifade özgürlüğünün korunması hakkının, işvereni olan "PwC'nin itibarının" korunması hakkı[102] ile çatıştığına yöneliktir. Bu iki

---

99 Bkz. Uluslararası Araştırmacı Gazeteciler Konsorsiyumu *(International Consortium of Investigative Journalists)* web sayfası: https://www.icij.org/investigations/luxembourg-leaks/explore-documents-luxembourg-leaks-database/ (25.07.2022). Hudson vd., https://www.icij.org/investigations/luxembourg-leaks/big-4-audit-firms-play-big-role-offshore-murk/ (12.06.2022).

100 İlgili gelişmeler Lüksemburg Hükümeti resmi internet sayfasından takip edilebilmektedir, bkz. Tax transparency and the fight against aggressive tax planning, https://gouvernement.lu/en/dossiers/2018/transparence-fiscale.html (28.07.2022)

101 Jan Neugebauer - Thierry Lesage," Implementation in Luxembourg of the EU Anti-Tax Avoidance Directive", ***International Tax Journal,*** Vol. 44, Issue 6 (November-December 2018), ss. 29-32; Fatima Chaouche - Katerina Pantazatous, "Luxembourg National Report", in ***Tax Transparency*** (Ed. Funda Başaran Yavaşlar-Johanna Hey), IBFD, EATLP International Tax Series, Volume 17, 2019, ss.724-725.

102 Her ne kadar kararda ticari itibarın özel hayatın korunması kapsamında güvence altına alındığı açıkça belirtilmemiş olsa da burada çatışan hakların ifade özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkı olduğunu tespit etmekteyiz. Şahsi sırların yanı sıra ticari sırlar ve mesleki sırların gizliliğini de güvence altına alan özel hayata saygı hakkına ifade özgürlüğünün kullanımı yoluyla gerçekleşen müdahalede dengeleşmenin nasıl sağlanacağı sorusuna cevap verilmesi gerekmektedir. (Doktrinde bu denge şu şekilde kurulmuştur: *"Bir tarafta bireyin, onu kişi yapan en doğal dokunulmaz ve mahrem olmak niteliklerini taşıyan özel yaşam hakkı; diğer tarafta da bütün hürriyetlerin kesişme noktası mevkiindeki ifade özgürlüğünde duyarlı dengenin nasıl kurulacağı ile ilgili bir ölçü norm geliştirmek istediğimizde; kişinin özel yaşam hakkının bir parçası olan meslek sırrı/vergi sırlarının sadece "kamuya ilişkin veya kamuyu ilgilendiren" hususlarda "kamuyu bilgilendirmek" "yarar" ve "kapsamı" çerçevesinde olması gerektiğini söyleyebiliriz."* Bkz. Gülşen Gedik, "Vergi Mahremiyeti Kapsamındaki Bilgilerin Basında Yayınlanması", ***Vergi Dünyası***, Sayı: 317, Ocak/2008, s.137.) Bu soruya verilecek cevapta üç hususun vurgulanması gerekir:

çatışan/yarışan hak arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir. Adil denge arayışında İHAM, PwC'nin itibarının niteliğine ilişkin iki tespit yapmaktadır; bunlardan ilki itibarın hem hissedarlar hem de çalışanlar bakımından olduğu kadar, genel ekonomik menfaat için de önemli olduğuna yöneliktir. İkinci tespit ise, gerçek bir kişinin itibarına yönelik, onurunu etkileyebilecek zarar ile bir şirketin ticari itibarına verilen ve ahlaki bir sonucu olmayan zarar arasında bir ayrım yapılması gerektiğine yöneliktir.[103] İHAM, ardından PwC'nin sızdırılan bilgiler nedeniyle zor bir yıl geçirmiş olduğunu

---

İlk olarak ifadede, ifade özgürlüğünün işlevine uygun ve bu özgürlüğün koruma alanına giren bir fikir, bilgi, mesaj, düşünce, eleştiri ve benzeri bir "içerik" bulunmalıdır. Diğer bir deyişle ifade özgürlüğü, gerçek/tüzel veya resmi/özel kişilere hakaret, küfür, sövme, yalan beyan, aşağılama veya onların beden ve kişilik bütünlüğüne saldırı veya saldırıyı kışkırtma veya ticari amaçlı bir araç yapılamayacaktır. Yapılan açıklamanın eleştiri boyutunda kalması ve iktisadi varlığı yok etmeye yönelmemesi gerekmektedir.

İkinci olarak, ifade bir içeriğe sahip olsa dahi açıklamanın işlevi ancak "kamuya ilişkin veya kamuya ilgilendiren" hususlarda "kamuyu bilgilendirmek" -ve bu yolla etkilemek- olacağına göre, özel hayat kapsamına korunan bilgiler bu "yarar" ve "kapsam" ölçüsünde açıklamaya konu yapılabilir. Kamuoyunu ilgilendiren önemli konularda, olumsuz olayların açıklanmasında işçinin sadakat yükümlülüğü gerekçesiyle susması beklenmemekte, sızdırdığı bilgiler, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir.

Üçüncü olarak, bireyin özel hayatın gizliliği konusunda sahip olduğu hakkın ihlali sonucunu doğuracak ifade özgürlüğü kullanımlarına karşı maddi-manevi tazminat olanakları ile etkin yanıtlama-düzeltme olanağına sahip olması ve sistem içerisinde bunları işletecek mekanizmaların mevcudiyeti gerekir. Bunlara ek olarak, cezalandırıcı nitelikte tazminatın da bu tür ihlallerin gerçekleşmesinde caydırıcı bir işleve sahip olacağı vurgulanmakta ancak bu tarz caydırıcı işleve sahip düzenlemelerde fiili ve zorunlu sansür sonucu doğuracak ve ifade özgürlüğünün kullanımını önemli ölçüde zorlaştıracak formülasyonlardan kaçınılması gerektiğine dikkat çekilmektedir. Konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz. Bkz. Sait Güran, "Özel Yaşam ve İfade Özgürlüğü", ***Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan*****,** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No.8, İstanbul, 1999, s.404; Songu, "Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları", s.636, 643; Aydın, "İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)", s.96; Zeki Okur, "İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", ***Kamu-İş*****,** C. 8, S. 4/2006, ss.67-68.

Karara konu olayda Halet'nin açıklamalarının ifade özgürlüğü kapsamında koruma bulacak bir "içerik" taşıdığı ve açıklamaların "kamuyu ilgilendiren ve bilgilendiren" bir yönü olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Gerçekten de Halet bilgi sızdırma faaliyeti neticesinde vergi adaleti tartışmalarına katkı sunacak bir dizi belgeyi kamuoyunun bilgisine sunmuştur. Bununla birlikte Halet'nin yaptığı açıklamalar sonucunda karşılaştığı hukuki ve cezai sonuçların olası bilgi sızdırma faaliyetleri üzerinde caydırıcı bir işleve sahip olacağını da not etmek gerekir.

Aydın, "İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)", s.96; Zeki Okur, "İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", ***Kamu-İş*****,** C. 8, S. 4/2006, ss.67-68; Songu, "Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları", s.643.

Güran, "Özel Yaşam ve İfade Özgürlüğü", s.404.

[103] Halet/Lüksemburg, §§ 94-97.

kabul etse de ilk zor dönem geçtikten sonra, PwC'nin hem personel sayısında hem de ciroda önemli bir artış yaşadığının altını çizmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, İHAM'ın dengeleme testinde "ticari itibara yönelik zararı" dikkate alıyor olmasıdır. PwC'nin ciro artışının dikkate alınması gerektiğine yönelik yaklaşım, bu nedenle önemlidir.[104]

Bir diğer önemli husus ise, bir bilginin "temel" olmasındaki ölçütün işletmeye zarar verme potansiyeli ile doğrudan ilgili olmasıdır.[105] Gerçekten "kamu yararı ağırlığı ile ortaya çıkan zararın ağırlığı" çoğu durumda bir korelasyon içindedir. Şöyle ki, ifşa edilen bilginin "kamuyu ilgilendirmeyen, basit ve önemsiz bir hususu içermesi" halinde ortaya çıkan zarar daha az, "kamuoyunu ilgilendiren, temel ve önemli bir hususta" ise ortaya çıkan zarar daha fazla olacaktır. Bu denge Mahkemenin aradığı "temel" bilgi koşulu çerçevesinde değerlendirildiğinde ise Mahkemenin yaklaşımının bir çelişki taşıdığı görülmektedir. Gerçekten ortaya bir zarar çıkması, sızdırılan bilginin "temel" bir bilgi olduğunun da kanıtıdır. Çünkü "temel olmayan", "etkisiz" bir bilgi, bir zarar da ortaya çıkarmayacaktır. Karşı oy yazısında da belirtildiği gibi, *"mevcut davada işverenin çıkarlarına verilen zarar, çoğunluk tarafından açıkça kabul edildiği üzere uzun vadede ihmal edilebilir düzeydedir (bkz. kararın 102. paragrafı). Bu itibarla, başvuranın açıklamaları, terazinin diğer tarafında önemli ölçüden daha az zarara yol açacak kadar düşük değerli bir ifade olarak düşünülmüş olmalıdır."*

B. Guja 6. Kriteri ve Bağlantılı Olarak 4. Kriterinin Uygulanması

Guja 6. kriteri gereği bilgi sızdırana verilen cezanın orantılılık değerlendirmesi (ağırlık/*severity* ölçümlemesi) yapılmalıdır.

İHAM bilgi sızdırmanın ortaya çıkış kanalları üzerinden yaptığı orantılılık değerlendirmesinde, ifadenin aktarımında i) çalışılan yer (iç kanallar/*internal channel*), ii) idari makamlar (dış kanallar/*external channel*), iii) medya gibi bir silsile izlenmesi gerektiğini belirtmektedir.[106] Buna göre, ilk olarak bilgi sızdıranın kurum içinde mevcut olan iç kanalları kullanması gerekmektedir. Bu ilk

---

[104] Aynı yönde bkz. Yurttagül, https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=61634 (22.07.2022).

[105] Aydın, "İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)", s.86.

[106] Guja/Moldova, § 67; Heinisch/Almanya, B. No: 28274/08, 21/10/2011, § 86. Heinisch kararının ayrıntılı bir incelemesi için bkz. Alp, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing [İşçinin İfşa ve İhbarı] ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü", ss.385-422.

adım başarılı olmazsa, ikinci adım olarak kişi bu amaçlar için oluşturulmuş harici idari/adli makamlara başvurabilir. Son olarak, üçüncü adım, birinci ve ikinci adımların işe yaramadığı durumlarda, medya aracılığıyla ifşanın gerçekleşmesidir. Ancak birinci ve ikinci adım için gereken iç ve dış kanalların olmadığı ya da bu kanalların etkili olmadığı durumların olabileceği de akılda tutulmalıdır.[107] Böyle bir durumda bilgi sızdıran doğrudan medya organlarına aktarım yapabilecektir. Sözün özü, her durum kendi özel koşullarında değerlendirilmeli ve en uygun kanal bu değerlendirme neticesinde belirlenmelidir.[108]

Luxleaks davasında da aktarım kanallarının ne şekilde işletildiğine dair bilgilere İHAM karar metninden ulaşılamamaktadır. Sızdırılan vergisel bilgi ve belgeler *"'Cash Investigation' programına gönderilmeden önce işveren (PwC) nezdinde iç kanallar tüketilmiş midir? Vergi makamlarıyla temasa geçilmiş midir? Bilgi sızdıran hukuka aykırılık taşıdığına inandığı durumlar için soruşturma makamlarına bilgi vermiş midir?"* gibi sorular üzerinden bir değerlendirme yapılabilirdi.[109] İHAM'ın Guja ve Heinisch içtihatlarıyla karşılaştırıldığında, Halet kararında, "aktarım kanallarına" ve bunların "sırasına" yönelik olarak bir değerlendirme eksikliği olduğunu söylemek mümkündür.

Bu bilgiler ışığında, bir kişinin bilgi sızdıran olarak nitelendirilebilmesi için, kuruluşun (olayda PwC'nin) çıkarlarının ve kamu yararının uygun bir şekilde tartılması[110] ve ayrıca şeffaflık hedeflerine ulaşmak için kuruluşa en az zarar veren araçların belirlenmesi gerekir.[111] Bu belirleme yapılırken, zararın ortaya çıkışından önce, "sızdırmanın gerçekleştiği dönemdeki koşulların" göz önünde bulundurulması gerekir. Bu yönde bir değerlendirme, bilgi sızdıranın iyi niyetinin incelendiği 4. kriterle yakından bağlantılıdır.

---

[107] Aydın, "İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)", ss.86-87; Steichen, "Tax Whistle-Blowers - An Emerging Status?", s.173.

[108] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 30 Nisan 2014'te "Muhbirlerin Korunması" başlıklı, CM/Rec(2014)7 sayılı Tavsiye Kararı (Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2014)7, s.8.

[109] Steichen, "Tax Whistle-Blowers - An Emerging Status?", s.175.

[110] "Kamu yararı" Guja içtihadında ortaya konulan altı kriterden biri olarak ifade edilmekle birlikte, aslen bilgi uçurmanın "var oluş nedeni" olarak değerlendirilmesi gerektiği ve kamu yararının yeterince güçlü olduğu durumlarda diğer bazı kriterlerin önemlerini büyük ölçüde yitireceği ifade edilmektedir. Bkz. Austin, "'Bilgi Uçuranlar' (Whistleblowers) Toplumun Yeni Bekçileri mi?", s.391.

[111] Steichen, "Tax Whistle-Blowers - An Emerging Status?", s.175.

İyi niyet şartı, kişinin sızdırdığı bilgilerin kamu yararına hizmet edeceği inancıyla hareket etmesi gerektiği anlamına gelmektedir.[112] Kişinin edindiği bilgileri sızdırırken kişisel bir düşmanlıkla hareket etmemesi, kişisel bir kazanç elde etme amacı taşımaması gerekir.[113] İyi niyet, bilgi sızdırmanın gerçekleştiği andaki koşullar üzerinden değerlendirilmelidir. Kamuya açık hale getirilecek bilgilerin gerçekten doğru ve konuyla ilgili olduğuna inanmak için makul gerekçeleri olması koşuluyla, daha sonra durumun böyle olmadığı ortaya çıksa bile bilgi sızdıran kişinin iyi niyetle hareket ettiği kabul edilmelidir.[114] İyi niyetin varlığı konusunda şüphe olması durumunda, şüphe bilgi sızdıran lehine uygulanmalı ve kişi, İHAS m.10 korumasından yararlanmalıdır.[115]

Bu kriter kapsamında göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus ise, başvuranın karşılaştığı hukuki ve cezai sonuçların ağırlığıdır. Başvuran, ulusal makamlarca yapılan yargılamalar sonucu 1.000 (bin) Euro değerinde adli para cezasına mahkûm edilmiş ve 1 (bir) Euro değerinde manevi tazminatla karşı karşıya kalmıştır. Bunlara ek olarak, başvuran işten çıkarılmıştır. İHAM kararında, yalnızca 1 Euroluk tazminat üzerinde durulmuş, adli para cezası ve işten çıkarma sonuçlarına ölçülülük kapsamındaki değerlendirmelerde yer verilmemiştir.[116] İşten çıkarmanın yalnızca ekonomik değil, aynı zamanda sosyal olarak çalışan için ciddi sonuçlar doğurabileceği göz önünde bulundurulduğunda ağır bir sonuç olarak değerlendirilmesi mümkündür.[117] Bunun yanı sıra, işten çıkarma sonucunun bilgi sızdırma faaliyeti üzerinde caydırıcı etkisinin de göz önünde bulundurulması gerekir.[118] Bu açıklamalar doğrultusunda, İHAM kararında ölçülülük kapsamında başvuranın karşılaştığı bir diğer hukuki sonuç olan işten çıkarmanın "öncelikli" olarak değerlendirilmesi gerektiği neticesine ulaşılabilir.

---

[112] Steichen, "Tax Whistle-Blowers - An Emerging Status?", s.175; Yurttagül, https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=61634 (22.07.2022); Junod, "Whistleblowing: des Frontières Fluctuantes", s.121.

[113] Aydın, "İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)", s.87.

[114] Steichen, "Tax Whistle-Blowers - An Emerging Status?", s.175.

[115] Junod, "Whistleblowing: des Frontières Fluctuantes", s.114.

[116] İHAM'ın Başvuranın işten çıkarılmasına değinmemesine yönelik eleştiri için bkz. Yurttagül, https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=61634 (22.07.2022); Junod, "Whistleblowing: des Frontières Fluctuantes", s.122.

[117] Junod, "Whistleblowing: des Frontières Fluctuantes", s.122.

[118] Yurttagül, https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=61634 (22.07.2022).

SONUÇ

Halet kararı bilgi sızdırma faaliyetinin tamamen özel hukuka dayalı istihdam ilişkisi üzerinden tartışıldığı ilk İHAM kararı olup, İHAS m.10 kapsamındaki bilgi sızdırma eylemlerinin korunmasını zayıflatan "tehlikeli bir emsal" olarak değerlendirilmekte ve AB hukukundaki son gelişmelerle ve İHAM'ın önceki içtihatlarıyla çelişkili olarak nitelendirilmektedir.[119]

İHAM'ın, Halet kararında ulusal mahkemelerin gerekçeli bir karar vermiş olmasını ve Guja kriterlerini bu kararın bir parçası yapmış olmasını, bilgi sızdıranın ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahalenin hukuka uygunluğu için yeterli görmesi eleştirilmektedir. Kamu yararının tespiti konusunda ulusal yargı makamlarının geniş bir takdir yetkisine sahip olması İHAM'ın ulusal makamlarca bu konuda yapılan değerlendirmeyi eleştiri konusu yapması hususunda çekingen davranmasının gerekçesini oluşturmaktadır. İHAM, Lüksemburg yargı makamlarının temel, yeni, önceden bilinmeyen bilgi kriterini kamu yararının bir yorumu olarak ve takdir marjının sınırları dahilinde görmektedir. Ancak bu kriterler bilgi sızdıran statüsünün belirlenmesinde daha önceki kararlarda göz önünde bulundurulmadığından öngörülebilirliğe ilişkin bir tartışma yaratmaktadır. Bilgi sızdıran için hukuki bir statü oluşturulmaya çalışılması ve İHAM'ın da bu konuda kriterler belirlemesi, öngörülebilirliğin sağlanması açısından önemlidir. Öte yandan bilgi sızdıran için hukuki bir statü yaratılması, yalnızca buna ilişkin kriterlere uyulduğu takdirde koruma sağlayacağından, bilgi sızdırma eylemlerini zorunlu olarak kısıtlayacaktır. Halihazırda böyle bir kısıtlama sağlayan kriterlerin İHAM tarafından Halet kararındaki gibi yeni kriterler üzerinden yorumlanması ise bilgi sızdırmanın koruma kapsamını daha da daraltacak ve öngörülebilirliği de ortadan kaldıracaktır.

Bilgi sızdıranlar, kendilerinin de bir parçası olduğu kurum veya kuruluşların gerçekleştirdiği hukuka ya da etik değerlere aykırı davranışların ortaya çıkarılmasında önemli bir rol üstlenmektedir. Birçok riski ve maruz kalacakları olası suçlama veya ithamları göze alan bilgi sızdıranlar, hukuk ve etik dışı davranış ve eylemlere sessiz/duyarsız kalmamakta, kamu yararını düşünerek olumsuz davranış ve eylemlerin ortadan kaldırılması için ifşa yolunu seçmektedir. Vergi gibi kamusal ilginin yoğun olduğu konularda, vergisel tartışmalardaki kamu yararının etkilerinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Dolayısıyla kamu yararını önceleyen ve incelemeye konu karardaki gibi vergi adaleti tartışmalarına katkı

[119] Yurttagül, https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=61634 (22.07.2022).

sunan bilgi sızdırma eylemleri belirli ve öngörülebilir hukuk kaynaklarıyla (içtihatlar da dahil olmak üzere) korunmalıdır.

Çalışanın ifade özgürlüğü ile kurumların itibarının ve/veya bilgisi sızdırılan kişilerin özel hayatlarının çatışma haline girdiği bilgi sızdırma faaliyetlerinde, ifşa ettiği bilgilerin gerçek olduğuna inanan, iyiniyetli olan *-kişisel bir menfaat (maddi kazanç ya da intikam gibi) gözetmeyen-* ve bilgilerin ifşasında kamunun üstün yararının olduğuna inanan bilgi sızdıranların ifade özgürlüğünü güvence altına almak gerekir. İHAM da verdiği kararlarla bu güvencenin oluşmasında önemli bir rol üstlenmektedir. Ancak Guja/Moldova ve Heinisch/Almanya kararlarına kıyasla bilgi sızdıranların korunması hususunda, bir geriye gidiş anlamı taşıyan Halet kararı, daha fazla şeffaflık ve hesap verilebilirliğin talep edildiği günümüzde, bilgi sızdırma faaliyetleri üzerinde olumsuz bir etki yaratma potansiyeline sahiptir.

KAYNAKÇA

AKKAYA, Mustafa, "Vergi Borcunu Etkileme Çabalarının Anayasal Vergilendirme İlkeleri Karşısındaki Konumu", ***Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi*** (Ed. Billur Yaltı) içinde, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, ss.25-44.

AKTAN, Coşkun Can, "Organizasyonlarda Yanlış Uygulamalara Karşı Bir Sivil Erdem, Ahlaki Tepki ve Vicdani Red Davranışı: Whistleblowing", ***Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi***, C. 7, S. 2, 2015, ss.19-36.

ALEXANDER, Larry, ***İfade Özgürlüğü Hakkı Var mı?,*** (Çev: Hüsamettin Çetinkaya-Ali Çakıroğlu), İzmir: ARA-lık Yayınları, 2006.

ALP, Mustafa, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing [İşçinin İfşa ve İhbarı] ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 15, Özel Sayı, 2013, ss.385-422.

AUSTİN Anna, "'Bilgi Uçuranlar' (Whistleblowers) Toplumun Yeni Bekçileri mi?" ***İfade Özgürlüğü*** içinde, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi, 2012, https://rm.coe.int/16807005e1 (17.08.2022).

AYDIN, Ufuk, "İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)", ***Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi***, S. 2, 2002-2003, ss.79-100.

BAŞARAN YAVAŞLAR, Funda - KAHRAMAN, Abdulkadir. "Türkiye Bakımından Dolaysız Vergilerin Dolanılmasıyla Mücadelede Makul Strateji", ***Dolaysız Vergilerin Dolanılmasıyla Mücadelede Türkiye ve Avrupa Birliği Arasında İşbirliği Stratejileri*** (Ed. Funda Başaran Yavaşlar vd.), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, ss.203-236.

BIÇAK, Vahit, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü", ***Liberal Düşünce***, S. 24, Güz/2001, ss.55-77.

BİLİCİ, Nurettin, "Türk Hukukunda Vergiden Kaçınmayı Önleme Amaçlı Özel Düzenlemeler", ***Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi*** (Ed. Billur Yaltı) içinde, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, ss.197-216.

BUDAK, Tamer, "Türk Vergi Hukukunda İhbar ve İhbar İkramiyesi", ***İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları 52. Seri / Prof. Dr. Şerafettin Aksoy'a Armağan***, 2009, ss.42-62.

CAMPBELL, Tom, ***Workplace Free Speech as a Human Right***, Centre for Applied Philosophy and Public Ethics, 2002.

CAN, Osman, "Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü: Anayasal Sınırlar Açısından Neler Değişti", ***Liberal Düşünce***, S. 24, Güz/2001, ss.89-116.

CHAOUCHE, Fatima - PANTAZATOUS, Katerina "Luxembourg National Report", in ***Tax Transparency*** (Ed. Funda Başaran Yavaşlar-Johanna Hey), IBFD, EATLP International Tax Series, Volume 17, 2019.

ÇEÇEN, Anıl, ***İnsan Hakları,*** 5. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2020.

ÇETİNKAYA, Berrak Deniz. "Bireysel Etik Değerlerin Örgütsel Bağlılık Kapsamında Whistleblowing (Bilgi Sızdırma) Davranışı Üzerindeki Etkisi", ***Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü*** (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir, 2017.

DELTOUR, Antoine, "Whistleblowing on Luxembourg's Tax Practices", ***Making Transparency Possible*** (Ed. Roy Krøvel-Mona Thowsen), ss.81-85.

DÖNMEZER, Sulhi, "Demokratik ve Uygar Toplumlarda İfade Özgürlüğü ve İşlevi", ***İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku***, İstanbul: Ceza Hukuku Derneği Yayınları No.1, 2003, ss.7-14.

ERDOĞAN, Mustafa, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", ***Liberal Düşünce***, S. 24, Güz/2001, ss.8-13.

GEDİK, Gülşen, "Vergi Mahremiyeti Kapsamındaki Bilgilerin Basında Yayınlanması", ***Vergi Dünyası,*** S. 317, Ocak/2008, ss.125-139.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, "İnsan Hakları Hukuku Açısından İfade Özgürlüğü", ***Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan***, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No.8, İstanbul, 1999, ss.287-342.

GEMALMAZ, Mehmet Semih - GEMALMAZ, Haydar Burak, ***Ulusalüstü İnsan Hakları Standartları Işığında Türkiye'de Bilgi Edinme, Düşünce-İfade ve İletişim Mevzuatı***, Yazıhane Yayınları, İstanbul, 2004.

GOUNIN, Yves, "L'individu face à l'État: statut et rôle du lanceur d'alerte", ***Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu***, S. 1/131, Y. 56 (2019), ss.23-34.

GUTMANN, Daniel, "Vergiden Kaçınmanın Tanımlanması" (Çev. A. Selçuk Özgenç), ***Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi*** (Ed. Billur Yaltı) içinde, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, ss.1-12.

GÜLGÜN, Sabahettin, ***Vergiye Karşı Direnme Biçimlerinden Agresif Vergi Planlaması***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

GÜRAN, Sait, "Özel Yaşam ve İfade Özgürlüğü", ***Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan***, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No.8, İstanbul, 1999, ss.401-404.

HAKERİ, Hakan, "Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Işığında Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü ve Kollektif Hakaret", ***Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan***, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No. 8, İstanbul, 1999, ss.405-451.

HUDSON, Michael vd., "Big 4 Audit Firms Play Big Role in Offshore Murk", 5 Kasım 2016, https://www.icij.org/investigations/luxembourg-leaks/big-4-audit-firms-play-big-role-offshore-murk/ (12.06.2014).

JUNOD, Valerié "Whistleblowing: des Frontières Fluctuantes", ***Revue trimestrielle des droits de l'Homme,*** 2022/1, N° 129, ss.113-122.

KAFTERANİS, Dimitrios, "Analysis: A new perspective on the protection of whistleblowers under the ECHR: Halet v. Luxembourg", ***EU Law Live***, 13.05.2021, ss.1-3.

KALABALIK, Halil, ***İnsan Hakları Hukuku***, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

KARAKOÇ, Yusuf. "Hukuk-Etik İlişkisi", Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - V Sempozyumu, 13-17 Eylül 2010 İstanbul, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, S. 24, ***İstanbul Barosu Yayınları***, İstanbul 2012, s.91-95.

KONYALI, Gökçe, "Uluslararası Hukukta İhbarcılık Kavramı ve İhbarcıların Korunması", ***İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 12, S. 1, 2021, ss.412-428.

LAWSON, Rick, "İfade Hürriyetini Güvenceye Almak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Üç Eğilim", ***Liberal Düşünce***, S. 24, Güz/2001, ss.78-88.

MACOVEI, Monica, ***İfade Özgürlüğü (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz)***, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü: İnsan Hakları El Kitapları No.2, 2001.

McGONAGLE, Tarlach - ANDREOTTİ, Onur, ***Freedom of Expression and Defamation***, Council of Europe, 2016.

NEUGEBAUER, Jan- LESAGE, Thierry, "Implementation in Luxembourg of the EU Anti-Tax Avoidance Directive", ***International Tax Journal,*** Vol. 44, Issue 6 (November-December 2018), ss. 29-32.

OECD, ***Guidelines for Multinational Enterprises***, OECD Publishing, Paris, 2011.

OKUR, Zeki, "İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", ***Kamu-İş***, C. 8, S. 4, 2006, ss.41-88.

ÖKTEM SONGU, Sezgi, "Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 15, 2013, ss.609-650.

ÖZBEY, Özcan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", ***TBB Dergisi***, S. 106, 2013, ss.41-92.

SABAN, Nihal, ***Vergi Hukuku***, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.

STEİCHEN, Alain, "Tax Whistle-Blowers - An Emerging Status?" in ***Tax Transparency*** (Ed. Funda Başaran Yavaşlar-Johanna Hey), IBFD, EATLP International Tax Series, Volume 17, 2019, ss.155-188.

SUNAY, Reyhan, ***İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları***, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2001.

TEZCAN, Durmuş vd., ***İnsan Hakları El Kitabı***, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

TANÖR, Bülent - YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, ***Türk Anayasa Hukuku***, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

TDK, ***Güncel Türkçe Sözlük***, https://sozluk.gov.tr/ (12.06.2022).

UYAR, Süleyman - YELGEN Esin, "Bilgi İfşası (Whistleblowing) ve Denetim", ***Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi***, C. 13, S. 1 (Ocak 2015), ss.85-106

VANDEKERCKHOVE, Wim, "Freedom of expression as the 'broken promise' of whistleblower protection", ***La Revue des droits de l'homme,*** No. 10, 2016 https://journals.openedition.org/revdh/2680 (24.08.2022).

YALTI, Billur, "Vergi Anlaşmalarında Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi: Anlaşma Alışverişi Örneğinde Türkiye Uygulaması", ***Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi*** (Ed. Billur Yaltı) içinde, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, ss.455-480.

YURTTAGÜL, Hava, "LuxLeaks Whistleblower not Protected by Article 10 ECHR: Case Analysis of "Halet v. Luxembourg" (ECtHR, Appl. no. 21884/18)", in ***Saar Briefs***, 2021, https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=61634 (22.07.2022).

İnternet Kaynakları

https://rm.coe.int/16807096c7 (22.08.2022).

https://www.icij.org/investigations/luxembourg-leaks/explore-documents-luxembourg-leaks-database/ (25.07.2022).

https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20150604RES62602/20150604RES62602.pdf (27.07.2022)

https://www.icij.org/investigations/luxembourg-leaks/explore-documents-luxembourg-leaks-database/#:~:text=ICIJ's%20Luxembourg%20Leaks%20investigation%20is,deals%20are%20legal%20in%20Luxembourg. (12.06.2022).

https://mlalerte.org/ (14.06.2022)

https://lequotidien.lu/politique-societe/proces-luxleaks-perrin-les-voleurs-nont-pas-ete-condamnes/ (23.08.2022).

https://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm (12.06.2022).

https://gouvernement.lu/en/dossiers/2018/transparence-fiscale.html (28.07.2022).

Mahkeme Kararları

AYM, Erdem Gül ve Can Dündar, B. No: 2015/18567, 25/02/2016.

AYM, Bekir Coşkun, B. No: 2014/12151, 04/06/2015.

AYM, Emin Aydın, B. No: 2013/2602, 23/01/2014.

İHAM, Heinisch/Almanya, B. No: 28274/08, 21/10/2011.

İHAM, Guja/Moldova, B. No: 14277/04, 12/02/2008.

İHAM, Sunday Times v. Birleşik Krallık (No.I), B. No: 6538/74, 26/04/1979.

İHAM, Handyside v. Birleşik Krallık, B. No: 5493/72, 07/12/1976.