



UYUSMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ

Altı Ayda Bir Yayınlanan Ulusal Hakemli Dergidir

ISSN: 2147-8376

SAYI: 16 • ARALIK 2020

Dergide yayımlanan makaleler yazarların kendi kişisel görüşleri olup, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görüşlerini yansıtmamaktadır. Eserde yer alan görüş ve değerlendirmeler, Uyuşmazlık Mahkemesi'ni bağlayacak mahiyette resmî bir yorum olarak kabul edilemez.

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ
Altı Ayda Bir Yayımlanan Ulusal Hakemli Dergidir

*

Sahibi / Owner
Burhan ÜSTÜN
Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı

*

Editör / Editor
Mevlüt DÖNERTAŞ
Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Sekreteri

*

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editor in Chief
Şafak ŞAKAR
Uyuşmazlık Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

*

Yayın Kurulu / Editorial Board
Mevlüt DÖNERTAŞ
Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Sekreteri
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
Çetin AKKAYA
Yargıtay 5. Ceza Dairesi Üyesi
Dr. Abdullah TEKBAŞ
Anayasa Mahkemesi Raportörü
Dr. Birol KIRMAZ
Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

*

Yayın Yönetim Merkezi / Publication Management Center
Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
No: 4, 06805, Çankaya - Ankara / TÜRKİYE
Tel: 0312 489 82 04 - 07 • Faks: 0312 489 80 59
Web: dergi.uyusmazlik.gov.tr - www.uyusmazlik.gov.tr

*

Tasarım-Baskı / Design-Print
EPA-MAT
0312 394 48 63
www.epamat.com.tr
Basım yeri: Ankara
Basım tarihi: Aralık 2020
Yıl: 8 Sayı: 16

*

ISSN: 2147-8376

Amacı: Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Kapsamı: Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, yılda iki kez (Haziran ve Aralık) elektronik ortamda ve basılı olarak yayımlanan, hakemli bir uluslararası dergidir.

Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları

Yayın İlkeleri

1. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ICMJE (International Committee of Medical Journal Editors) tavsiyeleri ile COPE (Committee on Publication Ethics)'un Editör ve Yazarlar için Uluslararası Standartları dikkate alır.
2. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ULAKBİM, Asos ve Ebscohost tarafından taranan ve "Hakemli Dergi" statüsünde altı ayda bir yayımlanan, çift-kör hakem değerlendirmesinin uygulandığı bir dergidir.
3. Daha önce başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş eserler kabul edilir.
4. Yayımlanan makalelerden kaynaklanan her türlü sorumluluk yazarlarına aittir ve dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde kullanılamaz.
5. Makalenin hangi sayıda yayınlanacağı Uyuşmazlık Mahkemesi Yayın Kurulu'nun yetkisindedir.
6. Makale, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Yayın Kurulu'nun izni olmadan geri çekilemez.
7. Hakemlere ve yazarlara "*Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik*" çerçevesinde telif ücreti ödenir.
8. Gönderilen eserin yazım açısından son kontrollerinin yapılmış olduğu ve yayıma hazır olduğu kabul edilir. Bu konudaki sorumluluk yazar/yazarlara aittir. Bununla birlikte derginin dizgisinin yapıldığı tarihe kadar editörün/yayın kurulunun görüşü alınmak şartı ile yazılarda yeni bir hakem incelemesi gerektirmeyecek ve mevcut hakem raporlarıyla çalışmayacak ufak değişiklikler yapılabilir.
9. Yayın Kurulunca ilk incelemesi yapılan yazılar değerlendirilmek üzere hakemlere gönderilir. Yazılar en az iki hakem incelemesine tabi tutulur. Hakemler yazıların yayımlanmasına, yayımlanmasının uygun olmadığına veya düzeltilerek yayımlanması hususunda görüş bildirebilirler. Her iki hakemin de olumsuz görüş bildirmesi halinde yazıların yayım talebi reddedilir. İki hakemden birinin olumlu diğerinin olumsuz görüş bildirmesi halinde ilgili yazı üçüncü bir hakeme gönderilebilir. Yazarlar hakem süreçlerinden en kısa sürede haberdar edilir.

10. Eserde yazım hatalarının olağanın dışında olması, yayın ilkelerine ve kurallarına uyulmaması eserin Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Kurulu başka sebeplerle de bir eserin yayımlanması talebini reddedebilir. Hakem incelemesinin olumlu şekilde sonuçlanmış olması yazara makalenin yayımlanma hakkını vermez.

Yazım Kuralları

1. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve makalenin yazıldığı dilde özetlerin yine Türkçe ve makalenin yazıldığı dilde Makale ismi ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
2. Yazılar; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin, 16x24 ebadında, sayfanın üst tarafından 3 cm, alt, sağ ve sol taraflarından 2,5 cm kenar boşlukları bırakılmış, 10,5 punto “Palatino Linotype” karakteriyle, dipnotlar 8 punto “Palatino Linotype” karakteriyle, 13,2 mm satır aralığı ve paragraflarında 5 mm girinti bırakılarak yazılmış olmalıdır.
3. Yayımlanması talep edilen makalelerin www.uyusmazlik.gov.tr veya www.dergi.uyusmazlik.gov.tr adresi üzerinden gönderilmesi gerekmektedir. Ayrıca derginin elektronik versiyonuna da bu adreslerden erişilebilir.
4. Gönderilecek eserlerin ilk sayfasında yazar(lar) hakkında şu bilgiler bulunmalıdır: Ad-soyad, unvan, çalışılan kurum, e-posta ve ORCID ID bilgileri.
5. Gönderilen makalelerin başlığı metne uygun; kısa ve açık ifadedi olmalıdır.
6. Eserlerde kullanılacak tüm referanslar, Tablo ve Şekiller Chicago stili kullanılarak düzenlenmelidir. Chicago hakkında daha fazla bilgi için lütfen https://owl.purdue.edu/owl/research_and_citation/chicago_manual_17th_edition/cmos_formatting_and_style_guide/chicago_manual_of_style_17th_edition.html internet sitesini ziyaret ediniz.
7. Başlıklardan sonraki ilk satırda paragraf girintisi kullanılmaz sola yaslı olarak paragraf başlatılır. Sonraki paragraflar için paragraf girintisi kullanılmamalıdır.
8. Eserde irdelenen konuyla doğrudan ilgisi olmayan ancak açıklanmak veya detay bilgi verilmek istenen kısımlar dipnot yöntemiyle esere eklenmelidir.
9. Eserlerin sonunda Chicago referans sistemine göre hazırlanacak alfabetik biçimde dizilmiş bir kaynakça bulunmalıdır.

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

DANIŞMA KURULU / ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

İstanbul Üniversitesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Hasan Kalyoncu Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi

İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Nezh KÖK

Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali GÜZEL

Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN

Prof. Dr. Atila ÖZER

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU AYKUT

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Cemil KAYA

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Çetin ARSLAN

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Elif GÖKÇEARSLAN ÇİFCİ

Ankara Üniversitesi

Sağlık Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Elif Sibel ÇAKAR

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine TUNCAY KAPLAN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erol ULUSOY

Prof. Dr. Faruk AŞICIOĞLU

İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Kurumu

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Gürcan ALTUN

Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi Türk Alman

Üniversitesi

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA

TOBB Ekonomi Ve Teknoloji Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kayhan İÇEL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR

Prof. Dr. M. Macit KENANOĞLU

Türk - Alman Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk

Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin GÜNDAY
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fatih YAVUZ

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK
Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Müslüm AKINCI
Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nasi ASLAN
Çukurova Üniversitesi İlahiyat
Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

Prof. Dr. Nihat BULUT
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Nur CENTEL
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ
Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Pervin SOMER
Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan GÖKBUNAR
Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve
İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Rauf KARASU
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Salih CENGİZ
İstanbul Rumeli Üniversitesi Sağlık
Hizmetleri Meslek Yüksekokulu

Prof. Dr. Selami KURAN
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selma ÇETİNER
İstanbul Gedik Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Serap AKİPEK
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL
TED Üniversitesi İktisadi ve İdari
Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER
İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ
Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK
Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER
Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yüksel METİN
Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Ziya AKINCI
Galatasaray Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Doç. Dr. Devrim AYDIN
Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler
Fakültesi

Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN
Danıştay 13. Daire Üyesi

Doç. Dr. İlke GÖÇMEN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. İştahar CENGİZ
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sinan BAYINDIR
Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Adnan KÜÇÜK
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi İdris Hakan FURTUN
Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Rifat Murat ÖNOK
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi



İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Araştırma Makaleleri

Doç. Dr. Recai AKYEL

***Yargısal Faaliyetlerin Yönetim Olgusu Bağlamında
Değerlendirilmesi***

*(Assessment of Judicial Activities in the Context of the
Management Phenomenon)* 1-37

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

***Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin ve
Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Sözleşmesi'nin
Extraterritorial Uygulanması***

*(Extraterritorial Application of International Covenant on Civil and
Political Rights and the European Convention on Human Rights and
Fundamental Freedoms)* 39-55

Doç. Dr. Gamze TURAN BAŞARA

Kişisel Veri İşleme Sözleşmesi

(Personal Data Processing Contract) 57-90

Doç. Dr. Aslı Bayata CANYAŞ

***Yabancı Gerçek Kişiler Lehine Türkiye'deki Taşınmazlar Üzerinde
Kat İrtifakı Tesisi ve Kat İrtifakı Tesisinin Türk Vatandaşlığı
Kazanmaya Etkisi***

*(Granting a Construction Servitude in favour of a Foreign Real Person
over Immovable Properties in Turkey and Its Effect on the Acquisition of
Turkish Citizenship)* 91-109

Gökhan ÇAYAN

***The Presumption of Innocence With General Principles: a Review
Considering the Council of State's Decisions***

*(Genel Prensiplerle Masumiyet Karinesi: Danıştay Kararları Açısından
Bir Değerlendirme)* 111-137



Arş. Gör. Muhammed ÇELİK

Prof. Dr. Mehmet YÜCE

Vergi Hukukunda Tebligat Usulleri; Muhatabın Önemi

(Notification Procedures in Tax Law; The Importance of the Notified).....139-162

Doğukan EKER

Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Asgari İşçilik Uygulaması

(Implementation of Minimum Labor in Turkish Social Security Law).....163-201

Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ

Emel ALAÇAM

Ayten DALDAL

Takip Hukukunda İcranın Geçici Durdurulması

(Temporary Suspension of Proceedings In Enforcement Law).....203-257

Prof. Dr. Huriye KUBİLAY

Sigortacılık Sektöründe Dijitalleşmenin Hukuki Yönden

Değerlendirilmesi

(A Legal Evaluation of Digitalization In Insurance Sector)259-288

Dr. Öğr. Üyesi Zeynep ÖZCAN

Ayşe Betül ÖZCANOĞLU

Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon

Ayrımına Bağlı İspat Sorunları

(Proof Problems due to Malpractice Complication Separation in the light of Court of Cassation's Case-Law).....289-315

Dr. Öğr. Üyesi Ömer ÖZKAYA

Devlet Olgusu Üzerine Bir Değerlendirme

(An Evaluation of the Phenomenon of State)317-352

Dr. Vildan PEKSÖZ

İcra Hukukunda Adi Ortaklığın Ve Ortakların Taraf Durumu

(Being Party of the Unregistered (Ordinary) Partnerships and

Partners in the Proceedings in Enforcement Law).....353-373



Prof. Dr. Fatma TAŞDEMİR

**Uluslararası Hukuk Perspektifinden 2011 Sonrası Dönemde
Libya'da De Facto Rejim ve Yeni Hükümetin Tanınması Sorunu**

(In the Post- 2011 Period, the Problem of Recognition of the

De Facto Regime and the New Government of Libya from

the Perspective of International Law)375-405

Doç. Dr. Ahmet TÜRKMEN

Çin Medenî Kanununa Genel Bir Bakış

(An Overview on Chinese Civil Code)407-447

Doç. Dr. Erdal YERDELEN

Alman Ceza İnfaz Hukukunun Esasları

(The Fundamentals (Basics) of German Execution Law)449-485

Lisansüstü Tez Makalesi

Dr. Hasan Kadir YILMAZTEKİN

**Deconstruction of Human Rights Dimensions of Copyright in
Europe**

(Avrupa'da Telif Haklarının İnsan Hakları Boyutlarının

Yapı çözümü)487-536

Derleme Makalesi

Hamit YUMUK

**Gümrük Kanununa Aykırı Olarak Tahakkuk Ettirilen veya Tahsil
Edilen Gümrük Vergilerinin Kaldırılması veya Geri Verilmesi**

(Repayment or Remission of Customs Duties Incurred or Collected in

Breach of Customs Law)537-576



YARGISAL FAALİYETLERİN YÖNETİM OLGUSU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

(Assessment of Judicial Activities in the Context of the Management Phenomenon)

Doç. Dr. Recai AKYEL¹

ÖZ

Yargısal faaliyetler, iç içe geçmiş çok sayıda parçaları içeren uzun bir süreçten oluşmaktadır. Bu süreç içerisinde bireyler, kurallar, işlemler, eylemler ve kurumlar bulunmaktadır. Böylesine çok aktörlü ve çok yapıllı bir süreci içeren yargısal faaliyetlerin belirlenen ve arzulanan nitelikte gerçekleşebilmesi için bu faaliyetlerin planlanması, yürütülmesi, koordine edilmesi, kontrol edilmesi; tıkanmaların açılması, eksikliklerin ve sorunların doğru tespit edilmesi, tespit edilen eksikliklerin ve sorunların giderilmesi gerekmektedir. Tüm bu sayılanlar ise, yönetim olgusunun içeriğini oluşturan aktivitelerdir. Yargısal faaliyetlerin etkin ve sağlıklı sürdürülmesi için, yönetim olgusunun gereklerinin dikkate alınmasının faydalı olacağı bilinmektedir. Bu ihtiyaçları karşılamanın en iyi yolu ise yargısal faaliyetlere özgülenmiş bir yönetim anlayışına sahip olmaktır. Bu yönetim anlayışı, yargısal faaliyetlerin doğasına ve ruhuna uygun olmalı; yargısal faaliyetlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını zedelememeli, yargısal faaliyetlerin adil gerçekleşmesini; yargıya güvenin sağlanmasını ve yargıdan memnuniyetin artırılmasını gerçekleştirmeye matuf olmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Yargısal Faaliyetler, Yargısal Süreç, Yönetim, Yönetim Olgusu, Yönetim Anlayışı.

ABSTRACT

Judicial activities are comprised of a long process which includes many embedded components. This process involves individuals, rules, acts, actions and institutions. In order to carry out judicial activities covering such a process attended by many actors and many structures in compliance with the designated and expected standards, it is required

¹ Anayasa Mahkemesi Üyesi, recai.akyel@anayasa.gov.tr, Orcid No: 0000-0003-2872-6017



that these activities be planned, conducted, coordinated and monitored; that obstructions be removed; and that deficiencies and omissions be accurately determined, and those that have been determined be eliminated. All these steps are the activities underlying the phenomenon of management. As known, for an effective and sound performance of judicial activities, it will be useful to take into consideration the requirements inherent in that management phenomenon. The best way to meet these requirements is to adopt an management understanding that is dedicated to judicial activities. Such an understanding must be compatible with the nature and spirit of judicial activities. It must not impair the independence and impartiality of judicial activities and must be capable of ensuring fair performance of these activities, inspiring confidence in, and increasing satisfaction with, the judiciary.

Keywords: Judicial Activities, Judicial Process, Management, Phenomenon Of Management, Understanding Of Management.

GİRİŞ

Yargısal faaliyetler, iç içe geçmiş çok sayıda parçaları içeren uzun bir süreçten oluşmaktadır. Bu süreç içerisinde bireyler, kurallar, işlemler, eylemler ve kurumlar bulunmaktadır. Böylesine çok aktörlü ve çok yapıllı bir süreci içeren yargısal faaliyetlerin belirlenen ve arzulanan nitelikte gerçekleşebilmesi için bu faaliyetlerin planlanması, örgütlenmesi, yürütülmesi, koordine edilmesi, kontrol edilmesi, tıkanmaların giderilmesi, eksikliklerin ve sorunların tespit edilmesi, eksikliklerin tamamlanması ve sorunların çözülmesi gerekmektedir. Tüm bu sayılanlar ise, yönetim olgusunu oluşturan aktivitelerdir. Yargısal faaliyetlerin sürdürülmesinde yönetim olgusunun niteliklerinin ve unsurlarının dikkate alınmasının bir zorunluluk olduğu bilinmelidir. Bu zorunluluğu karşılamanın en iyi yolu ise, yargısal faaliyetlere özgülenmiş bir yönetim anlayışına sahip olmaktır. Bu yönetim anlayışı, yargısal faaliyetlerin doğasına ve ruhuna uygun olmalı; yargısal faaliyetlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını zedelememeli, yargısal süreçlerin adalet ilkesine uygun yürütülmesini; yargıya güvenin sağlanmasını, yargıdan duyulan memnuniyetin artırılmasını sağlamalı ve yargının değişen bir çevrede tespit edilen ihtiyaçlarını karşılayabilmelidir.

Bu çalışmanın amacı, yargısal faaliyetlerin yürütümünde yönetim olayının önemsenmesinin, Türk yargı sisteminin etkinliğinin artırılmasına ne gibi bir katkı sunacağı hususunu irdelemektir. Bu amaç doğrultusunda,



yargısal faaliyetlere özgülenmiş, yargısal faaliyetlerin doğasına ve ruhuna uygun, yargısal faaliyetlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını zedelemeyen bir yönetim anlayışının geliştirilmesinin gerekli olduğunun gerekçeleri izah edilmektedir. Yargısal faaliyetlerin yürütümünün bir yönetim anlayışı çerçevesinde olmasının gerekli ve faydalı olacağı düşüncesi izah edilmektedir.

Bu çalışmada, yargısal faaliyetlerin anlamı, kapsamı ve niteliklerinin ortaya konulması ile birlikte, aynı zamanda yargısal faaliyetlerin devletin sunduğu temel kamu hizmetlerinin bir parçası olduğu ortaya konulmaktadır. İkinci adımda, yönetim olgusunun önemi ve bu çerçevede yargısal faaliyetlerin kendine özgünlüğünün vurgulanması ve korunması ile birlikte, diğer kamu hizmetleri gibi yargısal faaliyetlerin de yönetim bilimi verilerinden faydalanmasının faydalı olduğu izah edilmektedir.

Çalışmanın devamında, yargısal faaliyetlerin örgütlenmesinde, sürdürülmesinde günümüzün genel kabul gören yönetim ilkelerinin kabulünün ve uygulanmasının gerekli olduğu; yargı ile ilgili mesleki ve hukuki metinlerin yanı sıra başta işletme, psikoloji, iletişim gibi bilim ve disiplinlerin verilerinden istifade edilmesinin zorunluluk içerdiği vurgulanmaktadır. Yargısal faaliyetlerin yürütülmesinde adalete erişimin temel amaç olması nedeniyle tarafların tatmini ve toplumun yargıya güven duymasının sağlanmasında Devletin sorumluluğunun bulunduğu, yargıya güvenin sağlanmasının çaba gerektiren bir konu olduğu hususu üzerinde durulmaktadır.

Bu çalışmada konunun bağlamına uygun düşecek şekilde, yönetim, yönetim olgusu, yönetim olayı ve yönetim anlayışı terimleri birbirine yakın ve eş anlamlı olarak kullanılmıştır. Böylesi bir kullanımın tercih edilmesinin nedeni, yönetimin doğal, kendiliğinden var olan ve kabul edilmesi gereken bir durum olduğunun kabulü ve vurgusudur. Bize düşen ise, bu durumun farkına vararak, bu durumu bilimsel ve hukuki formata sokmak için gerekli çalışmaları yapmaktır.

I. YÖNETİM OLGUSU BAĞLAMINDA YARGISAL FAALİYETLER

Yargısal faaliyetler, çok parçadan oluşan bir bütün olarak bir süreç içermektedir. Bu nedenle, yargısal süreçte, sistematik yaklaşıma ve parçalar arasındaki uyumun kurulmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Ayrıca, belli bir süreci içerdiğinden yargısal faaliyetleri oluşturan safhaların da etkin bir şekilde uyumlaştırılması gerekmektedir.

Yargısal faaliyetleri oluşturan unsurların yönetim olgusu açısından

değerlendirilmesi durumunda; a) sunulan ve yapılan iş ve hizmet olarak yargı işlevi, b) yargısal işlevleri yapan ve yerine getiren örgütler olarak yargı kuruluşları ve mahkemeler, c) yargısal faaliyetleri yürüten görevliler, yargının insan kaynağı olarak yargı mensupları, d) yargılama faaliyetlerini düzenleyen ilkeler olarak yargılama usul kuralları, e) yargısal faaliyetlerin çevresi ve paydaşları olarak yargıda işi olanlar ve etkilenenler ile yargısal faaliyetlerin sürdürülmesine katkı sunan diğerlerini, yargısal faaliyetlerin unsurları olarak saymak mümkündür. Yargısal faaliyetleri oluşturan bu unsurların sistematik bir anlayışla planlanmaları, uyumlaştırılmaları ve sağlıklı bir şekilde çalıştırılmaları, yapılan çalışmaların gözlenmesi, kontrol edilmesi, aksamaların tespit edilmesi, aksamaları önleyici ve giderici çalışmaların sistematik bir yaklaşımla yapılması gerekmektedir. Kurumların ellerindeki kaynaklarını planlayarak, organize ederek, yürüterek ve kontrol ederek, etkili ve verimli bir şekilde kullanması ve amaçlarını gerçekleştirmesi süreci olarak tanımlanan yönetim² anlayışına yargısal faaliyetlerin de ihtiyacı bulunmaktadır.

A. Yargı İşlevi

Yargı işlevi, soyut hukuk kurallarının bağımsız ve tarafsız yargı organları tarafından yargısal usullere uyularak, somut bir olaya veya ilişkiye uygulanması şeklinde tanımlanabilir. Yargı organlarının faaliyetlerini ifade eden bir kavram olarak yargı işlevinin amacı, mevcut hukuk düzeninin çalıştırılması ve devamlılığının sağlanmasıdır.³ Yargı yetkisi, millet adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır. Şekli anlamda yargı faaliyeti, yargı yerleri olan mahkemelerce yapılan işleri içermektedir. Demokrasi ile yönetilen devletlerde, devleti oluşturan, devletin işlevlerini yerine getiren üç kuvvetten söz edilir; yasama, yürütme ve yargı. Yasama organı, bir devletteki toplumsal düzeni sağlayan kuralların yapıldığı yerdir. Yürütme organı, yasama organının çıkarmış olduğu kanunlar ve devletin çatısını oluşturan Anayasa çerçevesinde devlet organlarının faaliyetlerini yürütür. Anayasa ile yargı organına verilen yetkiler mahkemeler aracılığıyla kullanılır. Her üç organ da birbirinden bağımsızdır. Bu bağımsızlık sınırsız ve denetimsiz yetki anlamına gelmemektedir.⁴

2 ÜLGEN Hayri, MİRZE S. Kadri, (2004), 'İşletmelerde Stratejik Yönetim', Literatür Yayınları, İstanbul, s.22.

3 ARSLAN Ramazan ve TANRIVER Süha, (2001), 'Yargı Örgütü Hukuku', Yetkin Yayınları, Ankara, s.35.

4 KÖKSAL Mehmet (2018), 'Yargı Örgütü Hukuku Ders Kitabı', Legal Yayıncılık, İstanbul, s.16-18.



Yönetim olayı açısından, yargı işlevi ile yürütme işlevi arasında farklılıkların bulunduğu fikri öteden beri söylenegelmektedir. Bu farklılıkları genel olarak şöyle sıralayabiliriz. Yargı işlevi, devletin en temel üç işlevinden birisini oluşturur. Yargı işlevi bağımsız yargılama organlarınca gerçekleştirilir. Yargı işlevi, kendine özgü yargısal usuller çerçevesinde gerçekleştirilir. Yargı işlevinin gerçekleştirilmesinde yargıç, hakkında karar verdiği hukuki ilişkiye bütünüyle yabancı olup, ilişkinin taraflarına karşı bağımsız bir üçüncü şahıs konumundadır.⁵ Yargı işlevinin saydığımız ve hatta saymadığımız yönleriyle yürütme işlevinden ayrı ve farklı olması yargının işlev ve faaliyetlerinde yürütmenin kullandığı araçları kullanmaması gerektiği anlamına gelmemelidir. Yönetim olgusu açısından, yargısal işlevlerin yürütme işlevlerine benzer yönleri benzemeyen yönlerinden daha fazladır.

Yargı işlevinin, sübjektif-bireysel hakların gerçekleştirilmesi ile objektif hukukun-hukuk düzeninin korunmasını sağlamaya yönelmiş iki boyutu bulunmaktadır. Yargı işlevinin bu boyutları yargı kollarının konu, amaç ve gereklerine bağlı olarak farklı şekillerde ortaya çıkar ve yansır. **Yargı kolu**, nitelik ve özellikleri itibariyle birbirine benzeyen uyuşmazlıkların aynı yargılama hukuku disiplinine ait ilke ve kurallar çerçevesinde çözüme kavuşturulmasından kaynaklanan kümeleşme ile oluşmaktadır. Yargı kollarını; anayasa yargısı, adli yargı, idari yargı, uyuşmazlık yargısı, hesap yargısı, seçim yargısı gibi sıralamak mümkündür.⁶

B. Yargı Kurumları/ Mahkemeler

Mahkemeler, hüküm verilen yerler anlamında olup; geniş anlamda yargılama faaliyetinin gerçekleştiği yer olarak tanımlanabilmektedir. Yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılmaktadır. Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunlarla düzenlenmiştir.⁷ Yönetim olgusu açısından; mahkemelerin yargısal faaliyetleri yürüten birer örgüt olarak, örgüt şemasının çıkarılması, işleyiş kurallarının belirlenmesi, iç kontrol ve kalite kontrol sistemlerinin kurulması ile örgütsel kapasitelerinin yeterli ve etkin hale getirilmesi gerekmektedir.

Yargı örgütü hukuku, yargı işlevini yerine getirmeyi üstlenmiş olan mahkemelerin, kuruluş ve görevlerini, çalışmasına ilişkin dış koşulları,

5 ARSLAN Ramazan ve TANRIVER Süha, (2001), age, s.35,43.

6 ARSLAN Ramazan ve TANRIVER Süha, (2001), s.35- 36.

7 ATALI Murat, ERMENEK İbrahim ve KAYA Hilal Ünal, (2019), 'Yargı Örgütü', Seçkin Akademik ve Mesleki Yayınlar, Ankara, S.25.



yargılamaya egemen olan ilkeleri, yargılama sürecinin işleyişine doğrudan doğruya ve dolaylı bir biçimde katılanların statülerini, görev ve yetkileri ile icra teşkilatının kuruluş ve işleyişini belirleyen hukuk kurallarını içermektedir. Yargı örgütü hukuku, ayrı ve bağımsız bir hukuk disiplini, tipik bir kamu hukuku disiplini olarak yargısal faaliyetleri sadece hukuki yönden ele almaktadır.⁸ Oysa aynı zamanda yargısal faaliyetlerin yönetim olgusu açısından da ele alınarak, hukuki düzenlemelerin hayata geçirilmesine katkı ve fayda sağlayacak teknik ve bilimsel araçların da incelenmesi; yargısal faaliyetlerin verimli, etkin ve kaliteli olmasını sağlamaya dönük çalışmaların da yapılması gerekmektedir.

Yargı örgütü hukuku, yargı işlevi, niteliği, sınırları, bu işlevi devlet adına yerine getirmeyi üstlenmiş olan mahkemelerin kuruluşlarının ve görev alanlarının tayini hususları ile uğraşmaktadır. Yargı örgütü hukuku ayrıca, yargılamanın nasıl bir ortamda cereyan edeceği, yargılamaya egemen olan ilkeler ve bu süreç içerisinde görev yapan yargı görevlileriyle, onların statüleri ile hak ve yetkilerinin belirlenmesi, gibi hususlar ile ilgilenmektedir.⁹ Yargı örgütü hukukunun yanı sıra yargı örgütü yönetimi ve tekniği konusu da geliştirilmelidir. Yargı örgütünün sağlıklı, kaliteli ve verimli çalıştırılmasının yolu, yargı örgütünün yönetim bilimi verileri ışığında faaliyet göstermesinin sağlanmasından geçmektedir.

C. Yargı Görevlileri

Yargılama faaliyeti her ne kadar dar anlamda mahkeme önünde bir davanın görülmesi olarak nitelendirilse de aslında geniş anlamda hak ve özgürlüklerin devlet yardımıyla korunması ve gerçekleştirilmesi için gereken tüm bir süreci ifade eder. Bu süreçte, yargı örgütünde yer alan görevlilerin bir kısmı yargılama faaliyetine doğrudan etki ederken, bir kısmı ise dolaylı olarak etki eder.¹⁰ Yargılamanın işleyişine doğrudan doğruya veya dolaylı bir biçimde katkıda bulunan görevlilerin tümüne yargı görevlileri denilmektedir. Türkiye’de yargı görevlileri olarak; başta hakimler ve savcılar olmak üzere, kalem görevlileri, mübaşirler, avukatlar, noterler sayılabilir. Hakimler, Savcılar, Yazı işleri Müdürleri, Zabıt katipleri, Mübaşirler; devlet memuru statüsündedirler. Avukatlar, dava vekilleri, dava takipçileri, Noterler; serbest meslek sahibi ve kamu hizmeti yapan hukukçular olarak, yargı görevlisi olarak

8 ARSLAN Ramazan ve TANRIVER Süha, (20001), age, s.42-3.

9 ARSLAN ve TANRIVER, age (2001), s.45.

10 ATALI Murat, ERMENEK İbrahim ve KAYA Hilal ÜNAL, age, (2019), s.155.



yargılama faaliyetlerine katılırlar.¹¹ Yargı mensupları yönetim olgusu açısından, yargı faaliyetlerinin insan kaynağı olarak incelenmektedir. Yargı mensuplarının seçilmesi, göreve başlatılması, yetiştirilmesi, yetkilendirilmesi, uzmanlık alanı, yükseltilmesi, çalışanlar arasında eşgüdümün sağlanması, motivasyonu, iş tatmini gibi çok sayıda beşerî konular yönetim olgusunun kapsamına girmektedir.

İddia, savunma ve karar makamları yargısal faaliyetlerin baş aktörleridir. Savcı, avukat ve hâkim adil yargılanma hakkının ve kaliteli yargısal kararın ortaya çıkmasında önemlidirler. Yargının bu üç kurucu unsuru eşit derecede önemli ve değerlidir. Ayrıca yargısal faaliyetlerin oluşum sürecinde yer alan diğer insan unsurunun da aynı şekilde önemli ve değerli oldukları unutulmamalıdır. Yargısal faaliyetler içinde yer alan insan unsuruna, halkanın parçaları olarak, sistematik ve bütüncül bakılmalıdır. İnsan kaynağının kaliteli iş üretimi için gerekli mesleki yetkinlikler kendilerine kazandırılmalıdır.

D. Yargısal Faaliyetlerin Yürütülmesi İle İlgili Kurallar

Yargısal faaliyetlerin nasıl yürütüleceğine ilişkin usul, ilke ve kurallar, değişik usul kanunlarında yer almış bulunmaktadır. Yargısal faaliyetlerin tümünü içeren usul ilke ve kurallarının normatif düzenleme olarak bulunmasının yansıra bu düzenlemelerin gerçekleştirilmesi için sistemler kurulması gerekmektedir. Yargı kurumlarının ve mahkemelerin teşkilat kanunları ile değişik yargı kollarına ait temel yargılama ve usul kanunlarında konu ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır.

Yargısal faaliyetlerin yürütüldüğü yerler olarak mahkemeler, kural olarak yargılama faaliyetini gerçekleştirmek üzere kendilerine tahsis edilmiş olan binalarda iş görürler. Kural, yargı yerinin mahkeme binası içinde faaliyet göstermesidir. Ancak bazı hallerde mahkemenin kendi yargı çevresi içinde ve fakat mahkeme binası dışında da iş görmesi mümkündür. Yargı işlerinin görüldüğü zaman olarak; tüm yargı yerleri, resmi çalışma saatleri içinde yargısal faaliyet gösterirler. Ancak, gerektiğinde takdir soruşturma ve kovuşturma makamlarına aittir. Yargı yerlerinde kullanılacak olan dil, Türkiye Cumhuriyeti devletinin resmi dili olan Türkçedir. Türkçe bilmeyen bir kimse duruşmada bir tercüman aracılığıyla dinlenir ya da sorgulanır. Sağır ve dilsiz olanlar ile anlaşmada gerekli tedbirler alınır.¹²

¹¹ ARSLAN ve TANRIVER, age (2001), s.185.

¹² ARSLAN ve TANRIVER, age, (2001), s.175-7.



Yargısal faaliyetlerin yürütülmesi çerçevesinde, davanın açılmasından sonuçlanmasına kadar birçok işlem yapılmaktadır. Bu işlemlerin bir kısmı mahkemelerde, bir kısmı ise taraflarca yapılır. Mahkemelerin yapmış olduğu işlemler, Devlet organı tarafından yapılan işlemler olup, tarafların yaptığı usul işlemlerinden farklı hükümlere tabiidir. Usul işlemlerinin belirli şekilde ve belirli süreler içinde yapılması gerekir.¹³Yargısal faaliyetlerin yürütülmesi ile ilgili usul işlemlerinin, kurallarının geçerliliği sürekli gözden geçirilmeli ve gerekli değişiklikler yapılmalıdır.

Türk yargı örgütü sisteminde, hemen hemen her tür yargı faaliyeti yürütülen mahkemede ve yargı yerlerinde egemen olan, kısmen uluslararası sözleşmelerle de koruma altına alınmış yargılamaya egemen olan ilkeler mevcuttur.¹⁴ Ayrıca, Yargı yerlerinin ve yargılamanın işleyişi ile ilgili olan ilkeler çeşitli ölçütler esas alınmak suretiyle değişik ayrımlara da tabii tutulmaktadır.¹⁵Ancak bu çalışmada, bu düzenlemelerin neler olduğuna girilmeyecektir. Zira, bu çalışmanın amacı, yargısal faaliyetlerin yürütülmesi ile ilgili; usul, ilke ve kuralların hukuki düzenlemelerinin verimli, etkin ve kaliteli gerçekleştirilebilmesi için yönetim olgusu ışığında, gerekli altyapı ve teknik çalışmaların yapılması, beşerî unsurun yetiştirilmesinin gerektiğini vurgulamak gibi yönetim bilimi ve tekniği verileri üzerinde durmaktır.

E. Yargısal Faaliyetlerin Çevresel Faktörleri

Kurumun faaliyetlerini etkileyen tüm faktörleri ifade eden çevre faktörü, değişik kurumları, grupları, oluşumları ve şartları içeren karmaşık doğaya ve yapıya sahiptir. Kurum bu faktörleri doğru tespit etmeli, bu faktörleri hesaba katmalı ve kendi amaçlarını gerçekleştirme doğrultusunda bu faktörler ile baş edebilmelidir. Kurumun karşı karşıya olduğu çevre faktörü; kurum içi çevre, görev alanı çevresi ve genel ya da dış çevre olmak üzere üç katmandan oluşmaktadır. Kurumun bu katmanlar ile ilgili düşüncesi, planlaması ve faaliyetleri olmalıdır.¹⁶

Toplumsal yaşamda, doğrudan ve dolaylı olarak yargısal faaliyetlerden etkilenenler ile yargısal kurumlarda işi olanların iletişimi ve etkileşimi yönetim açısından ele alınmaktadır. Yargı kurumlarına başvuranlar,

13 PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz ve ÖZEKES Muhammet, (2017), '**Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**', Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.114.

14 ARSLAN ve TANRIVER, age, (2001), s.180-4.

15 ARSLAN ve TANRIVER, age, (2001), s.177.

16 GATEWOOD Bob, TAYLOR Bob, FERRELL, O.C., (1995) , '**Management**', Austen Press, Printed in in the US, s.60-61.



taraf lar ve yargısal kararlardan etkilenenlerin yanı sıra diğ er bir kısım paydaşlar da bulunmaktadır. Yönetim anlayışı, kurumsal faaliyetlerin çevresi ile ilişkilerinin önemli olduğunu kabul eder. Yargısal faaliyetleri yürüten yargı örgütlerinin ve kurumlarının, başta yasama ve yürütme olmak üzere ulusal düzeyde ve uluslararası anlaşmalar ve uluslararası kurumlar düzeyinde irtibat halinde olduğu ve etkileşim içinde olduğu çok sayıda kesim ve kurum bulunmaktadır.

Yargısal faaliyetler ile ilgili ve alakalı olanlar kategorisinde yer alanların geniş bir yelpazeyi oluşturdukları, bu yelpazede yer alanların nitelikleri gereği ayrı ayrı iletişim beledikleri belirtilmelidir. Akademik dünyanın, yargısal faaliyetler ile ilgili akademik çalışmaları nedeniyle yargı camiasıyla iletişim ve etkileşim içinde oldukları bilinmektedir. Ayrıca, basın da, yargısal faaliyetleri ve yargı kararlarının kamuoyuna aktarımını yapması nedeniyle yargı camiası ile iletişim içinde oldukları gözlenmektedir. Yukarıda açıklanan gerekçeler ile, yargının çevresi ile ilişkileri konusu önem arz etmektedir.

II. YÖNETİM OLGUSU

Yönetim terimi, kişilerde farklı algılar oluşturabilmektedir. Bazı kişilerde ilk etapta akla gelen algılar olarak; alt-üst ilişkisi, emir- komuta zinciri, üstün talimatı ile astın belirlenen işi yapması gibi unsurlar olabilmektedir. Oysa yönetim olgusunun tüm bunlardan farklı ve bunlardan öte anlam içerdiğini vurgulamak gerekmektedir. Yönetim, değış en bir çevrede, kurumun kaynaklarını etkin ve verimli kullanarak, kurumun amaçlarını gerçekleştirmek için oluşturulan aktiviteler ve faaliyetler grubudur. Bir kurumda iş süreçleri doğru düzenlenmişse, çalışanların performansı yüksek olur ve kurumun amaçlarına daha kolay ve daha kaliteli bir şekilde ulaşılır.¹⁷

Gerçekleştirilmesi gereken iş ve eylemlerin çok parçalı bir süreçten oluştuğı, birden fazla kişinin ilgilendiğı, uygulanması gereken kuralların var olduğu, örgütlü yapıların varlığı durumunda yönetim olgusu kendiliğinden ve doğal olarak ortaya çıkmaktadır. Bize düş en görev ise, bir zorunluk olarak ve kendiliğinden ortaya çıkan bu yönetim olgusunu bilimsel, teknik ve koşullara göre bir amaç doğrultusunda düzenlemektir. Yani yönetim olgusunun isteğ e bağı lı bir konu olmadığı, ilgileneilmesi ve duyarlı olunması gereken doğal bir durum ve gereklilik olduğu bilinmelidir.

17 GATEWOOD Bob, TAYLOR Bob, FERRELL, O.C., (1995), age., s.4-5.



Yönetim anlayışı, günümüzün genel kabul gören olgularının başında gelmektedir. Örgütlerin, kurumların, grupların, toplulukların ve heyetlerin yönetilmelerinin yanı sıra artık duyguların ve ilişkilerin yönetilmesinden bahsedilmektedir. Hal böyle olunca da yargısal faaliyetlerin de yönetilmesinin bir gereklilik olduğu anlaşılmaktadır.

Yönetimin, toplumsal hayatın değişik kesimlerinin işleyişini düzenleyen ve bu kesimlerdeki yönetsel kuruluşların belirleyici özelliklerinde somutlaşan bir eylemler dizisi, eş-amaçlı kişilerin yer aldıkları bir örgütün en kısa ve kestirme yoldan amaçlarını gerçekleştirmesine yönelen ve planlama, örgütlenme, personel alma, yönlendirme ve denetleme öğelerinden oluşan bir karmaşık süreç olarak belirdiğini görmek mümkündür.¹⁸

Yönetim olgusunun her örgütte ve kurumda, her işte gerekli olduğu gerçeği, yönetim olgusunu bilimsel yöntemler ile ele alan yönetim biliminin, giderek, toplumsal hayatın değişik kesimlerindeki yönetsel olayları disiplinler arası bir bakış açısıyla incelediğini ve bulgularını evrensel bir çerçeve içinde bütünleştirdiğini söylemek mümkündür.¹⁹

Yönetim olayı, eş-amaçlı kişilerden oluşan bir örgütsel yapıyı ve örgütsel amaçların en akılcı yollardan gerçekleştirilmesine dönük bir eylemler dizisini varsaymaktadır. Yönetim; belirlenen işin, üretimin ve hizmetin gerçekleştirilmesinde, evrensel nitelik taşıyan planlama, örgütlenme, personel alma, yönlendirme, eşgüdüm ve denetleme eylemlerinin uygun şekilde dizilip etkileşmelerinin ortaya çıkardığı karmaşık bir süreçte somutlaşmaktadır.²⁰

Yönetimin koşullara ve faaliyet alanına göre değişik boyutları öne çıkmaktadır. Yönetim anlayışı, teknolojik ve ekonomik kalkınma ile birlikte şekil ve ilişkiler ağı olarak değişebilmektedir. Faaliyet alanlarına ve yapılan işlere göre de örgütsel yapılanma ve beşerî ilişkiler değişebilmektedir. Yönetim olgusunun bir bilimsel ve teknik yönünün yanı sıra bir de sanat yönü de bulunmaktadır. Sanat ve bilim, birbirini tamamlayıcı iki kavramdır. Sanat, beceri ve bilginin uygulanması ve bilinçli çabalarla bir amacın elde edilmesine ağırlık verir. Diğer bir deyişle sanat, o konunun uygulamasal yönüyle ilgilidir. Bu bakımdan yönetimin bir sanat yönünün olduğu hususunda bir kuşku yoktur.²¹

18 FİŞEK Kurthan, 1975, 'Yönetim', s.13, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No.387. Ankara.

19 FİŞEK, (1975),age, s.14

20 FİŞEK, 1975, s.15

21 CAN Halil ve TECER Meral, (1978), 'İşletme Yönetimi', Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, s.11.



Yönetimin bir sanat yönünün olduğu, doğuştan bazı insanların bu yeteneklere sahip olduğu öteden beri ileri sürülmüştür. Yönetim olayının belli bir sanat yönünün olduğunun kabulü, yönetim olgusunun bilgiye ve tekniğe dayandığı gerçeğini de gölgelememektedir. Yönetimin sanat yönü; yönetim olgusunun informel yönünü, başkalarını etkileyebilmeyi, manevi sorumluluk, kişilerin tatmini, örgüt psikolojisi ve benzeri unsurlara dayanır. Gerçekten, bir örgütün başında bulunan insan, bir makine gibi hareket edemez. Tutku, ümit, korku gibi duyguların etkisi altında kalır. Bu nedenle, yönetimde ruhsal ve sosyal unsurları da göz önünde tutmak gerekir. Yönetim, yalnız matematik ve fizik bilimleri gibi bilimlerin usulleri ile düzenlenemez. Bütün sosyal bilimlerin yardımından yararlanarak, insan davranışlarına da önem vermek gerekir²².

Yönetim şekli ve yönetim anlayışı; üretim alanı ve sunulan hizmetin niteliğine göre, değişen koşullara ve teknolojik gelişmelere göre değişmektedir. Geçmiş yıllara göre günümüzün yönetim şekli ve yönetim anlayışı da epeyce değişmiştir ve gittikçe de değişecektir. Bu değişmeyi ve farklılıkları algılamak ve takip etmek önem arz etmektedir. Bu genel anlayış çerçevesinde, yargısal faaliyetleri veya bir başka sektörün faaliyetlerini yönetim olayı açısından da sürekli gözden geçirmek gerekecektir.

Günümüzün yönetim şekli ve yönetim anlayışında gelinen noktayı anlamak açısından, Thomas Friedman'ın 2005 tarihli Dünya Düzdür (The World is Flat) kitabının tasviriyle, dünyanın düzleşmiş olduğunun ifade edildiğini vurgulamak isabetli olacaktır. Yani dünya çapındaki işlerin çoğunun elektronik bağlantıyla yürütüldüğü tek bir küresel ekonomi ortaya çıkmıştır. Dünya birbirine sıkıca bağlı iki geniş alanda düzleşmektedir. Birincisi, ekonomik alanda, pazarların açılması, internet üzerinden ticaretin yaygınlaşması, seyahat etmenin ucuzlaması, eğitimin iyileşmesi ve benzeri gelişmeler küresel ticaretin değerini yükseltmiş, doğasını değiştirmiştir. İkincisi ise, kurumlardaki bir yanıyla bu küreselleşme eğilimlerini yansıtan, bir yanıyla da bunu bir dereceye kadar körükleyen değişimdir. Kurumlardaki ilişkiler karmaşık bir hal almaktadır. Bunun yansısı, bilgilendirme ağlarında da büyük bir gelişme gözlenmektedir. Bilişim sistemleri geniş bir şekilde her alanda ve her sektörde yaygınlaşmaktadır.²³

22 TORTOP Nuri, 1990, **Yönetim Biliminin Temel İlkeleri**, TODAİE, s.45-46.

23 ŞENSOY Ümit, Çeviren (2010), **Düz Bir Dünyada Yöneticilik**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s.xx-xxi. Kitabın aslı; BLOC Susan, WHITELEY Philip, (2007), How To Manage In A Flat World.



Günümüzde, yönetim anlayışı alanında kullanılmaya başlanan düz dünya ifadesi, aynı zamanda daha az hiyerarşi içeren yapıları ifade etmektedir. Bu durum, yöneticilerden farklı bir çalışma tarzını öğrenmelerini talep etmektedir. Artık otokratik, yönlendirici liderlikle tanımlanan statü ve konum, iş yaptırmak için yeterli olmamaktadır.²⁴ Günümüzde geline nokta, yargısal faaliyetler için, yargısal faaliyetlerin niteliğine ve özelliklerine özgü bir yargı yönetimi anlayışı geliştirilmesi için çabalar gösterilmektedir.

Son tahlilde bütün işler insana dayanmaktadır. Son derece verimli iş süreçlerine ihtiyaç duyulmakla birlikte, bu süreçleri yine insanlar yönetir ve insanın önemi hiçbir zaman ortadan kalkmaz. Kurumlarda, meslek mensuplarının ve diğer personelin doğru seçimi, iyi yetiştirilmesi ve geliştirilmesi, uyumlu çalıştırılması önemlidir.²⁵

Yöneticiler, insanlardan oluşan sistemlerin karmaşıklığını kavrayabilme yeteneğine sahip olmak zorundadırlar. Bu bağlamda değişkenlerin sayısı binleri bulur ve bileşkenler sanayi kimyasalları veya bitler ve baytlar yerine eşi görülmedik duygusal varlıklar olarak karşımıza çıkar. Bu durumda başarılı bir yönetici hiçbir formülün gerçekliği tarif etmeye ya da öngöründe bulunmaya yetmeyeceğini bilir.²⁶ Dünyadaki yönetimin niteliğindeki bu değişim ve gelişmelerin yargısal faaliyetleri etkilemediği söylenemez. Bu nedenle, bu gelişmeler ışığında, yargısal faaliyetlerin düzenlenmesi periyodik olarak ve sistematik bir şekilde gözden geçirilmelidir.

Günümüzün yönetim şekli ve yönetim anlayışında geline noktayı anlamak açısından, diğer bir gelişme ise, bürokratik modelden yönetişimci modele geçilmesi olayıdır. Bürokratik model, en küçük parçalarına ayrılan işlerin ayrı ayrı uzmanlaştığı ve bu uzmanlıkların hiyerarşik bir kademelenme aracılığı ile yeniden bütünleştirildiği örgütlenme modelidir. Yönetişimci model ise, uzmanlıkların hiyerarşik bir modelde bütünleştirilmesi yerine ağ tipi, esnek, şartlara ve performansa odaklı yeni bir bütünleştirme tarzı getirmektedir. Küresel, ulusal ve yerelin iç içe geçtiği ve sabit bir merkezin görünürlüğünü kaybettiği yeni bir örgütlenme biçimi ortaya çıkmaktadır.²⁷

24 ŞENSOY, 2010, age., s.xxii

25 ŞENSOY, 2010, age., s.28.

26 ŞENSOY, 2010, age., s.138.

27 KİLİM Esra Ergüzeloğlu, (2013), 'Türkiye'de Adalet Yönetimi', Siyasal Kitabevi, Ankara, s. S.17.



Diğer bir çağdaş gelişme olarak, yeni kamu yönetimi anlayışı, kamu yönetimi alanında dikkati çeken önemli uluslararası eğilimlerden birisi olmuştur. Bu anlayış, kamu yönetiminin, işletmecilik biliminin verilerini önemsemesini ve istifade etmesini önermektedir. Kamu hizmetlerinin sunumunda ve geliştirilmesinde bilişim teknolojilerinden yararlanılması önemsenmektedir. Özellikle, bilişim ve iletişim teknolojisindeki gelişmeler e-devlet olgusunu ortaya çıkarmıştır. E-devlet ise, kurumsal değişme için bir katalizör rol oynamaktadır. İşletme yönetiminin birçok ögesinin de bürokrasiler üzerinde önemli etkiler yarattığını düşünürsek, bürokrasilerin giderek daha vatandaş odaklı yapılara dönüşebileceğini söyleyebiliriz.²⁸

III. YARGISAL FAALİYETLERİN YÖNETİLMESİ

İyi işleyen bir yargı sistemi, hukuk devleti olmanın temel koşullarından biridir. Demokrasi, insan hakları gibi siyasal ve hukuki kurumlar dahi ancak iyi işleyen bir yargı sisteminin sayesinde asıl işlevine kavuşabilir. Yargı toplumun her kesimini ve her bireyini ilgilendiren yönüyle, vatandaşların güvenini sağlamalıdır. Bunu temin için de yargı, bir yönetim anlayışı çerçevesinde iyi çalışmalı ve şeffaf olmalıdır.²⁹

Yargı sistemlerinin dünya genelinde reforma tabi tutulduğu bir süreç yaşanmaktadır. Bu süreci bilgi çağı olmanın getirdiği değişimler, teknolojik gelişmeler, artan ve hızlanan ekonomik ilişkiler, küreselleşen ve tabiatı hızla değişen suç olgusu hızlandırmaktadır. Tüm bunlar, adalet sistemlerinin alternatif usul ve hukuki yöntemlerle derinleşmesini, daha hızlı karar verecek şekilde performansa dayalı anlayışla yeniden yapılanmasını ve sistemde rol alanların zihniyet yapısının değişmesini gündeme getirmektedir.

Devletin ve kamu organlarının nihai varlık nedeni, toplumu oluşturan bireylerin mutluluğunu ve huzurunu sağlamaktır. Bu bağlamda, toplumun yaşam standardının yükseltilmesi ekonomik göstergelerin yanı sıra, tüm kamu hizmetlerinin daha nitelikli sunulmasını gerektirmektedir. Kamunun genelinde olduğu gibi yargı hizmetleri alanında da vatandaşların memnuniyetini yükseltecek nitelikte, kaliteli ve verimli bir faaliyetin yürütülmesi gerekmektedir.

Adalet sisteminin işleyişinde mükemmelliğin yakalanması hedefi, sistemin kalitesinin sürekli artırılmasını gerektirmektedir. Günümüzde

28 ERGUN Turgay, (2015), 'Kamu Yönetimi', TODAİ Enstitüsü, Ankara, S.366.

29 YARGITAY, (2017), *Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu*, Yargıtay, Ankara, s.18.



adalet sistemlerinin kalitesinin ölçülmesini sağlayacak kriterleri; makul sürede yargılama, isabetli karar, düşük bozma oranları, yararlanıcıların memnuniyet oranının yüksekliği gibi unsurlar oluşturmaktadır. Adalet sistemine ilişkin; stratejisi olmayan, birbirinden kopuk, günübürlük ve sadece bazı sorunlara odaklanmış anlayış terk edilmelidir, bunun yerine, vizyon belirlenmesini ve bir takvim dahilinde önceden belirlenmiş adımların atılmasını öngören bir yönetim anlayışı benimsenmelidir.

Yargıdaki kaliteyi yükseltecek unsurların sağlanması için gerekli çalışmalar yapılmalıdır. Bu çalışmalar, stratejik yönetim anlayışı çerçevesinde, insan kaynaklarından mevzuata, fiziki altyapıdan bilişim sistemlerine, ceza infaz kurumlarından yargı bağımsızlığı ile tarafsızlığına kadar yargısal faaliyetlerin tüm alanını kapsamalıdır. Ayrıca, yargıdaki kaliteyi yükseltme hedefinde, yargı kurumları ve yargı mensuplarının yanı sıra diğer paydaşlar da aynı anlayış ve kararlılık içerisinde olmalıdırlar.³⁰

Yargı yönetiminin, yönetim bilimi ve kamu yönetimi gibi disiplinlerin kavramlarıyla irdelenmesi ve bir inceleme alanı olarak geliştirilmesi gerekmektedir. Yargı örgütlerinin, yargı faaliyetlerinin ve yargı işlevlerinin kendine özgünlüklerine sahip olmalarının yanı sıra genel kamu yönetimi, yönetim bilimi gibi disiplinler ile de ortak yönleri ve ortak özellikleri de bulunmaktadır. Yargı yönetiminin sistematik ve bir bütün olarak ele alınmasında diğer disiplinlerin verilerinden faydalanmak gerekmektedir.³¹ Yargısal faaliyetlerin yönetimi için, bürokratik modelin yanı sıra yönetişimci model gibi diğer modellerin de değerlendirilmesi yapılmalıdır. Yönetişimci model, hukuk, adli bürokrasi, yargı örgütlenmesi, yargı sürecini de içeren adli alandaki tüm yapılarda kendisini gösterebilmektedir.³²

Devleti meydana getiren organların ve diğer kamu kuruluşlarının yapı ve faaliyetlerini belirtmeye ve açıklamaya yönelmiş bir sosyal bilim dalı olarak yönetim bilimi³³ bakışı, yöntemi ve verileri, yine bir kamu hizmeti olan yargı faaliyetlerinin yönetimine olumlu bir katkı katacaktır. Konusu devleti ve diğer kamu kuruluşlarını oluşturan organların yapı, işlev ve

30 Adalet Bakanlığı, (2016), **Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu**, Adalet Bakanlığı, Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara, sunuş yazısı.

31 KİLİM Esra Ergüzeloğlu, (2013), age.,s.15.

32 KİLİM, age, s.17.

33 GOURNAY Bernard ve KUNT BAY İhsan, (1971), '**Yönetim Bilimine Giriş**', TODAİ Enstitüsü Yayınları, Ankara, S.3.



faaliyetleri olan Yönetim biliminin³⁴, yargı organlarını, faaliyetlerini, işlevlerini de kapsama alanına alıp, bu hususlarda da çalışma yapması yerinde olacaktır.

IV. YASAL DÜZENLEMELER İLE UYGULAMA ARASINDAKİ AÇIKLIK- FARKLILIK

Yasal düzenlemeler ile bu düzenlemelerin uygulamaları arasında bazen farklı nedenler ile değişik düzeyde açıklık ve farklılık bulunabilmektedir. Bu durum yargısal faaliyetler için de geçerlidir. Mevcut kurallar ile bu kuralların uygulanması arasındaki farklılığın ve açıklığın oluşmaması için yapılması gereken bazı aktiviteler vardır.

Yasaların düzenlemiş olduğu bazı hususların amaçlanan düzeyde niteliksel ve niceliksel olarak uygulanmadığının eleştirisi değişik taraflarca zaman zaman dile getirilmektedir. Bu kapsamda bilhassa yeni uygulamaya sokulan konularda beklenenlerin tam gerçekleşmediği belirtilmektedir. Cumhuriyet döneminde ihtiyaç duyuldukça, günün gereklerine uyum sağlanması amacıyla yargısal faaliyetler ile ilgili iyileştirmeler yapılagelmıştır. Bu yöndeki gayretlerin her birisi iyi niyetle planlanan ve atılan adımlardır. Bu çerçevede anayasanın çok sayıda maddesi, onlarca temel kanun ve diğer mevzuat hükmü değiştirilmiştir. Değiştirilen ve yeni getirilen kanun ve diğer hukuk kurallarının kamu görevlileri ve bireylerin davranışlarına yansımaları, bilinç düzeyinin artmasına bağlı olarak zaman alıcı bir süreçtir. Özverili, ortaklaşa gayretlerin sonucunda ulaşılabilecek bir hedeftir.³⁵ Bu değerlendirmenin yargısal faaliyetler ile ilgili yapılan değişikliklerin hayata geçirilmesi hususunda da geçerli olduğu söylenebilir.

Yapılan yasal düzenlemelerin, ancak amacına uygun uygulanmaları halinde fayda getireceği hususunda genel bir kabul bulunmaktadır. Kanun çıkarmanın tek başına yeterli olmadığı, kanunların ancak iyi uygulayıcılar elinde hukuka ve adalete dönüştüğü gözlenmektedir. Aslında, sorunun büyük ölçüde kanunlardan kaynaklanmadığı, sorunun temel nedeninin yanlış uygulamalardan kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, bu sorunu sadece maddi ceza kanunlarını veya usul kanunlarını değiştirerek çözmenin mümkün olmadığı da aşıkardır. Kanunda ne değişikliği yapılırsa yapılsın, uygulayıcıların bakış açısını değiştirecek bir

34 GOURNAY ve KUNTBAY, age, S.4.

35 Kamu Denetçiliği Kurumu, (2016), *Adalet Sistemimizin Sorunları, İyileştirilmesi ve Güvenirliğinin Artırılması Hakkında Özel Rapor*, Kamu Denetçiliği Kurumu, Ankara, s.485.



ölçme-değerlendirme sistemi getirilmediği müddetçe, arzu edilen düzeni kurmanın mümkün olmayacağı bilinmelidir.

Yargının temel vazifesi, mağduriyetlerin giderilmesi olduğundan; adalet arayışı içerisinde olan vatandaşların yargı tarafından mağdur edilmemesi gerekmektedir. Güven veren adalet için yapılmakta olan yasal düzenlemelerin hayata geçirilmesi ve uygulanmaları konusunun, en az yapılan düzenlemeler kadar önem arz ettiği bilinmelidir. Hukuki düzenleme sorunundan ziyade nitelikli uygulama sorunu olduğu ifade edilmektedir. Yeni uygulamalarda ortaya çıkan, yine uygulandıkça beliren sorunların çözülmesi Hukuk devletinin temel bir görevidir. Aynı konuyla ilgili bir mahkeme farklı bir karar verebilmekte, bir başka mahkeme aynı konu ile ilgili farklı karar verebilmektedir. Bu durum ise, kişilerin yargıya olan güvenini zedelemektedir.

İyi kanun ancak iyi uygulama ile hayat bulmaktadır. Yargı kararlarının hukuku soyut bir kavram olmaktan çıkararak ölçülebilir bir niteliğe kavuşturduğundan dolayı, yargıya güven öncelikle yargının kararları ile oluşur. Yargıya güven duygusu, yargı kararları üzerinde bina edilir ve yükselir. Güven verebilen ve erişilebilir bir adalet için yine güven veren erişilebilir bir adil kararların çıkması gerekmektedir. Güven veren karar dendiğinde, ma'şeri vicdanı tatmin etmiş karar anlaşılmalıdır. Erişilebilir karar denildiğinde ise anlaşılabilir, sağlam ve gerekçesiyle tatmin eden bir karar anlaşılmalıdır. Bu yüzden gerçekten de iyi kanun ancak iyi uygulama ile hayat bulmaktadır.³⁶

Yargısal faaliyetlerin yürütümü ile ilgili yasal düzenlemeler ile uygulamaları arasında değişik düzeylerde açığın bulunması, koşulların getirdiği kaçınılmaz bir zorunluluktur. Yasal düzenlemeler ile uygulamaları arasındaki açığın mümkün olduğunca azaltılması için alınması gereken tedbirler ve yapılması gereken faaliyetler bulunmaktadır. Bu faaliyetlerin ve tedbirlerin uygulanmasındaki başarı derecesi, söz konusu açığın alanını ne kadar daraltacağını belirleyecektir.

V. UYGULAMALARIN İYİLEŞTİRİLMESİ İÇİN YAPILMASI GEREKENLER

Yargısal faaliyetlerde uygulamaların iyileştirilmesi için yapılması gerekenler hususunda, bu çalışma çerçevesinde, aşağıdaki önerileri belirlemek mümkündür. Ancak, yapılacak detaylı çalışmalar sonucunda önerileri artırmak ve somutlaştırmak faydalı olacaktır.

³⁶ Sesleniş aylık dergi, Aralık 2019, Van, Dokuzuncu Adalet Bölge Toplantısı. (Adalet Bakanı değerlendirmesi)



Yargısal Faaliyetlere Özgülenmiş Etkin Bir Yönetim Anlayışına Sahip Olunması: Yönetim düşüncesi insanlık tarihi kadar eskidir. Bir kurumun amaçlarını gerçekleştirmek için sahip olduğu kaynaklarını etkili ve verimli olarak kullanması süreci olarak tanımlanan yönetim³⁷ yargısal faaliyetlerde etkin olarak uygulanmalıdır. Yargısal faaliyetler, çok parçadan ve süreçlerden oluşan bir sistem olduğundan dolayı yönetilmelidir. Yargısal faaliyetler için belirlenen ve kabullenilen misyon, vizyon, amaçlar ve hedefler gibi normatif unsurların somutlaştırılması için yönetilmesi gerekmektedir. Yargısal faaliyetlerin; ontolojisi, sorunsalları, riskli alanları, geleceği, mevcut durumun değerlendirilmesi, eksikliklerin tanımlanması ve eksikliklerin karşılanması, değişen koşullara uyum için gerekli değişimlerin gerçekleştirilmesi gibi hususlar stratejik bir anlayış ile ele alınmalıdır.

Bir yargı sisteminde etkinliğin sağlanması önemlidir. Yargı sisteminin etkinliğinin sağlanmasında aynı zamanda verimliliğin sağlanmasının da rolü vardır. Mahkemeye erişim ve hakların korunması açısından belirgin, anlaşılır ve hızlı çalışan bir yargı süreci işletilmelidir. Yargıç başına düşen dava dosya sayısının artması karşısında, tarafların dava dosyalarına daha fazla zaman ayrılması talebi birlikte düşünüldüğünde yargısal süreçlerde etkinliğin ve verimliliğin sağlanmasının önemi daha iyi anlaşılmalıdır.³⁸

Yargısal faaliyetlerin etkin bir yönetim anlayışı çerçevesinde, uygulamanın konular düzeyinde ele alınması halinde, şu unsurların belirdiği görülmektedir: mevcut sorunların çözülmesi ve sürdürülebilir bir gelişmenin planlanması, yargı reformu stratejisinin oluşturulması, uluslar arası düzeyde deneyim ve bilgi paylaşımı, kalite, hızlilik, etkinlik, verimlilik, şeffaflık, hesap verebilirlik, gibi kavramların hayata geçirilmesi, vatandaş memnuniyetinin sağlanması ve artırılması, bilgi teknolojilerinden istifade edilmesi, insan kaynaklarının güçlendirilmesi, alt yapı imkanlarının geliştirilmesi, adil yargılanmanın unsurlarının hayata geçirilmesi, uyumsuzlukların niteliklerine uygun çözüm ve önerilerin zamanında oluşturulması, artan iş yükünün yönetilmesi, yargı sisteminin anlaşılması ve işleyişinin değerlendirilmesi, problemler ile muhtemel iyileştirme alanlarının tanımlanması, yargısal faaliyetler ile ilgili genel istatistiksel kriterler ve değerlendirme araçlarının kullanılması, yargısal faaliyetlerin ölçülmesi ve işleyişinin geliştirilmesi, yargısal faaliyetlerin etkinliğinin değerlendirilmesi.

37 ÜLGEN Hayri ve MİRZE S. Kadri, (200), age., s.21.

38 Ragone, Alvaro Pérez, An Approach to Case Management from the Horizontal and Vertical Structure of Court Systems, ZZPInt 23 (2018), s.346-347.



Yukarıda sayılanların gerçekleştirilebilmesinde; uygulanacak pratik araçlar ve ölçütler önermek, somut yollar belirlemek, göstergeleri belirlemek ve geliştirmek, nitel ve nicel verileri toplamak, analiz etmek ve diğer tedbirleri belirlemek, raporlar, istatistikler, iyi uygulama araştırmaları, rehberler hazırlamak gibi ve benzeri aktiviteler yürütülmelidir.

Yargısal faaliyetlerin ülke genelini kapsayacak makro düzeydeki düzenlemelerinde, yönetim anlayışının sistematik bakış açısı ve stratejik yaklaşımı çerçevesinde hareket edilmelidir. Yargısal faaliyetlerin planlanmasında, örgütlenmesinde, yürütülmesinde, eşgüdümünde, kalite kontrolünde ve sorunların tespiti ve çözüm önerilerinin geliştirilmesinde belirli ilkeler çerçevesinde, çalışmalar yürütülmelidir. Belirlenen yargı sisteminin gerektirdiği yargısal faaliyetlerin uygulanması belli ve uzun bir süreci içermektedir. Bu uzun sürecin belirlenen misyon, vizyon, amaçlar ve kapsamına uygun işleminde belirli yönetim ilkelerine uymak faydalı olacaktır.

Yargının özüne ve ruhuna uygun, yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına zarar getirmeyen, yargısal faaliyetlere özgülenmiş bir stratejik yönetim anlayışı geliştirmek yorucu ve uzun bir çabayı gerektirmektedir. Stratejik yönetim anlayışı, başta özel sektör olmak üzere askeri örgüt ve faaliyetlerde ve kamunun diğer hizmet alanlarında açıkça kabullenildi ve başarıyla uygulandı. Bu yasal düzenlemelerin belirttiği hususların etkin bir şekilde hayata geçirilebilmesi ve uygulanabilmesi için yargının örgütsel kapasitesinin artırılmasına yönelik ve yargı mensuplarının mesleki yetkinliğin kazandırılmasına yönelik yeterli teknik çalışmaların yapılması gerekmektedir. Yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına zarar getirmeden, yargısal faaliyetlerin doğasına ve ruhuna uygun düşecek bir şekilde, başta işletme, iletişim, psikoloji, pedagoji, bilişim gibi bilimlerin ve disiplinlerin verilerinden istifade ederek stratejik yönetim anlayışıyla yargının ve yargısal faaliyetlerin yönetilmesi için modeller geliştirilmelidir.

Yargı Kurumlarının Kurumsal Kapasitelerinin Artırılması: Kurumsal kapasite, kurumun iş üretme faaliyetleri bakımından sahip olunan kabiliyeti ve yeterliliği ifade etmektedir. Kurum, faaliyet alanındaki işlerini yapabilmesi için gerekli tüm kaynaklara sahip olmalıdır. Kaynakların hiçbiri kendi başlarına yeterli değildirler, bu yüzden bir işin üretimi için gerekli kaynaklar ve unsurlar birlikte ve uyumlu çalışmalıdır.³⁹

39 GRANT, ROBERT m., (2005), ' *Contemporary Strategy Analysis*', Blackwell Publishing, Australia,s.144.



Kanunların düzenlediği hususların etkin bir şekilde yerine getirilebilmesi için yargı kurumlarının kurumsal kapasitelerinin yetkinliği ve yeterliliği sağlanmalıdır. Kurumlara yüklenen yetki ve sorumlulukların hakkıyla yerine getirilebilmesi için gerekli olan insan, teknoloji ve diğer imkân ve kaynakların sağlanmış olması gerekmektedir. Kurumun taşıdığı yükü karşılama bakımından kurumun kapasitesinin yetersizliği, kurumun faaliyetlerini tam olarak yerine getirememesine neden olur. Bu ise, kurumdan hizmet alanların memnuniyetsizliklerine yol açar. Bu yüzden yargı kurumlarının kurumsal kapasiteleri sürekli değerlendirmeye tabii tutularak, kurumsal kapasitenin artırılması için gerekli tedbirler alınmalıdır.

Kurumsal kapasitenin artırılması çabaları çerçevesinde, alınacak yeni teknolojiler ve yapılacak değişimlerde, kurumun kültürünün değerleri, kurum sorumlularının, çalışanlarının ve paydaşlarının beklentileri ve görüşleri gözetilmelidir. Kurumsal kapasitenin geliştirilmesi çalışmalarında, yapılan işin ve mesleğin gereklilikleri, alınacak teknolojinin uygunluğu, ekonomik imkanlar, mesleki yetkinliğin geliştirilmesi, kurumun yapısı gibi unsurlar alınacak kararları etkilemektedirler.⁴⁰

Kalite Kontrol Süreçlerinin Etkin Uygulanması: Yasal düzenlemeler ile bu düzenlemelerin uygulanması arasında niteliksel ve niceliksel açığın olabileceği ön kabulü üzerine kalite kontrol anlayışı benimsenmiştir. Her işlemin, eylemin, faaliyetin, hizmetin ve işin belirlenen kurallara uygun yapılmasını sağlamak amacıyla kalite kontrol mekanizmaları kurulmuştur. Kurumlarda iç kontrol sistemlerinin ve teftiş sistemlerinin kurulması, dış denetim sistemlerinin ve yargı organlarının kurulmasının amacı; kurulan düzenin doğru işlemlerini sağlamak için yapılan faaliyetlerin kalite kontrolünü yaparak taraflara faaliyetin doğru yapıldığına dair güvence vermektir.

Yargı kararlarına karşı olağan ve olağanüstü kanun yollarının kurulması, adil yargılanma hukukuyla ilgili olsa da bir yönüyle verilen yargı kararlarının kalite kontrolünü gerçekleştirmeye dönüktür. Yargı kararına karşı itiraz, istinaf ve temyiz incelemeleri nitelik açısından birer kalite kontrol faaliyetidir.

Yargı sisteminde, gerek yargısal faaliyetlerin yürütümünde iç kontrol, iç denetim ve teftiş gibi kalite kontrol sistemleri mevcuttur. Ayrıca,

40 BATEMAN Thomas S., SNELL Scott A., 'Management', McGrawHill, presed in The US., s.531.



Yargı kararları hakkında, itiraz, istinaf ve temyiz incelemeleri gibi kalite kontrol sistemleri de bulunmaktadır. Bu kalite kontrol sistemlerinin etkin, verimli ve kaliteli işletilmesi çok önem arz etmektedir. Hukuken ve şeklen var olan bir kalite kontrol sistemi fiilen etkin, verimli ve kaliteli uygulanmıyorsa, kalite kontrol sistemi amacına uygun fayda sağlamayacak ve yapılan faaliyetlerin doğru yapılması riske girecektir.

Kurumlarda gerçekleştirilen işlevlerden biri de kontrol işlevidir. Planlama, organize etme ve yürütme işlevlerinin kurumun amaçlarını gerçekleştirip gerçekleştirmediği veya sonuçlara henüz erişilmemişse, yapılanların kurumu doğru amaçlara erdirtip erdirtmeyeceği kontrol işlevi sonucu ortaya çıktığı⁴¹ unutulmamalıdır.

Yargısal Faaliyetleri Gerçekleştirenlerin Mesleki Yetkinliklerinin Artırılması: Kanunlar ve kanun değişiklikleri konuyla ilgili sadece yetki verirler ve sorumluluk yüklerler, ancak, konunun gerçekleştirilmesi hususunda yetkinlik veremezler. Kanunların düzenlediği hususların etkin bir şekilde yerine getirilebilmesi için yargı mensuplarının mesleki yetkinliklerinin geliştirilmesi için ayrıca yapılması gereken faaliyetler bulunmaktadır. Bu çerçevede ise, mesleki anlamda hukuk metinlerinin yanı sıra, bu hukuk metinlerinin etkin icrası için işletme, iletişim, örgütsel davranış, psikoloji, eğitim, etik gibi disiplinlerin verilerine de ihtiyaç duyulmaktadır.

Yapılan iş ile ilgili becerilerin meslek mensuplarınınca öğrenilmesini kolaylaştırmada kurum tarafından planlanmış çabaları ifade eden eğitimin mesleki yetkinliklerin artırılmasındaki rolü önemsenmelidir. Bu beceriler, yapılan iş ve faaliyetlerin verimli ve kaliteli gerçekleşmesi için gerekli bilgi, beceri ve davranışları içerir. Kurum içi eğitimle meslek mensuplarına kazandırılan bu bilgi, beceri ve davranışlar, meslekin icrasında tezahür etmelidir.⁴²

Değişimlerin mevzuat alanında sağlanması kadar, bunun gerektiği gibi ve etkili bir biçimde uygulanması da çok önemlidir. Bir başka deyişle, mevzuat alanındaki iyileştirmelerin uygulamaya dökülmesi, hayata geçirilmesi, işleyişe yansıtılması önem arz etmektedir. Hayata, uygulamaya geçme şansı olmayan reformlar ve değişiklikler toplum açısından hiçbir anlam ifade etmemektedir. Tüm sistemlerde olduğu gibi yargısal faaliyetler sistemi de kendi başlarına yalnızca mekanik yapılar

41 ÜLGEN ve MİRZE,(2004), age, s.400.

42 ÖZGEN Hüseyin, YALÇIN Azmi, (2010), 'İnsan Kaynakları Yönetimi', Nobel Kitabevi, s.142.



olmayıp, bu sistemi işleten insan unsuru da bulunmaktadır. Sistemi işleten asıl unsur olarak insan unsurunun mesleki anlamda yetkinliği önem kazanmaktadır.⁴³ Yargısal faaliyetleri gerçekleştirenlerin mesleki yetkinliklerinin artırılması hususunda insan kaynakları işlevi ile ilgili stratejilerin belirlenmesi önemlidir. İnsan kaynakları yönetimi, kurum mensuplarının seçilmesi, yetkilendirilmesi, eğitimi, geliştirilmesi ve değerlendirilmesi ile yükümlüdür. Bu yükümlülüğünü yerine getirirken, insan kaynakları yönetimi çeşitli faaliyetlerle uğraşır ve değişik işlevler üstlenir.⁴⁴

Meslek Mensuplarınca Yargısal Etik Kurallarının Önemszenmesi:

Meslek mensuplarının, bir durum, bir sorun veya bir fırsat anında doğru veya yanlış olarak değerlendirilen değişik davranışlar arasında seçimde bulunması şeklinde anlayabileceğimiz etik davranışların⁴⁵ yargı mensupları için de olması gerekmektedir. Etik ilkelerin belirlenmesi ile, yargısal süreçlerin şeffaflığı ve hesap verebilirliği artacak, bu sayede yargısal faaliyetler daha kaliteli ve verimli gerçekleşecek ve yargıya güven yükselecektir. Yargı mensuplarının uyması gereken temel etik değerler, yargı camiasının öteden beri üzerinde durduğu temel konulardan biri olmuştur. Meslek etik ilkeleri, uygulamacılar için mevzuatta somutlaşan disiplin kurallarını aşan bir rehberi oluşturmaktadır.⁴⁶

Adil yargılanma hakkı kapsamında; yargılamaların bağımsız, tarafsız ve etkin bir şekilde yapıldığına dair gerek davanın tarafları gerekse kamuoyunda kuvvetli bir inancın olması bir gerekliliktir. Anayasanın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının sağlanmasında en önemli araçlardan biri de yargı mensupları için etik ilkelerin belirlenmesidir. Etik ilkelerin belirlenmesi; yargısal süreçlerdeki şeffaflığı ve hesap verebilirliği artıracak ve bu sayede yargıya olan güven yükselirken, kamuoyu tarafından önemle takip edilen hâkim bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi de daha gözlenebilir bir hale gelecektir. Mesleki etik kuralların meslek mensuplarınca kabul edilmesi, benimsenmesi ve içselleştirilmesi durumu, üretilen hizmetin ve yapılan işin kalitesini artıracak ve insan memnuniyetini sağlayacaktır.

Uluslararası düzeyde yargı mensupları için Bangalor yargı etiği ilkeleri benimsenmiştir. Yargıda Doğruluğun Güçlendirilmesine

43 Kamu Denetçiliği Kurumu, (2016), age., S.485.

44 ÜLGEN ve MİRZE, (2004), age., s.293.

45 BATEMAN Thomas,S. ANELL Scott, A. (2004), age., s.138.

46 Adalet Bakanlığı, (2017), **Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu**, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı,2017, s.4,vii.

Yönelik Yargı Grubu tarafından kabul edilen 2001 Bangalor Yargı Etiği Taslak Belgesi'nin 25-26 Kasım 2002 tarihlerinde Lahey Barış Sarayı'nda düzenlenen Yüksek Mahkeme Başkanları Yuvarlak Masa Toplantısında revize edilmiş hâli kamuoyuna açıklanmıştır. Hâkimlere yönelik etik davranış standartlarını oluşturmak amacıyla belirlenen bu ilkeler, hâkimlere rehberlik sunmak ve yargıya yargı etiğini düzenlemeye yönelik bir çerçeve temin etmek üzere tasarlanmıştır. Bu ilkelerin amacı ayrıca yasama ve yürütme mensupları ile avukatların ve kamuoyunun yargıyı daha iyi anlamalarına ve ona destek olmalarına yardımcı olmaktır. Bu ilkeler, hâkimlerin, yargı standartlarını idame ettirmek üzere oluşturulmuş olan ve kendileri de bağımsız ve tarafsız olan uygun kurumlar karşısında meslekî davranışlarından dolayı sorumlu olduklarını varsayar ve hâkimler üzerinde bağlayıcı olan mevcut hukuk ve davranış kurallarını değiştirmeyi değil onları tamamlamayı amaçlar. Ulusal yargı teşkilatları hukuk sistemlerinde bu ilkeleri uygulamaya yönelik etkili tedbirler almalıdır.⁴⁷

Ülkemizde yargı mensupları için, Türk yargı etiği bildirgesi, HSK genel kurulu tarafından 6 mart 2019 tarihinde kabul edilmiş ve HSK başkanı tarafından bir basın toplantısıyla kamuoyuna açıklanmış bulunmaktadır. Türk Yargı Etiği Bildirgesi'nin açıklanmasıyla birlikte yargı mensupları, mesleklerini icra ederken belli ilkelere uyacaklarını taahhüt etmiş bulunmaktadırlar. Türk yargı sistemi içinde bulunan İlk derece mahkemelerindeki hâkim ve savcılar; istinaf mahkemelerindeki başkan, üye ve savcılar ile yüksek mahkemelerdeki savcılar ve tetkik hakimlerinin; Türk yargı etiği bildirgesinde yer alan yargının evrensel etik kurallarını oluşturan; bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, dürüstlük, eşitlik ile ehliyet ve liyakat ilkelerini meslek hayatlarında kendilerine kılavuz kabul edeceklerine inanılmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti hâkim ve savcılarının takip edecekleri etik ilkeleri belirleyen bağlayıcı bir belge olan bu Bildirge, hâkim ve savcılarının adına karar verdikleri aziz milletimize ve onun her ferdine verilmiş bir sözüdür.⁴⁸

Değişikliklerin ve Yeniliklerin Doğru Anlaşılması, Kabullenilmesi ve Uygulanması: Kurumlarda değişim ve yenilik uygulamaları iyi yönetilmelidir. Kurum sorumluları değişim ve yeniliklerin etkin bir şekilde uygulanmasını nasıl sağlayacaklarını bilmelidirler. Tüm değişim ve yeniliklerin başarılı uygulanmasında insan faktörü temel anahtardır.

47 <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf>

48 https://www.hsk.gov.tr/DuyuruOku/1309_turk-yargi-etigi-bildirgesi-tanitim-toplantisi.aspx



Genelde kişiler değişime karşı olduklarından dolayı, kişiler değişime uyum konusunda motive edilmelidirler.⁴⁹

Yapılan değişikliklerin ve getirilen yeniliklerin felsefinin, anlamının, amacının, kapsamının ve hedeflerinin ne olduğu ilgililere doğru anlatılmalıdır. Uygulayıcılar tarafından bu hususlar kabullenilmelidir. Uygulayıcılar tarafından doğru anlaşılan ve kabul edilen, içselleştirilen bu değişikliklerin ve yeniliklerin sağlıklı bir şekilde hayata geçirilebilmesi için gerekli sistemin kurulması, altyapının kurulması, gerekli çalışmaların yapılması, doğru uygulanması ve kalite kontrolünün sağlanması gerekmektedir. Sürecin doğru anlama, kabullenme, sistem kurma, uygulama ve kalite kontrol halkalarından herhangi birinde herhangi bir aksama uygulamanın doğruluğunu riske sokmaktadır. Ülkede yargısal faaliyetler alanında yapılan değişiklikler ve getirilen yeniliklerin yukarıda sayılan sürecin halkaları bakımından gözden geçirilmesi fayda sağlayacaktır.

Paydaş ve Taraflar ile Sağlıklı İletişim Kurulması: Bir taraftan diğer bir tarafa bilgi ve anlamın ortak kullanılan semboller aracılığı ile aktarılması olarak anlamlandırılan iletişim⁵⁰, mesleki yaşamda hem kurumsal düzeyde hem de kurumlar arasında oldukça önemlidir. Taraflar arasında birbirlerini doğru anlamaya yönelik niyet ve gayret olmalıdır.

Yargısal faaliyetlerin tarafları ve paydaşları ile sağlıklı ve etkin bir iletişim kurulması hem yargısal faaliyetlerin doğru işlenmesini hem de kalitesinin artırılmasını sağlayıcı olacaktır. Yargı sistemine olan güvenin artırılması sorumluluğunu taşıyan kurumlar, bu amacın gerçekleştirilmesinde, konuya ilişkin her bir alanın ortak akla dayalı olarak ve ülkenin tüm kurumlarının birikimlerinden faydalanmalıdır.

Yargı sistemi, bağımsızlık ve tarafsızlık temeline dayalı birden fazla kurumdan teşekkül etmektedir. Söz konusu kurumların, yargıya güvenin daha da artırılması konusunda fikir ve niyet birliği içinde olmaları gerekmektedir. Bunun bir gereği olarak aynı hedefe yönelik kurumsal koordinasyon ile çalışmanın önemine inanılmalıdır. Yargısal faaliyetlerin amacı, kapsamı, içeriği ve tüm süreçleri ile ilgili olarak tüm taraf ve paydaşların ortak hedefi olan vatandaşın memnuniyetinin artırılması ve yargıya olan güvenin sağlanması doğrultusunda, iş birliği içinde çalışılmalıdır.

49 BATEMAN Thomas S., SNELL Scott A., age., s.556.

50 BATEMAN Thomas,S., SNELL Scott A., (2004), age.,s.452.



Kamuoyunun yargı ile ilgili konularda haber alma hakkının sağlanması ve sağlıklı bilgi akışının temini demokrasi açısından büyük önem taşımaktadır. Yargı medya ilişkilerinin kurumsal bir anlayışla yapılandırılmasına ihtiyaç vardır. Yargının medya ile iletişiminin güçlendirilmesi, yargının çalışmaları hakkında kamuoyunun doğru bilgilendirilmesini sağlayacağından yargıya olan güveni artıracaktır.

Farklı Disiplinlerin Bakış Açılarında ve Verilerinden İstifade Edilmesi: Yargısal faaliyetler değerlendirilirken ve politikalar oluşturulurken hukukun farklı disiplinlerinin yanı sıra hukuk dışındaki disiplinlerin bakış açıları da önem taşımaktadır. Disiplinler arası yaklaşım, yargısal faaliyetlerin sorunlarının tespitine ve çözümlerin isabet oranının artırılmasına katkısı nedeniyle vazgeçilmez bir gereklilik olarak görülmelidir.

Yargısal faaliyetler ile ilgili düzenlemelerde disiplinler arası çalışma alanlarının bakış açılarından, ortaya koydukları verilerden faydalanılması önem taşımaktadır. Bu bakış açıları önemli fırsatlar sunmakta ve sistemin yanlış kurgulanmasını engellemektedir. İşletme, yönetim bilimi, psikoloji ve sosyoloji gibi farklı disiplinlerin sunduğu bilgi ve verilerden yalnızca sistemin kurgulanması sırasında değil uygulayıcıların mesleğini icra ederken de faydalanmaları önem taşımaktadır.

Bir kurumun kendi faaliyet ve kaynaklarını diğer kurumların faaliyet ve kaynakları ile karşılaştırması ve kıyaslaması süreci olarak anladığımız benchmarking yönteminin⁵¹ yargıya da fayda sağlayacağını söylemek mümkündür. Kurumun, daha iyi iş ve hizmet üretmeye ulaşmak ve performansını artırmak amacıyla, diğer kurumların iyi uygulama örneklerini bulma arayışı olan bu kıyaslama ve karşılaştırma yönteminin doğru ve bilinçli kullanılması gerekmektedir.

Adalet Bilincinin ve Adalet Eğitiminin Geliştirilmesi: Toplumsal adalet bilincinin gelişmiş olmasının demokrasinin en önemli güvencelerinden biri olduğu bilinmektedir. Bunun için demokrasiyi içselleştirmiş, haklarının farkında olan ve başkalarının haklarına saygıyı davranış biçimi olarak geliştirebilmiş bireylerin varlığı önem taşımaktadır. Bu nedenle, konuyla bağlantılı bir şekilde örgün eğitimin ders müfredatının geliştirilmesi ve okutulması önemli bir gereklilik olarak görülmelidir.

Adalet sisteminin kalitesinin ön şartlarından biri de iyi bir hukuk eğitimidir. Hukuk fakültelerindeki eğitimin nitelik ve içerik olarak gözden geçirilmesine yönelik tartışmalar hukuk camiasında gün geçtikçe

51 BATEMAN Thomas,S., SNELL Scott A. (2004), age.,s.56.



artmaktadır. Hukuk fakültelerinde verilen eğitimin, teorik alandan beslenirken pratik uygulamalarla da somutlaştırılması gerekmektedir. Bunun için hukuk kliniği uygulamalarının yaygınlaştırılması gerekmektedir.

Küreselleşen dünyada hukuksal gelişmeleri takip edebilmek, yabancı mahkeme kararlarına ulaşabilmek ve ülkemiz düzenlemelerinin yabancı ülkelere aktarılabilmesi ve iş birliği gibi konuların karşılanabilmesi için hukukçuların fakülte dönemlerinde iyi bir dil bilmelerini temin edecek tedbirlerin de alınması gerekmektedir. Rekabet ortamı içinde hukuk fakültesi mezunlarının mesleki yabancı dile hakimiyeti de artık bir zorunluluktur.

Yargı sisteminin kalitesi açısından yardımcı adalet personelinin de iyi yetiştirilmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Yargı hizmetlerinin gerektirdiği yeni alanların da göz önünde bulundurulması suretiyle adalet meslek yüksekokullarında verilen eğitimin çeşitlendirilmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Hâkim, savcı ve avukat yetiştirilmesi için hukuk fakültelerindeki eğitimin yanı sıra, adaylık dönemindeki staj eğitiminin etkin ve verimli verilmesinden sonra da hizmet öncesi ve hizmet içi eğitimin de ele alınmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Hâkim ve Cumhuriyet savcıları için her yıl belli bir süre hizmet içi eğitimin zorunlu hale getirilmesi faydalı olacaktır⁵².

Yargısal Faaliyetler ile İlgili Sorunların ve İhtiyaçların Tespiti ve Çözümü Çalışmalarının Yapılması: Yargısal faaliyetler ile ilgili sorunların ve ihtiyaçların tespiti ve çözümünde kesinlikle ve öncelikle bilimsel araştırmalar ve incelemeler yapılmalı; somut ve objektif veriler ve bilgiler elde edilmeli; bu veri ve bilgiler üzerine bilimsel yöntemlere dayalı geçerli, gerçekçi, etkin ve uygulanabilir, somut çözüm önerileri oluşturulmalıdır. Bu çerçevede, konularla ilgili değişik analizler yapılmalı ve değişik anketler düzenlenmelidir.

Yaşanan ekonomik, teknolojik ve toplumsal dönüşümlerin, yargısal faaliyetleri de etkileyeceği hesaba katılmalıdır. Bu değişimler, hukuk kurallarının hazırlanmasında, değiştirilmesinde ve uygulanmasında dikkate alınmalıdır. Demokratik ülkelerde halkın karar verme süreçlerine katılımının artmasıyla birlikte, hizmet alanların ve hizmet sunanların görüşleri ve algıları, hukuk kurumlarının nasıl işlediklerini etkilemektedir.

Yargısal hizmetlerin kalitesi, dava taraflarına ve uygulayıcılara yönelik geliştirilmiş anketler vasıtasıyla ölçülebilmektedir. Anketler

52 Adalet Bakanlığı Yayını, www.adalet.gov.tr.

kurumun güçlü ve zayıf yanlarının tespit edilmesinin yanı sıra geleceğe yönelik olarak atılması gereken adımlarda da yol gösterici niteliktedir. Bu itibarla güven ve memnuniyet anketlerinin sürekli hale getirilmesi önem taşımaktadır. Anket sonuçları uyarınca gerekli çalışmalar yapılmalıdır⁵³.

Ülkemizdeki yargısal faaliyetler ile ilgili çalışmalarda; bireysel başvuru istatistikleri ile, yıllık adli istatistik verilerinden yararlanmak mümkündür. Anayasa Mahkemesi aylık bazda ve periyodik düzeyde bireysel başvuru istatistiklerini yayınlamaktadır. Başvuruların kabul edilemezlik oranları ile ihlal oranları verilmekte, başvurularda öne sürülen haklar ve özgürlüklerin türü bakımından analizleri yapılmaktadır.⁵⁴ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü de yıllık bazda adli istatistikleri yayınlamaktadır. Adli istatistikler; adli işlemin güncel durumunun analiz edilmesi, davaların seyri, suç ve suçluluk hareketleri ile adli olayların ülke genelindeki dağılımının görülmesi, yargı sisteminin uluslararası yargı sistemleriyle karşılaştırılabilmesi, mevzuat etki analizleri yapılarak ihtiyaç duyulan mevzuatın hazırlanmasında kullanılmaktadır. Böylece, yargı politikaları bilimsel gerçekler, ölçülebilir veriler ve gözlemlenen olgular ışığında oluşturulabilmektedir. Bu şekilde ortaya çıkan çözüm ve yenilik politikalarının, toplumsal yapıya daha uyumlu olacağını özellikle belirtmek gerekir.⁵⁵

‘Yargısal Faaliyetlerin Stratejik Yönetimi’ Konulu Bir Dersin Oluşturulması: Hukuk fakültelerinde ve adalet meslek yüksekokullarında klasik hale gelmiş, kadimden gelen uygulama üzerine ana hukuk dalları anlatılmaktadır. Yargının yeni gündeme gelen ve temel hukuk dallarının dışında kalan hususlarının anlatımı eksik kalmaktadır. Güncel olan ve sonradan ortaya çıkan konular tek başlarına bir disiplin oluşturamamaktadırlar ve uygun bir çatı altında da henüz birleştirilemediler. Sonuç olarak, ortaya çıkan yeni kavramlar önemli olmalarına rağmen hak ettikleri muameleyi göremediler. Yargının kalitesinin artırılması, yargı ile ilgili insan memnuniyetinin artırılması, yargıya olan güvenin sağlanması açısından; yeni ortaya çıkan ve müfredatta yer almayan konuların bu ders ana başlığı altında toplanması zorunlu hale gelmiştir.

Kurumun faaliyet alanı ile ilgili belirlediği stratejilerin planlanması için gerekli araştırma, inceleme, değerlendirme ve seçim çabalarını planlama; belirlenen stratejilerin uygulanabilmesi için kurum içi her türlü yapısal ve motivasyonel tedbirlerin alınarak yürürlüğe konulmasını;

53 Adalet Bakanlığı Yayını, www.adalet.gov.tr.

54 **Görünüm**, Anayasa Mahkemesi, sayı 23, 2020, s.26-31.

55 Adli İstatistikler 2019, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü.



daha sonra da stratejilerin uygulanmadan önce ve uygulandıktan sonra amaçlara uygunluğu açısından kontrol edilmesini kapsayan ve kurumun sorumlularının faaliyetlerini ilgilendiren süreçler toplamı olarak algılanan stratejik yönetim⁵⁶ anlayışının yargısal kurumlara nasıl yansıtılacağı hususlarında kuramsal ve teorik çalışmalar yapılmalıdır.

Günümüz itibarıyla yargısal faaliyetlerin ihtiyaç duyduğu konular belirlenerek stratejik yönetimi hedefleyen bir ders oluşturulmalı ve zaman itibarıyla ihtiyaçlara göre bu dersin içeriği yeniden düzenlenmelidir. Hukuk fakültelerinde okutulan temel hukuk derslerinin dışında kalan konular bu ders içerisine yerleştirilmelidir. Bir fikir vermesi açısından, şu konular alt başlıklar halinde dersin içeriğinde yer alabilirler: Yargısal faaliyetlerin hukuki düzenlemeler dışında kalan teknik ve diğer bilimler ile ilgili konuları içerebilir. Yargısal faaliyetlerin yürütümü için yargı kuruluşlarına ve yargı mensuplarına hukuki düzenlemeler ile verilen yetki ve sorumlulukların doğru ve sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesi için mesleki ve teknik yetkinlik kazandırılması ve beceri verilmesini sağlayacak konuları kapsayabilir.

Önerilen dersin daha detaylandırılmış içeriği olarak; yargısal karar verme yeteneğinin geliştirilmesi, yargısal kararları yazma tekniği, heyet halinde çalışma tekniği, yargı mensupları arasında ve yargı dışı kişiler ile iletişim ve ilişki, yargı kurumlarının yönetimi, stres ile mücadele, mobingle mücadele, moral ve motivasyonun geliştirilmesi, yetkilendirmede değerlendirme, adil yargılanma ilkelerinin gerçekleştirilmesinin teknik boyutları, yargı etiği, mesleki kapasitenin artırılması, insanların memnuniyetinin ve güveninin ölçülmesi, artırılması, geliştirilmesi, suçlu ve mahkûmlar ile iletişim, yargının hızlandırılması, yargıda eğitim, hukuk dışındaki disiplinlerin yargısal konulara bakış açıları ve verileri, performansa dayalı anlayış, bilişim sistemlerinden yararlanma, kontrol ve denetim gibi konuları ifade etmek mümkündür.

Bu ders hukuk fakültelerinde ders olarak okutulmasının yanı sıra, yargı kurumlarında tüm yargı mensuplarının adaylık dönemlerinde ve meslek içi eğitim programlarında da okutulmalıdır.

VI. YARGISAL FAALİYETLERDE TEMEL BEKLENTİ

Yargısal faaliyetlerin temelde iki tarafı bulunmaktadır. Yargısal faaliyetleri sunan ve yürüten taraf ile yargısal faaliyetlere maruz kalan taraf arasında karşılıklı beklentiler bulunmaktadır. Yargısal faaliyetlerden etkilenen taraflar, yargısal faaliyetlerin doğru ve düzgün gerçekleşmesini,

56 EREN Erol, (2010), 'Stratejik Yönetim ve İşletme Politikası' Beta,s.27.



adil bir yargısal kararın ortaya çıkmasını beklemektedir. Yargısal faaliyetleri gerçekleştiren ve yürüten taraf ise, yargısal faaliyetlerden etkilenenlerin yargısal faaliyetlere güvenmelerini ve inanmalarını beklemektedir. Taraflar kendileri açısından beklentilerini haklı görmekteler ve bu beklentilerinin gerçekleşmesini istemektedirler.

Kamu açısından amaç, bireylerin yargıya güvenlerini sağlamak ve mevcut güven oranını artırarak sürdürmektir. Bu amacın gerçekleştirilmesinin yolu ise, yargısal faaliyetleri doğru ve dürüst gerçekleştirmektir. Bu çerçevede kamu yetkililerinin faaliyetleri ise; yargısal faaliyetleri doğru gerçekleştirmenin araçlarını bulmak, bu araçları kurallaştırmak, kurumsallaştırmak, uygulamak, uygulamayı kontrol etmek, eksiklikleri ve yanlışlıkları tespit etmek ve düzeltici tedbirleri almaktır.

Kamu açısından yargısal faaliyetlerin doğru gerçekleştirilmesi ve sürdürülmesi, karmaşık, çok yapılı ve uzun süren bir süreçtir. Bu sürecin sistematik, planlı, uyumlu ve iyi yürütülmesi gerekmektedir. Yargısal faaliyetlerin doğru ve dürüst gerçekleştirilerek, insanların yargıya güveninin sağlanması ancak sistematik, stratejik ve etkin bir yönetim anlayışı ile mümkündür.

Diğer bir yandan dünyadaki değişik konulardaki gelişmelere ve değişimlere koşut olarak, yargısal faaliyetler ile ilgili beklentiler de değişmiştir. Bu değişimlerin tespit edilmesi ve gerekli düzenlemelerin ve iyileştirmelerin yapılması zorunlu hale gelmiştir. Bu çerçevede, Yargı bağımsızlığı, adalet arayan ve bekleyen insanların mahkemelere sığındığında kullandığı bir hak olarak görülmeye başlanmış, yoksa yargıya sunulmuş bir imtiyaz olarak kabul edilmemiştir. Günümüzde gelinen noktada, Yargı bağımsızlığının temininin yanı sıra, yargı mensuplarının etik hareket etmeleri de beklenmektedir⁵⁷.

Ayrıca, kişiler, yargı faaliyetlerinin masraflarının artması, yargısal faaliyetlerin gecikmesi, yargısal faaliyetler ile ilgili prosedürlerin gittikçe karmaşıklaşması gibi sorunların giderilmesini beklemektedirler. Adil yargılanma hakkı kapsamında; yargılamaların bağımsız, tarafsız ve etkin bir şekilde yapıldığına dair gerek davanın tarafları gerekse kamuoyunda kuvvetli bir inancın olması bir zorunluluktur.⁵⁸ Kamu gücü kişilerin bu beklentilerini karşılamının yol ve yöntemlerini aramalıdır.

57 JAYAWICKRAMA Nihal, "Yargı Bağımsızlığından Yargının Hesap verebilirliğine", (2017), *Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu*, Yargıtay, Ankara, s.23-4.

58 Adalet Bakanlığı, (2018), *Adalet Şurası*, Sonuç Bildirgesi, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını No 58, Ankara, s.271-6.



Kamu gücü, yargıya güvenin sağlanması hususunda, yargının görev ve yetki alanına giren konularda gerekli reformları yapmalı ve yargıda dürüstlüğü güçlendirme ile ilgili çalışmalarda bulunmalıdır. Yargısal faaliyetlerde tatbik edilmesi mümkün ve evrensel kabul gören temel yargı etik ilkelerini açıklamalıdır. Yargı mensuplarının hizmet ettikleri topluma karşı sorumlu olmaları sağlanmalıdır. Yargısal faaliyetler etkin, erişilebilir ve süratli bir biçimde gerçekleşmelidir. Yargısal faaliyetlerin tüm aşamalarında şeffaflık sağlanmalı, insanların yargısal faaliyetleri takip edebilme ve değerlendirmesine imkân sağlanmalıdır.⁵⁹

VII. YARGI REFORMU STRATEJİ BELGELERİ

Yargısal faaliyetlerin yönetim olgusu/olayı bağlamında değerlendirilmesinde, ülkemizdeki yargı reformu strateji belgelerinden bahsetmek yerinde olacaktır. Strateji belgeleri yönetim olgusu açısından incelendiğinde; yargı reformu strateji belgelerinin yönetim olgusunu benimsediği ve önemseydiği anlaşılmaktadır. Ülkede yargısal faaliyetler ile ilgili çalışmaların strateji belgelerine dayandırılması ameliyesi tamda yönetim olgusunun ve stratejik yargı yönetimi anlayışının bir yansımasıdır.

Yargı sisteminde reform ihtiyacı, temel olarak toplumsal taleplere dayanmaktadır. Bu taleplerin karşılanabilmesine ve sistemin ideal işleyişine yönelik reform ise zamana yayılan, tedrici ve dinamik bir yaklaşımı gerektirmektedir. Gerçekleştirilecek olan çalışmalar bu ekseninde ele alınmalıdır. Reform belgeleri ancak alanı doğrudan ya da dolaylı şekilde etkileyen farklı etkenlerin analizi suretiyle hazırlanabilmektedir. Yargı Reformu Stratejisi'ne ilişkin ihtiyaç tespiti, sistematik ve bütüncül bir bakış açısıyla geniş bir durum analizine dayalı olarak yapılmış olmalıdır.

Türkiye'de yargı alanında son yıllarda yasal ve uygulamaya dönük çok önemli çalışmalar gerçekleştirilmiştir. Bu çalışmalar bir plana dayanmaktan ziyade büyük ölçüde acil ihtiyaç duyulan alanlardaki eksikliklerin ortadan kaldırılmasına yönelik olmuştur. Bu nedenle, gelecekte yargı alanında yapılması düşünülen reform çalışmalarının belli bir plan çerçevesinde ve öngörülebilirlik ilkesine göre gerçekleştirilmesi gereksinimi ortaya çıkmıştır. Ülkemizin yargı alanındaki ihtiyaçları ve Avrupa Birliği müktesebatına uyum sürecinin gerektirdiği mevzuat çalışmalarına devam edilmesi gerekçeleri ile 2009, 2015 ve 2019 yargı reformu strateji belgeleri hazırlanmıştır.

2009 Yargı Reformu Strateji Belgesi: 1999 yılının aralık ayında yapılan AB Helsinki Zirvesinde, AB Devlet ve Hükümet Başkanları, Türkiye'nin

⁵⁹ JAYAWICKRAMA Nihal, (2017), age., s. 24- 27.



diğer aday ülkelere uygulanan kıstasları yerine getirmesi şartıyla AB'nin tam üye adayı olduğunu kabul ve ilan etmişlerdir. Buna bağlı olarak, AB ile tam üyelik müzakerelerine başlayabilmek için, Türkiye'nin önüne Kopenhag Siyasi Kriterlerini yerine getirmesini, bir başka deyişle "demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarını teminat altına alan kurumların iyi işletilmesi ve azınlıklara saygı gösterilerek korunmasını sağlamak amacıyla alınması gereken tedbirler konulmuştur. Müteakiben, 17 Aralık 2004 tarihinde Brüksel'de gerçekleştirilen AB Zirvesinde Türkiye ile AB'ye katılım müzakerelerine başlanması kararlaştırılmıştır. Buna bağlı olarak 3 Ekim 2005 tarihinde 35 AB müktesebat faslı çerçevesinde fiilen katılım müzakerelerine başlanmıştır.⁶⁰

Türkiye ile 23'üncü fasıl kapsamında "Yargı ve Temel Haklar" başlığı altında da mevzuat tarama toplantıları düzenlenmiştir. Bu fasılın "tarama sonu raporu" AB Komisyonu tarafından kabul edilerek üye ülkelere onay için sunulmuş. Bununla birlikte, AB yetkililerince Türkiye'nin yargının tarafsızlığı, bağımsızlığı ve etkililiğinin güçlendirilmesine yönelik bir "Yargı Reformu Stratejisi"ni Komisyona sunması gereği dile getirilmiştir.

23'üncü Fasıl ile ilgili karşılıklı mevzuat tarama toplantıları 13 Ekim 2006 tarihinde tamamlanmıştır. Bu toplantılar sırasında Avrupa Komisyonu uzmanları, Türkiye'nin bir yargı reformu stratejisi hazırlaması gerektiğini ifade etmişlerdir. Bu tarihten itibaren Yargı Reformu Stratejisi'nin hazırlanması ile ilgili çalışmalar başlatılmıştır. "Yargı Reformu Stratejisi" taslağını hazırlamak amacıyla Adalet Bakanlığı birimlerinin geniş katılımı ile 3 Ocak 2008'de bir Komisyon oluşturulmuştur. Yargı Reformu Stratejisinin Eylül 2009'da Avrupa Komisyonuna sunulması planlanmıştır⁶¹.

Bu bağlamda, 2007-2013 dönemlerini kapsayan ve TBMM'nin 28/6/2006 tarih ve 877 sayılı kararı ile kabul edilen Dokuzuncu Kalkınma Planı önemli bir belge olma özelliği taşımaktadır. Türkiye'nin 7 yıllık kalkınma stratejisinin belirlendiği bu Plan, AB'ye tam üyelik süreci ile de bir paralellik göstermektedir. Dokuzuncu Kalkınma Planı ve Adalet Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonu Raporunda öngörüldüğü şekliyle, Türkiye'nin AB'ye katılım sürecindeki taahhütleri göz önünde bulundurularak, Adalet Bakanlığı tarafından Strateji Geliştirme Başkanlığı'nın öncülüğünde 2008-2013 yılları kapsayacak bir "Yargı Reformu Stratejisi" taslağı hazırlamak üzere bir Komisyon

60 2009 Yargı Reformu Stratejisi, TC Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı

61 2009 Yargı Reformu Stratejisi, TC Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı.



ihdas edilmiştir. Bu Komisyona Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı'nın yanı sıra birçok birimden yetkililer katılmıştır. Söz konusu strateji taslağı hazırlanırken, öncelikle Türk yargısının, temel hak ve özgürlüklerin korunmasına dayalı olarak bağımsızlık, tarafsızlık ve etkililiğinin sağlanması gibi amaçlar belirlenmiş, daha sonra bu amaçların gerçekleştirilmesine hizmet edecek hedefler tek tek tespit edilmiştir.

2009 Yargı Reformu Stratejisi, aşağıda belirtilen on amaç altında oluşturulmuştur: 1. Yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi, 2. Yargının tarafsızlığının geliştirilmesi, 3. Yargının verimliliği ve etkililiğinin artırılması, 4. Yargıda mesleki yetkinliğin artırılması, 5. Yargı örgütü yönetim sisteminin geliştirilmesi, 6. Yargıya güvenin artırılması, 7. Adalet erişiminin kolaylaştırılması, 8. Uyuşmazlıkları önleyici nitelikteki tedbirlerin etkin hale getirilmesi ve alternatif çözüm yolları geliştirilmesi, 9. Ceza infaz sisteminin geliştirilmesi, 10. Ülkemizin ihtiyaçları ve Avrupa Birliği müktesebatına uyum sürecinin gerektirdiği mevzuat çalışmalarına devam edilmesi.⁶²

2015 Yargı Reformu Strateji Belgesi: Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan 2009 yılı Yargı Reformu Stratejisi Belgesi Bakanlar Kuruluna sunulmasına müteakip uygulanmaya başlanılmıştır. Katılım müzakerelerinin desteklenmesi amacıyla Mayıs 2012'de Türkiye-AB ilişkilerine Adalet hizmetlerinin bağımsız ve tarafsız bir şekilde yürütülmesi, yargılamaların makul sürede sonuçlandırılması, daha hızlı ve güven veren bir adalet sistemi oluşturulması amacıyla yeni Yargı Reformu Stratejisi hazırlanmıştır. Yargıda etkinliğin artırılması için belgede 10 amaç 68 hedef ve 197 strateji öngörülmüştür. Yeni Yargı Reformu Stratejisinde yer alan amaç ve hedeflerin bir kısmı ilk belgede yer alanlarla benzerlik göstermektedir. Bu durum bazı çalışmaların uzun vade gerektirmesi ve bazı alanlarda sürekli gelişime ihtiyaç duyulmasından kaynaklanmaktadır. Adalet Bakanlığı'nda 2011 yılı Ekim ayında Yargı Reformu Stratejisi'nin güncellenmesi amacıyla bir Komisyon kurulmuştur.

Türkiye'de yargının etkin ve verimli işleyişine yönelik reform girişimlerinin etkisini analiz etmek amacıyla Adalet Bakanlığı ve Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP) Türkiye Ofisi tarafından Mayıs 2013 tarihi itibarıyla "Türkiye'de Adaletin Verimli ve Etkin Biçimde İşlemesi için Yargı Reformu Sürecinin Etki Değerlendirmesi Projesi"ne başlanılmıştır. Projenin temel hedefi, Türkiye'de yargı reformu sürecinin

62 2009 Yargı Reformu Stratejisi, TC Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı.



etkisi hakkında detaylı fikir edinmek ve Adalet Bakanlığı Stratejik Planı ile Yargı Reformu Stratejisi'ne dayanılarak, reform çabalarının yargının etkin ve verimli işleyişi üzerindeki etkilerini analiz ederek yargı için hayati öneme haiz stratejik alanları tespit ile sorunlu alanlara yönelik stratejik bir çerçeve geliştirmektir. Proje kapsamında geniş bir analiz yapılmıştır. Ayrıca, edinilen bilgi ve derlenen dokümanların tutarlılığının doğrulanması, Türkiye yargı sisteminin işleyişi, mevcut sorunlar ve ihtiyaçların tespit edilmesine yönelik olarak Bakanlık birimlerine görüş bildirim formları hazırlanmıştır. Yapılan mülakatlar ve düzenlenen görüş bildirim formları cevapları sonucunda rapor hazırlanmıştır. Rapor da dile getirilen sorunlu alanlar ve öneriler Yargı Reformu Stratejisi güncelleme çalışmaları kapsamında metine yansıtılmıştır. Yeni Yargı Reformu Stratejisi 2 Mart ve 8 Nisan 2015 tarihlerinde Bakanlar Kurulu'na sunulmuş ve 17 Nisan 2015 tarihinde düzenlenen tanıtım toplantısı ile kamuoyuna açıklanmıştır⁶³.

2015 yargı reformu stratejisi belgesinin amaç ve kapsamını kısaca belirtmek gerekirse; belgesinde, 10 amaç 68 hedef ve 197 strateji öngörülmüştür. Belgenin amaç ve kapsamında; yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığını güçlendirmek, yargının hesap verebilirliğini ve saydamlığını artırmak, ceza ve hukuk adalet sistemini geliştirmek, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerini geliştirmek ve uygulamada etkililiğini artırmak, adalet alanında uluslararası işbirliğini geliştirmek ve AB katılım sürecinin etkililiğini artırmak, hukuk eğitimi ile meslek öncesi ve meslek içi eğitimini geliştirmek, çocuklar, kadınlar ve engelliler gibi dezavantajlı gruplara yönelik uygulamaları geliştirmek, adalete erişimi geliştirmek, yargısal uygulamalardan kaynaklanan insan hakları ihlallerini önlemek ve insan hakları standartlarını güçlendirmek ve ceza infaz sistemini geliştirmek, başlıkları yer almış bulunmaktadır.⁶⁴

2019 Yargı Reformu Strateji Belgesi: 2019 yargı reformu strateji belgesi, önceki çalışmaları tamamlayan ve takip etmesi beklenen çalışmalara ise zemin hazırlayan bir adım olarak değerlendirilmelidir. Şimdiye kadar yürütülen çalışmalarla; hukuk devletinin güçlendirilmesi, hak ve özgürlüklerin korunup geliştirilmesi, etkin ve hızlı işleyen bir adalet sisteminin oluşturulması amaçlanmıştır. Bu Belge de aynı amaç çerçevesinde ortaya çıkan yeni ihtiyaçların gözetilmesi suretiyle hazırlanmıştır.

63 2015 Yargı Reformu Stratejisi, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, www.sgb.adalet.gov.tr

64 2015 Yargı Reformu Stratejisi, s.14-15.



Belge'de öne çıkan ana başlıkların; hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi, yargı bağımsızlığı, tarafsızlığı ve şeffaflığının geliştirilmesi, insan kaynaklarının nitelik ve niceliğinin artırılması, performans ve verimliliğin artırılması, savunma hakkının etkin kullanımının sağlanması, adalete erişimin kolaylaştırılması ve hizmetlerden memnuniyetin artırılması, ceza adaleti sisteminin etkinliğinin artırılması, hukuk yargılaması ile idari yargılamanın sadeleştirilmesi ve etkinliğinin artırılması, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yaygınlaştırılması, olduğu söylenebilir.

2009, 2015 ve 2019 yargı reformu strateji belgeleri ışığında durum analiz edildiğinde ortaya şu sonuç çıkmaktadır. Ülkemiz yargı sisteminde reform arayışları yeni değildir. Zaman içinde kısmi ya da kapsamlı reform çalışmaları yapılmıştır. Yargı Reformu Stratejisi'nin ilk kez hazırlandığı 2009 yılından itibaren ise plana dayalı reform dönemine geçilmiştir. Bu dönemin ikinci reform belgesi 2015 yılında hazırlanmıştır. Kaydedilen önemli gelişmelere rağmen sistemin rasyonel çalışmasına odaklı reform ihtiyacı güncelliğini korumaktadır. Bu yüzden, 2019 yılı Strateji Belgesi, bu ihtiyaç temelinde güncellenerek hazırlanmıştır.⁶⁵

SONUÇ

Yönetim olgusu/olayı açısından yargısal faaliyetlerin değerlendirilmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Gerçekten de, devletin sunduğu temel kamu hizmetlerinden biri olan yargısal faaliyetlerin belirlenen ve arzulanan nitelikte gerçekleşebilmesi için yönetim olgusunun dikkate alınması faydalı olacaktır. Yönetim olgusunun mevcudiyeti, yargısal faaliyetlerin gerçekleştirilmesi sürecinde belli bir yönetim anlayışının benimsenmesini gerekli kılmaktadır.

Yasaların belirlediği yargısal faaliyetlerin tam bir yetkinlik içinde gerçekleşebilmesi için değişik bilim ve disiplinlerin verilerinden yararlanmak bir zorunluluktur. Bu zorunluluğu karşılamının en iyi yolu ise yargısal faaliyetlere özgülenmiş bir yönetim anlayışına sahip olmaktır. Bu yönetim anlayışı, yargısal faaliyetlerin doğasına ve ruhuna uygun olmalı, yargısal faaliyetlerin bağımsızlığını ve tarafsızlığını zedelememelidir. Yargıya güvenin ve yargıdan memnuniyetin artırılmasının ve sürdürülmesinin, yargıya özgülenmiş bir yönetim anlayışı ile mümkün olacağı unutulmamalıdır.

Yargısal faaliyetlerin yürütülen bir iş ve hizmet olduğu, yargı teşkilatlarının birer kurum olduğu, yargı mensuplarının bir insan

65 2019 Yargı Reformu Stratejisi, TC Adalet Bakanlığı.



kaynağı olduğu, aynı zamanda yargısal faaliyetlerin bir çevresi, tarafları ve paydaşları olduğu kabulü temelinde; yargının verimli, etkin, kaliteli ve sağlıklı çalışmasının, yargıya güvenin sağlanmasının, yargıdan duyulan memnuniyetin artırılmasının, paydaşlar ile uyumlu çalışılmasının, yargısal faaliyetler ile ilgili sorunların tespitinin ve çözüm yollarının bulunmasının, toplumdaki yargı ile ilgili algının pozitif olmasının yolları sürekli aranmalıdır. Tüm bunları sağlamanın yolunun da sistematik ve stratejik bir yönetim anlayışı çerçevesinde bilimsel veriler ve teknik imkanlar ile iyi uygulamalardan geçtiği bilinmelidir.

Yargısal faaliyetlere ilişkin; stratejisi olmayan, birbirinden kopuk, günübürlük ve sadece bazı sorunlara odaklanmış anlayış yerine, vizyonu ve misyonu benimsenmiş ve bir takvim dahilinde önceden belirlenmiş adımların atılmasını öngören bir anlayış benimsenmelidir. Yargısal faaliyetlerdeki uyumsuz uygulamalar uyumlu hale sokulmalı ve eksikliler de tamamlanarak sistematik ve bütüncül bir yapı kurulmalıdır. Bu çerçevede, kamuya, Adalet Bakanlığı'na, yargı kurumlarına, yargı mensuplarına, meslek odalarına ve üniversitelere düşen yükümlülükler etkin bir şekilde yerine getirilmelidir.

Yargısal faaliyetlerin sağlıklı bir şekilde yürütümünü temine yönelik çalışmalar çerçevesinde bir '**Stratejik Yargı Yönetimi Dersi**' oluşturulmalıdır. Bu ders, üniversite müfredatında okutulmalı, ayrıca yargı kurumlarında da, yargı mensuplarının mesleki yetkinliklerinin artırılması programlarında yer almalıdır.



KAYNAKLAR

Adalet Bakanlığı, (2018), **Adalet Şurası**, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayını No 58, Ankara.

Adalet Bakanlığı, (2017), **Uluslararası İstanbul Hukuk Kongresi, Tebliğler**, Adalet Bakanlığı Uluslararası hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, Ankara.

Adalet Bakanlığı, (2016), **Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu**, Adalet Bakanlığı, Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara.

Adalet Bakanlığı, (2017), **Uluslararası Yargı Etiği Sempozyumu**, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Ankara.

Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, (www.sgb.adalet.gov.tr)

Adli İstatistikler 2019, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü.

AKYEL, Recai (2019), 'Stratejik Yargı Yönetimi', **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, sayı 13, Uyuşmazlık Mahkemesi, Ankara 2019

ARSLAN Ramazan ve TANRIVER Süha, (2001), '**Yargı Örgütü Hukuku**', Yetkin Yayınları, Ankara.

ATALI Murat, ERMENEK İbrahim ve ÜNAL KAYA Hilal, (2019), '**Yargı Örgütü**', Seçkin Akademik ve Mesleki Yayınlar, Ankara.

BATEMAN, Thomas S., -SNELL, Scott A., (2004), '**Management**', McGrawHill, pressed in The US.

CAN Halil ve TECER Meral, (1978), '**İşletme Yönetimi**', Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara.

EREN Erol, (2010), '**Stratejik Yönetim ve İşletme Politikası**' Beta.

ERGUN Turgay, (2015), '**Kamu Yönetimi**', TODAİ Enstitüsü, Ankara.

FİŞEK Kurthan, (1975), '**Yönetim**', Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No.387. Ankara.

GATEWOOD, Bob- TAYLOR, Bob- FERRELL, O.C., (1995), '**Management**', Austen Press, Printed the US,

GOURNAY Bernard ve KUNTBAY İhsan, (1971), '**Yönetim Bilimine Giriş**', TODAİ Enstitüsü Yayınları, Ankara.

Görünüm aylık periyodik dergi, Anayasa Mahkemesi, sayı 23, 2020.



GRANT ROBERT M., (2005), 'Contemporary Strategy Analysis', Blackwell Publishing, Australia.

JAYAWICKRAMA Nihal, "Yargı Bağımsızlığından Yargının Hesap verebilirliğine", (2017), Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu, Yargıtay, Ankara, s.23-32.

Kamu Denetçiliği Kurumu, (2016), 'Adalet Sistemimizin Sorunları, İyileştirilmesi ve Güvenirliğinin Artırılması Hakkında Özel Rapor', Kamu Denetçiliği Kurumu, Ankara.

KİLİM Esra Ergüzeloğlu, (2013), 'Türkiye'de Adalet Yönetimi', Siyasal Kitabevi, Ankara.

KÖKSAL Mehmet (2018), 'Yargı Örgütü Hukuku Ders Kitabı', Legal Yayıncılık, İstanbul.

ÖZGEN Hüseyin, YALÇIN Azmi, (2010), 'İnsan Kaynakları Yönetimi', Nobel Kitabevi.

PEKCANITEZ Hakan, ATALAY Oğuz ve ÖZEKES Muhammet, (2017), 'Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı', Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Ragone, Alvaro Pérez, An Approach to Case Management from the Horizontal and Vertical Structure of Court Systems, ZZPInt 23 (2018), s.346-347. <https://www.researchgate.net/publication/336677096>

Sesleniş, Periyodik aylık dergi, Aralık 2019, Van, Dokuzuncu Adalet Bölge Toplantısı.

ŞENSOY Ümit (Çeviren), (2010), **Düz Bir Dünyada Yöneticilik**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, kitabın orijinali ise; BLOC, Susan- WHITELEY, Philip, (2007), How To Manage İn A Flat World,

TORTOP Nuri, (1990), **Yönetim Biliminin Temel İlkeleri**, TODAİE, Ankara.

UNODC, **Commentary on The Bangalore Principles of Judicial Conduct**, Vienna, AUSTRIA.

ÜLGEN Hayri, MİRZE S.Kadri, (2004), **İşletmelerde Stratejik Yönetim**, Literatür Yayınları, İstanbul.

WEERAMANTRY C.G, "Preface", **Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct**, UNODC, s.iii.

Yargıtay, (2017), **İstanbul Bildirgesi Uygulama Tedbirleri Uzmanlar Grubu Toplantısı**, Yargıtay, Ankara.



Yargıtay, (2018), **Yargıtay Etik İlkeleri**, Yargıtay, Ankara.

Yargıtay, (2018), **Yargıda Şeffaflığa İlişkin İstanbul Bildirgesi ve Taslak Uygulama Tedbirleri**, Yargıtay, Ankara.

Yargıtay, (2017), **Karşılaştırmalı Hukukta Yargı Etiği İlkeleri**, Yargıtay, Ankara.

Yargıtay, (2017), **Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Etik İlkeler Çalıştayı**, Yargıtay, Ankara.

Yargıtay, (2017), **Yargıtay Etik, Şeffaflık ve Güven Projesi Açılış Sempozyumu**, Yargıtay, Ankara.

Adalet Bakanlığı Yayını, www.adalet.gov.tr.

<http://www.basin.adalet.gov.tr/EtkinlikArsiv.aspx>, 3011.2018.

<http://www.sgb.adalet.gov.tr/yargi-reformu-guncelleniyor.html>, 16.07.1019

2009 Yargı Reformu Strateji Belgesi, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, www.sgb.adalet.gov.tr

2015 Yargı Reformu Strateji Belgesi, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, www.sgb.adalet.gov.tr

2019 Yargı Reformu Strateji Belgesi, Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, www.sgb.adalet.gov.tr

https://www.hsk.gov.tr/DuyuruOku/1309_turk-yargi-etigi-bildirgesi-tanitim-toplantisi.aspx

<https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf>



ULUSLARARASI MEDENİ ve SİYASİ HAKLAR SÖZLEŞMESİ'nin ve AVRUPA İNSAN HAK ve ÖZGÜRLÜKLERİ SÖZLEŞMESİ'nin EXTRATERRITORIAL UYGULANMASI

(Extraterritorial Application of International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms)

Prof. Dr. Ayşe Füsun ARSAVA¹

ÖZ

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Sözleşmesi insan haklarının korunması bakımından en önemli sözleşmeler olarak kabul edilmektedir. Sözleşmelerin lâfzına göre sözleşmelerin korunmasından istifade etmenin önkoşulu sözleşme tarafı devletlerin egemenlik yetkilerine tabi olmaktır. Devletler ancak günümüzde kendi egemenlik alanları dışında da tasarrufta bulunmaktadır. Devletlerin egemenlik alanları dışındaki tasarruflarının yol açtığı insan hakları ihlallerinden sorumlu tutulma kriterleri Uluslararası Adalet Divanı'nın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ve BM İnsan Hakları Komitesi'nin kararlarında ve görüşlerinde yer almaktadır. Makalede söz konusu kriterler eleştirel bir yaklaşımla değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: La Haye Kara Savaşı Kuralları, etkin ve fiili kontrol, ülkesellik kriteri, jurisdiction (*yargı yetkisi*), Al-Skeini davası, Bankovic davası, Loizidou davası

ABSTRACT

The International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms are recognized as the most important conventions for the protection of human rights. According to the conventions, the precondition for benefiting from the protection is to be a subject to the contracting states. However, states nowadays can exercise authority beyond their

1 Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, e-posta: fusun.arsava@atilim.edu.tr; mahmutarsava@hotmail.com, Orcid No: 0000-0003- 2275-7664

boundaries. Criteria for responsibility for human rights violations caused by the acts of states outside their sovereignty are included in the decisions and opinions of the International Court of Justice, the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee. In the article, these criteria are evaluated by taking a critical approach.

Keywords: Hague Convention on War on Land, Effective control, Territoriality Criteria, jurisdiction, Al-Skeini case, Bankovic case, Loizidou case

GİRİŞ

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin ve Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Sözleşmesinin tarafı bir devletin kendi egemenlik alanı dışında tasarrufta bulunması bağlamında doğan insan hakları ihlallerinin sorumluluğa yol açması akademik olarak ve uygulamada ele alınan önemli konulardan birini oluşturmaktadır. Devletler günümüzde çeşitli şekillerde kendi egemenlik alanları dışında tasarrufta bulunmaktadır. Konunun ele alınmasında 16.12.1966 tarihli Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 2.madde, I.fıkrasından ve 0411.1950 tarihli Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Sözleşmesinin (AİHS) 1.maddesinden hareket edilmektedir. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 2.madde, I. fıkrasına göre *sözleşme tarafı her devlet sözleşmede yer alan haklara saygı göstermek ve kendi ülkesinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabî olan kişilere bu hakları temin etmekle yükümlüdür; AİHS'nin 1.maddesine göre sözleşme tarafı devletler aynı şekilde egemenlik yetkilerine tabi olan kişilere sözleşmenin I. bölümünde yer alan hak ve özgürlükleri temin etmekle yükümlüdür.* Her iki sözleşme insan haklarının korunması bağlamında en önemli sözleşmeler olarak kabul edilmeleri nedeniyle bu sözleşmelerinin uygulanması ve icrası özel bir öneme sahiptir. Sözleşmelerin lâfzına göre sözleşmelerin korumasından istifade etmenin önkoşulu sözleşme tarafı devletlerin egemenlik yetkilerine tabî olmaktır. Bunun için hangi gerekliliklerin yerine getirilmesi konusunda sözleşmeler düzenleme öngörmemektedir. Bu sorunun cevaplandırılması sözleşmelerin uygulanma alanının tayin edilmesi anlamını taşıması nedeniyle önem taşımaktadır. Son yıllarda uluslararası ve ulusal askeri operasyonların artması ve insan haklarının etkin korunma gereksinimi Uluslararası Hukuk alanında bu bağlamdaki tartışmaların öne çıkmasına yol açmaktadır.



I. ULUSLARARASI SEVİYEDE ŞİMDİYE DEK SÖZ KONUSU DURUM

Uluslararası Adalet Divanı BM Genel Kurulu'nun BM Şartı'nın Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 65.madde vd. ile bağlantılı olarak 96.maddeye göre yaptığı talep üzerine verdiği 09.07.2004 tarihli "Legal Consequences of the Construction of a Wall in the occupied Palestinian Territory" (makalede "İsraili Wall Advisory Opinion" olarak geçecektir) başlıklı danışma görüşünde İsrail'in işgal edilmiş Filistin topraklarında inşa ettiği duvarın Uluslararası Hukuka uygunluğunu değerlendirmiştir.² Uluslararası Adalet Divanı Danışma Görüşü'nde İsrail'in işgal edilmiş Filistin topraklarında duvar inşasını geçerli Uluslararası Hukuka uygun düşmediğini ortaya koymakla beraber³ bu bağlamda İnsani Uluslararası Hukukun bir parçası olan IV nolu Cenevre Sözleşmesi'ne saygı gösterilmemesinin prensip olarak insan hakları sözleşmelerinin ihlâlîne yol açmadığı tespitini yapmıştır.⁴ Divan ön sorun olarak bu tespitleri yaptıktan sonra, İsrail'in 3.10.1991'de onayladığı Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin hangi koşullar altında extraterritorial (*ülke dışı*) uygulanmasının mümkün olduğu sorununu ele almıştır.⁵ Divan'ın görüşüne göre Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin prensip olarak extraterritorial uygulanması mümkündür. Bu bağlamda açıklığa kavuşturulması gereken en önemli konu bir devletin ne zaman extraterritorial egemenlik yetkisi kullandığının kabul edilebileceğidir.⁶ İsrail'in işgal edilmiş Filistin topraklarında sözleşmenin 1.maddesine göre egemenlik yetkisi kullanması Divan'a göre bu topraklarda sözleşme haklarının geçerliliğinin iddia edilebileceğini göstermemektedir.⁷ Batı Ürdün 4 Nolu La Haye Kara Savaşı Kuralları Ek Protokolü'nün 42.maddesine göre işgal edilmiş bölge statüsüne sahiptir.⁸ Söz konusu hükme göre düşman devletin ordusunun otoritesine (egemenliğine)

2 (UNGV, Resolution ES-10/14, UN Dok. A/RES/ES-10/14, 8.12.2003)

3 IGH, Legal Consequences of the Construction a Wall in the occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion (İsraili Wall Advisory Opinion), 9.7.2004, I.C.J.Reports 2004, p.136, Rn.143

4 IGH, İsraili Wall Advisory Opinion, Rn.104-106

5 IGH, İsraili Wall Advisory Opinion, Rn.107

6 BUERGENTHAL, Thomas, **The ICJ Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction**, bkzn.: S.Breitenmoser et.al, Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Zürich/Baden-Baden 2007, Dike/Nomos Verlag, s.146

7 IGH, İsraili Wall Advisory Opinion, Rn.127; Sözleşme'nin 4.maddesinde öngörülen olağanüstü hal ilanı ile ilgili düzenleme muvacehesinde 9.madde bu bağlamda uygulama bulmamaktadır

8 IGH, İsraili Wall Advisory Opinion, Rn. 78; "Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land", 18.10.1907

giren toprak işgal altında toprak olarak nitelendirilmektedir. İşgal durumu otoritenin (egemenliğin) fiilen tesis edildiği ve kullanıldığı topraklar için geçerlidir. Uluslararası Adalet Divanı'nın görüşünde BM İnsan Hakları Komitesi'nin görüşlerine yaptığı atıflar bununla beraber egemen gücün işgal edilen topraklarda fiilen kontrol sağlanmaksızın da tasarruflarla tesis edilebileceğini, dolayısı ile insan haklarının ihlâl edilebileceğini ortaya koymaktadır.⁹ Uluslararası Adalet Divanı'nın bunun dışında görüşünde yer alan *"The Court would observe that, while the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory"* ifadesinde yer alan *"it may sometimes"* vurgusu Uluslararası Hukuka uygun extraterritorial egemenlik yetkisi kullanılması ve Uluslararası Hukuku ihlâl eden exterritorial egemenlik yetkisi kullanılması konusunda farklı yorumlara yol açmıştır.¹⁰

Divan'ın bu danışma görüşünden bir yıl sonra karara bağladığı 19.12.2005 tarihli *"Armed Activities on the Territory of the Congo"* davasında verdiği kararda da açıklığa kavuşturulması beklenen bu soru cevaplandırılmamıştır. Uluslararası Adalet Divanı kararında 2004 tarihli danışma görüşüne yaptığı atıfla sadece extraterritorial tasarruflarla insan hakları sözleşmelerinin ihlâl edilebileceğini vurgulamıştır.¹¹ İçtihatlardan çıkan sonuca göre bir devletin ülkesel anlamda kontrolü (otoritesi) altında olmayan bir ülkede hakimiyet gücü kullanması mümkündür (Thomas.Buergenthal, s.147).¹² Bununla beraber devletlerin kendi egemenlik alanlarında egemenlik yetkisi (hâkimiyet gücü) kullanırken doğan insan hakları ihlâlleri nedeniyle sorumlu tutulması doğal bir durum olarak kabul edilirken.¹³ Bu sorumluluk extraterritorial tasarruflar bakımından otomatik olarak kabul edilmemektedir. Uluslararası Adalet Divanı'nın görüşlerine atıfta bulunduğu BM İnsan Hakları Komitesi de extraterritorial tasarruflarla bağlantılı uyuşmazlıklarla iştigal etmektedir. Bu uyuşmazlıklardan biri olan Lopez Burgos v. Uruguay uyuşmazlığında BM İnsan Hakları Komitesi yabancı bir ülkede gerçekleştirilen insan kaçırma olayına ilişkin değerlendirme yapmıştır.

9 KING, Hugh, *The Extraterritorial Human Rights Obligations of States*, bknz.: Human Rights Law Review, Vol. 9, Issue 4 (2009), Oxford University Press, s.528

10 KING, Hugh,, s.528 vd.

11 IGH, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgement, ICJ Reports, 2005, p.168, Rn.216; bu dava aynı şekilde bir bölgenin, Doğu Kongo'da yer alan Huri Distrikt'in Uganda birlikleri tarafından işgali sırasında yaşanan ağır insan hakları ihlâlleri nedeni ile açılmıştır.

12 BUERGENTHAL, Thomas, s.147

13 GRABENWARTER, Christoph /PABEL, Katharina, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 6.Auflage, München 2016, MANZ Verlag Wien, §17, Rn.13

Arjantin'de siyasi mülteci olarak yaşayan Lopez Burgos Temmuz 1976'da bir Uruguay ajanı tarafından kaçırılmış, işkence görmüş ve Uruguay askeri mahkemesi tarafından mahkum edilmiştir.¹⁴ Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin extraterritorial uygulanabilirliği ile ilgili olarak BM İnsan Hakları Komitesi öncelikle Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 2.madde, 1.fıkrasının ve Sözleşme'ye Ek I Nolu İhtiyari Protokol'ün 1.maddesinin Sözleşme'nin ve İhtiyari Protokol'ün extraterritorial tasarruflara uygulanmasını engellemediğini, diğer bir ifade ile extraterritorial tasarruflara uygulanabilirliğini tespit etmiştir.

BM İnsan Hakları Komitesi'nin görüşüne göre Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 2.madde, 1.fıkrasının sözleşme tarafı devletlerin kendi egemenlik alanlarında sözleşmeyi ihlâl ettiği kabul edilen tasarrufları başka bir devletin ülkesinde yapmalarını caiz kılar şekilde yorumlanması mümkün değildir.¹⁵ Ülkesellik kriterinin geri çekildiği BM İnsan Hakları Komitesi'nin 26.05.2004 tarihli 31 Nolu "General Comment" ile de teyit edilmiştir.¹⁶ Buna göre sözleşme tarafı devletler ülkelerinde bulunan herkese ve egemenlik yetkilerine tabî herkese sözleşmede yer alan hakları temin etmekle mükelleftir.¹⁷ Bu şekilde sözleşme tarafı devletler sözleşmede yer alan hakları egemenlik yetkisine tabî veya etkin kontrolü (*power or effective control*) altında bulunan herkese tanımak ve saygı göstermekle mükelleftir.¹⁸ Alıntı yapılan durumlar bağlamında da "*power or effective control*" kriterine açık bir gönderme yapılmamıştır). Egemenlik gücüne tabî olma veya etkin kontrole girmenin sadece askeri güç kullanılması ile mümkün olabileceği konusunda "General Comment" in lâfzında bir ipucu bulunmamaktadır. Bu nedenle bir kişinin ne zaman sözleşme tarafı bir

14 MRA, Sergio Ruben Lopez Burgos v. Uruguay, Communication No.R.12/52, UN.Doc.Supp. No.40

15 MRA, Lopez Burgos, Rn.12.3; MRA, Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay, Communication No.R.56/1979, UN.Doc.CCPR/C/OP/1 at 92 (1984), Rn.10.3;

WILDE, Ralph, **Legal "Black Hole"? Extraterritorial State Action and International Treaty Law on Civil and Political Rights**, bkzn.: Michigan Journal of International Law (2005), s.791

16 MRA, General Comment No.31(80), Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, UN Dok.CCPR/C/21 Rev.1/Add.13 (General Comments), 26.5.2004

17 MRA, General Comment No.31, Rn.10

18 BERNSTORFF, Jochen von, Die völkerrechtliche Verantwortung für menschenrechtswidriges Handeln transnationaler Unternehmen: Unternehmensbezogene menschenrechtliche Schutzpflichten in der völkerrechtlichen Spruchpraxis, bkzn.: INEF Forschungsreihe-Menschenrechte, Unternehmensverantwortung und Nachhaltige Entwicklung, 05/2010, Duisburg, s.19



devletin extraterritorial tasarrufları bağlamında egemenlik gücüne tabî kabul edileceği konusunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. BM İnsan Hakları Komitesi takip eden zamanda “effective control”un anlamı konusunda beyanda bulunmamıştır.¹⁹

II. AVRUPA İNSAN HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ SÖZLEŞMESİ'nin 1.MADDESİ – AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'nin KARARLARI

AİHM'nin bir dizi yeni kararında AİHS'nin 1.maddesi muvacehesinde bir devletin ne zaman extraterritorial yetki kullanmasından söz edilebileceğini ele almıştır. Bu kararların bir kısmında yabancı bir ülkenin kontrolünün ele geçirilmesi, bir kısmında ise münferit kişi yahut kişi grupları üzerinde hakimiyet ve kontrolün (authority and control) kurulması söz konusudur.²⁰

1996'da karara bağlanan “Loizidou - Turkey” davası dikkatleri çeken bir davadır. Davada Türkiye'nin egemenlik alanı dışında bulunan Kuzey Kıbrıs'ta AİHSK'de yer alan hakların ihlâli iddia konusu olmuştur.²¹ Kuzey Kıbrıs'ın Türkiye'nin etkin kontrolü altında olması nedeniyle (effective overall control), Türkiye'nin Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nin organlarının tasarrufları ve uygulamaları üzerinde kontrol yetkisine sahip olup olmadığı, Türkiye'nin sorumlu tutulması bakımından ayrıca bir inceleme konusu yapılmamıştır. Etkin kontrol altında tutulan bölgeler için AİHM kararına göre bu kontrolün kendi silahlı güçleri veya kontrol altında tutulan bölge yönetimi tarafından sağlanması arasında fark yapılmaksızın, bölgede etkin kontrol sağlayan devlet Sözleşme haklarını temin etmekle yükümlüdür.²²

AİHM 2001'de karara bağladığı “Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States” davasında da bu yaklaşımı kararına esas almıştır.²³ Dava Belçika, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda, İtalya, Luxemburg, Hollanda, Norveç, Polonya, Portekiz, İspanya, Türkiye ve İngiltere'ye karşı açılmıştır. NATO uçakları Yugoslavya iç savaşı esnasında 23.04.1999'da bir Sırp radyo ve televizyon kurumunu bombalamıştır. Bombardımandan

19 CLEVELAND, Sarah Hull, **Embedded International Law and the Constitution Abroad**, bkz.: Columbia Law Review 110 (2010), s.253

20 bkz.: EGMR: Al-Skeini and others v. The United Kingdom (Grand Chamber), Nr.55721/07 (7.7.2011), Rn.131 vd.

21 EGMR, Loizidou v. Turkey, Nr.15318/89 (18.12.1996); EGMR, Loizidou v. Turkey (Preliminary Obligations), Nr.15318/89 (23.3.1995)

22 EGMR, Cyprus v. Turkey, Nr.25781/94 (10.5.2001), Rn.76

23 EGMR, Nr.52207/99 (12.12.2001)



etkilenen kişilerin AİHM’de açtıkları dava, bu kişilerin hava operasyonu esnasında NATO devletlerinin egemenlik gücüne tabî olup olmadıkları sorusunu yeniden gündeme getirmiştir. Dava hava saldırıları ile yeterli bir egemenlik gücünün tesis edilmeyeceği gerekçesine istinaden reddedilmiştir.

Egemenlik gücü prensip olarak öncelikle ülkesel tesis edilir; ancak istisnai özel durumlarda egemenlik gücünün extraterritorial tasarruflarla tesis edilmesi mümkündür. Yabancı bir egemenlik alanında belli bir bölgede hukuka uygun olup olmadığından bağımsız olarak kişiler üzerinde egemenlik gücü ve etkin kontrol sağlandığı takdirde istisnai olarak egemenlik gücünün tesis edildiği kabul edilmektedir. Bu bölgede oturan insanların askeri işgal, davet, onay verme, rıza gösterme sonucu olarak aslî hükümet yerine başka bir devletin hükümetinin tasarruflarına tabî olması bu istisnalara örnek teşkil etmektedir; diplomatik yahut konsolosluk görevlilerinin yabancı bir ülkede tasarrufla bulunması, yabancı devlet adına kayıtlı yahut onun bayrağı ile dolaşan gemide yahut uçağında tasarrufla bulunulması durumlarında adına yetki kullanılan devletin egemenlik yetkisi kullandığı kabul edilmektedir. AİHM’nin içtihadına göre yabancı bir egemenlik alanında kişiler üzerinde egemenlik gücünün kullanılması ve kontrolün sağlanması hukuka uygunluk kriterinden bağımsız olarak sorumluluk için yeterli kabul edilmektedir. Egemenlik gücünün extraterritorial kullanılması bağlamında İngiltere’de “*Supreme Court of the United Kingdom*” tarafından karara bağlanan “*Al-Skeini v. Secretary of State for Defence*” davası dikkat çeken bir başka davadır.²⁴ Dava 6 Irak’lı sivilin İngiliz silahlı güçleri tarafından Basra’da öldürülmesi nedeniyle açılmıştır. Bu kişilerin yakınları Savunma Bakanlığı’ndan olay hakkında soruşturma yapılmasını talep etmiştir. Açılan davada davacılar İngiltere’nin silahlı güçlerinde yer alan askerlerin eylemlerinin AİHS’yi ulusal hukuka enkorpe (*iktibas*) eden 1998 tarihli Human Rights Act ile bağdaşmadığını iddia etmiştir. Supreme Court, AİHM’nin bu konuda şimdiye dek vermiş olduğu kararlara gönderme yaparak ateş açılması sonucu ölen kişilerin İngiltere’nin etkin kontrolünde olan hapisanelerde kötü muamele nedeniyle ölenlerden farklı olarak İngiliz silahlı güçlerinin otoritesi altında olmadığını, bu nedenle iddiaların kabul edilemez olduğunu karara bağlamıştır.²⁵

24 SCHAEFER, Max, *Al-Skeini and the Elusive Parameters of Extraterritorial Jurisdiction*, bkz.: *European Human Rights Law Review* 5 (2011), 572 vd.

25 SCHAEFER, Max, s.573 vd.

Banković kararı ışığında karar mantiki gözükmektedir. Banković olayında NATO'nun etkin kontrolü altında olmayan bir bölgede hava saldırıları sonucu insanlar öldürülmüştür; Al-Skeini olayında da aynı şekilde İngiliz silahlı kuvvetlerinin fiilen etkin kontrolü altında olmayan bir bölgeye ateş açılması sonucu insanlar öldürülmüştür. Davaya bakan AİHM Büyük Dairesi 7.7.2011'de²⁶ ancak Banković kararından saparak İngiltere'nin ve ABD'nin özellikle Irak'ın güneyinde güvenliğin korunması bağlamında normal olarak bir devletin hükümeti tarafından kullanılan yetkileri kullanmalarından hareket ederek, İngiltere ve öldürülen kişiler arasında söz konusu olağanüstü koşullarda (*exceptional circumstances*) AİHS'nin 1.maddesi muvacehesinde sorumluluk bakımından gerekli görülen "jurisdictional link" in (*yargı bağının*) oluştuğunu kabul etmiştir.²⁷

Bu açıklamalar AİHM'nin şimdiye dek geçerli içtihatı ışığında dogmatik kimi sorular ortaya atmaktadır. AİHM kararında²⁸ öncelikle İngiltere'nin ABD ile birlikte La Haye Kara Savaşı Kuralları'nın IV nolu Ek Protokolü'nün 42.maddesi muvacehesinde işgal gücü oluşturduğunu ve Basra'da özellikle güvenlikle bağlantılı idari görevler yerine getirdiğini tespit etmiştir.²⁹ Bu görevlerin yerine getirilmesi AİHM'nin diğer kararları ışığında da egemenlik gücünün kullanılmasına ilişkin güçlü bir emare oluşturmaktadır. AİHM Al-Skeini kararında bu emarelere ilave olarak İngiliz birliklerinin belli ölçüde öldürülen kişiler üzerinde güç ve kontrol kullandığı kabul edilmiştir. AİHM kararında kullanılan bu ifade farklı yorumlara yol açmıştır. Kararda kullanılan ifadenin İngiltere'nin işgalci statüsünün geçiciliğine işaret ettiği ileri sürüldüğü gibi, egemenlik güç ve kontrolünü ön plana çıkardığı veya her iki yaklaşımı kombine ettiği ileri sürülmüştür.³⁰ AİHM Jaloud - The Netherlands kararında da ne zaman exteretorial egemenlik gücünün kullanıldığının kabul edilebileceğini ele almıştır.³¹ İşgal gücü statüsü bu bağlamda ölçü olarak kabul edilmemiştir.

Sözleşme tarafı bir devletin başka bir devletin kararını yahut

26 EGMR, Al-Skeini and Others v. The United Kingdom (Büyük Daire), Nr.55721/07 (7.7.2011), Rn.131 vd.

27 Al-Skeini, Rn.149,150

28 Al-Skeini, Rn.149,150

29 örneğin devriye gezilmesi, tutuklamalar, anti-terör operasyonları, gösterilerin denetimi, önemli ihtiyaçların tedariki ve altyapıların, polis karakollarının korunması gibi

30 SCHAEFER, Max, s.572 vd.

31 EGMR, Jaloud - The Netherlands (Büyük Daire), Nr.47708/08 (20.11.2014)



talimatını icra etmesi *per se* onun Sözleşme yükümlülüklerinden kurtulmasına yol açmamaktadır. Al-Skeini kararı hernekadar AİHM'nin AİHS'nin 1.maddesine ilişkin geçerli yaklaşımına açıklık getirmiş olsa da,³² egemenlik gücünün extraterritorial kullanılmasına ilişkin koşullara açıklık getirmemiştir. Extraterritorial tasarrufta bulunan devletlerin AİHS muvacehesinde sorumluluklarının açık ve tam tespiti oldukça zordur. Al-Skeini kararının ortaya koyduğu üzere AİHM'nin şimdiye dek geçerli içtihadını esas alan ulusal mahkemelerin AİHM'nin kararlarında öngörülmeyen değişik durumlarla karşılaşmaları mümkündür. AİHM'nin içtihatlarında görülen istikrarsızlık ulusal mahkemelerin Strasbourg Mahkemesi kararlarını esas alarak karar vermesini zorlaştırmaktadır. AİHM'nin içtihatlarındaki gelişmeler değerlendirildiğinde kişilerin ne zaman extraterritorial egemenlik gücüne tabî kabul edileceği konusuna açıklık getirilmediği görülmektedir. Bu konuda kriterlerin geliştirilmeye devam ettiği görülmektedir.³³ Baron Alan Fergusson Roger'ın ifadesi ile AİHM'nin içtihat ve kararları tek sesli değildir.³⁴ Uluslararası Adalet Divanı'nın, BM İnsan Hakları Komitesi'nin ve AİHM'nin görüşlerinin kimi konularda birbirine yakın olduğu görülmektedir. Uluslararası Adalet Divanı ve BM İnsan Hakları Komitesi egemenlik gücüne öncelikli olarak ülkesel yaklaşımın esas olduğunu kabul etmekle beraber devletlerin yabancı bir ülkeyi işgal etmeleri (occupied territory) ve etkin kontrollerine almaları halinde etkin ülkesel kontrolden bağımsız olarak (örneğin tutuklama yoluyla) extraterritorial egemenlik gücünün kullanıldığını kabul etmektedir.³⁵

Yukarıda yapılan açıklamaların gösterdiği gibi Uluslararası Adalet Divanı, AİHM ve İnsan Hakları Komitesi Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve AİHS muvacehesinde extraterritorial sorumluluğa ilişkin yorum yapmaktan kaçınmaktadır. Bunun nedeni egemenlik gücünün ağırlıklı olarak ülkesellik kriterine bağlı olarak kullanılması ve extraterritorial tasarruflarda ülkesellik kriterinin istisnai olarak ortaya

32 MALLORY, Conall, European Court of Human Rights, Al-Skeini and Others v. United Kingdom (Application No.55721), Judgement of 7 July, bkzn.: International&Comparative Law Quarterly 61(2012), s.32

33 HALE, Brenda Marjorie, **Argentorum Locutum: Is Strasbourg or the Supreme Court supreme?**, bkzn.: Human Rights Law Review 12(2012), s.68

34 bkzn.: House of Lords, Opinions of the Lords of Appeal for Judgement in the Cause Al-Skeini et al (Respondents) v. Secretary of State for Defence (Appellant), Al-Skeini et al (Appellants) v. Secretary of State for Defence (Respondent), Consolidated Appeals, Appellate Committee, (2007) UKHL 26, Rn.62 vd.

35 EGMR, Öcalan v. Turkey (Büyük Daire) Nr.46221/99 (12.9.2005)



çıkmasıdır.³⁶ Şüphesiz etkin insan hakları korumasının devletlerin kendi ülkeleri dışındaki tasarrufları bakımından önem kazandığı günümüzde bu görüşün modern insan hakları yaklaşımına ne ölçüde uygun olduğu tartışmalıdır. Bu nedenle, örneğin Banković kararı insan hakları korumasında önemli boşluklara yol açması nedeniyle eleştirilmektedir.³⁷ AİHM içtihadının mantığına göre ülkesel kontrolün eksik olduğu durumlarda, örneğin uzaktan ateş açma sonucu ortaya çıkan ölümlerde o topraklarda egemenlik gücünün tesis edildiği kabul edilmeyecektir; buna karşılık kişilerin tutuklanması o topraklarda egemenlik gücünün tesis edildiğine işaret teşkil edecektir.³⁸

AİHM extraterritorial egemenlik gücünün varlığını ne zaman kabul etmektedir? Devletlerin ne zaman kişiler ve ülke üzerinde yeterli ölçüde kontrol yahut güç kullandığı kabul edilmektedir? Extraterritorial tasarruflar bağlamında ortaya çıkan insan haklarını koruma boşlukları ancak ülkesellik kriterinden bağımsız bir yaklaşımla telafi edilebilir.³⁹ Bu yaklaşım extraterritorial tasarruftan etkilenen kişinin nerede bulunduğu konusunda yapılan ayrımı ortadan kaldırdığı gibi Sözleşme devletlerinin Uluslararası Hukuka uygun extraterritorial tasarruflarını insan hakları yükümlülüklerinden kaçınma dayanağı olarak kullanma, diğer bir ifade ile bu tasarruflarının yol açtığı sorumluluklardan kurtulma olanağını ortadan kaldırmaktadır. Extraterritorial tasarruflar bağlamından ortaya çıkan insan haklarını koruma boşluklarının telafisine yönelik olan bu yaklaşım uluslararası sorumluluk hukukuna da uygun düşmektedir. Her devlet kendisine uluslararası yükümlülük olarak tahmil edilebilen insan hakları teminatlarının ihlâlinden sorumludur.⁴⁰ Uluslararası sorumluluk hukuku bakımından Sözleşme tarafı devletlerin extraterritorial tasarruftan etkilenen ülke üzerinde fiilen kontrol sahibi olması önemli değildir.

III. EGEMENLİK GÜCÜ KAVRAMI

Uluslararası hukuk açısından egemenlik gücü kavramının farklı bağlamlarda kullanılması birçok soruyu beraberinde getirmektedir.

36 EGMR, Banković, Rn.59-66

37 EGMR, Banković, Rn.99-66

38 HANNUM, Hurst, **Bombing for Peace: Collateral Damage and Human Rights**, bkzn.: American Society of International Law Proceedings 96(2002), Cambridge University Press, s.989

39 MILLER, Sarah, **Revising Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention**, bkzn.: EJIL, Vol.20, No.4 (2009), Oxford University Press, s.1234

40 bkzn.: BM Genel Kurul rezolüsyonu: Resolution 56/83, UN Dok. A/Res/56/83, 28.1.2002, Art 2 ILC-Drafts on the Responsibility of State for internationally wrongful acts



Egemenlik gücü en kapsamlı şekilde devletin hukuka olarak kullandığı yetkiyi ifade etmektedir;⁴¹ devletin prensip olarak ülkesinin bütününde egemenlik gücü kullandığı esas alınmaktadır. Uluslararası Hukukta geçerli etkinlik prensibi bu bağlamda da geçerlidir. Devletin egemenlik gücüne istinat eden tasarruflarının (devletin değişik birimleri tarafından ihdas edilen) Uluslararası Hukukta kabul görmesi etkin olmasına bağlıdır.⁴² Her devlet egemenliğine istinaden iç işleri ve dış işleri konusunda kendi karar yetkisini kullanır. Devletlerin egemenliği diğer devletlerin egemenliği ile sınırlıdır. Uluslararası Hukukta en geniş anlamı ile “*jurisdiction*” kavramı, devlet tasarruflarının hukuka uygunluğunu (*de iure jurisdiction*) ortaya koyar.⁴³ “*Jurisdiction*”ın bu klâsik anlamını mahkemeler de benimsemektedir. AİHM, AİHS’nin 1.maddesi muvacehesinde egemenlik gücünü ülkesellik boyutu ile yorumlayan Banković kararında bu klâsik yaklaşımı esas almıştır. Uluslararası Adalet Divanı da İsrail tarafından inşa edilen duvar nedeniyle verdiği danışma görüşünde benzer yaklaşımdan hareket etmiştir.⁴⁴ AİHM’nin ve Uluslararası Adalet Divanı’nın kararlarında egemenlik gücünün ülkesellik boyutuna yaptıkları göndermenin ortaya koyduğu gibi egemenlik gücünün ülkesellik boyutu her ne kadar Uluslararası Hukukta ve kamu hukukunda temel kural olarak kabul görse de, egemenlik gücü kavramına konuya bağlı olarak muhtar bir anlam verilmesi gerekmektedir. Klâsik Uluslararası Hukukta egemenlik gücü kavramı öncelikle devletlerin egemenliğini sınırlamak için kullanılmaktadır. AİHS’nin 1.maddesi ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 2.madde, 1.fıkrası anlaşma tarafı devletlerin riayet etmek zorunda oldukları insan hakları mükellefiyetlerini düzenlemektedir. Her iki anlaşmanın ilgili hükümleri anlaşma tarafı devletlerin insan hakları sorumluluklarını düzenlemektedir. Dolayısı ile bu hükümler bağlamında egemenlik gücünün kabulü için özel bir gerekçelendirme gerekmemektedir. Bu nedenle bu bağlamda devlet ve tasarruftan etkilenen bireyler arasındaki hukuki bağ yerine insan hakları yanlısı “*de facto iurisdiction*”a (*fili yargı yetkisine*) istinat edilmektedir. Bunun sonucu olarak AİHM’nin egemenlik gücüne esas aldığı ülkesellik boyutu ve ondan çıkarılan zorunlu sonuçlar ortadan kalkmaktadır.

41 OXMAN, Bernhard H., **Jurisdiction of States**, bknz.: MPEPIL (2007), Oxford University Press, Rn.1

42 HERDEGEN, Matthias, **Völkerrecht**, 17.Aufl. München 2018, §8, Rn.8

43 OXMAN, Bernard H.

44 IGH, Israeli Wall Advisory Opinion, Rn.109



Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31.madde, II.fıkrasına göre dikkate alınması gereken her iki anlaşmanın dibacesi insan haklarının etkin ve evrensel korunması bakımından son derece önemlidir. AİHS'nin dibacesine göre Sözleşme BM İnsan Hakları Bildirisi esas alınarak hazırlanmıştır. Sözleşme, Sözleşmede yer alan hakların evrensel ve etkin şekilde tanınması ve onlara riayeti sağlama amacı gütmektedir. Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin dibacesi de medeni ve siyasi haklardan istifade eden, korkudan ve fakirlikten kurtulmuş özgür insan idealinden hareket eden BM İnsan Hakları Bildirisi'ne gönderme yapmaktadır. Sözleşme aynı şekilde devletleri insan hak ve özgürlüklerine genel ve etkin saygıyı sağlamakla mükellef kılan BM Şartı'na gönderme yapmaktadır. BM Şartı dibacesinde (1. ve 2. paragrafında) BM halklarının gelecek kuşakları kendi kuşaklarının yaşamları esnasında iki kez tasavvur dışı ıstıraplara boğan savaş belasından koruma ve insan haklarına, onuruna ve bireysel değerlerine ortak saygı gösterme inancı açık şekilde vurgulanmıştır. Etkin, extraterritorial insan hakları korumasının bu amaçlar ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir. BM İnsan Hakları Bildirisi'nde sadece açık şekilde insan haklarının evrensel korunmasına vurgu yapılmamaktadır. İnsan haklarının esasen kendisi evrensel, diğer bir ifade ile bu haklar tüm insanlara tanınmaktadır.⁴⁵ İnsan hakları düzenlemelerine insan olması nedeniyle insanın kendisi düzenlemelere esas alınmaktadır. Dolayısıyla insan hakları korumasında ülke, vatandaşlık bağına değil, insanın kendisine istinat edilmektedir. Bireylerin oturduğu yerin insan haklarının geçerliliğinde esas alınması, bireylerin değil, ülkenin istinat noktası olarak kabul edilmesi anlamını taşır. Sözleşme tarafı devletlerin mükellefiyetlerinin ülke sınırlarında sona ermesi sözleşmelerin evrensel insan hakları koruması yaklaşımı ile bağdaşmamaktadır.⁴⁶

Egemenlik gücüne ülkesel bir boyut verilmesi sözleşmelerde BM İnsan Hakları Bildirisi'ne ve BM Şartı'na yapılan atıflar muvacehesinde ikna edici gözükmemektedir. AİHS'nin dibacesinde yer alan lâfzıyla temel hak ve özgürlükler dünya barışının ve adaletin temelidir. İnsan haklarının korunmasına ilişkin bu evrensel yaklaşımın sözleşmelerin yorumunda da esas alınması gerekmektedir. AİHM Banković

45 BUERGENTHAL, Thomas/THÜRER,Daniel, Menschenrechte: Ideale Instrumente, Institutionen, Nomos Verlag, Baden-Baden 2010, s.3

46 MERON, Theodor, *Extraterritoriality of Human Rights Treaties*, bkz.: AJIL 89(1995), Cambridge University Press, s.80



kararında her ne kadar AİHS'nin evrensel bir Sözleşme olarak yapılmadığını vurgulamış olsa da, bu yaklaşım tarihi nedenlerle ikna edici gözükmemektedir. Sözleşme tarafı devletler İkinci Dünya Savaşı'nın ulusal sınırları aşan acılarını tecrübeyle yaşamıştır. Bu acıların tekrarının önlenmesi amaç olarak öngörülmüştür. AİHS İkinci Dünya Savaşı'nda yaşanan acılara bir tepki olarak ortaya çıkmıştır.⁴⁷ Sözleşme tarafı devletler bu esastan hareket ederek tüm tasarruflarında saygı göstermekle mükellef oldukları prensipleri Sözleşmede tescil etmişlerdir. İnsan hakları sözleşmeleri ortak çıkarları "*common interests*" (ortak çıkar), diğer bir ifade ile "*interests of mankind*"ı (ortak değer) korumaktadır.⁴⁸ İnsan hakları korumasının insanlığa ilişkin bir konu olması, AİHS'nun geçerliliğinin Avrupa ile sınırlanmasını mümkün kılmamaktadır. Uluslararası insan hakları koruması, insan haklarının tüm insanlar için, vatandaşlıktan yahut oturdukları yerden bağımsız olarak temin edilmesi amacına matuftur. Uluslararası insan hakları korumasına ilişkin hükümlerin geniş yorumlanması bu nedenle insan haklarının anlam ve amacına uygundur.

SONUÇ

Egemenlik gücü kavramı zorunlu olarak ülkesel boyut esas alınarak yorumlanmak zorunda değildir. Anlaşmaların gerek sistematigi, gerekse lâfzı açık bir şekilde geniş yoruma izin vermektedir. İnsan haklarının uluslararası toplumun temel taşı olarak taşıdığı anlam ve ağır ve sistematik insan hakları ihlalleri tecrübeleri insan hakları anlaşma hükümlerinin geniş yorumlanmasını gerektirmektedir. Sözleşme tarafı devletlerin ülkeleri dışında yaptıkları her tasarruf bu tasarruflardan bireyler zarar gördüğü nispette egemenlik gücü kullanımı anlamını taşımaktadır. Dolayısıyla tasarrufun Uluslararası Hukuk uygun yahut aykırı olarak ülke içinde yahut ülke dışında yapılması arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Bu yaklaşımın "in line with this, it would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a state party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory" ifadesi ile BM İnsan Hakları Komitesi tarafından da benimsendiği görülmektedir.⁴⁹

47 HARRIS, David John, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3.Aufl., Oxford 2014, s.3

48 ORAKHELASVILL, Alexander, *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, bkzn.:EJIL 14(2003), s.533

49 BM İnsan Hakları Komitesi, Lopez Burgos, Rn.12.3



Birçok devlet süslü abartılı anayasa dibaceleri ile insan haklarının evrensel niteliğini tanıdığını ilan ederek, insan hakları korumasında önde olduğu izlenimi yaratmak istemektedir. Yugoslavya uyuşmazlığında NATO operasyonuna katılan kimi devletler müdahaleyi insan haklarının korunmasına istinat ettirirken, AİHS tarafı devletler extraterritorial operasyonda AİHS'den doğan yükümlülüklerle bağlı olmadıklarını deklare etmişlerdir. Artan extraterritorial askeri operasyonlar çok sayıda insan hakları ihlallerine yol açmaktadır.⁵⁰ Ekonomik imkânları nedeniyle dünya çapında etkin insan hakları koruması yapma olanağı olan devletlerin kimilerinin bu bağlamda kendi ekonomik çıkarlarına öncelik vererek Güvenlik Konseyi'nde veto haklarını kullanarak zorlayıcı önlemlerin alınmasını önledikleri görülmektedir. AİHM Banković içtihadından sapan yeni içtihadını sürdürdüğü takdirde extraterritorial tasarruflar bağlamında insan haklarının korumasında önemli bir adım atılmış olacaktır.

50 Guantaname Bay Naval Base'de tutsaklara yapılan insanlık dışı muamele

**KISALTMALAR:**

AJIL	American Journal of International Law
Art.	Artikel (madde)
Aufl.	Auflage (bası)
CCPR	Covenant on Civil and Political Rights
ECHR	European Court of Human Rights
EGMR	Europäische Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
Hrsg	Herausgeber (editör)
HuV	Humanitaeres Völkerrecht
ICJ	International Court of Justice
IGH	Internationaler Gerichtshof
ILC	International Law Commission
INEF	
MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law
MRA	Menschenrechtsausschuss
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
UNGV	



KAYNAKLAR

BERNSTORFF, Jochen von: **Die völkerrechtliche Verantwortung für menschenrechtswidriges Handeln transnationaler Unternehmen: Unternehmensbezogene menschenrechtliche Schutzpflichten in der völkerrechtlichen Spruchpraxis**, bkzn.: INEF Forschungsreihe-Menschenrechte, Unternehmens- verantwortung und Nachhaltige Entwicklung, 05/2010, Duisburg

BUERGENTHAL, Thomas: **The ICJ Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction**, bkzn.: S.Breitenmoser et.al, Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Zürich/Baden-Baden 2007, Dike/Nomos Verlag

CLEVELAND, Sarah Hull: **Embedded International Law and the Constitution Abroad**, bkzn.: Columbia Law Review 110 (2010)

GRABENWARTER, Christoph/PABEL, Katharina: **Europäische Menschenrechts-konvention**, 6.Auflage, München 2016, MANZ Verlag Wien

HALE, Brenda Marjorie : **Argentorum Locutum: Is Strasbourg or the Supreme Court supreme?**, bkzn.: Human Rights Law Review 12(2012)

HANNUM, Hurst: **Bombing for Peace: Collateral Damage and Human Rights**, bkzn.: American Society of International Law Proceedings 96(2002), Cambridge University Press

HARRIS, David John/O'BOYLE, Michael/BATES, Ed/BUCKLEY, Carla: **Law of the European Convention on Human Rights**, 3.Aufl., Oxford 2014

HERDEGEN, Matthias: **Völkerrecht**, 17.Aufl. München 2018, §8, Rn.8

KING, Hugh: **The Extraterritorial Human Rights Obligations of States**, bkzn.: Human Rights Law Review, Vol. 9, Issue 4 (2009), Oxford University Press

MERON, Theodor: **Extraterritoriality of Human Rights Treaties**, bkzn.: AJIL 89(1995), Cambridge University Press

ORAKHELASVILI, Alexander: **Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights**, bkzn.:EJIL 14(2003)



OXMAN Bernard H.: **Jurisdiction of States**, bknz.: MPEPIL (2007), Oxford University Press, Rn.1

REDDER, Jan-Philipp: **The Extraterritorial Application of the ICCPR and the ECHR**, HuV 2018, Issue 3-4, pp 261-275, December 2018, Berliner Wissenschafts Verlag

SCHAEFER, Max: **Al-Skeini and the Elusive Parameters of Extraterritorial Jurisdiction**, bknz.: European Human Rights Law Review 5 (2011)

WILDE, Ralph, **Legal “Black Hole”? Extraterritorial State Action and International Treaty Law on Civil and Political Rights**, bknz.: Michigan Journal of International Law (2005)



KİŞİSEL VERİ İŞLEME SÖZLEŞMESİ

(*Personal Data Processing Contract*)

Doç. Dr. Gamze TURAN BAŞARA¹

ÖZ

Kişisel veri işleme sözleşmesi, veri işleyen veri sorumlusunun talimatlarına uygun olarak kişisel verileri işlemeyi taahhüt ettiği; veri sorumlusunun da bu işgörme edimi karşılığında ücret ödeme borcu altına girdiği bir sözleşmedir. Veri sorumlusunun, verilerin işlenmesini sağlamak amacıyla bir gerçek veya tüzel kişiyi yetkilendirmesi ihtiyacı, kişisel veri işleme sözleşmesini gündeme getirmektedir. Bu sözleşme, sözleşme serbestisi ilkesine dayanan ve kanunla düzenlenmemiş bir sözleşme türüdür. Kişisel veri işleme sözleşmesinin esaslı unsurları, kişisel verilerin işlenmesi, bunun karşılığında veri sorumlusu tarafından ücret ödenmesi ve son olarak da sözleşmenin taraflarının anlaşmasıdır. Bu anlaşma herhangi bir geçerlilik şartına tabi kılınmamıştır.

Anahtar Kelimeler: Kişisel veri, veri işleyen, veri sorumlusu, veri işleme, isimsiz sözleşme.

ABSTRACT

Personal data processing contract is such a contract according to which the data processor undertakes to process personal data in compliance with the data controller's instructions and the data controller is under the responsibility to pay a fee in return for this obligation to perform the work. The data controller's need to authorize a natural person or a legal person in order to ensure the processing of the data brings up the personal data processing contract. The contract represents a contract type which is based on the principle of freedom of contract and is not regulated by the law. The processing of personal data, the payment of a fee by the data controller in return of this processing and finally, the contract between the parties to the contract constitute the essential components of a personal data processing contract. Personal data processing contract is not subject to any validity requirement.

1 Doç. Dr. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, gamzeturan@gmail.com, Orcid No: 0000-0001-7729-6039

Keywords: Personal data, data processor, data controller, data processing, innominate contract.

GİRİŞ

Kişisel veri işleme sözleşmesi, veri işleyenin, veri sorumlusunun talimat ve menfaatlerine uygun olarak veri işlemeyi taahhüt ettiği, veri sorumlusunun da bu işgörme edimi karşılığında ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Veri sorumlusu ile veri işleyen arasında akdedilen bu sözleşme, “*kişisel veri işleme sözleşmesi*” olarak ifade edilen isimsiz (atıpk) bir sözleşme niteliğindedir. Söz konusu sözleşme ilişkisi, Türk Hukukunun aksine Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nde (GDPR)² ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Bu nedenle çalışmada zaman zaman GDPR’nin ilgili hükümlerine de gönderme yapılmıştır.

Kişisel Verileri Koruma Kanunu’nda (KVKK) veri işleyen ve veri sorumlusu arasındaki ilişki isimsiz bırakılmış ise de Kişisel Verileri Koruma Kurumu’nun yayımladığı uygulama rehberlerinde bu sözleşme ilişkisi için kişisel veri işleme sözleşmesi ifadesi kullanılmıştır.³

Türk Hukukunda kişisel veri işleme sözleşmesinin yasal dayanağını KVKK’nun 3/ğ maddesi oluşturmaktadır. Anılan düzenleme kapsamında veri sorumlusunun veri işleyeni yetkilendirmesi kişisel veri işleme sözleşmesi aracılığıyla gerçekleşmektedir.

GDPR’nin 28. maddesinde ise veri işleyen tarafından işleme faaliyetinin gerçekleştirilmesinin, veri işleyen ile veri sorumlusu arasında veri işlenmesine ilişkin bir sözleşme ya da hukuki işlemin yapılmasıyla mümkün olabileceğine işaret edilmiş ve işlemin içeriğinin asgari şartları belirtilmiştir.

Kişisel veri işleme sözleşmesinde veri işleyenin asli edim yükümlülüğü kişisel verilerin işlenmesi olup veri işleyen veri işleme fiilini değil, işleme fiilinin sonucunu taahhüt etmektedir. Bu bağlamda

2 Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>; Türkçe çevirisi için bkz. <https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR-Türkçe-Çeviri-AB-Bakanlığı.pdf>. (Erişim: 06.09.2020)

3 Veri işleyenleri açıklarken; “*Bu kişiler, kişisel verileri, kendisine verilen talimatlar çerçevesinde işleyen, veri sorumlusunun kişisel veri işleme sözleşmesi yapmak suretiyle yetkilendirdiği ayrı bir gerçek ya da tüzel kişidir*” ifadesine yer verilmiştir (Kişisel Verileri Koruma Kurumu, “*Kişisel Verilerin Korunması Kanuna İlişkin Uygulama Rehberi*, s. 56, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/41784a70-2bac-4e4a-830f-35c628468646.PDF>, Erişim: 06.09.2020)



veri işleme faaliyeti, kişisel verilerin işlenmesi, bu verilerin elde edilmesi, depolanması ve imha edilmesi gibi süreçler içerisinde veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi kapsamaktadır.

Veri işleyen, üstlendiği kişisel veri işleme borcunun konusunu oluşturan iş ve hizmetleri, veri sorumlusunun talimatlarına uygun olarak ve haklı menfaatini gözeterek özenle yerine getirmekle yükümlüdür.

Kişisel veri işleme sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte taraflar arasında tesis edilen yoğun güven ilişkisi şahsen ifayı gerektirmekle birlikte, KVKK bakımından veri işleyen alt işleme yoluyla işlemeyi başkasına yaptırmasına da bir engel bulunmamaktadır.

Kişisel veri işleme sözleşmesini konu alan makalede ilk bölüm kavramsal incelemeye ayrılmış ve bu kapsamda kişisel veri ve veri işleme kavramları açıklanmıştır. İkinci bölümde kişisel veri işleme sözleşmesinin tanımı ve tarafları açıklanmış; bunu takiben üçüncü bölümde hukuki niteliği değerlendirilmiştir. Ardından sözleşmenin şeklinin ele alındığı dördüncü bölüm ve unsurlarının incelendiği beşinci bölüm gelmektedir. Altıncı bölümde sözleşmenin hükümleri üzerinde durulduktan sonra yedinci bölümde sözleşmenin sona ermesine yer verilmiştir. Sekizinci ve son bölümde kişisel veri işleme sözleşmesine aykırılıktan kaynaklanan sorumluluk hususu incelenerek makale tamamlanmıştır.

I. KİŞİSEL VERİ VE VERİ İŞLEME KAVRAMI

Kişisel veri işleme sözleşmesini incelemeye geçmeden önce kişisel veri ve veri işleme kavramlarının ne anlama geldiğini açıklamak gerekir. Türk Hukukunda kişisel veri kavramını açıklayan yasal düzenlemelere rastlanmaktadır. 2016 yılında özel kanun olarak yürürlüğe giren 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun (KVKK) 3. maddesinin d bendinde kişisel veri, *"kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi"* olarak tanımlanmaktadır.⁴

4 Kanun koyucu, kişisel veri kavramının kapsamını sınırlamamak ve uygulama alanını genişletmek amacıyla *"her türlü bilgi"* ifadesini kullanmıştır. Bilginin kişisel veri niteliğinde sayılabilmesi için kanıtlanmış ya da güncel olması gerekmemektedir (AKSOY Hüseyin Can, **Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara: Çakmak Yayınevi, 2016, s. 14; Şehriban İpek Aşıkoğlu, **Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018, s. 9; TAŞTAN Furkan Güven, **Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2. Bs., 2017, s. 38). Kanun'un genel gerekçesinde kişisel veriler, bireylerin kimliklerini belirli hale getirmeye elverişli her türlü bilgi olarak kişinin kimlik, iletişim, sağlık ve mali bilgileri ile özel hayatına, dini inancına ve siyasi görüşüne ilişkin bilgiler şeklinde nitelendirilmektedir (KVKK'nun genel gerekçesi için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>, (Erişim: 08.09.2020)

Hükümden anlaşıldığı üzere tüzel kişilere ilişkin veriler, KVKK'nun kapsamına alınmamıştır. Öğretide bir görüş⁵ tüzel kişilerin koruma kapsamının dışında bırakılmasının isabetli olduğunu kabul etmektedir. Zira Kanun'un amacı, temel hak ve hürriyetlerin korunmasını sağlamak üzere gerçek kişilere yönelik bir koruma öngörmektir. Bir diğer görüş⁶ ise, tüzel kişilere ilişkin veriler, aynı zamanda kimliği belirli ya da belirlenebilir bir gerçek kişiye ait verileri ihtiva ediyorsa, bu ihtimalde söz konusu verilerin de kişisel veri olarak korunması gerektiğini ileri sürmektedir.

Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik'in⁷ 3/1(h) maddesinde kişisel veri, *"belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler"* şeklinde ifade edilmektedir. KVKK'nun aksine anılan Yönetmelik'te elektronik haberleşme sektöründe tüzel kişilere ait veriler de koruma kapsamına alınmıştır.

Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik'te⁸ kişisel veri, *"kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi"* şeklinde tanımlanmaktadır (m. 4/1(i)).

Ulusal düzenlemelerde etkili olan uluslararası metinlerden biri olan 1980 tarihli OECD'nin Rehber İlkeleri'nin⁹ 1/b maddesine göre kişisel veri, tanımlanmış veya tanımlanabilir bir veri sahibine ilişkin herhangi bir bilgi anlamına gelmektedir.

KVKK'na kaynak teşkil eden 1981 tarihli Avrupa Konseyi Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme'nin¹⁰ 2. maddesinde kişisel

5 AYÖZGER ÖNGÜN Çiğdem, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku (Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dahil)**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2. Bs., 2019, s. 10. Aşıkoglu, tüzel kişilerin ticari sır gibi korunması gereken verileri, bankacılık ve rekabet hukuku düzenlemeleri kapsamında gizlilik sözleşmeleriyle korunduğundan tüzel kişiler bakımından kişisel verilerin korunması hukukunun kapsamına alınması gereken bir menfaat olmadığını ileri sürmektedir (Aşıkoglu, *Büyük Veri*, s. 17).

6 BAŞALP Nilgün, **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004, s. 35; TAŞTAN, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 29-30; Aksoy, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 19-20.

7 <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=16405&MevzuatTur=7&MevzuatTer-tip=5> (Erişim: 08.09.2020).

8 <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=32610&MevzuatTur=7&MevzuatTer-tip=5> (Erişim: 08.09.2020).

9 <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandTransborderFlowsofPersonalData.htm>

10 <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0320.pdf> (Erişim: 08.09.2020).



veriler, kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi (ilgili kişi) hakkındaki her türlü bilgi şeklinde tanımlanmaktadır.

1995 yılında yürürlüğe giren 95/46/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi'nin 2(a) maddesine kişisel veri, *“belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye (ilgili kişi) ilişkin her türlü bilgi”* olarak açıklanmaktadır.¹¹

2018 yılında 95/46/EC sayılı Direktifin yerine yürürlüğe giren GDPR'ye göre kişisel veri, *“tanımlanmış veya tanımlanabilir bir gerçek kişiye (veri sahibine) ilişkin her türlü bilgiyi”* ifade etmektedir (m. 4/1).

Yasal düzenlemelerin yanı sıra yargı kararlarında da kişisel veri kavramı açıklanmıştır. Anayasa Mahkemesi kararlarında kişisel veri, belirli ya da belirlenebilir olmak şartıyla bir kişiye ilişkin bütün bilgiler şeklinde ifade edilmektedir.¹²

Yargıtay'ın tanımına göre kişisel veri, *“kişinin, yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çere ile paylaştığı, kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü veridir.”*¹³

Konuya ilişkin ulusal ve uluslararası metinlerde kişisel veri hakkında yapılan açıklamalar öğretide de kabul görmekte ve bu bağlamda kişisel veri, belirli ya da belirlenebilir bir kişiyle ilintili her türlü bilgi şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁴

11 Aynı maddede belirlenebilir gerçek kişi, *“özellikle bir kimlik numarasına ya da fiziksel, fizyolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine ilişkin bir veya daha fazla faktöre dayanarak doğrudan veya dolaylı olarak tespit edilebilen kişi”* olarak tanımlanmıştır (<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML>) (Erişim: 08.09.2020).

12 Başvuru No: 2014/7256, 27.02.2019, par. 57; Başvuru No: 2013/2941, 11.05.2016, par. 49; 02.10.2014 T., 149 E., 151 K.; 09.04.2014 T., 122 E., 74 K.; 19.03.2015 T., 180 E., 30 K.; 12.11.2015 T., 74 E., 102 K.

13 Y. 12. CD., 05.09.2018 T., 2571 E., 7821 K.; 13.04.2016 T., 9759 E., 10938 K.

14 KÜZECİ, Elif **Kişisel Verilerin Korunması**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 4. Bs., 2020, s. 10; MUTLU Muhammet Sefa, **Kişisel Verilerin Soruşturma Evresinde İşlenmesi ve İnsan Hakları Kapsamında Korunması**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s. 27; UNCULAR Selen, **İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 19; Alaattin BÜK, **Bilişim Alanında Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 33; BEYTAR Erbil, **İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018, s. 48; SERT Şeyma, **Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 22; ERASLAN TÜRKMEN Sevgi, **Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019, s. 16. Bir başka tanıma göre kişisel veri, kimliği belirli ya da belirlenebilir bir kişi unsurlarının bir arada bulunmasıyla oluşan verilerdir (AKGÜL Aydın, **Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014, s. 10-16).

Kişisel veriler niteliği itibariyle saymak suretiyle tüketilmeye elverişli değildir. Ancak kişisel veriyi, kişisel olmayan alelade verilerden ayıran iki ölçütten yararlanılmaktadır. Bu kapsamda kişisel veriden söz edilebilmesi için verinin bir kişiyle ilintili ve o kişinin kimliğini belirli ya da belirlenebilir kılacak nitelikte olması gerekir.¹⁵

Kimliğin belirli olması unsurundan anlaşılması gereken, kişinin diğer kişilerden ayırt edilmesidir. Kimliğin belirlenebilir olması ise, kişi henüz diğer kişilerden ayırt edilmiş olmamakla birlikte, ayırt edilmesinin mümkün olduğu anlamına gelir. Bu durumda mevcut kişisel verilerin yanı sıra, doğum yeri, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, parmak izi gibi ek bilgiler kişinin kimliğinin belirlenmesine yardımcı olmaktadır. Bir verinin kişiyi belirlenebilir kılıp kılmadığı, somut olayın şartları dikkate alınarak tespit edilmelidir.¹⁶

Kişisel verilerin örnekleyici olarak sayıldığı Yargıtay kararında¹⁷ *“kişinin, ancak sınırlı bir çere ile paylaştığı nüfus bilgileri, adli sicil kaydı, banka hesap bilgileri, telefon numarası, elektronik posta adresi, parmak izi, DNA’ sı, saç, tükürük, tırnak gibi biyolojik örnekleri, sağlık bilgileri, etnik kökeni, siyasi, felsefi ve dini görüşü, sendikal bağlantıları”* gibi veriler kişisel veri olarak nitelendirilmektedir.

Kişisel verilerin işlenmesi sözleşmesini incelemeye geçmeden önce sözleşmenin konusunu oluşturan veri işleme kavramının da açıklanmasına ihtiyaç vardır. KVKK kapsamında *“kişisel verilerin tamamen*

15 KÜZECİ, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 10; MUTLU, *Kişisel Verilerin Soruşturma Evresinde İşlenmesi*, s. 31; Uncular, *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması*, s. 19 vd.; BEYTAR, *İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması*, s. 51 vd.; SERT, *Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması*, s. 25 vd.; ERASLAN Türkmen, *Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller*, s. 17 vd.; ÇEKİN Mesut Serdar, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2. Bs. 2019, s. 41 vd.; DEVELİOĞLU H. Murat, *6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017, s. 30 vd.

16 AYÖZGER Öngün, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, s. 11-12; AKSOY, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 21, 23; DEVELİOĞLU, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, s. 33 vd.; TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 34-35. Kanun’un gerekçesinde belirlenebilirlik unsuru açıklanırken şu ifadeler yer verilmiştir: *“Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder. Yani veriler: kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtlı ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar. İsim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler gibi veriler dolaylı da olsa kişiyi belirlenebilir kılabilme özellikleri nedeniyle kişisel verilerdir.”* (Bkz. KVKK’nun 3. maddesi gerekçesi).

17 Y. 12. CD., 05.09.2018 T., 2571 E., 7821 K.; 13.04.2016 T., 9759 E., 10938 K.

veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem” olarak açıklanmaktadır (m. 3/e).¹⁸ Hükmün lafzından anlaşıldığı üzere, sayılanlar sınırlayıcı olmayıp örnek niteliğinde olmak üzere kişisel veriler üzerinde gerçekleştirilen işlemler belirtilmiştir. Dolayısıyla ilgili düzenlemede sayılanlara benzer nitelikte kişisel veriler üzerinde gerçekleştirilen diğer işlemler de kişisel verilerin işlenmesi olarak kabul edilebilir.

Anılan düzenlemeden hareketle, kişisel verilerin işlenmesi, bu verilerin elde edilmesi, depolanması ve imha edilmesi gibi süreçler içerisinde veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem olarak ifade edilebilir.¹⁹

Otomatik olan veri işleme faaliyetlerinin tamamı Kanun kapsamına alınmıştır. Burada belirtilen otomatik kavramı, elle tutulan veri dışında teknik destek ile bilgi edinilmesini ifade etmektedir. Bilgisayar, mobil cihaz gibi otomasyon sistemlerinin kullanıldığı her türlü veri işleme kısmen ya da tamamen otomatik yollarla veri işleme sayılmaktadır. Otomatik olmayan yollarla elde edilen veriler ancak bir veri kayıt sisteminin bir parçası olmak kaydıyla Kanun kapsamına alınmıştır.²⁰

18 Benzer bir açıklamaya Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik'te yer verilmiştir. Buna göre işleme faaliyeti, “*kişisel verilerin otomatik olan veya olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, değiştirilmesi, silinmesi veya yok edilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması veya başka bir şekilde elde edilebilir hale getirilmesi, tasniflenmesi veya kullanılmasının engellenmesi gibi bu veriler üzerinde gerçekleştirilen işlem ya da işlemler bütünüdür.*”

19 ROOM Stewart, **Data Protection & Compliance in Context**, Swindon: BCS Learning & Development Limited, 2007, s. 41; BÜK, **Bilişim Alanında Kişisel Verilerin Korunması**, s. 42; Christopher Kuner, **European Data Protection Law, Corporate Compliance and Regulation**, Oxford: Oxford University Press, 2. Edt., 2007, s. 75; BAŞALP, **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, s. 16, 32; AYÖZGER Öngün, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 131; ÖZDEMİR Hayrunnisa, **Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 135; ÇEKİN, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 46; Sert, **Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması**, s. 37; TÜRKMEN Eraslan, **Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller**, s. 85; KÜZECİ, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 371.

20 KÜZECİ, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 371; Uncular, **İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması**, s. 48; BÜK, **Bilişim Alanında Kişisel Verilerin Korunması**, s. 42; BAŞALP, **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, s. 30-31; ERASLAN Türkmen, **Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller**, s. 87; AYÖZGER Öngün, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 132; Sinem UYARER Göçmen, **Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 115; TAŞTAN, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 46. GDPR'de otomatik olan ya da olmayan veri işleme faaliyeti şeklinde bir ayırım yapılmamıştır. GDPR'nin 4/2. maddesinde işleme faaliyeti,

KVKK'nda veri kayıt sistemi, kişisel verilerin belirli kriterlere göre yapılandırılarak işlendiği kayıt sistemi olarak tanımlanmıştır (m. 3/h). İlgili maddenin gerekçesinde veri kayıt sistemlerinin elektronik ya da fiziki ortamda tutulabileceğine, bu kapsamda ad-soyad, kimlik numarası gibi sınıflandırmalar yapılabileceğine işaret edilmiştir. Örneğin bir hastanede yeni doğan bebeğin elle tutulan doğum bilgileri; doğum tarihi ve saati, boy, kilo ve sağlık durumları gibi belirli kriterlere göre yapılandırılarak işlenen verilerden oluşmaktadır. Bu durumda otomatik olmayan yolla işleme söz konusu ise de, veri kayıt sistemi olduğundan, işleme, KVKK kapsamında değerlendirilir. Ancak bir kimseye ait telefon numarasının arızı olarak bir kağıda yazılması, ortada bir veri kayıt sistemi bulunmadığından Kanun kapsamında değildir.²¹

II. KİŞİSEL VERİ İŞLEME SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE TARAFLARI

A. Tanımı

Veri işleyenin açıklandığı KVKK'nun 3/ğ maddesine göre veri işleyen, veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir. Bu hükümden hareketle kişisel verilerin işlenmesi, veri işleyenin veri sorumlusu tarafından yetkilendirilmesiyle mümkün olacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Veri sorumlusu kişisel verilerin işlenmesini sağlamak üzere kurum içinden birini temsil yoluyla yetkilendirebileceği gibi verilerin işlenmesi konusunda kurum dışından üçüncü bir gerçek veya tüzel kişiyi sözleşmeyle de yetkilendirebilir.

GDPR'nin 28/3. maddesinde işleme faaliyetinin gerçekleştirilmesi için, veri sorumlusuyla veri işleyen arasında bir sözleşme ya da başka bir hukuki işlemin yapılması gerektiğine işaret edilmiştir. Anılan düzenlemeye göre, işleme faaliyetinin konusu, süresi, niteliği ve amacı; işlenen kişisel verilerin türü ve veri sahiplerinin kategorisi ile veri sorumlusunun hak ve yükümlülükleri bu sözleşme veya diğer hukuki işlemlerle düzenlenir. Veri işleyen ve veri sorumlusu arasında yapılan hukuki işlemle veri işleyen bir takım taahhütlerde bulunarak veri sorumlusu adına işleme faaliyetini gerçekleştirir.

“otomatik yöntemlerle olsun veya olmasın, kişisel veri veya kişisel veri setleri üzerinde gerçekleştirilen toplama, kaydetme, düzenleme, yapılandırma, saklama, uyarılma veya değiştirme, elde etme, danışma, kullanma, iletişim yoluyla açıklama, yayma veya kullanıma sunma, uyumlaştırma ya da birleştirme, kısıtlama, silme veya imha gibi herhangi bir işlem veya işlem dizisi” olarak tanımlanmaktadır.

21 BAŞALP, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, s. 33; BÜK, *Bilişim Alanında Kişisel Verilerin Korunması*, s. 42; UYARER Göçmen, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 115; TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 47; ERASLAN Türkmen, *Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller*, s. 88.

Veri sorumlusunun verilerin işlenmesini sağlamak amacıyla bir gerçek veya tüzel kişiyi yetkilendirmesi ihtiyacı, kişisel veri işleme sözleşmesini gündeme getirmektedir. Şu halde kişisel veri işleme sözleşmesi, veri işleyen veri sorumlusunun talimatlarına uygun olarak kişisel verileri işlemeyi taahhüt ettiği, veri sorumlusunun da karşılığında bir ücret ödeme borcu altına girdiği bir sözleşme olarak tanımlanabilir.

B. Tarafları

Kişisel veri işleme sözleşmesinin veri sorumlusu ve veri işleyen olmak üzere iki tarafı bulunmaktadır.

1. Veri Sorumlusu

KVKK'nun 3/1 maddesi kapsamında veri sorumlusu, kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi olarak ifade edilmiştir. Veri sorumlusu gerçek kişi olabileceği gibi, şirket, dernek, vakıf gibi özel hukuk tüzel kişileri ya da kamu kurum ve kuruluşları da olabilir. KVKK'nun 16/II. maddesi uyarınca veri sorumluları veri işlemeye başlamadan önce Veri Sorumluları Siciline kaydolmak zorundadır.

Veri sorumlusu, kişisel verileri işleme amacını ve yöntemini belirleyen kişi olarak, işleme faaliyetinin neden, nasıl, hangi sürelerle gerçekleşeceği hususunda karar verme yetkisini elinde bulundurmaktadır. Bu yönüyle veri sorumlusu, koruma sisteminin temel değişkenlerinin tespiti hususunda tasarruf yetkisine sahip gerçek veya tüzel kişidir.²² Bu kapsamda “*kişisel verilerin toplanması, toplama yöntemi, toplanacak kişisel veri türleri, toplanan verilerin hangi amaçla kullanılacağı, toplanan verilerin paylaşılıp, paylaşılmayacağı, paylaşılacaksa kimlerle paylaşılacağı ve verilerin ne kadar süreyle saklanacağı*” hususlarında veri sorumlusu karar verecektir.²³

Tüzel kişiliğe sahip kurumlar bakımından veri sorumlusu ilgili tüzel kişiliğin kendisidir. Örneğin bir anonim şirkette tutulan kişisel veriler açısından veri sorumlusu ilgili şirkettir. Grup şirketi ve bağlı ortaklıklar bakımından veri sorumlusunun kim olacağı sorusuna Kişisel Verileri

22 TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 70. Benzer tanımlar için bkz. UYARER Göçmen, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 116; ÇEKİN, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, s. 49; Sert, *Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması*, s. 46; KÜZECİ, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 17; DEVELİOĞLU, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, s. 42; Lee A. Bygrave, *Data Protection Law, (Approaching Its Rationale, Logic and Limits)*, Hollanda: Kluwer Law International, 2002, s. 21; Kuner, *European Data Protection Law*, s. 70 vd.

23 UYARER Göçmen, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 116.

Koruma Kurumu açıklık getirmiştir. Buna göre bir gruptaki her şirket, kişisel verilerin işleme amacını kendisi belirliyor ve veri kayıt sisteminin tutulmasından kendisi sorumlu ise o takdirde Kanun gereğince kendisi veri sorumlusu sıfatına sahip olacaktır.²⁴

2. Veri İşleyen

Veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi veri işleyen olarak ifade edilmektedir (KVKK m. 3/ğ). Veri işleyen bakımından belirleyici olan unsur, veri sorumlusu adına ve onun talimatları çerçevesinde hareket etmesi gerektiğidir. Veri sorumlusu, veri işleyeni yetkilendirirken genel bir yetki devri yapabileceği gibi belirli görevleri kapsayacak bir yetkilendirme de yapabilir.²⁵

Veri işleyen, kişisel verileri kendisine verilen talimatlar çerçevesinde işleyen bir çalışan olabileceği gibi, veri sorumlusunun bir sözleşme ilişkisi kapsamında hizmet satın almak suretiyle belirlediği üçüncü bir kişi de olabilir. Örneğin bir şirketin çalışanlarının kişisel verilerini yedeklemesi için sözleşme yaptığı bulut hizmeti sağlayıcısı, KVKK kapsamında veri işleyen olarak kabul edilir. Kişisel veri işleme sözleşmesinin tarafı olan bulut hizmeti sağlayıcısı, veri sorumlusu şirketten gelen kişisel verileri yine bu şirketin talimatları çerçevesinde işlemekle yükümlüdür.²⁶

Veri sorumlusu, kişisel veri işleme sözleşmesiyle kişisel verilerin toplanmasında hangi teknolojik sistemlere başvurulacağı ve hangi metotların kullanılacağı, kişisel verilerin hangi yöntemle saklanacağı, kişisel verilerin korunması için alınacak güvenlik tedbirlerinin neler olacağı, kişisel verilerin aktarımının hangi yöntemle yapılacağı, kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi ve anonim hale getirilmesinde hangi

24 Kişisel Verileri Koruma Kurumu , “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Sıkça Sorulan Sorular”, s. 85, (<https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/334ee925-1a83-453d-9b58-9b4ffab4b30e.pdf>, Erişim: 20.09.2020).

25 İlke Gürsel, **İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, s. 135. Kurum tarafından hazırlanan rehberde veri sorumlusunun veri işleyene devredebileceği yetkiler örnek niteliğinde sayılmıştır. Buna göre, “*kişisel verilerin toplanması için hangi bilgi teknolojileri sistemlerinin veya diğer metotların kullanılacağı, kişisel verilerin hangi yöntemle saklanacağı, kişisel verilerin korunması için alınacak güvenlik önlemlerinin detayları, kişisel verilerin aktarımının hangi yöntemle yapılacağı, kişisel verilerin saklanması ile ilgili sürelerin doğru uygulanabilmesi için kullanılacak metot ve kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi ve anonim hale getirilmesi yöntemleri*” devredilebilecek yetkilerdendir (Kişisel Verileri Koruma Kurumu, “Kişisel Verilerin Korunması Kanuna İlişkin Uygulama Rehberi”, s. 57, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/41784a70-2bac-4e4a-830f-35c628468646.PDF>, Erişim: 20.09.2020).

26 TAŞTAN, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 72; ÇEKİN, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, s. 58-59.

yöntemlere başvurulacağı hususlarında karar verme yetkisini veri işleyene bırakabilir.

Veri işleyen, kişisel verilerin neden, nasıl, hangi sürelerle işleneceği hususunda veri sorumlusu tarafından yapılan tespitler doğrultusunda kişisel verileri işleyecektir. Veri sorumlusu gibi veri işleyen de gerçek ya da tüzel kişi olabilir. Bir gerçek veya tüzel kişi aynı anda hem veri sorumlusu hem de veri işleyen olabilir. Örneğin bir bulut bilişim şirketi kendi personeliyle ilgili tuttuğu verilere ilişkin olarak veri sorumlusu sayılırken, müşterisi olan şirketlere ilişkin tuttuğu veriler bakımından veri işleyen olarak kabul edilecektir.²⁷

KVKK'nun 12/II. maddesi uyarınca veri sorumlusu ve veri işleyen, veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler²⁸ bakımından müteselsilen sorumludurlar. Anılan düzenlemenin lafzından hareketle Kanunda sayılan güvenlik tedbirlerinin ihlali halinde ortaya çıkacak zararlardan veri sorumlusu ve veri işleyen müştereken sorumlu olacaktır.

III. KİŞİSEL VERİ İŞLEME SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kişisel veri işleme sözleşmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan ve taraflar bakımından kazandırıcı ve borçlandırıcı etkiyi haiz bir sözleşmedir.

KVKK'nda kişisel veri işleme sözleşmesinin taraflarının yükümlülüklerine ilişkin unsurlar düzenlemiş olmakla birlikte, sözleşmenin ismi zikredilmemiş, kurulmasına ve sona ermesine ilişkin hükümlere yer verilmemiştir.

Kişisel veri işleme sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK), KVKK'nda ya da herhangi bir özel kanunda tüm unsurlarıyla düzenlenmediği için isimsiz (atipik) bir sözleşme olarak nitelendirilmelidir.²⁹ Bir sözleşmenin isimli (tipik) bir sözleşme olarak nitelendirilmesi için sözleşmenin esaslı unsurlarının tümünün kanunda düzenlenmiş olması gerekmektedir.

Kişisel veri işleme sözleşmesini isimsiz sözleşme olarak nitelendirdikten sonra, isimsiz sözleşmenin alt türlerinden hangisine dahil olduğunun belirlenmesi gündeme gelmektedir. İsimsiz sözleşmenin tüm unsurları kanunla düzenlemiş olmakla birlikte, bu

27 Bkz. KVKK'nun 3. maddesi gerekçesi.

28 Bu yükümlülükler: *“kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini ve erişilmesini önlemek, kişisel verilerin muhafazasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almaktır.”* (KVKK m. 12/I).

29 Aynı yönde bkz. TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 121.

unsurların kanunun öngörmediği bir biçimde bir araya gelmesi halinde karma sözleşmeden söz edilir.

Kişisel veri işleme sözleşmesinin esaslı unsurlarından biri, veri işleyen veri sorumlusunun menfaatine ve talimatlarına uygun olarak kişisel verilerin işlenmesi işini üstlenmesidir. Bu yönüyle kişisel veri işleme sözleşmesi, vekalet sözleşmesine ilişkin unsurları ihtiva etmektedir. Vekalet sözleşmesinde olduğu gibi, taraflardan biri, diğer tarafın menfaatine ve talimatlarına uygun olarak bir işgörme borcunu üstlenmekte ve taraflar arasında yoğun bir güven ilişkisi kurulmaktadır. Diğer taraftan veri işleyen veri işleme fiilini değil, işleme sonucunu taahhüt etmektedir. Bu yönüyle ise, eser sözleşmesine özgü sonuç borcunu ihtiva ettiği söylenebilir.³⁰

Yapılan açıklamalar ışığında kişisel veri işleme sözleşmesinin, isimsiz ve karma nitelikli bir sözleşme olduğunun kabulü gerekir.

Kişisel veri işleme sözleşmesinde veri işleyen kişisel verileri işlemeye yönelik olarak üstlendiği edim asli edim yükümlülüğüdür. Veri işleyen, bu sözleşmeyle veri sorumlusunun menfaatine ve talimatlarına uygun olarak onun işini görmektedir. Bu sözleşmedeki asli edim yükümlülüğü, yapma edimidir. Dolayısıyla kişisel veri işleme sözleşmesi amaçsal açıdan bir işgörme sözleşmesi niteliğindedir.

TBK'nun 502/II. maddesinde vekaletle ilişkin hükümlerin, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, bu Kanun'da düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanacağı öngörülmüştür. Anılan hüküm gereğince aslen isimsiz bir sözleşme olan kişisel veri işleme sözleşmesine, KVKK'nda yer alan özel düzenlemeler haricinde vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır.³¹

Kişisel veri işleme sözleşmesinde veri işleyen, asli edim yükümlüsüyken; buna karşılık veri sorumlusu, vekalet sözleşmesine ilişkin TBK'nun 502/III. maddesinin kıyasen uygulanmasıyla, ancak bir teamülün ya da sözleşme hükmünün varlığı halinde ücret ödeme borcu altına girmektedir. O halde kişisel veri işleme sözleşmesi, kural olarak eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir. Ancak uygulamada kişisel veri işleme sözleşmesinde veri sorumlusunun ücret ödeme borcu altına girdiği görülmektedir. Bu durumda ücret

30 TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 121.

31 Sonuç borcuna ilişkin edime ise niteliğine uygun düştüğü ölçüde eser sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır.



kararlaştırılması halinde kişisel veri işleme sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olacaktır.

Kişisel veri işleme sözleşmesi, kural olarak sürekli borç ilişkisi kuran bir sözleşmedir. Bir borç ilişkisinde asli borçlardan en az biri sürekli edimi gerektiriyorsa borç ilişkisi, sürekli borç ilişkisi olarak nitelendirilir.³² İfanın ani ya da sürekli olduğu tespit edilirken, borçlunun faaliyetlerinin değil; alacaklının edime ilişkin menfaatinin gerçekleşmesinin süreye yayılıyor olmasının dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir.³³ Veri işleme sözleşmesinde veri işleyen kişisel veri işleme edimi, kural olarak süreklilik taşıyan niteliğe sahiptir.³⁴

IV. KİŞİSEL VERİ İŞLEME SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Kişisel veri işleme sözleşmesine ilişkin Kanun'da herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Şekil serbestisinin geçerli olduğu bu sözleşme, uygulamada yazılı olarak akdedilmektedir.³⁵

Ayrıca KVKK'nun 9/II-b maddesine göre kişisel verilerin Türkiye'den yeterli korumanın bulunmadığı ülkelere aktarımı, ancak bu konuda Türkiye'deki ve yabancı ülkelere veri sorumlularının yeterli korumanın sağlanacağına yönelik yazılı taahhüt yapmış olması ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun izninin bulunması halinde mümkün olur. Anılan hükümden anlaşıldığı üzere kişisel verilerin yurtdışına aktarımını konu alan kişisel veri işleme sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir.

V. KİŞİSEL VERİ İŞLEME SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

Kişisel veri işleme sözleşmesi kanunda düzenlenmeyen isimsiz (atipik) bir sözleşme niteliğinde olduğundan unsurlarının belirlenmesi önem arz etmektedir. KVKK'nda kişisel veri işleme sözleşmesinin tanımına ve

32 OĞUZMAN Kemal ve ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 17. Bs, 2019, s. 12; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,1*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Bs., 2019, s. 103; SELİÇİ Özer, *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, s. 5 vd.

33 OĞUZMAN ve ÖZ, , C. I, s. 11.

34 İstisnai olarak kişisel veri işleme sözleşmesindeki kişisel veri işleme borcunun ani ya da önemli edim olarak kararlaştırılması mümkündür. Örneğin, sözleşmede veri işleyen, belirli kişisel verileri, bir defaya mahsus olacak şekilde yedekleme borcu altına girmesi halinde ani edimli; her ay yedekleme borcu altına girmesi halinde önemli edimli borçtan söz edilir (TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 125).

35 GDPR'nin 28/IX. maddesine göre veri işleyenle veri sorumlusu arasında yapılacak hukuki işlem ya da sözleşmenin elektronik ortam da dahil olmak üzere yazılı şekilde yapılması zorunludur.

unsurlarına yer verilmemiş ise de, karma sözleşme niteliğinde olduğu kabul edilen bu sözleşmeye, kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ilişkin hükümlerin niteliğiyle bağdaştığı ölçüde tarafların amaç ve menfaatleri esas alınmak suretiyle kıyasen uygulanabileceği görüşünden³⁶ hareketle, vekalet sözleşmesinin ilgili hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle unsurlarının tespiti yoluna gidilebilir.³⁷ Bu kapsamda kişisel veri işleme sözleşmesinin esaslı unsurları, kişisel verilerin işlenmesi, bunun karşılığında veri sorumlusu tarafından ücret ödenmesi (sözleşme hükmü ya da teamül gereği ücret ödemesi gerekiyorsa) ve son olarak da sözleşmenin taraflarının anlaşmasıdır.

A. Kişisel Veri İşleme

Kişisel veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi ifade eden kişisel veri işleme, bu sözleşmenin asli edimini oluşturmaktadır. Vekilin, edimini vekalet verenin menfaatini gözeterek ve onun talimatlarına uygun şekilde özenle yerine getirmesini düzenleyen TBK'nun 505 ve 506. maddelerinin³⁸ kişisel veri işleme sözleşmesine kıyasen uygulanması, veri işleyenin veri işleme edimini, veri sorumlusunun menfaatine ve talimatlarına uygun olarak özenle yerine getirmekle yükümlü olduğu sonucuna ulaştırmaktadır.

Kişisel veri işleme fiili, bir yapma edimi niteliğinde olmakla birlikte, aynı zamanda kişisel verilerin sözleşmeye ve hukuka aykırı olarak işlenmemesine yönelik yapmama edimini de kapsamaktadır.³⁹

36 Karma sözleşmelere uygulanacak hükümlerin tespitinde ileri sürülen kıyasen uygulama görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Yetkin Yayınları, 7. Bs., 2019, s. 961; ARAL Fahrettin ve AYRANCI Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara: Yetkin Yayınları, 12. Bs., 2019, s. 63; GÜMÜŞ Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. I**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 3. Bs., 2013, s. 13; ZEVLİLER Aydın ve K. GÖKYAYLA Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara: Turhan Kitabevi, 18. Bs., 2018, s. 20;; YAVUZ Cevdet, ACAR Faruk ve ÖZEN Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 10. Bs., 2014, s. 28; AYDOĞDU Murat ve KAHVECİ Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**, Ankara: Adaleet Yayınevi, 4. Bs., 2019, s. 39; KILIÇOĞLU M. Ahmet, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019, s. 30.

37 Bu kabul, vekaletle ilişkin hükümlerin, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, bu Kanun'da düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanacağını öngören TBK'nun 502/II. maddesi hükmüne de uygun düşmektedir.

38 ZEVLİLER ve GÖKYAYLA, **Özel Borç İlişkileri**, s. 613; Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. II**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2. Bs., 2012, s. 149 vd.; EREN, **Özel Hükümler**, s. 715; YAVUZ , ACAR ve ÖZEN, **Özel Hükümler**, s. 1193 vd.; ARAL ve AYRANCI, **Özel Borç İlişkileri**, s. 437; AYDOĞDU ve KAHVECİ, **Özel Borç İlişkileri**, s. 799; Haluk TANDOĞAN, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 360-361; KILIÇOĞLU, **Özel Hükümler**, s. 542-543; Walter Fellmann, **Berner Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Art. 394-406**, Bern: Stämpfli Verlag, 1992, Art. 394, N. 25.

39 TAŞTAN, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 129, dnpn. 169.

Vekalet sözleşmesinde ifa edilen edimin sonuç doğurabilmesi için çeşitli edim dışı faktörler bulunur. Bu nedenle vekalet sözleşmesinde edim sonucu değil, edim fiili taahhüt edilmektedir. Dolayısıyla işgörme ediminin sözleşmeye uygun olarak ifa edilmesiyle birlikte, sonuç gerçekleşme bile, vekil işgörme borcunu yerine getirmiş olur.⁴⁰ Kişisel veri işleme sözleşmesinde ise edim sonucunun gerçekleşmesi için edim dışı faktörler bulunmaması sebebiyle veri işleyen, işleme fiilini değil, işleme sonucunu taahhüt etmektedir. Örneğin, kişisel veri işleme sözleşmesiyle kişisel verileri yedeklemeyi taahhüt eden bulut bilişim şirketi, kişisel verileri güvenli bir şekilde yedeklemediği sürece borcunu ifa etmiş olmaz. İşlem sonucunun taahhüt edilmesi yönüyle kişisel veri işleme sözleşmesi, eser sözleşmesine ilişkin sonuç borcunu içermektedir.⁴¹

B. Ücret

Vekalet sözleşmesinde ücret ödeme borcunu düzenleyen TBK'nun 502/III. maddesine göre vekil, ancak bir teamülün ya da sözleşme hükmünün bulunması halinde ücrete hak kazanır.⁴² Anılan hüküm kişisel veri işleme sözleşmesine kıyasen uygulandığında veri sorumlusunun bir teamülün ya da sözleşme hükmünün bulunması halinde ücret ödeme borcu altına gireceği sonucuna varılmaktadır. Başka bir ifadeyle ücret, kişisel veri işleme sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir. O halde ücret kararlaştırılmaksızın da veri işleme sözleşmesi yapılması mümkündür.⁴³ Ancak uygulamada kişisel veri işleme ediminin, sözleşmeyle kararlaştırılan bir ücret karşılığında ifa edildiği görülmektedir.

Veri işleyen sözleşmeye ya da teamüle göre hak kazanacağı ücret alacağına doğumu, diğer işgörme sözleşmelerinde olduğu gibi geçerli bir kişisel veri işleme sözleşmesinin varlığına ve kişisel veri işleme borcunun gereği gibi ifa edilmiş olmasına bağlıdır. Veri işleme borcunun

40 ZEVKLİLER ve GÖKYAYLA, *Özel Borç İlişkileri*, s. 598; KILIÇOĞLU, *Özel Hükümler*, s.538; Gümüş, C. II, s. 124; EREN, *Özel Hükümler*, s. 720; YAVUZ, ACAR VE ÖZEN, *Özel Hükümler*, s. 1164; AYDOĞDU ve KAHVECİ, *Özel Borç İlişkileri*, s. 793; Fellmann, BK OR, Art. 394, N. 256; H. Rolf Weber, *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 6. Aufl., 2015, Art. 394, N. 2.

41 TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 126.

42 Vekalet sözleşmesinde ücret hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, *Özel Hükümler*, s. 727; TANDOĞAN, C. II, s. 369-370; YAVUZ, ACAR VE ÖZEN, *Özel Hükümler*, s. 1165 vd.; ZEVKLİLER ve GÖKYAYLA, *Özel Borç İlişkileri*, s. 627 vd.; KILIÇOĞLU, *Özel Hükümler*, s. 538; AYDOĞDU ve KAHVECİ, *Özel Borç İlişkileri*, s. 794-795.

43 TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 130.

gereği gibi ifa edilmemesi halinde ücret talebinde hakkaniyete uygun indirim yapılır.

TBK'nun 147/b. 5 maddesinde vekalet sözleşmesinden doğan ücret alacağının beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu düzenlenmiştir. Anılan hükmün kişisel veri işleme sözleşmesine kıyasen uygulanmasıyla kişisel veri işleyen ücret alacağı bakımından da beş yıllık zamanaşımı süresinin geçerli olduğu söylenebilir.

C. Tarafların Anlaşması

Kişisel veri işleme sözleşmesinin kurulması için veri sorumlusu ve veri işleyen karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması yeterlidir. Tarafların anlaşması unsuru, kişisel veri işleme sözleşmesinin rızai bir sözleşme olmasının bir gereğidir.

Daha önce de ifade edildiği üzere kişisel veri işleme sözleşmesi için bir geçerlilik şekli öngörülmemiş olmakla birlikte tarafların temel yükümlülüklerinin kayıt altına alınması için uygulamada bu sözleşme yazılı olarak yapılmaktadır.

VI. KİŞİSEL VERİ İŞLEME SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Kişisel veri işleme sözleşmesinin taraflarının bu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin yasal dayanağını KVKK'nda ve bunun yanında TBK'nda bulabilmek mümkündür. Karma sözleşme niteliğinde olan kişisel veri işleme sözleşmesine TBK'nun vekalet ve eser sözleşmesine ilişkin hükümlerinin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde uygulanmasıyla tarafların yükümlülüklerinin kapsamı belirlenecektir.

A. Veri İşleyen Yükümlülükleri

Veri işleyen, kişisel veri işleme sözleşmesinin akdedilmesiyle birlikte veri işleme edimini ifa yükümlülüğü altına girer. Tüm işleme edimlerinde olduğu gibi, veri işleyen de edimini özenle ifa etmelidir. Veri işleyen, işleme faaliyetini yerine getirirken veri sorumlusunun talimatlarına uygun davranmakla yükümlüdür. Ayrıca veri işleyen bu sözleşme nedeniyle sır saklama yükümlülüğünden de söz edilebilir.

1. Kişisel Veri İşleme Yükümlülüğü

Veri işleyenin asli edim yükümlülüğü kişisel verilerin işlenmesi olup veri işleyen bu sözleşmeyle veri işleme fiilini değil, işleme fiilinin sonucunu taahhüt etmektedir. Veri işleyen bu yükümlülüğü kapsamında kişisel verilerin işlenmesi, bu verilerin elde edilmesi,



depolanması ve imha edilmesi gibi süreçler içerisinde veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi yapması beklenmektedir.⁴⁴

TBK'nun 506/I. maddesinde vekilin, vekalet borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Anılan hükmün kişisel veri işleme sözleşmesine kıyasen uygulanması halinde veri işleme yükümlülüğünün kural olarak şahsen ifayı gerektirdiği kabul edilmelidir.⁴⁵ Veri sorumlusu, veri işleyenin donanımı, bilgisi, tecrübesi gibi özelliklerini dikkate alarak onunla sözleşme akdetmekte ve dolayısıyla ondan şahsen ifa beklemektedir. Veri işleyen, edimini bizzat ifa ederken üçüncü kişilerden yardım alabilir. Bu durumda veri işleyen, TBK'nun 116. maddesi kapsamında üçüncü kişilerin fiillerinden de sorumlu olur.⁴⁶

Vekalet sözleşmesi bakımından kural bizzat ifa olmakla birlikte, Kanun'da düzenlenmiş istisnaların varlığı halinde vekil işi başkasına yaptırabilir. TBK'nun 506/I. maddesinin kişisel veri işleme sözleşmesine kıyasen uygulanmasıyla, veri işleme faaliyetinin başkasına yaptırılması konusunda veri sorumlusunun açıkça ya da zımnen rıza göstermesi halinde veri işleyen, işleme faaliyetini başkasına yaptırabilir. Örneğin veri işleyen veri sorumlusuyla yaptığı anlaşmaya bağlı olarak alt kişisel veri işleme sözleşmesi şeklinde ifade edilen bir sözleşmeyle bazı kişisel verilerin işlenmesini alt işleyene bırakabilir.⁴⁷

Kanun'da öngörülen bir diğer istisna, kişisel verilerin, sözleşmenin tarafı olmayan bir kimse tarafından işlenmesinin zorunlu olmasıdır. Örneğin yurtdışında işlenecek kişisel verilerin o ülkede işleme konusunda yetkilendirilmiş bir veri işleyene işletilmesi gerekiyorsa veri işleme alt işleyen tarafından gerçekleştirilebilecektir.

Kanun'da öngörülen son istisna, kişisel verilerin başkaları tarafından işlenmesi konusunda bir teamülün bulunmasıdır. Bu yönde bir teamülün varlığı halinde veri sorumlusunun rıza göstermesi aranmaz.

Vekilin vekalet konusu işi üçüncü bir kişiye yaptırması ikame vekalet ya da alt vekalet yoluyla gerçekleşebilir. Vekilin vekalet sözleşmesinden

44 Ayrıntılı bilgi için bkz. I., V./1.

45 Vekilin şahsen ifa yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, *Özel Hükümler*, s. 736; GÜMÜŞ, C. II, s. 141; ZEVLİLER ve GÖKYAYLA, *Özel Borç İlişkileri*, s. 620 vd.; AYDOĞDU ve KAHVECİ, *Özel Borç İlişkileri*, s. 801; TANDOĞAN, C. II, s. 456 vd.; YAVUZ, ACAR VE ÖZEN, *Özel Hükümler*, s. 1196 vd.; ARAL ve AYRANCI, *Özel Borç İlişkileri*, s. 450; KILIÇOĞLU, *Özel Hükümler*, s. 543; Weber, *BSK OR*, Art. 398, N. 2 vd.; Fellmann, *BK OR*, Art. 398, N. 526 vd.

46 EREN, *Özel Hükümler*, s. 736; TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 132.

47 TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 132.

doğan borçlarının ifası için vekalet veren adına vekalet sözleşmesi yaptığı kimseye ikame vekil denir.⁴⁸

Vekilin kendi adına, sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmek üzere bağımsız üçüncü bir kişiyle yaptığı sözleşme, alt vekalet olarak ifade edilmektedir. Asıl vekil, alt vekalet sözleşmesini vekalet veren adına değil, kendi adına fakat vekalet veren hesabına yapar.⁴⁹ Alt vekil kendisine bırakılan işi kendi sorumluluğu altında yapar. Alt vekil, vekilin üstlendiği edimi yerine getirirken ona yardımcı olan bir kişi niteliğinde olmayıp bağımsız olarak hareket eder.⁵⁰

Kişisel veri işleme sözleşmesi açısından değerlendirildiğinde, veri işleyenin işlemeyi başkasına yaptırması, ikame işleyen ya da alt işleme yoluyla gerçekleşebilir. İkame işlemede, veri işleyen kişisel veri işleme sözleşmesinden doğan borçlarının ifasını üçüncü bir kişiye devretmektedir. İkame işlemede veri sorumlusuyla ikame veri işleyen arasında bir sözleşme ilişkisi söz konusu olmaz.⁵¹

Veri işleyenin işlemeyi başkasına yaptırması alt işleme yoluyla da mümkün olabilir. Alt işlemede, taraflar arasında yapılmış kişisel veri işleme sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden bir kısmı ya da tamamı, kişisel veri işleme sözleşmesinden bağımsız yeni bir sözleşmeyle alt işleyene bırakılmaktadır. KVKK bakımından veri işleyenin alt işleme yaptırmasına engel bulunmamaktadır.⁵²

Alt işlemede veri sorumlusuyla veri işleyen arasındaki sözleşme ilişkisinden bağımsız olarak bu sözleşmenin tarafı olmayan alt işleyen arasında yeni bir sözleşme akdedilir. Bu sözleşme de kişisel veri işleme sözleşmesi niteliğindedir.⁵³

Alt işlemede veri sorumlusu ile alt işleyen arasında doğrudan

48 EREN, *Özel Hükümler*, s. 736; ARAL ve AYRANCI, *Özel Borç İlişkileri*, s. 451; YAVUZ, ACAR VE ÖZEN, *Özel Hükümler*, s. 1197; ZEVLİLİLER ve GÖKYAYLA, *Özel Borç İlişkileri*, s. 622; AKİPEK Şebnem, *Alt Vekâlet*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003, s. 121; GÜMÜŞ, *C. II*, s. 141; BAŞPINAR Veysel, *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2004, s. 199-200; TANDOĞAN, *C. II*, s. 461-462.

49 TANDOĞAN, *C. II*, s. 459; ARAL ve AYRANCI, *Özel Borç İlişkileri*, s. 451; AKİPEK, *Alt Vekâlet*, s. 114; YAVUZ, ACAR ve ÖZEN, *Özel Hükümler*, s. 1198; ZEVLİLİLER ve GÖKYAYLA, *Özel Borç İlişkileri*, s. 621; EREN, *Özel Hükümler*, s. 736; KILIÇOĞLU, *Özel Hükümler*, s. 543; GÜMÜŞ, *C. II*, s. 141.

50 EREN, *Özel Hükümler*, s. 737.

51 TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 133.

52 Buna karşılık GDPR'nin 28/II. maddesine göre, veri işleyen, veri sorumlusundan yazılı izin almak şartıyla alt işleme yaptırabilir.

53 TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 134.

doğruya herhangi bir sözleşme ilişkisi mevcut değildir. Ancak TBK'nun 507/III. maddesinin kıyasen uygulanmasıyla veri sorumlusu veri işleyene karşı sahip olduğu bütün hakları, doğrudan doğruya alt işleyene karşı da ileri sürebilir.

2. Özen Yükümlülüğü

TBK'nun 506/II. maddesinin kıyasen uygulanmasıyla, veri işleyenin üstlendiği kişisel veri işleme borcunun konusunu oluşturan iş ve hizmetleri, veri sorumlusunun haklı menfaatini gözetenek özenle yürütmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

TBK'nun 506/III. maddesinde vekilin, vekaleti yerine getirirken göstermesi beklenen özen derecesi, objektif kriterlere göre belirlenmektedir. Dolayısıyla vekilin göstereceği özenin derecesi belirlenirken, görülecek işin niteliği, vekaletin türü, tarafların nitelikleri göz önünde tutularak, vekilin üzerine aldığı işi ifa ederken aynı şartlar altında işgören basiretli, özenli bir vekil gibi hareket etmesi beklenmektedir.⁵⁴ Anılan hükmün kişisel veri işleme sözleşmesindeki özen yükümlülüğü hakkında kıyasen uygulanması halinde, veri işleyenin özen borcunun kapsamı belirlenirken, işlerin olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre, aynı şartlar altına işgören basiretli, özenli bir veri işleyenin veri işleme fiilini yerine getirirken göstermesi gereken davranışın esas alınması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca özen derecesinin belirlenmesinde veri işleyenin mesleki bilgi ve deneyimi de göz önünde bulundurulur.⁵⁵ Böylece veri işleyenin basiretli bir veri işleyene kıyasla daha fazla mesleki bilgi ve deneyime sahip olduğu veri sorumlusu tarafından biliniyorsa, o takdirde özen borcunun, basiretli veri işleyenden daha fazla olduğu kabul edilmelidir.

Veri işleyenin özen yükümlülüğü kapsamında yerine getirmesi gereken davranışların bir kısmı KVKK'ndan hareketle belirlenmektedir. Anılan Kanun'un 12/I. maddesine göre veri sorumlusu, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini önlemek ve bunların muhafazasını

54 Vekilin özen yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, *Özel Hükümler*, s. 742; Gümüş, *C. II*, s. 152; Başpınar, *Özen*, s. 163; AYDOĞDU ve KAHVECİ, *Özel Borç İlişkileri*, s. 799; ARAL ve AYRANCI, *Özel Borç İlişkileri*, s. 448-449; KILIÇOĞLU, *Özel Hükümler*, s. 544; TANDOĞAN, *C. II*, s. 409; Weber, *BSK OR*, Art. 398, N. 27; Fellmann, *BK OR*, Art. 398, N. 358.

55 Vekilin özen borcunun belirlenmesinde mesleki bilgi ve tecrübesinin de dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir (Bkz. EREN, *Özel Hükümler*, s. 742; Başpınar, *Özen*, s. 163; TANDOĞAN, *C. II*, s. 410-411; AYDOĞDU ve KAHVECİ, *Özel Borç İlişkileri*, s. 799; Gümüş, *C. II*, s. 153; Weber, *BSK OR*, Art. 398, N. 28; Fellmann, *BK OR*, Art. 398, N. 358).

sağlamak amacıyla her türlü teknik ve idari tedbiri almakla, başka bir ifadeyle veri güvenliğini sağlamakla yükümlüdür. Veri sorumlusu, bu yükümlülüğünü kişisel veri işleme sözleşmesiyle veri işleyene devredebilir. Bu durumda veri sorumlusu tarafından yetkilendirilen veri işleyen de, veri güvenliğinin sağlanması için gereken her türlü tedbiri almakla yükümlü hale gelir.⁵⁶

Burada yükümlülük devri, veri sorumlusu ile veri işleyen arasındaki ilişkiyi geçersizdir. KVKK'nun 12/II. maddesine göre veri güvenliğinin sağlanmasına yönelik tedbir alınması hususunda veri sorumlusu ve veri işleyenle birlikte veri sorumlusu adına işleme yapan alt işleyen de üçüncü kişilere karşı müştereken sorumludur.

Özen yükümü, ifaya yardımcı yan yükümlülük olarak nitelendirilmektedir.⁵⁷ Dolayısıyla özen borcunun ihlali halinde veri sorumlusu bir zarar görürse, veri işleyen zararı tazmin etmekle yükümlüdür.⁵⁸ Veri işleyen ancak kusursuzluğunu ispat ederse tazminat yükümlülüğünden kurtulabilir.⁵⁹

3. Veri Sorumlusunun Talimatlarına Uygun Davranma Yükümlülüğü

Vekilin vekalet verenin talimatlarına uyma borcunu düzenleyen TBK'nun 505/I. maddesinin kıyasen uygulanmasıyla veri işleyen, veri sorumlusunun açık talimatlarına uymakla yükümlü olduğu söylenebilir. Talimat, veri sorumlusunun, veri işleyene yönelik olmak üzere veri işleme faaliyetinin içeriğini açıklayıp somutlaştıran, işin görülme ve yürütülme biçimini belirleyen tek taraflı varması gereken irade beyanıdır.⁶⁰ Veri sorumlusu, yerine getirilinceye kadar talimatı geri

56 TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 136.

57 Fellmann, *BK OR*, Art. 394, N. 254. Vekilin özen yükümlülüğünü, vekalet sözleşmesinden doğan iş ve hizmet görme yükümlülüğünü tamamlayan, yan yükümlülük niteliği taşımayan bağımsız bir yükümlülük olarak nitelendiren görüş için ayrıntılı olarak bkz. Alper Gümüş, *Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001, s. 142-143.

58 Kişisel veri işleme işinin veri işleyen tarafından ücretsiz üstlenilmesi veya bu işin veri işleyen için taşıdığı çok yüksek riskin veri sorumlusu tarafından bilinmesi halleri, tazminatın hesaplanmasında indirim sebebi olarak değerlendirilebilir.

59 Vekilin özen borcuna aykırılığın sonuçları hakkında bkz. EREN, *Özel Hükümler*, s. 743; TANDOĞAN, *C. II*, s. 432; Weber, *BSK OR*, Art. 398, N. 30 vd.; Fellmann, *BK OR*, Art. 398, N. 444 vd.

60 Vekilin talimata uyma yükümlülüğü hakkında bkz. TANDOĞAN, *C. II*, s. 436; EREN, *Özel Hükümler*, s. 740; YAVUZ, ACAR VE ÖZEN, *Özel Hükümler*, s. 1200; ARAL ve AYRANCI, *Özel Borç İlişkileri*, s. 453; ZEVKLİLER ve GÖKYAYLA, *Özel Borç İlişkileri*, s. 617; AYDOĞDU ve KAHVECİ, *Özel Borç İlişkileri*, s. 800; Gümüş, *C. II*, s. 149 Weber, *BSK OR*, Art. 397, N. 6; Fellmann, *BK OR*, Art. 397, N. 20.



alabilir veya değiştirebilir.⁶¹ Veri sorumlusunun, işlemenin amaç, kapsam ve şartlarını belirleyerek buna uygun bir işleme yapılmasını bildirmesi talimat niteliğinde olup veri işleyen bu talimatlara uygun davranması gerekmektedir. Örneğin, veri sözleşmesi kapsamında web sitesi üzerinde işlenen verilerin SSL (Secure Socket Layer) standardıyla işlenmesi, bulut tabanlı uygulamalarla belirli aralıklarla yedeklenmesi gibi konularda talimat verebilir.⁶²

Veri sorumlusunun talimatları, hukuka, ahlaka ve dürüstlük kurallarına aykırı olmamalıdır. Veri işleyen, bu nitelikteki talimatlara uymak zorunda değildir.⁶³ Böyle bir talimatı alan veri işleyen, talimatın niteliği konusunda veri sorumlusunu uyarmalı ve aydınlatmalıdır. Veri sorumlusu, veri işleyenin tüm uyarma ve aydınlatmalarına rağmen talimatların uygulanmasında ısrar ederse, veri işleyen TBK'nun 512. maddesine dayanarak sözleşme ilişkisini sona erdirmeye yoluna gidebilir.⁶⁴

Veri işleyen, hukuka ve ahlaka aykırı olmayan talimatlara uymazsa, ortaya çıkan zararı gidermekle yükümlü olur.⁶⁵ Örneğin, talimatlara uymadığı için güvenlik zaafiyetine neden olan veri işleyen, KVKK'nun 18/I-b maddesi uyarınca veri sorumlusuna idari para cezası kesilmesine sebep olabilir. Bu durumda veri işleyen, işleme edimini yerine getirmiş olsa bile, sözleşmeden doğan yükümlülüğünü ihlal ettiğinden veri sorumlusunun zararını (idari para cezasını) tazmin etmelidir.⁶⁶

Kişisel veri işleme sözleşmesindeki talimata uyma yükümlülüğünün, vekalet sözleşmesindekinden daha katı olduğu, bu yönüyle kişisel veri işleme sözleşmesinin hizmet sözleşmesine yaklaştığı kabul edilmektedir. Nitekim kişisel veri işleme sözleşmesi, veri işleyenin veri sorumlusu tarafından yetkilendirilmesine dayanmaktadır. Ancak hizmet sözleşmesinden farklı olarak veri işleyen, yer açısından ve hiyerarşik olarak veri sorumlusuna bağımlı olmayıp bağımsız işgören

61 Vekilin talimata uyma yükümlülüğü hakkında bkz. EREN, *Özel Hükümler*, s. 740; YAVUZ, ACAR VE ÖZEN, *Özel Hükümler*, s. 1201; ZEVKLİLER ve GÖKYAYLA, *Özel Borç İlişkileri*, s. 617; Gümüş, *C. II*, s. 149; Weber, *BSK OR*, Art. 397, N. 6; Fellmann, *BK OR*, Art. 397, N. 18.

62 TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 139.

63 Vekilin talimata uyma yükümlülüğü hakkında bkz. EREN, *Özel Hükümler*, s. 740; ARAL ve AYRANCI, *Özel Borç İlişkileri*, s. 454; AYDOĞDU ve KAHVECİ, *Özel Borç İlişkileri*, s. 800; TANDOĞAN, *C. II*, s. 442; Weber, *BSK OR*, Art. 397, N. 7; Fellmann, *BK OR*, Art. 397, N. 82 vd.

64 Vekilin talimata uyma yükümlülüğü hakkında bkz. EREN, *Özel Hükümler*, s. 741; ARAL ve AYRANCI, *Özel Borç İlişkileri*, s. 454; Gümüş, *C. II*, s. 150.

65 Vekilin talimata uymamasının sonuçları hakkında bkz. EREN, *Özel Hükümler*, s. 741; ARAL ve AYRANCI, *Özel Borç İlişkileri*, s. 454; Gümüş, *C. II*, s. 151; Weber, *BSK OR*, Art. 397, N. 11; Fellmann, *BK OR*, Art. 397, N. 169 vd.

66 TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 139.

niteliğindedir. Bununla birlikte veri sorumlusunun, bir çalışanını veri işleyen olarak yetkilendirmesi halinde veri işleyen, veri sorumlusunun iş organizasyonuna tabi ve ona bağımlı olacaktır. Bu ihtimalde kişisel veri işleme edimi, kişisel veri işleme sözleşmesi kapsamında değil, hizmet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir.⁶⁷

4. Sadakat Yükümlülüğü

Kişisel veri işleme sözleşmesiyle birlikte taraflar arasında yoğun bir güven ilişkisi kurulmaktadır. Bu nedenle veri işleyenden işini sadakat ve dürüstlikle yapması, veri sorumlusunun haklı menfaatini gözetmesi beklenir. Bu bağlamda sadakat yükümlülüğü, veri işleyenin, üstlendiği işi, veri sorumlusunun yararını en üst düzeyde koruyarak görmesini ifade eder.⁶⁸

Sadakat yükümlülüğü aslında özen yükümlülüğünü tamamlayan bir borçtur. Bu yükümlülük başkası yerine işgören kimsenin yetkisini kötüye kullanma riskini önleme amacı gütmektedir.⁶⁹ Sadakat yükümlülüğü, veri işleyenin veri sorumlusu aleyhine sonuç doğuracak davranışlardan kaçınması; onun lehine sonuç doğuracak davranışları gerçekleştirmesi yükümlülüklerini kapsar.

Sadakat yükümlülüğünün kapsamına her şeyden önce bilgi verme ve sır saklama borçları girer.⁷⁰ Veri işleyenin, sözleşme konusu edimin yerine getirilmesiyle ilgili olarak veri sorumlusunu düzenli bilgilendirmesi ve gerekli uyarıları yapması gerekir.

Kişisel veri işleme sözleşmesinin taraflar arasında kişisel ilişki kurması; veri işleyenin, hem veri sorumlusuna hem de verisi işlenen ait bazı sırları öğrenmesine imkan vermektedir. KVKK'nun 12/V. maddesine göre, veri işleyen, veri sorumlusuna ve verisi işlenen kişilere dair öğrendiği kişisel verileri başkasına açıklamamak ve işleme amacı dışında kullanmamakla yükümlüdür. Sır saklama yükümlülüğü olarak ifade edilen bu yükümlülük, veri işleme sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devam eder.

67 TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 140.

68 Vekilin sadakat yükümlülüğü hakkında bkz. YAVUZ, ACAR VE ÖZEN, *Özel Hükümler*, s. 1204 vd.; KILIÇOĞLU, *Özel Hükümler*, s. 544; TANDOĞAN, *C. II*, s. 407 vd.; EREN, *Özel Hükümler*, s. 744; Fellmann, *BK OR*, Art. 398, N. 23; Weber, *BSK OR*, Art. 398, N. 8 vd.

69 EREN, *Özel Hükümler*, s. 744; YAVUZ, ACAR VE ÖZEN, *Özel Hükümler*, s. 1205; TANDOĞAN, *C. II*, s. 407; Gümüş, *C. II*, s. 147; Weber, *BSK OR*, Art. 398, N. 8; Fellmann, *BK OR*, Art. 398, N. 24 vd.

70 Benzer şekilde vekalet sözleşmesinde vekilin vekalet vereni bilgilendirmesi gerekir (EREN, *Özel Hükümler*, s. 745; Gümüş, *C. II*, s. 148).



5. İlgili Kişileri Aydınlatma Yükümlülüğü

KVKK'nun 10. maddesi gereğince tarafların bu hususta anlaşmaları halinde veri işleyen⁷¹, veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, işlenen verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabilceği, kişisel veri toplama yöntemi, hukuki sebebi ve kanunda sayılan diğer hakları konusunda ilgili kişilere bilgi vermekle yükümlüdür.

Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini talep edilebilir. Ayrıca bu yükümlülüğün ihlali, KVKK'nun 18/I-a maddesi uyarınca veri işleyen aleyhine idari para cezası uygulanması sonucunu da doğurur.

6. Hesap Verme ve Kişisel Verileri İade Yükümlülüğü

Veri sorumlusu, veri işleyenden görülen iş hakkında hesap vermesini isteyebilir. Bu yükümlülük, TBK'nun 508/I. maddesinin kişisel veri işleme sözleşmesine kıyasen uygulanmasından doğar. Hesap verme kavramı kapsamına sözleşme konusu edimin yerine getirilip getirilmediği, edimin ifasında hangi yöntemlerin izlendiği ile ilgili olarak bilgi ve hesap verilmesi girer.⁷² Veri sorumlusu sözleşme devam ederken veya sözleşme sona erdikten sonra kendisine bilgi verilmesini isteyebilir. Veri işleyenin hesap verme yükümlülüğü, sadakat ve özen borcunun uzantısı olup veri işleyen düzenli olarak bu yükümlülüğü yerine getirmelidir.

Hesap verme yükümlülüğünün tam ve doğru bir şekilde yerine getirilebilmesi, veri işleyenin işleme faaliyetine ilişkin olarak kayıt tutmasıyla (logging) mümkün olur. Bu hususta KVKK'nda herhangi bir düzenlemeye rastlanmamakla birlikte, GDPR'nin 30/II. maddesinde veri işleyene yönelik kayıt tutma yükümlülüğü düzenlenmiştir.⁷³

Hesap verme yükümlülüğü, veri işleyenin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini ya da talimatlara uyup uymadığını öğrenme ve kontrol yönünden oldukça önemlidir. Bu bakımdan hesap verme borcu,

71 KVKK'nun 10. maddesinde veri sorumlusunun yetkilendirdiği kişinin de aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirebileceği hükme bağlanmıştır.

72 Vekalet sözleşmesinde hesap verme yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, *Özel Hükümler*, s. 746 vd.; YAVUZ, ACAR VE ÖZEN, *Özel Hükümler*, s. 1207 vd.; TANDOĞAN, C. II, s. 479 vd.; AYDOĞDU ve KAHVECİ, *Özel Borç İlişkileri*, s. 801; Gümüş, C. II, s. 169; ARAL ve AYRANCI, *Özel Borç İlişkileri*, s. 455; ZEVKLİLER ve GÖKYAYLA, *Özel Borç İlişkileri*, s. 623; Weber, *BSK OR*, Art. 400, N. 3 vd.; Fellmann, *BK OR*, Art. 400, N. 7 vd.

73 TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 144.

bağımsız yan edim yükü niteliğinde olsa da, vekalet sözleşmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu borç, bağımsız bir yan borç olduğu için gerektiğinde dava konusu olabilir.⁷⁴

KVKK'nda kişisel verilerin iadesine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.⁷⁵ TBK'nun 508/I. maddesinde vekile yönelik olarak, vekaletle ilgili olarak aldıklarını iade etme yükümlülüğü öngörülmüştür. Anılan hükmün kişisel veri işleme sözleşmesine kıyasen uygulanmasıyla veri işleyen, sözleşmenin sona ermesiyle birlikte işlediği kişisel verileri ve alınan diğer şeyleri veri sorumlusuna devretmekle ve güvenli bir şekilde silinmesini sağlamakla yükümlü olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Kişisel verilerin iadesi yükümlülüğü, bağımsız bir yan yükümlülük olması nedeniyle asıl borçtan bağımsız olarak talep ve dava konusu olabilir.

B. Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri

TBK'nun 502/III. maddesine göre sözleşmede kararlaştırılmış olması ya da bu yönde teamülün varlığı halinde vekil ücrete hak kazanır. Ayrıca TBK'nun 510/I. maddesine göre vekalet veren, vekaletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklendiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür. Yine TBK'nun 510/II. maddesi uyarınca vekil, vekaletin ifası sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini vekalet verenden isteyebilir.

Anılan hükümlerin kişisel veri işleme sözleşmesine kıyasen uygulanmasıyla veri sorumlusunun yükümlülükleri belirlenmelidir.

1. Ücret Ödeme Yükümlülüğü

Kişisel veri işleme sözleşmesinde veri sorumlusu, sözleşmede ücret kararlaştırılmış olması ya da bu yönde bir teamülün bulunması halinde ücret ödeme borcu altına girmektedir.

Kişisel veri işleme sözleşmesinin ücret kararlaştırılmaksızın yapılması da mümkündür. Zira ücret zorunlu bir unsur değildir. Ancak uygulamada kişisel veri sözleşmesinde veri sorumlusu, veri işleyenin edimine karşılık bir ücret ödeme borcu üstlenmektedir. Ücret ödeme yükümlülüğü kişisel veri işleme sözleşmesinin unsurları

74 EREN, *Özel Hükümler*, s. 746; ZEVKİLİLER ve GÖKYAYLA, *Özel Borç İlişkileri*, s. 617; YAVUZ, ACAR VE ÖZEN, *Özel Hükümler*, s. 1173 vd.; Weber, *BSK OR*, Art. 400, N. 3.

75 GDPR'de, veri sorumlusu ile veri işleyen arasındaki sözleşme ilişkisinin sonlanması halinde veri işleyen bakımından, seçim hakkı veri sorumlusuna ait olmak üzere, birlik veya ülke hukuku aksini gerektirmedikçe kişisel verilerin tamamını silmek ya da verileri veri sorumlusuna aktarma yükümlülüğü öngörülmüştür (m. 28/III-g).

bölümde ayrıntılı olarak ele alındığı için ilgili bölüme atıf yapılmakla yetinilecektir.⁷⁶

2. Gider ve Avans Ödeme Yükümlülüğü

TBK'nun 510/I. maddesine göre vekalet veren, vekaletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları, faiziyle birlikte ödemek zorundadır. Bu hüküm kişisel veri işleme sözleşmesine kıyasen uygulandığında, veri sorumlusunun da veri işleyenin işgörmeye dolayısıyla yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemekle yükümlü olduğu tespiti yapılmaktadır.

Ödenecek gider ve avans, ücretin bir parçası olmadığından; veri işleme sözleşmesinde ücret kararlaştırılmış olmasa da veri işleyen yaptığı giderleri ve ödediği avansları talep edebilir.⁷⁷

Talep edilecek avans ve gider, işin görülmesi için kullanılmış olanlardır. İşin görülmesiyle ilgili olmayan avans ve giderler istenemez.⁷⁸ Örneğin kişisel verilerin işlenmesinde kullanılan cihazların yıpranması bu kapsamda gider olarak değerlendirilebilir.⁷⁹

Gider ve avansları ödeme borcunun doğumu için, sözleşme konusu edimin gereği gibi ifa edilmiş olması⁸⁰; yani kişisel verilerin sözleşmeye uygun olarak işlenmiş olması gerekir.

Yapılan gider ve verilen avans, işin görülmesi için objektif olarak gerekli olmalıdır. İşin görülmesi için yapılması zorunlu olan her avans ve gider objektif anlamda gerekli avans ve giderdir.⁸¹

3. Veri İşleyeni Veri Sorumlusu Adına Üstlendiği Borçlardan Kurtarma Yükümlülüğü

TBK'nun 510/I. maddesinin kıyasen uygulanması halinde, veri sorumlusunun, işlemenin yapılması nedeniyle veri işleyenine üstlendiği borcu ödemekle yükümlü olduğu tespiti yapılmaktadır.⁸²

76 Ayrıntılı bilgi için bkz. V./2.

77 Vekalet sözleşmesinde gider ve avans ödeme yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, *Özel Hükümler*, s. 752; ZEVKLİLER ve GÖKYAYLA, *Özel Borç İlişkileri*, s. 628; Fellmann, *BK OR*, Art. 402, N. 57.

78 EREN, *Özel Hükümler*, s. 753; Gümüş, *C. II*, s. 178; TANDOĞAN, *C. II*, s. 580.

79 TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 147.

80 TANDOĞAN, *C. II*, s. 581; EREN, *Özel Hükümler*, s. 752; ARAL ve AYRANCI, *Özel Borç İlişkileri*, s. 459.

81 EREN, *Özel Hükümler*, s. 753; Fellmann, *BK OR*, Art. 402, N. 29 vd.; Weber, *BSK OR*, Art. 402, N. 6.

82 Vekalet sözleşmesinde vekili üstlendiği borçtan kurtarma yükümlülüğü hakkında bkz. EREN, *Özel Hükümler*, s. 753; TANDOĞAN, *C. II*, s. 588; ARAL ve AYRANCI, *Özel Borç İlişkileri*, s. 459; KILIÇOĞLU, *Özel Hükümler*, s. 547; AYDOĞDU ve KAHVECİ, *Özel Borç İlişkileri*, s. 802; Gümüş, *C. II*, s. 176.

Veri işleyeni üstlendiği borçtan kurtarma yükümlülüğü, veri işleyenin kendi adına ve veri sorumlusu hesabına hareket ederek borç altına girmesiyle ortaya çıkar. Ayrıca bu yükümlülüğün söz konusu olması için, veri işleyenin kişisel veri işleme gereği bir borç altına girmiş olması gerekir.⁸³

4. Veri İşleyenin Uğradığı Zararları Giderme Yükümlülüğü

TBK'nun 510/II. maddesi uyarınca vekil, vekalet verenden vekaleti ifa dolayısıyla uğramış olduğu zararın giderilmesini isteyebilir. Vekalet veren, kusuru olmadığını ispat ederse, bu sorumluluktan kurtulur; vekil uğradığı zararın giderilmesini isteyemez.

Söz konusu hükmün kişisel veri işleme sözleşmesi bakımından kıyasen uygulanması halinde veri sorumlusunun, işlemenin yapıldığı sırada veri işleyenin uğradığı zararları gidermekle yükümlü olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu borcun doğumu için öncelikle veri işleyen bir zarara uğramış olmalıdır. Bu zarar maddi olabileceği gibi, manevi de olabilir. Veri işleyenin uğradığı zarar, veri sorumlusunun akdi bir davranış yükümlülüğünü ihlal etmesi sonucu meydana gelmelidir. Son olarak ortaya çıkan zararlar kişisel veri işleme fiili arasında uygun illiyet bağı olması ve veri sorumlusunun zararın ortaya çıkmasında kusurunun bulunmadığını ispat edememiş olması gerekir.⁸⁴

Yukarıda belirtilen şartların varlığı halinde veri işleyenin uğradığı zararı giderme borcu ortaya çıkar. Veri sorumlusunun sorumluluğu hem ivazlı hem de ivazsız veri işlemede gündeme gelebilir. Ücretsiz veri işlemede veri sorumlusu, kusurunun bulunmadığını ispatlarsa dahi zararı gidermekle yükümlü olur. Burada veri sorumlusu bakımından kusursuz sorumluluk söz konusudur.⁸⁵

VII. KİŞİSEL VERİ İŞLEME SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Borcun ifası, sözleşme süresinin dolması, ifanın imkansızlaşması ya da taraflar arasında ikale (bozma) sözleşmesinin yapılması gibi

83 TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 146.

84 Vekalet verenin vekilin zararını giderme yükümlülüğünün koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, *Özel Hükümler*, s. 753 vd.; ARAL ve AYRANCI, *Özel Borç İlişkileri*, s. 460; KILIÇOĞLU, *Özel Hükümler*, s. 547; Gümüş, *C. II*, s. 185; AYDOĞDU ve KAHVECİ, *Özel Borç İlişkileri*, s. 802; TANDOĞAN, *C. II*, s. 599 vd.; Weber, *BSK OR*, Art. 402, N. 12 vd.; Fellmann, *BK OR*, Art. 402, N. 135 vd.

85 ARAL ve AYRANCI, *Özel Borç İlişkileri*, s. 460; EREN, *Özel Hükümler*, s. 754; AYDOĞDU ve KAHVECİ, *Özel Borç İlişkileri*, s. 802; TANDOĞAN, *C. II*, s. 602; Gümüş, *C. II*, s. 186.

genel sona erme sebepleri kişisel veri işleme sözleşmesi bakımından da geçerlidir. Genel sona erme sebepleri dışında vekalet sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle özel sona erme sebepleri de değerlendirilmelidir.

Kişisel veri işleme sözleşmesi, borcun gereği gibi ifa edilmesi ve sözleşmeyle amaçlanan sonucun gerçekleşmesiyle birlikte sona erer. Bu yöndeki kabul kişisel veri işleme sözleşmesinin sonuç borcu doğuran bir sözleşme olmasından kaynaklanmaktadır.⁸⁶ Kişisel veri işleme sözleşmesinden doğan borcun gereği gibi ifa edilmemiş olması, sözleşmeden kaynaklanan tazminat yükümlülüğünü gündeme getirir.

TBK'nun 512. maddesinde vekilin ve vekalet verenin her zaman tek taraflı iradesiyle sözleşmeyi sona erdirebilecekleri düzenlenmiştir. Bu düzenleme, vekalet sözleşmesinin güvene dayalı bir ilişki kurmasının tabii bir sonucudur. Anılan maddedeki sona erme halinin, taraflar arasında güvene dayanan bir ilişki kuran kişisel veri işleme sözleşmesi bakımından da geçerli olduğunu söylemek mümkündür.

Taraflardan birinin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kullanması için haklı bir sebebin bulunması gerekmez. Ancak uygun olmayan bir zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, karşı tarafın bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olur (TBK m. 512). Örneğin, sözleşmenin kurulması ve kişisel verileri işleme ediminin yerine getirilmesi için katlanılan masraflar bu kapsamda değerlendirilebilir.⁸⁷

Sözleşmenin tek taraflı irade açıklamasıyla sona erdirilmesiyle birlikte veri işleyen kişisel veri işleme yükümlülüğü ile veri sorumlusunun tam ücret ödeme yükümlülüğü sona erer. Ancak önceden yaptığı işlemin karşılığı olarak veri işleyen lehine uygun bir miktar ücrete hükmedilmelidir.⁸⁸

TBK'nun 513/I. maddesinde vekalet sözleşmesinde, sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşmenin, vekilin ya da vekalet verenin ölümü⁸⁹, ehliyetini kaybetmesi, tüzel kişiliğinin sona ermesi veya iflası halinde kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir.⁹⁰ Söz konusu

86 TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 148.

87 TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 150.

88 TANDOĞAN, C. II, s. 641; ARAL ve AYRANCI, *Özel Borç İlişkileri*, s. 463; KILIÇOĞLU, *Özel Hükümler*, s. 550; TAŞTAN, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 150.

89 Gaiplik de bu kapsamda değerlendirilmelidir.

90 Bu madde hükmü, düzenleyici bir hukuk kuralı olup sadece söz konusu sebeplerin varlığı halinde vekalet sözleşmesinin sona ereceğine ilişkin kanuni bir karine içermektedir.

hükmün kişisel veri işleme sözleşmesine kıyasen uygulanmasıyla anılan sebeplerle kişisel veri işleme sözleşmesinin de sona ereceği kabul edilmelidir. Buna göre kural olarak veri işleyenin ya da veri sorumlusunun ölümü, ehliyetsizliği ya da iflası halinde kişisel veri işleme sözleşmesi sona erer.

VIII. KİŞİSEL VERİ İŞLEME SÖZLEŞMESİNE AYKIRILIKTAN DOĞAN SORUMLULUK

Bir sözleşme ilişkisinin taraflarından biri, bu ilişkiden doğan yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirmesse sözleşmeye aykırı davranmış olur ve kusursuzluğunu ispat etmedikçe ortaya çıkan zararı gidermekle yükümlü olur. Kişisel veri işleme sözleşmesine aykırılık dolayısıyla veri işleyenin sorumluluğunun doğumu için sözleşmeyle üstlendiği edimi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle bir zarar ortaya çıkmalı ve zararlar sözleşmeye aykırı davranış arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan sorumlulukta borçlunun kusurunun varlığı karine olarak kabul edilmiş olup borçlu karineyi çürüterek kusurlu olmadığını ispat etmedikçe, ortaya çıkan zarardan sorumlu olacaktır.⁹¹

Veri sorumlusu ile veri işleyen arasında yapılan kişisel veri işleme sözleşmesinde kişisel verilerin işlenmesi edimi, bir asli edim yükümlülüğü niteliğindedir. Sözleşmenin konusunu oluşturan asli edimin gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle bir zararın ortaya çıkması halinde borçlu bundan sorumlu olur.⁹² Bu durumda borcun ifa edilmemesinin sonucunu düzenleyen TBK'nun 112. maddesine

Dolayısıyla taraflar aksini kararlaştırabilir ve belirtilen sebeplerin varlığı halinde de vekaletin devam edeceğini öngörebilirler (EREN, **Özel Hükümler**, s. 756; AYDOĞDU ve KAHVECİ, **Özel Borç İlişkileri**, s. 803).

91 Sözleşmeden doğan sorumlu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, **Özel Hükümler**, s. 1179 vd.; Oğuzman ve Öz, C. I, s. 403 vd.; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Filiz Yayınevi, 7. Bs., 1993, s. 851 vd.; Haluk TANDOĞAN, **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 414 vd.; M. Ahmet KILIÇOĞLU, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Turhan Kitabevi, 21. Bs. 2017, s. 812 vd.

92 Kişisel verilerin işlenmesi ifaya yardımcı yan yükümlülük olarak da kararlaştırılabilir. Örneğin online alışveriş sitesi ile müşterisi arasında yapılan üyelik sözleşmesinde, müşterinin kredi kartı bilgilerinin internet sitesinde işleneceğinin kararlaştırılması durumunda, kredi kartı bilgilerinin işlenmesi, ifaya yardımcı yan yükümlülüktür. Müşterinin kredi kartı bilgilerinin kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme ilkesine uygun olarak geçici bir biçimde depolanması gerekirken, kalıcı olacak şekilde veritabanında tutulmaya devam edilir ve bu sırada üçüncü kişiler tarafından ele geçirilerek harcama yapılırsa müşterinin (kişisel veri sahibinin) uğradığı zarar, kişisel verileri hukuka aykırı olarak işleyen tarafından tazmin edilmelidir (TAŞTAN, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 113).

başvurulur ve borcu hiç veya gereği ifa etmeyen borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olur. Örneğin veri işleyen ve veri sorumlusu arasında yapılan kişisel veri işleme sözleşmesiyle veri işleyen, bir şirketin çalışanlarının elektronik postalarını yedeklemeyi taahhüt etmiştir. Sözleşme dönemi içerisinde bir çalışanın elektronik postaları silinmiş, ancak veri işleyen kusurundan kaynaklanan bir sebeple yedekleme düzenli yapılamadığından elektronik postaların geri dönüşü sağlanamamış ve bu nedenle şirket zarar görmüş ise bu zararının giderilmesinin veri işleyenden talep edilebileceğini kabul etmek gerekir.

Ayrıca bu konuda KVKK'nun 11. maddesinde kişisel verisi işlenen ilgili kişi için öngörülen veri sorumlusuna başvurarak zararın giderilmesini talep etme hakkı saklıdır. Kişisel verisi işlenen ilgili kişi, zararının ortaya çıkması durumunda KVKK'nun 11. maddesine dayanarak veri sorumlusundan zararının tazmin edilmesini talep edebilir.

Veri işleyen sorumluluğundan söz edebilmek için kişisel verinin borca aykırı olarak işlenmesi, hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre ortaya çıkan zararı meydana getirmeye elverişli olması gerekir. Başka bir ifadeyle kişisel veriler borca aykırı olarak işlenmeseydi zararın ortaya çıkmayacağı yönündeki ilişki tespit edilmiş olmalıdır. Borca aykırılıkla zarar arasındaki ilişki, sorumluluğun illiyet bağı unsurunu oluşturmaktadır.⁹³

İllyet bağı kesen sebepler kişisel veri işlemesine aykırılıktan doğan sorumluluk bakımından da geçerlidir. Buna göre mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru illiyet bağı kesen sebepler olarak değerlendirilmelidir.⁹⁴ Örneğin kişisel veri sözleşmesi kapsamında kişisel verileri yedeklemeyi üstlenen bulut bilişim şirketinin sunucularının engellenmesi mümkün olmayan bir hacker saldırısı nedeniyle çökmesi halinde bir üçüncü kişinin ağır kusuru nedeniyle ortaya çıkan zarardan veri işleyen sorumlu olmaz.

Sözleşmenin ihlali nedeniyle sorumluluğun ortaya çıkması için kişisel verileri borca aykırı olarak işleyen kusurlu olması gerekir. Kişisel verilerin borca aykırı olarak işlenmesinde kusur, veri işleyen,

93 İllyet bağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fikret EREN, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İllyet Bağı Teorisi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975, s. 51 vd.

94 Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, *Uygun İllyet Bağı*, s. 164 vd.

kendisinden beklenen özeni yerine getirmemesi anlamında ihmal şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, kast derecesinde de ortaya çıkabilir.⁹⁵

SONUÇ

Kişisel veri işleme sözleşmesi, veri işleyenin, veri sorumlusunun talimatlarına uygun olarak ve menfaatlerini gözeterek kişisel verileri işlemeyi; bu işgörme edimi karşılığında veri sorumlusunun ise ücret ödemeyi taahhüt ettiği bir sözleşme olarak tanımlanabilir. Kişisel veri işleme sözleşmesinin tarafları, veri sorumlusu ve veri işleyen olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kişisel veri işleme sözleşmesinin unsurları, kişisel verilerin işlenmesi, bunun karşılığında veri sorumlusu tarafından ücret ödenmesi ve son olarak da sözleşmenin taraflarının anlaşmasıdır. Bu anlaşma herhangi bir geçerlilik şartına tabi tutulmamıştır.

Kişisel veri işleme sözleşmesi kanunda düzenlenmeyen bir sözleşme türüdür. Bu sözleşme bünyesinde, ağırlıklı olarak vekalet sözleşmesine ilişkin unsurları barındırmaktadır. Vekalet sözleşmesinde olduğu gibi kişisel veri işleme sözleşmesinde veri işleyen, veri sorumlusunun talimat ve menfaatlerine uygun olarak işgörme borcu altına girmektedir. Diğer taraftan veri işleyen bu sözleşme ilişkisinde kişisel verilerin işlenmesi fiilini değil, işleme sonucunu taahhüt etmektedir. Bu yönüyle kişisel veri işleme sözleşmesinin eser sözleşmesine özgü sonuç borcunu ihtiva ettiği söylenebilir.

İsimsiz (atipik) bir sözleşme olan kişisel veri işleme sözleşmesi, bünyesinde eser ve vekalet sözleşmesine ilişkin edimleri barındırması yönüyle karma sözleşme niteliğindedir. Bu niteliği itibarıyla kişisel veri işleme sözleşmesinin vekalet sözleşmesine ait edimlerine mahiyetine uygun düştüğü ölçüde TBK'nun vekalet sözleşmesine ilişkin hükümleri; sonuç borcuna ilişkin edimine ise mahiyetine uygun düştüğü ölçüde TBK'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanmalıdır.

Veri işleyenin bu sözleşmeden doğan yükümlülükleri; kişisel veri işleme edimini veri sorumlusunun talimatlarına uygun olarak özenle ifa etme, bilgi verme ve sır saklama, ilgilileri aydınlatma, hesap verme ve kişisel verileri iade etmedir. Veri sorumlusu, sözleşmede kararlaştırılmış olması ya da bu yönde teamülün varlığı halinde ücret ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. Bunun dışında veri

95 Özdemir, s. 214; AYÖZGER Öngün, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, s. 267 vd. .



sorumlusunun, veri işleyenin işgörme dolayısıyla yaptığı giderleri ve ödemiş olduğu avansları faiziyle birlikte ödeme, veri işleyeni işlemenin yapılması nedeniyle üstlendiği borçtan kurtarma, işlemenin yapıldığı sırada veri işleyenin uğradığı zararları giderme yükümlülüğü gündeme gelmektedir.

Kişisel veri işleme sözleşmesinin sona ermesinde borcun ifası, sözleşme süresinin dolması, ifanın imkansızlaşması ya da taraflar arasında ikale (bozma) sözleşmesinin yapılması gibi genel sona erme sebepleri geçerlidir. Ayrıca kişisel veri işleme sözleşmesi, kural olarak veri işleyenin ya da veri sorumlusunun ölümü, ehliyetsizliği ya da iflası halinde sona erer.

Veri sorumlusu ile veri işleyen arasında yapılan kişisel veri işleme sözleşmesinde kişisel verilerin işlenmesi edimi, bir asli edim yükümlülüğü niteliğindedir. Sözleşmenin konusunu oluşturan bu asli edimin gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle bir zararın ortaya çıkması halinde veri işleyen, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, zararı gidermekle yükümlü olur.

KAYNAKLAR

AKGÜL, Aydın. **Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması**. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014.

AKİPEK, Şebnem. **Alt Vekâlet**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2003.

AKSOY, Hüseyin Can. **Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara: Çakmak Yayınevi, 2016.

ANTALYA, Gökhan. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. V/1,1. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Bs., 2019.

ARAL, Fahrettin ve AYRANCI, Hasan. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**. Ankara: Yetkin Yayınları, 12. Bs., 2019.

AŞIKOĞLU, Şehriban İpek. **Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri**. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018.

AYDOĞDU, Murat ve Kahveci, Nalan. **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)**. Ankara: Adalet Yayınevi, 4. Bs., 2019.

AYÖZGER Öngün, Çiğdem. **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku (Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dahil)**. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2. Bs., 2019.

BAŞALP, Nilgün. **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.

BAŞPINAR, Veysel. **Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.

BEYTAR, Erbil. **İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması**. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018.

BÜK, Alaattin. **Bilişim Alanında Kişisel Verilerin Korunması**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

BYGRAVE, Lee A. **Data Protection Law, (Approaching Its Rationale, Logic and Limits)** Kluwer Law International. Hollanda: Kluwer Law International, 2002.

KUNER, Christopher. **European Data Protection Law, Corporate Compliance and Regulation**, Oxford: Oxford University Press, 2. Edt., 2007.

ÇEKİN, Mesut Serdar. **Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2. Bs. 2019.



DEVELİOĞLU, H. Murat. **6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.

ERASLAN TÜRKMEN, Sevgi. **Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller**. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2019.

EREN, Fikret. **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.

EREN, Fikret. **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**. Ankara: Yetkin Yayınları, 7. Bs., 2019.

FELLMANN, Walter. **Berner Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, Art. 394-406**. Bern: Stämpfli Verlag, 1992.

GÖÇMEN UYARER, Sinem. **Kişisel Verilerin Korunması**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

GÜMÜŞ, Alper. **Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. I**. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 3. Bs., 2013.

GÜMÜŞ, Alper. **Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. II**. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2. Bs., 2012.

GÜMÜŞ, Alper. **Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu**. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2001

GÜRSEL, İlke. **İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.

KILIÇOĞLU, M. Ahmet. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. Ankara: Turhan Kitabevi, 21. Bs., 2017.

KILIÇOĞLU, M. Ahmet. **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.

KÜZECİ, Elif. **Kişisel Verilerin Korunması**. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 4. Bs., 2020.

MUTLU, Muhammet Sefa. **Kişisel Verilerin Soruşturma Evresinde İşlenmesi ve İnsan Hakları Kapsamında Korunması**. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

OĞUZMAN, Kemal ve Öz, Turgut. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I**. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 17. Bs., 2019.



ÖZDEMİR, Hayrunnisa. **Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.

ROOM, Stewart. **Data Protection & Compliance in Context**. Swindon: BCS Learning & Development Limited, 2007.

SELİÇİ, Özer. **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977.

SERT, Şeyma. **Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

TANDOĞAN, Haluk. **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, C. II. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.

TANDOĞAN, Haluk. **Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)**. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.

TAŞTAN, Furkan Güven. **Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2. Bs., 2017.

TEKİNAY Selahattin Sulhi, Akman Sermet, Burcuoğlu Haluk ve Altop Atilla. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Filiz Yayınevi, 7. Bs., 1993.

UNCULAR, Selen. **İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

WEBER, H. Rolf. **Basler Kommentar zum Obligationenrecht I**, Art. 1-529 OR. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 6. Aufl., 2015.

YAVUZ CEVDET, Acar Faruk ve Özen Burak. **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**. İstanbul: Beta Yayıncılık, 10. Bs., 2014.

ZEVKLİLİKER Aydın ve GÖKHAN K. Emre. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**. Ankara: Turhan Kitabevi. 18. Bs., 2018.



YABANCI GERÇEK KİŞİLER LEHİNE TÜRKİYE'DEKİ TAŞINMAZLAR ÜZERİNDE KAT İRTİFAKI TESİSİ VE KAT İRTİFAKI TESİSİNİN TÜRK VATANDAŞLIĞI KAZANMAYA ETKİSİ

*(Granting a Construction Servitude in favour of a Foreign Real Person over
Immovable Properties in Turkey and Its Effect on the Acquisition of
Turkish Citizenship)*

Doç. Dr. Aslı Bayata CANYAŞ¹

ÖZ

Yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de taşınmaz edinmesi konusu temel olarak Tapu Kanununda (m. 35) düzenlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca yabancı gerçek kişiler belirli şartların gerçekleşmesine bağlı olarak Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinebilirler; buna karşın hükümde açıkça kat irtifakından söz edilmediği görülmektedir. Bu durumda, yabancı gerçek kişiler lehine kat irtifakı tesisinin mümkün olup olmadığı konusu tereddüt uyandırabilir. Eşya hukuku doktrindeki ağırlıklı görüş olan kat irtifakının, eşyaya bağlı borç doğurduğu görüşü esas alındığında, Türk hukuku kapsamında yabancı gerçek kişilerin belli şartlar altında, bu tür hukuki işlemlere de taraf olabilmelerinin mümkün olmasından hareketle, kat irtifakı tesisinin de mümkün olduğu söylenebilir. Nitekim, hem mevzuat hem uygulamada bu çıkarımı destekler örnekler görülmektedir. Hatta kat irtifakı kurulmuş Türkiye'deki bir taşınmazın satışının gerçekleşmesi veya satışının vaat edilmesi dahi, Türk vatandaşlığının istisnai yoldan kazanılmasının yolunu açmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Taşınmaz edinme, kat irtifakı, Türk vatandaşlığı, aynî haklar, vatandaşlığın kazanılmasında istisnai haller.

ABSTRACT

Acquisition of immovable property in Turkey by foreign real persons has mainly been regulated in the Land Registry Law (art. 35). According to this provision, foreign real persons are entitled to acquire immovable property and *rights in rem* in Turkey under certain conditions; however, it

1 Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı, bayata@bilkent.edu.tr, Orcid No: 0000-0001-8304-6095

is observed that construction servitude is not explicitly mentioned in the provision. In this regard, it might become obscure whether it is possible to grant construction servitude on behalf of foreign real persons. Based on the predominant view in the Law of Property doctrine asserting that construction servitude can be qualified as the debt based on property, it can be said that granting construction servitude on behalf foreign real persons is possible considering the fact that they can be parties to such legal transactions under certain conditions. Hence, examples of such a conclusion are seen both in legislation and practice. Moreover, sale of an immovable property on which construction servitude has been granted or even promise of such a sale can bring the possibility of acquisition of Turkish citizenship on an exceptional basis.

Keywords: Acquisition of immovable property, construction servitude, Turkish citizenship, *rights in rem*, exceptional acquisition of Turkish citizenship.

GİRİŞ

Yabancı gerçek kişilerin, Türkiye'deki taşınmazlara yönelik talebi her geçen gün artış göstermektedir². Türkiye'de taşınmaz edinmenin, Türk vatandaşlığı kazanma olanağı sağlamasının da bu artışın sebeplerinden biri olduğu düşünülebilir.

Yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de taşınmaz edinmesinin temel yasal dayanağını oluşturan Tapu Kanununun³ 35. maddesi, “kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişilerin, Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinebileceklerini⁴ düzenlemektedir.

İlgili hüküm göz önünde tutulduğunda, taşınmaza yönelik mülkiyet hakkı ve sınırlı aynî hak edinilmesinin mümkün olduğu; bununla

2 Örneğin, Türkiye genelinde yabancılara yapılan konut satışında Ocak-Mart, 2020 döneminde yabancılara yapılan konut satışları ise bir önceki yılın aynı dönemine göre %13,8 artarak 10.948 olmuştur: <https://www.tkgm.gov.tr/tr/icerik/iste-mart-2020-konut-satis-istatistikleri> (Erişim tarihi 09.07.2020)

3 Tapu Kanunu 2644-22/12/1934 – RG: 29/12/1934- 2892.

4 Bu düzenlemede yapıtı taşınmazların ediniminde amaç unsuru açısından sınırlayıcı bir kayda yer verilmemiş olmasına ve yabancı gerçek kişilerin, işyeri veya mesken olarak kullanma amacı dışındaki bir amaçla da taşınmaz ediniminin mümkün kılınmış olmasına yönelik eleştiri için bkz. YILMAZ Alper Çağrı, “6302 Sayılı Kanun Hükümleri Uyarınca Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye'de Taşınmaz Edinimi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, 2013, S. 1-2, s. 1116.

birlikte yabancı uyruklu gerçek kişiler lehine taşınmazlar üzerinde kat irtifakı kurulmasının kapsam dahilinde olup olmadığı noktasının açıkça düzenlenmemiş olduğu görülmektedir. Bu durumda, yabancı gerçek kişiler lehine kat irtifakı tesisinin mümkün olup olmadığı konusunda ilk bakışta tereddüt doğabilir. Bu çalışmada, belirtilen tereddütü gidermek amacıyla öncelikle, kat irtifakının hukuki niteliği konusuna ilişkin olarak doktrinin yaklaşımı ele alınacak, ardından yabancı gerçek kişiler lehine Türkiye'deki taşınmazlar üzerinde kat irtifakı tesisinin mümkün olup olmadığına yönelik olarak öne çıkan mevzuatın ve uygulamanın bakış açısı değerlendirilecektir. Son olarak ise, üzerinde kat irtifakı kurulmuş Türkiye'deki bir taşınmazın satışının ya da satış vadinin Türk vatandaşlığının istisnai olarak kazanılmasına etkisi ortaya konacaktır.

I. KAT İRTİFAKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Tapu Kanunu m. 35 kapsamında kat irtifakına yönelik olarak açıkça düzenleme getirilmemiş olması nedeniyle ortaya çıkan tereddüte açıklık getirmek amacıyla öncelikle “kat irtifakı”nın hukuki niteliği sorgulanabilir. Bu sorgulamanın bir gereği olarak Tapu Kanununun (m. 35) yabancı gerçek kişiler için tanıdığı haklar kapsamında yer alan “taşınmaz edinme ve sınırlı aynî hak edinme” olanakları göz önünde bulundurulduğunda kat irtifakı hakkının da bu içerik dahilinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ele alınmalıdır. Tapu Kanunu m. 35’de yer verilen “taşınmaz” ın konusunun ne olacağı, Türk Medeni Kanununun (MK)⁵ . 704. maddesinde karşılık bulmaktadır ve bu hüküm uyarınca “arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler” taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturmaktadır. Arazi, taşınmazlar üzerindeki bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyetine konu olan bağımsız bölümler tapu siciline kaydedilebilir (MK m. 998).

Kat irtifakı hakkında düzenleme getiren Kat Mülkiyeti Kanunu (KMK)⁶ (m. 2/c) “Bir arsa üzerinde ileride kat mülkiyetine konu olmak üzere yapılacak veya yapılmakta olan bir veya birden çok yapının bağımsız bölümleri için o arsanın maliki veya ortak malikleri tarafından bu Kanun hükümlerine göre kurulan irtifak hakkını”, “kat irtifakı” olarak tanımlamıştır. Bu tanım uyarınca öne çıkan iki nokta, “kat irtifakının ileride kat mülkiyetine dönüşecek olması” ve “irtifak hakkı” olarak

5 Türk Medeni Kanunu, 4721-22.11.2001- RG: 8/12/2001- 24607.

6 Kat Mülkiyeti Kanunu 634-23/6/1965, RG: 2/7/1965- 12038.



kabul edilmiş olmasıdır. Kat irtifakının hukuki niteliğine ilişkin bir diğer belirleyici nokta ise Kat Mülkiyeti Kanununun 3. maddesinin üçüncü fıkrasında ortaya çıkmaktadır. Belirtilen hüküm uyarınca “kat irtifakı arsa payına bağlı bir irtifak çeşidi olup, yapının tamamı için düzenlenecek yapı kullanma izin belgesine dayalı olarak, bu Kanunda gösterilen şartlar uyarınca kat mülkiyetine re’sen çevrilir...” şeklinde düzenleme getirilmiştir. Bu iki hüküm incelendiğinde kat irtifakının bir irtifak çeşidi olarak ifade edildiği ve Kanunda öngörülen şartlar gerçekleştiğinde kat mülkiyetine re’sen çevrileceği noktaları öne çıkmaktadır. Bir başka deyişle, Kat Mülkiyeti Kanunu esas alındığında “kat irtifakı”nın bir irtifak hakkı olarak kaleme alındığı ve “kat mülkiyetine” geçmeden önceki bir aşama olarak kabul edildiği görülmektedir.

Kat Mülkiyeti Kanunu’nun kat irtifakına yaklaşımı bir yana bırakılarak doktrinin konuya bakış açısı ele alındığında, “niteliğine” yönelik olarak Eşya Hukuku doktrininde farklı görüşlerin ortaya çıktığı görülmektedir. Bu çerçevede, kat irtifakının hukuki niteliği hakkında diğerlerine kıyasla daha önceki tarihli bir eserde “bir irtifak hakkı” olarak kabul edildiği görülmektedir⁷. Daha sonraki tarihli eserlerde ise “kendine özgü bir aynî hak”⁸ olarak düşünülebileceği yönünde bazı görüşler mevcut olsa da ağırlıklı olarak kat irtifakının sınırlı aynî hak olarak nitelendirilemeyeceği, kat irtifakı tesisi ile salt “eşyaya bağlı bir borç yaratıldığı” ileri sürülmektedir: Bu görüş⁹ uyarınca Kat Mülkiyeti Kanununun 3. maddesinin üçüncü fıkrasında kat irtifakı, arsa payına bağlı bir irtifak çeşidi olarak ifade edilmekle birlikte, kat irtifakı taşınmazın paydaşlarını arsada kat mülkiyetine özgülenecek yapıyı inşa etme borcu altına soktuğu (KMK 17/1, 26/1) ve paydaşlara bu borcun ifasını talep etme yetkisi sağladığı için paya bağlı bir borç ve alacağın ortaya çıktığı işaret edilmektedir. Ayrıca, irtifak hakkının asli içeriğinin bir yapma edimi olamaması ve yapma ediminin ancak bir yan borç olarak irtifaka bağlanabilmesi (MK 779/II)¹⁰ de bu görüşe

7 ÖZMEN Saba, **Kat İrtifakı**, Yaklaşım, Ankara, 1997, s. 42.

8 Kat irtifakını, kendine özgü aynî hak tipleri arasında gören ve “henüz tamamlanmamış bir yapının bağımsız bölümleri üzerinde müşterek mülkiyet payına bağlı kat mülkiyeti kurulmasına ilişkin aynî borç” olarak tanımlayan görüş için bkz. SEROZAN Rona, **Eşya Hukuku I**, 3.B., İstanbul 2014, s. 52. Kat irtifakını “kendine özgü bir irtifak hakkı” olarak ifade eden bir görüş için bkz. ÖZMEN Etem Saba/ HAMACIOĞLU VARDAR **Gülşah**, **Kat İrtifakı**, İstanbul, 2017, s. 202 vd.

9 SİRMEN Lale, **Eşya Hukuku**, 6.B., Ankara, 2018, s. 460; OĞUZMAN Kemal/ SELİÇİ Özer/ OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, 17.B., İstanbul, 2014, C.I, s. 627; TEKİNAY Selahattin Sulhi, **Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II)**, İstanbul, 1991, s. 23; GERMEÇ Mahir Ersin, **Kat Mülkiyeti Hukuku**, 2. B., Ankara, 2008, s. 73.

10 “Taşınmaz lehine irtifak hakkı, bir taşınmaz üzerinde diğer bir taşınmaz lehine konulmuş bir

gerekçe oluşturmaktadır. Sonuç olarak, bizim de katıldığımız bu görüş uyarınca kat irtifakı, nitelik olarak eşyaya bağlı bir borç teşkil etmektedir. Paydaşlar, yapının sözleşmeye ve plâna göre tamamlanması için kendilerine düşen borçları yerine getirmek ve yapım işini doğruluk kuralları uyarınca kolaylaştırmakla karşılıklı olarak yükümlülük altına girmektedir¹¹.

II. YABANCI GERÇEK KİŞİ LEHİNE KAT İRTİFAKI TESİSİ

Kat irtifakının, sınırlı bir aynî hak olmayıp “eşyaya bağlı bir borç yarattığı” görüşünden yola çıkıldığında her ne kadar Tapu Kanunu m. 35’in kapsamına doğrudan girecek şekilde “sınırlı bir aynî hak” söz konusu olmasa da yabancı gerçek kişilerin Türkiye’de borçlandırıcı işlem yapmasını kısıtlayan genel nitelikli hukuki bir düzenleme olmamasından hareketle yabancı gerçek kişiler lehine kat irtifakı tesisi mümkün gözükmemektedir. Bu çerçevede, eşyaya bağlı borç tesis eden hukuki işleme ilişkin ehliyet, şekil, yasal sınırlamalara uygunluk gibi koşulların sağlanıp sağlanmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Yabancılık unsuru taşıyan böyle bir işlemde ehliyet ve şekil gibi konularda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un (MÖHUK)¹² ilgili hükümleri de uygulama alanı bulacaktır.

Kat Mülkiyeti Kanunu uyarınca kat irtifakı, re’sen (KMK m. 14/ III) ya da arsa sahibinin veya kat irtifakına sahip paydaşlardan birinin istemi (KMK m. 3/III) üzerine kat mülkiyetine çevrilebilir. KMK m. 12’de yer alan belgeler içinde bulunan “usulüne uygun mimari proje ile yönetim plânı” kat irtifakı kurulurken de talep edilen belgelerdir. Kat mülkiyetine çevrilme aşamasında bu belgeler hazır olduğundan, yapı kullanma izni geldikten sonra kat irtifakının kat mülkiyetine re’sen de çevrilmesi mümkün olmaktadır. Kat Mülkiyeti Kanununun, kat irtifakının re’sen kat mülkiyetine dönüşecek olması anlayışı esas alındığında ise, kat irtifakının, mülkiyetten önceki bir aşama olmasından hareketle, Tapu Kanunda (m. 35) yabancı gerçek kişiye taşınmaz edinme hakkı tanınmışken, mülkiyet hakkına re’sen dönüşecek olan kat irtifakı elde etme hakkının evleviyetle yabancı gerçek kişiye tanındığı da düşünülebilir. Bu çerçevede, belli sınırlamalar dahilinde yabancıya mülkiyet hakkı gibi geniş kapsamlı bir hak tanıyan yasakoyucunun

yük olup, yüklü taşınmazın malikini mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmaya veya yararlanan taşınmaz malikinin yüklü taşınmazı belirli şekilde kullanmasına katlanmaya mecbur kılar. Yapma borçları, irtifaka başlı başına konu olamaz; ona ancak yan edim olarak bağlanabilir.”: Türk Medeni Kanunu m. 779/2.

11 GERMEÇ, s. 73.

12 Kanun No: 5718-27.11.2007- R.G.: 12.12.2007-26728.



iradesinin, yine aynı sınırlamalara tabi olmak kaydıyla mülkiyetten önceki bir aşama olarak düşünülebilecek kat irtifakı hakkını da kabul edecek şekilde yorumlanması mümkündür. Kat irtifakının arsa payı lehine kurulacağı ve taşınmaz üzerinde arsa payına malik olanların kat irtifakı hakkına da sahip olacağı göz önünde bulundurulduğunda, Tapu Kanununun açıkça yabancılara taşınmaz edinme hakkı tanıdığı arsa payına bağlı kat irtifakı hakkını sınırlandırması düşünülemeyecektir.

Konuya, Yabancılar Hukuku açısından yaklaşıldığında da aynı sonuca ulaşılabilecektir. Yabancıların Türkiye'de taşınmaz edinmesi, yabancı lehine kat irtifakı tesisi, yabancı lehine sınırlı aynî hak tesisi türünden konular, mülkiyet hakkı ile ilişkilendirilecektir. Anayasanın 16. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlükler yabancılar için uluslararası hukuka uygun olarak ve kanunla sınırlandırılabilir. Bu durumda, mülkiyet hakkına getirilecek olan sınırlamaların da uluslararası hukuka uygun bir şekilde ve kanunla getirilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda, kat mülkiyeti hakkına re'sen çevrilecek olan kat irtifakı hakkı yabancı aleyhine sınırlandırılmak istendiğinde bu sınırlamanın kanuna dayanması gerekir. Bu noktada kanun ifadesini geniş anlamda ele almanın ve "kanun" dan alınmış yetkiye dayanılarak yürütme organınca getirilen düzenlemeler aracılığıyla yabancıların haklarına sınırlama konabilmesinin, pratik bir zorunluluk olduğu ileri sürülmektedir¹³. Dolayısıyla bir kanun hükmüne dayanmaksızın düzenleyici işlemlerle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ise Anayasa'ya aykırı olacağı ifade edilmektedir¹⁴. Bu şekilde kararname, yönetmelik, genelge gibi hukuki kaynaklar uyarınca getirilecek sınırlayıcı düzenlemelerin kaynağının kanun olması gerektiği belirtilmektedir¹⁵. Bu görüşlerin yanı sıra kanunda, idarenin düzenleyici işlem yapabilmesinin şartlarının ve kapsamının açıkça belirlenmiş

13 AYBAY Rona/ DARDAĞAN KİBAR, Esra, **Yabancılar Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010, s. 82-83. Kaynağını kanundan almayan düzenleyici işlemler yoluyla yabancıların temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının Anayasa'ya aykırı olacağı yönünde AYDOĞAN Asar, **Türk Yabancılar Mevzuatında Yabancı ve Hakları**, Emek Ofset, Ankara, 2001, s. 26. Anayasa'daki kanun ifadesinden şekli anlamda kanunun anlaşılması gerekliliğine ilişkin olarak YARAR Güven, **Yabancıların Türkiye'de Taşınmaz Mal Edinmeleri**, İstanbul, 2018, s. 147. Benzer şekilde idarî mercilerce verilecek kararlar aracılığıyla yabancıların temel hak ve özgürlüklerine ilişkin olarak sınırlama getirmenin Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceği hak bkz. EKŞİ Nuray, **Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular**, 4. B., Beta, İstanbul, 2012, s. 23.

14 AYBAY/DARDAĞAN KİBAR, s. 82-83; SARGIN Fügen, "Türkiye'de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye'ye Giriş, Türkiye'de İkamet Etme ve Çalışma Hakları", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**- Yılmaz Altuğ'a Armağan, 1997-1998, Y. 17-18, S. 1-2, s. 353.

15 ÇELİKEL Aysel/ GELGEL Günseli, **Yabancılar Hukuku**, İstanbul, 2017, s. 65.

lması gerektiği de vurgulanmaktadır¹⁶. Kanımızca kanunda açıkça yetki verilmese dahi, kanunun kapsamında olmak kaydıyla yabancıların temel hak ve özgürlükleri konusunda idare, düzenleyici idari işlem tesis edebilir. Bu yorum tarzı, Anayasa'nın 8. maddesine ve ayrıca yine Anayasa'nın 123. maddesinin ilk fıkrasındaki "idarenin yasallığı" ilkesine de uygun düşmektedir. Sınırlama getirilmemiş olan durumlarda ise hakkın yabancıya tanındığı kabul edilir. Ne Tapu Kanununda ne de Kat Mülkiyeti Kanununda yabancılar lehine kat irtifakı tesisine engel olan bir hüküm vardır. Bu durumda, yabancılar ve vatandaşların temel hak ve özgürlüklere sahip olma açısından kural olarak eşit olmasından hareketle ve yabancılar aleyhine getirilecek sınırlamanın uluslararası hukuka uygun düşecek şekilde ve kanunla getirilebileceği göz önünde tutularak, mülkiyet hakkı ile ilişkilendirebilecek ve mülkiyet hakkına re'sen çevrilecek olan kat irtifakı hakkına yönelik kanuni bir sınırlama getirilmemiş olduğu görülmektedir. Bu yönde bir sınırlamanın olmamasından hareketle, yabancı gerçek kişiler lehine kat irtifakı tesis edilebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Tapu Kanununun 35. maddesinde yer verilen "yabancı gerçek kişiler... satın aldıkları yapısız taşınmazda geliştireceği projeyi¹⁷ iki yıl içinde ilgili Bakanlığın onayına sunmak zorundadır" düzenlemesi de görüşümüzü destekler niteliktedir. İlgili Bakanlıkça başlama ve bitirilme süresi belirlenerek onaylanan proje, tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydedilmek üzere taşınmazın bulunduğu tapu müdürlüğüne gönderilir. Onaylanan projenin süresi içinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ilgili Bakanlıkça takip edilir. Bu hüküm uyarınca da yabancı gerçek kişilerin yapısız taşınmaz edinme ve üzerinde proje geliştirme hakkına sahip oldukları ancak kendilerine ek bir bildirim yükümlülüğü getirildiği görülmektedir. Kat irtifakı tesisi de bir arsa üzerinde ileride kat mülkiyetine konu olmak üzere yapılacak veya yapılmakta olan bir veya birden çok yapının bağımsız bölümleri için öngörülmektedir. Tapu Kanununun yapısız taşınmazlar üzerinde dahi yabancı gerçek kişilere proje geliştirme hakkı tanınması göz önünde bulundurulduğunda, ileride kat mülkiyetine konu olmak üzere yapılacak veya yapılmakta olan bir

16 DOĞAN Vahit, *Türk Yabancılar Hukuku*, Ankara, 2019, s. 29.

17 "Proje" ifadesinin kapsamına ilişkin olarak ÜÇÜNCÜ Sezen, "6302 Sayılı Kanun'un Yürürlüğe Girmesinden Sonra Yabancı Uyruklu Gerçek Kişilerin Satın Alma Yolu ile Türkiye'de Taşınmaz Mülkiyeti Edinimi", *Public and Private International Law Bulletin*, Volume: 34, Issue: 2, s. 111. İki yıllık süre içinde taşınmaz üzerinde proje geliştirilmeksizin taşınmazın bir başka kişiye satımı konusunda ne olacağı noktasının belirsiz olduğuna yönelik eleştiri için bkz. Yarar, s. 177.



veya birden çok yapının bağımsız bölümleri üzerinde kat irtifakı tesis etmelerine engel olması düşünülemeyecektir.

Bu çıkarımlarla paralel düşecek şekilde uygulamada da yabancı gerçek kişiler lehine kat irtifakı tesisinin gerçekleştiği görülmektedir. Örneğin, 2019/1-1795 Sayılı Yabancıların Taşınmaz Ediniminde Değerleme Raporu Aranılması Hakkında Genelge'de¹⁸ de belirtildiği üzere, 4 Mart 2019 tarihinden itibaren yabancı gerçek kişilerin alıcı veya satıcı sıfatıyla taraf oldukları satış işlemlerinde değerlendirme raporu aranılması şartı getirilmiştir. Daha önce, TVK'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (TVK Uygulama Yönetmeliği)¹⁹ kapsamında gerçekleştirilen yabancı gerçek kişilerin işlemlerinde, edinim öncesinde 10.12.2018 tarih ve 2018/14 (1793) Sayılı Genelge²⁰ gereğince değerlendirme standartlarına uygun olarak hazırlanmış ve değerlendirme kuruluşunca onaylanmış, piyasa değerini gösterir taşınmaz değerlendirme raporu alınmaktaydı. 2019/1 (1795) sayılı Genelge ile ise TVK Uygulama Yönetmeliği dışındaki satış yoluyla edinimlerde de değerlendirme raporu alınması zorunluluğu getirilmiştir. Değerleme raporuna yazılacak değer açısından zeminde fiilen bitmiş taşınmazlar için işlem günündeki değer; **fiilen bitmemiş-inşası devam eden ve kat irtifaklı taşınmazlar** için ise binanın bitmesi halinde oluşacak değeri ifade etmesi gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla, bu şekilde yabancı gerçek kişiler lehine kat irtifakı tesisinin uygulamada da kabul gördüğü, hatta değerlendirme raporuna konu olduğu ve etki doğurduğu ortaya çıkmaktadır.

III. YABANCI GERÇEK KİŞİLER LEHİNE KAT İRTİFAKI TESİSİ AÇISINDAN ORTAYA ÇIKABİLECEK SINIRLAMALAR VE KAT İRTİFAKI TESİSİ

Re'sen kat mülkiyetine çevrilecek olan kat irtifakının tesisi bakımından da Tapu Kanununda (m. 35) öngörülmüş olan sınırlamaların söz konusu olacağı unutulmamalıdır. Buna göre;

- Kanuni sınırlamalara uyulması gerekmektedir (Örneğin, Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanununda öngörülen sınırlamalar),

18 2019/1-1795 Sayılı Yabancıların Taşınmaz Ediniminde Değerleme Raporu Aranılması Hakkında Genelge: https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/yabancilarin_tasinmaz_ediniminde_degerleme_raporu_alinmasi_hakkinda_2019-1_0.pdf (Erişim Tarihi: 10.09.2020) (Değerleme Raporu Alınması Hakkında Genelge)

19 Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik - R.G: 6.4.2010-27544.

20 2018/14- 1793 sayılı TVK'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik Hakkında Genelge: <https://www.tkgm.gov.tr/tr/icerik/201814-1793-sayili-genelge-turk-vatandasligi-kanununun-uygulanmasina-iliskin-yonetmelik> (Erişim Tarihi: 10.09.2020)



- Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen ülke vatandaşı olmak gerekir,
- Gerçek kişi yabancıнын elde ettiği taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı aynî hakların toplam alanı,
 - a. özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün yüzde onunu,
 - b. kişi başına ülke genelinde 30 hektarı geçmemelidir ²¹.

Kat irtifakının tesisi ise Kat Mülkiyeti Kanununun 14. maddesinin ilk fıkrasında belirlenen usul dairesinde gerçekleşecektir. Kat irtifakının tapu siciline tescil edilebilmesi için henüz yapı yapılmamış veya yapısı tamamlanmamış arsanın malikinin veya bütün paydaşlarının buna ait istem ile birlikte, projelerini ve yönetim planını tapu idaresine sunmaları gerekir. Tapu memuru, kendisine verilen belgelerin tamam ve usulüne uygun ve dilekçeyi verenlerin veya istemde bulunanların yetkili olduklarına kanaat getirdikten sonra kat irtifakı kurulmasına dair sözleşmeyi düzenler ve bu sözleşme aynı zamanda tescil istemi sayılır (Kat Mülkiyeti Kanunu m. 13/1). Dolayısıyla, tapu görevlisince düzenlenmiş olan kurucu senet için sözleşme ifadesi kullanılmaktadır. Belirtilen hükümler kapsamında, arsa malikinin veya paydaşların arasında yabancı gerçek kişinin olması halinde kat irtifakı kurulmasına dair sözleşme ve tescili bu kişiler yararına yapılacaktır. Sözleşme, kat irtifakının kurulmasına ilişkin resmi senet niteliğindedir ve bu senet, yabancı gerçek kişi lehine de tesis edilebilecektir.

IV. İSTİSNAİ YOLDAN VATANDAŞLIĞIN KAZANILMASI VE BU KAZANIMDA YATIRIMIN YERİ

Kat irtifakı tesisi ile Türk vatandaşlığı kazanımı ilişkisine geçmeden önce, genel hatlarıyla Türk vatandaşlığının istisnai yoldan kazanımına ve özellikle Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun (TVK)²² 12. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendine değinmek uygun olacaktır.

TVK'nın 12. maddesi, Türk vatandaşlığının kazanılmasında istisnai hallere ilişkin düzenleme getirmekte ve "Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlıklarca haklarında gerekçeli teklifte bulunulan kişilerin;

²¹ Cumhurbaşkanı, kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı iki katına kadar artırmaya yetkilidir.

²² Türk Vatandaşlığı Kanunu, 5901, 29/5/2009 R.G.:12/6/2009-27256.



4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 31 inci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi uyarınca ikamet izni alanlar ile Turkuaz Kart sahibi yabancılar ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğunun; vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişilerin; göçmen olarak kabul edilen kişilerin” milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil eden bir halleri bulunmamak kaydıyla Türk vatandaşı olabileceğini ifade etmektedir.

Doktrinde, istisnai yoldan Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin olarak değişik görüşler bulunmaktadır. Bir görüş²³ uyarınca, istisnai yoldan vatandaşlığın kazanılmasında, genel olarak vatandaşlığa alınmaya kıyasla ülke ile daha yoğun bir ilişki ve bağlılığın varlığından yola çıkıldığı belirtilirken; diğer bir anlayış, bu yabancıların, Türk Devleti ile sadakat bağlarını ve Türk toplumuyla sıkı ilişkilerini ve uyumlarını ortaya koyan şartlara sahip olmadıkları halde bazı özel nitelikleri nedeniyle Türk vatandaşlığını kazanabilme durumlarına dikkat çekmektedir²⁴. İstisnai yoldan Türk vatandaşlığını kazanmak için Kanun tarafından belirlenmiş olan özel niteliğe sahip olmanın yanı sıra bu kişilerin milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir durumlarının olmamasıdır. Bunlar dışında Türk Vatandaşlığı Kanununun 11. maddesinde belirtilen diğer şartların varlığı ise aranmayacaktır.

Türk vatandaşlığının istisnai yoldan kazanılmasına yönelik bir durum da Türkiye’de yatırım yapmaya bağlı olarak vatandaşlık kazanmayı esas almaktadır. Genel kapsamda, vatandaşlığın yatırıma bağlı olarak kazanılmasına, bireyler arası ayrımcılık yaratabilecek ve vatandaşlığın ülke ile bağlılık içeren özüne aykırı düşecek yönde şekillenebilecek olması gibi noktalarda eleştiri getirilmektedir²⁵. Türk Vatandaşlık Hukuku

23 DOĞAN Vahit, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 13.B., Ankara, 2016, s. 77.

24 ERDEM Bahadır, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 2.B., İstanbul 2011, s. 117.

25 SHACHAR Ayelet, “Dangerous Liaisons: Money and Citizenship, Should Citizenship be for Sale?”, *EUI Working Paper* (Ed. by SHACHAR Ayelet and BAUBÖCK Rainer), 2014/1, s. 6-7: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/29318/RSCAS_2014_01.pdf?sequence=1 (Erişim tarihi: 14.09.2020). Ayrıca bkz. TANASOCA Ana, “Citizenship for Sale Neomedieval, not Just Neoliberal?”, *European Journal of Sociology*, V.57/1, 2016, s.192: https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/724E16ECC948E15C81DC9070A5A2A614/S0003975616000059a.pdf/citizenship_for_sale.pdf (Erişim tarihi: 14.09.2020). Yatırım esaslı vatandaşlık kazanmaya yönelik karşılaştırmalı bir inceleme için bkz. DZANKIC Jelena, “The Pros and Cons of Ius Pecuniae: Investor Citizenship in Comparative Perspective”, (The Pros and Cons of Ius Pecuniae), *RSCAS Working Papers*, No. 2012/14, European University Institute, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/21476/RSCAS_2012_14.pdf (Erişim tarihi: 10.09.2020). Ayrıca vatandaşlığın birey ve devlet arasında sıkı bir ilişkiyi ve güçlü

açısından konuya yaklaşan bir görüş²⁶ uyarınca ise, Türkiye’de yatırım yapacak olan yabancılara ve ailelerine vatandaşlık kazanmalarından önceki aşamada “uzun dönem ikamet izni sağlanması”, bu kişilerin, devlete vatandaşlık bağı ile bağlanma konusundaki niyetinin sürekliliğini ve samimiyetini ortaya çıkarabilecektir. Bu görüş²⁷ kapsamında, YUKK m. 31/1-j uyarınca Türkiye’de çalışmayan ancak Cumhurbaşkanınca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacaklar ile aile fertlerine kısa dönem ikamet izni verileceğinin düzenlenmiş olduğu ancak ne TVK m.12/1-b hükmünde ne de TVK Uygulama Yönetmeliğinde sürenin ne kadar olması gerektiğine ilişkin düzenleme getirildiği belirtilmiştir. YUKK m. 31/5 uyarınca ise bu yabancılara ve aile fertlerine en fazla beşer yıllık sürelerle kısa dönem ikamet izni verilebileceği düzenlenmiştir. Bu görüşlere ek olarak, Türk vatandaşlığının, Türkiye’de taşınmaz satın alma_yoluyla kazanılması, hukuki açının yanı sıra diğer bazı açılardan da eleştirilmektedir²⁸. Diğer yandan, Türkiye’de yatırım yaparak devlete mali kaynak sağlayan ve “vatandaşlık yatırımı” yapan bu kişilerin vatandaşlık kazanmalarının yolunun açıldığı da belirtilmektedir²⁹.

V. KAT İRTİFAKI TESİSİ VE TÜRK VATANDAŞLIĞI KAZANMAYA ETKİSİ

Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun³⁰ 12. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi³¹ uyarınca “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 31. maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi uyarınca ikamet izni alanlar ile Turkuaz kart sahibi yabancılar ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu, milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla Cumhurbaşkanı kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilirler.” Dolayısıyla belirtilen hüküm uyarınca iki kategori esas alınmıştır.

bir bağı gerektirdiğine ilişkin olarak DONNER Ruth, *The Regulation of Nationality in International Law*, New York, 1994, s.26.

26 BARAN ÇELİK Neşe Baran, “Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017(130), s. 414-415.

27 BARAN ÇELİK, s. 414-415.

28 ŞİT Banu, “İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması”, *Hacettepe Hukuk Fak. Dergisi*, 7(1), 2017, s. 193.

29 NOMER Ergin, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 24.B., İstanbul, 2018, s. 91.

30 Türk Vatandaşlığı Kanunu, 5901-29/5/2009 R.G. 12/6/2009-27256.

31 Türk Vatandaşlığı Kanunu m.12/b’nin, TVK Uygulama Yönetmeliği m. 20/2 hükmünü desteklemediği ve kanun koyucunun kısa dönem ikamet izni sahibi ya da Turkuaz kart sahibi ya da diğer gruplar arasında farklı işlem görmesine izin vermeyeceği yönündeki eleştiri için bkz. GÜNGÖR Gülin, *Tabiiyet Hukuku- Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler- Şeyler*, 7.B., Ankara, 2019, s. 111.



İlki, yatırım esaslı; ikinci ise Turkuaz karta dayalıdır. YUKK'un 31. maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi uyarınca kısa dönem ikamet izni alanlar ise "Türkiye'de çalışmayan ancak Cumhurbaşkanınca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacaklar ile bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu" dur. Diğer yandan Turkuaz kart ise Uluslararası İşgücü Kanunu³² m. 11 uyarınca "Uluslararası işgücü politikası doğrultusunda; eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye'deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi ile Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileri ve Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara göre başvurusu uygun görülen yabancılara" verilir.

Türk Vatandaşlığı Kanununun 12. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine ilişkin olarak, TVK Uygulama Yönetmeliğinin 20. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi " ... TVK'nun 12. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında Cumhurbaşkanı kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilecekleri düzenlerken "En az 250.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası tutarında taşınmazı tapu kayıtlarına üç yıl satılmaması şerhi koyulmak şartıyla satın aldığı veya kat mülkiyeti ya da kat irtifakı kurulmuş, en az 250.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası tutarı peşin olarak yatırılan taşınmazın satışının vaat edildiğine dair noterden düzenlenen sözleşmenin üç yıl süreyle devri ve terkini yapılmayacağı taahhüdüyle tapu siciline şerh edildiği Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tespit edilen..." yabancının istisnai olarak Türk vatandaşlığını kazanabileceğini düzenlemiştir. Hukuka uygunluk karinesinden yararlanan ve pozitif hukukumuzun bir parçası olan Yönetmelik hükmü de yabancı gerçek kişinin, kat irtifakı tesis edilmiş taşınmaz üzerinde tasarrufunu kabul etmekte; hatta diğer işlemlerin de tamamlanması ile birlikte bu tür bir taşınmaza yönelik satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerhinin dahi Türk vatandaşlığına başvuru³³ için bir dayanak olacağını

32 Uluslararası İşgücü Kanunu 6735, 28/7/2016-R.G.: 13/8/2016-29800.

33 Satış işleminde beyan edilen değerler yönetmelikte aranan değeri karşılıyor ise resmi senette; "Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 20'nci maddesi kapsamında Türk Vatandaşlığının kazanılması amacıyla edindiğim bu taşınmazı/ taşınmazları 3 yıl süre ile satmayacağımı taahhüt ederim." şeklindeki beyana yer verilir. Taşınmazın siciline de; "Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 20'nci maddesi kapsamında edinim/beyan tarihinden itibaren (tescil istem belgesi ile talep edilmişse beyan tarihinden itibaren) 3 yıl içerisinde satılmayacağı yönünde taahhüdü vardır." kaydı düşülür. Satış vaadi sözleşmesinde belirlenen değerler yönetmelikte aranan değeri karşılıyor ise tescil istem belgesinde; "Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 20'nci maddesi kapsamında Türk Vatandaşlığının kazanılması amacıyla taşınmaz/taşınmazları edinmeye yönelik sözleşmenin 3 yıl süre ile devri ve

düzenlemektedir. Anılan düzenleme uyarınca yabancı gerçek kişiler taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri ile istisnai olarak Türk vatandaşlığını kazanabilmektedirler. Kat mülkiyetinin yanı sıra kat irtifakı kurulmuş, en az 250.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası tutarı peşin olarak yatırılan taşınmazın satışının vaat edildiğine dair noterden düzenlenen sözleşmenin varlığı ve sözleşmenin üç yıl süreyle devri ve terkinini yapılmayacağını taahhüdünün tapu siciline şerh edilmesi gereklidir. Satış vaadi sözleşmeleri ön sözleşme niteliğinde olup satış değildir. Bununla birlikte, belirtilen düzenleme ile birlikte kat mülkiyeti ve hatta kat irtifakına konu taşınmazlara ilişkin olarak düzenlenen satış vaadi sözleşmelerinin tapu siciline şerhinin sonucunda Türk vatandaşlığını kazanmak mümkün hale getirilmiştir. Dolayısıyla bu yolla vatandaşlığın kazanılması, satış işleminin gerçekleşmesi üzerine istisnai yoldan vatandaşlık kazanılması ile aynı yönde sonuç doğurmaktadır³⁴. Bunun yanı sıra, hükümde yer verilen “en az 250.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası tutarında taşınmazı tapu kayıtlarına üç yıl satılmaması şerhi koyulmak şartıyla satın aldığı” olasılığı göz önünde bulundurulduğunda da yukarıdaki gerekçelerimizi de dikkate alarak, örneğin, üzerinde kat irtifakı tesis edilmiş taşınmazın satış değerinin belirlenmiş rakam aralığında olması halinde de istisnai yoldan Türk vatandaşlığı kazanılabilecektir. Bu olasılıklar dahilinde yukarıda da değinildiği üzere, 10.12.2018 tarih ve 2018/14 (1793) Sayılı Genelge uyarınca taşınmazın değerinin tespitinde değerlendirme raporu alınması gerekli olacaktır. Ayrıca bu taşınmazın tapu kayıtlarına üç yıl satılmaması şerhi de koyulmuş olmalıdır.

TVK m.12/1-b kapsamında istisnai yolla Türk vatandaşlığının kazanılabilmesi için daha önce de ele alındığı üzere TVK m.12 gereği milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmama dışında başka bir şart aranmamaktadır. TVK m.12/1-b açısından öne çıkan bir nokta da yabancıların eş ve çocuğunun da Türk vatandaşlığını kazanma olanağına sahip olmalarıdır. Yabancıların “eşinin,

terkinini yapmayacağına taahhüt ederim.” şeklinde beyanda bulunulur. Taşınmazın siciline de “Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 20’nci maddesi kapsamında şerh tarihinden itibaren 3 yıl süre ile satış vaadi sözleşmesinin devri ve terkininin yapılmayacağı yönünde taahhüdü vardır.” ifadesine yer verilir: Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik Hakkında Kılavuz için bkz. https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/kilavuz_0.pdf, s. 2. (Erişim tarihi: 04.09.2020), s. 11-12.

34 ŞİGVA Sinan, Türkiye’de Yabancı Gerçek Kişilerin Taşınmaz Edinimi, **TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası, 17. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı**, 25-27 Nisan 2019, Ankara, s. 5: https://www.hkmo.org.tr/resimler/ekler/c9dc24ccba92d56_ek.pdf



kendisinin ve eşinin ergin olmayan ve bağımlı yabancı çocuğunun” eş ve/veya çocuk bakımından ayrıca bir yatırım değeri şart koşulmaksızın hükmün kapsamına alınmış olması, yetkili makam kararı ile vatandaşlığa alınmanın sonuçlarını Türk Vatandaşlığı Kanununun sistematığına aykırı bir biçimde genişlettiği için eleştirilmektedir³⁵. Zira, Türk Vatandaşlık Kanunu (TVK m. 20/2) uyarınca yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılması eşin vatandaşlığına tesir etmez. Ergin olmayan çocukların vatandaşlık başvuruları ise bizzat değil veli ya da vasileri tarafından yapılacaktır (TVK Uygulama Yön. m.64/2). Bu noktada dikkat çekilmesi gereken bir başka nokta ise, Türkiye’de taşınmaz edinerek Türk vatandaşlığını kazanmanın her devletin uyrukluğundaki yabancı bakımından söz konusu olamayacağıdır. Zira, Tapu Kanunu m. 35 uyarınca hangi devletin uyrukluğundaki yabancıların Türkiye’de taşınmaz edinebileceği Cumhurbaşkanı tarafından belirlenmektedir. Dolayısıyla, taşınmaz edinimine bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanma olanağı da bu yabancılarla sınırlıdır. Örneğin, Suriyelilerin Türkiye’de taşınmaz edinmesi mümkün olmadığı için Türkiye’de taşınmaz edinmek yoluyla vatandaşlık kazanmaları da mümkün olmayacaktır³⁶. Belirtilen tüm bu noktalar, üzerinde kat irtifakı tesis edilmiş taşınmazların satışı ya da satışının vaadi ile de bağlantılı olarak etkili olacaktır.

TVK Uygulama Yönetmeliği, yabancı gerçek kişilerin şahsi taşınmaz edinimlerini kapsadığından, yabancı gerçek kişilerin şahsı dışında eşi, çocuğu vb. adına veya yöneticisi/ortağı oldukları şirket tüzel kişiliği adına yapılan taşınmaz edinimleri bu kapsamda değerlendirilmeyecektir³⁷. Satın alınan taşınmazın niteliğine yönelik olarak (konut, işyeri, arsa, tarla, bahçe vb.) ise bir sınırlama bulunmamaktadır. Noterde düzenlenecek satış vaadi sözleşmeleri ise sadece kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmuş taşınmazlar için mümkündür.

Satın alınmak istenen veya satış vaadine konu olabilecek taşınmaz sayısında ise herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Bu noktada esas alınan değer, Yönetmelikte belirtilen tarihlerde aranan değer toplamıdır. Bu kapsamda taşınmazın satış yoluyla edinilmesinden veya satış vaadi sözleşmesi düzenlenmesinden sonra, 1.000.000 USD veya 250.000 USD tutarına ulaşmak için birden fazla taşınmazın satış yoluyla edinilmesi

35 ŞİT, s. 193.

36 Kılavuz, s. 2.

37 Kılavuz, s. 2.

veya satış vaadi sözleşmesi düzenlenmesi mümkündür³⁸. Bu parasal değerlerin belirlenmesinde, tespit tarihindeki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının efektif satış kuru ve/veya çapraz döviz kuru esas alınır (TVK Uygulama Yönetmeliği m. 20/6). Yönetmelik'te belirlenmiş olan rakamların sağlanıp sağlanmadığını tespit için piyasa değerini gösteren “taşınmaz değerlendirme raporu” alınması gerekir. Taşınmaz değerlendirme raporu, Sermaye Piyasası Kurulu veya “Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği” internet sayfalarında yayımlanmış olan taşınmaz değerlendirme şirketleri aracılığıyla elde edilir³⁹.

Bu şekilde Türk vatandaşlığının kazanılması, yetkili makamca verilen karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder (TVK m.20/1, TVK Uygulama Yön. m. 36/1). Dolayısıyla kişi karar tarihinden itibaren Türk vatandaşı olarak kabul edilir. Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığını kazananlar ile doğumla Türk vatandaşlığını kazananlar arasında vatandaşlık statüsü bakımından fark yoktur⁴⁰.

SONUÇ

Kat irtifakı hakkı, Kat Mülkiyeti Kanununda re'sen kat mülkiyetine çevrilecek olan bir irtifak çeşidi olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla, kat irtifakını, kat mülkiyetinin ön aşaması olarak düşünmek mümkündür. Yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de taşınmaz edinmesine yönelik temel yasal dayanak olan Tapu Kanununun 35. maddesi yabancı gerçek kişilerin, belirli sınırlamalara uyulmak kaydıyla, Türkiye'de taşınmaz edinebileceklerini ve sınırlı aynî hak sahibi olabileceklerini kabul etmektedir.

Kat irtifakı, kat mülkiyetinin ön aşaması olarak düşünüldüğünde, Tapu Kanununda yabancı gerçek kişiye mülkiyet hakkı tanınmışken, mülkiyet hakkına dönüşecek olan kat irtifakı hakkının sınırlandırıldığı düşünülemez. Elbette, miktar, kapsam dahili ülke vatandaşı olmak, askeri bölge vb. diğer kanuni sınırlamalar saklıdır ve kat irtifakı hakkı bakımından da uygulanır niteliktedir. Diğer yandan, kat irtifakının Eşya Hukukundaki ağırlıklı görüş esas alınarak, sınırlı bir aynî hak çeşidi olarak düşünülmeyeceği; salt eşyaya bağlı bir borç yarattığı görüşü dikkate alındığında da, yabancı gerçek kişilerin ehliyet, şekil vb. hususlara uymak kaydıyla Türkiye'de borçlandırıcı nitelikte işlem yapabilmelerinin önünde yasal bir engel olmadığı görülmektedir. Tüm

38 Kılavuz, s. 3.

39 Kılavuz, s. 6.

40 GÜNGÖR, s. 153.



bu değerlendirmelerden çıkan sonuç, kat irtifakının yabancı gerçek kişiler bakımından tesisinin mümkün olduğu yönündedir.

Diğer yandan, Türk Yabancılar Hukuku da bu sonucu desteklemektedir. Türk Yabancılar Hukukunda kanunla herhangi bir kısıtlama yapılmamış ise vatandaş ve yabancının eşitliği kabul edilmektedir ve yabancı gerçek kişilerin kat irtifakı hakkı sahibi olabilmelerine yönelik herhangi bir açık sınırlama ilgili mevzuatta yer almamaktadır. Ayrıca Vatandaşlık Hukukunda da bu çıkarımı destekler hükümlerle karşılaşmaktadır. Uygulamanın da yabancı gerçek kişiler lehine kat irtifakının tesisine yönelik geliştiği görülmektedir. Örneğin, 2019/1-1795 Sayılı Yabancıların Taşınmaz Ediniminde Değerleme Raporu Aranılması Hakkında Genelge'de yabancı gerçek kişilerin alıcı veya satıcı sıfatıyla taraf oldukları satış işlemlerinde değerlendirme raporu aranılması şartı getirilmiştir. Değerleme raporuna yazılacak değer açısından zeminde fiilen bitmiş taşınmazlar için işlem günündeki değer; fiilen bitmemiş- inşası devam eden ve kat irtifaklı taşınmazlar için ise binanın bitmesi halinde oluşacak değeri ifade etmesi gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla, yabancı gerçek kişiler lehine kat irtifakı tesisinin uygulamada da kabul gördüğü, hatta değerlendirme raporuna konu olduğu görülmektedir. Kat irtifakı tapusunun tesisine yönelik işlemler bakımından, arsa malikinin veya paydaşların arasında yabancı gerçek kişinin olması halinde kat irtifakı kurulmasına dair sözleşme ve tescili bu kişiler yararına yapılacaktır. Sözleşme, kat irtifakının kurulmasına ilişkin resmi senet niteliğindedir ve bu senet, yabancı gerçek kişi lehine de tesis edilebilecektir.

Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (m. 20/2/b) kapsamında da yabancı gerçek kişinin, kat irtifakı tesis edilmiş taşınmaz üzerinde tasarrufu kabul edilmekte; hatta diğer işlemlerin de tamamlanması ile birlikte bu tür bir taşınmaza yönelik satış vaadi sözleşmesinin tapu siciline şerhinin dahi Türk vatandaşlığına başvuru için bir dayanak olacağını düzenlemektedir. Anılan düzenleme uyarınca yabancı gerçek kişiler taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri ile istisnai olarak Türk vatandaşlığını kazanabilmektedirler. Kat mülkiyetinin yanı sıra kat irtifakı kurulmuş, en az 250.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı Türk Lirası tutarı peşin olarak yatırılan taşınmazın satışının vaat edildiğine dair noterden düzenlenen sözleşmenin varlığı ve taşınmazın üç yıl süreyle devri ve telkini yapılmayacağına taahhüdünün tapu siciline şerh edilmesi gereklidir. Bunun yanı sıra, hükümden yer verilen "en az 250.000 Amerikan Doları veya karşılığı döviz ya da karşılığı



Türk Lirası tutarında taşınmazı tapu kayıtlarına üç yıl satılmaması şerhi koyulmak şartıyla satın aldığı” olasılığı göz önünde bulundurulduğunda da üzerinde örneğin, kat irtifakı tesis edilmiş taşınmazın satış değerinin belirlenmiş rakam aralığında olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu satış işlemine dayalı olarak da Türk vatandaşlığı istisnai yoldan kazanılabilecektir.



KAYNAKLAR

AYBAY Rona/ DARDAĞAN KİBAR Esra, **Yabancılar Hukuku**, 3.B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010.

AYDOĞAN Asar, **Türk Yabancılar Mevzuatında Yabancı ve Hakları**, Emek Ofset, Ankara, 2001.

BARAN ÇELİK Neşe, "Güncel Gelişmeler Işığında Türk Vatandaşlığının İstisnai Haller Kapsamında Kazanılması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2017(130), s. 357-418.

ÇELİKEL Aysel/ GELGEL Günseli, **Yabancılar Hukuku**, İstanbul, 2017.

DONNER Ruth, **The Regulation of Nationality in International Law**, New York, 1994.

DOĞAN Vahit, **Türk Yabancılar Hukuku**, Ankara, 2019.

DOĞAN Vahit, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 13.B., Ankara, 2016.

DZANKIC Jelena "The Pros and Cons of Ius Pecuniae: Investor Citizenship in Comparative Perspective", (The Pros and Cons of Ius Pecuniae), **RSCAS Working Papers**, No. 2012/14, European University Institute, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/21476/RSCAS_2012_14.pdf.

EKŞİ Nuray, **Yabancılar Hukukuna İlişkin Temel Konular**, 4. B., Beta, İstanbul, 2012.

ERDEM Bahadır, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 2.B., İstanbul 2011.

GERMEÇ Mahir Ersin, **Kat Mülkiyeti Hukuku**, 2. B., Ankara, 2008.

GÜNGÖR Gülin, **Tabiiyet Hukuku- Gerçek Kişiler- Tüzel Kişiler- Şeyler**, 7.B., Ankara, 2019.

NOMER Ergin, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 24.B., İstanbul, 2018.

OĞUZMAN Kemal/ SELİÇİ Özer / OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, 17.B., İstanbul, 2014.

ÖZMEN Etem Saba/ VARDAR HAMAMCIOĞLU Gülşah, **Kat İrtifakı**, İstanbul, 2017.

ÖZMEN Saba, **Kat İrtifakı**, Ankara, 1997.

SARGIN Fügen, "Türkiye'de Öğrenim Gören Yabancı Öğrencilerin Türkiye'ye Giriş, Türkiye'de İkamet Etme ve Çalışma Hakları", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yılmaz Altuğ'a Armağan, 1997-1998, Y. 17-18, S. 1-2, s. 317-354.



SEROZAN Rona, **Eşya Hukuku I**, 3.B., İstanbul 2014.

SHACHAR Ayelet, “Dangerous Liaisons: Money and Citizenship, Should Citizenship be for Sale?”, **EUI Working Paper** (Ed. by Ayelet Shchar and Rainer Bauböck), 2014/1, s. 3-8

SİRMEN Lale, **Eşya Hukuku**, 6.B., Ankara, 2018.

TANASOCA Ana, “Citizenship for Sale Neomedieval, not Just Neoliberal?”, **European Journal of Sociology**, V.57/1, 2016, s. 169-195.

TEKİNAY Selahattin Sulhi, **Kat Mülkiyeti (Eşya Hukuku II)**, İstanbul, 1991.

ŞİĞVA Sinan, “Türkiye’de Yabancı Gerçek Kişilerin Taşınmaz Edinimi”, **TMMOB Harita ve Kadastro Mühendisleri Odası, 17. Türkiye Harita Bilimsel ve Teknik Kurultayı**, 25-27 Nisan 2019, Ankara, s. 1-6.

ŞİT Banu, “İstisnai Yoldan Vatandaşlığın Kazanılmasına İlişkin Genel Esaslar ve Son Değişiklikler Çerçevesinde Türk Vatandaşlığının İstisnai Yoldan Kazanılması”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 7(1), 2017, s. 169-198.

ÜÇÜNCÜ, Sezen, “6302 Sayılı Kanun’un Yürürlüğe Girmesinden Sonra Yabancı Uyruklu Gerçek Kişilerin Satın Alma Yolu ile Türkiye’de Taşınmaz Mülkiyeti Edinimi”, **Public and Private International Law Bulletin**, Volume: 34, Issue: 2, s. 89-152.

YARAR Güven, **Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinmeleri**, İstanbul, 2018.

YILMAZ, Alper Çağrı, “6302 Sayılı Kanun Hükümleri Uyarınca Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz Edinimi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, 2013, S. 1-2, s. 1095-1126.

www.tkgm.gov.tr



THE PRESUMPTION OF INNOCENCE WITH GENERAL PRINCIPLES: A REVIEW CONSIDERING THE COUNCIL OF STATE'S DECISIONS

(Genel Prensiplerle Masumiyet Karinesi: Danıştay Kararları Açısından Bir Değerlendirme)

Gökhan ÇAYAN¹

ABSTRACT

The presumption of innocence is accepted by its position in all international and regional human rights treaties as a standard of fair trials, which similar to that Continental Law System. According to Anglo-Saxons Law System, the presumption is described in principle of burden and standard of proof. Whereas; the presumption of innocence in every legal system may not be understood as an accepted by Anglo-Saxons and Continental Law Systems. A level of abstraction is necessary, for accepted to common principle, a search for the minimum standard that universally hold. According to this minimum standard level; the presumption has long been regarded as fundamental to protecting accused persons from wrongful conviction; and the basic principle is that the accused is to be considered innocent until proven guilty of a criminal offer. Understanding the presumption of innocence is possible with determining the nature of the right. In this article, the presumption of innocence considering the Council of State decision is examined. There are general principles in first part, the purposes of the presumption of innocence in second part, presumption in administrative law jurisdiction in third part and the Council of State decisions in fourth part.

Keywords: The presumption of innocence, the purposes of the presumption of innocence, presumption of innocence in administrative law jurisdiction, presumption of innocence in Council of State decisions, philosophy of the presumption of innocence, doctrine of the presumption of innocence, burden of proof, standard of proof.

¹ Judge: Ankara Administrative Court; LL. M: Kirikkale University, LL. B: Kirikkale University, D. eP: Pazmany Peter University, gcaayan@yandex.com , www.gcaayan.com , Orcid ID: 0000-0001-8704-2884, Web of Science Researcher ID: AAH-9475-2019 .



ÖZ

Masumiyet karinesi, tüm uluslararası ve bölgesel insan hakları sözleşmeleri tarafından, Kıt'a Avrupası Hukuk Sistemiyle benzer bir biçimde, adil yargılanma hakkının unsuru olarak tanınmaktadır. Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde ise karine, ispat yükünü ve standardını belirleyen bir ilke olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık her hukuk sisteminde masumiyet karinesi, Anglo-Sakson ve Kıt'a Avrupası Hukuk Sistemlerinin öngördüğü şekilde kabul edilmeyebilir. Karinenin ortak bir değer olarak kabul edilebilmesi, belirli bir düzeyde asgari mutabakat seviyesinin belirlenmesiyle mümkündür. Bu asgari mutabakat seviyesine göre karine, suç ile itham edilenleri, yanlış mahkûmiyetten koruma amacına hizmet eder ve kişinin, suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılmasını sağlar. Masumiyet karinesinin anlaşılabilmesi, ilkenin doğasının tespit edilmesiyle mümkündür. Bu makalede, Danıştay içtihatları ışığında masumiyet karinesi inceleme konusu yapılmıştır. Makalenin birinci kısmında genel prensipler, ikinci kısmında masumiyet karinesinin amaçları, üçüncü kısmında idari yargıda masumiyet karinesi ve dördüncü kısmında Danıştay kararları yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Masumiyet karinesi, masumiyet karinesinin amaçları, idari yargıda masumiyet karinesi, Danıştay kararlarında masumiyet karinesi, masumiyet karinesinin felsefesi, masumiyet karinesinin doktrini, ispat yükü, delil standardı.

INTRODUCTION

Different meanings are attributed to the presumption of innocence in doctrine. It is not possible to give an alliance description on the point of definition, purpose, aim and nature of the presumption². In the most general sense, the presumption of innocence expresses that everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law³.

In the 9th paragraph of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, published as a result of the French Revolution, which started

2 Laudan, Laudan, *Truth, Error and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press 2006, p.92.

3 Jackson, D. John, Summers J. Sarah, *The Internationalisation of Criminal Evidence Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge University Press 2012, p. 200; Lippke, Richard L., The Presumption of Innocence in The Trial Setting, *Tatio Juris Review* 2015, 28/2, p. 160; Campbell, Liz, Criminal Labes, the European Convention on Human Rights and Presumption of Innocence, *The Modern Law Review*, 76/4, p. 682.



with the motto “Equality, Freedom and Brotherhood”, it was declared that everyone charged with a criminal offence would be presumed innocent until proved guilty according to law. The Declaration, seen as the most important contribution of Continental European Legal System to the presumption of innocence, also accelerated the announcement of another international manifesto⁴.

In the first paragraph of Article 11 of the Universal Declaration of Human Rights, which was prepared by the United Nations and adopted at session held by the United Nations General Assembly on 10 December 1948, is deemed innocent unless found guilty by law.

In order to compensate for destruction caused by Second World War and to prevent such a devastation from happening again, some states signed the Council of Europe Statute in 1949 with the aim of establishing an organization. In the same year, it was decided to prepare a contract on human rights and founding states opened European Convention on Human Rights, where fundamental rights and freedoms were issued, on 4 November 1950, and the Convention entered into force on 3 September 1953. Including Turkey, it has signed a contract that also found all framer members. In the second paragraph of Article 6 of Convention (Article 6 § 2) ruled, everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

4 De Jong, F., Van Lent L., The Presumption of Innocence as a Counter Futual Principles, *Utrecht Law Review*, V. 0/2, 2016, p. 36.

Summary of Historical Perspective: The first point of origin of the presumption of innocence, which is a long history and an ancient legal doctrine, is based on Hammurabi Laws. Anglo-Saxon Legal System has an important place in the development of the presumption, which was also found in Greek City States and Roman times (Gray, A. (2017), s. 1-2.). In Islamic Legal System, the presumption of innocence has found steady application ((Eş- Şeybani, M., (Translated by Mehmet Boynuk Kalın), **Beyrut, Dar İbn Hazm**, V. X., p. 477-478; ŞEBBE Ö., (Translated by Mehmet Boynuk Kalın), **Tarihü'l-Medine Daru'l-Uleyeyani**, V. II, p. 345-346; Erturhan, S. (2002), **İslam Hukukunda Şüpheden Sağıın Yararlanması İlkesi** (In Dubio Pro Reo), **Cumhuriyet University Review**, V. 6/2, p. 185; ARI, A. (2003), Hz. Ömer'in Ebu Musa El Eş'ariye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi, **Islamic Law Review**, V. 0/2, p. 94-96; ÇAYAN, G. (2016), **Adil Yargılanma Hakkı**, İstanbul, Legal Law Press, p. 16.). On the other hand, it is possible to say that Continental European Legal System has helped the development and expansion of the doctrine. In the 9th paragraph of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, published as a result of the French Revolution, which started with the motto “Equality, Freedom and Brotherhood”, it was declared that everyone charged with a criminal offence would be presumed innocent until proved guilty according to law. The Declaration, seen as the most important contribution of Continental European Legal System to the presumption of innocence, also accelerated the announcement of another international manifesto. In the first paragraph of Article 11 of the Universal Declaration of Human Rights, which was prepared by the United Nations and adopted at session held by the United Nations General Assembly on 10 December 1948, is deemed innocent unless found guilty by law.



The presumption of innocence is ruled as a fundamental right in Turkish Constitution 1982, in the fourth paragraph of Article 38. According to this article "No one shall be considered guilty until proven guilty in a court of law".

In the continuation of examination, the presumption of innocence in administrative jurisdiction will be made within the context of the Constitution and the European Convention on Human Rights. The general principles in first part; the purposes of the presumption of innocence in second part; the application of the presumption of innocence in administrative judgment in third part; the Council of State's Decision in fourth part are examined.

I. GENERAL PRINCIPLES

The presumption of innocence, with different meanings over time, can not be defined today simply by saying "no one is considered guilty until proven guilty in a court of law". First problem that arises when explaining meaning of presumption stems from its paradoxical nature. According to Weingend, its paradoxical nature is to protect the person accused of a crime against experiences and intuition⁵. On the other hand, Ferzan and Campbell argues that the presumption of innocence is a criminal law principle, which is used to balance the power of State to use force, to provide evidence, to access confidential information, to accuse, to apply protection measures, to find guilty and to punish.

While Constitution 1982 accepts the presumption of innocence as "No one shall be considered guilty until proven guilty in a court of law"; The European Convention on Human Rights regulates that " Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law."

If we act in the light of positive regulations, the Constitution and the Convention, within Weingend, Ferzan and Campbell's expressions, there must be a criminal charge for application of the presumption of innocence. As a rule, it is impossible to say that the presumption of innocence will find application if there is no criminal charge or accusation.

As it is seen, there is no hesitation in point where the presumption of innocence protects person suspected of committing a crime. The guarded person continues to be a reasonable suspect of the crime allegedly committed, while assuming that she or he is innocent. At this point, its paradoxical contradiction emerges. This contradiction can theoretically

⁵ De Jong, p. 37.



be explained by the hypothetical and non-cognitive normative character of the presumption of innocence⁶.

There are different opinions about the presumption of innocence's normative character in legal systems. Continental European Legal System accepts it as a hypothetical starting point for a fair trial⁷, whereas Anglo-Saxon Legal System recognizes it as a procedural protection⁸. European Court of Human Rights accepts like Continental European Legal System⁹.

European Court of Human Rights has adopted various to define the content of the presumption of innocence. It discusses that three ways in which the content of the right has been defined: Firstly, a principle prohibiting official decisions reflecting guilt in the absence of a prior judicial determination; secondly, a principle placing the burden of proof on the prosecution and giving the defendant the benefit of any doubt; and lastly, a principle requiring presumptions of fact or law to be confined within reasonable limits. The second of these formulations, concerning the burden of proof, is more in line with the common law understanding of the presumption of innocence. However, it is the third formulation, concerning "presumptions", that has become the standard means in ECtHR cases for describing the content of the right protected by Article 6 § 2¹⁰.

Leaving aside whether it is a procedural principle or a hypothetical starting point, the presumption of innocence is a principle to protect suspect's reputation¹¹. As Weingend puts it, suspect is protected against experiences and intuition, thanks to it¹².

6 De Jong, p. 37.

7 Jackson, p. 212.

8 De Jong, p. 37; Çayan, Gökhan, **Adil Yargılanma Hakkı**, *Legal Law Press* 2016, p. 189; Sherman, J. Clarck, *The Juror, The Citizen, and The Human Being: The Presumption of Innocence and the Burden of Judgement*, *Cirim Law and Philos Review*, V. 0/ 8, 2014, p. 423.

9 Phillips/United Kingdom, A. N: 41087/97, 12/12/2001, § § 39- 40; Grayson and Barnham/ United Kingdom, A.N: 19955/05 and 15085/06, 23/12/2008, § § 37- 39; Poncelet/Belgium, A.N. 44418/07, 04/10/2010, § 50; Garycki/Poland, A.N.: 14348/02, 06/05/2007, § 68.

10 Stummer, Anrew, **The Presumption of Innocence Avidental and Human Rights Perspective**, Oxford and Portland, Oregon Press 2010, p. 89- 90.

11 Trachsel, Stefan, **Human Rights in Criminal Procedure**, Oxford University Press 2005, p. 164; Campbell, p. 684. Trachsel, S. (2005), *Human Rights in Criminal Procedure*, Oxford University Press, p. 164; Campbell, L. (2013), p. 684. In my opinion protecting the presumption of innocence involves taking steps to secure the liberty and reputation of the suspect. These measures can be both criminal and civil. On the criminal front, the protection of the freedom of the presumed innocent supposes the determination of the consequent offences. On the civil side, the protection of the presumption of innocence consists in the insertion of a repairing press release and the award of damages. These are additional measures to the main sentences.

12 De Jong, F, p. 7, 35. For Weingend, the fact that the presumption of innocence is a rule of



II. PURPOSES of the PRESUMPTION of INNOCENCE

The most generally recognized qualification of the presumption of innocence is that it serves as a safeguard against wrongful convictions. This conception focuses on the dangers inherent in conviction as such. It is the nature of consequences being found guilty of a criminal offence that is believed to necessitate the safeguarding of defendant from wrongful convictions by, firstly, adhering to the in *dubio pro reo* principle and, secondly, by burdening the prosecution with proving guilt and thereby defeating the presumption of innocence. Ashworth takes this rationale to be the first and foremost reason for recognizing the principle. To Van Sliedregt, the prohibition of wrongful convictions constitutes core of the presumption of innocence; the rule of in *dubio pro reo* is a direct deduction of this. Keijzer speaks of the right to be acquitted if the charge has not been legally and convincingly proved¹³.

In Anglo-Saxon Legal System, the most obvious aim of the presumption of innocence is to protect an innocent from wrongful conviction¹⁴. This aim is also adopted to Continental European Legal System. Because the formal or informal registration of conviction may also result in plumbs such as censorship, social exclusion, stigmatization or disqualification from some forms of employment¹⁵. There must be strong reason for these results to be imposed on person. For this, the principle of proving guilt with precise and clear evidence has been accepted¹⁶. Trachsel acknowledges that the presumption of innocence is derived from the principle of protecting personal honor¹⁷.

procedure means that it applies 'from the initiation of a criminal process to its final conclusion'. According to him, the very aim of the presumption of innocence is to protect the suspect from overbearing situations as a consequence of state actions. Therefore, it prohibits state agents from taking action that necessarily presupposes that the suspect is in fact guilty. In this context Weigend defines the presumption of innocence as a 'counterweight' against all the real risks involved in an individualized suspicion (it puts his social status in jeopardy, it submits him to the State's vast powers, and it sets in motion processes possibly leading to conviction and detention).

13 De Jong, p. 34- 35.

14 Stummer, p. 29.

15 Asworth, Andrew, **Four Threats to the Presumption of Innocence**, Sweet and Maxwell Press 2006, p. 247; DE JONG, p. 36. Ashworth concludes that the application of the presumption of innocence to the pre-trial phase is dictated by the same aim that also underlies the interpretation of the presumption of innocence as a rule of evidence, that is: following up on the State's duty to recognize the defendant's legal status of innocence prior to conviction. (Asworth, A. (2006), p. 244). This is so because subjecting the individual to the vast state powers that are part and parcel of the criminal procedure seems to contradict the notion that only the court's decision occasions the consequences of the status of a guilty person (De Jong, F. (2016), p. 36).

16 Sherman, p. 434.

17 Trachsel, p. 164



Article 6 § 2 of European Convention on Human Rights (ECHR) safeguards the right to be “presumed innocent until proved guilty according to law”¹⁸. European Court of Human Rights (ECtHR) has accepted that the presumption of innocence has two aspects. According to first aspect, viewed as a procedural guarantee in the context of a criminal trial itself, the presumption of innocence imposes requirements in respect of the burden of proof; legal presumptions of fact and law; the privilege against self-incrimination; pre-trial publicity; and premature expressions, by the trial court or by other public officials, of a defendant’s guilt. The second aspect of the protection afforded by Article requires that a person must be treated in a manner that is consistent with his or her innocence after the conclusion of criminal proceedings which have terminated in an acquittal or discontinuation. The extension of the protection of Article to subsequent non-criminal proceedings constitutes an important safeguard for the person’s established innocence in relation to any charge not proven. In order for the second aspect of Article to be applicable to subsequent proceedings, the Court requires an applicant to demonstrate the existence of a link between concluded proceedings and subsequent proceedings. Such a link is likely to be present, for example, where the subsequent proceedings require examination of the outcome of the prior criminal proceedings and, in particular, where they oblige the court to analyse the criminal judgment, to engage in a review or evaluation of the evidence in the criminal file, to assess the applicant’s participation in some or all of the events leading to the criminal charge, or to comment on the subsisting indications of the applicant’s possible guilt¹⁹.

III. IMPLEMENTATION of the PRESUMPTION of INNOCENCE in ADMINISTRATIVE JURISDICTION

When a crime is mentioned, first thing that comes to mind as a charge in the Criminal Code. However, the area of punishment and crime is not limited to the Criminal Code regulations. In countries such Turkey, Germany, France, Britain and Spain punishment area is divided into three parts. These are classical punishment under criminal law, simple crimes or misdemeanors punishment under specific law,

18 Matijasevic/Serbia, A.N: 23037/04, ECHR 2006 A- X, § 49; Mokhov/Russia, A.N: 28245/04, 04/03/2010, § 32.

19 Tsvetkova and Others/Russia, A.N: 54381/08, 10/04/2018, § 192; Allen/United Kingdom (GC), A.N: 25424/09, § § 93 94; Kemal Coşkun/Turkey, A. N: 45028/07, 28/03/2017, § 41.



and administration punishment under administrative legislation²⁰. It is necessary to determine whether the presumption of innocence will be applied in actions included in the administrative punishment area although an action is not regulated under the Criminal Code as a crime²¹.

To brighten this issue, the concept of criminal charge, in other words definition of crime, must be determined. ECtHR explains incrimination in its autonomous interpretation principle. According to autonomous interpretation principle, the matter in dispute is evaluated free from national qualifications in a separate manner for each concrete event. The court explains the notion of incrimination essentially and establishes the notion of incrimination by going beyond is visible²².

In order for an action to be considered as a criminal charge and the 6th article to be applied to case, one of three criteria needs to take place. These criteria do not have to take place in a cumulative way. Existence of a single criterion is enough for ECtHR to accept action as a criminal charge²³. These criteria are classification of the offense in the law of the respondent state, the nature of the offense and the severity level of possible punishment²⁴.

20 Çayan, Gökhan, The Right to a Fair Trial, the Coverage of the Right and Application in the Tax Cases, Law and Justice Review, V. 0/12, 2016, p. 445-446.

21 Çayan, Tax Cases, p. 445 and Çayan, Gökhan, The Right to a Fair Trial in the Discrepancies Originating from Public Officials' Status Human Rights Review, V. 0/11, 2016.

22 Deweer/Belgium, A.N: 6903/75, 27/02/1980, § § § k.b.a.

23 Çayan, (Public Officials'), p.191; Çayan G., (Tax Cases), p. 453.

24 Çayan, (Public Officials'), p.192-193; Çayan, (Tax Cases), p.455. According to this; Firstly, Classification of the offence in the law of the respondent state; in this particular case, if the offence is classified as a crime in the law of the respondent state, it is sufficient to consider the act as a crime. There is no need for a further condition to take place. If an act is really classified as a crime by the law of the national legal system, the principles of criminal court will step in with the claim that particular offence took place and the investigation period about the person will begin. In a system where the right to a fair trial is granted to people from the point of the starting of the criminal investigation, the classification of the act as a crime in the national legislation is enough to apply the 6th article to the case. Likewise, the classification of the act that the person is claimed to commit as a crime in the national legislation generally causes the person to be exposed to criminal investigation and prosecution. If an act is not classified as a crime in the national legislation; then the attribution of the act needs to be determined by evaluating the act with regard to secondary and tertiary criteria. There are such cases that there may be doubt about if the act is classified as a crime in the national legislation or not. In such a case, an evaluation with regards to secondary or tertiary criteria will be inevitable. Çayan G. (2016), Public Officials', p.191; Çayan G. (2016), Tax Cases, p. 455.) Secondly, The Nature of the Offence; by taking into account the essentials such as the resemblance of the act to the acts that are classified as crime in the national law, how this act is tackled with in other conventional governments, what should be the response to such an act in a democratic nation, whether or not the act is a qualification that affects everyone in the society; the criteria used in determining the qualifications of the act is called nature of the

If an administrative offence contains one of the three criteria which determined by ECtHR, it should be accepted as a criminal charge and benefit from the presumption of innocence's guarantee. As a matter of

act criteria. In this scale, whether or not by taking the nature of the act into account the act should be considered a crime is emphasized. If the act resembles that are considered crimes in the national legislation or if there is a resemblance between the procedure that will be applied to the relevant act and the procedures that will be applied in case of punishments; the act is considered as a crime by its nature. (If there is no resemblance between the relevant act and the acts that are considered crimes in the national legislation, whether or not the act is considered in conventional governments or what should be the procedure for this kind of act in a democratic state of law should be considered and be determined if the act is a crime or not. Another essential that must be tackled here is that; moving from the fact that if the act has a qualification that will affect everyone, what should be understood from the notion of determining the qualification of the act. If the punishment given to this particular act can only be applied to a certain part of a society the discipline aspect of the act is considered dominant; and if the punishment given to this particular act can be applied to all people in the society, the crime aspect of the becomes dominant. However, particular crimes that the legislation assumes that they can only be committed by a certain type of people should not be considered in this scope. In the cases where these particular crimes are present, according to the dependence rule, other people can be punished too; because of this, all the society potentially becomes the object of this crime. For instance, because the punishment precluding lawyers from doing their duty only interest the lawyers, it is possible to say that this act's discipline aspect is dominant as it is not possible to punish people with this punishment who are not lawyers. On the other hand, the act of embezzlement is a deliberate crime. The perpetrator of this crime is the public official by law. However, if another person who is not a public official participates in the crime, he or she will too suffer the consequences that are pre-determined for this kind of an act according to the dependence rule (Çayan G. (2016), Public Officials', p.191-192; Çayan G. (2016), Tax Cases, p. 455.) And lastly, the type and the severity level of the possible punishment; the determination of the qualifications of the act by emphasizing the issues of the purpose of punishment and whether or not the punishment limits the freedom of the person is called the type and severity scale of the punishment. In this scale, the offence being charged is determined by taking the type and the severity of the punishment that will be given to the alleged crimes. ECtHR almost accepts all the acts that require punishments limiting the freedom of the person as criminal charges. However, it is not possible to say in advance that all the punishments limiting freedom originate from criminal charges; and for this reason, the 6th article of ECHR can be applied. For ECtHR determines the accusation's qualification by taking the severity and the longevity of the freedom limiting punishment. For instance, in an application, two days of freedom limiting punishment was not seen enough to incriminate the person; while in another application, 3 months long of a punishment was seen enough to be considered a crime. While the time period of the freedom limiting punishment is determined in terms of criminal charges, not the duration of the final punishment that is given should be taken into consideration, but the minimum punishment duration that can be given to the act in question according to the national legislation should be considered. For instance, if a person is given two days of imprisonment as a punishment as consequence of an act, does not allow the acceptance of the act in question to be considered as a criminal charge just because of the severity of the punishment. Only if three months of imprisonment can be given as the punishment for that person as the consequence of his act then should the act need to be evaluated as a criminal charge. In other respects, the basic qualification of the punishment is not enough to push the alleged offence out of the coverage of the 6th article. Likewise, the dire situation of the punishment that will be given as a consequence of an act is not mandatory for the 6th article to be applied to the case (Çayan G. (2016), Public Officials', p.192-193; Çayan G. (2016), Tax Cases, p.455).



fact, in the Jussila/ Finland case, ECtHR, accepted administrative fines as criminal charges according to these criteria²⁵.

In order to ensure the protection afforded by the presumption of innocence, a suspicion should not be considered guilty by criminal and public authorities and should not be treated as a convict until the guilt is fixed²⁶. Because if judicial and public authorities are prejudicial, the protection afforded by the presumption can not go beyond theory²⁷.

It is not possible to say that the presumption of innocence will be applied in all administrative cases. In order for the presumption of innocence is applied in subsequent cases, there must be a reasonable link between the criminal case. Whenever the question of the applicability of Article 6 § 2 arises in the context of subsequent proceedings, victim must demonstrate the existence of a link, as referred to above, between the concluded criminal proceedings and the subsequent proceedings²⁸.

IV. The PRESUMPTION of INNOCENCE in the COUNCIL of STATE DECISIONS

A. Discussion of Acquittal

The main purpose of the presumption of innocence is to protect innocents from wrongful conviction. If a suspicious is found guilty in criminal proceeding, there is no doubt about an administrative case. Because protection afforded by the presumption of innocence is now disabled²⁹.

25 Jussila/Finland, A.N: 73053/01, 23/11/2006, § 38.

26 Allen/United Kingdom, § 94. The presumption of innocence also protects individuals who have been acquitted of a criminal charge, or in respect of whom criminal proceedings have been continued, from being treated by public officials and authorities as though they are in fact guilty of the offence with which they have been charged. Without protection to ensure respect for the acquittal or the discontinuation decision in any other proceedings, the guarantees of Article 6 § 2 could risk becoming theoretical and illusory. What is also at stake once the criminal proceedings have concluded is the person's reputation and the way in which that person is perceived by the public.

27 Kürşat Eyo, A.N: 2012/665, 13/06/2012, § 29

28 Allen/United Kingdom, § 104. Whenever the question of the applicability of Article 6 § 2 arises in the context of subsequent proceedings, the applicant must demonstrate the existence of a link between the concluded criminal proceedings and the subsequent proceedings. Such a link is likely to be present, for example, where the subsequent proceedings require an examination of the outcome of the prior criminal proceedings and, in particular, where they oblige the court to analyse the criminal judgment; to engage in a review or evaluation of the evidence in the criminal file; to assess the applicant's participation in some or all of the events leading to the criminal charge; or to comment on the subsisting indications of the applicant's possible guilt.

29 Atli Ali, A.N: 2013/500, 20/03/2014, § 35.



However, if a criminal case has ended with a result other than a conviction, the role of the presumption of innocence becomes more important in a subsequent administrative case. Here, it should be determined how the presumption of innocence should be applied in the administrative case.

Indeed, it is necessary to accept that the presumption of innocence continues in the cases where a crime is not fixed as a result of a criminal case or it is not possible to be certain that the crime was committed. This should be respected in the subsequent administrative cases, and the decisions other than convictions should not be discussed³⁰. Turkish Constitutional Court (“Constitutional Court”) also steadily emphasizes that a non-conviction decision from the criminal case will not prevent the imprisonment of administrative punishment, but the acquittal decision should not be discussed³¹.

ECtHR has acknowledged in its case-law the existence of two aspects to protection afforded by the presumption of innocence: a procedural aspect relating to the conduct of criminal trial, and a second aspect, which aims to ensure respect for a finding of innocence in the context of subsequent proceedings, where there is a link with criminal proceedings which have ended with a result other than a conviction. Under its first aspect, the principle of the presumption of innocence prohibits public officials from making premature statements about defendant’s guilt and the acts as a procedural guarantee to ensure the fairness of criminal trial itself. However, it is not limited to a procedural safeguard in the criminal matters: its scope is broader and requires that no representative of the state should say that a person is guilty of an offence before his guilt has been established by the court³². In that respect the presumption of innocence may be infringed not only in the context of the criminal trial, but also in separate the civil, disciplinary or other proceedings that are conducted simultaneously with the criminal cases. While the scope of first aspect under Article 6 § 2 of the Convention covers period in which a person has been charged with a criminal offence until the criminal proceedings are final, second aspect of the protection of the presumption of innocence comes into play when the criminal proceedings end with a result other

30 Ayyıldız Uğur, A.N: 2012/574, 06/02/2014, § 76.

31 Ayyıldız Uğur, § 79; Mustafa Akın, A.N: 2013/2696, 09/09/2015, § 41.

32 Konstas/ Greece, A.N: 53466/07, 24/04/2011, § 32: The presumption of innocence does not cease to apply solely because the first-instance proceedings resulted in the defendant’s conviction when the proceedings are continuing on appeal.



than a conviction, and requires that the person's innocence *vis-à-vis* the criminal offence is not called into doubt in subsequent proceedings³³.

In the case of *Mr. Ahmet V. / Governorship of Şırnak*, the plaintiff's house in Şırnak was destroyed on the grounds that it was used as a shelter by members of the PKK terrorist organization. He applied to the Governorship of Şırnak with the request to compensate his damage caused by the demolition process under the provisions of the Law on Compensation of the Losses resulting from Terrorism and the Measures Taken against Terrorism (Law no. 5233 of 27 July 2004). Upon the rejection of the application, he filed a lawsuit at the Mardin Administrative Court.

Due to the same action, a criminal investigation was launched against him on the grounds that he committed the crime of helping the terrorist organization. The Diyarbakır First State Security Court stated that, 17/03/1999 and numbered 1998/304 M, 1999/44 D., the acquittal of the defendant (plaintiff) on the grounds that he committed the crime under the pressure of the PKK terrorist organization and there was no intention, and the acquittal decision was finalized without any appeal.

The Mardin Administrative Court, which resolved the claim for compensation from the merits, stated that *"In the subparagraph (e) of Article 2 of the Law No. 5233, it is regulated that damages which occur as a result of the people's own intention can not be compensated. The plaintiff condoned use of his house by members of the terrorist organization, and the damages caused*

33 Sekania/Austria, 25/08/1993, S. 266-A, § 30. In case of Seven/Turkey, ECtHR has been decided that both aspects also violated. The applicant applied to European Court of Human Rights, argued that the presumption of innocence was violated. ECtHR decided that, *"Regard being had to the disciplinary context of case, in which one of the legal grounds for the applicant's dismissal was "rape or sexual assault" under the disciplinary regulations, and the way in which the administrative court summarized the events of 12 April 2002, the statement that the applicant had intercourse with S.K. without her consent can not but convey to a reader of the judgment the impression that the applicant was guilty of raping S.K. There has been a violation of Article 6 § 2 of the Convention as regards its first aspect."* Having found that the first aspect was violated, the Court has also examined whether the second aspect has been violated by national court. ECtHR, in terms of the second aspect, decided that: *"The applicant explicitly argued before Supreme Administrative Court that he had been acquitted of all charges in criminal proceedings and that therefore the grounds of his dismissal under disciplinary regulations could no longer be considered compatible with the law. Against that background, the Court considers that Supreme Administrative Court needed to explain why it regarded that reasoning employed by disciplinary authorities and the first-instance court could continue to be in accordance with the law, although the applicant had been acquitted in the meantime in criminal proceedings. That was the only way it could have avoided situation complained of by the applicant, namely that he was left with two contradictory judgments. By keeping silent on that point, it missed opportunity to rectify previous reasoning, which the Court has already found incompatible with the presumption of innocence by virtue of the first aspect of Article 6 § 2 of the Convention, and therefore cast doubt on the applicant's innocence, which had already been established. The foregoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that there has also been a violation in respect of the second aspect of Article 6 § 2 of the Convention."*



by intentional behavior. For this reason, the procedure did not violate, and the case should be rejected.”. In addition, the Administrative Court considered the State Security Court’s decision, and stated that: “Although the acquittal was decided due to the same action, it is clear that there was no complaint by the plaintiff that his house was used by members of the terrorist organization. It is therefore clear that the present damage occurred from own intent.”.

An appeal was filed by the plaintiff. The 15th Chamber of the Council of State, appealed that, 12/09/2012 and numbered “2011/9635 M., 2012/5277 D.”, the action was carried out with the pressure and the fear of the terrorist organization, which there was no intent and this matter was acquitted by the Diyarbakır State Security Court’s decision, for these reasons it decided that the Mardin Administrative Court’s decision was unlawful. The Mardin Administrative Court, which did not comply with the Council of State decision, decided to reject the case like its first decision, 19/07/2013 “2013/851 M., 2013/1325 D.”. The decision was appealed again by the plaintiff.

The Council of State Plenary Session of the Administrative Law Chamber, which examined the dispute from the merit and, has decided that: *“The discussing of acquittal in an administrative case linked to a criminal case is incompatible with the presumption of innocence and, it is not possible for an action that has been decided not to be intention as a result of the criminal proceedings. That the intentional element regulated in Law No. 5233 is not realized for the present case. Considering that the intentional element regulated in Law No. 5233 does not occur in terms of the plaintiff and that his acquittal was decided due to the same action, the damage must be compensated. For these reasons, it should be decided that the administrative court’s decision is unlawful.”*

When determining whether the presumption of innocence has been violated, it is necessary to evaluate whether the court has charged with a crime and whether it questioned the acquittal decision³⁴. There is no hesitation that the Mardin Administrative Court questions the acquittal and charges a crime in the case of *Mr. Ahmet V. / Governorship of Şırnak*.

Rules regarding the presumption of innocence in administrative jurisdiction clearly discussed in the case of *Mr. Seyit D. / Coordination Directorate of Gendarmerie*. The lawsuit was filed by the plaintiff, who served as a gendarmerie in İzmir, with the request for dissolution of the public service contract due to the negative results of archive

³⁴ Altın Sebğatullah, A.N: 2013/1503, 02/12/2015, § 30.



research and security investigation at the İzmir Administrative Court. The reason for the negative evaluation of the archive research and the security investigation is that the criminal case ongoing against him on the allegation that the crime of "buying, accepting, possessing drugs and stimulants to use". The İzmir Administrative Court accepted the case on the grounds of although a public lawsuit- criminal case has been opened against him, the acquittal has been ruled as a result of the trial and there is no other criminal record, and the dissolution of the contract is contrary to the presumption of innocence.

The Izmir Administrative Court's decision was brought to appeal, and the Izmir Regional Administrative Court decided to reject the case on the grounds that although he was acquitted from the criminal cases, considering the nature of the public duty, the act of the dissolution of the public service contract is within the discretion of administration and there is no violation of the law. Although an appeal was filed against the decision by the plaintiff, the 12th Chamber of the Council of State decided to approve the İzmir Regional Administrative Court's decision and it was finalized.

It is possible to criticize the final decision under two headings in the case of *Mr. Seyit D. / Coordination Directorate of Gendarmerie*. Firstly, those who consider punishment as purpose and Retributivists say that main thing is the protection of the Act, and the State does not have a duty to protect the innocents. The common starting point of positioning is that wrongful conviction of innocents is unfair. If persecution increases in the State, or the State and legal system proves persecution, trust in justice is destroyed. Social crisis and turmoil arise where trust in justice is destroyed. When the social crisis can not be overcome with the shadow of justice, it turns into a swamp through the legal system. For this reason, the persecution should be rejected by justice. The state and Law can only be legitimate if they serve the purpose of glorifying human. Because the state and its laws gain meaning with the existence of the society formed by individual people. For this reason, it is not possible to say that the State has no purpose to protect the innocents³⁵. In this case, despite the acquittal decision, a judgment was brought against the plaintiff in order to respect the discretionary power of the administration. Secondly, in the case of *Seven/Turkey*, the ECtHR ruled that the presumption of innocence was violated on the grounds that although clearing he/ she

35 Duff, R. Antony, **Punishment, Communication and Community**, Oxford Yayınları 2001, s. 510; Asworth, p. 50-52

was acquitted of all criminal charges during the appeal investigation, the applicant's innocence was suspicious and his/ her acquittal was questioned³⁶. Likewise, the Constitutional Court made a similar decision in the application of Sebğatullah Altın³⁷.

The Constitutional Court, in application of Huseyin Sezer, has brought a different perspective to the old views. In the aforementioned application, the applicant alleged that the presumption of innocence was violated due to his conviction at the administrative court despite the acquittal decision of the criminal court. The Constitutional Court, which examined the application from the merits, decided as follows: *"When the statements in the Administrative Court are examined, it is seen that in addition to the discussion of the conclusion reached in the criminal court decision, caused the impression that the applicant committed the crime imposed on him. In this case, the acquittal decision became meaningless and the applicant's innocence was overshadowed; On the other hand, contradictory decisions between the two judicial branches as to whether the applicant committed the offense of violation of confidentiality was caused. Therefore, the second dimension of the presumption of innocence has been violated"*³⁸. However, in this decision, it is noteworthy that an evaluation was not made in terms of the standard of proof in the administrative courts and the criminal court³⁹.

36 Seven/Türkiye, 23/01/2018, A.N: 60392/08, § § 54-57.

37 Altın Sebğatullah, § 33.

38 Republic of Turkey Legal Gazette, Date: 23/10/2020, Numbered: 31280.

39 Assefa stated that presumption of innocence is a restatement of the rule that in criminal matters the public prosecutor has the burden of proving guilt of the accused for the accused to be convicted of the crime he is charged with. Burden of proof has two elements: the first element is evidentiary burden, i.e. producing evidence in support of one's allegation, while the second element relates to the burden of persuasion (also referred to as the legal burden), which is the obligation of the party to convince the court that the evidence tendered proves the party's assertion of facts. The allocation of burden of proof is complicated by factors, such as, affirmative defenses and presumptions which are exceptions thereby shifting the burden of proof to the defendant. Moreover, the determination of the elements of the crime is a formidable task because often, all the elements may not be found in a single provision that defines the crime. There is also lack of clarity regarding the rules and/or the practice relating to the standards of proof (ASSEFA S. K. (2012), *The Principle of the Presumption of Innocence and Its Challenges in The Ethiopian Criminal Process*, *Mirzan Law Review*, V. 6/2, p. 274). Burden of proof formulation originated in 1963 decision of the Commission in Pfunders Case. In that case, the Austrian Government alleged that the Italian courts had denied the presumption of innocence to six young men who had been convicted of the murder of an Italian customs officer. The Commission gave some general guidance on the meaning of Article 6 § 2: This text, according to which everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law, requires firstly that court judges in fulfilling their duties should not start with the conviction or assumption that the accused committed the act with which he is charged. In other words, the onus to prove guilt falls upon the prosecution, and any doubt is to the benefit of the accused. Moreover, the judges must permit the latter to produce evidence in rebuttal. In their judgement they can find him guilty only on basis of direct or indirect evidence sufficiently strongly in the eyes of the law to establish



Since I will examine this issue in the following sections, I do not give any further details here.

B. Standard and Burden of Proof in the Light of the Presumption of Innocence

According to the presumption of innocence, the burden of proof is in prosecution⁴⁰. When the burden of proof⁴¹ is removed from the prosecution to the defendant, the presumption of innocence is violated⁴².

If the criminal trial is ended with a result other than a conviction, it is not for this reason that accused is convicted to pay compensation for the same events does not violate the Convention⁴³. But even then, the burden of proof belongs to suspect is incompatible with the Convention⁴⁴.

Whenever the question of whether the presumption of innocence's effect on the burden of proof can be limited, various debates are raised in the doctrine. Because the burden of proof is removed from the prosecution to the defendant, it means that the presumption of innocence is limited.

his guilt (Stummer A., (2010), p. 92). In *Fameka İnş. Plastik San. ve Tic. Ltd.* Application an administrative fine was imposed on the applicant in accordance with the Road Traffic Law, due to exceeding maximum permissible load weight. In lawsuit filed against this decision, first instance court decided to reject case on the grounds that there was no information and document to justify application and the decision was finalized. The applicant company filed an individual application to the Constitutional Court, claiming that it was the sender of cargo allegedly exceeding maximum limit, did not take any action on the carriage of cargo and the fines could not be imposed for this action that did not belong to its. The Constitutional Court ruled that the applicant's being the sender of item being transported was considered sufficient to impose the fines, in other words, the fact that being of a specific status (sender) was justified, in this case, it would not comply with the presumption of innocence (*Fameka İnş. Plastik San. ve Tic. Ltd.*, A.N: 2014/3905, 19/04/2017, §§ 33, 34). Barbera, Messegue and Jabardo/Spain, A.N: 19590/83, 06/12/1988, § 77: The principle of the presumption of innocence requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused. It is for the prosecution to inform the accused of the case that will be made against him, so that he may prepare and present his defense accordingly, and to adduce evidence sufficient to convict him. Ringvold/Norway, § 38; Y./ Norway, § 41: Exoneration from criminal liability does not preclude the establishment of civil liability to pay compensation arising out of the same facts on the basis of a less strict burden of proof. Capeau/Belgium, A.N: 42914/98, 13/06/2005, § 25: The presumption of innocence will be infringed where the burden of proof is shifted from the prosecution to the defense (*Telfner v. Austria*, § 15). The burden of proof can not be reversed in compensation proceedings brought following a final decision to discontinue proceedings.

40 Telfner/Austria, A.N: 33501/96, 20/06/2001, § 15.

41 Stummer, p. 92.

42 Barbera, Messegue and Jabardo/Spain, A.N: 19590/83, 06/12/1988, § 77.

43 Ringvold/Norway, § 38; Y./ Norway, § 41.

44 Capeau/Belgium, A.N: 42914/98, 13/06/2005, § 25.



According to Hart, society consists of one by one individuals. Onwards the restricted right belongs to individuals, the right of society will be limited. Since the limitation of the presumption of innocence also causes the rights restriction of the society and societies benefit does not justify the limitation of the presumption⁴⁵.

However, the dominant view in the doctrine admits that the presumption of innocence can be limited. In limitation of the presumption, “the theory of balancing” and “the competition of rights theory” or “optimisation requirements” have been introduced⁴⁶.

In my opinion, if there is a sentence of conviction thanks to criminal justice, a huge chaos occurs in the society. And this situation destroys the society and the State over time. For this reason, to apply the presumption of innocence broadly will increase their decisions with wrongful acquittal. Sometimes it can be said that it is better for ten criminals to be acquitted rather than being condemned to an innocent⁴⁷. Sometimes there are thousands of criminals. Numbers are important. A system that allows thousands of criminals to be freed for fear of condemning an innocent may not be able to adequately protect the society. If the society is not sufficiently protected, social chaos becomes inevitable. For this reason, it is impossible to recognize the presumption of innocence as an unlimited right. If society requires benefit, the presumption of innocence can be limited and under certain circumstances, the burden of proof can be left to the defender.

Leaving aside the doctrinal debates, the ECtHR acknowledges that the presumption of innocence and the burden of proof can be limited by legal and actual (*de facto*) presumption. The ECtHR does not find it contrary to the Convention that person holding a certain amount of drugs would be punished for drug trafficking. In such cases, The Court decide that the burden of proof could be left to defender thanks to actual and legal presumption. Here, carrying a certain amount of drugs is the presumption of drug trafficking. Under normal circumstances, drug trafficking had to be proved separately. But thanks to a legal presumption, it was considered sufficient to carry a certain amount of drugs for crime⁴⁸.

45 Stummer, p. 38; Asworth, p. 107, 209.

46 Ibid.

47 Gray, A. (2017), p. 19.

48 As a known annulment actions concerning administrative acts that are brought by a person



The Council of State has ruled that the principle of innocence should also be applied in disciplinary penalties that are not linked to the criminal case. Accordingly, the disciplinary offence should be proved with certain, concrete, sufficient and convincing evidences which are beyond any doubt; otherwise, it is incompatible with the presumption of innocence⁴⁹.

In the case of *Mr Bayram Ç./ Governorship of Konya* it was opened by the plaintiff, who work as a police officer in Konya, with the request of cancellation of the disciplinary procedure regarding the punishment with a deferral of advancement to a higher rank for a period of ten months, as the disciplinary offence of causing a suspect to escape was committed.

whose interests were violated, with the claim that act is illegal due to a mistake made in one of the elements of competence, form, reason, subject and aim. Administrative act takes advantage of the lawfulness presumption. The fact that the administrative acts takes advantage of the lawfulness cannot be interpreted as being obliged to prove plaintiff's justification under all circumstances. Because an administration authority, established an act, must demonstrate its compliance with the law. Especially in administrative disciplinary acts, the legality of sanction should be revealed. It is possible for administration rely on legal or actual (*de facto*) presumptions while demonstrating legality of act. In cases where legal and actual (*de facto*) presumptions are based, the burden of proof passes to plaintiff. While proving legality of administrative act by the administration, it is possible to rely on legal or actual (*de facto*) presumptions. In such cases, plaintiff has to prove that these presumptions are incompatible with truth and that the administrative act is unlawful. Here, it is necessary to evaluate whether the burden of proof is reversed, whether it complies with the presumption of innocence in terms of administrative offence or integrated administrative proceedings. In the Ahmet Altuntaş application, the Constitutional Court has accepted that the burden of proof can be reversed in administrative offence with legal and actual (*de facto*) presumptions. The Court also emphasized that plaintiff should be given opportunity to prove the opposite of the presumptions and not rely on they automatically. Otherwise, the presumption of innocence would be violated (Ahmet Altuntaş, A.N: 2015/19616, 17/05/2018, § § § 28, 29, 33). In the Application, the applicants who owned some agricultural land in Batman Province were punished with administrative fines on the grounds that stubble was burned in land. The applicants filed a case demanding the cancellation of the administrative fine in Batman Administrative Court. The Administrative Court, which decided the dispute in merit, decided to reject the case on the grounds of "As a rule, only those who burn the stubble can be fined. It should be determined whether plaintiffs who are beneficial owner can be punished for this action. Following the action, crime scene was visited and those who burned the stubble could not be identified. It is clear that the stubble burner can be caught only in red-handed. It is understood that plaintiffs did not make any notice or complaint to the official authorities that the stubble was burned in lands. For this reason, it must be accepted that person who burns the stubble is the plaintiffs who are the beneficial owner (Ahmet Altuntaş, § § 11-12.)". The Constitutional Court, which found acceptable, decided that the presumption of innocence was violated by expressing: "In the present case, Administrative Court found the applicants' ownership of the stubble-burned agricultural land sufficient to impose administrative fines. No evidence of perpetrator has been identified. The actual presumption that action was carried out by property owners was used by the court of instance. The court used actual presumption that the crime was committed by the property owners. With the actual presumption, the applicants were automatically convicted. This situation made the applicants disadvantaged against administration in terms of defense and actual presumption used in evidence violated the presumption of innocence".

49 5th Chamber of Council of State, 10/12/2018, 2016/15716 M, 2018/ 19173 D; 5th Chamber of Council of State, 14/12/2017, 2016/15214 M, 2017/24214 D.; 5th Chamber of Council of State, 09/01/2019, 2016/24288 M, 2019/188 D.



The Konya 2nd Administrative Court, 13/12/2011 and numbered 2011/1396 M., 2011/2077 K., decided to reject the case on the grounds of “After receiving the doctor’s report of the suspect, he/ she was handed over to the plaintiff at the Public Security Bureau, and this action was attached to a report in which there were the signatures of two police officers and the plaintiff. Accordingly, it is clear that the captured person was delivered to the plaintiff and the suspect escaped after the delivery process took place. For these reasons, the present case is rejected.”.

The 5th Chamber of the Council of State, which examined on appeal, reversed the Konya 2nd Administrative Court’s decision, 10/12/2018 and numbered 2016/15716 M, 2018/18173 D. The Chamber ruled that: “Although it was stated that the two police officers handed over the suspect to the plaintiff, this was not clear and, the statements of both police officers’ expressions about the present event contradict each other. Whereas the disciplinary offence should be proved with certain, concrete, sufficient and convincing evidences which are beyond any doubt; otherwise, it is incompatible with the presumption of innocence, it is not clear whether the suspect was actually delivered to the plaintiff in the present case. For these reasons that the Konya 2nd Administrative Court’s decision, which is incompatible with the presumption of innocence, is unlawful.”.

As a known if the criminal trial is ended with a result other than a conviction, it is not for this reason that accused is convicted to pay compensation for same actions does not violate the Convention⁵⁰. But even then, the burden of proof belongs to suspect is incompatible with the Convention⁵¹.

In the case of *Mr. Kadir O. Ö./ İstanbul University*, the plaintiff, who served as a computer operator within the defendant administration, was punished with public service dismissal on the grounds that he committed the crime of organizing a false diploma and military service document. Due to the same crime, a criminal investigation was started against the plaintiff and it was decided by the Istanbul Public Prosecutor’s Office in 09/02/2009 that there was a decision not bring a prosecution bring the suspect as there was not enough evidence to file a criminal case.

The plaintiff filed a lawsuit at the Istanbul 4th Administrative Court for the cancellation of the punishment, which is public service dismissal

50 Ringvold/Norway, § 38; Y./Norway, § 41.

51 Capeau/Belgium, A.N: 42914/98, 13/06/2005, § 25.



penalty. The case was rejected on the grounds that his fake diploma and military service documents were reflected in the television program, the notes containing the student's names and receivable and debt information were included in his special agenda, and that he committed a crime with these actions. The 8th Chamber of the Council of State, which examined the plaintiff's appeal, ruled that the first-instance court's decision to be reversed by stating that there was a decision not bring a prosecution bring the suspect before a criminal court proceeding and that the crime had not been committed with the decision of 22/06/2010, 2010/817 M., 2010/3680 D. The Administrative Court, which did not comply with the Council of State's decision, decided to reject the case like its first decision. This decision was appealed again by the plaintiff and, The Council of State Plenary Session of the Administrative Law Chamber approved to it, 09/06/2014, 2012/484 M., 2014/2554 D.

The Administrative Court and the Chamber found the images about the plaintiff and some notes in the special agenda sufficient for disciplinary action without implying that the crime was committed. Thus, the difference in the standard of proof between a criminal proceeding and an administrative proceeding has been clearly demonstrated.

In some disputes, the Council of State ruled that in an administrative case linked to a criminal case, the decisions made without examining the evidence contained in the criminal court's file are contrary to the presumption of innocence⁵².

C. The Effect of Prejudicated Declarations on the Presumption of Innocence

The presumption of innocence prevents the use of prejudicated declarations relating to a criminal case. Apart from a criminal case, prejudicated declarations should also be avoided in context of subsequent administrative cases and offences⁵³.

In ECtHR, a common and influential formulation of the presumption of innocence states that an official decision should not reflect opinion that defendant is guilty, unless the guilt of defendant has previously been determined according to law⁵⁴.

52 For example: 8th Chamber of Council of State, 17/06/2016, 2015/10534 M., 2016/7018 D.; 8th Chamber of Council of State, 17/06/2016, 2015/14482 M., 2016/7019 D.

53 İsmoilov and Others/Russia, A.N: 62902/00, 27/11/2003, § 160.

54 Stummer, p. 90.



The presumption of innocence can be violated from not by court members and prosecutors but by other public officials prejudicated declarations⁵⁵. According to the ECtHR, Article 6 of the Convention prohibits public officials from making prejudicated declarations regarding the ongoing trials⁵⁶. For this reason, public officials must pay attention to words when making statements about ongoing trials⁵⁷.

Court members' statements should be examined more strictly than those of the prosecutors and other public officials. Indeed, the ECtHR stated that court members should be more careful and attentive than other public officials in interim decisions, hearing, press statements or in any form⁵⁸. Interim decisions or hearing statements that action was carried out before decision was made do not comply with the presumption of innocence⁵⁹.

There are different details in the doctrine on this subject. Even though Weigend, like Keijzer, qualifies the presumption of innocence as a rule of procedure, he considers that this rule does not restrict anyone (e.g. the media) but the judicial authorities in expressing an opinion as to the guilt of the defendant. The fact that the presumption of innocence is a rule of procedure means that it applies 'from the initiation of a criminal process to its conclusion' and only addresses the judicial authorities in their dealings with the suspect/defendant. Likewise, Ashworth finds that the principle's aim – due respect for the legal status of innocence, necessitated by the harm done by a conviction and the proper relationship between State and individual– also prevents public officials from making statements on the guilt of the defendant⁶⁰.

In the case of *Mrs. D.A./ Governorship of İstanbul*, due to the press statement made by the İstanbul Governor about the plaintiff attending the meeting in Taksim Square, it was requested to decide to pay TL 100.000,00 for non-pecuniary damage suffered as a result of the violation of the presumption of innocence.

The İstanbul Governor made the following statement about the plaintiff: "There is a girl whose name is D. K. Everyone writes a lot of columnists

55 Daktaras/ Lithuania, § 42.

56 Butkevicius/Lithuania, A.N: 48297/99, 26/06/2002, § 53; Daktaras/ Lithuania, § 41.

57 Fatullayev/Azerbaijan, A.N: 40984/07, 22/04/2010, § 159.

58 Pandy/Belgium, A.N: 13588/02, 12/02/2007, p. 43 (Stummer, p. 67).

59 Nerattini/Greece, B.N: 43529/07, 18/12/2008, § 88.

60 De Jong, p. 37-38.



and stuff. They say that she was an innocent teenager who was injured while going to his aunt's house. Once you will learn the events well. I say clearly: I will say all the words clearly today. Everybody hears. No one should try to mislead the conscience of Turkish Nation with asparagas, fabricated, speculative words. Today I am telling the truth as the governor of this State. Share them honestly with our nation! Since you put the cameras in front of me. Get over my words to people. D.K. is a 19-year-old and a member of the terrorist organization. When I say a member of the terrorist organization, what I mean is this: is a marginal group member. She is in fighting. There are images of the Ihlas News Agency yesterday's recording that she clashed with the police. Therefore, she is not a girl who goes to her aunt with her mother. She is a radical member and has images that throw stones at our police. We wouldn't want such a problem to happen. A stone or something else thrown by her friends. We are trying to investigate but she is a member of radical terrorist organization."

The 5th Istanbul Administrative Court, which examined the case of merit, ruled the following decision, 23/03/2015, 2014/1523 M., 2015/530 D. : *"The statement by Governor is that D.K. is a member of the terrorist organization, is far from reflecting the visible truth about D.K., whose discourse has no criminal record. According to International Human Rights Conventions, no one is considered guilty until proven guilty in a court of law. A criminal investigation against D.K. is still ongoing and, there is no previous conviction that the plaintiff was a member of the terrorist organization. Holds that the respondent administration is to pay the plaintiff, TL 10.000,00 in respect of non-pecuniary damage."* Although an appeal was filed by the defendant administration against the decision, the 10th Chamber of the Council of State approved it.

CONCLUSION

The presumption of innocence, which is based on the suffering caused by injustice, the dignity of personal honor and biased jurisdiction, has been accepted in almost all modern legal systems.

There is no hesitation in point that the presumption of innocence will become effective with criminal charge. But here there is a contradiction in how crime charge should be interpreted. Is criminal charge limited only to Criminal Code?

The area of punishment and crime is not limited to Criminal Code regulations. In countries such Turkey, Germany, France, Britain and Spain punishment area is divided into three parts. These are the classical punishment under criminal law, the simple crimes or misdemeanors



punishment, and administration punishment under administrative legislation. Therefore, while evaluating criminal charge, not only Criminal Code should be limited, but also the presumption should be applied in other punishment areas.

Will the accusation of crime that will make the presumption of innocence change from day by day or from society to society? Here, let's move on the action of passing (continue driving) in red light. Let me assume that the penalty for the action of passing red light in country A is a fine, there is a three-day imprisonment in country B, and there is no penalty for this action in country C. In country C, there is no doubt that the presumption of innocence will not find application since action is not included in any punishment. On the other hand, it is easy to say that for country A, which regulates three-day imprisonment that deprives the human of liberty, this action is an accusation of crime and that the presumption of innocence will come into effect. So, what would be fact in country A, which regulates a fine for action?

Before moving on to country A, we have found that crime charges have changed from country to country. Because in example there is a criminal charge in country B and the presumption of innocence will find application area; in country C, since action is not included in any punishment area, it is not possible to say coming into effect the presumption of innocence. Let's assume that country C has made an amendment and has determined the equivalent of action as two months imprisonment. In this case, according to the severity of crime and punishment, action is now a criminal charge for country C and the presumption of innocence will find application. As can be seen, while the presumption of innocence for the same action previously did not work, it became operational with new regulation in country C. In this case, it is also possible to say that the applicability of the presumption of innocence varies from time to time.

So, will fines in country A be considered as criminal charges? In the *Kangers v. Latvia* application, the European Court of Human Rights accepted such a case as a criminal charge and decided that the presumption of innocence would be applied. I agree with the same view as the Court of Human Rights and that the presumption of innocence will find application in administrative fines.

Nowadays, presumption of innocence is applicable in many disputes within administrative jurisdiction. Administrative courts, which aim to



establish rule of Law, have to prevent administrative acts contrary to presumption of innocence, while controlling the legality of this acts.

So, does administrative court have to self-examine whether an administrative act is accordance with presumption of innocence, even if it has not been argued by plaintiff?

As it is known, self-examine procedure is valid in Turkish Administrative Jurisdiction. In this procedure, a judge examines whether procedure is lawful, regardless of parties' claims and arguments. While conducting a trial, it is necessary to evaluate whether important human rights have been violated by administrative act.

BIBLIOGRAPHY

ALEXY, Robert (2003), *Constitutional Rights, Balancing and Rationality*, **Ratio Juris Press**.

ARI, Abdülselem (2003), Hz. Ömer'in Ebu Musa El Eş'ariye Gönderdiği Mektubun Yargılama Hukuku Açısından Analizi, **Islamic Law Review**, V. 0/2.

ASSEFA, Simenah K. (2012), The Principle of the Presumption of Innocence and Its Challenges in The Ethiopian Criminal Process, **Mirzan Law Review**, V. 6/2.

ASWORTH, Andrew (2006), **Four Threats to the Presumption of Innocence**, Sweet and Maxwell Press.

BENTHAM, John (1982), **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**, Methuen Press.

CAMPBELL, Liz (2013), Criminal Labes, the European Convention on Human Rights and Presumption of Innocence, **The Modern Law Review**, V. 76/4.

ÇAYAN, Gökhan (2020), Masumiyet Karinesi Doktrini, **Türkiye Adalet Akademisi Review**, V. 0/42.

ÇAYAN, Gökhan (2019), Geçiş Adaleti ve Avrupa Arındırma Hukuku, **Türkiye Adalet Akademisi Review**, V. 0/40.

ÇAYAN, Gökhan (2016), **Adil Yargılanma Hakkı**, Legal Law Press.

ÇAYAN, Gökhan (2016), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı, **Türkiye Adalet Akademisi Review**, V. 0/ 28.

ÇAYAN, Gökhan (2016), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Dördüncü Bölüm: Borg v. Malta Davası, **Küresel Bakış Review**, V.0/20.

ÇAYAN, Gökhan (2016), Kamu Görevlilerinin Statüsüyle İlgili Uyuşmazlıklarda Adil Yargılanma Hakkı, **Terazi Law Review**, V. 11/ 116.

ÇAYAN, Gökhan (2016), The Right to a Fair Trial, the Covarage of the Right and Application in the Tax Cases, **Law and Justice Review**, V. 0/12.

ÇAYAN, Gökhan (2016), The Right to a Fair Trial in the Discrepancies Originating from Public Officials' Status, **Human Rights Review**,v. 0/12.

ÇAYAN, Gökhan (2014), Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısında; Suçluların İadesi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Yargıtay İçtihatları Bakımından Bir Değerlendirme, **Legal Law Review**, V. 12/142.



De JONG, Ferry, Van LENT, Leonie (2016), The Presumption of Innocence as a Counter Futual Principles, **Utrecht Law Review**, V. 0/12.

DEBUSİ İsa, (Translated by Mehmet Boynukalın), **Takvimü'l-edille, Beyrut, Dar'ul Kütüb'il İlmiyye.**

DUFF, R. Antony (2001), **Punishment, Communication and Community**, Oxford Press.

ERTURHAN, Sabri (2002), İslam Hukukunda Şüpheden Sanığın Yararlanması İlkesi (In Dubio Pre Reo), **Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Review**, V. 6/ 2.

EŞ- ŞEYBANİ, Muhammed bin, (Translated by Mehmet Boynu Kalın), Beyrut, **Dar İbn Hazm**, X. Cilt.

FERZAN, Kimberly Kesler (2014), Preventive Justice and The Presumption of Innocence, **Law and Philos Review**, V. 0/ 8.

FEYZİOĞLU, Metin (1999), **Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, cd: 30/12/2019 <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/293/2671.pdf> s. 136.

GRAY, Anthony (2017), **Presumption of Innocence in Peril**, Lexington Press.

HABERMAS, Jürgen (1996), (Translated by W. REGH), **Between Facts and Norms**, Polity Press.

KITAI, Rinat (2002), Presuming Innocence, **Okla Law Review**, V.0/ 63.

JACKSON, D. John, SUMMERS, J. Sarah (2012), **The Internationalisation of Criminal Evidence Beyond the Common Law and Civil Law Traditions**, Cambridge University Press.

LACEY, Nicola (2016), **in Search of Criminal Responsibility; Ideas, Interests and Institutions**, Oxford University Press.

LAUDAN, Larry (2006), **Truth, Error and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology**, Cambridge University Press.

LAUFER, S. WILLIAM (1995), The Rhetoric of Innocence, **Washington Law Review**, V. 0/ 17.

LIPPKE, Richard (2016), **Taming the Presumption of Innocence**, Oxford University Press.

ROBERTS, Paul, HUNTER, Jill (2012), **Criminal Evidence and Human Rights**, Hart Press.



ROBERTS, Paul, ZUCKERMAN, Adrian (2004), **Criminal Evidence**, Oxford University Press.

SCHEINER, Robert (2007), Standard of Proof, Presumption of Innocence, And Plea Bargaining: How Wrongful Conviction Data Exposes Inadequate Pre-Trial Criminal Procedure, **California Western Law Review**, V. 0/ 55.

SHERMAN, J. Clark (2014), The Juror, The Citizen, and The Human Being: The Presumption of Innocence and the Burden of Judgement, **Crim Law and Philos Review**, V/ 8.

SMITH, E. (2012), **The Presumption of Innocence**, **Scandinavian Studies in Law**, cd.: 31/12/2019, <https://www.scandinavianlaw.se/pdf/51-23.pdf>.

STUMMER, Andrew (2010), **The Presumption of Innocence Aidental and Human Rights Perspective**, Oregon Press.

ŞEBBE, Ömer bin, (Translated by Mehmet Boynukalın), **Tarihü'l-Medine Daru'l-Uleyyani**, V: II.

TRACHSEL, Stefan (2005), **Human Rights in Criminal Procedure**, Oxford University Press.

WILKINSON, Harvaie (2018), the Presumption of Civil Innocence, **Virginia Law Review**, V. 104/ 4.

VITKAUSKAS, Dikov, LEWIS- ANTONY Sian (2012), **Right to a Fair Trial Under the European Convention on Human Rights**, Integrights Press.

Von HIRSCH, Andrew, ASWORTH, Andrew (2005), **Proportionate Sentencing: Exploring the Principles**, Oxford University Press.

ZEDNER, Lucia (2004), **Criminal Justice**, Oxford University Press.



VERGİ HUKUKUNDA TEBLİGAT USULLERİ; MUHATABIN ÖNEMİ

(Notification Procedures in Tax Law; The Importance of the Notified)

Arş. Gör. Muhammed ÇELİK¹
Prof. Dr. Mehmet YÜCE²

ÖZ

Bilgilendirme ve belgelendirme işlevi gören tebligat, vergilendirme sürecinde hakların kazanılması ve kaybedilmesi ile hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi açısından oldukça önemli bir role sahiptir. Geçerli bir tebligat işlemi yapılabilmesi için tebliğin usulüne uygun olarak yapılması esastır. Usulüne uygun tebliğin yapılmasında öncelikle tebliğ yapılacak kişi ve kişilerin tespitinin doğru yapılması önem arz eder. Zira tebliğe ilişkin usul, tebligat yapılacak kişi yani muhatap üzerinden şekillenmektedir. Muhatabın tebligat usulündeki bu öneminden kaynaklı olarak Vergi Usul Kanununda tebliğe ilişkin hükümler esas alınarak muhatap kavramı açıklanmıştır. Muhatap kavramının açıklanması ile birlikte ikincil muhatap kavramı ortaya atılmış olup, tebligat sürecinde ikincil muhatapların önemi vurgulanarak yeri geldiğinde tebliğin esas muhatapları gibi değerlendirilmesi gerekliliği üzerinde durulmuştur. Tüm bu açıklamalar doğrultusunda uygulamada çokça ihtilaflar yaşanan iş yerine tebligat yapılamadığı durumlarda VUK 101/2.fıkrası gereğince adres kayıt sistemine yapılacak tebligatlarda karşılaşılan sorunlar etraflıca ele alınarak tartışılmış ve çeşitli öneriler ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Tebliğ, Tebligat, Muhatap, Vergi Usul Kanunu, Tebligat Usulü

ABSTRACT

The notification, which serves as an information and certification, has a very important role in terms of gaining and losing rights and fulfilling

1 Bursa Uludağ Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü, Mali Hukuk Anabilim Dalı, muhammedcelik@uludag.edu.tr., ORCID ID: 0000-0002-4829-7304.

2 Bursa Uludağ Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü, Mali Hukuk Anabilim Dalı, myuce@uludag.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-6398-5589.

legal obligations in the taxation process. Duly execution of the notification appears as the main reason for a valid notification process. It is important to correctly determine the person and persons to be notified of, in order to ensure proper notification. Because the procedure regarding the notification is shaped according to the condition of the person to be notified. For this reason, analyzing the concept of the notified used in the provisions of the notification is the first condition to be able to properly serve the notification. Due to this importance of the notified in the notification procedure, the concept of the notified is explained in the Tax Procedure Law based on the provisions regarding the notification. In line with these explanations, the concept of the secondary notified was put forward and the importance of the secondary counterparts was emphasized, and the necessity of the communiqué to be evaluated as the main counterparts was emphasized. In line with all these explanations, there are many disputes in practice, especially the notifications to be made to the address registration system pursuant to VUK 101 / 2.f. These disputes and the problems encountered were discussed and various suggestions were put forward.

Keywords: Notice, Notification, Notified, Tax Procedure Law, Notification Procedure

GİRİŞ

Vergi, devletin egemenlik gücü çerçevesinde vergiyi doğuran olayla ilişkiye giren herkesten ödeme gücü talep ettiği Anayasal bir egemenlik hakkıdır. Yapısı itibarıyla kamu hukuku içerisinde yer alması nedeniyle bir tarafta üstün güç devlet ve bağlı ve/veya takdir yetkisi ile donatılan idare varken diğer tarafta ise vergiyi doğuran olayla ilişkiye giren mükellefler yer almaktadır. Bu iki taraf arasında vergilendirme süreci içerisinde bağ kurulması ve mevzuata tabi işlemlerin görülmesi açısından en temel unsurlardan birisi de usulüne uygun yapılan tebligatlardır. Tebligat, vergilendirme süreci içerisinde idari işlemlerden mükelleflerin haberdar olmasını sağlayarak hem bilgilendirme hem de süreci kayıt altına alması sebebiyle belgelendirme işlevi görmekteyken, aynı zamanda mükelleflerin vergisel sorumluluklarını yerine getirmelerinin ihtarı, idari ve yargısal süreçler açısından hakların kazanılması veya kaybedilmesinin sağlayıcısıdır.

Vergisel sorumluluklarını yerine getirmenin yanında, Anayasanın 36.maddesi gereğince mükelleflere hak arama hürriyetlerini kullanmalarının önünü açan tebligat işlemlerinin usulüne uygun olarak



yapılması oldukça önemlidir. Nitekim usulün esastan önce kendisine yer bulduğu hukuk sistemimizde tebligat işlemlerindeki usulün mevzuata uygun olarak yapılması gerekmektedir. Usulüne uygun bir tebligat işleminde bahsedebilmek için ise, tebligatın kime yapılacağı ve tebliğ evrakının kime verileceği önem taşımaktadır. Dikkat edilirse Vergi Usul Kanunu (VUK) vergilendirme işlemleri ile ilgili olarak esas muhatap mükellef demek suretiyle açıklamakta ve yeri geldiğinde diğer kişilerden de bahsetmektedir.

Tebliğat işlemlerini konu alan VUK 93 ve 109.madde hükümlerine bakıldığında ise tebligat işleminin yapılacağı kişi başta muhatap olmak üzere çeşitli kavramlarla anılmış ve mükellef kavramının dışına çıkıldığı görülmektedir. Bu noktada tebliğ yapılabilecek kişilerin doğru anlaşılması, usulüne uygun bir tebliğin ilk şartıdır. Muhatap kavramının dar yorumlanması ya da geniş yorumlanması uygulamada tebliğe konu hükümlerin yanlış anlaşılmasına neden olacak ve usulsüz tebliğin önü açılacaktır. Bu nedenle çalışmamızda tebliğ usulünün gerekliliğine kısaca değindikten sonra usulün yerine getirilmesinde ilk şart olan vergi tebligat hükümlerinde bahsedilen muhatapın doğru anlaşılması için tebliğ yapılabilecek kişiler üzerinde durmaya çalışılmış akabinde son başlıktaki açıklamalara ışık tutması açısından tebliğ muhatapı esasında tebligat usulleri ve bilinen adreslerle ilgili tartışmalı konuları Danıştay ve literatür destekli açıklamalarla aydınlatmaya çalışılmıştır. Son başlıkta ise şekil değiştiren tebligat usulüne örnek teşkil eden işyerinde yapılamayan tebligatların adres kayıt sisteminde yerleşim yeri adresinde yapılması süreci ile ilgili tartışmalı hususları muhatap esaslı olarak ayrıntılı bir şekilde ele alıp Danıştay kararları ve literatür destekli açıklamalarla aydınlatılmaya çalışılmıştır.

I. VERGİ TEBLİGATLARININ GENEL GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Vergiye ilişkin yapılan tarhiyat hakkında mükellefi bilgilendirme işlevi üstlenmiş olan tebligat, usulü bir işlem olup esasa müessir bir hata yapılması halinde hukuki işlemin sonuç doğurmasına engel teşkil etmektedir. Bu yönüyle vergileme sürecinde önemli bir rol üstlenmiştir. Hukuki olarak bilgilendirme ve belgelendirme işlevi gören tebliğ ya da çoğulu tebligat, hukuki bir işlem niteliği kazanabilmesi için ilgili olduğu kanun başta olmak üzere, ikincil mevzuatta yer alan şekil şartlarına sıkı sıkıya bağlı olmak zorundadır. Ancak bu zorunluluk tebligatın Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükleri ihlal edici bir

nitelikte kazandırmamalıdır³. Tebligat işleminde yapılan bildirim işlemi tebligatın amacını temsil ederken, belgelendirme işlemi ise tebligatın usulünü temsil etmektedir ve bu iki işlem birbirine sıkı sıkıya bağlı bir yapı arz etmektedir. Bildirim veya belgelendirme işlemlerinden herhangi birisinin ya da her ikisinin de sakatlığı halinde yapılan işlem yok hükmünde olacak yokluk halinde ise hukuk aleminde işlemin ölü doğduğu kabul edilecek ve işlemin yeniden tekrarlanması gerekecektir⁴. Eğer idare yok hükmünde olan tebligat işlemine dayanarak icrai nitelikte işlemlerde bulunmuşsa yapılan bu işlemler hukuka aykırı bir işlem olacaktır⁵. Tebligat işleminin usulüne uygun bir şekilde yapılabilmesi için bilgilendirme ve belgelendirme yükümlülüğünün iyi bir şekilde irdelenmesi ilgili kanunda yer alan şekil şartına tam olarak uyulması gerekir⁶.

Tebliğatlarda usul ve esasa ilişkin işlemlerde sorumluluk posta memuru ile birlikte idarenin sorumluluğundayken, 108.maddeden kaynaklı olan tebligat içeriği ile ilgili esasa ilişkin hatalarda ise idarenin sorumluluğu ön plana çıkmaktadır⁷. Geçerli bir tebligat yapılması halinde tebliğe bağlı süreler işlemeye başlayacak olup, vergi uyuşmazlıklarından kaynaklı işlemlerde dava açma süresi tebliğden itibaren 30 gün, idari uyuşmazlıklardan kaynaklanan işlemlerde tebliğ tarihinden itibaren 60 gün ve 6183 sayılı Amme Alacakları Tahsili Usulü Hakkında Kanun (AATUHK)'dan kaynaklanan uyuşmazlıklarda ödeme emri tebliğine karşı açılacak davalarda ise tebliğ tarihinden itibaren *on beş gün* olarak hüküm altına alınmıştır.

Bir işlemin kurucu unsurlarından olan şekil ve usule ilişkin işleme unsurların varlığı ile tebligat geçerliliğini kazanmaktadır. Ancak tebligat işlemlerinde önemli olan bir diğer husus ise tebligatın içeriğini oluşturan

3 ÖNCEL Mualla, KUMRULU Ahmet ve ÇAĞAN Nami, **Vergi Hukuku**, 13. Baskı, Ankara, 2006, s. 103.

4 YÜCE Mehmet ve ÇELİK Muhammed, **Karşılaştırmalı Vergi Tebligat Hukuku**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2017, s. 4.

5 GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004, s. 149.

6 Yargıtay HGK, T. 01.02.2012, E. 2011/753, K. 2012/46; Tebligatla ilgili 7201 Sayılı Tebligat Kanunu ve buna bağlı olarak çıkarılan Tüzük hükümleri tamamen şeklidir. Kanun ve Tüzüğün amacı tebligatın muhatabına en kısa zamanda ulaşması, konusuyla ilgili olan kişilerin bilgilendirilmesi ve bu hususların belgeye bağlanmasıdır. Hal böyle olunca, yasa ve tüzük hükümlerinin en ufak ayrıntılarına kadar uygulanması zorunludur. Kanunun ve Tüzüğün belirlediği şekilde yapılmamış ve belgelendirilmemiş olan tebligatların geçerli olmayacağı Yargıtay içtihatlarında açıkça vurgulanmıştır. Tebligat Kanunuyla Tüzüğü'nde öngörülen şekilde işlem yapılmış olmadıkça tebliğ memuru tarafından yapılan yazılı beyan onun mücerret sözünden ibaret kalır ve dolayısıyla belgelendirilmiş sayılmaz.

7 Ayrıntılı bilgi için bknz; Yüce ve Çelik, a.g.e., ss. 163- 219.



daha çok tebliği çıkaran idarenin sorumluluğunda olan tebligatın esasına ilişkin işlemlerdir. Hukuken tebligat işleminin şekil ve usule ilişkin bir eksiklik barındırmaması şartıyla içeriği ile ilgili olup tebligatın esasına etki etmeyen hatalar ile yapılan tebligatlar yok hükmünde olmayıp hukuki geçerliliklerini korumaktadırlar. Fakat *mükellefin adının, verginin türü veya miktarının, vergi mahkemesinde dava açma süresinin hiç yazılmamış olması veyahut tebligatın görevli bir makam tarafından çıkarılmamış olması* hallerinin vergilendirme işlemlerine ait tebligatlarda esasa ilişkin hatalardan olduğu kabul edilerek yapılan tebligatın hükümsüz olduğu kabul edilmiştir (VUK. 108.md.).

Vergiye ilişkin tebligatlarda Vergi Usul Kanunu esas alındığından tebligatın hükümsüzlüğü sonucunu doğuracak hatalar bunlardan ibarettir. Bunun dışındaki diğer haller tamamen yoruma dayalı olup uygulamada beraberinde bir takım sakıncaları doğurma riski taşımaktadır. Mesela vergi tebligat işlemlerinde Vergi Usul Kanunu 108. maddesine göre esasa ilişkin hatalardan kabul edilmiş olan hallerden birisinin gerçekleşmesi halinde, 7201 sayılı Kanun'un 51.madde hükmüne dayanarak 32.maddesi esas alınarak tebliği muhatabın öğrenmiş olmasının tebliğin geçerli olarak kabul edilmesi için yeterli olduğu görüşünü kabul etmek mümkün gözükmezken, VUK 108.madde de yazılı haller dışında kalan hallerin gerçekleşmesi halinde *tebliğin muhatap tarafından öğrenmiş olmasının* tebliğin geçerli sayılması için yeterli bir neden olarak kabul edilmesi gerektiği kanısındayız. Nitekim örnek Danıştay kararında görüşümüzü destekler nitelikte olup, VUK 108.maddesinde esasa etkili hata halleri içerisinde yer almayan *"vergi inceleme raporunun kendisine tebliğ edilmediği"* nedeniyle tebliğin geçersiz sayılması gerektiğine yönelik başvuruyu 7201 sayılı Kanunun 51.madde hükmünden yola çıkarak 32.madde hükmüne dayanarak reddetmiştir⁸.

Bununla birlikte bazı Bölge İdare Mahkemesi (BİM) kararlarında⁹ *"tarhiyatın dayanağı olan ve tarhiyatın yapılma nedeni ile matrah farkının tespitine ilişkin hesaplamaların nasıl yapıldığını içermesi nedeniyle savunma hakkının bir parçası"* olduğu gerekçesi ile takdir komisyonu kararları, vergi inceleme raporları ve/veya vergi tekniği raporlarının ihbarname

8 24.6.2020 tarihli ve 31165 sayılı Resmi Gazete 'de yayınlanan DVDDK, T19.2.2020 tarihli ve E. 2020/9, K. 2020/2; Benzer karar ve açıklamalar için Bknz; Danıştay 9.D, T.01.11.2017, E. 2016/1068, K. 2017/7390; Yüce ve Çelik, a.g.e., s. 166.

9 Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 1. VDD, T. 11.10.2018, E. 2018/957, K. 2018/841; T. 30.05.2017, E. 2017/857, K. 2017/919; T. 31.05.2017, E. 2017/992, K. 2017/937; T.28.02.2018, E. 2018/201, K. 2018/209; T.18.07.2018, E. 2018/639, K. 2018/659.

ekinde tebliğ edilmemesinin esasa etki bir şekil hatası olduğu düşüncesini savunmaktadır. BİM'in savunma hakkının bir parçası olarak gerekçelendirdiği bu kararları her ne kadar hakkaniyete uygun olsa da bu kararların Kanunun ruhuna aykırı düşen ve yorum sınırını aşan kararlar olduğu kanaatindeyiz. Bu görüşü savunmamızın temel nedeni Vergi Usul Kanunu Hatalı Tebliğler yan başlıklı 108.maddesinde kanun koyucu tereddüde yer vermeyecek şekilde esasa etkili şekil hatalarını saymak suretiyle açıklamasıdır. Nitekim Danıştay Dava Daireleri Kurulunun 19/02/2020 tarihli kararı da benzer görüşleri taşımaktadır¹⁰. Eğer uygulamada mükelleflerin kendilerine yapılan tebliğlerde ne ile itham edildiklerinin yargı yoluna başvurulmadan önce¹¹ öğrenilmesine imkân tanınarak hak arama özgürlüklerine katkı sağlanmak isteniyorsa kanaatimize göre VUK 108.madde hükmünde bir düzenleme yapmak suretiyle bu sorun çözülebilecektir. Düzenleme “*takdir komisyonu kararları, vergi inceleme raporu ve/veya vergi tekniği raporu gibi tarhiyatın dayanağı olan ve tarhiyatın yapılma nedeni ile matrah farkının tespitine ilişkin hesaplamaların nasıl yapıldığına dair açıklama içeren belgelerin tebliğe eklenmemesi vesikayı hükümsüz kılar*” gibi bir cümle ile yapılabilir. Böylece hem sayılan belgeler hem de hali hazırda kullanılan ve ileride yapılacak değişikliklerle benzer özellikleri taşıyan belgelerinde eksikliği halinde “gibi” ifadesinden yola çıkarak uygulamada yaşanan karmaşanın önüne geçilebilecektir.

Sonuç olarak hali hazırdaki Vergi Usul Kanunu “Hatalı Tebliğler” yan başlıklı 108.maddesinde yer alan hükümler çerçevesinde *takdir komisyonu kararları, vergi inceleme raporu ve/veya vergi tekniği raporu gibi belgelerin tebliğe eklenmemesinin esasa etkili şekil hatasına sebebiyet*

10 Vergi Usul Kanununun vergi tarhını tanımlayan 20.maddesi ile tebliği tanımlayan 21.maddesindeki düzenlemelerden, vergi ve ceza ihbarnamelerinin tarh ve ceza kesme işlemleri olmayıp idarenin yaptığı bu işlemleri duyuran bilirimler olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle verginin tarhı ve cezanın kesilmesine ilişkin idari işlem, işlemin duyurulmasına yönelik ihbarname ile bunun tebliğinden ayrı düşünmek gerekmektedir. Bu durumda VUK 108.maddesinde ihbarnamayı hükümsüz kılan haller arasında vergi inceleme raporu ve/veya vergi tekniği raporunun ihbarname ekinde tebliğ edilmesi hususunun sayılmamıştır. Bu düzenlemeler karşısında VUK 35.maddesinde ihbarnamede yer alması gerektiği belirtilen hususlardan herhangi birisinin eksik olmasının, Kanunun 108.maddesinde belirtilen hallerden birisini oluşturmamak şartıyla ihbarnamayı hükümsüz kılacağından bahsedilemeyecektir (24.6.2020 tarihli ve 31165 sayılı Resmi Gazete 'de yayınlanan DVDDK, T.19.2.2020 tarihli ve E. 2020/9, K. 2020/2).

11 Metin içerisinde bahsi geçen 19.02.2020 tarihli DVDDK kararında her ne kadar mükellefin yargı yoluna başvurması ile zaten ne ile itham edildiğini öğrenmesinde bir engel olmadığı görüşü olsa da VUK 108.madde hükmünde yapılacak bir düzenleme mükelleflerin yargı yoluna başvurmadan önce ne ile itham edildiklerini önceden öğrenmelerini sağlayacağı için belki de birçok mükellefin yapılan işlem karşısında ikna olmasına neden olacak bu durum ise yargısal yollar üzerindeki başvuruları da hafifletecektir.



vermediği kanaatinde olsak da mükelleflerin hak arama özgürlüklerine katkı sağlanması ve mükellef odaklı bir anlayışın vergileme sisteminde geliştirilmesi amacıyla ilgili Kanun hükmünde yukarıda açıkladığımız düzenlemenin yapılması kaydıyla *takdir komisyonu kararları, vergi inceleme raporu ve/veya vergi tekniği raporu gibi belgelerin eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz.*

II. VERGİ HUKUKUNDA TEBLİGAT MUHATAPLARI

Tebliğat işleminin geçerli olabilmesi için usul ve şekil şartlarının belirlenerek tebligatın geçerli bir şekilde yapılabilmesinin ilk şartı *tebligat muhatabının doğru tespitidir.* Vergi hukukuna tabi olan tebligat işlemlerinde *gerçek kişiler, tüzel kişiler ve kişiliği bulunmayan cemaatlere* tebligat yapılabilmektedir. Bu kişilere yapılacak tebligatlarda öncelikli amaç *tebliğin muhatabına yapılmasıdır.* Tebliğ muhatapları ise tebliğe konu verginin mükellefi, bu mükelleflerin kanuni temsilcileri, umumi vekilleri, VUK'un 8.maddesinin 4.fıkrasında yer alan "*mükellef tabiri vergi sorumlusunu da kapsar*" ifadesinden yola çıkarak vergi sorumluları ve vergi cezası kesilenlerdir (VUK 94.md.). Vergi cezası kesilenler açısından mükellef veya vergi sorumlusu olmayan ancak ceza muhatabı olan küçük ve kısıtlı gerçek kişilerde *veli, vasi, kayyım* (VUK 332.md.) tebliğin muhatabı olarak kabul edilmektedir. Veli, vasi veya kayyımın birden fazla olması durumunda ise tebliğ bu kişilerden yalnız birisine yapılması ile geçerli olmaktadır. Ancak tebliğ konusu iş için ayrı bir veli, vasi veya kayyım atanmış ise tebliğ bu kişilere yapılmak suretiyle geçerli olacaktır (VUK 95.md.).

Tüzel kişilerde kanuni temsilciler ve tüzel kişiliği bulunmayanlarda ise idare edenler tebligatın muhatabıdır. Tüzel kişilere yapılacak tebligatlarda *başkan, müdür veya kanuni temsilciler* tebliğ muhatabıdır. Tüzel kişilerin birden fazla müdür veya temsilcisi varsa tebliğin bu kişilerden birisine yapılmış olması yeterlidir. Vakıflar, cemaatler ve iş ortaklıkları gibi tüzel kişiliği bulunmayan teşekküllerde *idare edenler veya temsilciler* tebligat muhatabı olmaktadır (VUK 94.md.). Adi ortaklıkta vergilendirme açısından gelir vergisi stopaj ve katma değer vergisi gibi bir takım vergiler ortaklık adına mükellefiyet tesisine tabiyken diğer vergilendirme kalemlerinde ise mükellefiyet ortakların hisseleri oranında kendi üzerlerinde doğmaktadır¹². Bu nedenle tebligat muhatabı da *gelir*

12 Gelir İdaresi Başkanlığı, İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, Mükellef Hizmetleri Usul Grup Müdürlüğü, T. 06.01.2012, *İş Ortakları ve Adi Ortakları Vergilendirme ve Belge Düzeni ile ilgili B.07.1.GİB.4.34.19.02 -019.01.12- 55 Sayılı Özelge.*

*vergisi stopaj ve katma değer vergisi gibi bir takım vergilerin yükümlülüğü ile ilgili hususlarda adi ortaklığın kendisiyken diğer vergilendirme hallerinde ise ortakların kendileridir*¹³. Adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığı için ortakların sorumluluğu ortaklığı esas alan vergiler bakımından müteselsil, birinci derecede ve sınırsızdır. Bu nedenle ortaklık işlemlerinden kaynaklı olarak ortaya çıkacak vergi cezalarının ortaklık adına tebliği gerekecektir. Ortaklık adına yapılacak tebligat her bir ortağın şahsi olarak dava açmasına engel değildir¹⁴.

Kamu idare ve kurumlarında tebliğ bu idare ve kurumların *en üst amirine veya yardımcısına ya da en üst amirin yetkili kılacağı memura* yapılmalıdır (VUK 98.md.). Diğer taraftan kara, deniz, hava ve jandarma eratına yapılacak tebliğde ise kıta komutanı veya kurum amiri gibi en yakın üst vasıtasıyla yapılır. Bu evrakı derhal tebliğ olunacak kimseye vermediği takdirde üst tazminle mahkûm olur. Bu cihetin tebliğ evrakında yazılı olması şarttır (VUK 96.md.). Vergi kaçakçılığında ise suça iştirak, teşvik ve yardım hallerinde de bu kişilere vergi cezası kesilebileceği için tebliğ muhatabı olabilmektedirler¹⁵. Ayrıca vergi daireleri veya inceleme elemanları tarafından üçüncü kişilere yazılan bilgi isteme yazılarındaki kişilerde üzerinde vergiyi doğuran olay gerçekleşme dahi muhatap olarak kabul edilebilmektedir¹⁶.

Açıklamalardan görüldüğü üzere Vergi Usul Kanunu açısından tebligatın ilk akla gelmesi gereken muhatapları yukarıda açıklanan kişilerdir. Bu kişileri birincil muhatap olarak ifade edebiliriz. Ancak Vergi Usul Kanunu tebligatla ilgili hükümlerine bir bütün olarak bakıldığında Kanunda muhatap kavramı geniş anlamda ele alınmış olup bu kapsam içinde birincil muhatap yanında ikincil muhatap diye adlandırabileceğimiz bir muhatabı da dikkate almıştır. Birincil muhatapları tebligatın adlarına düzenlendiği kişiler olarak anlamak gerekirken ikincil muhatapları ise birincil muhatapların yokluğunda Kanunen tebligatı kabule yetkili kişiler olarak anlamak gerekmektedir. Bu nedenle vergi tebligatlarında ikincil muhatapları da göz ardı etmemek gerekir.

13 Diğer hukuki durumlarla ilgili ayrıntılı bilgi almak için bkz; Yüce ve Çelik, a.g.e., ss. 82- 86.

14 Danıştay 4.D, T. 14.09.1992, E. 1990/1786, K. 1992/3647.

15 ŞENYÜZ Doğan, **Vergi Usul Hukukunda Tebligat**, 2.Baskı, Yaklaşım Yayınları, Bursa, 1997, ss. 50- 51. Ayrıca bkz; Kamil Mutluer, **Vergi Ceza Hukuku**, Birinci Baskı, Eskişehir İktisadi Ticari İlimler Akademisi, Eskişehir, 1979, s. 76; Nihat Edizdoğan ve Metin TAŞ, **Vergi Ceza Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa, 1993, s. 97.

16 YAPAN Ahmet ve KURU Görkem, "Vergi Hukukunda Tebliğ Müessesesi ve Tebligat Kanununda Yer Alan Genel Hükümlerin Mali Tebliğ Kapsamında Uygulanabilirliklerinin Değerlendirilmesi- I, **Vergi Raporu**, Sayı: 179, 2014s. 97.



Bilindiği üzere Vergi Usul Kanununun 3.maddesi (A) fıkrası ikinci bendinde *“Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluşundaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak uygulanır.”* ifadesi ile vurgulanmıştır. Vergi Usul Kanununda yapılması gereken öncelikle cümlenin yapısından, kelimelerin dizilişinden, sözcük anlamlarından veya ait oldukları hukuk dalındaki anlamlarından hareketle ilgili hüküm yorumlanmalıdır. Eğer bu yorum uygulamada yeterli olmayacak ise ilgili hükmün kanun sistematiği içindeki yeri, işlevi ve diğer maddeler ve kanunlar ile ilişkisi göz önüne alınmalı ve kanun hükmünün konuluş amacı çerçevesinde hükmün uygulanacağı dönemin şartları ile örtüşür bir şekilde yorumlanması gerekecektir¹⁷.

Vergi Usul Hukukunda yorumun bir yöntem olarak var olduğu açıklamamızdan hareketle VUK 94.maddesi üçüncü fıkrasında *“Tebliğ, kendisine tebligat yapılacak kimsenin bulunmaması halinde ikametgâh adresinde bulunanlardan veya işyerlerinde memur ya da müstahdemlerinden birine yapılır.”* demek suretiyle tebligatın birincil muhatabının bulunamaması halinde ikincil muhatap olarak tebligat yapılabilecek kişiler açıklanmıştır. Bu nedenle bilinen adreslere tebliğ yan başlıklı VUK 100.maddesi *“Bilinen adrese gönderilen mektuplar posta idaresince muhatabına teslim edildiği tarihte tebliğ edilmiş sayılır.”* ifadesinde yer alan muhatap kavramından öncelikle birincil muhatap, birincil muhatabın yokluğu halinde ise ikincil muhatap anlaşılmalıdır. Aynı şekilde tebliğ evrakının teslimi yan başlıklı VUK 102.maddesi *tebliğ evrakının muhatabına teslim edileceği* şeklini anlatan birinci fıkra, *muhatabın teslim sırasında tebliğ alındısını imzalamasına* ilişkin usulü anlatan ikinci fıkra ve *muhatabın tebellüğden imtinasını* anlatan üçüncü fıkra da yer alan muhatap kavramları ile öncelikle birincil muhatap, birincil muhatabın yokluğu halinde ise ikincil muhatap anlaşılmalıdır. Ayrıca Kanunun 101 inci maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentlerinde sayılan işyeri adreslerine tebliğe çıkılan hallerde, *tebliğ yapılacak olanların* bu adreste bulunamaması durumunu anlatan dördüncü fıkra ile Kanunun 101 inci maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinde sayılan adrese tebliğe çıkılan hallerde, *tebliğ yapılacak kişinin* adresinde bulunamaması durumları anlatan beşinci fıkrada yer alan *tebliğ yapılacak olanlar (kişiler)* ifadesinden de öncelikle birincil muhatap, birincil muhatabın yokluğu halinde ise ikincil muhatap

17 ŞENYÜZ Doğan, YÜCE Mehmet ve GERÇEK Adnan, **Vergi Hukuku**, 11.Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2020, ss. 66- 70.

anlaşılmalıdır. Açıklananlar dışında kalan vergi tebligatına ilişkin diğer kanun hükümleri ile fıkralarında yer alan tebliğin muhatabını çağrıştıran tüm kavramlar ise sadece birincil muhatap olarak anlaşılmalıdır.

Tebliğata ilişkin Vergi Usul Kanununda muhatap kavramı ile ilgili açıklamalarda görüldüğü üzere tebliğe ilişkin hükümlerin yer aldığı maddelerde tebliğ muhatabı ile ilgili bir kavram kargaşası olup farklı maddelerde tebliğ muhatabı farklı kelimeler ile ifade edilmiştir. Bu kavram kargaşasını çalışmamızda ortadan kaldırmak adına hükümlerde tebliğin muhatabını çağrıştıran tüm ifadeleri anlatan genel tabir olarak muhatap kavramını kullanacağız. Açıklamalarımızdan görüldüğü üzere Vergi Usul Kanunundaki tebliğe ilişkin hükümlerde tebliğ muhatabı kavramı Kanun hükümlerine göre dar ve geniş anlamlarıyla kullanılmış, kanun koyucu Kanunun 3.maddesi (A) fıkrası ikinci bendi gereğince hükümlerde yer alan muhatapları hükmün lafzı, Kanunun konuluşundaki maksat ve Kanunun ruhunu da dikkate alarak diğer kanun hükümleri ile ilişkilendirip yorumlamamızı ve günün şartlarına en uygun olan usulü takip etmemizi beklemektedir. Mesela, muhatap kelimesini tüm vergi tebligatına ilişkin hükümlerde dar anlamda ikincil muhatabı göz ardı etmek suretiyle anlama yolunu seçersek¹⁸ VUK 102/5. fıkrası işlevini yitirir hale gelecek ve birincil muhatap haricinde ikincil muhataplara tebliğin önü kapanmış ve VUK 94.maddesi son fıkrasında anlatılan ikametgâh adresinde oturanlara tebliğ usulü işlevsiz hale gelmiş olacaktır¹⁹.

III. VERGİ HUKUKUNDA TEBLİGAT USULLERİ VE BİLİLEN ADRESLER

Vergi Usul Kanununun “*Tebliğ esasları*” yan başlıklı 93.madde ve “*Elektronik ortamda tebliğ*” yan başlıklı 107/A. maddeleri gereğince tebligat muhatabına, Gelir İdaresi Başkanlığı bünyesinde bulunun hizmetten faydalanarak e-tebligat adresi alınmışsa öncelikle elektronik ortamda veya adresi bilinenlere posta yoluyla yapılabilir. Tebligat adresleri bilinmeyenlere, VUK 101.maddenin birinci fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentlerinde açıklanan en son bilinen adreste tebliğ yapılamaması üzerine muhatabın adres kayıt sisteminde kayıtlı bir adresi de

18 VUK 94. maddesi gereğince, “muhataptan, mükellefler ile bunların kanuni temsilcileri, umumi vekilleri veya vergi cezası kesilenler, tüzel kişilerde ise, bunların başkan, müdür veya kanuni temsilcilerinin anlaşılması gerektiği” (Danıştay 9.D, T.28.12.2010, E. 2008/6070, K. 2010/7052).

19 Nitekim Gelir İdaresi Başkanlığı'nın VUK 102.madde son fıkrası gereğince yayınladığı 485 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği 3.2.maddesinde görüşümüzü destekler niteliktedir.



bulunmayanlara, yabancı memleketlerde bulunanlara tebliğ yapılmasına imkân bulunmayanlara, ikametgâhında tebliğe çıkılmasına imkân bulunmayanlara veya tebliğe imkân olmayan diğer haller gerçekleşenlere ise son çare olarak ilan yolu ile tebligat yapılabilir. Muhatabın kabul etmesi şartıyla tebliğin daire veya komisyonda yapılmasına da herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca Maliye Bakanlığı tebliği posta yerine *memur vasıtasıyla* da yaptırmaya yetkili kılınmıştır (VUK 107. md). Tebliğ işleminin gerçekleştirilmesinde muhataba ait bir e-tebligat adresi mevcut ise VUK 93.madde hükmünde yer alan tebliğ usulleri dikkate alınmaksızın öncelikle Gelir İdaresi Başkanlığından alınmış olan e-tebligat adresine tebliğe çıkılmalıdır²⁰. Muhatabın elektronik adresine tebliğin ulaşmasını izleyen beşinci günün sonunda tebliğ yapılmış kabul edilmektedir (VUK 107/A). Elektronik tebligat adresi kullanma zorunluluğu olanlar ile isteğe bağlı olarak elektronik tebligat adresi almış olan kişilere yapılacak tebligatlarda elektronik tebligat yolu seçimlik bir yol olmayıp öncelikle bir zorunluluktur²¹. Herhangi bir nedenle muhatabın elektronik tebligat adresine tebligat yapılamaması veya elektronik tebligat adresi olmaması halinde VUK 93.madde hükmünde yer alan usullerle tebligata devam edilecektir.

Vergi Usul Kanununa göre yapılacak tebligatlarda *tebliğin yurtiçi mi yoksa yurtdışı tebligatı mı konu aldığı öncelikle tespit edilmesi gereken husustur*. Bu hususun tespitinde ise tebliğin muhatabı ana rol oynamaktadır. Tebliğ muhatabı kişinin bilinen adresi yurtiçi bir adres ise tebliğ, yurtiçi tebligat usullerine göre, yurtdışı bir adres ise tebliğ, yurtdışı tebligat usullerine göre yapılacaktır. Vergi Usul Kanunu 93.maddesi çerçevesinde yapılacak yurtiçi tebligatlarda esas tebligat usulü *ilmühaberli taahhütlü posta yoluyla* yapılacak tebligattır. Bu tebligat yöntemine göre tebliği çıkarmaya yetkili idare tarafından tespit edilen muhatabın VUK 101.maddesi birinci fıkrası (1) ve (2) numarada yazılı bilinen en son adresine tebliğe çıkılmaktadır (VUK 99.md). Tebliğin muhatabına ulaşması ve tebliğin yapılması ile birlikte hak kazanma veya hak kaybına yönelik süreler işlemeye başlamış olmaktadır (VUK 100.md).

Tebliğat işleminde tebliğin muhatabına zamanında ulaştırılması hususunda oldukça önemli olan bilinen adresler VUK'un 101.

20 7201 sayılı Tebligat Kanunu 7/a maddesi hükümleri çerçevesinde alınacak elektronik tebligat adresine vergi tebligatının yapılması mümkün değildir. 213 sayılı kanunun 107/A ve bu kanunun bir sonucu olarak yayımlanan 456 sıra no'lu tebliğe uygun olarak temin edilmiş bir elektronik tebligat adresi (Ayrıntılı bilgi için bkz; Yüce ve Çelik, a.g.e., ss. 132- 143).

21 YÜCE ve ÇELİK, a.g.e., s. 149.

maddesinde sayılmak ve sıralanmak suretiyle açıklanmıştır. Bu nedenle bilinen adresin tespitinde herhangi bir ihtilafa yer bırakmaksızın sırasıyla bilinen adreslerin takibi yapılarak tebliğe çıkılması gerekmektedir. VUK 101.maddesine göre bilinen adresler;

1. Mükellef tarafından işe başlamada veya adres değişikliğinde bildirilen işyeri adresleri,

2. Yoklama fişinde veya ilgilinin imzası bulunmak şartıyla yetkili memurlar tarafından bir tutanakla tespit edilen işyeri adresleri,

3. Adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi,

(1) ve (2) numarada yazılı bilinen adreslerden tarih itibarıyla tebligat yapacak makama en son olarak bildirilmiş veya bu makamca tespit edilmiş olanı dikkate almır ve öncelikle bu adreste tebligat yapılır.

İşyeri adresinde tebliğ yapılacak olanların bu adresinde bulunamaması, geçici olarak adresten ayrılması, işin bırakılması veya işin bırakılmış addolunması hallerinde durum, posta memuru tarafından tebliğ alındısı üzerine şerh ve imza edilerek, tebliğ evrakı gönderildiği idareye iade edilir. Bu durumda tebliğ (3) numarada yazılı adres kayıt sisteminde yer alan gerçek kişilerde kendisinin, tüzel kişilerde bunların başkan, müdür veya kanuni temsilcilerinden birinin, tüzel kişiliği olmayan teşekküllerde ise bunları idare edenler veya varsa temsilcilerinden herhangi birinin adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresinde yapılır. İşyeri adresi olmayanlara ise, doğrudan adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresinde tebliğ yapılır (VUK 101-102.md.). Adres kayıt sistemine dayalı olarak adrese tebliğe çıkılması halinde, tebliğ muhatabı geçici veya sürekli²² olarak tebliğ adresinde değilse, ikametgâh adresinde oturanlardan²³ görüşüne

22 Vergi Usul Kanunu 102/5.maddesindeki parantez içi “Bu Kanunun 101 inci maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinde sayılan adrese tebliğe çıkılan hallerde, tebliğ yapılacak kişinin adresinde bulunamaması durumunda (Bulunamama durumu o adresten geçici ayrılmaları da kapsar.) durum, posta memuru tarafından tebliğ alındısı üzerine şerh ve imza edilerek, tebliğ evrakı gönderildiği idareye iade edilir.” ifadesinden yola çıkarak geçici veya sürekli ifadesi kullanılmıştır.

23 Her ne kadar kanunda “adreste bulunanlar” ifadesini kullansa da birçok mahkeme kararı (Danıştay VDDK, T: 18.09.2019, E. 2018/344, K. 2019/621, Danıştay 4.D, T.13.02.2002, E.2001/4553, K.2002/541; Danıştay VDDK, T.14.12.2016, E. 2916/1294, K. 2016/1272; Danıştay 4.D, T.25.09.2002, E.2001/2226, K.2002/2990; Danıştay VDDK, T.06.11.1998, E.1997/161, K.1998/318; Danıştay 10.D, T.30.11.1987, E.1987/317, K.1987/1924; Ancak adreste bulunanlara tebligat yapılabilmesi için o adreste ikamet etmelerinin şart olmadığını savunan Danıştay kararları da vardır (Danıştay 4.D, T.05.11.2007 E.2006/4303, K.2007/3365; Danıştay 9.D, T.28.02.1984, E.1983/4671, K.1984/1451; Danıştay 7.D, T.12.02.2002, E.2000/8570, K.2002/527) ve doktrinde (Şenyüz, a.g.e., s. 124; Ejder Yılmaz ve Tacar Çağlar, Tebligat Hukuku, Yenilenmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 774. Bu hususta Özbalcı ve Ürel ikametgahta bulunanlara tebliğ için bunları aile ferdi veya sürekli mükellef ile oturma şartı olmadığını



nazaran on sekiz yaşından aşağı olmaması ve bariz bir surette ehliyetsiz bulunmayan birisine yapılabilecektir. Tebliğin bu kişilere yapılması ile hüküm ve sonuç doğuracak tebliğ işlemi gerçekleşmiş olmaktadır.

Muhatap tebellüğden imtina ederse, tebliğ evrakının gönderildiği idareden alınabileceği şerhini içeren bir pusula kapıya yapıştırılır. Posta memuru, durumu tebliğ alındısı üzerine şerh ve imza ederek, tebliğ olunacak evrakı tebliği yaptıran idareye teslim eder. Bu durumda *tebliğ, pusulanın kapıya yapıştırıldığı tarihte* yapılmış sayılır (VUK 102.md.). Her ne kadar VUK 102.madde tebellüğden imtina hususunda sadece muhatap kavramını kullanmış olsa da uygulamada ikametgâh adresinde oturan kişiler de tebellüğden imtina edebilmektedirler. Bu hususta 7061 sayılı Kanun ile 102.madde hükmü ile yaşanan değişimden önce “*öne bırakma usulünün*” geçerli olduğu dönemde ikametgâh adresinde oturanların tebellüğden imtina halinde kendilerine önlerine bırakmak suretiyle tebligat yapılamayacağı çünkü bu kişilerin kanunda yer alan muhatap tanımı içerisinde olmadıkları görüşü kabul edilmiş olsa da²⁴ 7061 sayılı Kanun ile “*kapıya yapıştırma usulü*” kabul edilmiş olup bu uygulamanın ise 7201 sayılı Kanununun 21.madde hükmüne yaklaştığı görülmektedir. Yaşanan bu değişimden hareketle bazı nedenlerden kaynaklı olarak ikametgâhında oturan kişilerin de tebellüğden imtinası halinde kapıya yapıştırma usulünün geçerli olacağı görüşündeyiz²⁵. Ayrıca tebliğin muhatap temelli olduğunu düşünenecek olursak VUK 94/2.fıkrasına göre tebliğin mümkün olmadığı hallerde VUK. 94/son. fıkrası dikkate alınarak

savunmuşlardır (Yılmaz Özbalcı, Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 287; Gürol Ürel, Vergi Usul Kanunu Uygulaması, Gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 223.) 7201 sayılı kanununun 51.madde hükmüne dayanarak aynı kanunun 21.madde hükmüne yaklaştığı ve “*adreste oturanlar*” görüşünü benimsediği görülmektedir. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi Başkanlığının 25.12.1980 tarihli ve 101-659/07433 Sayılı 4.1.1961 Gün ve 213 Sayılı Vergi Usul Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ve Bütçe- Plan Komisyonu Raporu (1/64)'nun 18.madeti ile kanunun 94.maddesine fıkra eklenmesine ilişkin kanun gerekçesi; yapılan muhatapın bulunmaması halinde ikametgâh adresinde bulunanlardan birisine mesela aile fertlerinden birisine tebliğ yapılabilmesi mümkün bulunmamaktadır. Oysa 7201 sayılı Tebligat Kanunu, aile fertlerine imkân vermektedir. Dolayısı ile yapılan fıkra ilavesi, adli ve diğer bilumum tebliğlerde geçerli bir esasın mali tebliğlere de teşmilinden ibarettir.

24 Vergi Usul Kanunu 102.madde eski hükmüne göre muhatap tebellüğden imtina ederse “*önüne bırakılmak suretiyle*” tebliğ işleminin yapılmasına imkân tanınmaktadır. Ancak burada VUK 94. maddesi gereğince, “*muhataptan, mükellefler ile bunların kanuni temsilcileri, umumi vekilleri veya vergi cezası kesilenler, tüzel kişilerde ise, bunların başkan, müdür veya kanuni temsilcilerinin anlaşılması gerektiği*”, bu nedenle ikametgâh adresinde oturan kişilerin tebellüğden imtina etmeleri halinde önüne bırakılmak suretiyle tebliğin yapılamayacağı görüşü yer almaktaydı (Danıştay 9.D, T.28.12.2010, E. 2008/6070, K. 2010/7052).

25 Aksi yöndeki görüş için bknz; AYYILDIRIM Kadir, *Vergi Hukukunda Tebligat*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, ss. 180- 181.

tebliğe çıkılmalıdır. Devamında ise bilinen adresler yan başlıklı 101. madde hükümleri esas alınmalıdır. Tebligat teslim usulünde ise VUK. 102.madde hükümleri esas alınmalıdır. Bu doğrultuda ilk üç fıkra ile ilişkili olan 102/4. ve 102/5.madde usulü takip edilecektir. Bu kapsamda 102/4.fıkra da yer alan *“tebliğ yapılacak kişinin adreste bulunmaması”* kavramının tebligat muhatapları başlığında açıkladığımız gibi birincil ve ikincil muhatapı karşıladığı düşünülmektedir. Dikkat edilirse bu hüküm tebliğin teslim edilememesini sadece *“adreste bulunmama”* hali için kabul etmiştir. Bu doğrultuda 102.madde de yer alan *“muhatap”* kavramı da tebligat muhatapları başlığında açıkladığımız gibi birincil ve ikincil muhatabını kapsayacak şekilde düşünüldüğünde kapıya yapııştırma usulünün ikincil muhataplara uygulanmasında herhangi bir hukuki engel olmayacaktır.

Uygulama da süregelen karmaşıklıkları önlemek adına Vergi Usul Hukukuna tabi tebligatlarda muhatap kavramını yeterince irdelemek gerekmektedir. Bu nokta da tebligat muhatapları başlığında açıkladığımız üzere ikametgâh adresinde oturanlar ile işyeri adresinde memur ve müstahdemler de tebliğin öncelikli yapılması gereken kişilerin yokluğu halinde tebliğe muhatap olabilecek kişilerden olabilmektedirler. Bu nedenle ikametgâh adresinde oturan ile işyerinde memur ve müstahdemler gerekli hallerde tebligata muhatap olabilecek kişilerden ise bu kişilerinde tebellüğden imtina etmeleri halinde VUK 102.madde hükmünün uygulanmasında herhangi bir sakınca olmadığı kanısındayız. Kaldı ki ilgili kanun hükmü ikincil muhataplar denilebilecek ikametgâh adresinde oturanlar ile memur ve müstahdemler ile ilgili ayrıştırıcı bir açıklama yoluna da gitmemiştir. Görüşümüzü destekler bir diğer husus ise VUK 102.madde hükmünün 7061 sayılı Kanun değişikliği ile 7201 sayılı Kanun 21.madde hükmüne yaklaştığı, bu madde hükmünde ise tebligat yapılabilecek ikincil muhataplarında aynı hükme tabi olduğu görülmektedir. Böyle bir durumda muhatap kavramının ikametgâh adresinde oturanları ve işyerinde memur ve müstahdemleri kapsamadığı kabul edilse bile 7201 sayılı Kanunun 51.madde hükmüne dayanarak 21.madde hükmünün vergi tebligatları içinde uygulanmasının iyi niyet kuralı ve usul ekonomisi açısından yerinde olacağı görüşünü savunmaktayız.

Tebliğ muhatabının olduğu adreste *geçici veya sürekli olarak kimsenin bulunmaması durumunda ise*, posta memuru tarafından tebliğ alındısı üzerine şerh ve imza edilerek, tebliğ evrakı gönderildiği idareye iade edilir. Bunun üzerine tebliği çıkaran merci tarafından tayin olunacak



münasip bir süre sonra yeniden tebliğ çıkarılır. İkinci defa çıkarılan tebliğ evrakı da aynı sebeplerle tebliğ edilemezse, tebliğ evrakının gönderildiği idareden alınabileceği şerhini içeren bir pusula kapıya yapıştırılır. Bu durum, posta memuru tarafından tebliğ alındısı üzerine şerh ve imza edilerek, tebliğ evrakı, gönderildiği idareye iade edilir. Tebliğ evrakının pusulanın yapıştırıldığı tarihten itibaren *on beş gün içerisinde* muhatapı tarafından alınması hâlinde alındığı günde, bu süre içerisinde alınmaması hâlinde ise *on beşinci günde* tebliğ yapılmış sayılır (VUK 102.md.)

IV. İŞYERİNDE TEBLİĞ YAPILMA İMKÂNI OLMAYAN TEBLİGATLARIN DURUMU

İşleri ile ilgili olan ve iş yeri adresleri ikametgâh adreslerinden ayrı olan muhataplara öncelikle işyeri adresinde tebliğ yapılması gerekmektedir. Tebliğ yapılacak adresin VUK.101.maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentlerinde sayılan işyeri adresleri dikkate alınarak bilinen en son adrese tebliğe çıkılmalıdır. Bilinen en son adreste tebligat muhatabının varsa kendisine yoksa memur ya da müstahdemlerinden birisine tebliğ evrakını içeren zarfın posta memuru tarafından verilmesi ve muhatap ile posta memuru tarafından tebliğ alındısına tarih ve imza imzalanması ile tebligat işlemi tamamlanmış olmaktadır (VUK 102/1.md). Tebligat muhatabının şirketin bilinen en son işyeri adresinde bulunmadığı, *işyeri adresinde başka bir şirket ticari faaliyette bulunduğu ya da işyerinin boş olduğu görülür ve muhatabın yeni adresi tespit edilemezse* bu hususlar tebliğ alındısına şerh edilerek tebliğ alındısı vergi dairesine iade edilmelidir. Bunun üzerine VUK.101.maddesinde yer alan birinci fıkrasının (3) numaralı bendi gereğince tebliğin muhatabın 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununa göre oluşturulan adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresine yapılması gerekmektedir.

Tebliğ, muhatabın adres kayıt sisteminde yer alan yerleşim yeri adresine yapılmaya çalışılırken adreste muhatabın kendisinin olması durumunda muhatabın kendisine tebligat muhatap ile posta memuru tarafından tebliğ alındısına tarih ve imza konulmak suretiyle yapılacak tebliğ ile geçerlilik kazanacaktır²⁶. Ancak tebligat adresinde muhatabın kendisi değil de ikametgâhında oturan birisi varsa ve tebliğden imtina etmeksizin *“muhatabın evde olmadığını, seyahate çıktığını ya da yurtdışı iş*

26 Tebliğ mazbatası üzerindeki *“teslim alan”* bölümündeki imzanın aksi kanıtlanuncaya kadar muhatabına ait olduğunun kabulü gerekmektedir (Danıştay 3.D, T. 16.02.2017, E. 2016/15452, K. 2017/898).

gezisinde olduğunu” beyan ederse posta memuru tarafından belirtilen ifadelerin şerhi düşülüp ikametgâh adresinde oturan tebliğ alındısının imzalatılıp tebliğ evrakının teslimi ile tebligat süreci tamamlanmış olmaktadır²⁷. Ayrıca burada açıklama da fayda var ki eğer ikametgâh adresinde oturan kişi tebliği tebellüğden imtina etmiş olsaydı bu hususta da önceki başlıkta açıkladığımız gibi VUK 102.madde hükmü gereğince “kayıya yapıştırma usulü” takip edilerek tebligat işlemi tamamlanabilecekti. Tabi ki süreç içerisinde yapılacak tebligatın bir işyeri tebligatı olması hasebiyle VUK’un “tebliğ yapılacak kimseler” yan başlıklı 94.maddesinin ikinci fıkrası gereğince tebliğin başkan, müdür veya kanuni temsilcilerine eğer bu kişiler yoksa işyerlerinde memur ya da müstahdemlerinden birisine yapılması beklenirdi ancak işyeri adresinde işyerinin bulunmaması ve adresinin tespitinin sağlanamaması nedeniyle VUK 101/3.maddesinden yola çıkarak (3) numaralı fıkra hükmü gereğince tebliğ yapılmıştır.

27 Bu hususta Danıştay 3.D, T. 27/01/2020, E. 2016/8326, K. 2020/294 aksi yöndeki görüşlerinden birisi “İkamet adresinde yapılacak tebliğ” ifadesi, 1.fıkranın da işaret ettiği gerçek kişilere tebligat yapılamaması halini düzenlemektedir. Tüzel kişiler yönünden ise “işyerinde”, “tebliğ yapılacak kimsenin bulunmaması”, “memur veya müstahdem” kriterlerinin esas alınması gerekmekte olup, düzenlemeden; tüzel kişilerle ilgili tebliğin, tüzel kişilerin temsilcilerinin ikamet adreslerinde yapılabileceği gibi bir sonuç çıkarılması mümkün değildir. Buna göre tüzel kişilerde asıl muhatap, yasal temsilcilerdir. Bu temsilciler mutad iş saatlerinde “işyerinde” bulunamadıkları veya tebligatı bizzat alamayacak durumda oldukları takdirde “orada hazır bulunan” “memur veya müstahdemlere” tebliğ yapılması, bu şekilde işyerinde tebligat mümkün olmaması halinde ilan yoluyla tebliğ yoluna gidilmesi gerekmektedir.” şeklinde açıklanmıştır. Ancak açıklanan ifadelerden yola çıkarak bir değerlendirme yaptığımızda Danıştay 3.D’sinin tebliğe ilişkin usul ve esasları dikkate alırken VUK 3.maddesinde yer alan yorum ilkesini dikkate almaksızın tebliğe ilişkin 93- 108. madde de yer alan tüm hükümlerin birbirleri ile olan ilişkisini lafzı ve ruhu ile bir bütün olarak dikkate almadığını görmekteyiz. Nitekim Bilinen adresler yan başlıklı 101.madde hükmünde üçüncü ve dördüncü fıkrada açıkça “İşyeri adresinde tebliğ yapılacak olanların bu adresinde bulunmaması, işin bırakılması veya işin bırakılmış addolunması hallerinde tebliğ, gerçek kişilerde kendisinin, tüzel kişilerde bunların başkan, müdür veya kanuni temsilcilerinden birinin, tüzel kişiliği olmayan teşekküllerde ise bunları idare edenler veya varsa temsilcilerinden herhangi birinin adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresinde yapılır. İşyeri adresi olmayanlara tebliğ, doğrudan adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresine doğrudan atf yapılmıştır. Öncelikle Danıştay 3.D’nin açıklamalarından bu hususu dikkate almadığı görülmektedir. Adres kayıt sisteminde yer alan yerleşim yeri adresine tebliğe çıkılması ile birlikte ise, tebligat usulü artık işyerinde tebligat usulünden çıkarak ikametgâh adresinde tebligat usulüne dönüş olacak ki bu durumda ikametgâh adresinde tebliğ usulü şartlarının geçerli olmasını gerekli kılacak Kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda yerleşim yerine yapılacak tebligat işleminde ikametgâh adresinde muhatabın kendisine, kendisi yoksa tebliğ alındısına imza ile şerh düşülmek kaydıyla ikametgâh adresinde oturanlardan birisine tebligat yapılmasında herhangi bir usulsüzlük bulunmamaktadır. Muhatabın VUK 101.maddesi kapsamında bilinen adresi yoksa VUK 101.maddesinin birinci fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentlerinde sayılan bilinen adreste tebliğ yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde kayıtlı bir adresi bulunmazsa ya da başkaca nedenlerden dolayı tebligat yapılmasına imkân bulunmazsa ilan tebligata çıkılabilmektedir. Tüm bu hususlarla ilgili çalışmamızın içerisinde ayrıntılı açıklamalara değindiğimiz için burada tekrar açıklanmamıştır.



Tebliğ yapılacak kişi *gerçek kişi ise*, kendisinin adres kayıt sistemindeki adresinde kendisine ya da ikametgâh adresinde oturan, bariz bir surette ehliyetsiz bulunmayan ve görünüşe nazaran 18 yaşından aşağı olmayanlara²⁸ yapılan tebliğ ile tebligat geçerlilik kazanacaktır²⁹. *Tüzel kişilerde* bunların başkan, müdür veya kanuni temsilcilerinden birinin, tüzel kişiliği olmayan teşekküllerde ise bunları idare edenler veya varsa temsilcilerinden herhangi birinin adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresine tebliğe çıkılmalıdır. Burada ikametgâh adresinde çıkılan tebliğde tebliğ muhatabı kişinin kendisinin bulunması halinde tebliğin kendisine yapılması ile tebligat geçerlilik kazanacaktır. Ancak tebligat muhatabının kendisi olmayıp da ikametgâhta oturanlardan herhangi birisinin varlığı halinde posta memurunun nasıl bir yol izlemesi gerekmektedir? Bu hususta VUK 101.madde son fıkra hükmünde tüzel kişilere işyerinde tebligatın yapılamaması halinde adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresinde, “tüzel kişilerde birinin herhangi birinin” ifadesinden yola çıkarak aynı derece de temsile yetkili birden fazla kişinin varlığı halinde *herhangi birisinin adres kayıt sistemindeki yerleşim yerine tebliğe çıkılabilmesi* ile artık öncelikli tebliğ muhatabı adres kayıt sistemi ile yerleşim yeri tespit edilen ve ikametgâhına tebliğe çıkılan kişi olacaktır. Burada tebliğin ikametgâhta yapılacak olması nedeniyle niteliği itibariyle işyerine tebligat usulünden ikametgâh adresine tebligat usulüne geçmesi nedeniyle tebligatın ikametgâhta oturanlardan herhangi birisine yapılmasında sakınca bulunmamaktadır³⁰. Yani ikametgâh adresinde muhatabın kendisine tebligat yapılamayınca ikametgâh adresinde oturanlardan birisine tebligat yapılmayarak; VUK 101.madde son fıkra hükmünden yola çıkarak tüzel kişilerde diğer başkan, müdür veya kanuni temsilcilerinden birine, tüzel kişiliği olmayan teşekküllerde ise bunları idare edenlerden diğerine adres kayıt sistemini esas alarak yerleşim yerleri adreslerine tekrar tebliğe çıkılması hem usul ekonomisi hem de hukuki açıdan gerekli değildir.

İşyeri tebligatının tebliğ muhatabına VUK 101/3.fıkrası gereğince adres kayıt sisteminde yer alan yerleşim yeri adresinde ikametgâh

28 Kendisine tebliğ yapılan şahsın adreste oturduğu ve görünüşüne nazaran 18 yaşından aşağı olmadığı yönünde bir ifadeye yer verilmeden yapılan tebligatta hukuka uygunluk bulunmamıştır (Danıştay VDDK, T. 18.09.2019, E. 2018/344, K. 2019/621).

29 VDDK, E. 1997/161, K. 1998/318, T. 6.11.1998; VDDK, T.29.03.2017, E. 2017/95 K. 2017/157; VDDK, T. 13.12.2017, E. 2017/536 K. 2017/629

30 Nitekim bu husus Gelir İdaresi Başkanlığı'nın VUK 102.madde son fıkrası gereğince yayınladığı 485 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği 3.2.maddesinde de benzer şekilde vurgulanmıştır.

adresine tebligat usulü ile yapıldığı sırada ikametgâh adresinde oturan kişi “*muhatabın yurtdışında olduğunu*” beyan ederse ve bu beyan da posta memuru tarafından tebliğ alındısına şerh ve imza ettirilerek bu beyana rağmen tebliğ ikametgâh adresinde oturana tebliğ edilirse, kanaatimizce tebligat usulüne uygun yapılmış sayılacaktır. Yurtdışından dönen muhatap kendisinin yurtdışında olduğunun beyanının ikametgâh adresinde oturan tarafından yapıldığını³¹ ve yurtdışı adresi beyan edilmesine rağmen ikametgâh adresinde oturana tebliğ yapıldığı ancak kendisine *yurtdışı tebligat usulü* ile yurtdışı adresine tebligat yapması gerektiği yönünde bir iddia da bulunması halinde bu iddia geçerli olmayacaktır. Nitekim öncelikle muhatabın yurtdışı adresine tebliğ çıkılabilmesi için VUK 101.maddesi birinci fıkrasında yer alan (1) veya (2).bentlerden en son bilinen adresin yurtdışı kaynaklı bir adres olması gerekirdi eğer bu adreslere göre tebligat yapılamıyorsa (3) numaralı bentte yer adres kayıt sisteminde yer alan yerleşim yeri adresinin yurtdışı kaynaklı bir adres olması gerekirdi. Eğer yurtdışı adres ya da diğer adresler VUK 101.madde birinci fıkra hükümleri içerisinde yer alan adresler içerisinde yer almıyorsa diğer yollarla tespit edilecek adresler açısından tebliği çıkaran idarenin o adreslere tebliğ yükümlülüğü yoktur. Kaldı ki VUK 101.madde birinci fıkra hükmü gereğince “*Bilinen iş yeri adreslerini değiştiren mükellefler, yeni adreslerini vergi dairesine bildirmeye mecburdurlar.*”. Ayrıca her ne kadar mükelleflerin yerleşim yeri adresi değişikliklerini vergi dairesine bildirme zorunluluğu kaldırılmış olsa bile³², adres kayıt sistemi çerçevesinde 5490 sayılı *Nüfus Hizmetleri Kanunu- Bildirim süresi ve güncelliği yan başlıklı 50.madde hükmü* gereğince muhatap uzun süreli yurtdışı çıkışlarında yurtdışı adresini adres kayıt sistemine bildirmiş olmalıdır. Eğer bir muhatap bu koşullarla yurtdışı adresini bildirmiş olursa bilinen en son adres olarak kendisine *yurtdışı tebligat usulüne göre* tebligat yapılabilirdi.

İkamet adresinde kimsenin olmaması halinde 213 sayılı Kanunun 94

31 Bu noktada Gelir İdaresi Başkanlığı'nın VUK 102.madde son fıkrası gereğince yayınladığı 485 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği 101.madde hükmünü açıklayan “*Bilinen işyeri ve yerleşim yeri adresleri*” yan başlıklı 2.1.maddesinde yer alan “*İlgilinin imzası bulunmak şartıyla yetkili memurlar tarafından bir tutanakla tespit edilen*” adresin bilinen işyeri adresi olarak kabulüne ilişkin açıklamadaki “*ilgili*” kavramı aynı maddenin birinci fıkrasında yer alan ilk bentteki “*Mükellef tarafından...*” ifadesinden anlaşılacağı üzere vergi mükellefinin imzasına dayanan beyanına ilişkindir.

32 Bu yükümlülüğün kaldırılma sebebi 7061 sayılı Kanun ile yapılan düzenleme ile 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununa göre oluşturulan adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri (ikametgah) adresinin bilinen adresler arasına dâhil edilmesidir (Ayrıntılı bilgi için bknz; Gelir İdaresi Başkanlığı'nın VUK 102.madde son fıkrası gereğince yayınladığı 485 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği, 2.1.madde hükmü).



üncü maddesi kapsamında *tebliğ yapılacak olanların (muhatap ve ikincil muhataplar) geçici ayrılmalarda dâhil yerleşim yeri adresinde bulunmamaları halinde*, bu durum posta memuru tarafından tebliğ üzerine şerh ve imza edilerek tebliğ evrakı tebliği çıkaran idareye iade edilir. Böylece kapıya yapıştırma usulü terk edilmiş olmaktadır. Tebliği çıkaran idare, tebliğ evrakının kendisine ulaşması ile tebliğ konusu işlemin özelliğini de dikkate alarak (zamanaşımı süresi gibi) yeniden tebliğe çıkacaktır. İkinci kez çıkarılan tebliğ evrakı da aynı sebeplerle tebliğ edilemezse tebliğ evrakının tebliği çıkaran idareden teslim alınabileceği şerhi içeren tebligat pusulası kapıya yapıştırılmak suretiyle tebliğ evrakı tebliği çıkaran idareye iade edilecektir. Bu tarihten itibaren *on beş gün içinde* tebliğ evrakının muhatabı tarafından alınması halinde alındığı tarihte, bu süre içerisinde alınmaması halinde ise pusulanın kapıya yapıştırıldığı tarihi izleyen *on beşinci günde* tebligat yapılmış sayılacaktır (VUK 102/5. md). Tabi ki burada *tebliğin muhatabı tarafından alınması* hususuna da dikkat etmek gerekir dikkat edilirse tebligat işlemi yeni bir usule geçerek tebliğin muhatabı tarafından daireden veya komisyondan tebliğ evrakını alması hüküm altına alınmakta böylece tebliğ ikametgâh adresinde tebliğ usulünden *dairede veya komisyonda tebligat usulüne* dönüşmektedir. Bu noktada dairede ve komisyonda tebliğ usulüne baktığımızda ise tebliğ evrakını almaya yetkili olan sadece muhatabın kendisi olup ikincil muhatapların tebliğ evrakını daire veya komisyondan talep etmeleri mümkün değildir. Dairede ve komisyonda tebligat usulünü kısaca hatırlamak gerekirse öncelikle muhatabın rızası esas alınmakla birlikte (VUK 94/son.md.) muhatabın kendisine tebligat esas olup ikametgâh adresinde ya da işyerinde ikincil muhatap konumunda olan kişilere dairede veya komisyonda yapılan tebligatın usulsüz olduğu yönünde kararlar olduğu da görülmektedir³³.

Muhatabın VUK 101.maddesi kapsamında bilinen bir adresi yoksa aynı maddenin birinci fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentlerinde açıklanan en son bilinen adreste tebliğ yapılamaması üzerine muhatabın adres kayıt sisteminde kayıtlı bir adresi de bulunmazsa, yabancı memleketlerde bulunanlara tebliğ yapılmasına imkân bulunmazsa, ikametgâhında da tebliğe çıkılmasına imkân bulunmazsa veya tebliğe imkân olmayan diğer haller gerçekleşirse *ilanen tebligat usulü* ile tebliğe çıkılır (VUK 103. md.). İlanen tebligat sürecinde, muhatabın *bir ay içerisinde* vergi dairesine başvurması ya da adres bildiriminde bulunmasıyla tebliğ yapılabileceği

33 Danıştay 4.D, T.12.04.2000, E.1999/3973, K.2000/1473.



gibi muhatap bir aylık süre içerisinde vergi dairesine başvurarak ya da adres bildiriminde bulunarak tebliğ talebinde bulunmazsa *bir ay sonunda* tebliğ yapılmış sayılarak süreç sonlandırılacaktır (VUK 106/3.md.)

SONUÇ

Devletin egemenlik gücü çerçevesinde vergi alma süreci vergiyi doğuran olay ile başlamakta ve içerisinde bir dizi süreci barındırmaktadır. Vergilendirme süreci birbirini tamamlayan bir önceki işlem ile bir sonraki işlemin birbiri ile bağ halinde olduğu temel olarak tarh, tebliğ, tahakkuk ve tahsil aşamalarını barındırmaktadır. Aşamalar halinde birbirinin devamı niteliğinde işleyen vergilendirme sürecinde verginin mükellefleri açısından verginin doğuşundan kaynaklı olarak çeşitli maddi ve şekli yükümlülükler ortaya çıkmakta ve mükellef bu yükümlülükleri idareden aldığı tebliğler ile yerine getirmektedir. Nitekim idari işlem niteliği taşıyan aşamaların mükellefe bildiriminde rol alan tebliğler çoğulu olan tebligatlar, mükellefler açısından hukuka uygunluk karinesinden yararlanan idareye karşı hakların kazanılması ve/veya kaybedilmesi hususunda önemli bir rol oynamaktadır. Ayrılabilir işlemler kuramı çerçevesinde değerlendirildiğinde, idari işlem niteliğindeki; mükellef ile ilgili hukuki sonuç doğuracak tarh işlemine karşı ya da tahsil aşamasındaki 6183 sayılı AATUHK çerçevesindeki işlemlere karşı tahsil aşamasında tebliğ ya da tebligat işlemi ile idari ya da hukuki yollar takip edilebilecektir.

Tebliğatlar idare ile mükellef arasında oldukça önemli bir yere sahip olması nedeniyle usulüne uygun bir şekilde muhatabına ulaştırılması gerekmektedir. Nitekim usulüne ve şekle uygun olarak yapılmayacak tebligatlar hukuk âleminde sonuç doğurmayacaktır. Usul ve şekil işlemleri öncelikle Vergi Usul Kanunu'na bağlı olarak yapılacak olup, bu kanunda açıklık olmayan hallerde ise 7201 sayılı Tebligat Kanunu 51.madde hükmü gereğince 7201 sayılı Kanunun genel hükümler başlıklı 1 ila 33.maddelerdeki hükümleri esas alınacaktır. Özellikle Vergi Usul Kanununun hatalı tebliğler yan başlıklı VUK 108.maddesinde şekil hatalarının sınırı çizilmiş olup *“mükellefin adının, verginin türü veya miktarının, vergi mahkemesinde dava açma süresinin hiç yazılmamış olması ya da tebliğin görevli bir makam tarafından çıkarılmış olmaması”* esasa müessir şekil hataları olarak kabul edilmiş bu şekilde yapılan tebliğler geçersiz kabul edilmiştir. İlgili hükümde ifade edilen hususlar haricinde ortaya çıkacak şekil hataları ise esasa müessir şekil hatası olarak kabul edilmeyerek hukuken geçerli bir işlem olarak kabul edilmiştir.



Vergilendirmeye ilişkin tebligat işlemlerinde usul ve şekil işlemlerinin hukuka uygun olarak yerine getirilmesinde idare ile tebliğ memuruna önemli bir görevler düşmektedir. Bu görevlerin en başında ise *tebliğ yapılacak muhatabın doğru tespiti gelmektedir*. Muhatabın doğru tespiti ile birlikte tebligata ilişkin usul ve şekil işlemleri de netleşmekte ve tebliğ sırasında ortaya çıkabilecek karmaşaların önüne geçilmektedir. Tebligat muhatapları Vergi Usul Kanununun tebligata ilişkin hükümlerinde farklı kavramlar ile açıklanmış ve tebliğe ilişkin bazı hükümlerde muhatap kavramının dar yorumlanması beklenirken bazı hükümlerde ise ikincil muhatap kavramını da içine alacak şekilde geniş yorumlanması beklenmektedir. Nitekim Vergi Usul Kanunu 3/A.fıkrası ikinci bendi gereğince tebligat hükümlerinde yer alan muhatapları hükmün lafzı, Kanunun konuluşundaki maksat ve Kanunun ruhunu da dikkate alarak diğer kanun hükümleri ile ilişkilendirip yorumlamamızı ve günün şartlarına en uygun olan usulü takip etmemizi beklemektedir. Böylece tebliğe ilişkin uygulamada yaşanan birçok ihtilafında önüne geçilerek geçerli tebligatların yapılmasının önü açılmış olacaktır.

Tebligat muhataplarının doğru tespiti ile önemli aşamaya gelmiş olan tebligatlarda *bir diğer önemli unsur ise tebligat usulleri ve bilinen adresler oluşturmaktadır*. Bilinen adreslerden tarih itibarıyla tebligat yapacak makama en son olarak bildirilmiş veya bu makamca tespit edilmiş olan adrese öncelikle tebligat yapılmakta ve bu sıra da tebligat usulü belirlenmektedir. Tebligat işlemi belirlenen usule göre yapılacak olursa tebliğin muhataba teslimi ile birlikte tebligat gerçekleşmiş olmakta ve süreler işlemeye başlamaktadır. Ancak tebliğ belirlenen usul ile muhatabına yapılamayacak olursa bu durumda VUK 101.madde hükmü devreye girerek adres kayıt sisteminde tebliğ işlemine geçilecektir. Özellikle işyerine tebligat yapılamadığı için adres kayıt sisteminde yer alan yerleşim yerine tebligata çıkılması ile birlikte öncelikle en başta işyerine tebligat usulü ile başlanan tebligat işleminin artık ikametgâh adresinde tebligat usulüne döndüğü bilinmeli ve usul olarak ikametgâh adresinde tebliğe ilişkin usullerle tebligat yapılmalıdır. Yapılacak tebligatta VUK 102.maddesi beşinci fıkrasında yer alan muhatap kavramı VUK 94.madde üçüncü fıkrası gereğince ikincil muhatapları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalı ve öylece tebligat çıkılmalıdır. Yapılacak tebligatlarda ikincil muhatabın tebellüğden imtinası halinde tıpkı birincil muhatapta olduğu tebligat kapıya yapıştırma usulü ile yapılmalı ve tebliğ işlemi tamamlanmalıdır. Kaldı ki VUK 102.madde üçüncü fıkra hükmü kapıya yapıştırma usulünde birincil ve ikincil



muhatap ayrımı yapmaksızın muhatap demekle yetinmiştir. Ayrıca VUK 102.madde hükmünün 7061 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte 7201 sayılı Kanun 21.madde hükmüne yaklaşmış olması görüşümüzü destekler niteliktedir.

Adres kayıt sistemi nazara alınarak yerleşim yeri adresine tebliğe çıkılması üzerine geçici ayrılmalarda dâhil adres kayıt sisteminde kimsenin bulunmaması halinde, ikinci kez aynı adrese tebligata çıkmakta yine aynı nedenlerle tebligat yapılamaması halinde tebliğin on beş gün içerisinde muhatap tarafından idareden alınabileceği şerhi düşülerek tebligat pusulası kapıya yapıştırılmak suretiyle tebliğ evrakı idareye teslim edilmektedir. Uygulamada bu aşamada da birçok ihtilaflar yaşanmakta muhatap kavramından ne anlaşılması gerektiği ve tebligat usulünün ne olması gerektiği tartışılmaktadır. Bu nokta da sürecin işleyişine dikkatle bakacak olursa tebligat usulünün ikametgâh adresinde tebligattan, daire ve komisyonda tebligata döndüğünü görmekteyiz. Bu nedenle VUK 102.madde hükmünde bu konuya ilişkin tarif edilen muhatap kavramı ve tebligatın yapılma usulünü daire de ve komisyonda tebligatı açıklayan VUK 94.madde son fıkrasından hareketle tespit etmeli ve muhatap kavramından birincil muhatapı, tebliğ de ise birincil muhatabın rızasını arayarak tebligat sürecini sonlandırmamız doğru bir yaklaşım olacaktır.



KAYNAKLAR

AYYILDIRIM Kadir, **Vergi Hukukunda Tebligat**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.

BKKTDB- Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi Başkanlığı, 25.12.1980 tarihli ve 101-659/07433 Sayılı 4.1.1961 Gün ve **213 Sayılı Vergi Usul Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı ve Bütçe-Plan Komisyonu Raporu (1/64)**.

EDİZDOĞAN Nihat ve Taş, Metin, **Vergi Ceza Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa, 1993.

GİB- Gelir İdaresi Başkanlığı, 17.12.2017 Tarihli ve 30273 Numaralı **485 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği**.

GİB- Gelir İdaresi Başkanlığı, İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı, Mükellef Hizmetleri Usul Grup Müdürlüğü, T. 06.01.2012, **İş Ortakları ve Adi Ortakları Vergilendirme ve Belge Düzeni ile ilgili B.07.1.GİB.4.34.19.02 -019.01.12- 55 Sayılı Özelge**.

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 9. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004.

MUTLUER Kamil, **Vergi Ceza Hukuku**, Birinci Baskı, Eskişehir İktisadi Ticari İlimler Akademisi, Eskişehir, 1979.

ÖNCEL Mualla, KUMRULU Ahmet ve ÇAĞAN Nami, **Vergi Hukuku**, 13. Baskı, Ankara, 2006.

ÖZBALCI Yılmaz, **Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları**, Oluş Yayıncılık, Ankara, 2012.

ŞENYÜZ Doğan, **Vergi Usul Hukukunda Tebligat**, 2.Baskı, Yaklaşım Yayınları, Bursa, 1997.

ŞENYÜZ Doğan, YÜCE Mehmet ve GERÇEK Adnan, **Vergi Hukuku**, 11.Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2020.

ÜREL Gürol, **Vergi Usul Kanunu Uygulaması**, Gözden geçirilmiş ve güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

YAPAN Ahmet ve KURU Görkem, "Vergi Hukukunda Tebliğ Müessesesi ve Tebligat Kanununda Yer Alan Genel Hükümlerin Mali Tebliğ Kapsamında Uygulanabilirliklerinin Değerlendirilmesi- I, **Vergi Raporu**, Sayı: 179, 2014.

YILMAZ Ejder ve ÇAĞLAR Tacar, **Tebliğat Hukuku**, Yenilenmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.



YÜCE Mehmet ve ÇELİK Muhammed, Karşılaştırmalı Vergi Tebligat Hukuku, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017.

- Danıştay 9.D, T.28.02.1984, E.1983/4671, K.1984/1451.
Danıştay 10.D, T.30.11.1987, E.1987/317, K.1987/1924.
Danıştay 4.D, T. 14.09.1992, E. 1990/1786, K. 1992/3647.
Danıştay VDDK, T.06.11.1998, E.1997/161, K.1998/318.
Danıştay VDDK, E. 1997/161, K. 1998/318, T. 6.11.1998.
Danıştay 4.D, T.12.04.2000, E.1999/3973, K.2000/1473.
Danıştay 7.D, T.12.02.2002, E.2000/8570, K.2002/527.
Danıştay 4.D, T.13.02.2002, E.2001/4553, K.2002/541.
Danıştay 4.D, T.25.09.2002, E.2001/2226, K.2002/2990.
Danıştay 4.D, T.05.11.2007 E.2006/4303, K.2007/3365.
Danıştay 9.D, T.28.12.2010, E. 2008/6070, K. 2010/7052.
Danıştay 9.D, T.28.12.2010, E. 2008/6070, K. 2010/7052.
Danıştay VDDK, T.14.12.2016, E. 2916/1294, K. 2016/1272.
Danıştay 3.D, T. 16.02.2017, E. 2016/15452, K. 2017/898.
Danıştay VDDK, T.29.03.2017, E. 2017/95 K. 2017/157.
Danıştay 9.D, T.01.11.2017, E. 2016/1068, K. 2017/7390.
Danıştay VDDK, T. 13.12.2017, E. 2017/536 K. 2017/629.
Danıştay VDDK, T. 18.09.2019, E. 2018/344, K. 2019/621.
Danıştay 3.D, T. 27/01/2020, E. 2016/8326, K. 2020/294.
Danıştay VDDK, T19.2.2020 tarihli ve E. 2020/9, K. 2020/2.
Gaziantep BİM, 1.VDD, T.28.02.2018, E.2018/201, K.2018/209.
Gaziantep BİM, 1.VDD, T.18.07.2018, E.2018/639, K.2018/659.
Gaziantep BİM, 1.VDD, T.11.10.2018, E.2018/957, K.2018/841.
Gaziantep BİM, 1.VDD, T.30.05.2017, E.2017/857, K.2017/919.
Gaziantep BİM, 1.VDD, T.31.05.2017, E.2017/992, K.2017/937.
Yargıtay HGK, T. 01.02.2012, E. 2011/753, K. 2012/46.

TÜRK SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA ASGARI İŞÇİLİK UYGULAMASI¹

(Implementation of Minimum Labor in Turkish Social Security Law)

Doğukan EKER²

ÖZ

Asgari işçilik uygulaması, işverenin yaptığı işin emsaline, nitelik, kapsam ve kapasitesine göre işini yürütebilmesi için gerekli olan sigortalı sayısının, çalışma süresinin ve prime esas kazanç tutarının altında bildirimde bulunduğu Sosyal Güvenlik Kurumunca saptanması halinde, kanuni ölçütler dikkate alınarak işin yürütülmesi için gerekli olan işçilik miktarının saptanmasıdır. Asgari işçilik uygulaması her işveren ve her işyeri için ayrı ayrı yapılır. İhaleli işler ve özel nitelikteki inşaat işlerinde, işverenin asgari işçilik tutarından daha az bir bildirimde bulunup bulunmadığı Sosyal Güvenlik Kurumu ünitesi tarafından dosya üzerinden araştırılır. Diğer işlerde asgari işçilik uygulaması sadece Sosyal Güvenlik Kurumu müfettişlerince yapılır. Bu uygulamanın nasıl yapılacağı Sosyal Güvenlik Kurumunun düzenleyici işlemleri ile belirlenmektedir. Bu çalışmada asgari işçilik kavramı, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunundan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu dönemine dek geçirdiği değişikliklerle beraber detaylı olarak açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Asgari işçilik, Sosyal güvenlik, Primler, Sosyal Güvenlik Kurumu, Kayıt dışı istihdam

ABSTRACT

Minimum labor implementation is the determination of necessary labor amount to conduct the business by considering legal criteria in the event that Social Security Institution determines that the employer declared below the necessary amount of employees, whose social security contribution is paid, amount of working hours and wages taken as basic to

1 Bu makale yazarın "Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Asgari İşçilik" başlıklı yayımlanmamış yüksek lisans tezinden geniş ölçüde yararlanılarak türetilmiştir. Bu nedenle makalede, adı geçen tezdten yararlanılan hâllerde teze ayrıca atıfta bulunulmayacaktır.

2 Tetkik Hâkimi, Adalet Bakanlığı Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, ekerdogukan91@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-7631-6261

premium to conduct the business considering precedents, quality, scope and capacity of his/her business. In tendered transactions and specialty construction works, it is investigated on file by Social Security Institution if there were any decelerations made by the employer below the minimum labor amount. Apart from tendered transactions and specialty construction works, implementation of minimum labor is conducted by only the investigators of Social Security Institution. In this paper, the term of minimum labor is explained in detail along with the changes from the period of Social Insurance Law issued 506 to the period of Social Security and General Health Insurance Law issued 5510.

Keywords: Minimum workmanship, Social security, Premiums, Social Security Institution, Unregistered employment

GİRİŞ

Asgari işçilik uygulaması, sigortalıların geçmiş dönemdeki hizmetlerine yönelik herhangi bir hak sağlamadan, yalnızca işverenlerin çalıştırdıkları işçilerin sosyal güvenlik primlerinin tahsili amacıyla; işin emsaline, kapsam, nitelik ve kapasitesine göre gereken sigortalı sayısının, çalışma süresinin ve prime esas kazanç tutarının altında bildirimde bulunduğu tespitini hâlinde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılan işin niteliği, işte kullanılan teknoloji, benzer işletmelerde çalışan işçi sayısı gibi ölçütlere göre işin yürütülmesi için gereken asgari işçilik miktarının saptanması olarak tanımlanabilir³.

Türk hukukunda asgari işçilik uygulaması, temelde iki amaç taşımaktadır. Bunlardan ilki, işverenlerin istihdam ettiği işçilerini Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirmemesi ve işçilerinin primlerini ödememesi sebebiyle oluşan prim kaybını, gecikme zammını ve gecikme cezasını tahsil etmektir⁴. Uygulama ile amaçlanan ikinci husus ise işverenleri, çalıştırdıkları işçilere yönelik sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlamaktır.

3 KARAKAŞ İsa/KARAKAŞ Ali, **Asgari İşçilik Uygulamaları**, 4. Baskı, Muhasebe & Sosyal Güvenlik Kitabevi, Ankara, 2012, s.298-299. Asgari işçilik konusunda benzer tanımlar için bkz. ÖZTÜRK Sezai, **İnşaat ve İhale Konusu İşlerde Asgari İşçilik Uygulaması**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.29; ARICI Kadir, **Türk Sosyal Güvenlik Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015, s.297.

4 Asgari işçilik uygulamasının geniş yer kapladığı özel nitelikteki inşaat işlerinde çalışanların ancak %8'inin sigortalı olduğu konusunda bkz. SÖZER Ali Nazım, **İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.152.

Asgari işçilik Türk hukukunda yeni bir kavram olmayıp uzun yıllardır uygulanmaktadır. Bununla birlikte, tespiti yapan Sosyal Güvenlik Kurumunun yeterli sayı ve nitelikte denetim elemanına sahip olmaması, sıkça değişen ve anlaşılması güç mevzuat gibi nedenlere bağlı olarak bu konu hakkında istikrarlı bir uygulamanın söz konusu olduğundan bahsedilmesi güçtür.

Asgari işçilik uygulamasının belki de en önemli özelliği ise sosyal güvenlik primleri hiç ödenmeyen ya da eksik ödenen işçiler bakımından herhangi bir hak doğurmamasıdır. Asgari işçilik uygulaması sonucunda işverenin ödemesi gereken tutardan daha az prim ödediği saptanır ise fark prim tutarının tahsili ile yetinilmekte ve tahsil edilen primler işçiler açısından herhangi bir sosyal güvenlik edimine esas alınmamaktadır.

Asgari işçilik uygulamasında *işçilik* kavramı ile anlatılmak istenen husus; işverenin bir işte çalıştırdığı sigortalı sayısı ile prim ödeme gün sayısının, bu gün sayısına denk gelen prime esas kazançlar ile çarpılması sonucunda bulunacak olan toplam prime esas kazanç tutarıdır. İşverenin Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirdiği toplam işçiliğin, anılan kurumca yukarıda açıklanan kıstaslara göre belirlenecek asgari işçilik miktarından daha az olması hâlinde fark miktara ilişkin sigorta primleri, gecikme cezaları ve zamlarının tahsil edilmesi ise uygulamanın esasını oluşturmaktadır. Bu uygulama Sosyal Güvenlik Kurumunun tek taraflı bir işlemi suretiyle gerçekleşmekte olup işverenin eksik işçilik miktarı bildirdiği saptanır ise resen harekete geçilerek fark işçilik miktarı üzerinden işverenin ödemesi gereken prim borcu hesaplanmaktadır⁵.

Mevzuatta ise 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 85. maddesi asgari işçiliği düzenlemektedir⁶. Söz konusu maddenin ilk fıkrasına göre; *“İşverenin, işin emsaline, niteliğine, kapsam ve kapasitesine göre işin yürütümü açısından gerekli olan sigortalı sayısının, çalışma süresinin veya prime esas kazanç tutarının altında bildirimde bulunduğu tespit edildiğinde, işin yürütümü açısından gerekli olan asgarî işçilik tutarı; yapılan işin niteliği, kullanılan teknoloji, işyerinin büyüklüğü, benzer işletmelerde çalıştırılan sigortalı sayısı, ilgili meslek veya kamu kuruluşlarının görüşü gibi unsurlar dikkate alınarak tespit edilir. Söz konusu tespitler, Kurumun denetim ve kontrole görevlendirilmiş memurları tarafından yapılır”*. Hükme

5 TUNCAY Can A./EKMEKÇİ Ömer, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.243.

6 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, 16.06.2006 tarihli ve 26200 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

bakıldığında, asgari işçilik miktarının nasıl tespit edileceği konusundaki ölçütlerin “gibi” ifadesi kullanılarak ucu açık bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Buradan hareketle kanunda yer verilen işin emsali ve niteliği ile kapsam ve kapasitesi gibi ölçütlerin sınırlı sayıda olmadığı rahatlıkla söylenebilecektir⁷.

Hukukumuzda 5510 sayılı Kanunun 87/1-a maddesi uyarınca işçiler ve kamu görevlilerinin sosyal sigorta primlerini ödeme yükümlülüğü bunların işverenlerine yüklenmiş olup işverenler bu yükümlülüklerini beyan usulüne göre yerine getirmektedirler. Asgari işçilik uygulaması da bu beyan usulünün işverenler tarafından kötüye kullanılmasını önleme amacıyla öngörülmüş bir tedbir olarak düşünülebilir.

I. ÖLÇÜMLEME KAVRAMI

Hukukumuzda asgari işçilik kavramından önce 01.07.1946 tarihinden 09.07.1987 tarihine dek *ölçümleme* adı verilen kavramı kullanılmış olup bu iki kavram; amaçları, esasları ve usulleri yönünden pek çok benzerlik taşımaktadır. Ölçümleme 4772 sayılı İş kazalarıyla meslek hastalıkları ve analık sigortaları Kanununun 47. maddesinde düzenlenmiştir⁸. Söz konusu düzenlemeye göre; işverenden alınacak kesin primlerin tutarı hesap yılı sonunda o dönem içinde ödenmiş olan ücretler toplamına göre tespit olunmaktadır. Bu ücretler toplamı ise işveren veya vekili tarafından verilecek aylık bordro ve bildirimlerden hesaplanmaktadır. İşveren, o dönem yürürlükte olan 2395 sayılı Kazanç Vergisi Kanunu gereğince işçi ve hizmetlileri için maliye makamlarına vereceği aylık kazanç bordrolarının bir eşini ve bu çeşit ödevlilerden değilse her ay içinde verdiği ücretler toplamını gösterir bir yazılı bildiriye ertesi aybaşında ve en geç ayın yirmi birine kadar yine o dönemki adıyla İşçi Sigortaları idaresine vermekle yükümlü kılınmıştır. Bordro ve bildirimler vaktinde verilmediğinde veya belge sayılmaya elverişli görülmediği takdirde İşçi Sigortaları İdaresinin kazançlar toplamını uygun göreceği yol ve usullere göre ölçümlemesi öngörülmüştür.

Ölçümlemenin yukarıdaki düzenleniş şeklinden hareketle, öğretide asgari işçiliğin ilk hâli olarak değerlendirildiği görülmektedir⁹.

7 ASLANKÖYLÜ Resul, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi (Bağ-Kur K. ile Karşılaştırmalı)*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2010, s.1255.

8 4772 sayılı Kanun 07.07.1945 tarihli ve 6051 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış ve 47. maddesi yönünden 01.07.1946 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Kanunun başlığı Resmi Gazete’de yayımlanan orijinal hâliyle çalışmaya aktarılmıştır.

9 KARAKAŞ/KARAKAŞ, s.301; ASLANKÖYLÜ, s.1255; ARICI, s.296.

Ölçümleme uygulaması, 4772 sayılı Kanunun sonrasında özellikle sebepleri bakımından bir kısım değişikliklere uğramışsa da 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun yürürlüğü dönemine dek uygulanmaya devam edilmiştir.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ise ölçümlemeyi 79. maddesinde düzenlemiştir¹⁰. Anılan maddedeki düzenlemeye göre; işveren, bir ay içinde çalıştırdığı sigortalıların sigorta primleri hesabına esas tutulan kazançlar toplamı ve prim ödeme gün sayıları ile sigorta primlerini gösteren ve niteliği, usul ve esaslarıyla verilme süreleri hazırlanacak tüzükte belirtilecek olan kayıt ve belgeleri o dönemki adıyla Sosyal Sigortalar Kurumuna ve sigortalı hesap kartlarını da sigortalılara vermeye mecbur kılınmıştır. İşveren o ay içinde sigortalı çalıştırmamış ve ücret ödememişse bunu da yazılı olarak anılan kuruma bildirmek zorundadır. İşverenin kuruma vermesi gereken belgeler, tüzükte belirtilen usul ve esaslara göre düzenlenmez veya vaktinde verilmezse yahut bu belgelerin dayandığı kayıtlar belgelerde yazılı olanları doğrulayıcı nitelikte görülmezse ya da belgelerde yazılı olanları doğrulayacak kayıt ve belgeler gösterilmezse, Sosyal Sigortalar Kurumu sigorta primleri hesabına esas tutulacak kazançlar toplamını, hazırlanacak tüzükteki usul ve esaslara göre kendisi ölçümler¹¹.

Ölçümleme uygulaması 09.07.1987 tarihinde yürürlüğe giren 3395 sayılı Kanunun 5. maddesi ile birlikte sona ermiştir¹². 3395 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrası işverenlerin o dönemki adıyla Sosyal Sigortalar Kurumuna olan prim borçlarını ödemeleri noktasında; idari para cezalarına dayanan bir sistem benimsenmiştir. Bunun yanı sıra; 506 sayılı Kanunun 83. maddesinde yapılan değişiklik ile kamu kurum ve kuruluşlarından ihale ile iş alan işverenlerin, bu işlere dair prim borçlarının hak edişlerinden mahsup edilerek tahsili öngörülmüştür. Bununla birlikte uygulamaya son verilmesi kimi eleştirileri beraberinde getirmiş olup Sosyal Sigortalar Kurumunun resen prim tahakkuku yerine idari para cezası yaptırımının kayıt dışılığı artırdığı ileri sürülmüştür¹³.

10 506 sayılı Kanun 29-30-31.07.1964 tarihli ve 11766-11767-11768-11769 sayılı Resmi Gazete sayılarında yayımlanarak 01.03.1965 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

11 Bu düzenlemede bahsedilen tüzük ise *Sosyal Sigorta İşlemleri Tüzüğü* olup 14.04.1972 tarihli ve 14159 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

12 3395 sayılı Kanun; 09.07.1987 tarih ve 19512 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak ölçümleme uygulamasına son veren 5. maddesi yönünden yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

13 ÖZKAN Erkan/TEZEL Ali, *Asgari İşçilik Uygulaması*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2004, s.15.



II. 506 SAYILI KANUN DÖNEMİNDE ASGARİ İŞÇİLİK UYGULAMASI

Ölçümleme uygulamasına son verilmesi, kayıt dışı istihdam ile mücadelede ve özellikle inşaat işleri gibi niteliği gereği belirli bir süre ile sınırlı olarak yapılan işlerde sosyal güvenlik yükümlülüklerinin yerine getirilmesi noktasında sorunlar yaşanmasına neden olmuştur. Bu sorunları fark eden kanun koyucu 3917 sayılı Kanununun 4. maddesiyle 4792 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununun 6. maddesine asgari işçilik düzenlemesini eklemiştir¹⁴. Düzenlemeye göre; “*Sigorta müfettişleri, işverenin Kuruma, emsaline veya yapılan işin nitelik ve kapsamına göre işin yürütümü için gerekli olan sigortalı sayısının, çalışma süresinin veya prime esas kazanç tutarının altında bildirimde bulunduğunu saptamaları halinde, sigorta primleri hesabına esas tutulacak kazançlar toplamı, sigorta müfettişi raporuna dayanılarak, Kurumca resen hesaplanır ve buna göre bulunacak sigorta primleri 506 sayılı Kanununun 80 inci maddesine göre tahsil olunur. İşin yürütümü için gerekli olan asgari işçilik miktarı, yapılan işin niteliği, bünyesinde kullanılan teknoloji, işyerinin büyüklüğü, benzer işletmelerde çalıştırılan işçi sayısı, ilgili meslek veya kamu kuruluşlarının görüşü gibi unsurlar dikkate alınarak sigorta müfettişince saptanır*”. Kanun metninde her ne kadar sigorta müfettişlerine yetki verildiği görülmekteyse de Sosyal Sigortalar Kurumu; 07.07.1994 tarihli ve 16-86 sayılı Genelgesi ile her türlü özel inşaat işleri ve ihale konusu işlerde anılan kurumca belirlenecek oranların özel inşaat işlerinde metrekare maliyet bedeline, ihale ile yapılan işlerde ise hak ediş bedeline uygulanmak suretiyle asgari işçilik miktarının soyut biçimde tespit edilmesini öngörmüştür. Genelge uyarınca 01.01.1994 tarihinden itibaren başlayan bu uygulamanın sebebi ise işyeri sayısındaki artış ve sigorta müfettişi sayısının azlığı olarak ifade edilmiştir¹⁵.

III. 5510 SAYILI KANUNDA ASGARİ İŞÇİLİK DÜZENLEMESİ

A. Genel Olarak

Asgari işçilik uygulaması 5510 sayılı Kanununun 85. maddesinde düzenlenmiştir¹⁶. Maddenin ilk fıkrasına göre; *İşverenin, işin emsaline, niteliğine, kapsam ve kapasitesine göre işin yürütümü açısından gerekli olan sigortalı sayısının, çalışma süresinin veya prime esas kazanç tutarının altında*

14 3917 sayılı Kanun, 08.12.1993 tarihli ve 21782 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 4. maddesi yönünden yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

15 KARAKAŞ/KARAKAŞ, s.309.

16 Maddenin ilk hâlinin başlığı “*Asgari işçilik uygulaması*” iken, bu başlık 17.4.2008 tarihli ve 5754 sayılı Kanununun 49. maddesiyle “*Asgari işçilik uygulaması ve uzlaşma*” olarak değiştirilmiştir.

bildirimde bulunduğu tespit halinde, işin yürütümü açısından gerekli olan asgarî işçilik tutarı; yapılan işin niteliği, kullanılan teknoloji, işyerinin büyüklüğü, benzer işletmelerde çalıştırılan sigortalı sayısı, ilgili meslek veya kamu kuruluşlarının görüşü gibi unsurlar dikkate alınarak tespit edilir. Söz konusu tespitler, Kurumun denetim ve kontrolle görevlendirilmiş memurları tarafından yapılır". 5510 sayılı Kanununun 85/2. maddesinde, aşağıda açıklanacak özel inşaat işleri ve ihale ile alınan işlerde asgari işçiliğin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından nasıl tespit edileceği düzenlenmiş olup 85/3-4. maddelerde hesaplanacak fark primin ve idari para cezasının nasıl tahsil edileceği düzenlenmiştir¹⁷. Söz konusu maddenin devamındaki fıkralarında ise yine aşağıda açıklanacak asgari işçilik oranlarının nasıl tespit edileceği ve devamlı mahiyetteki işyerlerinde tespit edilen fark işçiliğe ait primler ile bunlara bağlı alacakların uzlaşma konusu yapılabilmesi düzenlenmiştir.

B. Asgari İşçiliğin Resen Prim Tahakkukundan Farkları

Sosyal Güvenlik Kurumu, giderlerini finanse edebilmek ve sosyal güvenlik edimlerini sunabilmek için ilgililerden prim toplamak zorundadır. Bu husus 5510 sayılı Kanunun *Prim alınması zorunluluğu* başlıklı 79/1. maddesinde; *"Kısa ve uzun vadeli sigortalar ile genel sağlık sigortası için, bu Kanunda öngörülen her türlü ödemeler ile yönetim giderlerini karşılamak üzere Kurum prim almak, ilgililer de prim ödemek zorundadır"* hükmüyle açıkça ifade edilmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumunun prim kayıplarını en aza indirmek için gerçekleştirdiği uygulamalardan biri asgari işçilik olmakla beraber, *Resen Prim Tahakkuku* adı da verilen bir başka uygulaması daha mevcuttur. Bu iki kurumu birbirinden ayırt edebilmek için aralarındaki farklara değinmek gerekmektedir.

5510 sayılı Kanunun *Prim belgeleri ve işyeri kayıtları* başlıklı 86. maddesinin 6. fıkrasına göre; *"Kurumun denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca, fiilen yapılan denetimler sonucunda veya işyeri kayıtlarından yapılan tespitlerden ya da kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatı gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemeler neticesinde veya kamu kurum ve kuruluşları ile bankalar tarafından düzenlenen belge veya alınan bilgilerden çalıştığı anlaşılan sigortalılara ait olup, bu Kanun uyarınca Kuruma verilmesi gereken belgelerin yapılan tebligata rağmen bir ay içinde verilmemesi veya noksan verilmesi halinde, bu belgeler Kurumca re'sen düzenlenir ve muhteviyatı sigorta primleri Kurumca tespit edilerek işverene tebliğ*

¹⁷ GÜZEL Ali/OKUR Rıza Ali/CANİKLİOĞLU Nurşen, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Yenilenmiş

¹⁸ Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.339-340.

edilir. İşveren, bu maddeye göre tebliğ edilen prim borcuna karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde, ilgili Kurum ünitesine itiraz edebilir. İtiraz, takibi durdurur. İtirazın reddi halinde, işveren kararın tebliğ tarihinden itibaren bir ay içerisinde yetkili iş mahkemesine başvurabilir. Yetkili mahkemeye başvurulması, prim borcunun takip ve tahsilini durdurmaz. Mahkemenin Kurum lehine karar vermesi halinde, 88 inci ve 89 uncu maddelerin prim borcuna ilişkin hükümleri uygulanır”.

İki kurum arasındaki ilk fark; asgari işçiliğin varsayımsal hesaplama yöntemlerine dayanmasına karşın, resen prim tahakkukunun fiilen ya da kayıt üzerinde yapılan denetimler üzerinden gerçekleştirilmesidir. Bunun doğal sonucu olarak; asgari işçilik uygulaması sonrası tespit edilen fark işçiliğe ait prim miktarı sigortalılara sosyal güvenlik edimi sağlanması noktasında dikkate alınmazken, resen prim tahakkukunda tespit edilen fark prim sigortalılara mal edilebilmektedir. Çünkü fark primin hangi sigortalının çalışmasının hiç bildirilmemesi ya da eksik bildirilmesinden kaynaklandığı tespit edilebilmektedir¹⁸.

İkinci olarak; asgari işçilik uygulaması ile resen prim tahakkukunu gerçekleştiren aktörler arasında farklılık bulunmaktadır. Asgari işçilik uygulaması; Sosyal Güvenlik Kurumu ünitesince, Sosyal Güvenlik Kurumu müfettişince ve kısaca meslek mensupları da denen serbest muhasebeci mali müşavirler ile yeminli mali müşavirler tarafından gerçekleştirilebilmektedir¹⁹. Resen prim tahakkuku ise yukarıda bahsedildiği gibi Sosyal Güvenlik Kurumunun denetim ve kontrolle görevli memurları ile kamu idarelerinin denetim elemanlarıncı gerçekleştirilebilmektedir.

Üçüncü fark, iki uygulamanın amacı noktasındadır. Asgari işçiliğin amacı, sigortalıların geçmişe ait hizmetlerini etkilemeden işverenden prim tahsilini sağlamaktır²⁰. Oysa resen prim tahakkukunda sigortalıların hizmetlerinin sosyal güvenlik edimleri bakımından değerlendirilmesini sağlamaya dönük bir amaç da vardır. Bu farktan hareketle; uygulamada

18 ÖZTÜRK, s.46. Asgari işçilik uygulaması sonucu tespit edilen fark işçiliğe ait primler, sigortalılara mal edilemediğinden bunları *sanal prim* olarak adlandıran için bkz. ARICI, s.297.

19 5510 sayılı Kanununun 59/4. maddesine göre; “İhaleli işler ile özel bina inşaatı işyerleri işverenlerine, Kuruma prim borçlarının bulunmadığını gösteren ilişiksizlik belgesinin verilmesinde, 1.6.1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Malî Müşavirlik ve Yeminli Malî Müşavirlik Kanununa göre yetki verilmiş serbest muhasebeci mali müşavirler ile yeminli mali müşavirler tarafından işyeri kayıtlarının incelenmesi sonucunda Kuruma bildirildiği tespit edilen işçilik tutarlarının uygunluğu, Kurumun denetim yetkisi saklı kalmak kaydıyla, esas alınabilir”.

20 KARAKAŞ/KARAKAŞ, s.299. YILDIZ Ramazan/UMDU Ersin, **Sosyal Güvenlik Reformu Sonrası Asgari İşçilik Uygulaması**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2010, s.24.

asgari işçilik işlemlerine karşı açılacak davalarda davalı olarak yalnızca Sosyal Güvenlik Kurumunun gösterilmesi gerektiği, resen prim tahakkuku işlemlerine karşı açılacak davalarda ise davalı olarak Sosyal Güvenlik Kurumunun yanında işleme konu sigortalının da gösterilmesi gerektiği ifade edilmektedir²¹.

Asgari işçilik ile resen prim tahakkuku arasındaki yukarıda açıklanan farklar her iki uygulamanın bir arada gerçekleştirilmesine engel değildir. Her iki uygulamanın aynı anda gerçekleştirildiği bir işyerinde; işverenin eksik işçilik bildirdiği anlaşılırsa fark işçilik yönünden 5510 sayılı Kanununun 85. maddesine göre asgari işçilik hükümleri uygulanacak, fark işçilik içerisinde hangi sigortalıya ait olduğu tespit edilebilen işçilik miktarı var ise bu yönden aynı kanununun 86. maddesi uygulanarak resen prim tahakkuku yoluna gidilecektir²².

Sonuç olarak; resen prim tahakkuku, bir işyerinde sigortalı çalıştırılmasına rağmen Sosyal Güvenlik Kurumuna bu konuda hiç bildirimde bulunulmadığı ya da prim ödeme gün sayısı veya prime esas kazançlar konusunda eksik bildirimde bulunulduğunda gerçekleştirilmekteyken, asgari işçilik ise bir işyerinden bildirilen işçilik miktarının çeşitli kıstaslara göre belirlenecek emsallerinden daha az olması hâlinde uygulanmaktadır.

C. Asgari İşçilik Uygulamasının Kapsamı

5510 sayılı Kanun, asgari işçilik uygulamasının hangi işler için yapılacağını sınırlandırmamıştır. Bu noktada işin özel hukuk kişileri ya da kamu tüzel kişilerinince yaptırılmasının veya faaliyetin devamlı ya da sürekli olmasının asgari işçilik uygulamasına herhangi bir etkisi yoktur. Asgari işçilik incelemesinin yapılabilmesinin şartları; o iş için sigortalı çalıştırılması ve yapılan işin 5510 sayılı Kanun kapsamında olmasıdır. 5510 sayılı Kanununun 85/2. maddesi ile bazı işler için asgari işçilik uygulamasında özel bir usul öngörülmüş olmakla birlikte bu durum asgari işçiliğin söz konusu işlere özgü olduğu anlamına gelmemektedir. Anılan hükme göre; *“Kamu idareleri, döner sermayeli kuruluşlar kanunla kurulan kurum ve kuruluşlar ile bankalar tarafından ihale mevzuatına göre yaptırılan işlerden ve özel nitelikteki inşaat işlerinden dolayı bu işleri yapan işveren tarafından yeterli işçilik bildirilmiş olup olmadığı Kurumca araştırılır. Bu araştırma sonucunda yeterli işçiliğin bildirilmemiş olduğu anlaşılırsa, eksik bildirilen işçilik tutarı*

21 ÖZTÜRK, 46.

22 Bu hâlde fark işçilikten, hangi sigortalıya ait olduğu tespit edilebilen işçilik miktarı ise düşülecektir. Çünkü bu miktar için resen prim tahakkuku gerçekleştirilecektir.

üzerinden hesaplanan prim tutarı, 89 uncu madde gereği hesaplanacak gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte bir ay içinde ödenmek üzere işverene tebliğ edilir. Tebliğ edilen prim ve gecikme cezası ve gecikme zammının ödendiği veya ödeneceğinin işveren tarafından yazılı olarak taahhüt edilmesi halinde borç kesinleşir. Kuruma verilecek taahhütnamede üstlenilen ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, işveren hakkında 88 inci ve 89 uncu maddeler uyarınca işlem yapılır. Tebliğ edilen prim ve gecikme cezası ve gecikme zammının ödenmemesi, taahhütname verilmemesi veya Kurumca işyerinin denetlenmesine gerek görülmesi durumunda Kurumca inceleme yapılır”.

5510 sayılı Kanunun yukarıda yer verilen hükmünde belirtilen işlere uygulamada kısaca özel inşaat işleri ve ihaleli işler denmektedir²³. Bu iki tür iş yönünden gerçekleştirilen asgari işçilik uygulamaları geniş bir alan kaplamakta olup bunun nedeni ise söz konusu işlerde önceden belirlenmiş bir asgari işçilik oranının belirli sayısal değerlere uygulanması suretiyle hesaplama yapılmasıdır. Asgari işçilik oranlarının ne olduğu ise bir sonraki başlıkta ele alınacaktır.

D. Asgari İşçilik Oranları

1. Asgari İşçilik Oranlarının Tespiti

Özel inşaat işleri ve ihaleli işler olarak anılan ve 5510 sayılı Kanunun 85/2. maddesinde belirtilen işlerde, işverenlerin Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirmeleri gereken asgari işçiliğin tespitinde, yine Sosyal Güvenlik Kurumunun belirlediği yüzdeler oranlardan yararlanılmaktadır. Bunun diğer anlamı, söz konusu iki tür işte 5510 sayılı Kanunun 85/1. maddesinde belirtildiği gibi işyerinde fiilen bir denetim gerçekleştirilmemektedir. Bunun yerine Sosyal Güvenlik Kurumunun bu işler için belirlediği maliyetin söz konusu yüzdeler oranlarla çarpılması suretiyle bildirilmesi gereken asgari işçilik miktarına ulaşılmaktadır. İşte bu oranlara *asgari işçilik oranları* adı verilmektedir²⁴.

5510 sayılı Kanunun 85/6. maddesine göre; “Kuruma yeterli işçilik tutarının bildirilmiş olup olmadığının araştırılmasında, işin yürütümü için gerekli olan asgarî işçilik tutarının tespitinde dikkate alınacak asgarî işçilik oranlarının saptanması ve asgarî işçilik oranlarına vaki itirazların incelenerek karara bağlanması amacıyla Kurum bünyesinde; Kurum teknik elemanlarından

23 YUVALIERCÜMENT, “Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Asgari İşçilik Uygulaması”, *LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 17, S. 66, 2020, s.638; KIZILOTTÜKRÜ, *İnşaat Muhasebesi, Vergilendirilmesi, Mevzuatı ve Asgari İşçilik*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2014, s.1550.

24 YILDIZ/UMDU, s.42; KARAKAŞ/KARAKAŞ, s.326; KIZILOTTÜKRÜ, s.1550.

dört üye, Yönetim Kurulunda temsil edilen işçi ve işveren konfederasyonlarınca görevlendirilecek iki üye, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinden bir üye olmak üzere toplam yedi teknik elemandan oluşan, Asgarî İşçilik Tespit Komisyonu kurulur". Görüldüğü üzere kanun, asgari işçilik oranının neyi ifade ettiğini tanımlamamıştır. Bu tanım Sosyal Güvenlik Kurumu Asgari İşçilik Tespit Komisyonunun Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 4/1-b maddesinde yapılmıştır²⁵. Söz konusu tanıma göre asgari işçilik oranı; "İhale yoluyla yapılan işlerde istihkak tutarı, özel nitelikteki inşaat işlerinde ise maliyet bedeli içerisindeki asgari işçilik miktarının yüzdesini" ifade etmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle asgari işçilik oranını; ihaleli işlerde hak ediş tutarı, özel nitelikteki inşaat işlerinde ise inşaatın maliyeti içerisindeki işçilik miktarının parasal oranı olarak ifade etmek mümkündür. Bu oran her bir iş açısından gerçeği birebir yansıtmadığı için yaklaşık bir değerdir. Bununla birlikte özel nitelikteki inşaat işleri ve ihaleli işlerde her seferinde işyerinde inceleme yapılmasını gerektirmediğinden emek ve zamandan önemli ölçüde tasarruf ve kolaylık sağlamaktadır²⁶.

Asgari işçilik oranlarının belirlenmesi Sosyal Güvenlik Kurumunca gerçekleştirilmektedir. Kurum, bu konudaki yetkisini yukarıda yer verilen 5510 sayılı Kanunun 85/6. maddesinden almaktadır²⁷. Asgari İşçilik Tespit Komisyonunun oluşumunda hem işçi hem de işveren temsilcilerinin bulunduğu görülmektedir. Bu durum, iş hukukunda geçerli olan sosyal diyalog kavramının sosyal güvenlik hukukundaki bir yansıması şeklinde görülebilir. Zira sosyal diyalog, ya da diğer adıyla üçlü yapılanma; çalışma hayatını ilgilendiren konularda işçi, işveren ve Devlet temsilcilerinin karar alma süreçlerinde bir arada yer almasıdır²⁸.

Asgari İşçilik Tespit Komisyonunun²⁹ nasıl çalışacağı Asgari İşçilik Tespit Komisyonu Yönetmeliği ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

25 Anılan yönetmelik 27.09.2008 tarihli ve 27010 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu yönetmelik, çalışmada bundan sonra *Asgari İşçilik Tespit Komisyonu Yönetmeliği* olarak kısaltılacaktır.

26 ÖZTÜRK, s.243.

27 5510 sayılı Kanunun 85/7. maddesine göre; "Kurumca gerek görüldüğünde, aynı esaslara göre birden fazla Asgarî İşçilik Tespit Komisyonu kurulabilir. Komisyon salt çoğunlukla toplanır ve kararlar en az dört üyenin aynı yöndeki oyu ile alınır. Kurum dışındaki üyelerin üst üste üç toplantıya, son altı ay içinde ise beş toplantıya katılmaması halinde, toplantıya katılmayan üyeyi görevlendiren konfederasyonların yerine, üye sayısı bakımından en yüksek bir sonraki konfederasyondan üye davet edilir".

28 ENGİN Murat, **İşgücünün Temsili ve İşyerinde Sosyal Diyalog**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.6-7. SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, 15. Baskı (Tıpkı Basım), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.47. Bu yapılanmanın içerisinde yerine göre başka kurum ve kuruluşların da bulunabileceği, bu nedenle "Çok taraflı yapılanma" olarak da adlandırıldığı yönünde bkz. Son anılan eser, s.48.

29 Anlatım kolaylığı sağlması için bundan sonra kısaca "Komisyon" olarak adlandırılacaktır.

Uygulamada ise asgari işçilik oranlarının nasıl belirlendiği önem arz ettiğinden bu konudaki düzenlemelerden bahsetmek gerekmektedir. Asgari işçilik oranları uygulamada iki şekilde belirlenmektedir. Bunlardan ilki, Asgari İşçilik Tespit Komisyonu Yönetmeliğinin 10. maddesi uyarınca, çeşitli işkollarına ait işler için Komisyon tarafından liste hâlinde yapılan belirlemedir³⁰. Diğer yöntem ise yalnızca bir işe ve işyerine özgü olarak yapılan belirlemedir. Bu ikinci yöntemle tespit edilen orana kısaca dosya bazında asgari işçilik oranı da denmektedir³¹.

2. Asgari İşçilik Oranlarına İtiraz

a. Asgari İşçilik Tespit Komisyonuna İtiraz

İşveren, asgari işçilik uygulaması sonucunda kendisine tahakkuk ettirilen prim borcuna itiraz edebileceği gibi asgari işçilik uygulaması sırasında kendisine uygulanan orana da itiraz edebilir. İşverenin asgari işçilik uygulaması esnasında Komisyonca belirlenmiş orana itirazı, Asgari İşçilik Tespit Komisyonu Yönetmeliğinin 17/1. maddesi ile düzenlenmiştir. Hükme göre; işveren, Asgari İşçilik Tespit Komisyonu Yönetmeliğinin 16/5. maddesi uyarınca kendisine tebliğ edilen asgari işçilik oranına, tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde nedenleri ile birlikte yeni bilgi ve belgeleri de ekleyerek ilgili ünite nezdinde bir kez yazılı olarak itiraz edebilir. Dilekçenin taahhütlü, iadeli taahhütlü veya Acele Posta Servisi yoluyla gönderilmesi halinde, postaya verildiği tarih Kuruma verildiği tarih olarak kabul edilir.

İşverenin, Komisyon tarafından belirlenen asgari işçilik oranına itiraz edebilmesi için asgari işçilik uygulaması sonucunda kendisine fark prim borcu tahakkuk ettirilmiş olması gerekir. Diğer bir deyişle işveren, kendisine asgari işçilik ile ilgili bir işlem uygulanmamışken doğrudan doğruya yukarıda bahsedilen tebliğ ekindeki liste ile belirlenmiş oranlara itiraz edememektedir. Bunun nedeni ise, tebliğ ile yapılan belirlemenin

30 Söz konusu liste; 12.05.2010 tarihli 27579 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe giren "Sosyal Güvenlik Kurumu Asgari İşçilik Tespit Komisyonunca Belirlenen Çeşitli İşkollarına Ait Asgari İşçilik Oranlarını Gösterir Tebliğ" ekinde belirlenmiştir. Söz konusu listede bugün itibarıyla 858 adet iş için asgari işçilik oranları tespit edilmiştir.

31 ÖZTÜRK, s.249. Sosyal Güvenlik Kurumu Asgari İşçilik Tespit Komisyonunca Belirlenen Çeşitli İşkollarına Ait Asgari İşçilik Oranlarını Gösterir Tebliğin 5/1. maddesine göre; Tebliğ eki listede asgari işçilik oranı bulunmayan işler ile idarece akreditif bedeli ödenmek ya da ihale bedeli dışında kısmen veya tamamen malzeme verilmek suretiyle yaptırılan işlere ait asgari işçilik oranları, Komisyonca tespit edilecektir. Ayrıca, oranı belli olmayan işler hakkında Üniteler veya Meslek Mensupları ya da Kurumun denetim ve kontrolle görevli memurlarca yapılacak işlemlerde, listede benzer bir iş için belirlenmiş olan oran dikkate alınmayacağı gibi, daha önce Asgari İşçilik Tespit Komisyonunca başka bir işyerinde yapılan iş dolayısıyla belirlenmiş olan oran da dikkate alınmayacaktır.

zaman ve emek tasarrufu amacını gütmesi, bunlara doğrudan itirazın kabul edilmesi hâlinde ise bu amacın ortadan kalkacak olması şeklinde ifade edilmektedir³².

İşverenin itirazının nasıl karara bağlanacağı ise Asgari İşçilik Tespit Komisyonu Yönetmeliğinin 17/3-6. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu kısımdaki hükümlere göre; asgari işçilik oranına yapılan itirazlar, söz konusu yönetmeliğin 5/3. maddesi uyarınca belirlenen komisyonca incelenmek üzere komisyonun faaliyet gösterdiği Daire Başkanlığına veya üniteye ilgili üniteye gönderilir. Bu tür itirazlar Komisyonca en geç on beş gün içerisinde sonuçlandırılır. Komisyonun faaliyet gösterdiği Daire Başkanlığı veya ünite, asgari işçilik oranına yapılan itiraz üzerine Komisyonca alınan kararı, en geç üç iş günü içinde ünitesine gönderir. Üniteye; asgari işçilik oranında bir değişiklik olmaması halinde işverenin talebinin reddine dair karar işverene tebliğ edilir. İtiraz üzerine Komisyonca yeni bir asgari işçilik oranı belirlenmesi hâlinde, yönetmeliğin 16/5. maddesi gereğince işlem yapılır. Olağan dikkat ve özen gösterildiğinde gerçekleşmeyecek olan yazım ve/veya aritmetik işlemlerdeki hatalar hariç birden fazla yapılan itirazlar Komisyonca dikkate alınmaz³³.

b. Dava Sırasında İtiraz

İşverenin Komisyonca tespit edilen asgari işçilik oranına itiraz etmemesi ya da itirazının reddedilmesi hâlinde bu oran idari anlamda kesinleşir. Buna karşın bu idari anlamda bir kesinleşme olup yargısal kesinleşme anlamına gelmemektedir. İşveren, idari anlamda kesinleşen bu oranı dava edemez. Zira 5510 sayılı Kanununun 85/3. maddesi uyarınca; işverene yalnızca asgari işçilik uygulaması sonucunda kendisine tahakkuk ettirilen fark prim borcunu dava etme hakkı tanınmıştır. İşte işverene, 5510 sayılı Kanununun 85/3. maddesi uyarınca, kendisine tahakkuk ettirilen fark prim borcuna itiraz etmesi ve bunun kurumca reddedilmesi hâlinde tanına dava hakkı, asgari işçilik oranının yanlış tespit edildiği iddiasına da dayanabilir³⁴. Yargıtay da asgari işçilik oranının fark prim borcuna karşı açılan davalarda incelenebileceğini kabul etmektedir³⁵. İşverenin fark prim borcuna açtığı davada itiraz ettiği oranın Komisyonca önceden tebliğ ile

32 ÖZTÜRK, s.256. YILDIZ/UMDU, s.43.

33 Yönetmeliğin 18/1. maddesi uyarınca; “İşveren itirazı hakkında komisyonca karar verilinceye kadar itirazından vazgeçebilir. Vazgeçme işverenin ilgili üniteye vereceği bir dilekçe ile veya bu husustaki beyanının tutanak ile tespiti suretiyle yapılır. Vazgeçme beyanı açık olmalıdır. Vazgeçme halinde itiraz eden kendisine tebliğ olunan karara münhasır olmak üzere itiraz hakkını kaybetmiş sayılır”.

34 ÖZTÜRK, s.257.

35 Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 29.05.2014 tarihli ve E. 2013/3855, K. 2014/11535 sayılı kararı. Kaynak: www.uyap.gov.tr, (Erişim Tarihi: 24.10.2020).

belirlenmiş oranlardan biri de olabileceği yine Yargıtay tarafından kabul edilmektedir³⁶.

Asgari işçilik oranlarının dava sırasında itiraz konusu olması, daha çok ihaleli işlerde söz konusudur. Bunun nedeni ihaleli işlerin tamamı tebliğ ile belirlenemeyecek kadar çok sayıda olmasıdır. Uygulamada sorun, daha çok ihaleli işin birden fazla işi içermesi ancak bunların tamamını kapsayacak tek bir oranın önceden belirlenmemiş olması hâlinde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda soruna farklı ihtimallere göre farklı çözümler öngörülmüştür. İlk olarak; ihale ile alınan bir işte birden fazla iş söz konusu, bu işlerin her birinin hak ediş içerisindeki payı ve asgari işçilik oranı da belli ise, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 110/4. maddesince, her bir iş için asgari işçilik hesaplaması ayrı ayrı yapılır³⁷.

Tek ihale kapsamındaki birden fazla işin her biri için asgari işçilik oranları ayrıca belirlenmiş olmasına karşın, bu işlerin her birinin hak ediş içerisindeki payı belli değilse Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 110/5. maddesi uyarınca, işveren oranların en yükseğinin uygulanmasını yazılı olarak isterse bu oran üzerinden hesaplama yapılacaktır. İşverenin bu yönde bir kabulü yoksa oran Komisyonca belirlenecektir. İşveren, Komisyonun belirlediği orana itiraz eder ve bu itiraz kabul görmez ise o zaman da dava aşamasında bu oran mahkeme tarafından incelenecektir. Mahkemece yapılan belirlemenin esasları ise Yargıtay kararları ile belirli ilke ve kurallara bağlanmıştır.

Yargıtay, mahkemedен öncelikle Komisyonca benzer işler için tespit edilmiş bir oran olup olmadığını sormasını ve varsa bunu getirtmesini, işveren bu oranı kabul ederse bunu uygulamasını istemekte; işverence bu oran kabul edilmediği takdirde oranı bizzat tespit etmesi gerektiğini belirtmektedir³⁸. Bu noktada akla gelen husus, mahkemenin tebliğ ile belirlenmiş bir orana itiraz hâlinde bu konuda farklı bir oran belirleyip belirleyemeyeceğidir. Yargıtay, gerekçesi bilirkişilerce açıklanmak ve hükme yansıtılmak koşuluyla ve işverenin makul ve somut delillerle ortaya koyması hâlinde tebliğ ile belirlenmiş oranlardan daha düşük bir oran belirlenebileceğini kabul etmektedir³⁹.

36 Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 10.05.2005 tarihli ve E. 2004/13364, K. 2005/4949 sayılı kararı. Aktaran: YILDIZ/UMDU, s.42.

37 Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği, 12.05.2010 tarihli ve 27579 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

38 Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 04.10.2012 tarihli ve E. 2011/10087, K. 2012/17475 sayılı; 12.07.2012 tarihli ve E. 2011/836, K. 2012/13890 sayılı; 18.07.2012 tarihli ve E. 2010/16524, K. 2012/14023 sayılı kararları. Aktaran: ÖZTÜRK, s.262-263.

39 Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 12.06.2006 tarihli ve E. 2006/3249, K. 2006/8767 sayılı kararı.

IV. ÖZEL İNŞAATLARDA ASGARİ İŞÇİLİK UYGULAMASI

A. Asgari İşçilik Uygulamasına Esas Verilerin Tespiti

Asgari işçilik uygulamasında, yukarıda bahsettiğimiz gibi özel inşaat işleri önemli bir yer tutmaktadır. Bunun nedeni ihaleli işlerle birlikte bu tür işlerde, 5510 sayılı Kanununun 85/2. maddesi uyarınca Sosyal Güvenlik Kurumunca da dosya üzerinden hesaplama yapılabilmesi ve aynı kanununun 85/6. maddesi uyarınca Komisyonca önceden belirlenmiş asgari işçilik oranlarının uygulanmasıdır. Özel inşaat işlerinde asgari işçilik miktarının tespitinde sırasıyla yapılacak işlemler; inşaatın maliyetinin saptanması, asgari işçilik oranının belirlenmesi, işverenin fatura karşılığında yaptığı ödemelerin tespiti ve son olarak asgari işçilik miktarının ortaya çıkarılması şeklinde özetlenebilir.

Özel inşaatlarda asgari işçilik uygulamasının ilk aşaması olan inşaat maliyetinin tespitinde; Sosyal Güvenlik Kurumunun, çeşitli yöntemlere göre tespit edilebilen maliyetlerden en yükseğini esas aldığı belirtilmektedir⁴⁰. Belirtmek gerekir ki bu durum Sosyal Güvenlik Kurumunun prim kayıplarını telafi etmek amacıyla gerçekleştirdiği bir uygulamadır ve gerçek durumda maliyetin daha az olması hâlinde işveren daha az olan bu maliyetin esas alınmasını isteyebilmelidir. Buna karşın Yargıtay da emsal bir kararında, en yüksek maliyetin esas alınması yönünde bir sonuca ulaşmıştır⁴¹.

Uygulamada özel inşaat maliyetleri belirlenirken en çok başvurulan yöntem ise yaklaşık maliyet yöntemidir. Bu yöntem Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 111/2. maddesinde belirlenmiş olup hükme göre; *“Bina maliyeti, belediyeler, valilikler ve ruhsat vermeye yetkili diğer makamların vermiş olduğu inşaatın ruhsatnamesinde yazılı bulunan, ruhsatnamesi yoksa ünitece tespit edilecek yüzölçümü ile birim maliyet bedelinin çarpımı suretiyle bulunacak tutar üzerinden hesaplanır”*⁴².

Aktaran: ÖZTÜRK, s.266. Anılan kararda işverenin ileri sürebileceği sebepler; emek yoğun üretimin düşük olması ve ileri teknoloji ürünü makinelerin kullanılması şeklinde örneklendirilmiştir.

40 YILDIZ/UMDU, s.31. UMDU Ersin, “Asgari İşçilik İncelemesi İçin İnşaatlarda Maliyet Bedelinin Tespitinde Üçlü Kriter”, *Mali Çözüm Dergisi*, Y. 20, S. 100, Temmuz – Ağustos 2010, s.267, (“Üçlü Kriter”); ÖZTÜRK, s.388.

41 Yargıtay 21. Hukuk Dairesininin 18.12.2012 tarihli ve E. 2012/12108, K. 2012/23881 sayılı kararı. Kaynak: www.uyap.gov.tr, (Erişim Tarihi: 24.10.2020).

42 Birim maliyet bedelleri ise Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 111/3. maddesi uyarınca, her yıl inşaatın sınıfı ve grubuna göre Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca tespit edilmektedir. Şu an itibarıyla, 10.03.2020 tarihli ve 31064 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan tebliğ ile belirlenen oranlar geçerlidir.

Özel nitelikteki inşaatlarda asgari işçilik uygulaması, kural olarak inşaat tamamlandıktan sonra yapılır. Bununla birlikte Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 111/7. maddesi uyarınca; inşaatın el değiştirmesi ve zorunlu hâllerde, inşaat, yönetmeliğin 11 numaralı ekinde inşaatın ikmal edilen kısmının bina maliyetine oranlarını gösterir tabloda gösterilen durumlara uygun bulunduğu takdirde bu oranlar aynen, uymadığı takdirde ise, yapılmayan kısımlar yapılan kısımlara oranlanarak bulunacak maliyet esas alınmak suretiyle inşaatın herhangi bir safhasında da yapılabilir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 11 numaralı ekinde belirtilen oranların, asgari işçilik oranlarına değil inşaatın yaklaşık maliyetine uygulandığıdır⁴³. Yargıtay; inşaatın kısmen tamamlandığı durumlarda, sonradan tamamlanan kısım için yapılacak asgari işçilik hesabına ilk başta tamamlanan kısım için hesaplanan miktarın dâhil edilemeyeceği görüşündedir⁴⁴.

Özel inşaatlarda yapılan asgari işçilik uygulamasında inşaatın maliyeti tespit edildikten sonra, işverenin fatura karşılığında yaptığı ödemelerin tespiti gerekir. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 104/1. maddesi uyarınca, işverenlerin fatura karşılığı üçüncü kişilere yaptıkları ödemelerin asgari işçilik hesabında dikkate alınabilmesi için bunların Vergi Usul Kanununda öngörülen şekil kurallarına uygun biçimde düzenlenmesi gerekir. İkinci olarak, faturaya konu olgu gerçekten var olmalıdır. Aksi hâlde fatura sahte ve hukuken geçersiz olacaktır⁴⁵.

Asgari işçilik uygulamasında faturalar ikiye ayrılarak incelenmektedir. Bunlar salt işçilik ve malzemeli işçilik faturalarıdır⁴⁶. Bu faturalara ilişkin düzenlemeler Serbest Muhasebeci Malî Müşavirler ile Yeminli Malî Müşavirlerce İşyeri Kayıtlarının İncelenmesi Hakkında Yönetmelik hükümlerinde düzenlenmiştir⁴⁷. Bu faturaların Sosyal Güvenlik Kurumu ünitesince yapılacak asgari işçilik uygulamasında dikkate alınacağı daha önce öngörülmemiş olmakla birlikte Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 112/4. maddesinde yapılan değişiklik sonrasında, ünitece yapılacak araştırmaya işverence itiraz edilmesi hâlinde kurumun müfettişlerince inceleme yapılacağı için faturaların dikkate alınması

43 ÖZTÜRK, s.401.

44 Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 11.12.2014 tarihli ve E. 2014/15877, K. 2014/26773 sayılı kararı. Kaynak: www.uyap.gov.tr, (Erişim Tarihi: 24.10.2020).

45 KARAKAŞ/KARAKAŞ, s.345.

46 YILDIZ/UMDU, s.45 vd.; KARAKAŞ/KARAKAŞ, s.348 vd.; ÖZTÜRK, s.280 vd.

47 Söz konusu yönetmelik 27.09.2008 tarihli ve 27010 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu yönetmelik, anlatım kolaylığı sağlması açısından bundan sonra kısaca “İşyeri Kayıtları Yönetmeliği” olarak kısaltılacaktır.

mümkün olabilecektir⁴⁸. Zira öğretilerde, faturaların Sosyal Güvenlik Kurumu müfettişlerince yapılacak asgari işçilik tespitinde dikkate alınacağı tartışmasız biçimde kabul edilmektedir⁴⁹.

Malzemeli işçilik faturası, içeriğinde hem malzeme hem de işçilik bedelinin yer aldığı faturalardır. Örneğin; hazır beton temini ve dökülmesi içeriği itibarıyla malzemeli işçilik faturasıdır. Salt işçilik faturası ise konusunu sadece işçilik bedelinin teşkil ettiği faturalardır. Yargıtaya göre, salt malzeme bedeli içeren faturanın ise asgari işçilik hesabında dikkate alınması mümkün değildir. Zira söz konusu faturanın içeriğinde sigortalı çalıştırma olgusu bulunmamaktadır⁵⁰.

İşyeri Kayıtları Yönetmeliğinin 6. maddesi, asgari işçilik incelemesine konu işte işverenin kullandığı faturaların nasıl dikkate alınacağını detaylı bir şekilde açıklamaktadır. Buradaki düzenlemelere göre; malzemeli işçilik faturalarında yazılı bedel Katma Değer Vergisi hariç olmak üzere özel inşaat işlerinde yaklaşık maliyet bedelinden, ihaleli işlerde ise hak ediş bedelinden düşülmektedir⁵¹. Malzemeli işçilik faturalarındaki bedelin, yaklaşık maliyetten ve hak edişten düşülmesi isabetlidir. Zira söz konusu faturadaki bedel için Sosyal Güvenlik Kurumuna zaten prim ödenmiştir⁵².

Salt işçilik faturasında yazılı Katma Değer Vergisi dışındaki bedel ise inşaatın maliyeti ya da ihaledeki hak edişten değil, bu bedele asgari işçilik oranı uygulandıktan sonra bulunan tutardan düşülmektedir. Faturaların hesabındaki diğer hususlar İşyeri Kayıtları Yönetmeliğinin 6. maddesi ve Yargıtay içtihatları ile şekillendirilmiş olup bunlardan başlıcaları; faturaların asgari işçilik uygulamasına konu iş için, bu işin süresi içinde düzenlenmesi, hayatın olağan akışı ve ticari hayatın genel kabullerine uygun olması, faturada yazılı bedelden daha az bir ödeme yapılmışsa ödeme yapılan kısmın dikkate alınması ve faturada yazılı işçiliğe konu işyerinin sicil numarası ve Sosyal Güvenlik Kurumu ünitesinin belli olması şeklinde sıralanabilir.

Asgari işçilik incelemesinde dikkate alınacak faturalar bağlamında karşıt inceleme kavramına da değinmek gerekir. Karşıt inceleme;

48 Söz konusu değişiklik 25.08.2016 tarihli ve 29812 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

49 KARAKAŞ/KARAKAŞ, s.348. YILDIZ/UMDU, s.26. ÖZTÜRK, s.276.

50 Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 29.03.2013 tarihli E. 2011/17409, K. 2013/6242 sayılı kararı. Kaynak: www.uyap.gov.tr, (Erişim Tarihi: 24.10.2020).

51 Malzemeli işçilik faturasındaki malzemenin, işin yapılmasını sağlamaya dönük olması gerektiği konusunda; Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 18.06.2015 tarihli ve E. 2015/7702, K. 2015/14067 sayılı kararı. Kaynak: www.uyap.gov.tr, (Erişim Tarihi: 24.10.2020).

52 ÖZTÜRK, s.246.



işverenin ibraz ettiği faturaların gerçek olup olmadığının faturayı düzenleyen kişi ya da kurumların kayıtlarının incelenerek doğrulanması olarak adlandırılmaktadır⁵³. Sosyal Güvenlik Kurumu Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı Yönetmeliğinin 13/1-g maddesi, kendi müfettişlerine işyeri ile ilgili kayıt ve belgeleri inceleme yetkisi vermiş fakat bu yetki kısaca meslek mensubu da denilen yeminli malî müşavirler ile serbest muhasebeci malî müşavirlere tanınmamıştır⁵⁴. Bu durum, asgari işçilik uygulamasının daha sağlıklı yapılmasını önlediği gerekçesiyle eleştiri konusu olsa da müfettişler için de karşıt incelemenin takdiri olduğu kabul edilmektedir⁵⁵. Uygulamada ise müfettişin, işverenin ibraz ettiği faturaları abartılı ve şüphe doğurucu bulması hâlinde karşıt incelemeye gitmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁶.

Karşıt incelemenin kapsamındaki hususların sınırlı sayıda olduğu söylenemez. Bununla birlikte uygulamada dile getirilen başlıca hususlar; faturayı düzenleyen kişi ya da kurumun Sosyal Güvenlik Kurumunda tescil edilmiş devamlı bir işyeri olup olmadığı ile faturaya konu işi yapabilecek iş gücü ve kapasiteye sahip olup olmadığıdır⁵⁷. Yargıtay, asgari işçilik uygulamasının dava konusu edildiği hâllerde mahkemenin de karşıt inceleme yapabileceğini kabul etmektedir⁵⁸.

B. Asgari İşçilik Miktarının Bulunması

1. Sosyal Güvenlik Kurumu Ünitesince Yapılacak Araştırma

Özel inşaat işleri ve ihaleli işlerde, Sosyal Güvenlik Kurumuna emek ve zaman tasarrufu sağlamak için kurum ünitesince asgari işçilik tespiti gerçekleştirilebilmektedir. Buna dair usul ve esaslar 5510 sayılı Kanunun 85/2. maddesi ile Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 110-112. maddeleri arasında düzenlenmiş olup söz konusu hükümlerde kısaca *araştırma* olarak adlandırılmıştır.

5510 sayılı Kanunun 85/2. maddesi uyarınca; *“Kamu idareleri, döner sermayeli kuruluşlar kanunla kurulan kurum ve kuruluşlar ile bankalar tarafından ihale mevzuatına göre yaptırılan işlerden ve özel nitelikteki inşaat işlerinden*

53 YILDIZ/UMDU, s.49. ÖZTÜRK, s.288.

54 Söz konusu yönetmelik 10.08.2007 tarihli ve 26609 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

55 KARAKAŞ/KARAKAŞ, s.352.

56 YILDIZ/UMDU, s.49.

57 ÖZTÜRK, s.291-292. YILDIZ/UMDU, s.49-50.

58 Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 15.01.2015 tarihli ve E. 2014/3508, K. 2015/232 sayılı kararı. Kaynak: www.uyap.gov.tr, (Erişim Tarihi: 24.10.2020).

dolayı bu işleri yapan işveren tarafından yeterli işçilik bildirilmiş olup olmadığı Kurumca araştırılır. Bu araştırma sonucunda yeterli işçiliğin bildirilmemiş olduğu anlaşılırsa, eksik bildirilen işçilik tutarı üzerinden hesaplanan prim tutarı, 89 uncu madde gereği hesaplanacak gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte bir ay içinde ödenmek üzere işverene tebliğ edilir. Tebliğ edilen prim ve gecikme cezası ve gecikme zammının ödendiği veya ödeneceğinin işveren tarafından yazılı olarak taahhüt edilmesi halinde borç keskinleşir. Kuruma verilecek taahhütnamede üstlenilen ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, işveren hakkında 88 inci ve 89 uncu maddeler uyarınca işlem yapılır. Tebliğ edilen prim ve gecikme cezası ve gecikme zammının ödenmemesi, taahhütname verilmemesi veya Kurumca işyerinin denetlenmesine gerek görülmesi durumunda Kurumca inceleme yapılır”.

Görüldüğü üzere özel inşaat işleri ve ihaleli işlerde asgari işçilik miktarının Sosyal Güvenlik Kurumu ünitesince tespiti esas olmakla beraber, bu uygulama sonucunda tebliğ edilen prim ve gecikme cezası ile gecikme zammının ödenmemesi ya da işyerinin denetlenmesine gerek görülmesi hâlinde müfettişlerce inceleme yapılarak bu miktar belirlenmektedir. Yine Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 112/2. maddesi uyarınca hangi hâllerde kurum ünitesince araştırma yapılabileceği yine kurumca belirlenmektedir.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 111/1. maddesi uyarınca; “Gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği haiz olmayan kurum ve kuruluşlar tarafından yapılan özel nitelikteki inşaat işyerleri hakkında ünitece yapılacak araştırma; inşaat maliyetine Kurumca yayımlanan tebliğ ile belirlenen asgari işçilik oranının %25 eksiği uygulanmak suretiyle yapılır”. O hâlde asgari işçilik uygulamasının kurum ünitesince yapıldığı hâllerin karakteristiği; salt işçilik ve malzemeli işçilik faturalarının dikkate alınmaması ancak inşaatlardaki yaklaşık maliyet bedelinin %25 azaltılmış asgari işçilik oranı ile çarpılması şeklinde ifade edilebilir⁵⁹.

2. Sosyal Güvenlik Kurumu Müfettişinin İncelemesi

5510 sayılı Kanununun 85/1. maddesi ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 112/2-son hükmü uyarınca, özel inşaat işlerinde asgari işçilik uygulamasında yetki kural olarak Sosyal Güvenlik Kurumu

⁵⁹ Buna karşın, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 112/2. maddesi uyarınca; “Tescil edilmemiş veya tescil edilmiş olmakla birlikte işçilik bildiriminde bulunulmamış olan ihale konusu işler ile özel nitelikteki bina inşaatı işyerlerinde, işin başlangıç ve bitiş tarihleri, ilgili idarelerden alınacak belgelerle tespit edilerek işin yürütümü için gerekli olan asgari işçilik miktarının tespitine ilişkin araştırma işlemi ünitece yapılır. Ünitelerce bu nitelikteki işyerlerinde yapılan araştırma işleminde esas alınan asgari işçilik oranında eksiltme yapılmaz”.

müfettişlerindedir. Zira hangi hâllerde kurum ünitesince araştırma yapılabileceği yukarıda da açıklandığı üzere kurum tarafından belirlenmektedir. 5510 sayılı Kanununun 85/2. maddesi, kurum müfettişlerinin yaptığı uygulamaya *inceleme* adını verdiği için bu kimselerce yapılan tespitin diğerlerinden ayrılması için inceleme olarak adlandırılması isabetli olur.

Kurum müfettişince yapılacak incelemede; işverenin bildirdiği salt işçilik ve malzemeli işçilik faturaları dikkate alınmakla birlikte inşaatın maliyetinin yaklaşık maliyet olarak esas alınması zorunluluğu bulunmamaktadır. Müfettiş, 5510 sayılı Kanun ve Sosyal Güvenlik Kurumu Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı Yönetmeliğinin 13/1-g maddesi uyarınca kendisine verilen yetkiyi kullanarak işverenin defter, belge ve kayıtlarını inceler, tespit ettiği en yüksek maliyeti asgari işçilik uygulamasına esas alır⁶⁰. Asgari işçilik oranının %25 azaltılması da kurum müfettişi incelemesinde söz konusu değildir⁶¹.

Kurum müfettişinin yapacağı asgari işçilik incelemesinin araştırmadan bir diğer farkı, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 112/7. maddesi uyarınca; bildirilmeyen fark tutarın, hangi aylara ait olduğu hususunda bir tespit varsa o aylara; tespit yoksa faaliyette bulunulan son aya mal edilmesi ve 5510 sayılı Kanununun 102/1-d-e maddeleri uyarınca işverene idari para cezası uygulanmasıdır. Zira asgari işçilik miktarının kurum ünitesince tespit edildiği hâllerde Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 112/3. maddesi uyarınca, aksine bir tespit olmadığı sürece fark prim faaliyet süresinin son ayına mal edilmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle kurum ünitesince yapılacak araştırmada; **[(İnşaatın Yüz Ölçümü x Birim Maliyet Bedeli) x (Asgari İşçilik Oranının %25 Azaltılmış Hâli)]** şeklindeki formülün asgari işçilik miktarını ifade ettiği söylenebilir. Müfettiş incelemesine konu asgari işçilik miktarının ise; **[(Yaklaşık Maliyet/Sözleşme Maliyeti/Defter Maliyetinden Yüksek Olanı) – (Malzemeli İşçilik Faturaları + Nakliye Faturaları)] x [Asgari İşçilik Oranının Tamamı] – [(Salt İşçilik Faturaları) + (Sigorta Primine Esas Kazanç Üst Sınırı Üzerindeki Ücret Tutarları)]** olduğunu söylemek mümkündür.

60 UMDU, s.267 vd. (“Üçlü Kriter”)

61 KARAKAŞ/KARAKAŞ, s. 400. Ayrıca bkz. Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 16.04.2015 tarihli ve E. 2014/10623, K. 2015/8204 sayılı kararı. Kaynak: www.uyap.gov.tr, (Erişim Tarihi: 24.10.2020).

3. Serbest Muhasebeci Malî Müşavirler ile Yeminli Malî Müşavirlerce Asgari İşçiliğin Bulunması

Serbest Muhasebeci Malî Müşavirler ile Yeminli Malî Müşavirler⁶² tarafından yapılacak asgari işçilik tespitinin dayanağı 5510 sayılı Kanununun 59/4. maddesidir. Anılan hükme göre; *“İhaleli işler ile özel bina inşaatı işyerleri işverenlerine, Kuruma prim borçlarının bulunmadığını gösteren ilişiksizlik belgesinin verilmesinde, 1.6.1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Malî Müşavirlik ve Yeminli Malî Müşavirlik Kanununa göre yetki verilmiş serbest muhasebeci malî müşavirler ile yeminli malî müşavirler tarafından işyeri kayıtlarının incelenmesi sonucunda Kuruma bildirildiği tespit edilen işçilik tutarlarının uygunluğu, Kurumun denetim yetkisi saklı kalmak kaydıyla, esas alınabilir”*. Söz konusu uygulamanın detayları ise İşyeri Kayıtları Yönetmeliği ile düzenlenmiştir.

İşverenin, meslek mensupları ile anlaşarak asgari işçilik incelemesi yaptırması kendisi için bir zorunluluk değil tercihtir. Zira kanun işveren açısından böyle bir yükümlülük öngörmemiştir. Meslek mensuplarının da bu konuda resen hareket etme yetkisi yoktur. İşveren ve meslek mensubu anlaşığı takdirde aralarında yapılacak sözleşmeye binaen bu uygulama gerçekleşir.

Meslek mensuplarının asgari işçilik tespiti, kurum müfettişlerinin yapacağı incelemeyle büyük ölçüde benzerlik gösterir. Bu nedenle burada söz konusu düzenlemelerin detayına girmek yerine yalnızca ayırt edici hususlara değinmek gerekmektedir.

[Yaklaşık Maliyet/Sözleşme Maliyeti/Defter Maliyetinden Yüksek Olanı) – (Malzemeli İşçilik Faturaları + Nakliye Faturaları)] x [Asgari İşçilik Oranının Tamamı] – [(Salt İşçilik Faturaları) + (SPEK Üst Sınırı Üzerindeki Ücret Tutarları)] meslek mensubunun yapacağı tespit de asgari işçilik uygulamasına esas formüldür. Meslek Mensupları Yönetmeliği 6/1-f’ye göre; inceleme sonucunda hesaplanan asgari işçilik tutarının Kuruma bildirilmiş olan prime esas kazançlar toplamı ile aynı veya bundan daha az olduğunun anlaşılması durumunda, işverene, bu yönetmelik ekindeki belgeler ile birlikte ilişiksizlik belgesi verilebileceğine dair rapor düzenlenir. Hesaplanan asgari işçilik miktarının Kuruma eksik bildirildiğinin tespiti hâlinde ise, bildirilmeyen tutar, faaliyette bulunulan aylar tespit edilebiliyorsa bu aylara, tespit edilemiyorsa faaliyette bulunulan son aya mal edilir ve 5510 sayılı Kanununun 88 ila 89. maddeleri

62 Anlatım kolaylığı sağlaması için bundan sonra kısaca “Meslek mensupları” şeklinde anılacaktır.



ve 102/1-c ve d bentleri uyarınca işlem yapılması gerektiği raporda önerilir. Yapılan inceleme sırasında kurum mevzuatına aykırı bir durumun tespiti hâlinde düzenlenecek raporda bu hususlara da yer verilir.

Meslek mensuplarının düzenledikleri raporların şekline dair hükümler İşyeri Kayıtları Yönetmeliğinin 10. maddesinde detaylı olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte söz konusu raporların doğrudan işleme konmadığını belirtmek gerekir. Zira İşyeri Kayıtları Yönetmeliğinin 7/2. maddesi uyarınca; meslek mensuplarınca rapor düzenlenmesi, kurumun denetim ve kontrolle görevlendirilmiş memurlarınca işin asgari işçilik miktarının tespiti hususunda inceleme yapılmasına engel oluşturmaz. Meslek mensuplarınca düzenlenen raporlar kurumca gerek duyulan hâllerde Rehberlik ve Teftiş Başkanlığınca belirlenecek yöntemlerle her zaman incelenebilir. Yine yönetmeliğin 7/5. maddesi uyarınca; *“Meslek mensubunca düzenlenecek raporun ilgili üniteye intikalini müteakip Ünitece, yapılan inceleme sonucunda bu Yönetmeliğin 6 ncı maddesine göre tespit edilen ve Kuruma bildirilmediği anlaşılan fark işçilik tutarı üzerinden hesaplanacak sigorta primleri ve bunlara bağlı gecikme cezası, gecikme zammı ile idarî para cezaları tutarlarının ödenmesi için durum, işverene iadeli taahhütlü bir yazıyla bildirilir. Yapılan tebliğat üzerine işveren tarafından borcun bir ay içinde ödeneceğinin ilgili üniteye yazılı olarak taahhüt edilmesine rağmen, borcun bu süre içinde ödenmemesi hâlinde, ünitece 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre işlem yapılır”*. Tebliğ edilen prim ve gecikme cezası ve gecikme zammının ödenmemesi, taahhütname verilmemesi veya Kurumca işyerinin denetlenmesine gerek görülmesi durumunda Kurumca inceleme yapılır.

V. İHALELİ İŞLERDE ASGARI İŞÇİLİK UYGULAMASI

İhaleli işlerde asgari işçilik uygulamasının detayları Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği ve Sosyal Güvenlik Kurumu genelgelerinde düzenlenmiştir. Bu işlerdeki asgari işçilik uygulaması büyük ölçüde özel inşaat işleri ile benzerlik gösterdiğinden bu başlık altında yalnızca farklılık arz eden hususlara değinilecek, diğer hususlar için yukarıda özel inşaat işleri için yapılan açıklamalara yollamada bulunulacaktır.

İhaleli işlerde asgari işçilik uygulamasının özellik arz eden yönü, asgari işçilik oranının hangi bedele uygulanacağıdır. Bu bedel ise Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 110/1. maddesinde belirlenmiştir. Hükme göre, 5510 sayılı Kanunun 85/2. maddesinde belirtilen kurum ve kuruluşlar tarafından ihale mevzuatına göre yaptırılan her türlü işlerde ünitece yapılacak araştırma; işin kesin kabulünün ya da geçici kabulünün

noksansız olarak yapıldığı tarihten sonra ve işverene ödenmesi gereken Katma Değer Vergisi hariç, malzeme fiyat farkı ve akreditif bedeli dâhil toplam istihkak tutarına, işin asgari işçilik oranının %25 eksiği uygulanmak suretiyle yapılmaktadır. Yine İşyeri Kayıtları Yönetmeliğinin 5/1-a maddesi de söz konusu bedelin meslek mensuplarınca yapılacak uygulamada esas alınacağını düzenlemektedir⁶³.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 110/4. maddesi uyarınca; ihaleli işin birden fazla konuyu kapsıyor olması ve bünyesindeki her bir işin asgari işçilik oranı daha önce belirlenmiş olması kaydıyla, ihale makamı tarafından her bir işe ait istihkak tutarlarının ayrı ayrı bildirilmesi hâlinde, araştırma işlemi, her bir işe ait asgari işçilik oranları dikkate alınarak yapılmaktadır. Hükmün devamına göre; her bir işe ait istihkak tutarının ayrı ayrı bildirilmemesi hâlinde ise, işverenin yazılı isteği üzerine araştırmada, bu işlerin en yükseğine ilişkin asgari işçilik oranı dikkate alınmaktadır. İşveren tarafından yapılan işlere ilişkin en yüksek asgari işçilik oranının uygulanmasının kabul edilmemesi durumunda işin asgari işçilik oranı Asgari İşçilik Tespit Komisyonu tarafından belirlenmektedir⁶⁴.

İhaleli işlerde asgari işçilik uygulaması bakımından diğer hususlar, özel inşaat işlerindeki gibidir. Buradan hareketle kurum ünitesince yapılacak araştırmada; **[(İhaleli İşin Toplam İstihkak Bedeli) x (Asgari İşçilik Oranının %25 azaltılmış hâli)]** formülü ihaleli iş için bildirilmesi gereken asgari işçilik miktarını verecektir. Kurum müfettişince yapılacak incelemede ise; **[(İhaleli İşe Dair Toplam İstihkak Bedeli veya Defter Değerinden Yüksek Olanı) – (Malzemeli İşçilik Faturaları + Nakliye Faturaları)] x [Asgari İşçilik Oranının Tamamı] – [(Salt İşçilik Faturaları) + (SPEK Üst Sınırı Üzerindeki Ücret Tutarları)]** formülünün asgari işçilik miktarını ifade ettiği söylenebilir. Meslek mensubunun yapacağı incelemede ise; **[(İhaleli İşe Dair Toplam İstihkak Bedeli) – (Malzemeli İşçilik Faturaları + Nakliye Faturaları)] x [Asgari İşçilik Oranının Tamamı] – [(Salt İşçilik Faturaları) + (SPEK Üst Sınırı Üzerindeki Ücret Tutarları)]** formülü esas alınacaktır.

Asgari işçiliğin buraya dek anlatılan özel inşaat işleri ve ihaleli işlerde taşıdığı önem; 5510 sayılı Kanununun 90. maddesinden kaynaklanmaktadır.

63 Buna karşın Sosyal Güvenlik Kurumu uygulamasında müfettişe inceleme yoluyla tespit yapılan hâllerde ihaleye ilişkin daha yüksek bir değer tespit edilebiliyor ise bu değer esas alındığı görülmektedir.

64 Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 110/6. maddesi uyarınca; “Fiilen işin başlangıç ve bitiş tarihlerinin, işverence resmî makamlardan alınacak belgelerle kanıtlanması istenebilir. Bu tarihlerin resmî belge ile kanıtlanamaması hâlinde, ihale makamının bildirmiş olduğu tarihlere itibar edilerek işlem yapılır”.



Anılan maddenin 2. fıkrasına göre; “İşverenlerin hak edişleri, Kuruma idari para cezası, prim ve prime ilişkin borçlarının olmaması kaydıyla ödenir. Kesin teminatları ise ihale konusu işle ilgili olarak Kuruma borçlarının bulunmadığının tespit edilmesinden sonra iade edilir. İşverenlerin, kamu idareleri ile döner sermayeli kuruluşlar, bankalar ve kanunla kurulan kurum ve kuruluşlar nezdindeki her çeşit alacak, teminat ve hak edişleri üzerinde işçi ücreti alacakları hariç olmak üzere yapılacak her türlü devir, temlik ve el değiştirme, Kurum alacaklarını karşılayacak kısım ayrıldıktan sonra, kalan kısım üzerinde hüküm ifade eder”⁶⁵. Yine aynı maddenin 4. fıkrası uyarınca; “Valilikler, belediyeler, il özel idareleri ve ruhsat vermeye yetkili diğer merciler tarafından, geçici iskân veya yapı kullanma izin belgesi verilmeden önce yapılan inşaat dolayısıyla, diğer kamu idareleri ile döner sermayeli kuruluşlar, kanunla kurulan kurum ve kuruluşlar ve bankaların ise Cumhurbaşkanı kararı ile belirlenecek işlemlerinde Kuruma borçlarının bulunmadığına dair ilgililerden Kurumca düzenlenmiş bir belgenin istenmesi zorunludur”.

Yukarıda görüldüğü gibi ihaleli işler ve özel inşaat işlerinde işverenlerin kamu hukukundan kaynaklı bazı hakları elde edebilmeleri için Sosyal Güvenlik Kurumuna o iş nedeniyle borçlarının bulunmaması gerekmektedir. Bu borcun olmadığı tespitini açısından da asgari işçilik uygulaması önem kazanmaktadır. İşverenlerin o iş için kuruma borçlu olmadığını gösterir belgeye ise uygulamada “İlişiksizlik belgesi” adı verilmektedir.

VI. DEVAMLILIK VE MEVSİMLİK İŞYERLERİNDE ASGARI İŞÇİLİK UYGULAMALARI

Özel inşaat işleri ve ihaleli işler asgari işçilik uygulamasında geniş yer kaplasa da yukarıda ifade edildiği gibi 5510 sayılı Kanununun 85/1. maddesi, asgari işçilik incelemesi kapsamındaki işleri sınırlandırmamıştır⁶⁶. Yargıtay da asgari işçilik incelemesinin bu iki tür işle sınırlı olmadığını kabul etmektedir⁶⁷. Esasen bu iki tür iş dışındaki işlerde de asgari işçilik

65 İhaleli işlerde bu düzenleme; Sosyal Güvenlik Kurumu Prim ve İdari Para Cezası Borçlarının Hakedişlerden Mahsubu, Ödenmesi ve İlişiksizlik Belgesinin Aranması Hakkında Yönetmelik hükümleri ile düzenlenmiştir. Yönetmelik, 29.09.2008 tarihli ve 27012 (2. Mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

66 Bununla birlikte Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 112/10. maddesine eklenen; “4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 3 üncü maddesinin (b) bendinde belirtilen işler dolayısıyla asgari işçilik değerlendirilmesi yapılmaz” şeklindeki hükmü normlar hiyerarşisi ile bağdaştırmak güçtür.

67 Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 05.10.2010 tarihli ve E. 2009/11410, K. 2010/9476 sayılı kararı. Aktaran: ÖZTÜRK, s.773-774. Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 09.04.2015 tarihli ve E. 2014/16115, K. 2015/6851 sayılı kararı. Kaynak: www.uyap.gov.tr, (Erişim Tarihi: 24.10.2020).

uygulamasının yapılması kanunla Sosyal Güvenlik Kurumuna verilmiş bir görev olup bundan vazgeçilmesi de düşünülemez.

Asgari işçilik uygulamasına konu diğer işler devamlı ve mevsimlik işler olarak isimlendirilmektedir⁶⁸. Faaliyeti belirli bir süreye bağlı olmayan ya da süreyle sınırlandırılmayan, bu nedenle çalışma anlamında sürekliliğin söz konusu olduğu işyerleri devamlı işyerleridir⁶⁹. Mevsimlik işyerinden ne anlaşılacağını ise mevsimlik iş kavramı belirlemektedir. Mevsimlik işler, faaliyetin yılın sadece belli dönemlerinde söz konusu olduğu ya da tüm yıl boyunca çalışılmakla beraber yılın belli dönemlerinde yoğunluğun görüldüğü işler şeklinde tanımlanmaktadır⁷⁰. Mevsimlik işyeri ise; yılın yalnızca belli dönemlerinde faaliyet gösteren, diğer dönemlerde faaliyetini durduran işyerleri olarak tanımlanmaktadır⁷¹.

Devamlı ve mevsimlik işyerlerinde yapılan işin çeşitliliği nedeniyle önceden asgari işçilik oranlarının tespit edilmesi güçtür⁷². Bu nedenle bu tür işyerlerinde asgari işçilik tespiti yalnızca müfettişler eliyle yapılmaktadır. Zira kurum ünitesi ve meslek mensuplarının yetkisinin yalnızca özel inşaat işleri ve ihaleli işlerde söz konusu olduğu yukarıda belirtilmiştir.

5510 sayılı Kanununun 85/1. maddesi uyarınca devamlı ve mevsimlik işlerdeki asgari işçilik tespiti; yapılan işin niteliği, kullanılan teknoloji, işyerinin büyüklüğü, benzer işletmelerde çalıştırılan sigortalı sayısı, ilgili meslek veya kamu kuruluşlarının görüşü gibi unsurlar dikkate alınarak gerçekleştirilir. Hükmün lafzından açıkça görüldüğü üzere söz konusu unsurlar sınırlı sayıda değildir.

Uygulamada bu tür işyerlerinde asgari işçilik tespitler; Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sektörler göre hazırlanan rehberlere göre, denetim ya da ihbar üzerine yapılan incelemelere göre ve son olarak inşaat ile ihaleli işlerin devamlı işyeri işçileri ile yapıldığının iddia edilmesi üzerine gerçekleştirilmektedir⁷³. Sektör bazında hangi işyerlerinin asgari işçilik

68 CANKURT Mehmet Zülfi, "5510 Sayılı Kanunda Hükümleri Işığında Asgari İşçilik Uygulaması ve Uzlaşma Müessesesi", *Mali Çözüm Dergisi*, Y. 18, S. 88, Temmuz – Ağustos, 2008, s.238.

69 CANKURT, s.238.

70 SÜZEK, s.271. Mevsimlik işin özelliğinin yılın belirli bir döneminde periyodik şekilde tanımlanması olduğu yönünde bkz. BAŞTERZİ Süleyman, *İşsizlik Sigortası*, Ankara, 1996, s.20. KAR Bektaş, "Mevsimlik İş", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Y. 1, S. 4, Aralık 2006, s.70.

71 TAŞKENT Savaş, "Karar İncelemesi: Mevsimlik Bir İşte Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesi", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, C. 26, S. 3, 2010, s.252.

72 CANKURT, s.228.

73 BODUR Aysel, *Asgari İşçilik İncelemesi: Dershane İşletmeleri Üzerine Bir Uygulama*, (Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul, 2007, s.70.



incelemesine tabi tutulacağı ise kamu kurum ve kuruluşları ile sanayi ve ticaret odalarından edinilen bilgiler çerçevesinde belirlenmektedir⁷⁴.

Sosyal Güvenlik Kurumunun devamlı mahiyetteki işyerlerindeki asgari işçilik incelemesinin usulü mevzuatla önceden belirlenmiş değildir. Esasen bu tür işyerlerinde mevzuatın önceden tüm ihtimalleri kapsayacak şekilde hazırlanması da düşünülemez. O yüzden bu konuda emsal teşkil edebilecek yargı kararlarına değinmek uygulama açısından daha faydalı olacaktır.

Yargıtay bir kararında, yolcu taşımacılığı yapan otobüs firması için asgari işçilik uygulamasının dayanağı olmadığı yönündeki yerel mahkeme kararını bozmuştur⁷⁵. Yargıtay, öncelikle isabetli şekilde Sosyal Güvenlik Kurumunun yalnızca özel inşaat işleri ve ihaleli işlerde değil diğer işlerde de asgari işçilik uygulamasını gerçekleştirme yetkisini haiz olduğunu belirtmiştir. Anılan kararda devamlı, bu firma için asgari işçilik hesaplama yöntemini de belirlemiştir. Buna göre; firmanın kullandığı terminalin giriş çıkış kayıtları dosyaya getirtilmeli, sonrasında asgari işçiliği teknik usullerle saptamasını bilen bir hukukçu bilirkişi ve ilgili meslek odasından yolcu taşımacılığı işinde uzman iki bilirkişi seçmek suretiyle oluşturulacak üç kişilik bilirkişi heyetinden rapor alınmalıdır.

Apartman yönetimi bünyesindeki kalorifer ve temizlik işlerinin asgari işçilik uygulamasına konu olduğu bir uyuşmazlıkta Yargıtay; yapılan işin kapsamını belirlemek açısından, apartmanda kaç dairenin olduğu, apartman sakinlerinin sayısı, hangi günlerde temizlik yapıldığı, kaç saatte bitirilebileceği, apartmanın ne tür kalorifer yaktığı ve yapılan işte ne kadar mesai harcanması gerektiği üzerinde durulması gerektiğini belirtmiştir⁷⁶. Bu tespitin ardından; yeminli mali müşavir, hukukçu ve sosyal güvenlik uzmanından oluşturulacak bilirkişi kurulundan rapor aldırılmak suretiyle bir karar verilmesi gerektiği kararda ifade edilmiştir.

Yargıtay uygulamasında da, devamlı işyerlerindeki asgari işçilik uygulamasında önceden belirlenmiş formüller olduğu söylenememekle birlikte işyeri ile ilgili kayıt ve belgelerin getirtilerek oluşturulacak bilirkişi heyetinden rapor aldırılması görüşünün ağır bastığı görülmektedir. Bilirkişi heyetinde ise; işin türüne göre ilgili meslek odasından o alanda

74 YILDIZ/UMDU, s.80.

75 Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 09.06.2009 tarihli ve E. 2008/17507, K. 2009/8289 sayılı kararı. Aktaran: ÖZTÜRK, s.736.

76 Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 31.03.2014 tarihli ve E. 2013/13367, K. 2014/7321 sayılı kararı. Kaynak: www.uyap.gov.tr, (Erişim Tarihi: 24.10.2020).

uzman olan bir kişi ve asgari işçiliği teknik usullerle saptamasını bilen hukukçu bir bilirkişinin olmasının vurgulandığı genel olarak söylenebilir⁷⁷.

Devamlı mahiyetteki işyerleri için asgari işçilik uygulaması bazen ihaleli işlerde de gündeme gelebilmektedir. İhaleli işlerde işyeri Sosyal Güvenlik Kurumuna “Geçici mahiyette işyeri” olarak tescil ettirilmelidir⁷⁸. Zira ihaleli işlerde işyeri, ihale konusu işin tamamlanmasına dönük olarak faaliyet göstermektedir. Bununla birlikte ihaleli işin işvereni, bu işi devamlı mahiyetteki işyerinin sigortalı çalışanları ile yaptığını beyan ederse 5510 sayılı Kanununun 59/1. maddesi uyarınca bu durum müfettişler eliyle incelenmektedir⁷⁹. Yapılacak incelemede, ihaleli işin devamlı işyeri işçileri ile yapılabilir nitelikte olup olmadığına bakılmaktadır. Bu noktada, devamlı mahiyetteki işyeri işçilerinin ihaleli işi yapabilecek sayı ve kapasitede olup olmadığına bakılmaktadır⁸⁰. Bunun yanı sıra; işin kapsam ve büyüklüğü ile işçilerin çalışma süresi ve onlara ödenen ücret arasında açık bir orantısızlık bulunup bulunmadığı da incelenmektedir⁸¹. Uygulamada, devamlı işyerinin tescili ihaleli işin yapımına başladıktan sonra gerçekleşmiş ise bu durum işyerinin sırf ihaleli iş için tescil edildiği şeklinde yorumlanmakta ve işverenin iddiası kabul edilmemektedir⁸². Yargıtay; işverenin bu yöndeki iddiası araştırılırken işyeri kayıtlarının dosyaya getirtilmesinin yanı sıra işverenin ihaleli işi ifa ettiği dönemde başka işler alıp almadığının da araştırılması gerektiğine işaret etmektedir⁸³.

Sosyal Güvenlik Kurumu müfettişleri, incelemeleri sonucunda işverenin

77 Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 25.02.2014 tarihli ve E. 2013/1313, K. 2014/3757 sayılı; 24.06.2014 tarihli ve E. 2013/13250, K. 2014/15630 sayılı kararları. Kaynak: www.uyap.gov.tr, (Erişim Tarihi: 24.10.2020).

78 Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 28/1-a hükmü uyarınca; işyeri özel sektöre ait geçici bir işyeri ise işyeri sicil numarasının ilk hanesi olan mahiyet kodu “4” olmaktadır.

79 Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 110/2. maddesi uyarınca; “İşin sözleşmesinde çalıştırılacak sigortalı sayısı belli ise, öncelikle bu sigortalıların kişi/gün sayısı üzerinden Kuruma bildirilmiş olup olmadığı araştırılır. Bu araştırma sonucunda Kuruma bildirilmeyen sigortalılar ile ilgili belgelerin verilmesi, yapılacak bir ay süreli bir tebligat ile işverenden istenir. Belgelerin verilmemesi veya eksik verilmesi hâlinde bu belgeler ünitece re’sen düzenlenir. İşin sözleşmesi ile Kuruma yapılan bildirimler arasında bir eksikliğin bulunması hâlinde söz konusu eksikliğin ihale makamınca doğrulanması durumunda bazı aylardaki kişi/gün sayısı eksikliği üzerinde durulmaz. Ancak işin sözleşmesinde çalıştırılacak sigortalı sayısı belli olmayan ve devamlı işyerlerinden yapılan ihale konusu işler için kimlerin çalıştığının ihale makamınca Kuruma bildirilmesi halinde araştırma işleminde sadece bu kişilerin kazançları Kuruma bildirilmiş kazanç tutarı olarak dikkate alınır”.

80 ÖZTÜRK, s.435.

81 KARAKAŞ/KARAKAŞ, s.527.

82 YILDIZ/UMDU, s.69.

83 Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 04.10.2011 tarihli ve E. 2011/7343, K. 2011/7578 sayılı kararı. Aktaran: Öztürk, 803. Benzer yönde: Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 18.02.2020 tarihli ve E. 2019/2747, K. 2020/1289 sayılı kararı. Kaynak: www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 25.10.2020).



iddiasını haklı bulmazlarsa asgari işçilik incelemesini ihaleli işlerdeki genel esaslara göre gerçekleştirir. İşverenin iddiası haklı bulunursa ihaleli iş için işverenin ayrıca işyeri tescil ettirmesine gerek kalmayacak ve bu işten kaynaklı ayrı bir işverenlik sıfatı söz konusu olmayacaktır⁸⁴.

VII. ASGARİ İŞÇİLİK UYGULAMALARINA KARŞI İDARİ VE YARGISAL BAŞVURU YOLLARI

A. İdari Para Cezaları Dışındaki İşlemler Yönünden

Anayasanın 125/1. maddesi uyarınca idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır. 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesininin 403/2. maddesi uyarınca kamu tüzel kişiliğini haiz olan Sosyal Güvenlik Kurumunun asgari işçilik uygulamalarının da dava konusu edilebileceği kuşkusuzdur⁸⁵. Bununla birlikte uyuşmazlıkların daha kısa sürede sonuçlandırılması amacıyla 5510 sayılı Kanunun 85/3. maddesi ile Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğininin 113. maddesinde itiraz adı da verilen idari bir başvuru yolu daha düzenlenmiştir. 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 4/1. maddesine göre; *"31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talepleri hariç olmak üzere, dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurulması zorunludur. Diğer kanunlarda öngörülen süreler saklı kalmak kaydıyla yapılan başvuruya altmış gün içinde Kurumca cevap verilmezse talep reddedilmiş sayılır. Kuruma karşı dava açılabilmesi için taleplerin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması şarttır. Kuruma başvuruda geçirilecek süre zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz"*. Bu hüküm karşısında asgari işçilik uygulaması kapsamındaki işlemlere karşı dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna başvurulmasınının dava şartı hâline geldiği söylenebilir⁸⁶.

Asgari işçilik uygulamalarına karşı yapılacak başvuruları idari para cezası içerenler ve idari para cezası içermeyenler şeklinde ikili bir ayrımla incelemek isabetli olacaktır. Çünkü 5510 sayılı Kanunun 101. maddesi uyarınca, söz konusu kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde kanundan kaynaklı uyuşmazlıkların çözümünde iş mahkemesi görevlidir. İdari para cezalarında ise aynı kanunun 102. maddesi uyarınca idare mahkemesi görevlidir.

84 YILDIZ/UMDU, s.70.

85 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi 15.07.2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

86 YUVALI, s.648.

1. İtiraz Yolu

Asgari işçilik oranının tespiti konusunda özel bir itiraz usulü öngörüldüğü ve bu usul yukarıda açıklandığı için bu başlık altında diğer hususlarla ilgili itirazın nasıl yapılacağı açıklanacaktır.

5510 sayılı Kanununun 85/2. maddesi uyarınca; kurum ünitesince yapılacak araştırma sonucunda yeterli işçiliğin bildirilmemiş olduğu anlaşılırsa, eksik bildirilen işçilik tutarı üzerinden hesaplanan prim tutarı, aynı kanununun 89. maddesi gereği hesaplanacak gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte bir ay içinde ödenmek üzere işverene tebliğ edilir. Tebliğ edilen prim ve gecikme cezası ve gecikme zammının ödendiği veya ödeneceğinin işveren tarafından yazılı olarak taahhüt edilmesi halinde borç kesinleşir. Kuruma verilecek taahhütnamede üstlenilen ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, işveren hakkında kanununun 88 ve 89. maddeleri uyarınca işlem yapılır. Tebliğ edilen prim ve gecikme cezası ve gecikme zammının ödenmemesi, taahhütname verilmemesi veya Kurumca işyerinin denetlenmesine gerek görülmesi durumunda kurumca inceleme yapılır. Kanununun 85/3. maddesine göre ise; *“Bu maddenin birinci ve ikinci fıkrasında belirtilen usullerle Kuruma bildirilmediği tespit edilen asgarî işçilik tutarı üzerinden Kurumca re’sen tahakkuk ettirilen sigorta primleri, 88 inci ve 89 uncu maddeler dikkate alınarak işverene tebliğ edilir. İşveren, tebliğ edilen prim borcuna karşı tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde Kuruma itiraz edebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazın reddi halinde işveren, kararın tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde yetkili iş mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvurulması, prim borcunun takip ve tahsilini durdurmaz”*. Yine Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 112/3. maddesine göre; *“Ünitece ihale konusu işlerde yapılan araştırma sonucunda bu Yönetmeliğin 110 uncu maddesine göre tespit edilen ve Kuruma bildirilmediği anlaşılan asgari işçilik miktarı üzerinden, gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişiliği haiz olmayan kurum ve kuruluşlarca yapılan özel nitelikteki inşaat işyerlerinde ise bu Yönetmeliğin 111 inci maddesi uyarınca hesaplanan prim tutarı, aksine bir tespit olmaması hâlinde, faaliyet süresinin son ayına mal edilerek tahakkuk ettirmek suretiyle gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte ödenmek üzere işverene tebliğ olunur. İşoerence borcun tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde ödeneceğinin ve daha sonra Kurumun denetim ve kontrole görevlendirilmiş memurlarınca inceleme yapılması istenilmeyeceğinin bir dilekçe ile bildirilmesi veya tebligatta belirtilen sürede bildirimde bulunulmaması hâlinde, borç kesinleşir ve işlemler sonuçlandırılır”*.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 113/3. maddesine göre de; *“Kurumca tahakkuk ettirilen ve tebliğ edilen prim borcuna karşı tebliğ tarihinden*



itibaren bir ay içinde, prim borcunu tebliğ eden üniteye dilekçe vermek veya bu dilekçeyi taahhütlü olarak göndermek suretiyle işverence itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. İtiraz, Ünite Prim Tahakkuk İtiraz Komisyonunda incelenerek en geç 30 gün içinde karara bağlanır. İtirazın reddi hâlinde işveren, kararın tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde yetkili iş mahkemesine başvurabilir. İşverenin mahkemeye dava açması Kurumun takibini durdurmaz”.

Yukarıda yer verilen ve karışık görünen hükümlerin değerlendirilmesinden çıkarılan sonuca göre; işveren özel inşaat işleri ve ihaleli işlerde kendisine çıkarılan fark prim borcuna itiraz etmek istiyorsa bu borcu ödememelidir. Borç ödendiği takdirde Sosyal Güvenlik Kurumu uygulamasında ihtirazı kayıtlı yapıp yapılmadığına bakılmaksızın itiraz hakkının olmadığı kabul edilmektedir⁸⁷. Bununla birlikte Yargıtaya göre, işveren ödemeyi ihtirazı kayıtlı yapmış ise ve prim borcunun haksız olduğunu düşünüyorsa dava yoluna başvurabilecektir⁸⁸.

Kurum ünitesince yapılacak tebligat üzerine işveren, prim borcunu bir ay içerisinde ödemez, ödemeyeceğini bildirir veya müfettiş incelemesi ister yahut kurumca işyerinin müfettiş incelemesine tabi tutulması öngörülürse ikinci aşama olan inceleme aşamasına geçilecektir. Müfettiş incelemesi sonucu işverenin kuruma bildirmesi gereken asgari işçilik miktarını bildirmediği tespit edildiğinde işverene yine bir ay süre içerisinde ödenmek üzere fark işçilik miktarına ait prim borcu tebliğ edilmektedir. İşte işveren bu borca kendisine tebliğ tarihinden itibaren bir ay içerisinde itiraz edebilmektedir. İşverene tanınan bu süre hak düşürücü nitelikte olup işveren bu süre içerisinde itiraz yoluna başvurmadığı takdirde, dava yoluna da başvuramayacaktır⁸⁹. Zira gerek kanunda gerek yönetmelikte itiraz üzerine verilen karara karşı dava açılabileceği düzenlenmiştir.

İtiraz yolunun usul ve esasları ise Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 113. maddesinde düzenlenmiştir. İşveren itirazını yönetmeliğin 113/3. maddesine göre prim borcunu tebliğ eden ilgili kurum ünitesine bizzat başvurarak veya taahhütlü bir dilekçe göndererek yapabilir. İtirazın yapılması ile 5510 sayılı Kanunun 85/2. gereği işveren hakkında fark işçilikten kaynaklı prim borcuna dair takip durmaktadır. İşveren, itirazını, itiraz ettiği husus hangi konu ile ilgili ise kurum ünitesinin bu konu ile ilgili oluşturduğu İtiraz Komisyonuna başvurarak yapabilmektedir.

87 ÖZTÜRK, s.346.

88 Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 15.09.2014 tarihli ve E. 2013/17778, K. 2014/17289 sayılı kararı. Kaynak: www.uyap.gov.tr, (Erişim Tarihi: 25.10.2020).

89 ÖZTÜRK, s.484.

Kurum uygulamasında tek bir itiraz komisyonu olmayıp, uyuşmazlığın konusuna göre itiraz komisyonları bulunmaktadır. Bunlardan asgari işçilik uygulamasında önem arz edenler, prim tahakkuku ile ilgili “*Prim Tahakkuk İtiraz Komisyonu*” ve idari para cezalarının tahakkuku ile ilgili “*İdari Para Cezaları İtiraz Komisyonu*”dur.

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğinin 113/11. maddesi uyarınca, Prim Tahakkuk İtiraz Komisyonu tarafından alınan karar üç nüsha düzenlenmektedir. Karar, üyeler tarafından imzalanıp ünite mührü ile mühürlendikten sonra bir nüshası işyeri dosyasında muhafaza edilmekte, bir nüshası itiraz edene tebliğ olunmakta, bir nüshası da üniteye ayrı bir dosyada saklanmaktadır.

2. Dava Yolu

İşverenin itirazı ilgili komisyonca kabul edildiği takdirde bir uyuşmazlık yaşanmaz. Buna karşın itirazın reddedilmesi durumunda 5510 sayılı Kanununun 85/3. maddesi uyarınca işverenin dava yoluna başvurma hakkı vardır. Anılan hükme göre; işveren red kararının kendisine tebliğinden itibaren bir ay içinde yetkili iş mahkemesine başvurabilir. Bu süre hak düşürücü nitelikte olup yetkili iş mahkemesine dava açılması işveren aleyhine takip yapılmasına engel teşkil etmemektedir⁹⁰.

İşverenin itiraz yolunu kullanmadan, itiraz süresi içinde doğrudan dava yoluna başvurması ise yukarıda yer verilen İş Mahkemeleri Kanununun 4/1. maddesi hükmü uyarınca mümkün görünmemektedir. İş mahkemesinde dava açmadan önce kuruma başvurulmaması, davanın usulden reddini gerektiren özel bir dava şartı olarak düzenlendiği için, özel dava şartı yokluğu hâlinde mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanununun 115/2. maddesi uyarınca davayı usulden reddetmekle yükümlüdür⁹¹.

Asgari işçilik incelemesi ile ilgili işlemlere karşı açılacak davalarda delillerin toplanmasını düzenleyen genel bir yöntem yoktur. Bu nedenle uygulamada Yargıtay, yapılan işin türüne göre kayıt ve belgelerin dava dosyasına getirtilmesi ve gerekirse işyerinde keşif de yapılarak sonuca gidilmesi gerektiğini benimsemiştir⁹². Yargıtay, daha sonra bir bilirkişi

90 Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 15.09.2014 tarihli ve E. 2013/15999, K. 2014/17512 sayılı kararı. Kayna: www.uyap.gov.tr, (Erişim Tarihi: 25.10.2020).

91 PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 12. Baskı, Ankara, 2011, s.247.

92 Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 01.06.2015 tarihli ve E. 2015/7059, K. 2015/10447 sayılı; 21. Hukuk Dairesinin 12.03.2015 tarihli ve E. 2014/15088, K. 2015/4886 sayılı kararları. Kaynak: www.uyap.gov.tr, (Erişim Tarihi: 25.10.2020).



raporu düzenletirilmesi gerektiğini belirtmekte ve raporun tek bilirkişiden değil asgari işçiliği teknik usullerle saptamasını bilen bir hukukçu, bir meslek mensubu ve yapılan iş konusunda uzman olan bir meslek odası mensubundan oluşan heyetten alınması gerektiğini belirtmektedir⁹³.

B. İdari Para Cezaları Yönünden

Sosyal Güvenlik Kurumunun asgari işçilik kapsamında uyguladığı idari para cezaları 5510 sayılı Kanununun 102. maddesinde düzenlenmiştir. Bu idari para cezaları kanununun 59/5 ve 85/4. maddelerindeki düzenleme gereğince yalnızca kurum müfettişince ve meslek mensubunca gerçekleştirilen asgari işçilik uygulamalarında söz konusu olmakta, ünitece yapılan araştırmaya binaen idari para cezası uygulanmamaktadır.

İdari para cezalarına karşı itiraz ve dava yoluna dair düzenlemeler 5510 sayılı Kanununun 102/4-7. maddeleri arasında ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliğininin 113. maddesinde yer almaktadır. Yönetmelikteki düzenlemeler esasen kanunun tekrarı niteliğindedir. Kanununun 102. maddesindeki düzenlemelere göre; idari para cezaları ilgiliye tebliğ ile tahakkuk etmektedir. İdari para cezaları tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde kuruma ya da kurumun ilgili hesaplarına yatırılır veya aynı süre içinde kuruma itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurmaktadır. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilmektedir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde, idari para cezası kesinleşir. İdari para cezalarının, Kuruma itiraz edilmeden veya yargı yoluna başvurulmadan önce tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde peşin ödenmesi halinde, bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme idari para cezasına karşı yargı yoluna başvurma hakkını etkilemez. Mahkemeye başvurulması idari para cezasının takip ve tahsilini durdurmaz. Tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde ödenmeyen idari para cezaları, kanununun 89. maddesi hükmü gereğince hesaplanacak gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte tahsil edilir. İdari para cezaları on yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Zamanaşımı süresi, fiilin işlendiği tarihten itibaren başlar.

İşveren hem prim borcunu hem de idari para cezasını iş mahkemesinde dava etmiş ise yargı yolu eksikliği nedeniyle Hukuk Muhakemeleri Kanununun 114/1-b ve 115/2. maddeleri uyarınca davanın usulden reddine karar verilmelidir. Buna karşın Yargıtaya göre; bu hâlde idari para cezası

⁹³ Yargıtay 10. Hukuk Dairesininin 30.06.2014 tarihli ve E. 2013/23221, K. 2014/16042 sayılı; 08.06.2015 tarihli ve E. 2015/9874, K. 2015/11274 sayılı kararları. Kaynak: www.uyap.gov.tr, (Erişim Tarihi: 25.10.2020).

yönünden davanın ayrılmasına karar verilmeli ve dava şartı yokluğundan usulden red kararı verilmeli, diğer istekler yönünden yargılamaya devam edilerek işin esası hakkında bir karar verilmelidir⁹⁴.

VIII. ASGARI İŞÇİLİK UYGULAMASINDA UZLAŞMA

Asgari işçilik uygulamasında uzlaşma; alacaklı olan kamu idaresi ile borçlu işveren arasındaki uyuşmazlığın tarafların karşılıklı anlaşarak çözülmesi şeklinde tanımlanabilir⁹⁵. Uzlaşmaya dair hükümler, asgari işçiliğin düzenlendiği 5510 sayılı Kanunun 85. maddesine 9 ve 10. fıkra olarak 5754 sayılı Kanunun 49. maddesiyle eklenmiştir. Sosyal Güvenlik Kurumuna göre uzlaşma kavramı; asgari işçilik uygulaması sonucu ortaya çıkan ve sigortalılara mal edilemeyen prim matrahı ile bunun üzerinden hesaplanan gecikme zammı, gecikme cezası ve idari para cezasının işverenlerden tahsiline yönelik olarak işverenlerle Kurumun itirazsız anlaşması temeline dayanır⁹⁶.

Uzlaşmaya hangi hâllerde gidilebileceği 5510 sayılı Kanunun 85/9. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre; kurumun denetim ve kontrolle görevli memurları tarafından devamlı mahiyetteki işyerlerinde yapılan asgari işçilik incelemesi sonucunda tespiti yapılan ve sigortalılara mal edilemeyen fark sigorta primine esas kazanç matrahı üzerinden gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte hesaplanacak sigorta primi ve buna bağlı uygulanacak idari para cezalarında, konuya ilişkin raporun kurumun ilgili birimine gönderilmesinden önce işverenle uzlaşma yapılabilmektedir. Söz konusu şartlardan ilk dikkat çekenler; kurum müfettişlerinin incelemesinin söz konusu olduğu işlerde uzlaşmaya gidilebilmesi ve devamlı mahiyetteki işyerlerinin uzlaşma kapsamında olmasıdır. Uzlaşmanın kapsamına uygulamada büyük yer kaplayan özel inşaat işleri ve ihaleli işlerin alınmamış olması bizce büyük bir eksikliklerdir.

Uzlaşmaya gidilebilmesinin diğer bir koşulu, yapılan inceleme sonucunda tespit edilen fark sosyal sigorta primlerinin işyerinde çalışanlara mal edilememesidir⁹⁷. Bunun nedeni ise çalışmanın başında bahsedildiği gibi asgari işçilik incelemesinin tamamen varsayımlara dayanan bir tespitten ibaret olmasıdır. Eksik primin hangi sigortalıya mal

94 Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 02.06.2015 tarihli ve E. 2015/9277, K. 2015/10690 sayılı kararı. Kaynak: www.uyap.gov.tr, (Erişim Tarihi: 25.10.2020).

95 UMDU Ersin, "Vergi Hukukundaki Uzlaşma Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Hukukundaki Uzlaşmanın Tahlili", **Mali Çözüm Dergisi**, Y. 18, S. 88, Temmuz – Ağustos 2008, s.207.

96 T.C. SOSYAL GÜVENLİK KURUMU, **Asgari İşçilik İncelemelerinde Uzlaşma Rehberi**, Ankara, 2013, s.1.

97 ÖZTÜRK, s.583.



edilebileceği biliniyorsa bu durumda asgari işçilik incelemesi söz konusu olmayacağı için uzlaşmadan da bahsedilemez.

Uzlaşmanın esasları ise 5510 sayılı Kanununun 85/9-10. maddeleri ile Asgari İşçilik İncelemelerinde Uzlaşma Yönetmeliğinde düzenlenmiştir⁹⁸. Uzlaşma Yönetmeliğinin 5/1. maddesi uyarınca kurulan uzlaşma komisyonu, uzlaşma işlemlerini yürütmektedir. Yönetmeliğin 8/1. maddesine göre; nezdinde inceleme yapılan işverenler, incelemeye ilişkin tutanağın düzenlenme tarihinden, konuya ilişkin raporun kurumun ilgili birimine gönderilmesine kadar geçen süre içerisinde her zaman uzlaşma talebinde bulunabilirler. Yönetmeliğin 8/2. maddesi ise; müfettiş veya Rehberlik ve Teftiş Başkanlığınca nezdinde inceleme yapılan işverene uzlaşmaya davet niteliğinde bir yazı gönderilemeyeceğini, buna karşın müfettiş tarafından, işveren ile birlikte incelemeye ilişkin tutanağın düzenlenmesi esnasında, işverene uzlaşma hakkının olduğu hatırlatılıp bu durumun tutanakta belirtileceğini düzenlemektedir.

Uzlaşma Yönetmeliğinin 11. maddesine göre, uzlaşma görüşmeleri için belirlenen gün ve saatte işveren veya işveren vekilinin iştiraki ile toplanan uzlaşma komisyonu, uzlaşma sağlandığı takdirde durumu bir tutanakla tespit eder. Bu tutanak, komisyon başkan ve üyeleri ile işveren veya işveren vekili tarafından imza olunur. İmzalanan tutanağın bir nüshası işveren veya işveren vekiline verilir. Bir nüshası da rapora eklenmek ve ilgili il müdürlüğüne gönderilmek üzere Rehberlik ve Teftiş Başkanlığına gönderilir. İl müdürlüğü, raporla birlikte intikal eden uzlaşma tutanağında belirtilen hususlara göre uzlaşılan gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte hesaplanan prim ve idari para cezaları üzerinden gerekli işlemleri yapar. Uzlaşma Yönetmeliğinin 11/2. maddesi bu tutanaktan nelerin yer alacağını da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Uzlaşmanın temin edilememesi halinde bu durum da uzlaşma komisyonunca tutanak düzenlenmek suretiyle tespit olunmaktadır. Uzlaşma Yönetmeliğinin 12. maddesine göre uzlaşma sağlanamamasının sebepleri ise işverenin veya işveren vekilinin; uzlaşma komisyonunun davetine icabet etmemesi veya geldiği halde uzlaşma tutanağını imzalamaması veya ihtirazi kayıtla imzalamak istemesi ya da bu kimselerin bilinen en son adreslerine uzlaşma gününü gösteren davetiyenin tebliğ edilemeden iade edilmesi olarak gösterilmiştir. Uzlaşma temin edilemediğinde, işveren veya işveren

98 Söz konusu yönetmelik 25.04.2009 tarihli ve 27210 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 01.10.2008 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Anlatım kolaylığı sağlaması için bundan sonra kısaca "Uzlaşma Yönetmeliği" olarak anılacaktır.

vekili hazırsa buna dair tutanak kendisine derhal tebliğ edilmekte, hazır değilse bilinen en son adresine tebligat çıkarılmaktadır.

5510 sayılı Kanununun 85/9. maddesine göre uzlaşılan tutarlar kesin olup, uzlaşma konusu yapılan tutarlar hakkında işverence dava açılmaz ve hiçbir mercie şikâyet ve itirazda bulunulamaz. Uzlaşılan prim ve idari para cezaları, uzlaşma tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir ay içinde ödenir. İşveren, uzlaşılan idari para cezası tutarı için ayrıca peşin ödeme indiriminden yararlanamaz. Uzlaşılan tutarların bu sürede tam olarak ödenmemesi halinde uzlaşma bozulur ve uzlaşılan tutarlar kazanılmış hak teşkil etmez. Uzlaşmanın temin edilememiş veya uzlaşma müzakeresinde uzlaşmaya varılamamış olması veya uzlaşmanın bozulması hallerinde işveren, bu konuya ilişkin daha sonra uzlaşma talep edemez.

Uzlaşma Yönetmeliğinin 16. maddesine göre uzlaşılan tutarların, uzlaşma tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir ay içinde tam olarak ödenmemesi halinde uzlaşma bozulur ve uzlaşılan tutarlar kazanılmış hak teşkil etmez. Bu durumlarda, ilgili il müdürlüğü müfettiş raporuna göre işlem yapar. Uzlaşmanın temin edilememiş veya uzlaşma görüşmesinde uzlaşmaya varılamamış olması veya uzlaşmanın bozulması hallerinde işveren veya işveren vekili, bu konuya ilişkin daha sonra tekrar uzlaşma talep edemez. Uzlaşmanın bu özelliğine uzlaşmanın kesinliği adı da verilmektedir⁹⁹.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Ülkemizde işverenlerin önemli bir kısmı, çalıştırdıkları sigortalıların sosyal güvenlik primlerini ya hiç ödememekte ya da eksik ödemektedir. Bu durum karşısında asgari işçilik uygulaması; işverenlerin bir işyerinden bildirdiği sigortalı sayısı ve bunların çalışma süreleri ile prime esas kazançları toplamının, 5510 sayılı Kanununun 85. maddesinde belirlenen ölçütlere göre işin yapılabilmesi için yeterli olup olmadığının tespitini amaçlamaktadır.

Asgari işçilik uygulaması sonucunda işverenin Sosyal Güvenlik Kurumuna bildirmesi gereken işçiliğin altında bir işçilik bildirdiği saptanırsa, fark işçilik üzerinden tahakkuk ettirilen primler çalışanlar açısından herhangi bir hak doğurmamaktadır. Bu durum, söz konusu uygulamayla ödenen primlere sanal prim adı verilmesine sebep olmuştur. Uygulamanın Anayasanın 60. maddesindeki sosyal güvenlik hakkıyla bağdaştırılması bu yüzden güç görünmektedir.

⁹⁹ CANKURT, s.241.



Asgari işçilik kurumu ülkemizde ilk olarak ölçümleme adı ile 1946 yılından 1987'ye dek uygulanmış, 1987 yılında ise son bulmuştur. Primlerin tahsilinde yaşanan sorunlar nedeniyle 1994 yılında asgari işçilik uygulaması adı ile hukuk sisteminde tekrar yerini alan bu kurum, özellikle ihaleli işler ve özel inşaat işlerinde önem arz etmektedir. Zira özel inşaat işlerinde yapı kullanma izin belgesini alabilmek için, ihaleli işlerde ise ihale makamındaki kesin teminatlarını alabilmek için işverenlerin o işten dolayı Sosyal Güvenlik Kurumuna borcunun bulunmaması ve ilişiksizlik belgesi alabilmeleri gerekmektedir.

Özel inşaat işleri ve ihaleli işlerde asgari işçilik uygulaması, Asgari İşçilik Tespit Komisyonu tarafından önceden belirlenen sayısal oranların yine önceden tespit edilen bedellere uygulanması suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bu işlerde asgari işçilik uygulaması; hem Sosyal Güvenlik Kurumu ünitesi, hem sosyal sigorta müfettişi hem de meslek mensuplarınca gerçekleştirilebilmektedir. Bunlar dışında kalan işlerdeki asgari işçilik incelemesi ise yalnızca müfettişler eliyle ve sektörlerle göre hazırlanan rehberler doğrultusunda yürütülmektedir. Yargıtay kararları da uygulamaya yön vermektedir.

İşveren, asgari işçilik uygulaması sonucunda aleyhine tahakkuk ettirilen prim borcuna Sosyal Güvenlik Kurumu bünyesindeki komisyonlar üzerinden itiraz edebilmektedir. İtirazın reddi hâlindeyse iş mahkemelerinde dava açma hakkı bulunmaktadır. Yargıtay, bu davalarda verilen kararların temyizi üzerine yaptığı incelemelerde daha çok bilirkişi heyetinin nasıl oluşturulacağı üzerinde durmaktadır.

5510 sayılı Kanununun 85. maddesine 5754 sayılı Kanunla sonradan eklenen hükümlerle devamlı işyerlerindeki asgari işçilik uygulamasında işverenle Sosyal Güvenlik Kurumunun uzlaşması olanaklı hâle gelmiştir. Bu kurum sayesinde itiraz ve dava yolları devreden çıkarılarak işveren aleyhine çıkarılan fark prim borcunun daha hızlı tahsil edilmesi mümkün olsa da uygulamanın kapsamının yalnızca devamlı işyerleri ile sınırlı tutulması istenen sonucun alınmasının önünde bir engeldir.

Asgari işçilik uygulaması sonucunda işverenler aleyhine tahakkuk ettirilen prim borcunun hangi sigortalının çalışmasının karşılığı olduğu bilinmediğinden, sigortalıların ücretleri üzerinden alınması gereken gelir vergisi de alınamamakta ve bu durum Devletin ciddi ölçüde vergi kaybına uğramasına da neden olmaktadır. 2008-2017 yılları arasında bu suretle kaybedilen vergi tutarının, 2017 yılı asgari ücret tutarı üzerinden



yapılan hesaplama göre 526 milyon Türk Lirasının üzerinde olduğu belirtilmektedir¹⁰⁰.

Sonuç olarak, asgari işçilik uygulamasının ülkemiz çalışma hayatındaki kayıt dışılığın zorunlu bir sonucu olduğu söylenebilir. Sosyal Güvenlik Kurumu, kanunun kendisine verdiği yetkiden hareketle bütçe dengesini korumak adına karşılığı olmayan primleri tahsil etmeye odaklansa da esas amaç kayıt dışılığını önleyecek programları hayata geçirerek çalışanların sosyal güvenlik hakkını en üst düzeyde sağlamak olmalıdır.

100 DAĞLIOĞLU Selim, "Kayıt Dışı İstihdamın Azaltılmasında Asgari İşçilik Uygulaması", *Uşak Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. XXII, S. 2, 2019, s.107-108.



KAYNAKLAR

ARICI Kadir, **Türk Sosyal Güvenlik Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015.

ASLANKÖYLÜ Resul, **Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi (Bağ-Kur K. ile Karşılaştırmalı)**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2010.

BAŞTERZİ Süleyman, **İşsizlik Sigortası**, Ankara, 1996.

BODUR Aysel, **Asgari İşçilik İncelemesi: Dershane İşletmeleri Üzerine Bir Uygulama**, (Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul, 2007.

CANKURT Mehmet Zülfi, “5510 Sayılı Kanunda Hükümleri Işığında Asgari İşçilik Uygulaması ve Uzlaşma Müessesesi”, **Mali Çözüm Dergisi**, Y. 18, S. 88, Temmuz – Ağustos 2008, s.233-241.

DAĞLIOĞLU Selim, “Kayıt Dışı İstihdamın Azaltılmasında Asgari İşçilik Uygulaması”, **Uşak Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. XXII, S. 2, 2019, s.99-110).

ENGİN Murat, **İşgücünün Temsili ve İşyerinde Sosyal Diyalog**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.

GÜZEL Ali/OKUR Rıza Ali/CANİKLİOĞLU Nurşen, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Yenilenmiş 18. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.

KAR Bektaş, “Mevsimlik İş”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Y. 1, S. 4, Aralık 2006, s.69-86.

KARAKAŞ, İsa/KARAKAŞ, Ali, **Asgari İşçilik Uygulamaları**, Muhasebe & Sosyal Güvenlik Kitabevi, 4. Baskı, Ankara, 2012.

KIZILOT, Şükrü, **İnşaat Muhasebesi, Vergilendirilmesi, Mevzuatı ve Asgari İşçilik**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2014.

ÖZKAN Erkan/TEZEL Ali, **Asgari İşçilik Uygulaması**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2004.

ÖZTÜRK Sezai, **İnşaat ve İhale Konusu İşlerde Asgari İşçilik Uygulaması**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 12. Baskı, Ankara, 2011.

SÖZER Nazım Ali, **İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.



SÜZEK Sarper, **İş Hukuku**, 15. Baskı (Tıpkı Basım), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.

T.C. SOSYAL GÜVENLİK KURUMU, **Asgari İşçilik İncelemelerinde Uzlaşma Rehberi**, Ankara, 2013 (Kaynak: www.sgk.gov.tr).

TAŞKENT Savaş, “Karar İncelemesi: Mevsimlik Bir İşte Yapılan Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, C. 26, S. 3, 2010, s.223-242.

TUNCAY Can A./EKMEKÇİ Ömer, **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.

UMDU Ersin, “Asgari İşçilik İncelemesi İçin İnşaatlarda Maliyet Bedelinin Tespitinde Üçlü Kriter”, **Mali Çözüm Dergisi**, Y. 20, S. 100, Temmuz – Ağustos 2010, s.267-276, (“Üçlü Kriter”).

UMDU Ersin, “Vergi Hukukundaki Uzlaşma Çerçevesinde Sosyal Güvenlik Hukukundaki Uzlaşmanın Tahlili”, **Mali Çözüm Dergisi**, Y. 18, S. 88, Temmuz – Ağustos 2008, s.207-212.

YILDIZ Ramazan/UMDU Ersin, **Sosyal Güvenlik Reformu Sonrası Asgari İşçilik Uygulaması**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2010.

YUVALI Ercüment, “Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Asgari İşçilik Uygulaması”, **LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, C. 17, S. 66, 2020, s.631-658.



TAKİP HUKUKUNDA İCRANIN GEÇİCİ DURDURULMASI

(Temporary Suspension of Proceedings In Enforcement Law)

Dr. Ahmet Cahit İYİLİKLİ¹

Emel ALAÇAM²

Ayten DALDAL³

ÖZ

İcra ve İflas Hukukunda, takip hukukuna ilişkin bir uyuşmazlığın çözümü bağlamında ihtiyati tedbir mahiyetiyle takibin geçici durdurulmasını öngören genel bir düzenleme mevcut değildir. Şikâyet, cebri icra işleminin iptali yolu olup, kural olarak maddi hukuka müteallik bir karar alınması söz konusu olmadığından, maddi hukuk yönünden sonuç doğmayacak ve kural olarak doğrudan takibi durdurma niteliğinden yoksun olacaktır. Zira haksız ve mesnetsiz şikâyet marifetiyle takipleri akamete uğratmak, cebri icranın amacına aykırılık oluşturacaktır. Takibe karşı ödeme, mehil ve zamanaşımına dayalı icranın geri bırakılması talepleri çalışma konumuzun dışındadır. Nitekim İİK'nun 36. maddesi, İcra ve İflas Kanunu'nda özel hüküm bulunmadıkça (İİK'nun 97/14, 269/c, 276/2), icra mahkemesi kararları hakkında uygulanmayacaktır. Dolayısıyla icra mahkemesi kararlarına karşı kanun yoluna başvurulması satıştan başka icra muamelelerini durdurmayacağından, biz bu başlık altında takibe karşı borçlunun yapacağı şikâyet ya da itiraz üzerine mahkeme ara kararı ile takibin geçici olarak durdurulması hususunu tetkik edeceğiz. Bu sebeple eldeki etüt, şikâyet ve itiraz üzerine icra mahkemesi ile genel mahkemeler tarafından ara kararı marifetiyle icranın geçici durdurulmasına matuf ve mahsus olduğundan diğer konular ve bu bağlamda uzlaştırma suretiyle yeniden yapılandırma ve konkordato talebi üzerine ticaret mahkemesi tarafından tesis edilen takiplerin durdurulmasına matuf kararlar da

1 Büyükçekmece Asliye Hukuk Mahkemesi Hâkimi, aciyilikli@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-8858-2580

2 Büyükçekmece Asliye Hukuk Mahkemesi Zabıt Katibi/Atatürk Üniversitesi Adalet MYO, emelalacam1@gmail.com, ORCID: 0000-0003-3688-252X

3 Büyükçekmece Asliye Hukuk Mahkemesi Zabıt Katibi/Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencisi, aytendaldal9606@gmail.com, ORCID: 0000-0002-9365-7428



inceleme alanımızın şümulüne dahil olmayacaktır. İcra mahkemesi kararıyla takibin geçici durdurulması, takibi mevcut haliyle dondurarak, bir sonraki icra işleminin devamına engel olur, lakin bu kararın, takibin geldiği aşamaya kadar ki sürece bir etkisi olmayacaktır. Örneğin haciz yapılmış ise, takibin geçici durdurulması kararı, hacizlerin fekkini sağlamayacaktır. Nitekim bu husus, alacaklı ve borçlu menfaatinin dengelenmesi, silahların eşitliği ve ölçülülük ilkelerinin de bir gereğidir. İcra takibinin geçici durdurulmasına mahsus tedbir mahiyetindeki ara kararı ile İcra ve İflas Kanunu 106 ve 110. maddelerindeki haciz ve satış isteme süreleri de işlemeyecektir. Genel mahkemede görülen bir davada, dava konusu hakkın cebri icrada satılacak olması eldeki davayı konusuz bırakacak nitelikte olması ihtimalinde genel mahkeme satışın geçici durdurulmasına karar verebilmelidir. İhtiyati tedbir kararı, malvarlığının cebri icra ile satışına engel değil ise de, dava konusunun, dava dışı cebri icra satışı ile konusuz kalacağı durumlarda mahkeme eldeki davanın kesinleşmesine kadar satışın durdurulmasına karar verebilmelidir. Zira ihtiyati tedbirde teminat altına alınan şey, dava konusunun bizatihi kendisidir.

Anahtar Kelimeler: Takip Hukuku, İcranın Geçici Durdurulması, Şikâyet, İtiraz

ABSTRACT

In the Execution and Bankruptcy Law, there is no general regulation that requires the temporary suspension of the proceedings as an injunction in the context of the resolution of a dispute regarding the prosecution law. Complaint is a means of cancellation of a enforcement action, and as a rule, there will be no result in terms of substantive law, since it is not possible to take a decision based on substantive law. As a rule, the complaint does not have the feature of stopping the direct follow-up. Because, by means of unjust and unfounded complaints, the follow-ups would be interrupted and the purpose of the forced execution would be lost. Requests for payment against follow-up, delay and postponement of execution based on limitation are beyond our scope of work. As a matter of fact, Article 36 of the Enforcement and Bankruptcy Law will not be applied to the decisions of the enforcement court, unless there is a special provision in the Execution and Bankruptcy Law (97/14, 269 / c, 276/2 of the Enforcement and Bankruptcy Law). Therefore, since applying for a legal action against the decisions of the enforcement court will not stop the execution proceedings other than the sale, we will



examine the temporary suspension of the proceedings with an interim court decision upon the complaint or objection of the debtor against the prosecution under this heading. For this reason, other issues will not be included in the scope of our area of investigation, as the present study, complaint and objection are intended and specific to the temporary suspension of execution by the general courts with an interim decision. Temporary cessation of the follow-up by the decision of the enforcement court prevents the continuation of the next execution process by freezing the proceeding, but this decision will not have an effect on the process until the stage of the proceeding. For example, if an attachment has been made, the temporary suspension of the proceedings will not allow the release of the foreclosures. As a matter of fact, this issue is a requirement of the principles of balancing the interests of the creditor and the debtor, equality of arms and proportionality. In this process, the sales request periods in the articles 106 and 110 of the Enforcement and Bankruptcy Law will also not work. However, the injunction given by the general court will not prevent the periods to request sales. In a lawsuit held at the general court, the general court should be able to decide on the temporary suspension of the proceedings in the event that the right to be sold in compulsory execution will leave the case at hand. Although the injunction does not prevent the sale of assets by enforcement, the court may decide to stop the sale until the case at hand is finalized, in cases where the subject of the case is not subject to the out-of-case forced execution sale. Because what is guaranteed in the interim injunction is the subject matter of the case itself.

Keywords: Prosecution Law, Temporary Suspension Of Execution, Complaint, Objection

GİRİŞ

Nasıl ki, bir hukuk münasebeti kurmak dava açmaya murtabit ise, bir takip münasebeti de icra takibine merbuttur. Üstelik itiraz ile duran takibi canlandırıp, takip münasebetini devam ettirmek büsbütün alacaklının takdir, tasarruf ve inisiyatifindedir. Dolayısıyla bir takip münasebeti başlatmak alacaklının saik ve iradesine göre hak aramaktan ziyade bir keyfiyete bağlı olarak da tesis edilebilecektir. Nitekim söz konusu takip münasebetini başlatmak alacaklıya icra harç ve giderlerine katlanmaktan gayri bir külfet yüklemeyecektir.

İcra ve iflas hukuku, icra ve iflas takiplerinin usul hukuku niteliğindedir. Bu hukuk dalının amacı, bir yandan takip alacaklısının



alacağına kavuşması için borçlu veya üçüncü kişilerin çıkarabilecekleri zorlukları ortadan kaldırmak, diğer yandan kötü niyetli takiplere karşı takip borçlusunun kendisini koruyacak hukuki çareler bulmak, bu arada takipten etkilenen üçüncü kişilerin menfaatlerini korumak, takip işlemlerinin yapılması sırasında insan hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmesini önlemektir. İcra ve iflas hukukunun en önemli kaynağı İcra ve İflas Kanunu olup, bu Kanun, icra ve iflas takibinden, tahsile kadar uygulanması gereken usul hükümlerini düzenlemektedir. Takip hukukunun nihai amacı, alacaklının alacağını en az masrafla ve en kısa sürede tahsil etmesine müncerdir. Alacaklı, borçlu ile olan hukuki münasebetinin niteliğine göre icra hukukunda vücut bulmuş takip yollarından herhangi birine müracaatla takip başlatmakta muhtardır. Hatta elinde hiçbir belge ve evrak bulunmayan alacaklı dahi herhangi bir üçüncü kişiye karşı ilamsız bir takip başlatarak takip hukuku münasebeti kurabilecektir. Alacaklının takip hukukunun bahsettiği bu haklarına karşı borçlu da tamamen korumasız bir konumda olmayıp, takibi tamamen ya da kısmen yahut geçici olarak akamete uğratabilme imkânlarını haizdir. Öyle ki bazı hallerde takibin inkıtaya maruz kalmaksızın devam etmesi, borçlunun mahvına sebep olabileceği gibi, telafisi ağır ya da imkânsız zararların doğmasına sebebiyet verecektir. Dolayısıyla takip türünün niteliği ve bünyesine denk düştüğü müddetçe takibin devamına imkân sağlayarak alacağın tahsiline imkan verecek her bir icra takip işleminin geçici durdurulması talep edilebileceği gibi, takibin geçici durdurulmasında borçlunun menfaati de olabilir. Nitekim takip hukukunda ölçülülük ilkesi geçerli olup, alacaklı ve borçlunun karşılıklı menfaatleri bir kefedede dengelenmelidir.

Takip hukukunun nihai amacı alacaklının para ile tatminidir. Bundan mütevellit evvela takip konusu yapılan alacağın gerçekte mevcut olup olmadığına bakılmaksızın cebri icra marifetiyle tahsiline matuftur. Her ne kadar alacağın gerçekte mevcut olup olmadığı maddi hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirilmeyecek ise de, borçluya karşı gerçekleştirilecek icra işlemleri, takip hukukunun belirlediği kurallar ile bunların dayanağı olan ilkelere uygun icra edilecek, alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesinin de kurulması gerekecektir. Türk İcra İflas Hukuku'nda, icra ve iflas işleri için resmi ve asli organ icra mahkemesi olmakla birlikte genel mahkemeler de yargılama organı olarak görev yapmaktadır. Genel mahkemelerin bu faaliyeti kapsamında, iflasa karar vermek (İİK m.156), sıra cetveline itiraz davasını karara bağlamak (İİK m.142), iptal davasına hüküm vermek (İİK m.277), ihtiyati haciz hakkında karar



vermek (İİK m.258), itirazın iptali davasına bakmak (İİK m.67) ve menfi tespit davasında karar vermek (İİK m.72) örnek kabilinden sayılabilir. Alacaklı ve borçlu arasında ölçülü bir menfaat dengesi kurulması elzem olduğu gibi, silahların eşitliği de sağlanmalıdır. Bu bağlamda, alacaklı, alacağına kavuşmak için takip hukukunun bahsettiği imkânlardan faydalanması ne kadar meşru bir hak ise, borçlunun da takip hukukunun kendine tanıdığı savunma ve karşı koyma mekanizması ile donatılması menfaat dengesinin sağlanması noktasında yasal bir hukuki korunma silahıdır. Maddi hukuktaki dürüstlük kuralı, merkezi norm vasfıyla takip hukukunda da uygulama alanı bulacaktır. Bu sebeple, gerek kötü niyetli alacaklılar, gerekse kötü niyetli borçlular kanunen himaye edilemeyeceği gibi, takip hukukunun bahsettiği hak ve imkânların da suiistimali himaye görmeyecektir. İcra ve İflas hukukunda yargılama sırasında ihtiyati tedbir kararı alınabilmesine ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak İcra İflas Kanunu'nda yargı organlarına bazı durumlarda ihtiyati tedbir niteliğinde karar alarak, takibin durdurulmasına ilişkin karar alabilme yetkisi tanınmıştır. Bu hususlar aşağıda alt başlıklar halinde ayrı ayrı incelenecektir.

Şikâyet, icra organlarının kanuna aykırı ya da hadiseye uygun olmayan işlemlerin iptali yahut düzeltilmesi veya sebepsiz olarak yerine getirmedikleri işlemlerin icrası için takip hukuku taraflarına tanınmış hukuki bir çaredir. Şikâyet, bir cebri icra işleminin iptali yolu olup, kural olarak maddi hukuka müteallik bir karar alınması söz konusu olmadığından, maddi hukuk yönünden sonuç doğmayacaktır. Şikâyet, kural olarak doğrudan takibi durdurma niteliğini haiz değildir. Aşağıda alt başlıklar altında şikâyet ve kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte imza itirazı ile genel mahkemeler tarafından takibin geçici durdurulup durdurulamayacağı konularını tetkik edeceğiz.

I. ŞİKÂYET

Şikâyet, kesin hüküm ve yargılama yetkisi gücünden yoksun icra müdürlüğünün takip hukukuna ilişkin işlemlerine karşı gidilen basit muhakemeye tabi bir yasal (Çare)⁴ başvurdur. İcra muamelesine karşı şikâyet, icra müdürlüğüne tevcihen ikame edilmekte ve devlet taraf olmadığından, onun yönünden bağlayıcılığı da bulunmamaktadır⁵. Şikâyet bir cebri icra işleminin iptali yolu olup, kural olarak maddi hukuka müteallik bir karar alınması söz konusu olmadığından, maddi

4 PEKCANİTEZ Hakan, *İcra – İflas Hukukunda Şikâyet*, Ankara 1986, s. 34.

5 BERKİN Necmeddin, *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, İstanbul 1980, s.69

hukuk yönünden sonuç doğmayacaktır⁶. Şikâyet, kural olarak doğrudan takibi durdurma niteliğini haiz değildir⁷. Zira haksız ve mesnetsiz şikâyet marifetiyle takipler akamete uğrayıp, cebri icranın amacı akim kalacaktır⁸. Dolayısıyla kanun koyucu haklı olarak icra mahkemesince karar verilmedikçe⁹ şikâyet icrayı durdurmaz hükmünü sevkemiştir (İİK m. 22). Nitekim bu hüküm, icra hukukunun, takibin devamını sağlamaya ve alacaklının alacağına en kısa süre ve en az masrafla ulaşması amacına müncerdir. Şikâyet üzerine hangi ihtimallerde icranın durdurulabileceğine dair kanunda herhangi bir hüküm mevcut değildir¹⁰. Bu sebeple, söz konusu takdir tamamen icra mahkemesine aittir. Şikâyet sebebiyle takibin durması gerekip gerekmediğine icra hakimi şikâyetçinin bu husustaki talebini ve şikâyet konusu işlemin niteliğini de göz önüne alarak değerlendirecektir¹¹. Şikâyete konu icra işleminin kamu düzeni ile doğrudan ilişkili olması ihtimalinde, Kanun'da bahsedilmese de, icra mahkemesi talep olmaksızın re'sen¹² de şikâyet talebiyle birlikte takibi durdurabilmelidir¹³. Takibin geçici durdurulmasına ilişkin hüküm, ara kararı niteliğinde olduğundan, kanun yoluna tabi değildir. Şikâyet

6 PEKCANITEZ, Şikâyet, s. 129.

7 PEKCANITEZ, Şikâyet, s. 133; BERKİN, s. 405.

8 BERKİN, s. 405.

9 "Borçlunun, şikâyet dilekçesinde, İİK'nun 106.-110.maddelerine dayalı olarak taşınmaz üzerindeki haczin düştüğü yönünde iddiası bulunmadığı halde, mahkemece haczin düştüğü gerekçesiyle ihalenin feshine karar verilmesi isabetsizdir.Öte yandan İİK'nun 364/3. maddesine göre; "Temyiz, satıştan başka icra muamelelerini durdurmaz. "Somut olayda; ihaleden önceki tarihte İstanbul 21.İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2014/280 Esas sayılı dosyası ile İstanbul Anadolu 3.İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2014/755 Esas sayılı dosyalarında yapılan şikâyet neticesinde, İİK'nun 22.maddesi gereğince verilmiş icranın durdurulması kararı bulunmadığından, meskeniyet iddiasına dayalı haczedilmezlik şikâyeti çerçevesinde belirlenen bedelin güncel verilere göre yeniden tespiti talepli açılan davanın devam ettiği, bu nedenle ihalenin usulsüz olduğu gerekçesiyle ihalenin feshine karar verilmesi isabetsizdir." (12. HD 06.10.2015, 18504/23241).

10 ERIŞİR Evrim, **Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri**, İstanbul 2013, s. 289.

11 "Somut olayda, takibe konu Kumluca 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 05.09.2014 tarih ve 2013/599 esas 2014/492 sayılı kararı ile davalının taşınmaza vaki el atmasının önlenmesine karar verilmiştir. Bu hali ile ilam taşınmazın aynı ile ilgili, kayıt ve sicillerde değişiklik yaratacak hüküm içermemektedir. Anılan madde kapsamında kalmadığından, icrası için kesinleşmesi şartı bulunmamaktadır. Öte yandan, borçlu tarafından ayrı bir dava olarak açılan tapu iptal ve tescil davasında meni müdahale ilamının infazı için yapılan takibin durdurulması yönünde tedbir kararı getirilmediği sürece takibin devamına karar verilmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu durumda, Mahkemece, takip konusu ilamda mülkiyet tartışması bulunmadığı, tartışmanın dayanak ilamdan ayrı olarak açılan tapu iptal ve tescil davasında yapıldığı nazara alınarak, şikâyetin reddine karar verilmesi yerine kabulü ile takibin iptaline hükmedilmesi isabetsizdir." (8. HD 18.10.2017, 2015/9497, 2017/13243).

12 PEKCANITEZ, Şikâyet, s. 133.

13 Konuralp Cengiz, Serhat, **İcra İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler**, İstanbul 2013, s.57.



sebebiyle takibin durdurulmasına karar verilmesinin talep edilmesi halinde, icra hakimi, şikâyet konusu işlemin niteliğine uygun olarak şikâyetin esasını karara bağlayıncaya ya da şekli yönden kesinleşmeye kadar takibin geçici durdurulmasına karar verebilecektir. Zira icra mahkemesi kararlarına karşı kanun yoluna başvurulması, satıştan başka işlemleri durdurmaz (İİK m. 364). Kaldı ki, icra mahkemesinin takip hukukuna yönelik kararlarının uygulanması için kesinleşme şartına gerek yoktur. Şikâyet marifetiyle şikâyete konu işleme dayanılarak yapılacak icra işlemlerinin icrası durdurulacak olup, şikâyete konu edilmemiş ya da tüm icra işlemlerinin icrası durdurulamayacaktır¹⁴. Nitekim şikâyet marifetiyle, icranın geçici durdurulmasına karar verilir iken, geçmişe etkili olarak tekemmül etmiş işlemler de iptal edilemeyecektir¹⁵. İcra işleminin geçici durdurulması kararı ile birlikte işlemle ilgili süreler işlemeyecektir¹⁶. Şikâyet, süresi içinde yapılmaz ise (İİK m. 16), icranın durdurulmasına karar verilemeyecektir. İcra durdurulmasına ilişkin icra mahkemesi kararı, şikâyetin esasına yönelik nihai karar ile geçerliliğini yitirir¹⁷. Dolayısıyla, şikâyet kabul görür ise işlem iptal edilir ya da düzeltilir yahut icra emrününun sebepsiz yapmadığı veya geciktirdiği işlerin icrası emrolunur. Şikâyet reddedilir ise, icra işleminin icrası devam edecektir¹⁸.

İcra İflas Kanunu'nda şikâyetler genel olarak düzenlenmiş olup, bir kısmı süreye bir kısmı ise süresiz şikâyete tabidir. Dolayısıyla her bir şikâyet halinin tahdidi olarak sayılması mümkün değildir. Genel olarak, şikâyet sebepleri bağlamında, faize itiraz, icra emrine karşı dayanak ilama ya da ilam niteliğindeki belgeye aykırılık, taraf ve takip ehliyetinin bulunmamasına ilişkin itirazlar, usulsüz tebligat¹⁹, takip talebine uygun olmayan ödeme emrinin tebliği ile şikâyet²⁰

14 PEKCANITEZ, Şikâyet, s. 134.

15 PEKCANITEZ, Şikâyet, s. 135.

16 PEKCANITEZ, Şikâyet, s. 135.

17 Kural olarak icra mahkemesi kararlarının uygulanması için kesinleşmesi gerekmez. İcra mahkemesi kararları verildikleri tarih itibarıyla hüküm ve sonuç doğurur.

18 PEKCANITEZ, Şikâyet, s. 136.

19 "Somut olayda; mahkemece, borçlunun aynı mahkemenin 2018/301 E.-2018/432 K. sayılı dosyasında ödeme emri tebligatının usulsüzlüğüne yönelik olarak şikâyette bulunduğu, bu dosyada şikâyetin kabulü ile tebliğ tarihinin 18/05/2018 tarihi olarak düzeltilmesine karar verildiğine göre, ödeme emri tebliğ işleminin usulsüz olması nedeniyle takip kesinleşmeyeceğinden, bu tarihten önceki hacizlerin hükümsüz kaldığının kabulü gerekir. Ödeme ve icra emrinde belirtilen ödeme süresi geçmedikçe, alacaklı tarafça haciz istenemeyeceği gibi, bu koşullar oluşmadan önce konulan hacizler de geçersizdir." (12. HD 22.06.2020, 2019/8563, 2020/5245).

20 "Öyleyse, belirtilen tarih nazara alındığında borçlular tarafından İİK'nun 62. maddesinde

mahiyetinde olan ve aşağıda ayrı bir başlık altında tetkik edilen ihalenin feshi, şikayetin konusunu oluşturabilecektir. Şayet, icra emrine dayanak mahkeme ilamında tesis edilmeyen bir alacak kalemi talep edilmiş ve icranın durdurulması talebi mevcut ise, basit muhakemeye tabi olduğundan doğrudan icra emrinin iptali yoluna gidilmelidir. İlamlı icra takibini karşı faiz şikayeti, bilirkişi incelemesi gerektirip, şikayet sonuçlanmadan icra dosyasına ödeme yapılması, borçlunun zararına olacağından, icra takibi, şikayet neticeleninceye kadar geçici durdurulabilecektir. Zira fazladan yapılan ödeme İİK 40. maddesi²¹ kapsamında kalmayacağından, yeniden borçluya takip ya da dava külfeti yükleyecektir. Ancak, bu ihtimalde, icranın sadece itiraz edilen kısım yönünden durdurulması, alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesi ve takip hukukunun amacına uygun düşecektir. Haczedilmezlik ile meskeniyet şikayeti bağlamında, haczedilebilirlik ve haline münasip ev sıfatını haiz olup olmadığı olgusu saptanmadan²² şikayet konusu malın cebri icrada satılması borçlu bakımından telafisi ağır ve imkansız sonuçlar doğurabileceğinden, icra mahkemesinin haczedilmezlik şikayeti şekli anlamda kesinleşinceye değin satışı tedbiren durdurması²³

öngörülen yasal yedi günlük süre içinde yapılmış bir itirazın varlığından söz edilemeyeceğinden, icra müdürlüğünün takibin durdurulması yönündeki kararının yasaya uygun bulunduğunu söyleyebilme olanağı yoktur. O halde, alacaklının şikayetinin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanılığın değerlendirilmeyle, ilk derece mahkemesince verilen şikayetin reddine ilişkin karara yönelik istinaf başvurusunun Bölge Adliye Mahkemesince esaslanarak reddedilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.” (12. HD 15.02.2018, 2017/1178, 2018/1392).

- 21 İlamlı takiplerde, takibe konu ilamın bozulmasına karar verildiği takdirde, bozma kararından önce konulmuş hacizler mevcudiyetini muhafaza eder. Bozma tarihi ile alacaklının takibin devamını isteyebileceği tarih arasında satış isteme süresi işlemeyecektir.
- 22 “Takip hukukunda asıl olanın alacaklının alacağına kavuşturulması olup, borçlunun sosyal ekonomik durumu ve daha mütevazı vasıflarda ve semtte bir evde oturabileceği hususları göz önünde bulundurularak Mahkemece, borçlunun haline münasip evi alabileceği miktar yukarıdaki ilkeler doğrultusunda yeni bir bilirkişi aracılığı ile tespit edilip belirlenen bu değer, mahcuzun değerinden az ise mahcuzun satılarak, borçlunun haline münasip ev alması için gerekli bedelin kendisine, artanının dosya borcuna ödenmesine, satışın borçlunun haline münasip ev alabileceği miktardan az olmamak üzere yapılmasına karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz rapora dayalı olarak yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir” şeklindeki gerekçeyle kararın bozulduğu anlaşılmıştır. Somut olayda, borçlunun şikayete konu taşınmazın değeri mahkemece yapılan keşif sonucu 89.400,00 TL, haline münasip evin değeri ise 90.000,00 TL olarak tespit edilmiş olup, bu durumda, mahkemece, haczedilmezlik şikayetinin kabul edilerek taşınmaz üzerindeki haczin kaldırılmasına karar verilmesi yerinde olup, mahkeme kararının onanması gerekirken, bozulduğu anlaşılmakla, karar düzeltme isteminin kabulü gerekmektedir.” (12. HD 17.10.2018, 2413/10046).
- 23 “İİK'nun 59. maddesine göre alacaklı, yapılmasını talep ettiği muamelenin masrafını peşinen öder. Bu durumda, satış talebinin geçerli olabilmesi için satış talebi ile birlikte bir miktar avansın da yatırılması gerekir. Satış talebi, satış avansının yatırıldığı tarihte yapılmış sayılır masrafi yatırılmak kaydıyla alacaklının satış talebinde bulunması durumunda, satış talebi geçerli olup hüküm ve sonuçlarını doğurması için icra müdürlüğünün kararına ihtiyaç

ehemmiyet kesbedecektir²⁴. Kanun yoluna başvurma ihtimalinde satışın duracağına ilişkin düzenleme (İİK m. 364)²⁵, sınırlı bir koruma sağlayacaktır²⁶. Bu sebeple, kanun yolundan önceki safhada icra

yoktur somut olayda; alacaklı tarafından masrafi yatırılarak satış talebinde bulunulduğu, icra müdürlüğüne, "...satış avansı yatırılmış ise de; hacizli taşınmazın kıymet takdiri yapılmamış olup, kıymet takdiri kesinleşmediğinden şu aşamada satış talebinin reddine..." şeklinde karar verildiği görülmektedir. Haczedilmezlik şikayetlerinde, satışın durdurulması yönünde tedbir kararı verilmedikçe, sırf haczedilmezlik şikayetinin derdest olduğundan bahisle satış durmaz. Mahkemece, yazılı gerekçe ile icra müdürlüğü kararına yönelik şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken, olayda uygulama yeri olmayan taşınmazın haczine yönelik şikayetin derdest olduğundan bahisle İİK'nun 364/son maddesi gereğince temyiz yoluna başvurunun, satıştan başka icra işlemlerini durdurmayacağı hükmüne dayanılarak şikayetin reddi doğru değil ise de, sonuçta istem reddedildiğinden, sonucu itibarıyla doğru mahkeme kararının onanması gerekmektedir." (12. HD 14.02.2018, 2016/28327, 2018/1314).

- 24 "Borçlu şirketin usulüne uygun yapılmadığını belirterek ihalenin feshi istemi ile icra mahkemesine başvurduğu, mahkemece, şikayetin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. İİK'nun 364/3. maddesi gereğince, temyiz, satıştan başka icra işlemlerini durdurmaz. Bu hükme göre, takibe yönelik itiraz ve şikayetler hakkında verilen icra mahkemesi kararları kesinleşmeden satış yapılamaz. Bu husus mahkemece de re'sen dikkate alınmalıdır somut olayda, borçlular hakkında genel haciz yoluyla takibe başlanmış ve takibin kesinleşmesi üzerine şikayete konu maden işletme ruhsatına haciz uygulanmıştır. Borçlu şirket söz konusu maden işletme ruhsatına konulan haczin kaldırılması için icra mahkemesine başvurmuş İstanbul 9. İcra Mahkemesi'nin 06/11/2013 tarih ve 2013/31 E.-958 K. sayılı kararı ile haciz kaldırılmıştır. Daha sonra, alacaklının temyiz talebi üzerine Dairemizin 23/01/2014 tarih ve 2013/35294 E.-2014/1596 K. sayılı ilamı ile, Maden Kanunun'da maden işletme ruhsatının haczedilemeyeceğine ilişkin hüküm bulunmadığı gerekçesi ile mahkeme kararı bozulmuş, ancak, mahkemece önceki kararda direnilerek haczin kaldırılmasına karar verilmiştir. İş bu direnme kararı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2015/3115 Esasında kayıtlı olup, henüz sonuçlanmamıştır yukarıda açıklanan aşamalardan da anlaşılacağı ve alacaklının da kabulünde olduğu üzere ihale konusu maden işletme ruhsatına yönelik haczedilmezlik şikayeti hakkında verilen karara ilişkin temyiz incelemesi henüz sonuçlanmamış ve karar kesinleşmemiştir. Haczedilmezlik şikayeti hakkında verilen kararın temyiz tarihi, satış kararı ve ihale tarihinden öncedir. Ayrıca, borçlunun, haczedilmezlik şikayeti sonuçlanmadığından satışın durdurulması talebi de, İstanbul 21. İcra Mahkemesi'nin 28/09/2015 tarih ve 2015/1059 E.-909 K. sayılı kararı ile reddedilmiştir. Diğer bir ifade ile haczedilmezlik şikayeti kesinleşmeden ve borçlunun satışın durdurulması talebi olduğu halde satışa gidilmiştir. O halde, mahkemece, maden işletme ruhsatına uygulanan haczin kaldırılması hakkında verilen icra mahkemesi kararının kesinleşmesi beklenmeden ihale yapılması doğru olmadığından ve dosya kapsamından anlaşılan bu durumun mahkemece re'sen dikkate alınması gerektiğinden yukarıda belirtilen yazılı düzenleme uyarınca ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle istemin reddi isabetsizdir." (12. HD 23.03.2016, 5955/8633).
- 25 "İİK'nun geçici 7.maddesi gereğince halen yürürlükte olan aynı Kanun'un 364/3. maddesine göre; "Temyiz, satıştan başka icra muamelelerini durdurmaz." Somut olayda, borçlu, ihaleye konu Aydın İli Kuşadası İlçesi 295 Parselde kayıtlı bulunan taşınmaza istinaden 28.02.2014 tarihinde meskeniyet şikayetinde bulunmuş, mahkemece şikayetin reddine karar verilmiş, bu karar 04.4.2014 tarihinde temyiz edilmiştir. İhale tarihi 30.4.2014 olup, bu durumda satışın durdurulması gerekirken ihalenin yapılmış olması İİK'nun 364/3. maddesine aykırı bulunmaktadır." (12. HD 13.10.2015, 20586/24303).
- 26 "İİK'nun 364. maddesi, " takip hukukuna müteallik temyizden satıştan başka icra muamelelerini durdurmayacağı" hususunu açıklamıştır. Borçlu Belediye 4.4.2005 tarihli dilekçesi ile haczedilen 51 DR 647 plaka nolu aracın kamu hizmetine tahsisli olduğundan bahisle haczedilmezlik iddiasında bulunmuş ve Niğde İcra Mahkemesinin 2005/59 Esas sayısına kaydedilen bu şikayet sonunda 30.5.2005 tarihinde şikayetin reddine dair verilen karar borçlu Belediyece temyiz edilmesine rağmen, icra memurluğunca 21.7.2005 tarihinde

müdürlüğünce satış yapılabileceğinden, icra mahkemesi tarafından satışın durdurulması hukuki menfaate dayanacaktır. Keza, icra emrine karşı borçlu, murisin mirasını ret ettiğini, buna ilişkin davanın derdest olduğunu ileri sürerek, şikayet marifetiyle mahkemeden takibin durdurulmasını talep edebilecektir.

İcra Mahkemesi, yukarıda saydığımız tahdidi olmayan şikayet sebepleri üzerine re'sen ya da tarafların talebi üzerine icranın durdurulması kararı verebilecektir. Şikayet üzerine, hangi durumlarda icranın durdurulabileceği kanunda yazılı değildir. Dolayısıyla, şikayetin konusu ve niteliğine göre takdir tamamen icra mahkemesine aittir. İcra mahkemesi, belge üzerinden yapacağı incelemede şikayetin haklılığı hususunda ciddi delil ve emare varsa nihai karar tesisine kadar icrayı geçici durdurabilecektir. Keza icra mahkemesi sadece şikayet konusu olan ve bu işleme dayanılarak yapılacak müteakip işlemlerin icrasını durdurabilecek, şikayete konu edilmemiş tüm işlemlerin icrasının durdurulması kararı veremeyecektir. Zira takip hukukunda da taleple bağlılık ilkesi geçerlidir.

A. Kıymet Takdirine Şikayet Halinde Satışın Durdurulması

Kıymet takdiri, icra hukuku bağlamında İcra ve İflas Kanunu ve İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği ile sınırlıdır. Kıymet takdiri, haciz ve satış aşamalarında uygulama alanı bulacaktır. Kıymet takdirinin konusunu, borçlunun parasal değeri haiz, haczi ve devri kabil malvarlığı oluşturacaktır. Kıymet takdirine ilişkin talep ve takdir edilen kıymete itiraz İİK'nun 106. maddesinde öngörülen süreleri kesmez. Dolayısıyla kıymet takdirine şikayet satışın istenmesine engel teşkil etmez²⁷. Lakin satış işlemi, kıymet takdirine şikayet süreci karara bağlandıktan sonra yapılmalıdır²⁸. Zira bu hususa uyulmaması doğrudan ihalenin feshi sebebidir. Bu sebeple, icra müdürlüğü, satış günü verirken, icra

yapılan satışın, feshedilmesini istemiştir. İİK'nun 364. maddesi gereğince haczedilmezlik iddiasının reddine dair karar temyiz edildiğine göre satışın durdurulması gerekir. Bu hükme aykırı olarak yapılan satışın da feshi gerekir." (12. HD 09.05.2006, 7382/10989).

27 "Kıymet takdiri kesinleşmeden satış yapılmamakla birlikte, kıymet takdiri yapılmadan da satış istenebilir. Diğer bir anlatımla, kıymet takdirinin yapılmaması sadece satışın yapılmasına engel olur. İcra Müdürünün ret kararının ayrıca İcra Hakimliğince iptalinin talep ve dava edilmesine gerek dahi olmadan mahkemece re'sen nazara alınması anılan madde hükümlerine uygun olacaktır." (23. HD 08.03.2016, 2015/4595, 2016/1418).

28 "Bedeli paylaşımına konu taşınmaz, davalı alacaklı tarafından 04.08.1997 tarihinde haczedilmiştir. İİK'nun 106 ve 110. maddeleri uyarınca haczedilen taşınmazın iki yıl içinde satışının istenmemesi halinde haciz düşer. Kıymet takdirine ilişkin talep ve takdir edilen kıymete itiraz İİK'nun 106. maddesindeki süreleri kesmez. Zira kıymet takdirine itiraz satışın istenmesine engel değildir. Ancak, satış, itiraz karara bağlandıktan sonra yapılmalıdır." (19. HD 17.01.2003, 2002/5442, 2003/272).



mahkemesine açılan kıymet takdirine şikayet davasının akıbetine göre, kıymet takdirine şikayet sonuçlandıktan sonra satış günü vermelidir. Şayet satış günü itibariyle kıymet takdir şikayeti karara bağlanmamış ise, satış düşürülmelidir. Çünkü kıymet takdiri yapılmadan satış talebinde bulunulması mümkün ise de, kıymet takdiri kesinleşmeden satış gerçekleştirilemeyeceğinden, kıymet takdirinin kesinleşmesi önem taşıyacaktır²⁹. Şayet, kıymet takdiri kesinleşmeden icra müdürlüğüne satış günü verilmiş ve söz konusu şikayet icra mahkemesinin önüne gelmiş ise icra mahkemesi satışı geçici olarak durdurmalıdır. Ancak, icra mahkemesi, eldeki kıymet takdirine şikayetin süresinde açılıp açılmadığını kontrol etmeli ve süresinde açıldığını belirledikten sonra kıymet takdirine şikayet nihayete ulaşmadan, önceki tarihli tesis edilen satışı durdurmalıdır. Şayet kıymet takdirine şikayet süresinde açılmamış ise, kıymet takdirine şikayet için icra müdürlüğü satışı düşüremeyeceği gibi, icra mahkemesinin de satışı durdurması takibin amacı ve ölçülülük ilkesine denk düşmeyecektir.

B. İhalenin Feshi Şikayeti ve İhtiyati Tedbir Kararı

İcra ve İflas Kanunu 134. maddesinde düzenlenen ihalenin feshi müessesesi hem taşınmaz hem de taşınır mallar için uygulama alanı bulacaktır. İhalenin feshi isteminin reddine dair karar kesin hüküm teşkil etmekle birlikte, ihalenin feshi talebinin reddedilmiş olması, geçerli bir hukuki sebebe dayalı tescil zorunluluğunu kaldırmayacak, bir diğer ifadeyle, illetten mücerretlik vaziyeti doğurmayacaktır³⁰. Bu sebeple, yolsuz tescile dayalı davalar (TMK m. 1024, 1025), mülkiyet hakkına dayalı olarak her zaman ikame edilebilecektir³¹.

29 BORAN- Güneysü Nilüfer, **İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri**, Ankara 2020, s. 203.

30 "Bilindiği üzere, İcra İflas Kanunu'nun 134. maddesi hükmü çerçevesinde ihalenin usulsüzlüğünden bahisle feshi istenebileceği gibi, ihale sonucu edinilen mülkiyete dayalı tescilin yolsuz olduğu ileri sürülerek, tapu iptal ve tescil davası açılmasına da yasal engel yoktur. Öte yandan, İİK'nun 18. inci maddesi uyarınca icra yargılaması basit usule tabidir. Aynı yasanın 134. maddesinin ikinci fıkrasında ise, "ihalenin feshi, BK.' nun 226. maddesinde yazılı sebepler de dahil olmak üzere, yalnız tetkik merciinden şikayet yoluyla ihale tarihinden itibaren yedi gün içinde istenebilir. İlgililerin ihale yapıldığı ana kadar cereyan eden muamelelerdeki yolsuzluklara en geç ihale günü itila peyda ettiği kabul edilir" hükmü düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere anılan hükümler, icra hukuku ile sınırlı olan, basit yargılamaya tabi bulunan ve İcra Tetkik merciinden şikayet yoluyla istenebilen fesihleri tanımlamaktadır. Bu kapsamda kalan bir soruşturma ve değerlendirmenin, tapu kayıtlarının oluşumundaki illilik prensibi karşısında mülkiyet hakkının illetini teşkil eden nedenin varlığına ya da yokluğuna delalet edemeyeceği; değişik ifadeyle, ihalenin feshi isteklerinin reddedilmiş olması keyfiyetinin, temelde yolsuz tescil nedenini ortadan kaldırmayacağı kabul edilmelidir." (1. HD 03.05.2011, 63/5251)

31 "Eldeki davada, yukarıda açıklanan iddianın içeriği ve ileri sürülüş biçimi itibariyle davanın

İhalenin feshi için kanunda fesih istemeye hakkı olan kişilerin şikayet marifetiyle icra mahkemesine başvurması gerekir. Dolayısıyla talep olmaksızın icra mahkemesi ihalenin feshine re'sen karar veremez. Taşınmaz ya da sicile bağlı malvarlığının ihale sürecine karşı 7 gün içinde açılan ihalenin feshi davalarında, icra müdürlüğü tescil yazısını ilgili kuruma göndermeden önce, icra müdürlüğü, icra mahkemesinden şikayete konu malvarlığı hususunda ihalenin feshi davası açılıp açılmadığını sormak ve bu konuda mahkeme ve icra müdürlüğü karşılıklı eş güdüm içinde olmak zorunda olduğundan, üçüncü kişiler bakımından bu aşamada hak kazanımı söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla bu ihtimalde ihtiyati tedbir tesisinde hukuki yarar bulunmayacaktır. İcra ve İflas Kanunu'nda icra mahkemelerine ihtiyati tedbir kararı alabilme yetkisi veren genel bir düzenleme yoktur, ancak, ihalenin feshi üzerine şikayetçinin istemi ya da mahkemece re'sen ihtiyati tedbir niteliğinde karar verilmesi mümkün olabilmelidir³². Örnek bağlamında, icra mahkemesi, ihalenin feshi üzerine herhangi bir sebeple ihale alıcısı adına tescil yapılmışsa, iyiniyetli üçüncü kişilere malın temlik ve o kimselerin taşınmaz üzerinde iyi niyetle hak elde etmelerini önleyici şerh kararı verebilmelidir³³. Kanaatimizce, icra mahkemesi genel mahkeme olmadığından, ihtiyati tedbir kararı veremeyeceği düşünülse de, ihalenin feshi davasının niteliği gereği, üçüncü kişilerin iyi niyetinin bertarafı (TMK m.1023) noktasında takip hukukunun bünyesine aykırı düşmedikçe, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki ilgili hükümler takip hukukunda da uygulanacaktır.

İhalenin feshi şikâyetinin kabul edilmesine karşın, üçüncü kişiler lehine bir hak doğuyorsa, işlemin geri alınması söz konusu olmayacaktır. İhalenin feshi kararına rağmen ihale edilen mal, ihale alıcısı tarafından iyiniyetli bir üçüncü kişiye satılır ise, kazanımı korunacağı için ihale işlemi geri alınmayacaktır³⁴.

II. İTİRAZ

İtiraz, maddi ya da takip hukukuna ilişkin sebeplere binaen icra takibine karşı gelinmesidir. İtiraz, genellikle takip konusu yapılan

çekişme konusu taşınmaz kaydının davalı taraf adına oluşumunun illetten yoksun olduğu, bu nedenle yolsuz tescil niteliğinde bulunduğu iddiasına dayalı olduğu T.M.K.'nin 1024 ve 1025.maddesi hükmü uyarınca bu tür davaların davacıların mülkiyet hakkına dayalı olarak her zaman açılabileceği kuşkusuzdur." (1. HD 16.03.2011, 934/3051).

32 ARSLAN Ramazan, *İcra İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, Ankara 1984, s.187.

33 ARSLAN, s.188.

34 PEKCANİTEZ, *Şikayet*, s. 136.



alacağa yöneliktir. İtiraz imza ve borca yönelik olarak tecelli edecektir. Ödeme emrine itiraz, alacaklının alacağının mevcut olup olmadığının tetkik edilmesinden önce borçluya tanınan bir savunma çaresidir. İlamsız takipte borçluya gönderilen ödeme emrine karşı alacağın varlığı araştırılmadan süresi içinde yapılacak itiraz beyanı ile takip duracaktır³⁵. Dolayısıyla, ilamsız takipte itiraz ile duran takibe devam edebilmek, itirazın kaldırılması ya da itirazın iptali davası açmak marifetiyle alacaklının muhtariyetindedir. İpoteğin paraya çevrilmesi marifetiyle takipte ödeme emrine itiraz hakkında, adi haciz yoluyla takibe ilişkin İİK'nun 62 ila 72. madde hükümleri uygulanacağından (İİK m. 150/a-1.cümle), taşınır veya taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi marifetiyle takipte ödeme emrine karşı borçlunun itiraz iradesi ile duran takibi devam ettirmek isteyen alacaklı, itirazı hükümden düşürmek için icra mahkemesinde itirazın kaldırılması ya da genel mahkemede itirazın iptali davası ikame edip, itirazın kaldırılması yahut iptalini sağlamalıdır. Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe karşı borca ve imzaya itiraz icra mahkemesine yapılacaktır. Ne var ki, bu itiraz doğrudan takibi durdurma gücünden yoksundur. İcra takibinin durdurulması icra mahkemesinin bu konudaki ara kararına bağlıdır. Aşağıda hangi hallerde icranın geçici durdurulmasına karar verilebileceği ayrıntılı olarak incelenecektir.

A. Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yolu İle Takipte Borca ve İmzaya İtirazın Takibe Etkisi

Kambiyo senetlerine mahsus ilamsız takibe karşı, borçlu, İİK'nun 168. maddesinin 5. fıkrasında sayılan sebeplere istinatla; borçlu olmadığı, borcun itfa edildiği veya mehil verildiği yahut alacağın zamanaşımına uğradığı ve yetki itirazları ile birlikte 5 gün içinde icra mahkemesine başvurabilir. Bu itiraz, satıştan başka icra takip işlemlerini durdurmaz. Şayet icra mahkemesi, borçlunun itiraz dilekçesinde ibraz ettiği belgelerden İİK 168/5. maddesinde sayılan itiraz sebeplerinin varit olduğu kanaatine ulaşırsa, esas hakkındaki karara kadar icra takibinin geçici durdurulmasına karar verebilir. İİK 169/a,2'ye göre icra mahkemesi, borçlunun itiraz dilekçesinde ekli olarak verdiği belgelerden, borcun ödendiği veya ertelendiği ya da kambiyo senedinin metninden alacağın zamanaşımına uğradığı yahut borçlunun borçlu olmadığı

³⁵ Somut olayda, Ankara 4. İcra Hukuk Mahkemesinin 2014/1214 esas 2014/1387 karar sayılı ilamı ile icra takibinin öğrenme tarihinin 22/11/2014 olarak düzeltilmesine karar verildiği görülmüştür. Bu durumda takip kesinleşmeden konulan hacizlerin kaldırılması gerekir." (12. HD 25.05.2015, 3597/14149).

ve icra dairesinin yetkili olmadığı kanaatine varırsa, dosya üzerinden itirazın esası hakkındaki kararına kadar icra takibinin geçici olarak durdurulmasına karar verebilecektir. Söz konusu kararın verilmesini, borçlu, icra mahkemesinden talep edebileceği gibi, icra mahkemesi de kendiliğinden itirazın esası hakkındaki kararına kadar icra takibinin³⁶ geçici durdurulmasına karar verebilecektir. Çünkü İİK 169/a,2'de borçlunun talebi şartına yer verilmemiştir. İcra hakiminin takdirine bağlı olan bu geçici durdurma kararı bir ihtiyati tedbir niteliğinde olup³⁷, borçlunun itirazlarını kanıtlamak için sunduğu belgelerin altındaki imzanın borçluya ait olup olmadığı hususunda karara varılmadan önce verilen geçici bir hukuki himaye kararıdır. Dolayısıyla söz konusu geçici durdurma kararı, icra mahkemesinin, itirazın esası hakkında vereceği karara kadar icra takibine devam edilmemesi yönünde hukuki koruma sağlayacaktır³⁸. Keza borçlu kambiyo senedine bağlı haciz takibinde, ödeme emrinin tebliğinden itibaren beş gün içinde takip konusu kambiyo senedinin altındaki imzanın kendisine ait olmadığını açıkça ileri sürerek icra mahkemesine itiraz edebilir (İİK 168/4)³⁹. Aksi halde, o icra takibi yönünden kambiyo senedi altındaki imza kabul

36 "İhtiyati haciz bir icra takip işlemi olmayıp, asıl icra takip işlemine yardımcı olan, güvence sağlayan, koruyucu nitelikte bir kurum ve bizzat icra takip işlemine dönüşmeye elverişli, yapılacak icra takibinden veya açılacak davadan önce uygulanan bir nevi tedbir işlemidir. Bu nedenle, ihtiyati tedbir kararında, özellikle tedbirin ihtiyati hacizleri de kapsadığı belirtilmediği sürece, icra takiplerinin durdurulması yönünde verilen tedbir kararı, ihtiyati haczin infazını engellemez." (12. HD 08.11.2017, 2016/22333, 2017/13818).

37 Konuralp, s.105.

38 "Somut olayda, Adana 13. İcra Müdürlüğü'nün 2015/6290 E. sayılı takip dosyasından, yazılan talimat doğrultusunda Çarşamba İcra Müdürlüğü'nce şikayete konu menkullerin 17.04.2015 tarihinde ihtiyaten haczedildiği, Adana 1. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2015/256 Esas sayılı dosyasından ise 21.04.2015 tarihinde, dava sonuçlanıncaya kadar takibin geçici olarak durdurulmasına karar verildiği görülmüştür. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.06.1968 gün ve 1967/805 E. - 1968/475 K. sayılı ve 23.01.2008 tarih, 2008/12-25 E. - 2008/3 K. sayılı kararlarında da kabul edildiği üzere, ihtiyati haciz, bir icra takip işlemi olmayıp, asıl icra takip işlemine yardımcı olan, güvence sağlayan, koruyucu nitelikte bir kurum ve bizzat icra takip işlemine dönüşmeye elverişli, yapılacak icra takibinden veya açılacak davadan önce ya da takip veya dava sırasında uygulanan bir nevi tedbir işlemidir. Bu nedenle icra mahkemesince verilen takibin geçici durdurulmasına dair karar ihtiyati haczin infazını engellemez." (12. HD 03.05.2017, 278/6953).

39 "Borca itiraz halinde İİK'nun 169/a maddesinin 6. fıkrası gereğince takip muvakkaten durdurulmuş ise, borca itirazın reddi halinde borçlu, diğer tarafın isteği üzerine takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere tazminata mahkûm edilir. İİK. nun 169/a maddesinin 6. fıkrası gereğince, ancak takibin muvakkaten durdurulması halinde tazminata hükmedilebileceğinden, somut olayda ise mahkemece verilmiş bir durdurma kararı bulunmadığı gibi borca itirazın ise yine aynı yasanın 168/5. maddesi uyarınca örnek 10 ödeme emrinin tebliğinden itibaren 5 gün içerisinde ileri sürülmediği anlaşıldığından, borçlu aleyhine tazminata hükmedilmesi isabetsiz olup, kararın bu nedenle bozulması gerekir ise de, anılan yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını zorunlu kılmadığından kararın düzeltilerek onanması gerekmektedir." (12. HD 02.03.2015, 2014/30070, 2015/4235).



edilmiş sayılacaktır. Borçlunun kambiyo senedi altındaki imzanın kendisine ait olmadığı yönündeki bu açık itirazı, satıştan başka icra takip işlemlerini durdurmayacaktır (İİK m.170/1 c.2). İcra mahkemesi imza itirazı üzerine, dosya üzerinden yapacağı incelemede itiraz dilekçesi ve ekindeki belgelerden edindiği bilgi ve kanaatine göre, imza itirazını ciddi görmesi halinde esas hakkındaki kararına kadar icra takibinin geçici durdurulmasına karar verebilecektir (İİK m.170/2). İcra mahkemesinin bu kararı da ihtiyati tedbir mahiyetinde olup⁴⁰, itirazın esası hükme bağlanıncaya kadar icra takibi ilerlemeyecek⁴¹ ve bu bağlamda haciz yapılamayacaktır. Söz konusu geçici durdurma kararı da borçlunun talebi üzerine veya icra mahkemesince resen verilebilecektir⁴². Geçici hukuki himaye niteliğindeki tedbir kararı imzanın esası hakkında karar verilmeye değin hukuki himaye sağlayacaktır⁴³. Ne var ki, itiraz kural olarak satıştan başka işlemleri durdurmaz ise de icra mahkemesi imzaya

40 "Borçlunun iddiası, İİK'nun 168/5. maddesine dayalı borca itiraz niteliğindedir. Bu durumda, itiraz hakkında İİK'nun 169/a maddesinin uygulanması gerekmekte olup; anılan maddenin 6. fıkrasında borçlunun itirazının icra mahkemesince esasa ilişkin nedenlerle reddi halinde takibin muvakkaten durdurulmuş olması koşuluyla alacaklının isteği üzerine borçlunun takip konusu alacağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere tazminata mahkûm edileceği hükme bağlanmıştır. Somut olayda; 04.04.2016 tarihli ara kararında %15 teminat karşılığında takibin tedbiren durdurulmasına karar verildiği, belirlenen teminatın 05.4.2016 tarihinde yatırılması üzerine, mahkemece icra dairesine takibin geçici olarak durdurulması için müzekkere yazıldığı görülmektedir. Bu durumda, borçlunun borca itirazı esasa ilişkin nedenlerden reddedilmiş olup icra takibi muvakkaten durdurulduğuna göre; alacaklının isteği bulunduğu da gözetilmek suretiyle İİK'nun 169/a-6.maddesindeki açık düzenleme gereğince borçlu aleyhine tazminata hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir" (12. HD 21.02.2018, 2016/27950, 2018/1704).

41 "Somut olayda, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibi, sözü geçen tedbir kararından sonra 04/03/2016 tarihinde başlatılmış olup, Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nce icra takiplerinin "durdurulması" ile sınırlı olarak tedbir kararı verildiği, icra hâkiminin de mahkemenin vermiş olduğu bu kararı yorumlayamayacağı dikkate alınarak tedbir kararından sonra açılan takibin durdurulmasına karar verilmesi gerekirken, takibin iptali yönünde hüküm tesisi isabetsiz olup, hükmün bu nedenle bozulması gerekir ise de, anılan yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını zorunlu kılmadığından kararın düzeltilerek onanması gerekmiştir." (12. HD 24.04.2018, 2016/30928, 2018/3522).

42 Konuralp, s.107.

43 "İİK'nun 170/3. maddesine göre; icra mahkemesi, 68/a maddesinin 4. fıkrasına göre yapacağı inceleme sonunda, inkar edilen imzanın borçluya ait olmadığına kanaat getirirse itirazın kabulüne karar verir. İnkâr edilen imzanın borçluya ait olduğu anlaşılırsa ve itiraz ile birlikte takip İİK'nun 170/2. maddesine göre durdurulmuşsa, borçlu sözü edilen senede dayanan takip konusu alacağın %20'sinden aşağı olmamak üzere inkar tazminatına ve takip konusu alacağın %10'u oranında para cezasına mahkûm edilir ve itiraz reddedilir. Somut olayda, mahkemece, tensip ara kararı ile 25/11/2015 tarihinde takibin geçici olarak durdurulduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda da açıklandığı üzere, İİK'nun 170/3. maddesinde; takibin muvakkaten durdurulması halinde tazminata ve para cezasına hükmedileceğinin belirtildiği, somut olayda da bu şartın gerçekleştiği dikkate alınarak, borçlu aleyhine takip konusu alacağın % 10'u oranında para cezasına hükmolunması gerekirken, bu husus gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir." (12. HD 16.01.2018, 2016/26390, 2018/185).

itiraz dilekçe ekinde ibraz edilen belgelerden imza itirazının ciddi olduğu kanaatine ulaşırsa itiraz ile ilgili nihai kararına kadar icra takibinin geçici durdurulmasına karar verebilir⁴⁴. Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile ilamsız takipte, süresi içinde yapılan imza itirazı ile birlikte, mahkemece takibin geçici olarak durdurulması faraziyesinde, alacaklının haciz isteme safhası inkıtaya maruz kalacağından, bu aşamada kötü niyetli borçluların mal kaçırmaları takip hukukunda silahların eşitliği ve ölçülülük ilkesine aykırı ise de alacaklı söz konusu muvazaalı malvarlığı devrine karşı tasarrufun iptali davası ikamesi ile hacze devam imkânı sağlayacaktır. Hatta bu dava ile söz konusu tasarrufa ilişkin her türlü takyidat alacaklıya karşı hükümsüz olduğu gibi, tasarrufa konu malvarlığına tesis edilen ipotek alacağı da %50 üzerinden ihaleye çıkacaktır.

Takibin geçici durdurulması kararı, genel mahkemeden verilen ihtiyati haciz kararının uygulanmasına engel teşkil edecek midir? Ya da tasarrufun iptali davasında verilen iptal kararının akıbeti ne olacaktır? Kanaatimizce icra mahkemesi tarafından tesis edilen takibin geçici durdurulması kararı, somut takip ile sınırlı olup, genel mahkemeler tarafından tesis edilen ihtiyati haciz ve tasarrufun iptali kararlarını etkilemeyecektir. Hatta genel mahkemece tesis edilen ihtiyati haciz kararının icrası da yapılacaktır. Haciz sırasındaki üçüncü kişilerin mülkiyet iddiası da İİK 96 ve devamında düzenlenen istihkak prosedürüne göre çözümlenecektir. İcra mahkemelerince tesis edilen takibin geçici durdurulması kararı, icra işlemlerini akamete uğratıp, bir sonraki aşamaya geçmesini önleyen ve takibi mevcut haliyle dondurmaya müncerdir. Dolayısıyla takibin durdurulması kararından önce tesis edilen karar ve aşamalara etki etmesi düşünülemez⁴⁵. Zira takibin geçici durdurulması kararı ile takibi

44 "Somut olayda; 04.04.2016 tarihli ara kararında %15 teminat karşılığında takibin tedbiren durdurulmasına karar verildiği, belirlenen teminatın 05.4.2016 tarihinde yatırılması üzerine, mahkemece icra dairesine takibin geçici olarak durdurulması için müzekkere yazıldığı görülmektedir. Bu durumda, borçlunun borca itirazı esasa ilişkin nedenlerden reddedilmiş olup icra takibi muvakkaten durdurulduğuna göre; alacaklının isteği bulunduğu da gözetilmek suretiyle İİK'nun 169/a-6.maddesindeki açık düzenleme gereğince borçlu aleyhine tazminata hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir." (12. HD 21.02.2018, 2016/27950, 2018/1704).

45 "Somut olayda, Karşıyaka 1. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 2016/286 E. sayılı dosyasında verilen 14.06.2016 tarihli tedbir ara kararı ile takibin geçici olarak durdurulmasına karar verildiği, icra müdürlüğünce tedbire ilişkin karar tarihinden sonra 22.06.2016 tarihinde borçlunun taşınmazına haciz konulduğu görülmüştür. Karşıyaka 1. İcra Hukuk Mahkemesi'nce takibin geçici olarak durdurulması yönünde verilen tedbir kararı kararın verildiği 14.06.2016 tarihi itibarıyla hüküm doğurur. Mahkemece takibin durdurulması yönünde karar verildiğine göre tedbir kararından sonra konulan haciz hükümsüzdür. O halde mahkemece, taşınmaz üzerine konulan 22.06.2016 tarihli haczin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir." (12. HD 09.05.2017, 2467/7401).



geriye alınması ya da hiç yapılmamış konumuna gelmesi söz konusu olmayacaktır. Takip hukukunda geçerli ölçülülük ilkesi gereğince tarafların menfaatlerinin aynı kefedede dengelenmesi gerektiğinden, daha önce gerçekleşen takibin kesinleşmesi ya da hacizlerin mürtefi kılınması mümkün olmayıp, takibin bir sonraki aşamaya geçişini engellemeye matuftur.

B. Adi Ya Da Resmi Senede Dayalı Takibe Karşı Sahtelik İtirazının (HMK m. 209) Takibe Etkisi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu 209. maddesi yazı ve imza inkârını adi senetler ile resmi senetler bakımından farklı düzenlemiştir. Adi senetlerin her zaman geriye dönük olarak düzenlenmeleri mümkün olup, adi bir senede karşı ileri sürülen sahtelik iddiası dava ve takiplerde herhangi bir işleme esas alınmaması icap edeceğinden⁴⁶, doğrudan takibi durdurması da söz konusu olmayacaktır⁴⁷. Ancak, HMK 209. maddesinin sahteliği iddia

46 ERDÖNMEZ Güray, *Adi Ve Resmi Senette Sahtelik İddiasının Hukuk Davalarına ve İcra Takiplerine Etkisi*, **TBB Dergisi**, 2016, S. 123, (s. 147- 208), s. 151.

47 “Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile yapılan takipte, takibe konu kambiyo senedi altındaki imzaya itiraz, İİK’nun 170. maddesinde özel olarak düzenlendiğinden, imza inkarı nedenine dayalı sahtelik iddiası hakkında, sonraki genel kanun olan HMK’nun 209. maddesi uygulanamaz. İmza itirazı, İİK’nun 170/1. maddesi uyarınca satıştan başka icra takip muamelelerini durdurmaz. Ancak icra mahkemesi itirazla ilgili kararına kadar takibin geçici olarak durdurulmasına karar verebilir (İİK m. 170/2). Öte yandan sahtelik iddiasının imza itirazı dışındaki bir nedene (yazıda sahtelik) dayanması halinde Dairemiz, İcra ve İflas Kanunu’nda bir düzenleme bulunmadığından HMK’nun 209. maddesinin uygulanması gerektiği görüşünde iken, daha sonra içtihat değişikliğine gidilerek, senet üzerinde bulunan yazıdaki sahtelik iddiasının borca itiraz niteliğinde olup, bu konunun da İİK’nun 169/a maddesinde düzenlenmiş olması nedeniyle, HMK’nun 209. maddesinin bu yönden de uygulama yerinin olmadığı görüşü benimsenmiştir. İcra mahkemesi, önüne gelen itiraz ve şikayetleri, İcra ve İflas Kanunu’nda düzenlenen özel usul kurallarını uygulayarak takip hukuku bakımından kesin hükme bağladığından, anılan mahkemenin kararları kural olarak maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımaz. Bu nedenle borca veya imzaya itirazın incelenmesi sırasında sahtelik iddiasına dayalı olarak genel mahkemelerde açılan davaları bekletici mesele yapamayacağı gibi takibin durdurulmasına da karar veremez. Sadece İİK’nun 169/a-2. maddesi uyarınca itirazın esası hakkındaki kararına kadar icra takibinin muvakkaten durdurulmasına karar verebilir. İcra mahkemesince takibe konu alacakla ilgili bir karar verilmiş olması, aynı alacak hakkında genel mahkemelerde dava açılmasına engel oluşturmaz. Borçlunun sahtelik nedenine dayalı olarak açtığı menfi tespit davası, İİK’nun 72. maddesi kapsamında bir dava olup, anılan maddedeki usule göre mahkemeden alınacak ihtiyati tedbir kararı ile icra takibi durdurulabilir. Sahtelik nedeniyle açılan menfi tespit davası gibi, cumhuriyet savcılığına aynı nedenle yapılan şikayet ve ceza mahkemesinde açılan dava da kendiliğinden icra takibini durdurmaz ve bekletici mesele yapılamaz. Ancak cumhuriyet savcılığı veya ceza mahkemesince tedbir kararı verilirse icra takibi durdurulabilir. Yukarıda açıklanan ilke ve kurallar ışığında, takibin kesinleşmesi öncesi veya sonrasında takibe konu senedin sahteliğinin iddia edilmesi, HMK’nun 209. maddesi uyarınca takibin durdurulması sonucunu doğurmaz. Anılan hüküm, genel mahkemelerde açılan davalarla ilgili olarak senedin hiçbir işleme esas alınamayacağını, başka bir anlatımla delil olarak kullanılmayacağını öngörmekte olup, icra takibine etkisi yoktur. Somut olayda, borçluların ödeme emri tebliği üzerine yasal sürede icra mahkemesine takibe konu bonoda

edilen senedin hiçbir işleme esas alınamayacağına ilişkin amir hükmü göz önüne alındığında⁴⁸; takibin durması için tedbir kararına lüzum olmadığı, sahtelik iddiası üzerine kendiliğinden duran icra takiplerine ilk derece mahkemesinin tesis ettiği karar, şekli anlamda kesinleşinceye kadar hiçbir işlem yapılmayacağı savunulmuştur⁴⁹. Bu görüş bağlamında, HMK 209. madde hükmünün imza ve borca itiraz bakımından ayırım yapılmaksızın kambiyo senetlerine özgü takiplerde de uygulama alanı bulup, sahtelik iddiasının takibi durduracağı ve ayrı bir tedbir kararına lüzum olmadığı da vurgulanmıştır⁵⁰. Aynı görüş bağlamında, İİK'nun 72. maddesine dayalı menfi tespit davasında, HMK'nun 209. maddesinin göz ardı edilmesinin ihtiyati tedbir marifetiyle dahi icra takibini durduramayacağı ve borçlunun haklı olmasına rağmen mallarının haczi ve satışını önleyemeyeceği ileri sürülmüştür⁵¹. Öğretide bu görüşlere karşılık olarak, İcra ve İflas Kanunu hükümlerinin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 209. maddesine nazaran özel hüküm niteliğinde olduğu, takip hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda ve hususiyetle İİK'nun imzaya itiraz hakkındaki hükümleri öncelikli olarak işlerlik kazanıp, imzaya itiraz halinde, İİK'nun 170. maddesinin uygulanması zorunlu olduğundan, genel nitelikteki HMK 209. maddesinin uygulama alanı bulamayacağı⁵²

tahrifat yapıldığına ilişkin bir başvurusu bulunmadığı gibi borçluların bu iddiası İİK'nun 169/a maddesindeki borca itiraz niteliğinde olup ödeme emrinin tebliğinden itibaren süresi içerisinde icra mahkemesine bu yönde yapılmış bir başvuru olması halinde icra mahkemesince incelenmesi mümkündür. Öte yandan, Didim Cumhuriyet Başsavcılığı'nca verilmiş takiplerin durdurulmasına yönelik tedbir kararı mevcut olmadığı icra takip dosyası içeriği ile sabittir. Bu durumda, mahkemece, itirazın reddine karar verilmesi gerekirken, HMK'nun 209. maddesi uyarınca icra takibinin durdurulması yönünde hüküm tesisi isabetsizdir." (12. HD 30.04.2018, 2016/31754, 2018/3908).

48 "Mahkemece yukarıda özetlendiği üzere itirazın kabulüne karar verilmiş ise de 6100 sayılı HMK'nun 209. maddesi hükmü ihtiyati haciz konulmasına engel olmadığı gibi ihtiyati tedbir kararı takibin durdurulmasına ilişkin olup, ihtiyati haciz kararı verilmesine engel bir durum oluşturmadığından, itirazın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle kabulü isabetli görülmemiş ve hükmün bozulması gerekmiştir." (11. HD 15.02.2016, 1324/1482).

49 ERDÖNMEZ, s. 185.

50 ERDÖNMEZ, s. 185; UYAR Talih, Takip Dayanağı Senedin Sahte Olduğu İleri Sürülerek İcra Takibinin Teminatsız Durdurulması, *İBD* 2013/2, s. 488; AKİL Cenk, Takip Konusu Adi Senetteki Sahtelik İddiasının İcra Takibine Etkisi, *DEÜHFD*, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 2412.

51 AKİL, s. 2417.

52 "Borçlunun sahtelik nedenine dayalı olarak açtığı menfi tespit davası, İİK'nun 72. maddesi kapsamında bir dava olup, anılan maddedeki usule göre mahkemeden alınacak ihtiyati tedbir kararı ile icra takibi durdurulabilir. Sahtelik nedeniyle açılan menfi tespit davası gibi, cumhuriyet savcılığına aynı nedenle yapılan şikayet ve ceza mahkemesinde açılan dava da kendiliğinden icra takibini durdurmaz ve bekletici mesele yapılamaz. Ancak cumhuriyet savcılığı veya ceza mahkemesince tedbir kararı verilirse icra takibi durdurulabilir. Yukarıda açıklanan ilke ve kurallar ışığında, takibin kesinleşmesi öncesi veya sonrasında takibe konu senedin sahteliğinin iddia edilmesi, HMK'nun 209. maddesi uyarınca takibin durdurulması sonucunu doğurmaz. Anılan hüküm, genel mahkemelerde açılan davalarla



ve takibin durmasının da söz konusu olamayacağı savunulmuştur⁵³. Kaldı ki, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe konu senedin imza inkarı sebebi ile sahteliğinin iddia edilmesi ihtimalinde, İİK'nun 170/1. maddesi gereği satış dışında hiçbir takip işlemi durmayacaktır. Dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 209. maddesindeki düzenleme, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte senetdeki imzaya itiraz halinde işlerlik kazanmayacak, icra mahkemesi tarafından takibin geçici olarak durdurulmasına karar verilebilecektir⁵⁴. Keza kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe karşı senetdeki imzanın sahteliği ileri sürülerek açılan menfi tespit davası da, İİK'nun 72. maddesi, HMK'nun 209. maddesine nazaran özel hüküm niteliğiyle uygulama alanı bulacaktır⁵⁵. Kanaatimizce, gerek kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte imza ve borca itiraz; gerekse İİK'nun 72. maddesine dayalı menfi tespit davalarında takibin geçici durdurulması⁵⁶, takip hukukuna mahsus hükümler muvacehesinde çözümlenip⁵⁷, ancak

ilgili olarak senedin hiçbir işleme esas alınmayacağını, başka bir anlatımla delil olarak kullanılamayacağını öngörmekte olup, icra takibine etkisi yoktur." (12. HD 23.06.2014, 14583/18248).

- 53 KURU Baki, Hukuk Davasında Adi Senetdeki İmzanın İnkâr Edilmesinin İcra Takibine Etkisi, **Legal- Mihder**, 2012, C. 8, S. 23, s. 8, 9.
- 54 Börü Levent, Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yolu İle Takipte İmzaya İtirazın Takibi Durdurup Durdurmayacağına Değerlendirilmesi, **Batider**, 2012-4, s. 262.
- 55 Börü, s. 263.
- 56 "Borçlunun sahtelik nedenine dayalı olarak açtığı menfi tespit davası, İİK'nun 72. maddesi kapsamında bir dava olup, anılan maddedeki usule göre mahkemeden alınacak ihtiyati tedbir kararı ile icra takibi durdurulabilir. Sahtelik nedeniyle açılan menfi tespit davası gibi, cumhuriyet savcılığına aynı nedenle yapılan şikâyet ve ceza mahkemesinde açılan dava da kendiliğinden icra takibini durdurmaz ve bekletici mesele yapılamaz. Ancak cumhuriyet savcılığı veya ceza mahkemesince tedbir kararı verilirse icra takibi durdurulabilir." (12. HD 20.04.2015, 1965/10281).
- 57 "İcra mahkemesi, önüne gelen itiraz ve şikâyetleri, İcra Ve İflas Kanunu'nda düzenlenen özel usul kurallarını uygulayarak takip hukuku bakımından kesin hükme bağladığından, anılan mahkemenin kararları kural olarak maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımaz. Bu nedenle borca veya imzaya itirazın incelenmesi sırasında sahtelik iddiasına dayalı olarak genel mahkemelerde açılan davaların bekletici mesele yapamayacağı gibi takibin durdurulmasına da karar veremez. Sadece İİK.nun 169/a-2. maddesi uyarınca itirazın esası hakkındaki kararına kadar icra takibinin muvakkaten durdurulmasına karar verebilir. İcra mahkemesince takibe konu alacakla ilgili bir karar verilmiş olması, aynı alacak hakkında genel mahkemelerde dava açılmasına engel oluşturmaz. Borçlunun sahtelik nedenine dayalı olarak açtığı menfi tespit davası, İİK'nun 72. maddesi kapsamında bir dava olup, anılan maddedeki usule göre mahkemeden alınacak ihtiyati tedbir kararı ile icra takibi durdurulabilir. Sahtelik nedeniyle açılan menfi tespit davası gibi, cumhuriyet savcılığına aynı nedenle yapılan şikâyet ve ceza mahkemesinde açılan dava da kendiliğinden icra takibini durdurmaz ve bekletici mesele yapılamaz. Ancak cumhuriyet savcılığı veya ceza mahkemesince tedbir kararı verilirse icra takibi durdurulabilir. Yukarıda açıklanan ilke ve kurallar ışığında, takibin kesinleşmesi öncesi veya sonrasında takibe konu senedin sahteliğinin iddia edilmesi, HMK'nun 209. maddesi uyarınca takibin durdurulması sonucunu doğurmaz. Anılan hüküm, genel mahkemelerde açılan davalarla ilgili olarak senedin hiçbir işleme esas alınmayacağını, başka bir anlatımla delil olarak kullanılamayacağını öngörmekte olup, icra takibine etkisi yoktur." (12. HD

mahkeme kararı ile takibin durdurulmasına karar verilebilecektir⁵⁸. Bu sebeple, takip hukukunda hüküm bulunmayan hallerde bünyesine denk düştüğü oranda işlerlik kazanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁵⁹, adi belgelerin sahtelik iddiasını düzenleyen 209. maddesi sonraki tarihli yürürlüğe girmesine bakılmaksızın uygulama alanı iktisap edemeyecek

14.04.2014, 8911/10755).

- 58 "Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile yapılan takipte, takibe konu kambiyo senedi altındaki imzaya itiraz, İİK'nun 170. maddesinde özel olarak düzenlendiğinden, imza inkarı nedenine dayalı sahtelik iddiası hakkında, sonraki genel kanun olan HMK'nun 209. maddesi uygulanamaz. İmza itirazı, İİK'nun 170/1. maddesi uyarınca satıştan başka icra takip muamelelerini durdurmaz. Ancak icra mahkemesi itirazla ilgili kararına kadar takibin geçici olarak durdurulmasına karar verebilir (İİK m. 170/2). Öte yandan sahtelik iddiasının imza itirazı dışındaki bir nedene (yazıda sahtelik) dayanması halinde Dairemiz, İcra ve İflas Kanunu'nda bir düzenleme bulunmadığından HMK'nun 209. maddesinin uygulanması gerektiği görüşünde iken, daha sonra içtihat değişikliğine gidilerek, senet üzerinde bulunan yazıdaki sahtelik iddiasının borca itiraz niteliğinde olup, bu konunun da İİK'nun 169/a maddesinde düzenlenmiş olması nedeniyle, HMK'nun 209. maddesinin bu yönden de uygulama yerinin olmadığı görüşü benimsenmiştir. İcra mahkemesi, önüne gelen itiraz ve şikayetleri, İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen özel usul kurallarını uygulayarak takip hukuku bakımından kesin hükme bağladığından, anılan mahkemenin kararları kural olarak maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımaz. Bu nedenle borca veya imzaya itirazın incelenmesi sırasında sahtelik iddiasına dayalı olarak genel mahkemelerde açılan davaları bekletici mesele yapamayacağı gibi takibin durdurulmasına da karar veremez. Sadece İİK'nun 169/a-2. maddesi uyarınca itirazın esası hakkındaki kararına kadar icra takibinin muvakkaten durdurulmasına karar verebilir. İcra mahkemesince takibe konu alacakla ilgili bir karar verilmiş olması, aynı alacak hakkında genel mahkemelerde dava açılmasına engel oluşturmaz borçlunun sahtelik nedenine dayalı olarak açtığı menfi tespit davası, İİK'nun 72. maddesi kapsamında bir dava olup, anılan maddedeki usule göre mahkemeden alınacak ihtiyati tedbir kararı ile icra takibi durdurulabilir. Sahtelik nedeniyle açılan menfi tespit davası gibi, cumhuriyet savcılığına aynı nedenle yapılan şikayet ve ceza mahkemesinde açılan dava da kendiliğinden icra takibini durdurmaz ve bekletici mesele yapılamaz. Ancak cumhuriyet savcılığı veya ceza mahkemesince tedbir kararı verilirse icra takibi durdurulabilir yukarıda açıklanan ilke ve kurallar ışığında, takibin kesinleşmesi öncesi veya sonrasında takibe konu senedin sahteliğinin iddia edilmesi, HMK'nun 209. maddesi uyarınca takibin durdurulması sonucunu doğurmaz. Anılan hüküm, genel mahkemelerde açılan davalarla ilgili olarak senedin hiçbir işleme esas alınmayacağını, başka bir anlatımla delil olarak kullanılmayacağını öngörmekte olup, icra takibine etkisi yoktur." (12. HD 30.04.2018, 2016/31754, 2018/3908
- 59 "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, İcra ve İflas Kanunu'nda bir hüküm olmayan hallerde, ancak İcra ve İflas Kanunu'nda açıkça gönderme olması (İİK 50, 68/a-4 gibi) veya bu kanunun özel veya genel hükümlerine aykırı olmaması (zorunlu dava arkadaşlığı) hallerinde uygulanabilir. Bu ilkeler ışığında HMK'nun 209/1. maddesinin ilamsız icra takiplerine etkisi değerlendirilmelidir. Bu maddeye göre "adi bir senetdeki yazı veya imza inkar edildiğinde, bu konuda bir karar verilinceye kadar, o senet herhangi bir işleme esas alınmaz." Bu maddenin icra takiplerinde uygulanması gerektiğine ilişkin olarak İcra ve İflas Kanununda bir hüküm bulunmamaktadır. Kambiyo senetlerine özgü haciz yolu ile yapılan takipte, takibe konu kambiyo senedi altındaki imzaya itiraz, İİK'nun 170. maddesinde özel olarak düzenlendiğinden, imza inkarı nedenine dayalı sahtelik iddiası hakkında, sonraki genel kanun olan HMK'nun 209. maddesi uygulanamaz. İmza itirazı, İİK'nun 170/1. maddesi uyarınca satıştan başka icra takip muamelelerini durdurmaz. Ancak icra mahkemesi itirazla ilgili kararına kadar takibin geçici olarak durdurulmasına karar verebilir (İİK. M. 170/2)." (HGK, 08.06.2016, 2014- 12/1128, 2016/774).



ve takibin kendiliğinden durması söz konusu olmayacaktır. Buna karşın, resmi senetlere yönelik sahtelik iddiası icra takibini doğrudan durdurmayacaktır. Zira resmi senetler sahteliği bir mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar işleme esas alınacakları kanun gereğidir (HMK m. 209/2). Nitekim sahtelik iddiası, resmi senetlere dayanılarak verilen ihtiyati tedbir kararlarını da etkilemeyecektir⁶⁰. Resmi senetler hakkında suç duyurusu ve cezai soruşturma başlatılması da doğrudan icra takibini durdurmayacaktır⁶¹. Resmi senedin sahte olduğuna ilk derece mahkemesi tarafından karar verilmesi halinde, kanun yolu tükeninceye kadar ihtiyati tedbir marifetiyle takibin durmasına karar verilmesi gerektiği de savunulmuştur⁶².

C. Gecikmiş İtiraz Üzerine Takibin Durdurulması

Gecikmiş itiraz, borçluya kusuru olmaksızın bir engel sebebiyle ödeme emrinin tebliğinden itibaren kanuni süre içinde itiraz edilememesi halinde paraya çevirme işlemi bitinceye kadar engelin zevalinden itibaren üç gün içinde icra mahkemesine başvurarak itirazda bulunma imkânı veren bir takip hukuku kurumudur. Bu ihtimalde, itiraz üzerine icra mahkemesi ancak gecikme sebebiyle nitelik ve hadisenin özelliklerini de göz önüne alarak takibi geçici olarak durdurabilecektir. Nitekim İİK. 65/3. madde içeriği de buna matuftur. Özellikle adi haciz yoluyla ilamsız takiplerde, itiraz doğrudan takibi durdurduğundan, icra mahkemesi gecikmiş itiraz halinde, gecikme sebebinin niteliği ve somut olayın özelliklerini de dikkate alarak, öncelikle borçlunun mazeretinin haklı ve doğru olduğu kanaatine ulaşırsa, mazeretin kabul edilip edilmediği noktasında bir karar verinceye kadar borçlu lehine takibin durdurulması yönünde karar alabilecektir⁶³. İcra mahkemesi takibin durdurulması gerekip gerekmediği hakkında karar tesis ettikten sonra borçlunun bildirdiği mazeretin yerinde olup olmadığını tetkik edecektir. İcra mahkemesi borçlunun mazeretini yerinde görürse, söz konusu gecikmiş itiraz süresinde yapılmış bir itiraz gibi hukuki sonuç doğuracağından, mazeretin kabulü ile takip de duracaktır.

60 ERDÖNMEZ, s. 167.

61 ERDÖNMEZ, s. 170.

62 ERDÖNMEZ, s. 172.

63 İlamsız takiplere karşı usulsüz tebliğ şikayetinin esası hakkında karar verilmesi, harici bir takım delillere muhtaç olup, söz konusu delillerin toplanması zaman alacaksa, icra mahkemesi şikayet konusundaki kararına kadar icra takibinin geçici durdurulmasını karar verebilecektir.



III. İSTİHKAK DAVALARINDA TAKİBİN GEÇİCİ DURDURULMASI

İcra İflas Kanunu 96 ile 99 maddeleri arasında hacizden doğan istihkak davaları düzenlenmiştir. İstihkak iddiasına konu olan mal, hak ya da alacağın haciz esnasında borçlunun ya da üçüncü şahsın elinde olmasına göre istihkak davacısı farklılık gösterecektir. Şayet, haciz esnasında mal borçlunun elinde bulunuyorsa, üçüncü şahıs, alacaklıya tevcihen; üçüncü şahsın elinde bulunuyorsa, alacaklı, üçüncü şahsa karşı istihkak davası açacaktır. İİK'nun 97. maddesine göre, malın borçlu elindeyken haczedilmesi halinde, istihkak iddialarına karşı alacaklı veya borçlunun itirazı üzerine istihkak prosedürü ve icra mahkemesinin istihkak iddia edilen mallar hakkında yürütülen takibin devamı ile ilgili tesis edeceği ihtiyati tedbir kararlarına yer verilmiştir. İİK'nun 99. maddesine göre ise, mal haciz sırasında borçlu elinde olmayıp, mülkiyet, rehin ya da başka bir hak iddiasıyla üçüncü şahıs elinde bulunması ihtimalinde de farklı bir istihkak prosedürüne yer verilmiştir. Bu ihtimalde icra müdürü, üçüncü şahıs aleyhine icra mahkemesine müracaat için alacaklıya yedi günlük süre verip, bu süre içerisinde dava açılmazsa üçüncü şahsın istihkak iddiası kabul edilmiş sayılacaktır. Dolayısıyla İİK 99. maddesine göre yapılan istihkak iddiasında, istihkaka konu mal ile ilgili takibin ertelenmesi konusunda icra mahkemesince ihtiyati tedbir kararı verilip verilmeyeceği hususunda açıklık bulunmamaktadır. Lakin bu faraziyede, mal, üçüncü şahıs elinde haczedildiği ve istihkak davasındaki uyuşmazlık çözülmedikçe, üçüncü kişi zilyetliğinde meydana gelen hak karinesinin aksi ispatlanmadığı için o mal hakkındaki takip, istihkak davası sonuçlanıncaya kadar kendiliğinden duracaktır. Bu sebeple icra mahkemesinin dava konusu mal hakkında takibin ertelenmesine karar vermesine gerek yoktur. Kaldı ki, bu ihtimalde icra mahkemesi takibin devamına da karar veremeyecektir. Zira istihkak iddiası, cebri icranın durdurulması talebini de havidir⁶⁴. Borçlu ile üçüncü şahıs, taşınır bir malı haciz esnasında birlikte uhdelerinde bulunduruyor ise mülkiyet karinesi borçlu elinde sayıldığı için istihkak davası yine üçüncü şahıs tarafından açılacaktır. İcra ve İflas Kanunu 96. maddesine göre, borçlunun elinde bulunurken haczedilen bir mal hakkında borçlu veya üçüncü bir şahıs tarafından istihkak iddiasında bulunulursa, icra dairesi bunu haciz zaptına geçerek, taraflara bildirecektir. Ayrıca, icra müdürlüğü istihkak iddiasına karşı itirazları olup olmadığı hususunda alacaklı ve borçluya üç günlük süre verecektir. Alacaklı ve borçlu itirazda bulunmadıkları takdirde,

64 ASLAN Kudret, **Hacizde İstihkak Davası**, Ankara 2005, s. 315.



istihkak iddiasını kabul etmiş sayılırlar. İstihkak iddiasına ilişkin dosyanın icra müdürlüğü tarafından icra mahkemesine gönderilmesine müteakip, üçüncü kişinin istihkak iddiasına dayalı delillerinin haklılığı noktasında belge üzerinden kanaat getiren icra mahkemesi, istihkak iddia edilen mal üzerinde icra takibinin ertelenmesine karar verebilecektir⁶⁵. Söz konusu takibin durdurulması istihkak davası kesinleşinceye kadar, istihkaka konu malın satışının yapılmamasını tazammun eder. Takibin ertelenmesi kararı için üçüncü şahsın talepte bulunmasına gerek olmayıp, istihkak iddiası, takibin ertelenmesi talebini de havidir. Yukarıda bahsettiğimiz üzere, icra mahkemesinin takibin durdurulmasına ilişkin kararı, yalnızca, istihkaka konu mahcuz mal ve satışına münhasır olup, mahkeme, esas icra takibinin tümüyle durdurulmasına karar veremez. Zira alacaklının aynı dosya üzerinden icra takibinin devamına ilişkin işlemleri ile haciz talebi kısıtlanamayacaktır. İcra İflas Kanunu 97. maddesinin 9. fıkrasına göre, üçüncü şahıs, haczi öğrendiği tarihten itibaren 7 gün içinde icra mahkemesine istihkak davası açabilecektir. Söz konusu davada icra mahkemesi, üçüncü şahsın talebi üzerine takibin durdurulması hakkında da yukarıda açıkladığımız hükümler çerçevesinde karar vermek zorundadır. Söz konusu karar dosya üzerinden de verilebilecektir. Bu ihtimalde icra mahkemesi, üçüncü şahsın talebi üzerine yapacağı incelemede hacizli mal satılmamışsa, malın satışının durdurulmasına, şayet satılmış ve bedeli alacaklıya ödenmemiş ise, söz konusu satış bedelinin alacaklıya ödenmemesine karar verebilecektir. Bu dava sonuçlanıncaya kadar İİK 106. maddesindeki süreler işlemez. Takibin geçici durdurulması kararı sonrası haksız çıktığı takdirde alacaklının muhtemel zararlarına karşı⁶⁶, istihkak iddiasında bulunan üçüncü

65 "İİK. 97/6. fıkrasında, üçüncü şahsın icra mahkemesi kararının tefhim veya tebliğinden itibaren yedi gün içinde icra mahkemesine istihkak davası açması gerektiği düzenlenmiştir. İcra Müdürlüğü'nce İİK'nun 96/1-2. maddelerindeki istihkak prosedürü yürütülerek, alacaklının süresinde itirazı halinde; İİK'nun 97. maddesi uyarınca dosyanın, takibin devamı veya durdurulması hakkında bir karar vermek üzere İcra Mahkemesine tevdi edilmesi gerekir. Üçüncü kişi, bu kararın tebliğinden itibaren yedi gün içinde dava açabilir. Bu çerçevede takibin durdurulması kararı dava açma yükümlülüğünün yer değiştirmesine neden olmadığından, takibin devamı veya durdurulmasına ilişkin her iki halde de dava açma yükümlülüğü 3. kişidedir. Bu nedenle dava açması için 3. kişiye yedi gün süre verilmesine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmadığı gibi, takibin talikine karar verilmesiyle yetinilmesi gerekirken, 3. kişi tarafından İİK'nun 97. maddesi kapsamında usulüne uygun olarak açılmış bir dava bulunmadığı halde, istihkak iddiasının kabulüne karar verilmesi de hatalı olmuştur." (8. HD 06.06.2017, 2015/18072, 2017/8864).

66 "İİK'nun 97/13. maddesinde; "İstihkak davası üzerine takibin talikine karar verilip de neticede dava reddolunursa alacaklının alacağından bu dava dolayısıyla istifası geciken miktarın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere davacıdan tazminat alınmasına hükmolunur." düzenlemesi yer almaktadır. Buradaki tazminat kötü niyet değil, esasen alacaklı lehine getirilmiş bir gecikme tazminatı olarak nitelendirilmelidir. Alacaklı yararına

şahıstan İİK 36. maddesinde gösterilen teminatın alınmasına da karar verilir. Her ne kadar istihkak davalarına umumi hükümler dairesinde bakılıp, her türlü delil ileri sürülebilir ise de; istihkak davalarında amaç, hacizli mal üzerinde üçüncü kişinin iddia ettiği hakkın, maddi hukuka göre mevcut olup olmadığının tespit edilmesi değildir. Aksine davanın amacı, haczedilen belli bir mal üzerinde cebri icranın cereyan edip etmeyeceğinin belirlenmesidir. Yani istihkak davası sadece takip hukuku alanında ve derdest somut icra takibi bakımından sonuç doğurabilir. Bu nedenle dava sonunda verilen karar da yalnız derdest takip bakımından kesin hüküm teşkil edebilir. Söz konusu karar başka bir takip bakımından kesin hüküm teşkil etmez. Lakin ilgililerin hak ve hukuki durumlarını maddi hukuk zaviyesinden açık ve kesin olarak belirlediği için adalet ve hakkaniyet ile usul ekonomisine uygunluğun sağlanması için maddi anlamda kesinliğin kabulünün hukuki bir zorunluluk olduğu da vurgulanmıştır⁶⁷. Davanın konusu menkul mülkiyeti olduğundan, kesinleşmeden icra edilemeyecektir. İcra mahkemesi tarafından verilecek icranın geçici durdurulmasına matuf tedbir kararı, istihkak davasına konu mallar ve satış işlemi ile sınırlı olarak verilmelidir. Aksi halde, aynı dosyadan alacaklının yeni haciz talebi akamete maruz kalacaktır.

IV. MENFİ TESPİT DAVALARINDA TAKİBİN GEÇİCİ DURDURULMASI

Takip hukuku, şekli kurallara göre alacaklıya en az masraf ve süratle alacağına kavuşma imkanı bahşeden ve belge sistemine göre kurgulanmış bir cebri icra yoludur. Bu sebeple, alacağın maddi hukuk bakımından gerçekte mevcut olup olmadığı belirlenmediğinden ötürü, kişiler hakikatte borçlu olmadığı parayı cebri icra tehdidi altında

tazminata hükmedilebilmesi için anılan yasal düzenleme kapsamındaki tüm koşulların bir arada bulunması; buna göre üçüncü kişinin istihkak iddiasının reddinin yanı sıra takibin ya da satışın ertelenmesi kararının da bulunması gerekir. Somut olayda, davalı alacaklının 21.04.2016 tarihli cevap dilekçesinde tazminat talebinde bulunduğu ve ayrıca mahkemece verilen 22.03.2016 tarihli ön inceleme hazırlık tutanağının 8 nolu ara kararı ile takibin geçici olarak durdurulmasına karar verildiği görülmektedir. Bu durumda, davacı 3.kişinin açtığı istihkak davası reddolduğundan ve davalı alacaklı vekilinin İİK'nun 97.maddesine dayalı olarak tazminat istemi bulunduğu ve gönderilen takip dosyasındaki bilgilere göre geçici durdurma kararı takip dosyasında da fiilen uygulandığından alacaklı lehine hükmedilecek tazminatın koşullarının oluştuğunun kabulü gerekir. Bu sebeple, verilen durdurma kararının icra takip dosyasında uygulandığı ve fiilen takibin durduğu nazara alınmaksızın teminat gösterilmediğinden bahisle ilk derece mahkemesince hükmedilen tazminatın Bölge Adliye Mahkemesince kaldırılması kararı doğru görülmemiş, alacaklının tazminata ilişkin temyiz itirazlarının kabulü ile Bölge Adliye Mahkemesince tazminata ilişkin olarak verilen ret kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir." (8. HD 27.03.2018, 2017/17141, 2018/10012)

67 TANRIVER Süha, *İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, Ankara 1996, s. 61.



ödemek zorunda kalabilecektir. Kişiler, takip hukukunun öngördüğü süreleri ihmal edebileceği gibi⁶⁸, belge sistemine dayalı yargılamayı iyi yönetemediği için ödeme zorunluluğuna maruz kalabilecektir. Kaldı ki, İcra ve İflas Kanunu'na göre bir takip hukuku münasebeti başlatmak hiçbir şart ve kayda tabi değildir. Dolayısıyla alacağın maddi hukuk yönünden gerçekten mevcut olup olmadığı hususunun belirlenmesinde borçlunun hukuki menfaati bulunmaktadır. Borçlunun henüz borcu ödmeden önceki safhada maddi hukuka göre genel mahkemelerde borçlu olmadığının tespiti için ikame ettiği yasal yol, menfi tespit davası olarak tesmiye edilmiştir. Borcun icra dairesine ödenmesinden sonra ikame edilecek dava, menfi tespit değil, istirdat talebine matuf olacaktır. Ne var ki her iki davanın da istihdaf ettiği hususiyet takip konusu yapılan borcun borçlusu olmadığına müncerdir. Borçlu icra takibinden önce ya da takipten sonra menfi tespit davası açabilecektir. Her iki ihtimal aşağıda ayrı başlık altında incelenecektir.

A. İcra Takibinden Önce Menfi Tespit Davası İkamesi

Menfi tespit davası ile hakikatte mevcut olmayan borç için, alacaklı takip yapmadığı sürece söz konusu davanın takip hukuku bakımından bir fonksiyonu doğmasa da⁶⁹, dava edilen borç ilişkisi cihetinden maddi hukuk bağlamında kesin hüküm etkisi doğacaktır. Borçlu tarafından menfi tespit davası ikame edildikten sonra borç ilişkisinin sujesi olan alacaklı tarafından icra takibi yapılması ihtimalinde, menfi tespit davası doğrudan takibi durdurma güç ve etkisini haizdir. Söz konusu dava, kötü niyetli borçlular tarafından takibi akamete uğratıp, alacaklının alacağına geç kavuşması saiki güdebileceği gibi, kötü niyetli alacaklıların haksız takip marifetiyle gerçekte olmayan bir alacağı tahsil etmek amacını

68 Ceza hukukunda vücut bulan kanunu bilmemek mazeret değildir amir hükmü, takip hukukunda da geçerli olup, hiç kimse, takip hukukundaki süreleri bilmediğini ileri sürerek, hak iddia edemeyecektir. Kaldı ki, ilgililer, İcra ve İflas Kanunu'ndaki süreleri sözleşme ile değiştiremezler.

69 "Borçlu maddi hukuk bakımından ödemekle yükümlü olmadığı bir alacak talebiyle karşılaşmışsa menfi tespit davası açmakta hukuki yararının bulunduğu kabul edilmelidir borçlunun, hakkında henüz icra takibi başlamadan önce de yapılabilecek olası bir takibi düşünerek, kendisini bir borçla tehdit eden kimseye karşı "böyle bir borcu bulunmadığının saptanması" için dahi menfi tespit davası açabileceği kabul edilmesi karşısında, davacının davalının yukarıda anılan ve kendisini bir borçla tehdit eden cevabi ihtarı sonrasında, bu davayı açmasında hukuki yararının bulunduğu hiçbir kuşku olmadığı gibi, böyle bir davayı açmasına da hiçbir hukuki engel bulunmamaktadır. Tüm bu açıklamalar ve özellikle İİK'nun 72. maddesinde icra takibinden önce de menfi tespit davası açılmasına cevaz verilmesi karşısında, mahkemece; işin esasına girilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yanılığlı değerlendirme neticesinde yazılı gerekçe ile davanın hukuki yarar yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya uygun görülmemiş, hükmün bozulmasını gerektirmiştir." (3. HD 06.07.2017, 2016/4417, 2017/ 11255).

engellemeye yönelik de olabilecektir. Bu sebeple, menfi tespit davasına bakan mahkemenin alacaklı ve borçlu arasında menfaat dengesi kurarak takibin durdurulması talebini değerlendirmesi takip hukukunda geçerli ölçülülük ilkesinin bir gereğidir. Alacaklının başlattığı takip üzerine borçlu menfi tespit davasının görüldüğü mahkemeden takibin durdurulmasını talep edebilir⁷⁰. Mahkemece teminat karşılığı takibin durdurulması hakkında tedbir kararı verilecektir. Kanun metninden de anlaşılacağı üzere icra takibinden önce açılan menfi tespit davası takibi kendiliğinden durdurmayacaktır. Kanun'da geçen %15 teminat ise alacaklının ihtiyati tedbir sebebiyle alacağını geç tahsil etmekten dolayı uğradığı zararı telafi etmeye matuftur⁷¹. Menfi tespit davasına bakan mahkeme icra takibin durdurulması yönündeki talebi kabul etmek zorunda değildir. Mahkeme dosyanın içeriği ile takip dosyasını birlikte değerlendirip, müspet ya da menfi bir karar itihaz edecektir. Mahkemece icra takibinin durdurulması yönünde ihtiyati tedbir kararı verilirse, icra takibi olduğu yerde durur. İcra takibinin geldiği aşama

70 “Uyuşmazlığın çözümünde hangi madde hükmünün uygulanması gerektiğinin normlar hiyerarşisi kurallarına göre çözümlenmesi gerektiği tartışmasıdır. “Yasaların çatışması” olarak da adlandırılan bu gibi durumlarda; sonraki norm, öncekinin yerini alır (LexPesteriorderagetpriori); özel kanun, genel kanundan önce gelir, (Le Specialis Per generalemnonderagatur); 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 ilişkin 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’nın 72/4. c.1. maddesi hükmü mutlaktr (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.” (HGK, 12.03.2019, 12- 276-279).

71 “Öte yandan İİK’nın 72/4 maddesi uyarınca alacaklı lehine tazminata hükmedilebilmesi için ihtiyati tedbir kararının anılan yasa hükmü uyarınca verilmiş olması gerekir. Oysa somut olayda 6100 sayılı HMK’nın 209/1 maddesi uyarınca takip konusu edilen bononun herhangi bir işleme esas alınmayacağı gerekçesiyle ihtiyati tedbir mahiyetinde ilgili icra dairesine bildirilmesine karar verilmiştir. HMK’nın 209. maddesine dayanılarak verilen bu karar uyarınca İİK’nın 72/4 maddesinde öngörülen tazminata hükmedilemeyeceği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması diğer bir bozma nedenidir.” (19. HD 25.01.2016, 2015/2631, 2016/715).



itibariyle yapılan işlemler varlığını muhafaza eder. Mahkemece icranın durdurulması yönündeki ihtiyati tedbir kararı ile zamanaşımı durur. Dolayısıyla, borçlu takibin durmasından sonraki dönem için alacağın zamanaşımına uğradığını ileri sürerek icranın geri bırakılmasını talep edemez⁷². Şayet menfi tespit davası ile icra takibi aynı gün yapılmışsa, icra takibinin daha önce yapıldığını kabul etmek İİK 72. maddesinin gerekçesinden mühlhemdir⁷³. İhtiyati haciz kararından veya ihtiyati haciz kararının icrasından sonra lakin icra takibinden önce ikame edilen menfi tespit davası da İİK 72. maddesindeki icra takibinden önce ikame edilen dava kategorisine dahildir. Nitekim öğretilerde İİK 72. maddesindeki icra takibinden maksadın icra takip işlemini⁷⁴ değil, icra takip talebini havi olduğu, dolayısıyla ihtiyati haciz kararı ya da icrasından sonra ancak icra takip talebinden önce ikame edilen menfi tespit davası olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur⁷⁵. Şayet menfi tespit davasına bakan mahkemece ihtiyati haciz kararının icrasından önce talep üzerine tedbir marifetiyle icra takibi durdurulursa, ihtiyati haczin icrası duracak, buna karşın, ihtiyati haciz kararının icrasından sonra takip durdurulmuş ise, ihtiyati hacze bir etkisi olmayıp, varlığı devam edecektir⁷⁶.

B. İcra Takibinden Sonra Menfi Tespit Davası İkamesi

Borçlu, icra takibinden sonra borçlu olmadığı yönünde genel mahkemelerde uyuşmazlık konusu borç ilişkisinin varlığı ve miktarı noktasından kesin hükme ulaşmak için dava açabilecektir. Elbette ki, borçlu olmadığının tespitinde hukuki menfaatinin varlığı, dava şartı olarak değerlendirilecektir (HMK m.114). Nitekim kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibe itiraz, kendiliğinden icrayı durdurmayacağından, borçlunun menfi tespit davası açmakta hukuki menfaati bulunacaktır⁷⁷. Kaldı ki, ilamsız takibe itiraz da doğrudan icra takibini durdurmasına rağmen, borçlu menfi tespit davası açabilecektir. Zira biteviye borçluyu takip ve dava tahakkümü altında tutmak hukuki dinlenilme ve anayasal dava açma hakkına müdahale anlamı taşıyacaktır. İcra takibinden sonra açılan menfi tespit davası mevcut takipleri durdurma etki ve gücünden

72 KURU Baki, *İcra Ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası*, Ankara 2003, s. 31.

73 KURU, *Menfi Tespit*, s. 34.

74 ARSLAN Aziz Serkan, *İcra Takip İşlemleri*, Ankara 2018, s. 27. "İcra organları tarafından borçluya karşı yapılan, borçlunun hukuki durumuna zarar vermeye elverişli olan, cebri icranın alacaklı yararına ilerlemesi amacına yönelik işlemlerdir"

75 KURU, *Menfi Tespit*, s. 35.

76 KURU, *Menfi Tespit*, s. 35.

77 KURU, *Menfi Tespit*, s. 44.

yoksundur. Menfi tespit davasının görüldüğü mahkeme dahi ihtiyati tedbir marifetiyle icra takibinin durdurulmasına karar veremeyecektir (İİK m. 72/3). Ancak, mahkeme alacaklının alacağını geç tahsil etmesinden mütevellit zararları karşılamak için alacağın % 15'den az olmamak üzere gösterilecek teminat karşılığında icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesi hususunda ihtiyati tedbir kararı verebilecektir (İİK m. 72/3–2. cümle)⁷⁸. Bu ihtimalde mahkeme ihtiyati tedbir kararı vermek zorunda olmayıp, takdir hakkı mevcuttur⁷⁹. Ancak, borçlu, İİK'nun 72/3 uyarınca mahkemenin tedbir kararında belirlenen miktar ve borcunu işlemiş faiz ve icra giderleriyle birlikte karşılayan toplam nakit parayı icra dosyasına yatırması halinde borçlunun malları haczedilmeyeceği gibi, borçlunun talebi üzerine hacizlerin kaldırılması icap edecektir⁸⁰. Bu faraziyede, hacizler kalkacağı için⁸¹ icra dosyasına yatan paranın dava sonuna kadar alacaklıya ödenmemesi noktasında tedbir kararı alınabilmelidir⁸². Menfi tespit davası, alacaklı lehine neticelenirse, ihtiyati tedbir kararı kalkar⁸³.

78 “Somut olayda, mahkemece 19/12/2014 tarihli ara karar ile % 15 teminat yatırıldığı takdirde icra veznesindeki paranın alacaklıya ödenmemesine karar verildiği, teminatın yatırılması üzerine 11/03/2015 tarihinde icra müdürlüğüne ilgili tedbir kararının gönderildiği, bu hali ile takibin İİK'nun 169/a maddesinin 6. fıkrasında belirtilen şekilde durdurulmadığı görülmektedir. O halde mahkemece, itirazı reddedilen borçlunun yukarıda açıklanan yasal düzenlemeye aykırı şekilde tazminatla sorumlu tutulması isabetsiz olup, hükmün bu nedenle bozulması gerekir ise de; anılan yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını zorunlu kılmadığından mahkeme kararının düzeltilerek onanması gerekmiştir.” (12. HD 12.04.2016, 6681/10765).

79 KURU, Menfi tespit, s. 53.

80 UYAR Talih, Menfi Tespit Davalarında Takibin Durdurulması İçin Borçlu Tarafından Yatırılan Teminatın İşlevi, **TBB**, Mayıs 2018, S. 136, s. 400.

81 “İİK'nun 85. maddesi uyarınca, borçlunun mal ve haklarından, alacaklının ana para, faiz ve masraflar dahil tüm alacağına yetecek miktarı haczolunur. Buna göre, dosya alacağının tamamının icra müdürlüğüne yatırılması halinde, mevcut hacizler aşkın hale geleceği gibi, hacizlerin devam etmesinde alacaklının da hukuki yararı kalmayacağından kaldırılmaları gerekir. Somut olayda, icra müdürlüğünün 10.02.2014 tarihli dosya hesabında, bakiye borç miktarı olarak hesaplanan 504.000,00 TL'nin, borçlu şirket tarafından icra müdürlüğüne yatırıldığı dosya arasına alınan banka dekontu ve icra müdürlüğünün 11.02.2014 tarihli tahsilat makbuzundan anlaşılmaktadır. O halde mahkemece şikayetin kabulü ile hacizlerin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.” (12. HD 22.05.2017, 2016/14955, 2017/7736).

82 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN- ÖZKAN/ ÖZEKES, **İcra ve İflas Hukuku**, Ankara 2012, s. 237.

83 “Borçluların talebiyle İstanbul Anadolu 12. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2012/530 E. sayılı dosyasından 21.02.2014 tarihinde icra müdürlüğüne yazılan “Mahkememizin 2012/530 Esas sayılı dosyasında açılan menfi tespit davasında takibin durmasına ilişkin Mahkememizin 28.06.2012 tarihinde ihtiyati tedbir kararı verilmiştir. Mahkememizce yapılan yargılama sonunda 2013/646 nolu karar ile davanın reddine karar verilmiş olup, ihtiyati tedbir kararı hakkında herhangi bir karar verilmemiştir. HMK'nun 397/2 maddesi gereğince aksi belirtilmediği takdirde nihai kararın kesinleşmesine kadar devam edeceği düzenlenmiştir” şeklindeki yazı içeriğinden anlaşılacağı üzere mahkemece ihtiyati tedbirle ilgili karar verilmediği açıkça vurgulanmış olup, HMK'nun 397/2 maddesi zikredilmekle yetinilmiştir.



Söz konusu hükmün kesinleşmesi üzerine⁸⁴ alacaklı, ihtiyati tedbir marifetiyle icranın durmasından mütevellit alacağına geç ulaşmaktan dolayı uğradığı zararlarını gösterilen teminattan alacaktır (İİK m. 72/4). Mahkeme tarafından, menfi tespit davasının reddine karar verilmiş olsa bile mutlak surette alacaklı lehine tazminata hükmedilmez. Zira söz konusu tazminat, sadece menfi tespit davasının reddine müncer olmayıp⁸⁵, alacaklının ihtiyati tedbir marifetiyle alacağına geç ulaşmasından doğan zararları karşılamaya matuf ve mahsustur⁸⁶. Bu sebeple, mahkemece alacaklı lehine hükmedilen tazminatın, davacı borçlu tarafından yatırılan teminattan mahsubu ile hüküm kesinleştikten sonra alacaklıya ödenmesine karar vermesi usul ekonomisi ilkesi ile hakkaniyete denk düşecektir. Nitekim böylesi bir hüküm, borçlunun alacaklıları tarafından teminatın haczine yönelik tevessülleri de akim kılacaktır. Mahkeme veznesine teminat olarak yatırılan para, üçüncü kişideki alacak mesabesinde olduğundan (İİK m. 89), alacaklının alacakları tarafından, haczi istenebilecektir⁸⁷. Zira teminat üzerinde alacaklı, İİK 36. maddesi gereği rüçhan hakkını haiz değildir. Şayet menfi tespit davası borçlu lehine hükme bağlanırsa takip derhal durur. İlamın kesinleşmesi üzerine içeri gereği ayrıca hükme hacet kalmaksızın icra kısmen ya da tamamen eski hale iade olunur.

Şu hâliyle ihtiyati tedbiri açıklayan nitelikte bir mahkeme kararı bulunmayıp, anılan yazı da mahkeme kararına dayanmamaktadır. O hâlde; icra takibinin durdurulması yönünde verilen ihtiyati tedbir kararı, İİK'nın 72/4. maddesi hükmü gereğince menfi tespit davasının reddi kararı ile birlikte kendiliğinden kalkacağından ve kararda ihtiyati tedbirin devamı yönünde bir hüküm de bulunmadığından, icra memurunun kararı veren mahkemenin bu konudaki görüşü ile bağlı olmaksızın kanun hükmünü kendiliğinden gözetmek suretiyle alacaklının talebi üzerine kararın kesinleşmesi beklenmeksizin, borçluların mal, hak ve alacaklarına haciz uygulanmasında yasaya uymayan bir yön yoktur." (HGK, 12.03.2019, 12- 276-279).

- 84 Menfi tespit davanın gerek reddi, gerekse kabulü maddi anlamda kesin hüküm oluşturacaktır. Zira dava konusu alacağın varlığı ya da yokluğu maddi hukuk bakımından kesin olarak belirlenmiş olacaktır.
- 85 "Dava, İİK'nın 72.maddesine göre açılmış menfi tespit davasıdır. Dava sırasında yerel mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararında iş bu davada uygulama yeri bulunmayan HMK'nın 209/1.maddesine dayanılmış olması davanın niteliğini değiştirmez. Bu itibarla açtığı menfi tespit davasında ihtiyati tedbir kararını alarak takibin devamını engelleyen ve dava sonunda haksız olduğu anlaşılan davacı Erdinç Özcan aleyhine ve davalı alacaklı lehine İİK'nın 72/4.maddesi gereğince tazminata hükmedilmesinde herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır." (19. HD 10.09.2018, 2017/1388, 2018/3978).
- 86 UYAR, Teminat, s. 402.
- 87 Haczin konusu, borçlunun haczi ve devri kabil parasal değer taşıyan taşınır, taşınmaz mal ve hakları ile üçüncü kişilerdeki alacakları oluşturur. Haciz esnasında tarafların menfaat dengesi ve borçlunun da gerektiği kadar korunması için öngörülen hacizde tertip ilkesi gereği borçlunun öncelikle çekişmesiz malları haczedilir. Keza yokluğu borçluya en az yük teşkil eden malvarlığının haczi de hacizde tertip kuralının bir gereğidir.

İİK'nun 89. maddesi gereğince haciz ihbarnamesine itiraz etmeyen ya da borçluya ait mal, hak yahut alacak zimmetinde⁸⁸ sayılan üçüncü kişi⁸⁹, borçlu mesabesinde olacağından⁹⁰, üçüncü haciz ihbarnamesinin tebliğinden itibaren on beş gün içinde takip alacaklısına karşı menfi tespit davası açabilecektir (İİK m. 89/3). Menfi tespit davası ikame ettiğine dair derkenarı bildirim yapıldığı tarihten itibaren yirmi gün içinde ilgili icra müdürlüğüne teslim ettiği takdirde, hakkında yürütülen cebri icra işlemleri menfi tespit davası sonunda verilen kararın kesinleşmesine kadar duracaktır⁹¹. Bu süre içinde İİK'nun 106. maddesindeki süreler işlemeyecektir⁹².

88 Birinci haciz ihbarını karşı verilen ve yukarıda özetlenen cevap, haciz ihbarına itiraz niteliğindedir. Bu nedenle artık üçüncü şahsa İİK'nun 89. maddesine göre 2. ve 3. haciz ihbarnameleri çıkarılamayacağı gibi, borcun üçüncü şahsın zimmetinde sayılarak müteakip işlemlerin yapılması da mümkün değildir. " (12. HD 21.06.2011, 2010/31513,2011/12785).

89 İYİLİKLİ Ahmet Cahit, **Haciz İhbarnameleri**, Ankara 2012, s. 75.

90 "Hükmüne uyulan bozma ilamında, Mersin 4.İcra Müdürlüğü'nün 2010/4437 esas sayılı takip dosyası açısından davalı İbrahim'in takip dosyasında asıl borçlu olmadığı halde asıl takip borçlusu Bayram'dan olan alacağı nedeniyle gönderilen haciz ihbarnamelerine itiraz etmemek suretiyle borçlu durumuna gelmiş olduğu, takipteki sorumluluğunun haciz ihbarnamesindeki miktar kadar olacağı, asıl borçlu Bayram'ın davalı İbrahim'den olan alacağının ne zaman doğduğu hususunun da araştırılarak davanın diğer şartları da değerlendirilmesi gereğine değinilmiştir. Mahkemece bozmaya uyularak yapılan yargılama sonunda alacağın doğum tarihine ilişkin bir delil sunulmadığından haciz ihbarnamesinin tebliği üzerine borcun doğacağından hareketle belirtilen icra dosyası yönünden davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmemeyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün onanmasına." (17. HD 27.10.2014, 10496/14310).

91 "İİK'nun 89/3-4. maddesine göre, üçüncü şahıs, haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde itiraz etmezse, mal yedinde veya borç zimmetinde sayılır ve kendisine gönderilen haciz ihbarnamesine süresinde itiraz etmediği, bu nedenle de malın yedinde veya borcun zimmetinde sayıldığı ikinci bir ihbarname ile bildirilir. Bu ikinci ihbarnamede ayrıca, üçüncü şahsın ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde ikinci fıkrada belirtilen sebeplerle itirazda bulunması, itirazda bulunmadığı takdirde zimmetinde sayılan borcu icra dairesine ödemesi veya yedinde sayılan malı icra dairesine teslim etmesi istenir. İkinci ihbarnameye süresi içinde itiraz etmeyen ve zimmetinde sayılan borcu icra dairesine ödemeyen veya yedinde sayılan malı icra dairesine teslim etmeyen üçüncü şahsa onbeş gün içinde parayı icra dairesine ödemesi veya yedinde sayılan malı teslim etmesi yahut bu süre içinde menfi tespit davası açması, aksi takdirde zimmetinde sayılan borcu ödemeye veya yedinde sayılan malı teslim etmesi zorlanacağı bildirilir. Bu bildirim alan üçüncü şahıs, icra takibinin yapıldığı veya yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde süresi içinde menfi tespit davası açtığına dair belgeyi bildirim yapıldığı tarihten itibaren yirmi gün içinde ilgili icra dairesine teslim ettiği takdirde, hakkında yürütülen cebri icra işlemleri menfi tespit davası sonunda verilen kararın kesinleşmesine kadar durur. Bu süre içinde 106 ncı maddede belirtilen süreler işlemeyiz." (12. HD 02.10.2014, 17608/23318).

92 "Dava, İİK'nun 89. maddesi uyarınca menfi tespit istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir. İİK 89/3 maddesine göre üçüncü şahıs, haciz ihbarnamesinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde itiraz etmezse, mal yedinde veya borç zimmetinde sayılır ve kendisine gönderilen haciz

V. MADDİ HUKUKA İLİŞKİN DAVALARDA GENEL MAHKEMELERİN TAKİBİ DURDURUP DURDURAMAYACAĞI MESELESİ

Genel mahkemeler, icra ve iflas hukukunun yardımcı organları olup, asıl görevlerinden başka İcra İflas Kanunu'nun gösterdiği hallerde icra ve iflas işlerine bakarlar⁹³. Genel mahkemeler, asıl görevlerini ifa ederken Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre geçici hukuki himaye mahiyetindeki ihtiyati tedbir kararı almalarında herhangi bir engel yoktur. İcra ve İflas Kanunu genel mahkemelere yargılama görevi verdiği hallerde de bu mahkemelerin verebilecekleri ihtiyati tedbir kararlarını açıkça belirtmiştir. İcra ve İflas Kanunu bir hadisenin çözümü için genel mahkemelere görev verdiği ihtimallerde, bu mahkemelere açıkça ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi tanımadığı takdirde, genel mahkemelerin

ihbarnamesine süresinde itiraz etmediği, bu nedenle de malın yedinde veya borcun zimmetinde sayıldığı ikinci bir ihbarname ile bildirilir. Bu ikinci ihbarnamede ayrıca, üçüncü şahsın ihbarnamenin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde ikinci fıkrada belirtilen sebeplerle itirazda bulunması, itirazda bulunmadığı takdirde zimmetinde sayılan borcu icra dairesine ödemesi veya yedinde sayılan malı icra dairesine teslim etmesi istenir. İkinci ihbarnameye süresi içinde itiraz etmeyen ve zimmetinde sayılan borcu icra dairesine ödemeyen veya yedinde sayılan malı icra dairesine teslim etmeyen üçüncü şahsa onbeş gün içinde parayı icra dairesine ödemesi veya yedinde sayılan malı teslim etmesi yahut bu süre içinde menfi tespit davası açması, aksi takdirde zimmetinde sayılan borcu ödemeye veya yedinde sayılan malı teslim etmeye zorlanacağı bildirilir. Bu bildirim alan üçüncü şahıs, icra takibinin yapıldığı veya yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde süresi içinde menfi tespit davası açtığına dair belgeyi bildirim yapıldığı tarihten itibaren yirmi gün içinde ilgili icra dairesine teslim ettiği takdirde, hakkında yürütülen cebri icra işlemleri menfi tespit davası sonunda verilen kararın kesinleşmesine kadar durur. Bu süre içinde 106'ncı maddede belirtilen süreler işlemez. Somut olayda Ankara 22. İcra Müdürlüğü'nün 2012/6112 esas sayılı takip dosyasında; alacaklı vekilinin talebi üzerine davacıya birinci haciz ihbarnamesinin 02/11/2012 tarihinde, ikinci haciz ihbarnamesinin 18/12/2012 tarihinde, üçüncü haciz ihbarnamesinin ise 09/01/2013 tarihinde tebliğ edildiği, iş bu davanın yasal 15 günlük süreden sonra 28/01/2013 tarihinde açıldığı anlaşılmaktadır. İİK'nun 89. maddesinde düzenlenen 15 günlük süre, hak düşürücü süre olup, taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi, yargılamanın her aşamasında mahkemece resen gözetilir. Bu yön dikkate alınarak, davanın hak düşürücü süre nedeniyle reddi gerekirken yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmektedir." (12. HD 14.04.2015, 2014/12890, 2015/4763).

- 93 "İcra mahkemeleri, önlerine gelen uyuşmazlığı, genel hükümlere göre çok daha hızlı ve seri olan takip hukuku kurallarına göre ve basit usulde yargılama yaparak çözen özel mahkemelerdir. Menfi tespit davası ise, genel hükümlere göre açılan ve genel mahkemece yazılı usulde yargılama yapılarak sonuçlandırılması gereken bir dava olup, icra yargılamasına göre sonuçlanması çok daha uzun zaman almaktadır. Genel hükümler uyarınca açılan menfi tespit davası, takip hukukuna göre ve basit usulde yargılama yapan icra mahkemesinde bekletici mesele yapılamaz. Aksinin kabulü, icra iflas hukukunun temel ilkeleri ve icra yargılamasının varlık nedeni ile bağdaşmaz. Bu nedenle, icra mahkemesince, genel mahkemedeki açılan menfi tespit davası ve ceza davası bekletici mesele yapılamayacağı gibi, anılan mahkeme kararlarına dayalı olarak, İİK' nun 168., 169/a ve 170/a maddelerine aykırı hüküm tesisi de mümkün değildir." (12. HD 07.05.2018, 2016/32224, 2018/4375).

geçici koruma niteliğindeki ihtiyati tedbir kararı alması söz konusu olamayacaktır. Zira İcra ve İflas Kanun'nda verilen görevleri kanunda belirlenen usullere göre yerine getiren genel mahkemelerin bu yetkinin dışına çıkması ve İİK'nda yer almayan bir kurumu uygulaması mümkün olmayacaktır⁹⁴. Ancak genel mahkemede görülen bir davada, dava konusu hakkın cebri icrada satılacak olması eldeki davayı konusuz bırakacak nitelikte olması ihtimalinde genel mahkeme takibin geçici durdurulması yönünde karar alabilecek midir? Ya da genel mahkeme tarafından verilen tedbir kararı, takip ya da satışı durdurabilecek gücü haiz olabilecek midir? Kural olarak tedbir kararı ancak rızai satış ve temliklere engeldir. İhtiyati haciz kararı ise, şahsi nitelikteki alacağın tahsiline matuf bir özelliği haiz olup, konusunu, alacaklının para alacağının garanti altına alınması teşkil eder⁹⁵. İhtiyati tedbir kararı, malvarlığının cebri icra ile satışına engel değil ise de, dava konusunun, dava dışı cebri icra satışı ile konusuz kalacağı durumlarda⁹⁶ mahkeme eldeki davanın kesinleşmesine kadar satışın durdurulmasına karar verebilecektir. Zira ihtiyati tedbirde teminat altına alınan şey, dava konusunun bizzat kendisidir⁹⁷. Kaldı ki dava konusuna ilişkin tedbir kararı ya da davalıdır şerhi de üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarına engel olacaktır⁹⁸. Zira tasarruf yetkisi kısıtlamaları, şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine

94 KONURALP, s.38.

95 YILMAZ, *Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, C.I, Ankara 2001, s. 177.

96 "Somut olayda da haciz tarihinde borçlu Birol Halit Uğurlu adına kayıtlı dava konusu taşınmazın dava sırasında cebri icra yoluyla satıldığı, mülkiyetin icra vasıtasıyla yapılan satış sonucu davalı Cevdet Taşdöken'e geçtiği (TMK. md.705/2), davalı Birol Halit Uğurlu tarafından açılan ihalenin feshi davanın da reddedilerek kesinleştiği anlaşılmaktadır. TMK'nın 705. maddesine ilişkin düzenleme dikkate alındığında cebri icra ile yapılan satışlarda mülkiyet tescilden önce alıcıya geçmektedir. Dolayısıyla dava tarihi itibarıyla aile konutu olarak kullanıldığı ileri sürülen taşınmaz iradi olmayan bir tasarruf sonucu aile konutu niteliğini yitirmiş duruma gelmektedir. Bu durumda TMK'nın 194. maddesi uyarınca işlem diğer eşin rızasına bağlı olmaktan çıkmış ve davacının aile konutu korumasından yararlanma olasılığı kalmamıştır." (HGK, 13.12.2017, 2- 2810/1721).

97 Yılmaz, C. I, s. 177.

98 "Yargılama konusu yapılmış ve sonucunda mülkiyet aktarımına karar verilmesi muhtemel taşınmazlar hakkında verilen ihtiyati tedbir kararları bu kararların tapu siciline işlendiği tarihten itibaren üçüncü kişiler için de alenilik oluşturur ve artık kayda verilen şerhten itibaren mülkiyet aktarımına engel teşkil ettikleri gibi, kayıt maliki borcundan ötürü ihtiyati haciz ya da icra-i haciz alacaklıları içinde hüküm ifade ederler. Somut olayda da; davacının açtığı şufa davası nedeniyle taşınmaz kaydının 07.02.2010 tarihinde ihtiyati tedbir şerhi işlenmiştir. Haciz şerhi ise 02.03.2010 tarihinde tapu siciline kaydedilmiştir. Bu durumda davacı ihtiyati tedbir şerhinin korumasından yararlanacağı kuşkusuzdur. Mahkemece haciz şerhinin ihtiyati tedbir şerhinden sonra kayda işlenmesinden sonra davanın kabulüne karar verilmesi yerine yazılı nedenlerle reddedilmesi doğru görülmemiş ise de verilen karar sonuç itibarıyla doğru olduğundan davalının temyiz itirazlarının reddi ile HUMK'nun 438/son maddesi gereğince hükmün gerekçesinin değiştirilerek ve düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir." (14. HD 13.02.2012, 324/1792); Kurt, s. 45 dp. 183.



karşı ileri sürülebilecektir (MK. m. 1010/son)⁹⁹. İhtiyatî tedbir kararı, geçici hukukî himaye sağlamakla beraber, kesin hükümden beklenen amacın tesisi noktasında önemli işlevi haizdir¹⁰⁰. Bir diğer ifade ile davanın ikamesi ile sonuçlanmasına kadar geçen süre içinde dava edilen

99 “Yargılama konusu yapılmış ve sonucunda mülkiyet aktarımına karar verilmesi muhtemel taşınmazlar hakkında verilen ihtiyatî tedbir kararları bu kararların tapu siciline işlendiği tarihten itibaren üçüncü kişiler için de alenilik oluşturur ve artık kayda verilen şerhden itibaren mülkiyet aktarımına engel teşkil ettikleri gibi, kayıt maliki borcundan ötürü ihtiyatî haciz ya da icra-i haciz alacaklıları içinde hüküm ifade ederler. Somut olaya döndüğümüzde, davalı belediyenin haczinin ihtiyatî tedbir kararından sonra kayda işlenmesi karşısında mahkemece belediye aleyhine açılan davanın kabulü gerekirken yazılı gerekçelerle ret kararı verilmesi doğru görülmemiştir.” (14. HD 09.12.2011, 12827/15216).

100 “Bilindiği ve öğretilde de kabul edildiği üzere ihtiyatî tedbir “...kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, davacı veya davalının (dava konusu ile ilgili olarak) hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörülmüş geçici nitelikte, geniş veya sınırlı olabilen hukuki korumadır.” şeklinde tarif edilmiştir. (**Medeni Usul Hukuku** 12. Baskı Sh.714-Prof. Dr. Hakan Pekcanitez, Prof. Dr. Oğuz Atalay, Prof. Dr. Muhammed Özkes) Anılan tariften de anlaşılacağı üzere ihtiyatî tedbir diğer fonksiyonları yanında davanın devamı sırasında ve verilecek hükmün kesinleşmesine kadar olan süreç içerisinde dava konusu şey üzerinde yeni bir takım ihtilafların çıkmasını da önleyici niteliği itibarıyla geçici bir hukuki korumadır. Nitekim 6100 sayılı HMK’nın onuncu kısmının birinci bölümünde düzenlenen ihtiyatî tedbir müessesesi 389. madde başlığında “geçici hukuki korumalar” olarak vasıflandırılmış ve aynı maddenin birinci fıkrasında “mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından yada tamamen imkansız hale geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde, uyumsuzluk konusu hakkında ihtiyatî tedbir kararı verilebilir” şeklinde şartları belirtildikten sonra takip eden maddelerde bu konudaki talep verilecek karar ve içereceği hususlar, teminat, kararın uygulanması gibi sair hususlar da duraksamaya yer bırakmayacak şekilde takip edilmesi ve yapılması gerekli usul ve prosedür vazedilmiştir. Diğer taraftan, ihtiyatî tedbir isteğinin kabul edilebilmesi bakımından HMK’nın 390/3. maddesi ile ihtiyatî tedbir isteyen haklılığı konusunda tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel yaklaşık bir kanaatin yeterli olacağı öngörülmüş olup, yasanın hükümet gerekçesinde de belirtildiği üzere yaklaşık ispat durumunda; “... hakim o iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmekle birlikte zayıf bir ihtimâl de olsa aksinin mümkün olduğu ihtimâlini gözardı edemez. Bu sebeptendir ki, haksız olma ihtimâli de dikkate alınarak talepte bulunandan teminat alınması ...” hükme bağlanmıştır. Somut olaya gelince; davacının yine davalı aleyhine 30.11.2007 tarihinde aynı taşınmazla ilgili olarak Sarıyer 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2007/463 esasında kayıtlı dava ile muris muvazaası hukuksal nedenine dayalı olarak ancak taşınmazın 3. kişiye devredilmesi nedeniyle fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak bedel isteğiyle dava açtığı, davalıya ait 1577 sayılı parsel kaydına ihtiyatî tedbir konulduğu davacının talebiyle bağlı kalarak 15.000 liranın davalıdan tahsiline ilişkin olarak verilen kararın Dairenin 2011/14395-1382 sayılı kararı ile onandığı, karar düzeltme aşamasında olduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar mahkemece, tedbir isteği, Sarıyer 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2007/463 esas sayılı davasında verilen tedbirin devam ettiği gerekçesiyle reddedilmiş ise de, o kararın kesinleşmesiyle birlikte tedbirin kalkacağı kuşkusuzdur. Bu durumda davacının eldeki davada lehine hüküm alması halinde davalı taşınmazını elden çıkardığı takdirde hükmedilecek bedeli tahsil edememesi ihtimal dahilindedir. Kaldı ki, tedbir isteğinin kabul edilmesi durumunda aleyhine tedbir kararı verilen kişinin bir zararı oluşur ise 6100 sayılı HMK’nın 399. maddesi uyarınca tazminat isteyebileceği de açıktır.” (1. HD 27.04.2012, 5543/4817); PEKCANITEZ Hakan/Özkes Muhammed/Akkan Mine/Taş Korkmaz Hülya, **Medeni Usul Hukuku**, C. III, İstanbul 2017, s. 2461.

hakkın temin ve teslimi noktasında koruyucu bir fonksiyonu haizdir¹⁰¹. Nitekim geçici hukukî koruma fonksiyonları marifetiyle dava ve talep konusunun karar ve icra aşamasına kadar güvence altına alınmasına yardımcı olurlar¹⁰². Özellikle aynî davalarda, ihtiyatî tedbir kararı, subjektif hakkı ihlal edilen kişiye, dava konusu hakkın teslim ve tesciline imkan sağlamaktadır¹⁰³. Davanın açılması ile hüküm arasında geçen zaman içinde dava konusunun çeşitli şekillerde istenmeyen değişikliklere maruz kalması veya mahkûm bırakılması mümkündür. Bu sebeple, davanın sonunda husule gelen ilamın bahsettiği icra ve infaz etkisi mümkün olmayabilir veya çok güçleşebilir. İşte ortaya çıkan bu tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla ihtiyatî tedbir müessesesi kabul edilmiştir¹⁰⁴. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389. maddesinde ihtiyatî tedbirin şartları düzenlenmiş olup, söz konusu maddede; meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ya da tamamen imkânsız hâle geleceği veya gecikmesinde sakınca bulunması yahut ciddi bir zararın ortaya çıkacağı endişesi bulunan hâller, genel bir ihtiyatî tedbir sebebi¹⁰⁵ ve şartı olarak kabul edilmiştir.

101 "İpotek kişisel bir alacağın teminat altına alınması amacını güden ve bir taşınmaz değerinden alacaklının alacağını elde etmesini sağlayan sınırlı bir aynî haktır. İpotek tesisi için rehin edilecek taşınmaz maliki ile alacaklı arasındaki anlaşmanın (rehin sözleşmesi) bulunması ve rehin sözleşmesinin Türk Medeni Kanununun 856. maddesi gereğince tapu siciline tescil edilmesi gerekir. Bu işlem, mülkiyeti aktaran diğer bir anlatımla, devir ve temlik niteliğinde değildir. Tapu kaydındaki ihtiyatî tedbir şerhi görülerek tesis edildiğinden de ipotek alacaklısı Türk Medeni Kanununun 1023. maddesindeki korumadan yararlanamayacaktır. Tedbir konu davanın davacısının dava sonuna kadar hakkının korunması ipotek tesisine rağmen tedbir şerhi nedeniyle devam etmektedir. Mahkemece, ilave ipotek tesisine ilişkin tescilin yolsuz tescil niteliğinde kabul edilerek terkini yazılı nedenlerle doğru değildir." (14. HD 30.04.2009, 2142/5473).

102 TUNCER- Kazancı, İdil, Yargı Kararları ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İhtiyatî Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar, **Legal Mihder** 2012/3, C. 8, S. 23, (s. 75-126), s. 77.

103 İYİLİKLİ Ahmet Cahit, **Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm**, Ankara 2020, s. 106.

104 PEKCANITEZ Hakan/ ATALAY Oğuz/ ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 13. Basım, Ankara 2012, s. 873

105 "İİK hükümlerine göre şikayetin sonucuna kadar takibin durdurulmasına ilişkin verilen karar icra mahkemesince kaldırılmadığı halde iflas masası memurlarının 11.06.2004 tarihli müracaatı üzerine, mahkemece HUMK.nun 112.maddesi gerekçe gösterilerek tedbirin devamına karar verilmediği için kendiliğinden kalktığından söz edilerek verilen karar üzerine icra müdürlüğünce yapılan işlemlerin iptalini içermektedir. Öncelikle belirtelim ki, İİK hükümlerine göre icra mahkemesince takibin geçici olarak durdurulmasına karar verilmesi HUMK.nun 101 ve müteakip maddeler kapsamında kalmadığından duran takibin devamı ancak icra mahkemesince yeniden takibin devamına ilişkin kararın verilmesine bağlıdır. Bu nedenle mahkemece şikayet konusu dosya içerikleri incelenerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken somut olayla örtüşmeyen gerekçelerle şikayetin reddine ve tedbirin kaldırılması şeklinde sonuca gidilmesi doğru olmadığından mahkeme kararının bozulması gerekirken onandığı anlaşılmalı müştekiler vekillerinin karar düzeltme isteminin kabulüne karar vermek gerekmiştir." (HGK, 29.03.2006, 12- 31/112).



Mahkemece, ihtiyatî tedbir yargılamasının gerektirdiği inceleme ve ispat kuralları dikkate alınarak, yapılan incelemeden sonra, bu sakınca veya zararı ortadan kaldıracak tedbire karar verilmesi mümkün olacaktır. Örneğin mülkiyete dayalı tapu iptali ve tescil davalarında verilen ihtiyatî tedbir kararı, üçüncü kişilerin iyi niyet iddialarına engel olacaktır. İhtiyati tedbir kararı, malvarlığının cebri icra ile satışına engel değil ise de, dava konusunun, dava dışı cebri icra satışı ile konusuz kalacağı durumlarda¹⁰⁶ mahkeme eldeki davanın kesinleşmesine kadar icra takip işlemleri bağlamında salt satışın durdurulmasına karar verebilecektir. Zira ihtiyati tedbirde teminat altına alınan mülkiyet hakkının tapu siciline doğru yansımaları kamu düzeninden olup, mahkemenin bu husustaki görevi re'sendir. Kaldı ki, tapu sicilinin doğru tutulması ilkelerinden birisi de sicilin aleniliği ve tescilin geçerli bir hukuki sebebe dayanmasıdır.

A. Tasarrufun İptali Davasında Takibin Geçici Durdurulması Meselesi

Takip hukuku bağlamında borçlu gerçek ya da tüzel kişi, haciz ve iflastan önce malvarlığı üzerinde kural olarak herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın borçlandırıcı ve tasarruf işlem ehliyetini haizdir. Dolayısıyla haciz ve iflastan önce yapılan söz konusu borçlandırıcı ve tasarruf işlemleri geçerlidir. Hayatın olağan akışı içerisinde işleri bozulan ve haciz ya da iflas takibine maruz kalması muhtemel olan borçluların, takipleri akim ve semeresiz bırakmak saikiyle alacaklıların zararına olacak şekilde malvarlığını gizlemek için bir takım tasarruflarda bulunduğu tecrübe edilmektedir. Böylesi ihtimallerde borçluya karşı takibi kesinleştiren alacaklılar, haciz aşamasında hiç ya da yeteri kadar haczi kabil malvarlığı bulunmaması ihtimalinde takip hukuk anlamında borçluya karşı giriştikleri çaba semeresiz kalmaktadır. İşte borçlunun haciz ya da iflastan önce gerçekleştirdiği ve hukuken geçerli olan tasarrufları, iptal davası marifetiyle borçluya aitmiş gibi hacze ve satışa devam imkanı bahşedip, alacaklıların para ile tatmini sağlanacaktır¹⁰⁷.

106 "Somut olayda da haciz tarihinde borçlu Birol Halit Uğurlu adına kayıtlı dava konusu taşınmazın dava sırasında cebri icra yoluyla satıldığı, mülkiyetin icra vasıtasıyla yapılan satış sonucu davalı Cevdet Taşdöken'e geçtiği (TMK. md.705/2), davalı Birol Halit Uğurlu tarafından açılan ihalenin feshi davasının da reddedilerek kesinleştiği anlaşılmaktadır. TMK'nun 705. maddesine ilişkin düzenleme dikkate alındığında cebri icra ile yapılan satışlarda mülkiyet tescilden önce alıcıya geçmektedir. Dolayısıyla dava tarihi itibarıyla aile konutu olarak kullanıldığı ileri sürülen taşınmaz iradi olmayan bir tasarruf sonucu aile konutu niteliğini yitirmiş duruma gelmektedir. Bu durumda TMK'nun 194. maddesi uyarınca işlem diğer eşin rızasına bağlı olmaktan çıkmış ve davacının aile konutu korumasından yararlanma olasılığı kalmamıştır." (HGK, 13.12.2017, 2- 2810/1721).

107 İYİLİKLİ Ahmet Cahit, Tasarrufun İptali Davalarında Kambyo Senetleri Bağlamında Alacaklı Borç İlişkisi, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Aralık 2019, S. 15, (s. 255- 310). s. 258.

Nitekim üçüncü kişiler, İcra takip dosyasında borçlu olmamasına rağmen, tasarrufun iptali davası marifetiyle cebri icraya maruz kalacaktır¹⁰⁸. Tasarrufun iptali davaları, şahsi niteliğiyle alacağın tahsiline matuf olup, iptale konu malvarlığının aynı çekişmeli olmadığından, ihtiyati tedbir kararı, somut davada, kural olarak fonksiyonel bir amaca hizmet etmeyecektir. Dolayısıyla tasarrufun iptali davalarında alacağın tahsili niteliği göz önüne alındığında; İİK 281/II fıkra hükümlerine göre iptale tabi tasarrufların konusu olan mallar hakkında alacaklının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verilebilir¹⁰⁹. Kaldı ki, ihtiyati haciz için davaya ilişkin tüm koşulların inzimamını beklemek, dava ile elde edilecek sonuçların elde edilememesine yol açacaktır. Şayet iptale konu tasarruf maaş haczi ise, muvazaalı takiplerde kesintinin alacaklıya ödenmemesi hususunda tedbir kararı verilebilecektir. Zira maaş ve ücret haczinde hacze iştirak bulunmadığından¹¹⁰, davacı alacaklı, kesintiye dayanak borçlanma

108 “İİK’nun 283/1. maddesinde; “Davacı, iptal davası sabit olduğu takdirde, bu davaya konu teşkil eden mal üzerinde cebri icra yolu ile hakkını almak yetkisini elde eder ve davanın konusu taşınmazsa, davalı üçüncü şahıs üzerindeki kaydın tashihi mahal olmadan o taşınmazın haciz ve satışını isteyebilir.” hükmüne yer verilmiştir. Satış ile 3. kişiye geçen mülkiyet tasarrufun iptaline karar verilmesi ile borçluya geri dönmek. Yalnızca, alacaklıya, 3. kişiye ait taşınmaz üzerine haciz koydurarak sattırarak suretiyle alacağını tahsil imkânı verir. Hacze dayanak yapılan tasarrufun iptali ilamında da anılan yasa hükmüne uygun olarak yalnızca satış işleminin iptaline karar verilmekle yetinilmiş olup; 3. kişi adına olan tapu kaydının iptali ile borçlu adına tesciline dair bir hüküm kurulmamıştır. Bu nedenle, taşınmazın mülkiyeti şikayetçi 3. kişiye aittir. Diğer taraftan, İİK’nun 82. maddesinin 1. fıkrasının 12. bendinde; borçlunun haline münasip evinin haczolunamayacağı ifade edilmiştir. Somut olayda, şikayetçinin yukarıda değinilen yasal düzenleme ve açıklamalar uyarınca taşınmazın maliki olmaması sebebiyle meskeniyet şikayetinde bulunamayacağı açıktır.” (12. HD 20.01.2020, 2019/8158, 2020/356)

109 “Dava İİK’nun 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir. Tasarrufun iptali davalarında İİK 281/II fıkra hükmüne göre hakim, iptale tabi tasarrufların konusu olan mallar hakkında alacaklının talebi üzerine ihtiyati haciz kararı verebilir. Teminatın lüzum ve miktarı mahkemece takdir ve tayin olunur. İhtiyati haciz için davaya ilişkin tüm koşulların gerçekleşmesinin beklenmesi dava ile elde edilecek sonuçların alınmamasına yol açabileceğinden ve aciz belgesi yargılamanın her aşamasında giderilebilecek bir eksiklik olduğundan ihtiyati haciz isteminin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin reddine karar verilmiş olması doğru değildir.” (17. HD 29.12.2016, 12281/12178).

110 “İİK’nun 140/1. maddesinde İcra Müdürlüğüne hangi hallerde haciz sıra cetveli düzenleneceği belirtilmiştir. Maddeye göre haciz sıra cetvelinin düzenlenebilmesi için satış tutarının bütün alacaklıların alacağını tamamen ödemeye yetmemesi gerekir. Bu madde uyarınca düzenlenen bir sıra cetvelinde, hacizlere ilişkin takip dosyası (takip tarihi, haciz tarihi, alacak miktarı gibi) bilgilerine, ipotek veya hapis hakları varsa bu hakların tesis edildiği tarihlere ve dayanak bilgilerine yer verilmesi gerekir. Somut olayda, icra dosyasına intikal etmiş bir para bulunmamaktadır. İİK’nun 83/2. madde hükmüne göre, maaş üzerinde birden fazla haciz varsa bunlar İcra Müdürlüğü’nce sıraya konur ve sırada önde olan haczin kesintisi bitmedikçe sonraki haciz için kesintiye geçilemez. Açıklanan bu durum karşısında İcra Müdürlüğüne yapılan maaş hacizlerinin ve yapılması gereken kesintilerin İİK’nun 355. madde hükmü uyarınca bildirilmesi üzerine Uşak Emniyet Müdürlüğü’nce bu madde hükmü uyarınca düzenlendiği anlaşılan ve maaş hacizleri ile ilgili yapılan sıralamanın



işleminin muvazaalı yapıldığını ileri sürerek ihtiyati haciz ve kesilen paranın diğer alacaklıya ödenememesi hususunda ihtiyati tedbir talep ederse, her iki talebi de karşılar şeklide hüküm verilebilecektir. Nitekim bu faraziye de ihtiyati haciz kararı verilmemesi bir başka alacaklının araya girmesi sebebiyle davacı alacaklının takibini akim ve semeresiz bırakacaktır. Benzer şekilde, mirasın reddi tasarrufunun iptali davasında da, şayet alacağın tahsili imkânsız ya da güçleşeceği hususunda yaklaşık ispat sağlanırsa terekeye ait malvarlığına ihtiyati tedbir kararı da verilecektir. Kaldı ki, terekeye ait taşınmaz malvarlığının mirası ret eden mirasçılar dışında intikalinin yapılarak, üçüncü kişilere devir ve tescil yapılması ihtimalinde, tapu siciline güven ilkesi de uygulama alanı kazanacağından, tasarrufun iptali davası şahsi mahiyette olmakla birlikte alacağı tahsili noktasında geçici koruma sağlayacaktır.

B. Tapu İptali ve Tescil Davalarında Takyidat Lehtarlarının Başlattığı Takibin Geçici Durdurulması Meselesi

Genel mahkemeler, takip hukukuna ilişkin hususlarda kural olarak yetkili değil iseler de aynı mahiyetteki tapu iptali ve tescil davalarında davanın konusuz kalması faraziyesinde, aynı taşınmaz mülkiyet hakkına ilişkin şahsi yük ya da aynı sınırlamaya dayalı icra takibinin durdurulması istemlerinde nasıl bir tavır takınacaktır? İlk derece mahkemesi, derdest dava sırasında tapu iptali ve tescil davasına konu taşınmaz üzerinde bulunan haciz ya da ipotek lehtarının başlattığı takip sonrası yapılacak ihale ile taşınmazın bir üçüncü kişiye ihale edilmesi sebebiyle eldeki davanın konusuz kalacağı ve davacının sübjektif hakkının himaye edilemeyeceğini somut hadisedeki mevcut delilleri de göz önüne alarak tapu iptali ve tescil davası kesinleşinceye kadar icra takip işlemleri bağlamında salt satışın geçici durdurulmasına karar verebilecektir. Zira tapu iptali ve tescil davası sonuçları itibarıyla aynı mahiyete olup, mülkiyet hakkına dayandığından, herkes için hüküm ifade edecektir. Nitekim kamuya açıklık fonksiyonu tapu sicili marifetiyle sağlandığı için üçüncü kişiler bakımından hukuki barış ve istikrar sağlama bağlamında kamu düzeni niteliğini de barındırmaktadır. Tapu iptali ve tescil davasında davacı, takyidat lehtarlarını da davalı göstererek¹¹¹ tapunun

İİK'nın 140/1. maddesinde tanımlanan sıra cetveli niteliğinde olduğundan söz edilemez. Dairemizin 14.01.2014 tarih ve 2013/7887 E, 2014/82 K. sayılı ilamı bu yöndedir." (23. HD 21.05.2014, 143/3962).

111 İYİLİKLİ Ahmet Cahit, Taşınmazın Aynına İlişkin İlamın Mevzuunu Oluşturan Taşınmaz Mülkiyet Hakkına Vaziyet Eden Takyidatlara Etkisi, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Ankara 2017, S. 10, (s. 293- 407). s. 366.

iptali ile birlikte takyidatların mürtefi kılınma talebini havi icra takip işlemi bağlamında satışın geçici durdurulmasını talep edebilecektir. Keza, tapu iptali ve tescil davasının kabulünü müteakip şekli ve maddi anlamda kesinleşme sağlanmadan takyidat lehtarlarını davalı gösterip, onlar tarafından başlatılan icra takip dosyasından satışın dava nihayete erinceye kadar geçici durdurulmasını da talep edebilecektir. Bu ihtimalde de mahkemece icra takip işlemleri dışında¹¹² salt satış işlemi geçici olarak durdurulabilecektir. Nitekim bu faraziyede, mülkiyet TMK'nun 705. maddesi gereği sicil dışı intikal¹¹³ ettiğinden¹¹⁴, düzgün tapu sicilinin tutulması¹¹⁵ ve çelişkili hükümler ile çatışan ilamların infazında tereddüt yaşanmaması adına icra takibi bağlamında satışın durdurulması hukuki barış ve istikrar için yerinde bir çözüm sağlayacaktır¹¹⁶. Örneğin aile konutuna ilişkin ipotegün iptali davası sırasında şayet ipotekli taşınmaz ipotegün paraya çevrilmesi marifetiyle satılır ise¹¹⁷, aile mahkemesindeki

112 Genel mahkemeler, icra ve iflas hukukunun yardımcı organları olup, asıl görevlerinden başka İcra İflas Kanunu'nun gösterdiği hallerde icra ve iflas işlerine bakacaklardır. Dolayısıyla takip hukukunda asıl yetkili mahkeme icra mahkemesi olduğundan, Kanun'da genel mahkemelere sınırlı olarak verilen yetkiden maada, genel mahkemeler somut olayın hususiyetlerine göre salt satış işlemi durdurmalı, lakin icranın devamını sağlayan icra takip işleminin durdurulmasına yönelik karar vermekten kaçınmalıdır. Zira söz konusu karar tasarrufu müstemiren icra mahkemelerine ait olduğundan görev gasbına sebebiyet verecektir. Kaldı ki, genel mahkeme kararı ile satış dışında icra takip işleminin durdurulması takip hukukunun en az masrafla ve en kısa süre içinde alacaklının para ile tatmin edilmesi gayesini akamete uğratıp, haksız öncelik ve muvazaalı işlemlere kapı aralayacaktır.

113 İYİLİKLİ Ahmet Cahit, Taşınmazın Mülkiyetinin Tescilden Önce İktisap Hallerinden Mahkeme Hükümüne Göre İktisap Eden Kişinin İhale Feshi Davası Açmaya Yetkisi Bulunup Bulunmadığı Üzerine Düşünceler Ve Tahliller, **TAAD**, 2016, S. 27, (s. 515- 547).

114 "Her ne kadar satış kararı ve ihaleden önce kesinleşmiş mahkeme kararı ile taşınmazın şikayetçi adına tesciline karar verilmiş ise de; taşınmazın tapu kaydına satış vaadi şerhi konulmadığından, artık bu hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi imkanı yasal olarak ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla şahsî bir hak olan satış vaadi sözleşmesine dayalı bu hak, tapuda malik gözükken kişinin borcu sebebiyle haciz koyan alacaklıya karşı hüküm ifade etmez." (12. HD 03.10.2019, 10871/14011).

115 Tapu sicilinin tutulması prensiplerinden ilki tescil, diğeri sicilin aleniliği, bir diğeri hazinenin kusursuz sorumluluğu ve son olarak ise tescilin geçerli bir hukuki sebebe dayanmasıdır.

116 İYİLİKLİ, Tescilsiz İktisap, s. 543.

117 "Davacı; eşinin malik olduğu aile konutu olarak kullanılan taşınmaz üzerine davalı banka lehine ipotek tesis edildiğini, bu işleme rızasının olmadığını ileri sürerek ipotegün kaldırılması, taşınmaz üzerine aile konutu şerhi konulmasını istemiş; mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. İpotek 25.03.2008 tarihinde tesis edilmiş, dava 14.01.2014 tarihinde açılmıştır. İpotek tesis edilen taşınmaz ipotegün paraya çevrilmesi yolu ile yapılan takip sonucu cebri icra ile satılmış, davalı eşin açtığı ihale feshi davası da reddedilip 16.02.2015 tarihinde kesinleşmiştir. Bu durumda, Türk Medeni Kanununun 194. maddesi gereğince işlem diğer eşin rızasına bağlı olmaktan çıkmıştır. Dava konusuz hale gelmiştir. Öyleyse, konusu kalmayan dava hakkında "karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde karar verilmesi ve yargılama giderleri ve vekalet ücretinin de davanın açıldığı tarihteki tarafların haklılık durumu nazara alınarak takdir ve tayin edilmesi (HMK m.331/1) gerekirken bu yön



ipoteğin iptali davası konusuz kalacaktır¹¹⁸. Bu ihtimalde, aile mahkemesinin genel mahkeme sıfatıyla talep halinde subjektif hakların himayesi bağlamında dava kesinleşinceye değin tedbiren satışın durdurulmasına kararı vermesi yerinde olacaktır¹¹⁹. Nitekim geçerli bir hukuki sebebe dayanmayan ya da hukuki işlemin kurucu ve geçerlilik şartları eksikliğine rağmen tescil edilen yahut müteakiben hukuki varlığı herhangi bir sebeple sona ermiş olup, tapu sicilinde şeklen varlığını

nazara alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir.” (2. HD 19.06.2018, 2016/25781, 2018/7552).

- 118 “Davacı, davalı eşinin malik olduğu aile konutu üzerine diğer davalı banka lehine ipotek tesis ettirmiş olduğunu, bu işleme rızasının bulunmadığını belirterek ipoteğin kaldırılmasını istemiştir. İpotek 15.01.2011 tarihinde tesis edilmiş, dava 14.05.2015 tarihinde açılmıştır. İpotek tesis edilen taşınmaz yapılan takip sonucu 26.05.2015 tarihli ihale ile cebri icra sonucu davacıya satılmıştır. Davalı banka tarafından ihalenin feshi istemi ile Görele İcra Hukuk Mahkemesinde açılan davada verilen ret kararı, 27.02.2018 tarihinde kesinleşmekle, satış işlemi kesinleşmiştir. Taşınmazın mülkiyeti cebri icra ile satılmakla, tapu kütüğüne tescil edilmemiş bile olsa mülkiyet ihalenin yapıldığı andan itibaren alıcıya geçmiştir (TMK. md. 705/2). Bu itibarla dava konusu taşınmaz üzerindeki ipotek, işlevini yerine getirmiş ve hukuken ortadan kalkmıştır. Varlığı karar tarihinden önce sona ermiş olan ipoteğin kaldırılmasına karar verilemez. Bu halde davanın konusu kalmamıştır. Açıklanan sebeple mahkemece davanın konusu kalmadığından “karar verilmesine yer olmadığına” şeklinde karar verilmek ve yargılama gideri ile vekalet ücretinin dava tarihi itibarıyla tarafların haklılık durumları dikkate alınarak tayin ve takdir edilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.” (2. HD 27.06.2018, 3453/8280).
- 119 “Somut olayda, mahkemenin kabulü ve Küçükçekmece 2. Aile Mahkemesi’nin 2010/1297 esas, 2011/362 karar sayılı dava dosyası da yapılan tespitler uyarınca; Avcılar İlçesi, Mustafa Kemal Paşa mevkii, 5-46 pafta, 8128 parselde kayıtlı 16/300 arsa paylı 2. kat 6 nolu bağımsız bölümün davacı ile dava dışı eşi İsa Akdağ’ın aile konutu olduğu, dava dışı eş İsa Akdağ tarafından, yine dava dışı Özel Millet Hastanesi Sağ. Hiz. ve Tic. Ltd. Şti.’nin davalı bankadan kullandığı kredinin teminatı olmak üzere bu taşınmaz üzerine davalı banka yararına ipotek tesis edildiği, kredi borcunun ödenmemesi nedeniyle davalı banka tarafından başlatılan icra takibinde taşınmazın cebri icra ile 3. şahıslara satıldığı, icra takibi sırasında davacı tarafından Küçükçekmece 2. Aile Mahkemesi’nde ipoteğin fekki istemli olarak 2.12.2008 tarihinde dava açıldığı, bu dava dosyasında talebe rağmen tedbiren satışın durdurulması yönünde karar verilmediği sabittir. Bankalar tacir olup basiretli davranma yükümlülükleri uyarınca en hafif kusurlarından dahi sorumludur. Bu nedenle davalı bankanın ipotek tesisi sırasında yukarıda açıklanan yasa hükmü uyarınca ipotek tesis edilecek taşınmazın aile konutu vasfını taşıyıp taşımadığını araştırma, aile konutu niteliğindeki taşınmazlar yönünden malik olmayan eşin açık rızasını alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Davalı Banka tarafından davacının ipotek tesisine açık muvafakatinin bulunduğu hususu ispatlanmadığı gibi, bankanın bu yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluğunu ortadan kaldırır nitelikte bir delil de sunulamamıştır. İpotekli taşınmazın cebri icra ile satışı öncesinde davacı tarafından taşınmazın aile konutu olduğu iddiasıyla dava açılmasına karşın davalı tarafından icra takibine devam edilip taşınmazın satılmasına da vesile olunmuştur. Yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca aile konutu niteliğindeki taşınmaz üzerine tesis edilen ipoteğin geçersiz olduğu, geçersiz ipotek uyarınca yapılan takip ile davacının zararına sebebiyet verilecek şekilde taşınmazın cebri icra ile satışına sebebiyet verildiği gözetildiğinde mahkemenin davanın reddine ilişkin gerekçesi yerinde olmayıp bu nedenle kararın temyiz eden davacı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” (11. HD 23.05.2016, 2015/15701, 2016/5514).

sürdüren ipotek¹²⁰ tescilinin yolsuz olduğundan bahisle iptal ve terkinini mucip davada, genel mahkeme, icra müdürlüğündeki ipoteğin paraya çevrilmesi marifetiyle ilamsız/ilamlı takipte, eldeki dava kesinleşinceye değin teminat karşılığı tedbiren satışın durdurulmasına karar vermelidir. Zira davanın konusu, bizatihi mülkiyet hakkıdır. Benzer bağlamda, yolsuz tescile dayalı tapu iptali ve tescil davasının kabulünden sonra aynı taşınmaz mülkiyet hakkına vaziyet eden bir takyidat (yük ya da sınırlama) mevcut ise, mülkiyeti sicil dışı kazan kişi, mülkiyet hakkının sağladığı yetkileri en geniş anlamda istimal etmek için takyidat lehtarlarını davalı gösterip dava kesinleşinceye kadar takibin durdurulmasını talep etmek de hukuki menfaati bulunacaktır. Lakin geçici durdurma kararı, satış işlemi ile sınırlı olup, takibin devamını sağlayan diğer işlemlerin devam etmesi gerekecektir. Zira genel mahkeme icra mahkemesin takip hukukuna ilişkin diğer yetkilerine müdahale etmemelidir. Ne var ki, tapu iptali ve tescil davalarının kabulü üzerine ilam alacaklısı, mülkiyet hakkına dayanarak, kesin hüküm konusu taşınmaz mülkiyetine vaziyet eden diğer takyidatların mürtefi olması için tarafı olmadığı takip dosyasına istihkak talebiyle icra müdürlüğüne başvurmakta, icra müdürlüğünün red kararına müteakip işlemin iptali için şikayet yoluyla icra mahkemesine başvurmayı tercih ettiği tecrübe edilmektedir. Oysaki bu talep, yargılama yetkisi sınırlı ve şekli olan icra mahkemesine değil, maddi hukuku ilgilendirdiğinden, genel hükümlere tabi olan genel mahkemelere ikame edilmesi gerekmektedir¹²¹.

120 İpotek hakkı, sınırlı aynı hak mahiyetiyle zamanaşımı ve hak düşürücü süreye tabi değil ise de, ipoteğin, temelindeki alacağa bağlı fer'i bir hak olması ile belirlilik ilkesi gereğince ilanihaye tevali etmesi hukuken söz konusu olmayacaktır.

121 "İcra müdürlüğünce şikâyete konu taşınmaz üzerine 18.05.2009 tarihinde haciz konulmuş olup, bu tarihte taşınmaz borçlu Demo İnş. San. ve Dış Tic. A.Ş. adına tapuda kayıtlıdır. Büyükçekmece 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 17.07.2014 tarih ve 2010/628 Esas, 2014/412 Karar sayılı ilamıyla, tapuda, borçlu ve borçludan bağımsız bölüm satın alan kişiler üzerindeki tapuların iptaline ve şikayetçi adına tesciline karar verilmiş ve bu karar 31.10.2014 tarihinde kesinleşmiştir. Hukuk Genel Kurulu'nun 07.04.2004 tarih ve 2004/12-210 E., 2004/208 K. sayılı kararında da açıklandığı üzere, taşınmazın, borçlunun borcu nedeniyle haczedilebilmesi için haciz tarihinde borçlu adına kayıtlı olması zorunludur. Taşınmaz haciz tarihinde borçlu adına kayıtlı olduğundan, icra müdürünün haciz işleminde usulsüzlük bulunmamaktadır. Daha sonra tapu iptali ve tescil kararına dayalı olarak taşınmazın maliki olan 3. kişinin, haczin kaldırılması için, Hukuk Genel Kurulu'nun 13.06.2001 tarih ve 2001/12-461 Esas 2001/516 Karar sayılı kararında ve Dairemizin süreklilik arzeden içtihatlarında da belirtildiği üzere genel mahkemede mülkiyet hakkına dayalı olarak dava açması gerekir. O halde mahkemece istemin bu nedenlerle reddine karar verilmesi gerekirken, haczin kaldırılması yönünde hüküm tesisi isabetsizdir." (12. HD 01/12/2015, 18174/30138).

VI. TAKİBİN GEÇİCİ DURDURULMASI KARARININ HACİZ VE SATIŞ İSTEME SÜRELERİNE (İİK M. 106 VE 110) ETKİSİ

İcra ve İflas Kanunu, cebri icra karakterli bir talep ve takip hukukudur. İcra takibinin her safhasında tarafların talebi üzerine icra müdürünün işlem yapması esastır. Haciz ve satış talebi de bu minvalde alacaklının talebine bağlıdır¹²². İİK'nun 106. maddesindeki düzenleme ile alacaklının takibi sürüncemede bırakmaması amaçlanmıştır. Dolayısıyla icra hukuku alacaklı ile borçlunun hak ve menfaatlerini dengede tutmak amacı güderken, hem alacaklının alacağına ulaşmasını hem de cebri icra marifetiyle borçlunun haklarının muhafaza edilmesini gözetir. İİK'nun 106. maddesi, "Alacaklı, haczolunan mal taşınır ise hacizden itibaren altı ay, taşınmaz ise hacizden itibaren bir yıl içinde satılmasını isteyebilir"¹²³;

122 "Somut olayda, ipotegin paraya çevrilmesi yolu ile başlatılan ilamlı takipte, borçlu tarafından İzmir 4. İcra Hukuk Mahkemesi'nde icra emrine itiraz edildiği görülmektedir. Anılan Mahkeme'nin 2013/182 E., 2013/365 K. ve 20.06.2013 tarihli kararı ile yetki itirazının ve takibin iptali isteğinin reddine karar verilmiş olup, bu kararın 26.06.2013 tarihinde temyiz edildiği ve 08.09.2014 tarihinde Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 2013/17657 E., 2014/14829 K. sayılı kararı ile onanarak kesinleştiği anlaşılmıştır. Yukarıda belirtilen ilkeler göz önüne alındığında borçlunun, İzmir 4. İcra Hukuk Mahkemesine yaptığı itiraz, İİK'nun 78/2. maddesinde belirtilen itiraz kavramına girmeyeceğinden 1 yıllık sürenin hesaplanmasında dikkate alınmaz. Diğer taraftan İİK'nun 364/3. maddesi gereğince, temyiz, satıştan başka icra işlemlerini durdurmaz. Bu hükme göre, takibe yönelik itiraz ve şikayetler hakkında verilen icra mahkemesi kararları kesinleşmeden satış yapılamaz ise de satış talebi icra işlemi olup, takibe itiraz edilmiş olması alacaklının satış talebinde bulunmasına engel değildir. Borçluya icra emrinin 29.03.2013 tarihinde tebliğ edildiği, alacaklının 1 yıllık yasal süre içinde satış talebinde bulunmadığı anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, alacaklı, İİK'nun 150/e maddesi hükmüne uygun şekilde bir yıllık yasal sürede masrafını da yatırmak suretiyle satış talebinde bulunmadığına göre, takip düşmüş olup, satışın yapılması mümkün olmadığundan, mahkemece şikayetin kabulü ile ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup, Dairemizce, mahkeme kararının belirtilen nedenlerle bozulması gerekirken, onandığı anlaşılmakla, borçlunun karar düzeltme isteminin kısmen kabulü gerekmiştir." (12. HD 03.05.2017, 2016/25085, 2017/7036).

123 "Alacaklı, haczolunan mal taşınır ise hacizden itibaren altı ay, taşınmaz ise hacizden itibaren bir yıl içinde satılmasını isteyebilir" şeklinde değiştirilmiştir. 6352 sayılı Kanunun 106. maddesi gereği, aynı Kanunun 21. maddesinin, yasanın yayımı tarihinden altı ay sonra yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Dolayısıyla satışı istenilen taşınmazların haciz tarihi olan 03/03/2008 tarihi itibarı ile uygulanması gereken İİK.nun 106.maddesinde; "Alacaklı, haczolunan mal taşınır ise hacizden nihayet bir sene ve taşınmaz ise nihayet iki sene içinde satılmasını isteyebilir" hükmüne yer verilmiştir. Aynı Kanunun 110.maddesinde ise; "Bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmez veya talep geri alınıp da, bu müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar" hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme kapsamında, icra müdürlüğünden hacizli malın satışının süresinde istenilmesi yeterli olup, diğer satış şartlarının oluşup oluşmadığının irdelenmesi gerekmez. Bir başka anlatımla, icra müdürlüğü kıymet takdirli yapılmamış olması ya da bir başka sebeple satış talebini reddedemez. Yine İİK.nun 129/son maddesi hükmüne göre de, ikinci ihalede alıcı çıkmazsa veya bu maddede yazılı şartlar gerçekleşmezse satış talebi düşer. Satış talebinin düşmesinden itibaren işlemeye başlayacak iki yıllık sürede alacaklının yeniden satış talep etmesi zorunludur. Hemen belirtmek gerekir ki, yukarıda değinilen maddelerde yer alan

İİK'nun 110. maddesi ise "Bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmez veya icra müdürü tarafından verilecek karar gereği gerekli gider onbeş gün içinde depo edilmezse veya talep geri alınır da kanuni müddet içinde yenilenmez ise haciz kalkar"¹²⁴. Hacizli malın satılması yönündeki

satış isteme süreleri hak düşürücü nitelikte olup, mahkeme, satış talebinin öngörülen süreler içinde yapıp yapılmadığını re'sen gözetmelidir. Satış isteme sürelerinin geçmesine karşın tapu sicilinde şeklen varlığını sürdüren haciz İcra İflas Kanunu'nun emredici nitelikteki anılan maddelerine aykırı bir durum yaratır. Ayrıca bu husus kamu düzeni ile ilgili olup, gözetilmesi yasa ile hakime yükletilmiş bir görevdir. Bu açıklamalara göre, somut olayda, taşınmazların 03.03.2008 tarihinde ihtiyaten haczine karar verildiği ve haczin 18/03/2008 tarihinde kesinleştiği, alacaklının yasal sürede 15/03/2010 tarihinde hacizli taşınmazların satışının yapılmasını talep ettiği, yine aynı gün 2.000,00 TL satış avansının dosyaya yatırıldığı görülmektedir. Sonraki aşamalarda, icra mahkemesince, gerçekleşen ihalenin feshine karar verilmesi yasal sürede yapılan satış talebinin geçersizliği sonucunu doğurmayacağı gibi asliye hukuk mahkemesinin menfi tespit davasında verdiği takibin durdurulması yönündeki tedbir kararı da satış talebinin geçerliliğini etkilemez. O halde, mahkemece, alacaklı tarafından, kesin haciz tarihinden itibaren İİK'nun 106. maddesinde öngörülen yasal iki yıllık sürede satış talep edilerek bir miktar satış avansı dosyaya yatırıldığından, takip dosyası safahatında ayrıca satış talebinin geri alınması veya düşmesi durumu da gerçekleşmediğinden şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddi isabetsizdir." (12. HD 29.02.2016, 2015/30239, 2016/5574).

124 "İİK'nda, süresinde satış istendikten sonra haczi ve satışı düşüren sebepler öngörülmemiş, sadece aynı Kanun'un 129/son maddesinde, ikinci ihalede alıcı çıkmazsa "satış talebinin" düşeceği düzenlenmiştir. İİK'nun 106 ve 110. madde hükümleri alacaklının alacaklının takibi sürüncemede bırakmaması amacıyla getirilmiş olup, bu amaca uygun olarak anılan şikayet olunan tarafından İİK'nun 106. maddesindeki 1 ve 2 yıllık süreler içerisinde İİK'nun 59. maddesine uygun olarak satış talep edilerek avansı yatırılması olmakla, bir daha satış istemesine gerek kalmaksızın, haczi ve satışının ayakta olduğunun kabulü gerekir. Satışın da aynı bir ve iki yıllık süreler içinde yapılmasının zorunlu olduğu, aksi halde haczin düşeceği yönünde yasada bir hüküm bulunmamaktadır. Alacaklıya yüklenen görev, süresinde satış isteyerek avansı yatırmaktır. İİK'nun 123. maddesinde satış görevi, icra dairesine yüklenmiş olup, satış ne zaman yapılırsa yapılsın, haciz ve satış talebi ayaktadır. Dairemizin son uygulaması bu yöndedir. İİK'nun kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri yapılamayacağı öngören 128/a-3 fıkrası, varılan bu sonucu bertaraf eden bir düzenleme değildir. Dairemizin 26.03.2012 tarih ve 1020 E., 2296 K.; 27.09.2013 tarih ve 4460 E., 5835 K.; 28.03.2014 tarih ve 1763 E., 2381 K. sayılı ilamları bu yöndedir bir yıllık satış isteme süreci içinde taşınmaz başka bir dosyadan satılmış ise o tarihe kadar satış talebinde bulunmayan, satış talebinde ya da o satıştan kendi dosyası için yararlanma talebinde bulunmasına gerek kalmaksızın haczi ayaktadır. İİK'nun 107. madde hükmü koşulları bulunmadığından bahisle aksi sonuca varılamaz. Bu madde hükmü aynı derece içindeki alacaklılar ile ilgilidir. İlmî ve yargısal inançların bu yolda olduğu açıktır. (M.Oskay- C.Koçak İİK şerhi 7 cilt, Ank.sh. 3046; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 04.12.2001 gün ve 8906 Esas 8078K; 04.12.2003 tarih ve 555 E.,12171 K.; Dairemizin 23.06.2014 tarih ve 5599 E; 4814 K. 12.11.2015 tarih ve 2014/8971 E., 2015/7269 K. sayılı ilamları aynı yöndedir.) Diğer yandan; icra müdürlüğünce satış talebinin reddi kararı, alacaklının yasa ile doğan hakkın özünü ortadan kaldıran bir karar olması nedeniyle süresiz şikayete tabi olan bu karara yönelik şikayetin işbu dava ile yine şikayete bakmakla görevli İcra Mahkemesi'nin önüne getirildiğinin de kabulü gerekir. Bu durumda; anılan ret kararının takip hukuku bakımından kesinleştiği sonucuna varılmamalıdır şikayet konusu işlemin bir hakkın yerine getirilmesinden veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasından dolayı ve kamu düzenine aykırı olan işlemlere karşı yapılacak şikayetlerin süresiz bulunduğu hususunun somut olayımızda uygulama yeri olmasına göre icra müdürünün işleminin işbu davada savunma yolu ile ayrıca şikayet te edilmesine göre, ret kararının da



talep bir defa geri alınabilir.” hükmüne münderiçtir. Satış talebi, ancak kesin haciz sahibi alacaklı tarafından talep edilebilir¹²⁵. Bunun yanında, taşınır malların paraya çevrilmesi için borçlu da alacaklıyı beklemeden satış talebinde bulunabilir (İİK m. 113). Kesin haciz lehtarını alacaklının yasal süresi içinde yapacağı satış talebi, hem mahcuz malın icra müdürlüğüne satışını, hem de haczin düşmesini engelleyecektir. Haciz, talebi kanuni müddet içinde yapılmaz veya geri alındıktan sonra bu müddet içinde yenilenmez ise, dosya işlemde kaldırılır (İİK m. 78/4). Bu ihtimalde, sadece takip dosyası işlemde kaldırılır, takip düşmez. Yenileme talebi üzerine alacaklı, aynı takip dosyası üzerinden yeniden haciz isteyebilir. Alacaklı, bir yıllık süre içinde haciz talebinde bulunmuş ise, bu süre içinde haciz uygulanmamış olsa dahi takip dosyası işlemde kaldırılamaz. Dolayısıyla İcra ve İflas Kanunu’na göre bir kez haciz isteme hakkı kullanıldıktan sonra takibin düşümünü öngören bir düzenleme bulunmadığından, takip dosyası işlemde kaldırılabilir, takip derdest kalmaya devam edecektir. Ancak, alacaklının süresi içinde satış istememesi faraziyesinde haciz düşecektir. Bu vaziyet, kamu düzenine mümas olup, re’sen gözetilir¹²⁶. Bu sebeple, hacizli malın cebri icrada

bu davada ele alınıp değerlendirilmesi gerektiği gözetilmelidir. Yargıtay uygulamalarına (örneğin Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 15.12.2003 gün ve 2126/24743 sayılı ilamı) göre en önemli kriter, tarafların, üçüncü kişilerin ve kamunun menfaatinin korunması için konulmuş emredici (amir) hükümlerine aykırılık teşkil etmesi olup, bu nitelikteki icra müdürünün işleminin süreye bakılmaksızın incelenmesi gerekecektir. (Bkz: M.Oskay-C. Koçak, İİK şerhi Ank. sh.140,141)Belirtilen bu nedenlerle süresiz şikayet hakkına sahip olan şikayet olunanın, aleyhindeki bu karara karşı İİK’nın 16. maddesine göre süreli şikayet yoluna gitmeyerek icra müdürünün kararını iptal ettirmemiş olmasının, hakkın özü olan İİK’nın 59, 106 ve 110. maddelerine uygun olarak süresinde yaptığı satış talebinin ona sağladığı hukuki sonuçları ortadan kaldırdığı sonucuna varılmaz. Dairemizin 19.09.2013 tarih ve 4536 E., 5532 K.; 30.09.2013 tarih ve 4685 E., 5861 K.; 23.06.2014 tarih ve 5599 E., 4814 K. sayılı ilamları bu yöndedir. Bu durumda, İİK’nın 106. maddesi uyarınca bir yıl içinde satış talebinde bulunması, 59. maddesi uyarınca masrafını yatırmış halinde, adı geçen şikayet olunan yasa ile kendisine yüklenen işlemleri yerine getirdiğinden, haczinin ayakta olduğunun kabulü gerekir. İcra müdürünün satış isteme talebinin reddi kararına karşı süreli şikayet yoluna başvurulmadığı gerekçesiyle haczin düştüğü sonucuna varılması, anılan yasal düzenlemelerle ve hakkaniyetle bağdaşmaz. Bu durumda mahkemece, şikayet olunanın alacaklı olduğu İstanbul 11. İcra Müdürlüğü’nün 2007/779 E. sayılı dosyasında, haciz tarihinden sonra iflas erteleme davasında verilen ihtiyati tedbir süresinin dikkate alınmasıyla İİK’nın 106. maddesindeki sürede satış talebinde bulunularak avansın yatırıldığı, şikayet olunanın ilk sırada bulunan 10.02.2006 tarihli kesin haczinin ayakta olduğu gerekçesiyle şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken, yanılığın gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır. “ (23. HD 08.03.2016, 2015/4595, 2016/1418).

125 Haciz isteme hakkı, ödeme emrinin tebliğ tarihinden itibaren bir sene geçmekle düşer. İtiraz veya dava halinde (İİK m. 67- 69), bunların vukuundan, hüküm kesinleşmesine kadar veya alacaklı ile borçlunun icra müdürlüğünde taksit sözleşmeleri (İİK m. 111) yapmaları halinde taksit sözleşmesinin ihlaline kadar geçen zaman hesaba katılmaz.

126 “Satışa konu enkazın davalı alacaklı vekilinin talebi üzerine 10.05.2010 tarihinde haczedildiği ve alacaklı vekili tarafından İİK’nun 106. maddesinde belirtilen bir yıllık

ihale edilmesi, süresi içinde satış talep edilmediği için düşen hacze¹²⁷ geçerlilik sağlamayacaktır¹²⁸. Hemen belirtmek gerekir ki, ipoteğin paraya

süreden sonra, 27.06.2011 tarihinde fiili haczi yapılan menkul hükmündeki enkazın satışına esas olmak üzere kıymet takdirinin yapılmasının istenildiği anlaşılmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, satış isteme süreleri hak düşürücü nitelikte olduklarından icra memuru tarafından re'sen göz önünde bulundurulması gerekir. Aksi takdirde icra memurunun bu işlemi süresiz şikayete tabidir. Bu durumda mahkemece, İİK'nun 110. maddesi gereğince ihale tarihinde anılan menkul üzerindeki haczin kalktığı gözetilerek, geçerli bir haciz olmaksızın yapılan ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile istemin reddi isabetsizdir." (HGK, 04.03.2015, 12- 1284, 2015/890).

127 "Borçlunun taşınmazı üzerine 04/09/2009 tarihinde haciz konulduğu, alacaklının talebi üzerine 29/05/2013 tarihinde haczin yenilediği, ihaleye esas olan kıymet takdirinin 03/07/2012 tarihinde yapıldığı, ihalenin ise 16/01/2014 tarihinde gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Alacaklının haczin yenilenmesi talebi ilk hacizden vazgeçme anlamına geldiğinden 29/05/2013 tarihli haciz sonrası yeniden kıymet takdiri yapılması gerekirken, düşmüş hacze dayalı olarak belirlenen kıymet takdiri herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmaz. Bu hususun mahkemece resen gözetilmesi gerekir. O halde mahkemece kalkmış (düşmüş) hacze dayalı kıymet takdiri esas alınarak yapılan ihalenin usulsüz olduğu gözetilerek ihalenin feshi yerine şikayetin reddine karar verilmesi isabetsiz olup, kararın bu nedenle bozulması gerekirken Dairemizce onandığı anlaşılmalı borçlunun karar düzeltme isteminin kısmen kabulüne karar vermek gerekmiştir." (12. HD 02.04.2015, 5245/8281).

128 "İİK.nun 106.maddesinde; "Alacaklı, haczolunan mal taşınır ise hacizden itibaren altı ay, taşınmaz ise hacizden itibaren bir yıl içinde satılmasını isteyebilir" hükmüne yer verilmiştir. Aynı Kanun'un 110. maddesinde ise; "Bir malın satılması kanuni müddet içinde istenmez veya talep geri alınıp da, bu müddet içinde yenilenmezse o mal üzerindeki haciz kalkar" hükmü yer almaktadır. Satış talebinin, yukarıdaki maddede öngörülen süreler içinde olup olmadığını icra müdürü re'sen gözetmelidir. Satış talebi, bu sürelerden sonra ise, reddetmelidir. Satış isteme süresinin geçmesi nedeniyle haczin kalkmış olmasına rağmen yapılan ihalenin feshi gerekir (Baki KURU, İcra El Kitabı, s.520). Somut olayda, ihaleye konu taşınmaza son haczin 03.03.2017 tarihinde konulduğu, borçlunun, 20.10.2017 tarihinde Tekirdağ İcra Hukuk Mahkemesinin 2017/402 E. sayılı dosyasında, işleyecek faiz oranına yönelik itiraz ve şikayette bulunduğu, mahkemece takibin teminat karşılığında 09/11/2017 tarihinde tedbiren durdurulmasına karar verildiği, 20/11/2017 tarihinde de durdurma kararının icra müdürlüğüne gönderildiği, Tekirdağ İcra Hukuk Mahkemesinin 21.02.2018 tarih, 2017/402E-2018/71 K. sayılı kararı ile şikayetin reddine karar verildiği, borçlunun istinaf etmesi üzerine İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 21. Hukuk Dairesinin 25.10.2018 tarih ve 2018/1480 E.-2382 K.sayılı kararı ile istinaf başvurusunun esastan reddine kesin olarak karar verildiği, alacaklının 12.12.2018 tarihinde taşınmazın satışını talep ettiği, 17.12.2018 tarihinde de satış avansını yatırdığı görülmektedir. HMK hükümleri takip hukukuna uygun düştüğü müddetçe takip hukukunda da uygulanır. 6100 sayılı HMK'nun 397/2. maddesi gereğince; ihtiyati tedbir kararının etkisi, aksi belirtilmediği takdirde, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder. İcra mahkemesince verilen tedbir kararı, HMK'nun 397/2. maddesi kapsamında olmayıp, İcra ve İflas Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş takip hukukuna özgü bir karardır. İcra mahkemesinin verdiği kararlar şekli hukuka ilişkin olup verildikleri anda sonuç doğururlar, kesinleşmelerine gerek yoktur. Bu nedenle icra mahkemesince verilen tedbir kararları, karar tarihi itibari ile son bulur. İcra mahkemesince verilen nihai kararda, bu tedbir kararının (takibin geçici olarak durdurulmasına ilişkin kararın) kaldırılmasına ve takibin devamına şeklinde bir karar verilmesine gerek bulunmamaktadır. Öte yandan, İİK'nun 363/4. maddesi gereğince, istinaf, satıştan başka icra işlemlerini durdurmaz. Bu hükme göre, takibe yönelik itiraz ve şikayetler hakkında verilen icra mahkemesi kararları kesinleşmeden satış yapılamaz ise de; satış talebi icra işlemi olup, takibe yönelik şikayete bulunulması veya itiraz edilmiş olması alacaklının satış talebinde bulunmasına engel değildir. Bu durumda; haciz tarihinden



çevrilmesi yoluyla takipte ipotekli taşınmazın paraya çevrilmesi, mahcuz taşınmazın paraya çevrilmesine ilişkin hükümlere göre icra edilecektir (İİK m. 150/g). Dolayısıyla, İİK'nun 150/e maddesine göre; "Alacaklı, taşınır rehnin satışını ödeme veya icra emrinin tebliğinden itibaren 6 ay içinde, taşınmaz rehnin satışını da aynı tarihten itibaren 1 yıl içinde isteyebilir. Satış yukarıdaki fıkrada gösterilen müddetler içinde istenmez veya talep geri alınıp da bu müddetler içinde yenilenmez ise takip düşer. 78. maddenin ikinci fıkrası hükmü, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipte de kıyasen uygulanır." Buna göre, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan icra takibinde, alacaklının ödeme veya icra emrinin tebliğinden itibaren taşınmazlar için 1 yıl içinde satış isteme zorunluluğu vardır. İİK'nun 150/e maddesi son fıkrasının göndermesiyle kıyasen uygulanması gereken aynı Kanun'un 78/2. maddesinde belirtilen "itiraz" kavramından, icra mahkemesine İİK'nun m. 68-68/a maddeleri uyarınca yapılan itirazın kaldırılması talebinin, aynı maddede yazılı "dava" kavramından ise genel mahkemelere İİK'nun 67.maddesi uyarınca açılan itirazın iptali davasının anlaşılması gerektiği kuşkusuzdur¹²⁹. Takibin icra mahkemesi kararıyla geçici durdurulması, takibi mevcut haliyle dondurarak, bir sonraki icra işleminin devamına engel olur, lakin bu kararın takibin geldiği aşamaya kadar ki sürece bir etkisi olmayacaktır. Örneğin haciz yapılmış ise, takibin geçici durdurulması kararı, hacizlerin fekkini sağlamayacaktır. Nitekim bu husus, alacaklı ve borçlu menfaatinin dengelenmesi, silahların eşitliği ve ölçülülük ilkelerinin de bir gereğidir. İcra takibinin geçici durdurulmasına yönelik ara kararı, uyuşmazlığa son vermeyip, hakime davadan el çekme sonucu doğurmayan¹³⁰, usuli müktesep hak oluşturmadığı için değişen ve gelişen şartlara nazaran değiştirilip, ortadan kaldırılabilen bir niteliği haiz olduğundan¹³¹, icra mahkemesinin esasa ilişkin nihai kararına değin hukuki himaye sağlayacaktır. Keza takibin geçici durdurulmasını istihdaf ettiklerinden

takibin tedbiren durdurulduğu tarihe kadar olan süre ile; şikayetin reddine karar verildiği tarihten, satış talebi tarihine kadar geçen süreler göz önüne alındığında, haciz tarihi ile satış talebi tarihi arasında satış isteme süresinin geçtiği görülmüştür. İİK.nun 106-110. maddeleri gereğince süresinde satış istenmediği için haciz düşmüş olup, artık düşen bir hacze dayalı olarak ihale yapılamayacağından ihalenin feshi gerekir. O halde mahkemece, şikayetin kabulü ile ihalenin feshine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi ve Bölge Adliye Mahkemesince de istinaf başvurusunun esastan reddi isabetsiz olup, Bölge Adliye Mahkemesi kararının kaldırılmasına ve ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir." (12. HD 04.06.2020, 670/3797).

129 Kambiyo senedine dayanan takipler ile ilamlı takiplerde itiraz takibi durdurmadığı için İİK'nun 78/2. fıkrasının 2. cümle hükmü uygulanmaz.

130 TANRIVER, s. 42

131 TANRIVER, s. 42.

ve ihtiyati tedbir amaçlı ara kararı mahiyetinden ötürü, bağımsız olarak kanun yoluna tabi olmadıkları gibi¹³², ilam ve ilam niteliğinden yoksun olup, ilamlı icra takibinin dayanağını da oluşturmazlar¹³³. Zira kural olarak icra mahkemesi kararlarının uygulanması için kesinleşmesi gerekmez. İcra mahkemesi kararları verildikleri tarih itibarıyla hüküm ve sonuç doğurur. Bu sebeple, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 397/2. fıkrasındaki “İhtiyati tedbir kararının etkisi, aksi belirtilmediği takdirde, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder” hükmü, takip hukukunda uygulama alanı bulmayacaktır. Bu süreçte İİK 106 ve 110. maddelerindeki satış isteme süreleri de işlemeyecektir. Dolayısıyla icra mahkemesi kararıyla takibin geçici durdurulması kararı ile satış isteme süre ve masraflarının depo edilmesine ilişkin süreler işlemeyeceği için hacizlerin düşmesi de söz konusu olmayacaktır. Yargıtay’da menfi tespit davasında verilen tedbir kararı süresince satış isteme sürelerinin işlemeyeceğini içtihat etmiştir¹³⁴. Kanaatimizce, genel mahkemeler tarafından tesis edilen geçici durdurma kararı, takibin devamına müessir icra takip işleminden ziyade satışın durdurulması fonksiyonunu haiz olup, satışa kadarki süreç, kararın etkisinden varestede olacağından, satış isteme sürelerinin durmasından bahsetmek doğru olmayacaktır. Dolayısıyla icra takibinin durdurulması söz konusu olmadığından, satış isteme süreleri de işlemeye devam edecektir. Meğerki icra takibinden önce ikame edilen menfi tespit davası üzerine takip durdurulmuş olsun. İştirak halinde mülkiyet hükümlerini tabi malvarlığının haczinde ise icra mahkemesinin satışın belirlenmesi yönündeki kararı (İİK m. 121)¹³⁵ ile ortaklığın giderilmesi

132 TANRIVER, s. 47.

133 TANRIVER, s. 42, 47.

134 “Somut olayda, şikayete konu taşınmaz üzerine 24.09.2013 tarihinde haciz konulmuş olup, alacaklı tarafından, menfi tespit davasında verilen tedbir kararının kaldırıldığı gün, yani 22.04.2015 tarihinde satış talebinde bulunulmuştur. Bu durumda, menfi tespit davasında verilen tedbir kararı süresince satış isteme süreleri işlemeyeceğinden haczin düştüğünden bahsedilemez. O halde mahkemece, haczin düşmemesi nedeniyle şikayetin kabulüne karar verilmesi gerekirken, konusuz kaldığı gerekçesi ile esas hakkında hüküm kurulmasına yer olmadığı yönünde hüküm tesisi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.” (12. HD 25.10.2016, 4467/22205).

135 “Mahkemece, şikayet olunan M. Şerif Küle’nin alacaklı olduğu Manisa 1. İcra Müdürlüğü’nün 2014/1014 E. sayılı takip dosyasında açmış olduğu ortaklığın giderilmesi davasını takip etmediğinden haczinin düştüğü, şikayet olunan M. Fadıl Çalısır’ın alacaklı olduğu İzmir 16. İcra Müdürlüğü’nün 2009/11984 E. sayılı takip dosyasında 27.04.2011 tarihinde bedeli paylaşımına konu taşınmaz hissesine haciz konulduğu, anılan haczin ayakta olduğu isabetli şekilde tespit edilmiştir. Asıl dosyada şikayetçi Sezai Yalçındağ’ın alacaklı olduğu Turgutlu İcra Müdürlüğü’nün 2014/2260 E. sayılı takip dosyasında, borçlu Hüsnü Balmumcu aleyhine 25.03.2008 tarihinde kambiyo senedine dayalı olarak icra takibine başlandığı, takibin kesinleştiği, taşınmaza 14.02.2008 tarihinde haciz konulduğu, bu haciz ile ilgili herhangi bir işlem yapılmadığı, alacaklı vekilinin aynı taşınmaz üzerine



davası açılması¹³⁶, satış talebi niteliğinde olduğundan¹³⁷, haciz ve satış isteme sürelerini kesecektir¹³⁸.

VII. TAKİBİN HAKSIZ YERE DURMASINDAN DOLAYI UĞRANILAN ZARAR VE TEMİNATIN HACZİ

Haksız ihtiyati tedbirden mütevellit tazminat davası, geçici bir hukuki koruma sağlayan ihtiyati tedbir kararının haksızlığının ortaya çıkması

04.08.2010 tarihinde haciz koyduğu, 11.01.2011 tarihli talebi üzerine İcra Mahkemesince 14.01.2011 tarihinde İİK'nun 121. maddesine göre ortaklığın giderilmesi davası açmak üzere yetki verildiği, alacaklı vekilince, alınan yetkiye dayalı olarak 05.05.2011 tarihinde dava açıldığı, 13.03.2013 tarihinde karar verildiği, bu karara dayalı olarak taşınmazın 06.02.2014 tarihinde satılmış olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, asıl dosyada şikayet olunan M. Şerif Küle'nin haczinin düştüğü, 2. sırada yer alan M. Fadıl Çalışır'ın haczinin ise şikayetçinin haczinden sonra olduğu gerekçesiyle, asıl dosyadaki şikayetin her iki şikayet olunan yönünden kabulüne karar verilmesi gerekirken, şikayet olunan M. Şerif Küle yönünden gerekçe ile çelişir şekilde, şikayet olunan M. Fadıl Çalışır yönünden ise şikayetçinin 04.08.2010 olan haciz tarihinin 03.12.2012 olarak yanlış belirlenmesi suretiyle hüküm kurulması doğru olmamıştır." (23. HD 07.12.2015, 1993/7950).

136 "Taşınmazlara 04.12.2006 ve 12.05.2009 tarihinde haciz konulmuştur. Takip ve haciz tarihi itibari ile yürürlükte bulunan İİK'nun değişiklik öncesi 106. maddesine göre gayrimenkullerde satış isteme süresi 2 yıldır. Hacizden sonra, 06.08.2012, 16.10.2012, 24.12.2012 ve 30.07.2013 tarihinde 4 kez satış talebinde bulunulmuş ise de, bu taleplerin hiç birisinde satış masrafı yatırılmadığının anlaşılması karşısında bu talepler, usulüne uygun bir satış talebi olarak kabul edilemez. Kaldı ki, ortaklığın giderilmesi davası 23.09.2011 tarihinde reddedilmiş olup bu tarihten itibaren dahi 2 yıllık sürede (masrafı yatırılan 07.11.2013 tarihli satış talebine kadar) usulüne uygun satış talebi de bulunmamaktadır. Hal böyle olunca, gerekmediği halde İİK'nun 121. maddesi uyarınca yetki alınması ve bu yetkiye dayalı ortaklığın giderilmesi davası açılması satış isteme süresini kesmeyeceğinden ve yasal sürede masrafı yatırılarak usulüne uygun satış talebinde bulunulmadığından hacizler İİK'nun 106-110. maddesi uyarınca düşmüş olup geçerli bir haciz bulunmaksızın ihale yapılması anılan yasa hükümlerine aykırı olmakla usulsüzdür." (12. HD 24.12.2015, 31012/32817).

137 "Borçlunun murisinden intikal edecek hissesine haciz konulduktan sonra alacaklı İİK'nun 110. maddesinde yazılı süre içerisinde ortaklığın giderilmesi davası açmak amacıyla icra müdürlüğünden yetki belgesi talebinde bulunmuş olup, bu istemi satış talebi niteliğinde olduğundan haciz düşmemiş ise de, alacaklının daha sonra aynı taşınmaz hissesine 2. kez haciz koydurduğu görülmüştür. Bu talep ilk hacizden vazgeçme anlamına geldiğinden 14.06.2012 tarihli haciz sonrası yeniden kıymet takdiri yapılması gerekirken, düşmüş hacze dayalı kıymet takdiri esas alınarak ihalenin yapılması usulsüz olup ihalenin feshi yerine şikayetin reddi yönünde hüküm tesisi bu nedenle doğru görülmemiştir." (12. HD 27.06.2014, 15060/18915).

138 "Somut olayda, taşınmazın tapu kaydına 10/05/2013 ve 22/05/2014 tarihlerinde haciz konulduğu, satış isteme süresi dolmadan alacaklının, 08/12/2014 tarihinde İİK.nun 121. maddesi uyarınca aldığı yetki verilmesi kararına istinaden 27/05/2015 tarihli dilekçesi ile İstanbul 13. Sulh Hukuk Mahkemesi'ne ait 2014/407 Esas sayılı dosya ile ortaklığın giderilmesi davası açtığı, bu davanın açılmasıyla satış isteme süresinin kesildiği, ortaklığın giderilmesi davasının derdest olduğu görülmekte olup, haciz düşmemiştir. Kural olarak icra müdürü kendi vermiş olduğu karardan re'sen dönemeyeceğinden icra müdürlüğünün 01.06.2015 tarihli ret kararı yerinde ise de, 29.05.2015 tarihli haczin kaldırılmasına yönelik işlemi yerinde olmayıp, bu durumda, mahkemece, satış isteme süresinin kesildiği gerekçesi ile şikayetin kabulüne ve icra müdürlüğünün 29.05.2015 tarihli işleminin iptaline yönelik karar verilmesi doğrudur." (12. HD 06.04.2017, 2016/13007, 2017/5680).

neticesinde, bu karar nedeniyle zarar görenin zararını telafi etmek için ihtiyati tedbir talep edip, uygulatan taraftan talep edebileceği bir dava çeşididir. Takibin geçici olarak durdurulmasını talep eden kişinin daha sonra haksız olduğu anlaşılırsa¹³⁹, karşı taraf veya üçüncü kişi, takibin haksız yere durdurulmasından doğan zararlarının karşılanmasını talep edebilecektir¹⁴⁰. Zira ihtiyati tedbir talep eden, haksız çıktığı takdirde karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık teminat göstermek zorundadır (HMK m. 392). Nitekim HMK 399. maddesine göre; lehine ihtiyati tedbir kararı verilen tarafın, ihtiyati tedbir talebinde bulunduğu anda haksız olduğu anlaşılır veya lehine verilen tedbir kararı kendiliğinden kalkar ya da itiraz üzerine kaldırılır ise, lehine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf, haksız ihtiyati tedbir nedeniyle uğranılan zararı tazminle yükümlüdür. Haksız olarak ihtiyati tedbir koydurmuş olan tarafın sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğuna benzetilmektedir. Haksız ihtiyati tedbirden doğan tazminat davası, aleyhine haksız olarak ihtiyati tedbir kararı uygulanmış kişi veya bu haksız ihtiyati tedbirden zarar görmüş olan üçüncü kişi tarafından, haksız ihtiyati tedbir kararı alıp, bunu uygulatan tarafa açılır. İhtiyati tedbirden doğan tazminat sorumluluğu için kararın uygulanmasından gayri bir zararın husule gelmesi ve zarar ile haksız ihtiyati tedbir kararı arasında illiyet bağının mevcudiyeti de aranacaktır. Söz konusu dava, esas hakkındaki davanın karara bağlandığı mahkemede açılır. Asıl davaya ilişkin hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbir kararının kalkmasından itibaren bir ay içinde tazminat davasının açılmaması üzerine teminat iade edilir (HMK m. 392/2). Tazminat davasının, hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbir kararının kalkmasından itibaren 1 yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı hükme bağlamakla (HMK m. 399), teminatın iadesi daha kısa süreye tabi kılınmıştır. İcra ve İflas Kanunu'nda takip hukuku organları tarafından tesis edilen haksız ihtiyati tedbir kararları nedeniyle doğan zararları karşılamak üzere genel

139 Talebi üzerine lehine ihtiyati tedbir kararı tesis edilen taraf, esas hakkındaki dava aleyhine neticelenirse, tedbir kararının haksız olduğu tebarüz edecektir.

140 "İnkâr edilen imzanın borçluya ait olduğunun anlaşılması halinde borçlunun tazminat ve para cezası ile sorumlu tutulabilmesi için İİK'nun 170/3. maddesi uyarınca takibin aynı maddenin 2. fıkrasına göre durdurulmuş olması gerekmektedir. Somut olayda; 26.04.2015 tarihli tedbir kararı ile alacağın %15'i oranında teminat karşılığında takibin geçici olarak durdurulmasına karar verilmiş ise de; öngörülen teminat yatırılmadığından takibin durmadığı anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, takibin durdurulmadığı dikkate alınarak imza itirazının reddi ile yetinilmesi gerekir iken borçlu aleyhine ayrıca tazminat ve para cezasına hükmedilmesi isabetsiz ise de anılan yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını zorunlu kılmadığından kararın düzelterek onanması gerekmiştir." (12. HD 18.01.2016, 2015/24043, 2016/1162).



bir tazminat yer almayıp, bunun yerine ilgili maddelerde haksız ihtiyati tedbir nedeniyle lehine tedbir kararı verilen tarafın, tazminata mahkum edileceği öngörülmüştür. Bu bağlamda, İİK 72/4'e dayalı menfi tespit davasında; İİK 97/13'te mahcuz mala istihkak iddiası veya istihkak davası üzerine takibin ertelenmesine karar verilip, menfi tespit ve istihkak davasının reddedilmesi ya da kambiyo senetlerine bağlı haciz yoluyla takipte borca ve imzaya itiraz üzerine takibin geçici olarak tedbirene durdurulmasını müteakip söz konusu davanın reddedilmesi durumunda, lehine takip durdurulan kişi aleyhine tazminata hükmedileceği ayrı ayrı belirtilmiştir. Dolayısıyla, haksız fiile ilişkin şartların inzımanı aranacaktır. Konu başlığı bağlamında bu aşamada ele alınacak bir diğer mesele, takibin durdurulması için mahkemece belirlenen teminatın, başka bir alacaklı tarafından haczinin mümkün olup olmadığıdır? Bir diğer ifadeyle, icra müdürlüğünce takibin durdurulması için hükmedilen teminat ya da genel mahkemelerde takipten önce veya sonra açılan menfi tespit davalarında, takibin geçici durdurulması yahut veznedeki paranın dava sonuna kadar alacaklıya ödenmemesine yönelik tedbir kararı veya dava konusuna ilişkin üçüncü kişinin başlattığı takibin durdurulmasına dair ara kararına istinaden mahkemece belirlenen teminat, borçlunun ya da alacaklının başka bir alacaklısı tarafından haczedilmesi mümkün olacak mıdır? İcra müdürlüğünce söz konusu paranın haciz için yazılan müzekkereye karşı¹⁴¹ mahkemelerin tutumu ne olacaktır? Hukuk Muhakemeleri Kanunu 392. maddesinin 2. fıkrası, asıl davaya ilişkin hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbir kararının kalkmasından itibaren bir ay içinde tazminat davasının açılmaması üzerine teminat iade edilir hükmünü havidir. Keza İcra ve İflas Kanunu'nun 72/3. fıkrası, icra takibinden sonra açılan menfi tespit davasında ihtiyati tedbir yolu ile takibin durdurulmasına karar verilemez. Ancak, borçlu gecikmeden doğan zararları karşılamak ve alacağı yüzde onbeşinden aşığı olmamak üzere göstereceği teminat karşılığında mahkemedeki ihtiyati tedbir yoluyla icra veznesindeki paranın alacaklıya verilmemesini isteyebilir hükmünü havidir. İcra ve İflas Kanunu'nun 72/4. fıkrası düzenlemesi ise, "Dava alacaklı lehine neticelenirse, ihtiyati tedbir kalkar. Buna dair hükmün kesinleşmesi halinde alacaklı ihtiyati tedbir dolayısıyla alacağını geç almış bulunmaktan doğan zararlarını gösterilen teminattan alır. Alacaklının uğradığı zarar, aynı davada takdir olunarak karara

141 Uygulamada icra müdürlüklerinin mahkeme dosyasına yatırılan teminata karşı haciz talebinde bulunulması üzerine yazdıkları müzekkere içeriğinde "Teminatın borçluya iadesine karar verilmesi halinde haciz konulması" ibaresi tecrübe edilmektedir.

bağlanır” hükmüne müncerdir. Her iki hükmün lafzı yorumundan referansla hareket edilir ise, söz konusu teminat, alacaklının alacağına geç ulaşmaktan kaynaklı zararları telafi etmeye matuf olduğu, dolayısıyla alacaklının kanunda belirtilen sürelerde söz konusu teminattan zararını karşılamaya yönelik talebinin olmaması halinde, teminatın takip borçlusunun bir başka alacaklısı tarafından haczinin talep edilmesine kanuni bir engel yoktur. Ancak, mahkemece davanın kesinleşmesini kadar paranın haciz yapan icra müdürlüğüne gönderilmemesi gerekecektir. Zira hacze konu para teminat amaçlı olarak depo edildiği için, davanın sonucuna göre hareket edilmesi, icra müdürlüğünün haciz yapılan paranın icra dosyasına gönderilmesi talebine karşılık,¹⁴² mahkemenin, eldeki davanın sonucuna göre paranın icra dosyasına gönderilmesini tehir etmesi isabetli ve tarafların menfaatine uygun bir çözüm yolu olacaktır. Buna karşılık, alacaklının teminat üzerinde rüçhan hakkı yoktur. Dolayısıyla haksız ihtiyati tedbirden dolayı tazminat davası ikame eden kişi, davasının kabul görmesini müteakip, ilamlı icra takibi yapmak marifetiyle mahkemedeki teminatın haczini talep edebilecektir. Şayet teminat için para yerine banka teminat mektubu ibraz edilmiş ise paranın aksine, haczi mümkün olmayacaktır. Zira teminat mektupları, kıymetli evrak niteliği taşımadığı ve doğrudan haczinin mümkün olmadığından¹⁴³ ötürü teminat mektubunun lehtarının bir borcu için lehtar alacaklısı tarafından haczi mümkün olmayacaktır¹⁴⁴. Dolayısıyla banka teminat mektubu, verildiği iş için teminat oluşturup, ancak teminat oluşturduğu hukuki ilişki sebebiyle paraya çevrilebilecektir¹⁴⁵. Tetkik konumuz dışında olmakla birlikte İİK 36. maddesine göre icranın geri bırakılması için yatırılan teminat üzerinde alacaklının rüçhan hakkı bulunduğu için söz konusu teminata karşı üçüncü bir kişinin haciz talebi fonksiyonel bir amaca hizmet etmediğinden semeresiz kalacaktır.

142 Mahkeme veznesindeki para, borçlunun üçüncü kişilerdeki alacağı vasfıyla taşınır hükmündedir. Para alacağına, paranın satılarak paraya çevrilmesi söz konusu olamayacağından, hacizden itibaren altı ay içinde haczedilen paranın icra dosyasına celbinin istenmesi gerekir. Aksi halde haciz düşecektir.

143 Barlas Nami, **Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları**, İstanbul 1986, s. 86.

144 CANPOLAT Ferhat, Banka Garantisinin Veya Banka Garantisinden Doğan Alacağın Haczi Durumu, **Batider** 2008 Aralık, C. XXIV, S. 4, s. 170.

145 “Dairemizin yerleşik içtihatları gereğince teminat mektupları, hangi iş için verilmiş ise, o işin teminatı teşkil edip, o nedenle haczedilebilecektir. Başka bir iş için haczi mümkün olmadığından şikayetin kabulü ile teminat mektupları üzerine konulan hacizlerin kaldırılması gerekirken şikayetçiye gönderilen ihbarnamenin İİK’nun 78. maddesi gereğince haciz müzekkeresi gibi değerlendirilerek istemin reddi isabetsizdir.” (12. HD 11.02.2010, 2009/20857, 2010/2838)



SONUÇ

İcra ve iflas hukuku, icra ve iflas takibinden, tahsile kadar uygulanması gereken usul hükümlerini düzenlemektedir. Takip hukukun nihai amacı, alacaklının alacağına en kısa sürede tahsil edilmesine münferdir. Alacaklının nihai amacına ulaşmak için takip hukukunun bahsettiği imkânlar karşısında, borçlu da tamamen savunmasız konumda değildir. Borçlu da icra ve iflas hukukunun bahsettiği hukuki imkânlardan faydalanabilecektir. Dolayısıyla takip hukukun iki sujesi arasında hakkaniyetli ve ölçülü bir denge sağlanmalıdır. Alacaklının yasal takip hakkı, kötü niyetli ve dürüstlük kuralına aykırı olarak akamete uğratılmamalıdır. Şikâyet, kesin hüküm ve yargılama yetkisi gücünden yoksun icra müdürlüğünün takip hukukuna ilişkin işlemelerine gidilen basit muhakemeye tabi yasal bir çaredir. Şikâyet bir cebri icra işleminin iptali yolu olup, kural olarak maddi hukuka müteallik bir karar alınması söz konusu olmadığından, maddi hukuk yönünden sonuç doğmayacaktır. Şikâyet, kural olarak doğrudan takibi durdurma niteliğini haiz değildir. Nitekim icra ve iflas hukukunda takip hukukuna ilişkin bir uyuşmazlığın çözümü bağlamında ihtiyati tedbir mahiyetiyle takibin geçici durdurulmasını öngören genel bir düzenleme mevcut değildir. Zira haksız ve mesnetsiz şikâyet marifetiyle takipler akamete uğrayıp, cebri icranın amacı akim kalacaktır. Dolayısıyla, şikâyet, icra mahkemesince karar verilmedikçe doğrudan icrayı durdurma güç ve etkisinden yoksundur. Kaldı ki, bu sonuç, icra hukukunun, takibin devamını sağlamaya ve alacaklının alacağına en kısa süre ve en az masrafla ulaşması amacına hizmet edecektir. Şikâyet sebebiyle takibin durması gerekip gerekmediğine icra hâkimi şikâyetçinin bu husustaki talebini ve şikâyet konusu işlemin niteliği de göz önüne alarak değerlendirecektir. Takip hukuku işlemlerine ilamsız takip dışında diğer takip yollarına itiraz halinde kural olarak takip durmayacak ise de özellikle kambiyo senetlerine mahsus haciz marifetiyle ilamsız takipte imza ve borca itiraz ihtimalinde icra mahkemesince icranın geçici durdurulmasına karar verilebilecektir. Söz konusu durdurma kararı, verildiği tarih itibarıyla icra takip işleminin devamını dondurmaya matuf olup, geçici durdurma kararına kadar icranın geldiği aşamayı mürtefi kılmayacaktır. Bu vadede ihtiyati haciz, bir icra takip işlemi olmayıp, asıl icra takip işlemine yardımcı olan, güvence sağlayan, koruyucu nitelikte bir kurum ve bizzat icra takip işlemine dönüşmeye elverişli, yapılacak icra takibinden veya açılacak davadan önce ya da takip veya dava sırasında uygulanan bir nevi tedbir işlemidir. Bu nedenle icra mahkemesince verilen



takibin geçici durdurulmasına dair ara kararı, ihtiyati haczin infazını engellemeyecektir. İcra takibinin geçici durdurulmasına yönelik ara kararı, uyuşmazlığı nihayete erdirmeyip, hâkime davadan el çektirmeden, değişen ve gelişen şartlara nazaran değiştirilip, ortadan kaldırılabilen bir niteliği haiz olduğundan, icra mahkemesinin esasa ilişkin nihai kararına değin hukuki himaye sağlayacaktır. Zira icra mahkemesi kararlarının uygulanması için kesinleşmesi gerekmez. İcra mahkemesi kararları verildikleri tarih itibariyle hüküm ve sonuç doğurur. Bu sebeple, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 397/2. fıkrasındaki “İhtiyati tedbir kararının etkisi, aksi belirtilmediği takdirde, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder” hükmü, takip hukukunda uygulama alanı bulmayacaktır. Bu süreçte İİK 106 ve 110. maddelerindeki satış isteme süreleri de işlemeyecektir. Meğerki takip, salt satış yönünden durdurulsun. Nitekim takibin geçici durdurulmasını istihdaf ettiklerinden hareketle, ihtiyati tedbir amaçlı ara kararı mahiyetinden ötürü, bağımsız olarak kanun yoluna tabi olmadıkları gibi, ilam ve ilam niteliğinden yoksun olup, ilamlı icra takibinin dayanağını da oluşturmazlar. Kambiyo senetlerine mahsus haciz marifetiyle takipte, dayanak senede karşı yazı veya imza sahteliği itirazı ihtimalinde de, HMK’nun 209. maddesi işlerlik kazanmayıp, takip kendiliğinden durmayacağı için, takibin geçici durdurulması mahkemenin kararına merbut olacaktır. Genel mahkemede görülen bir davada, dava konusu hakkın cebri icrada satılacak olması, eldeki davayı konusuz bırakacak nitelikte ise, genel mahkeme, takibin değil, ancak, satış işleminin geçici durdurulmasına karar verebilecektir. Kanaatimizce, bu ihtimalde, takip hukukunun taraflarının, yani takyidat lehtarlarının davalı gösterilmesi gerekecektir. Genel mahkemeler, icra ve iflas hukukunun yardımcı organları olup, asıl görevlerinden başka İcra İflas Kanunu’nun gösterdiği hallerde icra ve iflas işlerine bakacaklardır. Dolayısıyla takip hukukunda asıl yetkili mahkeme icra mahkemesi olduğundan, Kanun’da genel mahkemelere sınırlı olarak verilen yetkiden maada, genel mahkemeler somut olayın hususiyetlerine göre salt satış işlemini durdurmalı, lakin icranın devamını sağlayan icra takip işleminin durdurulmasına yönelik karar vermekten içtinap etmelidir. Zira söz konusu karar tasarrufu, müstemiren icra mahkemelerine ait olduğundan, görev gaspına sebebiyet verecektir. Kaldı ki, genel mahkeme kararı ile satış dışında icra takip işleminin durdurulması, takip hukukunun en az masrafla ve en kısa süre içinde alacaklının para ile tatmin edilmesi gayesini akamete uğratıp, haksız öncelik ve muvazaalı işlemlere kapı aralayacaktır. İcra ve İflas hukukuna tabi hadiselerin çözümünde görevli olan icra mahkemesi ile genel mahkemeler Kanun’da



yazılı hallerde, gerek tarafların talebine, gerekse resen ihtiyati tedbir mahiyetinde takibin geçici durdurulmasına ilişkin kararlar verebilecektir. Bu bağlamda icra mahkemesinin şikâyet üzerine icranın durdurulması kararı verebilmesi ile İcra ve İflas Kanunu 97/1'e göre üçüncü kişinin istihkak iddiası üzerine takibin ertelenmesine karar verilebilmesi için talebe ihtiyaç yoktur. Hâkim, resen de bu tedbirlere karar verebilecektir. Keza, kambiyo senedine dayanan haciz yoluyla takiplerde borca veya imzaya itiraz üzerine icra takibinin geçici olarak durdurulmasına, gerek borçlunun talebi ile gerekse mahkemece resen karar verilebilecektir. İcra ve İflas Kanunu m.169/a,2 ve 170/2'de ise talep şartı öngörülmemiştir. Buna karşın, İİK m. 72/2 - 3 uyarınca, gerek takip öncesi gerekse takip sonrası açılan menfi tespit davalarında, takibin durdurulması için talep şartı öngörüldüğü gibi, İİK 97/9. maddesine göre, kendisine İİK 97/1 hükümleri bağlamında istihkak talebinde bulunmak imkânı verilmeyen üçüncü şahsın, haczedilen şey ya da satılıp da bedeli henüz alacaklıya verilmeyen bedel hakkında haczi öğrendiği tarihten itibaren 7 gün içinde icra mahkemesinde istihkak davası açması halinde, takibin durdurulması yönünde karar verilebilmesi de üçüncü şahsın talebine merbuttur.



KAYNAKLAR

AKİL Cenk, Takip Konusu Adi Senetteki Sahtelik İddiasının İcra Takibine Etkisi, **DEÜHFD**, C. 16, Özel Sayı, 2014, (s. 2405- 2422).

ASLAN Kudret, **Hacizde İstihkak Davası**, Ankara 2005.

ARSLAN Ramazan, **İcra-İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi**, Ankara 1984.

ARSLAN Aziz Serkan, **İcra Takip İşlemleri**, Ankara 2018.

BARLAS Nami, **Türk hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları**, İstanbul 1986.

BERKİN Necmeddin, **Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi**, İstanbul 1980.

BORAN- Güneysu Nilüfer, **İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri**, Ankara 2020.

BÖRÜ Levent, Kambiyo Senetlerine Özgü Haciz Yolu İle Takipte İmzaya İtirazın Takibi Durdurup Durdurmayacağıın Değerlendirilmesi, **Batider**, 2012-4, (s. 257- 262).

CANPOLAT Ferhat, Banka Garantisinin Veya Banka Garantisinden Doğan Alacağıın Haczi Durumu, **Batider** 2008 Aralık, C. XXIV, S. 4, (s. 157- 171).

ERDÖNMEZ Güray, Adi Ve Resmi Senette Sahtelik İddiasının Hukuk Davalarına ve İcra Takiplerine Etkisi, **TBB Dergisi**, 2016, S. 123, (s. 147- 208).

ERİŞİR Evrim, **Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri**, İstanbul 2013.

İYİLİKLİ Ahmet Cahit, **Hukuk Yargılamasında Kesin Hüküm**, Ankara 2020. (Kesin Hüküm)

İYİLİKLİ Ahmet Cahit, Taşınmazın Mülkiyetinin Tescilden Önce İktisap Hallerinden Mahkeme Hükümüne Göre İktisap Eden Kişinin İhalenin Feshi Davası Açmaya Yetkisi Bulunup Bulunmadığı Üzerine Düşünceler Ve Tahliller, **TAAD**, 2016, S. 27, (s. 515- 547). (Tescilsiz İktisap).

İYİLİKLİ Ahmet Cahit, Tasarrufun İptali Davalarında Kambiyo Senetleri Bağlamında Alacaklı Borç İlişkisi, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Aralık 2019, S. 15, (s. 255- 310). (Tasarrufun İptali).

İYİLİKLİ Ahmet Cahit, Taşınmazın Aynuna İlişkin İlamın Mevzuunu Oluşturan Taşınmaz Mülkiyet Hakkına Vaziyet Eden Takyidatlara Etkisi, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Ankara 2017, S. 10, (s. 293- 407). (Mülkiyet).



İYİLİKLİ Ahmet Cahit, **Haciz İhbarnameleri**, Ankara 2012.

KURU Baki, **İcra Ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası**, Ankara 2003.

KURU Baki, Hukuk Davasında Adi Senetteki İmzanın İnkâr Edilmesinin İcra Takibine Etkisi, **Legal- Mihder**, 2012, C. 8, S. 23, s. 8, 9, (s. 3- 10).

KONURALP Cengiz Serhat, **İcra İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler**, İstanbul 2013.

PEKCANİTEZ Hakan, **İcra – İflas Hukukunda Şikâyet**, Ankara 1986.

PEKCANİTEZ Hakan/ÖZEKES Muhammet/AKKAN Mine/TAŞ Korkmaz Hülya, **Medeni Usul Hukuku**, C. III, İstanbul 2017, s. 2461.

PEKCANİTEZ Hakan/ ATALAY Oğuz/ ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 13. Basım, Ankara 2012.

PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN- ÖZKAN/ ÖZEKES, **İcra ve İflas Hukuku**, 10. Baskı, Ankara 2012.

TANRIVER Süha, **İlamlı İcra takibinin Dayanakları Ve İcranın İadesi**, Ankara 1996.

TUNCER- Kazancı, İdil, Yargı Kararları ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar, **Legal Mihder** 2012/3, C. 8, S. 23,

UYAR Talih, Menfi Tespit Davalarında Takibin Durdurulması İçin Borçlu Tarafından Yatırılan Teminatın İşlevi, **TBB**, Mayıs 2018, S. 136, (s. 395-409). (Teminat)

UYAR Talih, Takip Dayanağı Senedin Sahte Olduğu İleri Sürülerek İcra Takibinin Teminatsız Durdurulması, **İBD** 2013/2, (s. 488- 516).

YILMAZ Ejder, **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, C.I, Ankara 2001.

SİGORTACILIK SEKTÖRÜNDE DİJİTALLEŞMENİN HUKUKİ YÖNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

(A Legal Evaluation of Digitalization In Insurance Sector)

Prof. Dr. Huriye KUBİLAY¹

ÖZ

Sigortacılık sektöründeki dijitalleşmenin, sigortacılık mevzuatının gelişmesine önemli ölçüde katkıda bulunduğu bir dönemdeyiz. COVID-19 Pandemisi, her alanda olduğu gibi sigortacılık sektöründe de dijital teknolojinin giderek daha çok kullanılmasında önemli bir etken olmuştur. Dijitalleşme, sigorta sözleşmelerinin bütün aşamalarında; kuruluşu öncesinde, kuruluşundan işleyişine ve sona ermelerine kadar ve uyuşmazlık sürecinde olmak üzere her aşamada karşımıza çıkmaktadır. Pandemi nedeniyle, beklenenden daha süratle yaşamımıza giren bu yeni teknoloji, bir yandan yaşamımızı büyük ölçüde kolaylaştırırken öte yandan hukuki düzenlemeyi gerektiren sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, yeni teknik terimlerin tanımlanması, bu teknolojiyi kullanan kişilerin lisanslanması, sorumluluklarının, hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi, mevcut hukuk ilkeleri ve düzenlemeleriyle uyumlu bir yasal yapıya kavuşturularak etkin denetimin ve hukuk güvenliğinin sağlanması hedeflenmelidir. Bu makalede, pandeminin ortaya çıkmasından sonra, sigortacılık sektörümüzü etkileyen mevzuatımızın değerlendirilmesine çalışılmakta, önerilerde bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sigortacılık sektörü, dijitalleşme, kalıcı veri saklayıcısı, mesafeli akdedilen sigorta sözleşmeleri, Sigorta Tahkim Komisyonu.

ABSTRACT

We are in a period where digitalization in the insurance sector contributes significantly to the development of insurance legislation. The

1 İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, huriye.kubilay@ieu.edu.tr, Orcid No: 0000-0002-7996-3779; European Law Institute (ELI), Avrupa Birliği Ortak Projesi "Blockchain and Smart Contracts" Danışma Komitesi Üyesi (İzmir Ekonomi Üniversitesi Temsilcisi). Bu makalenin özeti için bk. TÜBA COVID-19 KÜRESEL SALGINI, Hukuki Değişim ve Etkileşim Raporu, Temmuz 2020, Ankara, s.74-76.

COVID-19 Pandemic has been an important factor in the increasing use of digital technology in the insurance industry, like every other field. Digitalisation manifests itself at all stages of insurance contracts; before its establishment, from its establishment to its operation and termination, and at every stage in the dispute process. This new technology, which has entered our lives faster than expected due to the pandemic, greatly facilitates our lives on one hand, but also brings along problems that require legal regulation on the other. For this reason, we must aim to define new technical terms, license the people using this technology, determine their responsibilities, rights and obligations, provide a legal structure in line with existing legal principles and regulations, and ensure effective control and legal security. In this article, we try to evaluate our legislation affecting our insurance industry after the emergence of the pandemic, and make suggestions.

Keywords: Insurance industry, digitalization, permanent data storage, distance contracts, Insurance Arbitration Commission.

GİRİŞ

Teknolojideki gelişmelerin pandeminin etkisiyle daha çok yaşamımızda yer alması, söz konusu gelişmelerin yasal altyapılarının oluşturulması gereksinimini ortaya çıkarmıştır. Bu doğrultuda sigortacılık sektöründeki gelişmelerin ve bunlarla ilgili olarak sürdürülen mevzuat çalışmalarının değerlendirilmesi bu çalışmanın amacını oluşturmaktadır. Sigortacılık sektöründeki gelişmelerde dijitalleşmenin öne çıktığı ve yapılan mevzuat değişikliklerinin önemli bir bölümünün dijitalleşme ile bağlantılı olduğu görülür. Bu nedenle, çalışmada, sigortacılık sektöründeki dijitalleşmeye bağlı gelişmeler, mevzuatımızdaki yeni düzenlemeler, sigorta sözleşmeleri ile ilgili değerlendirmeler ve sigortacılık uygulamalarındaki yenilikler kapsamında ele alınmaktadır.

I. MEVZUATTAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Pandeminin ortaya çıkması, dijitalleşmenin yaşamımıza daha yoğun olarak girmesine, bunun sonucunda mevzuatımızda yeni düzenlemelerin yapılmasına neden olmuştur.

A. Sigorta Ekspertleri Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

Hazine ve Maliye Bakanlığı'ndan "Sigorta Ekspertleri Atama Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" 25 Mart 2020

tarihli ve 31079 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Yönetmelik’te, 25/08/2015 tarihli ve 29456 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Sigorta Eksperleri Atama Yönetmeliği’nin 3üncü maddesinin birinci fıkrasına “Uzaktan ekspertiz”le ilgili olarak yapılan ekleme ile “i) Uzaktan ekspertiz: *Levha’ya kayıtlı sigorta eksperlerince yapılacak; çevresi, usul ve esasları İcra Komitesi tarafından önerilen ve Bakanlıkça onaylanan ekspertizi... ifade eder.*” düzenlemesi yapılmıştır. Bu düzenleme ile özellikle, pandemi ortamında yapılacak ekspertiz işlemlerine yeni bir boyut getirilmiş olmaktadır (Yön.m.1). “Uzaktan ekspertiz” uygulamasının yeknesak ve güvenilir bir uygulama olarak sigortacılık sektöründe yerleşmesi için mevzuat çalışmasının tamamlanması gerekmektedir. Bunun için, Sigorta Eksperleri Atama Yönetmeliği’nde yapılan değişiklikle ilk olarak mevzutumızda düzenlenen “Uzaktan ekspertiz’in çevresi, usul ve esasları Sigorta Eksperleri İcra Komitesi tarafından belirlenmeli ve Hazine ve Maliye Bakanlığı’na yapılacak öneriden sonra Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından onaylanmalıdır.

“Uzaktan ekspertiz”, hasar tespitlerinin elektronik ortamda yapılması suretiyle hasar tespitlerinin ve ödemelerinin daha kısa sürede yapılmasını sağlayabilir.

B. Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik

Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından “Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik” 14.02.2020 tarihli ve 31039 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır². Bu Yönetmeliğin 4’üncü maddesinin 1’inci fıkrasına;

“c) *Kalıcı veri saklayıcısı: Sigorta ettirenin, sigortalının ve sigortadan faydalanacak kişilerin gönderdiği veya kendisine gönderilen bilgiyi, bu bilginin amacına uygun olarak makul bir süre incelemesine elverecek şekilde kaydedilmesini ve değiştirilmeden kopyalanmasını sağlayan ve bu bilgiye aynen ulaşılmasına imkân veren kısa mesaj, elektronik posta, internet, disk, CD, DVD, hafıza kartı, Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi üzerinden veya E-Devlet üzerinden kurulacak yapı ve benzeri her türlü araç veya ortamı,*” tanımı eklenmiştir.

Yönetmeliğin 5’inci maddesinde; *Bilgilendirmeye İlişkin Genel İlkeler* başlığı altında bilgilendirmenin dijital ortamda da yapılmasına olanak sağlanmıştır.

2 Bu Yönetmelik ile 28/10/2007 tarihli ve 26684 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

“(2) Tarafların, fiziki olarak karşı karşıya gelmesinin söz konusu olmadığı hallerde veya işin mahiyetinin gerektirdiği durumlarda kalıcı veri saklayıcısı aracılığı ile bilgilendirme yapılabilir.

(3) Sigortacının çağrı merkezi veya telefon aracılığıyla yapacağı bilgilendirme, görüşmenin manyetik veya dijital ortamda kayıt altına alınmış olması şartıyla sözlü olarak yapılabilir.”

Yönetmeliğin 6’ncı maddesinde, dijital ortamda yapılan bilgilendirmede bir karışıklığa yolaçılmaması amacıyla,

“sigorta şirketinin kurmuş olduğu kayıtlı veri saklayıcısı ile acentenin düzenlediği sigorta sözleşmeleri için de bu Yönetmeliğin öngördüğü biçimde bilgilendirme yapılıyor ise acentenin bilgilendirme yükümlülüğü ortadan kalkar.” hükmü getirilmiştir.

Yönetmeliğin, *Bilgilendirme Metninin Saklanması* ile ilgili 9’uncu maddesine;

“(2) Bilgilendirmenin kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla yapılması halinde sigortacı, Bilgilendirme Metnini kaydetmekle yükümlüdür.

(3) Bilgilendirmenin çağrı merkezi veya telefon aracılığıyla yapılması halinde sigortacı, görüşmeyi manyetik veya dijital ortamda kayıt altına almak zorundadır.” hükümleri eklenmiştir.

C. Covid-19 Salgınına İlişkin Alınan Tedbirler Hakkında Sektör Duyurusu

Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından 23.03.2020 tarihinde yayımlanan 2020/4 sayılı Covid-19 Salgınına İlişkin Alınan Tedbirler Hakkında Sektör Duyurusu ile topluma sunulan sigortacılık hizmetlerinin aksamadan devam ettirilmesini teminen meslek kuruluşlarından gelen talepler de gözönünde bulundurularak bazı önlemler alınmıştır. Bu önlemler; ekspertiz işlemlerinin uzaktan yapılması, Sigorta Tahkim Komisyonu’na yapılan başvurulara ilişkin işlemler, sigorta primlerinin ödenmesinde kolaylık sağlanmasına ilişkin tavsiye kararı, Tutanak Değerlendirme Komisyonu’nca yapılan değerlendirmeler, trafik sigortası poliçelerinin yenilenmesi, sağlık sigortasında tazminat talepleri, tazminat ödemeleri, sigortacılık e-başvuru sistemine şirketler tarafından gönderilen yazılar ve aktüerlik sınavlarına ilişkin önlemler başlıkları altında toplanmıştır.

D. Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetlere, Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri İle Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik

Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan, on maddeden ibaret bu Yönetmelik³; 25/4/2014 tarihli ve 28982 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan *Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetlere, Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri İle Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Yönetmeliğin* beş maddesini değiştirmiş, biri Geçici Madde (Geçici Madde 1) olmak üzere iki madde (EK MADDE 10/A) eklenmiş, Yönetmeliğin 4üncü maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi yürürlükten kaldırılarak bu maddeye üç bent eklenmiştir.

25 Nisan 2014 tarihli ve 28982 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “*Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetlere, Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri İle Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Yönetmelik*”⁴, sigortacılık faaliyeti ile bu kapsama girmeyen işlerin sınırlarının tespiti, tüketici lehine yapılan sigorta sözleşmeleri ve tarafların karşı karşıya gelmeden akdettikleri sigorta sözleşmelerine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi amacıyla çıkarılmıştı. 09 Mayıs 2020 tarihli ve 31122 sayılı Resmi Gazete’de Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan “*Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetlere, Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri İle Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*” ile bazı değişiklikler ve ekler yapılmıştır⁵. Bu Yönetmeliğin amacı; *sigortacılık faaliyeti ile bu kapsama girmeyen işlerin sınırlarının tespiti, tüketici lehine yapılan sigorta sözleşmeleri ve tarafların karşı karşıya gelmeden akdettikleri sigorta sözleşmeleri ile asli işi sigorta aracılığı olmayan işletmelerin sundukları mal ve hizmetlerle birlikte sağlayabileceği sigortalara ilişkin usul ve esasların belirlenmesi*, olarak ifade edilmiştir.

“Müsteşarlık” tabirinin “Hazine Müsteşarlığı”nı ifade ettiğini belirleyen Yönetmeliğin m.4 (1), g bendi kaldırılarak, aşağıdaki bentler eklenmiştir;

“j) Bakanlık: Hazine ve Maliye Bakanlığını,

k) Kalıcı Veri Saklayıcısı: Sigorta ettirenin, sigortalının ve sigortadan

3 Resmi Gazete: Tarih: 09 Mayıs 2020, Sayı: 31122.

4 Bu Yönetmeliğin değişiklikten sonraki güncel metni “Ana Yönetmelik” olarak kısaltılarak ifade edilmektedir.

5 Bu Yönetmelik, metin içinde “Yeni Yönetmelik” olarak kısaltılarak ifade edilmektedir.

faydalanacak kişilerin gönderdiği veya kendisine gönderilen bilgiyi, bu bilginin amacına uygun olarak makul bir süre incelemesine elverecek şekilde kaydedilmesini ve “değiştirilmeden kopyalanmasını sağlayan ve bu bilgiye aynen ulaşılmasına imkân veren kısa mesaj, elektronik posta, internet, disk, CD, DVD, hafıza kartı, Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi üzerinden veya E-Devlet üzerinden kurulacak yapı ve benzeri her türlü araç veya ortamı,

1) 3D Secure: İnternet ortamında banka kartı veya kredi kartı ile gerçekleştirilen işlemlerde ek güvenlik tedbirlerini getiren, kartlı sistem kuruluşları tarafından onaylı protokolü,” Bu düzenleme ile, Hazine Müsteşarlığı’nın yerini Hazine ve Maliye Bakanlığı almış, sigorta sözleşmelerinin mesafeli olarak yapılmasında “Kalıcı Veri Saklayıcısı” ve banka kartı veya kredi kartı ile yapılan ödemelerin güvenliği için “3D Secure” kavramlarına yer verilmiştir (Yeni Yön. m.2). Böylece, sigortacılık faaliyetlerinin güvenli bir ortamda sürdürülebilmesine katkı sağlayacak kavramlar düzenlenmiştir. Yönetmelik hükümlerini yürütme ile görevli bakanlık, “Hazine Müsteşarlığı’nın bağlı olduğu bakanlık” yerine “Hazine ve Maliye Bakanlığı” olarak ifade edilmiştir (Yeni Yön.m.7; Ana Yön. m.12)).

Yönetmeliğin amaçlarından biri olarak, “Sigortacılık faaliyeti” ile “sigortacılık faaliyeti kapsamına girmeyen işlerin” sınırlarının tespitinden söz edilmektedir. Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetlere, Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri İle Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Yönetmeliğe göre (m.7); her ne ad altında olursa olsun 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 1401 inci maddesi kapsamında teminat verilmesine yönelik faaliyetler sigortacılık faaliyetidir.

Buna karşılık, hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi veya abonelik sözleşmesinde olduğu gibi konusu, karşı tarafın zararının giderilmesi yerine, bedeni veya fikri insan emeği olan ve belli bir ücret karşılığında iş görmeyi amaçlayan sözleşmeler, sigorta sözleşmesi ve bu kapsamda yapılan faaliyetler de sigortacılık faaliyeti değildir.

23/2/1995 tarihli ve 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununa dayanılarak çıkarılan 14/6/2003 tarihli ve 25138 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik kapsamında verilen bakım, onarım ve kullanıma ilişkin garanti ile bu garantinin kapsamını genişleten veya süresini uzatan sözleşmeler ya da garanti belgesi muafiyetine girmekle birlikte üretici veya ithalatçı tarafından verilen söz konusu hizmetler bir bedel karşılığında yapılıyor olsa bile sigorta sözleşmesi olarak kabul edilmez (Yön. m.6).



Yönetmeliğin diğer amacı, tüketici lehine yapılan sigorta sözleşmeleri (Ana Yön. m.8) ve tarafların karşı karşıya gelmeden akdettikleri sigorta sözleşmeleri/Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmeleri (Ana Yön. m.9) ile asli işi sigorta aracılığı olmayan işletmelerin sundukları mal ve hizmetlerle birlikte sağlayabileceği sigortalara (Ana Yön. m.10) ilişkin usul ve esasların belirlenmesidir.

Yönetmeliğin “Tüketici Lehine Sigorta Sözleşmeleri, Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmeleri ve Herkese Açık Öneri” olan ÜÇÜNCÜ BÖLÜM başlığı, “Tüketici Lehine Sigorta Sözleşmeleri, Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmeleri ve Herkese Açık Öneri ile Mal ve Hizmetle Bağlı Sigorta Ürünü Satışı” olarak değiştirilmiştir (Yeni Yön. m.3). Bu başlığın, aşağıda ayrıntılı olarak değerlendirildiği üzere, “Herkese Açık Öneri” ibaresinin başlıktan çıkartılması ve “Mal ve Hizmetle Bağlı Sigorta Ürünü Satışı” ibaresindeki “Satışı” sözcüğü yerine “Sunumu” ibaresinin konulması suretiyle değiştirilmesi önerilir.

“Mesafeli sözleşmeler” ile ilgili düzenleme 07.11.2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁶ m.48’de yapılmıştır. Bu maddede, “Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmeler...” olarak tanımlanmaktadır.

Finansal hizmetlerden biri olarak nitelendirilen sigorta sözleşmelerinin uzaktan iletişim araçlarıyla kurulması, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, m.49’da “Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler” başlığı altında özel olarak düzenlenmiştir. Finansal hizmetler, her türlü banka hizmeti, kredi, sigorta, bireysel emeklilik, yatırım ve ödeme ile ilgili hizmetleri ifade eder. Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşme, finansal hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, sağlayıcı ile tüketici arasında uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir. Bu nedenle, “Finansal hizmetlere ilişkin mesafeli sözleşmeler”i düzenleyen bu hükmün, mesafeli olarak akdedilen sigorta sözleşmelerini de yöneten kurallar olduğu sonucuna varılır.

“Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetlere, Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri İle Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmelerine

⁶ Resmi Gazete: Tarih:28.11.2013, Sayı:28835.

İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile 2014 tarihinde yayınlanan Yönetmeliğin 9'uncu maddesinin karşılaştırılması sonucu aşağıdaki hususlar tespit edilmektedir;

- Yeni Yönetmeliğin 9'uncu maddesinin ilk iki fıkrası, önceki Yönetmeliğin ilk iki fıkrası ile aynıdır; herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu hükümlere göre; Sigorta sözleşmeleri, ister doğrudan ister sigorta acentesi vasıtasıyla olsun, tarafların bir araya gelmeksizin uzlaşmalarına olanak sağlayan her türlü iletişim aracı kullanılarak akdedilebilir.

Bu Yönetmelik kapsamında mesafeli sözleşme akdetmek isteyenlerin, işi yürütebilecek şekilde gerekli organizasyon ve teknik alt yapıya sahip olması gerekir.

- Yeni Yönetmeliğin 9'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında, mesafeli satış sözleşmesi akdedecek olanların bilgi vermekle yükümlü oldukları makam, *"Hazine Müsteşarlığı"* yerine *"Bakanlık"* (Hazine ve Maliye Bakanlığı) olarak değiştirilmiştir.
- Yeni Yönetmeliğin 9'uncu maddesinin dördüncü fıkrasında, mesafeli akdedilen sigorta sözleşmeleri hakkında da uygulanacak, 28/10/2007 tarihli ve 26684 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik hükümlerinin yerini 14/2/2020 tarihli ve 31039 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik* hükümleri almıştır. Yönetmelik'teki; *"Elektronik ortamda yapılan sigorta sözleşmelerinde, bilgilendirmenin yapılmış sayılması, elektronik ortamda teyit edilmesine bağlıdır. Ancak, bilgilendirmeye esas hususların mesafeli sigorta sözleşmesi akdedecek olanların internet sitesinde yayımlanması ve sigorta sözleşmesinde yer almak isteyen kişilerin de bu bilgileri kendi hâkimiyet alanı içindeki herhangi bir elektronik ortama aktarma imkânının verilmesi durumlarında, bilgi verme yükümlülüğü yerine getirilmiş sayılır."* hükmü Yeni Yönetmelik'te kaldırılmıştır. Bunun nedeninin, kaldırılan hükümde öngörülen amaca, gerek Yeni Yönetmelik'te ve gerekse yürürlükteki *Sigorta Sözleşmelerinde Bilgilendirmeye İlişkin Yönetmelik*'te düzenlenen *"Kalıcı Veri Saklayıcısı"* ile ulaşılabilesidir.
- Yeni Yönetmeliğin 9'uncu maddesinin beşinci fıkrasında, önceki Yönetmeliğin 9'uncu maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesi aynen korunmuştur. Bu hükümde, mesafeli akdedilen sözleşmelerde de Türk Ticarek Kanunu'nun 1424'üncü maddesinde

öngörülen police verme yükümlülüğünün devam edeceği belirtilmektedir. İkinci ve üçüncü cümleler kaldırılmış, elektronik ortamda police düzenlenebilmesi yerine *Kalıcı Veri Saklayıcısı* aracılığı ile poliçe verilebilmesi yönünde düzenleme yapılmıştır.

- Yürürlükten kaldırılan Yönetmeliğin 9'uncu maddesinin 6'ncı fıkrasındaki; *"Poliçelerin elektronik ortamda düzenlendiği hâllerde, şirketin poliçeyi imzalama yükümlülüğü elektronik imza ile yerine getirilir."* hükmü kaldırılarak, sigorta priminin banka kartı veya kredi kartı ile güvenli bir şekilde ödenmesini sağlamak üzere, sigorta ettirenlere 3D Secure uygulamasını kullanmak zorunluluğu getirilmiştir⁷.
- Yürürlükten kaldırılan Yönetmeliğin 9'uncu maddesinin 7'nci fıkrasındaki; *"Reasürans sözleşmeleri de mesafeli olarak akdedilebilir. Bu durumda reasürans şirketi hakkında da gerekli organizasyon ve teknik alt yapı ile Müsteşarlığın bilgilendirilmesine ilişkin bu madde hükümleri uygulanır."* hükmü kaldırılmıştır. Bu değişiklikte, Ana Yönetmelik m.9 hükmü, 3'üncü Bölüm başlığında geçen *"Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmeleri"* ve maddenin içeriği ile uyumlu hale gelmiştir. Bununla birlikte, günümüzdeki gelişmeler gözönüne alındığında, mesafeli reasürans sözleşmeleri ile ilgili ikincil düzenlemelerin yapılmasının yararlı olacağı düşünülmektedir.
- Ana Yönetmeliğin 9'uncu maddesinin 7'nci fıkrası, maddenin *"Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmeleri"* başlığı ile ilgili olmayan, ancak ödeme yönünden mesafeli akdedilen sigorta sözleşmelerinde kullanılan yöntemin benimsenebileceği bir hüküm içermekte olup; taraflarının karşı karşıya gelerek kurulduğu sözleşmelerde, sigorta priminin güvenli olarak ödenmesinin nasıl gerçekleştirileceğini ve sigorta aracısının prim tahsilatında 3D Secure uygulamasını kullanmayı talep etmesi durumunda sigorta şirketinin gerekli teknik altyapıyı sağlama zorunluluğunu düzenlemektedir⁸.
- Ana Yönetmeliğin 9'uncu maddesinin 8'inci fıkrası; *"Mesafeli sigorta sözleşmesi akdedecek olanlar, tüketicileri mesafeli satış kanallarına yönlendiren ve asli işi sigorta aracılığı olmayan işletmelere primle bağlantılı olmayacak biçimde hizmet bedeli ödeyebilir."* hükmünü içermektedir.

7 Bu hükmün yürürlük tarihi 15/07/2020'dir (Yeni Yön. m.9 (a)).

8 Bu hükmün yürürlük tarihi 15/10/2020'dir (Yeni Yön. m.9 (a)).

Mülga Yönetmelik Hükmü şöyleydi;

“Herkesine açık öneri

MADDE 10 – (1) *Ürün teşhiri gibi yöntemlerle herkese açık öneride bulunmak suretiyle sigorta sözleşmeleri akdedilebilir. Ancak, bu halde sigortanın konusu, kapsamı ve 17/11/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 8 inci maddesi gereği prim miktarı açık ve net olarak gösterilir.*

(2) *Herkesine açık öneriye konu teşkil edecek sigorta sözleşmeleri ve önerinin uygulama şekli hakkında, uygulamaya geçilmeden bir ay önce Müsteşarlığa bilgi verilmesi zorunludur. Müsteşarlık sunulan bilgiler çerçevesinde gerekli değişikliklerin yapılmasını talep edebilir.*

(3) *Ürün teşhirinin yapıldığı yerlerde, teknik personel dışındaki kişiler, ürün tanıtımı yapamaz ve satışına yönelik faaliyetlerde bulunamaz.*

(4) *Müsteşarlık herkese açık öneride bulunabilme esaslarını tespitte yetkilidir.”* Böylece, “Herkesine açık öneri”nin yerini “Mal ve Hizmet Satışı ile Bağlantılı Olarak Sunulan Sigortalar” almıştır.

“Herkesine açık öneri” ile ilgili düzenleme 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda yer almakta olup, sözleşmenin kurulmasına ilişkin bu hükme göre⁹;

“5. Bağlayıcı olmayan öneri ve herkese açık öneri

MADDE 8- *Öneren, önerisi ile bağlı olmama hakkının saklı olduğunu açıkça belirtirse veya işin özelliğinden ya da durumun gereğinden bağlanma niyetinde olmadığı anlaşılırsa, önerisi kendisini bağlamaz.*

Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır.

9 6098 sayılı TBK m.8’in Gerekçesi şöyledir; “MADDE 8- 818 sayılı Borçlar Kanununun 7 nci maddesini karşılamaktadır.

Tasarının iki fıkradan oluşan 8 inci maddesinde, bir önerinin hangi durumlarda önereni bağlamayacağı; öneri niteliğinde olan ve olmayan davranışlar düzenlenmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanununun 7 nci maddesinin kenar başlığında kullanılan “4. İlti-zamsız icap ve aleni icap” ibaresi, Tasarıda “4. Bağlayıcı olmayan öneri ve herkese açık öneri” şeklinde değiştirilmiştir.

Ülkemizde giderek yoğunlaşan bir biçimde ticarî kuruluşların reklâm ve pazarlama faali-yetleri sırasında kişilerin posta kutularına varıncaya kadar sattıkları ürünlere veya sundukları hizmetlere ilişkin tarife, fiyat listesi ya da benzerlerini ulaştırdıkları görülmektedir. Bu tür belgeler kendilerine ulaşanlar, belgelerde yer alan ürünlerden veya hizmetlerden yararlanma amacıyla söz konusu ticari kuruluşlara başvurduklarında, belirtilen fiyatların veya niteliklerin değiştirildiği ya da belgede basım hatası olduğu gibi açıklamalarla karşılaşmaktadırlar. Bu olgunun göz önünde tutulması sonucunda, 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak, Tasarıda “aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça”, bu tür belgelerdeki açıklamaların öneri sayılacağı kabul edilmiştir.”

Esasen, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, sözleşmenin kuruluşu ile ilgili hükümler arasında düzenlenmekte olan *"Herkes Açık Öneri"* ile ilgili mülga Yönetmelik hükmü gözönünde bulundurularak, ana Yönetmelik 3üncü Bölüm başlığındaki *"Herkes Açık Öneri"* tabirinin kaldırılması, başlığın *"Tüketici Lehine Sigorta Sözleşmeleri ve Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmeleri ile Mal ve Hizmetle Bağlı Sigorta Ürünü Satışı"* olarak değiştirilmesi yerinde olacaktır.

"Mülga Hüküm'le, yeni Yönetmelikle değiştirilen hüküm karşılaştırıldığında, mülga hüküm uyarınca, ürün teşhiri gibi yöntemlerle herkese açık öneride bulunmak suretiyle sigorta sözleşmelerinin akdedebileceği belirtilmiş, ürün teşhirinin yapıldığı yerlerde, teknik personel dışındaki kişilerin, ürün tanıtımı yapamayacağı ve satışına yönelik faaliyetlerde bulunamayacağı açıkça belirtildiği gibi Hazine Müsteşarlığı'nın herkese açık öneride bulunabilme esaslarını tespiti yetkili olduğu hükmüne yer verilmişti.

Yönetmeliğin değişik 10'uncu maddesindeki *"Herkes açık öneri"* ile ilgili düzenleme kaldırılmıştır. Mülga Yönetmelik hükmü incelendiğinde, ürün teşhiri gibi yöntemlerle herkese açık öneride bulunmak suretiyle sigorta sözleşmelerinin akdedilebilmesi kabul edilmekteydi. Bu yolla sigorta sözleşmesi sunabilecek yerler ve kişiler bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamakta, ancak ürün tanıtımına ve satışına yönelik faaliyetlerin *"teknik personel"* tarafından yapılabileceği düzenlenmekte idi. Ürün teşhirinin yapıldığı yerlerde, tanıtım ve satışın *"teknik personel"* tarafından yapılabileceği belirtilmiş olmakta idi ise de, ürün teşhirini yapan yerler ve kişiler konusunda belirleyici hükümlerin olmaması nedeniyle haklı olarak sektörde endişe duyulmasına neden olabilecek bir düzenleme olarak görülebilir. Yeni Yönetmelik'te yapılan değişikliklerle, hükmün, her ne kadar *"Herkes açık öneri"* başlığını taşıyor olsa da içeriği itibarıyla, sigorta ürünleri ile ilgili öneride bulunma ve satışı da içeriyor olması nedeniyle kaldırılması, sigorta ürünlerinin güvenli bir şekilde pazarlanması ve satışı bakımından olumlu bir değişiklik olarak değerlendirilmelidir.

Yönetmeliğin değişik 10'uncu maddesindeki *"Herkes açık öneri"* ile ilgili düzenlemenin kaldırılması ile birlikte, mülga Yönetmelik m.10 hükmü ile Sigorta Acenteleri Yönetmeliği'ndeki *"Teknik personel"* tanımı arasındaki çelişki de ortadan kalkmış olmaktadır. *"Teknik personel"*, Sigorta Acenteleri Yönetmeliği, m.3 (1), a'ya göre;

"Teknik personel: Acentelerde sigorta pazarlama, bilgilendirme ve satış işlemlerini yapan personeli," ifade eder. Yine,

“Teknik personel

MADDE 6 – (Başlığı ile Birlikte Değişik:RG-16/1/2016-29595)

(1) *Acenteler tarafından yürütülecek sigorta ürünlerine yönelik pazarlama, bilgilendirme ve satış işlemlerinin yalnızca acentelerin teknik personeli tarafından yapılması esastır.*” Sigorta Acenteleri Yönetmeliği, m.4 (1), a hükmüne göre, gerçek kişi sigorta acentesinin, *“Teknik personel”* unvanını taşıması şarttır. Böylece, yürürlükteki mevzuata göre, teknik personelin esasen, sigorta acentesi bünyesi içinde faaliyette bulunabilecek kişiler olarak tanımlandığı açıkça görülmektedir.

Yönetmeliğin 10’uncu maddesinin başlığı; *“Mal ve Hizmet Satışı ile Bağlantılı Olarak Sunulan Sigortalar”* olup (Yeni Yön. m.5; Ana Yön. m.10), Yönetmeliğin ÜÇÜNCÜ BÖLÜM Başlığı’nun bu Başlığa uygun hale getirilmesi gerekir. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM Başlığı’nda; *“Mal ve Hizmetle Bağlı Sigorta Ürünü Satışı”* denilmektedir. Sigorta ürünü satışının sigorta şirketi tarafından yapıyor olması nedeniyle, Başlığın, Yönetmeliğin 10’uncu maddesinin Başlığına uygun olarak bu ifadenin *“Mal ve Hizmetle Bağlı Sigorta Ürünü Sunumu”* olarak değiştirilmesi uygun olacaktır. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM’ün içeriğini tam olarak yansıtan bir başlık olarak; *“Tüketici Lehine Sigorta Sözleşmeleri, Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmeleri ve Mal ve Hizmetle Bağlı Sigorta Ürünü Sunumu ile Uzaktan Satış Cihazları İle Pazarlama”* önerilebilir.

Yönetmeliğin değişik 10’uncu maddesinde düzenlenen; mal ve hizmet satışı yapan yerler, yalnızca bu faaliyetleri ile bağlantılı olarak sigorta hizmeti sunan yerler olup, *“sigorta aracı”* olarak nitelendirilemez. Sigortacılık dışında mal ve hizmet satışı yapan kişiler, Kanun’daki sigorta aracılığı faaliyetinde bulunan kişilerin sahip olmaları gereken özellikleri taşımamaktadır (5684 sayılı Sigortacılık Kanunu, m.2 (1), d ve m). Sigorta araçları, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu m.2 (1), b’de;

“b) Aracı: Sigorta acentesi ve brokeri,” olarak tanımlanmıştır. Yönetmeliğin değişik 10’uncu maddesinin (1) ve (2)nci fıkralarında *“Asli işi sigorta aracılığı olmayan işletmelerin...”* denilmesi, bu yerlerin tali işlerinin sigorta aracılığı olduğu intibasını vermektedir. Bu yerlerin, sigorta aracıları olmadıkları gözönünde bulundurulurken, *“Asli işi sigorta aracılığı olmayan işletmelerin...”* ibaresinin kaldırılması ve yerine *“Mal ve Hizmet Satışı ile Bağlantılı Olarak Sigorta Hizmeti Veren Yerler”* ibaresinin kullanılması uygun olacaktır.

Ana Yönetmelik m.10 (1)’de; söz konusu işletmelerin, sundukları mal ve hizmetlerle birlikte, belirlenen koşulları sağlamak kaydıyla sigorta

hizmeti sunabilecekleri kabul edilmiştir.

5684 sayılı Kanun'un 1inci maddesine göre;

“(2) Türkiye’de faaliyet gösteren sigorta şirketleri, reasürans şirketleri, Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği, aracilar, aktüerler ile sigorta eksperleri bu Kanun hükümlerine tâbidir.

(3) Sosyal güvenlik kurumları, Türkiye İhracat Kredi Bankası Anonim Şirketi ile bu Kanunun denetimle ilgili hükümleri hariç olmak üzere özel kanunlarına göre sigortacılık faaliyetinde bulunan diğer kuruluşlar bu Kanun kapsamında değildir.”

Görüldüğü üzere, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 1inci maddesi gereğince, mal ve hizmet satışı ile bağlantılı olarak sigorta hizmeti sunan işletmeler, 5684 sayılı Sigortacılık kapsamında değildir. Çeşitli ülkelerde, başka bir işle uğraşp sigortacılık faaliyetinde de bulunan işletmeler (Alternatif dağıtım kanalları)¹⁰ bulunmakla birlikte, bunların o ülkelerin sigortacılık kanunlarında düzenlendikleri görülmektedir.

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 23üncü maddesine göre, sigorta acenteleri, kural olarak, başka bir ticari faaliyetle iştigal edemezler;

“(10) (Değişik: 3/4/2013-6456/ 44 md.) Bankalar ile özel kanunla kurulmuş ve kendisine sigorta acenteliği yapma yetkisi tanınan kurumlar hariç olmak üzere, sigorta acenteleri, bireysel emeklilik işlemleriyle ilgili aracılık ile Müsteşarlığın uygun göreceği sigortacılıkla bağlantılı diğer aracılık faaliyetleri dışında başka bir ticari faaliyette bulunamaz.”

Sigorta ve Reasürans Brokerleri Yönetmeliği¹¹, m.17 gereğince;

10 *“Fransa’da süpermarketler, seyahat acenteleri, emlakçılar, telefon hattı ve cihazı satan bayiler gibi diğer satış kanallarından da sigorta poliçesi satılmaktadır. Fransa’daki acenteler ve diğer sigorta aracılarn faaliyetlerine yönelik maddeler Sigorta Kanunu (Code des assurances) - CDA’da yer almaktadır. İngiltere’de, acente, brokerler, bankalar ve direkt satış kanalları dışında alternatif aracilar da sigorta poliçesi satmaktadırlar. Bunlar arasında posta ofisleri, süpermarketler, otomotiv şirketleri, elektrik, gaz ve su şirketleri, hayır kurumları, eğitim kurumları ve sendikalar bulunmaktadır. Almanya’da Yan Ürün Aracıları (produktakzessorische vertreter/makler): Sigorta aracılığı birincil faaliyeti olmayan ticari yapılar (seyahat sigortası satan seyahat acenteleri, nakliyat sigortası satan lojistik şirketleri, konut sigortası satan gayrimenkul şirketleri, motor sigortası satan otomotiv şirketleri gibi). Brezilya’da internet (Fiyat karşılaştırma siteleri veya sigorta şirketlerinin kendi siteleri üzerinden yapılan satışlar), çağrı merkezleri ve perakende satış mağazalarında da poliçe satışları yapılmaktadır.”* Sigorta Acenteliği 2023 Vizyonu ve Türkiye Sigorta Acenteleri Dönüşüm Projesi Yol Haritası. 29.04.2016. <https://www.tobb.org.tr/Sayfalar/Detay.php?rid=2496&lst=DuyurularListesi>

11 Resmi Gazete: Tarih: 27.05.2015, Sayı:29368.

“(3) Brokerler, brokerlik dışında başka bir ticari faaliyetle uğraşamaz...”

Yönetmeliğe göre, mal ve hizmet satışı ile bağlantılı olarak sigorta hizmeti sunan işletmeler, başka ticari faaliyetlerinin yanısıra sigortacılık faaliyetinde bulunabilirler iken, Kanun’la düzenlenen sigorta aracıları, kural olarak, başka bir ticari faaliyette bulunamamaktadırlar.

Sigorta aracıları; sigorta acenteleri ve sigorta brokerleri kanunla; 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu ile düzenlenmekte iken, mal ve hizmet satışı ile bağlantılı olarak sigorta hizmeti sunan işletmeler Yönetmelik’le düzenlenmektedir.

Mal ve hizmet satışı ile bağlantılı olarak sunulacak sigorta teminatları;

“1) Malın kırılması, kaybı, çalınması, arızalanması ve herhangi bir şekilde zarar görmesi,

2) Bagajın kaybı, çalınması, her hangi bir şekilde zarar görmesi, gecikmesi,

3) Seyahat hizmeti ile bağlantılı diğer riskler.” ile sınırlandırılmıştır.

Sağlanan sigorta teminatının karmaşık bir ürün olmaması, basit ve kolay anlaşılabilir bir ürün olması, ürün bazında muafiyet, limit ve sürenin standart olması gerekmektedir.

Sağlanan teminatın sorumluluk sigortası, hayat sigortası veya motorlu taşıt sigortası olmaması, koşulu da getirilmiştir. *“Motorlu taşıt sigortası”* ile, motorlu kara, deniz ve hava taşıtlarının kasko (tekne) sigortalarının kastedildiği anlaşılmaktadır.

Sigortaya ilişkin yıllık primin, Tüketici Fiyat Endeksinin (TÜFE) her yıl sonunda bir önceki yılın aralık ayına göre değişimi dikkate alınarak arttırılmak üzere, 3.000.-TL’yi geçmemesi ve yenilemeler dahil sigorta süresinin 5 yılı geçmemesi, mal ve hizmete bağlı olarak sunulabilecek sigortalarla ilgili diğer koşullar olarak belirlenmiştir.

Yönetmeliğin değişik 10’uncu maddesinin ikinci fıkrasında, mal ve hizmete bağlı olarak tüketiciye ulaştırdıkları sigorta hizmeti için prim üzerinden komisyon alamayacakları, ancak, primle bağlantılı olmayacak biçimde hizmet bedeli alabilecekleri hükmüne yer verilmiştir.

Mal ve hizmetle bağlantılı olarak sigorta ürünlerinin sunulması hizmetini verecek işletmeler ve bu yöntemle hizmet sunumundan yararlanacak sigorta şirketlerinin de birtakım yükümlülükleri yerine getirmesi gerekmektedir. Bu kapsamda sunulan sigorta teminatını veren sigorta şirketinin unvanı, teminatın konusu, kapsamı ve risk

gerçekleştğinde başvuru yapılacak yerin iletişim bilgileri tüketiciye açık ve net olarak bildirilir (Yeni Yön. m.5; Ana Yön.10 (3)). İşletme, sigorta teminatının kendisi tarafından sunulduğu izlenimini yaratacak her türlü hareketten kaçınmalıdır. Sigorta şirketi bu konuda gerekli her türlü tedbiri almakla mükelleftir (Yeni Yön. m. 5; Ana Yön.10 (4)). Bu madde kapsamındaki sigorta teminatının sunumunda uygulamaya geçilmeden bir ay önce Bakanlığa bilgi verilmesi zorunludur. Bakanlık sunulan bilgiler çerçevesinde gerekli değişikliklerin yapılmasını talep edebilir (Yeni Yön. m.5; Ana Yön.m.10 (5)). Bu hükümde, Bakanlığa bilgi verme yükümlülüğünün kime ait olduğu belirtilmemektedir, bu nedenle, bir önceki fıkrada (Ana Yön. m.10 (4)), sigorta şirketinin gerekli her türlü tedbiri almakla mükellef olduğu belirtilmiş olduğundan, sigorta şirketlerinin bu yükümlülüğü yerine getirmekle yükümlü olduğu düşünülse de yapılacak bir değişiklikte bu hususun açıkça belirtilmesi yararlı olacaktır.

Mal ve hizmet satışı ile bağlantılı olarak sigorta hizmeti sunanların denetimi ve yükümlülüklerinin ihlali halinde uygulanacak yaptırımlara ilişkin herhangi bir düzenlemenin Yönetmelik'te yer almaması da önemli bir eksiklik olarak belirtilmelidir.

Yönetmeliğin değişik 10'uncu maddesinde, *“Mal ve Hizmet Satışı ile Bağlantılı Olarak Sunulan Sigortalar”*la ilgili olarak, ürün tanıtımı ve satışına yönelik faaliyetlerin teknik personel tarafından yapılacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Sigorta ettirenlerin gerekli ve yeterli şekilde bilgilendirilmesi üzerine sigorta ürününü satın almalarının sağlanması bakımından, pazarlama ve satış faaliyetinin ancak teknik personel unvanını taşıyan biri tarafından yapılması yararlı olacağından, bu yönde bir değişiklik yapılması önerilebilir. *“Herkes açık öneri”* ile ilgili mülga hükümden farklı olarak, değişiklikle; *““Mal ve Hizmet Satışı ile Bağlantılı Olarak Sunulan Sigortalar”*düzenlenmiş bulunduğundan, mal ve hizmet alan kişilerin mal ve hizmetle bağlantılı sigorta sözleşmeleri alımında belirli özelliklere sahip bir kişiden destek alması yararlı olacaktır.

“Uzaktan Satış Cihazları ile pazarlama” ile ilgili düzenleme mevcut ve gelişmesi beklenen bir uygulamanın yasal düzene kavuşturulması yönünden olumlu bir düzenleme olarak görülebilir (Yeni Yön.m.6; Ana Yön. m.10/A))¹².

12 Bu hükmün ikinci ve üçüncü fıkraları 15/06/2020 tarihinde yürürlüğe girer (Yeni Yön. m.9 (b)).

Yönetmelik'teki değişiklikle; sigortacılık işlemlerinin tamamının veya bir bölümünün gerçekleştirilmesine imkan veren kiosk, web sayfası, mobil uygulamalar gibi elektronik işlem cihazları ile sigorta satışının mümkün olduğu belirtilmektedir. Mobil uygulamalar ile web sayfası uygulamalarında teminat sağlayan sigorta şirketinin unvanının sürecin en başında açık biçimde yer alması zorunludur. Kiosk uygulamasında da teminat veren sigorta şirketinin unvanının cihazın üzerinde açık biçimde yer alması gerekir (Ana Yön.m.10/A, (1)).

Zorunlu Deprem Sigortası kontrol noktaları olan Tapu Daireleri, Su ve Elektrik İdarelerinde yalnızca Doğal Afet Sigortaları Kurumuna (DASK) ait uzaktan satış cihazları bulundurulabilir. Bu cihazlar üzerinden yapılacak prim üretimi için tahakkuk ettirilecek komisyonlar, bu cihazlarla ilgili masraflar indirildikten sonra, Zorunlu Deprem Sigortası performansları ve faaliyet gösterdikleri yer göz önünde bulundurularak, Bakanlığın belirleyeceği esaslar çerçevesinde levhaya kayıtlı acentelere dağıtılır (Ana Yön. m.10/A, (2)).

Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası kontrol noktaları olan araç muayene istasyonlarında yalnızca Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Sigorta Acenteleri İcra Komitesi (SAİK) tarafından konulacak uzaktan satış cihazları ile satış yapılabilir. Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası branşında ruhsatı olan tüm sigorta şirketleri bu cihazlar üzerinden satışa izin vermek zorundadır. Bu satışlar çerçevesinde asgari oranlar üzerinden tahakkuk ettirilecek komisyonlar, masraflar indirildikten sonra, Bakanlıkça belirlenecek esaslar çerçevesinde levhaya kayıtlı acentelere dağıtılır (Ana Yön.m. 10/A, (3)).

Diğer zorunlu sigortalarla ilgili olarak uzaktan satış cihazları üzerinden satış yapılması hususunda, Bakanlıkça belirlenecek esaslar çerçevesinde Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Sigorta Acenteleri İcra Komitesi (SAİK), Devlet Destekli Tarım Sigortaları ile ilgili kiosk uygulaması hususunda Tarım Sigortaları Havuzu (TARSİM) yetkilidir (Ana Yön.m.10/A, (4)).

Mobil ve web sayfası uygulamalarında, ruhsatlı sigorta ve emeklilik şirketi, ruhsatlı sigorta brokeri, levhaya kayıtlı sigorta acentesi olmayan yetkisiz kişi veya kuruluşların sayfalarına, ilgili sigorta ve emeklilik şirketinin unvanı belirtilmeden, bağlantı (link) verilemez (Ana Yön. m.10/A, (5)). Mobil ve web sayfası uygulamalarında, ruhsatlı olmayan sigorta ve emeklilik şirketleri ile ruhsatlı olmayan sigorta brokeri ve levhaya kayıtlı sigorta acentesi olmayan yetkisiz kişi ve kuruluşların sayfalarına ilgili sigorta ve emeklilik şirketinin unvanı belirtilmeden

bağlantı verilemeyeceği hükmü de mevzuata uygun olmayan ve sigorta sözleşmesi yapacak olan kişiler yönünden olumsuz; onlar tarafından beklenmeyen sonuçların ortaya çıkmasına yolaçabilecek bir hükümdür. Hükümden, mobil ve web sayfası uygulamalarında, ruhsatlı sigorta ve emeklilik şirketi, ruhsatlı sigorta brokeri, levhaya kayıtlı sigorta acentesi olmayan yetkisiz kişi veya kuruluşların sayfalarına, ilgili sigorta ve emeklilik şirketinin unvanı belirtilerek, bağlantı (link) verilebileceği anlaşılmaktadır. 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 5'inci maddesinin 4'üncü fıkrasına göre; *"Kuruluş işlemlerinin tamamlanmasından itibaren bir yıl içinde ruhsat başvurusunda bulunmamış sigorta şirketleri ve reasürans şirketleri, ticaret unvanlarında sigorta şirketi veya reasürans şirketi ibaresini kullanamaz."* Ayrıca; Sigortacılık Kanunu'nun;

"Adli cezalar

MADDE 35 – (1) *Bu Kanuna göre ruhsat almadan risk üstlenmek suretiyle sigortacılık faaliyetinde bulunan veya ticaret unvanlarında ya da her türlü belgeleri yahut ilan ve reklamlarında veyahut kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda bu Kanunda belirtilen kuruluşların adını kullanan, bu Kanunda düzenlenen faaliyetlerde buldukları izlenimini yaratacak söz ve işaretleri kullanan gerçek kişiler ve tüzel kişilerin yetkilileri, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ve altıyüz günden az olmamak üzere bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."* hükmü de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu durumda, Ana Yönetmelik m.10/A (5) hükmü ile faaliyet ruhsatı olmayan yetkisiz kişi ve kuruluşların sayfalarına, ilgili sigorta ve emeklilik şirketinin unvanı belirtilerek nasıl bağlantı (link) verilebileceği sorusuna olumlu cevap vermek mümkün görünmemektedir.

Ruhsatı bulunmayan sigorta şirketleri ile akdedilen sigorta sözleşmelerinin hukuki sonucunu düzenleyen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m.1401 (2) uyarınca; *"Ruhsatsız bir şirket ile onun bu durumunu bilerek yapılan sigorta sözleşmeleri hakkında Türk Borçlar Kanununun 604 ve 605 inci maddeleri uygulanır."* Bu yasal düzenlemeler gözönünde bulundurularak, normlar hiyerarşisine aykırı olan¹³ ve sigorta sözleşmesi yapmak isteyenler yönünden yanıltıcı olabilecek; kumar ve bahisle ilgili hükümlerin uygulanmasına yolaçabilecek Ana Yönetmelik m.10/A (5) hükmünün kaldırılması yerinde olacaktır.

13 KULUÇLU, Erdal, Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri, *Sayıştay Dergisi*, S.:71, s.21 için bk. <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423911557.pdf> (Erişim tarihi: 23.08.2020) *"Bir normun kendisinden daha üst konumda bulunan ve dayanağını oluşturan bir norma aykırı veya bunu değiştirici nitelikte bir hüküm getirmesi mümkün bulunmamaktadır."*

Ana Yönetmelik m.10/A (6)'nın, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarda, uzaktan satış cihazı konulabilecek yerler açıkça belirtilmiş olduğundan, bu yerler dışındaki yerlere uzaktan satış cihazı konulamayacağına ilişkin hükme gerek kalmadığından ve sigorta satışı konusunda yetkili olmayan kişi veya kuruluşların mekanlarına uzaktan satış cihazı konulamayacağına ilişkin düzenlemenin de, yukarıda yetkili olmayan kişi ve kuruluşlarla ilgili 5'inci fıkranın kaldırılmasının uygun olacağı görüşüne varılmış olduğundan, kaldırılması önerilir.

Yeni Yönetmeliğin 8'inci maddesi ile bir geçici madde eklenerek, Yönetmeliğin, tarafların mesafeli veya karşı karşıya gelerek akdedikleri sözleşmelerde ve sigorta araçlarının prim tahsilatı (Ana Yön. m.9 (6), (7)) ile ve uzaktan satış uygulamasına (Ana Yön.m.10/A (2), (3) kadar, ilgisine göre sigorta şirketlerine, araçlara, Sigorta Bilgi ve Gözetim Merkezi'ne (SBM), Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Sigorta Acenteleri İcra Komitesi'ne (SAİK), Doğal Afet Sigortaları Kurumu'na (DASK), Tarım Sigortaları Havuzu'na (TARSİM), tapu dairelerine, elektrik ve su idarelerine gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmiştir.

II. SİGORTA SÖZLEŞMELERİ YÖNÜNDE DEĞERLENDİRME

Sigorta Sözleşmelerinin Elektronik Sözleşme Olarak Yapılmasında Artış

Pandeminin ortaya çıkmasıyla birlikte genel olarak e-ticarette önemli bir artış gözlemlenmekte; fiziki olarak yüzyüze yapılan ticaretin yerini e-ticaret almaktadır. Mal ve hizmet satışı ile bağlantılı olarak sigorta ürünlerinin sunulması ve uzaktan satış cihazları ile pazarlama gibi gelişen pazarlama yöntemleri de sigorta sözleşmelerinin uzaktan (mesafeli) satışında artışa neden olmaktadır.

Sigorta sözleşmelerinin yapılması herhangi bir şekil şartına bağlı olmamakla birlikte uygulamada ispat açısından sigorta poliçeleri düzenlenmektedir (TTK m.1424).

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 1526'ncı maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, sigorta poliçesinin imzasının elektronik herhangi bir araçla atılması; güvenli elektronik imza kullanılması kabul edilmektedir. Yine bu hükme göre, düzenlendikleri ülke kanunlarının izin verdiği ölçüde bu senetlerde yer alacak kayıtlar elektronik araçlarla yazılabilir, oluşturulabilir ve gönderilebilir.

Mesafeli akdedilen sigorta sözleşmeleri için TTK m.1424 uyarınca poliçe verme yükümlülüğü devam etmekle birlikte TTK m.1425'e

uygun olmak kaydıyla, Kalıcı Veri Saklayıcısı aracılığı ile de poliçe verilmesi kabul edilmektedir (Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetlere, Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri ile Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Yönetmelik (Ana Yön.), m.9 (5)).

III. SİGORTACILIK SEKTÖRÜ YÖNÜNDE DEĞERLENDİRME

A. Sigortacılık Sektöründe Dijital Dönüşümün Hızlanması

Dünya genelinde iş yaşamının dijital ortama geçmesi yanında sigorta sektöründe de dijitalleşmenin¹⁴ yoğun bir şekilde kullanıldığı açıkça görülmektedir.

Dünya Ekonomik Forumu (World Economic Forum), “Dijital Devrim”i (“Digital Revolution”)¹⁵ dördüncü sanayi devrimi¹⁶ olarak nitelendirmektedir. Dördüncü sanayi devrimi, dijitalleşmenin ve verinin ekonomik bir değer olarak yükselmesinin sonucudur. Dijital devrimin temel karakteristiği, onun, veri ve algoritmaların, yazılım (“avatars”) ve gerçek hayattaki yazılım kontrollü fiziki robotlar tarafından yaratılan sanal dünyalardaki robotlarla karıştırılmış biyolojik kişilerin dijital (“sanal”) dünyası ile fiziki (“gerçek”) dünyanın birleştiği karma (hybrid) bir dünya yaratmış olmasıdır. Dördüncü Sanayi Devrimi’nin Birinci Sanayi Devrimi’ne oranla çok daha büyük adımlarla yaşamımıza girdiği; pandeminin bu gelişmeyi daha da hızlandırdığı gözlenmektedir.

Dijitalizasyon, sigorta şirketlerine, yeni ürünlerin tasarlanması ve sigorta primlerinin hesaplanmasında yardımcı olur¹⁷.

Teknoloji ve internetin gelişmesi ile birlikte sigorta sektörünün gereksinim duyacağı bilginin üretilme ve yayılma hızında beklenenin ötesinde artış yaşanmıştır. Sigorta sektörünü derinden etkileyen bu durum “Big Data (Büyük Veri)” olarak adlandırılmaktadır.

“Big Data; sosyal medya, arama motorları, bilgi belge arşivleri, log dosyaları, makine dataları gibi farklı kaynakların oluşturduğu bilgi yığınlarını işleyerek anlamlı verilere dönüştürmek için ar-ge faaliyetleri yapan yazılım şirketleri tarafından ortaya atılmış bir olgudur.

14 Bu çalışmadaki dijitalleşme ile ilgili konuda, 4-6 Eylül 2019’da Viyana, Avusturya’da düzenlenen Avrupa Hukuk Enstitüsü (ELI) 2019 Yıllık Konferansı ve Toplantılarındaki sunumlardan yararlanılmıştır.

15 Dijital Devrim ile ilgili buradaki bilgiler için bk. FRANCESCHI/SCHULZE, 341.

16 Birinci Sanayi Devrimi, buharlı makinanın gelişmesiyle ortaya çıkmıştır. İkinci Sanayi Devrimi, bir güç kaynağı olarak elektriğin gelişmesinin sonucudur. Üçüncü Sanayi Devrimi, Bilgi Teknolojilerinin kullanılmasına dayanmaktadır.

17 CAPPIELLO, *Digital Disruption and InsurTech Start-ups: Risks and Challenges*, 30.

Çalışma tablolarından veri tabanlarına, sunuculardan bulut servislere kadar her türlü veriyi kapsayan **Big Data (Büyük Veri)** günümüzde veri tabanı uzmanlarının ilişkisel veri tabanlarında yapısal biçimde sınıflandırmaya başladığı ve işletmelerin kullanabileceği ve şirket yöneticilerinin raporlama sistemleri üzerinden karar almasını destekleyen sistemlere evrilmiş durumdadır.¹⁸

“Nesnelerin İnterneti (Internet of Things/IoT)/Büyük Veri Analizi Teknolojileri (Big Data Analytic Technologies), risk ve taleplerin değerlendirilmesi ve yönetimi hususlarında sigorta şirketlerine yeni olanaklar sunmaktadır. Big Data'nın toplanması ve analizi, sigorta sektörünü kökten değiştirmiştir. Potansiyel müşteri bilgisine kolaylıkla erişilebilmekte, risk profilleri belirlenmekte ve sunulan ürün ve hizmetlerde rekabet gücü artmaktadır.”¹⁹ Bu yolla sigorta şirketleri, elde ettikleri verileri sistemli bir şekilde ayrıştırabilir, yeni ürün geliştirebilir, riskleri azaltabilir ve suistimalleri önleyebilir²⁰.

Sigorta Teknolojisi'nin (“*InsurTech*”)²¹ gelişimini destekleyen pek çok teknolojik gelişme ve yenilik bulunmaktadır. Bunlar;

Mobil Teknoloji ve Uygulamalar (*Mobile Technology and Applications/ Apps*),

Yapay Zeka, Algoritmalar²² ve Robot-Danışma (*Artificial Intelligence, Algorithms-Robo-Advice/Councelling*)dır.

Sigorta hizmetleri kapsamında sigorta destek hizmetlerinin²³ yerine getirilmesinde de dijital uygulamalarda artış olmuştur. Sigorta destek hizmet konuları, Sigortacılık Destek Hizmetleri Yönetmeliği'nin 4üncü maddesinde şöyle belirlenmiş bulunmaktadır;

“a) Poliçe tanzimi ile tazminat tedvir ve ödenmesine ilişkin süreçlerde, sigorta eksperliği işinden ayrı olmak kaydıyla gerçekleştirilen teknik inceleme ve kontrol hizmetleri,

18 <https://www.uyumsoft.com/big-data-nedir> (Erişim tarihi:18.05.2020)

19 CAPPIELLO, **Digital Disruption and InsurTech Start-ups: Risks and Challenges**, 31.

20 BAŞTÜRK, 326.

21 “Sigorta Teknolojileri (*InsurTech*), teknolojik bir yaklaşım ile sigortacılık sektörüne çözümler üretmek üzere kurulu bir alandır. Sigortacılık ve sigortacılar (sigorta şirketleri, acenteler, brokerler, bankalar ve sigortalıların hayatlarını kolaylaştıracak, risklerini minimize edecek tüm inovatif teknolojilerin geliştirilmesine destek sağlayan, sınırsız fırsatlara sahip bir sistemdir.”BAŞTÜRK, 322.

22 “Bir sorunu çözmek veya belirlenmiş bir amaca ulaşmak için tasarlanan yola, takip edilen işlem basamaklarına algoritma denir. Algoritmalar açıkça belirtilmiş bir başlangıcı ve sonu olan işlemler kümesidir. Amaca ulaşmak için işlenecek çözüm yolları ve sıralamaları belirlenir ve algoritma bu sırayı takip ederek en mantıklı çözüme ulaşır.” <https://maker.robotistan.com/algoritma/>

23 Sigortacılık Destek Hizmetleri Hakkında Yönetmelik için bk. Resmi Gazete: Tarih:28.08.2015, Sayı:29459.



b) Hasar öncesi risk azaltmaya ve hasar sonrası zarar azaltmaya yönelik hizmetler,

c) Hasar ihbarı alma, dosya açma ve tamamlama hizmetleri,

ç) Onarım ve bakım hizmetleri,

d) Yedek parça tedarik ve kontrol hizmetleri,

e) Yardım (asistans) hizmetleri,

f) Sigortacılık hasar tedvir uygulamalarında tıbbi danışmanlık hizmetleri,

g) Tedavi ve yardım hizmetleri,

ğ) Çağrı merkezi hizmetleri,

h) Sootaj yönetimi hizmetleri,

ı) Rücu takip hizmetleri,

i) Arşiv yönetimi hizmetleri,

j) Ürün ve tarife hazırlama hizmetleri.

(2) Bilgi sistemleri, sigortacılık mevzuatının tanıdığı hukuki çerçevede sigortacılık faaliyet ve yükümlülükleri bakımından yönetim, içerik tasarımı, erişim, kontrol, denetim, güncelleme, bilgil rapor alma gibi fonksiyonlarda karar alma gücünün ve sorumluluğun destek hizmeti alanlarda olması şartıyla destek hizmeti alımına konu edilebilir.”

Blockchain Teknolojileri, veriyi saklayan ve ileten, merkezi bir izleme yapısı olmaksızın, şifreleme suretiyle güvenliğin sağlandığı ve düzenli aralıklarla birbiriyle bağlantılı kütükler halinde kopyalanmış ve dağıtılmış dosyaların oluşturulmasını sağlayan teknolojilerdir. Blockchain'in tescil ve merkeziyetçi olmayan işletim sistemi olmak üzere iki farklı amacı bulunmaktadır. Blockchain yönetimi, *Kamu Blockchain'i*, (*Public Blockchain*), *Konsorsiyum Blockchain'i* (*Consortium Blockchain*) ve *Özel Blockchain* (*Private Blockchain*) olmak üzere üç kategoriye ayrılır. Blockchain teknolojileri; finansal ve finansal olmayan alanlarda kullanılır. Sigortacılık sektöründe Blockchain Teknolojileri'nin kullanılması, finansal alanda kullanımının bir örneğidir. Blockchain'in altı ana özelliği; ademi merkeziyetçilik, değişmezlik, gizlilik, bütünlüşmüşlük, güvenilirlik ve geri alınamama, denetlenebilirliktir²⁴.

Amerikan Hukuk Enstitüsü (ALI) ve Avrupa Hukuk Enstitüsü (ELI), 2019 yılında, veri işlemleri, verinin tedariki ve paylaşımı sözleşmeleri,

²⁴ European Institute of Law Preliminary report "Blockchains, decentralized autonomous organizations (DAO) and smart contracts", 11.

veri ile ilgili hizmetler sözleşmeleri gibi veri ile ilgili konuları kapsayan “Veri Ekonomisi İlkeleri” hakkında bir taslak hazırlamış olup, bu alandaki çalışmalarını sürdürmektedir.

Akıllı sözleşmeler (Smart contracts)²⁵, Blockchain kontrolünde, kendiliğinden uygulanabilen programlardır²⁶. Günümüzde, akıllı sözleşmelerin (*smart contracts*) hukuki sınırlarının belirlenmesi için yapılması gerekenin, *hukuk kuralları ile teknoloji tabanlı kurallar* arasındaki farklılıklarda yasa çatışması kurallarının geliştirilmesi yönündeki çalışmalar olduğu öne sürülmektedir. Bu çalışmalar, akıllı sözleşmelerin *hukuka uygun/meşru olmaları* ve *sözleşme hukukunun gereklerini karşılayacak nitelikte olmalarına* yönelik olmalıdır. Akıllı sözleşmelerin *hukuka uygun/meşru olmaları*, *tanıma kuralları ile sözleşme hukukunun gereklerini karşılayacak nitelikte olmaları* ise *akıllı sözleşmelere getirilecek doğrudan kısıtlamalar* ile sağlanabilir. Her iki aşamada da, kanun koyucu müdahalede bulunarak yeni ve spesifik kurallar koyabilir veya mevcut genel hukuk standartlarını geliştirebilir. Örneğin, Avrupa Birliği’nde, Haksız Koşullar Yönergesi (*The Unfair Contract Terms Directive (93/13/EEC)/Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules*)²⁷ ve Dijital İçerik ve Dijital Hizmetler Tedarik Sözleşmeleri Yönergesi²⁸ (*Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services*), akıllı sözleşmelerin potansiyel alanını sınırlandırmaktadır. Ülkemizde, tüketiciler, Anayasamızın 172. maddesinde; “Tüketicilerin korunması” başlığı altında, “Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder.” hükmü ile Anayasal koruma altına alınmışlardır. Bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasını amaçlayan “haksız rekabet” kuralları 01.07.2012’de yürürlüğe giren Türk Ticaret Kanunu, mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na göre çok daha kapsamlı bir düzenleme ile haksız rekabet

25 “İlk olarak, Nick Szabo tarafından, otomatik satış makineleri (*vending-machine*) için 1994 yılında kullanılan “*smart contracts*” terimi, geleneksel hukuk anlamında bir sözleşmeyi değil, bir teknolojiyi ifade eder.” FRANCESCHI/SCHULZE,301.

26 <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-feasibility-studies-and-other-activities/current-projects/blockchains/>

27 Değiştirilmiş metin; “ Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules” için bk. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/2161/oj>

28 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0770>

alanını düzenler. İletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğu, haksız rekabetin iletişim ve bilişim işletmeleriyle, “... ileride gerçekleşecek teknik gelişmeler sonucunda faaliyete geçecek kuruluşlar aracılığıyla işlenmişse...” denilmek suretiyle günümüzde ve gelecekteki gelişmeleri de kapsar bir şekilde haksız rekabet düzenlenmektedir (6102 sayılı TTK. m.54-63). 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun²⁹ kapsamında “haksız ticari uygulamalar”, 62’nci madde ile ilk olarak düzenlenmiştir. Haksız ticari uygulamaların tespit edilmesine ve bunların denetlenmesine ilişkin usul ve esaslar ile her hâlükârda haksız ticari uygulama olarak kabul edilecek uygulamalar ise “Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği”³⁰ ile düzenlenmiş bulunmaktadır.

Dağıtılmış dosyalar (“Distributer Ledger”)/ blockchain³¹ teknolojileri (DLT) konusunda Avrupa stratejisini belirleyen kapsamlı bir çalışma duyurulmuştur.

Daha rekabetçi ve yenilikçi Avrupa finans sektörü için hazırlanan Finansal Teknoloji Eylem Planı’nda (*FinTech Action Plan: For a more competitive and innovative European financial sector*)³² tüm hukuki önerilerin ele alınmasına ihtiyaç duyulmuştur. Finansal Teknoloji Eylem Planı, Avrupa Komisyonu’nun “Sermaye Piyasaları Birliği” (Capital Market Union) ve “Dijital Tek Piyasa” (*Digital Single Market*) üzerindeki çalışmalarının bir kısmını oluşturmaktadır. Finansal Teknoloji Eylem Planı, en iyi uygulamaları belirlemek için ulusal düzeydeki deneyimler üzerine kurulacak ve muhtemelen ortak bir rehber oluşturacaktır. Böylece Avrupa Birliği Komisyonu, Avrupa kurallarını, daha gelecek odaklı ve finansal sektördeki yapısal değişiklikleri gerektiren hızlı teknolojik gelişmelere uyumlu hale getirmeye çabalamaktadır.

Blockchain teknolojisinin sınıraşan özelliği nedeniyle yargı yetkisi, uygulanabilir hukuk ve ispat kuralları yönünden hukuki sorunlar ortaya çıkabilecektir.

29 7 Kasım 2013 tarihli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun için bk.R.G. 28/11/2013 tarih ve 28835 sayı.

30 10/01/2015 tarihli ve 29232 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan “Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği”, 25/12/2015 tarihli ve 29573 sayılı; 04/01/2017 tarihli ve 29938 sayılı; 31/12/2017 tarihli ve 30287 sayılı; 31/08/2018 tarihli ve 30521 sayılı ve 28/12/2018 tarihli ve 30639 sayılı Resmi Gazete’lerde yayınlanan değişiklik yönetmelikleri ile değiştirilmiştir.

31 “Blockchain, müşteriler ve aracuları ortak bir platformda buluşturmayı amaçlayan Blockchain/ dijital hesap defteri ile güvenli bir kuruma bağlı kalmadan kullanıcılar tarafından işlemlerin kontrol edilmesini sağlayan bir veri tabanıdır.”BAŞTÜRK, 325.

32 İlk olarak 08 Mart 2018 tarihinde yayınlanan “Finansal Teknoloji Eylem Planı” için bk. https://ec.europa.eu/info/publications/180308-action-plan-fintech_en

Blockchain teknolojisinin yasal sınırları, ulusların ilgili özel hukuk genel kurallarının büyük ölçüde farklı olması nedeniyle çok farklılık göstermiştir. Özellikle, sorumsuzluk kuralları hakkındaki ulusal kurallar gözönünde bulundurulmalıdır. Ancak, şimdiye kadar, özellikle yürürlükteki devlet monopolünü yansıtan tüm Avrupa uyum çalışmalarına karşı konulmuştur. Akıllı sözleşmelerin uygulanması olanağının sağlanması, Avrupada gelecekteki hukuki uyum açısından ciddi bir dürtü oluşturacaktır³³.

Ulusal düzeyde, sorumsuzluk kuralları (*rules on self-help*) ciddi yasal sınırlar oluşturur. En azından blockchain teknolojisinin bazı uygulamaları, onların kabulünün sıkı bir şekilde sınırlandırıldığı sorumsuzluk kurallarına tabi olacaktır. Örneğin, Alman Hukuku'nda, bu kurallardan muafiyet, büyük ölçüde kapsam dışında bırakılmıştır. Sınıraşan durumlarda, sorumsuzluk kurallarının farklılıkları, hukuki belirsizlik yaratacak ve akıllı sözleşmelerin kullanımını engelleyebilecektir. Avrupa Birliği Komisyonu, Blockchain uygulamalarının standart hale getirilmesi konusunda *Uluslararası Standartlar Organizasyonu Teknik Komitesi (International Standards Organizations (ISO) Technical Committee 307)* ile yakın bir işbirliği halinde çalışmalarını sürdürmektedir.

B. "Uzaktan ekspertiz" Uygulaması

Ülkemizde, 2018 yılının ilk çeyreğinden bu yana uzaktan görüntülü ekspertiz uygulamalarına rastlanmaktadır. Uygulama, özellikle konut ve işyerlerindeki küçük ölçekli hasarlarda kullanılmaya başlamıştır. Yangın ve mühendislik branşı hasarlarında eksper raporlarının, mobil uygulama üzerinden yazılabildiği ve sigortalı ile mutabık kalınması durumunda hasar tespiti sürecinin çok kısa süre içerisinde sonlandırılabilirdiği ve sigorta tazminatı ödemesinin yapılabildiği bir yapının sunulduğu görülmektedir³⁴. Böylece, sigorta eksperleri, uzaktan, hasar gören aracı/araçları, olay mahallini her yönüyle, ayrıntılı olarak görüntüleyebilmekte, sigortalı ve ilgili kişilerle görüşebilmektedir. Uygulamanın kullanılması durumunda, eksperin olay mahalline gitmesine gerek kalmadığı için zaman kazanılmakta, yol giderleri ve gidiş geliş riskleri ortadan kalkmaktadır. Salgın gibi olağanüstü durumlar ve sağladığı yararlar

33 Avrupadaki gelişmelerle ilgili buradaki açıklamalar FRANCESCHI/SCHULZE, 326 (par.44-45)'den alınmıştır.

34 <https://www.sigortamedya.com.tr/uzaktan-goruntulu-ekspertiz/>, <https://www.anadolusi-gorta.com.tr/web/39-43662-1-1/anadolu-sigorta/medyada-biz/basin-bultenleri/anadolu-sigorta-uzaktan-goruntulu-ekspertiz-uygulamasi-ile-hasar-sureclerini-kisaltiyor>

gözönüne alındığında “uzaktan ekspertiz”in fiziki ekspertize önemli bir alternatif oluşturduğunu gözlemlemekteyiz.

C. Görüntülü Teşhis ve Tedavi Olanığı Sunulması

Sigortacının sigorta sözleşmesinin yapılması sırasında yapılacak doktor incelemesi aşamasında ve sigortacılık destek hizmetlerinin sunulmasında görüntülü teşhis ve tedavi (*Healthtech*) olanağından giderek artan bir şekilde yararlanılmaktadır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda, sigorta edilecek kişinin doktor incelemesinden geçmesinin kararlaştırılabileceği, ancak sigortacının sigortalanan kişiyi bu incelemeyi yaptırmaya zorlayamayacağı hükmü yer almaktadır (TTK m.1492).

Pandemi sürecinde görüntülü teşhis olanağı, sigorta edilecek kişinin sigorta sözleşmesinin yapılması aşamasında, fiziki olarak hastaneye gitmesine gerek kalmaksızın doktor incelemesinden geçmesine olanak sağlayabilmektedir. Sigorta süresi içerisindeki görüntülü teşhis ve tedavi uygulaması da hastaneye gitmek istemeyen sigortalılar için önemli bir hizmet olarak değerlendirilebilir. Riziko gerçekleşikten sonra da taraflar arasında uyuşmazlık çıktığında maluliyet oranının belirlenmesi amacıyla yapılacak muayenelerde de görüntülü teşhisten yararlanılabilir.

Dijital Devrim, geçmişte geliştirilmiş olan hukuki geleneklere, geleneksel mesleklere ve usullere bağlı kalmaksızın hukuku etkilemektedir. Bu gelişmeler çerçevesinde, bilgisayar programı (*computer code*) aslında hukuk mudur? Hukuk, bilgisayar programına indirgenebilir mi? Çalışmaları algoritmalar tarafından devralınacak olan noterler, sicil müdürleri, hatta hakimler gibi güvenilir üçüncü kişilere artık ihtiyaç duyulmayacağı gerçekten doğru mudur? gibi sorular ortaya atılabilmektedir. Bu tür gelişmeler uzak bir olasılık olarak görülse de, değişimin hızla gelmekte olduğu, yaşamımıza girdiği düşünülmektedir.

SONUÇ

Sigortacılık sektöründeki teknolojik gelişmeler gözönüne alındığında bu gelişmelerin düzene kavuşturulması gereksiniminin artacağı açıkça görülebilmektedir.

Özellikle, pandeminin ortaya çıkması ile birlikte, dijitalleşmenin sigorta sözleşmelerinde ve sigortacılık sektöründe öneminin çarpıcı bir şekilde arttığını söylemek mümkündür. Dijitalleşme, sigorta sözleşmelerinin bütün aşamalarında; kuruluşu öncesinde, kuruluşundan

işleyişine ve sona ermelerine kadar ve uyuşmazlık sürecinde olmak üzere her aşamada karşımıza çıkmaktadır.

Ülkemizde, Sigorta Tahkim Komisyonu sistemi ile, sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya Güvence Hesabı'ndan faydalanacak kişiler ile Güvence Hesabı arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü, hakemler tarafından dijital olanaklardan büyük ölçüde yararlanılarak sağlanabilmektedir. 2020 yılı başından itibaren, Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurular, dosyanın oluşturulması, dosyanın sigorta hakemlerine ve itiraz hakemlerine ulaştırılması, sigorta hakemi/hakem heyeti ve itiraz hakem heyeti ara kararlarının taraflara ulaştırılması, bilirkişi görevlendirilmesi, bilirkişi raporlarının ve kararın taraflara iletilmesi, itiraz işlemleri ve diğer usul işlemleri elektronik ortamda yapılmaktadır. Böylece, uyuşmazlığın çözümünde tarafsızlık, objektiflik, eşitlik, şeffaflık gibi yargının çok değerli, vazgeçilemez temel ilkelerini en iyi şekilde gerçekleştirebilmek mümkün olmaktadır. Belgelerin ve tüm yazışmaların elektronik ortamlarda saklanması ve erişim kolaylığı sistemin güvenli, etkin ve süratli işlemlerini sağlamaktadır.

Sigorta sözleşmelerinin elektronik ortamda yapılmasına izin veren mevzuatımız gözönüne alındığında, pandemi süresince sigorta sözleşmelerinin elektronik ortamda yapılmasında artış olması doğaldır.

Dijitalleşmenin dünya üzerinde olduğu gibi ülkemizde de aşamalı olarak yasalaştırılmakta olduğu görülmektedir. 23.10.2014 tarihli 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun³⁵, 24.03.2016 tarihli 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun³⁶ ülkemizdeki yasalaştırma faaliyetlerinin başlıca örnekleridir.

Güvenli ve şeffaf veri yönetimini ifade eden Blockchain teknolojisi ile ilgili bazı hukuki sorunların çözüme kavuşturulması gerekir. Görevli ve yetkili yargı, uygulanabilir hukuk ve ispat kuralları yönünden düzenlemelerin yapılmasına gerek duyulabilir.

Bilgi ileten teknolojik kaynak ("*Oracle*") ve yarı geleneksel yarı akıllı sözleşmeleri ifade eden "*Karma sözleşmeler*" (*Hybrid contracts*) kavramlarının tanımlanması, mevzuatın yorumlanmasına önemli katkı sağlayacaktır. Blockchain Teknolojisi'nde verinin onaylanmasının, sertifikaya bağlanmasının ve saklanmasının hukuki sonuçları üzerinde de durulmalıdır.

35 Resmi Gazete: Tarih: 05.10.2014, Sayı:29166.

36 Resmi Gazete: Tarih:07.04.2016, Sayı:29677.

Dağıtık kayıt teknolojisi olarak açıklanabilecek Blockchain Teknolojisi'nde, veriler yüklendikten sonra kural olarak değiştirilememektedir. Bu nedenle, Blockchain'deki *“verilerin değişmezliği ilkesi”* ile *“sözleşmenin geçersizliği”* kavramı arasındaki sorununun çözülmesi veya akıllı sözleşmelerin ifa edilmemesi durumunda alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ortaya konulması gerekir.

Özel Hukuk işlemlerini; özellikle de Sigorta işlemlerini ve Sigorta Hukukunu büyük ölçüde etkileme potansiyeli olan Blockchain Teknolojisi'ni kullananların lisanslanması ve yükümlülüklerinin düzenlenmesi üzerinde çalışılan başlıca konular arasında yer almaktadır. Bu yasal faaliyetlerin, esasen kendiliğinden uygulanan bilgisayar programlarını ifade eden akıllı sözleşmeler (smart contracts) şeklindeki özel hukuk hukuk işlemlerine ilginç fırsatlar sunuyor olması nedeniyle, çok kapsamlı bir çalışmayı gerektirdiği açıkça görülmektedir. Akıllı sözleşmeler, *“dürüst davranma”* (4721 sayılı TMK m.2) ve *“iyiniyet”* (4721 sayılı TMK m.3) kavramlarını ortadan kaldırmakta, buna karşılık sözleşme koşullarındaki en küçük bir değişikliği bile engellemektedir. Yürürlükteki özel hukuk sistemlerinin, kendiliğinden uygulanan bilgisayar programlarını ve anlaşmalarını düzenlemeye yeterli olup olmadığı ve yeni çözümlere ihtiyacı olup olmadığı cevaplanması gereken temel sorulardır. Akıllı sözleşmelerin, yargılama ve uygulanacak hukuk alanlarında belirsizliği artırma potansiyeline sahip olduğu da görülmektedir.

Bilgisayar programlarının ve akıllı nesnelere işleyişindeki aksama nedeniyle ortaya çıkacak sorumluluk ve siber saldırılara karşı önlemlerin güçlendirilmesi konularının da düzenlenmesi gerekmektedir.

Mevzuatımızdaki yeniliklerin esasen dijitalleşme ile ilgili olduğu tespit edilmektedir. *“Kalıcı Veri Saklayıcısı”*, *“3D Secure”* ve *“Uzaktan Satış Cihazları İle Pazarlama”*, sigortacılık alanında dijitalleşme sonucu yasal düzenlemeye kavuşturulmuş kavramlardır.

09 Mayıs 2020 tarihli ve 31122 sayılı Resmi Gazete'de Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan *“Sigortacılık Kapsamında Değerlendirilecek Faaliyetlere, Tüketici Lehine Yapılan Sigorta Sözleşmeleri İle Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmelerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”* ile getirilen değişikliklerin, halen kullanmakta olduğumuz ve gelecekte daha çok kullanacağımız teknolojik gelişmeler gözönünde bulundurularak; gelişmekte olan dijital sigorta piyasasının yasal düzenleme kavuşturulması amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte,

Yönetmeliğin eleştiriyeye açık hükümlerinin gözden geçirilerek yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır. Örneğin, Yönetmeliğin değişik 10'uncu maddesinde düzenlenen; mal ve hizmet satışı yapan yerler, yalnızca bu faaliyetleri ile bağlantılı olarak sigorta hizmeti sunan yerler olup, "sigorta aracı" olarak nitelendirilemez. Bu nedenle, bu yerlerle ilgili "Asli işi sigorta aracılığı olmayan işletmeler" ifadesinin, bunların sigorta aracıları olduğu intibasını yarattığı göz önünde bulundurularak, Yönetmelik m.9 (8) ve m.10 (1) ve (2) metninden çıkarılması önerilebilir. Yine, ÜÇÜNCÜ BÖLÜM başlığı, "Tüketici Lehine Sigorta Sözleşmeleri, Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmeleri ve Herkese Açık Öneri ile Mal ve Hizmetle Bağlı Sigorta Ürünü Satışı" olarak değiştirilmiş (Yeni Yön. m.3) olup, bu başlığın, "Herkese Açık Öneri" ibaresinin başlıktan çıkartılması ve "Mal ve Hizmetle Bağlı Sigorta Ürünü Satışı" ibaresindeki "Satışı" sözcüğü yerine "Sunumu" ibaresinin konulması suretiyle değiştirilmesi, yanıltıcı olmaması ve Yönetmeliğin diğer maddeleriyle uyumlu olması açısından uygun olacaktır. Yönetmeliğin ÜÇÜNCÜ BÖLÜM'ünün içeriğini tam olarak yansıtan bir başlık olarak; "Tüketici Lehine Sigorta Sözleşmeleri, Mesafeli Akdedilen Sigorta Sözleşmeleri ve Mal ve Hizmetle Bağlı Sigorta Ürünü Sunumu ile Uzaktan Satış Cihazları İle Pazarlama" önerilebilir.

KAYNAKLAR

AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet, **Sigorta Huku-ku Ders Kitabı**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş, 3. Baskı, Ankara 2020.

BAŞTÜRK, Feride Hayırsever, **Sigortacılık Sektöründeki Dijitalleşme Süreci ve Sigortacılık Eğitime Yansımaları**, https://www.researchgate.net/publication/336127037_Sigortacilik_Sektorundeki_Dijitallesme_Sureci_ve_Sigortacilik_Egitimine_Yansimasi

BAYSAL, Başak/UYANIK, Murat/YAVUZ, M. Selim, **Koronavirüs 2019 (COVID-19) ve Sözleşmeler**, <https://blog.lexpera.com.tr/koronavirüs-2019-ve-sozlesmeler/>

BAYSAL, Pelin/ÖNDER, Ilgaz, **Sigorta Sözleşmeleri Covid-19 Salgınına Nasıl Cevap Veriyor?** <https://gun.av.tr/tr/goruslerimiz/makaleler/sigorta-sozlesmeleri-cov%C4%B1d-19-salginina-nasil-cevap-veriyor>

CAPPIELLO, Antonella, **Technology and the Insurance Industry: Re-configuring the Competitive Landscape**, 2018, <https://books.google.com.tr/books?id=psJNDwAAQBAJ&pg=PA30&lpg=PA30&dq=Instant+insurance++and+digitallisation&source=bl&ots=5TycnfoQG7&sig=ACfU3U00J-BUxMLSvy0YiWw1nnwNp0djtW&hl=tr&sa=X&ved=2ahUKewiH24nlhrz-pAhUOYsAKHVMjCPQQ6AEwBXoECAoQAQ#v=onepage&q=Instant%20insurance%20%20and%20digitallisation&f=false>

FRANCESCHI, Alberto/SCHULZE, Reiner, **Digital Revolution-New Challenges for Law**, Data Protection, Artificial Intelligence, Smart Products, Blockchain Technology and Virtual Currencies, München and Baden-Baden, Germany, 2019.

GORGE, Guillaume, **Insurance Risk Management & Reinsurance**, Paris 2013.

KENDER, Rayegan, **Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi-Sigorta Sözleşmeleri**, Güncelleştirilmiş Onbeşinci Baskı, İstanbul 2016.

KUBİLAY, Huriye, **Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku**, İzmir 2003.

KUBİLAY, Huriye- **Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası-** Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt:1, İstanbul 2003.

KULUÇLU, Erdal, Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri, **Sayıştay Dergisi**, S.:71, s.21 için bk. <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423911557.pdf> (Erişim tarihi: 23.08.2020)



MOORCRAFT, Bethan, **What is parametric insurance** ? <https://www.insurancebusinessmag.com/asia/news/breaking-news/what-is-parametric-insurance-114904.aspx> (Erişim Tarihi: 25.05.2020)

ÖZCAN, Celal, Tamamlayıcı Sağlık Sigortası Nedir? Kimler Yararlanabilir? <https://www.pwc.com.tr/tr/medya/kose-yazilari/celal-ozcan/tamamlayici-saglik-sigortasi-nedir-kimler-yararlanabilir.html> (Erişim Tarihi: 10.05.2020).

SINGER, W. Andrew, The Evolution of Parametric Insurance, <http://rm-magazine.com/2019/04/01/the-evolution-of-parametric-insurance> (Erişim tarihi: 25.05.2020)

TÜRKİYE ODALAR VE BORSALAR BİRLİĞİ, Sigorta Acenteleri İcra Komitesi, Sigorta Acenteleri Dünya Uygulamaları ve 2023 Vizyonu Belirleme, DELOITTE, https://www.corlutso.org.tr/uploads/docs/2496_1.pdf



YARGITAY İÇTİHA TLARI İŞİĞİNDA MALPRAKTİS KOMPLİKASYON AYRIMINA BAĞLI İSPAT SORUNLARI

*(Proof Problems due to Malpractice Complication Separation in the light of
Court of Cassation's Case-Law)*

**Dr. Öğr. Üyesi Zeynep ÖZCAN¹
Ayşe Betül ÖZCANOĞLU²**

ÖZ

Malpraktis - komplikasyon ayrımı Tıp hukukunun temel konularından birisidir. Tıbbi malpraktis sebebiyle sorumlu tutulan hekimlerin, komplikasyon sebebiyle sorumlu olmayacakları kabul edilmektedir. Bu hususta incelenmesi gereken komplikasyon ve malpraktis kapsamında nelerin değerlendirileceği ve bu ayrımın nasıl yapılacağıdır. Her tıbbi müdahale hasta açısından belli ölçüde risk oluşturur. Tıbbi standartların doğru ve eksiksiz bir biçimde uygulanması hâlinde hastada oluşabilecek komplikasyonlardan hekim sorumlu tutulamayacaktır. Tıp mesleği mensupları bir tıbbi müdahalenin öngörülebilir sonuçlarını da komplikasyon olarak kabul etme eğilimindeyken, hukukçular, ancak bu sonuçların meydana gelmesinde sağlık çalışanına yüklenebilecek bir kusur varsa, komplikasyon kabul etmemektedir. Bu yaklaşım farklılığı iki meslek grubu arasında bir güven eksikliğine yol açabilmektedir. Somut olayın özelliklerine ve içinde bulunduğu şartlara göre uygulaması gereken tıbbi standartların altında bir uygulama yapmış ise, hekimin tıbbi uygulama hatası yaptığı kabul edilmektedir. Yargı uygulamasında dikkat edilmesi gereken hekimin sorumluluğunun kusursuz sorumluluğa yaklaştırılmamasıdır.

Anahtar Kelimeler: Malpraktis, komplikasyon, tıbbi müdahale, tıbbi standart, kusur.

ABSTRACT

One of the essential topics of medical law is the distinction between malpractice and complication. Health workers are responsible because of

1 Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuat Başgil Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Samsun, Türkiye, zeynep.ozcan@omu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-9525-3139.

2 Hakim, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, aysebetulozcanoglu@gmail.com; ORCID ID: 0000-0002-9432-4174



medical malpractice but not because of complication. The problem is how it is to differentiate between malpractice and complication. Every medical intervention poses a certain risk to the patient. If the medical standards are applied correctly and completely, the physician will not be held responsible for the complications that may occur in the patient.

Health workers would like to see also predictable results of medical intervention as malpractice, whereas the jurists don't accept it as malpractice, if health worker is guilty. The significant differences on the malpractice-complication distinction between health practitioners and lawyers can lead to a lack of trust between the two groups. If the physician made an application under the medical standards which should be applied according to the characteristics of the concrete event and the conditions to which it belongs, it is assumed that it has made a medical misapplication. It should be considered in judicial practice that the physician's liability is not a strict liability.

Keywords: Malpractice, complication, medical intervention, medical standard, defect.

GİRİŞ

Hekimin hukuki sorumluluğunun temel konularından birini malpraktis-komplikasyon ayrımı oluşturmaktadır. Malpraktis yani tıbbi uygulama hatası sebebi ile hekimler ve sağlık çalışanları sorumlu tutulurken, komplikasyon oluşumunda aynı sorumluluk söz konusu olmamaktadır. Tıbbın kaide ve kurallarına uyularak gerekli özen gösterilmiş olsa dahi tıbbi faaliyetin mutlak surette şifa ile sonuçlanması beklenemez. Ancak hekimin hukuki sorumluluğunun doğduğu durumların temelini, gerekli dikkatin gösterilmediği, mesleğin icrası esnasında genellikle ihmal suretiyle hastanın sağlığının zarara uğratıldığı vakalar oluşturur.

Çalışmada öncelikle genel itibariyle hekimin hukuki sorumluluğu incelenip, komplikasyon ve tıbbi malpraktise ilişkin ayrıntılı bilgiler verildikten sonra tıbbi malpraktis ve komplikasyon ayrımı ve bu ayrıma ilişkin ispat sorunları Yargıtay uygulamasından örnekler verilerek incelenmiştir.

I. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hekimlik sözleşmesi serbest çalışan bir hekim ile hastası veya kanunî temsilcisi arasında yapılan ve hekimin öncelikle tıp bilimi ve



uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde gerekli teşhisi koymak ve konulan teşhise en uygun tedaviyi seçip uygulamak yükümlülüğünü içeren bir ilişki³ olarak tanımlandığı gibi; hekimlik sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, serbest çalışan hekim bu sözleşme ile hastasının menfaatine ve iradesine uygun olarak, tıp bilimi ve uzmanlığının öngördüğü esaslar çerçevesinde ve bir ücret karşılığında, bir teşhis koyma ve konulan teşhise en uygun tedaviyi seçip uygulamayı, bir zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilmesi taahhüdü altına girmeksizin üstlenir şeklinde de açıklanmaktadır⁴.

Hekimlik sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sözleşme tiplerinden hangisine dâhil olduğu yani hukukî niteliğinin tespiti hasta hakları ve hekiminin sorumluluğunun tespiti için önemlidir.

Hekim ile hasta arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesinin bir türü olan hekimlik sözleşmesine dayanmaktadır. Hekim ile hasta arasındaki sözleşmede tedavi sonucunun garanti edilmemesi, hekimin kusuru bulunmaksızın başarısızlıkla sonuçlanan tıbbi müdahalelerin başarılı olmamasının riskinin hekime ait olmaması doktrinde hekimlik sözleşmesinin *vekâlet akdi* olduğuna ilişkin görüşleri kuvvetlendirmektedir⁵. Yargıtay da kararlarında benzer yönde nitelendirmeler yapmaktadır⁶. Taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin olmadığı ve hastanın rızasının da olumlu ya da olumsuz yönde var olmadığı durumlarda, hekimin, hastanın yararına tıbbi bir müdahalede bulunması veya tıbbi müdahaleyi genişletmesi

- 3 DEMİR Mehmet, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S.3, Y. 2008, s. 225-252, s. 232; BAYRAKTAR Köksal, **Hekimin Tedavi Sebebiyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1972, ("*Cezai Sorumluluk*"), s. 33; AYAN Mehmet, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Yayınları, Ankara 1991, ("*Sorumluluk*"), s. 62; ŞENOCAK Zarife; Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat, **Ankara Barosu - Sağlık Hukuku Kurultayı** 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 243.
- 4 UYGUR Atiye; **Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukukî Sorumluluğu**, Ankara 2009 ("*Sorumluluk*"), s. 84; ÖZDEMİR Hayrunnisa, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 1, 2016, s. 33-81, s. 40.
- 5 WIEGAND Wolfgang; **Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes, Arzt und Recht**, Berner Tage für die juristische Praxis 1984, Bern 1985, s. 82; KILIÇ GÜNEŞ Bahu, **Hekimin Hukukî Sorumluluğu**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s.48-49; YÖRDEM Yılmaz, "Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu", **TAAD**, S. 38, Y. 11, 2019, s. 129-155, s. 133 vd.
- 6 Y. 13. HD, 04/03/1994 E. 1994/8557 K. 1994/2138 "...Mesleki bir iş gören; doktor olan vekilin ona güvenen müvekkilin titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özeni göstermeyen vekil, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılır. Doktorlar hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermelidir."(E.T: 15/04/2020) (uyap.gov.tr)

halinde *vekâletsiz iş görmeden* söz edilmektedir⁷. Bu durumda hekimin müdahalede bulunma yükümlülüğü ise TDT m. 3 hükmünde “*Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur. Dış tabibi de, kendi sahasında aynı mükellefiyete tabidir*” şeklinde ifade edilmektedir.

Eser sözleşmesi niteliği estetik müdahaleler gündeme geldiğinde söz konusu olmaktadır. Vekalet ile eser sözleşmesi arasındaki en önemli fark, vekalet sözleşmesinde hekim sonucu hiçbir zaman taahhüt etmezken, eser sözleşmesinde yüklenici taahhüt ettiği sonucu meydana getirmeyi üstlenir⁸. Bu görüşü savunan yazarlar, yapılan estetik içerikli müdahalelerde sonucun taahhüt edildiği ve bu nedenle estetik müdahale yapılan hastanın hakkını korumak gerektiğinden yola çıkarak bu gibi müdahalelerde hekim ve hasta arasındaki sözleşmeye *eser sözleşmesi* hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündedirler⁹. Hekimlik sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak kurulduğunun kabul edildiği durumlarda da hekim, tıpkı diğer müdahalelerde olduğu gibi, gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Bu noktada vekâlet sözleşmesi kabul edildiği durumla arasında fark bulunmamaktadır. Fark sonuçtan sorumlulukta ortaya çıkmaktadır. Vekâlet ilişkisinde hekim tüm özeni göstermişse olumsuz sonuçtan sorumlu tutulamamakta iken, eser sözleşmesi kapsamında yorum yapıldığında hekim sonuçtan tamamen sorumludur. Yargıtay da ancak bu tür durumlarda hekimlik sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğini kabul etmektedir¹⁰.

7 BRENNECKE, Philipp; *Aerztliche Geschaeftsführung ohne Auftrag*, Springer, Düsseldorf 2009, s. 97.

8 HAKERİ Hakan, *Tıp Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 138; SOMER Pervin, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İstanbul 2011, s. 41-58, s. 253; YÖRDEM, s. 134.

9 AYAN Mehmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 55; EKŞİ Ahmet, İslam Hukukunda Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği, *Tıp Hukuku Dergisi*, C.1, İstanbul 2012, s. 27-46, s. 30 vd.1; HAKERİ, s. 138.

10 Y. 3. HD. 08/02/2016 E. 2015/17764, K. 2016/1256’..Hekimin bir sonuç taahhüdü altına girdiği durumlarda somut olaya eser sözleşmesi uygulanır. Bilindiği üzere, vekalet sözleşmesinde bir sonuç taahhüdü bulunmaz. Vekil, vekaletini aldığı işi sadakat ve özen ilkelerince yerine getirmekle sorumlu olup, meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulmaz. Oysa eser sözleşmesinde yüklenici, bir eser meydana getirme taahhüdünü vermiştir..” (E.T:15/03/2020) (uyap.gov.tr); Y. 13. HD, 06/03/2003, E. 2002/13959, K. 2003/2380 ‘Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca, ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. O nedenle hekimin meslek alanı içinde olan bütün kusurları sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Hekim, hastasının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Hekim tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak



Hekimlik sözleşmesinin *hizmet sözleşmesi* niteliğinin de olduğunu savunan yazarlar, aile hekiminin sağlık problemleriyle ilgilendiği aileye belirli veya belirsiz süre içinde hizmet sunduğundan, aile hekimi ile aile arasındaki sözleşmenin hizmet sözleşmesi olduğunu söylemektedirler¹¹. Hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi niteliğini savunan yazarlar olsa da, hekim ile hasta arasındaki sözleşmeyi hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmek, hizmet sözleşmesinin ayırıcı unsurlarından dolayı yanlış olacaktır. Zira hekim, hastasını belirli veya belirli olmayan bir süre için tedavi etmeyi değil, belli ya da belli olmayan bir zamana bağlı olmaksızın serbestçe tedavi etmeyi borçlanmaktadır. Ayrıca hekim tıbbi müdahaleyi hastanın direktif ve talimatlarına bağlı olmaksızın mesleğinin gerektirdiği şekilde yerine getirmektedir¹².

Sui generis sözleşme niteliğini savunan yazarlar ise, kendine özgü yapısı olan bu sözleşmelerin kanunlarda belirtilen hiçbir sözleşme tipine girmediğini söylemektedir. Bu sebeple hekimlik sözleşmesine kanunda düzenlenmiş olan sözleşme hükümlerinin niteliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceğini ifade etmektedirler¹³.

Doktrindeki hakim görüş hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olduğunu kabul etmekte, Yargıtay uygulamasında da hekimlik sözleşmesi vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulmaktadır. Niteliği ve mahiyeti itibariyle hekimlik sözleşmesi vekâlet sözleşmesi özellikleri taşımaktadır.

Vekâlet sözleşmesine dayanan hekimin sorumluluğu halinde zamanaşımı süresi zararın varlığının öğrenildiği tarihten itibaren beş yıldır. Eser sözleşmesine dayanan sorumluluk halinde yine beş yıllık zamanaşımı süresi vardır. Hekimin sorumluluğunun hekimlik sözleşmesine dayanmadığı haksız fiil sorumluluğu halinde zamanaşımı süresi, zarar ve sorumlunun öğrenildiği andan itibaren iki yıl, herhalde fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren on yıldır. Vekâletsiz iş görmeye

yapmak zorundadır. Hekim, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve orada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Titiz, özen göstermeyen bir vekil, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmaktadır..'(E.T. 29/04/2020) (uyap.gov.tr)

- 11 REİSOĞLU Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s.12
- 12 BAYRAKTAR Köksal, Yeni TCK ve Hekimin Sorumluluğu, **A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları**, İstanbul Barosu 2. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2007, s.52-60, s. 55; YÜCEL Özge, **Ayır Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları**, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, ("*Tıbbi Kararlar*") s. 37 vd.
- 13 YAVUZ Cevdet, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s.12; KILIÇ GÜNEŞ, s. 56

ilişkin kanunlarda özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden, genel zamanaşımı süresi olan on yıllık süre geçerlidir.

II. HEKİMİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU

Hekimlik mesleğinin kendine özgü riskler barındırması sebebiyle hekimlerin tıbbi müdahaleleri gerçekleştirirken sadece zararın tazmini anlamındaki hukuki sorumlulukları değil, ayrıca cezai, idari ve mesleki ahlak ve disiplin sorumluluklarının da bulunduğu kabul edilmektedir¹⁴. Tıbbi müdahale neticesinde hastanın bir zarar görmesi durumunda hekimin esas hukukî sorumluluğunun sözleşme sorumluluğuna dayanacağı anlaşılmaktadır¹⁵. Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu için öncelikle hekim ile hasta arasında bir sözleşmenin bulunması gerekmektedir. Bu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler kusurlu bir davranışla ihlal edilmeli ve bu sebeple hasta tarafında bir zarar meydana gelmelidir. Son olarak oluşan zarar ile ihlal arasında birbirine uygun illiyet bağı bulunmalıdır¹⁶.

Hekimin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri şunlardır; hastanın öyküsünü alma ve muayene yükümlülüğü, teşhis koyma ve tedavi yükümlülüğü, bizzat teşhis ve tedavi ile ilgilenme yükümlülüğü, hastayı aydınlatma yükümlülüğü, hastanın rızasını alma yükümlülüğü, özen ve sadakat yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü, kayıt tutma yükümlülüğüdür. Hekimin yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmesi, hekimin sorumluluğunun ortaya çıkacağı durumlar bakımından oldukça önemlidir.

Hekimin hukukî sorumluluğu hekimin kusurundan kaynaklanan kusura dayalı bir sorumluluk türüdür. Bu nedenle hekim ancak kusurlu uygulaması sebebiyle sorumlu tutulabilir. Hekimin hatası veya ihmali suretiyle meydana gelmeyen, gerekli bütün dikkat ve özenin gösterilmesi halinde de ortaya çıkabilecek bazı tıbbi riskler mevcuttur. Gerekli

14 AYKIN Aykut Cemil / ÇINARLI Serkan, **Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s.182; DESCHANAUX / TERCIER, **Sorumluluk Hukuku**, Çev. Salim ÖZDEMİR, Ankara 1983, s.80.

15 BADUR Emel, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller**, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 71; SOMER, s. 44; YÖRDEM, s. 132; GIESEN Dieter, **Yeni Ve Deneysel Tedavilerden Dolayı Doktorların Hukuki Sorumluluğu**, **Yargıtay Dergisi**, 1977, C.3, S.1, s. 217-228, (Çev. ÖZDEMİR, Salim), s. 220.

16 WERNER E. Ott: **Voraussetzungen der Zivilrechtlichen Haftung des Arztes**, Zürich 1978, s. 82; SOMER, s. 49; DESCHANAUX / TERCIER, s. 80; SCHWENKEN Carl Philipp Theodor, **Die Amtsvergehen, Ihre Untersuchung Und Bestrafung Im Disziplinarischen Und Gerichtlichen Wege Nach Gemeinem Und Besonders Kurhessischem Rechte**, Wentworth Press 2019, s. 48.

özen ve dikkat gösterilse bile meydana gelen olumsuz neticeler tıbbi müdahalelerin normal sapmaları, riskleri olarak değerlendirilmektedir¹⁷. Her insanın farklı yapıya ve özelliklere sahip olması, aynı rahatsızlığın birçok hastalıkta görülebilir olması, her hastalığın değişik kişilerde değişik biçimlerde gelişebilmesi, tıbbi müdahalelerin karmaşık bir yapıya sahip olan insan üzerinde yapılması, cerrahi müdahalelerin hemen hepsinin bir risk barındırması gibi sebepler tıbbi müdahalelerin olumsuz sonuçlanmasının hemen hekimin sorumluluğunu gerektirmemesinin sebeplerindendir¹⁸. Hekime yüklenebilecek bir kusur bulunmadığı, tıbbi standarda uygun nitelikte müdahaleye rağmen zararın doğduğu hallerde, meydana gelen neticeden dolayı hekimin sorumluluğu doğmaz. Bu duruma *komplikasyon* denir.

Hekim müdahalesinin tıbbi standarda uygun olmadığı hallerde dahi meydana gelen netice öngörülebilir değilse, yine hekim sorumlu tutulamaz¹⁹. Hekimin, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında meydana gelebilecek komplikasyonlar ile ilgili hastayı bilgilendirmesi gerekir. Bu bilgilendirme neticesinde hastanın aydınlatılmış rızasının alınması, komplikasyonun gerçekleşmesi durumunda hekimin sorumluluğunun doğmasını engelleyecektir²⁰. Hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü bazı durumlarda ortadan kalkmaktadır. Bu istisnai haller; acil müdahale edilmesinin gerekli olması, hastanın kendi isteğiyle bu hakkından vazgeçmesi, hastanın tıbbi süreç ile ilgili bilgisinin bulunması ve son olarak bilgilendirmenin hasta üzerinde olumsuz etki yaratacak olmasıdır. Bu durumlardan birinin varlığı halinde hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkacaktır²¹. Hastanın kendi isteğiyle aydınlatılma hakkından vazgeçmesi, iradesinin sakatlanmamış olması durumunda mümkündür. Hasta bu durumda bütün tıbbi müdahalelere rıza göstermiş sayılacaktır²². Fakat rızanın geçerliliğinin olumsuz etkilenmemesi için hastanın asgari seviyede aydınlatılmış olması gerektiği de ileri sürülmektedir²³. Hastanın tıbbi süreç ile ilgili bilgisinin olması, hastanın

17 HAKERİ Hakan, "Tıp Hukukunda Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı", **Toraks Cerrahisi Bülteni**, Mart 2014, Vol. 5 Issue 1, s. 23-28, ("Malpraktis"), s. 23; BADUR, s. 61.

18 BAYRAKTAR, Cezai Sorumluluk, s. 207-208.

19 Deutsch, E. Anmerkung zu BGH. NJW 1989, kn. 173 (HAKERİ, "Malpraktis", naklen, s. 24).

20 SOMER, s. 42

21 YEŞİLLER Fatma Begüm, Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi**, Ankara 2019, s. 36; BADUR, s. 67.

22 AŞÇIOĞLU Çetin, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara, 1993, ("Tıbbi Yardım"), s. 34.

23 YÜCEL Özge, **Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun**

sağlık çalışanı olması durumunda mümkün olabilecektir. Ancak bu durum hastanın aydınlatılması yükümlülüğünü kesin olarak ortadan kaldırmaz, tedavi süreci ve hastanın bilgi durumu gözetilerek hekimin süreci yönetmesi gerekmektedir. HHY. m. 9'daki düzenleme ile hekime aydınlatma yükümlülüğü konusunda takdir hakkı tanınmaktadır²⁴. Uygulamada ispat bakımından kolaylık sağlaması sebebiyle aydınlatma yükümlülüğünün yazılı belge düzenlenmesi yoluna gerçekleştirildiği görülmektedir.

Risk, yani tedavi sonucunda oluşabilecek komplikasyonlar, vekilin özen borcunu yerine getirmesi halinde müvekkile aittir. Yani hekimlik sözleşmesi özelinde hastaya aittir. Burada esas unsur hekimin kendisinden beklenen dikkat ve özeni gereği gibi yerine getirmesidir. Zira aksi halde vekil olan hekim, hastanın özen borcuna aykırı şekilde davranılmasından doğan zararlarını tazmin etmekle mükelleftir.

Hekimin kusurunun belirlenmesinde, mevcut olaydaki ortalama bir hekim tarafından mesleki bilgi ve tecrübeler kullanılarak aynı davranışın sergilenip sergilenmeyeceği değerlendirilmektedir²⁵. Aynı durumdaki her hekim aynı davranışta bulunacağı kesin ise hekimin o davranış sebebi ile kusuru olmayacaktır. Hekim sorumluluğunda kusur, kast ya da ihmal suretiyle meydana gelmektedir. Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin bilinmesi ve istenmesi iradesiyle ihlal edilmesi halinde kast; bunun önlenmesi için gerekli özen ve dikkatin gösterilmemesi halinde ise ihmalin varlığından söz edilmektedir²⁶.

HMEK. m. 13'te hekimlik mesleğinde kötü ifa "*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik sebebiyle bir hastanın zarar görmesi hekimliğin kötü uygulanması anlamına gelir*" şeklinde tanımlanmaktadır. Hekimin tıbbi standartlara uygun olmayacak şekilde yaptığı müdahale sebebiyle meydana gelen bir zarar olması, tıbbi uygulama hatasını göstermektedir. Hekimin, tıbbi

Koşulları, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s. 200; BADUR, s. 47 vd.

24 HHY. m. 9 "*Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır. Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir*"

25 YAVUZ İpekyüz, Filiz, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 33, 2015, s. 19-61, s. 31.

26 YEŞİLLER, s.78



standartlara hâkim olması ve yeni tıbbi gelişmeleri takip ederek mesleki bilgi ve becerisini arttırması gerekir. Tıbbi gelişmeleri takip etmemesi sebebiyle daha az riskli bir tedavi yöntemini hastaya uygulamaması, hekimin tıbbi standarttan ayrılmasına ve mesleki sorumluluğunun doğmasına sebep olmaktadır²⁷.

A. Hekimin Komplikasyon Sebebi ile Sorumluluğu

1.Genel Olarak

Komplikasyon, tıbbi uygulamanın istenmeyen sonuçlarından biridir. Tıbbi standartlarda uygun bir müdahale yapılmasına rağmen, ortaya çıkabileceği tıp çevreleri tarafından kabul edilen ve her türlü tedbir alınmasına rağmen kaçınılmaz olarak meydana gelen zarar olarak tanımlanabilir²⁸.

Hekimin sorumluluğu bir kusur sorumluluğudur. Pek çok Yargıtay kararında da hekime kusur yüklenemeyen durumlarda hekimin sonuçtan sorumluluğunun söz konusu olmayacağı belirtilmektedir²⁹. Vekâlet sözleşmesi olmasının da bir gereği olarak vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil; bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumlu olacağından, hekimin sorumluluğu için salt ortaya çıkan sonuca bakılmamaktadır. Hekim hastayı kesin surette iyileştirme yükümlülüğü altında değildir. Tıp ilminin öngördüğü tedavi yöntemlerine uygun hareket etme sorumluluğu altındadır ve bu kurallara uygun davranışları sonucunda istenilen sonuç elde edilemese dahi hekimin hukuka aykırı davranışı bulunmadığı takdirde sorumluluğu da doğmayacaktır. Her tıbbi uygulamanın beraberinde bir risk getirdiği kuşkusuzdur. Hekimin görevi, hastayı iyileştirmek değil; hastaya özenli tıbbi müdahalede bulunmaktır³⁰.

27 ÖZÇETİN Selvi / BALABAN Murat, **Sağlık Hukuku Güncel Sorun ve Yaklaşımlar Örnek Yargı Kararları**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 219.

28 ÖZCAN Zeynep, "Malpraktis - Komplikasyon Ayrımının Önemi", **International Congress On Health Law / Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi**, s.197-212, İstanbul 2018, s. 205; VEATCH Robert M., **The Patient –Physician Relation, The Patient as Partner, Part 2**, Indiana University Press 1991, s. 54 vd; HAKERİ, s. 24; BEAUCHAMP L. Tom / CHILDRESS F. James, **Principles of Biomedical Ethics**, Oxford University Press, Eighth Edition, 2019, s. 155 vd.

29 Y. 13. HD. 25/04/2002, 2589/4560 (E.T. 22/03/2020) (uyap.gov.tr).

30 ÖZCAN Zeynep, Hastane İşletmecisinin Enfeksiyon Riskine Bağlı Tehlike Sorumluluğu, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 63 S. 3 Y. 2014, s. 551-567("Tehlike Sorumluluğu"), s. 559; HAKERİ, s. 24; BEACHAMP/ CHILDRESS, s. 161 vd.; REİSOĞLU Seza, "Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu" **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, İstanbul 1983, s. 1-18. ("REİSOĞLU, S."), s. 13.

Hekimlik sözleşmesinde, vekalet sözleşmesine ilişkin yasal düzenlemeler uygulama alanı bulduğundan; hekimin özen gösterme borcunda, TBK m.506/III³¹ hükmü dikkate alınır. Bir hekimin bilgi ve yetenekleri, objektif hekim tipinin bilgi ve yeteneklerinden daha üstün olduğu durumlarda (hekimin üst ihtisasının olması veya birkaç alanda birden uzmanlaşmış olması), objektif hekimin değil, bizzat o hekimin bilgi ve yetenekleri dikkate alınır. Uzman bir hekimden beklenen özenin, pratisyen bir hekimden beklenen özenden daha fazla olmasının sebebi de budur. Aynı şekilde, hekimin çalıştığı yer ve kurumun fiziki şartları ve sahip olunan tıbbi donanımlar da bu açıdan kendi içinde değerlendirilmelidir³². Hekim kendi subjektif şartları da değerlendirildiğinde özen ve dikkat borcunu yerine getirmiş ve hastayı oluşabilecek komplikasyona ilişkin bilgilendirerek rızasını almışsa meydana gelen komplikasyondan sorumluluğu doğmayacaktır. Ancak bilinmesi gerekeni bilmemek sorumluluk sebebidir. Hem hukuki açıdan hem tıbben her somut olayın ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kusursuz sorumluluğun kabulü ile hekimlerin ortaya çıkan her olumsuz sonuçtan sorumlu tutulması halinde hekimler defansif tıba yönelmektedir. Defansif yani savunmacı tıp uygulamasında hekim idari, cezai, hukuki ve etik sorumluluklarından korunmak için, tıbben herhangi bir gereklilik olmadığı durumlarda da ek araştırmalar ve tahliller isteme yoluna gidebilir veya yüksek riskli hastaları muayeneden kaçınabilir.

2. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için, müdahalenin yetkili kişilerce (hekim, sağlık personeli vs.) yapılması gerekir. Tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişiler 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atların Tarzı İcrasına Dair Kanun'da hekim, diş hekimi, ebe, sağlık memurları, sünnetçiler, hasta bakıcılar ve hemşireler şeklinde tek tek sayılmıştır.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için doğrudan veya dolaylı olarak tedavinin hukuken kabul edilebilir bir amaca yönelik ve tıbbi standarda uygun olması, hastanın aydınlatılmış rızasının alınmış olması ve müdahalenin tıp biliminin sınırları içinde kalması

31 TBK. m. 506/III *“Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır”*

32 UYGUR Atiye B., Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi, **TBB Dergisi**, S. 144, 2019, s. 355-381, s. 359; ÖZCAN, s. 206.

gerekmektedir³³. Tedavinin tıbbi standarda uygun olması gerektiği Yargıtay kararlarında da önemle değinilen bir husustur³⁴.

Hastanın aydınlatılmış rızasının alınması hususunda aydınlatmanın kapsamı HHY. m. 15'te belirlenmektedir. Buna göre hastaya, hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek olası fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında bilgi verilir. Aydınlatmanın nasıl yapılacağına da yönetmeliğin 18. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre aydınlatma, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde yapılır. Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun

33 VEATCH, s. 64.

34 YCGK 09/12/2014 E. 2014/12-103, K. 2014/552 (E.T.29/03/2020) (uyap.gov.tr) “..Doktor, doktorluk mesleğinin gerektirdiği yükümlülükler ile tıp biliminin geçerli kurallarına uygun olarak müdahale yapmalı, tıbbin ilke ve prensiplerine aykırı teşhis ve tedavi yapmamalıdır. Doktorun müdahalesi öncelikle endikasyon da denilen tıbbi bir gereklilik sebebiyle teşhis, tedavi ve hastalıktan korunma gibi sebeplerle yapılmalıdır. Bu zorunluluk Anayasamızın 17. maddesinde de vurgulanmıştır..”; Y. 13. HD. 18.11.2015, E. 2014/26571, K. 2015/33584, (E.T.29/03/2020) (uyap.gov.tr) “... Dava, davacının motosiklet kazası sonucunda sağ el bileğinde meydana gelen travma sonucunda davalı doktora başvurduğu, doktorun kusuru sebebiyle ameliyat sırasında ve sonrasında uygulanan yanlış tedaviler sonucunda, kırık hattında kaynama oluşmaması sonucunda sağ el bileğinin sakat kaldığının saptanması sebebiyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Uyuşmazlık ameliyatı gerçekleştiren davalı doktorun, davacının sağ el bileğinde meydana gelen arazın oluşmasında hukuka aykırı bir eyleminin, giderek kusurunun bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Davadaki ileri sürülüşe ve kabule göre dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturmaktadır. Eş deyişle dava, davalı doktorun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır. (BK.386, 390 md) Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır (TBK.390/2). Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. (TBK.321/1) O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafifte olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve orada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamalı en emin yolu tercih etmelidir. Gerçekte de mesleki bir iş gören; doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz, özen göstermeyen bir vekil, BK. 394/1 uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır...”



farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir. Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir. Hasta, aynı şikâyeti ile ilgili olarak bir başka hekimden de sağlık durumu hakkında ikinci bir görüş almayı talep edebilir. Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır. Bilgilendirme uygun ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak yapılır. Hastanın talebi halinde yapılacak işlemin bedeline ilişkin bilgiler sağlık hizmet sunucusunun ilgili birimleri tarafından verilir.

Yönetmelikteki şartlara uygun şekilde hastaya bilgi verildikten sonra hastanın rızası alınabilir. TMK. m. 24/II hükmü uyarınca, kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır. Ayrıca HHY m. 5 hükmüne göre de tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.

Rızanın şekli konusunda bir serbesti mevcuttur. Ancak uygulamada ispat konusunda sıkıntı olmaması için yazılı şekilde rıza alınmaktadır. Yargıtay kararlarında bilgi verilerek rızanın alınmasının hekimin sorumluluğunun tespiti bakımından oldukça önemli olduğu görülmektedir³⁵. Bu husustaki bir kararda Yargıtay aydınlatılmış onamda ispat külfetinin hekim ya da hastanede olduğunu; davalıların ameliyat öncesi muhtemelen hasıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmelerinin bir zorunluluk olduğu belirtilmiştir. Davalı hekim ve hastane, davacı S.'yi kolon yaralanması hususunda bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak uyardıkları ve davacının yeterli derecede aydınlatılıp aydınlatılmadığı, operasyonun komplikasyonlarının bilinmesi halinde dahi bu operasyona davacının rıza gösterip göstermediği bu tür bir müdahalenin ne tür komplikasyonlarının olduğunun açıklanmadığını ve bu sebeple Davacı S.'nin aydınlatıldığına dair dosyada bir bilgi ve belge de bulunmadığına kanaat getirilmiştir. Mahkemece, bu konuda ispat külfetinin davalılarda olduğu hususu

35 Y.13.HD.19/10/2006,E.2006/10057,K.2006/13842Kullanılan bir ilacın yan etkisi ile ilgili olarak hastanın bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur..." (E.T.29/03/2020)(uyap.gov.tr).



dikkate alınarak aydınlatma külfeti gözetilmek sureti ile taraf delillerini toplayıp sonucuna göre karar vermek gerekirken Mahkemenin bu yönleri göz ardı ederek, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurmuş olmasının usul ve yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir³⁶.

B. Hekimin Tıbbi Malpraktis Sebebi ile Sorumluluğu

Türk Tabipler Birliği, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları (HMEK) m. 13 tıbbi malpraktisi *“Hekimliğin Kötü Uygulanması (Malpractice): Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik sebebiyle bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulaması anlamına gelir.”* şeklinde tanımlamıştır. Dünya Tabipler Birliği de 1992 yılında tıbbi uygulama hatalarını *“hekimin tedavi sırasında uygun müdahaleyi yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi sebebiyle oluşan zarar”* olarak tanımlamaktadır. Ayrıca Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 13/I *“Hekim... ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder..”* , TDN madde 13/II *“..tababet prensip ve kaidelerine aykırı ...mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır”*, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 11 *“Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir”* , Biyotıp Sözleşmesi m. 4 *“Araştırma dâhil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.”* şeklindeki düzenlemelerle tıbbi uygulama hatalarının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Hekimin kusurunun bulunması, hekimin subjektif olarak, kendi kişisel yetenekleri ve bireysel bilgisine göre, gerekli özeni gösterebilecek durumda olmasına rağmen bunu göstermemesini ifade eder³⁷. Ayrıca hekimin kusurlu olduğunu söyleyebilmek için sonucun subjektif olarak öngörülebilir nitelikte olması da gereklidir. Bunun için hekimin objektif olarak olayların normal gelişimine ve subjektif olarak da kendi kişisel tecrübesi, kendi kişisel yetenekleri, bireysel bilgisi, eğitiminin derecesi ve sosyal konumuna göre hastanın sağlığında bir zarar meydana gelmesini öngörebilecek durumda olması gerekir³⁸. Pratisyen bir hekimden beklenen özen ve bilgi ile akademisyen tıp profesöründen beklenen özen ve bilgi birbirinden farklı olacaktır. Acil bir durumda zaman baskısı altında müdahalede bulunmak durumunda kalan hekim ile daha geniş

36 Y 13.HD. 15/09/2014 E. 2013/26330, K. 2014/27050, (E.T. 29/03/2020) (uyap.gov.tr).

37 HAKERİ, s. 26;

38 TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat, **Ceza Özel Hukuku**, 17. Baskı. Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 140; HAKERİ, s. 26.

bir zamanda müdahalede bulunan hekimin şartları ve kendilerinden beklenen dikkat ve özen farklı olacaktır, yine uzun saatler boyunca çalışıp yorulmuş hekimin müdahalede bulunmak zorunda olduğu durumun şartlarının göz önüne alınması gerekir. Bu nedenle kusurun belirlenmesinde subjektif tüm şartlar dikkate alınır.

Hekimin sadece ağır kusurundan sorumlu tutulması, tedavi sürecine ilişkin denetleme imkânı olmayan hastanın bedensel ve hukuksal yararı bakımından haksız sonuçlara yol açacaktır. Zira tedavi insanın sağlığı, yaşamı ve kişilik hakları ile yakından ilgilidir. Acil müdahale gerektiren hallerde hekimin özen yükümlülüğünü daha düşük düzeyde belirlemek doğru değildir. Somut olayın gerektirdiği haller haricinde, acil servislerde de özen yükümlülüğüne uyulmalıdır. Bu bakımdan taviz verilmemesi gereken husus ise acil servislerde farklı bir tıbbi standarda müsaade edilmeyeceği, dolayısıyla burada da gerekli tıbbi standart sağlanması ve uygulanması gerektiğidir. Gerekli tıbbi standardın sağlandığı bir acil servis ortamında somut olayda tıbbi standarttan sapmaların genel kurallar çerçevesinde hukuka uygun olabileceğinde ise kuşku yoktur³⁹. Somut olaydaki hekimin durumu değerlendirilirken, ortalama bir hekimin sahip olması gereken bilgi birikimi, mesleki yetenek, tecrübe ve fikri güç dikkate alınacak bir sapma varsa, bu kusur olarak nitelendirilecektir⁴⁰. Hekimin tıbbi gelişmeleri takip etmemesi sebebiyle daha az riskli bir tedavi yöntemini hastaya uygulamaması tıbbi standarttan ayrıldığını göstermekte ve mesleki sorumluluğunun doğmasına neden olmaktadır⁴¹. Bu durumda hekimin kusurunun objektif yönü, zarar veren davranışının tıp alanında kabul görmüş kurallara, tıbbi standarda aykırılık göstermesi; subjektif yönü ise, hekimin kendi yeterliliği, bilgi ve tecrübesi de göz önünde bulundurularak somut olaydaki durum ve koşullar altında ortalama hekim tipinin göstereceği davranıştan kusurlu olarak sapmış olması şeklinde ortaya çıkmaktadır⁴².

Hekimin özen gösterme borcunu belirlemede, TBK m.506/III'te yer alan *“Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır”* hükmü dikkate alınır. Özen ve dikkat borcunun yerine getirilmediğini ispat yükümlülüğü ise hastaya aittir⁴³.

39 HAKERİ, s. 27.

40 UYGUR, s. 359.

41 ÖZÇETİN/BALABAN, s. 219.

42 DEMİR, s. 247.

43 ÖZCAN, s. 208; YHGK, T. 21/10/2009, 393/452, E.T. 29/03/2020 (uyap.gov.tr) (E.T. 29/03/2020)



Hekimin kusuru, kast ya da ihmal suretiyle meydana gelmektedir. Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin bilinmesi ve istenmesi iradesiyle ihlal edilmesi halinde kast; bunun önlenmesi için gerekli özen ve dikkatin gösterilmemesi halinde ise ihmalin varlığından söz edilmektedir⁴⁴. İhmal de hafif ve ağır olarak ayrılır. Normal ve dikkatli her insanın aynı durum ve şartlar altında göstereceği en basit dikkat ve tedbirin yerine getirilmemesi halinde ağır ihmal vardır. Hekimin tıbben gerekli olmayan bir müdahalede bulunması ya da yapması gereken müdahaleyi yapmaması *malpraktis* kapsamında değerlendirilir⁴⁵. Ayrıca hekim hem teşhis hem tedavi aşamalarında tıbbi standardı gözetmekle yükümlüdür. Tıbbi imkânlar da göz önüne alınarak teşhis aşamasından tedavinin sonuçlarının ortaya çıktığı tüm süreç birlikte değerlendirilir⁴⁶.

III. TIBBİ MALPRAKTİS – KOMPLİKASYON AYRIMI VE İSPAT SORUNLARI

Tıbbi uygulama sonucu ortaya çıkan olumsuz durumun malpraktis veya komplikasyon ayrımının yapılması, hekimin sorumluluğu ve doğacak sonuçlar bakımından önemlidir. Tıbbi uygulamanın çeşitli risklerinin bulunduğu açıktır. Bu nedenle sorumluluk bakımından belirleyici olan hekimin kusurunun bulunup bulunmadığının tespitidir.

Hukukçular ile hekimlerin malpraktis – komplikasyon ayrımına ilişkin görüşlerinin farklılıklar taşıdığı görülmektedir. Tıp mesleği mensupları tıbbi müdahale sebebiyle oluşan her türlü olumsuz sonucu komplikasyon olarak adlandırmaktadır. Halbuki hukukçular, ancak hekime kusur olarak yüklenemeyecek olumsuzlukları komplikasyon olarak görmektedir⁴⁷. Hekimlere göre, komplikasyon, yapılan tıbbi uygulama sonunda oluşan olumsuzluk, klasik tıp bilgilerinde “komplikasyon” olarak nitelendiriliyorsa, bu müdahale, tıbbin kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde yapılmışsa, kötü sonuçlar meydana gelse bile, hekime sorumluluk yükletilemeyen olumsuzluklardır. Örneğin bir cerrahi girişim sonrasında yarada oluşan kan birikimi (hematom) veya ciltte oluşan duyu kaybı (parestezi) basit komplikasyonlardır, buna karşın

44 YEŞİLLER, s.78

45 HAKERİ, s. 386; SCHWENKEN, s. 25.

46 Y. 13.HD. 21.09.2017 E.2016/6074, K.2017/8426 (E.T.29/03/2020) (uyap.gov.tr) “...davalı doktorun bebeğin anne karnında yanlış pozisyonda durduğunu tespit edemediğini, anne karnında gerekli müdahaleyi yapmaması sonucu Bülent’in sağ kolu eksik doğduğunu, bu durumun davalı doktorun mesleğin gerektirdiği gerekli özen ve ihtimamı göstermemesinden kaynaklandığını belirterek...”

47 ÖZCAN, s. 208; HAKERİ, s. 25.

nüks (tekrarlama), emboli (pıhtı atması), büyük damar yaralanmaları daha ciddi komplikasyonlardır. Safra kesesi ameliyatından sonra cilt altında enfeksiyon gelişmesi veya ana safra kanalına taş düşmesi kabul edilebilecek riskteki olumsuzluklarken, ana safra yolunun bağlanması, kesilmesi, karaciğerin veya civardaki büyük damarların yaralanması ciddi komplikasyonlardır. Bu sayılanların hepsi klasik tıp kitaplarında komplikasyon başlığı altında yer alırlar⁴⁸.

Tıp fakültesi ve Hukuk fakültesi son sınıf öğrencilerinin konuya bakış açısını belirlemeye yönelik yapılan bir araştırmada⁴⁹, verilen senaryoların malpraktis veya komplikasyon olma durumlarını değerlendirmeleri istenmiştir. Hukuk fakültesi öğrencileri malpraktis - komplikasyon ayırımında 3/10 oranında doğru cevap vermiş, tıp fakültesi öğrencileri ise 7/10 oranında isabetli cevaplar vermişlerdir. Hukukçuların verdikleri cevaplar bakımından temel tıbbi eğitim almamaları da önemli bir etkidir. Bu husus uygulamada tıbbi bilirkişiye başvurulması sebebiyle ciddi bir sıkıntı yaratmamakta ise de konuya yaklaşım farklarının görülmesi bakımından dikkat çekicidir.

Hatalı tıbbi uygulama, malpraktis, sebebiyle açılan tazminat davalarında, sözleşmeye veya haksız fiile dayalı olarak taleplerde bulunduğu görülmektedir. Her iki durumda da zarar ve illiyet bağının ispatı konusunda, TMK m.6, HMK m.190 hükümleri göz önüne alındığında, hastanın yükümlülüğü bulunmakta ise de haksız fiil halinde mesleki kusur karinesinin kabulü, sözleşme sorumluluğu halinde TBK m.112'nin borçlunun kusurunu karine olarak kabul etmesi sebebiyle hekimin kusursuzluğunu kanıtlamak zorunda olması gereği, her iki sorumluluk türünde de ispat yükümlülüğünün ait olduğu taraf bakımından fark bulunmamaktadır⁵⁰. Hekimin daha elverişli durumda bulunması ve hastanın iddiasını ispatta güçlük çekeceği gerekçesiyle ispat yükümlülüğünün daha çok hekime yüklendiği görülmektedir. Örnek olarak şu durumlar gösterilebilir⁵¹:

48 HAKERİ, s.25.

49 ARIKAN Mustafa / KALKAN Erdal/ ERDİ Fatih/ DENİZ Mehmet / İZCİ Emir, Tıp Hukukunda Olgularla Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı: Tıp Fakültesi ve Hukuk Fakültesi Son Sınıf Öğrencilerinin Konuya Bakış Açısı, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, **Türk Nöroşir Dergisi**, 26(1), 2016, s. 40-48, s. 40.

50 YILDIZ Nihal, Malpraktis Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat, 21-23 Eylül 2017 **Antalya II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı**, Ankara 2018, s. 113-124, s.118; ÖZCAN, "Tehlike Sorumluluğu", s. 559; ÖZCAN, s. 219.

51 ŞENOCAK, s. 242



1- Hekimin ağır kusuru varsa, uygun illiyet bağı açık olmasa bile, hekimin tazminat sorumluluğu kabul edilebilmektedir. 2- Kayıt yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda, belgesi olmayan tıbbi müdahalenin yapılmamış olduğu yönünde karine oluşmaktadır. Bu durumun aksini ispat yükü hekimdedir. 3- Aydınlatma ve rıza alma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı hekime aittir. 4- Organizasyon kusuru halinde, hastanenin kusurlu olduğu yönünde karine vardır. 5- Mesleki tecrübeye veya uzmanlık niteliklerine sahip olmayan hekimin tedaviyi üstlenmesi halinde, ortaya çıkan zararın eksik mesleki tecrübeden kaynaklanmadığını ispat yükü hekimdedir. Örneğin uzmanlık gerektirmeyen bir ameliyatın uzman olmayan hekim tarafından yapılması durumunda, ortaya çıkan zararın bilgi beceri eksikliğinden kaynaklanmadığının ispatı halinde durum böyledir. 6- İlk görünüş ispatı halinde, ortaya çıkan zararlı sonuç tipik ve bariz bir hekim kusurunu gösteriyor olmalıdır. Hastanın vücudunda makas vb aletlerin unutulduğu durumlar buna örnektir.

Komplikasyon sebebiyle hekimin sorumluluğu doğmadığı hallerde, bu durum komplikasyon sonrasındaki müdahale de sorumluluğun belirlenmesinde önem arz eder. Komplikasyonun zamanında fark edilememesi, fark edilmesine rağmen gerekli ve doğru tıbbi önlemlerin alınmaması, komplikasyon yönetiminin iyi yapılamamış olması gibi durumlarda, gelişen komplikasyona gerekli müdahaleler tıbbi standarda uygun şekilde yapılmamış olduğundan hekim malpraktis sorumluluğuyla karşılaşacaktır. Tıbbi müdahale sonucunda oluşan durumun malpraktis veya komplikasyon belirlenmesini yapacak olan, HMK m. 266⁵² sebebiyle tıbbi bilirkişidir.

Yargıtay, komplikasyon – malpraktis tespitinin yapılması ve sağlık personelinin kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması hususunda bilirkişi raporlarının ayrıntılı olarak hazırlanması gerektiği görüşündedir ve bu görüşte istikrarlı kararları bulunmaktadır⁵³. Bir

52 HMK m. 266 *"Mahkeme, çözümünü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz."*

53 Y. 13. HD. 5/4/2017, E.2015/40778, K.2017/3963, (E.T. 29/03/2020) (uyap.gov.tr) *"...Mahkemece, her ne kadar mevcut durumu "... gelişen mesane hasarının her türlü özene rağmen oluşabilen, herhangi bir tıbbi ihmal ve kusura ilâfe edilemeyen komplikasyon..." olarak niteleyen adli tıp raporu işaret edilmek suretiyle, davanın reddine karar verilmiş ise de, idrar kesesindeki yırtığın boyutu göz önünde bulundurulduğunda, davalı doktorun ortaya çıkabilecek riskleri ortadan kaldırmak adına ameliyat öncesi ve sonrası yapması gereken girişimlerin neler olduğunun, ameliyat sırasında durumun tespit edilip edilmediğinin, ameliyat sonrasında derhal müdahale edilip edilmediğinin, zararın azalması veya*



kararda 'anılan rapor, davalıya yapılan tedavi ve uygulanan ameliyat sebebiyle gerekli özenin gösterilip gösterilmediği, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, doğabilecek komplikasyonlara karşı hastanın bilgilendirilip bilgilendirilmediği, tedavi ve ameliyatta herhangi bir hata, ihmal olup olmadığı konularında açıklama içermediğinden, olayda davaluların kusurlu olup olmadığının tespitine yeterli değildir'⁵⁴ ifadeleriyle bilirkişi raporunda bulunması gereken hususlara değinilmiştir. Bilirkişi raporlarında sonucun komplikasyon veya malpraktis olduğuna ilişkin genel olarak değerlendirilmesi yeterli olmamaktadır. Ayrıntılı olarak durum açıklanmalı, sağlık personeli ve hekimin kusur durumu belirtilmelidir. Kusur durumuna ilişkin bilgi verilmeyen bilirkişi raporunun bulunduğu dosyada Yargıtay "...Olayda ölü doğan bebeğin ölüm nedenine ilişkin olarak ölümünün annede meydana gelen uterus rüptürü ve gelişen komplikasyonlardan ileri geldiği mütaala edilmekle birlikte somut olay itibarıyla ilgili raporda sanıkların olayda kusurlu eylem ve davranışlarının bulunup bulunmadığı hususlarının irdelenip değerlendirilmediğinin anlaşılması karşısında; Gerçeğin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirlenmesi ve sanıkların olay sebebiyle kusurlarının bulunup bulunmadığının tespitine ilişkin olarak önceki raporlarda irdelenecek şekilde Adli Tıp Kurumundan yeniden rapor alınmasından sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden sanıkların üzerlerine atılı eylemin kanunda suç olarak tanımlanmadığı gerekçesiyle beraatlerine karar verilmesi, Kanun'a aykırı olup..." şeklinde karar vermiştir⁵⁵. Her ne kadar Adli Tıp Kurumu raporlarında sonucun komplikasyon olduğu belirtilse de, Yargıtay'ın hekimin özen yükümlülüğü üzerinde durarak tazminata hükmedilmesi gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır. Bilirkişi raporu, takdiri delil olduğundan hukuki gerekçesi açıklanarak bu şekilde kararlar verilmesi mümkünse de, bu noktada dikkat edilmesi gereken husus hekimin sorumluluğunu kusursuz sorumluluk şeklinde genişletmemektir.

IV. YARGITAY İÇTİHATLARINDA MALPRAKTİS VE KOMPLİKASYON

Komplikasyon ve malpraktis kapsamındaki durumların örneksime yoluyla sayılması mümkün değildir. Çünkü somut olayın şartlarına göre her durumun kendi içinde değerlendirilmesi ile hakkaniyetli ve

ortadan kaldırılması adına ne yapıldığının, bu aşamalarda davalı doktorun ihmalinin ve kusurunun bulunup bulunmadığının da tartışılması gerekir..."

54 Y. 13. HD. 18/06/2007, 2916/8485, (E.T. 29/03/2020) (uyap.gov.tr).

55 Y. 12. CD. 06/03/2012, 2012/9300-6218 (E.T. 29/03/2020) (uyap.gov.tr)



hukuka uygun kararların verilmesi mümkün olacaktır⁵⁶. Bu kapsamda konu Yargıtay kararları ışığında somut olaylar üzerinden incelendiğinde, malpraktis - komplikasyon ayrımı ve ispatı hususu açıklanabilecektir.

1-Gebeliğinin 10. haftasında küçük bir kanama sebebiyle hastaneye gelen hastanın kendisine verilen ilaçları kullanıp bir hafta sonra kontrole çağırıldığı, kontrolde bebeğin öldüğü söylenerek kürtaja alındığı, kürtaj sonrası olağandışı kanaması olan davacının 3-4 saat gözlem altında tutulduğu, bir hafta sonrasında kontrolde rahimde hematoma olduğu gerekçesiyle ikinci kez kürtaj yapılan hastanın başka bir doktora başvurması sonrası yapılan ultrason incelemesinde, rahimde cenin parçalarının bulunduğu ve hastanın üçüncü kez kürtaj yaptırmak zorunda kaldığı, kanamanın durmaması ve hayati tehlikesinin bulunması sebebiyle rahminin alındığı davada, hekime atfı kabil bir kusur bulunup bulunmadığı araştırılmıştır. Kararda, doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurlarının (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edileceği, doktorun hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek, tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorunluluğu olduğu, müvekkil durumundaki hastanın, doktor olan vekilden, titiz, dikkatli ve özenli davranılmasını beklemekte haklı olduğu, özen göstermeyen bir vekilin, BK. 394/1 uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılması gerektiği açıklamaları yapılmıştır. Hekimlerin ilk başta uterus operasyonu çıkarılmadan tanıyı koyamayabileceği, ihmal veya kusurlarının bulunmadığı, söz konusu durumun kürtaj işlemi sonrası gelişen bir komplikasyon olduğu yönündeki bilirkişi raporu, davalıların kusurunun belirlenmesi yönünden yetersiz bulunmuş; komplikasyon olasılığına karşı yapılması gereken işlemlerin yapıp yapılmadığı, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, böyle bir sonuca meydan verilmemesi için, tüm tedbirlerin alınıp alınmadığı ve yapılması gereken tüm tıbbi müdahalelerin yapıp yapılmadığı üzerinde durulup irdelenmek suretiyle, olayda davalılara atfı kabil bir kusur bulunup bulunmadığı konusunda, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor bulunması gerektiği vurgulanmıştır⁵⁷. Doğru teşhisin yapılamamasında hekimlerin

56 ÖZCAN, s. 206.

57 Y. 13. HD. 23.03.2010 E. 2009/13214 K. 2010/3694 (E.T. 03/04/2020); aynı yönde Y. 13. HD. 10.05.2018 E. 2015/41418, K. 2018/5670 (E.T. 04/04/2020) (uyap.gov.tr) ‘..bu tetkiklerin

kusuru olmasa da, bir komplikasyonun meydana gelmesi sonrasındaki müdahale ve tedavide gecikme hali, gerekli dikkat ve özenin gösterilip gösterilmemesi bakımından önem arz etmekte ve hekimin sorumluluğuna yol açabilmektedir.

2-Hastalık veya yaralamanın doğru teşhis edilemediği ve tedavisinin yapılamadığı bir duruma ilişkin olarak, Yüksek Sağlık Şurası'nın bacadaki derin yaranın (rektuma) nafiz olduğunun muayenede saptanamadığı ve gelişen enfeksiyon sonucu bacağı kesildiği, hemen el atılması halinde enfeksiyonun denetim altına alınıp bacağı iyileştirilebileceği, hastanın üç gün içinde taburcu edilmesiyle iyileşme ihtimalinin ortadan kalktığını belirttiği raporda⁵⁸ hekimin kusurunun bulunduğu açıktır.

3-Ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmadığı, ameliyata ilişkin raporun 7-8 ay sonra tutulduğu, çocuk olan hastanın yaşı, kilosu ve genel anestezi altında olduğu, verilen ilaçların birbirini etkileyip hasta üzerinde fazla tesir edebileceği hususlarının nazara alınmadığı olayda, gerekli dikkat, özen ve ciddiyet gösterilmediği için hastane ve doktorların kusurlu olduklarının kabul edildiğini görüyoruz⁵⁹.

4-Tipik ve bariz bir kusurun bulunduğu durumlarda kusurunun bulunmadığını ispat yükünün hekimde olduğu yukarıda belirtilmişti. Hastanın vücudunda gazlı bez unutulması şeklindeki olayda Yargıtay, durumun hekimin bizatihi sorumluluğunu gerektirir ağır bir ihmâl olduğunu belirtmiş, niteliği itibariyle olayın bir uzman tarafından

yapılmaması hastanın hastalığının tesbit edilmemesine neden olmuşsa hekim sorumlu olacaktır. O halde, bu konuda yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda özen gösterilip gösterilmediği, yapılması gerekenle, yapılanın uyuşup uyuşmadığı açıklamalarına yer verilecek şekilde, tüm deliller birlikte değerlendirilerek, yapılması gerekenle yapılan müdahale ve tedavinin ne olduğu, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor ve hastaneye kusur zıfz ediliş edilmeyeceğini, gösteren nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli ek rapor ya da gerektiğinde yeni bir bilirkişi kurulu raporu alınmak ve böylece hasil olacak sonuca uygun karar vermek gerekir..’ ; aynı yönde Y. 13. HD. 28.06.2018, E. 2015/41778 K. 2018/7411 (E.T. 04/04/2020) (uyap.gov.tr) “...Mahkemece hükme esas alınan 1.9.2014 tarihli Adli Tıp raporunda, dış tedavisi sırasında oluşturduğu bildirilen tükürük bezinin komplikasyon olarak değerlendirildiği, davalının da komplikasyonu fark ederek davacıya tedaviye yönlendirdiği bu nedenle davalıya kusur yüklenemeyeceği açıklanmıştır. Mahkemece Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun raporuna itibar edilmek suretiyle davalının reddine karar verilmiş olup davacı rapora itiraz etmiştir. Anılan raporda, davacıya uygulanan işlem sırasında meydana gelen kesi ile tükürük bezinin işlevini yitirip yitirmediği açıklanmadığı gibi, tedavisinin mümkün olup olmadığı, bu sürecin hastayı olumsuz yönde ne şekilde etkilediği hususları üzerinde durulmamıştır. Hâl böyle olunca bu rapora itibar edilerek hüküm kurulamaz. Mahkemece; üniversiteden, itirazları karşılayan, aralarında konusunda uzmanların bulunduğu akademik kariyere sahip 3 kişilik bilirkişi kurulundan, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda davalının sorumluluğunu gerektirecek ihmâl ve hata bulunup bulunmadığını gösteren, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak suretiyle hasil olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekmektedir.’

58 Y.4.CD. 18.12.1997 E.1997/10728, K. 1997/11390 (E.T. 03/04/2020) (uyap.gov.tr).

59 Y.13.HD. 07.02.2005 E. 2004/12088 K. 2005/1728, (E.T. 03/04/2020) (uyap.gov.tr).



incelenmesine dahi gerek olmadığını, bir operatör doktorun ameliyat sırasında mesleki değil, meslek dışı dikkatinin bile böyle bir olaya meydan vermemesinin asıl olduğunu, bu açık duruma rağmen Yüksek Sağlık Şurası'nın en normal dikkat ve özen zorunluluğunu bir yana bırakıp gazlı bezin vücutta unutulmasının nadir de olsa mümkün olaylardan kabul etmesinin yetersiz olduğunu belirtmiştir. Olayı bilirkişi incelemesine dahi gerek olmayan maddi olgu şeklinde ortaya çıkmış ve çekişmesiz bir durum olarak nitelendirmiştir⁶⁰.

5-Hastanın aydınlatılmış rızasının alınmasının önemine yukarıda değinilmişti. Hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin bilgilendirilmesi, rızasının geçerli olabilmesi için şarttır. Bu bilgilendirme, tıbbi müdahalenin olumlu ve olumsuz sonuçlarını, yapılması veya yapılmaması halinde ortaya çıkacak durumlar, uygulanabilecek başka müdahale varsa ona ilişkin bilgi verilmesi halini kapsamaktadır. Yargıtay 1977 tarihli bir kararında hastanın rızasının bulunduğu kabul edilmesi halinde dahi muayenenin muhtemel sonuçları ve riskinin hastaya bildirilmiş olmasını aramıştır. Rektum tuşe muayenesinde bazen kızlık zarının bozulabileceğinin bilirkişi raporunda açıklandığını, bu muayene sonunda her halde kızlık zarının bozulacağına tıbben kabul edilmediğini ancak nadiren de olsa meydana gelen bu sonucun hastaya bildirilmesi gerektiği, aydınlatma görevinin yerine getirildiği ve ortaya çıkabilecek bütün sonuçların hastanın anlayabileceği şekilde bildirildiğinin ispatının doktora ait olduğu açıklanmıştır. Hakim olayların özelliğine uyduğu, dayanakları gösterdiği, inandırıcı olduğu takdirde bilirkişi raporu ile bağlı olacağı, anılan nitelikleri haiz olmayan raporun bağlayıcı olmayacağı ve aynı olaya ilişkin ceza davasında kast olmadığı için beraat kararı verilmiş olsa dahi hukuk hakiminin bununla bağlı olmadığı, ihmali davranışın tazminata hükmedilmesi için yeterli olduğu yönünde karar verilmiştir⁶¹. Yani hekim muayenenin muhtemel sonuçlarını ve

60 Y.13.HD. 14.03.1983 E. 1982/7237 K. 1983/1783 (E.T. 03/04/2020) (uyap.gov.tr).

61 Y.4.HD, 07.03.1977 E. 76/6297, K. 77/2541 (E.T. 04/04/2020); aynı yönde Y.13.HD, 18.09.2018 E. 2016/26894 K. 2018/8072 (E.T. 04/04/2020) (uyap.gov.tr) *"...somut olaya bakılacak olursa, mahkemece bilirkişi raporları esas alınarak hüküm verilmiş ise de; davacının sağ göğsünün de ameliyat edilmesinin gerekli olup olmadığı ve bu göğsüyle ilgili olarak ameliyat öncesinde yeterli tahlil ve tetkiklerin yapıp yapılmadığı, ameliyat sonrası karşılaşılabilecek riskler konusunda hastanın aydınlatılma borcunun yerine getirilip getirilmediği, ameliyat sonrasındaki biyopsi sonuçları, davalıların yeterli özen ve dikkati gösterip göstermediği, hususlarında bilirkişi raporları yeterli açıklamayı içermemektedir. Ayrıca dosyaya ibraz edilen hasta yatış onam formunun davacı tarafından imzalanmış olmasına rağmen aynı tarihli tıbbi uygulamalar için bilgilendirme onam formunun davacı yerine neden yakını tarafından imzalandığının açıklaması yapılmayarak bu durum mahkemece ve bilirkişiler tarafından değerlendirilmemiştir. Bahsedilen bu formlar, davacıya yapılan ameliyatın niteliği konusunda davacıya gerekli bilginin verildiğini gösterir nitelikte değildir. Biyotıp Sözleşmesinin*

tehlikelerini anlayabileceği şekilde hastaya söylemelidir. Bu konuda ispat yükü hekimdedir⁶². Genel nitelikli, soyut ibarelerin bulunduğu bir aydınlatma formu yeterli olmayacaktır.

6- Yargıtay genel anestezinin mutad komplikasyonu (anestezi şoku) neticesi ölümün gerçekleştiği bir olayda, yaralının bünyesinden kaynaklanan, önceden var olduğu halde olaydan sonra meydana çıkan narkoza karşı dayanıksızlığın sebep - sonuç bağına kesmeyeceğini, ancak hekimlere yüklenemeyen ve önceden göremeyecekleri olağanüstü hal sebebiyle (narkozun olağan komplikasyonu) zararın arttığını, zararın artması ve ölümle sonuçlanması narkozun olağan komplikasyonu olduğuna göre, zararın tümünden davalı hekimlerin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir⁶³. Sonuç öngörülebilir değil ise, hekim öngörülemez sonuç sebebiyle kusurlu sayılamaz.

7- Olayda gelişen mesane hasarının her türlü özene rağmen oluşabilen, herhangi bir tıbbi ihmal ve kusura izafe edilemeyen komplikasyon olarak niteleyen adli tıp raporuna dayanarak reddedilmesine rağmen Yargıtay, idrar kesesindeki yırtığın boyutu göz önünde bulundurulduğunda, davalı doktorun ortaya çıkabilecek riskleri ortadan kaldırmak adına ameliyat öncesi ve sonrası yapması gereken girişimlerin neler

5. maddesinde "Rıza " konusu düzenlenmiş ve "Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilecektir" düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiş ve Dairemizin yerleşik uygulamalarına paralel düzenlemeler getirilmiştir. Yukarıdaki açıklamalar gözetildiğinde, hastanın salt işleme rıza göstermesi yeterli değildir. Ayrıca, risklerin de izah edilmesi yani bu rızanın da aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekim Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde düzenleme yapılmış ve "Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır " düzenlemesiyle aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onamda, ispat külfeti ise hekim ya da hastanededir. Bu nedenlerle mahkemece, üniversitelerin tıp fakültelerinde görevli konusunda uzman öğretim görevlilerinden oluşturulacak bilirkişi heyetinden taraf ve yargı denetimine elverişli ve özellikle davacının bilirkişi raporlarına itirazlarını karşılayacak şekilde yeniden rapor aldırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken.."

62 Y.13.HD. 19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/13842 (E.T. 04/04/2020) (uyap.gov.tr) "...Kullanılan bir ilacın yan etkisi ile ilgili olarak hastanın bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur.."

63 Y. 4. HD. 04.12.1984, 8335/9043, (E.T. 05/04/2020) (uyap.gov.tr).



olduğunun, ameliyat sırasında durumun tespit edilip edilmediğinin, ameliyat sonrasında derhal müdahale edilip edilmediğinin, zararın azalması veya ortadan kaldırılması adına ne yapıldığının, bu aşamalarda davalı doktorun ihmalinin ve kusurunun bulunup bulunmadığının da tartışılması gerektiğini söyleyerek, bilirkişi raporunun yetersiz olduğunu belirtmiştir⁶⁴. Bu durumda yine Yargıtay'ın meydana gelen komplikasyon sonrasındaki sürecin yönetilmesinde hekimin özen ve dikkat yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini araştırdığını görüyoruz.

8-Tanı, tıbbi sürecin aşamalarından biridir ve tanı esnasında yapılan hatalar ve eksiklikler de malpraktis kapsamında değerlendirilir. Davalı doktorun, bebeğin anne karnında yanlış pozisyonda durduğunu tespit edemediği, anne karnında gerekli müdahaleyi yapmaması sonucu bebeğin sağ kolu eksik doğduğu, bu durumun davalı doktorun mesleğinin gerektirdiği gerekli özen ve ihtimamı göstermemesinden kaynaklandığının belirtildiği dosyada sık hata yapılan konulardan biri üzerinde durulmuştur⁶⁵.

SONUÇ

Tıbbi müdahaleler riskin yüksek olduğu faaliyetlerdir. Bu süreçte hekimler ve sağlık çalışanları gelişen tıbbi imkânları da göz önüne alarak, tıbbi standarda uygun bir şekilde faaliyette bulunmakla yükümlüdür. Estetik müdahaleler eser sözleşmesi olarak nitelense de hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmesi, vekâlet sözleşmesinde ise vekilin sonucun meydana gelmesini garanti etmediği, faaliyetin özenli bir şekilde yürütülmesini üstlendiği göz önüne alındığında, hekim hastanın iyileşmesini ve olumsuz bir sonucun ortaya çıkmamasını taahhüt etmez. Ortaya çıkan olumsuz her sonuçtan hekimleri sorumlu tutmak, mesleğinin icra edilmesini engelleyecek ve defansif tıp uygulamalarının yaygınlaşmasına neden olacaktır. Hekimler komplikasyonlar sebebiyle sorumlu tutulamayacaktır, şüphesiz ki hekimin yapması gereken özenli tıbbi müdahaledir. Hekimin sorumluluğu kusursuz bir sorumluluk hali olmayıp; hekimin hafif kusuru halinde dahi malpraktis sebebiyle sorumluluğu doğacaktır.

Hekimin tıbbi malpraktis sorumluluğunun sebepleri arasında uygulamada en çok dikkat ve özen eksikliğinin bulunduğu görülmektedir. Bu hususta Yargıtay kararları tahlil edildiğinde; ilk derece

64 Y. 13. HD, 05.04.2017 E. 2015/40778 K. 2017/3963 (E.T.04/04/2020) (uyap.gov.tr)

65 Y. 13. HD, 21.9.2017 E. 2016/6074 K. 2017/8426 (E.T. 04/04/2020) (uyap.gov.tr).



mahkemelerinin karar verilirken mesleki bilgi gerektirmesi sebebiyle bilirkişi raporu alınması yoluyla malpraktis-komplikasyon ayrımı yapılmaya çalışılsa da, bilirkişi raporlarında ayrıntılı açıklamalara yer verilmemesi eleştirilmektedir ve bu raporlar yetersiz görülmektedir. Yargıtay raporlarda tıbbi müdahale öncesi ve sonrası yapılması gerekenlerin ne olduğu, müdahale sonrasında istenmeyen bir durum, komplikasyon meydana geldiyse derhal müdahale edilip edilmediğini, zararın azalması veya ortadan kaldırılması adına ne yapıldığı, bu aşamalarda hekimin tüm süreç boyunca ihmalinin ve kusurunun bulunup bulunmadığı hususlarının ayrıntılı olarak bildirilmesi gerektiğine karar vermiştir.



KAYNAKLAR

AŞÇIOĞLU Çetin, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara, 1993, ("*Tıbbi Yardım*").

AYAN Mehmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara 2016.

AYAN Mehmet, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Yayınları, Ankara 1991 ("*Sorumluluk*").

AYKIN Aykut Cemil / ÇINARLI Serkan, **Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.

ARIKAN Mustafa / KALKAN Erdal/ ERDİ Fatih/ DENİZ Mehmet / İZCİ Emir, **Tıp Hukukunda Olgularla Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı: Tıp Fakültesi ve Hukuk Fakültesi Son Sınıf Öğrencilerinin Konuya Bakış Açısı, Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, **Türk Nöroşir Dergisi**, 26(1), 2016, s. 40-48.

BADUR Emel, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller**, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.

BAYRAKTAR Köksal, **Yeni TCK ve Hekimin Sorumluluğu, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları**, İstanbul Barosu 2. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2007, s.52-60.

BAYRAKTAR Köksal, **Hekimin Tedavi Sebebiyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1972 ("*Cezai Sorumluluk*").

BEAUCHAMP L. Tom / CHILDRESS F. James, **Principles of Biomedical Ethics**, Oxford University Press, Eighth Edition, 2019.

BRENNECKE, Philipp; **Aerztliche Geschaeftsführung ohne Auftrag**, Springer, Düsseldorf 2009.

DEMİR Mehmet, **Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu**, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S.3, Y. 2008, s. 225-252.

DESCHANAUX / TERCIER, **Sorumluluk Hukuku**, Çev. Salim ÖZDEMİR, Ankara 1983.

EKŞİ Ahmet, **İslam Hukukunda Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği**, **Tıp Hukuku Dergisi**, C.1, İstanbul 2012, s. 27-46.

GIESEN Dieter, **Yeni ve Deneysel Tedavilerden Dolayı Doktorların Hukuki Sorumluluğu**, **Yargıtay Dergisi**, 1977, C.3, S.1, s. 217-228, (Çev. ÖZDEMİR, Salim).



HAKERİ Hakan, **Tıp Hukuku**, 19. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.

HAKERİ Hakan, Tıp Hukukunda Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı, **Toraks Cerrahisi Bülteni**, Vol. 5 Issue 1, Mart 2014, s. 23-28. (“Malpraktis”).

KILIÇ GÜNEŞ Bahu, **Hekimin Hukukî Sorumluluğu**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.

ÖZCAN Zeynep, “Malpraktis - Komplikasyon Ayırımının Önemi”, **International Congress On Health Law / Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi**, s.197-212, İstanbul 2018.

ÖZCAN Zeynep, Hastane İşletmecisinin Enfeksiyon Riskine Bağlı Tehlike Sorumluluğu, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 63 S. 3 Y. 2014, s. 551-567 (“Tehlike Sorumluluğu”).

ÖZÇETİN Selvi / BALABAN Murat, **Sağlık Hukuku Güncel Sorun ve Yaklaşımlar Örnek Yargı Kararları**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

ÖZDEMİR Hayrunnisa, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 1, 2016, s. 33-81.

REİSOĞLU Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014.

REİSOĞLU Seza, Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, İstanbul 1983, s. 1-18. (“REİSOĞLU, S.”).

SCHWENKEN Carl Philipp Theodor, **Die Amtsvergehen, Ihre Untersuchung Und Bestrafung Im Disziplinarischen Und Gerichtlichen Wege Nach Gemeinem Und Besonders Kurhessischem Rechte**, Wentworth Press 2019.

SOMER Pervin, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul 2011, s. 41-58.

ŞENOCAK Zarife, Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat, **Ankara Barosu - Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007**, Ankara 2008.

TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat, **Ceza Özel Hukuku**, 17.Baskı. Seçkin Yayınları, Ankara 2019.

UYGUR Atiye B., Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi, **TBB Dergisi**, S. 144, 2019, s. 355- 381.



UYGUR Atiye; **Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukukî Sorumluluğu**, Ankara 2009 (*“Sorumluluk”*).

VEATCH Robert M., **The Patient –Physician Relation, The Patient as Partner, Part 2**, Indiana University Press 1991.

WERNER E. Ott: **Voraussetzungen der Zivilrechtlichen Haftung des Arztes**, Zürich 1978.

WIEGAND Wolfgang; **Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes, Arzt und Recht**, Berner Tage für die juristische Praxis 1984, Bern 1985.

YAVUZ Cevdet, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul 2019.

YAVUZ İPEKYÜZ Filiz, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 33, 2015, s. 19-61.

YEŞİLLER Fatma Begüm, Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi**, Ankara 2019.

YILDIZ Nihal, Malpraktis Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat, 21-23 Eylül 2017 **Antalya II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı**, Ankara 2018, s. 113-124.

YÖRDEM Yılmaz, Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu, **TAAD**, S. 38, Y. 11, 2019, s. 129-155.

YÜCEL Özge, **Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları**, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.

YÜCEL Özge, **Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları**, Seçkin Yayınları, Ankara 2018 (*“Tıbbi Kararlar”*).

uyap.gov.tr

DEVLET OLGUSU ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

(An Evaluation of the Phenomenon of State)

Dr. Öğr. Üyesi Ömer ÖZKAYA¹

ÖZ

Ortaya çıkışı kadim zamanlara dayanan devlet olgusu 1648 yılında imzalanan Westphalia (Vesfalya) Antlaşması ile modern bir yapıya dönüşmeye başlamış, günümüzde ise hayatın her alanında keskin bir dönüşüme neden olan küreselleşme ile birlikte ikinci bir kırılma dönemine girmiştir. Tarih boyunca Sokrates'ten İbn Haldun'a, Aristoteles'ten Rousseau'ya kadar birçok düşünür devlet olgusu üzerinde fikir yürütmüştür. Günümüzde de devletlerin yapısı ve etkinlikleri üzerinde tam bir mutabakat söz konusu değildir. Hukuki anlamda devlet kavramının unsurları üzerinde genel bir kabul olmakla birlikte bu geniş fenomen tartışılmaya devam etmektedir. Yapılan bu çalışmada devlet olgusunun tarihsel gelişim sürecinde düşünürlerce nasıl tasvir edildiği üzerinde durulduktan sonra devletin temel kurucu unsurları kısaca açıklanacaktır. Akabinde modern ulus-devlet üzerine bazı tespitler yapılacak ve küreselleşmenin ulus-devletlere etkisi değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Devlet, küreselleşme, ulus-devlet.

ABSTRACT

The phenomenon of the state, whose emergence dates back to ancient times, started to turn into a modern structure with the Peace of Westphalia, signed in 1648. Today, it has entered a second period of fragility with globalization, which has caused a sharp transformation in all areas of life. Throughout history, many scholars, from Socrates to Ibn Khaldun, from Aristotle to Rousseau, have thought about the phenomenon of the state. Today, there is no full agreement on the structure and activities of states. Although there is a general acceptance on the elements of the concept of state in legal terms, this broad phenomenon continues to be discussed. After focusing on how the state phenomenon is depicted by the scholars

1 Dr. Öğretim Üyesi, Polis Akademisi, omerakademik@gmail.com , ozkaya@pa.edu.tr , Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Necatibey Cad. No 108, Yenışehir, ANKARA, ORCID ID 0000-0003-2302-5991

during the historical development process, the main constituent elements of the state will be briefly explained. Afterwards, some determinations will be made on the modern nation-state and the impact of globalization on nation-states will be evaluated.

Keywords: State, globalization, nation-state.

GİRİŞ

Mumcu, devleti “inkâr edilmesi olanaksız en önemli toplumsal örgüt” olarak görmektedir². Gerçekten de devlet, esas itibarıyla bir toplumsal örgüttür. Dolayısıyla devlet, ancak insanların bir araya gelerek “toplumsal” hareket kabiliyetinin bir sonucu olarak ortaya çıkan örgütlenme çeşitlerinden bir tanesidir. Mumcu’nun tespitindeki ikinci önemli vurgu, devletin inkâr edilmesinin olanaksız oluşudur³. Günümüzde devlet dışı aktörlerin dünya üzerinde etkinliği artmaktadır. Ancak bu durum, devletlerin öneminin tamamıyla sona erdiği anlamına gelmemektedir.

Devlet, insan ürünü bir yapıdır ve insan uygarlığının nihai sonuçlarından bir tanesidir⁴. Günümüze kadar binlerce devlet kurulmuş ve yıkılmıştır. Hâlihazırda dünya üzerinde iki yüze yakın “tanınmış” devlet bulunmaktadır. Ancak, devlet tanımı üzerine literatürde hâlâ bir görüş birliği bulunmamaktadır.

İnsanların topluluk halinde yaşaması olgusu insanlık tarihi kadar eskidir. Ancak devlet olgusu o kadar eski değildir⁵. Devlet fikri hiç

2 MUMCU, Ahmet, çev. **Genel Devlet Kuramı**. 6. İstanbul: İnkılap Yayıncılık, 2015, s. VIII

3 21. yüzyıla kadar bu tespitin geçerliliğinin daha somut olduğu kanaatindeyiz. Ancak günümüz şartlarında hayatı “e-” yaşayan toplumlar, devlet mefhumunu da “e-” olarak tasavvur edebilecek kabiliyete erişmiştir. Bu bakımdan devlet ve devletin insan unsurunu oluşturan millet olgularının sanal hale gelmeye başladığını ifade etmek gerekmektedir. Her ne kadar devlet olgusu teknolojinin gelişmesi ve dünyanın küreselleşmesiyle birlikte “e-” nitelik kazanmış olsa da, bize göre insanların “toplumsal” kalabilmesi adına varlığını kısa ve orta vadede devam ettirecektir.

4 İnsanlık tarihindeki önemli dönüm noktalarından ilki insanların avcılık ve toplayıcılıktan çiftçilik ve çobanlığa geçmesiyle yaşanmıştır. Bu dönem tarihi tam olarak belli olmamakla birlikte günümüzden yaklaşık 9.000 yıl öncesine tekabül ettiği düşünülmektedir. İkinci önemli dönüm noktası, günümüzden yaklaşık 5.000 yıl önce Dicle-Fırat ve Nil vadilerinde uygar toplumların ortaya çıkmasıdır. Bu toplum sulak tarım yapan, kanal kazan ve su önüne set çeken, haliyle toplumsal örgütlenen insanlardan oluşmaktaydı. Üçüncü dönüm noktası yaklaşık 4.000 yıl önce sabanın bulunmasıyla tarımda hayvan gücüne dayanılması olmuştur. Akabindeki dönemlerde savaş teknikleri ilerlemiş ve uygarlık günümüzde kadar gelişim göstermiştir MCNEILL, H. William. **Dünya Tarihi**. 12. Çeviren Alâeddin Şenel. İstanbul: İmge Kitabevi, 2006, s. 19, 20, 21.

Günümüzde de insan uygarlığı tarihte hiç olmadığı kadar hızlı bir şekilde gelişmeye devam etmektedir.

5 GÜZEL, M. Şehmus. **Devlet-Ulus**. 1. İstanbul: Alan Yayıncılık, 1995, s. 7.; COŞKUN, Vahap. **Ulus Devletin Dönüşümü ve Meşruluk Sorunu**. Ankara: Liberte Yayınları, 2009, s. 154

oluşmamış toplumlar da mevcuttur⁶. Bunun sebebi devletin, doğal bir olgu değil, insanlar tarafından üretilmiş bir 'örgüt' olmasıdır. İlkel toplumlar, devletsiz toplumlardır. Çünkü ilkel toplumlarda devleti oluşturacak koşullar bir arada değildir⁷. Devlet olgusu, tarih boyunca merhalelerden geçerek günümüzdeki yapısına kavuşmuştur⁸. Batı'da site devletleri, site devletlerinin oluşturduğu imparatorluklar, feodal devletler ve akabinde ulus-devletler inşa olmuştur. Türklerde ise devlet⁹; boy, beylik, il, imparatorluk ve günümüz devleti şeklinde inşa olmuştur¹⁰. Devlet günümüzde ekonomi, eğitim, sağlık, güvenlik, kültür, sanayi gibi birçok alana girip o alanları düzenler ve/veya denetler. Neticesinde bütün bu alanları şekillendirir. Medeni haklar dahi devletin kontrolünde kullanılır. Dolayısıyla devletsiz toplum, günümüzde düşünülebilecek bir toplum türü değildir¹¹.

1648 yılında kurulan Westphalia düzeni, devlet olgusunu farklı bir şekle sokmuştur. Fransız Devrimi sonrasında ortaya çıkan ulus-devlet yapılanması 2. Dünya Savaşı'na kadar devletlerin yapılanmasında önemli bir yere sahip olmuştur. Günümüzde küreselleşmenin etkileriyle birlikte ulus-devletlerin klasik anlamlarıyla varlıklarına devam etmeleri oldukça zordur ve belki de ilerleyen zamanlarda imkânsız görünmektedir. İnsan topluluklarında kadim zamanlardan süre gelen devletleşme geleneği küresel kodlarla yeniden inşa sürecindedir. Başka bir ifade ile devlet olgusu, her geçen gün farklı etkenlerden etkilenmekte ve şekillenmektedir. Günümüzde de bu süreç hızla devam etmektedir.

I. DEVLETİN KURAMSAL TEMELLERİ

İlkçağ filozoflarından günümüz düşünürlerine kadar devlet olgusu üzerine çeşitli tespit ve tanımlamalar yapılmıştır. İlkçağda Yunan siyasal düşüncesinin bir ürünü olan şehir devletleri (Polisler) modern anlamda "devlet" olmamakla birlikte; belirli sınırları olan siyasi, askeri, sosyal

6 MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. **Devlet ve Hukuk Üzerine**. Çeviren Rona Serozan. 3. İstanbul: Çağdaş Hukukçular Derneği Yayınları, 2013, s. 34

7 KOÇAK, Mustafa. **Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi- Devlet ve Egemenlik**. 1. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 29, 30

8 SAYGILIOĞLU, Nevzat, ARI Selçuk. **Etkin Devlet**. İstanbul: Sabancı Üniversitesi, 2003, s. 18, 19

9 Bir başka görüşe göre de Türklerde devletin katmanları; sop (çekirdek toplum), boy, aşiret, il, küçük il, orta il, büyük il, en büyük il şeklindedir. ÖZER, Attila. **Türklerde Devlet Anlayışı ve Demokratik Rejim**. Ankara: Lazer Ofset, 2002, s. 7

10 ERYILMAZ, Bilal. **Kamu Yönetimi Düşünceler/Yapılar/Fonksiyonlar/Politikalar**. 4. Ankara: Okutman Yayıncılık, 2011, s. 21

11 COŞKUN, s.154, 155

ve ekonomik bir bütündür¹². Dönemin düşünürlerinden Sokrates (M.Ö. 469- M.Ö. 399) Polis kurallarının mutlak uyulması gereken kurallar olduğunu savunmaktadır. Toplum yararını kişisel çıkarlarından önce gören Sokrates, toplumu erdemli kişilerin yönetmesi gerektiğini söyler ve yasaları yazılı ve yazısız yasalar olarak ikiye ayırır. Ancak düşünüre göre Polisin yazılı yasalarına her durumda uymak gerekmektedir¹³.

Platon, “Politeia” adlı eserinde ideal devletin nasıl olması gerektiğini anlatmıştır. Platon’a göre devlette sosyal sınıf olmalıdır. Bu sınıflaşmanın sebebi, toplumdaki iş bölümünün gerekliliğidir. Çünkü insanlar ihtiyaçlarını görme hususunda kendi kendilerine yetememekte, kendilerinin karşılayamadıkları gereksinimleri için başka insanlara ihtiyaç duymaktadır¹⁴. Devlet ve toplum arasında bir benzerlik kuran Platon, toplumun tek başına insandan daha büyük bir varlık olduğunu vurgulayarak “biyolojik devlet” teorisine katkı sağlamıştır¹⁵.

M.Ö 384-M.Ö 322 yılları arasında yaşayan Aristoteles de, Polislerin sonsuza dek yaşaması gereken ideal toplum düzen olduğunu savunmuştur. Çünkü devlet, kendisini oluşturan unsurların iyiliğini düşünen bir örgüttür ve bireyden önce gelir¹⁶. Aristoteles, devletin kökenine ilişkin teorilerden “aile” teorisine düşünceleri ile katkı sağlamıştır. Düşünüre göre; aileler büyüyerek kabileleri, kabileler büyüyerek köyleri, köyler de gelişerek Polisleri oluşturmuştur ve Polis, uygarlığın ulaştığı en son aşamadır¹⁷.

Cicero’ya göre devlet, yalnızca ortak çıkar birlikteliği değildir. Devlet, aynı zamanda hukuki bağlarla desteklenmiştir¹⁸. Cicero’ya göre devlet, halkın işidir. Büyük sayıda insan kitlelerinin karşılıklı

12 GÖZE, Ayferi. **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**. 11. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2007, s. 1

13 GÖZE, s. 15-18

Sokrates ölüme mahkûm edilmiştir. Kendisine verilen ölüm cezasının haksız olduğunu düşünmesine rağmen, Atina’dan kaçmamış; Atina kanunlarını çiğnemeyerek savunucusu olduğu fikir çerçevesinde ölümü kabul etmiştir.

14 ŞİMŞEK, Osman. «Devlet Kavramının Gelişimi ve Küreselleşmedeki Anlamı.» *Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası*. Temmuz 2000. <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/5413.pdf> (erişildi: Temmuz 15, 2017), s. 2

15 GÖZLER, Kemal. **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**. İkinci Baskıdan Tıpkı Ek Baskı. Bursa: Ekin Yayınevi, 2011 a, s. 143, 144; GÖZE, s. 29

16 ZİYAL, Nur. «Aristoteles.» *Uluslararası İlişkiler ve Siyaset Teorisi Üzerine Bir Deneme* içinde, yazan Howard Williams ve Moorhead Wright, düzenleyen: Tolga Erdal ve Fatih Durmuş, 53-72. Ankara: Siyasal Yayınevi, 2007, s. 53

17 GÖZE, s.40, 41; GÖZLER 2011 a, s. 143, 144

18 BELLİ, Aziz. **Devlet (State)**. 1.*Kamu Politikaları Ansiklopedisi* içinde, düzenleyen: Hatice Altunok ve Fatmagül Gedikkaya, 70-74. Ankara: Nobel Yayıncılık, 2016, s. 71



faydalarını gerçekleştirmek için yasalarla hakları üzerinde uzlaşmış örgütlenmedir¹⁹.

14. yüzyılda yaşamış olan İbn Haldun'un da Mukaddime adlı eserinde devlet üzerine önemli katkıları olmuştur. İbn Haldun'a göre insanlar tek başlarına yaşayamazlar ve birlikte yaşam bir ihtiyaçtır. Düşünür teorisini kuvvet teorisi üzerine inşa etmiştir²⁰. Her ne kadar devletin toprak/sınır unsuru 16. yüzyıl sonrasında modern/ulus-devletlerin ortaya çıkması ile devletin temel bir unsuru olarak belirlenmiş olsa da, İbn Haldun Mukaddime'de *"her devletin ülkelerden ve illerden alabileceği bir hisse vardır, bundan fazlasını alamaz"* demek suretiyle devletin tabii sınırlarının mevcudiyetini belirtmiştir²¹. İbn Haldun'a göre şehir yaşamı süren toplumlar için insanları birbirlerinin kötülüklerinden ancak devlet ve güçlü yargıçlar korur. Devlet denilen yapı, kabile düzeninin son basamağıdır. Devletin varlığı canlıların yaşamı gibi; kurulması, gelişmesi ve çöküşü olarak birbirini izler.

Thomas Hobbes, John Locke ve Jean-Jacques Rousseau toplum sözleşmecisi teorisyenler olarak bilim dünyasına katkıda bulunmuşlardır. Toplum sözleşmecisi teorisyenler aslında devletin nasıl ortaya çıktığı sorusu üzerine değil, devlet adı verilen siyasi topluluğun temelinde ne olması gerektiğini tartışmaktadır²².

Thomas Hobbes'a göre devlet yoksa baskı ve zulüm olması kaçınılmazdır. Bu baskı ve zulümden kaçmak için insanlar kendi rızaları ile devleti kurarlar²³. Hobbes *'insan insanın kurdudur'* demek suretiyle insanın doğasında olan güvenilmezliğe ve çekişmeye vurgu yapar. Doğa halinde kişilerin canları ve malları güvence altında değildir²⁴. Hobbes'a göre doğa halinde herkesin herkesle savaşı vardır. Kargaşa vardır. İnsanlar bu kargaşayı sona erdirmek için bir anlaşma yaparak bazı haklarını *"Leviathan"*a devretmişlerdir. Hobbes'a göre devlet barış ve güvenliği sağlamak için kurulmuştur. Güvenlik ancak adalet ile sağlanır²⁵.

19 COŞKUN, s.143

20 Kuvvet teorisine göre devlet, güçlüler ve zayıflar arasındaki mücadelenin bir sonucudur. Güçlüler zayıfları ezerek bir teşkilat kurarlar. Haliyle devlet baskıcı bir olgudur. Benzer sav için bakınız: DÜVENCİ, Serhat. *«Devletin Köken Teorileri Açısından Devleti Doğuran Etmenler: Çeşitli Uygarlıklar ve Topluluklar Üzerinden Bir Değerlendirme.» Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi* 1, no. 2 (2018): 66-93.; SAYGILIOĞLU ve ARI, s.22

21 ULUDAĞ, Süleyman. *İbn Haldun Mukaddime*. İstanbul: Dergah Yayınları, 1982, s. 492

22 KAPANİ, Münci. *Politika Bilimine Giriş*. 35. Bilgi Yayınevi, tarih yok, s. 41

23 SAYGILIOĞLU ve ARI, s.23

24 MOSCA, Gaetano. *Siyaset Biliminin Temelleri*. Çeviren Hasan İlhan. Ankara: Alter Yayıncılık, 2005, s. 149

25 GÖZE, s.133-142

Toplum sözleşmeci olan bir diğer düşünür olan John Locke'a göre insan özgür doğar. Hobbes'in aksine Locke, doğa halinde bir kargaşa değil, barış ve düzen olduğunu savunur. Locke'a göre devlet, "sadece kendi sivil çıkarlarını tedarik etmek, korumak ve geliştirmek için teşkil edilmiş bir insan toplumdur"²⁶. Locke aynı zamanda liberal devletin öncüsüdür²⁷. İnsanların doğuştan gelen bazı temel hakları vardır ve devlet, bu hakları güvence altına alacak otoritedir²⁸. Bu haklar, hayat, hürriyet, mülkiyet²⁹ haklarıdır³⁰. İnsanların bireysel cezalandırma hakları topluma devredilince siyasal toplum kurulmuş olur. Kişinin doğal ortamını terk ederek siyasal toplumu kurmasının tek nedeni güvenliği olan gereksinimidir. Devlet yalnızca can ve mal özgürlüğünü güvence altına almalı, huzuru, iç ve dış güvenliği sağlamalı ve halkın iyiliğini gerçekleştirmelidir³¹. Devlet toplum sözleşmesini çiğnememelidir. İnsanlar kendi çabalarının karşılığını görmek için özel mülkiyete sahip olmalıdır³². Locke aynı zamanda kuvvetler ayrılığı prensibini ortaya atan ilk düşünür olarak karşımıza çıkmaktadır. Locke'a göre kuvvetler; yasama kuvveti, yürütme kuvveti ve federatif kuvvet olarak üçe ayrılmalıdır³³.

Jean Jacques Rousseau da, Locke gibi doğa halinde insanlar arasında bir kargaşa olmadığını, barış olduğunu düşünür. Ancak Rousseau'ya göre devletin ortaya çıkmasının temel sebebi özel mülkiyetin³⁴ ortaya çıkışıdır. Rousseau'ya göre özel mülkiyet korunmadığı için anarşi başlamıştır. Toplumun temeli bu kargaşanın giderilmesi için atılmıştır. Tabii halde kendi hakları üzerinde egemen olan insanlar bu haklarını "genel iradeye" devretmişlerdir. Bu devir neticesinde devlet ortaya çıkmıştır. Devlet vatandaşların çoğunun çıkarlarını korur. Haliyle devlet iradesi, çoğunluğun iradesidir³⁵.

26 LOCKE, John. **Hoşgörü Üzerine Bir Mektup**. Çeviren Melih YÜRÜŞEN. 5. Ankara: Liberte Yayıncılık, 2009, s. 32

27 GÖZE, s.154

28 MOSCA, s.151

29 Dördüncü bir hak olarak mutluluğu arama hakkı Locke'un eserlerinde yer verdiği temel haklardan birisidir.

30 HEYWOOD, Andrew. **Siyaset**. Düzenleyen: Buğra KALKAN. Çeviren Bekir Berat Özipek, Bican Şahin, Mete Yıldız, Zeynep Kopuzlu, Bahattin Seçilmişoğlu ve Atilla Yayla. 3. Ankara: Adres Yayıncılık, 2010, s. 130; SAYGILIOĞLU ve ARI, s. 23

31 GÖZE, s.156-159

32 MOSCA, s.151

33 Bu prensip daha sonra Montesquieu tarafından teori olarak geliştirilmiştir.

34 Rousseau'nun bu konudaki kendi ifadesi; "Bir toprak parçasının etrafını çitle, ya da hendekle çevirip de 'burası benimdir' demeyeği akıl eden ve kendisine inanan kadar saf kimseler bulan ilk insan, medeni toplumun gerçek kurucusu olmuştur." şeklindedir. (MOSCA, 2005, s.170; GÖZE, 2007 s.196)

35 MOSCA, s.171



Hegel'e göre devlet temel hak ve özgürlükleri güvence altına alan örgüt değil, olması ve korunması gereken üst bir değerdir. Birey, ancak bir devletin himayesinde özgürlüğüne kavuşur. Dolayısıyla birey ve devlet dengesinde, tabiri caizse, "birey devlet içindedir"³⁶. İnsanların ve toplumların başlı başına amacı, devletin varlığını ve devamlılığını sağlamaktır³⁷. İdealist devlet yaklaşımını benimseyen Hegel'e göre sosyal varoluşun üç evresi (unsuru) vardır. Bunlar; aile, sivil toplum ve devlettir³⁸.

Gramsci'ye göre devlet bir kuvvet aygıtı olmakla birlikte hegemonya örgütleyicisidir. Başka bir ifadeyle devlet politik toplum ve sivil toplumun bileşkesidir. Bu sebeple de devlet zorlamayla güçlendirilmiş hegemonyadır³⁹. Oppenheimer'a göre ise devlet

"oluşumu sırasında tümüyle, varlığının ilk aşamalarında ise özünde ve neredeyse tümüyle, zafer kazanmış bir insan grubunun (bu grubun) yendikleri üzerindeki egemenliğini bir düzene bağlamak ve kendini, içten gelecek ayaklanmalara ve dıştan gelecek saldırılara karşı güvenceye almak amacıyla yendiği gruba zorla kabul ettirdiği bir toplumsal kurum" dur⁴⁰.

Oppenheimer'ın ifade ettiği bu görüş, doğal düzende insanlar arasında güçlü ve güçsüz ayrımının net bir şekilde olduğu yönündedir. Güçlü olan insan grubu devlet örgütlenmesini iki sebeple oluşturmak istemektedir. Bunlardan ilki kendi hegemonyası altında bulunan insanlar üzerinde bir egemenlik kurmak istemeleri, ikincisi ise kendi hegemonyası dışında bulunan insanların tehditlerinden korunmak istemeleridir. Oppenheimer'ın devlet anlayışı, bu yönüyle iç ve dış egemenlik kavramlarını içermektedir.

Marksist devlet görüşüne⁴¹ göre toplumda var olan sınıf yapısı devleti

36 COŞKUN, s.144

37 KAPANİ, s.36

38 HEYWOOD, s.126

39 COŞKUN, s.144, 145

40 OPPENHEIMER, Franz. **Devlet**. Çeviren Alâeddin Şenel ve Yavuz Sabuncu. İstanbul: Kaynak Yayınları, 1984, s. 15

41 Engels'in anlatımıyla;

"insana egemen olan ilk ideolojik güç olarak karşımıza çıkan devlet toplumun, kendi ortak çıkarlarını iç ve dış saldırılara karşı savunmak üzere yarattığı örgüttür. Bu iktidar örgütü, doğar doğmaz toplumdan bağımsızlaşır ve bu bağımsızlık, belli sınıfın örgütü olduğu, bu sınıfın egemenliğini ezilen sınıfa doğrudan doğruya dayattığı ölçüde daha da artar. Ezilen sınıfın egemen sınıfa karşı mücadelesi, zorunlu olarak, siyasal bir mücadele, her şeyden önce, bu sınıfın siyasal egemenliğine karşı yürütülen bir mücadele haline gelir ... Ne var ki devlet, toplum karşısında bağımsız bir güç katma çıkınca, bu kez

ortaya çıkarmıştır. Ekonomik çıkarların sınıflar arasında çıkardığı çatışma sonucunda üretim araçları olan sınıf, zayıf sınıfı sömürür⁴². “Günümüze kadar ki bütün toplumların tarihi, sınıf savaşmaları tarihidir⁴³” ve devlet, güçlü sınıfın güçsüz sınıf üzerinde kurduğu egemenlik ile örgütlenen teşkilattır.⁴⁴ Devlet, topluma dıştan dayatılan bir güç değil; aksine toplumun ürettiği bir örgüttür. Devlet, ekonomik temelli çıkar çatışmaları sonucu toplum tarafından yaratılan, ancak güçlendikçe toplumun üstüne çıkan ve toplumdan yabancılaşan bir güçtür⁴⁵. Devlet, ezelden beri var olan bir örgüt değildir. Ancak ne zaman ki iktisadi gelişme sonucunda toplumun sınıflara bölünmesi gerekmiştir, işte o zaman devlet fikri ortaya çıkmıştır. Nasıl ki sınıf yapısı sebebiyle devlet ortaya çıkmıştır; devlet, öyle de ortadan kalkacaktır⁴⁶.

Max Weber; devleti güç kullanma tekeline sahip örgüt olarak görür. Weber’e göre devlet toplumun birlik, düzen ve meşru otoritesini temsil eder⁴⁷. Devletin yüklendiği/sahip olduğu güç kullanma, egemenlik, halk, yönetim gibi temel değerler zaman içerisinde değişim göstermektedir. Max Weber’e göre modern devlet, belirli sınırlar dahilinde meşru şiddet tekeline sahip örgüttür ancak bu fikrin geçerliliği tartışılmaktadır⁴⁸. Dünyada devam eden vekalet savaşları, şiddetin meşru tekelinin ulus-devlette kalmadığının bir göstergesidir⁴⁹. Gerçekten de modern

kendisi yeni bir ideoloji yaratır.”(MARX ve ENGELS, 2013 s. 29)

Marks’ın anlatımıyla;

“Oysa, aslında, tıpkı monarşilerde olduğu gibi, demokratik cumhuriyette de devlet, bir sınıfın bir başka sınıf tarafından baskı altına alınması için öngörülmüş bir aygıttan başkaca bir şey değildir” (MARX ve ENGELS, 2013 s. 30,31)

42 SAYGILIOĞLU ve ARI, s.24

43 MARX, Karl, ENGELS Frederick. **Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri**. 9. Çeviren Muzaffer Erdost. Ankara: Sol Yayıncılık, 2011, s. 116

44 KAPANI, s.36

45 MARKS ve ENGELS, 2013, s.32

46 HEYWOOD, s. 132; MARKS ve ENGELS, 2013, s.34

47 BELLİ, s.71

48 ŞENER, Bülent. «**Küreselleşme Sürecinde Ulus-Devlet ve Egemenlik Olguları.**»*Tarih Okulu Dergisi* 7, no. XVIII (Haziran 2014): 51-77, s. 62

49 Vekalet savaşı, devletlerin kendi askeri unsurlarından ziyade müttefik ülkelerin, daha güçsüz devlet ve örgütlerin ve parçalanmış yapıların güçlerini ileri sürerek kendi nüfuz ve çıkarlarını korumak için sürdürdükleri mücadeledir. 2010lu yıllarda Suriye’de yaşanan iç karışıklık neticesinde devam eden iç savaş esasında ABD ve Rusya’nın yürüttüğü savaş vekalet savaşının somut örneğidir. Detaylar için bkz: ARSLAN, Hüseyin. «**Vekalet Savaşlarının Transformasyonu.**» Düzenleyen: Recai Aydın ve Hakan Yıldız. *Third Mediterranean International Congress On Social Sciences - MECAS III*. Bandırma On Yedi Eylül Üniversitesi, 2018. 375-386; ARSLAN, Hüseyin. <<**Vekâlet Savaşları Bağlamında Suudi Arabistan-Husi Çatışmasının ve Aramco Saldırısının Bölgesel ve Küresel Güvenliğe Etkileri**>> *Anadolu Strateji Dergisi*, C.2, S.1, (2020). S.19-32



devletlerde devlet şiddet kullanma tekeline sahiptir. Ancak bu şiddet vazgeçilmez ve mutlak kullanılan bir araç değildir. Devlet her ne kadar şiddete başvurursa da, bir amacı da toplumun rızasını kazanmaktır⁵⁰. Benzer görüş Pierson'da da görülmektedir. Saygılıoğlu ve Arı'nın Pierson'dan aktardığına göre, devletin diğer kurumlardan ayrıldığı 9 ana başlık vardır. Bunlar; şiddet araçlarının denetimi, toprak, egemenlik, anayasa, kişisel olmayan iktidar, kamu bürokrasisi, yetki/meşruiyet, yurttaşlık ve vergidir⁵¹. Gerçekten de devlet, şiddet tekeline elinde bulundurması ve bu tekelin vatandaşlar tarafından meşru bir durum olarak görülmesi bakımından diğer yapılardan ayrılmaktadır. Aynı zamanda devlet, anayasa önderliğinde var olan kurallar bütünüyle varlığına devam etmektedir.

Devleti tanımlamaya yönelik ideolojik tanımlamaların yanı sıra hukuki tanımlar da yapılmaya çalışılmıştır. Wilhelm Eduard Albrecht, devleti ilk defa hukuki kişilik olarak ele alan hukukçudur⁵². Günümüz şartlarında bir tüzel kişilik atfedilen devlet, kendisine vücut veren millet ögesinin hukuki bir yansıması olarak kabul edilmektedir. Tüzel kişi olması sebebiyle de devlet hukuki işlemler yapabilmekte, mal varlığına sahip olabilmekte, haklara sahip olup borç altına girebilmekte ve davaya⁵³ taraf olabilmektedir⁵⁴. Hans Kelsen'in de ifade ettiği üzere devlet pozitif hukukun yürürlükte olduğu normlar sistemidir. Bu sistem ülke, insan topluluğu ve siyasi iktidar unsurları üzerinde inşa olmuştur⁵⁵.

Nozick'e göre devlet ancak minimal olduğu zaman "mazur" görülebilecek bir teşkilattir. Devlet gücünü yalnızca hırsızlık ve sahtekarlığı önleme, sözleşmelere uyulma gibi oldukça sınırlı bir alanda kullanan yapı olmalıdır. Ancak ne zaman ki insanları bir şeyler yapmaya zorlarsa, o zaman devlet mazur görülemez. Nozick'e göre gerekli ve yararlı olan, minimal devlettir⁵⁶.

Erdinç'e göre rasyonel bir varlık olan insan, başlı başına bir değerdir; onur ve kişilik sahibidir. Toplumsal yaşam, hukuk ve devletin

50 COŞKUN, s.155

51 AYGILIOĞLU ve ARI, s.25,26

52 BEZCİ, Bünyamin. «Cumhuriyetin Kurucu İradesini Modern Devletin Doğası Üzerinden Okumak.» *Finans Politik & Ekonomik Yorumlar Dergisi* 56, no. 586 (2013): 23-35, s. 27

53 KAPANİ, s.36

54 GÖZLER 2011 a, s.139

55 GÖZLER 2011 a, s. 133; KAPANİ, s.36

56 NOZICK, Robert. *Anarşi, Devlet ve Ütopya*. 2. Çeviren Alişan Oktay. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006, s. 20, 21

varoluşlarının sebebi olan insan, bu kurumların kurucusudur. Bu kurumlarda insanların güvenlik ve haklarının korunmasının teminatı olma amacını güder. İhtiyaç ve emek kanunu çerçevesinde birlikte yaşamak zorunda olan insanlar dinamik bir varlık olan toplumu oluşturmaktadır. Çeşitli merhalelerden geçerek oluşan günümüz global toplumunda insanlar doğal haklarını devlete borçlu değildir. Aksine devlet varlığını insanlara borçludur. Devletin varoluş nedeni, doğal haklar çerçevesinde, özgürlük, güvenlik, eşitlik, mülkiyet ve baskıya karşı insanları korumaktır⁵⁷.

Devletin yapısı ve niteliklerine ilişkin belli başlı bazı yaklaşımlar mevcuttur. Siyaset bilimci Heywood idealist yaklaşım⁵⁸, fonksiyonalist yaklaşım⁵⁹ ve örgütsel yaklaşım⁶⁰ çerçevesinde devletin 5 anahtar özelliğini tespit eder. Bu özellikler;

- *Devlet egemendir.*
- *Sivil toplumların özel kurumlarına karşılık, devlet kurumları kamusaldır.*
- *Devlet bir meşrulaştırma uygulamasıdır.*
- *Devlet bir hükmetme aracıdır.*
- *Devlet ülkesel birliktir.*⁶¹

Görüldüğü gibi devlete ilişkin tarih boyunca birçok tanım yapılmış olmasına rağmen üzerinde hemfikir olunan ortak bir tanım yapılamamıştır. Bu durum iki şekilde açıklanabilir. İlki, devlet olgusunun yüzyıllar boyunca geçirdiği yapısal dönüşümdür. Bu dönüşüm “küresel dünya”da halen ve hızla devam etmektedir. İkinci gerekçe ise farklı görüş ve idealerin devlete yükledikleri görevlerdir. Kimi görüşlere göre devlet korunması gereken en üst değer iken, kimi görüşlere göre de ortadan kaldırılması gereken bir yapıdır. Görüldüğü üzere devlete ilişkin yaklaşımlar, faşist bakış açısından anarşist bakış açısına kadar oldukça geniş bir yelpaze arasında şekillenmektedir.

57 ERDİNÇ, Tahsin. *İnsan Odaklı Devlet ve Özgürlük Öncelikli Anayasa*. 1. İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2010, s. 1- 56

58 İdealist yaklaşım, Hegel’in üç unsur teorisi üzerine şekillenmiştir (aile, sivil toplum, devlet).

59 Fonksiyonalist yaklaşıma göre devletin temel görevi sosyal düzenin devamlılığıdır. “devlet düzeni destekleyen ve sosyal istikrarı sağlayan kurumlar bütünüdür.”

60 Örgütsel yaklaşım; devlet bir hükümet aygıtıdır. Devlet bürokrasi, askeriye, sosyal güvenlik, adalet gibi hükümet kurumlarını kapsar.

61 HEYWOOD, s.126,127

II. GÜNÜMÜZ DEVLET ANLAYIŞININ TEMEL UNSURLARI

Hazır, devleti “belli bir ülke üzerinde yerleşmiş, zorlayıcı güce sahip bir üstün iktidar tarafından yönetilen bir insan topluluğunun meydana getirdiği siyasi kuruluş” olarak tanımlamaktadır⁶². Hazır’ın yaptığı devlet tanımının, üç unsur teorisinden hareketle yapıldığı ifade edilebilir. Devlet anlayışının tarihsel gelişiminin bir parçası olarak, Georg Jellinek’ün unsur teorisine çalışmalarında yer vermiştir. Jellinek, devletin; insan, toprak ve egemenlik/devletin iktidarı unsurlarının bileşiminden meydana gelen bir varlık olduğunu ifade etmektedir⁶³. Gerçekten de günümüzde devlet teşkilatının var olabilmesi için üç temel unsurun gerekliliğinden söz edilebilir. Bu unsurlar, milleti oluşturan insan topluluğunun varlığı, vatanı oluşturan sınırları belirli bir coğrafi alanın varlığı ve devlet kudreti unsurunu oluşturan içeride egemenlik dışarıda ise bağımsızlığın varlığıdır⁶⁴. Literatürde genel kullanım insan, ülke, bağımsız ve egemen bir otorite olarak ifade edilen devletin kurucu unsurlarının bağımsız ve egemen otorite unsuru, devlet kudreti olarak da adlandırılmaktadır⁶⁵. Bu unsurların en az bir tanesinde olan eksiklik var olan örgütün devlet olma vasfını ortadan kaldırmaktadır. Bu noktada devletin temel unsurlarına kısaca değinmekte yarar vardır.

A. Millet

Bir devletten söz edilebilmesi için öncelikle devlet örgütünü ortaya çıkaran iradenin varlığı gerekmektedir. Bu irade millettir. Sınırları belirleyecek olan ve devlet kudretini oluşturup kuralları belirleyecek olan insanlar olmadığı sürece devletten de söz etmek mümkün değildir. Başka bir deyişle devlet, insan ve toprak olmaksızın siyasi oluşumunu tamamlayamaz⁶⁶. Bir devletin kurulabilmesi için birden fazla insanın var olması gerekmektedir. Devletin kurulabilmesi için birden fazla insanın ortak bir gayeye sahip olması gerekmekte; ancak her ortak gaye, bir

62 HAZIR, Hayati. **Anayasa Hukuku**. 4. Ankara: Alter Yayıncılık, 2007, s. 13

63 GÖZLER, Kemal. **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**. 9. Bursa: Ekin Yayıncılık, 2017, s. 133, 134; BULGAN, Birde Güngören. **Georg Jellinek’in Hak ve Devlet Kuramı**. 1. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017, s. 129-137

64 ÖZKAYA, Ömer. **Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İdarenin Bütünlüğü İlkesi**. 1. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 25,26

65 Özçelik’inifadesiyle “Gerçekten Devlet, cemiyeti teşkil eyleyen hücreler mesabesindeki fertlerin, meslekî ve mülkî camiaların, müşterek bir gayenin gerçekleşmesi hususunda genel olarak birleştirici ve kaynaştırıcı mahiyette teşkilatlanmasından, tek ve sabit bir hiyerarşiye tâbi olmasından meydana gelir. Şüphesiz böyle bir hâdisenin vukua gelebilmesi için hâkim bir iktidarın mevcudiyetine ihtiyaç vardır. Bu hâkim iktidara devlet kudreti yahut devlet iktidarı diyoruz. (ÖZÇELİK, 1984, s.58)”

66 AKBULUT, İlhan. «Devlet, Unsurları ve Kişiliği.» *Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi*, Aralık 2015: 159-177, s. 166

devlet ortaya çıkarmamaktadır. Başka bir ifade ile devleti devlet yapan nitelik, bu insanların bağımsız ve egemen bir yapıyı kurma gayesidir. Elbette bu gaye, ancak toprak unsurunun varlığı ile anlam bulacaktır⁶⁷. Millet geçici bir süre için bir araya gelen insan topluluğundan daha geniş bir anlam içermektedir. Başka bir deyişle bir insan topluluğunun devletin millet unsurunu oluşturabilmesi için bu topluluğun süreklilik göstermesi gerekir⁶⁸. Millet kavramına ilişkin bir diğer tanım, “*bir toplumun genel ve ortak özelliklerini yansıtan ve bu şekilde diğer toplumlardan farklılaşmış bir toplumun bütünü*nü ifade eder”⁶⁹. Devlet ile o devleti kuran insanlar arasındaki hukuki bağa vatandaşlık denilmektedir. Vatandaşlık kavramının üç ana hususu vardır. Bu hususlar; bir topluluğa aidiyetin olması, siyasi bir örgütlenmenin var olması ve hukuki anlamda hak ve özgürlüklerin tanımlanmış olmasıdır⁷⁰. Her devlet kendi vatandaşlık ilişkisini nasıl kuracağı konusunda kararı kendisi alır. Temel iki vatandaşlık kazanım yolu kan esası ve toprak esasıdır⁷¹. Devleti oluşturan insanlar somut veya soyut bağlarla bir araya gelmiş olabilir; ancak bir araya gelen bu insanların ortak bir ülkü/amaç sahibi olması, devlet için şarttır. Tek milletten oluşan devletler olabildiği gibi, çok uluslu devletler de mevcuttur.

Bu noktada objektif anlamda millet ve sübjektif anlamda millet ayrımından söz etmek gerekmektedir. Objektif anlamda millet anlayışı, milleti somut şartların varlığına bağlayarak bir araya getiren anlayıştır. Başka bir ifade ile objektif/somut/nesnel şartların varlığı milleti tanımlamak için gereklidir. Bu somut şartlara örnek olarak ırk birliği⁷², dil birliği, din birliği gibi hususlar sıralanabilir. Sübjektif anlamda millet anlayışı, milletin soyut bağlarla bir arada bulunduğunu ifade eden anlayıştır. Başka bir ifade ile sübjektif/soyut/öznel unsurların varlığı milleti tanımlamak için gereklidir. Bu soyut şartlara örnek olarak ortak

67 GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref. **Anayasa Hukuku**. 16. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008, s. 15

68 ACER, Yücel, KAYA İbrahim. **Uluslararası Hukuk**. 5. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 118

69 SAY, Ömer. **Milli Devlet Kültürü Türkiye Yansımaları**. 1. İstanbul: Kaknüs Yayınları, 1998, s. 188

70 SIDAL, Süleyman. «**Vatandaşlık**»*Kamu Politikaları Ansiklopedisi* içinde, düzenleyen: Hatice Altunok ve Fatma Gül Gedikkaya. Ankara: Nobel Yayıncılık, 2016, s. 361

71 GÖZLER, Kemal. **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**. 1. 2 cilt. Bursa: Ekin Basım Yayım Dağıtım, 2011 b, s. 413

72 Eroğlu ırk birliğine ilişkin millet anlayışının günümüz şartlarında mümkün olmadığını şu cümlelerle ifade etmektedir: “Biyolojik bir vakıa olan soy ortaklığı (ırk), bugün için değerini çoktan kaybetmiş, siyasi gerçeklere de cevap veremediği için milleti birleştiren değil, ayıran bir bağ sayılmıştır. Soy birliğinin (ırkın) değişen, parçalanmış bir vakıa olduğu, medenî memleketlerde ise halis, saf bir ırka rastlamanın mümkün olmadığı görülmektedir. EROĞLU, Hamza. **Atatürk ve Milliyetçilik**. Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1992.



tarihi geçmiş, ortak ülkü birliği, birlikte yaşama arzusu gibi hususlar sıralanabilir⁷³.

B. Ülke

Devlet bir arada yaşama arzusu içindeki insanların kurduğu örgüttür. Ancak bu örgüt sınırları belirli bir coğrafyada varlık gösterebilir. Bu coğrafya sadece insanların ayak bastığı toprağı kapsamamaktadır. Aynı zamanda toprak üzerindeki hava sahası, toprağın altındaki yer altı zenginliklerini de kapsamaktadır⁷⁴. Öte yandan toprak yalnızca kara sahası değil; aynı zamanda su sahası (iç suları, kara suları, boğazlar ve kıta sahanlığı) ve hava sahasını da içermektedir⁷⁵. Bu bağlamda devletlerin uluslararası hukuk ile ilişkileri derinleşmektedir. Devletin toprakları konusunda hangi toprağın hangi devlete ait olduğunun saptanması önemli bir husustur. Devlet göçebe toplulukların değil, yerleşik toplulukların oluşturduğu bir örgüttür. Dolayısıyla coğrafi sınırları belirli olmalıdır⁷⁶. Kendi içlerinde yönetim teşkilatı olsa bile göçebe topluluklar, devlet vasfını kazanamazlar⁷⁷. Var olan bir devlet eğer toprağını kaybederse, devlet vasfını yitirmiş olur. Devletin ülkesini kazanma yolları; keşif, işgal, fetih, devir, ilhak gibi yollarla mümkün olur⁷⁸. Modern devletler ortaya çıkmadan önce sınır kavramı ekonomik ilişkilere göre belirlenmekte iken, günümüz devletlerinin sınırları hukuki antlaşmalarla net bir şekilde çizilmektedir⁷⁹.

C. Egemenlik

İnsanlık tarihinin ilk günlerinden beri insanlar çeşitli sebeplerle bir arada yaşamaktaydı. Bu birlikte yaşam elbette belirli coğrafya üzerinde gerçekleşmekteydi. Ancak bu durum devletlerin varlığı için yeterli değildi. Her ne kadar insanlar bir arada yaşıyor olsalar da, bu birliktelik “devlet” kurma gayesi taşımamakta; bu birliktelik bir coğrafya üzerinde yaşanıyor olsa da, bu coğrafya “vatan” vasfı yüklenen ve sınırları belirli

73 AKÇURA, Yusuf. *Muâsır Avrupa’da Siyâsî ve İctimâî Fikirler ve Fikrî Cereyanlar*. Çeviren E. Kılınc. İstanbul: Ötüken Neşriyat, 2016, s. 23-28; ÖZTÜRK, Namık Kemal. *Anayasa Hukuku*. 1. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 243, 244; ATAY, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006, s. 7

74 BOZKURT, Enver, KÜTÜKÇÜ, Akif ve POYRAZ, Yasin. *Devletler Hukuku*. 7. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2012, s. 104

75 ACER ve KAYA, s.139-148

76 GÖZÜBÜYÜK, s.15

77 AKBULUT, s.169

78 GÖZLER, 2011 b, s.419-421

79 TEZİÇ, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*. 12. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2007, s. 115, 116

bir toprak niteliğine sahip olamamaktaydı. Ne zaman ki insanoğlu birlikte yaşama gayesiyle sınırları belirli bir toprak üzerinde kudretli bir örgütün varlığını kabul etmiştir, işte o zaman devlet ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla **devlet, içte egemenlik ve dışta bağımsızlık ile teşekkülünü tamamlayan bir örgüttür** demek yerinde bir tespit olacaktır. Devletin toprak ve millet unsuru, maddi unsurlar olarak değerlendirilebilir. Çünkü bu iki unsur, nispeten sınırları belirli unsurlardır. Ancak devlet kudreti, devletin manevi unsurunu oluşturmaktadır. Bu vesileyle devlet hukuki anlamda bir kişi olarak ifade edilebilir⁸⁰. Egemenlik ve bağımsızlık olarak ifade edilebilen devlet kudreti, iki boyutta ele alınabilir. Bu boyutlardan bir tanesi iç egemenlik, yani devletin milleti üzerinde sahip olduğu hakimiyet ve dış egemenlik, yani devletin diğer devletlerce tanınıyor olması ve bağımsız olmasıdır⁸¹. Egemenlik üstünlük anlamına gelmektedir. Egemenlikte bahsedilen üstünlük ise hukuki anlamda üstünlüktür. Dolayısıyla devlet egemenliği, hukuki üstünlükten ibarettir⁸². Devletin bu hukuki üstünlüğünü siyasi irade kullanır; ancak siyasi irade egemenin kendisi değil, egemenliği kullanan yapıdır. Dolayısıyla egemenlik soyut bir kavram iken, siyasi irade somuttur⁸³.

III. MODERN/ ULUS-DEVLET

Her ne kadar olgunun ortaya çıkışı kadim zamanlara dayansa da, “Devlet” (state) kavramını ilk kez 16. yüzyılda Prens adlı eserinde Machiavelli kullanmıştır⁸⁴. Machiavelli eserinde “devlet” kelimesinin karşılığı olarak kullandığı “etat” kelimesi ile modern devleti belirli bir toprak parçası üzerinde ve belirli bir halk üzerinde güç kullanan aygıt olarak tanımlamıştır⁸⁵. Devlet kelimesinin Batı dillerindeki karşılığı olan status, stato, état, state gibi ifadeler 16. yüzyıl itibarıyla kullanılmaya başlanmıştır. Daha öncesinde ise polis, civitas, respublica, regnum gibi kelimeler kullanılmıştır⁸⁶. Türkçede de “devlet” kelimesi 19. yüzyıldan sonra kullanılmaya başlanmıştır⁸⁷. Devleti en temel siyasi topluluk

80 ÖZÇELİK, Selçuk. *Anayasa Hukuku 1 (Umumi Esaslar)*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 1984, s. 57

81 TEZİÇ, s.121,122

82 KÜÇÜK, Adnan. «Egemenlik (Hakimiyet), Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Tartışmaları ve Egemenlik Anlayışında Esaslı Dönüşüm.» *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2015: 311-361, s. 355

83 GÖZÜBÜYÜK, s.15,16

84 BELLİ, s.71

85 COŞKUN, s.160

86 COŞKUN, s.143; KAPANI, s.42

87 BEZCİ, s.24



olarak ele alacak olursak bu tür örgütlenmelerin ne zaman ve nerede ilk olarak ortaya çıktığını tespit edemeyiz. Başka bir deyişle devleti, en geniş tabirle, bir siyasi topluluk olarak kabul etmek, eski uygarlıkların da devlet olarak görülmesi gereğini doğurur. Nitekim bu konuda sosyal bilimciler arasında da bir görüş birliği yoktur. Ancak bugünkü manada devlet olgusu ortaçağın bitişi, feodal yapının çöküşü sonrası doğmuştur⁸⁸. Bu dönem 15.-16. yüzyıldan sonraya tekabül eder. Avrupa'da yaşanan dine dayalı 30 yıl savaşları⁸⁹, özellikle devlet hususunda, insanlık için bir dönüm noktasıdır. Bu dönem itibarıyla Fransa'da ortaya çıkan devlet ve egemenlik kavramları modern/ulus-devletin⁹⁰ temellerini atmış ve günümüz dünyasını şekillendirmiştir⁹¹. Ortaçağda feodal yapı sosyal, siyasal ve ekonomik sistemi düzenlemektedir⁹². Feodal devlet yapısı Avrupa'da yaşanan 30 yıl savaşları sonrasında 1648 yılında imzalanan Westphalia Antlaşması ile yerini modern/ulus-devlete bırakmıştır⁹³. Avrupa'da ortaya çıkan modern devlet zamanla evrensel bir model olmuştur. Türkiye, Avrupa'da modern devlete sahip olan son ülkedir⁹⁴. Ancak modern devletler aynı zaman diliminde ve aynı usullerde ortaya çıkmamıştır. Uluslararası ilişkiler ve diplomasi tarihi ulus-devletler ile ortaya çıkmıştır⁹⁵.

88 KAPANİ, s.41-43; BELLİ, s. 71

89 16. yüzyılda, Orta Avrupa'da, 1618'den 1648'e kadar süren savaşlara "Otuz Yıl Savaşları" denir. Bu savaşlar dört bölüme ayrılır: Bohemya Savaşı (1618-1625), Danimarka Savaşı (1625-1629), İsveç Savaşı (1630-1635), İsveç-Fransa Savaşı (1635-1648). Savaşın temel nedeni Protestan-Katolik dini çatışmasıdır. Otuz Yıl Savaşları, tarihteki uzun süren din savaşlarının sonucusudur. Otuz Yıl Savaşları sonunda taraflar arasında imzalanan bir dizi antlaşma Westphalia Barışı (1648) olarak adlandırılmaktadır.

90 Güzel, ulus-devlet kavramına şiddetle karşı çıkmaktadır. Etat-Nation, State-Nation teriminin "ulusal devlet" veya "ulus-devlet" olarak çevrildiğini, ancak bunun yanlış olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre terimin doğru Türkçe karşılığı Devlet-Ulus'tur. Yazar hususu şöyle ifade ediyor;

"Böyle olması terimin içeriğine, varoluş nedenine de uygundur. Çünkü bu terimle "kurulmak", "inşa edilmek" istenen Devlet'in kendi "Ulus"unu yaratmaya çalıştığı anlatılmak isteniyor/istenir. Aynı zamanda, Devlet-Ulusların inşa halinde oldukları da anlatılmaktadır. Çünkü, kurulan Devlet, milliyetçilik ve bunun sonucu olarak "tek dil, tek ideal, tek kültür ve tek ideoloji" politikalarıyla "kendi ulus"unu yaratmanın yollarını arar. Arıyor. Ve bu bir süreçtir. Bu sürecin vurgulanması bağlamında terim kendi anlamını içerser(GÜZEL, 1995, s. 10)."

91 COŞKUN, s.153, 154

92 SAYGILIOĞLU ve ARI, s.22; Feodal Feodal toplumun detayları için bakınız: AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, KÖKER, Levent. **İmparatorluktan Tanrı Devletine**. İstanbul: İmge Kitabevi, 2011.

93 ROSKIN, Michael G. **Çağdaş Devlet Sistemleri Siyaset, Coğrafya, Kültür**. Çeviren Bahattin Seçilmişoğlu. 4.Ankara: Adres Yayınları, 2013, s. 3;

94 BEZCİ, s.24

95 GİDDENS, Anthony. **Ulus-Devlet ve Şiddet**. Çeviren Cumhur Atay. 2. Kalkedon Yayınları, 2008, s. 122

Modern devlet ve geleneksel devlet⁹⁶ arasında bazı farklılıklar vardır. Bu temel farklılıklar Coşkun tarafından şöyle sıralanmıştır;

- *Modern devletler sınırları belirli bir toprak parçası üzerinde mutlak bir hakimiyete sahip iken geleneksel devletlerde sınır kavramı gelişmemiştir.*
- *Modern devletler ihtiyaçları için düzenli vergi toplarken, geleneksel devletler bunu daha çok gasp ve haraç üzerinden gelir elde eder,*
- *Geleneksel devlette tüzel kişilik bilinci yoktur ancak modern devlette vardır,*
- *Geleneksel devletlerde egemenlik, tekel yetkisi, milliyetçilik, anayasallık gibi kavramlar yoktur. Modern devletler ise bu kavramlar üzerine inşa edilmiştir⁹⁷.*

Westphalia Antlaşması ile sınır ve otorite arasında direkt bir bağlantı kurulmuştur. Antlaşma ile devletler artık kendilerini eşit ve muadil olarak göreceklidir⁹⁸. Modern ulus-devletlerin ortaya çıkmasında mihenk taşı olan antlaşmaya göre devletler, kendi sınırları içindeki bütün dinlere eşit davranacaktır; hiçbir devlet diğerinden üstün değildir. Bütün devletler eşit seviyededir ve bu şekilde uluslararası hukukun temel taşları dizayn olmaya başlamıştır⁹⁹. Başka bir ifade ile ulus-devlet, bu antlaşma ile ortaya çıkmıştır¹⁰⁰. Hem ulus-devlet, hem de ulusçuluk, modern devletin belirgin birer özelliğidir. Ulus oluşmadan ulusalcılık oluşmaz¹⁰¹. Ulus-devletle birlikte merkezi devlet örgütlenmesi temelinde üretim ilişkileri ve daha birçok alanda yeni gelişmeler yaşanmıştır. Bu gelişmelerle birlikte oluşan devlet yapısı, vatandaşlarına hak ve sorumluluklarını ifade eden, toplumsal ilişkileri düzenleyen, siyasi ve toplumsal bütünleşmeyi sağlamıştır¹⁰².

Baumann “*Ulus-devletin bağımsızlığı, fiziksel kuvvetin meşru kullanımına dayalı teritoryal bir tekel kurma sayesinde ekonomik genişlemeyi ileri götürme*

96 Geleneksel devletten kasıt Westphalia öncesi var olan feodal devlet yapılarıdır.

97 COŞKUN, s.171

98 CEBECİ, Kemal. «**Küreselleşme Bağlamında Ulus-Devletin Egemenlik Gücünün Dönüşümü.**» *Sayıştay Dergisi*, Temmuz 2008: 23-39, s. 25

99 AKINCI, Abdulvahap. «**Modern Ulus Devletlerin Doğuşu.**» *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* (Dumlupınar Üniversitesi), no. 34 (Aralık 2012): 61-70, s. 64

100 ÖZTÜRK, s.223

101 GIDDENS, 2008, s. 159

102 AKSOY, Numan Durak, ARSLANTAŞ, Halis Adnan. «**Ulus, Ulusçuluk ve Ulus-Devlet.**» *Türklük Bilimi Araştırmaları Dergisi XXVIII* (2010): 31-39, s. 36



*doktrinidir*¹⁰³ der ve Baumann'a göre ulus "üyelerinin bir devlete 'sahip olduğunu' düşünen ya da bir şekilde düşündürten, yani buna karşı özel sorumluluk taşıyan bir ya da birden fazla etnik gruptur." Etnik grubu ulustan ayıran tek fark, etnik grup kader birliği ve bir tür siyasi örgütlenme oluşturmakta iken; ulus, devlet temelinde kader birliğine sahiptir¹⁰⁴.

Giddens ulus-devletin modern dünyadaki evrensel kapsamını üç ana faktörle açıklar. Bu faktörler; köken olarak Avrupa ulus-devlette gelişen endüstriyel ve askeri gücün birleşmesi, ulus-devletin idari gücünün muazzam yayılması, ulus-devletlere mal edilen genel özelliklerden türemiş olmayan ancak modern dünyanın gelişmesinin yolunu kesin biçimde etkileyen bir dizi tarihsel gelişmelerdir¹⁰⁵. Giddens'a göre "Ulus-devlet", "ulus" ve "ulusçuluk" birbirinden farklı kavramlardır. Giddens, ulusçuluğu "bireylerin bir politik düzenin üyeleri arasındaki toplumsallığı vurgulayan semboller ve inançlar dizisiyle ilişkisi."; Ulus'u "hem dahili devlet ve hem de diğer devletler tarafından tepkisel olarak gözetilen, üniter bir yönetime konu olan ve açıkça belirlenmiş bir bölge içerisinde varolan bir ortaklık"; Ulus-devleti ise "diğer ulus-devletler kompleksi içerisinde varolan ulus-devlet işaretlenmiş hudutları (sınırları) olan bir bölge üzerinde bir idari tekel sürdüren, hükmü kanun ve iç ve dış şiddet araçlarının kontrolü ile onaylanan bir kurumsal hükümet şekilleri dizisidir" şeklinde ifade etmektedir¹⁰⁶.

Ulus, aynı kökten gelme, aynı yerde yaşama, ortak lisan kullanma gibi somut şartlara bağlanabileceği gibi, bir ülkede aynı normlara tabi insan topluluğu olarak da ele alınabilir¹⁰⁷. Gerçekten de Giddens'in dediği gibi "ulus", yalnızca bir devlet egemenliğini iddia ettiği bölge üzerinde birleşik idari erişime sahip olduğunda mevcuttur."¹⁰⁸ Ulus, yapılacak olan tanımlamalarda ağırlık verilen hususa göre çeşitlilik ve farklılık arz eden bir olgudur. Alman romantizmi etnik yapıya vurgu yaparken, Fransızlar milliyetçiliği ön plana çıkarmaktadır¹⁰⁹. Ulus olgusu, hem somut (aynı coğrafyada yaşamak, aynı dili konuşmak gibi), hem de soyut nitelikleriyle (kader ve

103 BAUMANN, Gerd. **Çokkültürlülük Bilmecesi**. Düzenleyen: Abdurrahim ÖZMEN. Çeviren Işıl Demirakın. 1. Ankara: Dost Kitabevi, 2006, s. 25

104 BAUMANN, s.36

105 Bu tarihsel gelişmeler 1815'te Avrupa'da imzalanan antlaşmalar, 1. Dünya Savaşı ve 2. Dünya Savaşı'dır.; GIDDENS, 2008, s.334

106 GIDDENS, 2008, s.159-165

107 TURAN, Erol. «**Milliyetçilik Teorisinin Gelişimi ve Türk Milliyetçiliği**.» *Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi* (Selçuk Üniversitesi) 1, no. 1 (Mart 2011): 135-147, s. 139

108 GIDDENS, 2008, s.163

109 EKEN, Huriğül. «**Küreselleşme ve Ulus Devlet**.» *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* (Selçuk Üniversitesi), no. 16 (2006): 243-262, s. 249

ülkü birliği gibi) ele alınmalıdır. Devlet olgusu da, benzer şekilde farklı yorumlamalara tabidir. Devlet, Alman romantikler tarafından insanlığın ulaştığı ve ulaşacağı en son siyasi form, sosyalistler tarafından geçici bir kötülük, bazı görüşlere göre de kapitalist sistemin gelişimi için gereken bir aygıt olarak görülmektedir¹¹⁰.

Ulus-devletin ortaya çıkmasında etkili olan üç ana etmen; ekonomik bütünleşmenin bir sonucu olarak devletin merkezi konuma gelmesi, Rönesans ve Reform hareketleri sonrası bilimsel gelişmelerin hız kazanması ve bürokrasinin oluşmaya başlaması, kültürel anlamda kilisenin güç kaybetmesi sonucu devlet egemenliğinin vatandaş ekseninde kurulması olarak ifade edilebilir¹¹¹. Ulus-devleti geleneksel devlet anlayışından ve yapısından farklı kılan şey, otoritenin meşruiyet kaynağının zemininde yaşanan değişimdir. Ulus-devletten önce meşruiyet, din, mit, kan bağı gibi unsurlar iken, ulus-devletle birlikte kaynak ulusa dayanmıştır¹¹². Başka bir deyişle modern devlet meşruiyetini ussal otoriteye dayandırmıştır.

Modern devletin sahip olduğu kendine has özellikleri vardır. Rustow bu özellikleri maddeler halinde ele almıştır. Coşkun'un aktarımıyla; Rustow'a göre modern devletin özellikleri;

- yüksek oranda farklılaşmış ve işlevsel olarak spesifik yönetsel organizasyon sistemi,
- yönetim yapısı içerisinde yüksek derecede entegrasyon,
- siyasal karar alımında rasyonel ve seküler yönetimlerin üstünlüğü,
- geniş çaplı, uzun erimli ve yüksek etkinlikli siyasal ve yönetsel kararlar,
- devletin ulusal kimliği, tarihi ve coğrafyası hakkında etkin ve yaygın bir duygu,
- siyasal sisteme geniş ilgi, siyasal rollerin başarıya göre verilmesi,
- yargısal ve düzenleyici tekniklerin seküler ve kişilik dışı hukuk sistemi üzerine kurulmasıdır¹¹³.

110 TUNCEL, Gökhan. «Ulus Devletin Dönüşümünde Hükümet Dışı Örgütlerin Etkisi.» *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* (Atatürk Üniversitesi) 28, no. 2 (2014): 39-54, s. 41

111 ÖZDEMİR, Hakan. «Ulus Devlet ve Ulusçuluğun Küreselleşmeyle Etkileşimi: Vazgeçilmeyen Ulus Devlet, Yükselen Ulusçuluk.» *Sosyal Bilimler Dergisi* (Aydın Kocatepe Üniversitesi) XIV, no. 1 (Haziran 2012): 39-59, s. 41

112 TUNCEL, s. 41

113 COŞKUN, s.170



Modern/Ulus-devletin bir diğer özelliği, askeri ve siyasi otoritenin merkezileşmesi, bu merkezileşmenin bir sonucu olarak vergilerin devlet adına toplanması, devletlerin bürokratik mekanizmalarının oluşmaya başlamasıdır¹¹⁴. Modern devletin önemli bir ayırıcı merkezileşme olgusudur. Feodal yapıda parçalı bir iktidar yapısının olduğu söylenebilir. Geleneksel devlette hem merkezi otoritede yer alan krallıklar, hem de feodal beyler iktidarı kullanmakta idi ve merkezi yönetim çevreyi kontrol altında tutmamaktaydı. Ancak modern devlet anlayışıyla birlikte merkezi iktidar örgütlenmesi ortaya çıkmıştır¹¹⁵.

Baumann'a göre Modern/Ulus-devlet bir yandan Avrupa'nın erken dönemlerdeki ekonomik ve jeopolitik zorunluluklarından, bir yandan da devletin kuruluşu ve ulusun inşasının temeli olarak romantik bir etnisite görüşünden doğmuştur¹¹⁶. Ulus-devletin ortaya çıkış motivasyonlarından belki de en önemlisi, düşmanın veya düşman algısı ile bölünme, yıkılma algı ve korkusunun güvenlik kaygısı yaratmasıdır. Bu kaygının da milliyetçilik çerçevesinde çözüleceği inancıdır¹¹⁷. Roskin'in tabiriyle "modern milliyetçiliğin ipini Fransız devrimi çözmüştür"¹¹⁸. Ulus kavramı, ulus-devletin kendini meşrulaştırdığı ve egemenliğine temel teşkil ettiği esas değerdir¹¹⁹. Ulus-devlet olgusuyla birlikte devlet daha çok nüfuz ederek kurumsallaşmayı artırmış, devletin temel değerleri standartlaştırılarak ulusal bir kimlik oluşturulmuş, politik alana vatandaşlar dahil edilerek siyasi sosyalleşme sağlanmış, kaynakların yeniden dağılımı ile sosyal devlet ortaya çıkmış ve tüm bu gelişmelerin neticesinde de birey "yurttaş"a dönüşmüştür¹²⁰.

Bir tanıma göre ulus-devlet, aynı dili konuşan, aynı soydan gelen, aynı kültür mozağinde yer alan, aynı dine inanan, ortak maziye ve ülkeye sahip olan insan topluluğu olan milletin siyasi olarak örgütlenmiş biçimiyken¹²¹, Günsoy Kaya'ya göre ise "farklı coğrafi uzamlarda, farklı tikel çerçeveler içinde oluşan, inşa edilen ya da icat edilen ancak en azından on altıncı yüzyıldan bu yana egemen siyasal ve sosyal örgütlenme ve yapılanma

114 AKINCI, s.63

115 COŞKUN, s.162

116 BAUMANN, s.25,26

117 TUNCEL, s.42

118 ROSKIN, s.3

119 ŞENER, s.57

120 YALÇINKAYA, M. Hakan, ÇILBANT Coşkun, ve YALÇINKAYA Neslihan. «Küreselleşme İle Yeniden Şekillenen Ulus-Devlet Anlayışı.» *Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi* 4, no. 8 (Kış 2012), s. 11

121 ŞENER, s.57

*formudur*¹²². Gerçekten de bu devlet şekli 16. yüzyılda belirli fikre sahip insan topluluklarınca inşa veya icat edilmiştir. Ulus-devlet yalnızca siyasi örgütlenmenin unsurları olan merkezileşme, nüfus kontrolü, bürokrasi, yurttaşlık gibi konularla sınırlı kalmamakta; sosyal, kültürel, hukuki, idari ve ekonomik bir bütün olarak toplumun bütün fonksiyonlarına etki etmektedir¹²³.

Katz'a göre ulus-devletin üç hayati fonksiyonu vardır. Bu fonksiyonlar; içte bütünleşme (entegrasyon), toplumun uygun şekilde değişim ilişkilerini maksimize etmek, dış düşmana karşı güvenliği sağlamaktır¹²⁴. Gerçekten Katz'ın da vurguladığı üzere, içte entegrasyon olmaksızın bir topluluğun ulus-devlet olarak örgütlenmesi mümkün değildir. Zaten ulus-devlette devletin temel dinamiği insanların aynı ulus bilinci etrafında bütünleşmesinde yatmaktadır. Bu bütünleşme değişim taleplerine kapalı bir yapı oluşturur. Dolayısıyla ulus-devletlerin yenilikçi görüşlere oldukça açık olduğunu söylemek çok kolay değildir.

Ulus-devlet 20. yüzyılda meşruiyetini tam olarak elde etmiştir. Ulus-devletin temel ideolojisi milliyetçiliktir. Ulus-devletler ilk olarak Fransa, Almanya ve İtalya'da ortaya çıkmıştır. Devletin meşruiyet kaynağı laik ve demokratik temellere dayandırılmıştır¹²⁵. Ulusçuluğun Avrupa'da ortaya çıkmasından sonra Osmanlı, Rus imparatorlukları gibi devletlerin liberal ve ulusal hareketler ile zayıflaması 19. yüzyılda Avrupa haritasının yeniden çizilmesine sebep olmuştur. Cumhuriyetin kurulmasıyla birlikte Türkiye'de, ulusal kimlik öne çıkarılarak kitlelerin mobilizasyonu engellenmek istenmiştir¹²⁶.

Modernite ile birlikte iktidar ilişkilerinde ve siyasi alanda birçok değişiklik yaşanmıştır. Bu değişiklikler; demokrasi bilincinin artması, iktidarın merkezileşmesi, iktidarın meşruiyetinin değişmesi, hukuk devletinin gelişimi, insan haklarının gelişimi olarak sıralanabilir¹²⁷. Modern devlet, hukukun üstünlüğü ilkesi üzerine inşa olan devlettir¹²⁸.

122 GÜNŞOY KAYA, Funda. «Ulus, Devlet ve Yurttaşlık: Fransa Modeli.» *Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi* (Uludağ Üniversitesi) 13, no. 23 (2012/2): 297-317, s. 299

123 GÜNŞOY KAYA, s.300

124 AKINCI, s.65

125 AKINCI, s.64

126 BEZCİ, s.29,30,33

127 AKINCI, s.63

128 ATAY, s. 9



Bütün çağdaş devletler, ulus-devlet olarak kurulmuşlardır¹²⁹. Ulus-devletler kısa vadede ortadan kalkmayacaktır; ancak değişim ve dönüşüm kaçınılmazdır. Devletin varlığını kısa ve orta vadede koruması kesin olduğuna göre, küreselleşme karşısında ulus anlayışında değişim söz konusu olacaktır.

IV. KÜRESELLEŞME VE ULUS-DEVLETLER

Küreselleşme süreci, ulus-devlet yapısında değişimlere neden olmaktadır. Devlet olgusundan bahsederken bu etkilerden söz etmek gerekir. Westphalia modeli 1648'den 1945'e kadar devam etmiştir denilebilir. Çünkü 2. Dünya Savaşı sonrası devlet düzeni değişiklik göstermiştir. Özellikle 2. Dünya Savaşı sonrasında "ulusal" fikrinin zayıflamasıyla birlikte, devletler birlikte hareket etme yoluna girmiştir¹³⁰. Bu fikir çerçevesinde Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi gibi örgütlenmeler ortaya çıkmıştır¹³¹.

Eken'in Robertson'dan¹³² aktardığına göre küreselleşme, modernite ve kapitalizmden daha önce başlayan ve beş evrede devam eden bir süreçtir. Bu süreçler; oluşma (1400-1750), başlangıç (1750-1875), ilerleme (1875-1925), hegemonya için mücadele (1925-1969) ve belirsizlik (1969-1990) evreleridir. Bu evrelerin ilk ikisi Avrupa'yı, diğerleri tüm dünyayı etkilemiştir¹³³. Hem kapitalizm, hem de sanayicilik ulus-devletlerin gelişimini etkilemiştir¹³⁴. Kapitalizm devletlerde merkezileşme eğilimi doğurmaktadır. Bu merkezileşme, pazarın bütünleştirilmesi bağlamındadır¹³⁵.

129 GIDDENS, Anthony. **Sosyoloji**. Çeviren Hüseyin Özel, Talip Kabadayı, Mine Turhan Kara, Nursen Oral, Işıl Bayar ve Hamdi Bravo . Ankara: Ayrıç Yayinevi, 2000, s. 361

130 GÜL, Serhan, ZEREN, H. Emre. «**Küreselleşmenin İtici Gücü Olarak Ulus-Devlet: Yeni Kamu Yöneti(şi)minde Farklı Yaklaşımlar.**» *Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi* (Bülent Ecevit Üniversitesi) 12, no. 27 (2016): 217-227, s. 223, 224

131 DOYTÇEVA, Milena. **Çokkültürlülük**. Düzenleyen: Can BELGE. Çeviren Tuba Akıncılar Onmuş. 2. İstanbul: İletişim Yayıncılık, 2013, s. 91

132 Roland Robertson 1992 yılında yazdığı "*Globalization: Social Theory and Global Culture*" adlı kitapla küreselleşme kavramını sosyoloji bilimine katan bilim adamıdır.

133 EKEN, s.246

134 Michel Beaud, benzer şekilde, kapitalizmin günümüzde oldukça karmaşık bir hal aldığını ifade eder ve basit bir açıklama ile tatmin olunamayacağını söyler. Beaud'a göre çok uluslaşma, dünya ekonomisi, dünya kapitalizmi, bağımlılık, dış zorluklar gibi birçok faktör ulusların ve dünyanın küreselleşmesi ile doğrudan ilgilidir. Ulusal, uluslararası, çokulusluluk ve küresel boyutlarıyla değerlendirilebilecek olan çağdaş kapitalizm, Beaud tarafından "Ulusal Küresel, Hiyerarşik Dünya Düzeni" olarak adlandırılmaktadır. Detaylı okuma için bakınız: BEAUD, Michel. **Kapitalizmin Tarihi**. 1. Çeviren Fikret Başkaya. Ankara: Dost Kitabevi, 2003.

135 Nitekim Osmanlı Devleti'nde de durum bu yönde olacaktır. Osmanlı Devleti'nin varisi niteliğinde kurulmuş olan Türkiye Cumhuriyeti yaşanan bu süreçlerin etkisinde

Küreselleşme sürecinin ivme kazanması, iletişim ve ulaşım alt yapısı ve teknolojisinin gelişim kaydetmesiyle doğru orantılıdır. Bu durum, insan ilişkilerinin, toplum yapılarının ve küresel değerlerin yeniden tanımlanmasına neden olmuştur¹³⁶. İletişimde ve ulaşımında yaşanan bu gelişmeler, küreselleşme olgusuna ekonomik, siyasi, sosyal, kültürel ve birçok farklı perspektiften yaklaşılmaya ihtiyaç doğurmuştur. Günümüzde zaman kısalmış ve mekân daralmıştır. Bu daralma, insanlar arasındaki ilişkiyi yoğunlaştırmıştır. İlişkilerde ortaya çıkan bu yoğunlaşma, yalnızca insanlar ile sınırlı kalmamış; sosyal, ekonomik, siyasi alanlarda var olan kurumlarda ve ilişkilerde de gözle görülür hale gelmiştir. İnsanlar ve kurumları etkileyen bu yoğunlaşma hali bireyi, toplumu ve devleti, aralarındaki ilişki ve roller bağlamında, yeniden şekillenmeye zorlamıştır. Oysaki ulus-devletlerin en önemli karakteristik özelliklerinden bir tanesi, resmi ideolojiye sahip olan devlet türü olmasıdır. Ancak yaşanan küreselleşme süreci ve devletlerin güvenlik yaklaşımları bu ideolojilerin sorgulanmasına neden olmuştur. Günümüzde ulus-devletlerin ideolojilerinin sorgulandığını ve aşındığını ifade etmek abartılı bir tespit olmayacaktır¹³⁷.

Ekonomik küreselleşme politik alanı etkilemektedir. Artık yalnızca devletler ve dünyadan söz edilememektedir. Dünya içinde bölgeler, bölgesel entegrasyonlar, çok uluslu şirketler, ulus üstü örgütler ve sivil toplum örgütleri yer almaktadır¹³⁸. Bu anlamda küreselleşmenin ekonomik boyutu konumuz çerçevesinde önem arz etmektedir. Ekonomik küreselleşme ve ulus-devlet arasındaki ilişkilere yönelik bazı kuramsal yaklaşımlar vardır. Bu kuramsal yaklaşımların temel görüşleri aşağıda belirtilmiştir¹³⁹;

- Güçlü liberal küreselleşmecilere göre; ulus-devletler ulusal ekonomilerini, paralarını, toprak sınırlarını ve kültürlerini kontrol etme yeteneklerini kaybetmişlerdir. Makro güçler ulus-devletlerin sonunu getirmekte, hükümetler devlet

kalmaktadır. Ayrıca bkz: ÖNEN, Nizam, REYHAN Cenk. **Mülkten Ülkeye Türkiye'de Taşra İdaresinin Dönüşümü (1839-1929)**. Düzenleyen: Bora Tanıl. İstanbul: İletişim Yayıncılık, 2011, 545, 546

136 ÖZYURT, Cevat. **Küreselleşme Sürecinde Kimlik ve Farklılaşma**. İstanbul: Açılım Kitap, 2005, s. 282

137 TUNCEL, s.46

138 YALÇINKAYA, ÇILBANT ve YALÇINKAYA, s.12

139 Bu konuda detaylı okuma; KONAK, Nahide. «Ekonomik Küreselleşme ve Ulus-Devlet: Kuramsal Yaklaşımlar.» *Edebiyat Fakültesi Dergisi* (Hacettepe Üniversitesi) 28, no. 1 (2011): 149-164.



üzerindeki kontrollerini sağlayamamaktadır. Küreselleşme ile devletin otoritesi ve bağımsız karar alma yetkisi azalmıştır. Ulus-devletlerin kendi içinde ve diğer devletlerle sosyal ve siyasi gerginlikleri artmaktadır. Küresel dünyada güç, zayıf devletlerden güçlü devletlere doğru akmaktadır. Devletin ulusal ve uluslararası meseleleri denetleme ve yönetme becerileri azalmış; haliyle egemenlikleri de zayıflamıştır¹⁴⁰.

- Sorgulayıcı küreselleşmecilere göre; küreselleşme ile ulus-devletin otorite ve egemenliğinin kaybedildiği görüşü abartılı bir görüştür. Bu görüşü savunanlara göre, küreselleşmenin gücü devletin rolünün yeniden belirlenmesine neden olsa da, küreselleşme ulus-devlet tarafından kolaylıkla idare edilebilecek bir süreçtir. Küreselleşme çağında bile devletler vazgeçilmezdir; pazar ekonomisi ulus-devlet olmadan kendi kendisini düzenleyemez. Mevcut dünya sistemi, ulus-devletlerin varlığını tehlikeye sokmaktan ziyade onu beslemektedir. Ancak küreselleşme ile birlikte ulus-devletlerin bağımsızlığı ve toprak bütünlüğü yeniden tanımlanmalıdır. Ulus-devlet, uluslararası bir hale bürünmüştür. Bu sebeple devletin iç yapısı yeniden yapılandırılmalı ve var olan birçok sınıf güçleri ile ilişkisi yeniden düzenlenmelidir¹⁴¹.
- Marksist küresel kapitalizmcilere göre; küreselleşmenin arkasındaki temel güç teknolojik yenilikler değil; ulus ötesi sermaye ve ulus ötesi kapitalist sınıfın ortaya çıkması neticesindeki sınıf çatışmasıdır. Ulus ötesi kapitalist sınıf, ulus ötesi sermayeyi temsil eden, ulusal kimlikleri olmayan ve ulusal sermaye ile çatışan bir sosyal sınıftır. Küreselleşme ile ulus ötesi devlet de ortaya çıkmıştır. Bu devlet, çok tabakalı ve çok merkezlidir. Ulus-devletler, ulus ötesi devletin dışında olmamakla birlikte, onun bir parçası haline gelmişlerdir. Ulus-devletlerin dönüşümü, ulus ötesi kurumların ortaya çıkmasıyla bağlantılıdır. Günümüzde ulus-devletler politika üretmemekte olup, ulus ötesi kurumların politikalarını uygulayan birer araç haline gelmiştir¹⁴².
- Emperyalist küreselleşmecilere göre; sermayenin artan bir şekilde küreselleşmesi, ulus-devletlerin erozyona uğradığı ve

140 KONAK, s. 151-153

141 KONAK, s.153, 154

142 KONAK, s.155,156

ulus-devlet sisteminin sona erdiği anlamına gelmemektedir. Küreselleşme emperyalizmin yeni bir formudur. Gerçekte ekonomik küreselleşme, bütün ulus-devletlerce değil; Amerika Birleşik Devletleri'nin başını çektiği bazı (güçlü) ulus-devletlerce desteklenmektedir. Uluslararası sermayeden ve bu sermayenin gücünden söz etmek ancak bu sermayenin bir devletten diğer devlete hareketine imkân sağlayan siyasal dünya düzeni ile mümkün olur. Küreselleşmenin siyasi formu, küresel bir devlet değil; birden fazla devletin küresel sistemde varlığıdır¹⁴³.

Her görüş kendi içerisinde tutarlı olmakla birlikte bizim görüşümüz ulus-devletlerin ekonomik sistemleri, hukuku olmaksızın uluslararası ekonomik sistemin dizaynı meşru olmayacağı ve ulus-devletlerin ekonomik gücü ne kadar fazla ise dünya üzerinde o kadar fazla etkiye sahip olacağı şeklindedir.

Post-modernitenin bir ürünü olan küreselleşme, modernleşmenin bir ürünü olan ulus-devleti dönüştürerek post-modernleştirmiştir. Ulus-devlet, artık homojen ve standart yapısını yitirmiş; daha heterojen bir yapıya ve konjoktüre göre tepkiler verme içerisine girmiştir. Küreselleşme az gelişmiş ülkeler için bir tehdit iken, gelişmiş devletlerin daha da güçlenmesini sağlamaktadır. Küreselleşme emperyalizmi yeniden tanımlamaktadır¹⁴⁴.

Ulusçuluk, küreselleşme sürecinde ulus-devletlerle birlikte negatif yönde etkilenmiştir¹⁴⁵. Post-modernizm toplumsal hayatta çokkültürlülük olgusunun gelişmesine zemin hazırlamıştır. Bu durum millet olgusunun zayıflamasına neden olmuştur. Oysa ki millet anlayışı modern devleti bir arada tutan önemli bir bileşendir. Post-modernizmin getirdiği bu yaklaşım milli devletlerin aşınmasına neden olmuştur¹⁴⁶. Milli devletleri aşındıran çokkültürlülük fikri, devletlerin ulus-devletlerin kodlarında yatan milli entegrasyon ve post-modernizmin çıktısı olan kültürel çoğulculuk arasında bir köprü vazifesi görmektedir. Çünkü "ulus" olgusu, günümüzde tek başına var olan güçlü anlamını yitirmektedir. Bunun yerine çokkültürlü bir dünya sisteminde çokkültürlü bir kimlik tasarımı ön plana çıkmaktadır. Bu durum, milli kimlik anlayışının tarihsel kodlarını ve ortaya çıkardığı kurumları sorgular hale getirmiştir¹⁴⁷.

143 KONAK, s.157,158

144 EKEN, s.244,245

145 EKEN, s.251

146 AKINCI, s.62

147 DOYTICHEVA, s.40,41



Harmut Behr'e göre küreselleşme ile birlikte devletler iki önemli konuyla karşı karşıya kalmışlardır. Bu konular ülkeselliğin çözülmesi (deterritorialisation) ve devlet dönüşmesidir (statehood) ve "küreselleşmenin paradoksu" olarak adlandırılmaktadır. Ülkeselliğin gelişmesi ve devletlerin dönüşmesi sebebiyle; devletin sosyal-politik yapısı değişmiş, sınırların bağı zayıflamış ve güvenlik konusunun bir önemi kalmamıştır¹⁴⁸.

Ulus-devletin bir özelliği idari ve siyasi gücü çevreye yaymayıp merkezde toplamasıdır. Bu vesileyle ulus-devletler güçlü merkezietçi yapıyı öngörür. Bu güçlü merkezietçi anlayışın dünyanın içinde olduğu değişim dalgası nezdinde reformlara uğraması zorunlu kılınmaktadır. Dünya bir anlamda demokratikleşme, liberalleşme, küreselleşme, yerleşme gibi birbirinden farklı ve kimi zaman zıt yapı ve fikirlerin tartışıldığı mekân haline gelmiştir. Dolayısıyla küresel dünyada hem 'yerel', hem de 'tekil' olan önem kazanmıştır. Aynı zamanda evrensel değerler, hukuk, kültür de, yadsınamaz derecede önem atfedilen konulardır. Bu paradoksal durum elbette ulus-devlet yapısının zarar görmesine neden olmaktadır¹⁴⁹. Haliyle ulus-devletlerin merkezietçi yapılarının aşınması da, kaçınılmaz hale gelmiştir. Bu aşınma, merkezde olan yetki ve kaynakların, ulus üstü örgütlere ve sivil kuruluşlara devrine evirilmiştir. Oysaki ulus-devletler egemenliklerine düşkün devletlerdir. Hem iç işlerinde, hem de uluslararası ilişkilerinde egemenliklerini tam olarak kullanmak isteyen devletlerdir¹⁵⁰. Yaşanan bu evrim, ulus-devletleri uluslararasılaştırmakta ve devletlerin egemenlik haklarını öne sürerek ve diğer devletleri yok sayacak şekilde her istediklerini yapmalarını engellemektedir. Artık küresel şirketler, egemenlikten pay alan örgütler haline gelmiştir¹⁵¹.

Küreselleşme ile ulus-devletlerin siyasi ve kültürel alanda yaşadığı sorunlar da artmaktadır. Sermaye sahipleri uluslararası gücü eline alınca, politikacıardan daha güçlü hale gelmiştir. Politikacıların gücü azalmış; siyaset sınırları daralmıştır. Kültürel anlamda da yerel kültürlerin yerini ABD kültürü almaya başlamıştır. Kendi kültürünü kaybeden devletlerin varlıklarını devam ettirebilmeleri mümkün değildir¹⁵².

148 ŞENER, s.65

149 ÖZDEMİR, s.51

150 TUNCEL, s.46, 47

151 YALÇINKAYA, ÇILBANT ve YALÇINKAYA, s.2

152 BAŞARAN, İsmail. «Küreselleşme Karşısında Ulus Devletler: Direnen Geleneksel Egemenlik.» *Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Temmuz 2005: 39-59, s. 47, 48

Sarıbay'a göre ulus-devletin krize girmesinin iki sebebi vardır. Bunlar, ulusun mahiyetinin değişmesi ve devletin mahiyetinin değişmiş olmasıdır. Bu mahiyet değişiminin sebebi ise küreselleşmedir. Yine Sarıbay; küreselleşme ile bireysel kimlikler patlaması ve siyasallaşmasını; merkezi kurum ve yapıların etkisi ve öneminin azalmasına karşılık, yerel kurum ve yapıların etkisi ve öneminin artmasıyla ortaya çıkan tüketim siyasetinin hakim konum kazanmasını; bireysel davranışların küresel olana ve kültüre göre ayarlanması için yapılan dayatmaları küreselleşmenin Batı-dışı ülkelerde yarattığı etkiler olarak ifade etmektedir¹⁵³.

Küreselleşme ile ulus-devletler ekonomik alanda yetkilerini uluslararası kurumlara devretmekte; aynı zamanda yerel yönetimlerin güçlendirilmesiyle birlikte merkezi devlet olanaklarını yerel alt birimlere devretmektedir. Bunun sonucunda da yerel yönetimler mali, idari ve siyasi düzlemde giderek özerkleşmektedir. Haliyle merkezi yönetime bağlılığı da azalmaktadır¹⁵⁴. Öte yandan yerel yönetimlerde de mali ve idari özerklik önem ve hız kazanmıştır¹⁵⁵. Mali, idari ve siyasi özerklik arasındaki ilişki bir anlamda ulus-devletlerin kaderiyle doğrudan ilişkilidir. Çünkü mali özerklik idari özerkliği talep etmekte, bu talebi karşılık bulunca idari özerklik de siyasi özerkliği istemektedir. Aslında 21. yüzyıl dünyasına kadar ki yaşanan süreç ve günümüz dünyası, M.Ö. 5. yüzyıl Sofizm akımının ileri sürdüğü "*adalet de yasa da güçlünün 'işine geleni' güçsüze kabul ettirmesidir*"¹⁵⁶ düşüncesinin somut halinden başka bir şey değildir. Sözelimi, 1215'te İngiltere'de imzalanan Magna Carta her ne kadar anayasal nitelikte ilk belge olsa da, özü itibarıyla yaşanan dönemde baronların ekonomik olarak zarar görmeleri sonucu ortaya çıkan bir anlaşmadır. Ekonomik olarak özerkliğin elde edilmesi idari özerkliği, idari olarak özerkliğin sağlanması da siyasi özerkliği ve hatta tam bağımsızlığı istemektedir. Bu durumda ulus-devletin egemenliği anlayışı aşınmaktadır.

Ulus-devletin egemenliğini tehdit eden üç temel aktör; çok uluslu şirketler, uluslararası kuruluşlar ve küresel sivil toplum

153 ASLANOĞLU, Rana A., ve diğerleri. **Küreselleşme, Sivil Toplum ve İslam**. Düzenleyen: Yaşar Ali Sarıbay ve E. Fuat Keyman. 1. Ankara: Vadi yayınları, 1998, s. 15

154 ÖZDEMİR, s.50

155 TUNCEL, s.46

156 GÖZE, s.13



kuruluşlarıdır¹⁵⁷¹⁵⁸. Heywood da, modern devleti tehdit eden unsurları; iktisadi olarak karşılıklı bağımlılık yaratan globalleşme ve ulus üstü kurumların ortaya çıkması, devletin yapması gereken bazı görevlerin özel kurumlara devredilmesi suretiyle devletin geriletilmesi, devletin merkezi görevlerinin ademi merkezîyet çerçevesinde bölge veya eyaletlere devredilmesi olarak ifade etmektedir¹⁵⁹. Küreselleşme ile devlet artık sadece sosyal bir kurum değil; aynı zamanda aktör haline gelmiştir. Bunun neticesinde ulus-devletin hem iç egemenliği, hem de dış egemenliği yapısal dönüşüme uğramaktadır. Devlet bazı egemenlik alanlarını ulus üstü yapılara ve yerel birimlere bırakmak durumunda kalmaktadır. Yerel birimlere egemenlik haklarının devredilmesi, “Subsidiarite” (yetki ikamesi) ilkesi ile ifade edilmektedir. Subsidiarite, hizmette yerellik olarak dilimize çevrilebilir¹⁶⁰. Hizmette yerellik, günümüz şartlarında yerleşme lehine yürütülen tartışmaların önemli bir konusu olarak ifade edilebilir.

Küreselleşme ile uluslararası hukukta da birçok gelişme kaydedilmiştir. Burada ulus-devlet ve egemenlik konularıyla ilgili olarak en önemli gelişme, ulus-devletlerin bazı hukuki yetkilerini uluslararası kuruluşlara devretmesidir¹⁶¹. Öte yandan küreselleşme ve ulus üstü sermaye ile ulus-devlet yapısının ortadan kalkacağına dair görüşler olduğu gibi¹⁶²bu görüşe karşı çıkan görüşler de vardır. Sözelimi Gray’e göre liberal görüş ulus-devlete sahip çıkmaktadır. Hiçbir ulus ötesi kurum, ulus-devletlerin sahip oldukları demokratik meşruluğa sahip değildir. Dolayısıyla ulus-devletlerin zayıflaması, ulus ötesi kurumları güçlendirmez¹⁶³. Giddens da, 20. yüzyılda devlet sınırlarını aşan küresel bağlantıların gitgide artmasının devletlerin egemenliğinin azaldığı anlamına gelmediğini savunur. Aksine bu durumun günümüz ulus-devlet sisteminin dünya çapında yayılmasının baş koşulu olduğunu ifade eder¹⁶⁴. Tekeli ve İlkin,

157 2016 yılında devlet ve ülke gelirleri sıralamasında ilk yüz içinde 31 devlet, 69 şirket yer almaktadır. Samsung’un (177 milyar dolar) cirosunun Türkiye Cumhuriyeti’nin (175 milyar dolar) kamu gelirlerinin önünde yer alması bile küresel şirketlerin gücünü ortaya koymak için yeterlidir. Sadece Shell ve Apple firmalarının ciroları toplamı, 180 ülkenin gelirlerinden daha fazladır. Ergin, Barış. *İki şirket 180 ülkeden büyük*. 15 Eylül 2016. <https://www.sabah.com.tr/ekonomi/2016/09/15/iki-sirket-180-ulkeden-buyuk> (erişildi: Aralık 15, 2019).

158 BELLİ, s.72; CEBECİ, s. 23

159 HEYWOOD, s.144

160 BELLİ, s.72

161 ÖZDEMİR, s.51

162 BELLİ, s.71,72

163 Gray, John. *Liberalizmin İki Yüzü*. Çeviren Koray Değirmenci. 1. Ankara: Dost Kitapevi, 2003, s. 114, 115, 116

164 GIDDENS, 2008, s.12

otonom nitelikteki ulus-devletlerin kendi egemenlik sınırları dahilinde yer alan millet unsuru üzerindeki egemenliklerini bir anlamda yitirdiğini ifade etmektedir. Öte yandan bu durumun ulus-devletleri ortadan kaldırmayacağına kanaat getiren Tekeli ve İlkın, farklı nedenlerle ulus-devletlerin varlığına devam edeceğini ifade etmektedir. Ulus-devlet olmadan ulus üstü olmayacağı görüşü çerçevesinde, yönetim aracılığı ile ulus-devletlerin varlıkları devam edecektir. Nitekim ulus-devletler, uluslararası aktörlerin sistem içindeki meşruiyet kaynaklarıdır¹⁶⁵.

Beriş de, ulus-devletlerin sonunun geldiği görüşünü abartılı bulmaktadır. Beriş'e göre ulus-devlet çağın gerekleri doğrultusunda evrim geçirmektedir. Bu evrim türdeşleştirici, bütüncül ve mutlak otoriter yapıdan daha esnek bir devlet anlayışına doğrudur. Evrim neticesinde bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin daha çok güvence altında olduğu, devlet yönetiminin daha demokratik ve özgürlükçü olduğu bir yapının ortaya çıkması beklenmektedir¹⁶⁶.

Günümüzde küreselleşme, ulus-devletlerde güç ve iktidarı merkezi yönetimden alarak özerk ve yerel birimlere aktarmaktadır. Sivil toplum da, bu güç aktarımından payını istemekte ve almaktadır. Bu vesileyle devlet otoritesi, yerel ve ulus üstü güçler karşısında bir daralma yaşamaktadır¹⁶⁷. Ulus-devletlerde yaşanan bu daralma, siyasi ademimerkeziyetçiliğin ortaya çıkması ve güçlenmesine neden olmaktadır. Nitekim yakın geçmişte bakıldığı zaman ulus-devletlerin siyasi ademimerkeziyetçiliğe evrildiği görülmektedir. İspanya'da Bask ve Katalanların ademimerkeziyetçilik ile gelişmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir¹⁶⁸.

SONUÇ

Mazisi insanların toplu halde yaşamaya başladığı döneme kadar uzanan devlet, hala tartışılmakta olan bir olgudur. Tarihin her döneminde devlete farklı anlam ve görevler yüklenmiştir. Aynı şekilde birçok farklı tanım yapılmıştır. Çalışmada tartışılan fikirlerden hareketle devlet, tarafımızca, *“ortak ülkü/amaç birliğine sahip olan insanların oluşturduğu ve uhdesinde yaşadığı, kara, deniz ve hava sınırları uluslararası kurallar çerçevesinde belirlenmiş olan, iç egemenliği tartışmasız ancak iktidar*

165 TEKELİ, İlhan, İLKİN Selim. «Küreselleşme Ulus-Devlet Etkileşimi Bağlamında AB-Türkiye İlişkilerinin Yorumlanması.» *Doğu Batı*, Şubat 2000/1: 113-138, s. 122

166 BERİŞ, Hamit Emrah. *Egemenlik / Bir Kavramın Geçmişi, Bugünü ve Geleceği*. Düzenleyen: Öner Çubukçu. İstanbul: Tezkire Yayıncılık, 2014, s. 283, 284

167 AKINCI, s.66

168 DOYTCHIEVA, s.89

gücü anayasal çerçeveye sınırlı, uluslararası egemenliği yapılan antlaşmalarla belirlenen tüzel bir kişilik” olarak tanımlanmaktadır.

Westphalia Antlaşmasıyla kurulan yeni devlet düzeni uluslararası ilişkileri doğurmuş ve insan, toprak, devlet kudreti temelindeki bir olgu olan devletler arasındaki ilişkilerin sınırlarını belirlemiştir. Fransız Devrimi ile birlikte çözülen modern milliyetçiliğin ipleri ulus-devlet yapısının gelişmesine aracılık etmiştir. Antlaşmayla birlikte tüzel kişilik olarak kabul edilen devletler, sınırları konusunda daha keskin çizgilere sahip olmuştur. ‘Ulus’ olgusu modern-ulus devletin kurucu unsurlarından bir tanesidir ve ancak bir ülkü birliği ile bir araya gelen insanlarla teşekkül eder. Başka bir ifade ile ulus olmadan, ulus-devletten söz edilemez. Tek bir ulusun var olması gibi yönetim organizasyonunda da tek ve güçlü merkeze sahip olmak ulus-devlet için önemlidir. Bu bakımdan merkezileşme hali, Westphalia düzeninin ortaya çıkmasıyla birlikte var olan devlet yapıları için önem arz etmiştir. Hukuk devleti anlayışının gelişmesi, iktidarın meşruiyetinin halka dayanması ve merkezileşmesi, demokrasi ve insan haklarının gelişmesi gibi konular, 20. yüzyılda altın çağına ulaşan ulus-devlet yapısında güçlenerek devam etmiştir. 21. yüzyıl itibarıyla güçlenen bu konular, küreselleşme ile birlikte ulus-devleti sorgulanır hale getirmiştir.

Devletler de insanlar gibi doğar, gelişir ve ölür. Küreselleşme süreciyle birlikte devletlerin değil, olgunun tamamının öldüğüne dair görüşler ortaya çıkmaya başlamıştır. Ancak günümüzde devlet olgusu, dünyada yönetimi şekillendiren temel örgüt olarak varlığına devam etmektedir. Küreselleşme, günümüzde güçlü devletler tarafından yönlendirilen bir süreçtir. Küreselleşmenin devletleri şekillendirmesinin yanısıra, devletler de küreselleşme sürecini, güçleri doğrultusunda yönlendirmektedir. 2. Dünya Savaşı sonrasında ‘ulus’ olan devletler, devlet üstü örgütlenme yoluna girmiştir. Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi gibi örgütlerin ortaya çıkışı, teşkilatlanması ve gelişmesinde bütün devletlerin aynı düzeyde etkili olmadığını ifade etmek gerekir. Kimi devletler küreselleşme sürecini yönetmek isterken, kimi devletler ise kendi ulusal yapılarını korumakla yetinmeye çalışmaktadır. Sözgelimi ABD, Rusya gibi küresel gücü yönlendirme çabası içinde olan devletler küreselleşme sürecinde de etkin rol alırken, Kuzey Kore gibi devletler ise ekonomisini ve hukukunu dışa kapatmıştır. Türkiye gibi gelişmekte olan ülkeler ise ancak küreselleşme sürecini iyi yönettikleri durumda başarı sağlayacaklardır.



Artık dünya düzeni, ittifaklar ile şekillendirilecektir. Dolayısıyla milliyetçilik zayıflamaktadır. Devletlerin resmî ideolojileri zayıflamakta ve güvenlik yaklaşımları sorgulanmaktadır. Özellikle demokratikleşme ve insan hakları talepleri çerçevesinde ulus-devletler çağın taleplerini karşılama noktasında yetersiz kalmaktadır. Bu noktada ulus-devletlerde homojenlikten heterojenliğe doğru ve standart düzenden konjonktürel tepkiye doğru evrim söz konusu olmuştur. Kültürel çoğulculuk ve çokkültürlülük gibi kavramlar küreselleşmenin,ulus-devlet açısından, acı yüzünü ortaya çıkarmıştır. Yerelleşme ve küreselleşme, ulus-devleti iki ucundan çekmek suretiyle aşındırmaktadır. Bu aşınma, kendisini devletlerin egemenliği konusunda da göstermektedir, ki ulus-devletler ancak güçlü iç ve dış egemenlik ile varlığına devam edebilecek devlet yapılarıdır. Çok uluslu küresel şirketlerin devletleri egemenlik bakımından bir hayli zor duruma düşürdüğü gerçeği göz önüne alınırsa, ulus-devletler hemen her anlamda bir kısaç altına alınmıştır denebilir. Elbette tek devlet şekli ulus-devlet değildir. Devlet şekli ne olursa olsun özerklik talebi ve yetki konusunda mücadeleler devam etmektedir. Bunun yanı sıra tam bağımsızlık adı altında savaşlar da yaşanmaktadır. Mücadelelerin bir kısmının terör faaliyetleri şeklinde olduğu Türkiye gibi ulus-devletler ise yerelleşme ve yerel demokrasi gibi akımların dalgalarıyla ayrıca mücadele etmektedir.

Tüm bu gelişmeler devlet olgusunun ve ulus-devlet yapısının günümüz şartlarında yeniden tahlil edilmesi gereğini doğurmuştur. Bize göre devlet olgusu küreselleşmenin sürecinde etki altında kalan bir nesne olmaktan ziyade, aynı zamanda süreci idare eden özne konumundadır. Dolayısıyla devlet olgusunun mevcut gelişmeler ışığında kısa ve orta vadede son bulacak bir olgu olduğunu söylemek abartılı bir ifade olacaktır. Ulus-devlet yapısı, ancak çağın şartlarına uyum sağladığı ölçüde hayatta kalabilecektir. Ulus-devlet adına klasik anlamda var olan temel değer ve kabullerin devletlerin ayakta kalabilmesi için yeterli olmadığını ifade etmek gerekir. İnsan yaşamına baktığımızda, her gelen nesil farklı değerlerle yeryüzünü şekillendirir. Varlığı insan yaşamıyla benzer olan devletler de kendi nesillerine ayak uydurduğu ölçüde hayatta kalacaktır. Bu durum devlet doğasının kaçınılmaz bir sonucudur.



KAYNAKLAR

ACER, Yücel, KAYA İbrahim. 2014. **Uluslararası Hukuk**. 5. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

AKINCI, Abdulvahap. 2012. «Modern Ulus Devletlerin Doğuşu.» **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi** (Dumlupınar Üniversitesi) (34): 61-70.

AKÇURA, Yusuf. 2016. **Muâsır Avrupa'da Siyâsî ve İctimâî Fikirler ve Fikrî Cereyanlar**. Çeviren E. Kılınç. İstanbul: Ötüken Neşriyat.

AKBULUT, İlhan. 2015. «Devlet, Unsurları ve Kişiliği.» **Türk Dünyası Araştırmaları Dergisi**, Aralık: 159-177.

AKSOY, Numan Durak, ARSLANTAŞ Halis Adnan. 2010. «Ulus, Ulusçuluk ve Ulus-Devlet.» **Türklük Bilimi Araştırmaları Dergisi** XXVIII: 31-39.

ARSLAN, Hüseyin. 2018. «Vekalet Savaşlarının Transformasyonu.» Düzenleyen: Recai Aydın ve Hakan Yıldız. **Third Mediterranean International Congress On Social Sciences - MECAS III**. Bandırma On Yedi Eylül Üniversitesi. 375-386.

ARSLAN, Hüseyin. 2020. «Vekâlet Savaşları Bağlamında Suudi Arabistan-Husi Çatışmasının ve Aramco Saldırısının Bölgesel ve Küresel Güvenliğe Etkileri» **Anadolu Strateji Dergisi**, 1(2): 19-32

ASLANOĞLU, Rana A., ÇINAR Menderes, CANGIZBAY Kadir, VERGİN Nur, KALAYCIOĞLU Ersin, İNALCIK Halil, COŞAR Simten. 1998. **Küreselleşme, Sivil Toplum ve İslam**. Düzenleyen: Yaşar Ali Sarıbay ve E. Fuat Keyman. 1. Ankara: Vadi Yayınları.

ATAY, Ender Ethem. 2006. **İdare Hukuku**. Ankara: Turhan Kitabevi.

AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, KÖKER Levent. 2011. **İmparatorluktan Tanrı Devletine**. İstanbul: İmge Kitabevi.

BAŞARAN, İsmail. 2005. «Küreselleşme Karşısında Ulus Devletler: Direnen Geleneksel Egemenlik.» **Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Temmuz: 39-59.

BAUMANN, Gerd. 2006. **Çokkültürlülük Bilmecesi**. Düzenleyen: Abdurrahim ÖZMEN. Çeviren Işıl Demirakin. 1. Ankara: Dost Kitabevi.

BEAUD, Michel. 2003. **Kapitalizmin Tarihi**. 1. Çeviren Fikret Başkaya. Ankara: Dost Kitabevi.



BELLİ, Aziz. 2016. Devlet (State). 1. **Kamu Politikaları Ansiklopedisi** içinde, düzenleyen: Hatice Altunok ve Fatmagül Gedikkaya, 70-74. Ankara: Nobel Yayıncılık.

BERİŞ, Hamit Emrah. 2014. **Egemenlik / Bir Kavramın Geçmişi, Bugünü ve Geleceği**. Düzenleyen: Öner Çubukçu. İstanbul: Tezkire Yayıncılık.

BEZCİ, Bünyamin. 2013. «Cumhuriyetin Kurucu İradesini Modern Devletin Doğası Üzerinden Okumak.» **Finans Politik & Ekonomik Yorumlar Dergisi** 56 (586): 23-35.

BOZKURT, Enver, KÜTÜKÇÜ Akif, POYRAZ Yasin. 2012. **Devletler Hukuku**. 7. Ankara: Yetkin Yayıncılık.

BULGAN, Birden Güngören. **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**. 1. İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017, s. 129-137

CEBECİ, Kemal. 2008. «Küreselleşme Bağlamında Ulus-Devletin Egemenlik Gücünün Dönüşümü.» **Sayıştay Dergisi**, Temmuz: 23-39.

COŞKUN, Vahap. 2009. **Ulus Devletin Dönüşümü ve Meşruluk Sorunu**. Ankara: Liberte Yayınları.

DÜVENCİ, Serhat. 2018. «Devletin Köken Teorileri Açısından Devleti Doğuran Etmenler: Çeşitli Uygarlıklar ve Topluluklar Üzerinden Bir Değerlendirme.» **Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi** 1 (2): 66-93.

DOYTCHEVA, Milena. 2013. **Çokkültürlülük**. Düzenleyen: Can BELGE. Çeviren Tuba Akıncılar Onmuş. 2. İstanbul: İletişim Yayıncılık.

EKEN, Hurigül. 2006. «Küreselleşme ve Ulus Devlet.» **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi** (Selçuk Üniversitesi) (16): 243-262.

ERDİNÇ, Tahsin. 2010. **İnsan Odaklı Devlet ve Özgürlük Öncelikli Anayasa**. 1. İstanbul: XII Levha Yayıncılık.

ERGİN, Barış. 2016. İki şirket 180 ülkeden büyük. 15 Eylül. Erişildi: Aralık 15, 2019. <https://www.sabah.com.tr/ekonomi/2016/09/15/iki-sirket-180-ulkeden-buyuk>.

EROĞLU, Hamza. 1992. **Atatürk ve Milliyetçilik**. Ankara: Türk Tarih Kurumu.

ERYILMAZ, Bilal. 2011. **Kamu Yönetimi Düşünceler/Yapılar/ Fonksiyonlar/Politikalar**. 4. Ankara: Okutman Yayıncılık.



GIDDENS, Anthony. 2000. **Sosyoloji**. Çeviren Hüseyin Özel, Talip Kabadayı, Mine Turhan Kara, Nursen Oral, Işıl Bayar ve Hamdi Bravo . Ankara: Ayraç Yayınevi.

GIDDENS, Anthony 2008. **Ulus-Devlet ve Şiddet**. Çeviren Cumhuriyet Atay. 2. Kalkedon Yayınları.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref. 2008. **Anayasa Hukuku**. 16. Ankara: Turhan Kitabevi.

GÖZE, Ayferi. 2007. **Siyasal Düşünceler ve Yönetimler**. 11. İstanbul: Beta Yayıncılık.

GÖZLER, Kemal. 2011 a. **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**. İkinci Baskıdan Tıpkı Ek Baskı. Bursa: Ekin Yayınevi.

GÖZLER, Kemal. 2011 b. **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**.1. 2 cilt. Bursa: Ekin Basım Yayım Dağıtım.

GÖZLER, Kemal. **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**. 9. Bursa: Ekin Yayıncılık, 2017

GÜL, Serhan, ZEREN H. Emre. 2016. «Küreselleşmenin İtici Gücü Olarak Ulus-Devlet: Yeni Kamu Yöneti(şi)minde Farklı Yaklaşımlar.» **Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi** (Bülent Ecevit Üniversitesi) 12 (27): 217-227.

GÜNŞOY KAYA, Funda. 2012/2. «Ulus, Devlet ve Yurttaşlık: Fransa Modeli.» **Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi**(Uludağ Üniversitesi) 13 (23): 297-317.

GÜZEL, M. Şehmus. 1995. **Devlet-Ulus**. 1. İstanbul: Alan Yayıncılık.

GRAY, John. 2003. **Liberalizmin İki Yüzü**. Çeviren Koray Değirmenci.1. Ankara: Dost Kitapevi.

HAZIR, Hayati. 2007. **Anayasa Hukuku**. 4. Ankara: Alter Yayıncılık.

HEYWOOD, Andrew. 2010. **Siyaset**. Düzenleyen: Buğra KALKAN. Çeviren Bekir Berat Özipek, Bican Şahin, Mete Yıldız , Zeynep Kopuzlu, Bahattin Seçilmişoğlu ve Atilla Yayla. 3. Ankara: Adres Yayıncılık.

KÜÇÜK, Adnan. 2015. «Egemenlik (Hakimiyet), Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Tartışmaları ve Egemenlik Anlayışında Esaslı Dönüşüm.» **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, 311-361.

KAPANİ, Münci. tarih yok. **Politika Bilimine Giriş**. 35. Bilgi Yayınevi.

KOÇAK, Mustafa. 2006. **Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi- Devlet ve Egemenlik**. 1. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

KONAK, Nahide. 2011. «Ekonomik Küreselleşme ve Ulus-Devlet: Kuramsal Yaklaşımlar.» **Edebiyat Fakültesi Dergisi** (Hacettepe Üniversitesi) 28 (1): 149-164.

LOCKE, John. 2009. **Hoşgörü Üzerine Bir Mektup**. Çeviren Melih YÜRÜŞEN. 5. Ankara: Liberte Yayıncılık.

MARX, Karl, ENGELS Frederick. 2011. **Komünist Manifesto ve Komünizmin İlkeleri**. 9. Çeviren Muzaffer Erdost. Ankara: Sol Yayıncılık.

MARX, Karl, ENGELS Frederick. 2013. **Devlet ve Hukuk Üzerine**. Çeviren Rona Serozan. 3. İstanbul: Çağdaş Hukukçular Derneği Yayınları.

MCNEILL, H. William. 2006. **Dünya Tarihi**. 12. Çeviren Alâeddin Şenel. İstanbul: İmge Kitabevi.

MOSCA, Gaetano. 2005. **Siyaset Biliminin Temelleri**. Çeviren Hasan İlhan. Ankara: Alter Yayıncılık.

MUMCU, Ahmet, çev. 2015. **Genel Devlet Kuramı**. 6. İstanbul: İnkılap Yayıncılık.

NOZICK, Robert. 2006. **Anarşi, Devlet ve Ütopya**. 2. Çeviren Alişan Oktay. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

OPPENHEIMER, Franz. 1984. **Devlet**. Çeviren Alâeddin Şenel ve Yavuz Sabuncu. İstanbul: Kaynak Yayınları.

ÖNEN, Nizam, REYHAN Cenk. 2011. **Mülkten Ülkeye Türkiye'de Taşra İdaresinin Dönüşümü** (1839-1929). Düzenleyen: Bora Tanıl. İstanbul: İletişim Yayıncılık.

ÖZÇELİK, Selçuk. 1984. **Anayasa Hukuku 1 (Umumi Esaslar)**. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım.

ÖZDEMİR, Hakan. 2012. «Ulus Devlet ve Ulusçuluğun Küreselleşmeyle Etkileşimi: Vazgeçilmeyen Ulus Devlet, Yükselen Ulusçuluk.» **Sosyal Bilimler Dergisi** (Afyon Kocatepe Üniversitesi) XIV (1): 39-59.

ÖZER, Attila. 2002. **Türklerde Devlet Anlayışı ve Demokratik Rejim**. Ankara: Lazer Ofset.

ÖZKAYA, Ömer. 2019. **Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde İdarenin Bütünlüğü İlkesi**. 1. Ankara: Adalet Yayınevi.



ÖZTÜRK, Namık Kemal. 2018. **Anayasa Hukuku**. 1. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ÖZYURT, Cevat. 2005. **Küreselleşme Sürecinde Kimlik ve Farklılaşma**. İstanbul: Açılım Kitap.

ROSKIN, Michael G. 2013. **Çağdaş Devlet Sistemleri Siyaset, Coğrafya, Kültür**. Çeviren Bahattin Seçilmişoğlu. 4. Ankara: Adres Yayınları.

SIDAL, Süleyman. 2016. «Vatandaşlık.» **Kamu Politikaları Ansiklopedisi** içinde, düzenleyen: Hatice Altunok ve Fatma Gül Gedikkaya. Ankara: Nobel Yayıncılık.

SAY, Ömer. 1998. **Milli devlet kültürü Türkiye yansımaları**. 1. İstanbul: Kaknüs Yayınları.

SAYGILIOĞLU, Nevzat, ARI Selçuk . 2003. **Etkin Devlet**. İstanbul: Sabancı Üniversitesi.

ŞENER, Bülent. 2014. «Küreselleşme Sürecinde Ulus-Devlet ve Egemenlik Olguları.» **Tarih Okulu Dergisi** 7 (XVIII): 51-77.

ŞİMŞEK, Osman. 2000. «Devlet Kavramının Gelişimi ve Küreselleşmedeki Anlamı.» **Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası**. Temmuz. Erişildi: Temmuz 15, 2017. <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/5413.pdf>.

TEKELİ, İlhan, İLKİN Selim. 2000/1. «Küreselleşme Ulus-Devlet Etkileşimi Bağlamında AB-Türkiye İlişkilerinin Yorumlanması.» **Doğu Batı**, Şubat: 113-138.

TEZİÇ, Erdoğan. 2007. **Anayasa Hukuku**. 12. İstanbul: Beta Yayıncılık.

TUNCEL, Gökhan. 2014. «Ulus Devletin Dönüşümünde Hükümet Dışı Örgütlerin Etkisi.» **Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi** (Atatürk Üniversitesi) 28 (2): 39-54.

TURAN, Erol. 2011. «Milliyetçilik Teorisinin Gelişimi ve Türk Milliyetçiliği.» **Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi**(Selçuk Üniversitesi) 1 (1): 135-147.

ULUDAĞ, Süleyman. 1982. **İbn Haldun Mukaddime**. İstanbul: Dergah Yayınları.

YALÇINKAYA, M. Hakan, ÇILBANT Coşkun, YALÇINKAYA Neslihan. 2012. «Küreselleşme İle Yeniden Şekillenen Ulus-Devlet Anlayışı.» **Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi** 4 (8).



ZİYAL, Nur. 2007. «Aristoteles.» **Uluslararası İlişkiler ve Siyaset Teorisi Üzerine Bir Deneme** içinde, yazar Howard Williams ve Moorhead Wright, düzenleyen: Tolga Erdal ve Fatih Durmuş, 53-72. Ankara: Siyasal Yayınevi.



İCRA HUKUKUNDA ADİ ORTAKLIĞIN VE ORTAKLARIN TARAF DURUMU

(Being Party of the Unregistered (Ordinary) Partnerships and Partners in the Proceedings in Enforcement Law)

Dr. Vildan PEKSÖZ¹

ÖZ

Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmaması sebebiyle icra takiplerinde taraf ehliyeti yoktur. Bu sebeple adi ortaklıkla ilgili takiplerde ortaklık taraf olamaz. Ortaklar, alacaklı ve borçlu tarafta takip arkadaşlığı kurallarına göre yer alırlar. Bu anlamda ortakların alacaklı tarafta bulunması hâlinde mecburi takip arkadaşlığı; borçlu tarafta bulunması hâlinde ise ihtiyari veya mecburi takip arkadaşlığı söz konusu olur. Adi ortaklık adına başlatılmış bir takipte, taraf değişikliği yapılarak takibin tarafının ortaklar olması sağlanabilir. Adi ortaklık takibin tarafı olmadığı gibi, icra takip işlemlerinin de muhatabı olamaz. Bu yüzden ödeme emrinin ortaklara tebliğ edilmesi gerekir. Aynı şekilde adi ortaklık adına haciz ihbarnamesinin gönderilmesi geçerli değildir. Ayrıca takiple ilgili diğer yargılamalarda da adi ortaklığın taraf olması mümkün değildir. Adi ortaklığın taraf gösterildiği bir takibe ilişkin şikâyet başvurusunu ortakların yapması gerekir. Bu yöndeki şikâyet başvurusunun adi ortaklık adına yapılması durumunda başvuru reddedilmektedir. Bunun gibi adi ortaklığın taraf gösterildiği itirazın iptali davasında ve itirazın kaldırılması yolunda da usûlden ret kararı verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Adi Ortaklık, Ortaklar, Taraf Ehliyeti, Takip Şartı, Takip Arkadaşlığı

ABSTRACT

Unregistered (ordinary) partnerships do not have legal status. That's why these partnerships are not entitled to have the capacity to be a party in the pursuance of a judgement. The partners within these partnerships are the parties in the pursuance as creditors or debtors. They take part in the pursuance according to the rules of the joinder of parties. If the partners are on the side of the creditor, they have to act together. However, if the

1 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, e-posta adresi: vildan.pekoz@istanbul.edu.tr, Orcid No: 0000-0001-5903-6209

partners are on the side of the debtor, the kind of the joinder of parties is determined according to the issue of the pursuance. Also, it is possible to change the party of the pursuance. With the help of this change, the partners can be the parties of the pursuance. Apart from being the party of the pursuance, the unregistered partnerships can not be the addressees of any other transactions of the pursuance. Additionally, partnerships can not be the addressees of other procedures related to the pursuance. If the unregistered partnerships become the parties of such procedures, the judge has to dismiss the action.

Keywords: Unregistered (Ordinary) Partnership, Partners, The Capacity to Become Party in the Pursuance, The Condition of the Pursuance, Joinder of the Parties in the Pursuance

GİRİŞ

TBK 620 hükmünde adi ortaklık “iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir” şeklinde tanımlanmıştır. Kanundaki düzenlemelerde adi ortaklıklara tüzel kişilik tanınmamıştır. Bu sebeple adi ortaklıkların hak ehliyeti bulunmaz. Dolayısıyla adi ortaklık hakların sahibi değildir. TBK 638, I hükmü gereğince adi ortaklık kapsamında oluşan mal varlığı üzerinde ortaklar, elbirliği hâlinde hak sahibidir. Bunun yanında adi ortaklıkla ilgili işlemlerden doğan borçlardan ortaklık değil; ortaklar sorumludur².

Medenî usûl hukukunda dava dilekçesinde taraf olarak gösterilen davanın tarafı olarak kabul edilir³. Mahkemeden hukukî koruma talep eden davacı ve kendisine karşı hukukî koruma talep edilen davalıdır⁴. Şekli taraf teorisi olarak ifade edilen bu teoriye göre, tarafın

- 2 POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin: **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 85, Nr. 100a; BARLAS Nami: **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 90; BİLGİLİ Fatih: “Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesi’nin Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, Cilt I, 2002, s. 203.
- 3 ALANGOYA Yavuz: “Yargılama Sırasında Taraf (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1969, C. 3, S. 5, s. 133; PEKANİTEZ Hakan/TAŞ KORKMAZ Hülya: **Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 551, 553; TAŞ KORKMAZ Hülya: **Medenî Usûl Hukukunda İradi Taraf Değişikliği**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 61; ERİŞİR Evrim: **Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti**, Güncel Yayınevi, İzmir 2007, s. 55; KALE Serdar: **Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 7, 8; SUNAR Gülcan: “Şekli Anlamda Taraf Kavramını Kabul Etmenin İcra ve İflas Hukukunda Doğurduğu Sonuçlar”, **Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan**, Alkım Yayınevi, İstanbul 2003, s. 334.
- 4 ALANGOYA, s. 134; PEKANİTEZ/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, s. 549; ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin: **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 210; BUDAK Ali Cem/KARAASLAN Varol: **Medenî Usul Hukuku**, 3. Bası,

belirlenmesinde maddî hukuk esas alınmaz⁵. İcra takiplerinde de şekli taraf teorisi geçerlidir⁶. Zira takip talebinde taraf olarak gösterilen kimseler takibin tarafı olarak kabul edilir⁷. Takipte bulunan kişi alacaklı, kendisine karşı takip yapılan kişi ise borçludur⁸.

Bu çalışmada adi ortaklıkla ilgili takiplerde ve bu takiplere ilişkin açılan davalarda veya başvurulana hukukî çarelerde adi ortaklığın ve ortaklarının taraf olarak yer alması incelenmektedir. Adi ortaklık adına veya adi ortaklığa karşı başlatılan takipte taraf ehliyeti noksanlığı olduğu ve adi ortaklığın icra takip işlemlerinin muhatabı olamayacağı vurgulanmaktadır. Bunun sonucunda takipte ortakların takip arkadaşı olarak yer almasından bahsedilmektedir. Adi ortaklık adına veya adi ortaklığa karşı başlatılan takipte, tarafta değişiklik yapılarak ortakların takibin tarafı olmasının sağlanması da çalışma kapsamına dâhildir. Son kısımda, icra takipleriyle ilgili yargılamalarda adi ortaklığın taraf ehliyeti olmamasına ve taleplerin bu sebeple reddedilmesine değinilmektedir.

I. İCRA TAKİBİNDE ADİ ORTAKLIĞIN VE ORTAKLARIN YER ALMASI

A. İcra Takibinde Adi Ortaklığın Taraf Ehliyeti

HMK m. 50 gereğince hak ehliyetine sahip gerçek ve tüzel kişiler taraf ehliyetine sahiptir. Adi ortaklığın hak ehliyeti olmadığından davalarda taraf ehliyeti yoktur⁹. İcra takibinde alacaklı veya borçlu tarafta yer

Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 93; TAŞ KORKMAZ, Taraf, s. 60; ERİŞİR, s. 55; KALE, s. 7; KÖROĞLU, Anıl: **Medenî Usûl Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 17-18; SUNAR, s. 334.

- 5 ALANGOYA, s. 133; PEKCANITEZ/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, s. 551, 553; TAŞ KORKMAZ, Taraf, s. 61; ERİŞİR, s. 55; KALE, s. 7, 8; SUNAR, s. 335.
- 6 ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin: **İcra ve İflâs Hukuku**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 83; SUNAR, s. 336 vd.
- 7 KURU Baki: **İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı**, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 155; KURU Baki: **İcra ve İflâs Hukuku**, C. I, 3. Bası, Evrim Dağıtım, İstanbul 1988, s. 151; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra, s. 83; ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel: **İcra ve İflâs Hukuku**, 5. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 116.
- 8 KURU, El Kitabı, s. 155; KURU, C. I, s. 151; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 116; PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet: **İcra İflâs Hukuku**, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 81; YILDIRIM Mehmet Kamil/DEREN-YILDIRIM Nevhis: **İcra ve İflâs Hukuku**, 6. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s. 13.
- 9 PEKCANITEZ/TAŞ KORKMAZ, s. 568; TANRIVER Süha: **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Bası, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 507; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, Usul, s. 215; EREN Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 851-852, Nr. 2882; BUDAK/KARAASLAN, s. 97; ULUKAPI Ömer: **Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı**, Mimosza Yayınları, Konya 1991, s. 73; KALE, s. 173; POROY/TEKİNALP (ÇAMOĞLU), Ortaklık, s. 51, Nr. 74a, s. 82, Nr. 99i; GÖRGÜN Şanal L./BÖRÜ Levent/

alabilmek için taraf ehliyetine sahip olmak gerekir¹⁰. Bu yüzden davalarda olduğu gibi takip bakımından da adi ortaklığın taraf ehliyeti bulunmaz ve ortaklık takibin tarafı olamaz¹¹. Dolayısıyla adi ortaklıkla ilgili icra takiplerinin alacaklı¹² ve borçlu¹³ tarafında ortaklar yer almalıdır.

Takipte taraf ehliyeti takip şartı niteliğindedir¹⁴. Bu sebeple adi ortaklık takibin tarafı olarak gösterilirse ortaklığın taraf ehliyeti noksanlığı icra mahkemesi ve icra dairesi tarafından re'sen dikkate alınmalıdır¹⁵. Dolayısıyla adi ortaklık takip talebinde taraf olarak yer alırsa icra müdürü bu takip talebini reddetmelidir¹⁶. Şayet icra müdürü bu noksanlığı dikkate almazsa, icra mahkemesine süresiz şikâyet talebinde bulunulabilir¹⁷.

TORAMAN Barış/KODAKOĞLU Mehmet: **Medenî Usûl Hukuku**, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 235.

- 10 KURU, El Kitabı, s. 155; KURU Baki: **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 3. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 64; MUŞUL Timuçin: **İcra ve İflas Hukuku**, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 130; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 81; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 116; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra, s. 83; GÖRGÜN Şanal L./TORAMAN Barış/KODAKOĞLU Mehmet: **İcra ve İflâs Hukuku**, Legem Yayıncılık, Ankara 2017, s. 65; DİŞEL Buse: **İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı**, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 51.
- 11 POSTACIOĞLU İlhan: **İcra Hukuku Esasları**, 4. Bası, Fakülter Matbaası, İstanbul 1982, s. 118; KURU, C.I, s. 156; KURU, İcra İflas, s. 64; ÜSTÜNDAĞ Saim: **İcra Hukukunun Esasları**, 8. Bası, İstanbul 2004, s. 64; MUŞUL, s. 131; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 116; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 81; EREN, s. 851-852, Nr. 2882; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 13; GÖRGÜN/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 65; ERİŞİR, s. 296; BİLGİLİ, s. 207.
- 12 MUŞUL, s. 131.
- 13 MUŞUL, s. 131. 12. HD,13.3.2017, E. 2016/12292, K. 2017/3755 (Kazancı İçtihat Bankası).
- 14 KURU, El Kitabı, s. 163; KURU, İcra İflas, s. 69; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 118; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra, s. 83; DİŞEL, s. 55.
- 15 KURU, El Kitabı, s. 163; POSTACIOĞLU, s. 118; MUŞUL, s. 131; DİŞEL, s. 54-55. Taraf ehliyeti olmayan kişi adına veya kişiye karşı yapılan takibin icra mahkemesince kendiliğinden iptaline karar verileceğine dair bkz. PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 81. Taraf ehliyetinin icra müdürü tarafından re'sen dikkate alınacağına ilişkin bkz. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 118. 12. HD., 15.2.2017, E. 2016/10463, K. 2017/2012 (Kazancı İçtihat Bankası).
- 16 ERİŞİR, s. 296.
- 17 KURU, El Kitabı, s. 163; POSTACIOĞLU, s. 118; MUŞUL, s. 131, 137; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 118; DİŞEL, s. 54. Ayrıca bkz. ERİŞİR, s. 296. "Adi ortaklığın aktif ve pasif dava ehliyeti bulunmadığından, takibin veya davanın bütün ortaklar aleyhinde açılması zorunludur. Taraf ehliyeti kamu düzeninden olup mahkemece kendiliğinden göz önüne alınmalıdır. Öte yandan, Kanun'un emredici kuralından kaynaklanan ve bir hakkın yerine getirilmemesi ile ilgili bulunan bu husus hakkında ortaklardan her birinin İİK'nun 16/2. maddesi gereğince süresiz şikâyet hakkı olduğu gibi, bu husus mahkemece de re'sen gözetilmelidir." 12. HD, 29.5.2017, E. 2017/3436, K. 2017/8246. "Kanun'un emredici kuralından kaynaklanan ve bir hakkın yerine getirilmemesi ile ilgili bulunan bu konuda ortaklardan her birinin İİK'nun 16/2. maddesi gereğince süresiz şikâyet hakkı bulunmakta olup, tüm ortakların birlikte başvurusu zorunluluğu yoktur." 12. HD. 12.9.2018, E. 2018/11022, K. 2018/7910; 12. HD., 22.6.2017, E. 2017/4029, K. 2017/9817 (Kazancı İçtihat Bankası).



Nitekim taraf ehliyeti olmayan kimse adına veya kimseye karşı takip yapılması kamu düzenini ilgilendirir¹⁸. Bu durumda taraf ehliyeti olmayan bir kimse takibin tarafı olamayacağından icra mahkemesi takibin iptaline karar vermelidir¹⁹.

Adi ortaklığın taraf gösterildiği dava sonunda elde edilen hükmün adi ortaklık hakkında kesinleşmesi, bu hükme dayanarak yapılan ilâmlı takipte adi ortaklığın taraf olmasını mümkün kılmaz. Öyle ki adi ortaklığın taraf ehliyeti olmamasına rağmen, adi ortaklık adına dava açılır ve adi ortaklık adına verilen hüküm kesinleşirse bu hüküm etkisiz hükmüdür²⁰. Etkisiz hükmün icra kabiliyeti olmadığından, bu hükümle adi ortaklık adına ilâmlı takip yapılamaz²¹. Ayrıca söz konusu hükümde taraf olarak ortaklar yer almadığından, bu hükme dayanarak ortaklara karşı ilâmlı takip başlatılması da mümkün değildir²².

B. Ortakların Takip Arkadaşlığı

İcra hukukunda, alacaklı ve borçlu tarafta birden fazla kişinin yer alması durumunda takip arkadaşlığı söz konusu olur²³. Adi ortaklıkla ilgili takiplerde taraf olarak ortaklar yer alacağından, alacaklı ve borçlu tarafta birden fazla kişi bulunur ve takip arkadaşlığından bahsedilir.

Elbirliği hâlinde hak sahipliği sebebiyle adi ortaklık ortaklarının elbirliği konusu mallar üzerinde birlikte hareketi zorunlu olduğundan, borçluya karşı birlikte takip yapmaları gerekir ve alacaklı tarafta mecburi takip arkadaşlığı oluşur²⁴. Takibin konusunun ortakların para alacağı

18 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 81.

19 ÜSTÜNDAÇ, s. 65; MUŞUL, s. 132, 137; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 118; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 81; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra, s. 84; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 13; DİŞEL, s. 54. 12. HD., 26.4.2017, E. 2016/23008, K. 2017/6521. Ayrıca bkz. 12. HD., 13.3.2017, E. 2016/12292, K. 2017/3755 (Kazancı İçtihat Bankası).

20 Taraf ehliyeti olmayan topluluklar adına verilen hükmün etkisiz olduğuna ilişkin bkz. PEKCANITEZ/TAŞ KORKMAZ, s. 571; TANRIVER, s. 502; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, Usul, s. 217; KALE, s. 56; ERİŞİR, s. 294-296; BORAN GÜNEYSU Nilüfer: **Medenî Usûl Hukukunda Karar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 288. Ölü kimse taraf ehliyetine sahip olmadığından onun hakkında verilen kararın yok hüküm (geçersiz) olduğu yönünde bkz. KURU Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. I, 6. Bası, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, s. 899.

21 ERİŞİR, s. 296.

22 ERİŞİR, s. 296.

23 KURU, El Kitabı, s. 165; KURU, C. I, s. 165; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 121; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 84; GÖRGÜN/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 66; DİŞEL, s. 7.

24 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 84; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra, s. 88; DİŞEL, s. 84-85. "İcra takibinin tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklardan

olduğu genel haciz yoluyla takip bakımından da ortakların alacaklı tarafta mecburi takip arkadaşlığı söz konusudur.

Adi ortaklıkla ilgili bazı davaları ortaklardan birinin tek başına açması mümkündür²⁵. Bu davalardan ortak davasının konusunu oluşturan katılım payı²⁶ para borcu niteliğinde olabilir. Dolayısıyla bu talep genel haciz yoluyla takibin konusunu oluşturabilir. Katılım payının ifası için ortak davasının ortaklardan biri tarafından açılabilme imkânı, takip bakımından da söz konusu olmalıdır. Buna göre ortaklardan biri, para borcu olarak belirlenen katılım payının tahsil edilmesi için genel haciz yoluyla takip yapılabilir.

Adi ortaklık ortaklarının borçlu olması durumunda, ortaklar para borcundan müteselsilen sorumlu olduklarından ortaklardan birine veya birkaçına karşı genel haciz yoluyla takip başlatılabilir²⁷. Nitekim müteselsil borçlulukta ortaklar arasında ihtiyari takip arkadaşlığı vardır²⁸. Buna karşın Yargıtayın adi ortaklara karşı yapılacak takibin bütün ortaklara yapılması gerektiği yönünde kararları mevcuttur²⁹.

sadece ... tarafından başlatılması ve davanın da ... adına açılmış olması doğru olmayıp, adi ortaklığı oluşturan tüm ortaklar tarafından takip yapılıp itiraz halinde dava açılması gerekmektedir.” 19. HD. 21.11.2018, E. 2018/2261, K. 2018/5987; 15. HD, 2.11.2017, E. 2016/2138, K. 2017/3776 (Kazancı İçtihat Bankası). Mirasçılardan birlikte takip yapması açısından bkz. İMRE Zahit/ERMAN Hasan: **Miras Hukuku**, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2018, s. 442; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 121. Ortakların alacaklı olması halinde mecburi dava arkadaşlığı için bkz. ULUKAPI, s. 73-76; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 235.

25 PEKSÖZ Vildan: **Medenî Usûl Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 250 vd.

26 Ortak davası için bkz. PEKSÖZ, s. 211 vd.

27 ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra, s. 89. Karş. DİŞEL, s. 112, 131. Miras ortaklığında bu yönde bkz. PEKANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 82, 84. Mirasçılar aleyhine icra takiplerinin bütün mirasçılar aleyhine yapılması gerektiği yönünde bkz. İMRE/ERMAN, s. 443. Takibin ortakların tamamına karşı yapılması gerektiği yönünde bkz. EREN, s. 891, Nr. 3002.

28 PEKANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 84; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 121-122; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra, s. 88; GÖRGÜN/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 66; DİŞEL, s. 112. Dava arkadaşlığı bakımından aynı yönde bkz. ULUKAPI, s. 78; BUDAK/KARAASLAN, s. 99; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 236. İcra takibinin adi ortaklık ortaklarının hepsine karşı yapılması gerektiği yönünde bkz. MUŞUL, s. 131.

29 “Adi ortaklığa karşı yapılacak icra takibinin tüm ortaklara... yöneltilmesi gerekir. Ne var ki davaya konu takip yalnızca davalı adi ortağa yöneltilmiştir.” 19. HD., 27.4.2016, E. 2015/17601, K. 2016/7551. “Davacı vekili, davalılar ile inşaatlarında çalışan işçi ve görevlilerin yeme içme ihtiyaçlarının müvekkili tarafından karşılanması konusunda anlaşmalarını, anlaşma uyarınca müvekkilinin yemek tedarik etmesine rağmen yemeklerin parasının ödenmediğini, davalılarca ödenmeyen fatura bedellerine istinaden ...takip başlattıklarını, .. İcra takibinin üç şirketten oluşan adi ortaklığa karşı iki şirket borçlu gösterilmek suretiyle başlatıldığı, davanın da üç ayrı şirkete karşı açıldığı anlaşılmaktadır. Adi ortaklığın ayrı bir tüzel kişiliği olmadığından adi ortaklığı oluşturan şirket tüzel kişilikleri borçlu



Ortakların para borcu dışında, müteselsilen sorumlu oldukları ve ortaklık mal varlığı dışında ifa edebilecekleri -bir ton buğdayın teslimi gibi- borçları olabilir. Söz konusu borçlar genel haciz yoluyla takibin konusu yapılamaz. Bu sebeple ortaklara karşı dava açılmalı ve elde edilen ilâmla, ilâmlı takip yoluna başvurulmalıdır³⁰. Bu durumda ortaklardan birine karşı dava açılarak elde edilen ilâmla³¹, tek bir ortağa karşı ilâmlı takip yapılması mümkün olmalıdır.

Ortakların müteselsilen sorumlu olduğu bir borçtan dolayı onların tamamına karşı açılan dava sonunda elde edilen ilâmla takip yapılmak istendiğinde, ilâmda yer alan tüm ortakların takipte taraf olarak gösterilmesi zorunlu olmamalıdır. Çünkü davada ihtiyari dava arkadaşı olarak yer alan ortaklar, icra takibinde ihtiyari takip arkadaşı olarak yer almaya devam edebilirler. Dolayısıyla ilâmda borçlu görünen ortaklardan birinin ilâmlı takipte borçlu tarafta yer alması ve sadece onun adına icra emri gönderilmesi mümkün olmalıdır. Ancak Yargıtay 12. HD'nin bir kararında, ilâmda borçlu olarak adi ortaklığın yer aldığı, bu sebeple ortaklardan birinin takipte taraf olmasının mümkün olmadığına hükmedilmiştir³². Karardan takip konusunun ne olduğu tam olarak anlaşılammamaktadır. Şayet takibin konusu ortakların ortaklık mal varlığından birlikte ifa etmesi gereken bir edimse, ortakların mecburi takip arkadaşlığı bakımından verilen karar yerindedir. Buna karşın takibin konusunu para alacağı oluşturuyorsa ortakların mecburi takip

gösterilmek suretiyle ortaklığı oluşturan şirketlerin tümüne karşı icra takibi açılması gerekirken..." 19. HD., 5.6.2017, E. 2016/8837, K. 2017/4541; 19. HD., 27.10.2015, E. 2015/2296, K. 2015/13615. "Adi ortaklığın aktif ve pasif dava ehliyeti bulunmadığından, takibin veya davanın bütün ortaklar aleyhinde açılması zorunludur." 12. HD., 12.9.2018, E. 2018/11022, K. 2018/7910; 12. HD., 6.2.2018, E. 2016/27433, K. 2018/802 (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası).

- 30 Takip konusu para dışında bir borç olduğunda, mecburi takip arkadaşlığının genellikle ilâmlı takipte söz konusu olacağına ilişkin bkz. DİŞEL, s. 163.
- 31 Konusu paradan başka şey olan davaların ortakların tamamına karşı açılması gerektiği yönünde bkz. ULUKAPI, s. 77. Ortakların elbirliği ile sahip olduğu mal varlığında birlikte tasarrufta bulunarak ifa edebilecekleri borçların dava konusu olması hâlinde, ortaklar mecburi dava arkadaşı olarak davalı tarafta yer alır. Dava konusunun cins borcu olması durumunda, ortaklar bu borcu elbirliği konusu mal varlığından ifa etmek zorunda değildir. Bu durumda ortaklar arasında mecburi dava arkadaşlığı yoktur (PEKSÖZ, s. 190-191; aynı yönde bkz. DİŞEL, s. 29, 110-11).
- 32 *"Takibe dayanak ilamın incelenmesinde borçlu adi ortaklık olup; takip talebinde adi ortaklık gösterildikten sonra alt kısımda adi ortaklığı oluşturan ortakların her birinin adının yazılı olması bir başka deyişle adi ortaklığı oluşturan ortakların borçlu olarak gösterilmesi gerekmektedir. Aksi halde geçerli bir takipten söz edilemez. Somut olayda yukarıda belirtilen zorunluluğa riayet edilmeksizin, takipte borçlu olarak, şikayet eden ...'un gösterildiği, usulüne uygun şekilde, ... & ... Avukatlık adi ortaklığı ortakları başlığı altında adi ortaklığı oluşturan tüm ortakların ayrı ayrı gösterilmediği, icra emrinin de bu takip talebine göre sadece ... hakkında düzenlendiği görülmektedir. Bu şekilde başlatılan takip geçerli bir takip değildir." 12. HD., 17.10.2018, E. 2018/4436, K. 2018/10034 (Kazancı İçtihat Bankası).*

arkadaşlığı söz konusu olmadığından, ortaklardan birine karşı para alacağının tahsili amacıyla ilâmlı takip yapılabilir. Ayrıca her iki durum bakımından da hak ehliyeti olmayan adi ortaklığın borçlu olduğundan söz edilemez. Dolayısıyla adi ortaklığın borcu olduğu gerekçesiyle, ortaklardan birinin borçlu olmadığı ve ona karşı takip başlatılamayacağı savunulamaz. Keza adi ortaklık ilişkileri kapsamında üstlenilen borçlardan sorumlu olanlar ortaklardır³³.

Mecburi dava arkadaşlarındaki noksanlığa rağmen davaya devam edilirse davanın reddedilme gerekçesi olarak öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir³⁴. Adi ortaklık ortakları maddî hukuka göre elbirliği ortaklığı oluşturur ve elbirliği halinde hak sahibi oldukları mal varlığı üzerinde ortak tasarruf yetkileri bulunur. Mecburi dava arkadaşlığında ortakların tasarruf yetkisini birlikte kullanmaları gerektiğinden, ortaklar davayı birlikte açarlar ve onlara karşı dava birlikte açılır. Maddî hukuktaki tasarruf yetkisinin davadaki karşılığını dava takip yetkisi oluşturur ve dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisi olarak ifade edilir (HMK m. 53). Dolayısıyla davanın dava takip yetkisi noksanlığı sebebiyle reddedilmesi gerekir³⁵. Dava takip yetkisinin takipteki karşılığını ise takip yetkisi oluşturur³⁶. Bu sebeple mecburi takip arkadaşlığına rağmen bir veya birkaç ortak takibin tarafı olarak yer alırsa bu ortakların tasarruf yetkisi olmadığı gerekçesiyle takip yetkisindeki

33 “Mahkemece adi ortaklığın borcu sebebiyle adi ortak hakkında icra takibi yapılamayacağı gerekçesiyle davacı tüzel kişi adi ortağın açtığı menfi tespit davasının kabulüne karar verilmiştir. Oysa adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmayıp, adi ortaklığın borcu sebebiyle adi ortaklık aleyhine dava açılması veya icra takibi yapılması mümkün değildir. Öte yandan 6098 TBK’nın 638/3 maddesi uyarınca adi ortaklar, birlikte veya bir temsilci aracılığıyla bir üçüncü kişiye karşı ortaklık ilişkisi çerçevesinde üstlendikleri borçlardan, aksi kararlaştırılmadıkça müteselsilen sorumludurlar. Dairemizin yerleşik uygulamalarında da belirtildiği üzere adi ortaklığın borcu sebebiyle bu ortaklığı oluşturan kişiler aleyhine icra takibi yapılmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” 11. HD., 21.5.2018, E. 2016/11748, K. 2018/3750 (Kazancı İçtihat Bankası).

34 Sıfat yokluğu olduğuna ilişkin bkz. KURU, Usul C. III, s. 3315 ve dn. 103; 3317; ULUKAPI, s. 148. Mecburi dava arkadaşları bir araya gelmedikleri takdirde, bir süje yoktur ve onlar hak sahibi olamazlar. Onların bir bütün oluşturacak şekilde, davada bir araya gelmeleri hâlinde taraf ehliyeti sağlanmış olur. Bu yöndeki görüş için bkz. TANRIVER, s. 557. Ayrıca bkz. GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 236, 399.

35 PEKCANITEZ/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, s. 564, 712; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, Usul, s. 238; BUDAK/KARAASLAN, s. 114; TAŞ KORKMAZ, Taraf, s. 126-127; ERİŞİR, s. 101. Karş. AKKAYA, Tolga: “Medeni Usul Hukukunda İradî Taraf Değişikliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, 2014, s. 921.

36 ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 119; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra, s. 84.



noksanlıktan bahsedilmelidir³⁷. Bu husus takip şartı olduğundan³⁸ icra müdürü takip yetkisindeki noksanlığı re'sen dikkate almalıdır³⁹. Ancak icra müdürünün takibin iptaline yönelik karar vermeden önce eksikliğin giderilmesi için süre vermesi yerinde olur⁴⁰.

TBK m. 625, III ve m. 637'ye göre ortaklar, bir veya birkaç ortağa idare ve temsil yetkisi verebilirler. Bu durumda idareci ortak, HMK m. 71 anlamında vekil olarak diğer ortakları temsilen dava açabilir⁴¹. Aynı şekilde bu ortağın icra takiplerinde de ortakları temsil etmesi mümkündür⁴².

C. Adi Ortaklık Adına veya Adi Ortaklığa Karşı İcra İşlemleri Yapılması

Adi ortaklığın takipte taraf ehliyeti olmadığı için ortaklık adına veya adi ortaklığa karşı takip başlatılamayacağı gibi, ortaklık diğer icra işlemlerinin de muhatabı olamaz ve taraf işlemlerini yapamaz⁴³. Örnek olarak, ödeme emrinin adi ortaklık adına değil; ortaklar adına düzenlenmesi ve ortaklara tebliğ edilmesi gerekir⁴⁴. Adi ortaklık adına ödeme emrinin tebliğ edilmesi durumunda, ortaklar taraf ehliyeti noksanlığı sebebiyle şikâyet yoluna başvurarak adi ortaklık adına başlatılmış takibin iptal edilmesini sağlayabilir⁴⁵. Öte yandan ödeme

37 DİŞEL, s. 66-67.

38 ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra, s. 85.

39 DİŞEL, s. 66.

40 DİŞEL, s. 141-142.

41 PEKSÖZ, s. 233 vd.

42 DİŞEL, s. 69.

43 "Somut olayda, takip talebinde adi ortaklığın adı altında her ne kadar adi ortaklığı oluşturan ortaklar da ayrıca borçlu olarak gösterilmiş ise de, takip dosyası kapsamında adi ortaklık aleyhine de ödeme emri gönderilmiş, adi ortaklık hakkında da takip işlemleri yapıldığı görülmüştür. O halde, ... Adliye Mahkemesince istinaf başvurusunun esasan reddi gerekirken, yazılı gerekçe ile ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılarak sadece ödeme emrinin iptali yönünde hüküm tesisi isabetsizdir." 12. HD., 22.10.2018, E. 2017/5737, K. 2018/10336 (Kazancı İçtihat Bankası).

44 MUŞUL, s. 192; BARLAS, s. 99-100. Karş. PULAŞLI Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi**, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 40. Ödeme emri, ortaklara ayrı ayrı tebliğ edilmelidir (BARLAS, s. 100). 12. HD., 13.1.2016, E. 2015/25154, K. 2016/689 (Kazancı İçtihat Bankası). "Takip talebi ve ödeme emrinin, asıl borçlu ...-... İş Ortaklığı ana başlığı altında adi ortaklığı oluşturan şirketlerin borçlu hanesinde 1 ve 2 numara altında gösterilerek düzeltilmesi ve ödeme emri tebliğatının da yalnızca iş ortaklığını oluşturan şirketlere çıkartılması gerektiğinden...-... İş Ortaklığı'na çıkartılan ödeme emri tebliğatının iptaline karar verilmesi gerekirken..." 12. HD., 17.12.2019, E. 2018/16355, K. 2019/18039 (Kazancı İçtihat Bankası).

45 MUŞUL, s. 192; PULAŞLI, s. 40. Bkz. 12. HD, 15.2.2017, E. 2016/10463, K. 2017/2012; 12. HD., 25.10.2017, E. 2016/21377, K. 2017/12996 (Kazancı İçtihat Bankası). Süresiz şikâyet edilebileceğine dair bkz. PULAŞLI, s. 40. "Şikâyete konu takipte, K... İnş. Tic. Ve San. Ltd. Şti. & M... İnş. Taah. Mad. San. Ve Tic. Ltd. Şti. ortak girişiminin de borçlu olarak gösterildiği ve adi ortaklık adına da ödeme emrinin çıkarıldığı görülmektedir. O halde, mahkemece, taraf ehliyetine ilişkin bu durumun re'sen gözetilerek, K... İnş. Tic. Ve San. Ltd. Şti. & M... İnş. Taah. Mad. San. Ve Tic. Ltd.

emrinin adi ortaklık adına tebliğ edilmesinin ardından ortaklara da tebliğ edilmesi hâlinde artık ortaklar bakımından takipte bir usûlsüzlükten bahsedilmemektedir⁴⁶. Bunun yanında adi ortaklık adına tebliğ edilen ödeme emrine ortakların itiraz etmesi durumunda, takipte taraf teşkilinin sağlanmış olduğuna ve takibin iptaline ihtiyaç kalmadığına Yargıtay 15. HD tarafından hükmedilmiştir⁴⁷.

Takep arkadaşlığı kurallarına göre icra takip işlemlerinin ve taraf takip işlemlerinin muhatabı ortaklardır. Ortakların mecburi takip arkadaşı olması durumunda, icra takip işlemleri ortakların tamamına karşı yapılmalıdır⁴⁸; taraf takip işlemlerini de ortakların birlikte yapması gerekir⁴⁹. Tek bir takip talebiyle⁵⁰ ve İİK m. 58'e göre tüm ortaklara ilişkin bilgilerle ortaklar icra takibini başlatabilir⁵¹. Ortakların davalı tarafta mecburi takip arkadaşı olması hâlinde de onlara karşı tek bir takip talebiyle takibe başlanmalıdır. Ödeme emrine mecburi takip arkadaşı olan ortakların birlikte itiraz etmesi gerekir. Aynı şekilde mecburi takip arkadaşı olan ortaklar, haciz ve satış talebinde birlikte bulunmalıdır⁵².

İhtiyari takip arkadaşlığında icra takip işlemleri ve taraf işlemleri, ortaklar tarafından ve ortaklara karşı birbirinden bağımsız olarak yapılabilir⁵³. Alacaklı birden fazla borçluya karşı tek bir takip talebi ile takip başlatabilme imkânına sahiptir⁵⁴. Ödeme emri ise İİK m. 61, II gereğince borçlulara ayrı ayrı tebliğ edilir. Ancak adi ortakları idareci ortak temsil ediyorsa, ödeme emrinin sadece idareci ortağa tebliğ edilmesi mümkündür (İİK m. 61, II). Ortaklar ödeme emrine birbirinden farklı sebeplerle ve farklı sürelerde itiraz edebilir veya ortakların bir kısmı itiraz ederken; diğerleri itiraz etmeyebilir⁵⁵. Bu durumda ortaklardan birinin ödeme emrine itiraz etmesinden diğer ortaklar faydalanamaz⁵⁶.

Şti. ortak girişimi hakkındaki takibin iptaline karar verilmesi gerekirken..."12. HD., 19.1.2017, E. 2016/8274, K. 2017/635 (Kazancı İçtihat Bankası).

46 MUŞUL, s. 192.

47 15. HD, 12.12.2017, E. 2017/1923, K. 2017/4381 (Kazancı İçtihat Bankası).

48 ARSLAN Aziz Serkan: **İcra Takip İşlemleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 116; BORAN GÜNEYSU, Nilüfer: "İcra Takip İşlemleri", **TBB**, 2012 (101), s. 47.

49 ARSLAN, s. 116; DİŞEL, s. 146-147.

50 KURU, El Kitabı, s. 167; ÜSTÜNDAĞ, s. 70.

51 BORAN GÜNEYSU, İcra Takip İşlemleri, s. 46; DİŞEL, s. 140.

52 DİŞEL, s. 147.

53 İcra takip işlemleri açısından aynı yönde bkz. BORAN GÜNEYSU, İcra Takip İşlemleri, s. 47.

54 KURU, İcra İflas, 73; ÜSTÜNDAĞ, s. 71; MUŞUL, s. 143; GÖRGÜN/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 66; ARSLAN, s. 117.

55 DİŞEL, s. 176, 180. Ayrıca bkz. BORAN GÜNEYSU, İcra Takip İşlemleri, s. 47.

56 KURU, İcra İflas, s. 74; AKİL, Cenk: **Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine İtiraz**, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 148; ARSLAN, s. 117.

Adi ortaklık adına haciz müzekkeresi veya İİK m. 89'a göre haciz ihbarnamesi düzenlenemez⁵⁷. Üçüncü kişilerin adi ortaklıktaki alacakları için gönderilmek istenen haciz müzekkeresinin veya haciz ihbarnamesinin ortaklar adına düzenlenmesi gerekir. Yargıtay, adi ortaklık adına düzenlenen haciz ihbarnamesinin yok hükmünde olduğunu, bu hususu ortaklardan her birinin süresiz şikâyet konusu yapabileceğini kabul etmektedir⁵⁸. Şikâyet üzerine icra mahkemesi, adi ortaklık adına düzenlenen haciz ihbarnamesinin veya haciz müzekkeresinin iptaline karar vermelidir⁵⁹.

D. Adi Ortaklığın Taraf Gösterildiği İcra Takiplerinde Taraf Değişikliği

HMK m. 124'e göre davada iradi taraf değişikliği mümkündür. Kural olarak karşı tarafın rızasıyla yapılan taraf değişikliği, bazı hâllerde hâkimin iznine tâbidir. Dürüstlük kuralına aykırı olmayan, kabul edilebilir yanılıya dayanan veya maddi hatadan kaynaklanan taraf değişiklikleri hâkimin izniyle yapılır. Davalara ilişkin bir düzenleme olan HMK m. 124'ün dürüstlük kuralına aykırı olmayan, kabul edilebilir yanılıya dayanan veya maddi hatadan kaynaklanan hâllerde icra takiplerinde uygulanmasına imkân tanınmıştır⁶⁰. Yargıtay da bu hâllerde

- 57 "Borçlunun tüzel kişiliği yoksa haciz ihbarnamesi gönderilemez. Tüzel kişiliği olmayan toplulukların malları haciz müzekkeresi gönderilerek haczedilebilir." (PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 178).
- 58 12. HD., 14.1.2019, E. 2018/10222, K. 2019/72 (MİHDER, C. 15, S. 44, 2019/3, s. 1019). 12. HD., 10.12.2015, E. 2015/18475, K. 2015/31171 (Kazancı İçtihat Bankası). Adi ortaklığa çıkarılan haciz müzekkeresinin hukukî sonuç doğurmayacağı yönünde bkz. 12. HD, 16.3.2017, E. 2016/13275, K. 2017/4055 (Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası).
- 59 "Temyiz talebinde bulunan alacaklı ise de, yukarıda da belirtildiği üzere, takipte taraf ehliyetinin kamu düzenine dair olması sebebiyle bu husus mahkemeye re'sen nazara alınması gerektiğinden, taraf ehliyeti bulunmayan iş ortaklığına İİK'nun 89. maddesi kapsamında gönderilen haciz ihbarnamelerinin iptaline karar verilmesi gerekirken" 12. HD., 26.12.2017, E. 2016/24578, K. 2017/16212 (Kazancı İçtihat Bankası). "İ... A.Ş. ve S... A.Ş. tarafından oluşturulan adi ortaklık adına ve İ... A.Ş. ve S... A.Ş. aleyhine başlatılan icra takibinde adi ortaklığın ... Bakanlığın Teknik İşler Daire Başkanlığındaki hakedişleri üzerine, 15.11.2013 tarihli müzekkereyle İİK 78. maddesine göre haciz konulduğu görülmektedir...İİK'nun 78. maddesine göre düzenlenen 15.11.2013 tarihli haciz müzekkeresinin M... İş ortaklığı yönünden iptali gerekirken haciz müzekkeresinin tümünden iptaline karar verilmesi isabetsizdir." 12. HD., 30.04.2014, E. 2014/9341, K. 2014/12812 (MİHDER, 2014/2, C. 10, S. 28, s. 138-139).
- 60 İcra takibinde tarafın kabul edilebilir yanılı veya maddi hata sebebiyle yanlış gösterilmesi durumunda, iradi taraf değişikliğinin mümkün olduğuna dair bkz. PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 85; TAŞ KÖRKMAZ, s. 44. Takip talebinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesinin kabul edilebilir yanılıya dayanması durumunda HMK m. 124, IV'ün kıyasen takiplerde uygulanacağına dair bkz. KURU, İcra İflas, s. 69. Takip iptal edilmeden, tarafta iradî değişikliği sağlayan HMK m. 124 uygulanarak rehin veren veya asıl borçlunun takibe dahil edilmesinin mümkün olduğuna ilişkin bkz. PEKCANİTEZ Hakan/SİMİL Cemil: Şikâyet, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 207. Karş. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 123. Temsilcide hata sebebiyle iradi taraf değişikliğinin icra takiplerinde uygulanabilirliği yönünde bkz. AKKAYA, s. 915. Madde metninde dava

HMK m. 124'ün icra takiplerinde uygulanmasını mümkün kabul etmektedir⁶¹.

Adi ortaklığın taraf gösterildiği davalarda, kabul edilebilir yanlıgı sebebiyle taraf değişikliği yapılabilir ve ortaklar davanın tarafı olarak yer alabilir⁶². Aynı şekilde takibin tarafı olarak adi ortaklığın yer alması durumunda, kabul edilebilir bir yanlıgı sebebiyle tarafın yanlıgı gösterildiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla adi ortaklığın taraf gösterildiği takipte HMK m. 124 uygulanarak taraf değişikliği yapılabilir ve ortakların takibin tarafı olması sağlanabilir⁶³.

Taraf değişikliği icra takibinin yapıldığı yer icra dairesinden talep edilmelidir⁶⁴. İcra müdürü bu talebi reddederse ret kararına karşı şikâyet yoluna başvurulabilir⁶⁵. İcra takibinde taraf değişikliğinin sağlanması hâlinde, borçluya tekrar ödeme emri gönderilmelidir⁶⁶. Borçlunun ödeme emrine itiraz etmesine imkân tanınması hukukî dinlenme hakkının gereğidir⁶⁷.

II. İCRA TAKİBİNE İLİŞKİN YARGILAMALARDA ADİ ORTAKLIĞIN VE ORTAKLARIN YER ALMASI

A. Şikâyet Yolunda

İcra takiplerinde olduğu gibi, şikâyet yolunda da adi ortaklık taraf ehliyetine sahip değildir⁶⁸. Ancak adi ortaklık adına başlatılmış bir

dilekçesinde tarafın yanlıgı veya eksik gösterilmesinden söz edildiğinden, kabul edilebilir yanlıgı sebebiyle taraf değişikliğinin sadece davalı tarafta yapılabileceği; davacı tarafta yapılamayacağı yönünde bkz. BÖRÜ Levent: "Tarafta (İradi) Değişim (HMK m. 124)", Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 621.

61 HGK, 12.10.2016, E. 2014/12-1190, K. 2016/964; 3. HD. 4.7.2017, E. 2017/5987, K. 2017/10972 (Kazancı İçtihat Bankası).

62 AKKAYA, s. 915; PEKSÖZ, s. 193 vd.

63 12. HD., 18.4.2017, E. 2016/13909, K. 2017/5969. "Takip talebinde adi şirket yerine, adi şirketi oluşturan şirketlerin gösterilmesi gerekirken tüzel kişiliği olmayan adi şirketin gösterilmesi, HMK 124/4 fıkrası uyarınca kabul edilebilir bir yanlıgıya dayanmakta olup, mahkemece alacaklıya ek takip talebi vererek adi şirketi oluşturan şirketleri takibe dahil etmesi için süre vermesi, verilen süre içinde şirketler takibe dahil edilmiş işeler bu yöndeki takibin iptal istemini reddedip diğer itiraz ve şikâyetlerin incelenmesi aksi halde takibin iptaline karar vermesi gerekirken..." 12. HD., 14.12.2017, E. 2017/6045, K. 2017/15645 künyeli kararın karşı oy yazısından (Kazancı İçtihat Bankası).

64 PEKANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 85.

65 PEKANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 85.

66 PEKANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 85; TAŞ KORKMAZ, s. 45.

67 PEKANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 85; TAŞ KORKMAZ, s. 45. Takipte, yeni icra emri veya ödeme emri gönderilmesi gibi yeni bir durumla karşılaşılmişsa hukukî dinlenme hakkı ayrıca gözetilmelidir (ÖZEKES Muhammet: İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 147).

68 PEKANITEZ/SİMİL, s. 224. "İcra mahkemesine başvuran adi ortaklık adına yapılan başvurunun adi ortaklığın taraf ehliyeti bulunmadığından aktif husumet yokluğu sebebiyle reddi gerekirken..." 12. HD., 25.12.2017, E. 2016/25148, K. 2017/16128; 12. HD., 7.5.2018, E. 2016/31535, K. 2018/4386 (Kazancı İçtihat Bankası).

takipte, şikâyet yoluna kimin başvurması gerektiği uygulamada sorun oluşturabilmektedir.

Adi ortaklığın taraf gösterildiği takibe ilişkin başvuru olan şikâyet yolunda, takibin tarafı olarak gösterilmemiş olsalar da, ortaklar taraf olarak yer almalıdır⁶⁹. Bu durumda ortaklardan sadece birinin şikâyet yoluna başvurması mümkün kabul edilmektedir⁷⁰. Nitekim takibin taraflarından başka menfaatleri olumsuz etkilenen üçüncü kişilerin şikâyet yoluna başvurması mümkündür⁷¹.

Yargıtayın bir kararında⁷² takip, adi ortaklığa karşı yapılmıştır. Adi ortaklığın vekili, borçlunun tüzel kişiliği olmadığından takipte de taraf olamayacağı gerekçesiyle, takibin iptalini şikâyet yoluyla talep etmiştir. Ne var ki şikâyet talebi, adi ortaklık adına yapılmış ve vekâletname de adi ortaklık adına düzenlenmiştir. Hâl böyle olunca, şikâyet talebinin reddi gerektiğine karar verilmiştir. Dolayısıyla takibin tarafı adi ortaklık olsa dahi, şikâyet yoluna başvururken şikâyetin tarafı olarak ortaklığın değil, ortakların gösterilmesi gerekir.

Adi ortaklık taraf gösterilerek başlatılan takibe ilişkin şikâyetin ortaklık tarafından yapılması durumunda, şikâyet talebinin hemen reddedilmemesi kanaatimizce yerinde olur. Yargıtayın da bir kararında yer verdiği çözüme göre, adi ortaklık taraf gösterilerek başlatılan takibe yönelik yapılan şikâyetin tarafı adi ortaklık olsa da, hâkim takibin ve şikâyetin tarafının ortaklar olmasının sağlanması için süre vermelidir. Bu süre zarfında ortaklar takibin tarafı olarak yer almazsa takibin iptaline karar verilmelidir⁷³.

B. İtirazın İptali Davasında ve İtirazın Kaldırılması Yolunda

Adi ortaklık taraf ehliyetine sahip olmadığından itirazın iptali davasında ve itirazın kaldırılması yolunda adi ortaklık taraf olarak yer

69 "Gerçek ya da tüzel kişi olan adi ortaklığın ortaklarından her birinin, adi ortaklık hakkında yapılan takibe yönelik olarak şikâyet haklarının bulunduğu izahtan varestedir. Somut olayda, icra mahkemesine başvuranın ise, adi ortaklık olduğu görülmektedir. O halde; mahkemece, adi ortaklık adına yapılan başvurunun aktif husumet yokluğu sebebiyle reddi gerekirken, bu husus gözardı edilmek suretiyle şikâyetin esaslı incelenerek yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir." 12. HD., 7.4.2016, E. 2015/32040, K. 2016/10298 (Kazancı İçtihat Bankası).

70 12. HD., 26.12.2017, E. 2016/24578, K. 2017/16212 (Kazancı İçtihat Bankası).

71 KURU, El Kitabı, s. 106; MUŞUL, s. 93; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 63; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra, s. 52.

72 12. HD, 1.03.2018, E. 2016/29666, K. 2018/2161 (Kazancı İçtihat Bankası).

73 "Takipte borçlu tarafın iş ortaklığı olarak gösterilmesinin kabul edilebilir bir yanılı olarak kabul edilerek, mahkemece takibin iş ortaklığını oluşturan şirketlere yöneltilmesi için süre verilmesi, verilen süre içinde eksikliğin giderilmesi halinde işin esasının incelenmesi, aksi taktirde şikâyetin usulden reddi gerekir iken..." 12. HD., 18.4.2017, E. 2016/13909, K. 2017/5969 (Kazancı İçtihat Bankası).

alamaz. Adi ortaklık adına veya ortaklığa karşı başlatılan takibe ilişkin ortaklık adına itirazın iptali davası açılırsa⁷⁴ veya itirazın kaldırılması yoluna⁷⁵ başvurulursa taraf ehliyeti noksanlığı nedeniyle davanın usûlden reddine karar verilmelidir. Söz konusu durumda mahkeme, icra takibinin iptaline yönelik karar veremez; davanın reddine ilişkin kararlar yetinmelidir. Bu kararın ardından alacaklının takibin tarafını değiştirmesine ve borçlunun ödeme emrine yeniden itiraz etmesine imkân tanınması gerekir.

Adi ortaklığın taraf olarak yer aldığı takibin itiraz üzerine durması hâlinde, ortakların itirazın iptali davası açması veya itirazın kaldırılması yoluna başvurması mümkün değildir. Çünkü takibin tarafları ile itirazın iptali davasının ve itirazın kaldırılması yolunun tarafları aynı olmak zorundadır. Ayrıca şikâyetten farklı olarak bu yollara menfaati olan üçüncü kişiler başvuramaz.

İcra takibinde taraf değişikliği yapılmadan, itirazın iptali davasında ve itirazın kaldırılması yolunda taraf değişikliği yapmak mümkün değildir⁷⁶. Nitekim bu yollarda, alacaklının taraf değişikliği talebinde bulunması halinde, hâkimin icra takibinde taraf değişikliği yapılması için süre vermesi ve bu hususu da bekletici mesele yapması gerekir⁷⁷. Bu sebeple adi ortaklık adına veya ortaklığa karşı takip başlatılmış olsa da itirazın iptali davası açılmadan veya itirazın kaldırılması yoluna başvurulmadan evvel takipte taraf değişikliğinin yapılması uygun olur. İcra takibinde

74 "Takip talebinin adi ortaklık adına alacaklı sıfatı ile başlatıldığı, adi ortaklık adına yetkilendirilen ... tarafından verilen vekaletnameye göre davacı vekili tarafından bu davanın açıldığı, oysa adi ortaklığın tüzel kişiliğinin bulunmaması sebebiyle bu davayı adi ortakların kendi adlarına birlikte açmaları gerektiği, bu nedenle vekilin de takip ehliyeti ve dava açma ehliyeti olmadığı, davacı adi ortaklığın tüzel kişiliği bulunmadığı, HMK'nun 114/1.d maddesi uyarınca dava şartının gerçekleşmemiş olduğu gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmiş..." 19. HD., 19.2.2019, E. 2017/2797, K. 2019/974. "Ne var ki takip taleplerinde "... denilmiş ve adi ortaklığın kimlerden oluştuğu açıklanmamıştır. Adi ortaklığa karşı yapılacak icra takibinin tüm ortaklara yöneltilmesi gerekir. Bu durumda usulüne uygun bir icra takibinden bahsedilemez. Mahkemece, dava dilekçesindeki taraf bölümünün hükümle de düzeltilmesine karar verilmesi yargılamada taraf değişikliği yapılamayacağından usul ve yasaya aykırıdır. Bu sebeple dava şartı yokluğu sebebiyle davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması isabetsizdir." 19. HD., 27.10.2015, E. 2015/2296, K. 2015/13615; 11. HD., 15.2.2016, E. 2015/6967, K. 2016/1450 (kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası).

75 "İki veya daha fazla işletmenin belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri ortaklığın (Joint Venture'nin) tüzel kişiliği bulunmadığından taraf ehliyeti de yoktur. Bu sebeple ortaklık adına açılacak davaların adi ortaklığı oluşturan ortaklardan herhangi biri tarafından açılması zorunludur. O halde mahkemece, dava ehliyeti yokluğu re'sen dikkate alınarak adi ortaklık adına yapılan itirazın kaldırılması talebinin reddi gerekirken..." 12. HD., 5.6.2018, E. 2017/2568, K. 2018/5815. "Mahkemece, adi ortaklık aleyhine takip yapılamayacağından ve bu nedenle ortada geçerli bir takip ve dolayısıyla da itiraz olmadığından itirazın kaldırılması talebinin reddine karar verilmesi gerekirken..." 12. HD., 20.10.2015, E. 2015/12704, K. 2015/25142 (kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası).

76 PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 86.

77 PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 86.

taraf değişikliği gerçekleştirildikten sonra borçlu ödeme emrine itiraz ederse, mevcut itirazın iptali davasında veya itirazın kaldırılması yolunda taraf değişikliği yapılabilir⁷⁸.

İtirazın iptali davasında ve itirazın kaldırılması yolunda ortakların dava arkadaşlığı kurallarına riayet etmesi gerekir. Ortaklar alacaklı tarafta mecburi takip arkadaşı olacaklarından, itirazın iptali davasına ve kaldırılması yoluna ortakların birlikte başvurması gerekir⁷⁹. İtirazın bertaraf edilebilmesi, ortakların tamamı hakkında alınmış kararlar mümkün olabilir. Genel haciz yoluyla takipte ortaklar borçlu tarafta ihtiyari takip arkadaşı olacağından, her bir ortağa karşı ayrı ayrı ya da ihtiyari dava arkadaşı olarak birlikte itirazın iptali davasına veya itirazın kaldırılması yoluna başvurulması mümkündür⁸⁰. Ayrıca alacaklı, ortaklardan kimisine karşı itirazın iptali davası açarken; kimisine karşı da itirazın kaldırılması yoluna başvurabilir⁸¹.

Takip arkadaşlığı kurallarına riayet edilmemiş takibe ilişkin açılan itirazın iptali davasında, ortakların dava arkadaşlığının sağlanması bakımından verilen rıza takibi de kapsar⁸². Ancak bu yönde rıza alınmadan dava görülürse hem takip şartı eksikliği hem de dava şartı eksikliği söz konusu olur⁸³. İtirazın kaldırılması yolunda da bu rızanın takibi kapsadığı kabul edilmelidir. Ayrıca bunun için takibin tarafının ortaklar olması sağlanmalıdır; ortaklık adına veya ortaklığa karşı yapılan takibe ilişkin açılan itirazın iptali davasında ve itirazın kaldırılması yolunda bu imkân mevcut olmamalıdır⁸⁴.

78 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 86.

79 KURU, C. I, s. 283, dn. 13; DİŞEL, s. 148.

80 KURU, C. I, s. 284, dn. 14; DİŞEL, s. 180.

81 KURU, C. I, s. 284, dn. 14.

82 "Ortaklar arasında zorunlu dava arkadaşlığı mevcuttur. Bu halde adi ortaklık ile sözleşme yapılarak bu sözleşmeden kaynaklanan bedel talep edildiğinde davanın adi ortaklığı oluşturan tüm gerçek ya da tüzel kişiler tarafından açılması veya dava açmayan ortağın sözleşmeden doğan haklarını dava açan ortağa temlik etmesi ya da açılan davaya muvafakatinin sağlanması gerekir. İtirazın iptali davaları da itiraz üzerine duran takibin devamı için açılan davalar olduğundan itirazın iptali davası için geçerli olan muvafakat, icra takibine muvafakatı da kapsar... dava dışı diğer ortağın davaya ve takibe muvafakatinin alınması,... tarafından muvafakat verilmezse onun hakkında da dava açılıp eldeki dosya ile birleştirilmesinin sağlanarak davaya devam edilip..." 15. HD., 11.4.2017, E. 2016/1774, K. 2017/1668. Aynı yönde bkz. 15. HD., 24.10.2019, E. 2018/5504, K. 2019/4133; kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

83 "Adi ortaklığı ayrı bir tüzel kişiliği olmadığından adi ortaklığı oluşturan şirket tüzel kişilikleri borçlu gösterilmek suretiyle ortaklığı oluşturan şirketlerin tümüne karşı icra takibi açılması gerekirken eksik şirket ismi bildirilip icra takibine başlanması sebebiyle dava şartı yokluğundan davanın reddine karar verilmesi gerekirken..." 19. HD., 5.6.2017, E. 2016/8837, K. 2017/4541 (Kazancı İçtihat Bankası). Bkz. yuk. I, B.

84 İcra takibinde taraf değişikliği yapıldıktan sonra, eski borçlunun itirazı üzerine açılmış itirazın iptali davası dayanaksız kahr. Bu durumu önlemek için itirazın iptali davasında da

Yargıtay bir kararında, takipte alacaklı olarak yer alan adi ortaklık ile itirazın iptali davasında davacı olan adi ortaklığın farklı olduğunu ifade etmiş ve itirazın iptali davasının takipteki alacaklı tarafından açılması icap ettiğinden sıfat yokluğundan davanın reddine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁸⁵. Karara konu olan olaya ilişkin, ortakların adi ortaklık olarak kullandıkları isimlerini takip devam ederken değiştirmiş olmaları akla gelmektedir. Böyle bir durumda aynı ortaklarla aynı hukukî ilişkiler devam edebilir. Dolayısıyla takibin tarafı olarak yer alan ortaklar A ortaklığını oluştururken; itirazın iptali davasını açan ortaklar B ortaklığını oluşturuyor olabilir. Bu hâlde davanın reddedilmemesi gerekir. Şayet ortaklar A ve B olarak iki farklı adi ortaklık kurmuşsa, A ortaklığının alacağını takibe konu yapıp B ortaklığının alacağını da itirazın iptali davasının konusu elbette yapamazlar. Bunun yanı sıra dava açarken ve takip yaparken her ne kadar adi ortaklığın adı kullanılsa da tarafın ortaklar olduğunun belirtilmesi ve ortakların isimlerinin kullanılması gerekir. Bu yüzden karara konu olan olayda ortakların taraf olarak yer alıp almadığına ve ortakların isimlerinin kullanılıp kullanılmadığı hususuna dikkat edilmelidir. Şayet adi ortaklık takipte ve davada taraf olarak yer alıyorsa itirazın iptali davasının reddedilme gerekçesi sıfat noksanlığı olmamalı; taraf ehliyeti noksanlığı olmalıdır⁸⁶.

C. Diğer Yargılamalarda

Adi ortaklığı ilgilendiren takiplerde istihkak davası, menfi tespit davası yahut istirdat davasının açılması söz konusu olabilir. Bu davalarda adi ortaklık taraf ehliyetine sahip olmadığından taraf olarak yer alamaz. Adi ortaklıkla ilgili takiplere ilişkin icra mahkemesinde görülen icranın geri bırakılması (İİK m. 33) ve takibin taliki ve iptali (İİK m. 71) yargılamalarında da adi ortaklığın değil; ortakların taraf olarak yer alması gerekir. Bu yollara da takip arkadaşlığı kurallarına riayet edilerek

taraf değişikliği yapılmalıdır. Böylece mevcut itirazın iptali davasının taraf değişikliğinden önceki sonuçlarından da yararlanılabilir. Bu yönde bkz. TAŞ KORKMAZ, s. 46.

85 "1. İcra Müdürlüğü'nün takip dosyasında alacaklı ilgili adi ortaklık gösterilerek borçlu 2. Kısım Toplu Konutları Toplu Yapı Yönetimi aleyhine ilâmsız icra takibi yapılmış, borçlunun itirazı üzerine eldeki davada A... Y.... M.... Ticaret adi ortaklığı davacı gösterilerek davalı iş sahibi aleyhine itirazın iptali ve alacağın tahsilini istemiştir. İtirazın iptali davaları, takip talebinde bulunan alacaklı tarafından itiraz eden borçlu ya da borçlular aleyhine açılmalıdır. Takip talebinde bulunmayan ve alacaklı olarak yer olmayan özel ya da tüzel kişilerin itirazın iptali davası açmalarında taraf sıfatı bulunmamaktadır." 15. HD., 7.12.2017, E. 2016/2497, K. 2017/4330 (Kazancı İçtihat Bankası).

86 Adi ortaklığın husumet ehliyeti bulunmadığı yönünde bkz. 13. HD., 8.6.2015, E. 2014/32220, K. 2015/18988. Adi ortaklık adına yapılan başvurunun aktif husumet yokluğu nedeniyle reddedilmesi gerektiği yönünde bkz. 12. HD., 4.11.2014, E. 2014/19203, K. 2014/26150. Adi ortaklığın dava ehliyetinin olmadığına ilişkin bkz. 12. HD., 5.6.2018, E. 2017/2568, K. 2018/5815 (Kazancı İçtihat Bankası).

başvurulmalıdır⁸⁷. Örneğin ortakların alacaklı olması durumunda borçlu, menfi tespit veya istirdat davasını ortakların tamamına karşı açmalıdır. Ortaklara borcunu ödediğini iddia eden borçlu, tüm ortaklara karşı icranın geri bırakılması veya takibin iptali talebinde bulunmalıdır⁸⁸. Ortaklar borçlu ise ve borcu ödediklerini yahut borçlu olmadıklarını iddia ediyorlarsa müteselsilen sorumlu olan ortakların birbirinden ayrı olarak bu yollara başvurması mümkündür.

İhtiyati haciz aşamasında da adi ortaklığın değil; ortakların taraf olarak gösterilmesine dikkat edilmelidir⁸⁹. Adi ortaklık adına ihtiyati haciz talep edildiğinde ve ortaklık hakkında ihtiyati haciz kararı verildiğinde, ihtiyati haciz kararına adi ortaklığın taraf ehliyeti olmadığı gerekçesiyle itiraz edilmelidir⁹⁰.

Ortakların ihtiyati haciz aşamasında yer alması bakımından da dava arkadaşlığı kuralları söz konusu olur⁹¹. Ancak gecikmesinde sakınca

87 İcranın geri bırakılması bakımından aynı yönde bkz. KÖLE Mehmet: **İlamlı İcra Takibinde İcra Mahkemesi Tarafından İcranın Geri Bırakılması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 178.

88 KÖLE, s. 178.

89 Hak ehliyetine sahip her alacaklının ihtiyati haciz isteyebileceğine dair bkz. ÖZEKES, Muhammet: **İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz**, Sözkese Matbaacılık, Ankara 1999, s. 175. “Adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından takibin veya davanın da bütün ortaklara karşı yöneltilmesi gerektiği, somut olayda, her ne kadar adi ortaklığı oluşturan üç şirket aleyhine de ihtiyati haciz talep edilmiş ve ihtiyati haciz kararı verilmiş ise de adi ortaklık yönünden de ihtiyati haciz kararı verildiği, bu nedenle, ihtiyati hacze itiraz dilekçesinin adi ortaklığın temsilcilerince sunulması ve adi ortaklığı oluşturan üç şirket aleyhine de ihtiyati haciz kararı verilmesi taraf ehliyeti olmayan adi ortaklık aleyhine verilen ihtiyati haciz kararının sıhhat kazandığı anlamına gelmeyeceği gerekçesiyle, adi ortaklık yönünden verilen ihtiyati haciz kararının kaldırılmasına karar verilmiştir.” 11. HD., 20.11.2017, E. 2017/4434, K. 2017/6333; 12. HD, 6.2.2018, E. 2016/27433, K. 2018/802 (kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası).

90 Görev ve kamu düzenine ilişkin yetkiyi hâkim re’sen dikkate almalıdır. Taraf bu hususları, hatırlatma niteliğinde ihtiyati hacze itiraz olarak ileri sürebilir (ÖZEKES, İhtiyati Haciz, s. 318). “Alacaklı tarafından, adi ortaklığın borçlu olduğu bonoya dayalı olarak hem adi ortaklık hem de adi ortaklığı oluşturan ortaklar aleyhine ihtiyati haciz talep edilmiş ve mahkemeye de talep doğrultusunda karar verilmiştir. Oysa, taraf ehliyeti, 6100 Sayılı HMK’nın 114/1-d maddesi gereğince dava şartlarından olup, taraflarca ileri sürülmesi dahi, mahkemeye re’sen nazara alınmalıdır. Bu itibarla, adi ortaklığı oluşturan ortaklar aleyhine ihtiyati haciz kararı verilmesi ile yetinilmesi ve adi ortaklık yönünden talebin reddedilmesi gerekirken adi ortaklık yönünden de ihtiyati haciz verilerek buna yönelik, itiraz reddine karar verilmesi doğru olmadığından...” 11. HD., 10.4.2017, E. 2017/1100, K. 2017/1993. Aynı yönde bkz. 11. HD., 3.10.2016, E. 2016/8637, K. 2016/7708; 11. HD., 20.11.2017, E. 2017/4434, K. 2017/6333 (Kazancı İçtihat Bankası). 3.10.2016 ve 20.11.2017 tarihli kararların karşı oy yazısından “İtiraza konu ihtiyati haciz kararında adi ortaklığı oluşturan şirketler ile birlikte adi ortaklık adının da bizzatıhi borçlu olarak gösterilmesi neticeye etkili bulunmamaktadır. Nitekim, bu husus mahkeme kararında da açıklanmıştır. İhtiyati haciz kararına taraf borçluların müteselsil sorumluluk esasına göre adi ortaklığı oluşturan şirketler olduğu hususunda bir tereddüt bulunmadığı gibi, kararda da adi ortaklığı oluşturan şirketleri temsilen vekillerince ileri sürülen itirazın reddine karar verilmesi isabetli olduğundan...”

91 ÖZEKES, İhtiyati Haciz, s. 173, 176-177; PEKSÖZ, s. 350 vd. 19. HD, 26.12.2016, E. 2016/18298, K. 2016/16153 (Kazancı İçtihat Bankası).

olan bir hâl bulunduğu ve ortakların hepsinin menfaati olduğu için ortaklardan birinin ihtiyati haciz talep etmesi mümkün kabul edilir⁹². Bu durumda tamamlayıcı merasim ise ortakların hepsi tarafından birlikte yerine getirilmelidir⁹³.

SONUÇ

Adi ortaklıkların tüzel kişiliği bulunmadığından takipte taraf ehliyeti yoktur. Taraf ehliyeti bir takip şartı olduğundan, icra müdürü taraf ehliyeti noksanlığını re'sen dikkate almalıdır. Aksi durumda süresiz şikâyet yoluyla takibin iptali talep edilebilir.

Adi ortaklık ilişkilerinden kaynaklanan alacak ve borçlara ilişkin takiplerin tarafı ortaklar olmalıdır. Ortaklar mecburi takip arkadaşı olarak takibi başlatabilirler. Buna karşın ortakların borçlu olması hâlinde, müteselsilen sorumlu olup olmadıklarına göre takip arkadaşlığının çeşidi belirlenir. Müteselsilen sorumlu oldukları bir borca ilişkin başlatılan takipte ortaklar ihtiyari takip arkadaşı olarak borçlu tarafta yer almalıdır. Müteselsilen sorumlu olmadıkları borçlara ilişkin ise ortakların mecburi takip arkadaşlığından bahsetmek gerekir.

Adi ortaklık adına başlatılan takipte taraf değişikliği yapılması söz konusu olabilir. HMK m. 124'ün takipler bakımından uygulanması bazı hâllerde mümkün kabul edilmiştir. Bu anlamda adi ortaklığın takipte taraf olarak gösterilmesi kabul edilebilir yanlı olarak değerlendirildiğinden, ortakların takibin tarafı olarak yer alması HMK m. 124'ün uygulanması ile sağlanabilmektedir.

Şikâyet yoluna başvururken adi ortaklığın taraf ehliyeti olmadığına dikkat etmek gerekir. Bu sebeple takibin tarafı adi ortaklık olsa da şikâyet yoluna ortaklık değil; ortaklar başvurmalıdır. Aksi takdirde şikâyet talebi reddedilmektedir. İtirazın iptali davasında ve itirazın kaldırılması yolunda da adi ortaklığın taraf gösterilmesi sonucunda verilen ret kararlarıyla karşılaşılmaktadır. Dava arkadaşlığı kurallarına bu yollarda da riayet edilmelidir. Dava arkadaşlarında noksanlığa rağmen itirazın iptali davasına veya itirazın kaldırılması yoluna başvurulmuşsa, noksanlığın giderilmesi için bu yollarda verilen rıza takipte de geçerli olur.

92 ÖZEKES, İhtiyati Haciz, s. 173.

93 ÖZEKES, İhtiyati Haciz, s. 173.

KAYNAKLAR

AKİL Cenk: **Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine İtiraz**, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

AKKAYA Tolga: “Medeni Usul Hukukunda İradi Taraf Değişikliği”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, 2014, s. 897-941.

ALANGOYA Yavuz: “Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradi Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1969, C. 3, S. 5, s. 125-194.

ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANAĞASI Emel: **İcra ve İflâs Hukuku**, 5. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2019.

ARSLAN Aziz Serkan: **İcra Takip İşlemleri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin: **İcra ve İflâs Hukuku**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020 (İcra).

ATALI Murat/ERMENEK İbrahim/ERDOĞAN Ersin: **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020 (Usul).

BARLAS Nami: **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

BİLGİLİ Fatih: “Adi Ortaklıkların Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesi’nin Verdiği Yeni Karar Karşısında Ortaya Çıkan Durum”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt I, 2002, s.197-215.

BORAN GÜNEYSU Nilüfer: “İcra Takip İşlemleri”, **TBB Dergisi**, 2012 (101), s. 31-60 (İcra Takip İşlemleri).

BORAN GÜNEYSU Nilüfer: **Medenî Usûl Hukukunda Karar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.

BÖRÜ Levent: “Tarafta (İradi) Değişim (HMK m. 124)”, Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 587-629.

BUDAK Ali Cem/KARAASLAN Varol: **Medenî Usul Hukuku**, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

DİŞEL Buse: **İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı**, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.



EREN Fikret: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2019.

ERİŞİR Evrim: **Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti**, Güncel Yayınevi, İzmir 2007.

GÖRGÜN Şanal L./TORAMAN Barış/KODAKOĞLU Mehmet: **İcra ve İflâs Hukuku**, Legem Yayıncılık, Ankara 2017.

GÖRGÜN Şanal L./BÖRÜ Levent/TORAMAN Barış/KODAKOĞLU Mehmet: **Medenî Usûl Hukuku**, 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

İMRE Zahit/ERMAN Hasan: **Miras Hukuku**, 14. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2018.

KALE Serdar: **Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

KÖLE Mehmet: **İlamlı İcra Takibinde İcra Mahkemesi Tarafından İcranın Geri Bırakılması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

KÖROĞLU, Anıl: **Medenî Usûl Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

KURU Baki: **İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı**, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2013 (El Kitabı).

KURU Baki: **İcra ve İflâs Hukuku**, C. I, 3. Bası, Evrim Dağıtım, İstanbul 1988 (C.I).

KURU Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, 6. Bası, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul 2001 (Usul).

KURU Baki: **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, 3. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2019 (İcra İflâs).

MUŞUL Timuçin: **İcra ve İflâs Hukuku**, 6. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

ÖZEKES Muhammet: **İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

ÖZEKES Muhammet: **İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz**, Sözkese Matbaacılık, Ankara 1999 (İhtiyati Haciz).

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet: **İcra İflâs Hukuku**, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.



PEKCANITEZ Hakan/SİMİL Cemil: **Şikâyet**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.

PEKCANITEZ Hakan/TAŞ KORKMAZ Hülya: **Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

PEKSÖZ Vildan: **Medenî Usûl Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin: **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

POSTACIOĞLU İlhan: **İcra Hukuku Esasları**, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.

PULAŞLI Hasan: **Şirketler Hukuku Şerhi**, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.

SUNAR Gülcan: “Şekli Anlamda Taraf Kavramını Kabul Etmenin İcra ve İflas Hukukunda Doğurduğu Sonuçlar”, **Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan**, Alkim Yayınevi, İstanbul 2003, s. 333-355.

TANRIVER Süha: **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Bası, C. I, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

TAŞ KORKMAZ Hülya: **Medenî Usûl Hukukunda İradi Taraf Değişikliği**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014.

ULUKAPI Ömer: **Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı**, Mimoza Yayınları, Konya 1991.

ÜSTÜNDAĞ Saim: **İcra Hukukunun Esasları**, 8. Bası, İstanbul 2004.

YILDIRIM Mehmet Kamil/DEREN-YILDIRIM Nevhis: **İcra ve İflas Hukuku**, 6. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2015.



ULUSLARARASI HUKUK PERSPEKTİFİNDEN 2011 SONRASI DÖNEMDE LİBYA'DA DE FACTO REJİM VE YENİ HÜKÜMETİN TANINMASI SORUNU

*(In the Post- 2011 Period, the Problem of Recognition of the De Facto Regime
and the New Government of Libya from the Perspective of International Law)*

Prof. Dr. Fatma TAŞDEMİR¹

“Tanıma ne anlama geliyor?”

*Kişi bir insanı bir imparator veya
bir bakkal olarak tanıyabilir.*

*Tanıma tanımlayıcı bir formül
olmadan anlamsızdır.”*

Winston Churchill.

ÖZ

Bir devletin toprakları üzerinde belli bir derecede etkin otorite icra eden birimler *de facto* rejim olarak isimlendirilmektedir. Günümüzde *de facto* rejimlerin uluslararası hukuk açısından statüleri ve hukuksal kişilikleri belirsizdir. *De facto* rejimler devletin resmi hükümetini güç kullanarak ve anayasal olmayan yöntemlerle değiştirdikleri için uluslararası barış ve güvenliğe önemli tehditler yöneltilmektedirler. Uluslararası toplum *de facto* hükümet ve *de facto* devlet sorununa “tanıma” metodu ile yanıt vermektedir. Hükümetlerin tanınması iç savaş, devrim ve darbe gibi durumlarda devletlerin anayasalarına ve uluslararası hukuka aykırı yollarla iktidarın değişmesi halinde önem taşımaktadır. Bu olağanüstü hallerde devletler geleneksel olarak yeni bir hükümeti tanımak için “etkinlik” ilkesine başvurmuşlardır. Bir devletteki içsel ve dışsal açıdan etkin olan birimlere *de jure* hükümet statüsü tanınırken, içsel veya dışsal açıdan etkin olmayan farklı birimlere her iki tanıma da ayrı ayrı verilmiştir. 2011 sonrası dönemde Libya örneği devlet uygulamasında etkin kontrol ilkesinin istisnasız mutlak bir ilke olmadığını kanıtlamıştır.

1 Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, İİBF, Uluslararası İlişkiler Bölümü, fatma.tasdemir@hbv.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-1937-4155.



Halk desteğinin olması, uluslararası toplum tarafından yaygın tanınma, uluslararası barış ve istikrarın sağlanması gibi faktörlerin daha çok önem kazandığını göstermektedir. Kaddafi sonrası dönemde Libya'da yaşanan çok-hükümetlilik sorunu Türkiye'nin Doğu Akdeniz'deki hak ve çıkarları açısından önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: De Facto Rejim, Tanıma, Tanınmama, Etkin Kontrol, Libya, Ulusal Mutabakat Hükümeti (UMH).

ABSTRACT

The units that exercise a certain degree of effective authority over the territory of a state is called the *de facto* regime. Today in terms of international law the status and legal personality of *de facto* regimes are uncertain. As *de facto* regimes replace the official government of the state by force and unconstitutional methods, they pose significant threats to international peace and security. International community responds to the problem of the *de facto* state and *de facto* regime with the method of recognition. Recognition of government is important in situations such as civil war, revolution and *coup d'etat*, in case of a change of power, which is contrary to the constitutions of states and international law. In these states of emergency, states have traditionally resorted to the principle of effectiveness in order to recognize new governments. While states grant to the *de jure* status to the entities that are effective both internally and externally in a state; different entities are given to different status that aren't internally and externally effective in a given state as in Libya. In the post-2011 periods, the Libyan example proved that the effective control principle isn't an absolute principle in state practice. The presence of popular support shows that factors such as widespread recognition by the international community, international peace and stability gain more importance. Multi- government problem in Libya after Gaddafi period is important in terms of Turkey's rights and interests in the Eastern Mediterranean.

Keywords: De Facto Regime, Recognition, Un-recognition, Effective Control, Libya, Government of National Accord-(GNA)

GİRİŞ

Uluslararası toplum değişmeyen bir varlık değildir ve siyasi hayatın gelgitlerine maruz kalmaktadır. Yeni devletler meydana gelmekte ve eski birimler yok olmaktadır. Devletler içinde ilan edilen anayasalara aykırı bir biçimde güç kullanılarak ya da kullanılmayarak yeni hükümetler



oluşmaktadır. İsyandar ortaya çıkmakta ve o güne kadar meşru hükümetlerce kontrol edilen topraklarda hasım yönetimler, *de facto* rejimler (*de facto* regimes-(DFRs)) kurulmaktadır. Bu olayların her biri yeni hukuki sonuçlar doğurmaktadır.²

Günümüzde *de facto* rejimler uluslararası topluma yönelik önemli tehditler ortaya çıkartmaktadır. “*De facto* rejimlerin” hak ve yükümlülükleri uluslararası hukuk bakımından tartışmalı bir konu olmaya devam etmektedir. 2011’den günümüze kadarki süreçte Libya’da yaşananlar *de facto* rejimlerin uluslararası hukuk açısından ortaya çıkardığı sorun ve istikrarsızlıkların en güncel ve somut örneğidir.

2011 yılı Libya’da önemli politik değişimlerin yaşandığı bir yıl olmuştur. Libya, Muammer Kaddafi taraftarları ile Kaddafi’yi devirmek isteyen muhalif güçler arasında cereyan eden bir iç savaşın pençesine düşmüştür. 1969’dan beri iktidarda olan Kaddafi rejimi BM Güvenlik Konseyi’nin aldığı 17 Mart 2011 tarihli ve 1973 (2011) sayılı karara dayanarak NATO komutasında gerçekleştirilen askeri müdahale sonucu devrilmiş ve Libya’da tartışmalı bir rejim değişikliği gerçekleşmiştir.³ Böylece 42 yıllık Kaddafi yönetimi sona ermiştir. Ne var ki rejim değişikliği sonucu ülkede beliren iyimserlik havası kısa sürede sona ermiş, yerini silahlı gruplar arasında artan çatışmalara, radikal terör örgütlerinin varlığına, mülteci sorununa ve kontrol edilemeyen sınır sorunlarına bırakmıştır. Herkesin herkesle savaştığı ülkede artan anarşi ve kaos Libya’yı devlet olarak çöküşe sürüklemiştir. Libya 2011-2014 arası dönemde *Weberian* devlet modelinden uzak ve kaotik bir durumun içine düşmüştür.⁴ Bu gelişmeler Libya’nın “devlet olma” (*statehood*) statüsü hakkında tartışmaları da beraberinde getirmiştir. 2014 ortalarında ise Libya’da yeniden bir iç savaş nüksetmiştir. Bu ikinci iç savaş başlangıçta Libya Ulusal Ordusu (Libya’s National Army (LNA)) ve General Halife Hafter’in desteğine sahip Doğu ve Güney Libya’yı kontrol eden Temsilciler Meclisi (HoR) ile, batıdaki Libya Şafak, Libya Kalkanı gibi çeşitli milislerden destek

2 SHAW Malcom N., **Uluslararası Hukuk**, Çev./Ed. İbrahim Kaya vd., TÜBA, Ankara, 2018, s. 315.

3 SAK Yıldırım, “Uluslararası Hukukta İnsancıl Müdahale ve Libya Örneği: Suriye’de Yaşanan ya da Yaşanacaklar için Dersler”, **Uluslararası İlişkiler Dergisi**, 11(4), 2015, s. 141; TAŞDEMİR Fatma, “Libya İç Savaşı’nın Jus in Bello Açısından Analizi”, **Üç Deniz Havzası Ülkeleri Ortak Yönetim Kültürü ve Yeniden Yapılanma Sorunları Sempozyumu**, İstanbul Aydın Üniversitesi, 2012, s. 358.

4 DROZ-VINCENT Philippe, “Competitive Statehood in Libya: Governing Differently a Specific Setting or Deconstructing its Weak Sovereign State with a Fateful Drift Toward Chaos?”, **Small Wars & Insurgencies**, 29 (3), 2018, s. 435.

alan “Genel Ulusal Kongre” (General National Congress- (GNC)) arasındaydı. Ardından iç savaş Aralık 2015’de “Libya Siyasi Anlaşması” imzalandıktan sonra 30 Mart 2016 tarihinde BM aracılığı ile kurulan ve uluslararası açıdan meşru görülen Libya “Ulusal Mutabakat Hükümeti” (Government of National Accord- (GNA)) ile onun yetkisini tanımayan Temsilciler Meclisi (HoR) arasında devam etmektedir. Libya’da yaşanan bu çok-hükümetlilik sorunu Avrupa’ya sadece 100 mil mesafede bulunan, zengin doğalgaz rezervlerine sahip olan, bölge ülkeleri ve AB açısından jeopolitik, jeo-stratejik ve ekonomik açıdan önem taşıyan Libya’ya yönelik dış müdahaleleri de beraberinde getirmiştir. Rusya, Mısır ve Birleşik Arap Emirlikleri (BAE) gibi ülkeler Temsilciler Meclisi (HoR) ve onun desteklediği Halife Hafter’e para, asker, silah vb. destekler verirken, BM’nin tanıdığı “Ulusal Mutabakat Hükümeti” (GNA) ise Türkiye, Sudan, Katar tarafından desteklenmektedir. 18 Mayıs 2020’de Türkiye’nin de desteği ile Trablus civarındaki birçok küçük yerleşim yeri ile birlikte Vatiyye Hava Üssü’nün kontrolünü ele geçiren Ulusal Mutabakat Hükümeti (GNA)⁵ Libya’daki “etkin” denetimini her geçen gün daha da arttırmaktadır. Önemli gelişmelerin yaşanmaya devam ettiği Libya’da 21 Ağustos 2020’de çatışan taraflar arasında ateşkes ilan edilmiş, Temsilciler Meclis’inin (HoR) desteklediği Halife Hafter ise görevinden istifa etmiştir.⁶

Libya’nın istikrarlı ve demokratik bir devlet olarak varlığını sürdürmesi açısından Kaddafi sonrası dönem, uluslararası hukuk çerçevesinde birçok sorun ortaya çıkartmaktadır. İlk olarak, uluslararası hukukta başat aktör devletler olduğu için uluslararası hukuk birincil olarak bu devletlerin hükümetlerine uygulanmaktadır. Devletlerin meşru hükümeti olmayan fakat devletin toprakları üzerinde denetim icra eden rejimler uluslararası hukuk sisteminde belirsiz bir pozisyonda bulunmaktadır. Bu rejimlerin eylemlerinin insani, ekonomik, sosyal ve siyasi açıdan önemli sonuçları olabileceği için uluslararası hukuk düzeninde bunların “statülerini” incelemek önem taşımaktadır. İkinci olarak, uluslararası toplum üyelerinin eylemleri de bu tür *de facto* rejimlerin statülerini etkileyebilmektedir. Söz konusu eylemlerin uluslararası hukuk sistemindeki etki ve sonuçlarının da iyi değerlendirilmesi

5 “Libya’da ne oluyor: Hafter’in ‘Türk hedeflerine yönelik hava operasyonu başlayacak’ dediği Libya’da son durum ne?”, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-52821791>, (Erişim: 05.06.2020).

6 “Libya’da Hafter Yanlısı Sözde Hükümet İstifa Etti”, <https://www.bloomberght.com/libya-da-hafter-yanlisi-sozde-hukümet-istifa-etti-2264251>, (Erişim: 14.09.2020).



gerekmektedir. Bu tespitler ışığında bu makalenin amacı Libya'da yaşanan çok-hükümetlilik krizini uluslararası hukuk açısından, spesifik olarak hükümetlerin tanınması açısından analiz etmektir. Makalede hükümet olmanın özellikleri, hükümet olarak tanınmanın koşulları, türleri, hükümet olarak tanınmanın veya tanınmamanın hukuksal etki ve sonuçlar ele alınacaktır. Ardından tüm hususlar Libya örneğine uygulanmaya çalışılacaktır. Bu çerçevede makalede ilk olarak *de facto* rejim, *de facto* hükümet konusunda yaşanan terminolojik tartışma ve teorik açıdan *de facto* rejimlerin uluslararası hukuk kişiliği sorunsalı ele alınacaktır. İkinci olarak Muammer Kaddafi sonrası dönemde Libya'da güvenliğin parçalanmasının nedenleri ele alınacaktır. Daha sonra ikinci Libya iç savaşı ve Libya'da çok-hükümetlilik sorunu analiz edilecektir. Sonuç bölümünde ise Libya'da yaşanan çok-hükümetlilik sorununun uluslararası hukuk açısından hükümetlerin tanınması konusundaki etki ve sonuçları değerlendirilecektir. Bu bağlamda makalede cevabı aranacak sorular arasında özellikle şunlar bulunmaktadır: Ulusal Mutabakat Hükümeti (UMH-GNA) Libya'nın meşru hükümeti midir? Libya'nın meşru hükümeti olmak için mücadele eden ve Rusya, Mısır ve BAE'nin desteklediği Temsilciler Meclisi (HoR) ve General Halife Hafter'e bağlı güçler, *de facto* rejim olarak nitelendirilebilir mi? Libya bir devlet mi yoksa başarısız bir devlet midir? Libya'daki istikrarsızlığın Türkiye ve bölge ülkeleri açısından ortaya çıkardığı risk ve sorunlar nelerdir?

I. TERMİNOLOJİK TARTIŞMA: DE FACTO REJİM VE DE FACTO HÜKÜMET AYIRIMI

Uluslararası hukukta *de facto* rejimleri değerlendirmeden önce *de facto* rejim teriminin tam anlamıyla ne ifade ettiğini ortaya koymak gereklidir. Uluslararası ilişkiler disiplini açısından "rejim" kavramı, üzerinde uzlaşılan bir kavram değildir. Türk Dil Kurumu Sözlüğünde "rejim" terimi "yönetme, düzenleme biçimi, düzen" olarak tanımlanmıştır.⁷ Yaptığı tanım genel kabul gören Stephen D. Krasner uluslararası rejimi "*uluslararası ilişkilerin belli bir konu alanına ilişkin olarak aktörlerin beklentilerinin etrafında örtüştüğü gizli veya açık prensip, norm, kural ve karar alma prosedürleri bütünü*" olarak tanımlamıştır.⁸ Diğer bir ifadeyle,

7 "Rejim", TDK, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim. 07.06.2020).

8 Krasner, rejim tanımındaki unsurlara şu şekilde açıklık getirmiştir. Prensipler, gerçeğe, nedenselliğe ve doğruluğa ilişkin görüş ve inançlardır; normlar, hak ve sorumlulukları ifade eden davranış biçimidir; kurallar, eylemi düzenleyen belirli önerme veya yasaklamalardır; karar alma prosedürleri ise ortak karar alma ve uygulamayı mümkün kılan mekanizmalardır. Bkz. KRASNER Stephen D., "Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables", *International Organization*, 36(2), 1982, s. 186'dan aktaran AKSOY Sevilay Z., "Rejim Teorileri", *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, 12(46), 2015, s. 59.

herhangi bir uluslararası sorunun ortaya konması ve çözümüne ilişkin olarak devletlerin üzerinde resmi veya gayri resmi olarak anlaşmaya vardıkları prensip, norm, kural ve karar alma mekanizmaları “rejim” olarak adlandırılmıştır.⁹ *De facto* rejimler ise bir devletin toprakları üzerinde belirli bir derece etkin otorite icra eden entitelere dir. Bu etkin otorite ölçüsü belli derecede siyasi ve örgütsel kapasiteyle ilgilidir. Bu birim, resmi hükümet kapasitesi ile toprağı kısmen ya da tamamen kontrol eden devleti temsil etmeyi amaçlar. Bir *de facto* rejim resmi hükümet statüsüne erişmek için uluslararası toplumu oluşturan aktörler tarafından tanınmak ister. Uluslararası aktörler tarafından tanınmadan önce bir *de facto* rejim, “*de facto*” durumda kalır. “*De facto*”, kelimesi rejimlerin olgusal (*factual*) kontrolüne ve illegal ya da hukuk dışı temellerine işaret eder.¹⁰ Bu rejimler bir hukuk meselesi olmaktan ziyade bir “olgu” olarak yetki ve kontrole sahiptirler çünkü toprak üzerinde fiili kontrol ve güce sahip olmalarına karşın ülkenin yasal ya da meşru hükümeti değildirlir.¹¹

De facto rejimleri benzer entitelere den ayırmak gereklidir. Öncelikle *de facto* rejimler bağımsız bir devlet olarak yaygın uluslararası tanıma ve tam anayasal bağımsızlık isteyen “*de facto* devletlerden” farklıdırlar.¹² Daha ziyade Alman literatüründe kullanılan *de facto* devlet, bir devletin sahip olduğu tüm özelliklere sahip coğrafi ve politik bir birimdir fakat siyasi nedenlerle önemli bir diplomatik tanıma elde edemeyen ve bu nedenle uluslararası toplumun gözünde gayri-meşru kalmaya devam eden bir entitedir.¹³ *De facto* rejimin gayesi ise “daha önceden var olan ve tanınan bir devletin “resmi hükümeti” olarak uluslararası toplum tarafından tanınmaktır”. Bu nedenle *de facto* rejim ve *de facto* devlet arasındaki önemli fark *de facto* devlet ana devletten ayrılmak ya da bağımsız olmak isterken *de facto* rejim ise resmi hükümet olarak tanınarak ana devleti ve topraklarını bir bütün olarak elinde tutmak ister.¹⁴

Her ne kadar terimler sık sık birbirlerinin yerine dönüşümlü olarak kullanılsa da bir *de facto* rejim, *de facto* bir hükümetten de farklıdır.

9 AKSOY, s. 59.

10 VAN ESSEN Jonte, “De Facto Regimes in International Law”, *Merkourios-Utrecht J. Int'l & Eur. L.*, 31(1), 2012, ss. 32-33.

11 TAN Daron, “Filling The Lacuna: De Facto Regimes and Effective Power in International Human Rights Law”, *International Law and Politics*, 51(1), 2019, s. 441.

12 TAN, s. 441.

13 TALMON Stefan, “The Constitutive versus the Declaratory Theory of Recognition. Tertium non Datur?”, *British Yearbook of International Law*, 75(1), 2005, s. 101.

14 VAN ESSEN, s. 33.



Farklılıklardan bir tanesi toprak üzerinde icra edilen “etkin güç/kontrol”¹⁵ derecesinde yatmaktadır.¹⁶ *De facto* hükümet, bir devletin topraklarının tümü üzerinde olgusal bir kontrole sahip olan fakat uluslararası toplum tarafından devletin hükümeti olarak tanınmayan bir birimdir. Ancak *de facto* rejimlerin bir devletin topraklarının tümünü kontrol etmesi zorunlu değildir. *De facto* rejimlerin kontrol derecesi devletin küçük bir kısmı üzerindeki güçten, ülkenin tamamı üzerinde tam kontrole kadar uzanır ve bundan sonra da *de facto* bir hükümet olarak da nitelendirilebilir.¹⁷ *De facto* hükümet her daim *de facto bir* rejim olarak nitelendirilebilirken tersi söz konusu değildir.¹⁸ Sonuç olarak *de facto* rejimler devletin resmi hükümeti haline gelmek için bir devletin ülke topraklarının bir kısmı üzerinde etkin kontrol icra eden, siyasi olarak örgütlü birimlerdir. Rejim henüz uluslararası toplumun parçası olmadığı için otoritesini “*de facto*” olarak icra eder.

II. DE FACTO REJİMLER VE ULUSLARARASI HUKUK

A. De Facto Rejimlerin Uluslararası Hukuk Kişiliği

Uluslararası aktörlerin kişiliği, uluslararası hukukun bu aktörlere nasıl uygulandığını belirlemede merkezi bir öneme sahiptir.¹⁹ Çağdaş uluslararası hukukun ayırt edici özelliklerinden biri çok çeşitli katılımcıların varlığıdır. Devletler birincil ve tartışmasız olarak hukuk kişiliğine sahip birimlerdir. Uluslararası ve bölgesel örgütler de türemiş ve fonksiyonel kişiliğe sahiptir. Devlet dışı aktör olarak nitelendirilen hükümet dışı kuruluşlar (NGOs), çok-uluslu ve ulus üstü şirketler, ulusal kurtuluş hareketleri, terör örgütleri, deniz haydutları, bireyler vs. gibi birimler de uluslararası düzlemde belli ölçüde etkiye sahip olarak faaliyette bulunabilirler. Bu aktörler farklı hak ve yükümlülük dizisine bağlıdır ve bu nedenle bunların hepsinin hukuki kişiliği farklılaşır ve hepsi hukuki kişilik teşkil etmezler.²⁰

Uluslararası hukuk kişiliği sisteminde *de facto* rejimlerin durumu kolaylıkla tanımlanamamaktadır. Genel olarak *de facto* rejimlerin sınırlı derecede bir uluslararası hukuk kişiliğine sahip olduğu kabul

15 Bu çalışmada “etkin güç”, “etkin otorite” ve “etkin kontrol” kavramları birbirinin yerine kullanılmaktadır.

16 TAN, s. 441.

17 VAN ESSEN, s. 33.

18 VAN ESSEN, s. 33.

19 SHAW, s. 151.

20 SHAW, s. 152.

edilmektedir.²¹ *De facto* rejimler ana devletin hükümetini güç kullanarak ve anayasal olmayan yöntemlerle değiştirirler. Yetkinin bu şekilde değiştirilmesine uluslararası toplumun yanıt vermede kullandığı metotlardan bir tanesi hükümetlerin tanınmasıydı.²² Bir *de facto* rejimin herhangi bir hükümet tarafından tanınmaksızın tam uluslararası hukuk kişiliğine sahip olması imkânsızdır. Sadece diğer hükümetler bir *de facto* rejimle yeni bir hükümet olarak ilişki kurarsa uluslararası toplumda işlevsel olabilir.²³

B. De Facto Rejimlerin Tanınması

Hükümet, devlet demek değildir. Hükümetin varlığı devlet olmak için sadece bir önkoşuldur ve bir devletin kurucu unsurlarından bir tanesidir. Bir hükümet bağımsız olmalı, dış aktörlerin müdahalesi olmaksızın kendi kararlarını alabilmeli ve otonom yetki kullanabilmelidir.²⁴ Hükümet olmanın bir başka anahtar unsuru etkinlik düzeyidir. Etkin olmak bir devletin hükümeti olarak değerlendirilmek için vazgeçilmez bir koşuldur. Etkinlik devlet fonksiyonlarını içte ve dışta diğer devletlerle ilişkilerde gösterme kapasitesidir. Hükümetin etkinliği hem ülke içi hem de ülke dışı açıdan görülmek zorundadır. Bu egemenliğin iki yönüdür. Dışsal egemenliğin varlığı içsel egemenliğin varlığını gerektirir.²⁵ Bir hükümet devletin temsilcisidir, bağımsız ve etkin olmak zorundadır. Uluslararası hukuk kuralları bir devlet ve hükümeti arasındaki yakın ilişkiyi açıkça tanımlamaktadır. Devletler uluslararası hukuk kişiliğine sahiptir ancak devletler kolektif varlıklardır, kendi başlarına eylem yapamazlar; kendi adına ve kendi yararına eylem yapmak için temsilcilere ihtiyaç duymaktadırlar. İşte devletin ulusal hükümeti bu ajan ve temsilcileri devlete sağlamaktadır.²⁶ İki ya da daha çok entitenin bir devleti temsil ettiğini iddia etmesi halinde ya da etkin olmayan bir birimin hükümet olduğunu iddia etmesi halinde önemli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu noktada hükümetin tanınması konusu önem kazanmaktadır.

21 VAN ESSEN, s. 34, 39.

22 VAN ESSEN, s. 40.

23 VAN ESSEN, s. 47.

24 SERRALVO Jose, "Government Recognition and International Humanitarian Law Applicability in Libya Post-Gaddafi Libya", *Yearbook of International Humanitarian Law*, Springer, 18(1), 2016, s. 14.

25 SERRALVO, s. 16.

26 PETERSON M. J., "Recognition of Governments", Eds. Gezim Visoka, John Doyle and Edward Newman, *Routledge Handbook of State Recognition*, Routledge, London, New York, 2020, s. 206.



Uluslararası hukuk devletlere tercih ettikleri süreçleri kullanarak yeni bir hükümeti kabul ederek ajanlarını değiştirmeye izin vermektedir. Hükümet değişiklikleri bir kaç yolla gerçekleşmekte olup bu yollar şunlardır:

- i) Devletin anayasası, iç hukuku ya da yerleşik ulusal uygulamalarına göre;
- ii) Devlet içinde başlatılan bir ayaklanma (*rebellion*) ya da bir darbe (*coup d'état*) yoluyla;
- iii) Bir başka devlet tarafından silahlı müdahale ya da savaş zamanı askeri işgal yolu ile.²⁷

Hükümet değişikliklerinin çoğu ilgili devletin anayasasına ve iç hukukuna göre gerçekleşmektedir. Devletin anayasasına uygun olarak gerçekleşen hükümet değişiklikleri meşruluk sorunu taşımaz ve tanımaya gerek olmaz.²⁸ Ancak anayasa dışı veya hukuk dışı yolla iktidarı ele geçirmek, hükümetler arası hukuksal devamlılıkta bir kırılma yaratır. Bu husus, yeni yöneticilerin etkilenen devletin hükümeti olarak kabul edilip edilmemesi hakkında sorunlar ortaya çıkarır.²⁹ Yetkinin bu şekilde el değiştirmesine uluslararası toplumun yanıt vermede kullandığı metotlardan bir tanesi “yeni hükümetlerin tanınmasıdır”. Yeni hükümetin diğer devletler tarafından tanınması halinde tanıyan devletler açısından yeni hükümet ilgili devletin resmi hükümeti haline gelmiş olur.³⁰ Bir hükümetin iktidardan düşmesi veya düşürülmesi, var olan devletin ulusal yasal hukuksal kişiliğini etkilemez. Tanıma eyleminde bir hükümeti tanımak aynı zamanda devleti tanımayı da zorunlu kılarken, bir devleti tanımak hükümeti tanımayı zorunlu kılmaz.³¹

Devletler yeni kurulan hükümetleri tanıyıp tanımama konusunda özgürdürler. Bazen devletler yeni kurulan hükümeti tanımayıp, eski hükümeti tanımaya devam edebilmektedir.³² Uluslararası hukuk kuralları tanınmayan entite için ise devletin tümünü yöneten bir “*de facto* hükümet

27 PETERSON, s. 206.

28 SAUGHEHE Hamed Hasyemi / NORDIN Rohaida, “Legitimacy as a Precondition for the Recognition of New Governments: A Case for Libya”, *Sriwijaya Law Review*, 2(1), 2018, s. 72.

29 PETERSON, s. 208.

30 VAN ESSEN, s. 40.

31 KIRAN Abdullah, “Uluslararası Hukukta Devletleri Tanıma ve Tanıma Türleri”, *Social Sciences Studies Journal*, 3(6), 2017, s. 1087.

32 KIRAN, s. 1087.

olarak; sadece ülkenin bir kısmını yöneten “yerel bir hükümet” olarak; bir ulusal bağımsızlık hareketi olarak veya “halkın meşru temsilcisi” olarak tanınması konusunda devletlere geniş bir takdir hakkı bırakmaktadır. Uluslararası hukuk açısından bu durumların her birisine yapılacak muamele farklı olduğu için durum oldukça karmaşıktır.³³

C. Hükümetlerin Tanınmasında “Kurucu” ve “Açıklayıcı” Teoriler

Devletlerin tanınmasında olduğu gibi hükümetlerin tanınmasında da “kurucu” ve “açıklayıcı” teoriler tartışılmaktadır. Kurucu teori Hegel’e kadar geri gitmektedir. Bu teoriye göre yeni hükümet etkin oluncaya kadar yeni hükümet değildir ancak etkinlik kriterini sağladığında yeni bir hükümet olur. Bu perspektiften tanıma yeni hükümetin mimarisidir.³⁴ Talmon’a göre, yeni devletin tanınması hükümetinin tanınması üzerinde “kurucu” bir etkiye sahiptir çünkü devlet tanınmadan bir hükümet tanınmaz.³⁵ Açıklayıcı teoriye göre ise hükümet realite haline geldiğinde vardır. Etkinlik ise içte ve dışta devlet fonksiyonlarını yerine getirme kapasitesidir. Bir hükümet sadece içte etkin ise ya da yeni hükümet olduğunu iddia eden iki ya da daha fazla hükümet varsa tanıma eylemi “kurucu” hale gelebilir. Böyle bir senaryoda dışsal tanıma, içsel etkinliği belirsiz ya da kısmen etkin olan bir hükümetin lehine dengenin değişmesine yardımcı olur.³⁶

Hükümetlerin tanınmasında geleneksel olarak temel kriter “etkin kontrol” ilkesinin (*ut res magis valeat quam pereat*) uygulanmasıydı. Yani yeni yöneticilerin devletin topraklarının tamamını veya büyük kısmını etkin şekilde yönetip yönetmediği temel değerlendirme kıstasıydı.³⁷ Etkinlik ilkesi kriteri bazen ülkesel bütünlük ilkesinin bir korelasyonu olarak ve bazen bağlayıcı bir hukuk kuralı olarak tanımlanmıştı.³⁸ Hükümetlerin tanınmasını tespit etmede etkin kontrol sadece gerekli değil aynı zamanda yeterliydi. Etkin kontrolün yokluğunda diğer koşullara dayanan tanıma uluslararası hukuk altında prematüre ve illegaldi.³⁹ Etkinlik ilkesi, rejimin hukuk kişiliğini tesis etmede vazgeçilmez (*sine qua non*) bir koşuldü. *De facto* rejimler hukuksal boşlukta etkinlik ilkesi sayesinde uluslararası

33 PETERSON, s. 208.

34 SAUGHEHE/NORDIN, s.70.

35 TALMON, s. 107.

36 SERRALVO, s. 20-21.

37 PETERSON, s. 208.

38 PETERSON, s. 209.

39 VAN ESSEN, ss. 48-49.



hukuk kişiliği elde etmekte ve uluslararası insan hakları hukuku altında hak ve yükümlülükler sahip olmaktadır.⁴⁰

Hükümetlerin tanınması konusunda etkin kontrol doktrini en muteber rehber olarak kabul edilse de ileri sürülmüş başka teoriler de vardır. Bu teorilerden öne çıkanlardan bir tanesi “Tobar Doktrini” ya da bir başka ifade ile “meşruiyet doktrinidir”. Bu doktrin, anayasal olmayan yöntemlerle iktidara gelen hükümetlerin, en azından halk tarafından kabul edilene kadar tanınmamalarını önermiştir. Bu görüş özellikle ABD tarafından Orta Amerika’ya ilişkin olarak uygulanmış ve Panama Kanalı’na bitişik olan bu hassas bölgede istikrarı korumak için tasarlanmıştı. Mantık olarak bu doktrin tüm devrimsel durumların tanınmasını teşvik anlamına gelmekte olup, devrim halk tarafından destekleniyorsa tanıma verilecektir.⁴¹ Ancak bir halkın “demokratik bir yönetime sahip olma hakkı” devlet uygulamalarında tutarsızlıklar göstermektedir. Yine BM Genel Kurulu, demokrasiyi tercihe şayan bir yönetim şekli olarak tanımlamasına ve bunu ilerletmeyi desteklemesine rağmen halkın böyle bir hakka sahip olduğu görüşünü kabul etmemiştir.⁴² Bunun tam aksini ve hükümetlerin her koşulda otomatik olarak tanınmasını savunan doktrin, Meksika Dışişleri Bakanı Estrada tarafından ileri sürülmüştür. Estrada doktrini, birbirleriyle mücadele eden hükümetlerin varlığının söz konusu olduğu bir durumda gerçekçi durmamaktadır. Diplomatik ilişkilerin korunması ve tanıma arasındaki ayırımı en aza indirmesi dolayısıyla doktrin eleştirilmektedir.⁴³

Günümüzde geleneksel hukuktan farklı olarak hükümetlerin tanınması konusunda “etkin kontrol ilkesi” istisnaları olmayan, mutlak bir ilke olmadığını kanıtlamıştır.⁴⁴ Nitekim Kasım 2010’da Fildişi Sahili’nde (*Ivory Coast*) yapılan seçimlerde Quattara’nın ülkenin demokratik olarak seçilen başkanı olarak tanınmasında Quattara güçlerinin etkin kontrolü değil seçim galibiyeti rol oynamıştır. Ayrıca 27 Temmuz 2011 tarihinde Kaddafi hükümeti ile silahlı çatışmaya giren Libya “Ulusal Geçiş Konseyi’nin” (NTC) Libya’daki “tek hükümet otoritesi” olarak tanınmasında da etkin kontrolden ziyade adalet, barış ve istikrar düşünceleri rol oynamıştır.⁴⁵

40 HEINTZE Hans-Joachim, “Are De Facto Regimes Bound by Human Rights?”, Ed. IFSH, *OSCE Yearbook 2009*, Baden-Baden, 2010, ss. 269-270.

41 SHAW, s. 324.

42 PETERSON, s. 208.

43 SHAW, s. 324.

44 PETERSON, s. 209.

45 VAN ESSEN, ss. 48-49; SHAW, s. 326.

D. Hükümetlerin Tanınmasında De Facto ve De Jure Tanıma

Hükümetlerin tanınması *de facto* ya da *de jure* olabilir. *De facto* tanıma olgusal durumun kabul edilmesi olup hukuksal sonuç doğurmazken *de jure* tanıma ise tanıyan devlet ile *de facto* rejim arasında bir hukuksal etkiye sahiptir.⁴⁶ Gerçekte *de facto* ve *de jure* tanıma arasında çok az fark vardır. Bir *de facto* hükümetin yerine getirdiği ülke içi faaliyetlerin geçerliliği tartışmalı değildir. İlaveten hem *de facto* hem *de jure* hükümetler uluslararası hukuka bağlıdır ve devletin uluslararası hukuk açısından yükümlülüklerine saygı göstermek zorundadır. Bu iki tanıma türü arasındaki ana fark bunların belirli dışsal eylemleri yerine getirme kapasitesindedir. *De jure* hükümet devleti temsil etme hakkına sahiptir. Örneğin sadece *de jure* hükümet, hükümeti adına yabancı bir ülkede bulunan devlet malları üzerinde hak iddia etmeye yetkilidir. Zira *de jure* hükümet devlet egemenliğinin nihai depozitoru olarak görülmektedir.⁴⁷ *De facto* tanıma safhasındaki bir hükümet ise diğer ülkelerle karşılıklı diplomat bulundurma süreçlerinden yararlanamaz.⁴⁸

III. KADDAFİ SONRASI DÖNEMDE LİBYA'DA HÜKÜMETLERİN TANINMASI SORUNU

Genel kural bir devletin tek bir hükümete sahip olmasıdır. Ancak iç savaş, doğal afet gibi kimi durumlarda iki ya da daha fazla birim aynı devletin hükümeti olduğunu iddia edebilir ve tanınabilirler.⁴⁹ Öte yandan uluslararası hukukta yeni hükümetleri tanıma konusunda diğer hükümetler açısından hiçbir yükümlülük yoktur fakat bazı durumlarda tanımama yükümlülüğü vardır. Uluslararası hukuk hükümet olma unsurlarını karşılamayan bir birimin tanınmasını yani “prematüre” tanımayı kabul etmemektedir. Yeni hükümetlerin tanınmaması onların varlığını, meşruiyetini veya geçerliliğini kabul etmeyi reddetmektir.⁵⁰ Yasadışı birimin hükümet olarak tanınması halkın self-determinasyon hakkının ihlalidir ve bölgesel şiddeti başlatabilir, uluslararası barış ve güvenliği tehlikeye atabilir⁵¹ Uluslararası hukuk “prematüre” tanımayı kabul emememesine rağmen devletler rakip fraksiyonlardan bir tanesini etkilenen devletin *de jure* hükümeti olarak tanıyabilirken, bir başka rakip

46 VAN ESSEN, s. 42.

47 SERRALVO, s. 25.

48 KIRAN, s. 1087.

49 PETERSON, ss. 209-210.

50 SAUGHEHE/NORDIN, s. 74.

51 SAUGHEHE/NORDIN, s. 74.

fraksiyonu devletin kimi kısımlarında faaliyet gösteren “*de facto*” bir hükümet olarak tanıyabilir. Ya da rakip fraksiyonların her birisi etkilenen devletin farklı kısımlarında faaliyet gösteren çok sayıda *de facto* hükümet olarak kabul edilme sürecine girebilir.⁵² Bazen bir ülkede *de jure* olarak resmi bir statüye sahip bir hükümet devam ederken, diğer bir hükümetin halkın meşru temsilcisi olarak tanınması, tanınan entite açısından ciddi avantajlara yol açabilir. Bu avantajları şu şekilde sıralamak mümkündür: i) mevcut hükümete karşı meşruiyet elde etmiş olmak; ii) diğer devletler ve uluslararası örgütlerle daha rahat ilişki kurma imkânı; iii) daha rahat mali imkân sağlama olanağı; iv) denetim altında tutulan bölgelerdeki vatandaşların hak ve çıkarlarını korumada daha etkin bir pozisyon elde etmektir.⁵³ Bir birimin devletin ülkesi üzerinde herhangi bir etkin kontrole sahip olmadan bir başka dost devlette hükümet olarak tanınması yani sürgünde hükümet olarak tanınması da muhtemeldir. Hükümetlerin tanınması konusunda karşılaşılabilen bu olasılıklardan birçoğu 2011-2020 arası dönemde Libya’da yaşanmış ve yaşanmaya devam etmektedir. Libya’da 2011’den bu yana yaşanan Libya’nın meşru hükümetinin kim olduğu, Libya’yı kimin temsil ettiği sorununu incelemek için ilk önce bu duruma yol açan nedenleri ele almak faydalı olacaktır.

A. Libya’nın Güvenliğinin Parçalanmasının Temel Nedenleri

Libya’da 2011’de iç savaşın çıkmasında, güvenliğin parçalanmasında ve 2011 sonrası dönemde politik geçiş sürecinin akamete uğramasında içsel nedenler çok önemli bir rol oynamıştır. Libya’da etkin politik kurumların olmaması gücün sayısız aktör arasında bölünmesine yol açmıştır. Libya bağımsızlığını kazandığı 1951 yılına kadar tek bir birim olarak yönetilmemiştir.⁵⁴ Libya bağımsızlığını sömürge güçlerine karşı ulusal kurtuluş mücadelesi vererek gerçekleştirmemiş, bölgesel ve uluslararası güçler arasında gerçekleştirilen uzun müzakereler sonucu 24 Aralık 1951’de BM’nin eliyle kazanmıştır. Bu nedenle Libyalılar kendilerini siyasal mobilizasyon olmaksızın egemen bir ülkenin vatandaşı olarak bulmuştur.⁵⁵ 24 Aralık 1951’de bağımsızlık deklarasyonu ile birlikte Libya Anayasası yayınlanmış, Kral Muhammed İdris el-Mehdi- el-Senussi devletin başı olarak tanınmıştır.⁵⁶ 1969’da Muammer Ebu Minyar

52 PETERSON, ss. 209-210; VAN ESSEN, ss. 42-44.

53 KIRAN, s. 1089.

54 PERROUX Jean-Louis Romanet, “The Deep Roots of Libya’s Security Fragmentation”, *Middle Eastern Studies*, 55(2), 2019, s. 202.

55 PERROUX, s. 202.

56 PERROUX, s. 203.

El-Kaddafi, Kral İdris'e karşı darbe yaparak ülkede monarşiyi sona erdirmiş ve "Libya Arap Cemahiriye" (*Jamahiriyaya*) sistemini kurmuştur. Cemahiriye halkın devleti anlamına gelmektedir. Bu sistemde devlet ve politik kurumların içi boştu, Kaddafi Libya'sı "devletsiz ulus" özelliklerine sahipti. Libya'da merkezi devlet kurumları gelişmemiş ve Libyalılar demokrasi tecrübe etmemişti.⁵⁷

Libya nüfusu 2011'de başlayan iç savaş öncesinde yaklaşık 6,5 milyondur ve bu nüfus ülke topraklarının sadece %10'unda yaşamaktaydı. Bunun nedeni ülkenin %90'ının çöl olmasıydı. Coğrafi açıdan verimsiz topraklardan oluşan Libya 1,6 milyon varille Afrika'nın dördüncü büyük petrol üreticisiydi ayrıca Libya'da çok zengin doğalgaz rezervleri de bulunmaktaydı. Libya AB'nin ithal ettiği petrolün %10'unu, gazın ise %3'ünü tedarik etmekteydi. Petrolde AB'nin en büyük üçüncü, gazda ise beşinci ortağı konumundaydı.⁵⁸ 2011'de bazı ekonomik-sosyal göstergeler Libya'da Kuzey Afrika ülkelerine göre daha lehteydi. Ancak Libya'da zengin kaynakların adaletsizce dağıtımı iç savaşın çıkmasında önemli bir rol oynamıştır. Libya'nın zenginlikleri bir avuç bireyin elinde toplanırken, Libyalıların üçte biri yoksulluk sınırının altında yaşamaktaydı.⁵⁹

Libya'da Irak, Lübnan ve Suriye ile kıyaslandığında din, dil ve etnisite hattı bakımından sosyal heterojenlik düzeyi düşüktür. Libyalıların hemen hemen tamamı Sünni Müslüman olup Maliki mezhebine mensuptur. Halkın sadece %4'lük bir kesimi Hristiyanlık ve Budizm gibi diğer dinlere mensuptur. Libya toplumunun tamamına yakını Arapça konuşmaktadır. Dilsel ve etnik grup açısından yüksek düzeyde homojeniteye sahip olmasına rağmen Libyalılar kültürel, etnik, kabilesel ve coğrafi açıdan ideolojik hatlarla bölünmüştür.⁶⁰ Libya kabilelerden müteşekkil bir devlet olup Arapların yaklaşık %85'i kabile ve bunların alt tabanları olan aşiret ve klan yapısına göre örgütlenmiştir. Libya'da 140'a yakın kabilenin olduğu ve aynı kabilenin bazı kollarının Mısır, Çad ve Cezayir'de yaşadığı bilinmektedir.⁶¹ Bu durum ülkedeki güç boşluğunun silahlı gruplarca doldurulmasına yol açmış coğrafi, ideolojik, kabilesel ve hatta aile bağları kullanılarak "her şey kendimiz için, hiçbir şey hepimiz için" politikasının izlenmesine yol açmıştır.⁶²

57 TAŞDEMİR, Libya İç Savaşı, s. 356.

58 TAŞDEMİR, Libya İç Savaşı, s. 357.

59 PERROUX, s. 210.

60 PERROUX, s. 201.

61 TAŞDEMİR, Libya İç Savaşı, s. 356.

62 PERROUX, s. 213.



Libya'da 2011'de güvenliğin parçalanmasında ve siyasi geçiş sürecinin akamete uğramasında dışsal nedenler de önemli bir rol oynamıştır. 17 Şubat 2011 Devrimi Libya adına yapılmıştır. Ancak Libya'da *Weberian* devlet tekeli eski haline dahi getirilememiştir.⁶³ Kaddafi güçlü bir ordudan korktuğu için düzenli bir orduya sahip olmamış ancak ülkeyi bir silah deposu haline çevirmişti. 2011 sonrası dönemde devrimci isyancı birlikler yüksek miktardaki silahlara erişilebilirlikten faydalanmış ve ülkenin her yerindeki silah depolarını boşaltmıştır. 17 Şubat Devriminde tüm devrimci güçler Kaddafi rejimini devirmek için savaşmıştı fakat devrimden sonra tüm milis güçler yerel sebeplere göre savaşmaya başlamış ve eski ihtilaflara geri dönmüştür. Ulusal Geçici Konsey (NTC) bu milis güçler üzerinde bütünsel denetime sahip olamamıştır. ⁶⁴ Bu durum Libya'da 2014 ortalarından bu yana devam eden tam ölçekli bir iç savaşı hızlandırmıştır. İkinci Libya iç savaşı olarak isimlendirilen bu süreç bölgeselleşmiş, yabancı dış aktörlerin bölgesel hegemonik arzularını arttırmıştır. İç savaş nedeniyle meydana gelen "güvenlik boşluğu" Libya'nın terörizm, örgütlü suçlar, göçmen ve silah kaçakçılığı geçirgenliğini arttırmıştır. Terörizm ve düzensiz göçün çok uzun süreden beri güvenlikleştirildiği AB ve NATO üyesi devletler için Libya'nın istikrarlı hale gelmesi öncelikli sorun haline gelmiştir.⁶⁵

B. İkinci Libya İç Savaşı: 2014-2020

2014'te Libya'nın doğusunda General Halife Hafter⁶⁶ hoşnutsuz eski devlet görevlilerini kendi etrafında toplamış ve bir koalisyon kurmuştur. Mayıs 2014'te "Libya Ulusal Ordusu" (Libyan National Army (LNA)) olarak ilan ettiği birliklerle Sirte, Derne ve Sebha'da vilayet ilan eden El Kaide ve DEAŞ (İŞİD) tarafından desteklenen terör örgütlerine ve Misrata'da üslenen milislere karşı "Onur Operasyonu" (Operation Dignity) ismini verdiği bir askeri operasyon başlatmıştır.⁶⁷ Hafter'in amacı cihadist terörist grupları yok etmek şeklinde açıklanmıştır. Ancak Libya'daki şiddetin ardındaki nedenler çok daha fazla karmaşıktı. Hafter'in Libyalı cihadistleri tasfiye operasyonu çeşitli siyasi ve radikal İslamcı güçleri provoke etmiş, İslamcı-Misrata bloğu denilen bu yapılar

63 DROZ-VINCENT, s. 438.

64 DROZ-VINCENT, s. 439.

65 RAINERI Luca, "Security and informality in Libya: militarisation without military?", *Conflict, Security & Development*, 19(6), 2019, s. 592.

66 1969'da Kaddafi'ye katılan fakat Kaddafi'nin özel elit birliğinin bir mensubu olmayan Halife Hafter, Çad'daki yenilgisinden sonra 1987'de ABD'ye kaçmış ve 2011'de Libya'ya dönmüştür.

67 RAINERI, s. 592.

Hafter ve Zintani müttefiklerine karşı “Libya Şafak Operasyonu” (Opertion Dawn) ismini verdikleri karşıt bir operasyon başlatmışlardır.⁶⁸ Kendi sorumlu bölgelerindeki stratejik kontrollü kaybetmemek için gerçekleştirilen gerek “Onur Operasyonu” gerekse “Şafak Operasyonu” ekonomik koşullardan dolayı yönetim kapasitesinde değildi. Üstelik iki operasyonda Libya'nın güney-batısındaki Fizan bölgesini kontrol altına alamamıştır. Kabileler arası savaş uzamış ve sıfır toplamlı bir oyuna dönüşmüştür. Üstelik “Onur Operasyonu” ve “Şafak Operasyonu” sırasında DEAŞ/İŞİD güç kazanmıştır.⁶⁹ Haziran 2016'da Fransa ve ABD tarafından desteklenen Libyalı güçler ülkenin petrolünün %80'nin çıktığı Sirte kentinden DEAŞ'ı çıkartmak için bir operasyon başlatmış, Aralık ayının başında Sirte ele geçirilmiştir.⁷⁰ Sirte'nin ele geçirilmesi Libya'da DEAŞ'ın etkinliğini yitirmesine yol açmakla birlikte ülkedeki yönetim boşluğu nedeniyle bu başarı kalıcı görünmemektedir.

Libya'da yabancı güçlerin oynadığı rol ülkedeki gerilimin daha da tırmanmasına yol açmıştır. Ulus ötesi bağlantıların mobilizasyonu Libya'nın militarizasyonunu ve kayıt dışılığını daha güçlendirmiştir.⁷¹ Libya'nın militarizasyonu BAE, Suudi Arabistan, Mısır, Fransa, Rusya ve 2017 sonrası ABD'nin dış desteği ile olmuştur.⁷² 2014'den bu yana Mısır ve BAE Libya Ulusal Ordusuna (LNA) diplomatik destek, finansal kaynak ve BMGK tarafından 1970 (2011) sayılı kararla konan silah ambargosuna rağmen askeri destek sağlamıştır. Fransız Özel Güçleri Libya Ulusal Ordusuna (LNA) doğrudan yardım sağlarken, Rusya dikkate değer finansal kaynak ve paralı savaşçı temin etmektedir. Rusya'nın, Suriye'de Esed rejimi kontrolündeki bölgelerden Hafter saflarına şu ana kadar gönderdiği paralı savaşçı sayısı 5 bin civarındadır.⁷³ Bu devletlerin amacı BM'nin tanıdığı ve meşruiyeti olan Libya Ulusal Mutabakat Hükümetini (GNC) yıkmak ve yerine Temsilciler Meclisini (HoR) getirmektir. Bu gelişmelere karşın Tunus ve Cezayir gibi Libya'nın pragmatik komşuları ise istikrar ve barış için yalnızca siyasi çözümü desteklemektedir.⁷⁴ Libya'nın istikrara kavuşması 400 yıllık tarihi ve kültürel bağlara sahip

68 TEKİR Gökhan, “Kaddafi Sonrası Libya'nın Güvenlik Değerlendirmesi”, Uluslararası Afro-Avrasya Araştırma Dergisi, 2(1), 2018, s. 36; DROZ-VINCENT, s. 448.

69 TEKİR, s. 35-36.

70 TEKİR, s. 38.

71 RAINERI, s. 593.

72 RAINERI, ss. 593-94.

73 “Rusya, Suriye'den Hafter saflarına 1000 paralı savaşçı daha göndermeye hazırlanıyor”, <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/rusya-suriyeden-hafter-saflarina-1000-parali-savasci-daha-gondermeye-hazirlaniyor-1764437>, (Erişim: 08.09.2020).

74 RAINERI, s. 594.



olduğu Türkiye açısından jeo-kültürel ve Doğu Akdeniz’de karşılıklı kıyılara sahip olması nedeniyle jeo-politik ve jeo-stratejik açılardan büyük önem taşımaktadır. Bu çerçevede Türkiye BM’nin tanıdığı Libya’nın tek meşru hükümeti olan Libya Ulusal Mutabakat Hükümetini (GNC) desteklemektedir. 27 Kasım 2019’da Türkiye ile Libya Ulusal Mutabakat Hükümeti (GNC) arasında Doğu Akdeniz’de iki ülke arasındaki deniz sınırlarını belirleyen “Deniz Yetki Alanlarının Sınırlandırılmasına İlişkin Mutabakat Muhtırası” imzalanmıştır. Libya ile Türkiye arasında 18.6 millik (29.9 km) bir sınır çizgisiyle kıta sahanlığı (KS) ve münhasır ekonomik bölge (MEB) sınırları belirlenmiştir. Libya mutabakatı, Türkiye’nin KKTC ile 2011’de yaptığı Kıta Sahanlığı Sınırlandırma Anlaşması’ndan sonra bölgede yaptığı ikinci deniz yetki sınırlandırma anlaşması olmuştur.⁷⁵ Türkiye-Libya anlaşması, siyaseten ve hukuken Türkiye’nin önemli bir kazanımıdır. Anlaşma Doğu Akdeniz’de deniz yetki alanları konusundaki Türkiye’nin kendi hukuki ve siyasi tezlerine destek olması bakımından önemli arz etmektedir. Türkiye Libya’da demokratik, etkin ve hesap verir kurumların inşa edilmesinde önemli rol oynayabilecek bir aktördür. Oysa ABD, Fransa, Yunanistan, BAE, Mısır, Suudi-Arabistan, GKRY, İsrail Türkiye’yi Doğu Akdeniz’de İskenderun Körfezine sıkıştırma politikası izlemektedir. Tüm bu gelişmeler Libya’nın vekalet savaşlarının sahnesi haline gelmesine yol açacak niteliktedir.⁷⁶ Yabancı aktörlerin artan nüfuzu Akdeniz’in güvenliği, mülteci akınları ve bölge insanların çektiği acı açısından önemli sonuçlar doğuracak niteliktedir. İkinci Suriye olma yolunda ilerleyen Libya “dünya politikasındaki en büyük çatışma alanlarından biri” haline gelme riski taşımaktadır.⁷⁷

C. Libya’daki Çok-Hükümetlilik Sorunu ve Hükümetlerin Tanınması Konusuna Etkileri

Hükümetlerin tanınması konusunda yaşanan sorunlar ve zorluklar 2011’den bu yana kaos içinde bulunan Libya’da somut olarak ortaya çıkmıştır. 2011 Libya iç savaşında Kaddafi rejimi yıkılmış ve ülke “Ulusal

75 “Türkiye-Libya Anlaşması Doğu Akdeniz Politikasında Önemli Kazanım, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/turkiye-libya-anlasmasi-turkiyenin-dogu-akdeniz-politikasinda-onemli-kazanim/1662097>, (Erişim: 10.09.2020).

76 “AB’den Libya ateşkesi açıklaması: Tüm yabancı savaşçılar ülkeyi terk etmeli”, <https://tr.euronews.com/2020/08/22/ab-den-libya-ateskesi-ac-klamas-tum-yabanc-savasc-lar-ulkeyi-terk-etmeli>, (Erişim: 09.09.2020).

77 “Libya’da çözüm için Berlin sürecinin şansı var mı?”, <https://www.dw.com/tr/libyada-%C3%A7%C3%B6z%C3%BCm-%C3%A7in-berlin-s-%C3%BCrecinin-%C5%9Fans%C4%B1-var-m%C4%B1/a-51944529>, (Erişim: 10.09.2020).

Geçiş Konseyi'nin" (National Transitional Council- (NTC)) önderliğinde demokratik geçiş sürecini başlatmıştır. 15 Haziran 2011'de Libya Temas Grubu, İstanbul'da yapılan toplantıda Kaddafi rejiminin Libya'da artık meşru otorite olmadığını ve "Ulusal Geçiş Konseyi'nin" (NTC) Libya'da meşru yönetim otoritesi olduğunu teyit etmiştir. Bu açıklama Libya Temas Grubu üyelerinin "Ulusal Geçiş Konseyi'ne" *de jure* tanıma verdiği şeklinde değerlendirilmiştir.⁷⁸

13 Eylül 2011'de BM Genel Kurulu'nun Olağan 66. dönem toplantısında Yetki Belgesi Komitesi Libya'nın yerinin Ulusal Geçiş Konseyine (NTC) verilmesini tavsiye etmiştir. Bu tavsiye toplantıda önemli sorunların tartışılmasına yol açmıştır.⁷⁹ Toplantıda Venezüella, Bolivya, Granada ve Mısır "Ulusal Geçiş Konseyi'nin" (NTC) NATO'nun liderliğinde kukla bir grup olduğunu, Libya halkını temsil edemeyeceğini savunmuşlardır. Öte yandan Gabon, Senegal, Çad ise "Ulusal Geçiş Konseyi'nin" (NTC) Libya halkının meşru temsilcisi olarak tanınmasını savunmuştur. 16 Eylül 2011'de "Ulusal Geçiş Konseyi" (NTC) BM tarafından Libya halkının meşru temsilcisi olarak tanınmıştır. Ardından Afrika Birliği (AfB) "Ulusal Geçiş Konseyi'ni" (NTC) Libya halkının tek meşru temsilcisi olarak tanınmıştır. Böylece Ulusal Geçiş Konseyi'nin (NTC) BM ve AfB tarafından tanınması yeni bir hükümeti "kolektif" bir biçimde yani uluslararası hukuk açıdan tanınmanın somut bir örneği olmuştur.⁸⁰ Söz konusu kolektif tanıma Libya halkının ve Libya'nın geleceği açısından anahtar rol oynamıştır.⁸¹ Ulusal Geçiş Konseyi'nin (NTC) tanınması Kaddafi rejimine verilen *de jure* tanımının geri alınması olup olmadığı sorunu da beraberinde getirmiştir. Zira *de jure* tanıma geri alınamaz, *de jure* tanımayı geri almak BM Andlaşması Md. 2(7) tarafından desteklenen devletlerin iç işlerine karışma yasağının ve halkların self-determinasyon hakkının ihlalidir. Kaddafi rejimi kendi halkına karşı kapsamlı ve sistematik bir biçimde ağır ihlaller gerçekleştirdiği için kendi meşruiyetini kendisi kaybetmişti. Dolayısıyla Libya Temas Grubu ise sadece Kaddafi yönetiminin meşruluğunu yitirdiğini ve iktidarın yeni yönetime geçtiğini bildirmiştir.⁸²

7 Temmuz 2012 tarihinde Libya "Genel Ulusal Kongre" (General National Congress- (GNC)) seçimleri yapılmış ve 200 sandalye

78 VAN ESSEN, s. 47.

79 <https://www.un.org/en/ga/66/>; <https://gadebate.un.org/en/sessions-archive/66>, (Erişim: 10. 09. 2020).

80 SAUGHEHE/NORDIN, s. 77.

81 SAUGHEHE/NORDIN, ss. 75-76.

82 SAUGHEHE/NORDIN, ss. 78-79.



değişik grup ve kişilere bırakılmıştır. 8 Ağustos 2012 tarihinde “Genel Ulusal Kongre” (GNC) kurulmuştur. Haziran 2014’deki Temsilciler Meclisi (House of Representatives (HoR)) seçimleri Libya’da yeni bir parlamentonun oluşmasına yol açmıştır. Seçmenlerin sadece %18’inin oy kullandığı seçimlerde önceden kurulmuş olan Genel Ulusal Kongre’nin (GNC) yerini, Temsilciler Meclisi (HoR) almıştır. Milliyetçi ve Liberal fraksiyonlar sandalyelerin çoğunluğunu kazanmış; İslami gruplar ise 200 sandalyeden 30 sandalyeye düşmüştür. Anayasa değişiklikleri ile ilgili tartışmalar nedeniyle İslami gruplarla laiklik yanlısı gruplar arasındaki çatışmalar alevlenmiştir. Ağustos 2014’te Temsilciler Meclisi (HoR) Genel Ulusal Kongre’den (GNC) görev almayı reddederek Başbakan Al-Thani ve kabinesi Tobruk’a taşınmıştır. İslami gruplar ise Trablus’un kontrolünü ele geçirip oraya taşınmışlardır. Temsilciler Meclisi (HoR) ve Tobruk merkezli El Thani’nin kabinesi doğudaki hükümeti oluşturmuştur.⁸³ Ekim 2014’te General Halife Hafter ve kendisi ile hemfikir olan Zintani Tuğayları gibi yapılar kendilerini “Libya’nın Ulusal Ordusu” (LNA) olarak tanıtmaya başlamıştır. Ocak 2015’de Tobruk merkezli hükümet alenen General Hafter’i orduda görev yapması için çağırması ve “Libya Ulusal Ordusunu” Libya’nın resmi silahlı güçleri olarak tanımıştır.⁸⁴ Böylece Libya’da her ikisi de Libya devletini temsil ettiğini iddia eden iki ayrı kamp ortaya çıkmış ve Libya’da ikinci bir iç savaş yaşanmaya başlanmıştır. Görüldüğü üzere Libya ikinci iç savaşı başlangıçta “Şafak Operasyonu” ve başarısız askeri darbeden sonra kurulan başkent Trablus’taki “Ulusal Kurtuluş Hükümeti” olarak da adlandırılan “Genel Ulusal Kongre” (GNC) hükümeti ile çoğunlukla “Tobruk hükümeti” olarak da bilinen, 2014 yılında tartışmalı olarak seçilen Temsilciler Meclisi (HoR) hükümeti ve onun desteklediği Hafter’in “Libya Ulusal Ordusu” (LNA) arasındadır. 2015’de Tobruk-merkezli Genel Ulusal Kongre’nin (GNC) içsel etkinlik bakımından Temsilciler Meclisi’nden (HoR) daha etkin olup olmadığı net değildi. Trablus- merkezli hükümet daha fazla silah, milis vs. kontrol ediyordu. Ancak dışsal etkinlik açısından bakıldığında Tobruk-merkezli hükümet üstün gelmiştir. Temsilciler Meclisi (HoR) yani Al-Thani’nin yönetimi ABD, AB ve OPEC üyeleri gibi çok sayıda devlet tarafından tanınmıştır. Ömer Al-Hassi liderliğindeki Trablus-merkezli Genel Ulusal Kongre’yi (GNC) ise sadece Türkiye, Katar ve Sudan Libya devletinin meşru temsilcisi olarak tanımıştır. Ürdün, Kuveyt, Belarus ve Sırbistan ise tanımaksızın destek vermiştir.

83 SERRALVO, s. 8.

84 SERRALVO, s. 8.

Böylece 2015'de Tobruk-merkezli Temsilciler Meclisi (HoR) Libya'nın *de jure* hükümeti olarak muamele görürken, Trablus-merkezli Genel Ulusal Kongre (GNC) ise bir *de facto* hükümet olarak muamele görmüştür.⁸⁵

Libya'daki iç siyasi görünüm dış askeri müdahaleler tarafından ipotek altına alınmış ve Libya'da polarizasyona yol açmıştır.⁸⁶ Ağustos 2014'te Mısır ve BAE İslami milislere karşı Trablus'ta gizli bir hava saldırısı icra etmiş, Şubat 2015'de İslami Devletler Grubu (Islamic States Group-(ISG)), 21 Mısırlı Kıpti Hristiyan'ın başını kestikten sonra ancak Mısır bu gruba karşı Derne ve Sirte'de hava saldırısı gerçekleştirdiğini kabul etmiştir. Tobruk-merkezli hükümet bu yabancı müdahalelere rıza vermesine karşın, Trablus-merkezli hükümet Mısır'ın saldırısını şiddetle kınamış bunu Libya'nın egemenliğine karşı bir saldırı olarak değerlendirmiştir.⁸⁷ Kasım 2014'te siyah bayrağını Derne şehrinde dalgalandırmaya başlayan "İslami Devletler Grubu" (ISG) Libya'da sürekli toprak ele geçirmeye başlamıştır. Mart 2016'da yaklaşık beş bin savaşıya komutanlık eden "İslami Devletler Grubu" (ISG) Sirte'de 250 kilometrelik bir toprak şeridini ele geçirmiş ve Trablus ve Bingazi dâhil büyük şehirlerde eğitim kampları, depolar ve operasyon hücreleri ele geçirmiştir. Hem Trablus-merkezli hükümete hem de Tobruk-merkezli hükümete, Libya petrol limanlarına karşı vur-kaç operasyonları başlatmıştır. "İslami Devletler Grubu" (ISG) tehdidine ve Libya'daki yönetim krizine siyasi çözüm bulmak için bir ulusal birlik hükümetinin kurulması tek yaşayabilir çözüm yolu olarak ortaya çıkmıştır. Böylece birlik hükümetinin kurulması cihadistlerle savaşta askeri kapasiteyi artıracak ve birlik hükümetinin rızası olmadan Libya topraklarına askeri dış müdahale engellenmiş olacaktır.⁸⁸

Eylül 2015'de BM Güvenlik Konseyi (BMGK), "Ulusal Mutabakat Hükümeti'nin" acilen kurulması çağrısında bulunmuştur. Genel Ulusal Kongre (GNC) ve Temsilciler Meclisi (HoR) arasında yapılan müzakereler sonucunda 17 Aralık 2015'te "Libya Siyasi Anlaşması" imzalanmış ve "Ulusal Mutabakat Hükümeti" (Government of National Accord- (GNA)) kurulmuştur.⁸⁹ Ancak Trablus ve Tobruk'daki rakip parlamentolar müzakere sonuçlarını reddetmişler ve temsilcilerin sadece kendi şahıslarını temsil ettiğini iddia etmişlerdir. Bu durum karşısında

85 ERRALVO, s. 30.

86 DROZ-VINCENT, s. 449.

87 SERRALVO, s. 30.

88 SERRALVO, ss. 11-12.

89 DROZ-VINCENT, s. 449.



BMGK⁹⁰ Tunus'ta üslenen Fayez El-Sarraj tarafından liderliği yapılan 3. bir hükümet olma görevini üstlenen bir "Başkanlık Konseyi" atamıştır.⁹¹ Böylece Libya 3 tane hükümete aynı anda sahip olmuştur:

- i) Haziran 2014 seçimlerinde gelen Temsilciler Meclisi'ne (HoR) bağlı Tobruk merkezli hükümet;
- ii) Haziran 2014 seçimlerine karşı çıkan Genel Ulusal Kongre (GNC) bağlantılı Trablus merkezli hükümet;
- iii) BMGK aracılığında tartışmalı bir girişimle oluşturulan Tunus merkezli "Ulusal Mutabakat Hükümeti" (GNA).

Günümüzde hem Temsilciler Meclis (HoR) hem Genel Ulusal Kongre (GNC) ulusal toprakların bir kısmını kontrol etmektedir. Bunların her ikisi de kendi parlamentolarına, bakanlarına ve mahkemelerine sahiptirler ve denetimleri altındaki bölgelerde kolluk faaliyeti icra etmektedirler. Sadece "Ulusal Uzlaşma Hükümeti" (GNA) sürgünde bir hükümet olup, kurulduğunda ulusal düzeyde içsel etkinliğe sahip değildi. Buna karşın BM ve AB tarafından Libya'nın "tek meşru hükümeti" olarak tanınmaktadır.⁹² BM geleneksel olarak yeni bir devleti ya da yeni bir hükümeti tanımak için hiçbir yetkisinin olmadığı görüşünü benimsemiştir. Oysa BM Libya olayında alışılanın dışında hareket etmiş ve sadece bu hükümetin oluşumunda etkin rol oynamamış fakat onun diğer devletler tarafından tanınması için de uğraşmıştır.⁹³

Libya'da aynı zamanda üç hükümetin olması, Libya devletinin uluslararası temsili açısından nasıl bir tablo ortaya çıkartmakta olduğu önemli bir sorundur. Zira bir hükümeti tanımak, tanınan hükümetin diplomatik ve konsolosluk ajanlarının statülerini etkiler; devletin yabancı mahkemelere başvurma, anlaşmalara taraf olma; yargı bağımsızlığı, ticari ilişki kurma, tanıyan devletlere devlet fonları yatırma hakkı gibi konularda önemli sonuçlar doğurmaktadır. İçsel ve dışsal etkinlik açısından Libya'daki durumu değerlendirmeden önce diğer örnek olaylara göz atmak gereklidir.

1990'larda Afganistan'da "Taliban" Afganistan'ın %90'ını kontrol ediyordu. İçsel açıdan etkinlik düzeyine rağmen sadece 3 devlet (Suudi-

90 UN Security Council, (2015), Resolution 2238 (2015), Un Doc. S/RES/2238, para.2, <https://www.un.org/press/en/2015/sc12039.doc.htm>, (Erişim:15.09.2020).

91 DROZ-VINCENT, s. 451.

92 SERRALVO, s. 12.

93 SERRALVO, s. 13.



Arabistan, Pakistan ve BAE) Taliban'ı Afganistan'ın meşru hükümeti olarak tanıdı. Bu olayda tanıma ya da tanımama sadece "açıklayıcı" bir fonksiyona sahiptir. Bu Taliban ile diplomatik ilişki kurmayı (ya da kurmamayı) etkiler fakat uluslararası hukuk bakımından içsel açıdan etkin olan Taliban'ın Afganistan'ın hükümeti olduğu olgusunu değiştirmez. Diğer taraftan 2000'lerde Somali içsel açıdan etkin bir hükümete sahip olmamıştır. Ulusal Geçiş Hükümeti (2000-2004), Federal Geçiş Hükümeti (TFG) (2004-2012) Mogadişu çevresinde etkin iken, Eş-Şebab ülkenin büyük kısmını kontrol altına almıştı. İlaveten Somaliland bağımsızlık ilan etmiş ve farklı bir *de facto* otorite tarafından yönetilmiştir. Uluslararası toplum önce TNG'yi ardından TFG'yi Somali'nin meşru hükümeti olarak tanıdı. Sadece içsel etkinlik düzeyi dikkate alınrsa, Somali ya hükümeti olmayan başarısız bir devletti ya da Eş-Şebab tarafından yönetilen bir devletti.

Bir hükümetin ulusal düzeyde kısmen etkisiz olduğu için ya da devletin kontrolünü ele geçirmek için birden fazla savaşıyan entite olduğunda içsel etkinlik şüpheliyse tanıma "kurucu" hale gelebilir. Bunun nedeni tanıma eylemi tanınan hükümetin dışsal bakış açısından daha etkin olmasına müsaade eder. Ne var ki dışsal tanıma kendi başına sıfır etkin bir birimin hükümet olmasında "*a priori*" yetersiz olacaktır ya da başarısız olacaktır.⁹⁴

Hükümet olma iddiasında iki ya da daha fazla rakip birim varsa, önemli devletler topluluğu tarafından tanıma, dengeyi bunlardan biri lehine değiştirir. Tersine de geçerlidir. Rakip birimler tamamen içsel olarak etkin değilse ve önemli devletler topluluğu tarafından tanınmamışsa- yani dışsal olarak birim etkin değilse- bu birimi hükümet olarak görmek için hukuksal bir gerekçe yoktur. Bu senaryo için örnek Yemen'deki durumdur. Şubat 2015'de Husiler Yemen'in başkenti Sana'yı kontrol altına almış ve Parlamento'yu dağıtarak bir geçici hükümet kurmuştur. Ülkede etkin içsel kontrole sahip olmayan Husiler, "tanınma" yoluyla dışsal etkinlik te elde edememiştir. Bu nedenle Husilerin geçiş hükümeti uluslararası hukuk anlamında meşru bir hükümet olarak görülmemiştir. Tam tersine ülkenin önemli bir kısmında etkin kontrolünü kaybetmiş olmasına karşın Hadi, BM tarafından, Yemen'in meşru Devlet Başkanı olarak görülmeye devam etmiştir. BM Güvenlik Konseyi 2216 sayılı kararın önsözünde Devlet Başkan Hadi'nin meşruluğunu desteklediğini yeniden teyit etmiş ve "tüm taraflara ve üye devletlere Yemen Devlet

94 SERRALVO, s. 22.



Başkanının meşruluğunu sarsacak herhangi eylemde bulunmaktan kaçınma” çağrısı yapmıştır. Etkin kontrolün kaybetmesine karşın Hadî'nin Suudi-Arabistan liderliğindeki koalisyon güçlerine “Kararlı Fırtına” operasyonu için verdiği rıza geçerli sayılmıştır.⁹⁵ Böylece ülke üzerinde etkin kontrolün kaybedilmesi uluslararası yaygın tanıma ile telafi edilmeye başlanmıştır.⁹⁶

Libya'daki duruma gelince hem içsel etkinlik hem de dışsal etkinlik kriterinin değerlendirilmesi açısından Tobruk-merkezli Temsilciler Meclis (HoR) 2015 yılı boyunca Libya'nın *de jure* hükümeti olarak görülmüştür. Bu nedenle yabancı askeri müdahaleye bu hükümetin rıza vermesi ya da karşı çıkması söz konusu olabilir. Bir hükümet yüksek derecede uluslararası tanıma elde etse bile, ülke içinde hiçbir etkinliğe sahip değilse devleti adına söz sahibi olamaz. Dolayısıyla *de jure* otorite de içsel etkinliğe sahip olmalıdır.⁹⁷ Oysa Tunus merkezli Genel Ulusal Kongre (GNC) BM, AB ve ABD gibi aktörler tarafından tanınarak dışsal etkinliği elde etmiş olmasına karşın 2016'da Libya topraklarında hiçbir içsel etkinliğe sahip değildi.

2016'dan bu yana BM tarafından meşru hükümet olarak tanınan “Ulusal Mutabakat Hükümeti” (GNA) ise başlangıçta içsel etkinliğe sahip olmamıştır ancak dışsal etkinliğe sahip olmuştur. Ulusal Mutabakat Hükümeti (GNA)BM'nin tanınması ile dışsal etkinliğini kazanmış olup bu tanıma “kurucu” bir işleve sahip olmuştur. Böylece ülke üzerinde içsel etkin kontrolün olmaması uluslararası yaygın tanıma ile telafi edilmiştir. Eylül 2020 itibari ile Ulusal Mutabakat Hükümeti (GNA) Libya'da toprak ele geçirerek içsel etkinliğini tesis etmeye devam eden bir güç pozisyonundadır. Nitekim Türkiye'nin desteği ile (özellikle sihalar sayesinde) 25 Mart 2020'de başlayan “Barış Fırtınası” Harekâtı ile Ulusal Mutabakat Hükümeti (GNA) stratejik açıdan önem taşıyan Vatiyye Hava üssünü ve Trablus Havaalanını ele geçirmiştir. Böylece dengeler Ulusal Mutabakat Hükümeti (GNA) lehine değişmiştir.⁹⁸ Ancak Türkiye'nin kazanımlarını arttırmasına engel olmak için dış aktörlerin 13 Temmuz 2013'de Mısır'da olduğu gibi başka planları devriye sokması da muhtemeldir.

95 TAŞDEMİR Fatma, “Yemen İç Savaşına Suudi Arabistan Liderliğindeki Koalisyon Devletlerinin Askeri Müdahalesi ve Uluslararası Hukuk”, Ed. Fırat Purtaş, **Uluslararası İlişkilere Tarihsel Bakış**, Nobel Yayınevi, Ankara, ss. 345-352.

96 RUYS Tom/FERRO Luca, (2016), “Weathering the Storm: Legality and Legal Implications of the Saudi-Led Military Intervention in Yemen”, **ICLQ**, 65(1), 2016, s. 85.

97 SERRALVO, ss. 34-365.

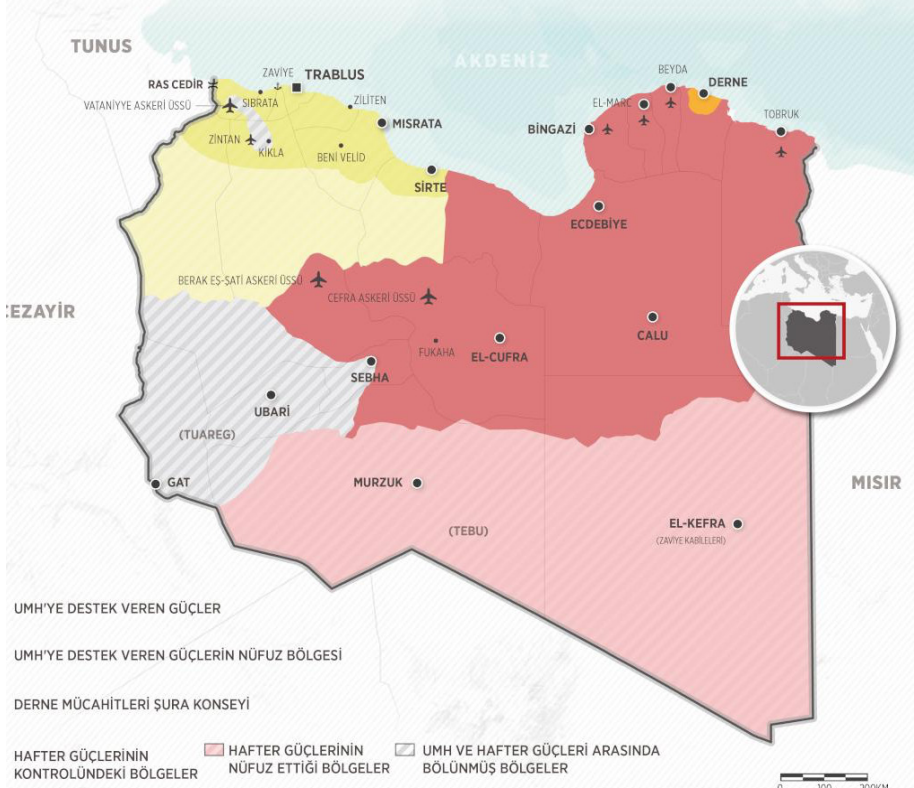
98 “Ulusal Mutabakat Hükümeti Tüm Libya'yı Kontrol Edebilir”, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/ulusal-mutabakat-hukumeti-tum-libyayi-kontrol-edebilir-/1866199>, (Erişim: 15.09.2020).

Libya'da etkin hükümetin olmadığı başarısız bir devlet olduğu senaryosunu değerlendirdiğimizde ise gerçekten Libya "Ulusal Geçiş Konseyi" (NTC) döneminde 60 başarısız devlet arasına girmiştir.⁹⁹ Yine Libya 2015'de ne Genel Ulusal Kongre'yi (GNC) ne de Temsilciler Meclis'inin (HoR) Libya'nın topraklarında etkinlik sağlayamadığı için başarısız bir devlet konumundadır. Bu nedenle bu dönemde hem Temsilciler Meclis (HoR) hem de Genel Ulusal Kongre (GNC) ülkede yabancı askeri müdahaleye "rıza" veremezdi. Bu nedenle Mısır'ın Libya'daki askeri müdahalesi "davet ile müdahale" doktrini esasında meşrulaştırılmaz çünkü başarısız devlet zımnı müdahaleye izin veremez.

Fayiz es-Serrac liderliğindeki uzlaşılı hükümeti, UMH ve Hafter yanlısı gruplar arasında bölünen Zintan hariç batı bölgesinin tamamında kontrolü sağladı

Hafter güçleri, Trablus'un bin 350 kilometre doğusunda, Derne Mücahitleri Şura Konseyi'nin kontrolündeki Derne kenti dışında doğu bölgesinin tamamında hakimiyetini korudu

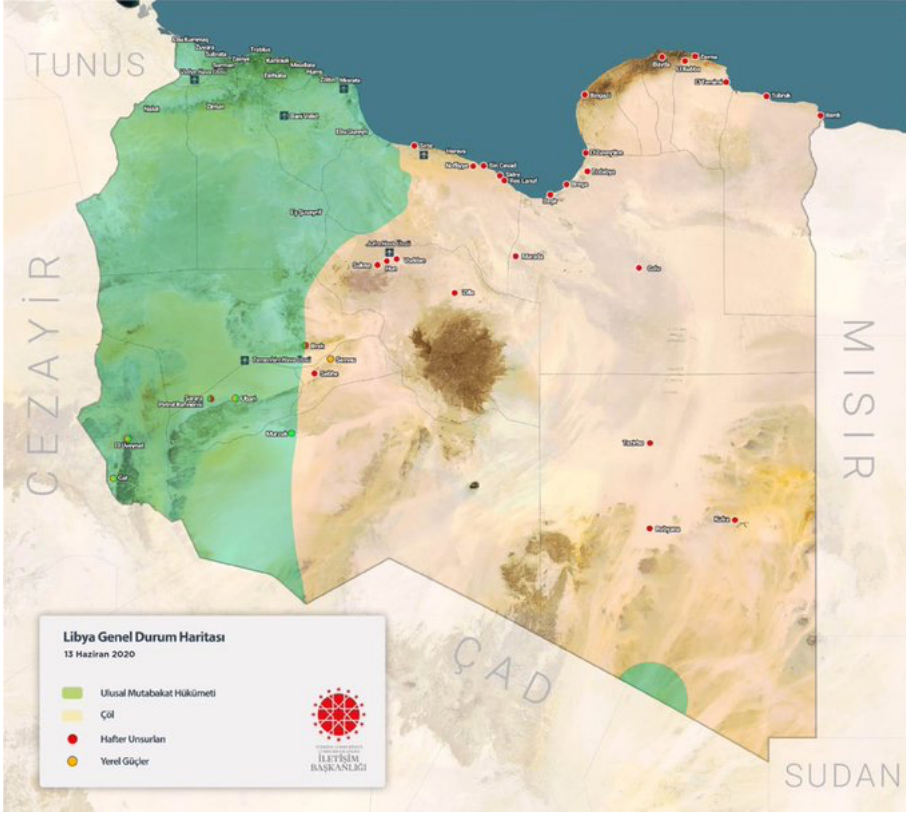
Ubari ve Gat kentleri idari olarak uzlaşılı hükümetinin kontrolünde ancak bu kentlerdeki askeri tugaylar, Serrac hükümeti ile Hafter'e bağlı güçler arasında bölünmüş durumda



Tablo I: Libya'nın 2017'deki son durum askeri haritası¹⁰⁰

99 TEKİR, s. 35.

100 "Libya'nın son askeri haritası", <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/libyanin-son-askeri-haritasi-/968289>, (Erişim: 15.09.2020).



Tablo II: Libya'nın 2020 Haziran'ındaki son durum haritası¹⁰¹

SONUÇ

Bir devletin toprakları üzerinde belli bir derecede etkin otorite icra eden birimler *de facto* rejim olarak isimlendirilmektedir. *De facto* rejimler toprak üzerinde fiili kontrol ve güce sahip olmasına karşın devletin meşru hükümeti değildir. *De facto* rejimler, *de facto* devletten farklıdır. *De facto* devlet bir devletin sahip olması gereken bütün özellikleri taşıyan fakat siyasi nedenlerle uluslararası toplum tarafından tanınmayan ve bu nedenle gayri-meşru görülen, ana devletten ayrılarak bağımsız bir devlet olmayı isteyen bir birimdir. *De facto* rejimin ana gayesi ise daha önceden tanınmış olan bir devletin meşru ve resmi hükümeti olma iddiasında

101 "İletişim Başkanlığı Libya'daki Son Durumu Gösteren Haritayı Paylaştı", <https://www.sabah.com.tr/gundem/2020/06/28/iletisim-baskanligi-libyadaki-son-durumu-gosteren-haritayi-paylasti>, (Erişim: 15.09.2020).

olan ve devletin ülkesinin bir kısmı üzerinde etkin denetime sahip olan bir entitedir. *De facto* rejimler, *de facto* hükümetten de farklı olup ülkenin tamamı üzerinde etkin kontrole sahip değildir. *De facto* hükümetler ise ülkenin tümü üzerinde etkin kontrole sahip olan siyasi açıdan örgütlü birimlerdir. *De facto* rejimler sınırlı derecede bir hukuk kişiliğine sahiptir. *De facto* rejimler devletin resmi hükümetini güç kullanarak ve anayasal olmayan yöntemlerle değiştirirler. Uluslararası toplum bu duruma yanıt vermede "tanıma" politikasını siyasi bir araç ve bir yöntem olarak kullanır. Bu nedenle iç savaş, doğal afet gibi olağandışı durumlarda hükümetlerin tanınması çağdaş uluslararası hukuk açısından önemini koruyan bir konudur.

Hükümetlerin tanınması konusunda "etkinlik" ilkesi geleneksel bir ölçüttü ve içsel ve dışsal bakımdan egemenliği gerektirmekteydi. Hükümet açıkça içsel etkinliğe sahipse tanımamak onun uluslararası hukuk altındaki statüsünü etkilemeyecektir. Diğer taraftan birimin içsel etkinliğine ilişkin şüphe varsa, dışsal tanıma söz konusu birime dışsal etkinlik sağlayacaktır ve onu devletin hükümeti haline dönüştürecektir. Bu durumda tanıma işlemi "kurucu" bir rol oynayacaktır. Libya uygulaması, artık devlet uygulamasında etkin kontrol prensibinin modasının geçtiğini, halk desteği ve uluslararası barış ve istikrarın sağlanması gibi faktörlerin daha çok önem kazandığını göstermektedir. Nitekim hiçbir içsel etkinliğe sahip olmayan Ulusal Mutabakat Hükümetinin (GNA) BM tarafından Libya'nın meşru temsilcisi olarak tanınması bu tespiti doğrulamaktadır. Ulusal Mutabakat Hükümeti'nin (GNA) uluslararası toplumun önemli bir kesimi tarafından tanınması "kurucu" bir fonksiyona sahip olmuş ve bu dışsal etkinlik zaman içinde içsel etkinliğin artmasına ve güçlenmesine yol açmıştır.

Libya örneğinde olduğu gibi iç savaş durumunda süreç içinde rakip birimlerin varlığı ülkede *de jure* ve *de facto* iki farklı hükümet türüne de yol açabilmektedir. Bilindiği üzere *de jure* tanıma geri alınmamaktadır. *De Jure* tanımanın geri alınması halkın self-determinasyon hakkına aykırı düşmekte ve devletlerin iç işlerine müdahale sayılmaktadır. Libya örneğinde 2011-2014 arası dönemde Libya Geçiş Konseyi (NTC) Libya'nın *de jure* hükümeti olarak tanınmıştır ve Libya'yı uluslararası ilişkilerde temsil hakkı ona ait olmuştur. Üstelik Libya Geçiş Konseyi (NTC) BM ve AfB tarafından kolektif olarak tanınmıştır. Bu örnek yeni bir hükümetin tanınmasında kolektif tanımanın demokrasiyi desteklemek ve insan haklarını geliştirmek için bir metot olarak kullanılabileceğini göstermektedir.



2015’de Tobruk merkezli Temsilciler Meclisi’nin (HoR) Libya’nın *de jure* hükümeti olarak tanındığı görülmektedir. Aynı dönemde Trablus-merkezli Genel Ulusal Kongre (GNC) ise bir *de facto* hükümet olarak muamele görmüştür. Görüldüğü gibi aynı dönemde Libya’da bir tanesi *de jure*, diğeri *de facto* olmak üzere iki hükümet varlık göstermiştir.

Aralık 2015’den sonra ise Ulusal Mutabakat Hükümeti (GNA) başlangıçta sürgünde hükümet olarak kurulmuş ardından BM ve AB tarafından Libya’nın tek meşru hükümeti olarak tanınmıştır. Ulusal Mutabakat Hükümetinin (GNA) tanınması hem kurucu, hem *de jure* hem de kolektif tanıma şeklinde olmuştur. Bu dışsal tanıma neticesinde Ulusal Mutabakat Hükümeti (GNA) zaman içinde içsel etkinliğini de arttırmıştır. Geleneksel olarak BM’nin yeni bir hükümeti tanıma yetkisinin olmadığı görüşü benimsenmektedir. Oysa BM Libya olayında alışılanın dışında hareket etmiş ve sadece bu hükümetin oluşumunda etkin rol oynamamış fakat onun diğer devletler tarafından tanınması için de uğraşmıştır. Sonuç olarak geleneksel hukuktan farklı olarak günümüzde hükümetlerin tanınması konusunda etkin kontrol ilkesi istisnaları olmayan mutlak bir ilke değildir. Ancak etkinlik ilkesi tamamen önemini de yitirmemiştir.

Libya’da yaşanan krize çözüm bulmak için uluslararası çabalar devam etmektedir. Bu kapsamda 20 Ocak 2020’de dördüncüsü Berlin’de düzenlenen Libya’daki savaşın taraftarlarına destek veren ülkelerin liderlerinin katıldığı bir konferans gerçekleştirilmiştir. Berlin Konferansı’ndan 55 maddelik bir sonuç bildirisi çıkmıştır. Taraflar arasında kalıcı bir ateşkesin sağlanamadığı sonuç bildirisinde daha sonraki toplantılar için yapılması gerekenler sıralanmış ve çatışmaların sona ermesi için çağrıda bulunulmuştur.¹⁰² Libya’da 21 Ağustos 2020’de Libya Başbakanı Fayiz es-Sarrac ve Temsilciler Meclisi Başkanı Akile Salih arasında ateşkes ilan edilmiştir.¹⁰³ Ateşkes kararı, Sirte ve Cufra’nın silahtan arındırılmış bölgeler olmasını, ülkede petrol üretimi ve ihracının yeniden başlatılmasını, yabancı ve paralı askerlerin ülkeden çıkmasını ve Başkanlık Konseyi ile genel seçimlerin gelecek Mart ayında yapılmasını öngörmektedir.¹⁰⁴ Libya’da ateşkesin sağlanması devleti yeniden inşa etmek için olumlu bir başlangıç olarak değerlendirilebilecek olmasına

102 “Berlin’deki Zirvede alınan kararlar ne anlama geliyor”, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51182671>, (Erişim: 10.09.2020).

103 “Libya’da ateşkes: AB ateşkes yeni bir umut yarattı, dış müdahaleler sona ermeli dedi”, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-53863829>, (Erişim:10.09.2020).

104 “Libya’da karşılıklı ateşkes kararı”, <https://www.sabah.com.tr/dunya/2020/08/22/libyada-karsilikli-ateskes-karari>



karşın ateşkesin sık sık ihlali ve hem Hafter'in hem de Sarraj'ın istifa etmiş olması¹⁰⁵ Libya'nın barış ve istikrarı yakalamasının kolay ve çabuk olmayacağını göstermektedir.

105 "Libya'da Hafter'in Ateşkes İhlalleri Sürüyor", <https://www.trthaber.com/haber/dunya/libyada-hafterin-ateskes-ihlalleri-suruyor-514220.html>, (Erişim: 10.09.2020).



KAYNAKLAR

AKSOY, Sevilay Z., “Rejim Teorileri”, **Uluslararası İlişkiler Dergisi**, 12(46), 2015, ss. 57-77.

DROZ-VINCENT, Philippe, “Competitive Statehood in Libya: Governing Differently a Specific Setting or Deconstructing its Weak Sovereign State with a Fateful Drift Toward Chaos?”, **Small Wars & Insurgencies**, 29 (3), 2018, ss. 434- 455.

HEINTZE, Hans-Joachim, “Are De Facto Regimes Bound by Human Rights?”, Ed. IFSH, **OSCE Yearbook 2009**, Baden-Baden, 2010, ss. 267-275.

KIRAN, Abdullah, “Uluslararası Hukukta Devletleri Tanıma ve Tanıma Türleri”, **Social Sciences Studies Journal**, 3(6), 2017, ss. 1083-1098.

KRASNER Stephen D., “Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables”, **International Organization**, 36(2), 1982, ss. 185-205.

PERROUX, Jean-Louis Romanet, “The Deep Roots of Libya’s Security Fragmentation”, **Middle Eastern Studies**, 55(2), 2019, ss. 200-224.

PETERSON, M. J., “Recognition of Governments”, Eds. Gezim Visoka, John Doyle and Edward Newman, **Routledge Handbook of State Recognition**, Routledge, London, New York, 2020, ss. 205-219.

RAINERI, Luca, “Security and informality in Libya: militarisation without military?”, **Conflict, Security & Development**, 19(6), 2019, ss. 583-602.

RUYS, Tom / FERRO Luca, “Weathering the Storm: Legality and Legal Implications of the Saudi-Led Military Intervention in Yemen”, **ICLQ**, 65(1), 2016, ss. 61-98.

SAK, Yıldırım, “Uluslararası Hukukta İnsancıl Müdahale ve Libya Örneği: Suriye’de Yaşanan ya da Yaşanacaklar için Dersler”, **Uluslararası İlişkiler Dergisi**, 11(4), 2015, ss. 121-153.

SAUGHEHE, Hamed Hasyemi / NORDIN Rohaida, “Legitimacy as a Precondition for the Recognition of New Governments: A Case for Libya”, **Sriwijaya Law Review**, 2(1), 2018, ss. 69-81.

SERRALVO, Jose, “Government Recognition and International Humanitarian Law Applicability in Libya Post-Gaddafi Libya”, **Yearbook of International Humanitarian Law**, Springer, 18(1), 2016, ss. 3-41.



SHAW, Malcom N., **Uluslararası Hukuk**, Çev./Ed. İbrahim Kaya vd., TÜBA, Ankara, 2018.

TALMON, Stefan, "The Constitutive versus the Declaratory Theory of Recognition. Tertium non Datur?", **British Yearbook of International Law**, 75(1), 2005, ss. 101-181.

TAN, Daron, "Filling The Lacuna. De Facto Regimes and Effective Power in International Human Rights Law", **International Law and Politics**, 51(1), 2019, ss. 436-489.

TAŞDEMİR, Fatma, "Libya İç Savaşı'nın Jus in Bello Açısından Analizi", **Üç Deniz Havzası Ülkeleri Ortak Yönetim Kültürü ve Yeniden Yapılanma Sorunları Sempozyumu**, İstanbul Aydın Üniversitesi, 2012, ss. 353-364. (*Libya İç Savaşı*)

TAŞDEMİR, Fatma, "Yemen İç Savaşına Suudi Arabistan Liderliğindeki Koalisyon Devletlerinin Askeri Müdahalesi ve Uluslararası Hukuk", Ed. Fırat Purtaş, **Uluslararası İlişkilere Tarihsel Bakış**, Nobel Yayınevi, Ankara, 2019, ss. 331-355. (*Yemen İç Savaşı*)

TEKİR, Gökhan, "Kaddafi Sonrası Libya'nın Güvenlik Değerlendirmesi", **Uluslararası Afro- Avrasya Araştırma Dergisi**, 2(1), 2018, ss. 32-44.

VAN ESSEN, Jonte, "De Facto Regimes in International Law", **Merkourios-Utrecht J. Int'l & Eur. L.**, 31(1), 2012, ss. 31-49.

İNTERNET KAYNAKLARI

"AB'den Libya ateşkesi açıklaması: Tüm yabancı savaşçılar ülkeyi terk etmeli", <https://tr.euronews.com/2020/08/22/ab-den-libya-ateskesi-ac-klamas-tum-yabanc-savasc-lar-ulkeyi-terk-etmeli>, (Erişim:09.09.2020).

"Berlin'deki Zirvede alınan kararlar ne anlama geliyor", <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-51182671>, (Erişim:10.09.2020).

<https://www.un.org/en/ga/66/>; <https://gadebate.un.org/en/sessions-archive/66>, (Erişim: 10. 09. 2020).

"Libya'da ateşkes: AB ateşkes yeni bir umut yarattı, dış müdahaleler sona ermeli dedi", <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-53863829>, (Erişim:10.09.2020).

"Libya'da çözüm için Berlin sürecinin şansı var mı?", <https://www.dw.com/tr/libyada-%C3%A7%C3%B6z%C3%BCm-i%C3%A7in-berlin-s%C3%BCrecinin-%C5%9Fans%C4%B1-var-m%C4%B1/a-51944529>, (Erişim:10.09.2020).



“Libya’da karşılıklı ateşkes kararı”, <https://www.sabah.com.tr/dunya/2020/08/22/libyada-karsilikli-ateskes-karari>, 22.08.2020).

“Libya’da Hafter’in Ateşkes İhlalleri Sürüyor”, <https://www.trthaber.com/haber/dunya/libyada-hafterin-ateskes-ihlalleri-suruyor-514220.html>, (Erişim: 10.09.2020).

“Libya’da ne oluyor: Hafter’in ‘Türk hedeflerine yönelik hava operasyonu başlayacak’ dediği Libya’da son durum ne?”, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-52821791>, (Erişim: 05.06.2020).

“Libya’da Hafter Yanlısı Sözde Hükümet İstifa Etti”, <https://www.bloomberght.com/libya-da-hafter-yanlisi-sozde-hukümet-istifa-etti-2264251>, (Erişim: 14.09.2020).

“Libya’nın son askeri haritası”, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/libyanin-son-askeri-haritasi-/968289>, (Erişim: 15.09.2020).

“İletişim Başkanlığı Libya’daki Son Durumu gösteren Haritayı Paylaştı”, <https://www.sabah.com.tr/gundem/2020/06/28/iletisim-baskanligi-libyadaki-son-durumu-gosteren-haritayi-paylasti>, (Erişim: 15.09.2020).

“Rusya, Suriye’den Hafter saflarına 1000 paralı savaşçı daha göndermeye hazırlanıyor”,

<https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/rusya-suriyeden-hafter-saflarina-1000-parali-savasci-daha-gondermeye-hazirlaniyor-1764437>, (Erişim: 08.09.2020).

“Rejim”, TDK, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim: 07.06.2020).

“Türkiye-Libya Anlaşması Doğu Akdeniz Politikasında Önemli Kazanım”, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/turkiye-libya-anlasmasi-turkiyenin-dogu-akdeniz-politikasinda-onemli-kazanim/1662097>, (Erişim: 10.09.2020).

“Ulusal Mutabakat Hükümeti Tüm Libya’yı Kontrol Edebilir”, <https://www.aa.com.tr/tr/dunya/ulusal-mutabakat-hukümeti-tum-libyayi-kontrol-edebilir-/1866199>, (Erişim: 15.09.2020).

UN Security Council, (2015), Resolution 2238 (2015), Un Doc. S/RES/2238, <https://www.un.org/press/en/2015/sc12039.doc.htm>, (Erişim: 15.09.2020).



ÇİN MEDENÎ KANUNUNA GENEL BİR BAKIŞ

(An Overview on Chinese Civil Code)

Doç. Dr. Ahmet TÜRKMEN¹

ÖZ

Çin Medenî Kanunu 28 Mayıs 2020 tarihindeki 13. Dönem Çin Ulusal Halk Kongresinde kabul edilerek yasalaşmıştır ve 1 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe girecektir. Çin Medenî Kanunu, 71 yıllık Çin Halk Cumhuriyeti tarihinin ilk Medenî Kanunudur ve Çin'in reform ve açılım politikasının sonucu olarak planlı ekonomiden pazar ekonomisine geçiş sürecinin bir tamamlayıcısı olarak görülmelidir.

Bu çalışmada Çin Medenî Kanununun yasalaşmasına giden süreç, Çin Medenî Kanununun sistematığı ve genel felsefesi ile Medenî Kanunu oluşturan bölümlerden genel hükümler, aynî haklar, sözleşme hukuku, kişilik hakları, evlilik ve aile hukuku, miras hukuku ve haksız fiil sorumluluğu hakkında genel bilgiler verilerek Çin Medenî Kanunu genel hatlarıyla tanıtılmaya çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Çin, Çin Medenî Kanunu, Çin Medenî Hukuku, Çin Eşya Hukuku, Çin Borçlar Hukuku

ABSTRACT

Having passed by the 13th National People's Congress of China on May 28th, 2020, the Chinese Civil Code is going to enter into force on January 1st, 2021. It is the first Civil Code in the 71 years history of the People's Republic of China and considered as a part of the process of transformation from the central planning economy to market economy, as one of the consequences of China's reform policies.

This paper aims to introduce the Chinese Civil Code in general terms while reviewing the process of enactment of the Civil Code and providing essential information on the systematics and philosophy of the Civil Code, its sections on general provisions, real rights, contract law, personal rights, marriage and family law, inheritance law, and law of tort.

1 Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk ABD Öğretim Üyesi, e-posta: ahmetturkmen@klu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4288-6607

Keywords: China, Civil Code of China, Civil Law of China, Chinese Property Law, Chinese Obligation Law

GİRİŞ

Çin’de medenî hukuku kodifiye çalışmaları uzun bir geçmişe dayanmaktadır. Çin İmparatorluğu döneminde başlayan kodifikasyon çalışmaları, Çin Halk Cumhuriyetinde döneminde de devam etmiş ve medenî hukukun bütün konularını içeren bir kanun çıkarılması çeşitli sebeplerle bir türlü gerçekleşmemiştir. Buna karşılık medenî hukukun alanına giren konuları içeren kanunlar farklı tarihlerde yasalaşarak yürürlüğe girmiştir. Dağınık şekilde ve farklı tarihlerde yürürlüğe giren bu kanunları sistematik bir bütünlük içinde tek bir kanun çatısı altında toplama ve bu arada oluşturulacak Medenî Kanuna sosyal, kültürel, ekonomik ve teknolojik gelişmelere uygun özel hükümler ekleyerek Çin’e özgü bir Medenî Kanun çıkarma çabaları Çin Halk Cumhuriyeti kurulduktan tam 71 yıl sonra sonuç vermiş ve Çin Medenî Kanunu Tasarısı 28 Mayıs 2020 tarihinde Ulusal Halk Kongresinin 13. dönem toplantısında kabul edilerek yasalaşmıştır. Çin Medenî Kanunu, teknik anlamda “*Code (Kanun)*” niteliğinde çıkarılan Çin’in ilk Medenî Kanunudur ve 1 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe girecektir (ÇMK m. 1260).

Kendine özgü sosyalist bir rejime sahip olan Çin’de (*Çin’e özgü sosyalizm* de denmektedir) medenî hukukun kodifiye edilmesinde Çin’in reform ve açılım politikasının sonucu olarak planlı ekonomiden pazar ekonomisine geçişinin etkisi büyüktür. Alışveriş yaşamı ve eşit kişiler arasındaki ilişkileri düzenlemesi sebebiyle hayatın içinde yaşayan bir hukuk dalı olan medenî hukuk, bütün ülkelerde olduğu gibi Çin’de de yoğun biçimde uygulama alanı bulacaktır. 1.4 milyarlık nüfusuyla dünyanın en kalabalık ülkesi olması nedeniyle ulusal düzeyde tüm dünya çapında en fazla kişiye uygulanacak ve kodifikasyon çalışmalarının diğer ülkelere kıyasla çok geç bir dönemde tamamlanmasıyla en son yaratılan medenî kanun olması nedeniyle Çin Medenî Kanunu bu anlamda önemli ve ayrıcalıklı bir niteliğe sahiptir. Ayrıca yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda ulusal kanunlar ihtilafı kurallarının yabancı ülke hukuku kurallarına atıf yaptığı durumlarda bu Kanun, dünyanın diğer ülkelerinde ve bu arada da Türkiye’deki uyuşmazlıklarda da uygulama alanı bulabilmesi itibarıyla de özel bir önem arz etmektedir.

Bu çalışmada öncelikle Çin Medenî Kanununun yasalaşma süreci İmparatorluk döneminden günümüze kadar incelenmektedir. Sonrasında ise Çin Medenî Kanununun genel esasları ile kanunun bölümleri ve içeriği



hakkında genel bilgiler verilmekte ve Çin'e özgü hukukî düzenlemelerden önemli gördüğümüz bazılarına yer verilmek suretiyle Çin Medenî Kanunu ve onun karakteristik özellikleri - *kanunun resmî olmayan İngilizce metinleri esas alınmak suretiyle*- kimi zaman Türk hukukuyla da karşılaştırmalı olarak genel hatlarıyla *tanıtılmaya* çalışılmaktadır.

I. ÇİN MEDENÎ KANUNUNUN TARİHÇESİ

Hemen hemen her toplumda olduğu gibi Çin'de de medenî hukukun kodifiye edilmesi ülkedeki önemli sosyal ve ekonomik gelişmelere bağlı olarak bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır. Çin'de medenî hukuku kodifiye çalışmaları başlıca üç döneme yayılmaktadır. Bunlar; İmparatorluk dönemi, Çin Cumhuriyeti dönemi ve Çin Halk Cumhuriyeti dönemi olarak üçe ayrılabilir. Çin Halk Cumhuriyeti içindeki kodifiye çalışmaları da Sovyet etkisindeki *planlı ekonomi* dönemi ve Çin-Soyvet ayrılığından sonra Çin'in reform ve açılım politikasının bir sonucu olan *pazar ekonomisine* geçişle birlikte ortaya çıkan yeni dönem içinde mütalaa edilebilirler. Bunlardan İmparatorluk döneminde dış güçlere karşı savaşların kaybedilmesi, Çin Cumhuriyeti döneminde İmparatorluğun yıkılması, yeni siyasî düzene geçilmesi ve Çin İç Savaşları ve Çin Halk Cumhuriyeti döneminde sosyalist düzene geçilmesi ve sonrasında teknolojik atılım ve pazar ekonomisine geçiş süreci kodifiye çalışmalarını etkileyen başlıca faktörler olmuştur.

A. İmparatorluk Dönemi

İmparatorluk dönemi öncesi Çin'de medenî hukuk Roma İmparatorluğundan farklı olarak bir gelişim gösterememiş ve özel hukuk alanında kodifikasyon yapılmamıştır. Çin'de 1800'lü yıllardan itibaren feodalitenin zayıflaması ve I. Afyon (1839-1842) ve II. Afyon (1856-1860) Savaşlarının (Ok Savaşları) kaybedilmesiyle birlikte batılılaşma hareketleri başlamıştır. Daha sonraki yıllarda Sino-Japon Savaşlarının (1894-1895) kaybedilmesi ve nihayetinde Çin'de batılı devletlere tanınan siyasî ve ekonomik imtiyazlara bir tepki olarak ortaya çıkan Boxer Ayaklanmasını bastırmak amacıyla o dönemin en güçlü devletlerinden oluşan Sekiz Devlet İttifakının (İtalya, ABD, Fransa, Avusturya-Macaristan İmparatorluğu, Japonya, Almanya, Birleşik Krallık ve Rusya) 1900 yılında Pekin'i ele geçirmesi Çin'in yüklü miktarda tazminat ödemesine ilişkin bir anlaşmayla sonuçlanmıştı. Tüm bu ağır askerî yenilgiler Çin İmparatorluğu yönetiminde Çin'in daha zengin ve güçlü bir devlet olabilmesi için Batının yalnızca teknolojisini değil, hukuk

sistemini de almak gerektiği yönünde bir eğilimin kuvvetlenmesine yol açmıştır². Bu motivasyonla Çin İmparatorluğunun son hanedanlığı olan Qing Hanedanlığının İmparatoru Guangxu 1902 yılında başlattığı reform hareketleri kapsamında 1907 yılında ceza hukuku yanısıra medenî hukukun da Batı hukuk sistemlerinden iktibas edilerek kodifiye edilme çalışmalarının başlatılması emrini verdi³.

1908 yılında Qing Hanedanlığı döneminde başlayan medenî hukuku kodifiye etme çalışmaları kapsamında genel hükümler, borçlar hukuku ve eşya hukuku kitaplarını hazırlaması için Japon hukukçu *Matsuoka*, aile ve miras hukuku kitapları için de dönemin Çinli bilim insanları görevlendirildi. Bunların hazırladıkları beş kitaptan ve 1569 maddeden oluşan kanun tasarısı 1910 yılında tamamlandı. 1910 yılında tamamlanan bu tasarının ekonomik dinamiklerini oluşturan genel hükümler, borçlar ve eşya hukuku hükümleri büyük ölçüde Alman hukukunu iktibas eden Japon hukukundan iktibas edilmiştir⁴. Büyük umutlarla hazırlanan Medenî Kanun Tasarısı 1911 yılında Qing Hanedanlığının yıkılması ve akabinde 1912 yılında Çin Cumhuriyetinin kurulmasıyla yasalasamamıştır⁵. Lâkin o dönem yapılan ve Alman Medenî hukukunun ilkeleri, sistemi ve teorisini benimseyen bu kanun tasarısı sonradan medenî hukuk alanında yapılan reformların ve 2020 yılında kabul edilen

2 LIANG Huixing, "Preface" in: **The Draft Civil Code of People's Republic of China**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2010, s. XII-XIII.

3 LIANG, s. XIII.

4 TIMOTEO Marina: "China Codifies The First Book of the Civil Code between Western Models to Chinese Characteristics", **Opinio Juris in Comparatione, Studies in Comparative and National Law**, Vol. 1. Nr. 1., 2018, s. 26, dn. 6; KIELSGARD Mark D./CHEN Lei, "The Emergence of Private Property Law in China and Its Impact on Human Rights, **Asian-Pacific Law & Policy Journal**, Vol. 15:1, 2013, s. 101; ZHANG Xianchu, " The New Round Of Civil Law Codification In China", **University of Bologna Law Review**, Vol. 1, No. 1, 2016, s. 110; SCHÜBELER Andreas, " Die neue Kodifikationsrunde des chinesischen Zivilrechts und die Rolle des deutschen Rechts", **Freilaw** 2/2018, s. 85. Çin'in töre hukukuna (common law) dayalı Anglo-Sakson hukuku yerine Kara Avrupası hukukunu iktibas etmesinde Kara Avrupası hukuk sisteminin teknolojik atımlara daha uygun olduğu düşüncesi ve aynı gerekçeyle komşusu Japonya'nın da Alman Hukukunu tercih etmesi yatmaktadır. 1896 tarihli Japon Medenî Kanunu büyük ölçüde Alman BGB'den iktibas edilmiştir (EPSTEIN Edward J., "The Theoretical System of Property Rights In China's General Principles of Civil Law", **Theoretical Controversy in the Drafting Process and Beyond, Law and Contemporary Problems**, Vol. 52, No. 2, The Emerging Framework of Chinese Civil Law: Part 1, Spring, 1989, s. 1839). Bunda hiç şüphesiz kanunun genel hükümleri, eşya ve borçlar hukuku kitaplarını hazırlamakla görevlendirilen kişinin Japon bir hukukçu olması da etkili olmuştur. O dönem Kara Avrupası Hukuk sisteminin başlıca iki temel taşı olan Alman Hukuku ve Fransız Hukuku arasında Alman Hukukunun tercih edilmesinde de Alman hukukunun teknolojik ilerlemeye ve modernizasyona daha uygun ve daha gelişmiş ve ilerici bir kanun olduğu düşüncesi egemen olmuştur. (LIANG, s. XV).

5 SCHÜBELER, s. 81.



Çin Medenî Kanununun da temellerini oluşturması nedeniyle özel bir öneme sahiptir⁶.

B. Çin Cumhuriyeti Dönemi

1911 yılında Qing Hanedanlığının yıkılmasını müteakip 1912 yılında kurulan Çin Cumhuriyeti döneminde de medenî hukuku kodifiye çalışmaları devam etmiştir. Büyük ölçüde 1910 tarihli Büyük Qing Medenî Kanun Tasarısını esas alan⁷ ve İsviçre hukukundan eklemeler ile aynî haklar ve aile hukuku alanında yenilikler içeren 1925 tarihli tasarı da yasalaşamamıştır⁸. 1929-1930 yılında Çin Milliyetçi Partisi döneminde yapılan çalışmalar sonucunda ise bu sefer 1925 tarihli tasarı esas alınarak ve üzerinde değişiklikler yapılarak 26 Aralık 1930 tarihinde *Çin tarihinin ilk Medenî Kanunu* yürürlüğe konulmuştur⁹. Genel hükümler, borçlar hukuku, eşya hukuku, aile hukuku ve miras hukuku kitaplarını içeren ve 29 bölüm, 1.225 maddeden oluşan bu Kanun ağırlıklı olarak Alman ve Japon Medenî Kanunu ile İsviçre Borçlar Kanunu ve kısmen de çağdaş Sovyet ve Tayland hukukundan alıntılar taşımaktaydı¹⁰.

1930 yılında yürürlüğe giren Çin'in bu ilk Medenî Kanununun ömrü, Çin İç Savaşını Milliyetçi Partinin kaybetmesi ve Çin Komünist Partisinin 1949 yılında Çin Halk Cumhuriyetini kurmasıyla birlikte pek kısa olmuştur¹¹. Lâkin bu Kanun, devrik milliyetçilerin kaybettikleri iç savaş sonrasında çekildiği resmî adı Çin Cumhuriyeti olan *Tayvan*'da halen uygulanmaya devam etmektedir¹².

C. Çin Halk Cumhuriyeti Dönemi

1. Planlı Ekonomi Dönemi: Sovyet Etkisi

1949 yılında Çin Komünist Partisinin Çin Halk Cumhuriyetini kurmasıyla birlikte Çin Cumhuriyeti döneminde yürürlükte olan Çin

6 LIANG, s. XIII; CHEN Lei/Van RHEE C. H. (Remco), in Chen, Lei/van Rhee, C.H. (Remco): "Introduction", *Towards a Chinese Civil Code, Comparative and Historical Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2012, s. 2; TIMOTEO, s. 32; KIELSGARD/CHEN, s. 101.

7 TIMOTEO, s. 32.

8 Yalnız Pekin Hükümeti Adalet Bakanlığı bütün mahkemelere davaların bu kanun tasarısına göre sonuçlandırılması yönünde bir genelde göndermişti (LIANG, XIV).

9 WANG Liming, "The Systematization of the Chinese Civil Code", in Chen, Lei/van Rhee, C.H. (Remco): *Towards a Chinese Civil Code, Comparative and Historical Perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2012, s. 21; KIELSGARD/CHEN, s. 101

10 LIANG, s. XIV. Karş. TIMOTEO, s. 26; EPSTEIN, s. 183; KIELSGARD/CHEN, s. 101; CHANG Yun-Chien, "Property Law With Chinese Characteristics: An Economic and Comparative Analysis", *Property Rights Conference Journal*, Vol. 1, 2012, s. 349.

11 SCHÜBELER, s. 81.

12 LIANG, s. XX; CHANG, s. 349.

Medenî Kanunu da yürürlükten kaldırılmıştır¹³. Bu tarihten sonra Çin hukuku planlı ekonomiye geçişle birlikte büyük ölçüde *Sovyet hukukunun* etkisi altına girmiştir¹⁴. Bu çerçevede 1950 yılında Sovyet hukukundan iktibas edilen Evlilik, Aile ve Vesayet Kanunu Çin Halk Cumhuriyetinin ilk yasası olarak yürürlüğe girmiştir¹⁵. Buna paralel olarak bu süreçte medenî hukuku kodifiye çalışmaları da devam etmiştir. 1956 yılında tamamlanan ve 1922 tarihli Sovyet Medenî Kanununun kopyası niteliğinde olan Medenî Kanun Tasarısı ise politik sebeplerle yasalaşamamıştır¹⁶. Bu Tasarı büyük ölçüde Alman Medenî Kanununu kendine rehber alan Sovyet Medenî Kanunu hükümlerinden oluştuğu için Çin Medenî Kanun Tasarısında Kara Avrupası Hukuku ve Alman Hukuku etkileri bu dönemde de devam etmiştir¹⁷. 1964 yılında ise Sovyet ve Alman Medenî hukukundan arındırılmış komünist rejime özgü hazırlanan Medenî Kanun Tasarısı da 1964 yılında Sosyalist Eğitim Hareketi ve onu müteakip 1966 yılında başlayan Çin Kültür Devriminin başlamasıyla birlikte yasalaşamamıştır¹⁸.

2. Reform ve Açılım Dönemi

a. İlk Dönem

Çin Sovyet Ayrılığı ve 1966-1976 tarihleri arasında Mao Zedong tarafından başlatılan Çin Kültür Devrimini müteakiben 1977 yılında Çin, planlı ekonomiden pazar ekonomisine geçiş yolculuğuna başlamıştır. Çin'in pazar ekonomisine geçiş yolculuğuyla birlikte devlet yönetiminde medenî hukuka verilen önem daha da artmıştır¹⁹. Bu kapsamda 1979 yılında çalışmaları başlayan ve 1982 yılında tamamlanan Medenî Kanun Tasarısı genel hükümler, kişiler hukuku, eşya sahipliği, sözleşmeler, fikrî mülkiyet hakları, miras, sorumluluk ve diğer hükümler olmak üzere sekiz bölümden oluşuyordu. Bu Tasarı büyük ölçüde 1964 tarihli Sovyet Medenî Kanunu ile 1978 tarihinde revize edilen Macar Medenî Kanunu hükümleri dikkate alınarak hazırlanmıştır²⁰.

13 KATO Masanobu, "Civil and Economic Law in the People's Republic of China", *The American Journal of Comparative Law*, Summer, 1982, Vol. 30, No. 3, s. 433; SCHÜBELER, s. 81.

14 LIANG, s. XVI; ZHANG, X., s. 111; SCHÜBELER, s. 85; KIELSGARD/CHEN, s. 101.

15 LIANG, s. XVI; KATO, s. 433; SUN Xianzhong, "Die Kodifikation eines Zivilgesetzbuches in China: Einige Probleme mit Blick auf die Systematisierung und Verwissenschaftlichung der Gesetzgebung", *Zeitschrift für Chinesisches Recht (ZChinR)*, 2017, s. 87.

16 EPSTEIN, s. 179; LIANG, s. XVI; SUN, s. 87; ZHANG, X., s. 111.

17 LIANG, s. XVI; SCHÜBELER, s. 85.

18 LIANG, s. XVII; ZHANG, X., s. 111; KATO, s. 434; SUN, s. 87-88.

19 KATO, s. 437; SUN, s. 88.

20 LIANG, s. XVII; SUN, s. 88.



Çin kanun koyucusu Çin'deki ekonomik sistem reformu ile hızlı sosyal değişimlerin etkisini de dikkate alarak bu değişimlere ayak uydurabilmek amacıyla bütünüyle yeni bir Medenî Kanun yaratmak yerine, süreç içinde tekil özel kanunları peyderpey yasalaştırma yolunu tercih etmeye karar verdi ve Medenî Kanun Tasarısı komisyon çalışmalarının durdurulmasına karar verildi²¹. Bu süreçte medenî hukuk alanında 1980 yılında Evlilik Kanunu, 1981 yılında Ekonomik Sözleşme Kanunu, 1985 yılında Yabancı Kuruluşları İçeren Ekonomik Sözleşme Kanunu, 1985 yılında Miras Kanunu, 1986 yılında Medenî Hukukun Genel İlkeleri Kanunu, 1987 yılında Teknoloji Sözleşmeleri Kanunu ve 1991 yılında Evlat Edinme Kanunu yasalaştı²².

Bunlardan 1986 tarihli *Medenî Hukukun Genel İlkeleri Kanunu* Çin Medenî hukuk tarihinde bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir²³. Bu Kanunun yürürlüğe girmesiyle özel hukuk davalarında belirgin bir artış yaşanmıştır²⁴. Kanun, Çin'in hızlı sosyal ve ekonomik gelişmesini güvence altına alarak daha sonrasında özel hukuk alanında yasalaşacak diğer kanunların da önünü açmıştır²⁵. Bu Kanun; genel hükümler, gerçek *yurttaşlar*²⁶, tüzel *yurttaşlar*, hukukî işlemler ve temsil, özel haklar, hukukî sorumluluk, zamanaşımı, yabancılarla ilgili özel hukuk konuları ve ek maddeler olarak dokuz bölümden oluşmaktaydı²⁷. Bu Kanunun yapımında her ne kadar genel olarak Sovyet ve Doğu Bloku ülkelerinin Medenî Kanun hükümlerinden esinlenilerek hazırlanan 1982 tarihli Medenî Kanun Tasarı hükümleri esas alınmışsa da²⁸, Kanun Çin'in reform ve açılım politikası ile Çin Kültür Devriminin sonucu olarak özel aynî haklar ve kişilik haklarına duyarlılığıyla ondan farklılaşmaktadır²⁹.

21 LIANG, s. XVII.

22 TIMOTEO, s. 27-28; WANG Jingen/ DiMATTEO Larry A., Chinese Reception And Transplantation Of Western Contract Law, **Berkeley Journal of International Law**, Vol. 34:1, 2016, s. 46; SHIYUAN Han, "The CISG and Modernisation of Chinese Contract Law", in: Contributions to the Study of International Trade Law and Alternative Dispute Resolution in the South Pacific, **Comparative Law Journal of the Pacific**, Special Issue, Vol. 17, 2014, s. 67.

23 LIANG, s. XVIII-XIX; LIXIN Yang, "From the General Provisions of Civil Law to the General Rules of Civil Law: A Historic Leap", **Social Sciences in China**, Vol. 41, No. 2, 2020, s. 8; CHEN/Van RHEE, s. 4-5; WANG Zhu, **On the Constitutionality of Compiling a Civil Code of China, A Process Map for Legislation Born out of Pragmatism**, China University of Political Science and Law Press, Springer 2020, s. 26.; ZHANG, X., s. 111; WANG, L., s. 22.

24 LIXIN, s. 8.

25 WANG, Z., s. 26.

26 Kişi yerine *yurttaş* teriminin kullanılması ve sebepleri hakkında bkz. LIXIN, s. 9.

27 LIANG, s. XVIII, XIX.

28 LIU Chenglin: "Socialized Liability in Chinese Tort Law", **Harvard International Law Journal**, Volume 59, Spring 2018, Online Journal, s. 20.

29 LIANG, s. XVIII.

Eşyalar üzerinde özel hak sahipliğini güvence altına alan ve yaşam ve sağlık, ad, resim, onur ve saygınlık gibi kişilik değerlerini kişiliği koruyucu hükümleri içermesi itibariyle bu konuda bir ilk olan Kanun, Çin'in İnsan Hakları Deklarasyonu olarak da kabul edilmektedir³⁰. 2020 tarihli Çin Medenî Kanununun ilk bölümü olan genel hükümler bölümü de 1986 tarihli bu Kanun esas alınarak hazırlanmıştır. Bu süreçte Çin ayrıca dünya uluslararası ticaretinin en çok kabul gören anlaşması olan CISG'i 1988 yılında yürürlüğe sokarak pazar ekonomisinin uluslararası kurallarına uyma ve dünya ticaretine entegrasyon anlamında önemli bir adım daha atmıştır³¹.

b. Pazar Ekonomisi Dönemi

1990'lı yıllarda Çin'de devlet merkezli planlı ekonomik sistemden pazar ekonomisine geçiş esas itibariyle tamamlanmıştı. 1992 yılında Çin, Anayasasını değiştirerek 1993 yılında pazar ekonomisine geçtiğini resmî olarak duyurdu³². Çin'in ekonomik sisteminin yanında hukuk sisteminin de Sovyet ve Doğu Bloku ülkeleri hukukundan pazar ekonomisini benimseyen ülkelerin hukukuna adapte edilmesi açılım, modernizasyon ve entegrasyon sürecinin parçası olarak bir gereklilik olarak ortaya çıkıyordu³³. Bu çerçevede 1981 tarihli Ekonomik Sözleşme Kanunu ile 1985 tarihli Yabancı Kuruluşları İçeren Ekonomik Sözleşme Kanunu kaldırılarak 1999 yılında Sözleşme Kanunu kabul edildi ve bu kanun aynı yıl yürürlüğe girdi³⁴. 1999 tarihli Sözleşme Kanunu, büyük ölçüde Alman Medenî Kanunu ilkeleri ve Alman, Japon ve Tayvan sözleşme hukuku kurallarının yanısıra, Anglo-Amerikan hukuku ile CISG (Convention on Contracts for the International Sale of Goods), PICC (Principles of International Commercial Contracts) ve PECL (Principles of European Contract Law) gibi uluslararası sözleşme hükümlerinin bir kombinasyonundan oluşmaktadır³⁵. 1999 yılında Sözleşme Kanununun kabulünden sonra Çin 2001 yılında Dünya Ticaret Örgütüne girerek pazar ekonomisi yolunda önemli bir adım daha atmıştır³⁶.

30 LIANG, s. XIX; LIXIN, s. 7.

31 SHIYUAN, s. 70. CISG'in yapısı ve konsepti ulusal sözleşme hukukunun inşa edilmesinde de öncü bir rol oynamıştır. 2020 tarihli Çin Medenî Kanununun Sözleşme bölümüne ilişkin kuralların azımsanmayacak bir kısmında CISG hükümlerinden yararlanılmıştır.

32 SUN, s. 88; ZHANG, X., s. 113.

33 LIANG, s. XIX; EPSTEIN, s. 179; SUN, s. 89.

34 LIANG, s. XIX.

35 LIANG, s. XIX; JINGEN/DiMATTEO, s. 47 vd., s. 71 vd.

36 CHEN/Van RHEE, s. 7; ZHANG, X., s. 114.



Bu süreçte ayrıca özel hukukla ilgili yeni kanunlar yürürlüğe sokulmuş, mevcut kanunlar da pazar ekonomisinin ve sosyal gelişmelerin ruhuna uygun biçimde revize edilmiştir. 1980 tarihli Evlilik Kanunu 2001 yılında, 1991 tarihli Evlat Edinme Kanunu da 1998 yılında revize edilmiştir³⁷ ve 1994 yılında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve 1995 yılında Garanti Kanunu yürürlüğe girmiştir. Ticaret hukuku alanında da 1982 yılında Marka Kanunu, 1984 yılında Patent Kanunu, 1993 yılında Şirketler Kanunu, 1994 yılında Yabancı Ticaret Kanunu kabul edilerek yürürlüğe sokulmuştur³⁸.

c. Yeni Medenî Kanuna Giden Süreç

Çin'in reform ve açılım politikasının sonucu olarak ülkede planlı ekonomiden pazar ekonomisine geçişle birlikte başgösteren hızlı sosyal ve ekonomik dönüşüm sürecinin tamamlanmasına ertelenen medenî kanun çalışmaları, pazar ekonomisine geçiş sürecinin ilkesel olarak tamamlanmasıyla birlikte yeniden gündeme alındı³⁹. Gerçi mevcut yasalar halihazırda yeterli hukukî koruma sağlamaktaysa da, bunların farklı zamanlarda yasalaşması özel hukuku bir bütün içinde algılamayı zorlaştırıyordu ve bu nedenle dağınık şekilde bulunan özel hukuk kanunlarının sistemli bir şekilde bir araya getirilmesi bir ihtiyaç olarak görülüyordu⁴⁰. Özel hukuk ilişkilerini ve özellikle borç ilişkilerini düzenleyen tek bir kanun olmaması ekonomik gelişmenin ve politik reformların ve bu arada pazar ekonomisinin önünde bir eksiklik ve engel olarak kabul edilmekteydi⁴¹. Öte yandan mevcut kanunlar da pazar ekonomisinin ve modern hayatın yüksek nitelikli hukuk ihtiyaçlarına da yanıt verememeye başlamıştı, inovasyon ve gelişime açık bir medenî kanun yapılması fikri gün geçtikçe daha çok taraftar buluyordu⁴². Zira dağınık halde yasalaşan kanunlar özel hukukun en temel iki alanından sayılabilecek *eşya hukuku* ve *haksız fiil* sorumluluğuna ilişkin hükümler içermiyordu. Ayrıca 1986 tarihli Medenî Hukukun Genel İlkeleri Kanununun eski tarihli bir kanun olması, sonradan yürürlüğe giren yasaların uygulanmasında çatışma sorunu yaratıyordu. Bu uyum sorunu nedeniyle Çin, Medenî Kanunu tek bir kitap olarak yasalaştırmayı tekrar

37 TIMOTEO, s. 27-28.

38 ROOS, Martin, *Chinese Commercial Law, A Practical Guide*, Kluwer Law International, 2010, s. XXV-XXVI.

39 ZHANG, X., S. 113.

40 WANG, Z., s. 6.

41 CHEN/Van RHEE, s. 2; WANG, Z., s. 9-10.

42 WANG, L., s. 23; CHEN/Van RHEE, s. 4-5

gündemine almak durumunda kaldı⁴³. Çin yönetiminin medenî hukukla ilgili kanunları aynı çatı altında toplamaya yönelik girişimleri 2000'li yıllarda da devam etti⁴⁴. 2002 yılında Çin'in farklı hukuk fakültelerinden bilim adamlarının oluşturduğu komisyonun hazırladığı Tasarı da çeşitli sebeplerle yasalaşmadı⁴⁵ ve fakat Çin'de özel hukuku tekil ve ayrı biçimde kodifiye etme çalışmaları hız kesmedi.

Pazar ekonomisine geçişi tamamlamak için yalnızca sözleşme alanının değil, onun tamamlayıcısı sayılabilecek *eşya hukuku* alanının da düzenlenmesi gerekiyordu. Sosyalist rejimin özel hak sahipliğini dışlayan sistemi yapılan Anayasal değişikliklerle yumuşatıldı ve özel hak sahipliğini güvence altına alan düzenlemeler yapılarak 2007 tarihinde Aynı Haklar Kanunu kabul edilerek yürürlüğe girdi⁴⁶. Bu Kanunu müteakiben 2010 yılında Haksız Fiil Kanunu ile Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklarla Uygulanacak Özel Hukuk Hakkında Kanun kabul edildi⁴⁷ ve aynı zamanda 1993 tarihli Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun da 2013 yılında revize edildi⁴⁸.

Böylece medenî hukukun alanına giren tüm kanunların kabul edilip yürürlüğe girmesiyle birlikte artık medenî hukukun temel alanlarında yasal anlamda bir boşluk bulunmamaktaydı ve bunların hepsinin tek bir çatı altında toplanmasına da bir engel kalmamıştı. 2015 yılında Medenî Kanun çalışmalarına tekrar başlandı ve 2017 yılında 1987 tarihli Medenî Hukukun Genel İlkeleri Kanunu revize edilerek yürürlüğe girdi⁴⁹. 2017 tarihli bu Kanun medenî kanun çalışmalarının hızlandırılmasının ve sonuçlandırılmasının yolunu açtı ve medenî hukukun diğer alanlarında yapılan çalışmalar da altı bölüm halinde tamamlanarak Medenî Kanun Tasarısı 2018 yılında Çin Ulusal Halk Kongresi Daimi Komitesine sunularak tartışmaya açıldı ve bunun tam katılımlı bir yasa olması

43 LIANG, S. XXI; SUN, s. 89; WANG, Z., s. 7-8.

44 LIANG, XXI.

45 Bu Tasarı 2020 tarihli Çin Medenî Kanununun sistemine benziyordu. Bu Tasarıda genel hükümler, aynı haklar, sözleşme, kişilik, evlilik ve aile, evlat edinme, miras, haksız fiil ve yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerine uygulanacak hukuk olmak üzere dokuz bölümden oluşuyordu (WANG, L, s. 23; SUN, s. 89).

46 LIANG, s. XX. Bu Kanunda tapu sicili sistemini benimsemesiyle Alman hukukunun ağırlığı hissedilmekle birlikte, Fransız, Japon ve Tayvan ve bazı hükümlerinde de Anglo-Amerikan hukukundan alıntılar yapılmıştır.

47 TIMOTEO, s. 27; CHEN/Van RHEE, s. 3

48 THOMAS Kristie, "Analysing the Notion of 'Consumer' in China's Consumer Protection Law", *The Chinese Journal of Comparative Law*, Vol. 6, No. 2, 2018, s. 294.

49 SCHÜBELER, s. 81.



amaçlandı⁵⁰. Aralık 2019'dan yasalastığı Mayıs 2020'ye kadar kamunun yorumlarına açılan nihâî Tasarıya 900.000'in üzerinde yorum geldi ve bunlar dikkate alınarak Kanun Tasarısında 100'den fazla maddî değişiklik yapıldı⁵¹. Nihayet Kanun, 28 Mayıs 2020 tarihinde Ulusal Halk Kongresinin 13. dönem toplantısında yapılan oylama sonucunda 2879 delegenin kabul, 2 red ve 5 çekimsiz oyuyla yasalastı⁵². Kanun, 1 Ocak 2021 tarihinden itibaren yürürlüğe girecektir (ÇMK m. 1260)⁵³.

II. ÇİN MEDENÎ KANUNUNUN SİSTEMATİĞİ VE GENEL FELSEFESİ

Çin Medenî Kanunu, medenî hukuka ilişkin farklı tarihlerde yürürlüğe giren mevcut yasaların revize edilmesi ve bunların belirli bir sistematik içinde birleştirilmesiyle oluşturulmuştur. Kanun, 7 bölüm ve 1260 madde içermektedir. Birinci bölüm Genel Hükümler, ikinci bölüm Aynî Haklar, üçüncü bölüm Sözleşmeler, dördüncü bölüm Kişilik Hakları, beşinci bölüm Evlilik ve Aile, altıncı bölüm Miras ve yedinci bölüm Haksız Fiil başlıklarını taşımaktadır. Kanun, 2017 tarihli Medenî Hukukun Genel İlkeleri Kanunu, 1999 tarihli Sözleşmeler Kanunu, 2001 tarihli Evlilik Kanunu, 1998 tarihli Evlat Edinme Kanunu, 1985 tarihli Miras Kanunu, 1995 tarihli Garanti Kanunu, 2007 tarihli Aynî Haklar Kanunu ve 2010 tarihli Haksız Fiil Kanunlarının birleştirilmesiyle, revize edilmesi ve bunlara yeni hükümler eklenmesiyle oluşturulmuştur. Kanun, daha önce Medenî Hukukun Genel İlkeleri Kanununda düzenlenen kişilik haklarıyla ilgili kısmın Kanunda ayrı bir bölüm olarak düzenlenmesi itibarıyla dünyada eşine az rastlanır bir kanun modeli olarak karşımıza çıkmaktadır. Fikrî mülkiyet hukuku, tüketici hukuku, milletlerarası özel hukuk alanıyla ilgili hükümler ise Çin Medenî Kanununa alınmamıştır.

Kanun, sistematik ve içerik yönünden genel olarak Alman hukukunun ve dolayısıyla Pandekt hukukunun izlerini taşımaktadır⁵⁴.

50 WANG, Z., s. 15.

51 GLUECK Ulrike/MUNZINGER Michael/CHEN Angela/SHI Lei, "National People's Congress Adopts China's First Civil Code", *CMS Law*, s. 1.

52 <https://npcobserver.com/2020/05/21/2020-npc-session-a-guide-to-chinas-civil-code/> (Erişim Tarihi: 15.7.2020).

53 İlginçtir ki Çin dünya üzerindeki sosyalist devletler arasında medenî kanunu yasalastıran son ülke olmuştur. Sosyalist devletlerden Küba 1987 yılında, Kuzey Kore 1990 yılında, Vietnam 1995 yılında ve son olarak Laos Mayıs 2020'de medenî kanunlarını yürürlüğe koymuşlardır (WANG, Z., s. 8-9). Bu arada eski sosyalist devletlerin de (Çekoslovakya, Yugoslavya, SSCB'ye bağlı birliklerin çoğu, Macaristan, Polonya, Alman Demokratik Cumhuriyeti gibi) neredeyse hepsinin bir medenî kanunu bulunmaktaydı (WANG, Z., s. 9).

54 KÖTZ Hein, "Foreword", in: *The Draft Civil Code of People's Republic of China*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2010, s. XXVI.

Başta Alman hukuku olmak üzere diğer Batılı ülkelerin kanunlarının revize edilmek suretiyle iktibas edilmesi Çin geleneksel sisteminden ve Konfüçyüs değerlerinden ayrılma olarak kabul edilebilmektedir⁵⁵. Kanun, Alman BGB modelinde olduğu gibi kişiler, aile, eşya, miras hükümleri ile borç ilişkilerini bir bütün içinde Medenî Kanun içinde düzenlenmesi itibariyle, bunları farklı kanunlarda düzenleyen Türk-İsviçre kanunlaştırma modelinden ayrılmakta ve bu yönüyle medenî hukuku kanunlaştırma bakımından daha ideal bir model olarak gözükmektedir⁵⁶. Kanun, gerekliliği Alman hukukunda bile tartışılan⁵⁷ genel hükümler bölümü içermesiyle itibariyle Alman BGB'nin izlerini taşımaktadır. Lâkin genel hükümlerden sonra aynı hakların yer alması, borç ilişkilerinden sözleşmenin üçüncü bölümde, haksız fiilin ise son bölümde düzenlenmesi, sözleşmelere ilişkin üçüncü bölümden sonra kişilik haklarının ayrı bir bölüm olarak düzenlenmiş olması itibariyle sistematik açıdan Alman ve hatta Türk-İsviçre Medenî Kanun modellerinden ayrılmakta olup konu sıralaması bakımından özgün bir kanun niteliği taşımaktadır. Ticaret hukukuna ilişkin hükümlerin Medenî Kanuna alınmaması ve ayrı kanunlarda düzenlenmesi itibariyle de ticaret hukuku hükümlerini Borçlar Kanunu (OR) içinde düzenleyen İsviçre modelinden ayrılmaktadır ve Türk-Alman hukukuna benzemektedir⁵⁸. Borç ilişkileri Kara Avrupası ve bu arada Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi sözleşme, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve vekâletsiz işgörmeden kaynaklanmaktadır⁵⁹; lâkin bu borç ilişkilerine ilişkin düzenlemeler klâsik sistemlerden farklı olarak kanunun farklı yerlerinde yer almaktadır. Sözleşme hukukuna ilişkin hükümler aynî haklardan sonra kanunun üçüncü bölümünde, haksız fiile ilişkin hükümler ise miras hukukundan sonra son bölümde yer almaktadır ve bu arada vekâletsiz işgörme ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri de sözleşme hukukuna ilişkin bölümün son kısmında bulunmaktadır. Kanun, borç ilişkilerinin sıralanışı itibariyle de özgün bir niteliğe sahiptir.

55 CHEN/Van RHEE, s. 2; WANG, L., s. 23.

56 Bizde ise İsviçre'de her iki yasanın farklı tarihlerde yasalaşmasından kaynaklı olarak Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu ayrı kanunlar olarak çıkarılmış, bunlar arasında organik bağ TBK m. 646 hükmüyle kurulmuş ve vurgulanmıştır. Söz konusu hükme göre; Borçlar Kanunu, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun Beşinci Kitabı olup, onun tamamlayıcısıdır.

57 KÖTZ, s. XXVI.

58 Ticaret hukuku konuları Medenî Kanuna alınmamıştır (SCHÜBELER, s. 83).

59 ZHANG Mo, "Tort Liabilities and Torts Law: The New Frontier of Chinese Legal Horizon", *Richmond Journal of Global Law & Business*, Volume 10, Issue 4, 2011, s. 418-419.



Kanun felsefî açıdan ise Çin'in reform ve açılım politikası ile planlı ekonomiden pazar ekonomisine geçiş sürecinin izlerini taşımaktadır ve bu yönüyle bu sürecin etkin bir tamamlayıcısı olarak görülebilir. Genel olarak Çin'de millî kimliği tanımlamak için kullanılan Çin'e özgü sosyalizm Medenî Kanununun da ruhunu yansıtan bir kavram kabul edilmektedir⁶⁰. Bu bağlamda Kanunun genel olarak Çin'e özgü sosyalizmi yansıtan Çin'e özgü bir kanun olduğu söylenebilir⁶¹. Kanunun birinci maddesi de bu gerçeğe vurgu yapmaktadır:

“Bu Kanun; vatandaşların hukukî hak ve çıkarlarını korumak, medenî ilişkileri düzenlemek, toplumsal ve ekonomik düzeni korumak, Çin'e özgü sosyalizmin gelişimi için gereken talepleri karşılamak ve sosyalizmin temel değerlerini geleceğe taşımak amaçları doğrultusunda Çin Anayasasına uygun olarak çıkarılmıştır” (ÇMK m. 1).

Terminolojik açıdan eski kanunlardan farklı olarak *yurttaş* yerine *kişi* kavramının kullanılması, pazar ekonomisine geçiş süreci ve kanunun ruhuyla da uyumlu olarak klâsik sosyalist anlayıştan Çin'e özgü sosyalizme geçişin bir göstergesi olarak görülebilir. Kişilik haklarının genel hükümlerde kişiler hukuku kısmı dışında ayrı bir bölüm olarak düzenlenmesi de, eşya ve mülkiyet merkezli Alman geleneğinin yerine, hümanizmi ön plana çıkaran bir anlayışın sonucu olarak kabul edilmektedir⁶². Ayrıca kanun genel itibarıyla hukukun üstünlüğü, kişiler arasında eşitlik, irade özerkliği, dürüstlük kuralı gibi liberal hukukun genel ilkelerini barındırmasının yanısıra, çevreye duyarlı ilkeleri (*yeşil ilkeler*) ve sözleşme, eşya ve haksız fiil alanında çevre odaklı özel hükümleriyle klâsik medenî kanunlardan ayrılmaktadır⁶³.

III. ÇİN MEDENÎ KANUNUNUN BÖLÜMLERİNE GENEL BİR BAKIŞ

A. Birinci Bölüm: Genel Hükümler

Kanunun genel hükümler bölümü, 2017 yılında revize edilen 1986 tarihli Medenî Hukukun Genel İlkeleri Hakkında Kanuna dayanmaktadır ve toplam 204 maddeden oluşmaktadır. Daha önce 2017 tarihli Genel Hükümler Kanununda yer alan kişilik haklarına ilişkin hükümler, bunların ayrı bir bölüm altında düzenlenmesi nedeniyle bu bölümden

60 TIMOTEO, s. 30.

61 Karş. WANG, Z., s. 9.

62 ZHANG, X., s. 122. Karş. LIXIN, s. 11.

63 Karş. TIMOTEO, s. 30; CHUNGANG Miao, “Construction and Improvement of Civil Code from the Perspective of Ecology”, *Journal of Scientific Research & Reports* 26(4), 2020, s. 41-42; LIXIN, s. 16.

çıkarılmıştır. İlk 12 madde eşitler arası ilişkileri düzenleyen özel hukukun hakların korunması, haklarda eşitlik, irade özerkliği, hakların kullanılmasında ve borçların ifasında dürüstlük kuralı, kaynakların ve ekolojik sistemin korunması, hukukun uygulanması konularını içermektedir⁶⁴. Kanunun başında özel hukukun tüm bölümlerinde uygulama alanı bulabilecek temel kavram ve kurallardan oluşan “Genel Hükümler” bölümünün yer alması modern Pandekt Hukuk sisteminin esas alındığının bir kanıtı olarak görülebilir⁶⁵.

Alman BGB’de yer almayan ve *gıptayla bakılan*⁶⁶ İsviçre ve Türk Medenî Kanunlarında hukukun uygulanmasını ve hakimin boşluk doldurmasını düzenleyen TMK m. 1/II hükmüne benzer bir hüküm Çin Medenî Kanununda da düzenlenmiştir. Bu hükme göre; hakim önüne gelen bir meselede kanunda hüküm bulamazsa kamu düzeni ve genel ahlâka aykırı olmamak kaydıyla örf ve adet hukukuna göre karar verme yetkisiyle donatılmıştır (ÇMK m. 10)⁶⁷. Bunun dışında genel hükümlerde özel kanun-genel kanun (*lex specialis*) çatışma kuralına da yer verilerek –*lex posterior kuralı göz ardı edilerek*- özel kanun hükmünün uygulanacağı düzenlenmektedir (ÇMK m. 11). Bu arada Çin Medenî Kanununda İsviçre-Türk Medenî Kanunundan farklı olarak (TMK m. 1/I) hukukun uygulanmasında *amaçsal yoruma* dayanak teşkil edecek bir düzenleme de yer almamaktadır.

Genel hükümlerden sonra ise gerçek kişiler⁶⁸, tüzel kişiler ve tüzel kişiliği haiz olmayan kişi toplulukları, özel haklar (kişilik hakları, aynî haklar, borç ilişkilerinden doğan haklar, miras hakları, küçük, yaşlı, engelli, kadın ve tüketici gibi dezavantajlı grupların hakları gibi özel hakların genel çerçevesini çizen düzenlemeler), hukukî işlemlere ilişkin genel düzenlemeler, temsil, hukukî sorumluluğa ilişkin genel düzenlemeler, zamanaşımı, sürelerin hesaplanması ve ek bazı hükümler toplam 11 ayrı bölüm içinde düzenlenmektedir.

64 LIXIN, s. 7.

65 SCHÜBELER, s. 85.

66 KÖTZ, s. XXVI.

67 1986 tarihli Medenî Hukukun Genel İlkeleri Kanununda yer almayan bu hüküm, 2017 tarihli Medenî Hukukun Genel İlkeleri Kanununa alınmıştır ve 2020 tarihli Medenî Kanunda da yer almaktadır. Lâkin İsviçre-Türk Medenî Kanununda olduğu gibi kanunda ve örf ve adet hukukunda bir kural bulunmaması halinde, hakimin boşluğu doldurabileceği (TMK m. 1/ II) düzenlenmediği gibi, hakimin karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanması (TMK m. 1/III) gerektiğine yönelik düzenleme de kanuna alınmamıştır.

68 1986 tarihli Medenî Hukukun Genel İlkeleri Kanunundan farklı olarak bu Kanunun 2017 tarihinde revize edilen halinde olduğu gibi “*yurttaş*” yerine “*kişi*” teriminin tercih edilmesi Çin’in açılım politikasının ve liberalizasyon anlayışının bir yansıması olarak görülebilir.



Çin'de kural olarak erginlik 18 yaşın doldurulmasıyla başlamaktadır. Bu kişiler her türlü hukukî işlemi yapabilmekte ve fiillerinden sorumlu olmaktadır (ÇMK m. 17-18). Sekiz yaşından büyük çocukların yaptığı hukukî işlemlerin geçerliliği ise yasal temsilcilerinin rızasını gerektirmektedir. Lâkin bizim hukukumuzda da olduğu gibi (TMK m.16/I c. 2) karşılıksız kazanmalarda yasal temsilcinin rızası aranmamaktadır (ÇMK m. 19). Sekiz yaşından küçük çocuklar ile ayırt etme gücüne sahip olmayanlar ise kural olarak yalnızca temsilcileri aracılığıyla hukukî işlem yapabilmektedirler. Tam ehliyetsizlere yapılan karşılıksız kazandırmalarda da yasal temsilcinin rızası aranmamaktadır (ÇMK m. 19-22)⁶⁹.

Kanuna göre anne ve babalar çocukların yasal temsilcisidir (ÇMK m. 27). Anne ve babanın ölmesi veya yasal temsil kabiliyeti olmadığı durumlarda ise sırasıyla çocuğun büyükanne veya büyükbabası, kardeşleri veya diğer kişi veya kuruluşlar çocuğun yasal temsilcisi olarak atanabilmektedirler (ÇMK m. 27). Hukukî işlem yapma yeteneğinden yoksun kişilere ise idarî makamlar sırasıyla onun eşi, anne babası, çocukları, diğer yakın hısımları veya diğer kişi veya kuruluşları (ÇMK m. 28) yasal temsilci olarak atayabilmektedir⁷⁰.

Çin Medenî Kanununda gaiplik ve ölüm karinesi Türk hukukundan farklı düzenlenmiştir. Kanuna göre son haber alma tarihinden *iki yıl* geçtikten sonra ilgili kişiler kaybolan kişinin gaipliğine karar verilmesini isteyebilmektedirler (ÇMK m. 40-41)⁷¹. Son haber alma tarihinden itibaren *dört yıl* geçmişse veya *bir kazadan sonra iki yıl içinde* kaybolan kişiden haber alınamamışsa⁷² kişinin ölmüş sayılmasına karar verilebilmektedir (ÇMK m. 46). Her iki durumda da karar vermeye yetkili makam mahkemedir⁷³.

Tüzel kişilerle ilgili kısımda ise Türk Medenî Kanununda olduğu gibi (TMK m. 47-55) tüm tüzel kişilere uygulanacak genel hükümler yer

69 Türk hukukunda ise bu yönde açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, TMK m. 15 hükmünün teleolojik redüksiyona tabi tutulması yoluyla *-bağışlananın yasal temsilcisinin veto hakkı saklı kalmak kaydıyla* (TBK m. 287 c. 2)- aynı sonuca varmak mümkündür. Bu arada belirtelim ki Çin Medeni Kanununun bağışlama sözleşmesine ilişkin hükümlerinde (ÇMK m. 657-666) bizdeki *veto hakkına* (TBK m. 287 c. 2) ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

70 Çin hukukunda Türk hukukundan farklı olarak yasal temsilci (vasi) mahkeme (sulh hukuk mahkemesi) tarafından değil, idarî makamlar tarafından atanmaktadır.

71 Türk hukukundan farklı olarak gaiplik kararı verilebilmesi için kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması gerekmediği gibi, ölümü hakkında kuvvetli bir olasılık bulunması da gerekmemektedir (Karş. TMK m. 32/I).

72 Kanuna göre yetkili makamlar kişinin yaşamasına olanaksız bir durum içinde kaybolduğunu tespit ederse iki yıllık sürenin geçmesine gerek kalmaksızın kişinin ölmüş sayılmasına karar verilebilmektedir. Bu hüküm Türk Medeni Kanununun *ölüm karinesine* ilişkin hükmünü (TMK m. 31) çağrıştırmaktadır.

73 Türk hukukunda ise ölüm karinesi durumunda mahkeme kararına gerek olmaksızın o yerin en büyük mülkî amirinin emriyle nüfus kütüğüne ölü kaydı konulabilmektedir (TMK m. 44/I).

almaktadır (ÇMK m. 57-75). Daha sora kâr amacı güden tüzel kişiler, kâr amacı gütmeyen (ideal amaçlı) tüzel kişiler ve sonrasında da kamu ve meslek kuruluşları gibi özel nitelikli tüzel kişilere ilişkin genel hükümler düzenlenmiştir (ÇMK m. 76-101). Sonrasında başta kişilik hakları ve aynı haklar olmak üzere özel hukuka dair hakların çerçevesini çizen genel nitelikli hükümler yer almaktadır (ÇMK m. 109-132).

Çin Medenî Kanununda hukukî işlemler Türk hukuk sisteminden farklı olarak Medenî Kanunun Genel Hükümler Bölümünde düzenlenmiştir⁷⁴. Kanunda hukukî sonuç doğurmak üzere (kurmak, değiştirmek veya ortadan kaldırmak) yapılan irade açıklamaları hukukî işlem olarak tanımlanmaktadır (ÇMK m. 133). Bu irade açıklamaları iki taraflı veya çok taraflı olabileceği gibi tek taraflı da olabilirler (ÇMK m. 134). Kanunlarda ve diğer idarî düzenlemelerde aksi öngörülmedikçe hukukî işlemlerde bizde olduğu gibi (TBK m. 12/I) şekil serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Öte yandan taraflar iradî şekil de kararlaştırabilmektedirler (ÇMK m. 135 – TBK m. 17/I). Hukukî işlem hazırlar arasında muhatabın öğrendiği andan itibaren, hazır olmayanlar arasında ise muhataba ulaştığı andan itibaren (varma anı) hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır (Karş. TBK m. 11). Dijital veri olarak iletilen irade açıklamalarına ilişkin özel düzenleme gereğince irade açıklaması (dijital veri) muhatabın sistemine girdiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamaktadır. Hukukî işlemin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı ana ilişkin hükümler tamamlayıcı niteliktedir, taraflar sözleşmeyle aksini kararlaştırabilirler (ÇMK m. 137). İrade açıklaması açık veya örtülü olabilir (ÇMK m. 140/I – TMK m. 1/I). İrade açıklamasının bir muhatabı varsa o açıklamanın güven teorisine göre (ÇMK m. 142/I), muhatabı yoksa irade teorisine (ÇMK m. 142/II) göre yorumlanacağı kanunla düzenlenmiştir. Hukukî işlemin geçerlilik şartları da kanunda belirtilmiştir. Hukukî işlemin geçerli olabilmesi için kişinin hukukî işlem ehliyetine sahip olması, dışa vurduğu açıklamasının gerçek iradesini yansıtması ve kanunun ve idarî düzenlemelerin emredici hükümlerine, kamu düzenine ve genel ahlâka aykırı olmaması (Karş. TBK m. 27/I) gerekmektedir (ÇMK m. 143). Ayırt etme gücü olmayanların hukukî işlemleri ise sonuç doğurmamaktadır (ÇMK m. 144 – TMK m. 15). Çin Medenî Kanununda da hata, hile ve tehdit

74 Türk hukukunda ise *hukukî işlemler* genel olarak kanunlarımızda özel bir bölüm altında düzenlenmemiştir. Türk hukukunda hukukî işlemlere ilişkin genel kurallar, Türk Borçlar Kanununun sözleşmeye ilişkin hükümlerinin (TBK m. 1 vd.) kıyas yoluyla yorumlanması suretiyle belirlenmektedir.



nedeniyle irade sakatlığı olan işlemler ile aşırı yararlanma (gabin) (ÇMK m. 151- TMK m. 28) suretiyle yapılan hukukî işlemler geçersiz kabul edilmektedir (ÇMK m. 146 vd. – TMK m. 30 vd.) ve iradesi sakatlanan kişi mahkemeye başvurarak bu işlemlerin iptalini sağlayabilmektedir (ÇMK m. 147 vd.).⁷⁵ İradesi sakatlanan kişi, bu durumu öğrendiği tarihten bir yıl ve her halde beş yıllık hak düşürücü süre içinde iptal hakkını kullanmazsa işlem geçerli hale gelmektedir (*düzelebilir hükümsüzlük*) (ÇMK m. 152) . Kanunun ve idarî düzenlemelerin emredici hükümlerine, kamu düzenine ve genel ahlâka aykırı hukukî işlemler (ÇMK m. 153) ile muvazaalı işlemler de geçersiz kabul edilmektedir (ÇMK m. 154). Geçersiz işlemler veya iptal edilen hukukî işlemler hiçbir hukukî sonuç doğurmazlar ve bağlayıcı değildirler (ÇMK m. 155). Kısmî hükümsüzlük nedeniyle sözleşmenin geride kalan kısmının ayakta tutulmasına ilişkin bir hüküm Çin Medenî Kanununda da yer almaktadır (ÇMK m. 156- Karş. TBK m. 27/II). Geçersiz sözleşmelerin tasfiyesi genel hükümlerde özel bir hükümle düzenlenmiştir. Buna göre bir hukukî işlem geçersiz ise veya iptal edilmişse, taraflar aldıklarını aynen geri vermek zorundadır; edim aynen geri verilemiyorsa parasal değeri verilmelidir (ÇMK m. 157)⁷⁶.

Temsil kısmında hukukî işlemlerin temsil yoluyla yapılabileceği, yetkili temsil, yetkisiz temsil ve temsil ilişkisinin ortadan kalkması konuları genel olarak Türk-İsviçre hukukuna benzer şekilde düzenlenmektedir (ÇMK m. 161-175) Hukukî sorumluluk kısmında ise genel olarak sorumluluğun sözleşmeden veya kanundan doğduğu, birlikte sorumluluk, haklı savunma, zorunluluk hali ve yaptırımı türleri düzenlenmiştir (ÇMK m. 176-187). Örneksene yoluyla sayılan yaptırımlar arasında ihlâlin durdurulması, aynen ifa, eşyanın iadesi, eski halin iadesi, tazminat, aynen tazmin, tehlikenin önlenmesi, özür dileme gibi yaptırımlar yer almaktadır (ÇMK m. 179). Ayrıca bir sözleşmenin ihlâlinin kişinin kişilik haklarına veya mülkiyet haklarına da zarar vermesi halinde kişinin yarışmalı olarak sözleşmeye veya haksız fiile dayanabileceği özel bir hükümle düzenlenmiştir (ÇMK m. 186).

75 Türk hukukuna irade sakatlığı nedeniyle işlemin iptali karşı tarafa varması gerekli irade açıklaması yoluyla sağlanmakta olup yenilik doğuran hak niteliğinde olan iptal hakkının dava yoluyla kullanılmasına gerek bulunmamaktadır (TBK m. 30 vd.)

76 Türk hukukunda ise geçersiz sözleşmelerin tasfiyesine ilişkin genel bir hüküm kanunlarımızda yer almamakla birlikte tasfiye işleminin sebebe bağlı olup olmamasına göre eşya hukuku ve/veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılmaktadır.



Çin Medenî Kanununa göre medenî hakların korunması için kanunlarda aksi öngörülmedikçe üç yıl⁷⁷ içinde mahkemeye başvurulmuş olması gerekmektedir⁷⁸. Bu süre hakkın ihlâl edildiğinin öğrenildiği tarihten itibaren başlamaktadır ve her halde özel durumlar haklı kılmadıkça fiilin işlendiği tarihten itibaren 20 yıl içinde zamanaşımına uğramaktadır (ÇMK m. 188). Hakimin zamanaşımını re'sen dikkate alamayacağı (ÇMK m. 193) ve zamanaşımının borçlu tarafınan def'i olarak ileri sürülebileceği (ÇMK m. 192) kanunda özel hükümlerle düzenlenmiştir. Zamanaşımına uğramış bir borcun ifası ise tıpkı bizde olduğu gibi eksik borç olarak kabul edilmektedir (ÇMK m. 192/II – TBK m. 78/II). Borcun ikrarı halinde zamanaşımı Türk hukukunda olduğu gibi kesilmektedir (ÇMK m. 189 – TBK m. 154/I b. 1). Hukukî ilişkinin tarafları arasında yasal temsil ilişkisi varsa zamanaşımı süresi bu ilişkinin ortadan kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır (ÇMK m. 190 – TBK m. 153). Türk hukukunda benzeri olmayan bir hükme göre ise küçüklere yönelik cinsel ihlâllerden doğan tazminat alacaklarında zamanaşımı küçüğün 18 yaşına girmesinden itibaren başlamaktadır (ÇMK m. 191).

B. İkinci Bölüm: Aynî Haklar

Sosyalist rejimlerin üretim araçları üzerinde bağımsız özel mülkiyet haklarına cevaz vermemesi nedeniyle Kanunun tüm bölümleri içinde Çin'e özgü sosyalizmin kendini en yoğun bu bölümde hissettirdiğini söylemek mümkündür⁷⁹. Sosyalist rejimlerin üretim araçları üzerindeki mülkiyeti kamuya mâl eden düzen anlayışı eşyalar üzerinde kişilere bağımsız özel mülkiyet hakları tanınması bakımından bir engel ve zorluk oluşturmaktadır⁸⁰. Öte yandan Çin'e özgü sosyalizmin pazar ekonomisi ayağının sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için haklarda eşitlik ve sözleşme özgürlüğü yanında pazar ekonomilerinin olmazsa olmazı özel mülkiyet alanında düzenlemeler yapılması zorunluluk teşkil etmekteydi⁸¹. Haklarda eşitlik ve sözleşme özgürlüğü alanında yapılan

77 1986 tarihli Medenî Hukukun Genel İlkeleri Kanununda *iki yıl* olan zamanaşımı süresi, hak aramak için gerekli olan sürenin kısalığı nedeniyle eleştirilmiş ve zamanaşımı süresi 2017 tarihli Medenî Hukukun Genel İlkeleri Kanununda *üç yıla* çıkarılmıştır (LIXIN, s. 9).

78 Çin hukukunda Türk hukukundan farklı olarak taraflar arasındaki borç ilişkisinin niteliğine göre farklı zamanaşımı süreleri öngörülmeyp her alacak *tek bir zamanaşımı süresine* tabidir. Türk hukukunda ise haksız fiil (TBK m. 72), sebepsiz zenginleşme (TBK m. 82) ve genel alacaklar (TBK m. 146) ve özel bazı alacaklar (TBK m. 147) bakımından farklı zamanaşımı süreleri öngörülmektedir. Yalnız belirtelim ki Çin hukukunda da kanunlarda farklı bir zamanaşımı süresi öngörülmüşse o süreler uygulanabilmektedir.

79 Karş. CHANG, s. 347.

80 EPSTEIN, s. 182.

81 CHEN/Van RHEE, s. 2.



kanunî düzenlemelerin pazar ekonomisiyle uyumlu işleyebilmesi için eşya hukuku alanında yapılacak kodifiye çalışmalarının önünde en büyük engel ise üretim araçları ve özellikle taşınmazlar üzerinde kamu egemenliği dışında bir opsiyon tanımayan Çin Anayasasıydı. 1988 yılına kadar Çin’de tüm araziler kamunun malı olarak sayılmaktaydı⁸². Kişilerin taşınmazlar üzerinde mülkiyet başta olmak üzere herhangi bir bağımsız aynî hakka sahip olmaları mümkün değildi⁸³.

Çin’de eşya hukuku alanında saf kamu mülkiyetinden ödün verilmesinde Çin’in reform ve açılım politikasının sonucunda pazar ekonomisine geçmesi kadar, Çin’deki kentleşme ve hızlı nüfus artışının da önemli etkisi olmuştur⁸⁴. Zira vatandaşlarına ikamet edecek konut sağlamakta zorlanan Çin yönetimi bu sorunu çözmek amacıyla 1988 yılında Anayasa’nın 10. maddesinde değişiklik yaparak vatandaşlarına ilk kez taşınmazlar üzerinde devredilebilir nitelikte özel kullanım hakları tanımak durumunda kalmıştır⁸⁵. Daha sonraki yıllarda Anayasa’da yeni değişiklikler yapılarak kişilerin özel eşyalar üzerindeki haklarının kamu mallarıyla eşit şekilde korumadan yararlanacağına dair eşyalar üzerinde özel hak sahipliğini güvence altına alan düzenlemeler yapılmıştır⁸⁶. Bu kapsamda kişilerin taşınmazlar üzerinde kullanım haklarının sona ermesi halinde bunların tekrar yenilenebilme imkânı, kat mülkiyeti rejimine benzer bir sistemle birden fazla bağımsız bölümden oluşan taşınmazlarda özel kullanım ve bunların yönetimine katılma imkânı ve yeknesak bir sicil sistemiyle taşınmazlar üzerindeki hakların tescil edilmesi imkânı sağlandı⁸⁷. Böylece aynî haklara ilişkin belirlilik ve kamuya açıklık prensipleri realize edilmiş oldu. Nihayetinde Anayasa değişiklikleri sayesinde eşyalar üzerinde kişilere özel kullanım hakkı tanıyan Eşya Kanunu 2007 yılında yasalaştı. Bu yasaya ve çalışma konumuz 2020 tarihli Çin Medenî Kanununa göre de şehirdeki taşınmazların tamamı devletin

82 CHEN Lei: in Chen, Lei/van Rhee, C.H. (Remco), “100 Years of Chinese Property Law: Looking Back and Thinking Forward”, **Towards a Chinese Civil Code, Comparative and Historical Perspectives**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2012, s. 94; KIELSGARD/CHEN, s. 102.

83 KIELSGARD/CHEN, s. 102.

84 CHEN, s. 94; KIELSGARD/CHEN, s. 102.

85 CHEN, s. 94, dn. 35; KIELSGARD/CHEN, s. 102.

86 KIELSGARD/CHEN, s. 103. Bu düzenlemelerle birlikte artık devlet kişilerin özel mallarına dokunmama ve özel malların kamulaştırılması halinde bunun rayiç bedelini ödeme yükümlülüğü altına girmiştir (CHEN, s. 94-95). Ayrıca özel malların keyfî olarak değil yalnızca kamu yararı amacıyla kamulaştırılabileceği de hüküm altına alınmıştır (KIELSGARD/CHEN, s. 129).

87 CHEN, s. 95-97; KIELSGARD/CHEN, s. 103.

mülkiyetinde, kırsal alanlardaki araziler de kolektiflerin mülkiyetindedir. Bugün için de kişilerin şehir ve kırsaldaki taşınmazlar üzerinde bağımsız mülkiyet haklarına sahip olması mümkün değildir⁸⁸. Yalnız şehirdeki taşınmazlarla sınırlı olmak üzere vatandaşların taşınmazın niteliğine ve kullanım amacına göre bunlar üzerinde 40 ilâ 70 yıl arasında kullanım hakkına sahip olması, süre sonunda oturma amaçlı kullanım hakkı alınan taşınmazlarda kullanım hakkının kendiliğinden yenilenmesi ve bunlar üzerindeki kullanım haklarının ticarî amaçla devredebilmesi mümkün kılınmıştır⁸⁹. Çin Medenî Kanununa göre kişiler şehirdeki⁹⁰ taşınmazlarla sınırlı ve bağımsız mülkiyet hakkı hariç olmak üzere taşınmazlar üzerinde intifa hakkı, üst hakkı, sükna hakkı gibi özel irtifak haklarına sahip olabilmektedirler. Çin’de kişilere hala taşınmazlar üzerinde bireysel, özel, bağımsız mülkiyet hakkının tanınmaması sosyalist rejimin bir sonucu olarak görülebilirse de, pazar ekonomisine geçiş süreci içinde eşya hukuku alanında özel hak sahipliği yönünde verilen tavizler göz önüne alındığında bu direngenliğin daha ne kadar süreceği merak konusudur.

Çin Medenî Kanununun Aynî Haklar bölümü büyük ölçüde 2007 tarihli Eşya Kanunu hükümlerine dayanmaktadır ve toplam 258 maddeden oluşmaktadır. Aynî haklar bölümü; genel hükümler, hak sahipliği, irtifak hakları, rehin hakları ve zilyetlik⁹¹ olmak üzere beş alt bölüme ayrılmaktadır. Çin Medenî Kanununda kural olarak taşınmazlar üzerindeki aynî hakların kurulması, devri ve sona ermesi tescille (son durumda terkinle) (ÇMK m. 209), taşınırlar üzerinde hakların kurulması ve devri ise teslimle mümkün olmaktadır (ÇMK m. 224). Eşya üzerindeki hakların ihlâli halinde, ihlâlin niteliğine göre hak sahibi istihkak (ÇMK m. 235) veya elatmanın önlenmesi (ÇMK m. 236) davası açabileceği gibi, eski halin iadesini (ÇMK m. 237) ve ihlâller neticesinde bir zarar doğmuşsa tazminat da (ÇMK m. 238) isteyebilmektedir. Eşya üzerinde hak sahipliği; devlet, kolektif⁹² ve özel hak sahipliği olarak üçe ayrılmaktadır (ÇMK m. 246 vd.). Araziler üzerinde özel kişilerin bağımsız bir mülkiyet hakları yoktur⁹³. Eşya üzerindeki hak sahipliği Türk Medenî Kanununda olduğu

88 CHANG, s. 351.

89 CHEN, s. 96; KIELSGARD/CHEN, s. 126.

90 Lâkin kırsaldaki araziler kolektiflerin mülkiyetindedir ve bunlar kural olarak devredilemezler. Bunların ticarî amaçla devredilebilmesinin söz konusu olabilmesi için kırsal arazinin kentsel araziye dönüştürülmesi gerekmektedir (KIELSGARD/CHEN, s. 126-127).

91 Zilyetlik konusu, Alman BGB’den farklı olarak Türk-İsviçre Medenî Kanunlarında olduğu gibi eşya hukuku bölümünün en son kısmında düzenlenmektedir.

92 Kolektif mülkiyet konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KATO, s. 444 vd.

93 CHANG, s. 351.



gibi (TMK m. 683/I) kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkilerini içermektedir (ÇMK m. 240). Bir taşınmaz üzerinde birden fazla bağımsız bölüm üzerinde hak sahipliği tanıyan ve bizdeki kat mülkiyetine benzer bir rejim ve esasları da Çin Medenî Kanununda düzenlenmiştir (ÇMK m. 271 vd.). Bunun dışında komşuluk ilişkileri (ÇMK m. 288 vd.), birlikte hak sahipliği (paylı ve elbirliği) (ÇMK m. 297 vd.), irtifak hakları (intifasükna-üst hakları) (ÇMK m. 323 vd.) ve rehin hakları (ipotek, hapis hakkı, haklar üzerinde rehin, vb.) (ÇMK m. 386 vd.) konuları da Çin Medenî Kanununun Aynî Haklar bölümünde yer almaktadır. Bunlardan sükna hakkı 2007 tarihli Eşya Kanununda yer almayı ilk kez 2020 tarihli Medenî Kanununda düzenlenmiştir (ÇMK m. 366 vd.)⁹⁴. Çin'de uygulamada birçok kişinin tercih ettiği oturma amaçlı kurulan üst hakkı ise süre sonunda kendiliğinden yenilenmektedir (ÇMK m. 359)⁹⁵. Sükna hakkı tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi kişiye bağlı bir irtifak hakkı olarak devredilemeyen, mirasçılara geçmeyen ve ölümle birlikte sona eren bir hak olarak düzenlenmiştir (ÇMK m. 369 – TMK m. 823/II).

Bunlardan başka aynî hakların hak sahiplerince kaynakların muhafazası ve ekolojik çevrenin korunması ilkeleri çerçevesinde kullanılması gerektiği kanunun muhtelif maddelerinde vurgulanmaktadır (ÇMK m. 286, 326, 346). Bu arada önceki Kanun Tasarısında taşınır eşyalarla sınırlı olmak üzere yer almasına rağmen, yasalaşan Çin Medenî Kanununda Roma hukukundan gelen taşınır ve taşınmazların zamanaşımı yoluyla kazanılmasına (kazandırıcı zamanaşımı) zilyet iyiniyetli olsa dahi bu kurumun sosyalist yaşam ahlâkıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle yer verilmemiştir⁹⁶.

C. Üçüncü Bölüm: Sözleşme Hukuku

Çin Medenî Kanununun sözleşme hukukuna ilişkin hükümleri büyük ölçüde 1999 tarihli Sözleşme Kanununa dayanmaktadır ve bu bölüm toplam 562 maddeyle kanunun en kapsamlı bölümünü oluşturmaktadır. Sözleşme bölümüne ilişkin kurallar önemli ölçüde Alman Medenî hukukuna dayanmakla birlikte, CISG hükümlerinin de bunlarla

94 GLUECK/MUNZINGER/CHEN/SHI, s. 2.

95 Lâkin 2007 tarihli Eşya Kanununda yer almayan yeni düzenlemeye göre süre sonunda kendiliğinden yenilene üst hakkı için yenileme bedeli, indirim veya muafiyeti idarî düzenlemelerle belirlenecektir. Hüküm daha önceki Kanunda öngörülme yenileme bedeli ve bu bedelin belirsizliği nedeniyle eleştirilmektedir (GLUECK/MUNZINGER/CHEN/SHI, s. 2).

96 CHANG, s. 360 dn. 61. Önceki Medenî Kanun Tasarısında taşınırın zamanaşımı yoluyla kazanılması genel hükümler bölümünde (m. 274 vd.) ayrıntılı olarak düzenlenmişti. Önceki tasarının kazandırıcı zamanaşımıyla ilgili hükümleri için bkz. LIANG, s. 73 vd.

harmanlaması sonucunda Anglo-Amerikan hukukundan esintiler de taşımaktadır.⁹⁷ Sözleşmeye ilişkin hükümler; genel hükümler (ÇMK m. 463-594), isimli sözleşmeler (ÇMK m. 595-978) ve diğer borç doğuran ilişkiler (ÇMK m. 979-988) olmak üzere üç alt bölüme ayrılmaktadır.

Sözleşmenin genel hükümlerinde; sözleşmelerin nisbîliği ilkesi (ÇMK m. 465/II), sözleşmelerin yorumunda güven teorisi (ÇMK m. 466), aitpik sözleşmelere tipik sözleşmelerdeki hükümlerin niteliğine aykırı düşmediği sürece kıyasen uygulanması (ÇMK m. 467-468), sözleşmenin kurulması (ÇMK m. 469 vd.), şekil serbestisi (ÇMK m. 469), sözleşmenin içeriği (ÇMK m. 470), icap ve kabul ile sözleşmenin kurulması ve bunların geri alınması (ÇMK m. 471 vd.), genel işlem şartları ve onların denetimi (yürürlük-içerik ve yorum denetimi) (ÇMK m. 496 vd.), ilan yoluyla ödül sözü verme (ÇMK m. 499), sözleşme öncesi kusurlu davranıştan sorumluluk –*culpa in contrahendo*– (ÇMK m. 500-501), sözleşmenin etkileri (ÇMK m. 502 vd.), sözleşmenin ifası (ÇMK m. 509 vd.), sözleşmenin değiştirilmesi, alacağın temliki, borcun nakli ve sözleşmenin devri (ÇMK m. 543 vd.), sözleşmeden doğan hak ve borçların sona ermesi (ÇMK m. 557 vd.), ifa engelleri ve sözleşmenin ihlâli (ÇMK m. 577 vd.) gibi konular düzenlenmektedir. Sözleşmenin genel hükümlerinde klâsik Medenî kanunlardan farklı olarak sözleşmenin ifası sırasında kaynakların israf edilmesinden kaçınılması, çevreyi kirletmeme ve ekolojik sisteme zarar vermeme gibi genel hükümlerdeki yeşil ilkeye uygun çerçeve bir hüküm de yer almaktadır (ÇMK m. 509).

Kanunun Sözleşme bölümünün isimli sözleşmeler bölümünde ise; satış sözleşmesi, elektrik, su, gaz ve ısıtma sözleşmesi, bağışlama sözleşmesi, tüketim ödöncü sözleşmesi, garanti sözleşmesi, kira sözleşmesi, finansal kiralama sözleşmesi, faktoring sözleşmesi, eser sözleşmesi, yapı inşaa sözleşmesi, taşıma sözleşmesi (yolcu ve eşya), teknoloji sözleşmesi (teknoloji geliştirme, devir, lisans, danışma ve hizmet sözleşmeleri), genel saklama sözleşmesi, ardiye sözleşmesi, komisyonculuk sözleşmesi, eşyaların bakım, onarım, tesisi gibi konuları içeren eser sözleşmesi, seyahat acentesi sözleşmesi, simsarlık sözleşmesi, adi ortaklık sözleşmesi olarak toplam 19 sözleşme türü yer almaktadır (ÇMK m. 595-978).

Sözleşme bölümünün son alt bölümünde ise vekâletsiz işgörme (ÇMK m. 979-984) ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkilerine (ÇMK m. 985-988) ilişkin düzenlemeler yer almaktadır⁹⁸. Sebepsiz zenginleşme

97 LIANG, s. 19.

98 Türk hukukunda ise sebepsiz zenginleşme genel hükümlerde borç ilişkisinin kaynakları



kısımında iyiniyetli ve kötünüyetli zenginleşenin iade yükümünün düzenlenmesi yanında, Türk-İsviçre hukukunda yer almayan ve fakat Alman hukukunda kabul edilen *Durchgriff* prensibine de yer verilmektedir (ÇMK m. 988)⁹⁹.

D. Dördüncü Bölüm: Kişilik Hakları

Dünyada eşine az rastlanır biçimde ayrı bir bölüm altında düzenlenmesi ve kişilik haklarına ilişkin ayrıntılı hükümler içermesi itibariyle Çin Medenî Kanununun en özgün kısmını hiç şüphesiz Kişilik Haklarına ilişkin bölüm oluşturmaktadır. Çin'de daha önceki yasalarda kişilik haklarına ilişkin ayrı bir bölüm bulunmamaktaydı, bunlar 2017 tarihli Medenî Hukukun Genel İlkeleri Kanununda genel olarak düzenlenmişti (m. 109-111)¹⁰⁰. Çin'de kişilik haklarının ayrı bir bölüm altında düzenlenmesi konusunda yoğun hukukî ve politik tartışmalar yapılmıştır¹⁰¹. Kanun komisyonu üyelerinden *Wang*'a göre; Pandekt ve Alman hukukunun geleneksel eşya ve mülkiyet odaklı anlayışı yerine insan hakları ve temel vatandaşlık haklarını ön plana çıkaran kişi-birey odaklı bir anlayışla bunların bağımsız bir rejim içinde düzenlenmesi gerekliydi¹⁰². Zira *Wang*'a göre; birincisi, Çin Anayasasında kişilik haklarını koruyan hükümler gerçek bir hukukî koruma sağlamaktan uzak, sembolik ve muğlak ifadeler içeriyordu. İkincisi, Çin mahkemeleri Anayasa'daki bu kuralları bile doğrudan somut olaylara uygulamakta çekingen davranıyordu ve üçüncüsü, Çin'de bir Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Kanunu yoktu¹⁰³. Konuyu akademik platformdan siyasî platforma taşıyan bir diğer kanun komisyonu üyesi *Liang*'a göre ise kişilere böylesine geniş içerikli medenî haklar tanınması siyasî açıdan sakıncalı olabilirdi¹⁰⁴. Zira böyle bir kanun modeli dünyada eşine nadir rastlanır şekilde yalnızca Ukrayna Medenî Kanununda bulunmaktaydı¹⁰⁵

arasında (TBK m. 77-82), vekâletsiz işgörmeye ise özel borç ilişkileri arasında özel olarak düzenlenmiştir (TBK m. 526-531).

99 Alman § 822 BGB'de yer alan hükme göre; bir şeyi sebepsiz iktisap eden kişiden sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre o şey talep edilemiyorsa, sebepsiz iktisap eden kişinin o şeyi karşılıksız olarak başkasına devrettiği kişiden şeyin iadesi istenebilmektedir.

100 <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/lawsofthepc/202001/c983fc8d3782438fa775a9d-67d6e82d8.shtml>

101 CHEN/Van RHEE, s. 7-8. Genel hükümlerde yer alması gerektiği yönünde

102 WANG, L., s. 25; ZHANG, X., s. 122; SCHÜBELER, s. 83.

103 CHEN/Van RHEE, s. 8.

104 LIANG, Huixing, **Certain Legislative and Theoretical Issues Concerning General Principles of Civil Law** (Oct. 15, 2015), <http://m.aisixiang.com/data/93139.html>, ZHANG, X., s. 118'den naklen.

105 ZHANG, X, s. 119.

ve *Liang*'a göre sosyal liberilazasyonun dozunun kaçırılması Ukrayna'da olduğu gibi (Ukrayna İç Savaşı) vahim sonuçlara yol açabilirdi¹⁰⁶. Bu tartışmalar sonucunda ilk görüş galip geldi ve Çin'de kişilik haklarının ayrı bir bölüm altında düzenlenmesine karar verildi¹⁰⁷.

Kişilik haklarına ilişkin bölüm, toplam altı alt bölüm ve 51 maddeden oluşmaktadır. Bu bölüm; genel hükümler, yaşam, beden ve sağlık üzerinde hak, ad üzerinde hak, resim üzerinde hak, onur ve saygınlık üzerinde hak, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması şeklinde altı alt bölüme ayrılmaktadır. Oldukça *kazuistik* bir yöntemle hazırlanan kişilik haklarına ilişkin düzenlemelerin özellikle teknik hukuk bilgisinden yoksun kişilerin haklarını bilmesi ve korumadan yararlanma talebinde bulunması bakımından bir faydası olduğu söylenebilir.

Kişilik haklarına ilişkin bölümün genel hükümler alt bölümünde kişilik haklarının feragat edilemeyen, devredilemeyen ve mirasçılara geçmeyen bir hak olduğu vurgulanmaktadır (ÇMK m. 992). Ölen kişinin kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda onun eşi, çocukları ve anne babası kişiliği koruyucu hükümlerden yararlanabilmekte, onların olmaması ve ölmüş olması durumunda ise ölen kişinin diğer yakınları kişiliği koruyucu hükümlere başvurabilmektedir (ÇMK m. 994). Kişiliğe saldırı halinde ise saldırıya uğrayan; saldırının durdurulması, tehlikenin önlenmesi, saldırının etkilerinin tespit edilmesi, itibarın iadesi ve özür dileme gibi hukukî yollara başvurabilmektedir ve bu yollara başvuru herhangi bir hak düşürücü veya zamanaşımına tabi değildir (ÇMK m. 995). Bir sözleşmenin ihlâli aynı zamanda o kişinin kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyorsa, saldırıya uğrayanın sözleşme hükümleri uyarınca tazminat talep edebilmesi onun manevî zarar talep etmesine engel olmamaktadır (ÇMK m. 996). Basının haber verme ve kamunun haber alma hakkı gibi haklar nedeniyle kişilik hakkına ölçülü ve makûl olarak yapılan saldırılar hukuka uygun kabul edilmektedirler (ÇMK m. 999). Mahkemenin özür dileme, itibarın iadesi gibi kararları saldırıda

106 ZHANG, X., s. 118; SCHÜBELER, s. 83.

107 SCHÜBELER, s. 83. Yalnız ilginçtir Pandekt ve Alman hukukunun malvarlığı odaklı anlayışına bir tepki olarak Kişilik Hakları ayrı bir bölüm altında düzenlenmesine karşın, bunlar Medenî Kanunda malvarlığına ilişkin aynı haklar ve sözleşmeye ilişkin bölümlerden sonra *dördüncü bölüm* altında düzenlenmiştir. Oysa Türk-İsviçre Medenî Kanununda kişilik hakkına ilişkin hükümlere Medenî Kanunun kişiler hukukunu düzenleyen birinci kitabında yer verilmektedir (TMK m. 23 vd. – ZGB Art. 27 vd.). Bu arada belirtelim ki Kişilik Haklarının ayrı bir bölüm olarak düzenlenmesinin şiddetli savunucusu *Wang* Medenî Kanunda kişilik haklarının birinci kitap içinde yer almasını önermiş ve fakat bu önerisi kabul görmemiştir (WANG, L., s. 26).



bulunan fail tarafından yerine getirilmezse, mahkeme masrafları faile ait olmak üzere bunların gazete, internet veya diğer medya araçlarıyla duyurulmasına karar verebilmektedir (ÇMK m. 1000).

Çin Medenî Kanununda kişilik hakları, Türk-İsviçre Medenî Kanunundan¹⁰⁸ farklı olarak kişilik hakkının içeriğine giren değerlerin tek tek sayılması yoluyla düzenlenmiştir. Bunlardan kişinin yaşam, vücut ve sağlığı üzerindeki hakka ilişkin hükümler uyarınca tam ehliyetli kişiler hücre, doku, organ ve diğer insan biyolojik kökenli maddeleri yazılı şekilde veya geçerli bir vasiyetname yoluyla bağışlayabilmektedirler (ÇMK m. 1006). Kişi sağlığında bunları bağışlamamışsa, ölen kişinin eşi, yetişkin çocukları ve anne veya babaları bunları yazılı rızalarıyla üçüncü kişilere bağışlayabilirler. Buna karşılık bunların menfaat karşılığı alınıp satılması yasaktır ve bunlara ilişkin sözleşmeler geçersizdir (ÇMK m. 1007). Cinsel dokunulmazlığa yapılan saldırılar da Çin Medenî Kanununda özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre kişinin rızası olmaksızın ona yapılan sözlü, fiziksel veya resim yoluyla yapılan cinsel tacizlere karşı kişi, kişiliği koruyucu hükümlere başvurabilmektedir. Kuruluşlar, işverenler, okullar ve diğer birimler kişinin cinsel dokunulmazlığına yapılan saldırılara karşı gerekli ve ölçülü önlemleri almak ve bunları soruşturmakla yükümlü kılınmaktadır (ÇMK m. 1010).

Gerçek ve tüzel kişilerin adlarını kullanma, değiştirme, başka bir kişinin onların adını kullanmasına izin verme hakları bulunmaktadır (ÇMK m. 1012-1013). Gerçek kişiler, kural olarak anne veya babalarının soyadını seçmekte serbesttirler (ÇMK m. 1015). Takma ad, sahne adı, internette kullanılan ad (*nickname*), ad kısaltmaları da belli bir tanınırlığa ulaşmışsa ve başkalarının bu adları kullanması iltibasa yol açıyorsa, bunlar da ada ilişkin korumalardan yararlandırılabilir (ÇMK m. 1017). Kişi kendi resmi üzerinde münhasıran hak sahibidir ve bunların kullanılması, kamuya yayılması, başkalarının kullanmasına izin verilmesi münhasıran kişinin kendisine aittir. Kişinin resmi; onu teşhis etmeye elverişli görüntüsü, heykeli, tablosu, karikatürü, vb. şeyleri de içermektedir (ÇMK m. 1018). Çin hukukunda ilk kez düzenlenen ve benzerlik hakkı (*likeness right*) adı verilen kişilik hakkı uyarınca teknoloji yoluyla bir kişinin resminin çirkinleştirilmesi, tahrif edilmesi, üzerinde oynanması, montaj yapılması kişilik hakkı ihlâli sayılmaktadır

108 Türk-İsviçre hukukunda kişilik hakkının içeriğine giren değerler çerçeve bir hükümle genel olarak düzenlenmiştir. Böylece toplumsal ve teknolojik gelişmeler karşısında zaman içinde ortaya çıkabilecek yeni kişisel değerlerin de kişilik hakkı kapsamında korunabilmesi sağlanmaktadır.

(ÇMK m. 1019)¹⁰⁹. Kişinin resminin eğitim, bilimsel ve haber amaçlı kullanılması ise hukuka uygun kabul edilmektedir (ÇMK m. 1020). Kişinin resminin kullanılması konusunda bir lisans anlaşması yapılmışsa ve sözleşmede kullanılan terimler muğlaksa, bunlar lisans veren kişi *lehine* yorumlanmaktadır (ÇMK m. 1021). Kişinin sesi üzerindeki hakkına ilişkin olarak da kişinin resmi üzerindeki hakka ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilmektedir (ÇMK m. 1023).

Kamu yararı ve haber amaçlı kişinin onur ve saygınlığına yapılan saldırıların hukuka uygun sayılması için ölçülü olması gerekmekte olup bunlara ilişkin somut ölçütler kanunda sayılmaktadır (ÇMK m. 1025). Gazete, internet ve diğer medya üzerinden kişilik haklarına bir saldırıda bulunulmuşsa saldırıya uğrayan kişi, yayıncıya karşı bu platformlar üzerinden cevap ve düzeltme hakkını kullanabileceği gibi, saldırıyla orantılı ve ölçülü olmak kaydıyla saldırıya ilişkin içeriğin kaldırılmasını da talep edebilmektedir (ÇMK m. 1028).

Özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması da bir kişilik hakkı olarak özel olarak düzenlenmiştir. Kişinin başkalarının bilmesini istemediği; gittiği yerler, yaptığı faaliyetler ve bilgiler özel hayatın tanımlanmasında kullanılmaktadır (ÇMK m. 1032). Kişinin açık rızası olmadıkça başkalarının telefon, kısa mesaj, anında iletişim sağlayan mesaj servisleri veya elektronik posta yoluyla onunla iletişim kurmasının yasak olduğu kanunla düzenlenmiştir. Bunun dışında kişinin açık rızası olmadıkça fotoğraflarının veya videosunun çekilmesi, evine veya otel odalarına girilmesi, gizlice dinlenmesi, gözetlenmesi, belirli vücut bölgelerinin fotoğraflarının veya videolarının çekilmesi ve bunlara benzer diğer fiiller de özel hayatın gizliliğini ihlâl kabul edilmektedir (ÇMK m. 1033). Bu alt bölümün son kısmında ise kişisel verilerin korunmasına ilişkin çerçeve hükümler yer almaktadır (ÇMK m. 1034-1039)¹¹⁰.

E. Beşinci Bölüm: Evlilik ve Aile Hukuku

Evlilik ve Aile Hukuku bölümü, büyük ölçüde 2001 tarihli Evlilik Kanunu ile 1998 tarihli Evlat Edinme Kanununun revize edilerek birleştirilmesiyle oluşturulmuştur. Toplam 79 maddeden oluşan bölüm;

109 Böyle bir düzenleme yapılmasında fotoğraf ve video değiştirme uygulamalarının çoğunlukla Çin menşeli olması ve bunların Çin'de yaygın olarak kullanılmasının rol oynadığı söylenebilir.

110 Kişisel verilerin korunmasına ilişkin önümüzdeki yıl ayrıntılı hükümler içeren ayrı bir kanun çıkarılması beklenmektedir (<https://npcobserver.com/2020/05/21/2020-npc-session-a-guide-to-chinas-civil-code/>) (Erişim Tarihi: 15.7.2020).



genel hükümler, evlilik, aile ilişkileri, boşanma ve evlat edinme konularını içeren beş alt bölümden oluşmaktadır.

Evlilik sistemi; evlenme özgürlüğü, monogami ve kadın-erkek eşitliği ve aile içinde kadın, küçük, yaşlı ve engellilerin korunması esaslarına dayanmaktadır (ÇMK m. 1041). Ayrıca evlilik için aracılık yapmak, evlenmeden önce mal talep etmek, bigami, aile içi şiddet ve aile içi istismar genel bir hükümle yasaklanmıştır (ÇMK m. 1042). Evlat edinme yalnızca küçüğün üstün yararı ilkesi çerçevesinde yapılabilmektedir ve evlat edinme adı altında çocukların satışa konu edilmesi yasaklanmıştır (ÇMK m. 1044).

Evlilik yalnızca kadın ile erkek arasında kurulabilmektedir (ÇMK m. 1046)¹¹¹. Erkekler 22, kadınlar 20 yaşını doldurmadıkça evlenemezler (ÇMK m. 1047)¹¹². Evlenme yaşının dünyadaki örneklerine bu denli yüksek tutulması Çin'in nüfus politikasının bir sonucu olarak görülebilir. Üstsoy-altsoy ile üçüncü dereceye kadar hısımlar arasında evlilik yasaklanmıştır (ÇMK m. 1048). Evlenme, evlendirmeye yetkili daireye yapılacak başvuru sonucunda evlendirme dairesinin evliliği tescil etmesiyle kurulmaktadır (ÇMK m. 1049). Bigami, yasak derecede yakın hısımlık ve evlenme yaşına ulaşılmamış olması evlenmeyi geçersiz kılmaktadır (ÇMK m. 1051). Korkutma (ÇMK m. 1052) ve ağır bir hastalığın gizlenmesi (ÇMK m. 1053) ise evliliği iptal sebebi oluşturmaktadırlar. İptal sebeplerinin varlığı halinde, eşler evlilik korkutma sonucu yapılmışsa korkunun etkisinin ortadan kalktığı andan itibaren, diğer durumlarda ise iptal sebebinin öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl içinde dava açarak evliliği sona erdirebilmektedirler Evlilik geçersizse veya kanunda sayılan sebeplerden birine dayanılarak iptal edilmişse, evlilik baştan itibaren geçersiz kabul edilmektedir (ÇMK m. 1054)¹¹³. Bu tür geçersiz evliliklerde eşler arasında evlilik birliğinde edinilen malların paylaşılması da eşler mal paylaşımı konusunda anlaşamazlarsa ilke olarak kusurları dikkate alınarak yapılmaktadır (ÇMK m. 1054).

111 Çin'de eşcinsel evliliklere izin verilmesi konusunda yoğun talep olmasına rağmen, Çin Medenî Kanununda eşcinsel evliliklere yer verilmemiştir (<https://www.france24.com/en/20191221-public-push-to-legalise-same-sex-marriage-in-china>, Erişim Tarihi 15.7.2020).

112 Türk hukukundan farklı olarak yasal temsilcinin izni ile evlenme (TMK m. 126) veya olağanüstü durumlarda hakimın izniyle evlenmeye (TMK m. 124/II) ilişkin hükümlere Çin Medenî Kanununda yer verilmemiştir.

113 Türk hukukunda ise evliliğin mutlak butlan veya nisbî butlan davası yoluyla iptal edilmesi halinde evlilik mahkemenin bozucu yenilik doğurucu kararına kadar geçerli bir evlilik gibi hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır (TMK m. 156).



Kadın ve erkek evlilik birliği içinde eşit haklara sahiptir ve her biri *kendi soyadını* kullanmaya devam edebilmektedir (ÇMK m. 1055-1056). Eşler; çalışmak, eğitim almak ve sosyal-kültürel aktivitelere katılmak için diğerinin iznini almak zorunda değildir (ÇMK m. 1057). Eşler birbirinin yasal mirasçısıdır (ÇMK m. 1061). Eşler arasında bizdeki edinilmiş mallara katılma rejimi ile mal ortaklığı rejiminin karması sayılabilecek biçimde, kişisel mallar ile evlilik birliği içinde edinilen mallar birbirinden ayrılmakta, bu mallar üzerinde her iki eşin ortak hak sahibi olduğu kabul edilmekte ve edinilmiş mallarda evlilik birliği içinde edinilmiş olma ve emek karşılığı edinme ölçütlerini esas alan bir rejim benimsenmektedir (ÇMK m. 1062-1063). Yasal mal rejimi olan bu rejim dışında, eşler kendi aralarında yapacakları yazılı bir anlaşmayla evlilik öncesi edinilen malları da bu rejime dahil edebilmekte veya tamamen mal ayrılığı rejimini seçebilmekte veya mallar üzerindeki pay oranlarını azaltan anlaşmalar yapabilmektedirler (ÇMK m. 1065). Eşlerden biri ortaklık menfaatlerini tehlikeye düşürürse, diğer eş bizde olduğu gibi (TMK m. 206/II b. 2) *mal ayrılığı rejimine* geçilmesini isteyebilmektedir (ÇMK m. 1066/I). Eşlerin boşanması halinde ise eşler kendi aralarında anlaşarak malların nasıl paylaşılabilirliğini kararlaştırabilmektedirler. Eşler anlaşamazlarsa mallar çocuğun hak ve çıkarları, kadının hakları ve boşanmaya neden olan olaylarda tarafların *kusur durumu* dikkate alınarak mahkemece paylaşılır (ÇMK m. 1087)¹¹⁴. Eşlerin evlilik birliği içinde aile ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla yaptıkları ortak borçları varsa bunlar eşler tarafından birlikte ödenmelidir (ÇMK m. 1089).

Türk hukukunda yer almayan ilginç bir hükme göre ise; çocuklar, ebeveynlerinin evlilik haklarına saygı göstermek zorundadır ve bu bağlamda çocukların anne babalarının boşanma, yeniden evlenme, eşi öldükten sonra başka biriyle evlenmeleri durumunda ana babalarına destek olma yükümlülükleri devam etmektedir (ÇMK m. 1069). Çocuk ve ana baba karşılıklı olarak birbirlerine mirasçılardır (ÇMK m. 1070) ve miras hakları konusunda çocuğun evlilik içi veya evlilik dışı doğması fark yaratmamaktadır (ÇMK m.1071). Evlilik dışı çocuğun kendisiyle birlikte yaşamayan annesi veya babası, küçük veya yetişkin olsa bile bağımsız yaşamayan çocuklarının bakım masraflarını karşılamakla yükümlüdür. Üvey anne-baba ile üvey çocuk arasında istismar ve ayrımcılık yasaklanmıştır (ÇMK m. 1072). Büyük anne ve büyük babalar ile torunlar; annelerinin, babalarının veya çocuklarının ölmesi halinde

114 Türk hukukunda ise yasal mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin *kusuru* kuralı olarak yalnızca zina ve hayata kast nedeniyle boşanma halinde dikkate alınabilmektedir (TMK m. 236/II).

birbirlerine yardım etmekle yükümlüdürler (ÇMK m. 1074). Kardeşlerin birbirlerine yardım etme yükümlülüğü ise tıpkı bizde olduğu gibi (TMK m. 364) *ikincil* niteliktedir (ÇMK m. 1075). Çin Medenî Kanununda soybağı meselesi ise bizde olduğu gibi ayrıntılı olarak düzenlenmemiş, çerçeveye bir hükümle haklı sebeplerin varlığı halinde anne-baba veya çocuğun soybağı kurulması için dava açabileceği şeklinde hüküm altına alınmıştır (ÇMK m. 1073).

Boşanma konusunda ise Türk hukukunda olduğu gibi *genel ve özel* boşanma sebepleri düzenlenmiştir. Türk hukukundan farklı olarak eşlere yazılı bir anlaşmayla *mahkemeye gitmeksizin* evlendirme dairesine başvurarak *idari yoldan* anlaşmalı boşanma imkânı tanınmaktadır. Anlaşma; tarafların hür boşanma iradelerini, çocuğun velayetinin kimde kalacağını, diğer tarafın çocuğa ödeyeceği nafakayı, eşler arasında malların nasıl paylaşılacağını ve borçların kim tarafından ve nasıl ödeneceğini içermelidir (ÇMK m. 1076). Bu anlaşmanın içeriği evlendirme dairesi tarafından incelenip onaylandıktan sonra eşlere boşanma belgesi verilmektedir (ÇMK m. 1078). Çin’de çok tartışılan ve eleştirilen¹¹⁵ bir hükme göre anlaşmalı boşanma başvurusu yaptıktan sonra *otuz gün* süre boyunca (*cooling-off period*) eşlere boşanmaktan vazgeçme hakkı tanınmaktadır (ÇMK m. 1077/I). Eşlerden biri otuz günlük bekleme süresi içinde anlaşmalı boşanmaktan vazgeçmezse, eşler ancak bu durumda evlendirme dairesinin düzenleyeceği bir boşanma belgesiyle boşanabilmektedirler (ÇMK m. 1077/II).

Eşler boşanma konusunda anlaşamazlarsa, arabuluculuk yoluna gidebileceği gibi doğrudan dava yoluna da başvurabilmektedirler (ÇMK m. 1079/I). Hakim önce eşleri bizdeki sulhe teşvik gibi (4787 sayılı Kanun m. 7) arabuculuğu teşvik etmeli, bu girişim başarısız olursa boşanma davasının esasına geçebilmektedir (ÇMK m. 1079/II). Bigami ve başka biriyle birlikte yaşama, aile bireylerine karşı şiddet, fena muamele veya istismar, kumar, uyuşturucu gibi kötü alışkanlıklar, duygusal bir yakınlık olmadan *iki yıl fiilen ayrı yaşama* özel boşanma sebepleri olarak düzenlenmiştir (ÇMK m. 1079/III). Bunun dışında evlilik birliğinin temelden sarsılması nedeniyle boşanma davası açılması da mümkündür. Gaiplik ise mutlak bir boşanma nedeni olarak düzenlenmiştir (ÇMK m. 1079/IV)¹¹⁶. Son olarak boşanma davası reddedildikten sonra *bir yıl içinde*

115 Tartışmalar için bkz. <https://news.yahoo.com/mandatory-divorce-cooling-off-period-sparks-anger-china-114708921.html>

116 Düzenlemeye göre gaipliğine karar verilen kişi aleyhine açılan boşanma davaları kabul edilmek zorundadır. Türk hukukunda ise eşin gaipliği bir boşanma nedeni değil, bir iptal (kanunun deyimiyle *fesih*) sebebi olarak düzenlenmiştir (TMK m. 131/II).

ortak hayat yeniden kurulamamışsa, eşlerden herhangi biri boşanma davası açıp boşanmayı sağlayabilmektedir (ÇMK m. 1079)¹¹⁷. Çin Medenî Kanununda kadını ve çocuğu korumak amacıyla bazı istisnaî durumlarda erkeğin boşanma davası açma hakkı sınırlandırılmıştır. Buna göre gebelik sırasında veya çocuk doğduktan sonra bir yıl içinde veya gebeliğin sona erdirilmesinden itibaren altı ay içinde kural olarak erkek boşanma davası açamaz, lâkin kadın dava açarsa veya mahkeme zorunlu görürse erkeğin boşanma talebi üzerine de boşanmaya karar verilebilmektedir (ÇMK m. 1082).

Boşanma, ana babanın çocukla ilgili hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmamaktadır. Çocuğun velayeti Çin Medenî Kanununda oldukça farklı düzenlenmiştir. Kanuna göre çocuk *iki yaşını* doldurana kadar anne ve babanın *birlikte velayeti* altındadır. Çocuk *iki yaşını doldurduktan sonra* taraflar velayet konusunda anlaşamazlarsa hakim *çocuğun üstün yararına* gözeterek velayeti eşlerden birine verebilmektedir. Çocuk *sekiz yaşına* geldiğinde ise çocuğun tespit edilen gerçek ve samimi iradesine göre velayetin kimde olacağı belirlenmektedir (ÇMK m. 1084). Velayet kendisine bırakılmayan eş, diğerine iştirak nafakası ödemek zorundadır (ÇMK m. 1085). Bunun dışında velayet kendisine bırakılmayan eş çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahiptir (ÇMK m. 1086). Ana baba dışında *üçüncü kişilere* ise kişisel ilişki kurma hakkı tanınmamıştır. Boşanma sonucunda eşlerden biri yaşamını devam ettirmede zorluk çekerse diğeri ona *-boşanmada hangi tarafın kusurlu olup olmadığı önemli olmaksızın-* yardımcı olmak zorundadır (ÇMK m. 1090). Boşanma; bigami, başkasıyla yaşama, aile içi şiddet, fena muamele, istismar veya diğer önemli kusurlu davranışlardan biri nedeniyle gerçekleşmişse, kusuru olmayan taraf diğer eşten tazminat isteme hakkına sahiptir (ÇMK m. 1091).

Çin Medenî Kanununa göre yalnızca *küçüklerin* evlat edinilmesine izin verilmekte (ÇMK m. 1093 vd.), evlat edinme konusunda *tam evlat edinme sistemi* benimsenmekte (ÇMK m. 1111) ve evlat edinme işlemi mahkeme kararı gerektirmeden sosyal hizmetler birimine yapılacak başvuru ile *idari yoldan* (ÇMK m. 1105) yapılabilmektedir.

117 Türk hukukunda ise fiilî ayrılık genel olarak bir boşanma sebebi sayılmamakla birlikte, yalnızca açılmış olan bir boşanma davasının reddinden itibaren üç yıl içinde ortak hayat kurulamamışsa mutlak bir boşanma nedeni olarak kabul edilmektedir (TMK m. 166/IV). Çin Medenî Kanununda ise hem başlıbaşına iki yıl fiilî ayrılık mutlak bir boşanma sebebi olarak düzenlenmekte hem de açılmış olan boşanma davasının reddinden sonra yalnızca bir yıl içinde ortak hayatın kurulamamış olması boşanmaya yeterli görülmektedir.



F. Altıncı Bölüm: Miras Hukuku

Çin Medenî Kanununun Miras Hukuku bölümü büyük ölçüde 1985 tarihli Miras Kanunu esas alınarak hazırlanmış, bu kanunun bazı hükümleri revize edilmiş, bazıları ise ilk kez Medenî Kanuna alınmıştır¹¹⁸. Bölüm, 45 madde ve 4 alt bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde genel hükümler, ikinci bölümde yasal mirasçılık, üçüncü bölümde vasiyetname ve iradî mirasçılık ve son olarak dördüncü bölümde ise terekenin yönetilmesine ilişkin hükümler yer almaktadır.

Genel hükümlere göre miras, mirasbırakanın ölümüyle başka bir işleme gerek kalmaksızın küllî halefiyet yoluyla mirasçılara geçmektedir (ÇMK m. 1121). Bunun dışında mirası reddetme hakkı (ÇMK m. 1124) ve mirastan yoksunluk (ÇMK m. 1125) Türk hukukuna benzer şekilde düzenlenmiştir. Kadın ve erkeğin eşit miras haklarına sahip olduğu kanunla vurgulanmaktadır (ÇMK m. 1126). Yasal mirasçılık konusunda Cermen hukukundan gelen ve bizde de kabul edilen zümre sistemi yerine, geçmiş Sovyet hukukunda olduğu gibi Roma hukuku kaynaklı *sınıf sistemi* kabul edilmektedir. Sınıf sistemine göre; eş, çocuklar ve anne-baba birinci sırayı, kardeşler ile büyükanne ve büyükbaba ise ikinci sırayı oluşturmaktadır. Bu sisteme göre ilk sırada mirasçı varsa miras ilk sıradaki mirasçılar arasında eşit şekilde paylaşılmakta, ilk sırada mirasçı yoksa miras ikinci sıraya geçmektedir (ÇMK m. 1127). Mirasbırakanın yasal veya iradî mirasçısı olmaması durumunda ise miras, kamu menfaatine kullanılmak üzere devlete, mirasbırakan bir kolektif üyesi ise kolektife geçmektedir (ÇMK m. 1160). Evlilik içi çocuk ile evlilik dışı çocuğun miras haklarından eşit şekilde yararlanacağı kanunla güvence altına alınmıştır (ÇMK m. 1127). Çocukların ve kardeşlerin mirasbırakandan önce ölmesi halinde onların yerini halefiyet yoluyla çocukları almaktadır (ÇMK m. 1128). Miras, aynı sıradaki mirasçılar arasında *kural olarak* eşit dağıtılmaktadır. Ancak kanunda eşit paylaşım esasının *istisnalarına* da yer verilmektedir. Buna göre özel durumu gereği çalışmayacak durumda olanlar ile malî güçlük içinde olan mirasçılar varsa bunların durumu mirasın paylaşımında dikkate alınmaktadır. Mirasın paylaşımında mirasçıların genel aile yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği, mirasçının ölmeden önce mirasbırakanla yaşayıp yaşamadığı da belirleyici olabilmektedir. Aile yükümlülüklerini yerine getirmeyen mirasçıların payı azaltılabilmektedir. Öte yandan mirasçılar kendi aralarında anlaşarak da eşitliği bozabilmektedirler

118 GLUECK/MUNZINGER/CHEN/SHI, s. 5.

(ÇMK m. 1130). Mirasçılar terekeyi, karşılıklı hoşgörü, anlayış ve uyum içinde yönetmelidirler. Paylaşımın nasıl, ne zaman ve hangi oranlarda yapılacağı konusunda mirasçılar anlaşamazlarsa paylaşma arabuluculuk veya mahkeme yoluyla yapılmaktadır (ÇMK m. 1132).

Yasal mirasçılık yanında iradî mirasçılığa da Çin medenî hukukunda izin verilmektedir. Mirasbırakan, vasiyetname yoluyla mirasçı atayabilmekte, belirli mal vasiyeti yapabilmekte veya vasiyeti yerine getirme görevlisi atayabilmektedir (ÇMK m. 1133)¹¹⁹. Lâkin Çin miras hukukunda bizde olduğu gibi saklı paylı mirasçılar yoktur. Yalnızca çalışma yeteneğinden yoksun ve yaşamsal ihtiyaçlarını karşılayamayan mirasçılara pay verilmesi zorunludur (ÇMK m. 1141). Çin Medenî Kanununda el yazılı (holografik), alografik, görsel-işitsel araçlar yoluyla (dijital vasiyet/elektronik vasiyet), resmî veya sözlü vasiyetname/vasiyet yapmak mümkündür. El yazılı vasiyetname baştan sona vasiyetçin el yazısıyla yazılmalı ve gün, ay, yıl bilgilerini içermelidir (ÇMK m. 1134). Başkası tarafından veya bir makine aracılığıyla yazılan (alografik) vasiyetnameler de vasiyetçi ve iki tanık tarafından imzalanması ve gün, ay, yıl bilgilerini içermesi kaydıyla geçerlidir (ÇMK m. 1134-1135). Gün, ay, yıl bilgileri ile vasiyetçi ve en az iki tanığın görüntülerini veya seslerini içermesi kaydıyla dijital ortamda hazırlanan vasiyetler de geçerli kabul edilmektedir (ÇMK m. 1137). Sözlü vasiyetnamelere ise bizde olduğu gibi (TMK m. 539) yalnızca olağanüstü durumlarda izin verilmekte ve bunlar da yine bizde olduğu gibi (TMK m. 541) geçici nitelikte kabul edilmektedir (ÇMK m. 1138). Bunların yanında noterde resmî vasiyetname yapma imkânı da mevcuttur (ÇMK m. 1139). Vasiyetçi ölümüne değin vasiyetnamesini değiştirebilmekte veya geri alabilmektedir. Vasiyetçi önceki vasiyetnameyle bağdaşmayan yeni bir vasiyetname yaparsa önceki vasiyetnameyi geri aldığı kabul edilmektedir. Birden fazla vasiyetname düzenlemişse, son vasiyetnameye itibar edilmektedir (ÇMK m. 1142- Karş. TMK m. 542 vd.). Ayırt etme gücü olmayanlar ve sınırlı ehliyetsizlerin yaptığı vasiyetnameler ile tehdit veya zorlama yoluyla yapılan vasiyetnameler kesin hükümsüz kabul edilmektedir (ÇMK m. 1143)¹²⁰. Bunun dışında Türk hukukunda olduğu

119 1985 tarihli Miras Kanununda yer almayan vasiyeti yerine getirme görevlisi atama ilk kez 2020 tarihli Çin Medenî Kanununda düzenlenmiştir (GLUECK/MUNZINGER/CHEN/SHI, s. 5).

120 Çin Medenî Kanununda, Türk hukukunda olduğu gibi ölüme bağlı tasarruflara özgü bir özel hükümsüzlük (iptal edilebilirlik) rejimi benimsenmemiştir. Hukuka aykırı vasiyetnamelerin herhangi bir iptal davası açılmasına gerek kalmaksızın kendiliğinden hükümsüz olduğu kabul edilmektedir.



gibi (TMK m. 545) vasiyetçi vasiyetnamesine yüklemeler koyabilmekte ve sonrasında yasal mirasçılar tarafından bunun tenfizi istenebilmektedir (ÇMK m. 1144).

Tereke, eğer mirasbırakan vasiyeti yerine getirme görevlisi atamışsa onun tarafından yönetilir; eğer böyle bir görevli atanmamışsa mirasçılar içlerinden birini yönetici olarak atayabilir, eğer mirasçılar bu konuda anlaşamazsa terekeyi elbirliğiyle yönetirler (ÇMK m. 1145). Miras paylaşılmadan önce, varsa sağ kalan eşin mal rejiminden kaynaklı payı bölünmekte, geri kalan miktar mirasçılara dağıtılmaktadır (ÇMK m. 1153). Miras; mümkünse aynen paylaşma, mümkün değilse malların satılması ve gerekiyorsa mirasçılar arasında denkleştirme yapılmak suretiyle paylaştırılmaktadır (ÇMK m. 1156). Mirasın açıldığı tarihte, mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşımın doğumuna kadar erteleneceğine ilişkin hüküm (TMK m. 643/I) Çin Medenî Kanununda da yer almaktadır (ÇMK m. 1155).

G. Yedinci Bölüm: Haksız Fiil Sorumluluğu

Çin haksız fiil hukuku genel olarak geleneksel Kara Avrupası hukuku sorumluluk kuralları ve *common law* hukuk uygulamasını esas almaktadır¹²¹. Çin Medenî Kanununun son bölümü olan Haksız Fiil bölümü büyük ölçüde 2010 tarihli Haksız Fiil Kanunu esas alınarak hazırlanmıştır ve toplam 95 maddeden oluşmaktadır. Haksız fiil bölümü; genel hükümler, zararın tazmini, özel sorumluluk ilkeleri, ürün sorumluluğu, motorlu araçların sebep olduğu trafik kazalarından doğan sorumluluk, tıbbî müdahalelerden kaynaklı zararlardan sorumluluk, çevre kirliliği ve ekolojik zararlardan doğan sorumluluk, tehlike sorumluluğu, hayvan bulunduranın sorumluluğu ve yapı ve nesnelere verdiği zarardan sorumluluk olmak üzere on altı bölüme ayrılmaktadır¹²².

Çin Medenî Kanununda haksız fiilden doğan sorumluluk Türk hukukunda olduğu gibi *kusur sorumluluğu* ve *kusursuz sorumluluk* şeklinde düzenlenmiştir¹²³. Kusursuz sorumluluk kendi içinde *hakkaniyet sorumluluğu*, *olağan sebep sorumluluğu* ve *tehlike sorumluluğu* olarak üçe ayrılmaktadır. Kural, Türk hukukunda olduğu gibi kusur

121 ZHANG, M., s. 421.

122 CONK Georg W./LYU Wenjie, Civil Code of the People's Republic of China Part VII – Tort Law, 2020, s. 1 vd.

123 ZHANG, M., s. 431 vd.; Çin haksız fiil sorumluluğu hakkında genel bilgi ve yargı kararları için bkz. LIU, s. 16 vd.

sorumluluğudur¹²⁴. Haksız fiili düzenleyen genel hükme göre bir kişi diğerinin mutlak bir özel hakkına kusuruyla zarar vermişse verdiği zarardan sorumlu tutulmaktadır (kusur sorumluluğu) (ÇMK m. 1165/I). Kanunlarda kişinin kusurlu olduğunun varsayıldığı durumlarda kişi kusuru olmadığını ispat etmedikçe diğerinin mutlak bir özel hakkına verdiği zarardan ötürü sorumludur (ispat yükü ters çevrilmiş kusur sorumluluğu veya olağan sebep sorumluluğu) (ÇMK m. 1165/II). Ayrıca kişi, kanunlarda düzenlenmişse, kusuru olup olmadığına bakılmaksızın da bir kişinin mutlak özel hakkına verdiği zarardan ötürü sorumlu tutulabilmektedir (tehlike sorumluluğu) (ÇMK m. 1166).

Bunun dışında birlikte kusur (ÇMK m. 1173-1174) ve müteselsil sorumluluk (ÇMK m. 1168) konusundaki düzenlemeler Türk hukukundaki düzenlemelerden önemli bir farklılık göstermemektedir. Risk alma doktrini ve hakkı kendi gücüyle koruma ise Çin hukukunda ilk kez düzenlenmeye kavuşturulmuştur¹²⁵. Risk alma doktrinine göre bir kişi belirli bir risk içeren kültürel veya sportif faaliyete kendi rızasıyla katılmışsa ve bu riskli faaliyet sonucu zarara uğramışsa, zarar verenin kastı ve ağır ihmâli olmadıkça zarardan sorumlu tutulamamaktadır (ÇMK m. 1176)¹²⁶. Hakkı kendi gücüyle koruma ise Türk hukukundaki düzenlemeye (TBK m. 64/III) benzer şekilde düzenlenmiştir¹²⁷.

Ayrıt etme gücü olmayanların ve sınırlı ehliyetsizlerin üçüncü kişilere verdikleri zararlardan onların yasal temsilcisi sorumlu tutulmakta ve fakat yasal temsilci zararın meydana gelmemesi için gerekli özeni gösterdiği ispat ettiği ölçüde sorumluluğu (*olağan sebep sorumluluğu*) *azaltılabilmektedir* (ÇMK m. 1188/I)¹²⁸. Bu kişilerin verdikleri zararlar, ilk olarak zarar verenlerin malvarlığından karşılanmakta, zarar verenin

124 ZHANG, M., s. 433.

125 GLUECK/MUNZINGER/CHEN/SHI, s. 6.

126 Öte yandan etkinlik düzenleyicilerinin sorumluluğu da olağan sebep sorumluluğu şeklinde özel bir hükümlerle düzenlenmiştir (ÇMK m. 1198). Bu hükme göre etkinlik düzenleyicileri zararın meydana gelmemesi için tüm güvenlik önlemlerini aldığını ispat etmedikçe verdikleri zararlardan sorumlu tutulmaktadır.

127 Söz konusu hükme göre hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamamaktadır (TBK m. 64/III- ÇMK m. 1177).

128 Türk hukukunda bu hükme benzer *ev başkanının sorumluluğu* hükmüne göre ise ev başkanı kişinin verdiği zarardan, alışılmış şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu veya bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini ispat edebilirse sorumluluktan *tamamen* kurtulabilmektedir (TMK m. 369/I).

malvarlığı zararı karşılamazsa ikincil olarak yasal temsilcinin malvarlığına başvurulabilmektedir (ÇMK m. 1188/II). Öte yandan geçici olarak ayırt etme gücünü kaybeden kişinin verdiği zarardan sorumluluk tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi onun ayırt etme gücünü kaybetmesinde kusuru olup olmamasına bağlanmıştır (ÇMK m. 1190- TBK m. 59). Lâkin hakkaniyet gerektiriyorsa (*hakkaniyet sorumluluğu*) kişi kusuru olmasa bile verdiği zarardan sorumlu tutulabilmektedir (ÇMK m. 1190/I c. 2 – TBK m. 65)¹²⁹.

Adam çalıştırmanın çalışanlarının üçüncü kişilere verdiği zarardan sorumluluk ile internet kullanıcılarının üçüncü kişilere verdiği zarardan sorumluluk ve servis sağlayıcılarının verdiği zararlardan sorumluluk özel olarak düzenlenmiştir (ÇMK m. 1191-1197). Servis sağlayıcılarının hukukî sorumluluğu *uyar-kaldır* yönteminin işletilmesi suretiyle mümkün olabilmektedir ve şayet servis sağlayıcı zarar gören kişinin uyarısına rağmen hukuka aykırı içeriğe yönelik olarak ölçülü önlemleri almazsa (içeriğin kaldırılması, link'e erişimin engellenmesi, vb.), zarar veren kişiyle birlikte müteselsil olarak sorumlu tutulabilmektedir (ÇMK m. 1195)¹³⁰. Bunun dışında eğitim kurumlarının ayırt etme gücü olmayan küçükler ile sınırlı ehliyetsiz küçüklerin eğitim kurumlarında buldukları sırada uğradıkları *yaralanmalarda* kurumun sorumluluğu *olağan sebep sorumluluğu* niteliğinde düzenlenmiştir. Kurum, eğitsel ve idarî önlemleri almadığını ispat etmedikçe bu kişilerin yaralanmalarından sorumlu tutulabilmektedir (ÇMK m. 1199-1200).

Bundan başka ürün sorumluluğu (ÇMK m. 1202 vd.), motorlu araçların sebep olduğu trafik kazalarından doğan sorumluluk (ÇMK m. 1208 vd.), çevre kirliliği ve ekolojik zararlardan doğan sorumluluk (ÇMK m. 1229 vd.) genel olarak *tehlike sorumluluğu* niteliğinde düzenlenmiştir. Buna karşılık tıbbî müdahalelerden doğan zararlardan tıbbî personel ve sağlık kurumu yalnızca zararın meydana gelmesinde kusurları olduğu müddetçe sorumlu tutulabilmektedir (ÇMK m. 1218). Tıbbî personelin hastayı teşhis ve tedavi konusunda bilgilendirme ve aydınlatma yükümlüğü ile tıbbî müdahale için hastanın veya hastadan alınması mümkün değilse yakınlarından yazılı rıza alınması (*aydınlatılmış onam*) özel olarak düzenlenmiştir (ÇMK m. 1219/I). Tıbbî personelin kanunî

129 Hakkaniyet sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ZHANG, M. s. 441 vd.

130 Türk hukukunda ise kural olarak içerik ve servis sağlayıcılarının sorumluluğu 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m. 9 ve TMK m. 24-25 hükümlerinin birlikte işletilmesiyle mümkün olabilmektedir.



yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle bir zarar ortaya çıkmışsa, bundan sağlık kurumu sorumlu tutulabilmektedir (ÇMK m. 1219/II).

Genel bir tehlike sorumluluğu hükmü de Çin Medenî Kanununda yer almaktadır (ÇMK m. 1236). Tehlike sorumluluğunun özel görünümüleri sayılabilecek nükleer faaliyetler, sivil hava taşıtı işletme ve yanıcı, patlayıcı, radyoaktif, toksik, patojenik vb. tehlikeli maddelerin neden olduğu zararlardan yalnızca mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru veya üçüncü kişinin ağır kusuru gibi *illiyet bağıını kesen sebeplerin* varlığı halinde sorumluluk azaltılabilmekte veya kaldırılabilir (ÇMK m. 1236 vd.). Hayvan bulunduranın sorumluluğu (ÇMK m. 1245 vd.) da genel itibarıyla *tehlike sorumluluğu* olarak düzenlenmiştir. Hayvan bulunduranın sorumluluğu yalnızca zarara uğrayan kişinin zararın doğmasında kast veya ağır ihmâli olması halinde azaltılabilmekte veya kaldırılabilir (ÇMK m. 1245). Yapı ve nesnelerin sebep olduğu zararlardan bunlarla ilgili malik ve yöneticilerin sorumluluğu da (ÇMK m. 1252 vd.) kusursuz sorumluluk şeklinde düzenlenmiştir. Bu nesnelerin verdiği zarara konu olan olayın niteliğine göre sorumluluk, olağan sebep sorumluluğu veya tehlike sorumluluğu olarak farklılaşabilmektedir.

Çin haksız fiil hukukunda kusursuz sorumluluğa verilen ağırlık nedeniyle haksız fiil sorumluluğunun genel olarak sosyalleştirilmiş sorumluluk esasına dayandığı söylenebilir¹³¹. Ayrıca Türk ve bu arada Kara Avrupası hukukundan farklı olarak *-kodifikasyonun bir küll halinde yapılması ve geç tamamlanmasının avantajıyla-* tüm kusursuz sorumluluk hallerini Medenî Kanun çatısı altında toplaması nedeniyle Çin Medenî Kanunu klâsik Medenî kanunların önüne geçmektedir. Bunun dışında fikrî mülkiyet ihlalleri (ÇMK m. 1185), hatalı ürünün hatalı olduğu bilinmesine rağmen üretilmesi ve/veya satılması (ÇMK m. 1207), ekolojik sisteme önemli ölçüde zarar verecek biçimde çevrenin kasıtlı olarak kirletilmesi (ÇMK m. 1232) durumunda daha çok Anglo-Amerikan hukuk sistemine tabi ülkelerde rastlanan zarar gören lehine cezalandırıcı tazminat (*punitive damage*) ödenmesine olanak veren hükümleriyle Çin haksız fiil hukuku, tazminatın zarar miktarını aşamayacağına ilişkin Kara Avrupası hukuk sisteminden ayrılmaktadır¹³².

131 LIU, s. 19.

132 ZHANG, M. s. 483.



SONUÇ

28 Mayıs 2020 tarihinde kabul edilerek yasalaşan Çin Medenî Kanunu 1 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe girecektir. İmparatorluğun son dönemlerinde yapılan ve fakat İmparatorluğun yıkılıp yerine Çin Cumhuriyetinin kurulmasıyla yasalaşamayan 1910 tarihli Çin Medenî Kanun Tasarısı bugün kabul edilen Çin Medenî Kanununun temellerini oluşturması nedeniyle özel bir öneme sahiptir. İmparatorluk döneminde hazırlanan Çin Medenî Kanunu Tasarısı, dönemin Japon Medenî Kanununun Alman Medenî Kanunundan iktibas edilmesindeki motivasyonla - *teknolojik atılımlara daha uygun ve yatkın olduğu düşüncesiyle*- Kara Avrupası hukuk sistemine dahil olan Alman ve dolayısıyla Pandekt hukukunun izlerini taşımaktadır.

Çin Medenî Kanunu, dağınık biçimde bulunan medenî hukuk kurallarını içeren ve farklı tarihlerde yürürlüğe giren kanunların tek bir çatı altında birleştirilmesiyle Türk Medenî Kanunundan farklı bir yöntemle yasalaşmıştır. Kanunun genel olarak *Çin'e özgü sosyalizmi* yansıtan Çin'e özgü bir kanun olduğu söylenebilir. Kanun, Türk-İsviçre Medenî Kanunundan farklı ve aslında ideal olarak, borçlar hukukuna ilişkin konuları da içermektedir. Buna karşılık Kanun, genel hükümlerden sonra aynî hakları, sözleşme hukukunu, kişilik haklarını, aile hukukunu, miras hukukunu ve son olarak haksız fiil hukuku konularını içermesi itibariyle sistematik açıdan alışılmadık ve rasyonalize edemediğimiz bir sıralamaya sahiptir. Kanun, kişilik haklarının ayrı bir bölüm altında düzenlenmesi itibariyle de dünyada eşine az rastlanır bir medenî kanun modeli oluşturmaktadır. Çin kanun koyucusunun en iddialı olduğu Kişilik Hakları bölümündeki *kazuistik* yöntemle hazırlanan ayrıntılı hükümlerin gerekliliği tartışılabilir ise de, bunların teknik hukuk bilgisinden yoksun kişilerin haklarının içeriği hakkında bilgi sahibi olması bakımından faydalı olduğu söylenebilir.

Kanunun haklarda eşitlik ve sözleşme özgürlüğü odaklı yaklaşımı pazar ekonomisine işlerlik sağlama işlevini büyük ölçüde yerine getirmektedir. Kanunun genel hükümleri ile sözleşme ve haksız fiile ilişkin hükümleri alışveriş yaşamının dinamiklerine uygun olduğu gibi modern hukuktan herhangi bir sapma da göstermemektedir. Lâkin eşya hukuku hükümlerinin pazar ekonomisinin diğer önemli sacayağını oluşturan bağımsız özel mülkiyeti dışlamasında, *yalnızca sınırlı aynî hak* tesisine izin verilmesinde ve eşya hukukunun diğer hükümlerinde Çin'e özgü sosyalizmin etkisi yoğun biçimde hissedilmektedir.



Kanun eşya, sözleşme ve haksız fiil alanlarında çevre konusunda duyarlı *yeşil ilkeleri* ve genel olarak *teknolojik gelişmeleri* dikkate alan hükümleriyle geleneksel medenî kanun düzenlemelerinden ayrılmaktadır. Haksız fiil sorumluluğu alanında ise kusursuz sorumluluk hallerinin genişletilerek tek bir kanun çatısı altında toplanmış olması Kanunun dikkat çeken bir diğer özelliğidir. Başından sonuna kadar yeni bir kanun olması nedeniyle diğer kanunlarda bu tür maddelerin zorunlu olarak kanun içine *yama* şeklinde ekleme zorunluluğu olmaması bu anlamda önemli bir şans olarak görülebilir. Ayrıca Kanunun genel itibarıyla zayıfların korunması ilkesinin kanunun değişik maddelerinde somutlaştırması ve *özel hukuk alanında cinsel istismar ve taciz* konularındaki düzenlemeleriyle geleneksel medenî kanunlardan farklı olarak günümüzün ihtiyaçlarına ve toplumsal hassasiyetlerine cevap verebilir nitelikte olduğu söylenebilir. Kanunun evlilik ve aile hukuku ile miras hukuku hükümlerinin oluşturulmasında ise Çin'in sosyo-kültürel özelliklerinin etkisi yoğun biçimde hissedilmektedir.



KAYNAKLAR

CHANG Yun-Chien, “Property Law With Chinese Characteristics: An Economic and Comparative Analysis”, **Property Rights Conference Journal**, Vol. 1, 2012, s. 345-372.

CHEN Lei/Van RHEE C. H. (Remco), in Chen, Lei/van Rhee, C.H. (Remco): “Introduction”, **Towards a Chinese Civil Code, Comparative and Historical Perspectives**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2012, s. 1-17.

CHEN Lei: in Chen, Lei/van Rhee, C.H. (Remco), “100 Years of Chinese Property Law: Looking Back and Thinking Forward”, **Towards a Chinese Civil Code, Comparative and Historical Perspectives**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2012, s. 87-108.

CHUNGANG Miao, “Construction and Improvement of Civil Code from the Perspective of Ecology”, **Journal of Scientific Research & Reports** 26(4), 2020, s. 39-44.

CONK Georg W./LYU Wenjie, Civil Code of the People’s Republic of China Part VII – Tort Law, 2020 (<https://ssrn.com/abstract=3624921>, Erişim Tarihi: 15.7.2020).

EPSTEIN Edward J., “The Theoretical System of Property Rights In China’s General Principles of Civil Law”, **Theoretical Controversy in the Drafting Process and Beyond, Law and Contemporary Problems**, Vol. 52, No. 2, The Emerging Framework of Chinese Civil Law: Part 1, Spring, 1989, s. 177-216.

GLUECK Ulrike/MUNZINGER Michael/CHEN Angela/SHI Lei, “National People’s Congress Adopts China’s First Civil Code”, **CMS Law**, 8.6.2020, s. 1-6. (<https://cms.law/en/chn/publication/national-people-s-congress-adopts-china-s-first-civil-code2>, Erişim Tarihi: 15.7.2020).

LIANG Huixing, “Preface” in: **The Draft Civil Code of People’s Republic of China**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2010, s. XI-XXIII.

KATO Masanobu, “Civil and Economic Law in the People’s Republic of China”, **The American Journal of Comparative Law**, Summer, 1982, Vol. 30, No. 3, s. 429-457.

KIELSGARD Mark D./CHEN Lei, “The Emergence of Private Property Law in China and Its Impact on Human Rights”, **Asian-Pacific Law & Policy Journal**, Vol. 15:1, 2013, s. 94-134.



KÖTZ Hein, “Foreword”, in: **The Draft Civil Code of People’s Republic of China**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2010, s. XV-XVII.

LIU Chenglin: “Socialized Liability in Chinese Tort Law”, **Harvard International Law Journal**, Volume 59, Spring 2018, Online Journal, s. 16-44.

(https://harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/Liu_FORMATTED-4-19-18.pdf, Erişim Tarihi: 15.7.2020)

LIXIN Yang, “From the General Provisions of Civil Law to the General Rules of Civil Law: A Historic Leap”, **Social Sciences in China**, Vol. 41, No. 2, 2020, s. 5-25.

ROOS Martin, **Chinese Commercial Law, A Practical Guide**, Kluwer Law International, 2010.

SCHÜBELER Andreas, “ Die neue Kodifikationsrunde des chinesischen Zivilrechts und die Rolle des deutschen Rechts”, **Freilaw** 2/2018 freilaw.de, s. 86-108.

(<http://www.freilaw.de/wordpress/wp-content/uploads/2018/09/Freilaw-Die-neue-Kodifikationsrunde-des-chin.-ZivilR.pdf>, Erişim Tarihi: 15.7.2020).

SHIYUAN Han, “The CISG and Modernisation of Chinese Contract Law”, in: Contributions to the Study of International Trade Law and Alternative Dispute Resolution in the South Pacific, **Comparative Law Journal of the Pacific**, Special Issue, Vol. 17, 2014, s. 67-79.

SUN Xianzhong, “Die Kodifikation eines Zivilgesetzbuches in China: Einige Probleme mit Blick auf die Systematisierung und Verwissenschaftlichung der Gesetzgebung”, **Zeitschrift für Chinesisches Recht (ZChinR)**, 2017, s. 86-108.

THOMAS Kristie, “Analysing the Notion of ‘Consumer’ in China’s Consumer Protection Law”, **The Chinese Journal of Comparative Law**, Vol. 6, No. 2, 2018, s. 294-318.

TIMOTEO Marina: “China Codifies The First Book of the Civil Code between Western Models to Chinese Characteristics” , **Opinio Juris in Comparatione, Studies in Comparative and National Law**, Vol. 1. Nr. 1., 2018, s. 23-44.

WANG Jingen/ DiMATTEO Larry A., Chinese Reception And Transplantation Of Western Contract Law, **Berkeley Journal of International Law**, Vol. 34:1, 2016, s. 44-99.



WANG Liming, “The Systematization of the Chinese Civil Code”, in Chen, Lei/van Rhee, C.H. (Remco): **Towards a Chinese Civil Code, Comparative and Historical Perspectives**, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2012, s. 21-28.

WANG Zhu, **On the Constitutionality of Compiling a Civil Code of China, A Process Map for Legislation Born out of Pragmatism**, China University of Political Science and Law Press Springer 2020

ZHANG Mo, “Tort Liabilities and Torts Law: The New Frontier of Chinese Legal Horizon”, **Richmond Journal of Global Law &Business**, Volume 10, Issue 4, 2011, s. 415-495.

ZHANG Xianchu, “ The New Round Of Civil Law Codification In China”, **University of Bologna Law Review**, Vol. 1, No. 1, 2016, s. 106-137.



ALMAN CEZA İNFAZ HUKUKUNUN ESASLARI

(The Fundamentals (Basics) of German Execution Law)

Doç. Dr. Erdal YERDELEN¹

ÖZ

Alman infaz hukukunda eyalet kanunlarının birleştirilerek federal bir infaz kanunu yapılması, uzun yıllar devam eden bilimsel çalışmanın ürünüdür. Alman İnfaz Kanunu, infazın idari işlemlerle devam etmesinin hukuk devleti ilkesine uymayacağı gerçeğine dayanmaktadır. Bu husus, Alman İnfaz Kanunu Gerekçesi'nde yer almıştır. Cezanın ve infazın amacı Alman İnfaz Hukukunun temelini oluşturmaktadır. Cezanın belirlenmesi ve infazın planlanması bu amaca uygun olmalıdır. Hükümlüyü, ceza infaz kurumundaki yaşama alıştırmamak gerekir. Bu nedenle infazın gevşetilmesi, hükümlüyü sosyal hayata hazırlama ve yeniden suç işleminin önlenmesi amacıyla infaz hassas planlanmalıdır. İnfaz kurumunda kaldığı sürece mahkûm için en önemli husus, onun mutlaka bir işinin olması ve çalışmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Cezanın Amacı, Mahkûmun Çalışması, İnfazın Gevşetilmesi, İnfazı Engelleyen Nedenler.

ABSTRACT

Integration of German execution law and legislate a federal execution code is the product of many years of scientific work. It is incompatible with the rule of law to continue implementing of the execution of punishments via administrative proceedings and the German Execution Code is based on that fact. This issue has taken a part in the Rationale of German Execution Code. The purpose of punishment and execution lies at the heart of the German Execution Code. The determination of the sentence and the planning of the execution should be match with this purpose. Inmates shouldn't be acclimatized to pass their lives in prison. Therefore, the execution should be planned carefully to loosen the execution, to prepare the convict for social life and to prevent recidivism.

1 Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Öğretim Üyesi, Orcid No: 0000-0002-8796-2186

The most important issue for the prisoner during the jail time is that he or she must have a job and he or she must work.

Keywords: The purpose of punishment, Employment of prisoners, Loosening the execution of punishment, Reasons preventing the execution of punishment.

GİRİŞ

Günümüz hukuk devletinde hürriyeti bağlayıcı cezaların alternatifi, henüz bulunamamıştır. Devlet, toplumsal barışın devamı için ceza hukukunu ilgilendiren fiillere (haksızlık) özgürlük kısıtlaması ile karşılık vermektedir. Bu durum, mağdurlar bakımından başka bir önem arz etmektedir. Ceza hukukunda özgürlük kısıtlaması içeren yaptırımlara, diğer orta düzeydeki yaptırımların yetersiz kaldığı durumlarda ve ancak son çare olarak başvurulmaktadır². Alman hukuk sisteminde hürriyeti bağlayıcı müeyyideler; sığınmacıların bir yerde ikameti, tanıklara disiplin hapsi, elkoymada zorlayıcı hapis, akıl hastalarına ruh ve sinir hastalıkları (psikiyatrik) hastanesine yatırma, güvenli izleme, yabancıların sınır dışı edilmek için tutulması, yakalama ve tutuklama olarak sıralanabilir. Bunların tamamının temelinde Alman Anayasası (*Grundgesetz-GG*) m.104 bulunmaktadır. Buna göre; hürriyet kısıtlaması; kanunla düzenlemeye, kanunda belirtilen şartların yerine getirilmesine, usule uygun davranılmasına, hâkim tarafından karar verilmesine tabidir³. Alman infaz hukukunda hürriyeti kısıtlayan ceza ve tedbirlerin infazı ile diğer cezaların infazı farklı mevzuatta düzenlenmiştir. Hürriyet Bağlayıcı Cezalar İle Hürriyeti Kısıtlayan Tedbirlerin İnfazı Hakkında Kanun⁴

2 KETT-STRAUB, Gabriele/STRENG, Franz, **Strafvollzugsrecht**, München 2016, s.V. (von. Vorwort.)

3 KETT-STRAUB/STRENG, s.1.

4 "Hürriyeti bağlayıcı cezaların ve hürriyeti kısıtlayıcı güvenlik tedbirlerinin infazı konusunda çıkarılan bu kanunun gerekçesinde; cezaların infazının idari yoldan düzenlenmesinin bugünün hukuk devleti anlayışı ile bağdaştırılmayacağı, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun yanı sıra ilgilinin hürriyetine yönelik zora dayalı uygulamayı öngören ceza infaz hukukunun da yasal düzenlemeyi gerektirdiği belirtilmiştir. Ayrıca mahkûmlar ile devlet arasındaki hukuki ilişkinin kanun tarafından açık ve seçik biçimde düzenlenmesinin zorunlu bulunduğu belirtildikten sonra bu esaslardan hareket eden tasarımın bazı genel ilkeler koymakla yetinmeyip ayrıntılı düzenlemeler yaptığı ifade edilmiştir. Gerekçede; bu kanunun düzenlemede zorunluluk sınırını aşmadığı ve teferruat sayılabilecek hususlarda idareye düzenleme olanağını tanıdığı dile getirilmiştir. Mahkûmların tabi tutulacağı işlemlerde uygulanacak yöntemlerin uygulanabilmesi için tasarıda infazda izlenmesi gereken genel amaçların belirtilmesi ile yetinilmiş bu amaçlara ulaşılabilmesi için uygulanacak yöntemlerden ise söz edilmemiştir". İÇEL, Kayıhan, "Alman İnfaz Hukukunda Reform", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, S:3, Y:1976, s.40-41.



(Strafvollzugsgesetz-StVollzG)⁵ hapis ve hürriyeti kısıtlayan tedbirlerin infazının nasıl yapılacağını düzenlemektedir⁶. Bu kanun, makale içerisinde Alman İnfaz Kanunu (StVollzG) olarak anılacaktır.

Alman infaz hukukunu ifade etmek için iki ayrı terim kullanılmakta ve bu iki terim sık sık birbirine karıştırılmaktadır. Bunların birbirinden farklı olduğunu belirtmek gerekir (*Strafvollzug* ve *Strafvollstreckung*). *Strafvollzug*, hapis cezasının infazı süreci için kullanılmaktadır⁷. *Strafvollstreckung* ise cezanın infazı süreci içerisindeki tüm idari ve yargısal (hâkim kararına dayanan) faaliyetleri ifade etmektedir. Bu sürece ilişkin tüm düzenlemeler bu kavramın içerisinde yer almaktadır. Süre belgesi (müddetname) hesaplaması, infaz süresinin sürenin dolması ve tahliye kararı hep bu kavram içerisinde yer almaktadır. Bu nedenle bu kısım ile ilgili adli organ olarak infaz savcılığı yetkilidir. Bu kısım ile ilgili olarak bir hâkim kararına ihtiyaç duyulursa bu karar, eyalet düzeyinde teşkilatlanmış olan ceza infaz dairesi tarafından alınacaktır⁸. Genç mahkûmlarla ilgili kararlar ise gençlik hâkimi (çocuk hâkimi) tarafından verilmektedir. Çocuk hâkimleri, hem yargısal hem de idari görev ifa etmiş olmaktadır⁹.

I. CEZA YAPTIRIM SİSTEMİ

A. Genel Olarak

Ceza hukukunda yaptırım, suç karşılığı faile uygulanan ceza veya güvenlik tedbirini ifade etmektedir¹⁰. Bu iki yaptırım türü Alman

- 5 "Almanya'da eyaletlerdeki müstakil infaz kanunlarının birleştirilerek federal düzeyde toplu düzenlenmesi, 1967 yılına dayanmaktadır. 18 kişilik komisyon 13 toplantı sonrasında İnfaz Kanunu Taslağını Adalet Bakanı'na 3.2.1971'de sunmuştur. Bu tasarı 12.1.1973'te Federal Konseye sunulmuştur. Aralık 1975'te de Federal Parlamento'da görüşülmüştür. İnfaz Kanunu-StVollzG, 16.3.1976'da kabul edilmiş ve yayınlanmış, 1.1.1977'tarihinde yürürlüğe girmiştir." İÇEL, Alman İnfaz Hukukunda Reform, s.34-35; JESCHECK, Hans Heinrich, "Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Alman ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri", Çev. Ayhan ÖNDER, İÜHFİM, S:1-4, C:48, Y: 1983, s.482.
- 6 Bu Kanun, son olarak 9.12.2019 tarihinde değişikliğe uğramıştır.
- 7 Almanya'da hükümlü sayısı, 100.000 kişide 76'dır. Bu sayı 2000 yılında 98 iken gerilemiştir ve gerilemeye devam etmektedir.
- 8 "Almanya'da 1.1.1977 tarihinden beri bu amaçla Ceza İnfaz Daireleri (Strafvollstreckungskammer), infaz hukuku ile ilgili kararlarda yetkilidirler. Ceza infaz mahkemesinin genel yetkisi, Mahkemelerin Kuruluş Kanunu (GVG) m.78a'da düzenlenmiştir." DEMİRBAŞ, Timur, **İnfaz Hukuku**, Ankara 2019, s.498.
- 9 "Ceza infaz idaresi, infaz savcılığı kurumuna benzemektedir. Bu daire, infazla ilgili hukuki karar almakta, hâkimlerden oluşmakta kararlarına karşı şikâyet yoluna gidilebilmektedir. Bu daireler eyalet mahkemesinin bulunduğu yerde onlara bağlı olarak faaliyet göstermektedir. Kararlarına karşı şikâyeti inceleme yetkisi eyalet mahkemesi ceza dairesine aittir." (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.110-116-119; Mahkemelerin Kuruluş Kanunu (*Gerichtsverwaltungsgesetz-GVG*) m.78a) KETT-STRAUB/STRENG, s.4.
- 10 "Suç failleri hakkında tatbik edilen cezalarla inzibati cezalar veya tedbirleri birbirine karıştırmamak gerekir. Emniyet tedbirleri, cezalara benzeseler de mühim farklı yanları vardır." TANER, Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Hükümler**, İstanbul 1949, s.559.

hukukunda “çift izlilik” (*Zwiespurigkeit*)¹¹ olarak ifade edilmektedir¹². Türk ceza hukukunda da bu şekilde iki tip yaptırım benimsenmiştir¹³. Adli para cezaları ve hürriyeti bağlayıcı cezalar, Alman yaptırım sisteminin üzerine oturduğu iki sütünü teşkil ederler¹⁴. Alman hukukunda yaptırım sisteminin onarıcı adalet doğrultusunda yeniden yapılandırılmasına ilişkin tasarı ve taslaklar, ceza sisteminin temeli kabul edilen iki izlilik sistemine (cezalar ve güvenlik tedbirleri)¹⁵ üçüncü bir “iz” in dâhil olduğu yönünde tartışmalara neden olmuştur¹⁶.

Alman Ceza Kanunu’nda (*StGB*) asli ceza-ek ceza (*Hauptstrafe und Nebenstrafe*) ayrımı bulunmaktadır. Alman Ceza Kanunu’nun (*StGB*) 38-43a maddeleri arasında asli cezalar (*StGB* m.38, 39’da hürriyeti bağlayıcı ceza ve m.40, 41, 42’de adli para cezası) düzenlenmişken, 44. maddesinde ek ceza olarak sürücü belgesinin geçici alınması yer almaktadır. Bu hüküm Alman Ceza Kanunu’ndaki (*StGB*) tek ek ceza niteliğindedir. Alman Ceza Kanunu’nun (*StGB*) 45-45b maddelerinde ise cezanın kanuni neticeleri olarak belirli hakları kullanmaktan yasaklama¹⁷, 61 ve 76. maddeleri arasında ise güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir¹⁸.

B. Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar

Alman Ceza Hukuku’nda hapis cezası¹⁹ ağır ve orta ağırlıktaki suçlar için öngörülen tek ceza çeşididir. 1969 Reformu sırasında²⁰, hapis

- 11 Bazı yazarlar bu sistemi “iki şeritli” olarak ifade etmektedir. ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖZBEK Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, Ankara 2003 s.45
- 12 JESCHECK, s.48; ZAFER, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2018, s.529.
- 13 KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2019, s. 557.
- 14 JESCHECK, Hans Heinrich, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Alman ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri”, Çev. Ayhan ÖNDER, İÜHFİM, S:1-4, C:48, Y: 1983, s.480.
- 15 EREM, Faruk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1995, s.375; DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2019, s.573.
- 16 SEVDİREN Öznur, “Cezalandırmada Bir Paradigma Değişikliği Olarak Onarıcı Adalet Felsefesi: Bir Sentez Denemesi-I”, CHD, S: 15, Y:Nisan 2011, s.107.
- 17 Alman Ceza Kanunu (*StGB*) m.45’te bu kısıtlama sadece seçme seçilme ve kamu memuriyeti bakımından düzenlenmiştir. CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2019, s.709.
- 18 JESCHECK, Hans Heinrich, *Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş*, Çev. Feridun Yenisey, İstanbul 2007, s.61-62; C. H. Beck, *Strafvollzugsgesetz, Beck-Texte in dtv*, Münchens 1992, s.2-4; YERDELEN, Erdal, *Cezanın Belirlenmesi*, Ankara 2013, s.15.
- 19 “Almanya’nın ilk cezaevleri; Bremen (1609), Lübeck (1613), Bern (1614), Kasse (1616), Hamburg (1622), Danzig (1629), Zürih (1637), Spandau (1687), Berlin (1712)’dir. Bremen Cezaevi hükümlüleri sürekli çalışma esasına dayalı ve cezaevi talimatnamesi ile hükümlülerin çalıştırılarak eğitilmesi öngörülmüştür. Çalışmayı kabul etmeyen hükümlülere sadece su ve ekme verilmesi (gıda kısıtlaması) söz konusudur.” DEMİRBAŞ, *İnfaz Hukuku*, s.105.
- 20 “Bu reforma kadar infaz hukukuna ilişkin konulardan sadece mahkûmların çalıştırılması ve hücre hapsi kanunla düzenlenmiş iken bu hükümleri için Ceza Kanunu’nun (*StGB*) 21.



cezaları bakımından yapılan en önemli değişiklik, sadece tek tip bir hürriyeti bağlayıcı cezanın (*Einheitsfreiheitsstrafe*) kabul edilmesidir. Buna karşın gençler (*Jugendstrafe*) ve askerler (*Strafarrest*) için istisnalar söz konusudur. Tek tip olan hapis cezası, infaz sırasında hükmün süresi ve hükümlünün kişiliğine göre farklı bir uygulama yapılmasına imkân verecek niteliktedir²¹.

Alman Ceza Kanunu (*StGB*) m.38 ve 39'da hürriyeti bağlayıcı cezalar belirlenmiştir. Alman Ceza Kanunu'nun (*StGB*) 38. maddesinde müebbet hapis cezası düzenlenmiştir. Alman ceza hukuku yaptırım sisteminde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına yer verilmemiştir²². *Roxin*; müebbet hapis cezasının, bir yaptırım türü olarak düzenlenmesine karşı çıkmakta, bu düzenlemenin evrensel insan hakları ile uyumsuz hale gelebileceğine işaret etmektedir²³. Almanya, Fransa ve İtalya anayasa mahkemeleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin son dönemlerde gösterdiği yaklaşımlara dikkat çeken bir kısım yazar, şartlı tahliyesi olmayan müebbet hapis cezasının insanlık onuruna aykırı olduğunu savunmaktadır²⁴.

Alman Ceza Hukuku'nda, uzun süren tartışmalara rağmen 1969 Reformu'ndan sonra da ömür boyu hapis cezası, kanunda muhafaza edilmiştir²⁵. Alman Federal Anayasa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht-BVG*)²⁶, 1977 yılında verdiği kararda müebbet hapis cezasının Anayasaya uygun olduğunu, insan onuru ile bağdaşır bir infaz rejimine göre çektirilmesi ve hükümlünün yeniden özgür olabilme şansının somut ve esaslı bir biçimde var olması koşulu ile kabul etmektedir²⁷. Mahkeme,

Paragrafının 1.1.1974 tarihinde yürürlüğe giren İkinci Ceza Hukuku Reform Kanunu ile yürürlükten kaldırılması ile bu alanda kanuni dayanak kalmamıştır." İÇEL, Alman İnfaz Hukukunda Reform, s.33.

21 JESCHECK, s.49.

22 YERDELEN, Cezanın Belirlenmesi, s.19.

23 ROXİN Claus, "Yeni TCK ile Türkiye Avrupa'ya Dâhil Oluyor", in: HPD ile Röportaj, S: 2, Sonbahar 2004, s.23.

24 KARAKAŞ DOĞAN Fatma, *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası*, İstanbul 2010, s.169.

25 YERDELEN, Cezanın Belirlenmesi, s.24.

26 "Alman Anayasa Mahkemesi'nin (BVG), Alman Ceza Hukuku Reformunun gelişmesine yaptığı etki de küçümsenmemelidir. Alman Anayasa Mahkemesi bir kararı ile (BVerfGE, 6, 389/43; 20, 253/331) kusur prensibinin bir anayasa kaidesi olduğunu tasdik etti ve bu prensip Ceza Kanunu'nun (*StGB*) 46. Maddesinin 1. Fıkrasının 1. Cümlesinde şu şekilde ifade edildi: Fâilin kusuru, cezanın tayininin esasıdır. Para cezasının (*Geldbusse*) yaptırım niteliği olduğu halde bunun hâkim tarafından tayin edilme zorunluluğu olmayan bir müeyyide olduğunun kabulüyle (BVerfGE 22, 78/81; 27, 18/33/3) basit işler için düzenlenen kabahatler hukukuna (*Ordnungswidrigkeitenrecht*) dönüştü". JESCHECK, "Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Alman ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri", s.486.

27 Alman Anayasası'nın (GG) 1. maddesinde; "İnsan onuruna dokunulamaz. Tüm kamu güçleri buna uygun davranmak ve bunu korumakla yükümlüdürler," hükmü yer almaktadır.

hükümlünün, infaz ile yeniden sosyalleşmeye hakkı olduğuna karar vermiş²⁸, 1981 tarihli bir kararında da müebbet hapis cezasında şartlı salıvermenin yolunu açmıştır²⁹. Bu düzenlemeden önce af, müebbet hapis cezası hükümlülerinin yeniden özgür olabilmesinin tek olanağıydı. Mahkeme'nin bu kararı vermesinde af uygulamalarının birbirinden farklı ve istikrarsız oluşu ve mahkeme tarafından kontrol edilememesi belirleyici olmuştur. Almanya'da halen müebbet hapis cezası hükümlüleri, on beş yıl cezaevinde kaldıktan sonra şartlı salıvermeden yararlanmaktadır. Bir yıl içinde verilen ve ömür boyu hürriyeti bağlayıcı ceza ihtiva eden mahkeme karar sayısı 50-90 arasındadır. Bu mahkûmiyet kararlarının yaklaşık % 98'i kasten öldürmenin nitelikli şekli olan "cinayet"³⁰ suçundan verilmiştir³¹. Kanunda bu suçun cezası sabit bir ceza olarak (müebbet hapis) belirlenmiştir³².

Almanya'da üç aya kadar olan hapis cezası kısa süreli kabul edilmekteyken 1969 yılında yapılan reform ile bu süre altı aya çıkartılmıştır. Halen altı aya kadar olan hapis cezasının kısa süreli olduğu kabul edilmektedir³³. Kısa süreli hapis cezasına seçeneklerin öne çıkarıldığı Almanya'da 1962 tarihli Alternatif Ceza Kanunu Tasarısı'nda hapis cezasının altı aydan başlatılması önerilmiştir³⁴. Halen altı aydan kısa süreli hapis cezasına ancak istisnai durumlarda hükmedilebilmektedir. Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 47. maddesinin başlığı "*Kısa Süreli Hapis Cezasının İstisna Oluşu*" biçimindedir. Mahkeme ancak kanunda yer alan koşulların bulunması ve kaçınılmaz olması durumunda altı ayın altında (kısa süreli) hapis cezasına hükmedebilir³⁵.

28 BVGE, 45, 187/242. Bkz. YERDELEN, Cezanın Belirlenmesi, s.24.

29 "Alman Anayasa Mahkemesi'nin (BVG) 1981 tarihli bu kararı üzerine kanun koyucu, 8.12.1981 tarihli 20. Ceza Kanunu Değişikliği Kanunu (StGaeG) ile Alman Ceza Kanunu'na (StGB) 57a maddesini ekleyerek hâkimin karar vermesi şartıyla müebbet hapis cezasında da koşullu salıverme imkânını getirmiştir (m.57a). Buna göre müebbet hapis cezasında koşulu salıverme süresi 15 yıl olarak belirlenmiştir. Bu değişiklik 1.5.1982'de yürürlüğe girmiştir." JESCHECK, *Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Alman ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri*, s.482.

30 Alman Ceza Kanunu'nda (StGB) bu eylem "Mord" kelimesiyle ifade edilmiş ve StGB m.211'de düzenlenmiştir. YERDELEN, Cezanın Belirlenmesi, s.25.

31 "Federal Mahkeme'nin (BGH) tamamlanmış nitelikli kasten öldürme suçlarında, istisnai bazı hallerde süreli hapis cezasına hükmedilebileceğine dair kararı mevcuttur." (BGHStS 30,105) YERDELEN, Cezanın Belirlenmesi, s.25.

32 JESCHECK, s.49, 64.

33 ÇOLAK Haluk/ALTUN Uğurtan, *Ceza ve Güvenlik Tedbirleri*, Ankara 2017, s.43.

34 DEMİRBAŞ, Genel Hükümleri s.65; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, *Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara 2019, s.498.

35 YENİSEY Feridun/PLAGEMAN Gottfried, *Alman Ceza Kanunu*, Strafgesetzbuch. (StGB). (Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük), İstanbul 2009, s.37.

C. Adli Para Cezaları

Alman Ceza Kanunu'nun (*StGB*) 40. maddesi, gün para cezası sistemine yer vermiştir³⁶. Bu hüküm gereğince para cezaları güne göre hesap edilir. Kanunda aksi belirlenmemişse adli para cezası, en az 5 ve en çok 360 gün olabilir. Mahkeme, bir gün karşılığı para miktarını, failin sosyal ve ekonomik durumuna göre belirler. Günlük kazancın bir kısmının para cezasına esas alınması sistemi de uygulanabilmektedir³⁷. Buna göre, cezaların tayini konusundaki Alman Ceza Kanunu'nun (*StGB*) 46/1. maddesi uygulanarak, suçun ağırlığına göre gün birim sayısı tespit edilir. Birim karşılığı ise failin ekonomik durumuna göre belirlenir. Bir gün karşılığı para miktarı belirlenirken failin geliri, malvarlığı ve diğer esaslı unsurlar dikkate alınır. Kural olarak, failin bir günlük ortalama net kazancı ya da kazanması gereken miktar esas alınır. Failin lüks harcamaları ya da tazminat ödemesi, para cezasının azaltılması sonucunu doğurmaz³⁸.

Bir gün karşılığı para miktarı en az 1 Euro (Euro'ya katılmadan önce 2 Mark) ve en fazla 5000 Euro (Euro'ya katılmadan önce 10.000 Mark) olarak belirlenir. Kararda, gün sayısı ve gün karşılığı belirlenen para tutarı ayrı ayrı gösterilir. Cezanın ödenmemesi durumunda, kararda belirtilen bir gün birim para cezası, bir gün hapis cezasına dönüşür³⁹. Alman ceza yaptırım sisteminde adli para cezaları geniş ölçüde uygulama alanı bulmakta ve yaptırımlar içerisinde ön sıralarda yer almaktadır. Örneğin, 1982 yılında Almanya'da verilen ceza mahkûmiyetlerinin %82,5'ini adli para cezaları %17,5'ini hapis cezaları oluşturmaktaydı. Bu hapis cezalarının da %65'i ertelenmiştir⁴⁰. Almanya'da bu eğilim giderek de artmıştır. Bu halde de adli para cezalarının ödenmemesi sebebiyle hapse çevrilmesi gündeme gelmiş ve buna çare olarak da kamuya yararlı işte çalıştırma yaptırımı getirilmiştir.

36 Adli para cezasının üç aşamada tayin edilmesine ilişkin gün para cezası sistemi İskandinav para cezası sistemi olarak da bilinmektedir ve Alman ceza hukuku sistemine 1975 yılında girmiştir. JESCHECK, "Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Alman ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri", s.481.

37 "Adli para cezası, Alman hukukundaki "Geldbusse" deyiminin tam karşılığı değildir. Geldbusse, ceza olmayıp göreve aykırı hareket eden bir kişiye görevinin hatırlatılması için verilen bir ihtar niteliğindedir. "Geldbusse", adli sicile kaydedilmez, ödenmemesi durumunda ilgilinin özgürlüğü bağlayıcı cezaya değil, ancak hapsen tazyike tabi tutulur." İÇEL, Kayıhan/YURTCAN, Erdener, "Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu", İÜHFİM, XXXVI, 1-4 (1971), s.440.

"Alman Ceza Kanunu (*StGB*) m.40'ta düzenlenmiş olan para cezası ise (*Geldstrafe*) teknik anlamda adli para cezasıdır." Bkz. YERDELEN, Cezanın Belirlenmesi, s.30.

38 CH Beck, s.23.

39 CH Beck, s.23.

40 JESCHECK, Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Alman ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri, s.481.

Para cezasının ödenememesi durumunda bir günlük birim para cezası, bir gün özgürlüğü bağlayıcı cezaya dönüşür⁴¹. Alman hukukunda organize suçlulukla mücadele aracı olarak 1992'de getirilen malvarlığı cezası (StGB Art. 43a), Alman Anayasa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht-BVG*) tarafından, Alman Anayasası'nın (GG) 103/2. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir⁴². Almanya'da Ceza Kanununu Uygulanmasına Dair Kanun (*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch-EGStGB*) m.293 hükmüne göre bütün eyaletlerde düzenlemeler yapılmış ve infaz merciinin ödenmeyen para cezasının yerine hapis cezası uygulamasından vazgeçerek, kamuya yararlı işte çalışma cezasına hükmedilmesine olanak tanınmıştır⁴³.

D. Güvenlik Tedbirler

Alman Ceza Kanunu'nda (*StGB*); malvarlığı cezası (m.43a), araç sürme yasağı (m.44), haklardan mahrumiyet (m.45), denetim süresi ve yükümlülükleri (m.56a-56g), psikiyatri kliniğine yerleştirme (m.63), bağımlılıktan kurtarma tedavisi (m.64), sürücü belgesi iptali (m.69), meslek icrasını yasaklama (m.70), kazanç müsaderesi (m.73), kaim değer müsaderesi (m.73 vd.), eşya müsaderesi (m.74) düzenlenmiştir. Alman infaz hukukunda reform niteliğindeki düzenlemelerin Alman Ceza Kanunu'nda (*StGB*) yapıldığı gözlenmektedir.

Alman İnfaz Kanunu (StVollzG) m.136'da bir psikiyatri hastanesine yatırılan kişinin tedavisinin tıbbi bakış açılarına göre düzenleneceği belirtilmiştir. Kuşkusuz bu tıbbi bakış açısında hekimin mesleki özerkliği söz konusudur. Uygulanacak tedavi yöntemini modern tıbbın gerektirdiği ölçüde kendisi belirleyecektir⁴⁴. Alman İnfaz Kanunu (StVollzG) m.136'da aynı zamanda kişinin artık tehlikeli olmayana dek mümkün olduğunca tedavisinin ya da durumunun daha iyileştirilmesinin gerektiği belirtilmiştir. Bu lüzum üzerine kişinin gözetimi, koruma ve bakımı yapılacaktır⁴⁵. Kuşkusuz tedavinin icrasında anayasal düzeyde olan insan

41 JESCHECK, s.67-68.

42 JESCHECK Hans Heinrich/ WEIGEND Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, Berlin 1996, s.777.

43 JESCHECK, s.64.

44 YANIK, Medaim. "Türkiye Ruh Sağlığı Sistemi Üzerine Değerlendirme ve Öneriler: Ruh Sağlığı Eylem Planı Önerisi", **Psikiyatride Derlemeler, Olgular ve Varsayımlar Dergisi** (RCHP), Ekim 2007 Özel Sayı, s.45; YILDIZ, Mehmet Emre, **Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri**, Ankara 2020, s.494.

45 BVerfG, NStZ-RR 2007, 92 (93) bkz. MAURACH, Reinhart, /GÖSSEL, Karl Heinz /ZİPF, Heinz, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Heidelberg, 2015. § 68, kn. 13, s.909; YILDIZ, s.494.

onurunun korunması, işkence yasağı, hukuk devleti gibi temel ilkeler göz önünde bulundurulacaktır⁴⁶. Alman Ceza Kanunu (*StGB*) m.67b'de özel durumların tedbirin infazının ertelenmesi yoluyla da tedbirin amacına ulaşılabileceği umudunu haklı göstermesi halinde, tedbirin infazının ertelenebileceğini düzenlemiştir⁴⁷. Örneğin, sanığın kendi isteği ile tedaviye katılması gibi hallerde bu tedbirin infazının ertelenebileceği belirtilmektedir⁴⁸.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu hususa şu şekilde vurgu yapmaktadır: *“Hapis cezası ve tedbir (...) farklı amaçlar güder. Bu nedenle bunlara, birbirinin yanında da hükmedilebilir. Bununla beraber devletin bir suça gösterdiği her iki reaksiyon da özgürlükten mahrum bırakma uygulamasına bağlanmıştır. Anayasa (GG) Madde 2 Fıkra 2 Cümle 2’de yer alan temel hakların korunması nedeniyle her iki yolun, münferit olarak ilgili kişinin özgürlük hakkına gerektiğinden daha fazla müdahale etmeden, amaçlarına mümkün olduğunca erişilebilecek biçimde birbirleriyle ilişkilendirilmesini gerektirir.”* Bu bakış açısından anayasal düzeyde, tedbirin infaz süresinin cezanın süresiyle kısmen mahsup edilme ilişkisini öngören infaz normlarının aleyhine bir yorum getirilemeyeceği söylenmektedir. Yasa koyucu, cezanın amaçlarıyla tedbirin amaçlarını birbirine nasıl uyarlayacağı konusunda karar vermede ve bu konuda bir düzenleme yapabilmek için hareket alanına sahiptir. Sınırlama yapmak zor olsa da eğer tedbirin uygulanmasında ilgili kişinin *“itibar edilebilir hiçbir nedeni olmaksızın”* tedaviyi istememesi nedeniyle tedbir amacına ulaşmak başarısız oluyorsa, içinde hiçbir mahsup uygulamasının gerçekleşmediği durum tasavvurları da düşünülebilir⁴⁹.

Alman Ceza Kanunu’nda (*StGB*) m.66 vd. düzenlemelerinde özel tehlikeli suçlular olarak belirtilebilecek kişiler hakkında cezanın yanı sıra, güvenlik tedbiri olarak bu kişinin muhafaza altına alınması yoluyla tehlikeliliğinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Bu tedbirin uygulanması suretiyle uzun sürelerle kişinin toplumdan uzaklaştırılarak toplumun korunması ve failin tehlikelilik halinin geçmesi sağlanmaya çalışılmaktadır⁵⁰. Alman öğretisinde bir psişik bozukluğa neden olmayan

46 YANIK, s.45; YILDIZ, s.494.

47 5237 sayılı TCK’da akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanma süresi açısından herhangi bir asgari süreye yer verilmemiştir. Bu konuda esas alınacak tek kriterin failin tehlikeliliği olması anlayışı benimsenmiştir. Belirtmek gerekir ki TCK’ da tedbire hükmedilmekle birlikte bu tedbirin infazının ertelenebilmesi imkânına yer verilmemiştir.

48 YILDIZ, s.496.

49 YILDIZ, s.518.

50 ÜNVER, Yener, *“Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”*, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı (23- 24 Eylül 2011), Ankara Barosu Yayını, Ankara 2012, s.137.



alkol, uyuşturucu veya ilaç bağımlılığının, bir suçlunun Alman Ceza Kanunu (*StGB*) m.63 gereği bir kliniğe yerleştirilmesi için yeterli olmadığı savunulmaktadır⁵¹.

01.07.2017 tarihinde yürürlüğe giren Alman Ceza Kanunu Reformu ile kanunda kazanç müsadere (*Verfall*) ve eşya müsadere (*Einziehung*) arasındaki farklılıklar giderilmiş ve müsadere kurumu tek bir kavramla (*Einziehung*) ifade edilmiştir. Bu bağlamda daha önce Alman Ceza Kanunu'nun (*StGB*) 73a maddesinde düzenlenen "kaim değer hakkında verilen kazanç müsadere kararı" yeni düzenleme ile Alman Ceza Kanunu'nun (*StGB*) 73c maddesinde "suçtan elde edilen değerlerin kaim değerinin müsadere (*Einziehung des Wertes von Taterträgen*)" olarak düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre suçtan elde edilen değerlerin nitelikleri dolayısıyla veya başka bir nedenden dolayı belli bir değer hakkında müsadere kararı verilmesi mümkün olamıyorsa o zaman mahkeme elde edilen şeyin değeri kadar para meblağının ödenmesine karar verecektir. Mahkeme ayrıca suçtan elde edilen bir nesnenin değerinin, başlangıçta elde edildiği zamanki değerinin altına düşmesi halinde de bu fark ölçüsünde kaim değer müsadere kararı verebilecektir. Örneğin, failin suçtan elde ettiği 20.000 Euro değerindeki otomobilin müsadere kararı verildiği sıradaki piyasa değerinin 16.000 Euroya düşmesi halinde, otomobilin müsadere ile birlikte değer farkı olan 4.000 Euronun da müsadere hükmüne hükmedilecektir. Alman uygulamasında kaim değer müsadere kararının çok önemli bir yere sahip olduğu ve müsadere yaptırımının %95'inin kaim değer müsadere kararına dayandığı ifade edilmektedir⁵².

Bu konuda Alman Ceza Kanunu'nun (*StGB*) "Eşya müsadere kararının etkisi" (*Wirkung der Einziehung*) başlıklı 75. maddesine göre bir eşya müsadere edilince eşyanın veya müsadere edilen hakkın mülkiyeti, karar kesinleştiği anda devlete geçer. Ancak eşya üzerinde üçüncü şahıslara ait olan haklar devam eder. Bu düzenleme ile suça iştirak etmeyen üçüncü kişilerin belirli şartlara bağlı olarak mülkiyet haklarının korunması amaçlanmıştır. Tazminatın miktarı müsadere edilen eşyanın müsadere karar verildiği andaki piyasa değerine (*Verkehrswert*) göre belirlenecektir. Esas itibarıyla tazminat talebinde bulunabilecekler sadece suça iştirak etmeyen üçüncü kişilerdir. Bunun yanında eşyanın sahibi,

51 Bkz. KETT-STRAUB/KUDLICH, s.207; YILDIZ, s.528.

52 ACAR, Hüseyin, Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu, **Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2019, s.148; SÖZÜER, Adem, "Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımını", **Polis Dergisi** Temmuz-Ağustos-Eylül 2003 s.405.



zilyedi veya kullanılamaz hale getirilen şey üzerinde bir aynı hakka sahip (*dingliches Recht*) kişiler müsadere kararıyla birlikte haklarının ortadan kaldırılmış olması veya eşyanın ekonomik değerinin azalması gibi sebeplerle tazminat talebinde bulunabilirler⁵³.

Ayrıca mahkeme tarafından faile ait olduğu zannedilerek yanlışlıkla (*fehlerhafte Dritteinziehung*) üçüncü kişiye ait eşyanın müsaderesine karar verilmesi durumunda üçüncü kişiler, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (*Strfprozessordnung-StPO*) "Müsadere Muhakemesinin Yenilenmesi" (*Nachverfahren*) başlığını taşıyan 439. maddesine göre kararın iptalini talep edebilirler. Müsadere muhakemesinin yenilenmesi davası, talepte bulunanın kesinleşen kararı öğrenmesinden bir ay içinde ve her halde kesinleşmeden itibaren iki yıl içinde açılması gerekir (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu-StPO m.439/2). Bu sürelerin geçirilmesiyle talep hakkı sona erecektir. Yine suça iştirak etmekle birlikte kusuru bulunmayan üçüncü kişilerin tazminat hakkı bulunmamaktadır⁵⁴. Şayet eşya müsaderesi kararı verilmesi 74b maddesinin 1. fıkrasının 1 ve 2 numaralı bendinde düzenlenmiş bulunan şartların gerçekleşmesine dayanıyorsa bir diğer ifadeyle eşya, cinsi ve durumu bakımından toplumu tehdit ediyorsa veya hukuka aykırı fiillerin işlenmesine hizmet etmeleri tehlikesi varsa mahkeme bu hakların sona ermesine karar verir.

Alman Ceza Kanunu'nun (*StGB*) 74/b maddesine göre eşya üzerindeki mülkiyet veya müsadere edilen hak, müsadere veya kullanılamaz hale getirme kararının kesinleştiği sırada üçüncü bir şahsa ait olabilir. Böyle bir durumda veya eşya üzerinde üçüncü bir şahıs lehine bir hak tesis edilmiş olur ve bu hak, verilecek karar ile sona erer veya takyit (kısıtlama-sınırlama) edilirse üçüncü şahsa piyasa değeri göz önünde tutulmak suretiyle hazineden uygun miktarda bir nakdi tazminat ödenir⁵⁵.

Alman Ceza Kanunu (*StGB*) m.74b'ye göre müsadere kararını verecek mahkeme; bu yaptırımın işlenen suçun önemi, suça iştirak edenlerin veya benzeri müsaderede üçüncü kişilerin kusurlarının ağırlığı ya da müsadere konusunun tehlikeliliği karşısında açık orantısızlık gösterip göstermediğini araştırmakla yükümlüdür. Bu araştırmada mahkeme,

53 YENİSEY/PLAGEMANN, s.116; SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H, **Strafgesetzbuch Kommentar**, München 2006, s.1064, kn.11; ACAR, s.318.

54 YENİSEY, Feridun/OKTAR, Salih, **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu**, İstanbul 2015, s.479-480; SCHÖNKE/SCHRÖDER, **Strafgesetzbuch Kommentar**, s. 1062, kn.4, - 1063, kn. 3; ACAR, s.318.

55 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s.1062, kn.4; YENİSEY/PLAGEMANN, **Alman Ceza Kanunu, (StGB)** s. 116-118; ACAR, s.318.

somut olayda müsadere için orantısız olacağı kanısına varırsa, kanunda öngörülen iki seçenektan birine hükmedebilecektir⁵⁶. Müsadere hükmünü vermekten tamamen sarfınazar edebileceği gibi müsadere ile varılmak istenen amaca başka bir yaptırımla da ulaşabilmek mümkünse müsadere yerine bu yaptırıma hükmedebilecektir. Mahkeme, müsadere konusu eşya hakkında yapılacak işlemlerin, muhakeme ekonomisi bakımından çok ağır bir yük getireceği kanısına varırsa yine müsadere kararı vermeyebilir⁵⁷.

Alman Hukuku'nda bir eşyanın tehlikelilik göstermesi nedeniyle müsadere edilebilmesinin koşulları, Alman Ceza Kanunu (*StGB*) m.74/2-2 de düzenlenmiştir. Burada müsadere tehlikeye karşı koyma amacıyla uygulandığı için güvenlik tedbiri niteliğinde olup eşyanın müsadere bakımından mülkiyetin kime ait olduğu bir önem taşımamakta ve bu nedenle doktrinde buna ayırmsız müsadere (*unterschiedlose Einziehung*) denmektedir. Güvenlik tedbiri niteliğindeki bu müsadereye hükmederken işlenen eylemin hukuka aykırı olması yeterli olup eylemin kusurlu bir biçimde işlenmesi gerekli değildir⁵⁸.

Alman hukukunda suçun tüzel kişinin organ veya temsilcisi tarafından işlenmesi aranmaktadır⁵⁹. "Tüzel kişilerin organları ve temsilcileri hakkındaki özel hükümler" (*Sondervorschrift für Organe und Vertreter*) başlıklı Alman Ceza Kanunu'nun (*StGB*) 74/e maddesine göre, bir tüzel kişinin organı veya temsilcisi sıfatıyla işlemiş olduğu hukuka aykırı fiili, fail yönünden müsadereyi gerektiren hallerde, müsadere temsil edilenin sorumluluğuna dâhil addedilir. Söz konusu düzenlemede belirtilen tüzel kişilerin malvarlığının müsadere edilebilmesi için bunların organ veya temsilcilerinin tüzel kişi ad ve yararına davranarak bir suç işlemeleri gerekir⁶⁰. Diğer bir ifadeyle kişisel yarara dayanan fiiller nedeniyle Alman Ceza Kanunu'nun (*StGB*) 74/e maddesinde ifade edilen tüzel kişilerin malvarlığının müsadere edilemeyeceği kabul

56 SÖZÜER, s.402; YERDELEN, Müsadere, s.55.

57 SÖZÜER, s.402; YERDELEN, Müsadere, s.55-56.

58 SÖZÜER, s. 401; YERDELEN, Müsadere, s.58.

59 Fransız Ceza Kanunu'nun tüzel kişilerin sorumluluğunu düzenleyen 121-2 maddesinde tüzel kişilerin ceza sorumluluğu bakımından aranan koşullardan biri, suçun organ veya temsilci tarafından işlenmesi iken, ikincisi tüzel kişi yararına ("*par leur compte*") işlenmesidir. Bkz. SOYGÜT ARSLAN, Mualla Buket, Türk Ceza Hukukunda Müsadere, **Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Doktora Tezi, İstanbul 2014, s. 471; ACAR, s.170.

60 YENİSEY/PLAGEMANN, Alman Ceza Kanunu, (*StGB*) s. 119; GEDİK, Doğan, **Türk Ceza Hukukunda Müsadere**, Ankara 2001, s.101.

edilmiştir⁶¹. Organ ve temsilci niteliğinin varlığı mutlaka özel veya kamu hukuku düzenlemelerine göre belirlenmesi gerekmekte, bu bakımdan sözleşme gibi hukuki işlemlerden de organ veya temsilcilik niteliği ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir. Tüzel kişiler, kişi birlikleri ve ticari şirketlerin mallarının müsadere edilebilmesi için ayrıca diğer müsadere türleri için öngörülen fiile ve müsadere konusu eşyaya ilişkin koşulların da aynen gerçekleşmesi gerekir⁶².

E. Yeni Yaptırım Biçimleri

Alman Ceza Hukukunun yaptırımlar düzeninin genel özelliği, “çift izli yaptırım sistemi” (*Zweispurigkeit*) şeklinde düzenlenmiş olmasıdır⁶³. Başka bir deyişle cezalar ve güvenlik tedbirleri ayrımı söz konusudur. Cezanın, her zaman ceza hukukundan beklenen önleme görevini yerine getirememesi nedeniyle, tedbirlere de ihtiyaç duyulmaktadır. Bu tedbirlerin amacı fiilden ve failin kişiliğinden kaynaklanan tehlikelilik halinin önlenmesi, kişinin eğitilerek, tedavi edilerek veya koruma altına alınarak bunun gerçekleştirilmesidir. Alman Ceza Hukuku’nun bu iki izli sistemi, 1933 yılında çıkarılan İtiyadı Suçlular Kanunu’na kadar gitmektedir. 1969 yılında yapılan Alman Ceza Hukuku Reformu’nun ana fikrini de ceza ve tedbirler sisteminin yenileştirilmesi oluşturmaktadır. Bu reformun genel eğilimi “*mümkün olduğu kadar az ceza, alabildiğince fazla sosyal iyileştirme yardımı*” olarak özetlenebilir⁶⁴.

Onarıcı adalet konusunda Avrupa’da normatif düzenlemeler, 1992 yılında Alman, Avusturya ve İsveçli hukukçuların ceza, ceza usul ve yaptırım sistemi konusunda hazırladıkları “*Alternatif Taslak*” ile ortaya çıkmıştır. Alternatif Taslağın öngördüğü çerçeve, kusur ilkesine dayanan Alman Ceza Hukuku’nu köklü bir şekilde değiştirmeyi savunduğu

61 “Organ ve temsilci niteliğinin varlığı mutlaka özel veya kamu hukuku düzenlemelerine göre belirlenmesi gerekmekte, bu bakımdan sözleşme gibi hukuki işlemlerden de organ veya temsilcilik niteliği ortaya çıkabileceği kabul edilmektedir. Tüzel kişiler, kişi birlikleri ve ticari şirketlerin mallarının müsadere edilebilmesi için ayrıca, diğer müsadere türleri için öngörülen fiile ve müsadere konusu eşyaya ilişkin koşulların da aynen gerçekleşmesi gerekir.” SÖZÜER, s.400-401.

62 SÖZÜER, s.400-401.

63 Alman Ceza Kanunu’nda (*StGB*) asli ceza-ek ceza (Hauptstrafe und Nebenstrafe) ayrımı bulunmaktadır. Alman Ceza Kanunu’nun (*StGB*) 38-43a maddeleri arasında asli cezalar (*StGB* m.38, 39’da hürriyeti bağlayıcı ceza ve m.40, 41, 42’de adli para cezası) düzenlenmişken, 44. maddesinde ek ceza olarak sürücü belgesinin geçici alınması yer almaktadır. Bu hüküm Alman Ceza Kanunu’ndaki (*StGB*) tek ek ceza niteliğindedir. Alman Ceza Kanunu’nun (*StGB*) 45-45b maddelerinde ise cezanın kanuni neticeleri olarak belirli hakları kullanmaktan yasaklama, 61 ve 76. maddeleri arasında ise güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir. JESCHECK, s.61-62; C. H. Beck, s.2-4.

64 JESCHECK, s.62.

için şiddetli bir şekilde eleştirilmiştir. Bu fikrin, cezanın ve yakın zamanda da ceza hukukunun kaldırılmasını, bunun medeni hukuk ile ikame edilmesini savunan bir düşüncenin yansıması olduğu ve asla kabul göremeyeceği savunulmuştur⁶⁵. Alternatif Taslağın, Alman Ceza Hukukuna etkisi hemen kendisini göstermiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu (*StPO*) ve Çocuk Mahkemesi Kanunu'nda (*Jugendgerichtsgesetz-JuGerG*), değişiklik yapılmasıyla yetinilmemiştir. Cezanın belirlenmesi ile ilgili Alman Ceza Kanunu, (*StGB*) m.46'ya, 46a maddesi eklenmiştir. Bu hükümle, failin, mağduriyetin giderilmesine yönelik çabalarının cezanın hafifletilmesine yol açacağı öngörülmüştür. Hatta bu madde ile hâkimin, bir yıla kadar hapis cezası veya üçyüz altmış güne denk gelen bir adli para cezasını gerektiren suç için failin, mağduriyetin giderilmesine uğraşması şartıyla, ceza vermekten vazgeçebileceği öngörülmüştür. Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesine dönük çabalar, Alman Ceza Hukuku'nun temel ilkelerinden bir kopuş olarak görülmüştür⁶⁶. Bu düzenlemeler, karşılıklı taviz sonucu elde edilmiş bir sonuç olduğundan, Alman Yaptırım Sistemi'nde onarıcı adalet uygulamalarının, ceza ve güvenlik tedbirlerinden sonra, bir üçüncü iz⁶⁷ olduğu fikrinden bir hayli uzak olduğu belirtilmiştir⁶⁸.

II. CEZANIN AMACI VE CEZANIN TESPİTİNDEKİ ETKİSİ

Alman Ceza Hukukçusu *Jescheck'e* göre cezanın amacı⁶⁹, "*failin kusurunun karşılığını ödetmek, hukuk düzeninin bozulmaksızın sürmesine katkıda bulunmak, toplumun hukuk şuurunu kuvvetlendirmek ve başka kişilerin suç teşkil eden fiilleri işlemelerine engel olmaktır*"⁷⁰. *Bruns*, kusurun temelinde yatan imkânsızlığa karşın kusuru ölçmeyi denemesi nedeniyle *Frisch'i* eleştirmiştir. *Bruns*, *Frisch'in* reddettiği, ancak bazı yazarlar tarafından savunulan önleme teorisine atıfta bulunmaktadır. Kusurun temelinde yatan düşüncüyü "*başka türlü davranabilme*" olarak görmektedir. Bununla

65 YERDELEN, Erdal vd. *Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma*, Ankara 2018, s.22.

66 Bu konuda bkz. ESER, Albin, Ceza Muhakemesi Hukuku İlkelerindeki Değişme: Ceza Muhakemesi Hukuku Tekrar Özelleşiyor mu? http://www.freidok.unifreiburg.de/volltexte/3552/pdf/Eser_Ceza_Muhakemesi_Hukuku.pdf. E.T.28.7.2020.

67 Ceza hukukunda üçüncü iz olarak mağdurun korunmasına ilişkin hükümlere de yer verilmektedir. Türk hukukunda da buna ilişkin geniş düzenlemeler yer almaktadır. ZAFER, Genel Hükümler, s.530.

68 SEVDİREN, s.116-118; YERDELEN vd. *Uzlaştırma*, s.23.

69 Alman İnfaz Kanunu'nun (*StVollzG*) "İnfazın Amacı (Görevi)" başlıklı 2. maddesinde; "*Hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı sırasında, hükümlüye gelecekte suç işlemeyen sosyal sorumluluğu idrak etmiş bir yaşam sürebilme yeteneği kazandırılmasıdır. Hürriyeti bağlayıcı cezaların infazı; işlenmesi muhtemel suçlardan toplumun korunmasına hizmet edecektir.* C. H. Beck, *Strafvollzugsgesetz Artikel 2*, Beck-Texte in dtv,12. Baskı, München 1992, s.1.

70 JESCHECK, s.62.



sınırlayarak kusurun başka bir formu olmadığını savunmaktadır. Her türlü kusuru, failin kişiliğine bağlamak zordur ve meşru da değildir. Kusurun ve haksızlığın artıp azalması (ölçülmesi) konusu, uzun yıllardır hukuk çevrelerinde mümkün görülmektedir. Burada, kişilikle ilgili kısım ve fiille ilgili olarak failin kişiliğiyle ilgili kısım arasında ayırım yapılmalıdır⁷¹.

Cezanın belirlenmesi açısından sorunlu olan cezanın amacı, Alman Ceza Kanunu (*StGB*) m.46/2'deki kriterler arasında sayılmıştır. Burada öncelikle, *Bruns'ın* savunduğu gibi suçun unsurları içerisinde ve dışarısında olan konular ayırımının yapılması gerekir. Örneğin, zorunluluk durumunda öldürme gibi. Olağan süreç içerisinde olmayan konuların ayrılması gerekir. *Frisch'e* göre fail tarafından neden olunan fakat hesap dâhilinde olmayan konular, haksızlık olarak değil ancak şanssızlık olarak değerlendirilmek zorundadır. Bunun pratikteki sonucu, normun koruma alanında olmaması ve cezanın belirlenmesine etkili olmaması şeklinde açıklanabilecektir. *Frisch*, cezanın belirlenmesi kriteri olarak bu gerçekliği, bu zamana kadar düzenli bir şekilde gerçekleşmemiş olan kusur şeklinin de kontrol edilebilmesi şartına bağlamıştır⁷².

Cezanın amacı, birçok kez cezanın belirlenmesi açısından vurgulanmıştır. Bu belirleme çabalarının nedeni; en adil (orantılı) cezanın belirlenmesi için düzenleme yapılmasıdır. Cezanın orantılılığı (haklılığı), ona hangi açıdan bakıldığıyla ilgili olarak çok değişken olacaktır. Orantılı ceza ile ulaşılmak istenen amacın bilinmesi durumunda, devam eden sorular açısından uygun cevapların bulunması daha mümkün olacaktır. Özellikle, gerçekleşen olaydaki cezanın belirlenmesinde nelerin etkili olacağı ve bunların nasıl değerlendirilmesi gerektiği konuları daha iyi tartışılacaktır⁷³. Burada ilgi konusu olan şey, ceza tehdidinin amacı, cezanın belirlenmesi ile cezanın infazının arasındaki ilişkinin ortaya konulmasıdır⁷⁴. Cezanın değişik amaçları arasında, özellikle somut olaydaki özelliklerin göz önüne alınması durumunda, çelişkili bir

71 BRUNS Hans Jorgen, *Das Recht der Strafzumessung : eine systematische Darstellung für die Praxis*, München 1985 s.48.

72 BRUNS, s.49.

73 YERDELEN, *Cezanın Belirlenmesi*, s.112.

74 Alman İnfaz Kanunu'na (*StVollzG*) göre hürriyeti bağlayıcı cezanın infazının, hükümlünün ileride suç işlemeyen sosyal sorumluluk içinde bir yaşam sürmeye yakın hale getirilmesi amaçlanmaktadır. Başka bir deyişle failin yeniden sosyalleşmesi ve diğer suçlardan toplumun korunması olmak üzere iki amacı vardır. İsviçre infaz hukukuna göre ise cezanın infazının, kefaret, toplumun savunması ve güvenliği, mahkûmu iyileştirme olmak üzere üç amacı vardır. DEMİRBAŞ, *İnfaz Hukuku*, s.184. YILDIRIM, Zeki, *Türk Hukukunda Hapis Cezasının İnfazının Erteleme*, CHD, S:34, Y:Ağustos 2017, s.59.

hal ortaya çıkabilecektir. Başka bir deyişle cezanın bir amacı, cezanın belirlenmesini (ceza verilmesini) gerektirirken başka bir amacı bunu yasaklayabilmektedir⁷⁵.

Bir taraftan genel önleme nedeniyle cezanın amacı caydırıcı olması gerekirken diğer taraftan infaz ise özel önleme anlamında sosyalleştirici etkide⁷⁶ olmalıdır. Bu ikisi birbiriyle çelişki oluşturmaktadır. Cezanın üç amacının (genel önleme-özel önleme-sosyalleştirme) gerçekleştirilmesini, üç adalet organına (kanun koyucu-hâkim-infaz makamı) veren teori reddedilmektedir⁷⁷. Sosyalleştirme yanında güvenlik de cezanın infazında güdülen amaçlardır. Hükümlünün kusurunu görüp pişmanlık yaşamayı için kendisiyle baş başa kalması ve hapis cezasının gerçeği olan hürriyetten yoksun kalmayı yaşamaması gerekir. Bu nedenle ilk etapta bir izin vs. söz konusu olmamalıdır⁷⁸.

Alman Anayasa Mahkemesi'nin (BVG) bununla ilgili verdiği kararında⁷⁹ kabul ettiği gibi bir dağılım şemasından hareket etmek gerekir⁸⁰. Failin sosyalleştirilmesi yanında, önleme, orantılılık (hakkaniyete uygunluk), kefare, misilleme (karşılık verme) yer alacaktır. Hâkim buna göre, belli bir cezayı seçmekle (belirlemekle) bu amaçlardan bir kısmını ön planda tutmaktadır. Önleme, kefare veya kusurla orantılı ceza, haksızlığın misillemesi, ödetilmesi amaçları ön plana çıkmaktadır. Özel önleme; failin pozitif sosyalleştirilmesi, iyileştirme, eğitim, tedavi yöntemleriyle, failin negatif sınırlandırılması, caydırıcılık, toplumun, suçun bir kez daha işlenmesinden (tekerrürden) korunmasıdır. Genel önleme; halkın hukuk bilincinin, hukuka olan inancının pozitif olarak güçlendirilmesi, potansiyel diğer failer açısından caydırıcılık sağlanmasıdır⁸¹.

75 BRUNS, s.58.

76 Hükümlülerin yeniden sosyalleştirilmesi, Anayasa m.2'deki sosyal devlet ilkesine dayanmaktadır.

77 BRUNS, s.81.

78 KET-STRAUB/STRENG, s.23.

79 BVGE Band 45, s.187: NJW, 1977, s.1531; Bkz. YERDELEN, **Cezanın Belirlenmesi**, s.113.

80 "Alman Anayasa Mahkemesi'nin (BVG) bir kararında, hürriyeti bağlayıcı cezanın infazının amacının, yeniden sosyalleştirme olduğu belirtilerek, buna göre, hükümlüye sorumlu yaşamayı sürdüreceği yetenek ve iradeye aracılık edilmeli, ayrıca özgür toplumun koşulları altında yaşamını sürdürmeyi, onun şanslarını idrak etmeyi ve risklerinin mevcut olduğunun öğretilmesi olduğu vurgulanmıştır. Diğer bir kararında ise hürriyeti bağlayıcı cezanın insan onuruna saygı içerisinde infazı, hükümlünün daha sonraki bir zamanda özgürlüğünü tekrar kazanacağı ve kendisini toplumla tekrar bütünleştirebileceğinin, somut ve esaslı şansa sahip olduğunun garanti edilmiş olması olarak vurgulanmıştır." DEMİRBAŞ, **İnfaz Hukuku**, s.186; YILDIRIM, s.60.

81 BRUNS, s.83.



Kusur prensibi, çift etkili olarak görünmektedir. Bir taraftan kefare, diğer taraftan kusurun büyüklüğü olarak izah edilebilir. Bu çelişki (*Die Antinomie*), cezanın üç amacının içerikleri birbirinden farklı olsa da önemli sonuçları olduğunu göstermektedir. Bu amaçlardan her biri, cezanın belirlenmesi bakımından hâkime ve kanun koyucuya izin vermekle kalmayıp, aynı zamanda cezanın belli şekilde belirlenmesini öngörmekte veya belli şekilde belirlemeyi yasaklamaktadır. Bu çelişik durum, bir olayda cezanın amaçlarının orantılı kullanılması suretiyle ortadan kaldırılamaz. Bu amaçları birleştiren bir teorinin kullanılması (birleştirme teorisi) da mümkün değildir. Bugün artık, dağıtma teorisi yerine, derece veya konumun değerlendirilmesi (ölçülmesi) teorisi geliştirilmiştir. Buna göre; cezanın amacının gerçekleştirilmesi üç ayrı adalet organına dağıtılmamıştır. Cezanın belirlenmesinde kendini gösteren kusur prensibine göre cezanın belirlenmesinde kusur (kefare) teorisi, ek cezalar ve tedbirlerin tespitinde ise (StGB m.47 vd.) önleme teorisi dikkate alınmalıdır⁸².

Cezanın amacındaki çelişki, cezanın belirlenmesinin yanında birden fazla cezaya hükmedilmesinde daha fazla önem kazanmaktadır. Alman Ceza Kanunu (StGB) m.41'e göre; hapis cezasının yanında hükmedilen adli para cezası açısından herhangi bir zorluk ve sorun söz konusu değildir. Hapis ve adli para cezası yanında, ehliyetin alınması, kusurlu orantılı ceza ve uyarı fonksiyonu göz önüne alınarak belirlenmelidir. Aynı açıklamalar asıl ceza yanında Alman Ceza Kanunu (StGB) m.74'e göre eğitim tedbirine hükmedilmesi söz konusu ise de geçerlidir⁸³.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ceza hukuku, temel soruları açısından kendini yenilemiştir. Cezanın tespitindeki amaçları açıklamaya çalışmıştır. Buna dair ilk temel tespit Federal Mahkeme'nin (*Bundesgerichtshoff-BGH*) "*haklı bir cezanın ölçüsü ve sınırı kusura göre belirlenir*", şeklindeki kusur prensibinde göze çarpmaktadır. Önleme ve sosyalleştirme amacı ise ceza vermektен vazgeçme veya ceza yerine güvenlik (ıslah-iyileştirme) tedbirleri anlamında kendini göstermektedir. Başka bir deyişle kusur ilkesi, önleme ve kanun koyucunun etkisinden bağımsız olarak hareket alanı teorisi çerçevesinde (Spielraumteori) dikkate alınacaktır. Federal Mahkeme (BGH)'nin kararı⁸⁴ cezanın belirlenmesinin temel prensiplerini belirlemektedir. Fiilin, ihlal ettiği hukuk düzeni açısından anlamını ve

82 BRUNS, s.84-86.

83 BRUNS, s.87.

84 BGH, 3, 179. Bkz. YERDELEN, *Cezanın Belirlenmesi*, s.113.

failin kişisel kusurunun derecesini ortaya koymaktadır. Bu karara göre, cezanın belirlenmesine dair konular cezanın amacına da uygun olmalıdır. Sonuç olarak; birinci sırada kefaret, karşılık verme (misilleme) amacı, caydırıcılık ve eğitim ve iyileştirme amaçları gündeme gelmektedir⁸⁵. Ceza hukukunda ceza birçok amaca hizmet etmektedir, bunların hepsini hâkimin göz önünde bulundurması gerekir⁸⁶. Kanaatimizce; bunların tamamını karşılayabilecek bir cezalandırma sistemi de henüz ortaya konulabilmiş değildir.

Özel önleme yanında diğer potansiyel suç işleyecek kişiler açısından genel önleme (onlara ibret, örnek olma) amacını da taşımaktadır⁸⁷. Cezanın belirlenmesinde kusurun birinci derecede önemli olduğu düzenlemesine karşın Federal Mahkeme (BGH) evvelinde de bu ilkeye dayalı olduğu şekliyle devam etmiş ve içtihatlarını değiştirmemiştir. Mahkeme bir kararında⁸⁸, hareket alanı teorisini (Spielraumtheorie) kabul etmiş ve önleme amacının uygun cezanın belirlenmesine yeterli olamayacağını vurgulamıştır. Buna göre, cezanın, failin gelecekteki yaşantısı üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi gerekir. Burada kanun, buna uygun ceza amaçlarını tarif etmek istemektedir. Bunlar; iyileştirme, tedavi etme, önleme ve güvenlik şeklinde sıralanabilir⁸⁹. Özellikle cezaya bağlanan diğer tedbirler ve ek cezalar Alman Ceza Kanunu (*StGB*) m.47 vd. gibi gündeme gelmektedir. Özel önlemenin ve doğal olarak cezanın bu anlamdaki amacının pozitif ve negatif etkileri ayrımı yapılmalıdır⁹⁰. Alman Ceza Kanunu (*StGB*) m.46/1'deki cezanın belirlenmesi kriterinin kabulü ve m.47'deki sosyal entegrasyon (yeniden sosyalleştirme) prensibi, kanun koyucunun kusur prensibi yanına koyduğu önemli bir önleme amacı olmaktadır. Alman Ceza Kanunu (*StGB*) 46/1'deki özel önleme gerekçesi, "Sosyalizasyon" (sosyalleştirme) kelimesiyle tanımlanmaktadır. Sosyalizasyon bakış açısı, genellikle failin tarafında olacak ve daha az ceza verilmesi yönünde etki gösterecektir. Özel önlemenin, kusur prensibini öngördüğü şeyin arkasında kalıp kalmayacağı ya da ona engel olup olmayacağı tartışmalıdır⁹¹.

Cezanın özel önleme amacı; doğrudan sosyalizasyonu hedeflemez aksine iyileştirme, tedavi etme, engelleme ve güvenlik gibi konular

85 BGH, GA 1955, 211.

86 BRUNS, s.89.

87 BGH, 6, 127. Bkz. YERDELEN, *Cezanın Belirlenmesi*, s.114.

88 BGH, 20, 267; Bkz. YERDELEN, *Cezanın Belirlenmesi*, s.114.

89 CGTİHK m.73, 75, 76, 77'de iyileştirmeye yönelik tedbirler düzenlenmiştir.

90 BGH, 24, 40. Bkz. YERDELEN, *Cezanın Belirlenmesi*, s.114.

91 BRUNS, s.94.



da dikkate alınır⁹². Her somut olayda bunun hangisinin daha önemli olup ön plana çıktığı araştırılacaktır. Bir ceza ile bu amaçlara ulaşıp ulaşılamayacağı ya da hangi düzeyde ulaşılabileceği, özel önleme amacı olarak cezanın miktarına etki edecektir. Bu şekilde, cezanın sürekli daha hafif verilmesini işaret ettiği takdirde doğru sonuca götürmeyecektir⁹³.

Cezanın diğer potansiyel failler açısından uyarı amacı (genel önleme), Alman Ceza Kanunu (*StGB*) m.46/1'in açık ifadesine dayandırılmaktadır. Bunlardan birincisi hukuk düzeninin korunması ve ikincisi diğer kişilerin suç işlemesinin önlenmesi (genel önleme) olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu amaç, hukuk düzenini bir bütün olarak görüp toplumu suçtan koruma maksadını ön planda gören yazarlar tarafından savunulmuştur⁹⁴.

Genel önleme amacı (Generalprävention), gelecekte suç işleme potansiyeli olan kişileri engelleyecek düzeyde bir cezanın (ceza miktarının) belirlenmesini hedefler. Bu, her zaman cezanın diğer insanlara kötü etkide bulunması anlamına gelmez. Bir cezanın, sadece belli potansiyel faillere yönelmesi yeterli olup mutlaka toplumun tamamına hitap etmesi gerekmez. Burada, genelin (toplumun tamamının) önlenmesinden değil diğerlerinin (potansiyellerin) önlenmesinden bahsedilir (BGH, 17, 324). Genellikle pozitif ve negatif ayrımlarına gitmek yerine toplumun diğer kesiminin suç işlemesinin önlenmesi suretiyle hukuk düzeninin korunması söz konusu olmaktadır⁹⁵.

Genel önleme amacının, kusur prensibi içerisinde değerlendirilmesi durumunda, bu amaç çoğu zaman etkisiz kalmakta, kusur prensibi içerisinde erimektedir. Genel önleme amacına yönelik bir cezanın belirlenmesi, çoğu zaman etkisiz olmakla birlikte bazı şartları da gerektirmektedir. Özellikle somut olaydaki özel şartlar her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. Cezanın, genel önleme maksadına yönelik olarak belirlenmesi noktasında ortaya çıkacak başka bir durum da o suçun yayılması tehlikesidir. O suçun, o bölgede işlenme sıklığı bu anlamda ilk akla gelmektedir. Federal Mahkeme'nin 1980'li yıllarda verdiği kararları,

92 1983 verilerine göre, yeniden suç işleme oranı %66,5, yeniden hapis cezası gerektiren suçları işleme oranı %55,1, denetim süresi öngörülmezsizin hapis cezası gerektiren suçları işleme oranı %40,6 ve 2 yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suç işleme oranı %15,2'dir. Tahliye olduktan sonra suç işleme oranlarının yaşlara göre dağılımı ise şu şekildedir: 21-24 yaş arasında %81,8; 25-34 yaş arasında %69,2; 35-44 yaş arasında %59,8; 45 yaş üstünde ise %50,9'dur.

93 BRUNS, s.96.

94 SCHMIDTHAEUSER, Eberhard, **Strafrecht Allgemeine Teil Lehrbuch**, Tübingen 1975, s.53, 59.

95 BRUNS, s.98.

genel önlemeyi de dikkate aldığını onunla da meşgul olmaya başladığını göstermektedir. Genel önlemeye, somut olayın özellikleri içerisinde failin kişiliğinin değerlendirilmesi de dâhil olmaktadır. Çünkü diğerlerinin önlenmesi açısından halen yargılanan ve cezalandırılan kişinin özellikleri de önemlidir⁹⁶. Genel önleme prensibi açısından, üçüncü kişilerin suça karşı duyarlılıkları ve hukuk düzeninin korunması konusunda, toplumun inancının sarsılmasında, failin ortak kusuru bulunmaktadır. Bu sonuç, Alman Ceza Kanunu (StGB) m.46/2 çerçevesinde neden olunan sonuçlar içerisinde cezanın belirlenmesine etki edecektir⁹⁷.

Alman İnfaz Kanunu'na (StVollzG) göre infazda amaç; mahkûmun cezaevi sonrası yaşantısında sosyal sorumluluğa sahip bir kimse durumuna getirilmesidir. Bu amacın gerçekleştirilmesi için infaz yaşantısı olanaklar ölçüsünde genel yaşantı koşullarına uydurulmalı ve böylece hürriyetten yoksunluğun zararlı etkileri önlenerek mahkûmun hür toplumsal yaşamın bir üyesi olabilmesine yardım edilmelidir. Bu amaca ulaşmak için mahkûmların da çaba göstermesi gerekir (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.2,3,4)⁹⁸.

Cezanın amacı üzerine Schmidhauser'in şu değerlendirmesi konuyu özetlemesi açısından son derece yerinde olmuştur: *"Adalet uğruna ceza vermiyoruz, ancak ceza veriyorsak, mümkün olduğunca adil olmalıyız. Kefaret uğruna da ceza veriyor değiliz, ama ceza veriyorsak, kefareti algılama da olanaksız kılınmamalıdır. Bireyleri iyileştirmek için ceza vermiyoruz, ancak ceza veriyorsak, hükümlü kendine ve başkalarına güvenini tekrar kazansın ve iyi yola girsin diye her şeyi yapmalıyız"*⁹⁹. Kanaatimizce; onarıcı adalet ilkesi çerçevesinde bu ifadelerle *"faile, mağduru tatmin etmek için ceza vermiyoruz, ancak faile ceza veriyorsak bir taraftan da mağdurun durumunu iyileştirerek bunu yapabiliriz"* tümcesi eklenebilir.

III. İNFAZIN PLANLANMASI VE KOŞULLU SALIVERME

Cezalar, hükmünün kesinleşmesinden sonra infaz edilebilir (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu-StPO, m.449). Bu durumda savcılık tarafından elektronik sistem üzerinde gönderilen ödeme emrinde belirtilen sürede ödenmesi gerekir¹⁰⁰. Failin kişisel veya ekonomik durumu göz

96 BGH, NJW 1955, 30; Bkz. YERDELEN, *Cezanın Belirlenmesi*, s.116.

97 BRUNS, s.101-104.

98 İÇEL, Alman İnfaz Hukukunda Reform, s.41-42.

99 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.544.

100 <https://staatsanwaltschaften.hessen.de/themen-von-z/allgemeine-hinweise/begleichung-einer-geldstrafe>. E.T. 21.8.2020.



önüne alınarak, para cezasını derhal ödemesinin kendisinden beklenip beklenemeyeceği konusu değerlendirilir¹⁰¹. Hükümlüye süre tanıma (mehil)¹⁰², taksite bağlama gibi ödeme kolaylığı yapıp yapılmamasına karar verilir (StGB, m.42). Para cezasının ödenmemesi durumunda bir günlük birim para cezası, bir gün özgürlüğü bağlayıcı cezaya dönüşür¹⁰³. Alman hukukunda organize suçlulukla mücadele aracı olarak 1992'de getirilen malvarlığı cezası (StGB Art. 43a), Alman Anayasa Mahkemesi (BVG) tarafından, Alman Anayasası'nın (GG) 103/2. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir¹⁰⁴.

Almanya'da Ceza Kanununu Uygulanmasına Dair Kanun (*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch-EGStGB*) m.293 hükmüne göre bütün eyaletlerde düzenlemeler yapılmış ve infaz merciinin ödenmeyen para cezasının yerine hapis cezası uygulamasından vazgeçerek, kamuya yararlı işte çalışma cezasına hükmedilmesine olanak tanınmıştır¹⁰⁵. Adli para cezasının kamuya yararlı işte çalıştırmaya¹⁰⁶ dönüştürülmesi için öncelikle tazyik hapsine çevrilmesi gerekir¹⁰⁷. Bundan evvel de savcılık adli görevlisi tarafından para cezasının cebri icra yoluyla tahsili yoluna gidilmelidir¹⁰⁸.

101 Eğer hükümlünün, adli para cezasının tamamını bir seferde ödeme gücü yoksa bu durumda taksitlendirme talep edebilir. Bu talebe maaş bordrosu veya diğer gelir belgelerini ekleyerek para cezasını tek seferde ödeme gücü olmadığını ispatlaması gerekir. Bunun için yetkili savcılığa başvurarak ve gelire ilişkin kanıtlarını sunarak yazılı başvuruda bulunmak gerekir. Taksitlendirme ile ilgili talep formu, savcılıktan veya savcılık internet temin edilebilmektedir. <https://staatsanwaltschaften.hessen.de/themen-von-z/allgemeine-hinweise/begleichung-einer-geldstrafe>. E.T. 21.8.2020

102 İstisnai olsa da para cezasının infazının ertelenmesi talep edilebilir. Bunun için ertelemenin bittiği döneme rastlayan bir ekonomik kaynak beklendiğinin ispatlanması gerekir. Örneğin, yakın zamanda bir yerden para beklemek veya işe başlayacak olmak. Bunun için de dosya numarası belirtilerek ve kanıtlar sunularak, savcılığa yazılı bir dilekçenin sunulması gerekmektedir. <https://staatsanwaltschaften.hessen.de/themen-von-z/allgemeine-hinweise/begleichung-einer-geldstrafe>. E.T. 21.8.2020.

103 JESCHECK, s.67-68.

104 JESCHECK Hans Heinrich/ WEIGEND Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, Berlin 1996, s.777.

105 JESCHECK, s.64.

106 Savcılık tazyik hapsine çevirmeden sonra kamuya yararlı işte çalışma şeklinde infaz olanağı tanıyabilir. Bu durumda 6 saatlik çalışma bir güne tekabül etmektedir. Bunun için de dosya numarasını belirtilerek, savcılığa yazılı bir dilekçe ile başvurmak gerekmektedir. Para cezasını kamu yararına çalışma ile infaz etmek talebiyle ilgili formlar da savcılıktan veya savcılık web sayfasından temin edilebilmektedir. Kamu yararına çalışma ile infaz denetimli serbestlik kuruluşları vasıtasıyla yerine getirilmektedir. <https://staatsanwaltschaften.hessen.de/themen-von-z/allgemeine-hinweise/begleichung-einer-geldstrafe>. E.T. 21.8.2020

107 Tazyik hapsine çevrilme halinde hükümlü hakkında yakalama emri çıkarılır. <https://staatsanwaltschaften.hessen.de/themen-von-z/allgemeine-hinweise/begleichung-einer-geldstrafe>. E.T. 21.8.2020

108 Adli para cezasının ödenmemesi durumunda savcılık, icra emri çıkarır ve savcılık

Ceza infaz kurumuna gelen ve tıbbi muayeneden geçen her hükümlü cezaevindeki hak ve yükümlülükleri kendisine anlatıldıktan sonra kişilik araştırmasına tabi tutulacaktır. Bunun sonucuna göre de kendisine uygun bir infaz planını (Vollzugsplan) hazırlanacaktır. Mahkûmla tartışılarak hazırlanacak bu planda mahkûmun katılacağı gruplar, katılacağı eğlence ve yarışmalar, kendisine yapılacak yardıma ilişkin tedbirler, infazın ne şekilde hafifletileceği, özellikle açık infaz mı kapalı infaz mı uygulanacağı ve salıvermeye hazırlanırken alınması gereken önlemler hakkında açıklamalarda bulunulacaktır¹⁰⁹.

Almanya'da uzun süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar, 2 yıldan fazla olan cezalardır ve bunların ertelenmesi mümkün değildir. Koşullu salıverme, hükümlünün ceza infaz kurumunda kalma süresini azaltmakta ve hürriyetinden mahrumiyetin meydana getirebileceği sakıncaları nispeten daraltmaktadır. Ayrıca infazda hükümlüler için gerekli olan etkileri de gerçekleştirdiği için koşullu salıverme uzun süreli hapis cezaları için mümkündür. Alman infaz hukukunda şartla tahliye için cezanın 2 aydan azı olmamak üzere 2/3'ünün çekilmiş olması gerekir (Alman Ceza Kanunu-StGB, m.57/1). Bu süre, müebbet hapis cezalarında ise 15 yıldır (Alman Ceza Kanunu-StGB, m.57a)¹¹⁰.

Koşullu salıverme denetimli serbestlik şeklinde infaza devam edilmesi ile mümkündür. Bunun için mahkûmun talepte bulunması gerekmektedir. Denetimli serbestlik ile koşullu salıverme kararı verilirken mahkûmun kişiliği, önceki yaşantısı, fiili işleme şekli, ihlal edilen hukuki değerlerin önemi, infaz süresince hükümlünün davranışları dikkate alınır (Alman Ceza Kanunu-StGB, m.57/2). Eğer hükümlü ilk kez suç işlemiş ve kişiliği, önceki yaşantısı, ihlal edilen hukuki değerlerin önemi, infaz süresince hükümlünün davranışları özel bir uygulamayı gerektirecek şekilde olabilir. Böyle bir durumda hapis cezasının en az altı ay ceza infaz kurumunda kalmak ve cezanın 1/2'ni çekmek şartı ile koşullu salıverilebilir (Alman Ceza Kanunu-StGB, m.57/3).

bünyesinde çalışan bir adli görevliyi icra ile görevlendirir ve cebri icra yoluyla tahsil edilir. Buna rağmen adli para cezası tahsil edilemezse kamuya yararlı işte çalışma şeklinde ödenmesi söz konusu olacaktır. Bunun için öncelikle adli para cezasının zorlama hapsine çevrilmesi gerekir. <https://staatsanwaltschaften.hessen.de/themen-von-z/allgemeinehinweise/begleichung-einer-geldstrafe>. E.T. 21.8.2020

109 İÇEL, Alman İnfaz Hukukunda Reform, s.42.

110 JESCHECK, "Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Alman ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri", s.492.

IV. CEZA İNFAZ MAKAMLARI

Hapis cezalarının infazı infaz idaresi tarafından yerine getirilir (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.139). İnfaz idaresinin denetim ve gözetimi ise eyalet infaz makamları (İnfaz mahkemesi veya infaz hâkimliği şeklinde olabilir.)¹¹¹ tarafından ifa edilir (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.173). Denetim ve gözetim görevini yerine getiren eyalet infaz makamı (infaz hâkimi), o eyaletin adalet bakanlığının ceza infaz birimine düzenli olarak bilgi aktarır. Eyalet infaz makamı (infaz hâkimi), infaz idaresi ile bakanlık arasında ara birim konumundadır. Buradaki denetim ve gözetimden maksat, hukuki ve uzmanlık (yerindelik) denetimidir. Özellikle infaz planı bu denetimin önemli bir unsurunu oluşturur. Yerel infaz idaresi bu planı hazırlamakla yetkili ve görevlidir¹¹².

Alman infaz sisteminde de gruplandırma ve sınıflandırma Türk infaz sistemine benzer şekilde yapılmaktadır. Hükümlüler; yaşları, cinsiyetleri, çocuklu olup olmamaları, tehlikelilikleri, suç tipleri gibi nedenlerle gruplandırılır. Ayrıca belli süre içerisinde hükümlü özelliklerine göre sınıflandırmaya tabi tutularak infaz planı ona göre hazırlanır¹¹³. İnfazda görevli kişiler; müdür¹¹⁴, idari görevliler, teknik elemanlar, genel infaz görevlileri (infaz koruma), sosyal bölüm görevlileri (doktor, psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı vb.)

V. HÜKÜMLÜ HAKLARI VE İNFAZ YARGILAMASI

Hükümlü ve tutukluların her zaman kullanabilecekleri hakları mevcuttur. Alman İnfaz Kanunu (StVollzG) m.108'e göre her türlü, istek talep ve şikâyetlerini şahsi olarak veya yazılı şekilde müdürlüğe iletme hakları vardır. Müdürün mahkûmlarla görüşme ile ilgili belli görüşme saatlerini ilan etmesi gerekmektedir. Hükümlü ve tutukluların her zaman bir yargısal karar verilmesi için yazılı olarak yerel infaz makamına (infaz

111 Almanya'da mahkeme "Gericht" kelimesi ile anılırken bu kurum için "Kammer" ifadesi tercih edilmektedir. Kammer, Tükçe'de; makam, kuruluş, topluluk, baro, meslek odası gibi kuruluşlara karşılık gelmektedir. Kammer, bir veya üç hâkimden oluştuğundan muhakeme görevi yapmaktadır. Ancak bu infaza ilişkin olduğundan yargılamadan çok idari yönü ağır basan bir görevdir. Bu nedenle Almanya'da bu kurum için Gericht-Mahkeme ifadesi kullanılmamaktadır. Bu makamlar için infaz mahkemesi veya hâkimliği ifadelerinin kullanılmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır.

112 KETT-STRAUB/STRENG, s.30-31.

113 Bayern Eyalet İnfaz Kanunu m.170'e göre yeni hapis hane inşasında; her mahkum için 9 m2 ve ortak alanlar için de mahkum başına 7 m2 alan planlanması gerekmektedir. KETT-STRAUB/STRENG, s.35.

114 İdari olarak en üst konumda bulunan müdürün genellikle hukukçu olması tercih edilmektedir (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.156/1). KETT-STRAUB/STRENG, s.36.



hâkimi) başvuru hakları mevcuttur (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.109). Hükümlü ve tutukluların ayrıca eyalet meclisine başvuru (dilekçe) hakları da vardır (Alman Anayasası-GG m.17). Hatta hükümlülerin kanun yollarının tükettikten sonra Alman Anayasa Mahkemesi'ne (BVG) bireysel başvuru (*Anayasal Şikâyet-Verfassungsbeschwerde*) hakları da mevcuttur (Alman Anayasası-GG, m.93/1). Buradan da netice alamaması durumunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru yolu da kendilerine tanınmıştır (AİHS m.35). Alman Cumhurbaşkanı'ndan af talep etme konusunda da başvuru hakkı bulunmaktadır (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu-StPO m.452). Son olarak hükümlü, diğer vatandaşlar gibi ilgili kişiler hakkında adli soruşturma yapılması için kişileri savcılığa şikâyet edebilir¹¹⁵.

Hükümlünün yargısal bir karar talebiyle yerel infaz makamına (infaz hakimi) başvurması durumunda bunun yargı masraflarını ödemesi gerekir ancak maddi durumu yerine olmayan hükümlüler için bu konuda adli yardım mümkündür (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.120). Bu infaz makamı, eyalet mahkemesi bünyesinde görev yapan eyalet infaz makamı olup İnfaz Kanunu m. 109'a göre verilecek olan kararda yetkili makamdır (Alman Mahkemeleri Kuruluş Kanunu-GVG m.78a). Eyalet infaz makamı sadece hapis cezasının infazına ilişkin kararlarda değil diğer infaza ilişkin kararlarda da yetkilidir (Alman Mahkemeleri Kuruluş Kanunu-GVG m.78a, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu-StPO m.462a, 463). Bu yola başvuru için hükümlü hakkında bireysel olarak etkisi olan bir infaz işleminin yapılması veya planlanması veyahut bu yönde bir karar alınmış olması gerekir¹¹⁶.

Hükümlü, bir hakkının ihlal edilmiş olması durumunda bu yola başvurabilecektir. Hükümlünün başvuru konusu olan hakkı, anayasa, kanunlar veya infaz ile ilgili diğer mevzuattan doğan bir hak olabilir. Hükümlü, başvurusunda hangi hakkının ne şekilde ihlal edildiğini somut olayı izah ederek ortaya koymalıdır. Bu şekilde başvuruyu, hükümlünün vekili de yapabilecektir. Hatta hükümlüyü ziyaretine veya hükümlüyle mektuplaşmasına engel olunan kişi de dışarda olmasına (hükümlü olmamasına) rağmen başvuru hakkına sahiptir¹¹⁷.

Bu başvuru ile bir karar süreci başlayacak ve bunun bir tarafında infaz idaresi ve diğer tarafında hükümlü yer alacaktır. Burada kural,

115 KETT-STRAUB/STRENG, s.51-52.

116 KETT-STRAUB/STRENG, s.55.

117 KETT-STRAUB/STRENG, s.56.



sözlü yargılama değildir, evrak üzerinden karar verilir. Ancak duruşma açılmasına da karar verilebilir. Böyle bir başvuru yapılması, kural olarak söz konusu işlemin icrasına ve infazına engel değildir. Ancak yüksek eyalet yüksek infaz makamı, bu şekilde işlemin durdurulmasına karar verme yetkisine de sahiptir (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.110, 111, 114). Yüksek eyalet infaz makamı; meslekten olan üç hâkimden, eyalet infaz makamı ise bir hâkimden oluşur¹¹⁸.

İnfaz makamı (infaz hâkimliği), hükümlüye uygulanan işlemin hukuka aykırı olduğunu ve bu işlem ile hükümlünün hakkının ihlal edildiğini tespit ederse bu işlemin kaldırılmasına karar verir. Böyle bir karar, doğal olarak ihlalin kaldırılması gereğini de ortaya koymaktadır (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.115). İnfaz makamı (hâkimliği) kararına karşı kanun yoluna gidilmesi mümkündür. Ancak bu kanun yolunda artık yerindelik incelemesi yapılamaz, kararın hukuka veya yerleşik (istikrarlı) bir içtihadı uygun olup olmadığı yönünde inceleme yapılmakla yetinilecektir¹¹⁹.

VI. İNFAZIN GEVŞETİLMESİ VE İZİN

A. Genel Olarak

Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.3/1'de; organizasyon boyutundaki güvenliğin ikinci plana bırakılarak bireysel tedbirlerin artırılması belirtilmektedir. Bireysel tedbirler; infazın tamamı açısından açık ceza infaz kurumu yapısını, infazın gevşetilmesini (çeşitli izinler), ziyareti, mektuplaşma ve telefonla iletişimi, boş zaman düzenlemesini, kişisel eşyalar edinmeyi vs. kapsamaktadır¹²⁰. "**Benzeme kuralı**", hükümlüyü cezaevinin şubesi haline getirir. Islahın başarısı bakımından hükümlüye mümkün olduğunca az müdahale edilmelidir. Müdahalenin, hükümlünün kurum içindeki davranışını genel hukuki ve sosyal taleplere göre değerlendirmeyi kabul eder. Benzeme kuralı, hükümlünün mahpus odasında klasik anayasal haklara sahip olacağı anlamına gelmez, bu hakları kendisine bahşetmez. Ancak toplumsal nezaket kurallarına

118 KETT-STRAUB/STRENG, s.58-59.

119 KETT-STRAUB/STRENG, s.60-61.

120 CGTİHK m.51'e göre; "*Hükümlüler, kurum içindeki veya dışındaki genel durumları, eğitim ve iyileştirme faaliyetlerine etkin katılımları, kurum düzenine karşı tutumları ve kendilerine verilen işlerdeki gayretleri dikkate alınarak teşvik esaslı ödüllerden yararlandırılabilirler*".

Bu maddenin gerekçesinde; "*Ceza infaz kurumlarında genel hal ve hareketleri, iyileştirme faaliyetlerine olan ilgileri ve uyumları, kurumların düzenlerine karşı tutum ve davranışları, kendilerine verilen işlerdeki çabaları nedeniyle beklenen durumları gösteren hükümlülere teşvik edici ayrıcalıkların tanınması konusu düzenlenmiştir.*" YURTCAN, İnfazı Kanunu ve Yorumu, s.78.

ve insanlık onuru gibi hükümlünün mahrem alanına saygı gösterilmesi gerekir¹²¹.

“Karşı yönlendirme kuralına” göre; hükümlüyü *“cezaevili (kendisini oraya ait hissetmesi)”* olmaktan uzak tutmaya çalışılmalıdır (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.3/2). Cezaevinde bulunmak, kişiyi hürriyetinden yoksun olmasının zorlayıcı etkisi nedeniyle aşağılanmış davranış örneğinin ortaya çıkmasına neden olabilir. Hürriyetten yoksunluk nedeniyle yeni sosyal açıkların ortaya çıkmaması için cezaevinde meslek eğitimi, boş zamanda geliştirici eğitim ve terapi hedeflenmelidir. Açık ceza infaz kurumuna ayırma, infazın gevşetilmesi (tahliyeye hazırlık, iş arama izni, mazeret izni) hürriyetten yoksun bırakılmanın zararlı sonuçlarına karşı yönlendirmeye hizmet eder¹²².

“Uyum kuralına” göre, infaz idaresi, cezanın infazını sağlarken hükümlülere yaşamlarını bundan sonraki özgür hayata ayarlamalarına yardım etmelidir (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.3/3). Hükümlü, cezaevinin toplumsal hayattan uzak yapısının getirmiş olduğu olumsuzlukları tahliye edilmeden evvel aşmaya çalışmalı, bunun için çeşitli yardımları talep edebilmelidir. Bu sayede cezaevi hayatından sonra sosyal yaşama daha kolay adapte olma ve suç işlemekten uzak kalmasına yardımcı olunmaktadır¹²³.

İnfazın gevşetilmesi, genellikle Batı Avrupa ülkelerinde son yirmi yılın cezaevi reformunun temel bir görünüşü, çeşitli düzenlemeler vasıtasıyla hükümlüyle dış dünya arasındaki ilişkiyi artırmak hedeflenmektedir. Son dönemlerde Avrupa'nın doğusunda da infaz gevşemelerinin yürürlüğe konulduğu görülmektedir. Ceza infaz kurumunun açılması, cezaeviyle bağlantılı bütün olumsuz görünüş şekillerini azaltır. Bunu, büyük bir mali yük getirmeden gerçekleştirir ve hükümlünün yeniden topluma dâhil olmasını teşvik eder. Örneğin, hükümlü yakınlarının kontrolsüz veya kontrol düzeyleri düşük, uzun süreli ziyaretleri (eş, ebeveyn, çocuklar)¹²⁴, sınırsız mektuplaşmalar, medyaya ulaşma (televizyon vs.), yerel çevre ile ilişki ve yerel tesislerden yararlanma gibi¹²⁵.

121 DEMİRBAŞ, *İnfaz Hukuku*, s.157.

122 DEMİRBAŞ, *İnfaz Hukuku*, s.157-158.

123 DEMİRBAŞ, *İnfaz Hukuku*, s.158.

124 CGTİHK m.51'nin 24.1.2013 tarih ve 6411 sayılı Kanun ile değişik 51. Maddesine göre; *“Hükümlüler, kurum içindeki veya dışındaki genel durumları, eğitim ve iyileştirme faaliyetlerine etkin katılımları, kurum düzenine karşı tutumları ve kendilerine verilen işlerdeki gayretleri dikkate alınarak teşvik esaslı ödüllerden yararlandırılabilirler.”*

125 DEMİRBAŞ, Timur, *İnfaz Hukuku*, Ankara 2018, s.285, ÖZBEK, s.232.



Alman Anayasa Mahkemesi, bazı olaylarda infaz gevşemesinin reddedilmesini, Anayasa hukuku tarafından garanti edilen yeniden sosyalleşme esasının ihlali olarak değerlendirmiştir¹²⁶. Kurum içinde infazın gevşetilmesi kapsamı içinde; oda ve koğuş kapılarının kilitlenmemesi, oda ve koğuş değiştirme, kurum içinde serbest dolaşma, bazı etkinliklere daha sık katılma, ziyaret ve iletişim sürelerinin artırılması ve açık ceza infaz kurumuna ayrılma gibi uygulamalar sayılabilir¹²⁷. Kurum dışı infazın gevşetilmesi tedbirleri kapsamında ise kurum dışında çalışmaya gönderme¹²⁸ ve özellikle kurum dışında geçirilecek izinler sayılmalıdır.

İzinler, koşullarının gerçekleşmesi hâlinde, hükümlüye kendisine yakın olanlarla kişisel ilişkiler sürdürmesini ve normal yaşam koşulları altında yolunu bulmasını mümkün kılan bir tür infazın gevşetilmesidir. Böylece hükümlü, izin esnasında tamamen serbest ve denetimsizdir (refakatsiz izinde), o cezadan sayılan, terepatik değerli bir tecrübedir¹²⁹. Hükümlüler için izin, çok yüksek bir değere sahiptir. Bu nedenle izne göndermeme, hükümlüyü ağır bunalımlara götürebileceği gibi mükâfat olarak izin verme onun sosyalleşmesi bakımından büyük katkı sağlayacaktır¹³⁰.

B. Hükümlü İzni¹³¹

Almanya'da hürriyeti bağlayıcı cezaların infazı konusunda infazın gevşetilmesi müessesesine yer verilmiştir. Alman İnfaz Kanunu'nun (StVollzG) infazın gevşetilmesi başlığını taşıyan 11. maddesinde¹³²

126 BVerfG NJW 1998, s.1133, DÜNKEL, Frieder/SNACKEN, Sonja, Strafvollzug im europaeischen Vergleich; Probleme, Praxis und Perspektiven, In. ZfStrVo, 4/2001, s.200. Akt. DEMİRBAŞ, s.285; YERDELEN, Erdal/NAS, Ali Murat, **Tutuklu ve Hükümlülere Verilen Mazeret İzinleri**, TAAD, Y:9, S:34, Nisan 2018, s.75.

127 "İnfazın gevşetilmesi aynı zamanda suçların önlenmesi ve suçluların suçtan arındırılmasında başvurulan hapis dışı önlem olarak, uluslararası belgelerde yerini almıştır. Örneğin, Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Tokyo Kuralları) iznin çeşitleri konusunda hükümler getirmiştir." ERDOĞAN, Oktay, **İnfaz Hukuku**, İstanbul 2008, s.878.

128 Alman İnfaz Kanunu (StvollzG) m.11.

129 Almanya da hükümlü ve tutuklular 2012 yılı istatistiklerine göre 234.251 izin kullanılmış bunlardan sadece 325 kişisini geri dönmemiş, firar etmiştir. Geri dönmeme oranı %0,14 olarak gerçekleşmiştir.

130 DEMİRBAŞ, s.285-286.

131 Alman İnfaz Hukukunda Hükümlü Mazeret İzni ilgili kanun metinlerinin çevirisi ve karşılaştırılması suretiyle oluşturulmuştur. <http://www.gesetze-im-internet.de/stvollzg/BjNR005810976.html>. E.T. 2.4.2016.

132 *İnfazın Gevşetilmesi*; "İnfazın gevşetilmesi olarak özellikle mahkûm hakkında şu düzenlemeler yapılabilir. İnfaz kurumu dışında ancak gözetim altında veya gözetim altında olmaksızın bir işte çalışma, infaz kurumunu belli süreler için gözetim altında (refakatsiz) veya gözetim olmaksızın (refakatsiz) terk edebilme (izin), infazın gevşetilmesi tedbirleri, mahkûmun firar etmesi ya da başka

infazın gevşetilmesi tedbirleri olarak hükümlünün çalışmasına müsaade edilmesi ve çeşitli sebeplerle infaz kurumu dışına çıkmasına izin verilmesi konuları düzenlenmiştir¹³³. Aynı kanunun 12. maddesinde¹³⁴ mahkûmun özel bir sebebin varlığı hâlinde izinli olarak ceza infaz kurumu dışına çıkarılabileceği düzenlenmiştir. Alman İnfaz Kanunu'nun (StVollzG) 13. maddesinde¹³⁵ izinle ilgili genel kurallar yer alırken, 14. maddede¹³⁶ iznin kullandırılmasından sarf-ı nazar edilebilecek hâller açıklanmıştır.

1. Normal Durumlarda Hükümlü İzni

Hükümlüye normal zamanlarda izin verilebilmesi için bir takım şartların varlığı gerekir. Mahkûmun firar etme ya da başka suç işleme tehlikesi bulunmamalıdır. Mahkum, izin kullanma konusunda talepte bulunmalıdır. Ceza infaz kurumu müdürünün onayı bulunmalıdır. Hükümlü, 1 yıl içinde 21 takvim gününe kadar izni kullanabilir. Mahkûmun en az 6 aydır ceza infaz kurumunda bulunmuş olması gerekir. Müebbet hapis cezasına mahkûm olanlar da ceza infaz kurumunda 10 yıldan bu yana soruşturmaya uğramaksızın (iyi hâlli olarak) kalmış olmaları veya açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarını taşımaları hâlinde izinden yararlanabilirler. Kural olarak izin hakkı, açık ceza infaz kurumunda bulunan mahkûmlar içindir. Ancak özel hâllerdeki izin hakkı, kapalı infaz kurumunda bulunan mahkûmlara da tanınır (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.13)¹³⁷.

suç işlemesi tehlikesi mevcut değilse ve buna mahkûmun muvafakati varsa uygulanabilir." (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.11).

133 "Alman infaz hukukunda akıl hastalığı veya hastalık sebebiyle infazın geri bırakılması konusu Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) m.455'de düzenlendiği halde infazın gevşetilmesi konusu Alman İnfaz Kanununda (StVollzG) düzenlenmiştir." LAUBENTHAL, Klaus/NESTLER, Nina, **Strafvollstreckung**, Würzburg 2010, s.96.

134 *Özel bir sebebin varlığı hâlinde çıkma; "Özel bir sebebin zaruret teşkil ettiği hâllerde, mahkûmun rızası olmasa dahi mahkûm ceza infaz kurumundan çıkarılabilir."* (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.12).

135 *İzin; "Hükümlü 1 yıl içinde 21 takvim gününe kadar izni kullanabilir. Bu kanunun 11. Maddesinin 2. Fıkrası hükmü saklıdır. İzinin kullanılması kural olarak mahkûmun en az 6 aydır ceza infaz kurumunda bulunmuş olması şartına bağlıdır. Müebbet hapis cezasına mahkûm olanlar da ceza infaz kurumunda 10 yıldan beri soruşturmaya uğramaksızın (iyi hâlli olarak) kalmış olmaları veya açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarını taşımaları hâlinde bu izinden yararlanabilirler."* (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.13).

136 *İznin kaldırılabilmesi haller; "Ceza infaz kurumu müdürü mahkûmun infazın gevşetilmesi ve izin hususlarını düzenlemeye yetkilidir. Ceza infaz kurumu müdürü şu hâllerde infazın gevşetilmesine veya iznin kesilmesine karar verebilir; iznin verilmesinden sonra ortaya çıkan gelişmeler güvenliğinin sağlanamayacağını göstermekte ise mahkûm bu tedbirleri kötüye kullanmışsa mahkûm bu konudaki talimatlara uygun davranmamışsa; ceza infaz kurumu müdürü, bu işlemlere onay verdikten sonra şartların değişmesi hâlinde geleceğe dönük olarak infazın gevşetilmesi ve izin tedbirlerini geri alabilir."* (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.14).

137 YERDELEN/NAS, s.91.

Ceza infaz kurumu müdürü, şu hâllerde infazın gevşetilmesini sonlandırabilir veya iznin kesilmesine karar verebilir. İznin verilmesinden sonra ortaya çıkan gelişmeler, güvenliğin sağlanamayacağını göstermekteyse, mahkûm bu tedbirleri kötüye kullanmışsa, mahkûm bu konudaki talimatlara uygun davranmamışsa izin kurum müdürü tarafından kesilebilir. Ceza infaz kurumu müdürü, bu işlemlere onay verdikten sonra şartların değişmesi hâlinde geleceğe dönük olarak infazın gevşetilmesi ve izin tedbirlerini geri alabilir (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.14)¹³⁸.

2. Özel Sebeplerin Varlığında Hükümlü İzni İçin Gerekli Şartlar:

Özel ve olağandışı hâllerde izin kullanılması konusu, Alman İnfaz Kanunu (StVollzG) m.35'de düzenlenmiştir¹³⁹. Buna göre özel sebeplerin varlığı hâlinde (akrabalardan birinin ölümü veya yaşamsal tehlike içeren bir hastalığının bulunması) hâlinde yılda 7 güne kadar izin imkânı getirilmiştir. Özel sebeplerin varlığı hâlinde iznin kullanılmasında, genel izin şartlarının, özel izin şartları ile uyuşması gerekmektedir¹⁴⁰.

Akrabalardan birinin ölümü veya yaşamsal tehlike oluşturan (ölümcül) hastalığının, mahkûmun talebinin, infaz kurum müdürünün onayının bulunması; özel iznin şartlarıdır. İzin süresi, bir yılda yedi günü geçemez, bu yedi günlük süre mahkûma diğer hâllerde verilen yıllık yirmi bir gün izinden mahsup edilmez. İzin verilmesine ilişkin genel kurallar, mazeret izni yapısına aykırı olmamak üzere bu durumda da uygulanır. Mahkûmun firar etmesi ya da başka suç işlemesi tehlikesi olsa dahi kurum müdürü gerekli önlemleri alarak izin verebilir (refakatli izin). Mahkûmun en az 6 aydır ceza infaz kurumunda bulunması veya müebbet hapis cezası hükümlüsünün ceza infaz kurumunda 10 yıldan bu yana soruşturmaya uğramaksızın (iyi hâlli olarak) kalmış olması veya açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarının varlığı gerekmez¹⁴¹.

138 YERDELEN/NAS, s.91.

139 *İzin, Önemli bir sebebin varlığı hâlinde (izinli) çıkma; "Önemli bir sebebin varlığı hâlinde infaz kurumu yöneticisi mahkûmun infaz kurumundan çıkışına müsaade edebilir ya da 7 güne kadar izin verebilir. Ancak bu izin, diğer önemli sebeplerden olan, bir aile ferdinin ölümü ya da yaşamsal tehlike oluşturan (ölümcül) bir hastalığının varlığı hâllerinde kullanılır ve bir yılda yedi günü geçemez. Kanununun 11. Maddesinin 2. fıkrası, 13. Maddesinin 5. Fıkrası ve 14. Maddenin bu maddeye uygun olan düzenlemeleri bu özel izin hâlinde de uygulanır. İlk fıkrada belirtilmiş izinler, hükümlünün düzenli izinlerinden mahsup edilmez. Madde 11'in ikinci fıkrasında ifade edilen sebepler dolayısı ile hükümlünün izin veya çıkışına müsaade edilmeyecek ise bu durumda infaz kurumu müdürü mahkûmun iznini kullanmasını uygun şartlarla sağlayabilir. Buna ilişkin ilgili giderler mahkûm tarafından karşılanır. Eğer bu şekilde izin kullanılması, mahkûmun ıslahı veya sosyalleşmesine engel teşkil ederse bu izin kullanılmaz."* (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.35)

140 YERDELEN/NAS, s.92.

141 YERDELEN/NAS, s.92.



İznin verilmesinden sonra ortaya çıkan gelişmeler güvenliğinin sağlanamayacağını göstermekteyse, mahkûm bu tedbirleri kötüye kullanmışsa, mahkûm bu konudaki talimatlara uygun davranmamışsa ceza infaz kurumu müdürü, infazın gevşetilmesini sonlandırabilir veya iznin kesilmesine karar verebilir. Türk infaz hukukundaki hükümlü izni ile karşılaştırma yapıldığında Alman İnfaz Kanunu'nun (StVollzG) daha genel ve esnek düzenlemeler içerdiği görülmektedir. Özellikle izne karar verecek merci bakımından infaz kurumu müdürünü yetkili sayarak, bu konuda kolaylık sağladığı söylenebilir¹⁴².

Alman hukukunda refakatsiz ve refakatsiz izin ayrımı açık bir şekilde yapılsa da kurum müdürüne mahkûmun firar etmesi veya suç işlemesi tehlikesi karşısında yetki verilmiş olması, refakat durumunu ifade etmektedir. Alman hukukunda bir yılda yedi güne kadar izin verme durumu söz konusu iken bu iznin diğer izin sürelerinden mahsup edilemeyeceği düzenlenmiştir. Türk hukukunda ise yakın akrabasının ölümü hâlinde yol süresi hariç iki güne, hastalık hâlinde ise yol süresi hariç bir güne kadar izin verilmektedir ve kanunda bu sürelerin diğer izin sürelerinden mahsup edilip edilmeyeceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Türk hukukunda izin süresinde kalınacak yer dahi ayrıntılı olarak düzenlendiği hâlde Alman Hukuku'nda bu kadar kazuistik bir düzenlemeye gidilmemiştir.

VII. ALMAN HUKUKUNDA İNFAZI SONA ERDİREN NEDENLER

Alman infaz hukukunda infazı sona erdiren nedenler; infaz (ceza) zamanaşımı, etkin pişmanlık (bazı özel hallerde), af, güven ilkesinin ihlali, cezanın infaz edilmiş olması (mükerrer infaz yasağı), yanlış kimlik bilgisi, hükümlünün ölümü olarak belirlenmiştir¹⁴³.

İnfaz zamanaşımı, hükmün kesinleşmesinden itibaren başlayıp belli bir sürenin geçmesinden sonra artık cezanın infaz edilmemesi neticesinin doğmasıdır. Somut olarak verilmiş olan ceza miktarına göre belirlenen ceza zamanaşımı Alman Ceza Kanunu (StGB) m.79/3-1,4'te düzenlenmiştir. Buna göre; müebbet hapis cezası, insanlığa karşı suç ile soykırım suçlarında zamanaşımı söz konusu olmaz. Ceza zamanaşımı; 10

142 Kanaatimizce; Türk hukukunda bu konuda taleplerin alınması, takibinin yapılması ve Cumhuriyet başsavcılığına ulaştırılması ve iznin oradan alınarak ayrı bir yerde bulunan kurumda uygulanması dikkate alındığında Almanya düzenlemesinin daha pratik olduğu söylenebilir. Ancak Türk hukukunda yakın zamanda bu konuda yaşanan gelişmeleri göz önünde bulundurduğumuzda bunun sakıncaları da yadsınamayacaktır.

143 LAUBENTHAL, Klaus/NESTLER, Nina, *Strafvollstreckung*, Heidelberg 2010, s.13.



yıldan fazla hapis cezaları için 25 yıl, 5 yıldan 10 yıla kadar olan hapis cezaları için 20 yıl, 1 yıldan 5 yıla kadar olan hapis cezaları için 10 yıl ve 1 yıla kadar olan hapis cezaları için 5 yıldır. Aynı maddenin 3-5 fıkralarında ise adli para cezaları için geçerli olan ceza zamanaşımı düzenlenmiştir. Buna göre; ceza zamanaşımı, 30 günden fazla adli para cezaları için 5 yıl ve 30 güne kadar olan adli para cezaları için 3 yıldır¹⁴⁴.

Af, her zaman usulüne uygun çıkarılmış bir kanuna dayanması gerekir. Af kanununda şartlar belirlenmişse o şartları taşıyan tüm mahkûmları etkileyecektir. Af kanunu, ceza indirimini veya cezanın tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasını düzenleyebilir. Af kanunu, ceza yargılamasının devamına da engel olabilir. **Güven ilkesinin ihlali**, Alman Anayasası (GG) m. 20'de yer alan hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucudur¹⁴⁵. Somut olaylarda hak ve nefaset sebebiyle infaza engel olunması söz konusu olabilir. Hükümlünün cezasının infazının o ceza için öngörülenin çok ötesinde mahvına sebep olabilecek bir durum yaratabilecek olması halinde cezanın infazı ileriye bırakılabilir veya infazdan tamamen sarfı nazar edilebilir. Adli para cezası için kolaylıklar sağlanması (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu-StPO, m.459a) ve cezanın denetim tedbirine çevrilmesi (Alman Ceza Kanunu-StGB, m.56) bu türdendir¹⁴⁶.

Cezanın daha önce infaz edilmiş olması ve hükümlünün kimlik bilgilerinin kesinleşen hükümdekiyle uymaması mantık kuralı gereği infazı engelleyen nedenlerdir. Bir kişi bir fiili sebebiyle bir kez yargılanabilir, bir kez cezalandırılabilir ve ancak o cezası bir kez infaz edilebilir. Hükümlünün kimlik bilgilerinin uyuşmaması esasen infaz engelleri arasında sayılabilecek bir durum olmasa gerektir. Çünkü cezası infaz edilecek hükümlü, ilamda kimlik ve adres bilgileri yazılı olan hükümlüdür. Kimlik bilgilerinin uyuşmaması halinde bu husus ortadan kaldırılmasına kadar infaz yapılamaz. **Hükümlünün ölümü**, infazı ortadan kaldırır, suçlar ve cezaların şahsiliği ilkesi bunu gerektirir. Hükümlü yerine başkasının cezaya muhatap olması mümkün değildir. Hükümlünün kimlik bilgilerinin karıştırılması da esasen şahsilik ilkesi ile ilgilidir¹⁴⁷.

144 LAUBENTHAL/NESTLER, s.13-16.

145 Kanaatimizce Türk infaz hukukunda güven ilkesi nedeniyle infazın sonlandırılması mevcuttur. Ancak Alman infaz hukukundaki gibi anayasa hükmüne değil, CGTİHK m.17 ve Anayasa m.104/2-b (Cumhurbaşkanı'nın af yetkisi) hükümlerine dayanmaktadır. Başka bir ifadeyle daha detaylı mevzuat hükümleri gereği infaz geçici durdurulabilmekte veya infazdan vazgeçilebilmektedir.

146 LAUBENTHAL/NESTLER, s.13-16.

147 LAUBENTHAL/NESTLER, s.17-20.

SONUÇ

Ceza hukukunda yaptırım, suç karşılığı faile uygulanan ceza veya güvenlik tedbirini ifade etmektedir. Bu iki yaptırım türü Alman hukukunda “çift izlilik” (*Zwiespurigkeit*) olarak ifade edilmektedir. Türk ceza hukukunda da bu şekilde iki tip yaptırım benimsenmiştir. Adli para cezaları ve hürriyeti bağlayıcı cezalar, Alman yaptırım sisteminin üzerine oturduğu iki sütunu teşkil ederler. Alman hukukunda yaptırım sisteminin onarıcı adalet doğrultusunda yeniden yapılandırılmasına ilişkin tasarı ve taslaklar, ceza sisteminin temeli kabul edilen iki izlilik sistemine (cezalar ve güvenlik tedbirleri) üçüncü bir “iz”in dâhil olduğu yönünde tartışmalara neden olmuştur.

Alman Ceza Kanunu’nda (*StGB*) asli ceza-ek ceza (*Hauptstrafe und Nebenstrafe*) ayrımı bulunmaktadır. Alman Ceza Kanunu’nun (*StGB*) 38-43a maddeleri arasında asli cezalar (*StGB* m.38, 39’da hürriyeti bağlayıcı ceza ve m.40, 41, 42’de adli para cezası) düzenlenmişken, 44. maddesinde ek ceza olarak sürücü belgesinin geçici alınması yer almaktadır. Bu hüküm Alman Ceza Kanunu’ndaki (*StGB*) tek ek ceza niteliğindedir. Alman Ceza Kanunu’nun (*StGB*) 45-45b maddelerinde ise cezanın kanuni neticeleri olarak belirli hakları kullanmaktan yasaklama, 61 ve 76. maddeleri arasında ise güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir. Alman Ceza Kanunu (*StGB*) m.38 ve 39’da hürriyeti bağlayıcı cezalar belirlenmiştir. Alman Ceza Kanunu’nun (*StGB*) 38. maddesinde müebbet hapis cezası düzenlenmiştir¹⁴⁸. Alman ceza hukuku yaptırım sisteminde ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına yer verilmemiştir.

Alman Ceza Kanunu’nun (*StGB*) 40. maddesi, gün para cezası sistemine yer vermiştir. Bu hüküm gereğince para cezaları güne göre hesap edilir. Kanunda aksi belirlenmemişse adli para cezası, en az 5 ve en çok 360 gün olabilir. Mahkeme, bir gün karşılığı para miktarını, failin sosyal ve ekonomik durumuna göre belirler. Bir gün karşılığı para miktarı en az 1 Euro (Euro’ya katılmadan önce 2 Mark) ve en fazla 5000 Euro (Euro’ya katılmadan önce 10.000 Mark) olarak belirlenir. Kararda, gün sayısı ve gün karşılığı belirlenen para tutarı ayrı ayrı gösterilir. Cezanın ödenememesi durumunda, kararda belirtilen bir gün birim para cezası, bir gün hapis cezasına dönüşür. Alman ceza yaptırım sisteminde adli para cezaları geniş ölçüde uygulama alanı bulmakta ve yaptırımlar içerisinde ön sıralarda yer almaktadır.

148 Alman Ceza Kanunu (*StGB*) m.38’e göre; “Kanunda müebbet hapis cezası öngörülmemişse hapis cezası sürelidir. Hapis cezasının üst sınırı 15 yıl alt sınırı 1 aydır.”

Alman Ceza Kanunu'nda (*StGB*); malvarlığı cezası (m.43a), araç sürme yasağı (m.44), haklardan mahrumiyet (m.45), denetim süresi ve yükümlülükleri (m.56a-56g), psikiyatri kliniğine yerleştirme (m.63), bağımlılıktan kurtarma tedavisi (m.64), sürücü belgesi iptali (m.69), meslek icrasını yasaklama (m.70), kazanç müsaderesi (m.73), kaim değer müsaderesi (m.73 vd.), eşya müsaderesi (m.74) düzenlenmiştir. Alman infaz hukukunda reform niteliğindeki düzenlemelerin Alman Ceza Kanunu'nda (*StGB*) yapıldığı gözlenmektedir.

Alman İnfaz Kanunu'na (*StVollzG*) göre infazda amaç; mahkûmun cezaevi sonrası yaşantısında sosyal sorumluluğa sahip bir kimse durumuna getirilmesidir. Bu amacın gerçekleştirilmesi için infaz yaşantısı olanaklar ölçüsünde genel yaşantı koşullarına uydurulmalı ve böylece hürriyetten yoksunluğun zararlı etkileri önlenerek mahkûmun hür toplumsal yaşamın bir üyesi olabilmesine yardım edilmelidir. Bu amaca ulaşmak için mahkûmların da çaba göstermesi gerekir (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.2,3,4).

Cezanın amacı üzerine Schmidhauser'in şu değerlendirmesi konuyu özetlemesi açısından son derece yerinde olmuştur: *"Adalet uğruna ceza vermiyoruz, ancak ceza veriyorsak, mümkün olduğunca adil olmalıyız. Kefaret uğruna da ceza veriyor değiliz, ama ceza veriyorsak, kefareti algılama da olanaksız kılınmamalıdır. Bireyleri iyileştirmek için ceza vermiyoruz, ancak ceza veriyorsak, hükümlü kendine ve başkalarına güvenini tekrar kazansın ve iyi yola girsin diye her şeyi yapmalıyız"*. Kanaatimizce; onarıcı adalet ilkesi çerçevesinde bu ifadelerle *"faile, mağduru tatmin etmek için ceza vermiyoruz, ancak faile ceza veriyorsak bir taraftan da mağdurun durumunu iyileştirerek bunu yapabiliriz"* tümcesi eklenebilir.

Almanya'da hapis cezalarının infazı infaz idaresi tarafından yerine getirilir (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.139). İnfaz idaresinin denetim ve gözetimi ise eyalet infaz makamları (İnfaz mahkemesi veya infaz hâkimliği şeklinde olabilir) tarafından ifa edilir (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.173). Hükümlü ve tutukluların her zaman bir yargısal karar verilmesi için yazılı olarak yerel infaz makamına (infaz hâkimi) başvuru hakları mevcuttur (Alman İnfaz Kanunu-StVollzG m.109). Hükümlü ve tutukluların ayrıca eyalet meclisine başvuru (dilekçe) hakları da vardır (Alman Anayasası-GG m.17). Hatta hükümlülerin kanun yollarının tükettikten sonra Alman Anayasa Mahkemesi'ne (*BVG*) bireysel başvuru (*Anayasal Şikâyet-Verfassungsbeschwerde*) hakları da mevcuttur (Alman Anayasası-GG, m.93/1). Buradan da netice alamaması durumunda



Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru yolu da kendilerine tanınmıştır (AİHS m.35).

Hükümlüyü, ceza infaz kurumundaki yaşama alıştırmamak gerekir. Bu nedenle infazın gevşetilmesi, hükümlüyü sosyal hayata hazırlama ve yeniden suç işlemesinin önlenmesi amacıyla infaz hassas planlanmalıdır. İnfaz kurumunda kaldığı sürece mahkûm için en önemli husus, onun mutlaka bir işinin olması ve çalışmasıdır. Almanya'da hürriyeti bağlayıcı cezaların infazı konusunda infazın gevşetilmesi müessesesine yer verilmiştir. Alman İnfaz Kanunu'nun (StVollzG) infazın gevşetilmesi başlığını taşıyan 11. maddesinde infazın gevşetilmesi tedbirleri olarak hükümlünün çalışmasına müsaade edilmesi ve çeşitli sebeplerle infaz kurumu dışına çıkmasına izin verilmesi konuları düzenlenmiştir. Aynı kanunun 12. maddesinde mahkûmun özel bir sebebin varlığı hâlinde izinli olarak ceza infaz kurumu dışına çıkarılabileceği düzenlenmiştir. Alman İnfaz Kanunu'nun (StVollzG) 13. maddesinde izinle ilgili genel kurallar yer alırken, 14. maddede iznin kullandırılmasından sarf-ı nazar edilebilecek hâller açıklanmıştır.

Alman infaz hukukunda infazı sona erdiren nedenler; infaz (ceza) zamanaşımı, etkin pişmanlık (bazı özel hallerde), af, güven ilkesinin ihlali, cezanın infaz edilmiş olması (mükerrer infaz yasağı), yanlış kimlik bilgisi, hükümlünün ölümü olarak belirlenmiştir.

KAYNAKLAR

ACAR, Hüseyin, Türk Ceza Hukukunda Müsadere Kurumu, **Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2019.

BRUNS, Hans Jurgen, **Das Recht der Strafzumessung: eine systematische Darstellung für die Praxis**, München 1985.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2019.

C. H. Beck, Strafvollzugsgesetz, **Beck-Texte in dtv**, München 1992.

ÇOLAK, Haluk/ALTUN Uğurtan, **Ceza ve Güvenlik Tedbirleri**, Ankara 2017.

DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2019.

DEMİRBAŞ, Timur, **İnfaz Hukuku**, Ankara 2019.

EREM, Faruk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 1995.

ESER, Albin, Ceza Muhakemesi Hukuku İlkelerindeki Değişme: Ceza Muhakemesi Hukuku Tekrar Özelleşiyor mu? http://www.freidok.unifreiburg.de/volltexte/3552/pdf/Eser_Ceza_Muhakemesi_Hukuku.pdf.

GEDİK, Doğan, **Türk Ceza Hukukunda Müsadere**, Ankara 2001.

İÇEL, Kayıhan, "Alman İnfaz Hukukunda Reform", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, S:3, Y:1976.

İÇEL, Kayıhan/YURTCAN, Erdener, "Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu", **İÜHFİM**, XXXVI, 1-4 (1971).

JESCHECK, Hans Heinrich, "Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Alman ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri", Çev. Ayhan ÖNDER, **İÜHFİM**, S:1-4, C:48, Y: 1983.

JESCHECK Hans Heinrich, **Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş** çev. Feridun Yenisey İstanbul 2007.

JESCHECK Hans Heinrich/ WEIGEND Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, Berlin 1996.

KARAKAŞ DOĞAN Fatma, **Cezanın Amacı ve Hapis Cezası**, İstanbul 2010.



KETT-STRAUB, Gabriele/STRENG, Franz, **Strafvollzugsrecht**, München 2016.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2019.

LAUBENTHAL, Klaus/NESTLER, Nina, **Strafvollstreckung**, Würzburg 2010.

MAURACH, Reinhart, /GÖSSEL, Karl Heinz /ZİPF, Heinz, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Heidelberg, 2015.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖZBEK Veli Özer, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, Ankara 2003.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, **Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, Ankara 2019,

ROXİN, Claus, “Yeni TCK ile Türkiye Avrupa’ya Dâhil Oluyor”, in: HPD ile Röportaj, S: 2, Sonbahar 2004.

SCHMİDTHAEUSER, Eberhard, **Strafrecht Allgemeine Teil Lehrbuch**, Tübingen 1975

SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H, **Strafgesetzbuch Kommentar**, München 2006.

SEVDİREN, Öznur, “Cezalandırmada Bir Paradigma Değişikliği Olarak Onarıcı Adalet Felsefesi: Bir Sentez Denemesi-I”, CHD, S:15, Y:Nisan 2011.

SOYGÜT ARSLAN, Mualla Buket, Türk Ceza Hukukunda Müsadere, **Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Doktora Tezi, İstanbul 2014.

SÖZÜER, Adem, “Alman Hukukunda Müsadere Yapıtırımı”, **Polis Dergisi** Temmuz-Ağustos-Eylül 2003.

TANER, Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Hükümler**, İstanbul 1949.

ÜNVER, Yener, “Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri”, IV. Sağlık Hukuku Kurultayı (23- 24 Eylül 2011), Ankara Barosu Yayını, Ankara 2012.

YENİSEY Feridun/PLAGEMAN Gottfried, **Alman Ceza Kanunu**, Strafgesetzbuch. (StGB). (Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük), İstanbul 2009.

YENİSEY, Feridun/OKTAR, Salih, **Alman Ceza Muhakemesi Kanunu**, İstanbul 2015.



YANIK, Medaim. “Türkiye Ruh Sağlığı Sistemi Üzerine Değerlendirme ve Öneriler: Ruh Sağlığı Eylem Planı Önerisi”, **Psikiyatride Derlemeler, Olgular ve Varsayımlar Dergisi (RCHP)**, Ekim 2007 Özel Sayı. YERDELEN, Erdal, **Cezanın Belirlenmesi**, Ankara 2013.

YERDELEN, Erdal/NAS, Ali Murat, **Tutuklu ve Hükümlülere Verilen Mazeret İzinleri**, TAAD, Y:9, S:34, Nisan 2018.

YERDELEN, Erdal vd. **Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma**, Ankara 2018.

YILDIRIM, Zeki, **Türk Hukukunda Hapis Cezasının İnfazının Ertelenmesi**, CHD, S:34, Y:Ağustos 2017.

YILDIZ, Mehmet Emre, **Ceza Hukukunda Akıl Hastalığının Kusur Yeteneğine Etkisi ve Akıl Hastalarına Özgü Güvenlik Tedbirleri**, Ankara 2020.

ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2018.

<https://staatsanwaltschaften.hessen.de/themen-von-z/allgemeinehinweise/begleichung-einer-geldstrafe>. E.T. 21.8.2020.

<http://www.ankarastrateji.org/yazar/doc-dr-faruk-bilir/anayasa-uzlasma-komisyonu-ve-yeni-anayasa-yapim-sureci> E. T. 8.5.2020.

DECONSTRUCTION OF HUMAN RIGHTS DIMENSIONS OF COPYRIGHT IN EUROPE

(Avrupa'da Telif Haklarının İnsan Hakları Boyutlarının Yapıçözümü)

Dr. Hasan Kadir YILMAZTEKİN¹

ABSTRACT

Courts, human rights bodies, legal scholars and human rights advocates have discussed the interface between human rights and intellectual property rights through multiple lenses. How has copyright, within the larger context of intellectual property rights, been conceptualised in the world of human rights? This article revisits this question along the lines of some fundamental international instruments, such as: the European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Thus, it provides a deconstructive assessment on how the respective human rights bodies and courts have perceived and identified the human rights attributes of copyright with a new perspective.

Keywords: Intellectual property rights, Copyright, Human rights, Freedom of expression, Right to property, Moral rights, Financial rights.

ÖZ

Mahkemeler, insan hakları kuruluşları, hukukçu akademisyenler ve insan haklarını savunanlar, insan haklarıyla fikrî mülkiyet arasındaki ilişkiyi birçok farklı bakış açısıyla incelemektedirler. Telif hakkı, fikrî mülkiyet haklarının daha geniş bütünlüğü bağlamında, insan hakları dünyasında nasıl kavramlaştırılmaktadır? Bu çalışma, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı gibi bazı temel uluslararası belgelerin satırları arasında bu soruyu yeniden ele almaktadır. Böylece bu çalışma, ilgili insan hakları kuruluşları ve mahkemelerinin telif haklarının insan hakları yönlerini nasıl algıladığına ve ayırt ettiğine dair yapı çözümüne dayalı bir değerlendirmek sunmaktadır.

1 Head of Department of Foreign Relations (Judge), Justice Academy of Turkey. LLB (Hons) (Ankara), LLM in International Business Law (Exeter), PhD in Intellectual Property Law (Exeter). This article is produced from my PhD thesis entitled *"Rethinking Copyright from the 'Capabilities' Perspective in the Post-TRIPs Era: How Can Human Rights Enhance Cultural Participation?"*. Email: hkytekin@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-5438-1414.

Anahtar Kelimeler: Fikri mülkiyet hakları, Telif hakkı, İnsan hakkı, İfade özgürlüğü, Mülkiyet hakkı, Manevî haklar, Malî haklar.

INTRODUCTION

Courts, human rights bodies, legal scholars and human rights advocates have discussed the interface between human rights and intellectual property rights through multiple lenses. Some commentators claim that intellectual property rights are a genre of human rights. Harry Goldsmith suggests that intellectual property rights are implicitly covered within international human rights treaties, noting for example that the protection of ‘moral and material interests of the author’ provided under Article 27 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR)² is analogous to the protection of intellectual property rights.³ Audrey Chapman reflects this view, arguing that Article 15(1)(c) of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (ICESCR)⁴ is a form of intellectual property protection.⁵ Chapman concludes that as intellectual property rights are forms of fundamental human rights, they should be universally and effectively recognised, observed and guaranteed.⁶ In similar vein, Willem Grosheide notes that intellectual property law and human rights law share a related origin. He further argues that as intellectual property rights are recognised as private rights, they fall within the protection of general property rights provided by human rights instruments.⁷

Academics like Laurence Helfer,⁸ Christophe Geiger,⁹ Peter Yu,¹⁰

2 Universal Declaration of Human Rights, Article 27, G.A. Res. 217A (III), U.N. Doc. A/810 (Dec. 10, 1948) [hereinafter ‘UDHR’].

3 Harry Goldsmith, “Human Rights and Protection of Intellectual Property”, *Trademark and Copyright Journal of Research and Education* 12, no. 2, (1968):889.

4 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Article 15(1)(c), 993 UNTS 3 (16 December 1966) [hereinafter ‘ICESCR’].

5 Audrey R. Chapman, “Approaching Intellectual Property as a Human Right: Obligations Related to Article 15 (1) (c)”, in *Approaching Intellectual Property as a Human Right*, ed. Evgueni Guerassimov (UNESCO Publishing, 2001) 10.

6 Chapman, 30.

7 Willem Grosheide, “Intellectual Property Rights and Human Rights: Related Origin and Development” in *Intellectual Property and Human Rights: A Paradox*, ed. Willem Grosheide (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010) 14.

8 Laurence R. Helfer, “Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property”, *Davis L Rev* 40, (2007): 971–1020.

9 Christophe Geiger, “Constitutionalising Intellectual Property Law? - The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 37, no. 4, (2006): 371–406.

10 Peter K. Yu, “Reconceptualising Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework”, *Davis L Rev* 40, (2007): 1039–1149. See also; Yu, Peter K. “Ten Common Questions About Intellectual Property and Human Rights”, *Georgia State University Law*



Lea Shaver¹¹, Abbe Brown¹² and Gabriele Spina Ali¹³ have provided frameworks for approaching the protection of intellectual property issues under the umbrella of human rights. Their different approaches examine the many circumstances in which intellectual property rights and human rights can conflict yet coexist, and which resolutions should be embraced when conflicts arise.

How has copyright, within the larger context of intellectual property rights, been conceptualised in the European human rights regime? In finding answers to this question, one must first seek a legal basis along the lines of some fundamental international instruments, such as the European Convention on Human Rights (ECHR)¹⁴ and the Charter of Fundamental Rights of the European Union (EU Charter)¹⁵. To this end, this article begins by analysing the legal framework of the ECHR and EU Charter, and the case law of the two European courts (namely, the European Court of Human Rights (ECtHR) and the Court of Justice of European Union (CJEU) by outlining the reasoning inherent in their analyses of the interface between copyright and human rights. It later provides a deconstructive assessment on how the mentioned courts have perceived and identified the human rights attributes of copyright. Thus, this article seeks to cast a new light on the foundational questions surrounding this debate and revisits the protection of copyright under different human rights regimes to elucidate practical (*de lege lata*) frameworks provided by the relevant human rights legislation and the interpretation of those norms by the respective human rights courts.

Apart from the main question of this article, the reader interested in a broader discussion of the interaction between intellectual property and human rights is directed to more specialized literature.¹⁶

Review 23, (2007): 710.

- 11 Lea Shaver, "The Right to Science and Culture" *Wisconsin Law Review* 1, (2010): 121-184; Lea Shaver and Caterina Sganga, "The Right to Take Part in Cultural Life: On Copyright and Human Rights" *Wisconsin International Law Journal* 27, no. 4, (2010): 637-662.
- 12 Abbe E. L. Brown, **Intellectual Property, Human Rights and Competition: Access to Essential Innovation and Technology** (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2012).
- 13 Gabriele Spina Ali, "Intellectual Property and Human Rights: A Taxonomy of Their Interactions", *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 51, no. 4, (2020): 411-445.
- 14 Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) [hereinafter 'ECHR'].
- 15 Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2010 OJ C 83/02 [hereinafter 'EU Charter'].
- 16 Christophe Geiger and Elena Izyumenko, "Shaping Intellectual Property Rights Through

I. ECHR

A. Legal Framework

As far as the ECHR is concerned, intellectual property rights have been protected under the auspices of the “right to peaceful enjoyment of possessions.”¹⁷ The concept of ‘possessions’ has been defined in broad terms by the ECtHR and the European Commission of Human Rights (Commission). The Strasbourg organs have extended it to a wide variety of concrete proprietary interests of economic value.¹⁸ The concept ‘possessions’ has an ‘autonomous’ meaning which is not restricted to ownership of physical goods: certain other rights and interests constituting assets can also be regarded as ‘property rights’, and thus as ‘possessions’ for the purposes of Article 1 of Protocol No 1 of the ECHR. Whether such interests qualify as possessions is independent from their formal meaning in domestic law.¹⁹

B. Case Law

1. Early Interpretations of the Commission

In *University of Illinois Foundation v Netherlands*,²⁰ the Commission rejected that the right to have the patent restored had no legal basis in either Dutch patent law or in the ECHR itself.²¹ The case concerned the cessation of a patent granted by the Dutch Patent Council due to the applicant’s failure to pay a patent maintenance fee on time.

Relying on the aforementioned principles, the Commission later

Human Rights Adjudication: The Example of the European Court of Human Rights”, *Mitchell Hamline Law Review* 46, no. 3, (2020): 527-612; Peter K. Yu, “Intellectual Property and Human Rights 2.0”, *University of Richmond Law Review* 53, (2019): 1375-1453. In the last two decades, at least six important volumes have been edited and published on the topic: (Jonathan Griffiths and Uma Suthersanen (eds), *Copyright and Free Speech*, (Oxford, Oxford University Press, 2005); Mpsai Sinjela (ed), *Human Rights and Intellectual Property Rights: Tensions and Convergences*, (Leiden, Martin Nijhoff Publishers, 2007); Grosheide, *Intellectual Property and Human Rights: A Paradox*; Laurence R. Helfer and Graeme W. Austin, *Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface* (Cambridge, CUP, 2011); Christophe Geiger (ed), *Research Handbook On Human Rights And Intellectual Property*, (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015); and Paul L. Torremans (ed), *Intellectual Property and Human Rights*, (Zuidpoolingel, Kluwer Law International, 2020). The list of journal articles on the topic is countless.

17 ECHR Protocol 1 Article 1.

18 *Kopecný v Slovakia* ECHR 2004-IX.

19 *Iatridis v Greece* App no 31107/96 para 54 (GC); *Beyeler (n 525)* para 100; *Broniowski v Poland* ECHR 2004-V para 129 (GC); *Anheuser-Busch Inc v Portugal* App no 73049/01 (2007) 44 EHRR 42 (GC) para 63 [hereinafter ‘Anheuser Busch’].

20 *University of Illinois Foundation v Netherlands*, App. No. 12048/86 (Commission, 2 May 1988)

21 *Ibid.*



viewed patents as a possession under Article 1 of Protocol No 1 in *Smith Kline and French Laboratories Ltd v Netherlands*.²² The case was related to a compulsory licence granted by the Dutch patent office.²³ The Commission concluded that the Dutch compulsory licensing scheme was a justified interference with the right to property in patents. Hence no violation of the right to property was found.²⁴

The Commission also stated that the right to property also includes copyright in *Aral v Turkey*.²⁵ The subject of this case was a copyright dispute between two private parties. It concerned a copyright infringement lawsuit over artistic material created by the applicants for certain magazines. The trial court decided that all financial rights over the artistic material created by the applicants during their contract with the initial owner of the magazines belonged to the entrepreneur who subsequently purchased those magazines. This meant that those materials could not be published without the entrepreneur's permission. It derived from the work for hire doctrine that previously existed under the Turkish copyright law.²⁶ The applicants' appeals to overturn this decision were unsuccessful. In response to the applicants' challenge of the domestic courts' refusal to recognize the applicants' ownership in the artistic material, the Commission found that "no element in the case which would allow it to conclude that the courts acted in an arbitrary or unreasonable manner." Accordingly, no shortcoming attributable to the State in this respect was established.²⁷

22 *Smith Kline and French Laboratories Ltd v Netherlands*, App no 12633/87 (Commission, 4 October 1990) [hereinafter '*Smith Kline*'].

23 Ibid.

24 The Commission followed this position in *Lenzing AG v the United Kingdom* App no 38817/97 (Commission, 9 September 1998). This case was also related to a patent. However, in that case the 'possession' was not the patent as such, but the applications made by the applicant company in civil proceedings in which it had sought to change the British system of patent registry. Declaring the application was inadmissible due to being manifestly ill-founded, the Commission held that there had been no interference with the applicant company's right to the peaceful enjoyment of its possessions, as it had been given an opportunity to bring its claims concerning the patent to a court with full jurisdiction. Ibid. For another case that is related to patents see *British-American Tobacco Company Ltd v the Netherlands* App no 19589/92 (Commission, 20 November 1995).

25 *Aral v Turkey* App no 24563/94 (ECtHR, 14 January 1998) (admissibility decision) [hereinafter '*Aral*'].

26 Law No. 5846 of 5 December 1951 on Intellectual and Artistic Works Article 8(2) (amended).

27 *Geiger and Izyumenko*, 549-550. For the application concerning a licence contract on trade secrets under Article 1 of Protocol No. 1, which was viewed as manifestly ill-founded, see; *G & M v Germany*, App No 29818/96 (Commission, 20 May 1998).



2. Dima and Melnychuk

Until 2005, the full-time Court did not directly address this issue.²⁸ However, it was cautious to intervene in domestic courts' interpretation of copyright issues in its early cases. In the case of *Melnychuk v Ukraine*,²⁹ for example, the applicant brought a complaint about a publication of critical reviews of his book by a local newspaper which also refused to publish his reply to that criticism. Mr Melnychuk claimed that the critical reviews infringed his copyright. He further argued that the newspaper's refusal to publish his reply was an issue under Article 10 (freedom of expression) of the ECHR. After the national courts dismissed his case as "unsubstantiated", the applicant applied to the ECtHR by relying on Article 10 of the ECHR and Article 1 of its Protocol No 1 to the ECHR. The ECtHR viewed the applicant's complaint inadmissible as manifestly ill-founded. Referring to the applicant's failure to substantiate his copyright infringement claim, it observed that 'the national courts proceeded in accordance with domestic law, giving full reasons for their decisions' to dismiss the applicant's complaint.³⁰ Thus, their judgments was not seen arbitrary or manifestly unreasonable that would lead to breach of Article 1 of Protocol No 1.³¹

In a 2005 admissibility decision, *Dima v Romania*,³² the ECtHR again considered the scope of the right to property in a copyright case.³³ The case concerned a graphic artist, Viktor Dima, who worked in the Defence Ministry's plastic arts studio and developed the designs of a new national emblem and seal. He drew those designs in response to a competition that was held shortly after the fall of Romania's communist regime.³⁴ The Parliament later in 1992 chose a revised version of the design as the state emblem and seal, and specified Dima as the graphic designer in a

28 See; Laurence Helfer, "The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights", in *Intellectual Property And Human Rights, Enhanced Edition Of Copyright And Human Rights*, ed. Paul L. C. Torremans (Zuidpooslingel, Kluwer, 2008), 39. The ECtHR rejected to examine the merits of an Article 1 Protocol No. 1 claim concerning non-enforcement of a judgment that obliged a private company that was previously owned by the state to pay royalties to a patent holder. See; *Mihăilescu v Romania (dec.)*, App no 47748/99 (ECtHR, 26 August 2003).

29 *Melnychuk v. Ukraine*, App. no. 28743/03 (ECtHR, 5 July 2005) [hereinafter '*Melnychuk*'].

30 *Ibid*, para 3.

31 *Ibid*.

32 *Dima v Romania*, App no 58472/00 (ECtHR, 16 November 2005) (admissibility decision) [hereinafter '*Dima*'].

33 For a comprehensive academic commentary on the case see; Helfer, 'The New Innovation Frontier', 39-43.

34 *Dima*, paras 3-4.



statute published in Romania's official journal.³⁵ The government did not, however, pay him for his work. Upon his application, he received a series of letters from the Copyright Agency, informing him that he was the author of the graphic design and eligible to enjoy all rights in domestic copyright law. On the support of these positive statements, Dima filed three infringement actions in the Romanian courts against two private firms and a state-owned enterprise that had, for profit, reproduced and distributed coins by using the design.³⁶

The artist was frustrated by all domestic judicial venues, including the Supreme Court of Justice. Although that court acknowledged that he had personally created the design, it held that Dima did not have a copyright in the design of the state symbols. The court further reasoned that the Parliament, which had commissioned the designs, should be deemed the author of the work.³⁷ As an alternative ground, it held that state symbols could never be the subject of copyright either under the 1956 copyright statute which was in effect at the time Dima created the design, or under the 1996 statute.³⁸ The former did not exclude state symbols from copyright protection, while the latter expressly included such an exclusion rule.

Dima challenged these rulings as a violation of the right of property. The Court firstly stated that the right to property under Article 1 of Protocol No 1 protects copyright. However, it went on to hold that Dima was not entitled to any 'legitimate expectation' to 'acquire a possession' as author of the emblem because the existence of a valid copyright was, in the first place, an unresolved issue.³⁹ The Strasbourg Court reached this conclusion by acknowledging its 'limited power' to review allegations of legal or factual errors committed by national courts when interpreting domestic laws.⁴⁰ As Laurence Helfer points out, it is relevant that the Court did not try to 'second-guess the Romanian court's interpretation of domestic copyright law in a case whose facts were sympathetic to the creator.'⁴¹

35 Ibid, para 6.

36 Ibid, para 11-26.

37 Ibid, para 14.

38 Ibid, para 61-62.

39 Ibid, para 87.

40 Ibid, para 93.

41 Helfer, 'The New Innovation Frontier', 41.



3. Anheuser-Busch

Two years later, the Court extended its human right to property-oriented protection to trade marks and applications for registration of trade marks in the landmark case of *Anheuser-Busch Inc v Portugal*.^{42/43} This case has been so far the first and single authority of determining whether trade marks and applications for registration of trade marks have any premise in human rights discourse. Although it was related to trademarks, the reasoning of the Grand Chamber in this case deserves to be given full attention to understand how intellectual property is rationalised within the human right to property. The case of *Anheuser-Busch v Portugal* is merely the last venue of a protracted litigation on a trade mark between Anheuser-Busch Inc, which is an American public limited company producing beer and selling it under the brand name 'Budweiser' in a number of countries around the world, and Budejovicky Budvar (Budvar), a brewer incorporated in the Czech Republic. In 1981, Anheuser-Busch applied to register 'Budweiser' as a trademark in Portugal. The Portuguese National Institute for Industrial Property did not grant the application, because prior to the date of this application 'Budweiser Bier' had been registered as a geographic designation of origin on behalf of the Czech company, Budejovicky Budvar. In 1989, Anheuser-Busch sought a court order nullifying Budvar's registration of 'Budweiser Bier' as an appellation of origin, which was granted in 1995. Subsequently, the Portuguese registration office registered the "Budweiser" trademark on behalf of Anheuser-Busch. The Czech company appealed that decision, relying on the '1986 Agreement', a bilateral treaty between Portugal and Czechoslovakia (now applicable in the Czech Republic) which came into force in 1987, protecting registered designations of origin. After a series of appeals and counter appeals, the Portuguese Supreme Court upheld the revocation of the registration of the trade mark concerned, holding that the designation of origin 'Ceskebudejovicky Budvar', which translated into German as 'Budweis' or 'Budweiss', was protected by the 1986

42 *Anheuser Busch*.

43 Klaus Beiter, "The Right to Property and the Protection of Interests in Intellectual Property – A Human Rights Perspective on the European Court of Human Rights' Decision in *Anheuser-Busch Inc. v Portugal*", *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 39, no. 6, (2008): 714–721; Megan M. Carpenter, "Trademarks and Human Rights: Oil and Water? Or Chocolate and Peanut Butter", *Trademark Reporter* 99, (2009): 892–930; B. Goebel, "Trademarks as Fundamental Rights—Europe", *Trademark Reporter* 99, (2009): 931–955; Jennifer W. Reiss, "Commercializing Human Rights: Trademarks in Europe After *Anheuser-Busch v Portugal*", *Journal of World Intellectual Property* 14, no. 2, (2011): 176-201.



Agreement. The registration of '*Budweiser*' as a trademark on behalf of the applicant company was therefore revoked.⁴⁴

Anheuser-Busch then applied to the ECtHR, claiming that the Supreme Court ruling amounted to an unlawful deprivation of property in violation of its right to property under Article 1.⁴⁵ The Second Chamber of the Court held that although a trade mark could be a possession under Article 1, this provision applies only 'after final registration' of a trade mark. On appeal, however, the Grand Chamber partially reversed the Second Chamber's decision eventually concluding that both registered trademarks and trade mark applications of a multinational corporation fall within the ambit of Article 1 of Protocol No 1 of the ECHR that protects private rights to property. The Grand Chamber, in extending the protection of fundamental property rights, first established that intellectual property is a type of possession under Article 1 of Protocol No 1 of the ECHR.⁴⁶ It then held that a trade mark application, because it can be assigned and has commercial value, can be considered as a property right and also a 'possession' for the purposes of the Convention. According to the Grand Chamber, trademark registration applications constitute a 'legitimate expectation' for a bundle of financial rights and interests upon filing. Accordingly, the Grand Chamber unanimously concluded that the application for registration of a trademark should be considered as a possession.⁴⁷

On the particular facts presented, however, an overwhelming majority of the Grand Chamber, 15 votes to 2, held that Portugal had not violated Article 1 of Protocol No 1.⁴⁸

4. Balan

Unlike *Melnychuk* and *Anheuser-Busch*, an interference with the ECHR's right to property was established in an application on the

44 *Anheuser Busch*, para 12-24.

45 *Ibid*, para 46.

46 *Ibid*, para 72.

47 *Ibid*, para 78.

48 *Ibid*, para 87. Two separate opinions, one concurring, the other dissenting, were added to the judgment. Judges Elisabeth Steiner and Khanlar Hajiyev agreed with the Grand Chamber's judgment. The concurring judges noted that it was 'never a foregone conclusion' that the trade mark would be registered, given the 'complexities' of the law involved, so there could not be 'justified reliance'— a legitimate expectation—upon it. See; *Anheuser-Busch Inc v Portugal* Joint concurring opinion of Judges Steiner and Hajiyev paras 9-10. Judges Lucius Cafilich and Ireneu Cabral Barreto dissented. In their joint dissenting opinion they noted that the Court erred in its reasoning, when it deemed the conflict concerned as a 'private' conflict between private companies. See *Anheuser-Busch Inc. v Portugal* Joint dissenting opinion of judges Cafilich and Cabral Barreto paras 7-9.



registration of domain names that allegedly violated the trademark rights of third parties.⁴⁹ One year after *Anheuser-Busch*, the Court in *Balan v Moldova*⁵⁰ followed this line of reasoning and signalled some developments that might strengthen the hands of authors. In 1985 Pavel Balan published a photograph ‘Soroca Castle’, a well-known historical site in Moldova, in the album *Poliptic Moldav*, and received author’s fees for it.⁵¹ In 1996 the Ministry of Internal Affairs of Moldova (‘the Ministry’) used the photograph as a background for national identity cards. Balan was not consulted and did not agree to this use of his photograph.⁵² Then he requested the Ministry to compensate him for the infringement of his rights, as well as to conclude a contract with him for the future use of the photograph.⁵³ When the government rejected his requests for compensation, he initiated court proceedings for copyright infringement. The lower court, subsequently confirmed by the Supreme Court of Moldova, acknowledged his copyright and awarded him a modest compensation equivalent to 568 US dollars.⁵⁴ However, the government continued to use the photograph on identity cards without permission, ultimately leading Balan to sue for the financial loss caused by the unlawful use of his photograph and for compensation for infringement of his moral rights.⁵⁵ While the trial court agreed with Balan, the Court of Appeal, as confirmed later by the Supreme Court, rejected his claims – arguing that he had already been compensated by the earlier judgement. Furthermore, although the Supreme Court reaffirmed Balan’s copyright in the photograph, they added that an “identity card” was an official document which could not be subject to copyright.⁵⁶

Balan challenged the courts’ rulings before the ECtHR. He alleged that his rights under Article 1 of Protocol No 1 had been infringed as a result

49 The ECtHR held that the absolute prohibition on using the domain names and the duty to apply for their cancellation, instead of a duty to merely refrain from a specific infringement of the third parties’ trademarks, disproportionately interfered with the applicant’s right to property under Article 1 of Protocol No. 1 and recognized that domain names benefit from such protection. *Paeffgen GmbH v Germany*, App nos. 25379/04, 21688/05, 21722/05, 21770/05 (ECtHR, 18 September 2007).

50 *Balan v Moldova*, App no 19247/03 (ECtHR, 29 January 2008) [hereinafter ‘*Balan*’].

51 *Ibid*, para 7.

52 *Ibid*, para 8.

53 *Ibid*, para 9.

54 *Ibid*, para 10.

55 *Ibid*, paras 14-15.

56 *Ibid*, paras 16-18.



of the refusal by the Moldovan domestic courts to compensate him for an unlawful use of his work. The Fourth Section of the Court this time united to depart from the Court's assessment in a very similar case of *Dima v Romania*, while coming to the opposite conclusion: On the question whether Balan had a 'possession' protected by Article 1 of Protocol No 1, the Court emphasised that Balan's copyright in the photograph was upheld by the domestic courts. He thus had 'a right recognised by law and by a previous final judgment, and not merely a legitimate expectation of obtaining a property right.'⁵⁷ The ECtHR then found an interference with the copyright in a photograph in the unauthorised use of the photo by state authorities. In so doing, the unanimous judges dismissed the Government's erroneous argument that the official character of identity cards affects the copyright vesting in a photograph used as background on such cards.⁵⁸ In the following justification analysis, the Court examined 'whether the interference with the applicant's rights was proportionate to the aims pursued.'⁵⁹ It essentially explored whether there is any less interfering measure that is equally effective to achieve the stated goal and reasonably available to the state authorities concerned. With regard to this question, the Court stated that Moldova could achieve its aim of issuing identity cards certainly without the need to use Balan's copyrighted work without permission.⁶⁰ The ECtHR thus held that the Moldavian courts 'failed to strike a fair balance between the interests of the community and those of the copyright owner, placing on him an individual and excessive burden' which results in a violation of Article 1 of Protocol No 1.⁶¹

5. Ashby Donald and The Pirate Bay

The ECtHR, in its decisions in *Ashby Donald v France*,⁶² a case

57 Ibid, para 34.

58 Ibid, paras 38-40.

59 Ibid, para 44.

60 Ibid, para 45.

61 Ibid, para 46. Later in *Rapos v Slovakia*, which concerned a claim on payment of royalties for a design right, the ECtHR held that such a claim could not qualify as a possession for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1 of the ECHR, where it was not determined by a final court decision. *Rapos v Slovakia*, App no. 25763/02 ECtHR, 20 May 2008) para 40.

62 *Ashby Donald and Others v France*, App no 36769/08 (ECtHR, 10 January 2013) [hereinafter '*Ashby Donald*']. For English translation of some part of the judgement see; "Ashby Donald and others v France", **International Review of Intellectual Property and Competition Law** 45, no. 3, (2014): 354-360. For academic commentaries on the judgement see; Christophe Geiger and Elena Izyumenko, "Copyright on the Human Rights' Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity Through Freedom of Expression", **International Review of Intellectual Property and Competition Law** 45, no. 3, (2014): 316-342; Paul L. C. Torremans, "Ashby Donald and Others v France, Application 36769/08, ECtHR, 5th Section, Judgment of 10 January 2013",

relating to visual arts, fashion shows and photo-sharing, and in *Neij and Sunde Kolmisoppi v Sweden*,⁶³ a case involving file-sharing, acknowledged the value of these technologies from the perspective of freedom of expression.

In the *Ashby Donald* case, three fashion photographers - Robert Ashby Donald, Marcio Madeira Moraes and Olivier Claisse- made their way to Strasbourg to claim their right to freedom of expression on the fashion pictures.⁶⁴ Claisse had taken pictures at fashion shows in Paris in March 2003. Later, the photographs had been published on a website of an American fashion company Viewfinder run by the other two applicants without the consent of the fashion houses.⁶⁵ Following the publication of pictures, The French Fashion Federation and a number of haute couture companies⁶⁶ filed a complaint about the three photographers before the Central Brigade on the Suppression of Artistic and Industrial Counterfeiting (*Brigade centrale pour la répression des contrefaçons industrielles et artistiques*) for copyright infringement.⁶⁷ The photographers were accused by the Public Prosecutor before the Paris Criminal Court of counterfeiting under Articles of L. 335-2 and L. 335-3 of the French Intellectual Property Code (*Code de la Propriété Intellectuelle*) for unauthorised reproduction or public communication of those works.⁶⁸

Queen Mary Journal of Intellectual Property 4, no. 1, (2014): 95–99; Dirk Voorhoof and Inger Høedt-Rasmussen, “Copyright vs. Freedom of Expression, ECtHR (5th Section), 10 January 2013, Case of Ashby Donald and Others v. France, Appl. Nr. 36769/08, (2013)”, available at <http://echrblog.blogspot.co.uk/2013/01/copyright-vs-freedom-of-expression.html>; Dirk Voorhoof, “Freedom of Expression and The Right to Information: Implications for Copyright” in **Research Handbook on Human Rights And Intellectual Property**, 331–52.

63 *Neij and Sunde Kolmisoppi (The Pirate Bay) v Sweden* (2013) 56 EHRR SE19 [hereinafter ‘*The Pirate Bay*’]. Also, see; “‘Pirate Bay’ European Convention on Human Rights, Art. 10 – Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden, 2013” **International Review of Intellectual Property and Competition Law** 44, no. 4, (2013): 724. For academic commentaries on the judgement see; Geiger and Izyumenko, 316-342; J. Jones, “Internet Pirates Walk the Plank with Article 10 Kept at Bay: Neij and Sunde Kolmisoppi v Sweden”, *EIPR* 35, no. 11, (2013): 695–700; Dirk Voorhoof and Inger Høedt-Rasmussen, “Copyright vs. Freedom of Expression II (The Pirate Bay): ECHR Decision of the ECtHR (5th Section) of 19 February 2013 Case of Fredrik Neij and Peter Sunde Kolmisoppi (The Pirate Bay) v. Sweden, Appl. Nr. 40397/12”, available online at <http://kluwercopyrightblog.com/2013/03/20/echr-copyright-vs-freedom-of-expression-ii-the-pirate-bay/>; Voorhoof, in **Research Handbook On Human Rights And Intellectual Property**.

64 *Ashby Donald*, para 4.

65 *Ibid*, para 7.

66 Including Chanel, Christian Dior, and Hermes.

67 *Ashby Donald*, para 8.

68 *Ibid*, para 9.



The first instance court acquitted the applicants on 17 June 2005.⁶⁹ Upon appeal by the civil parties and the public prosecutor, the Paris Court of Appeal reversed the decision, finding the applicants guilty as charged. The Court of Appeal also held that the photographers had infringed their copyright not only in the claimants' clothes but also in the fashion shows themselves.⁷⁰ The three fashion photographers were ordered by the Paris Court of Appeal of Paris to pay fines between 3,000 and 8,000 Euros and an award of damages to the French Design Clothing Federation and all five fashion houses, all together amounting to 255,000 Euros. They were also ordered to pay for the publication of the judgment of the Paris Court of Appeal in three professional newspapers or magazines.⁷¹ Thus, even catwalk was under copyright protection in France.

Before the Court of Cassation, the photographers argued that making the photographs available on the internet was allowed by the exception for the purposes of reporting current events (Article L. 122-5 9 of the IPC) and this also fell into their right to freedom of expression (Article 10 ECHR).⁷² In its judgment of 5 February 2008, the Court of Cassation simply dismissed the photographers' appeal by stating that the internal copyright exception of Article L. 122-5 9 did not apply to the seasonal fashion industry and that the Paris Court of Appeal has accordingly sufficiently justified its decision.⁷³ The photographers therefore lodged a complaint before the ECtHR, putting forward in particular that the fashion photographs were 'information' of general public interest under Article 10 of the ECHR. According to the applicants, the publication of the photographs on a website by a media organisation, even for sale, amounted to a proportionate exercise of freedom of expression. The ECtHR's answers to the photographers was not heralding.

In the *Ashby Donald* case, the ECtHR started its assessment by establishing that the applicant's convictions - regardless they resulted from a copyright infringement - comprised an interference with their right to freedom of expression.⁷⁴ Having identified the existence of an interference under Article 10(1), the ECtHR shifted its focus on to its

69 Ibid, para 10

70 Ibid, paras 11-13.

71 Ibid, paras 14-15.

72 Ibid, para 17.

73 Ibid, para 18.

74 Ibid, para 34.

famous “three-part test” under Article 10(2).⁷⁵ On the basis of Article 10(2) of the Convention, the exercise of freedom of expression may be subject to formalities, conditions, restrictions or penalties, only if they are ‘prescribed by law’, pursue one or more of the legitimate aims referred to in Article 10(2) of the Convention and are ‘necessary in a democratic society’.⁷⁶ The ECtHR was brief but clear in finding respectively that the interference by the national authorities was prescribed by law and pursued the legitimate aim of the ‘protection of rights of others’ (that is of the copyright holders) and the ‘prevention of crime.’⁷⁷ Then, the ECtHR directed its examination to the necessity of the interference – the so-called ‘necessity test’.⁷⁸

On whether the interference was necessary in a democratic society two considerations were conspicuous in the Court’s assessment. In *Ashby Donald*, the ECtHR firstly reviewed “the nature of information” and “the character of information” at issue.⁷⁹ On this score, the Court held that the information about fashion did not relate to a debate of general public interest. It went on to hold that the applicants’ expression was primarily commercial in nature. These findings ultimately led the Court to endorse that national authorities enjoy a particularly ‘wide margin of appreciation’ in evaluating local needs and conditions, if the nature and character of speech are similar to the present case.⁸⁰

When it came to the crux of the discussion, setting the appropriate standards of the so-called balancing copyright as a human right to property on the one hand and freedom of expression on the other, the Court preferred not to enter the murky waters between those competing fundamental rights. Once again, it underlined that when there are two

75 For further discussion of the ‘three-part test’ as a tool for assessing restrictions on freedom of expression, see, M Macovei, *Freedom of Expression: A Guide to The Implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights*(*Human Rights Handbooks No 2*) (Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2001).

76 *Ashby Donald*, para 35.

77 *Ashby Donald*, para 36.

78 The test of ‘necess[ity] in a democratic society’ requires the Court to decide whether the ‘interference’ challenged corresponded to a ‘pressing social need’, whether it was proportionate to the legitimate aim pursued (‘proportionality test’) and whether the reasons given by the national authorities to justify it are relevant and sufficient (see, *Sunday Times v the United Kingdom*, App no 6538/74, (ECtHR, 26 April 1979) para 62. For further discussion of the ‘democratic necessity test’ see; Steven Greer, **The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights (Human Rights Files No 15)** (Council of Europe Publishing, 1997).

79 Geiger and Izyumenko, 2014, 321.

80 *Ashby Donald*, para 39.



competing interests that are both protected by the ECHR; the national authorities have a wide *margin of appreciation* to balance them. On this account, the ECtHR laid particular emphasis on the fact that ‘intellectual property benefits from the protection afforded by Article 1 of Protocol No 1 to the Convention’ and that in such a situation the state is accorded ‘a wide margin of appreciation.’⁸¹

Finally, the Strasbourg Court in *Ashby Donald* did not regard the fines and the substantial award of damages as disproportionate to the legitimate aim pursued, arguing that the applicants provided no evidence that these sanctions had “financially strangled” them.

Having established that the convictions applied were proportionate, it was held that the interference with the applicants’ freedom of expression was necessary in a democratic society. The Court nevertheless reached the conclusion in *Ashby Donald* that there was no violation of Article 10.⁸²

In *The Pirate Bay*, the complaint was brought by Fredrik Neij and Peter Sunde Kolmisoppi. During 2005 and 2006 they were both involved in the running of the website ‘The Pirate Bay’ (TBP), one of the world’s largest file sharing services on the Internet, which allows users to exchange digital material such as music, films and computer games. In January 2008, Neij and Sunde Kolmisoppi were charged with complicity to commit crimes in violation of the Copyright Act. Subsequently, several entertainment companies brought private claims within the proceedings. In April 2009, the Stockholm District Court sentenced Neij and Sunde Kolmisoppi to one year’s imprisonment and held them, together with the other defendants, jointly liable for damages of approximately 3.3 million Euros. On 26 November 2010, the Court of Appeal reduced the first applicant’s prison sentence to ten months and the second applicant’s sentence to eight months but increased their joint liability for damages to approximately 5 million Euros. Ultimately, the Supreme Court refused leave to appeal in February 2012. The applicants eventually applied to the ECtHR, claiming that their conviction for complicity to commit crimes in violation of the Copyright Act had breached their freedom of expression and information under Article 10 of the ECHR.⁸³

Similar to *Ashby Donalds*, the ECtHR concluded that the applicants’ convictions, despite deriving from a copyright infringement, was an

81 *Ashby Donald*, para 40; *The Pirate Bay*, paras 10-11.

82 *Ashby Donald*, para 45.

83 For details see; *The Pirate Bay*, paras 2-5.



interference with their right to freedom of expression.⁸⁴ The ECtHR went on to hold, however, that the interference was justified by the three conditions set out by Article 10(2) of the ECHR. Specifically, it was 'prescribed by law', as their convictions were rooted in the Copyright Act and the Penal Code, and related solely to copyright-protected digital material; it pursued the legitimate aims of protecting the rights of others and preventing crime; and it was also 'necessary in a democratic society'.⁸⁵ In *the TBP*, unlike *Ashby Donald*, the ECtHR stayed away from the question of whether the expression was of a commercial nature. Rather, it stressed that 'the safeguards afforded to the distributed material in respect of which the applicants were convicted cannot reach the same level as that afforded to political expression and debate'.⁸⁶

In relation to the necessity test, the ECtHR held that the applicants' interests in exchanging information had to be balanced against the rights of copyright owners to protect and prevent the free dissemination of their copyright-protected material; thus, while the applicants benefited from the right to freedom of expression under Article 10(1), the copyright owners benefited from the protection of Article 1 of the Protocol No 1 of the ECHR.⁸⁷ The ECtHR went on to observe that, in balancing those competing interests, the state has a wide margin of appreciation, the extent of which may vary depending on the type of information in dispute.⁸⁸ While information that is important to political expression and debate can expect heightened protection under Article 10, the nature of the information in dispute in this case served only to widen the margin of appreciation still further. A final consideration in the balancing of these competing interests was the term of imprisonment and financial liability imposed on the applicants. Not taking 'any action to remove the torrent files in question, despite having been urged to do so' and staying 'indifferent to the fact that copyright-protected works had been the subject of file-sharing activities via TPB' satisfied the ECtHR in rendering the sanctions imposed proportional. Having established that the convictions applied were proportionate, it was further held that the interference with the applicants' freedom of expression was necessary in a democratic society. The Court accordingly reached the conclusion that the application was 'manifestly ill-founded'.⁸⁹

84 *Ashby Donald*, para 34; *The Pirate Bay*, para 9.

85 *The Pirate Bay*, para 10.

86 *Ibid*, para 11.

87 *Ibid*.

88 *Ibid*.

89 *Ibid*.



In sum, the enforcement of copyright with respect to peer-to-peer networks represents a restriction, but, according to the ECtHR, a proportionate one, to the freedom to impart information. However, the Court did not reflect upon the impact of the decision on Internet users' rights.⁹⁰

6. Akdeniz

Subsequently, *Akdeniz v Turkey*,⁹¹ the ECtHR was confronted with an issue of blocking accessing to the websites myspace.com and last.fm because they were disseminating musical works in infringement of copyright.⁹² The applicant, who was regular user of the websites,

90 A further analysis with respect to the human rights aspects of the notice-and-takedown procedure and intermediary liability was provided by the ECtHR in *Delfi* [See; *Delfi AS v Estonia*, App. no. 64569/09 (ECtHR, 10 October 2013). The case was referred to the Grand Chamber in 17/02/2014: *Delfi AS v Estonia* App no 64569/09 (2015) ECHR 586 (GC).] In *Delfi*, the Grand Chamber of the ECtHR ruled that the holding of a newspaper portal liable for the comments of end users was not a violation of the freedom of expression, where the comments amount to hate speech and speech inciting violence. [For academic commentaries on the case see; Lisl Brunner, "The Liability of an Online Intermediary for Third Party Content The Watchdog Becomes the Monitor: Intermediary Liability after *Delfi v Estonia*", **Human Rights Law Review** 16, no. 1, (2016): 163-174; Tatiana-Eleni Synodinou, "Intermediaries' Liability for Online Copyright Infringement in The EU: Evolutions and Confusions", *Computer Law & Security Review* 31, (2015): 63-67; Martin Husovec, "ECtHR Rules On Liability of ISPs as A Restriction of Freedom of Speech", **Journal of Intellectual Property Law & Practice** 9, no. 2, (2014): 108-109; Martin Husovec, "General Monitoring of Third-Party Content: Compatible with Freedom of Expression?" **Journal of Intellectual Property Law & Practice** 11, no. 1, (2016) 17-20; Eileen Weinert, "Delfi AS v Estonia: Grand Chamber of the European Court of Human Rights Hands down Its Judgment: Website Liable for User-Generated Comments", *Entertainment Law Review* 26, no. 7, (2015): 246-250]. In *MTE [Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt (MTE) v Hungary*, App. no. 22947/13 (ECtHR, February 2, 2016)], the issue of the liability of a host provider, an online newspaper, for the comments of its readers has come before the ECtHR again. In this case, however, the ECtHR's chamber, while referring at a number of points in its judgment to the reasoning of the *Delfi* Grand Chamber, gave a new interpretive pattern for the *Delfi* ruling. Furthermore, new perspectives were adopted with regard to the notice-and-takedown system, which now seems to be legitimate in the eyes of the Court [For academic commentaries see; Christina Angelopoulos, "MTE v Hungary: New ECtHR Judgment on Intermediary Liability and Freedom of Expression" (March 5, 2016), available at <http://kluwercopyrightblog.com/2016/03/05/mte-v-hungary-new-ecthr-judgment-on-intermediary-liability-and-freedom-of-expression/>; Dirk Voorhoof and Eva Lievens, "Offensive Online Comments - New ECtHR Judgment", (February 15, 2016), available at <http://echrblog.blogspot.co.uk/2016/02/offensive-online-comments-new-ecthr.html>; Eileen Weinert, "MTE v Hungary: the first European Court of Human Rights ruling on liability for user comments after *Delfi AS v Estonia*", *Entertainment Law Review* 27, no. 4, (2016): 135-139]. In the *MTE* case, the Court ruled that holding an Internet intermediary liable for the infringing content (offensive statements that do not amount to hate speech) posted by its users indeed violated that intermediary's freedom of expression (*MTE*, para 91).

91 *Akdeniz v Turkey*, App no 20877/10 (ECtHR, 11 March 2014) (inadmissibility decision) [hereinafter '*Akdeniz*'].

92 *Ibid.* Prior to *Akdeniz*, in *Ahmet Yildirim*, upon an Internet user's application, the Court found that a measure resulting in a complete interception of access to Google sites in Turkey

complained about the collateral effects of blocking, which amounted, according to him, to a disproportionate response based on Article 10 of the ECHR. In *Akdeniz*, it was held that the applicant in the case could ‘without difficulty have had access to a range of musical works by numerous means without this entailing a breach of copyright rules.’⁹³ The Court also distinguished this case from *Ahmet Yildirim v Turkey*, as it involved copyright and commercial speech, where Member States have a wider *margin of appreciation*,⁹⁴ as opposed to political speech and the ability to participate in public debate. Whereas admitting the need to balance, in cases such as this one, the possibly conflicting copyright and freedom to receive information,⁹⁵ the Court nevertheless stated that the sole fact that the applicant—like other Turkish users of the two music-sharing websites—had been indirectly affected by blocking did not suffice for him to be regarded as a ‘victim’ for the Convention purposes.⁹⁶ The Court noted in particular that the blocking did not concern the applicant’s own website⁹⁷ and neither did it deprive the applicant of other—legitimate—ways of accessing the musical works at issue.⁹⁸ Consequently, the availability of accessible expressive alternatives for receiving information led the Court to find no violation.⁹⁹

II. THE EU HUMAN RIGHTS SYSTEM

A. Legal Framework

Within European Law, there is another important resonance of the ‘property rationale’ concerning the interface between human rights and intellectual property rights: it is rooted in the EU Charter. The EU Charter, unlike its predecessor, the ECHR, does not just include the human right

was violation of freedom of expression. *Ahmet Yildirim v Turkey* App no 3111/10 (ECtHR, 18 December 2012). This line of reasoning was later maintained in *Cengiz*, where the case concerned the blocking of the YouTube website. *Cengiz & Others v Turkey*, App nos 48226/10 and 14027/11 (ECtHR, 1 December 2015).

93 Ibid.

94 For academic commentaries on the concept of margin appreciation see; Andrew Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality* (Oxford, OUP, 2012); Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* (Antwerp, Intersentia, 2002).

95 *Akdeniz*, para 28.

96 Ibid, para 24.

97 Ibid, para 27.

98 The Court noted further that the websites were blocked because they did not comply with copyright legislation and that neither the collateral effects of blocking, nor the nature and the character of disseminated information were such as to raise an important question of general interest. Ibid, paras 25, 26 and 28.

99 Ibid.



to property in Article 17 (1), linguistically reminiscent of Article 1 of Protocol 1, but, importantly, also in Article 17(2) the short provision: ‘intellectual property *shall be* protected.’¹⁰⁰ Scholars have observed that this short statement was translated into French as ‘*la propriété est protégée*’ or into German as ‘*Geistiges Eigentum ist geschützt*.’¹⁰¹ If correctly translated, this would be ‘intellectual property *is* protected.’¹⁰² Highlighting the uncertainty concerning the scope of the protection, its interaction with the right to property and other human rights, Geiger calls this norm ‘a mysterious provision with an unclear scope.’¹⁰³ Although its language is modelled on an ‘enigmatic formula’¹⁰⁴, it has been argued that Article 17(2) should be construed as ‘confirmation’ that intellectual property is a species of human right to property under Article 17(1).¹⁰⁵

B. Case Law

1. From *Promusicae* to *Luksan*

The CJEU has engaged in clarifying the ambiguities of the conceptual nature of Article 17(2). It has been a little reluctant to theoretically justify the property doctrine in copyright in the four leading cases *Promusicae v Telefónica*,¹⁰⁶ *Scarlet Extended v SABAM*¹⁰⁷ and *SABAM v Netlog*,¹⁰⁸ and *UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*.¹⁰⁹

100 EU Charter Article 17(2) (Emphasis added).

101 Christophe Geiger, “Intellectual Property Shall Be Protected!? Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Mysterious Provision with An Unclear Scope”, *European Intellectual Property Review* 31, no. 3, (2009): 115; Jonathan Griffiths and Luke McDonagh, “Fundamental Rights & European IP law – The Case of Art 17(2)”, in **Constructing European Intellectual Property**, ed. Christophe Geiger (Cheltenham, Edward Elgar, 2013), 80; Alexander Peukert, “Intellectual Property as an End in Itself?”, *European Intellectual Property Review* 33, no. 2, (2011): 69.

102 Geiger, 2009, 115; Griffiths and McDonagh, 80; Peukert, 2011, 69.

103 Geiger, 2009, 115.

104 Griffiths and McDonagh, 80.

105 Geiger argues that ‘Article 17(2) of the Charter could then be considered to be nothing more than a simple clarification of art.17(1), with the consequence that there would be absolutely no justification to *expand* remedies on this ground.’ See; Geiger, 2009, 116. Griffiths and McDonagh suggest that ‘Art 17(2) is subservient to the more generally worded Article 17(1).’ See; Griffiths and McDonagh, 81.

106 Case C-275/06 *Productores de Música de España (Promusicae) v Telefónica de España SAU* [2008] ECR I-00271 [hereinafter ‘*Promusicae*’].

107 Case C-70/10 *Scarlet Extended NV v Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)* [2011] ECR I-11959 [hereinafter ‘*Scarlet Extended*’].

108 Case C 360/10 *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) v Netlog NV* (CJEU, 16 February 2012) [hereinafter ‘*Netlog*’].

109 Case C-314/12 *UPC Telekabel Wien v Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH* [2014] ECDR 12 [hereinafter ‘*Telekabel*’].

In *Promusicae*, the case concerned a court order to require Internet intermediaries to disclose certain information about the alleged infringers, where the CJEU held that EU law, including Article 17 (2) of the EU Charter, does not require an obligation to disclose personal data in civil infringement proceedings.¹¹⁰ In the cases of *Scarlet Extended* and *Netlog*, the CJEU held that the injunction to install the contested filtering systems ‘would result in a serious infringement of the freedom of the ISP concerned to conduct its business’ pursuant to Article 16 of the EU Charter, as it would require the ISP to install a complicated, costly, and permanent filtering system at its own expense,¹¹¹ although the protection of intellectual property is provided under Article 17 (2). In *Telekabel*, the case derived from an injunction requiring DNS blocking and blocking of a website’s current and future IP addresses, which provided downloading or streaming films of two production companies.¹¹² In this case, the CJEU held that the contested injunction restricted the intermediary’s free use of resources and imposed a significant cost affecting the organisation of activities and require complex technical solutions, but that it was justified when balanced with intellectual property rights.¹¹³

Article 17 (2) of the EU Charter was also used to untangle copyright and related rights in cinematographic works in *Luksan v van der Let*.¹¹⁴ In

110 *Promusicae*, para 70.

111 *Scarlet*, para 48; and *Netlog*, para 46. It is worth noting that the CJEU equally finds such an injunction to be ‘contrary to Article 3 (1) of the Enforcement Directive since it is ‘unnecessarily complicated’ and ‘costly’.

112 For commentaries on the case see; Gemma Minero, “European Union: case note on “UPC Telekabel Wien””, **International Review of Intellectual Property and Competition Law** 45, no. 7, (2014): 848-851; Joel Smith, Andrew Moir and Rachel Montagnon, “ISPs And Blocking Injunctions: UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH and and Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH (C-314/12)”, **European Intellectual Property Review** 36, no. 7, (2014): 470-473; EU Focus, “ISP May Be Ordered To Block Website Infringing Copyright”, **EU Focus**, no. 319, (2014): 27-28; Tiffany Stirling, “Do Shoot The Messenger: Site-Blocking Injunctions Against Internet Service Providers Upheld by the CJEU UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH v Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH (C-314/12) [2014] E.C.D.R. 12”, **Entertainment Law Review** 25, no. 6, (2014): 219-221; Steven James, “Digesting Lush v Amazon and UPC Telekabel: Are We Asking Too Much Of Online Intermediaries?”, *Entertainment Law Review* 25, no. 5, (2014): 175-178; Christina Angelopoulos, “Are blocking injunctions against ISPs allowed in Europe? Copyright Enforcement in the post-Telekabel EU Legal Landscape”, **Journal of Intellectual Property Law & Practice** 9, no. 10, (2014): 812-821; Julia Hörnle, “On Whose Side Does the Internet Access Provider Stand? Blocking Injunctions Against Communication Service Providers. Case C-314/12, UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film”, **Communications Law** 19, no. 3, (2014): 99-100.

113 *Telekabel*, paras 47, 50, 51.

114 Case C-277/10 *Martin Luksan v Petrus van der Let* (CJEU, 9 February 2012) [hereinafter ‘*Luksan*’].



2008, Martin Luksan, as scriptwriter and principal director, and Petrus van der Let, as commercial producer, concluded a 'directing and authorship agreement' for the production of a documentary film on the topic of German photography from the Second World War. In the agreement, copyright and exploitation rights were assigned to the producer, but the director preserved rights concerning the distribution of the documentary on digital networks, closed circuit television, and pay TV. However, once the film was shot, the producer made it available on the internet and assigned pay TV rights to a TV network.

Luksan sued the producer, contending that these forms of exploitation violated rights that were reserved to him in the contract and claiming that half of the statutory rights to remuneration were vested in him. Van der Let responded by arguing that a statutory assignment of those rights is provided to him by virtue of Paragraph 38(1) of the UrhG (copyright code) which grants all exclusive exploitation rights to the producer and therefore that the relevant provision in the contract was void. The producer also claimed the entire amount of remuneration rights, arguing that they necessarily share the fate of exploitation rights and that the statutory provision acknowledged the possibility of contrary agreements.

Several questions concerning the legitimacy of a national rule vesting exploitation rights in a cinematographic work in the producer rather than the director of that work were referred to the CJEU, essentially on the questions of 1) whether EU copyright law must be understood so that the principal director of a cinematographic or audio-visual work is directly entitled by law to own the main exploitation rights, and 2) whether Austrian copyright laws which allocate these exploitation rights exclusively to the film producer are inconsistent with EU law.¹¹⁵

After clarifying that, within EU law, the principal director is always considered an author of such works,¹¹⁶ this interpretative path followed by the CJEU made its way to Art.14*bis* of the Berne Convention which allows Berne Union countries to deny the principal director certain exploitation rights, such as those at issue in the main proceedings. On this account, the CJEU noted that the international agreement allows, but does not require, a similar provision. According to the CJEU, Member States are expected to refrain from adopting an optional measure which is contrary to EU law and '[a]ccordingly, they can no longer rely on the

115 Ibid, para 36.

116 Ibid, paras 37-53.

power granted by Article 14*bis* of the Berne Convention.¹¹⁷ In order to support this argument, the CJEU, by citing both the general right to property as well as the vague statement that intellectual property ‘shall be protected’, the Court found that:

‘[...]the principal director of a cinematographic work must be regarded as having lawfully acquired, under European Union law, the right to own the intellectual property in that work...In those circumstances, the fact that national legislation denies him the exploitation rights at issue would be tantamount to depriving him of his lawfully acquired intellectual property right.’¹¹⁸

The CJEU thus ruled that an interpretation of EU law based on the right in Art.14*bis* Berne Convention to grant certain exploitation rights in cinematographic works to persons other than the principal director *inter alia* would inevitably violate ‘the requirements flowing from Article 17(2) of the [EU Charter] guaranteeing the protection of intellectual property.’¹¹⁹

The CJEU also clarified whether the exploitation rights of cinematographic works under consideration, as well as the right to fair compensation provided under the ‘private copying’ exception (Article 5(2)(b) of Directive 2001/29), can be vested by law, originally and directly, in the principal director: While the former may be subject to a rebuttable presumption of transfer, the latter cannot be waived or transferred.¹²⁰

Following *Luksan*, one may argue that ‘national rules depriving authors of exploitation rights as a matter of law will inevitably contravene [fundamental] EU law.’¹²¹ Searching for substantive repercussions of the CJEU’s use of the language of fundamental rights, Jonathan Griffiths asserts that if the exploitation rights protected by copyright are understood as separate property interests, it may become possible to advocate that ‘the national rule at issue [i]s depriving the principal director of a number of property rights to which he ought to have been entitled.’¹²² For him, in the traditional approach of monist jurisdictions

117 *bid*, para 64.

118 *Ibid*, paras 69-70.

119 *Ibid*, para 71.

120 *Ibid*, paras 73-109.

121 Jonathan Griffiths, “Constitutionalising or Harmonising? The Court of Justice, the Right to Property and European Copyright Law”, *European Law Review* 38, no. 1, (2013): 76 (Brackets are mine).

122 Griffiths, 2013, 76.



such as Austria and Germany (where the various exploitation rights are understood as sub-elements of a more general entitlement to copyright or author's right), however, "the outcome might be different."¹²³

Griffiths further contends that 'the Court's conclusion on [A]rticle 17 is primarily rhetorical, serving to bolster the prior decision that the exploitation rights in question were to be allocated to authors as a matter of European copyright law.'¹²⁴ The impression stemming from the pragmatic use of this pithy property rhetoric by the CJEU, as Griffiths points out, was intensified by the fact that when the CJEU in *Luksan* held 'that national rules presuming the transfer of rights from authors to third parties (rather than vesting them automatically by operation of law) was consistent with the requirements of EU copyright law, the question of whether or not such presumptions were compatible with the fundamental right to property was not even discussed.' This kind of rule certainly comprises an interference with a property right and therefore should have been subjected to the CJEU's 'fair balance' test. In effect, in many cases, there might be little practical difference between an automatic vesting and a presumed transfer.¹²⁵ Similarly, the Court's judgement that the principal director of a cinematographic work was entitled, by operation of law, directly and originally, to fair compensation for private copying was not supported by reference to Article 17.

For that reason, the judgement has been characterised as 'inconsiderate'¹²⁶ and 'thinly reasoned.'¹²⁷ Whereas some other commentators have praised the *Luksan* decision by noting that 'it contributes to the development of a flexible system which, despite differences in national legislation, appears ready to face the economic, social, and technological challenges of our time.'¹²⁸

123 Ibid.

124 Ibid, 77.

125 Griffiths note that 'the Court's failure to consider this issue can perhaps be explained by the fact that such presumptions are to be found in the legislative *acquis*.' Ibid, 77.

126 Henning Grosse Ruse-Khan, "Overlaps and Conflict Norms in Human Rights Law: Approaches of European Courts to Address Intersections with Intellectual Property Rights", in **Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property**, 78.

127 Griffiths, 2013, 76.

128 Stefano Barazza, "Authorship of Cinematographic Works and Ownership of Related Rights: Who Holds the Stage? *Martin Luksan v Petrus van der Let*, Case C-277/10, European Court of Justice (ECJ), 9 February 2012", **Journal of Intellectual Property Law & Practice** 7, no. 6, (2012): 396.



2. Deckmyn

Human rights discourse found a place in *Deckmyn v Vandersteen*,¹²⁹ where the CJEU defined the parody exception to copyright laws within Article 5(3)(k) of EU Directive 2001/29 (InfoSoc Directive).¹³⁰ The reference was made by the court of appeal of Brussels. In the case the Belgian politician Johan Deckmyn had copied a cover of Spike and Suzy, which also depicted Daniel Termont, the mayor of Ghent. The rights holders of the comic had sued Deckmyn for copyright infringement.¹³¹

The reference essentially concerned what conditions must be met for a derivative work to be considered a parody.¹³² Parodies are allowed under the Information Society Directive, in those countries that have indicated to apply the parody exception. The CJEU noted that the definition of the copyright exceptions was consistent throughout the EU and given “an autonomous meaning” within the Directive.¹³³ To qualify as a parody, the work must “evoke an existing work, while being noticeably different from it, and secondly, to constitute an expression of humour or mockery”.¹³⁴ The CJEU further held that the determination of whether a use of parody amounts to an exception requires striking a fair balance between the rights of the person who created the original work and the freedom of expression of the individual who is relying on the exception of parody.¹³⁵

It was also the first time that protection of the non-harmonized moral interests of authors have been considered in cases brought before the CJEU. In *Deckmyn*, the CJEU recognized the legitimate interest of authors in ensuring that their works are not associated with a racist and discriminatory message.¹³⁶

As Jonathan Griffiths recently observed, “the reference to ‘fair balance’ in *Deckmyn*, and other judgments of the Court, also disguises continuing uncertainty about significant aspects of the system of rights protection

129 Case C-201/13, *Deckmyn v Vandersteen* (CJEU, 3 September 2014) [hereinafter ‘*Deckmyn*’].

130 For commentaries on the case see; Daniël Jongsma, “Parody After *Deckmyn* – A Comparative Overview of the Approach to Parody Under Copyright Law in Belgium, France, Germany and The Netherlands”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 48, (2017): 652–682, Eleonora Rosati, “Just a Laughing Matter? Why the Decision in *Deckmyn* is Broader than Parody”, *Common Market Law Review* 52, no. 2, (2015): 511-529.

131 *Deckmyn*, paras 7-12.

132 *Ibid*, para 13.

133 *Ibid*, para 15.

134 *Ibid*, para 20.

135 *Ibid*, para 27.

136 *Ibid*, para 31.



applicable in this context.”¹³⁷ The identification of the relationship between the rights protected under the EU Charter and the need to secure a fair balance, or proportionality, are left unaddressed.¹³⁸

3. McFadden

The case of *McFadden v Sony Music*¹³⁹ is another example of intermediary cases where the CJEU’s doctrine of ‘fair balance’ of competing human rights was examined. The central issue in *McFadden* was whether and to what extent a business providing free Wi-Fi to their customers can be held liable for copyright infringement which they committed.

Mr. McFadden, a German retailer, offered a free and unsecure WiFi service to the general public.¹⁴⁰ Back in 2010, his network was used to download a musical work owned by Sony Music.¹⁴¹ Upon receipt of a cease and desist letter, Mr. McFadden filed a lawsuit seeking an order to obtain a negative declaration (negative “*Feststellungsklage*”) to confirm that he was not liable.¹⁴² In reply, Sony Music counterclaimed for payment of damages, an injunction against the infringement of its rights and reimbursement of the costs of giving formal notice and court costs. After the German Court upheld the claims of Sony Music, Mr. McFadden appealed the decision.¹⁴³ In his appeal, he claimed that, according to Article 12(1) of the Directive 2000/31 (“E-Commerce Directive”), he qualified as a provider of an “information society service”, that is a “mere conduit” and was not liable for the information transmitted by a third party.¹⁴⁴ The German court referred the case to the CJEU for a preliminary ruling to advise on whether the exemption of liability for access providers, enshrined in Article 12(1) of the e-Commerce Directive and transposed into German law in Article 8(1) of the Law on electronic media, applied in this case.¹⁴⁵

137 Jonathan Griffiths, “European Union copyright law and the Charter of Fundamental Rights—Advocate General Szpunar’s Opinions in (C-469/17) *Funke Medien*, (C-476/17) *Pelham GmbH* and (C-516/17) *Spiegel Online ERA Forum* (2019) 20:35–50, 36.

138 Griffiths, 2019, 36-37.

139 Case C-484/14, *McFadden v Sony Music Entm’t Germany GmbH* (CJEU, Sept. 15, 2016) [hereinafter ‘*McFadden*’].

140 *Ibid*, paras 22-23.

141 *Ibid*, paras 25-26.

142 *Ibid*, paras 27-28.

143 *Ibid*, para 29.

144 *Ibid*, para 30.

145 *Ibid*, para 33.

The CJEU ruled that a copyright-holder might be capable of obtaining an injunction against an intermediary service provider to prevent an infringement by the transmission of information from a third party. It, however, held that it was not entitled to claim compensation from the service provider because of the infringement.¹⁴⁶

The CJEU also had to deal with the competing fundamental rights of a copyright-holder to intellectual property protection, the right of a service provider to conduct the business of supplying access to a communication network and the right to freedom of information of the recipients of that service.¹⁴⁷ To strike a 'fair balance' between the competing human rights, it was held that Sony might be capable of obtaining an injunction to force Mr. McFadden to password protect his service and to prevent the relevant copyright infringement from occurring.¹⁴⁸ In this way, information about users committing infringements could be obtained. Notably, the CJEU also confirmed that there is no general obligation on network access providers to monitor information that is transmitted over the network.¹⁴⁹ In other words, in this case the intermediary, such as Mr. McFadden, cannot be put under obligation to watch out whether users were using the service for illicit means.

4. Renckhoff

The current EU copyright system occasionally suffers from limited ability to adapt to the digital environment.¹⁵⁰ This is evident in the case of *Land Nordrhein-Westfalen v Renckhoff*.¹⁵¹ A student included

146 Ibid, para 79.

147 Ibid, para 82. Despite without providing no more than a paragraph, the fundamental rights of users, in particular their freedom of expression and of information, safeguarded by Article 11 of the EU Charter, was also brought into the fair balance test in Case C-160/15, *GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV* (CJEU, Sept. 8, 2016) para 31.

148 *McFadden*, para 99-100.

149 Ibid, para 87.

150 Ole-Andreas Rognstad, Christophe Geiger, Marie-Christine Janssens, Alain Strowel and Raquel Xalabarder, "The delicate scope of economic rights in EU copyright law: opinion of the European Copyright Society in light of case C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen v Renckhoff* (Cordoba Case)", **European Intellectual Property Review** 41, no. 6, (2019): 335.

151 Case C-161/17, *Land Nordrhein-Westfalen v Renckhoff* (CJEU, Aug. 7, 2018) [hereinafter '*Renckhoff*']. For academic commentaries on the judgement see; Bianca Hanuz, "Liability implications of extending the communication to the public right to third-party re-posting of images already freely available online with right holder permission", **European Intellectual Property Review** 41, no. 3, (2019): 190-196; Alexander Ross, "Case C-161/17 *Land Nordrhein-Westfalen v Dirk Renckhoff* - Court of Justice loses control of the concept of communication to the public", **Entertainment Law Review** 30, no. 1, (2019): 24-26; Rognstad, Geiger, Janssens, Strowel and Xalabarder.



Dirk Renckhoff's photograph of the city of Córdoba in an assignment with a reference to the travel portal featuring it, which her school subsequently made available on its website. Mr. Renckhoff subsequently sued the state of North-Rhine Westphalia in Germany, where the school is located. The photograph was originally published on the website of an online travel magazine with the consent of the photographer. The student downloaded the photograph and copied it into her assignment in a slide presentation.¹⁵²

The German Federal Court of Justice referred the case to CJEU seeking clarifications regarding the concept of 'communication to the public'. In *Renckhoff*, the CJEU ruled that the unauthorized re-posting of photographs constitutes a communication to the public and thus an infringement of copyright, even though they are freely made available in the first place.¹⁵³

In reaching this conclusion, the CJEU underlined that allowing the posting of a communication without requiring the consent of the copyright holder would impair the fair balance between the copyright holder's human right to intellectual property and users' right to freedom of expression and information under the EU Charter.¹⁵⁴ It additionally rejected the state of North-Rhine Westphalia's argument that the posting of the photograph was protected by the right to education and held that its finding that the communication by the pupil was to a "new public" was not based on whether or not the use of the photograph was educational but on the fact that the posting of the photograph on the school website made it accessible to all visitors to that website.¹⁵⁵

5. Funke Medien, Pelham and Spiegel Online

The influence of fundamental rights on the scope and limitations of copyright has recently been addressed by the CJEU in three seminal judgments *Funke Medien NRW GmbH v Bundesrepublik Deutschland*,¹⁵⁶ *Pelham GmbH v Hütter*¹⁵⁷ and *Spiegel Online GmbH v Beck*.¹⁵⁸

152 *Renckhoff* paras. 6-7.

153 *Ibid*, paras. 46-47.

154 *Ibid*, paras. 41.

155 *Ibid*, paras. 42-43.

156 Case C-469/17, *Funke Medien NRW GmbH v Bundesrepublik Deutschland* (CJEU, July 29, 2019) [hereinafter '*Funke Medien*'].

157 Case C-476/17, *Pelham GmbH v Hütter* (CJEU, July 29, 2019) [hereinafter '*Pelham*'].

158 Case C-516/17, *Spiegel Online GmbH v Beck* (CJEU, July 29, 2019) [hereinafter '*Spiegel Online*']. For a commentary on these judgments, see; Caterine Sganga, "A decade of fair balance doctrine, and how to fix it: copyright versus fundamental rights before the CJEU from Promusicae to Funke Medien, Pelham and Spiegel Online", *EIPR* 41, (2019): 682;

The case of *Funke Medien*, also known as *Afghanistan Papers*, concerned an unauthorized publication of military reports of the German government by a daily newspaper. This report particularly included information about the deployment of German armed forces abroad.¹⁵⁹ In order to prohibit the publication of such sensitive information, the German government sued the newspaper alleging that the newspaper had infringed its copyright over the reports. The German government's action was upheld both by the trial court and on appeal.¹⁶⁰

The case of *Pelham*, also known as *Metall auf Metall*, encompassed the question of unlicensed music sampling in the EU. It concerned the use of a sequence of rhythms from the music band Kraftwerk's 20-year-old song called '*Metall auf Metall*' in a new music composition entitled '*Nur mir*' produced by Mr Pelham and Mr Haas. The album including the song *Nur mir* was released on phonograms that were recorded by Pelham GmbH. The members of the music band argued that Pelham infringed their rights as phonogram producers by electronically sampling approximately two seconds of a rhythm sequence from '*Metall auf Metall*' and using that sample in a continuous loop in '*Nur mir*'.¹⁶¹ The music sampling concerned was found infringing by the German regular court, but accepted by the German Constitutional Court on the ground of freedom of artistic creativity. The case was then made its way to the German Federal Court of Justice, which referred the case to the CJEU.¹⁶²

Spiegel Online concerned a contentious article written by the German politician Volker Beck back in 1988. The article was published in a collection of articles after being subject to certain amendments by the publisher without the author's consent. Since then, Mr Beck has

Thom Snijders and Stijn van Deursen, "The Road Not Taken – the CJEU Sheds Light on the Role of Fundamental Rights in the European Copyright Framework – a Case Note on the Pelham, Spiegel Online and Funke Medien Decisions", **International Review of Intellectual Property and Competition Law** 50, (2019): 1176–1190; Bernd Justin Jütte, "CJEU Permits Sampling of Phonograms under a De Minimis Rule and the Quotation Exception", **Journal of Intellectual Property Law & Practice** 14, no. 11, (2019): 827–829; Griffiths, 2019; Christophe Geiger and Elena Izyumenko, "Freedom of expression as an external limitation to copyright law in the EU: the Advocate General of the CJEU shows the way" **EIPR** 41, no. 3, (2019): 131-137; Christophe Geiger and Elena Izyumenko, "The Constitutionalization of Intellectual Property Law in the EU and the Funke Medien, Pelham and Spiegel Online Decisions of the CJEU: Progress, but Still Some Way to Go!", **International Review of Intellectual Property and Competition Law** 51, (2020): 282–306.

159 *Funke Medien*, paras 9-10.

160 *Ibid*, para 11.

161 *Pelham*, paras 14-17.

162 *Ibid*, paras 18-24.



totally distanced himself from the content of this article.¹⁶³ In 2013, the manuscript of the article was presented to Mr. Beck, who made the document available to various newspaper editors as evidence that his manuscript had been modified in the article published in the collection. He did not consent to the publication of the text by the media. However, he made both versions of the manuscript available on his own website.¹⁶⁴ In the meantime, the Internet portal Spiegel Online published an article in which it contented that the Mr Beck had deceived the public, because the main content in the manuscript had not been amended. In addition, the two versions of the manuscript were made available for download in full text, through hypertext links.¹⁶⁵ Mr Beck sued for copyright infringement, claiming that the availability of the full texts of his article on Spiegel Online constituted copyright infringement. He won both in the trial court and on appeal.¹⁶⁶

The main question underlying the references in all three cases was whether an external freedom of expression review of EU copyright law was admissible. More specifically, the CJEU was invited provide an opinion on whether freedom of the media (in *Funke Medien* and *Spiegel Online*) and freedom of the arts (in *Pelham*) can be accepted as exceptions or limitations to the exclusive rights of authors or phonogram producers beyond the list of codified in Article 5 of the Directive 2001/29/EC (InfoSoc Directive).¹⁶⁷

In these three cases, the CJEU has affirmed the position of the Advocate General¹⁶⁸ and has firmly denied the idea of complementing the list of Article 5 of the InfoSoc Directive with any external freedom of expression exception.¹⁶⁹ For the CJEU, EU copyright law already has internal safeguards that provide for sufficient protection for freedom

163 *Spiegel Online* para 10.

164 *Ibid*, para 11.

165 *Ibid*, para 12.

166 *Ibid*, para 13.

167 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (InfoSoc), OJ L 167 of 22 June 2001, p. 10.

168 CJEU, Opinion of Advocate General Szpunar in *Funke Medien NRW GmbH v. Federal Republic of Germany*, C-469/17, 25 October 2018, EU:C:2018:870; CJEU, Opinion of Advocate General Szpunar in *Pelham GmbH and Others v. Ralf Hütter and Florian Schneider-Esleben*, C-476/17, 12 December 2018, EU:C:2018:1002 ; and CJEU, Opinion of Advocate General Szpunar in *Spiegel Online GmbH v. Volker Beck*, C-516/17, 10 January 2019, EU:C:2019:16.

169 *Funke Medien*, para 64; *Pelham*, para 65; and *Spiegel Online*, para 49.

of expression against copyright.¹⁷⁰ In the CJEU's line of reasoning, the application of fundamental rights as external limits to copyright protection on several grounds would endanger harmonization of EU copyright law, legal certainty and consistent application of copyright exceptions and limitations.¹⁷¹

The CJEU has, however, been open to accept that freedom of expression might shape EU copyright law's internal contours.

In *Funke Medien*, the CJEU attributed two roles to the freedom of expression. Firstly, it was used to shape copyright law's subject-matter by excluding non-original works of a purely informative/factual nature from copyright protection. This was done through the idea/expression distinction and the requirement of originality.¹⁷² Secondly, it was used to delineate what should be regarded as exceptions for the purposes of quotation and news reporting under Articles 5(3)(d) and 5(3)(c) of InfoSoc Directive.¹⁷³

In *Pelham*, the CJEU again used not only freedom of expression and but also freedom of the arts as an interpretation tool in two ways. Firstly, these human rights were relied upon to make sense of the exclusive right of reproduction.¹⁷⁴ The CJEU confirmed that the technique of sampling is a form of artistic expression, which is covered by freedom of the arts as protected in Article 13 of the Charter. For the CJEU, a fair balance must be struck between the interests of the holders of copyright and related rights and the interests and fundamental rights of users.¹⁷⁵ In the present case, as the CJEU stresses, when a user exercises his right to freedom of the arts, and transform the sound sample into a new work so it is unrecognisable to the ear and produces a distinct artistic creation, it is not a 'reproduction'.¹⁷⁶ Secondly, these human rights were used to define the boundaries of the quotation exception. The CJEU stated that the quotation exception would potentially cover recognizable, but 'dialogic' use of the original work subject to certain other conditions in the light of fundamental rights.¹⁷⁷ Thus, it was held in *Pelham* that, although seen within the framework of

170 *Funke Medien*, paras 58, 70; *Pelham*, para 60; and *Spiegel Online*, paras 43, 54.

171 *Funke Medien*, paras 62-63; *Pelham*, paras 63-64; and *Spiegel Online*, paras 47-48.

172 *Funke Medien*, para 24.

173 *Funke Medien*, paras 71, 73-76.

174 *Pelham*, paras 31, 37, 39.

175 *Ibid*, para 34.

176 *Ibid*, para 39.

177 *Ibid*, paras 71-72.



freedom of arts, sampling without permission could infringe a phonogram producer's rights, subject to certain conditions.

In *Spiegel Online*, the meaning and scope of 'news reporting' and 'quotation' exceptions under EU copyright law were analysed in the light of freedom of expression. The news reporting exception was interpreted as 'not requir[ing] the rightholder's consent prior to the reproduction or communication to the public of a protected work.'¹⁷⁸ An interpretation of the quotation exception, further, led the CJEU to rule that hyperlinking could be regarded as a form of quoting a work.¹⁷⁹ Thus, the CJEU came to the conclusion that use of a protected work for the purpose of reporting current events and quotation does not, in principle, require authorization.

A notable aspect of the CJEU's judgments in *Funke Medien* and *Spiegel Online* was its affirmation that the exceptions and limitations of Article 5 of the InfoSoc Directive confer rights on the users of works.¹⁸⁰ This is not the first time that the CJEU has referred to copyright exceptions as "users' rights."¹⁸¹ By doing so, the CJEU clearly does not view exceptions and limitations as simple liberties or "privileges" recognised by the legislation in favour of users. It also seems that the CJEU has left a considerable room to the national courts in defining the boundaries of those exceptions that have not been harmonized, such as the exceptions for the purposes of quotation and news reporting.¹⁸²

III. COPYRIGHT AS A HUMAN RIGHT?

A. In General

Regardless of the various arguments that have been advanced against recognising intellectual property rights as human rights, the aforementioned human rights instruments and courts have articulated unequivocal commitment to protect some interests in intellectual creations. While these instruments and decisions seem to strongly suggest that intellectual property rights can be rationalised as human rights, this is however not always the case. This conclusion seems to accord with the basic insight, which is, as Drahos argues, that it is indeed problematic to conclude that all intellectual property rights – by virtue of their universal

178 *Spiegel Online*, para 63.

179 *Ibid*, para 80.

180 *Funke Medien*, para 70; and *Spiegel Online*, para 54.

181 See, for example: Case C-117/13, *Technische Universität Darmstadt v Eugen Ulmer KG* para 43; *Deckmyn*, para 26; *Telekabel*, paras 55-57, 64.

182 *Funke Medien*, para 43; and *Spiegel Online*, para 28



recognition - qualify as human rights.¹⁸³ He points to the limited life of intellectual property rights and further accentuates that few observers would argue that a state that has failed to enact a trade mark system has violated a human right.¹⁸⁴ This analytical path would suggest that only some elements of copyright and thus some interests embedded within them could be conceptualised as human rights. Thus, each human rights regime needs a closer look through a nuanced lens so as to find out the answer to this question.

Frustratingly, neither the ECtHR nor the CJEU have explained why they have viewed intellectual property rights, including copyright, as possessions under the relevant fundamental rights norms. Accordingly, the Courts' case law does not contribute to the current understanding of why and how copyright can/should qualify for human rights protection in accordance with their fundamental rights legislation. Apparently, this question will be settled through a case-by-case analysis, and it is necessary to wait for future cases to make a deeper analysis.

However, the structure of Article 1 Protocol 1 of the ECHR and Article 17(2) of the EU Charter provide a specific foundation for protecting intellectual property rights as human rights. The property notion under these articles has enabled the Courts to creatively characterise (or exclude from protection) a few areas (subject matters) of copyright as human rights in various situations.¹⁸⁵ Within the ECHR system, these include: the artistic material (drawings) in certain magazines (*Aral*), the book (*Melnychuk*), the designs of a new national emblem and seal (*Dima*), a photograph of a historic castle (*Balan*), the catwalk and clothes displayed in a fashion show (*Ashby Donald*), musical works, films and computer games (*the Pirate Bay*) and musical works (*Akdeniz*). Within the EU Charter system, these involve: musical works (*Promusicae*, *Scarlet*, *Netlog*, *McFadden* and *Pelham*), cinematographic works (*Luksan* and *Telekabel*) the cover of the *Suske en Wiske* comic book (*Deckmyn*), the photograph of the city of Córdoba (*Renckhoff*), government reports (*Funke Medien*) and the article in a book (*Spiegel Online*). It is also clear that copyright, patents, trade marks, and even trade mark applications, have been viewed as possessions.

183 Peter Drahos, "Intellectual Property and Human Rights", *Intellectual Property Quarterly* 3, (1999): 361.

184 *Ibid*, 366.

185 Also, the word used as an unregistered trade mark for beer and the application for the registration of this mark (*Anheuser-Busch*).



In attaining these conclusions, notwithstanding repeatedly emphasising an autonomous meaning of ‘possessions’ under Article 1, the ECtHR first and foremost has relied on national law in order to describe whether an asset or a claim having an economic value for its owner is legally recognised within the ECHR system. In *Anheuser Busch*, for example, it determined whether the trade mark application conferred financial interests and rights by making reference to Portuguese law.¹⁸⁶ Similarly in *Balan*, in deciding whether the applicant had a copyright and thus a human right to property in his book and photograph was settled by referring to the assessment and acceptance of the domestic courts on this account.¹⁸⁷ In *Ashby Donald*, the question of whether fashion shows and clothes were copyrighted and therefore possessions was determined by just approving the national law’s assessment.¹⁸⁸ The Strasbourg Court has continuously assigned interpretation of national intellectual property law to the national courts and generally eschewed reviewing their decisions in that regard.¹⁸⁹ Consequently, it has not constituted its own understanding of what a possession is within the meaning of Article 1 of Protocol 1 at a human rights level, independently from how national laws style their intellectual property laws.

After the *Ashby Donald* and *The Pirate Bay* judgments, some commentators in Europe concurred in arguing that copyright enforcement is open to external limitations stemming from human rights,¹⁹⁰ although copyright protection was subjected to human rights scrutiny in *Ashdown v Telegraph Group Ltd*¹⁹¹ well before these two cases. For these commentators,¹⁹² the Strasbourg Court attained this outcome by the so-called ‘balancing paradigm.’¹⁹³ The ECtHR itself refers to this concept in its reasoning in *Ashby Donald*.¹⁹⁴ Indeed, the Court has left the door ajar for a human rights review of copyright enforcement for certain types of speeches, especially political speeches, affecting the general public interest. However, this review is made from within the human rights

186 *Anheuser Busch*, paras 76-78, 83.

187 *Balan*, para 34.

188 *Ashby Donald* (n 166) para 36.

189 *Ruse-Khan*, 82.

190 Geiger and Izyumenko, 2014, 318.

191 *Ashdown v Telegraph Group Ltd* [2002] Ch 149.

192 Geiger and Izyumenko, 2014, 318, 330-335.

193 For the comprehensive analysis of this concept see; Helfer, ‘Towards a Human Rights Framework for Intellectual Property’, 46-51.

194 *Ashby Donald*, para 40.

context, and unless national courts follow a similar line of reasoning as in *Ashdown*, it seems difficult to argue that such an external limitation is implemented.

Balancing paradigm is one that is also familiar to the CJEU's 'a fair balance' test. However, this rhetoric surrounding the oft-repeated balancing paradigm might have puzzled the policymakers, judges, and commentators¹⁹⁵ about its outcomes, even though the way it was implemented had nothing to do with balancing at all. In a balancing exercise, the competing interests are given weight on an equal footing. In order to call something balanced, the competing interests should have the same weight on each side of a measuring scale. Curiously, the former Commission had previously considered this type of conflict in the case of *Soci te Nationale De Programmes FRANCE 2 v France*.¹⁹⁶ In this case, it accepted that copyright formed a legitimate limitation on freedom of expression under Article 10(2). However, no reference to Article 1 of the First Protocol as a basis for the copyright protected interest was made. Virtually seven years before its decision in *Smith Kline*, the Commission had not considered any need to balance between the two human rights as protected under the Convention. By conferring a constitutional mandate to intellectual property enforcement, the Strasbourg Court has come to this point through progressively elevating intellectual property rights, specifically copyright, to the status of a human right and recognising a stronger claim for them than the competing interests such as freedom of expression. This is a natural outcome of the win/lose ideology in trying a dispute. These courts in reality did not perform a balancing exercise, rather it resolved the conflict between copyright as a form possession and freedom of expression by just picking, or approving to choose, one of them.

195 Christophe Geiger for example contends that tensions between property and freedom must be brought into a balanced relationship and that this reasoning offers possibilities for a balanced development of intellectual property law generally [Geiger, 'Constitutionalising Intellectual Property Law? - The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union', 386]. Likewise, Daniel Gervais argues that conflicts between copyright and rights such as the right to privacy or to information imply striking a balance [Daniel J. Gervais, "Making Copyright Whole: A Principled Approach to Copyright Exceptions and Limitation", *University of Ottawa Law & Technology Journal* 5, (2008): 1]. Finally, Laurence Helfer and Graeme Austin suggest that striking the appropriate balance between recognising and rewarding human creativity and innovation and ensuring public access to these fruits of those endeavours poses the 'central challenge' when bringing together the two regimes of human rights and intellectual property [Helfer and Austin, 507].

196 *Soci te Nationale De Programmes FRANCE 2 v France* App No 30262/96 (Commission, 15 January 1997). Also, see; *N V Televisier v The Netherlands* App no 2690/65 (Commission, 3 October 1968).



Alexander Peukert, amongst others, points out that the basic logic behind the balancing paradigm, namely that competing interests are of equal rank, is ‘conceptually flawed and should be replaced by a justification paradigm’ noting that:

‘[The balancing paradigm] fails to explain according to which normative criteria a conflict between fundamental rights is to be resolved. What such weighing without a scale will yield is not foreseeable, and it automatically tends to lead to ad-hoc interventions with weak if any foundation in positive law. When it comes to conflicts between the fundamental right to property and other fundamental rights such as the freedom of expression, the balancing paradigm is particularly inappropriate: The reason for this specific defect is that the balancing paradigm rests upon the assumption that all fundamental rights are of equal normative value, and that there is no hierarchical order between them.’¹⁹⁷

According to Peukert, intellectual property protection should be justified (*ex ante* justification), before it enters into effect, since ‘the legislature encroaches upon the public domain.’¹⁹⁸ Once the legislature introduces new intellectual property norms, then an interference with them should be justified (*ex post* justification).¹⁹⁹ Through a normative lens under the rule of law it becomes possible to prevent ‘ad hoc decisions’ and promote ‘criticism and review by forcing the court into a structured, transparent reasoning.’²⁰⁰ He thinks that ‘the role of the judiciary’ in justifying the expansion and limitation of intellectual property ‘is relatively limited’ as opposed to the role of the legislature, even though advocates of the balancing paradigm suggest otherwise.²⁰¹

Griffiths, on the other hand, thinks that the ‘dramatic “constitutionalisation” of European copyright law [in *Luksan*, as well as in *Scarlet*] has been predominantly cosmetic, designed to offer rhetorical support for its harmonisation agenda.’²⁰² For him, this is just for

197 Alexander Peukert, “The Fundamental Right to (Intellectual) Property and the Discretion of the Legislature” in **Research Handbook on Human Rights And Intellectual Property**, 135 (Internal notes omitted).

198 *Ibid*, 140.

199 *Ibid*.

200 *Ibid*, 141.

201 *Ibid*.

202 Griffiths, 2014, 77.



‘provid[ing] rhetorical cover for the expansion of its own jurisdiction.’²⁰³ Indeed, in contrast to the artificial self-restraint created by the ECtHR itself, the CJEU has been bolder in utilising a more general competence to determine both the appropriate boundaries of property rights and the compatibility of any interference with Article 17.

Therefore, despite the aforementioned appraisals of human rights courts and institutions, quite difficult, yet glaring, questions, ranging from the conceptual ground of protection and the existence of corporate ‘human’ rights, to the very definition of when copyright is protected under the umbrella of human rights, remains. How exactly does one ascribe human rights attributes to copyright?

The inclusion of intellectual property in the category of fundamental rights is obviously linked to broader trends towards ‘propertisation’ in intellectual property law. Being critical of this ‘maximalist tendency’, Peukert cautions that behind this semiotic metamorphosis there lies a ‘self-sufficient property logic’ that has been built into intellectual property law.²⁰⁴ Does this tendency fit into intellectual property theory?

Yet even if an intellectual property right, and therefore a copyright, does qualify as a human right with all the sweeping interests that are assured, neither the aforementioned instruments nor their exegeses provide adequate guidance as to how such a right and the interests imbued into its protection regime should be juxtaposed to other rights that require access to the fruits of creativity. What are these interests, and how can they be protected under the mantle of those human rights regimes? The next section will seek answers to these questions.²⁰⁵

B. Moral Interests

Willem Grosheide underscores that most of current copyright scholarship perceives moral rights as human rights.²⁰⁶ To this end, reference is made to several human rights instruments.²⁰⁷ Of course there is some truth in this broad argumentation, but on what basis and

203 Ibid, 78.

204 Peukert, 68-69.

205 See also: Paul L. C. Torremans, “Is Copyright a Human Right?”, *Michigan State Law Review*, (2007): 277.

206 Willem Grosheide, “Moral Rights”, in *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, ed. Estelle Derclaye (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2009), 247-48.

207 For example, UDHR Article 27, ICESCR Article 15(1)(c), International Covenant on Civil and Political Rights 1996 (ICCPR) Article 19, ECHR Article 1 Protocol 1, EU Charter Article 17(2).



to what extent can moral rights be safeguarded under various human rights regimes? How did moral rights historically spring into copyright laws and how have they been reflected in those instruments' protection philosophies?

The protection of the author's moral interests stems from the idea that authors are inherently identified with their creations:²⁰⁸ moral rights shield the author through his work by giving recognition and protection to creative integrity, reputation and personality.²⁰⁹ The advent of moral rights in modern sense may perhaps be traced back to the highly romantic French legal concept of *le droit d'auteur*, first embodied as a 'literary and artistic property' in the Laws of 1791 and 1793.²¹⁰ The author's right essentially emerged from the Enlightenment. This was 'the product of rationalist philosophy, which saw an author's intellectual creation as an emanation of his personality/individuality-in metaphysical terms, his[her] very soul.'²¹¹ Use of an author's work without permission was seen as equivalent to an assault on his/her spirit. This understanding tends to presume a moral link between the protection and a work. Therefore, works lacking sufficient creativity will not attract the protection of *droit d'auteur*. Since it has been conceptualised as 'the most sacred right of man,' 'in extreme cases normative judgments of intrinsic merit may even be applied.'²¹² From its revolutionary origins, the concept of moral rights (*droit moral/droits moraux*) flourished 'through elaboration of the prerogatives' in the jurisprudence of the French courts during the course of the 19th century.²¹³ It was gradually introduced in the first half of the twentieth century into the copyright laws of continental-European countries of the civil law tradition.²¹⁴

Since its inception as a legal ground for the protection of authors, lawyers in different jurisdictions have converged in identifying five broad categories of moral rights: 1) the right of attribution-paternity

208 Yu, 'Reconceptualising Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework', 1081-1083.

209 Gillian Davies and Kevin Garnett, **Moral Rights**, (Sweet & Maxwell, 2010), 3.

210 Elizabeth Adeney, **The Moral Rights of Authors and Performers: An International and Comparative Analysis** (Oxford, OUP, 2006), 165; Davies and Garnett, 16.

211 Simon Newman, "The Development of Copyright and Moral Rights in the European Legal Systems", **European Intellectual Property Review** 33, no. 11, (2011): 682.

212 Ibid, 682.

213 Adeney, 165.

214 It should be noted that the French dualist theory of the author's right diverges from the German monist or unitary approach. See; Davies and Garnett, 24-27.

(*droit de paternité*),²¹⁵ 2) the right of disclosure (*droit de divulgation*),²¹⁶ 3) the right of respect or right of integrity (*droit à l'intégrité*),²¹⁷ 4) the right of retraction (*droit au retrait et droit au repentir*),²¹⁸ and 5) the right of access (*droit d'accès*).²¹⁹ These rights are now widely recognised in varying degrees in 162 different jurisdictions throughout the world.²²⁰ Certain moral rights - the right of attribution and the right of integrity - have been given international recognition in Article 6*bis* of the Berne Convention.²²¹ In 1996 the WTTP introduced international protection for certain moral rights in favour of performers for the first time.²²²

With regard to Article 1 Protocol 1 of the ECHR, there is no clue in the ECtHR's case law as to whether the right to property extends to moral rights. Legal scholarship is however separated into two camps.²²³ While some suggest that Article 1 Protocol 1 covers only the economic value of a possession,²²⁴ others argue that Article 1 Protocol 1 also protects moral rights.²²⁵ These commentators also think that moral rights – even without any case law on point – could be protected by Article 8 of the Convention

215 The right of attribution is the right to claim authorship of the protected work (see; Davies and Garnett, 5).

216 The right of disclosure is the right to determine when the work is ready for public dissemination and in what form the work will be disseminated (see; Davies and Garnett, 6).

217 The right of integrity is the right to prevent the distortion, mutilation, or other modification of the work in a manner prejudicial to the author's honour or reputation (see; Davies and Garnett, 6).

218 The right of retraction is the right to withdraw the work from public dissemination and public use (see; Davies and Garnett, 6).

219 The right of access is the right to demand access to a work from the original owner of the work or to a copy of the work (see; Davies and Garnett, 6).

220 Davies and Garnett, 4, ft 4, 955-1016.

221 Bern Convention Article 6*bis* reads as follows: '[T]he author shall have the right to claim authorship of the work and to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honour or reputation.'

222 WTTP Article 5 states that: '[T]he performer shall, as regards his live aural performances or performances fixed in phonograms, have the right to claim to be identified as the performer of his performances, except where omission is dictated by the manner of the use of the performance, and to object to any distortion, mutilation or other modification of his performances that would be prejudicial to his reputation.'

223 Helfer, 42.

224 Ali Riza Coban, **Protection of Property Rights Within the European Convention on Human Rights**, (Ashgate Publishing, 2004), 149-150.

225 J. Drexel, "'Constitutional Protection of Authors' Moral Rights in the European Union - Between Privacy, Property and the Regulation of the Economy", in **Human Rights and Private Law: Privacy**, ed. Katja S. Ziegler, (Hart Publishing, 2006)(cited by Geiger, 'Constitutionalizing' Intellectual Property Law?' 383 ft 54).



on the protection of privacy.²²⁶ An extensive analysis of the Strasbourg Court's previous case law evidences that the Court's understanding of possession covers a wide range of rights, claims and interests which may be classified as assets.²²⁷ Exploring the meaning of possessions in the ECtHR's case law on Article 1 Protocol 1, Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks and Clare Ovey quite recently note that 'all manner of things which have an *economic value*' qualify as property rights.²²⁸ This demonstrates that only 'economic interests' stand out in the Court's analysis.

Indeed, it is difficult to imagine that any kind of possession of property in the form of an asset confers upon its owner a right to be identified as the creator of that property (paternity right) or to challenge misattribution as author of that property (false attribution of work). Nor does it include a claim that enables its owner to sue infringers who have subjected his or her property, *inter alia* an asset, to derogatory treatment (integrity right). Equally, owners of property have no such privacy right, which can be found in copyright law, over their property, because the subject that they own is inherently overt (privacy rights in photograph and films). One may still, however, identify a possession under an exclusive right or claim, instead of a possession in a certain category of the subject material (e.g. literary, artistic, dramatic or musical works, or etc.) of copyright, which empowers it to obtain those moral interests. This kind of approach still seems ill-founded and unjustifiable, because ownership of a claim and ownership of a thing are quite distinct concepts. Likewise, because the ECtHR only guarantees economic interests, a claim right for the protection of moral interests would be thrown out due to the lack of pecuniary consequences for its holder. This understanding can also lead to questions like: are all rights property rights? Even though the owners of property do not establish a personal link with the thing that they own or the thing does not serve a purpose to distinguish them as a creator of it among others, it is interesting that some scholars still expand the protection of property to moral interests, which have always been historically strictly detached from 'economic' interests on intellectual creations. Therefore, it might be argued that moral interests are not inherently suitable for the protection under the shield of the human right to property.

226 Drexler, 173-74; Geiger, 'Constitutionalizing' Intellectual Property Law? 383.

227 Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks, and Clare Ovey, *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights* (Oxford, OUP, 7th edn, 2017), 551 (Emphasis added).

228 For examples see; Rainey, Wicks, and Ovey, 551-552.

The CJEU has recognised the right of integrity where the work is associated to a racist and discriminatory message (*Deckmyn*).²²⁹ As it, apart from this example, has remained silent in relation to moral interests, the same account would be valid for the EU Charter, as genealogic connections between the two treaties would lead the underpinning economic-oriented ideology of the ECHR to resonate in the EU Charter.

C. Material Interests

The history of copyright suggests that classical economic rights in copyright have been governed under six broad categories: the reproduction right, the distribution right, the rental and lending right, the right of communication to the public (the right to performance), related economic rights (performers' economic rights, resale right-*droit de suite*) and the right of adaptation. These rights have been enshrined in different forms in international treaties, most notably the Berne Convention,²³⁰ the WIPO Copyright Treaty,²³¹ the Rome Convention,²³² the WIPO Performance and Phonogram Treaty 1996 (WPPT),²³³ the TRIPs Agreement,²³⁴ and in various EU directives, specifically the Software

229 See also the AG Szpunar's opinion in the case *Spiegel Online GmbH v Volker Beck* para 79, where the moral right of communication of the work to the public was associated with Article 10 of the EU Charter, establishing freedom of thought.

230 The Bern Convention recognises the following economic rights empowering copyright holders to control some certain activities: 1) Article 8 (the right of translation) 2) Articles 9 and 14 (the right to reproduction); 3) Articles 11, 11*ter* and 14 (the right of public performance and communication); 4) Article 11*bis* (the right of broadcasting); 5) Article 12 and 14 (the right of adaptation); 6) Article 14 (the right of distribution of cinematographic works) and 6) Article 14*ter* (*droit de suite*).

231 WIPO Copyright Treaty contains the following economic rights: 1) Article 6 (the right of distribution); 2) Article 7 (the rental right); and 3) Article 8 (the right of communication to the public). These provisions are to be without prejudice to the relevant provisions of the Bern Convention (WCT Article 8).

232 Economic rights in neighbouring media works were initially regulated by the Rome Convention as follows: 1) Article 10 (the right of reproductions of producers of phonograms) and 2) Article 13 (the right of fixation, rebroadcast, reproduction and public communication of broadcasters).

233 WIPO Performance and Phonogram Treaty distinguishes between the rights of performers and producers: 1) Article 6 (the right to broadcast and communication with the public, and the right to fixation of performers); 2) Article 7 (the right of reproduction of performers); 3) Article 8 (the right of distribution of performers); 4) Article 9 (performers' rental rights); 5) Article 10 (the right to make available of performers); 6) Article 11 (the right of reproduction of producers); 7) Article 12 (the right of distribution of producers); 8) Article 13 (producers' rental rights); 9) Article 14 (the right to make available of producers).

234 In terms of economic rights, the TRIPs Agreement refers to the Bern Convention (TRIPs Agreement Article 9(1)). However, it extends rental rights to computer programs and films in Article 11. It also restates the minimum rights for phonogram producers and broadcasters in Article 14(1)(2).



Directive,²³⁵ the Rental and Lending Rights Directive,²³⁶ the Satellite Broadcasting Directive,²³⁷ the Database Directive,²³⁸ the Resale Rights Directive²³⁹ and the Information Society Directive,²⁴⁰ as well as in national statutes. The substantive nature and types of these economic rights differ from one jurisdiction to another.²⁴¹ As well as generating a complex and inconsistent system of rights, the aggregate and responsive way in which economic rights have been crafted has also yielded a degree of overlap between them. The similitude of interests in protection shields between the right of reproduction and the right of adaptation, and the distribution right and rental and lending right are the most significant examples of this overlap.²⁴² In effect, any adaptation of a work at least requires the use of the original work.

With regard to the ECHR system, no clear indication can be found in the ECtHR's reasoning. In its copyright cases, on the other hand, the material interests tried by the ECtHR, without making a clear distinction among material interests that might be protected as possessions, have been the right of reproduction (*Aral, Melnychuk, Balan, Dima, and Ashby Donald*) and the right to communicate the work to the public (i.e. *Aral, Melnychuk, Balan, Dima, Ashby Donald, The Pirate Bay* and *Akdeniz*). Given the fact that the ECtHR has embraced a purely economic-oriented and

235 Directive 91/250/EEC has been repealed and replaced by this Directive. See; Council Directive 2009/24/EC of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs [2009] OJ L 111/16 Article 4(a) (the right to reproduction); Article 4(b) (the right to adaptation) and Article 4(c) (the right to distribution).

236 Directive 92/100/EEC has been repealed and replaced by this directive. See; Council Directive 2006/115/EC of 12 December 2006 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property [2006] OJ L 376/28 Article 3 (rental rights), Article 7 (the right to fixation), Article 8 (the right to communication) and Article 9 (the right to distribution).

237 Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission [1993] OJ L 248/15 Articles 2 and 4.

238 Council Directive 96/9/EC of 11 March 1996 on the legal protection of databases [1996] OJL 077/20 Article 5(a) (the right to reproduction); Article 5(b) (the right to adaptation); Article 5(c) (the right to distribution) and Article 5(d) (the right to public performance and communication).

239 Council Directive 2001/84/EC of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art [2001] OJ L 272/32.

240 InfoSoc Directive Article 2 (the right to reproduction); Article 3(1) (the right to communication); Article 3(1)(b)-(d) (rental rights); Article 3(1)-(2)(a)-(d) (the right to make available); Article 4(1) (the right to distribution); and Article 4(2) (the right to adaptation).

241 Ansgar Ohly, "Economic Rights", in *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, 212-41.

242 Ibid, 218, 220.

broad understanding in extending the concept of possession to a wide range of rights and interests which may be classified as assets, any state intervention to interests giving an economic gain to the copyright holder would be considered as a violation of Article 1 of Protocol 1. This analytic path still adds very little to current understanding to find out clear-cut results for the question of which material interests would be protected in the world of human rights.

Apart from its judgement in *Luksan*, the CJEU, like the ECtHR, has not distinguished among material interests.²⁴³ It was content with holding that copyrights of the referring courts' home countries shall fall within the ambit of Article 17(2). In these cases, it has overseen the right of reproduction, the right to make the work available to the public (i.e. *Promusicae*), and the right of protection against secondary infringement (i.e. *Scarlet*, *Netlog* and *Telekabel*). In *Luksan*, *Renckhoff*, *McFadden*, *Pelham* and *Spiegel Online*, however, it positioned certain exploitation rights (such as reproduction right, satellite broadcasting right and any other right of communication to the public through making works available to the public) under Article 17(2). It is not clear whether this difference in the CJEU's analysis was intentional or mere negligence. This ambiguity in the CJEU's reasoning about material interests is no guarantee of their demise. Despite the lack of sufficient clarification, in the light of its case law *in toto*, however, the CJEU would arguably be ready to see any enforceable economic right under copyright laws of EU member states as human rights through its market-oriented perspective.

CONCLUSION

Is copyright a human right? The current state of scholarship and case law on the interfaces between copyright and human rights presents a patchwork and haphazard picture. Certain economic interests without maximum limits in copyrights, as well as patents and trade marks, qualify as human rights in the ECtHR's case law. The *Anheuser-Busch*, *Ashby Donald* and *The Pirate Bay* cases evidence that even the small fortunes that

243 In *Promusicae*, it held that: 'It should be recalled that the fundamental right to property, which includes intellectual property rights such as copyright (see, to that effect, Case C-479/04 *Laserdisken ApS v Kulturministeriet* [2006] ECR I-8089 para 65), and the fundamental right to effective judicial protection constitute general principles of Community law.' See para 62. It was equally straightforward in *Scarlet* and *Netlog* in reasoning that: 'The protection of the right to intellectual property is indeed enshrined in Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('the Charter')." See *Scarlet* (n 903) para 43 and *Netlog* (n 904) para 41. It followed this brevity in *Telekabel* as well '(i) copyrights and related rights, which are intellectual property and are therefore protected under Article 17(2) of the Charter.' See para 47.



can be earned from intellectual property rights can be seen as economic interests deserving human rights protection. However, moral interests in copyright falter in the ECHR and EU Charter regime. The ECHR and EU Charter extend legal remedies for protecting the human rights of corporations. Equally, the ECHR and the EU Charter adopt an economic-oriented approach, accordingly they envision intellectual property rights – and copyright in particular- as commodities and a means of investment. As Emberland highlights, '[i]t would be meaningless to disconnect the Convention's democratic model from core values of a capitalist system.'²⁴⁴ These two human rights regimes have acknowledged that in some circumstances copyright as protected human rights may contradict other human rights norms, but none has provided an appropriate and extensive legal method to resolve the conflict.

The fragmentation of international law is often considered a source of normative and institutional conflict. The cases explained above further demonstrate that copyright law and human rights, at least some attributes of them, seem to be mutually reinforcing, in addition to the more popular narrative in which copyright somehow negates or overrides human rights. This does not however change the fact that the overly fragmented clusters of international human rights architecture have enabled *divergent* positions in the interpretation of the interfaces between copyright and human rights. The situation is also exacerbated by the inadequate interpretations of intellectual-property-related human rights norms due to deeper differences about the nature and function of human rights in a political society. The preceding discussion accordingly shows how different, but also overlapping, analyses leave out some foundational questions on the paradoxical co-existence and conflict of intellectual property rights and human rights.

244 Marius Emberland, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*, (Oxford, OUP, 2006), 42.



RESOURCES:

“Ashby Donald and others v France”, **International Review of Intellectual Property and Competition Law** 45, no. 3, (2014): 354-360.

““Pirate Bay” European Convention on Human Rights, Art. 10 – Neij and Sunde Kolmisoppi v. Sweden, 2013” **International Review of Intellectual Property and Competition Law** 44, no. 4, (2013): 724.

ADENEY, Elizabeth. **The Moral Rights of Authors and Performers: An International and Comparative Analysis**,s (Oxford, OUP, 2006).

ALÌ, Gabriele Spina. “Intellectual Property and Human Rights: A Taxonomy of Their Interactions”, **International Review of Intellectual Property and Competition Law** 51, no. 4, (2020): 411-445.

ANGELOPOULOS, Christina. “MTE v Hungary: New ECtHR Judgment on Intermediary Liability and Freedom of Expression” (March 5, 2016), available at <http://kluwercopyrightblog.com/2016/03/05/mte-v-hungary-new-ecthr-judgment-on-intermediary-liability-and-freedom-of-expression/>.

ARAI-Takahashi, Yutaka. **The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR** (Antwerp, Intersentia, 2002).

BARAZZA, Stefano. “Authorship of Cinematographic Works and Ownership of Related Rights: Who Holds the Stage? **Martin Luksan v Petrus van der Let, Case C-277/10, European Court of Justice (ECJ), 9 February 2012**”, **Journal of Intellectual Property Law & Practice** 7, no. 6, (2012): 396.

BEITER, Klaus. “The Right to Property and the Protection of Interests in Intellectual Property – A Human Rights Perspective on the European Court of Human Rights’ Decision in Anheuser-Busch Inc. v Portugal”, **International Review of Intellectual Property and Competition Law** 39, no. 6, (2008): 714–721.

BROWN, Abbe E. L. **Intellectual Property, Human Rights and Competition: Access to Essential Innovation and Technology** (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2012).

BRUNNER, Lisa. “The Liability of an Online Intermediary for Third Party Content The Watchdog Becomes the Monitor: Intermediary Liability after Delfi v Estonia”, **Human Rights Law Review** 16, no. 1, (2016): 163-174,

CARPENTER, Megan M. “Trademarks and Human Rights: Oil and Water? Or Chocolate and Peanut Butter”, **Trademark Reporter** 99, (2009): 892–930.



CHAPMAN, Audrey R. "Approaching Intellectual Property as a Human Right: Obligations Related to Article 15 (1) (c)", in **Approaching Intellectual Property as a Human Right**, ed. Evgueni Guerassimov (UNESCO Publishing, 2001).

COBAN, Ali Riza. **Protection of Property Rights Within the European Convention on Human Rights**, (Ashgate Publishing, 2004).

DAVIES, Gillian and Kevin Garnett. **Moral Rights**, (Sweet & Maxwell, 2010).

DRAHOS, Peter. "Intellectual Property and Human Rights", **Intellectual Property Quarterly** 3, (1999): 361.

EMBERLAND, Marius. **The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection**, (Oxford, OUP, 2006).

EU Focus, "ISP May Be Ordered To Block Website Infringing Copyright", **EU Focus**, no. 319, (2014): 27-28.

GEIGER Christophe. "Constitutionalising Intellectual Property Law? - The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union", **International Review of Intellectual Property and Competition Law** 37, no. 4, (2006): 371-406.

GEIGER, Christophe and Elena Izyumenko. "Copyright on the Human Rights' Trial: Redefining the Boundaries of Exclusivity Through Freedom of Expression", **International Review of Intellectual Property and Competition Law** 45, no. 3, (2014): 316-342.

GEIGER, Christophe (ed). **Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property**, (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015).

GEIGER, Christophe and Elena Izyumenko. "Freedom of expression as an external limitation to copyright law in the EU: the Advocate General of the CJEU shows the way" **EIPR** 41, no. 3, (2019): 131-137.

GEIGER, Christophe and Elena Izyumenko. "Shaping Intellectual Property Rights Through Human Rights Adjudication: The Example of the European Court of Human Rights", **Mitchell Hamline Law Review** 46, no. 3, (2020): 527-612.

GEIGER, Christophe and Elena Izyumenko. "The Constitutionalization of Intellectual Property Law in the EU and the Funke Medien, Pelham and Spiegel Online Decisions of the CJEU: Progress, but Still Some Way to Go!", **International Review of Intellectual Property and Competition Law** 51, (2020): 282-306.



GEIGER, Christophe. "Intellectual Property Shall Be Protected!? Article 17(2) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: A Mysterious Provision with An Unclear Scope", **European Intellectual Property Review** 31, no. 3, (2009): 115.

GERVAIS, Daniel J. "Making Copyright Whole: A Principled Approach to Copyright Exceptions and Limitation", **University of Ottawa Law & Technology Journal** 5, (2008): 1

GOEBEL, B. "Trademarks as Fundamental Rights—Europe", **Trademark Reporter** 99, (2009): 931–955; Jennifer W. Reiss, "Commercializing Human Rights: Trademarks in Europe After Anheuser-Busch v Portugal", **Journal of World Intellectual Property** 14, no. 2, (2011): 176-201.

GOLDSMITH, Harry. "Human Rights and Protection of Intellectual Property", **Trademark and Copyright Journal of Research and Education** 12, no. 2, (1968): 889.

GREER, Steven. **The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights (Human Rights Files No 15)** (Council of Europe Publishing, 1997).

GRIFFITHS, Jonathan and Luke McDonagh. "Fundamental Rights & European IP law – The Case of Art 17(2)", in **Constructing European Intellectual Property**, ed. Christophe Geiger (Cheltenham, Edward Elgar, 2013), 80.

GRIFFITHS, Jonathan and Uma Suthersanen (eds). **Copyright and Free Speech**, (Oxford, Oxford University Press, 2005).

GRIFFITHS, Jonathan. "Constitutionalising or Harmonising? The Court of Justice, the Right to Property and European Copyright Law", **European Law Review** 38, no. 1, (2013): 76.

GRIFFITHS, Jonathan. "European Union copyright law and the Charter of Fundamental Rights—Advocate General Szpunar's Opinions in (C-469/17) Funke Medien, (C-476/17) Pelham GmbH and (C-516/17) Spiegel Online", **ERA Forum** 20, (2019): 35–50.

GROSHEIDE, Willem. "Moral Rights", in **Research Handbook on the Future of EU Copyright**, ed. Estelle Derclaye (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2009), 247.

GROSHEIDE, Willem. "Intellectual Property Rights and Human Rights: Related Origin and Development" in **Intellectual Property and Human Rights: A Paradox**, ed. Willem Grosheide (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010).



GROSHEIDE, Willem. **Intellectual Property and Human Rights: A Paradox**, (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010).

HANUZ, Bianca. "Liability implications of extending the communication to the public right to third-party re-posting of images already freely available online with right holder permission", **European Intellectual Property Review** 41, no. 3, (2019): 190-196.

HELPER, Laurence R. "Toward a Human Rights Framework for Intellectual Property", **Davis L Rev** 40, (2007): 971-1020.

HELPER, Laurence R. "The New Innovation Frontier? Intellectual Property and the European Court of Human Rights", in **Intellectual Property And Human Rights, Enhanced Edition Of Copyright And Human Rights**, ed. Paul L. C. Torremans (Zuidpoolingel, Kluwer, 2008), 39.

HELPER, Laurence R. and Graeme W. Austin. **Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface** (Cambridge, CUP, 2011).

HÖRNLE, Julia. "On Whose Side Does the Internet Access Provider Stand? Blocking Injunctions Against Communication Service Providers. Case C-314/12, UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film", **Communications Law** 19, no. 3, (2014): 99-100.

HUSOVEC, Martin. "ECTHR Rules On Liability of ISPs as A Restriction of Freedom of Speech", **Journal of Intellectual Property Law & Practice** 9, no. 2, (2014): 108-109.

HUSOVEC, Martin. "General Monitoring of Third-Party Content: Compatible with Freedom of Expression?" **Journal of Intellectual Property Law & Practice** 11, no. 1, (2016) 17-20.

JAMES, Steven. "Digesting Lush v Amazon and UPC Telekabel: Are We Asking Too Much Of Online Intermediaries?", **Entertainment Law Review** 25, no. 5, (2014): 175-178; Christina Angelopoulos, "Are blocking injunctions against ISPs allowed in Europe? Copyright Enforcement in the post-Telekabel EU Legal Landscape", **Journal of Intellectual Property Law & Practice** 9, no. 10, (2014): 812-821.

JONES, J. "Internet Pirates Walk the Plank with Article 10 Kept at Bay: Neij and Sunde Kolmisoppi v Sweden", **EIPR** 35, no. 11, (2013): 695-700.

JONGSMA, Daniël "Parody After Deckmyn – A Comparative Overview of the Approach to Parody Under Copyright Law in Belgium, France, Germany and The Netherlands", **International Review of Intellectual Property and Competition Law** 48, (2017): 652-682.



JÜTTE, Bernd Justin. “CJEU Permits Sampling of Phonograms under a De Minimis Rule and the Quotation Exception”, **Journal of Intellectual Property Law & Practice** 14, no. 11, (2019): 827–829.

LEGG, Andrew. **The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality** (Oxford, OUP, 2012).

MACOVEI, M. **Freedom of Expression: A Guide to The Implementation of Article 10 of the European Convention on Human Rights (Human Rights Handbooks No 2)** (Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2001).

MINERO, Gemma. “European Union: case note on “UPC Telekabel Wien””, **International Review of Intellectual Property and Competition Law** 45, no. 7, (2014): 848-851.

NEWMAN, Simon. “The Development of Copyright and Moral Rights in the European Legal Systems”, **European Intellectual Property Review** 33, no. 11, (2011): 682.

OHLY, Ansgar. “Economic Rights”, in **Research Handbook on the Future of EU Copyright**, 212–41.

PEUKERT, Alexander. “Intellectual Property as an End in Itself?”, **European Intellectual Property Review** 33, no. 2, (2011): 69.

PEUKERT, Alexander. “The Fundamental Right to (Intellectual) Property and the Discretion of the Legislature” in **Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property**, 135.

RAINEY, Bernadette, Elizabeth Wicks, and Clare Ovey. **Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights** (Oxford, OUP, 7th edn, 2017).

ROGNSTAD, Ole-Andreas, Christophe Geiger, Marie-Christine Janssens, Alain Strowel and Raquel Xalabarder. “The delicate scope of economic rights in EU copyright law: opinion of the European Copyright Society in light of case C-161/17, Land Nordrhein-Westfalen v Renckhoff (Cordoba Case)”, **European Intellectual Property Review** 41, no. 6, (2019): 335.

ROSATI, Eleonora. “Just a Laughing Matter? Why the Decision in Deckmyn is Broader than Parody”, **Common Market Law Review** 52, no. 2, (2015): 511-529.

ROSS, Alexander “Case C-161/17 Land Nordrhein-Westfalen v Dirk Renckhoff - Court of Justice loses control of the concept of communication to the public”, **Entertainment Law Review** 30, no. 1, (2019): 24-26.



RUSE-KHAN, Henning Grosse. “Overlaps and Conflict Norms in Human Rights Law: Approaches of European Courts to Address Intersections with Intellectual Property Rights”, in **Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property**, 76.

SGANGA, Caterine. “A decade of fair balance doctrine, and how to fix it: copyright versus fundamental rights before the CJEU from Promusicae to Funke Medien, Pelham and Spiegel Online”, **EIPR** 41, (2019): 682.

SHAVER, Lea. “The Right to Science and Culture” *Wisconsin Law Review* 1, (2010): 121-184.

SHAVER, Lea and Caterina Sganga, “The Right to Take Part in Cultural Life: On Copyright and Human Rights” **Wisconsin International Law Journal** 27, no. 4, (2010): 637–662.

SINJELA, Mpasi (ed). **Human Rights and Intellectual Property Rights: Tensions and Convergences**, (Leiden, Martin Nijhoff Publishers, 2007).

SMITH, Joel, Andrew Moir and Rachel Montagnon. “ISPs And Blocking Injunctions: UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH and and Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH (C-314/12)”, **European Intellectual Property Review** 36, no. 7, (2014): 470-473.

SNIJDERS, Thom and Stijn van Deursen. “The Road Not Taken – the CJEU Sheds Light on the Role of Fundamental Rights in the European Copyright Framework – a Case Note on the Pelham, Spiegel Online and Funke Medien Decisions”, **International Review of Intellectual Property and Competition Law** 50, (2019): 1176–1190.

STIRLING, Tiffany. “Do Shoot The Messenger: Site-Blocking Injunctions Against Internet Service Providers Upheld by the CJEU UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH UPC Telekabel Wien GmbH (“UPC”) v Constantin Film Verleih GmbH and Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH (C-314/12) [2014] E.C.D.R. 12”, **Entertainment Law Review** 25, no. 6, (2014): 219-221.

SYNODINOU, Tatiana-Eleni. “Intermediaries’ Liability for Online Copyright Infringement in The EU: Evolutions and Confusions”, *Computer Law & Security Review* 31, (2015): 63-67.

TORREMANS Paul L. C. (ed). **Intellectual Property and Human Rights**, (Zuidpoelsingel, Kluwer Law International, 2020).



TORREMANS, Paul L. C. "Ashby Donald and Others v France, Application 36769/08, ECtHR, 5th Section, Judgment of 10 January 2013", **Queen Mary Journal of Intellectual Property** 4, no. 1, (2014): 95-99.

TORREMANS, Paul L. C. "Is Copyright a Human Right?", **Michigan State Law Review**, (2007): 277.

VOORHOOF, Dirk and Eva Lievens. "Offensive Online Comments - New ECtHR Judgment", (February 15, 2016), available at <http://echrblog.blogspot.co.uk/2016/02/offensive-online-comments-new-ecthr.html>;

WEINERT, Eileen. "Delfi AS v Estonia: Grand Chamber of the European Court of Human Rights Hands down Its Judgment: Website Liable for User-Generated Comments", **Entertainment Law Review** 26, no. 7, (2015): 246-250.

WEINERT, Eileen. "MTE v Hungary: the first European Court of Human Rights ruling on liability for user comments after Delfi AS v Estonia", **Entertainment Law Review** 27, no. 4, (2016): 135-139.

YU, Peter K. "Intellectual Property and Human Rights 2.0", **University of Richmond Law Review** 53, (2019): 1375-1453.

YU, Peter K. "Reconceptualising Intellectual Property Interests in a Human Rights Framework", **Davis L Rev** 40, (2007): 1039-1149.

YU, Peter K. "Ten Common Questions About Intellectual Property and Human Rights", **Georgia State University Law Review** 23, (2007): 711.



GÜMRÜK KANUNUNA AYKIRI OLARAK TAHAKKUK ETTİRİLEN VEYA TAHSİL EDİLEN GÜMRÜK VERGİLERİNİN KALDIRILMASI VEYA GERİ VERİLMESİ

*(Repayment or Remission of Customs Duties Incurred or Collected in
Breach of Customs Law)*

Hamit YUMUK¹

ÖZ

Kanunilik ilkesine göre, vergi parlamento tarafından konulmalı ve vergilendirme parlamento tarafından çıkarılan kanuna uygun ve doğru bir şekilde gerçekleştirilmelidir. Bu nedenle, kanuna uygun olarak tahakkuk ettirilmeyen ve tahsil edilmeyen vergilerin yükümlüsüne iade edilmesi gerekmektedir. Gümrük vergilerinin geri ödenmesi veya kaldırılması, Avrupa Birliği gümrük mevzuatına uyum sağlamak için yürürlüğe konulan 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nda kurala bağlanmakta ve gümrük vergilerinin geri ödenmesine veya kaldırılmasına ilişkin genel kurallar anılan Kanunun 211'inci maddesinde düzenlenmektedir. Bu makalenin temel amacı, Türk gümrük hukukuna göre gümrük vergilerinin geri verilmesine veya kaldırılmasına ilişkin temel ilkeleri ve bu ilkelerin Avrupa Birliği'nin geri verme veya kaldırmaya ilişkin kuralları ile ne ölçüde uyumlu olduğunu belirlemektir. Bu amaçla, birinci bölümde geri ödeme veya kaldırmanın tarihsel arka planı incelenmiştir. İkinci bölüm, geri verme veya kaldırmanın temel ilkelerine ilişkin hususlara ayrılmıştır. Son bölümde ise faiz kavramı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa Birliği, 4458 sayılı Gümrük Kanunu, Kanunilik İlkesi, Geri Verme veya Kaldırma, İdari Karar, İdari İtiraz, Faiz.

ABSTRACT

According to the principle of legality, taxes should be levied on by the parliament and taxation should be done properly and in accordance with the law issued by the parliament. Therefore, taxes that are not accrued and collected in accordance with the law must be returned to the

1 İzmir Bölge İdare Mahkemesi 3. VDD Üyesi, hamityumuk@hotmail.com, Orcid No: 0000-0001-6527-0173

taxpayer. The repayment or remission of customs duties are regulated in Customs Law No. 4458, which was enacted to comply with European Union customs regulations and the general rules on the repayment or remission of customs taxes are regulated in the article 211 of that Law. The main purpose of this article is to establish the basic principles for the repayment or remission of customs duties pursuant to Turkish customs law and to what extent these principles are in line with the European Union regulations relating to the repayment and remission of customs duties. To this end, the first part of this article examines the historical background of repayment and remission. The second part of this article analyzes the basic principle of repayment and remission. The third and concluding part of the article considers the concept of interest.

Keywords: European Union, Customs Law No. 4458, The Principle of Legality, Repayment and Remission, Decision, Appeal, Interest.

GİRİŞ

Vergilendirme ile batılı demokrasilerin ve hukuk devletinin doğması ve gelişmesi arasında bir bağ bulunduğu kabul edilmektedir². Vergilendirme, yetki kavramı ile birlikte ele alınmış; siyasi otoritenin vergilendirme yetkisinin belli şartlara bağlanması gerektiği ileri sürülmüştür³. Demokratikleşme süreci içinde vergi ödeme yükümlülüğü, geniş bir yelpaze içinde değerlendirilmiş, bir yanda vergi yükümlülüğü vatandaşlık ödevi olarak kabul edilmiş; diğer yanda ise demokrasinin bedeli olarak nitelendirilmiştir⁴. Her ne şekilde kabul edilirse edilsin, keyfi ve yersiz olarak kullanılması halinde vergilendirme, yükümlünün temel hak ve özgürlüklerine, özellikle mülkiyet hakkına⁵ müdahale niteliği taşımaktadır. Başka bir deyişle, keyfi ve yersiz olarak yapılan vergileme temel hak ve özgürlükleri kullanmayı sınırlandırmakta veya

- 2 ÖNCEL Muallâ, KUMRULU Ahmet ve ÇAĞAN Nami, **Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Son Değişiklikler İşlenmiş**, 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s.33 vd. Batı demokrasilerinin siyasi iktidarın vergilendirme gücünün sınırlandırılması girişiminin bir sonucu olarak doğduğu hakkında bkz. ÇAĞAN Nami, "Demokratik Sosyal Hukuk Devletin Vergilendirme", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.37. S.1-4, 1980, s.131.
- 3 Demokratik sosyal hukuk devletinin ilke ve kurallarının siyasal iktidarın vergilendirme yetkisini sınırlandırdığına ilişkin açıklamalar için bkz. Çağan, s.129. Ayrıca, bkz. ERKİN GÖZDE, **Vergilendirme Yetkisi**, Adalet, Ankara 2015, s.1vd.
- 4 ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.33;ÇAĞAN, s.130. YALTI Billur, **Vergi Yükümlüsünün Hakları**, Beta, 2006 İstanbul, s.1. (YALTI, "Vergi Yükümlüsünün")
- 5 Mülkiyet hakkının, kişiyi devlete karşı koruyan ve devlete müdahale etmeme yükümlülüğü yükleyen bir hak olduğuna dair açıklamalar için bkz. ÖZBUDUN Ergün, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin, Gözden Geçirilmiş, 10. Baskı, 2009 Ankara, s.133.

kullanımını tümüyle olanaksız hale getirmektedir⁶. Bu bakımdan, hukuk devletinde, vergilendirme yetkisinin bir takım kurallara uygun olarak kullanılması; vergilendirmenin kanun ile belirli ilke ve kurallara göre yapılması gerekmektedir⁷.

Diğer taraftan, vergi ödeme yükümlülüğü öngören düzenlemelerin bir takım sınırlamalara uygun olarak yapılmasının tek başına yeterli olmadığı; vergilendirme süreci içinde asıl olanın yükümlünün vergi kanunlarında öngörülen tutarları ödemesi olduğu, vergilendirmeye ilişkin tarh, tebliğ, tahakkuk ve tahsil işlemlerinin “kanunlara uygun ve doğru olarak yapılması” gerektiği kabul edilmektedir⁸. Zira, verginin kanuni düzenlemeye aykırı olarak fazla tahakkuk ettirilmesi veya tahsil edilmesi halinde bir yandan verginin kanuniliği ilkesi diğer yandan ise eşitlik ilkesinin ihlal edildiği değerlendirilmektedir⁹.

4458 sayılı Gümrük Kanunu’nda, verginin kanuniliği ilkesinin gerçekleştirilmesi için kanunen ödenmemesi gereken bir verginin ödenmesi veya kanunen tahakkuk ettirilmemesi gereken bir verginin

- 6 Vergilendirmeye karşı en duyarlı hakların, mülkiyet ve miras hakkı ile çalışma ve sözleşme özgürlüğü olduğu hakkında bkz. ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.44; ÇAĞAN, s.140; Yaltı2006, s.1. “Vergi düzenlemeleri(nin) hemen hemen tüm hak ve özgürlükleri ilgilendirip etkileyen yasama işlemleri...” olduğu, “(d)evletin, açgözlü olanaklarının en önemli kaynağı olmak yönünden vergi(nin), bu hak ve özgürlükleri kullanma ve bunlardan yararlanmayı, tümüyle ya da bir bölümüyle olanaklı ya da olanaksız” kılacağı hakkında bkz. AY. 7.11.1989 tarih ve E: 1989/6K: 1989/42 sayılı kararı (RG. 06.04.1990-20484); “devletin vergilendirme yetkisinin sınırı, aynı zamanda kişilerin hak ve özgürlüklerinin de sınırını oluşturduğundan, bu yetkinin keyfiliğe kaçacak biçimde kullanılmasının önlenmesi(nin) hukuk devleti olmanın gerekleri arasında öncelikli bir yere sahip olduğu” hakkında bkz. AY. 17.11.2011 tarih ve E: 2010/11;K: 2011/153 sayılı kararı, (RG.14.02.2012-28204). Ayrıca, İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında, bir verginin mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıdığı kabul edilmesi için, vergi yoluyla bu hakkın kullanılmasının ortadan kaldırılması gerektiği hakkında bkz. BATIREL Ömer Faruk , “Vergi ve Mülkiyet Hakkı İhlali: Bir Anayasa Mahkemesi Başvurusu Kararı İncelemesi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl.14, Güz, S.28, 2015/2, s.16.
- 7 Hukuk devletinde vergilendirmenin hukuk kuralları çerçevesinde yapılacağı; vergilendirme yapılırken vergilerin kanuniliği ilkesinin, genel ve eşit vergilendirme ilkesinin ve hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesinin dikkate alınması gerektiği hakkında bkz. ÇAĞAN, s.137 vd. Vergilendirmenin anayasal ilkeleri hakkında ayrıca bkz. KARAKOÇ Yusuf, “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 15, Özel S. 2013, s.1259 vd.
- 8 Vergilerin kanuniliği ilkesinin, kanunla saptanan verginin tarh ve tahsilinin kanuna uygun olarak yapılmasını içerdiği hakkında bkz. KUMRULU Ahmet , “Vergi Hukukunun bir kısım Anayasal Temelleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.36, S.1-4, s. 150-151; ÇAĞAN, s.138. Vergilerin kanuniliği ilkesinin vergilerin genel objektif işlemlerle konulmasını; sübjektif nitelikte ki tarh ve tahsil işlemlerinin vergi yasalarına uygun olarak yapılmasını içerdiği hakkında bkz. ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.33, ÇAĞAN, s.40.
- 9 Özdeş ya da benzer durumda olanlardan farklı vergi alınmasının vergi kanunları önünde eşitlik, kanun önünde eşitlik ve anayasal eşitlik ilkesine aykırı olduğu hakkında bkz. KUMRULU, s.256.



tahakkuk ettirilmesi halinde, tahakkuk ettirilen tutarların kaldırılması, tahsil edilen tutarlarında geri verilmesi gerektiği kurala bağlanmıştır¹⁰. Başka bir deyişle, Gümrük Kanunu'nda, "ödenmiş olan gümrük vergilerinin tamamen veya kısmen geri" ödeneceği; "henüz ödenmemiş olan gümrük vergisinin tamamen ya da kısmen alınmamasına karar" verileceği düzenlenmiş, her hangi bir hukuki sebebe dayanmaksızın gümrük vergisi alınamayacağı, kanuna aykırı olarak tahakkuk ettirilen vergilerin kaldırılması; kanuna aykırı olarak tahsil edilen vergilerin de geri verilmesi gerektiği kabul edilmiştir¹¹. Bu bakımdan, Gümrük Kanunu'nda düzenlenen geri verme veya kaldırma kurumu ile verginin kanuniliği ilkesinin gümrük vergileri bakımından gerçekleşmesi sağlanmaktadır¹².

Gümrük Kanunu'nda verginin kanuna aykırı şekilde tahsil edilip edilmediği hususunda bir anlaşmazlık çıkması halinde, öncelikli olarak uyuşmazlığın idari aşamada çözüme kavuşturulması gerektiği hususu düzenlenmiş; anlaşmazlığın bu aşamada çözümlenmemesi halinde uyuşmazlığın yargı mercileri tarafından çözümlenmesi gerektiği kabul edilmiştir. Kanunda getirilen düzenlemeler ile "gümrük vergisi ile ilgili uygulamalardan kaynaklanan anlaşmazlıkların giderilip vergi alacağıının tahsil"¹³ edilmesi; kanunen tahakkuk ettirilmemeleri gerektiği halde tahakkuk ettirilen vergilerin kaldırılması veya kanunen tahsil edilmemeleri gerektiği halde tahsil edilen vergilerin geri verilmesi; idarenin, yükümlünün başvurusu ile bir öz denetim yapması amaçlanmıştır¹⁴. Bu bakımdan,

- 10 Vergilerin kanuna uygun ve doğru olarak alınmaması halinde, söz konusu aykırılığın giderilmesi için vergi hukuku ilişkisinin her iki tarafının bir takım haklara sahip olduğu ve bir takım yükümlülüklerle katlanması gerektiği hakkında bkz. Kumrulu, s.152. "(E) şya gümrükten çekildikten sonra yanlışlıkla alındığı veya fuzulen tahsil olunduğu açıkça anlaşılan vergilerin, yükümlülerinin talebi üzerine veya re'sen geri verilmesi(nin)...hukuk devleti olmanın" gereği olduğu hakkında bkz. D.7.D. 8.11.2018 tarih ve E:2015/4271;K:2018/4843 sayılı kararın (Özel Arşiv).
- 11 Gümrük Kanunu'nda düzenlenen geri vermenin genel vergi hukukunda yer alan iade kurumuna; kaldırmanın ise terkin ya da alacaktan vazgeçmeye benzer kurumlar olduğuna dair açıklamalar için bkz. GÖK Özgecan, **Gümrük Vergisinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar**, Yetkin, Ankara 2019, s.187. Geri vermenin mülga 1615 sayılı Kanunda karşılığının reddiyat olduğuna dair bkz. NURAL Ali, **4458 Sayılı Gümrük Kanunu -Açıklamalı**, Yeni Gümrük ve Ticaret Müfettişleri Derneği İktisadi İşletmesi Yayın No: 2 (33), Ankara Şubat 2015, s.617.
- 12 ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.173.
- 13 DEMİRBAŞ AKSÜT, Burcu ve GÖK Özgecan, "Gümrük Vergisinden Kaynaklanan Anlaşmazlıkların Uzlaşma Yolu İle Çözümü", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 18, S. 2, 2016, İzmir, 2017, s.77.
- 14 ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.44. Vergi işlemlerinde idarece yapılan öz denetimin hukuk devleti ilkesinin gereği olduğu hakkında bkz. KUMRULU, s.154. YILDIRIM Ramazan, **İdari Başvurular**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Mimoza, Konya, 2006, s.141; YUMUK Hamit, "Gümrük Hukukunda Zorunlu İdari İtiraz", **Yedinci Genç Vergi Hukukçular Sempozyumu -Bildiri Kitabı-**, Yetkin, Ankara 2017, s.179. Fazla tahakkuk ettirilen vergilerin

gümrük vergilerinin, gümrük idaresince veya yükümlünün başvurusu üzerine kaldırılması idari denetimin tipik bir örneğini oluşturmaktadır¹⁵. Bu denetimin kendinden beklenen faydayı sağlaması öncelikle, kanunun kendi içinde ve kanunilik ilkesi çerçevesinde yorumlanmasına ve anlamlandırılmasına bağlı bulunmaktadır.

Gümrük vergisinden kaynaklanan anlaşmazlıkların çözüm yolu olarak kullanılan geri verme veya kaldırma başvurusunun zorunlu bir başvuru olduğu kabul edilmektedir¹⁶. Bu yol tüketilmeden anlaşmazlığın bir sonraki aşamaya taşınmasına olanak bulunmamaktadır. Bu bakımdan, kanunen tahakkuk ettirilmemesi gerektiği halde tahakkuk ettirilen bir verginin tahakkuk ettirildiğini veya kanunen tahsil edilmemesi gereken bir verginin tahsil edildiğini düşünen gümrük yükümlüsünün ilk önce idareye başvurması; idarenin başvurusunu usulden¹⁷ veya esastan reddetmesi veya reddetmiş sayılması halinde itiraz yoluna başvurarak işlemin hiyerarşik makam tarafından denetlenmesini sağlaması ve bu makam tarafından da başvurusunun reddedilmesi halinde idari dava açması gerekmektedir.

Bir uyum Kanunu niteliği taşıyan 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nda, gümrük vergilerinin geri verilmesinde veya kaldırılmasında Avrupa Birliği düzenlemelerine paralel hükümler getirilmiştir. Gümrük Kanunu'nda, Birlik müktesebatına uygun olarak, 210'uncu maddesinde geri verme ve kaldırma ibaresinden ne anlaşılması gerektiği tanımlanmış; 211'inci maddesinde genel geri verme veya kaldırma sebepleri düzenlenmiş; 212 ilâ 214'üncü maddelerinde özel geri verme sebepleri sayılmış; 216'ncı maddesinde geri verme halinde faiz yürütülmesine ilişkin koşullar belirlenmiş; 217'nci maddesinde ise hatalı olarak geri verilen ve kaldırılan vergilerin tahsiline ilişkin kurallara yer verilmiştir. Geri verme veya

gümrük idaresince gümrük yükümlüsüne ödenmesinin, gümrük idaresinin bir görevi olduğuna dair bkz. GÖK, s.186.

15 ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.174.

16 "(F)azladan ödendiği iddia edilen vergilerin geri verilmesi istemiyle yapılan başvuru üzerine ilgili gümrük müdürlüğüne tesis edilen işlemin, ilgililer üzerinde hukuki sonuç doğuran idari karar olduğu, bu kararların ise idari davaya konu edilebilmeleri için öncelikle zorunlu olan idari itiraz yolunun tüketilmesi" gerektiği hakkında bkz. D.7.D. 05.03.2019 tarih ve E:2016/6342;K:2019/980 sayılı kararı (Özel Arşiv). Aynı yönde, D.7.D. 4.6.2009 tarih ve E: 2007/4427;K: 2009/2752 sayılı kararı(Özel Arşiv).

17 "(D)avacı tarafından Gümrük Müdürlüğüne yapılan ilk başvuru üzerine alınan idari karara vaki itirazın süre yönünden reddine dair işlemin iptali istemiyle dava açılması gerekirken, bu yola başvurulmayarak, daha sonra aynı taleple yapılan başvurular üzerine alınan idari kararın idari itiraz hakkı, itiraz üzerine tesis edilen itirazın usulden reddine dair işlemin ise dava açma hakkı vermesi mümkün olmadığı" hakkında bkz. D.7.D. 8.5.2017 tarih ve E:2014/997;K:2017/4129 sayılı kararı(Özel Arşiv).



kaldırmaya ilişkin kuralların bir kısmı ise Gümrük Yönetmeliği'nin¹⁸ 499 ilâ 511'inci maddeleri; 2009/15481 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın¹⁹ 117 ilâ 120'nci maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Çalışmada, gümrük vergilerinin geri verilmesine veya kaldırmasına ilişkin temel hususların, Danıştay içtihatları, Avrupa Birliği Gümrük Hukuku ve ABAD'ın (Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın)²⁰ kararları esas alınarak ortaya konulması amaçlanmaktadır. Bu amaca uygun olarak, tüm geri verme veya kaldırma sebeplerinin incelenmesi yerine genel geri verme veya kaldırma sebeplerine ilişkin hususların tespit edilmesi ve bu hususta temel noktaların ortaya konulması hedeflenmiştir. Zira, uygulamada uyuşmazlıkların büyük çoğunluğu anılan maddenin uygulamasından kaynaklamakta; geri verme veya kaldırmayı genel olarak düzenleyen 211'inci maddenin uygulama alanının ve kapsamının belirlenmesi bir takım duraksamalara neden olmaktadır. Bu bakımdan çalışmada sadece 211'nci maddenin uygulama alanı belirlenmeye çalışılmış ayrı bir çalışmanın konusu oluşturacak genişlikte olan idari usul incelenmemiştir²¹.

I. GERİ VERME VEYA KALDIRMAYA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN GÜMRÜK KANUNLARINDA DÜZENLENME SÜRECİ

Ülkemizde, gümrük hukuku alanında düzenlemeler Tanzimat Döneminde başlamış, II. Meşrutiyet ile birlikte modern gümrük hukukunun esasını oluşturan düzenlemeler yapılmıştır²². Cumhuriyetin ilan edilmesinden sonra İmparatorluk devrinde çıkarılan 11 Nisan 1334 sayılı Gümrük Kanunu uzunca bir süre yürürlükte kalmıştır. Bu kanunda çeşitli kanunlar ile değişiklik yapılmasına rağmen kanunun uygulanmasına 5383 sayılı Gümrük Kanunu'nun²³ yürürlüğe girmesine kadar devam edilmiştir²⁴.

18 Gümrük Yönetmeliği (RG. 31/5/2002 – 2477).

19 4458 Sayılı Gümrük Kanununun Bazı Maddelerinin Uygulanması Hakkında Dair 2009/15481 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (RG.7.10.2009 ve 27369). NURAL, s.618.

20 Court of Justice of the European Union (CJEU).

21 Gümrük vergilerinin geri verilmesi ve kaldırılmasına ilişkin idari usule ilişkin açıklamalar için bkz. YUMUK, s.173 vd.

22 ATAN Turhan, **Türk Gümrük Tarihi (Osmanlı Gümrükleri)**, C. II, Gümrük Müfettişleri Derneği Yayın No:12, Ankara, s.221.

23 2.5.1949 tarih ve 5383 sayılı Gümrük Kanunu (RG:11.5.1949-7204) (<http://www.resmigazete.gov.tr>) (ET. 20.4.2020).

24 CİMİLLİ Ekrem, "Gümrüklerde Muafiyet Uygulaması ve Tarihi Gelişimi", **Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi**, C. 10, Ş. 1, s.256 (E.T. 22.4.2020, <http://dergipark.org.tr>).

Fransız Gümrük Kanunu esas alınarak hazırlanan 5383 sayılı Gümrük Kanunu'nda vergilendirmeye ilişkin temel kurallar düzenlenmiş ayrıca Kanunda geri verme veya kaldırmaya ilişkin esaslar belirlenmiştir²⁵.

5383 sayılı Gümrük Kanunu'nun geri verme başlıklı 26'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında; *"kanuna göre vergiden muaf olduğu halde yanlışlıkla alındığı anlaşılan vergilerin mükellefe re'sen geri"* verileceği düzenlenmiş; maddenin 2'nci fıkrasında; sözleşme hükümlerine aykırı olan eşyanın geri verilmesi halinde vergilerin geri verilmesine ilişkin esaslar belirlenmiştir. Kanun'un 85'inci maddesinde, *"gümrükçe yapılan denetleme ve teftiş neticesinde hesap hatası, yanlış tarife tatbiki, inik tarife, ahdî indirim hükümlerinin uygulanmasında yapılan yanlışlık sebebiyle fazla alındığı anlaşılan vergi tahsil tarihinden itibaren üç ay içinde idarece mükellefe"* geri verileceği kurala bağlanmıştır. Anılan düzenlemelerde, vergilerin geri verilmesi için yanlışlık yapılması; ortada bir hatanın bulunması ve işlemin bir şekilde sakat olması yeterli görülmüştür. Düzenleme uyarınca yapılan yanlışlık, hesap hatası niteliğinde olabileceği gibi eşyanın gümrük tarife ve istatistik pozisyonunun belirlenmesine ilişkin de olabilir. Ancak, daha sonra, 5383 sayılı Kanun'un 85'inci maddesi 26.2.1954 gün ve 6290 sayılı Kanun'un²⁶ 13'üncü maddesi ile değiştirilmiş ve *"kanuna göre fazla alındığı anlaşılan vergiler(in), ödeme mükellefiyetinin başladığı tarihten itibaren 3 sene içinde geri"* verileceği kurala bağlanmıştır. Söz konusu düzenlemede de yanlışlık, hata, açık hata ibareleri kullanılmadığından, bunlara ilişkin bir belirleme de yapılmadığından uygulamada hangi hallerde vergilerin kanuna göre fazla tahsil edilmiş olabileceği hususunda yaşanan duraksama nedeniyle Danıştay Dava Dairelerinin kararları ile Dava Daireleri Kurulunun kararları arasında içtihat aykırılığı oluşmuş ve bu aykırılık içtihadı birleştirme kararı ile giderilmiştir²⁷.

25 SİDAL Hulusi, **Gümrük Politikası Mevzuatı ve Tatbikatı Cilt: 1**, İstanbul İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Yayını No. 39 – 196, Berksoy Matbaası, İstanbul 1966, s.37.

26 26.2.1954 tarih ve 6290 sayılı Gümrük Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve 1499 Sayılı Gümrük Tarifesi Kanunu ile Ek ve Tadillerinin Kaldırılmasına Dair Kanun (RG:6.3.1954-8651) (<http://www.resmigazete.gov.tr>) (ET. 20.4.2020).

27 Türk hukuk sisteminde hukuk güvenliğinin, eşitliğin ve öngörülebilirliğin sağlanması için Danıştay veya Yargıtay dava dairelerinin veya dava daireleri kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararları arasında oluşan içtihat aykırılığının giderilmesi için içtihatların birleştirilmesi usulü kabul edildiği hakkında bkz. KAYHAN Fahrettin, "Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İchtihatlarının ve İchtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C.11, S.2, 1999, s.347. Ayrıca, bkz. YÜCE Mehmet, MERCİMEK Fulya, "Türk Vergi Hukukunda İchtihatların Bağlayıcılığı ve Hukuk Kaynağı Olarak Değeri", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.9, S.119-120, 2014, s. 44 vd. İchtihadı birleştirme kararlarının asli kaynak oluşuna, bağlayıcı nitelik taşıdığına ilişkin açıklamalar için bkz. ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN, s.15.



Anılan dönemde Danıştay Dördüncü Dairesi bir verginin kanuna göre fazla alındığının anlaşılması halinde vergilerin geri verilmesi gerektiğini; kanunda yapılan hatanın açık olması şartının aranmadığını kabul etmiş ve kanunu bu şekilde yorumlamıştır. Danıştay 7. Dairesi ise, madde uyarınca açıkça fazla alındığı anlaşılan vergilerin geri verilmesi gerektiğinin kurala bağlandığını kabul etmiştir. Vergi Dava Daireleri ise düzenlemede kanuna göre fazla alınan vergilerin geri verileceği yazılı ise de bu hükmün uygulanacağı hallerin, kanunun uygulanmasında taraflar arasında uyumsuzluk bulunmayan hususlara özgü olduğu, zira ortada bir uyumsuzluk bulunması halinde bunun kanun tarafından gösterilen merciler tarafından çözümleneceği kabul etmiştir. Yine Vergi Dava Daireleri, ortada herhangi bir uyumsuzluğun bulunmadığı; işlemde maddi hata bulunduğu veya işlemin kanunun açık bir hükmüne aykırılık taşıdığı durumlarda, yani işlemdeki hatanın itiraz merciinin tetkikine arz edilmeden açık olarak çıkarılmasının mümkün olan hallerde vergilerin geri istenebileceği, bu durumun da maddede geçen “kanuna göre” ibaresinden çıkarılabileceğini benimsemiştir. İçtihatları Birleştirme Kurulunca anılan içtihatlar değerlendirilmiş ve içtihatlar arasındaki aykırılık; “(G)ümrük vergisi tahakkuklarından ötürü çıkacak anlaşmazlıkların 5383 sayılı Gümrük Kanununun 76, 78 ve 83 üncü maddelerine göre halledileceği tabii bulunduğu ve mal gümrükten çekildikten sonra yanlışlıkla alındığı veya fuzulen tahsil olunduğu açıkça anlaşılan vergilerin, değişik 85 inci maddeye göre, ödeme mükellefiyetinin başladığı tarihten itibaren üç yıl içinde geri verilmesi gerektiği cihetle içtihadın bu esaslar dairesinde” birleştirilmesine karar verilmiştir²⁸. İçtihadın temelinde, gümrük vergisi tahakkuklarına karşı ortaya çıkan uyumsuzlukların itiraz üzerine yerine göre itiraz mercilerince veya Danıştay tarafından çözümleneceği düşüncesi yatmaktadır. Bunun için yükümlü tarafından itiraz edilmesi ve uyumsuzluk yaratılması gerekmektedir. İçtihat uyarınca ancak, tahsil olunan gümrük vergilerinin geri verilebilmesi, yanlışlıkla veya yersiz tahsil olunduklarının açıkça anlaşılması koşuluyla olanaklıdır.

5383 sayılı Gümrük Kanunu’nu yürürlükten kaldırılan 1615 sayılı Gümrük Kanunu’nun²⁹ 87’nci maddesinde ise, “kanuna göre fazla alındığı anlaşılan gümrük vergisinin eşyanın fiili ithal tarihinden itibaren bir yıl içerisinde geri” verileceği; “mükelleflerin ancak maddi hesap hatası sebebiyle

28 DİBK’nun 2.7.1966 tarih ve E:1965/13;K:1966/6 sayılı kararı (RG:28.7.1965 12360) (<http://www.resmigazete.gov.tr>) (ET. 20.4.2020).

29 19.7.1972 tarih ve 1615 sayılı Gümrük Kanunu (R.G: 1.8.1972 – 14263) (<http://www.resmigazete.gov.tr>) (ET. 20.4.2020).

fazla alınmış verginin geri verilmesini aynı süre içinde” isteyebilecekleri kurala bağlanmıştır. Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, Danıştay 7’nci Dairesi, anılan maddeyi 5383 sayılı Kanun esas alınarak çıkarılan içtihadı birleştirme kararı ışığında okumuş ve bu dönemde de; eşya gümrükten çekildikten sonra yanlışlıkla alındığı veya yersiz tahsil edildiği açıkça anlaşılan vergilerin 87’nci maddeye göre geri istenmesinin mümkün olduğunu kabul etmiştir³⁰.

1615 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 4458 sayılı Kanunun 211’inci maddesinde yer alan düzenlemede ise, *kanunen ödenmemeleri gerektiği halde ödenmiş olduğu belirlenen gümrük vergileri(nin) geri verileceği, kanunen tahakkuk ettirilmemeleri gerektiği halde tahakkuk ettirilen gümrük vergileri(nin) kaldırılacağı kurala bağlanmıştır (GK m.211). Hükümlerin benzer olduğundan hareketle, Danıştay, 211’inci maddenin uygulanmasında da vergilerin geri verilmesi veya kaldırılması için hatanın açık olması gerektiğini değerlendirmektedir. Danıştay, herhangi bir inceleme, araştırma ve yoruma gerek olmaksızın vergilerinin kanunen ödenmelerinin veya tahakkuk ettirilmelerinin anlaşılması halinde hatanın açık olduğunu kabul etmektedir³¹.*

Danıştay tarafından getirilen yaklaşımın temelinde içtihadı birleştirme kararına normatif etki tanınması yatmaktadır³². Gerçekten, 2575 sayılı

30 Uyuşmazlığın, fatura kıymeti dışındaki tutarın, idarenin zorlaması sonucu beyana dâhil edildiği ileri sürülerek fatura tutarı ile beyan arasındaki kıymet farkına isabet eden gümrük vergi ve resimlerinin iadesi istemine ilişkin olduğu, olayda ise, yanlışlıkla alınan veya fuzulen tahsil edilen bir verginin söz konusu olmadığı, bu yoldaki başvurunun, Gümrük Kanunu’nun yukarıda açıklanan 87’nci maddesi kapsamında incelenmesinin hukuken mümkün olmadığı hakkında bkz. D. 7. D. 24.6.1997 tarih ve E: 1997/715;K: 1997/2652 sayılı kararı (Özel Arşiv). “Eşya gümrükten çekildikten sonra ancak yanlışlıkla veya fuzulen alındığı açıkça anlaşılan verginin geri alınması gerektiği” hakkında bkz. D. 7. D. 13.5.1999 gün ve E:1998/1325; K:1999/2025 sayılı kararı için bkz. AYDIN Selman, TOPUZ Nurdane, BEYRİBEY Kurtuluş, **Gereççeli, Notlu, İçtihatlı, 4458 Sayılı Gümrük Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000, s. 451 vd.

31 “4458 sayılı Gümrük Kanununun 211’inci maddesinde, kanunen ödenmemeleri gerektiği halde ödenmiş olduğu belirlenen gümrük vergilerinin geri verileceği, kanunen tahakkuk ettirilmemeleri gerektiği halde tahakkuk ettirilen gümrük vergilerinin kaldırılacağı hükmüne yer verilmiştir. Öte yandan; yürürlükten kaldırılan 1615 sayılı Gümrük Kanununun 87’nci maddesi ile ilgili olarak, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 2.7.1966 tarih ve E:1965/13; K:1966/6 sayılı kararında, aykırı içtihatlar, tahsil olunan gümrük vergilerinin anılan madde uyarınca geri verilebilmesinin, yanlışlıkla veya fuzulen tahsil olunduklarının açıkça anlaşılması koşuluyla olanaklı bulunduğu yolunda birleştirilmiştir. Bu bakımdan; 4458 sayılı Kanunun benzer hükümler taşıyan 211’inci maddesinin uygulanmasında da, iadesi istenen gümrük vergilerinin kanunen ödenmelerinin veya tahakkuk ettirilmelerinin gerekmediğinin, açıkça; yani, herhangi bir inceleme, araştırma ve yoruma gerek olmaksızın anlaşılabilir olması koşulu aranması gerekmektedir.” D.7.D. 26.4.2018 tarih ve E:2015/2843;2018/2718 sayılı kararı (Özel Arşiv); D.7.D. 14.4.2009 tarih ve E: 2007/4358;K: 2009/1956 sayılı kararı(Özel Arşiv).

32 İçtihadı birleştirme kararının hukuki niteliği üzerinde iki temel görüş ileri sürüldüğü



Danıştay Kanunu'nun 40'inci maddesi uyarınca içtihatların birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkındaki kararlara “*Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare uymak zorundadır*” (DK. m.40). Ancak, gerek 5383 sayılı Gümrük Kanunu'nda gerek 1615 sayılı Gümrük Kanunu'nda ve gerekse 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nda, geri verme veya kaldırma isteminin kabul edilmesi için *açık hata* bulunması gerektiği yolunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanunda yer almayan bir unsurun içtihadı birleştirme yoluyla kabul edilmesi vergilerin kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Ayrıca, içtihadı birleştirme kararı ile temelde, adalet, hukuki güvenlik ve mali güç ilkeleri ile idarenin uymakla zorunlu olduğu genel objektif kuralların içeriğinin doldurulması; maddi vergi hukuku dışında kalan vergilendirme usulüne ilişkin hususlarda ilke kararlarının ortaya konulması mümkündür³³. İchtihadı birleştirme kararları ile kanunda yer almayan bir unsurun vergilerin kanuniliği ilkesine aykırı olarak kanuna eklenmesine olanak bulunmamaktadır.

Hukukumuzda içtihadı birleştirme kararlarına normatif etki tanınmaktadır³⁴. Ancak, bu etki sınırlı nitelik taşımaktadır. Öncelikle, içtihadı birleştirme kararı sadece içtihadın birleştirildiği yargı kolunu bağlamaktadır. Bu bakımdan, Danıştay tarafından verilen içtihadı birleştirme kararları sadece “*Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idare(yi)*” DK. m.40)³⁵; Yargıtay tarafından verilen içtihadı birleştirme kararları ise “*benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini*

bunlardan ilkinin içtihadı birleştirme kararını maddi anlamda yasama işlemi olarak nitelendirdiği; diğerinin ise içtihadı birleştirme kararını ilke kararı olarak değerlendirdiği hakkında açıklamalar için bkz. KÜRŞAK Çoşkun M, “İçtihatların Birleştirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Ankara 2001, S. 1, s.117 vd. Anayasa Mahkemesi, birleştirme kararının, “*belli bir olay için yeni bir hukuk kuralı koymak ereği ile değil, ancak ve ancak belli bir olaya uygulanacak yasanın veya nesnel nitelikte, olan tüzük ve yönetmelik kuralları gibi öbür hukuk kurallarından hangisinin, hangi anlamda uygulanacağı saptamak*” için verildiği, “*ıçtihadı birleştirme kararı(nun) yasa koyucu veya yetkisi içinde idare tarafından ortaya konulmuş bulunan nesnel hukuk kurallarının uygulanma biçimini gösteren ve bu bakımdan yemlik doğurucu nitelikte bulunmayan, ancak hukukî bir durumu açıklayan nitelikte bir hukuk işlemi*” olduğunu kabul etmektedir. AYM.12.6.1969 tarih ve E.1968/38;K:1969/34 (RG. 29.1.1970 -13412).

33 İchtihadı birleştirme kararlarında, objektif olarak hareket edildiği, söz konusu kararlarda bir uyumsuzluğun çözümlenmesi yerine temel bir ilkenin ortaya konulmaya çalışıldığı hakkında bkz. ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 409. İchtihatları birleştirme kararlarında, somuttan soyuta ve öznelde nesnel geçilerek benzer veya yakın bütün olay ve durumlarda genel ve nesnel kurallar ve ilkeler oluşturduğu hakkında bkz. DURAN Lütfi, “Danıştay'ın İchtihatları Birleştirme Uygulaması”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Ankara 1972, C. 27, S. 3, s. 419 vd. Ayrıca, YÜCE/MERCİMEK, s.45; KAYHAN, s.358.

34 İchtihadı birleştirme kararlarının vergi hukukunun asli kaynağı olduğu ve bu kararlar ile vergi hukukundaki boşlukların doldurulduğu, yeni hukuk kurallarının ortaya çıktığı hakkında bkz. YÜCE/MERCİMEK, s.47.

35 06.01.1982 tarih ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu (RG. 20.1.1982 – 17580).

*ve adliye mahkemelerini*³⁶ bağlamaktadır (YK m. 45)³⁷. Yine, içtihadı birleştirme kararlarının aynı hususta verilecek ikinci bir içtihat ile değiştirilmesi mümkündür³⁸. Ayrıca, içtihadı birleştirme kararları ancak verildiği tarihten sonra bağlayıcı nitelik kazanmaktadır³⁹. Son olarak, içtihadı birleştirme kararlarının aynı konuda yasal düzenleme yapıncaya kadar normatif etkisinin olduğu kabul edilmektedir. Yasa koyucu tarafından içtihadı bağlanan bir hususta düzenleme yapılması halinde içtihat ile getirilen ilke kararının hukuki bağlayıcılığı ortadan kalkmaktadır⁴⁰. İchtihada bağlanan bir hususta kanun koyucunun, içtihat ile getirilen normatif ilke doğrultusunda bir düzenleme yapması veya bu ilkenin aksine bir kural ihdas etmesi mümkündür. Bu halde, içtihadı birleştirme kararı ile oluşturulan ilkenin bağlayıcılığı son bulmaktadır. Yine, bir Kanunun tüm hükümlerinin kaldırılması ve aynı hususta yeni düzenleme yapılması halinde içtihadı birleştirme kararı ile getirilen normatif ilkenin hukuki bir değeri bulunmamaktadır. Bu halde, kaldırılan düzeleme ile yerine gerilen düzenlemenin benzer olduğundan söz edilerek içtihatı uymanın zorunlu olduğundan söz edilemez. Gümrük vergilerinin geri verilmesi veya kaldırılmasına ilişkin olarak 5383 sayılı kanunda yer alan düzenleme yürürlükten kaldırılmış; önce Avrupa Topluluğu, daha sonra ise Avrupa Birliği hukukuna uyum sağlanması için Gümrük Kanunu değiştirilmiş ve getirilen düzenlemelerde, geri verme veya kaldırma talebinin kabul edilmesi için “açık hata” bulunması gerektiği yolunda bir kurala yer verilmemiştir. Bu bakımdan, daha sonra getirilen düzenlemeler ile içtihadı birleştirme kararına sebep olan kanun metni ortadan kaldırıldığından ve geri verme veya kaldırma talebinin kabulü için bir şart getirilmediğinden 5383 sayılı Kanun esas alınarak birleştirilen içtihadın normatif bir değeri bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, Gümrük Kanunu’nda yer alan düzenlemeler Avrupa Birliği Gümrük Kodu’nda yer alan düzenlemelere paralel hükümler

36 4.2.1983 tarih ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu(RG. 8.2.1983-17953).

37 KÜRŞAK, s.118.

38 İchtihatları birleştirme kararlarının genellikle içtihat uyuşmazlıkları durumlarında verildiği, içtihatların değiştirilmesi veya kaldırılması biçimindeki uygulamanın hemen hemen hiç görülmediği, bu durumun, Mecellenin 16’ncı maddesinde düzenlenen içtihatların içtihatla kaldırılamayacağı kuralının uygulanmasının devam ettiği izlenimini yarattığı hakkında bkz. İNAN Atilla, “Genel Olarak İchtihatları Birleştirme Kurumu ve Sayıştay’da İchtihatları Birleştirme”, *Yargıtay Dergisi*, C. 10, S. 1-2, Ankara 1984, s. 63.

39 İchtihadı Birleştirme Kararı ile bir yargı kararının değiştirilmesinin veya ortadan kaldırılmasının, ilgililer lehine yeni bir hukuki durum yaratılmasının; geçmişe etkili olarak bir hakkın sağlanmasının mümkün olmadığı hakkında bkz. DİBK’nun 27.2.1992 tarih ve E:1991/1, K:1992/2 sayılı kararı (Özel Arşiv). Ayrıca, İNAN, s.64.

40 YÜCE/MERCİMEK, s.48.



içermektedir⁴¹. Avrupa Birliği'nde, çeşitli gümrük düzenlemelerinde dağınık bir şekilde bulunan gümrük kuralları, 2913/92 sayılı Konsey Tüzüğü (Community Customs Code, Topluluk Gümrük Kodu, CCC) ile yeniden düzenlenmiştir⁴². 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun hazırlanmasında esas alınan 2913/92 sayılı Konsey Tüzüğü'nün 235 ilâ 240'ıncı maddeleri arasında geri verme veya kaldırma sebepleri kurala bağlanmıştır. Düzenlemenin, 235'inci maddesinde, geri verme veya kaldırma kavramları tamamlanmış; 236'ncı maddesinde, genel geri verme veya kaldırma sebepleri; 237'nci maddesinde, iptal edilen bir beyannameye dayanılarak ödenen gümrük vergilerin geri verilmesi veya kaldırılması; 238'inci maddesinde, sözleşme hükümlerine aykırı olduğu veya kusurlu olduğu gerekçesiyle Topluluk gümrük bölgesinin dışına çıkarılan eşya nedeniyle ödenen/ tahakkuk ettirilen gümrük vergilerinin geri verilmesi/kaldırılması; 239'uncu maddesinde ise özel koşullar halinde geri verme veya kaldırma sebepleri düzenlenmiştir. 2913/92 sayılı Konsey Tüzüğü ile yürürlüğe konulan "Topluluk Gümrük Kodu", 450/2008 sayılı Konsey Tüzüğü ile kaldırılmış ve "Modernize Gümrük Kodu" (Modernized Customs Code, MCC) olarak bilinen gümrük kodunun uygulanmasına geçilmek istenmiştir. Ancak, bilişim sisteminin henüz hazırlanmaması ve alt idari düzenlemelerin hazırlanmaması nedeniyle söz konusu kod Avrupa Parlamentosu'nun 9 Ekim 2013'te 952/2013 sayılı Tüzüğü kaldırılarak Avrupa Birliği Gümrük Kodu (Union Customs Code, UCC) yürürlüğe girmiştir⁴³.

Önceki gümrük kodlarında olduğu gibi 952/2013 sayılı Avrupa Birliği Gümrük Kodunda da geri verme ve kaldırma sebepleri düzenlenmiştir. Düzenlemenin 116'ncı maddesinde; fazla (aşırı) miktarda alınan ihracat ve ithalat vergilerinin; kusurlu ve sözleşme hükümlerine aykırı eşyaya ilişkin ithalat vergilerinin; yetkili gümrük idaresinin hatası sonucu alınan ithalat vergilerinin; beyannamenin iptal edilmesi halinde gümrük

41 Türkiye'nin hem 1/95 sayılı Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi Kararı'nın 28'inci maddesi hem de Avrupa Birliği üyeliğine yönelik mevzuatın uyumlaştırılması çerçevesinde, gümrük mevzuatını Topluluk gümrük mevzuatı ile uyumlaştırma yükümlülüğünün bulunduğu dair bkz. GÖK, s.28.

42 Hükümleri 2913/92 sayılı Konsey Tüzüğüne aktarılan 1430/79 sayılı Konsey Tüzüğüyle ithalat ve ihracat vergilerinin geri ödenmesi için ulusal mevzuat kapsamındaki ilgili kuralların yerine geçecek şekilde tasarlanan bir Topluluk sistemi kurulmasının amaçlandığı hakkında bkz. LYONS Timothy, *EC Customs Law*, Oxford 2001, s.410. 2913/92 sayılı Gümrük Kodu ile daha önce dağınık bir şekilde bulunan bir çok düzenlemenin bir araya getirildiği hakkında bkz. Judgment of the Court (Sixth Chamber) of 11 November 1999, C-48/98 - Söhl & Söhlke, ECLI:EU:C:1999:548, para. 53.

43 GÖK, dp.3, s.28.

vergilerinin kaldırılacağı veya geri verileceği belirtilmiş; madde de ayrıca, eşitliğin gerektirmesi halinde, özel koşullar altında bir kısım vergilerin geri verileceği kaldırılacağı kurala bağlanmıştır. Yeni norm yürürlüğe girmekle birlikte, konsey tüzüklerinin maddi metinlerinde bir değişiklik olmadığı müddetçe ABAD'ın, geri verme veya kaldırmaya ilişkin içtihadını uygulanmaya devam edileceği düşünülmektedir. Zira, ABAD, yasal metinlerde herhangi bir değişiklik olmaması halinde sonra yürürlüğe giren düzenleme döneminde de içtihadının uygulanacağı kabul etmektedir.⁴⁴

4458 sayılı Gümrük Kanunu ile karşılaştırıldığında, Avrupa Birliği Gümrük Kodu'nda, gümrük idaresinin hatası halinde gümrük vergilerinin geri verileceği ve kaldırılacağı açıkça kurala bağlanmış; 952/2013 sayılı Avrupa Birliği Gümrük Kodu'nun 119'uncu maddesinde, gümrük idaresinin bir hatası nedeniyle gümrük vergisinin tahakkuk ettirilmesi; borçlunun hatayı tespit etmesinin mümkün olmaması ve borçlunun dürüstlük kuralına uygun davranması halinde gümrük vergilerinin kaldırılacağı veya geri verileceği düzenlenmiştir⁴⁵. Ayrıca, 4458 sayılı Kanundan farklı olarak 952/2013 sayılı Avrupa Birliği Gümrük Kodu'nun 120'nci maddesinde, Gümrük Kodu'nun 116(1), 117, 118 ve 119' uncu maddelerinde yazılı geri verme ve kaldırma sebeplerinin uygulanmasının mümkün olmadığı hallerde, gümrük borcunun özel şartlar altında doğmuş olması, yani aynı sektörde faaliyet gösteren diğer kişilerle karşılaştırıldığında söz konusu özel durumun olmaması halinde yükümlünün bu borca maruz kalmayacağını anlaşılmaması ve yükümlüye atfedilebilecek aldatici hareket veya açık ihmalin olmaması halinde gümrük vergilerin geri verilebileceği kaldırılacağı düzenlenmiştir (952/2013, m. 120).

2913/92 sayılı *Topluluk Gümrük Kodu'nun (CCC) yürürlükte olduğu* dönemde, Kodun, 236'nci maddesi ile 220'nci maddesinin 2'nci fıkrasını birlikte okuyan Avrupa Birliği Adalet Divanı, gümrük idaresinin bir hatası nedeniyle gümrük vergisinin fazla tahakkuk veya tahsil edilmesi;

44 2913/92 sayılı Gümrük Kodu ile daha önce dağınık bir şekilde bulunan bir çok düzenlemenin bir araya getirildiği; geri verme veya kaldırmaya ilişkin kuralların daha önce var olan kuralların yeniden düzenlenmesi niteliğini taşıdığı, bu yüzden, daha önceki düzenleme zamanında oluşan içtihadın sonra çıkan düzenleme zamanında uygulanacağı hakkında bkz. Söhl & Söhlke, para.53. Aynı yönde; Judgment of the General Court (Fifth Chamber) of 15 December 2016, T-466/14 - Spain v Commission, ECLI:EU:T:2016:742, para, 121.

45 952/2013., m.119.Oysa 2913/92 sayılı Gümrük Kodunun gümrük idaresinin hatası nedeniyle vergilerin geri verilmesi için ayrıca yükümlünün mevzuatın gerektirdiği tüm yükümlülükleri yerine getirmesi gerektiği kabul edilmişti.(2913/92, m.236).



iyi niyetle hareket eden borçlunun bu hatayı tespit etmesinin mümkün olmaması; borçlunun yürürlükteki gümrük mevzuatına ilişkin yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi halinde gümrük vergilerinin geri verileceğini veya kaldırılacağını kabul etmiştir⁴⁶.

Bu bakımdan, bir sonraki bölümde, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 211'nci maddesinde 2913/92 sayılı *Topluluk Gümrük Kodu'nun* (CCC) 236'ncı maddesine paralel hükümler getirildiği göz önünde bulundurulurken, gümrük vergilerinin geri verilmesi veya kaldırılması incelemektedir.

II. GÜMRÜK VERGİLERİNİN GERİ VERİLMESİ VEYA KALDIRILMASI

Hukuka aykırı olarak tahsil edilen gümrük vergilerinin geri verilmesi gerektiği, 4458 Gümrük Kanunu'nun dayanağını oluşturan Avrupa Birliği Gümrük Kodu'nda ve anılan 4458 Gümrük Kanununun kabul edilmesinden önce yürürlükte olan gerek 5383 sayılı Gümrük Kanunda ve gerekse 1615 sayılı Gümrük Kanunu'nda düzenlenmişti. Danıştay'ın süre gelen içtihadının temeli 5383 sayılı Gümrük Kanunu ile 1615 sayılı Gümrük Kanunu döneminde atıldığından anılan Kanunda yer alan düzenlemeler incelenmelidir. Ayrıca, 4458 sayılı Gümrük Kanunu bir uyum Kanunu niteliğini taşıdığından, Kanunda yer alan düzenlemelerin Avrupa Birliği Gümrük Kodu'nda yer alan düzenlemelerle uyumunun araştırılması gerekmektedir.

4458 sayılı Gümrük Kanunu uyarınca, "*(k)anunen ödenmemeleri gerektiği halde ödenmiş olduğu belirlenen gümrük vergileri geri*" verilmesi; "*kanunen tahakkuk ettirilmemeleri gerektiği halde tahakkuk ettirilen gümrük vergileri*" kaldırılması gerekmektedir (GK. m.211). Düzenleme, *Topluluk Gümrük Kodu'nun* (CCC) 236'ncı maddesine denk düşmektedir. *Topluluk Gümrük Kodu'nun* (CCC) anılan maddesinde, hukuka aykırı olarak tahakkuk ettirilen vergiler ile *Topluluk Gümrük Kodu'nun* (CCC) 220'nci maddesinin

46 *Topluluk Gümrük Kodu'nun* 220'inci maddesinin 2'inci fıkrasının (b) bendinin, ulusal gümrük idarelerinin sonradan tahakkuk yapamaları için karşılanması gereken koşulları ortaya koyduğu, gümrük vergilerinin iadesine gelince, Gümrük Kodu'nun 236'ncı maddesinde, 220'nci maddenin 2'inci fıkrasında gümrük idarelerinin sonradan tahakkuk yapmalarını sınırlayan aynı koşullara gönderme yaptığı hakkında bkz. Judgment of the Court (Third Chamber) of 22 June 2006, C-419/04 - Conseil général de la Vienne, ECLI: EU:C:2006:419, para.36; Judgment of the General Court (Fifth Chamber) of 15 December 2016, T-466/14 - Spain v Commission, ECLI:EU:T:2016:742, para.47; Judgment of the Court (Third Chamber) of 18 October 2007, C-173/06 - Agrover, ECLI:EU:C:2007:612, para. 30. Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 14 May 1996, C-153/94 - Faroe Seafood and Føroya Fiskasøla, ECLI:EU:C:1996:198, para. 83. (E.T 22.4.2020 <http://curia.europa.eu>). Benzer kararlar için ayrıca LYONS, s.412.

2'nci fıkrasına aykırı olarak tahakkuk ettirilen vergilerin kaldırılacağı; hukuka aykırı olarak tahsil edilen vergiler ile *Topluluk Gümrük Kodu'nun* (CCC) 220'nci maddesinin 2'nci fıkrasına aykırı olarak tahsil edilen vergilerin geri verileceği kurala bağlanmıştır.

4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 211'inci maddesinde, “(k)anunen ödenmemeleri gerektiği halde ödenmiş olduğu belirlenen gümrük vergileri(nin) geri” verilmesi; “kanunen tahakkuk ettirilmemeleri gerektiği halde tahakkuk ettirilen gümrük vergileri(nin)” kaldırılması gerektiği belirtilmiş; geri vermenin hangi hallerde yapılabileceğine dair genel kural konulmakla yetinilmiş; herhangi bir özel koşul öngörülmemiştir. Oysa, 2913/92 sayılı *Topluluk Gümrük Kodu'nun* 236'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında; tahsil edildikleri sırada yasal olarak borçlu olunmayan ithalat ve ihracat vergilerinin ve Gümrük Kodu'nun 220'nci maddesinin 2'nci fıkrasına aykırı olarak tahakkuk ettirilen tutarların geri verileceği; Gümrük Kodu'nun 236'nci maddesinin 2'nci fıkrasında yasal olarak tahakkuk ettirilmemesi gereken ithalat ve ihracat vergileri ile Gümrük Kodu'nun 220'nci maddesinin 2'nci fıkrasına aykırı olarak tahakkuk ettirilen tutarların kaldırılacağı kurala bağlanmıştır.

2913/92 sayılı Gümrük Kodu'nun 220'nci maddesinin 1'inci fıkrasında ise yasal olarak tahakkuk ettirilmesi gereken gümrük vergisinin tahakkuk ettirilmemesi ve noksan olarak tahakkuk ettirilmesi halinde; gümrük idaresinin bu durumu fark etmesi; gümrük borçlusunu tespit edebilecek ve vergileri hesaplayacak durumda olması halinde vergilerin iki gün içinde tahakkuk ettirileceği kurala bağlanmıştır. Maddenin, 236'nci maddede yollamada bulunulan 2'nci fıkrasında ise, genel olarak gümrük vergilerinin tahakkuk ettirilmemesine veya noksan tahakkuk ettirilmesine ilişkin genel düzenleyici işlemin mahkeme tarafından iptal edilmesi; gümrük vergilerinin, dürüstlük kurallarına uygun olarak hareket eden ve tüm sorumluluklarını yerine getiren yükümlü tarafından makul olarak tespit edilmesi mümkün olmayan gümrük idaresinin hatası nedeniyle noksan olarak tahakkuk ettirilmesi halinde sonradan vergilerin tahakkuk ettirilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu bakımdan, anılan düzenlemelere aykırı şekilde tahakkuk ettirildiği anlaşılan vergilerin de yükümlüye geri verilmesi gerekmektedir. Zira, gümrük vergilerinin geri verilmesi veya kaldırılması, gümrük idaresinin sonradan tahakkuk yapmasının bir istisnası olduğu kabul edilmekte; geri vermenin veya kaldırmanın gümrük borcunu sona erdiren sebep olduğu değerlendirilmektedir⁴⁷.

47 Geri verme veya kaldırmanın borcu sona erdiren bir sebep olduğunun *Topluluk Gümrük Kodu'*nda düzenlendiği; geri verme veya kaldırmanın gümrük idaresinin yetkisini sınırlandırdığının ise ABAD içtihatlarında kabul edildiği hakkında bkz. HEREDÍA Alejandro



ABAD, gümrük vergilerinin geri verilmesi veya kaldırılmasının temelinde yükümlünün haklı beklentisinin korunmasının yattığını kabul etmektedir⁴⁸. Bu bakımdan, haklı beklenti ilkesinin gümrük idaresinin sonradan tahakkuk yapma yetkisine sınırlandırma getirdiği değerlendirilmektedir⁴⁹.

4458 sayılı Gümrük Kanununun 211'nci maddesinin ilk ve ikinci fıkrası 2913/92 sayılı *Topluluk Gümrük Kodu'nun* 236'ncı maddesinin ilk ve ikinci fıkralarının ilk cümlesi ile paralel hükümler içermektedir. Ancak, 4458 sayılı Kanunda, 2913/92 sayılı *Topluluk Gümrük Kodu'nun* 236'ncı maddesinden farklı olarak ithalat ve ihracat vergilerinin tahakkuk ettirilmesini veya tahsil edilmesini engelleyen herhangi bir maddeye yollamada bulunulmamıştır. Esasen, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nda gümrük vergilerinin tahakkuku tebliğ ve ödenmesini düzenleyen; 2913/92 sayılı *Topluluk Gümrük Kodu'nun* 220'nci ve 221'nci maddelerinin karşılığı olan 197 ve 198'nci maddelerinde gümrük idaresine tahakkuk yapmama yükümlülüğü getiren; tahakkuk ve tahsil yasağı öngören bir düzenlemede yer almamaktadır⁵⁰. İşte her iki düzenlemede yer alan bu farklılık geri verme kaldırma koşullarının belirlenmesinde farklı yaklaşımların geliştirilmesine neden olmuştur.

2913/92 sayılı *Topluluk Gümrük Kodu (CCC)* uyarınca gümrük vergilerinin geri verilmesi veya kaldırılması için gümrük idaresinin vergilerin hukuka aykırı olarak tahakkuk veya tahsil edilmesi veya vergiler tahakkuk ettirilirken veya tahsil edilirken gümrük idaresince

García "The Concept of 'Good Faith' in the Particular Case of Preferential Arrangements" *Global Trade and Customs Journal*, Yıl.13, S. 6, s. 244.

48 Yükümlünün haklı beklentisinin, yalnız, yetkili gümrük idaresi tarafından kabul edilen veya onaylanan bilginin beklentinin oluşmasına sebep olması halinde korunmaya değer olduğu hakkında bkz. Judgment of the Court (Third Chamber) of 1 April 1993, C-250/91 - Hewlett Packard v Directeur général des douanes, ECLI:EU:C:1993:134, para.16.(E.T 22.4.2020 <http://curia.europa.eu>). Faroe Seafood, para 87; Macarente, para 19; Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 14 November 2002, C-251/00 – Ilumitrónica, ECLI:EU:C:2002:655, para 42.(E.T 22.4.2020 <http://curia.europa.eu>). Yükümlünün haklı beklentisinin haklı beklentiye neden olan durumu idarenin yaratması halinde korunacağı hakkında bkz. HEREDIA, s.246.

49 HEREDIA, s.244.

50 "5911 Sayılı Gümrük Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" (RG. 07.07.2009-27281). 4558 sayılı Gümrük Kanununun 198'nci maddesi 5911 sayılı Kanunun 48'nci maddesi ile yeniden düzenlenmiş ve "eşyanın tercihli tarifesinin karşı ülke idareleri ile idari işbirliği çerçevesinde oluşturulduğu durumlarda, dolaşım belgesinin karşı ülke idaresince yanlışlıkla onaylandığı tespit edildiğinde, yükümlü, gümrük mevzuatının gerektirdiği yükümlülüklerin yerine getirilmesinde tüm özeni gösterdiğini ispat edebildiği takdirde, tercihli tarife uygulanması nedeniyle tahakkuk ettirilmeyen vergiler sonradan" istenmeyeceği kabul edilmiştir. Anılan düzenlemenin gümrük idaresinin tahakkuk yapma yetkisine getirilen bir sınırlama olarak değerlendirilmesi mümkündür.

hata yapılması gerekmektedir⁵¹. Vergilerin hukuka aykırı olarak tahakkuk ettirildiğinin veya tahsil edildiğinin hukuk kurallarının somut olaya indirgenmesi suretiyle saptanabilecek nitelik taşımaktadır⁵². Oysa, gümrük idaresince bir hata yapıp yapılmadığının belirlenmesi birden fazla etmenin değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu halde, Avrupa Birliği Adalet Divanı, ortada gümrük idaresinin bir hatasının bulunması; dürüstlük kurallarına uygun davranan yükümlünün bu hatanın farkına varamaması ve yükümlünün gümrük mevzuatına ilişkin yasal yükümlülüklerini yerine getirmesi halinde gümrük vergilerinin geri verileceğini veya kaldırılacağını kabul etmektedir⁵³.

ABAD'a göre gümrük vergilerin geri verilmesi veya kaldırılması için ilk olarak ortada gümrük idaresinin bir hatasının bulunması gerekmektedir. Gümrük idaresinin hatası kavramı içine topluluk hukuk kurallarının yanlış olarak uygulanması veya yanlış olarak yorumlanmasının girdiği kabul edilmektedir⁵⁴. Bu bakımdan, gümrük idaresinin hatası kavramının maddi hatalar ve hesaplama yanlışlıklarına indirgenemeyeceği değerlendirilmektedir⁵⁵. Ancak, hatanın gümrük işlemlerini tamamlayan gümrük idaresi tarafından yapılması gerekmektedir. Gümrük idaresi

51 LYONS, s. 411. Oysa 10.10.2013 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 952/2013 sayılı Birlik Gümrük Kodu ile 2913/92 *Topluluk Gümrük Kodu*'nun 236'ncı maddesinin 1'nci fıkrasında düzenlenen geri verme veya kaldırma sebepleri iki ayrı başlık altında toplanmış; 117'nci madde de fazla tahakkuk ettirilen tutarların iadesine;119'ucu maddesinde ise gümrük idaresinin hatası halinde, kaldırma ve geri verme koşulları düzenlenmiştir. 952/2013 sayılı Birlik Gümrük Kodu ile 2913/92 sayılı *Topluluk Gümrük Kodu*'nda yer alan geri verme veya kaldırmaya ilişkin kurallarının sınırlandırıldığı ve yeniden düzenlendiği hakkında bkz. HEREDIA, s. 246.

52 *ASM Lithography* davasında, dâhilde işleme rejimi kapsamında gümrük bölgesine getirilen ve daha sonra serbest dolaşıma sokulmuş işlem görmüş eşya nedeniyle ödenmesi gereken vergi miktarının yükümlü tarafından seçilecek yönetime göre değişmesi ve yükümlü tarafından herhangi bir beyanda bulunmadan ithalatın tamamlanması halinde, ABAD, *Topluluk Gümrük Kodu*'nun, diğer maddelerinin yanında, 121; 122 ve 236'nci maddelerini birlikte değerlendirmiş, bu halde, yeniden bir hesaplama yapılması gerekse dahi yükümlünün, madde de belirtilen diğer koşulların karşılanması halinde fazla ödenen tutarları yasal olarak ödenmiş kabul edilemeyeceğini, iade talebinin 236'nci madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. *Judgment of the Court (Third Chamber) of 5 October 2006, C-100/05 - ASM Lithography*, ECLI:EU:C:2006:645. ABAD göre, "Gümrük Kodu'nun 236'nci maddesindeki ifadelerden, ulusal gümrük makamları tarafından, diğer şeylerin yanı sıra, ödendiğinde yasal olarak borçlu olunmadığı tespit edilen vergilerin geri verilmesi gerektiği açıktır." *ASM Lithography*, para. 38 (E.T 22.4.2020 <http://curia.europa.eu>).

53 LYONS, s.412.

54 Hata kavramının sadece hesaplama veya toplama hataları ile sınırlı olmadığı, özellikle yürürlükte olan hukuk kurallarının yanlış yorumlanması veya yanlış uygulanması gibi her türlü hatayı içerdiği hakkında bkz. *Judgment of the Court (Third Chamber) of 27 June 1991, C-348/89 - Mecanarte- Metalurgica da Lagoa v Alfandega do Porto*, ECLI:EU:C:1991:278, para.20 . (E.T 22.4.2020 <http://curia.europa.eu>).

55 Mecanarte, para.20. Aynı yönde, LYONS, s.413.



kavramına, ithalatçı ülke gümrük idarelerinin de girdiği kabul edilmektedir⁵⁶. Bu bakımdan, gümrük işlemlerini, yürüten idare dışında idareler tarafından verilen hatalı bilgiye dayanarak geri verme veya kaldırma hakkının doğmayacağı değerlendirilmektedir⁵⁷. Gümrük idaresinin aktif⁵⁸ veya pasif davranışları⁵⁹ sonucu hatanın oluşabileceği kabul edilmektedir.

Ayrıca *Topluluk Gümrük Kodu (CCC)* uyarınca vergilerin geri verilmesi ve kaldırılması için gümrük işlemlerini yürüten kişinin gümrük idaresinin hatasının bilmemesi veya makul olarak bilebilecek durumda olmaması gerekmektedir⁶⁰. Birlik hukukuna ilişkin düzenlemelerin Birlik Resmi Gazete 'de ilan edilmesi halinde yükümlünün bir hatayı bilmediğini ileri sürmesine imkân bulunmadığı kabul edilmektedir. Herkesin Birlik Gazete'sinde yayınlanan hukuk kurallarını bilmesi gerektiği varsayılmaktadır. Ayrıca, ulusal makamlar tarafından yapılan genel ve özel açıklamalara dayanılarak hak iddia edilemeyeceği kabul edilmektedir⁶¹.

Yükümlünün, gümrük idaresinin hatasını bilmediğinin veya makul olarak bilemeyeceğinin belirlenmesinde hatanın niteliği⁶²; ticaret erbabının tecrübesi⁶³ ve yükümlünün göstermesi gereken özen esas

56 Avrupa Topluluğu ile yapılan anlaşmalar çerçevesinde eşyanın menşeyini tespit etmek için gerekli önlemleri alabilme ve kontrol yetkisi verilen üçüncü ülke gümrük idareleri de yetkili gümrük idaresi kapsamında değerlendirilmektedir. Faroe Sea Food and Others, para.90; *Ilumitrónica*, para.40

57 Hewlett Packard, para. 16. Bir üye devlet gümrük idaresi tarafından verilen bağlayıcı tarife bilgisinin diğer üye devlet gümrük idareleri açısından da bağlayıcı olduğu hakkında bkz. Hewlett Packard, para. 17. Ayrıca, LYONS, s.414.

58 Mecanarte, para. 19.

59 Hatanın mutlaka gümrük idaresinin aktif işlemleriyle yapılması zorunluluğunun bulunmadığı, bazı hallerde, gümrük idaresinin belli işlemlerin yapılması sırasında belli bir süre devam eden hareketsizliğinin de gümrük idaresinin hatası kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmektedir. Eşyanın tabi olduğu gümrük tarife istatistik pozisyonunun yanlış olarak beyan edilmesine rağmen gümrük idaresinin uzun bir süre müdahale etmemesi hali hata kapsamında değerlendirilmiştir. Bu hususta bkz. Hewlett Packard, para. 21.

60 Bir hata oluşsa ve bu hata gümrük yetkilileri tarafından yapılmış bir hata olsa bile, tacirin gümrük idaresinin hatasını makul olarak tespit edememesi gerektiği hakkında bkz. LYONS, s.415.

61 LYONS, s.416.

62 ABAD hatanın niteliğini belirlerken uygulanacak normun karmaşık olup olmadığını; maddi olayın karmaşıklık düzeyini, hatanın yapıldığı süreyi esas almaktadır. Örneğin eşyanın sınıflandırması hususunda farklı görüşler bulunması ve eşyanın sınıflandırması için Topluluk organlarının karar almasının gerekmesi halinde, sorunun karmaşık olduğunu kabul etmektedir. Hewlett Packard, para. 23; *Ilumitrónica*, para.53. Ayrıca, LYONS, s.417.

63 Hewlett Packard, para. 22. Ayrıca, tacirin tecrübesinin bulunup bulunmadığı saptanırken benzer bir işlemi geçmişte doğru olarak sonuçlandırıp sonuçlandırmadığının da belirlenmesi

alınmaktadır⁶⁴. Bu bakımdan, yükümlünün dürüstlük kuralına uyup uymadığı ABAD'ın içtihadının temel noktalarından birini oluşturmaktadır⁶⁵. Eşyanın bir gümrük rejimine tabi tutulması için gerekli olan bilgilerin beyan sahibi tarafından sunulması gerektiğini kabul etmektedir⁶⁶. Ancak, ABAD, beyan sahibinin bu yükümlülüğünün, yanlış olsa dahi, beyan sahibi tarafından dürüstlük kuralına uygun olarak bildirilen, makul olarak bilinen veya elde edilebilen dışındaki bilgileri içermediğini kabul etmektedir⁶⁷.

Gümrük vergilerinin geri verilmesinde veya kaldırılmasında diğer bir unsur da gümrük mevzuatının uygulanmasından kaynaklanan yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesidir. Yükümlünün yasal ödevlerini yerine getirmemesi halinde ödenen vergilerin iadesine karar verilmesi mümkün değildir⁶⁸.

Topluluk Gümrük Kodu'nda, (CCC) vergilerin geri verilmesinin ve kaldırılmasının, idarenin kusuru ve yükümlünün dürüstlük kuralına uygun davranıp davranmadığı temeline dayandığının; ABAD'ın içtihadının, idarenin kusuru ve yükümlünün dürüstlük kuralına uygun davranması arasında kurulan makul bir dengeye dayalı olduğunun söylenilmesi mümkündür. ABAD, idarenin kusurunu ve yükümlünün

gerektiği hakkında bkz. Hewlett Packard, para. 26. ABAD, ticaret erbabının tecrübesini belirlerken, tacirin işlem kapasitesini; aynı eşyanın ithalatının veya ihracatının daha önce gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini esas almaktadır. Faroe Sea food v Others para. 100. Ayrıca, İlümitrónica, para.53.

64 Faroe Sea food v Others para. 99. Ayrıca, gümrük idaresince yapılan hatanın yükümlü tarafında saptanıp saptanamayacağı değerlendirilirken, hatanın özel niteliğinin, yükümlünün tecrübesinin ve özeninin dikkate alınması gerektiği hakkında bkz. HEREDIA, 246. "...Eşyanın tarifesinin sınıflandırmasının doğruluğuna ilişkin olarak bir şüphesinin bulunması halinde yükümlünün şüphesinin temelini bulunup bulunmadığını tespit etmek için araştırma yapması ve mümkün olan en iyi açıklığı araması gerekmektedir." "Bu yükümlüğün, üye devlet tarafından, yükümlü ile aynı guruba ait üye şirkete sağlanan bilgiler ışığında, Eşyanın tarifesinin sınıflandırmasının doğruluğuna ilişkin olarak bir şüphesinin olmaması halinde karşılandığı kabul edilebilir" Hewlett Packard, para. 24. Ayrıca, İlümitrónica, para.53.

65 Hukuki sorun ne kadar çetrefil olursa, tacirin dürüstlük kuralına uygun olarak hareket ettiğini göstermesinin o kadar kolay olacağı; dürüstlük kuralına uygun davranma gereksinimi ile hatanın bilinebilirliğinin uzak konular olmasına rağmen, hata ne kadar belirsiz olursa, tacirin dürüstlük kuralına uygun olarak hareket etmesinin o kadar olası olduğu hakkında bkz. LYONS, s.417.

66 LYONS, s.419.

67 "Bununla birlikte, bu yükümlülük, başvuranın makul olarak bildiği ve elde edebileceği verilerin sunulmasının ötesine geçemez, bu nedenle, bu öğelerin, yanlış olsalar bile, iyi niyetle teslim edilmesi yeterlidir." Mecanarte, para. 29; Hewlett Packard, para. 29. Ayrıca bkz. LYONS, s.419.

68 "Bu koşul, beyan sahibinin, söz konusu eşyanın tabi tutulmak istendiği gümrük muamelesiyle ilgili Topluluk kurallarının ve onları tamamlayan ve iç hukuka aktarılan ulusal hükümlerin gerektirdiği bütün zorunlu bilgilerin gümrük idaresine sunma zorunluluğunu anlamına gelir." Hewlett Packard, para. 29. HEREDIA, s.246.



fiillerini değerlendirmekte ve yükümlünün haklı beklentisinin korunmasının gerekip gerekmediğine karar vermektedir⁶⁹.

4458 sayılı Gümrük Kanunu'nda ise, *"Kanunen ödenmemeleri gerektiği halde ödenmiş olduğu belirlenen gümrük vergileri geri"* verilmesi; *"kanunen tahakkuk ettirilmemeleri gerektiği halde tahakkuk ettirilen gümrük vergileri"* kaldırılması gerektiği belirtilerek genel bir düzenleme yapılmış; idareye, geniş bir takdir alanı bırakılmıştır. İdareye, tanınan takdir yetkisinin bu kadar geniş ve belirsiz olması, uygulamada, geri verme veya kaldırma istemlerinin reddedilmesine sebep olmuştur. Başka bir deyişle, Gümrük Kanunu'nda, idareye geri verme veya kaldırma hususunda geniş takdir yetkisi verilmesine karşın idarece, madde dar yorumlanmıştır.

Danıştay kararlarında ise madde metinde geçen *"kanunen ödenmeme"* ve *"kanunen tahakkuk ettirilmeme"* kavramlarının belirlenmeye çalışılması yerine geri verme veya kaldırma başvurusunun reddine ilişkin işleme vaki itirazın reddine ilişkin davalar ile tahakkuk ettirilen vergilere vaki itirazın reddine ilişkin davalar arasında bir ayırım yapma yoluna gidilmiş; anılan davalarda hukukilik denetiminin farklı olması gerektiği kabul edilmiştir. Danıştay, gümrük vergisi tahakkukuna vaki itirazın reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada; tahakkuk işleminin unsurları yönünden hukuka uygunluğunun denetlenmesi; itiraz ve dava açma süresi geçtikten sonra gümrük vergilerinin geri verilmesi ve kaldırılması istemiyle yapılan başvurunun reddine dair karara idari itiraz yolu tüketilerek açılan davalarda ise, yargılamanın, *"tahakkuk işleminin hukuka uygunluğu yönünden değil, iade talebinin yerindelığının, diğer bir ifadeyle, iade koşullarının oluşup oluşmadığının irdelenerek yapılması"*⁷⁰ gerektiğini kabul etmiştir.

69 ABAD'ın geri verme veya kaldırmaya ilişkin kuralları dar yorumlandığı, zira, anılan düzenlemelerin ithalata ve ihracata ilişkin genel düzenlemelerin istisnası olduğunun kabul edildiği hakkında bkz. HEREDİA, s.243. Ayrıca, *"Gümrük vergilerinin geri verilmesi veya kaldırılması, ... normal ithalata ve ihracata bir istisna niteliği oluşturduğundan geri verme veya kaldırmaya ilişkin hükümler katı bir şekilde yorumlanmalıdır."* Order of the Court (Sixth Chamber) of 1 October 2009, C-552/08- Agrar-Invest-Tatschl v Commission, ECLLEU:C:2009:605, para. 53.

70 Dş.7.D. 17.3.2008 tarih ve E:2007/3405;K:2008/1661 sayılı kararı (Özel Arşiv).*"Gümrük vergisine ilişkin uyuşmazlıklarda, tahakkuk işleminin unsurları yönünden hukuka uygunluğu, ancak, anılan işlem için öngörülen idari prosedürün usulüne uygun olarak tamamlanması üzerine açılan davada denetlenebilir. Kanunen ödenmemesi gerektiği halde ödenmiş bir verginin iadesi talebinin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada ise yargılamanın, tahakkuk işleminin hukuka uygunluğu yönünden değil, iade talebinin yerindelığının, diğer bir ifadeyle, iade koşullarının oluşup oluşmadığının irdelenerek yapılması mümkün"* olmadığı hakkında bkz. Dş.7.D. 8.12.2015 tarih ve E:2016/3617;K:2015/7166 sayılı kararı (Özel Arşiv);Dş.7.D. 30.10.2014 tarih ve E:2012/5288;K:2014/4991 sayılı kararı(Özel Arşiv).

Danıştay tarafından geliştirilen bu yaklaşımın temelinde; yalnızca itiraz üzerine açılan davalarda gümrük vergisi tahakkukunun unsurları yönünden hukuka uygun olup olmadığının inceleneceği ve yalnız bu halde işlemin tüm unsurları yönünden bir denetleme yapılacağı düşüncesi yatmaktadır. Oysa Gümrük Kanunu'nda geri verme kaldırma başvurunun reddine ilişkin karara vaki itirazın reddi üzerine açılacak davalarda incelemenin sınırlandırılması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Zira, Gümrük Kanunu'nda, *"kanunen tahakkuk ettirilmeme ve kanunen ödenmeme ibareleri kullanılmak suretiyle geniş bir kapsam çizilmiştir"*. Bu bakımdan, geri verme veya kaldırma istemiyle açılan davalarda da işlemin tüm yönleri bakımdan hukuka uygunluğunun denetlenmesi suretiyle karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir. Ayrıca, Vergi Usul Kanunu'nda yer alan hata düzeltme kurumu esas alınarak getirildiği anlaşılan bakış açısı, Gümrük Kanunu'nun *"kanunen tahakkuk ettirilmeme ve kanunen ödenmeme"* kavramları ile bağdaşmamaktadır⁷¹.

Gümrük idaresince, fazla vergi tahakkuk ettirildiği veya tahakkuk ettirilen verginin tahsil edildiğinin saptanması halinde kanuna aykırılık unsurunun gerçekleştiğinin kabulü gerekmektedir. İdarece, kanuni olarak tahakkuk ettirilmesi gereken miktardan fazla bir tutarın tahakkuk ettirilmesi veya tahakkuk ettirilen tutardan fazlasının tahsil edilmesi maddi yanlışlık sonucu olabilir. Ayrıca, kanun hükümlerinin yanlış yorumlanması, gümrük tarifinin veya serbest ticaret anlaşmasına ilişkin hükümlerin yanlış değerlendirilmesi nedeniyle fazla veya yersiz vergi tahakkuk ettirilebilir. Gümrük vergisini doğuran olayın gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan kanun hükümlerine veya vergilendirmeyi etkileyen ikincil düzenlemelere aykırılığın kanuna aykırılık olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Kanuna aykırılık basit bir inceleme sonucu ortaya çıkabileceği; vergilendirmeye etki eden normun yorumlanması sonucu da anlaşılabilir. Bu bakımdan, salt, daha sonra bir takım inceleme ve araştırma gerektirdiğinden bahisle geri verme veya kaldırma talebinin reddedilmesi gümrük kanununun açık hükmü ile bağdaşmamaktadır⁷².

71 Vergi Usul Kanunu'nda, hata düzeltme hükümleri ile vergi hatası olarak adlandırılan bir kısım vergilendirme yanlışlıklarının ortadan kaldırılmasının amaçlandığı, işlemin, Vergi Usul Kanunu'nun tanımına uygun bir vergi hatası ile sakatlık taşımaması halinde, hataların düzeltilmesine ilişkin yol izlenerek açılan davanın süresinde yargı yerlerine başvurulmaması nedeniyle usulde reddedileceğine dair açıklamalar için bkz. ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN,s.173.

72 Vergi Usul Kanunu'nda yer alan hata düzeltme kurumunda, vergilendirme işleminin taşıdığı sakatlığın vergi hatası sayılması için haksız bir işlemin bulunması gerektiği, haksız olma unsurunun ise hukuka ve yasaya aykırılık olarak anlaşılması gerektiği hakkında bkz. ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN,s.174.



Diğer taraftan, “kanunen tahakkuk ettirilmemesi gereken vergilerin kaldırılması veya kanunen ödenmemesi” gerektiği halde ödenen vergilerin geri verilmesi için kanuna aykırılığın açık olması; idarenin hatasının bulunması ve bu hatanın açık⁷³ olması gerektiği hususunda Kanunda bir sınırlama bulunmamaktadır. Gümrük Kanunu’nda, kanunen ödenmeme ve kanunen tahakkuk ettirilmeme kavramları kullanıldığından hukuka aykırı olarak tahakkuk ettirilen ve tahsil edilen tüm vergilerin geri verilmesi gerektiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, geri verme veya kaldırma koşullarının oluşup oluşmadığının tespit edilirken vergilerin kanuniliği ilkesinin esas alınması ve işlemin tüm unsurları yönünden herhangi bir sınırlamaya gidilmeden hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesi gerekmektedir. Aksine geliştirilecek bir yaklaşımın vergilerin kanuniliği ilkesini ve mülkiyet hakkını ihlal edeceği değerlendirilmektedir.

Oysa, uygulamada, içtihat farklı şekilde gelişmiştir. Danıştay, “gümrük vergilerinin kanunen ödenmelerinin veya tahakkuk ettirilmelerinin gerekmediğinin, açıkça; yani, herhangi bir inceleme, araştırma ve yoruma gerek olmaksızın anlaşılabilir olması halinde” gümrük vergilerinin geri verilmesi veya kaldırılması gerektiği kabul etmektedir⁷⁴.

Anılan içtihat uyarınca, Danıştay, tercihsiz vergi oranına göre ödenen gümrük vergisi ile Genelleştirilmiş Tercihler Sistemi kapsamında öngörülen tercihli vergi oranına göre ödenmesi gereken vergi arasındaki farkın ilgiliye iadesi gerektiği,⁷⁵ Danıştay tarafından iptal edilen ithalat rejimi kararına göre tahsil edilen vergilerin,⁷⁶ gözetim hükümlerinin

73 Oysa, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 116’ncı maddesinde hata kavramı tanımlanmış; hangi hataların vergilendirme hatası olarak kabul edilebileceği kurala bağlanmış; hatanın kavramının sınırları çizilmiş; hatanın vergilendirme işleminin hangi unsurunda gerçekleşebileceği belirtilmiş; hata: hesap hataları ve vergilendirme hataları ikiye ayrılarak sınıflandırılmıştır. Kanunda sayılan ve vergilendirme işleminin konu unsuruna ilişkin olan belli hesap hatalarının yapılması halinde şarta bağlı olmaksızın hatanın düzeltileceği kabul edilmiştir. Kanunda sayılan ve vergilendirme işleminin sebep unsuruna ilişkin olan belli hataların gerçekleşmesi halinde ise ikili bir ayrıma gidilmiş; bazı hallerde hatanın açık olması kabul edilmiş bazı hallerde ise açık olma şartına bağlı olmaksızın Kanunda sayılan hatanın yapılması hatalı işlemin düzeltilmesi için yeterli görülmüştür. Bu hususta açıklamalar için bkz. ÖNCEL/KUMRULU/ÇAĞAN,s.173 vd.

74 D.7.D. 26.4.2018 tarih ve E:2015/2843;2018/2718 sayılı kararı (Özel Arşiv); D.7.D. 14.4.2009 tarih ve E: 2007/4358;K: 2009/1956 sayılı kararı(Özel Arşiv). Eksik bilgi ve belge sunulması nedeniyle fazla vergi tahakkuk ettirilmesi veya tahsil edilmesi halinde geri verme veya kaldırmanın mümkün olduğu hakkında bkz. RUFET Dağ, CEYHAN Sami ve BALLI Mehmet, Gümrük Kıymet Uyuşmazlıkları, Gümrük ve Ticaret Müfettişleri Derneği İktisadi İşletmesi, Ankara, 2014.s.73.

75 D.7.D. 23.5.2016 tarih ve E:2013/3748;2016/4630 sayılı kararı (Özel Arşiv).

76 Olayda, iadesi istenilen vergilerin, eşyanın fatura kıymetinin, 31.12.2005 tarih ve 26040

yanlış uygulanması suretiyle tahakkuk ettirilen vergilerin; Özel Tüketim Vergisi Kanuna ekli liste yer almayan eşya nedeniyle tahakkuk ettirilen vergilerin⁷⁷ yükümlüye geri verilmesi gerektiğini kabul etmiştir.

Diğer yandan, Danıştay, eşyanın sınıflandırılmasında yapılan hata nedeniyle fazla tahakkuk ettirilen vergilerin geri verilmeyeceğini kabul etmektedir. Zira, Danıştay göre bu halde, *“uyuşmazlığın çözümü... ithal edilen eşyanın dâhil olduğu gümrük tarife ve istatistik pozisyonunun belirlenmesini gerektirmektedir. Bu belirleme ise, ancak eşyanın teknik özelliklerinin bilirkişi incelemesi yaptırılması suretiyle ortaya konulmasına ve elde edilecek verilerin, Tarifinin Yorumu ile ilgili Genel Kurallar ve ilgili pozisyonların açıklama notlarının yorumunu”* gerektirmektedir⁷⁸.

Danıştay tarafından geliştirilen bu yaklaşım karara esas alınan içtihadı birleştirme kararı ile ortaya konulan yaklaşım ile uyum içindedir. Ancak, bu hususa ilişkin içtihat, ABAD tarafından ortaya konulan bakış açısına ters düşmektedir. Zira, bu halde dahi, ABAD, gümrük idaresinin hatası ile yükümlünün dürüstlük kuralına uyumu arasında denge kurmaya çalışmakta; yükümlünün dürüstlük kuralına uygun davranması halinde ödenen gümrük vergilerinin geri verilmesine karar vermektedir⁷⁹. Yine, bu yaklaşım, Danıştay 7. Dairesinin eşyanın gümrük tarife ve

(2'nci mükerrer) sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanan 19.12.2005 tarih ve 2005/9825 sayılı İthalat Rejimi Kararına Ek Karara ekli (I) sayılı listede yer alan, 0810.50.00.00.00 tarife ve istatistik pozisyonunda yer alan kivi için “MIN 500.-EURO/Ton” ibaresi uyarınca, eşya birim kıymetinin 500.-EURO/Ton'a yükseltilmesi amacıyla yurt dışı gider olarak beyan edilen farktan kaynaklandığı; oysa, İthalat Rejimi Kararındaki söz konusu ibare, Danıştay 7. Dairesince iptal edildiği; dolayısıyla, anılan düzenleme uyarınca davacı adına vergi tahakkuku ve tahsili mümkün bulunmadığından, tahakkukun bu kısmı için ortada kanunen ödenmemesi gereken ve fuzulen tahsil edilen bir verginin söz konusu olduğunun açık olduğu hakkında bkz. D.7.D. 1.10.2013 tarih ve E:2009/5459;K:2013/4435 sayılı kararı (Özel Arşiv).

77 Olayda, davacının ithal ettiği “radio unit” isimli eşyanın, 8517.69.39.00.00 gümrük tarife ve istatistik pozisyonunda beyan edilip edilmemesi ile ilgili bir ihtilaf bulunmadığı, uyuşmazlığın, 8517.69.39.00.00 gümrük tarife ve istatistik pozisyonunda ithal edilen eşyanın ait bulunduğu beyannamenin tescil tarihinde Özel Tüketim Vergisine tabi olup olmadığı hususuna ilişkin olduğu, beyannamenin tescil tarihinde yürürlükte bulunan, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 11 ve 12'nci maddelerine göre vergiye tabi mal ve vergilendirme ölçülerini gösteren (A) cetveli, (B) cetveli ve I,II,III,IV sayılı listelerde, davacı şirket tarafından 8517.69.39.00.00 gümrük tarife ve istatistik pozisyonunda ithal edilen Radio Unit türü eşya düzenlenmemiş olduğundan, ithal tarihi itibarıyla, ortada, kanunen ödenmesi gereken bir verginin bulunmadığı hakkında bkz. D.7.D. 18.9.2015 tarih ve E:2012/1600;K:2015/4576 sayılı kararı (Özel Arşiv).

78 D.7. D. 26.9.2017 tarih ve E:2014/4068;K:2017/5395 sayılı kararı (Özel Arşiv); D.7. D. 26.5.2009 tarih ve E:2008/2681;K: 2009/2588 sayılı kararı (Özel Arşiv).

79 Gümrük Kanunu'nun 211'nci maddesine göre kanunen ödenmemesi ya da kanunen tahakkuk ettirilmemesi gereken gümrük vergilerinin geri verilmesinin ve kaldırılmasının, yükümlünün dürüstlük kurallarına uygun davranması halinde mümkün olduğu hakkında bkz. GÖK, s.187.



istatistik pozisyonu belirleme görevinin idareye ait olduğu yaklaşımı ile bağdaşmamaktadır⁸⁰. Ayrıca, Gümrük Kanunu'nda, gümrük vergilerinin geri verilmesinde ve kaldırılmasında getirilen sınır vergilerin kanuna uygun olarak tahakkuk ve tahsil edilmemesi iken buna açık hata şartının eklenmesi, Kanunun açık düzenlemesi ile de bağdaşmamaktadır. Bu bakımdan, mülkiyet hakkına yorum yoluyla getirilen sınırlama Anayasaya da uyuşmamaktadır.

Öte yandan, geri verme veya kaldırmaya ilişkin Danıştay kararlarında, Gümrük Kanunu'nun 211'nci maddesinin 2'nci fıkrasının dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır⁸¹. Anılan düzenlemede; *"kanunen ödenmemesi veya tahakkuk ettirilmemesi gereken gümrük vergileri ilgili kişinin kasten yaptığı bir tahrifat sonucunda ödenmiş veya tahakkuk ettirilmişse, bu vergilerin geri verilmesine veya kaldırılmasına ilişkin talepler kabul"* edilmeyeceği belirtilerek yükümlünün hilesinin bulunması halinde ödenen tutarların geri verilmeyeceğini kabul etmiştir⁸². Dolayısıyla düzenlemenin bu açık hükmünün dikkate alınmamasının bazı hallerde haksız iadelerin doğmasına sebep olunması kaçınılmazdır. Örneğin, yükümlünün, ikincil mevzuatın öngördüğü yükümlülüklerden, gözetim belgesi almaktan kaçınmak için eşyanın kıymetini, düzenlemenin öngördüğü tutara yükseltmek suretiyle beyan işlemlerini gerçekleştirmesi ve ithalatı tamamlaması halinde, artık ödenen vergilerin iadesinin mümkün olmadığı kabul edilmelidir⁸³. Zira, vergi hukukunda objektif iyi niyet

80 "4458 sayılı Kanun'un 3. ve devamı maddeleriyle de, gümrük mevzuatını uygulayarak gümrük işlemlerini yapma yetki ve görevi Gümrük İdarelerine verilmiştir. Dolayısıyla; Gümrük Tarife Cetvelini uygulama görevi, gümrük mevzuatını uygulamakla görevli bu İdarelere aittir. O halde, ithal edilen eşyaya uygulanacak gümrük tarifesinin ve vergi oranının da, her beyanname ile ilgili olarak, bu İdarelerce belirlenmesi yasal zorunluluktur. Yasada, gümrük tarifesinin ve vergi oranının yükümlülerce beyanını gerekli ve zorunlu kılan bir düzenleme de mevcut değildir. Gümrük İdaresine ve onun görevlilerine ait olan bu belirlemenin gümrük mükelleflerine yaptırılması olanaklı bulunmamaktadır." D.7.D. 03.10.2019 tarih ve E:2015/3754;K:2019/5197 sayılı kararı (Özel Arşiv); D.7. D. 14.4.2009 tarih ve E: 2007/2448;K: 2009/1929 sayılı kararı (UYAP).

81 İlgilinin kasti davranışı sonucu verginin tahakkuk ettirilmesi ve tahsil edilmesi halinde, geri verme veya kaldırma talebinin kabul edilmeyeceği hakkında bkz. Gormley, Laurence. W. **EU Law of Free Movement of Goods and Customs Union**, Oxford, 2009.s.359. Ayrıca, eşyanın kotaya tabi olmasına rağmen değilmiş gibi beyan edilmesi halinde ödenen vergilerin iade edilemeyeceği hakkında bkz. GÜMÜŞ Mustafa, "Gümrük Vergilerinin Geri Verilmesi ve Kaldırılması", **Yaklaşım Dergisi**, S.28, Kasım 2005, E-Yaklaşım (E.T. 28.03.2019, www.yaklasim.com). Benzer bir örnek için SEFER Yakup, "Gümrük Vergilerinin Geri Verilmesi Kaldırılması", **Gümrük Dergisi**, Ağustos-Ekim 2005, S.52, s.120. Aynı yönde, DAĞ/CEYHAN BALLI, s.72 vd.

82 Gümrük yükümlüsünün daha fazla vergi borcunun doğmasına sebep olacak verilerin yanlış olduğunu bilmesi halinde kasıtlı davranmış olduğunun kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz. GÖK, dp.647. s.187.

83 Gümrük yükümlüsünün gözetim uygulaması durumunda gözetim belgesini ibraz etmemek için yanlış veri sunması halinde artık kasıtlı davrandığı, bilginin aslının değiştirildiğinin

ilkesi (dürüstlük kuralı) hem vergi yönetimi hem de vergi yükümlüsü ve sorumlusu tarafından uyulması zorunlu bir kural niteliğini taşımaktadır⁸⁴.

“Dürüstlük kuralı hukuki ilişkilerde kişilerin sadık ve makul bir davranış standardı benimsemesi ve bu açıdan karşı tarafın korunmaya değer menfaatlerini göz önüne alarak hareket etmesi gerektiğine işaret eden ve makul güvenin korunmasını” amaçlamaktadır⁸⁵. Dürüstlük kuralı sadece belli hukuki ilişkilere değil tüm hukuki ilişkilere uygulanması gereken bir norm niteliğini taşımaktadır⁸⁶. Genel ve temel bu ilkenin özel hukukta olduğu gibi kamu hukukunda da uygulanması mümkündür. Dolayısıyla,

kabul edilmesi gerektiği, zira, anılan düzenlemenin gerekçesinde işlemlerin yanlış olduğunun yükümlü tarafından bilinmesi halinde geri verme veya kaldırma talebinin kabul edilmeyeceği kabul edildiği hakkında bkz. GÖK, dp.647, s.188. Uygulamada, bazı mahkeme kararlarında yer alan azlık oyu hariç bu durumun dikkate alınmadığı gözlenmektedir. “Gümrük Kanununun 211’inci maddesinin 2’nci fıkrasında, kanunen ödenmemesi veya tahakkuk ettirilmemesi gereken gümrük vergileri ilgili kişinin kasten yaptığı bir tahrifat sonucunda ödenmiş veya tahakkuk ettirilmişse, bu vergilerin geri verilmesine veya kaldırılmasına ilişkin taleplerin kabul edilmeyeceği kurala bağlanmıştır. Kasıt bir şeyin bilerek ve isteyerek yapılması, tahrifat ise bir şeyin aslının bozulması ve değiştirilmesidir. Kanun metninde bilerek ve isteyerek aslı bozulmak veya değiştirilmek istenilenin ne olduğu yolunda açıklık bulunmamakla birlikte, bunun, eşyanın gümrük vergilerini etkileyen hususlar olduğu maddenin ilk ve ikinci fıkrasının birlikte okunmasında anlaşılmaktadır. Bu bakımdan, eşyaya isabet eden gümrük vergilerinin noksan veya fazla olarak beyan edilmesi sonucunu doğuracak her türlü fiilin ‘kasden yapılan tahrifat’ kapsamı içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bunun salt, evrakta yapılan tahrifat olarak anlaşılması mümkün değildir. Zira, madde metninde bu yönde bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu bakımdan, mevzuat tarafından öngörülen bir yükümlülüğün kurtulmak amacıyla yapılan her türlü fiilinde anılan kapsamdan değerlendirilmesi icap etmektedir. Dolayısıyla, gözetim belgesi ibraz etmek yerine eşyanın kıymetini gözetim belgesinde yazılı tutara yükseltmek suretiyle yapılan ithalatta bu kapsamda değerlendirilmelidir.” İzmir Bölge İdare Mahkemesi 3. VDD. 24.1.2020 tarih ve E:2019/2532;K:2020/93 sayılı kararı (Özel Arşiv). Aynı yönde İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 5. VDD. 14.05.2018 tarih ve E:2018/483;K:2018/21748 (Özel Arşiv).

84 ÇAĞAN s.135.

85 Hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde düzenleyici bir norm olan dürüstlük kuralının hukuka ahlaki ve etik bir temel kazandırdığı hakkında bkz. UÇARYILMAZ Talya Şans, “Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona(Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2018, S. 135, s. 360.

86 Dürüstlük kuralı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 2’nci maddesinde düzenlenmiştir. Anılan düzenleme uyarınca, “Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” Dürüstlük kurallarının, toplum içinde kişilerin, karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğü dayalı davranışları sonucu meydana gelen ve herkesçe bilinen kurallar olduğu kabul edilmektedir. ASLAN Fatma, “Medeni Hukuk’ da Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı” **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1., S.2. Ekim, 2016, s.416. Dürüstlük kuralının temelinde Roma Hukuku’nda doğan Bona Fides ilkesinin yer aldığı, bu ilkenin objektif ve subjektif olarak iki ayrı bağlamda kullanıldığı, söz konusu kuralın bir yanının sadakat ve vefayı ifade ederken diğer yanının inanç ve güvenin korunması anlamına geldiği, bu düalizmin 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi’ nin yürürlükte olduğu dönemde de bulunduğu, bu dönemde Kanunun 2’nci maddesinde yer alan dürüstlük kuralının objektif iyi niyet 3’üncü maddesinde yer alan subjektif iyiniyet olarak adlandırıldığı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun kavramlarda bir düzeltmeye giderek objektif- subjektif iyiniyet ayrımını kaldırdığı hakkında bkz. UÇARYILMAZ, dp. 117. s.357.



yükümlünün, dürüstlük kuralına aykırı hareket etmesi halinde artık ödenen verginin geri verilmesine olanak bulunmamaktadır⁸⁷.

Danıştay içtihadı ile Avrupa Birliği Adalet Divanının İçtihadı karşılaştırıldığında; düzenlemelerin (kısmen) aynı olmasına karşın, her iki yargı organının içtihadının farklı geliştiği gözlemlenmektedir. Danıştay içtihadının temelini açık hata oluşturmaktadır. Gümrük idaresinin açık bir hatasının olması halinde gümrük vergilerinin kaldırılması veya geri verilmesi gerekmektedir. ABAD, gümrük vergilerinin geri verilmesi ve kaldırılması için diğerlerinin yanında, ortada gümrük idaresince yapılan bir hata olması gerektiğini vurgulamıştır. Yine, Danıştay kararlarında, geri verme veya kaldırma hükümlerinin uygulanması için yükümlünün dürüstlük kuralına uygun davranıp davranmadığı değerlendirilmemiş; yükümlünün zımnen dürüstlük kuralına uyum davrandığı kabul edilmiştir. ABAD ise geri verme veya kaldırma kararı verilmesi için, diğerlerinin yanında yükümlünün dürüstlük kuralına uygun davranmasını gerektiğini aramıştır. Danıştay ve Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından geliştirilen farklı bakış açısı, gümrük normlarının Gümrük Birliği içinde farklı uygulanmasına sebep olmuştur.

Türkiye ile Avrupa Topluluğu arasındaki hukuki ilişki, taraflar arasındaki ortaklığın temelini teşkil gümrük birliğinin aşama aşama tamamlanmasını öngören “Avrupa Ekonomik Topluluğu ile Türkiye Arasında Bir Ortaklık Kuran Anlaşma” ile başlamış⁸⁸; Anlaşmada Gümrük Birliğinin oluşması için hazırlık, geçiş ve son dönem olarak üç aşama öngörülmüş; Avrupa Topluluğu-Türkiye Ortaklık Konseyi'nin 1/95 sayılı kararı ile son aşamaya geçilmiş ve taraflar arasında “sanayi malları için kurulması öngörülen gümrük birliğinin son dönemini yaşama”

87 Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde yer alan dürüstlük kuralının hakkın kullanılması ve borcun yerine getirilmesinde nasıl davranılması gerektiği hususunu; 3'üncü madde de yer alan iyiniyet kuralının ise hakkının kazanılması ile ilgili olduğu hakkında bkz. Alaslan, s.425. Dürüstlük kuralı ve iyiniyet kuralının birbirinden bağımsız olarak değerlendirilemeyeceği, anlam ve işlevleri farklı olmasına rağmen hem dürüstlük kuralının hem de iyiniyetin altında namuslu ve dürüst davranma fikrinin yattığı, aslında subjektif iyiniyetin temelinde objektif bona fidesin bulunduğu hakkında bkz. UÇARYILMAZ, s.357.

88 Avrupa Topluluğu ile kurulan ilişkiler sonucu bir ortaklık hukuk ilişkisi doğduğuna, nitekim ABAD'ın ortaklık ilişki kuran metinleri Roma Antlaşması'nın 234'üncü maddesi manasında bir “organ tasarrufu” oluşturduğunu ve topluluk hukukunun ayrılmaz bir unsuru olduğunu kabul ettiğine ve ortaklık hukuku kurallarını topluluk hukuku kapsamında yorumladığına dair açıklamalar bkz. CAN Hacı, “Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık İlişkinin Hukuki Çerçevesi”, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, Güz 2003, C. 3, Sayı: 1, dp.54. s.31. Ayrıca, ABAD'ın, Türk vatandaşlarının Ortaklık Hukukundan kaynaklanan haklarını korumaya yönelik kararlar verdiği hakkında bkz. CANDAN Tolga, Türkiye – AB Ortaklık Hukukunda Son Gelişmeler: ABAD'ın C-65/16 Sayılı “İstanbul Lojistik Ltd.” Kararı Hakkında Bir Değerlendirme, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.23, S.38, 2018, s.151.

geçirilmiştir⁸⁹. Gümrük Birliği esas olarak, gümrük vergileri ile eş etkili resim ve harçların kaldırılmasını ve ayrıca miktar kısıtlamaları ve eş etkili önlemlerin giderilmesini amaçlamıştır. Bu hususların gerçekleştirilmesi için Ortaklık Konseyi kararının, 28'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca, 2913/92 sayılı *Topluluk Gümrük Kodu (CCC)* ve Uygulama Yönetmeliğinde yer alan “malların menşei; malların gümrük kıymeti; malların gümrük Bölgesine girişi; gümrük beyanı; serbest dolaşıma giriş; askıya alma düzenlemeleri ve ekonomik etkisi olan gümrük işlemleri; malların dolaşımı; gümrük borcu; itiraz hakkı” konularındaki düzenlemelere uymayı kabul etmiştir. “Türkiye, gümrük birliği kapsamındaki mevcut ve gelecekteki Topluluk müktesebatını benimseyeceğini ve çıkacak yorum ve uygulama sorunlarını da Avrupa (Birliği) Adalet Divanı’ nın (ABAD) içtihatları çerçevesinde çözeceğine dair taahhüt altına girmiştir.” Ancak, geri verme veya kaldırma hususunda Ortaklık Konseyi Kararında bir hüküm bulunmadığından, bu aşamada ABAD kararlarının bağlayıcı değil yol gösterici nitelikte olduğun söylemek mümkündür. Dolayısıyla, Danıştay tarafından, “kanunen ödenmeme ve kanunen tahakkuk ettirilmeme kavramları” Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihatları esas alınarak yorumlanmadıkça geri verme veya kaldırma hususunda Gümrük Birliği içinde iki farklı uygulamanın devam edeceği söylenebilir.

III. FAİZ

Vergi yükümlülüğünün anayasa uygun olarak çıkarılan kanunlar uyarınca belirlenen vergi miktarı ile sınırlı olduğu, fazla tahsil edilen verginin, yükümlünün mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıdığı ve yükümlüye geri verilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁹⁰. Ayrıca, hukuka aykırı olarak vergi tahsil edilmesi halinde yükümlünün vergi aslı dışında da bir zararının bulunduğu; geri verilmesi sırasında yükümlüye faiz ödenerek bu zararında giderilmesi⁹¹, tazmin edilmesi gerektiği değerlendirilmektedir⁹². Zira, hukuk devletinde, bireylerin temel hak ve

89 “1/95 sayılı Konsey Kararının... sadece sanayi malları için kurulması öngörülen gümrük birliğinin son dönemini yaşama geçiren bir uygulama kararı” olduğu bir anlaşma olarak nitelendirilemeyeceği hakkında bkz. CAN, s.27.

90 BAŞARAN YAVAŞLAR Funda, “Anayasal Bir Hak Olarak Vergi İadelerinde Faiz”, **Vergi Dünyası**, s.316, Aralık 2007, s.84.

91 Faizin yoksun kalınan karı, borçlanma nedeniyle katılan maliyeti ve enflasyon nedeniyle uğranılan kaybı gidermek amacıyla kullanılan bir tazmin aracı olduğu, faiz ödenmesi yoluyla hukuka aykırı olarak tahsil edilen tutarlar nedeniyle uğranılan zararın tazmin edilmesinin amaçlandığı hakkında bkz. Başaran Yavaşlar, s.87.

92 YALTI Billur, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yargıçları- Türk Vergi Yargıçları: Mülkiyet İhlali Okumalarında Bir Örnek: Vergi İadelerinde Zaman Değer Kayıpları, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu,-Bildiri Kitabı-**, Danıştay Tasnif Ve Yayın Bürosu Yayınları No: 7, Ankara, 2008, s. 170 (YALTI, İnsan Hakları).



özgürlüklerinin korunması ve bireylerin hukuki güvenliğinin sağlanması gerekmektedir.

4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 216'ncı maddesinin ilk halinde, "yetkili idareler tarafından, gümrük vergileri ile bunların ödemelerine bağlı olarak tahsil edilmiş gecikme faizinin ve gecikme zammının geri verilmesinde idarece faiz ödenmez" düzenlemesi yapılmıştı. Anılan düzenleme, mülga Topluluk Gümrük Kodu'nun (CCC), 241'inci maddesine denk düşmektedir. Topluluk Gümrük Kodu'nun (CCC), 241'inci uyarınca: "yetkili makamlar tarafından, ihracat veya ithalat vergileri ve bu vergilerin ödenmesi sırasında tahsil edilen gecikme zammı ve faizlerin geri verilmesi, anılan idarelerin faiz ödemesi sonucunu doğurmaz. Bununla birlikte; geri verme kararının alındığı tarihten itibaren üç ay içinde uygulanmaması halinde veya ulusal düzenlemelerde faiz ödeneceğine hüküm bulunması halinde faiz ödenmelidir. Bu tür faiz tutarı, ulusal para veya finansal piyasada bu amaçla tahsil edilecek miktara eşit olacak şekilde hesaplanmalıdır".

ABAD, genel olarak, hukuka aykırı olarak tahsil edilen vergilerin geri verilmesi sırasında faiz ödenmesi gerektiğini kabul etmektedir⁹³. Ayrıca, ABAD'a göre, bir üye devletin, vergi hukuku kurallarına aykırı olarak vergi tahakkuk ettirmesi halinde, bireyin, yalnızca alınan verginin asılını değil aynı zamanda ödenen tüm tutarların veya bu vergi ile doğrudan bağlantılı olarak o devlet tarafından tutulan tutarların geri ödenmesine de hak kazanmaktadır. Bu tutarlara, verginin erken tahsil edilmesi sonucu bir miktar paradan yoksun kalınması nedeniyle oluşan kayıplarında girdiği kabul edilmektedir⁹⁴. ABAD, ayrıca, Birlik hukukunda faiz

93 ABAD'ın, "Topluluk hukuku kuralları (örneğin ayrımcılık yasağı) ihlal edilerek uygulanmış bir verginin iadesinde, zaman gecikmesi gibi değeri azaltacak durumların faiz ödenerek tazminini, Topluluk kuralının ihlalinin doğan zararın telafisinde ana unsurlardan biri olarak değerlendirdiği, ekonomik ve ticari davalarda, Topluluk hukukunun ihlalinin doğan zararın telafisi bakımından kar kayıplarının kapsam dışı bırakılmasını, zararın telafisini imkânsız kılacak bir durum olarak nitelendirildiği, faiz oranı, ödeme usulü gibi konuların da ulusal hukuk meselesi olduğunu" belirlediği hakkında bkz. YALTI, İnsan Hakları, s.181. Ayrıca, Judgement of 18 January 2017, in case, C-365/15 Wortmann KG Internationale Schuhproduktionen Hauptzollamt Bielefeld, ECLI:EU:C:2017:19, para. 36 ; Judgement of 27 September 2012, joined cases C-113/10, C-147/10 and C-234/10 Zuckerfabrik Jülich And Others, ECLI:EU:C: 2012:591, para. 65-67. (E.T 22.4.2020 <http://curia.europa.eu>). Ayrıca ABAD, hukuka aykırı olarak yapılan düzenlemeler nedeniyle tahsil edilen tutarların geri ödenmesinde faiz ödenmesi gerektiğini, salt ödenen faizin Avrupa Birliği kaynaklarından geri alınmayacağından bahisle faiz ödeme talebinin reddedilemeyeceğini kabul etmektedir. Zuckerfabrik Jülich And Others, para. 69-69.

94 Judgement of 19 July 2012 Littlewoods Retail Ltd and Others v Her Majesty's Commissioners for Revenue and Customs, C-591/10, ECLI:EU:C:2012:478, para. 25 (E.T 22.4.2020 <http://curia.europa.eu>). Zuckerfabrik Jülich And Others, para. 66; Judgment of 18 April 2013, Mariana Irimie v Administrația Finanțelor Publice Sibiu, Administrația Fondului pentru Mediu, C-565/11, EU:C:2013:250, para. 20 (E.T 22.4.2020 <http://curia.europa.eu>).

ödeneceğine dair bir düzenleme bulunmaması halinde, her üye devletin faiz ödenmesi gereken koşulları özellikle faizin oranını ve hesaplama yöntemini belirlemesi; bu koşulların eşitlik ve etkililik ilkelerine uygun olması gerektiğini belirtmektedir⁹⁵. Bu bakımdan, idareye başvuru tarihinden itibaren faiz ödenmesini öngören ulusal düzenlemelerin, etkililik ilkesi ile bağdaşmadığını kabul etmektedir⁹⁶.

Yürürlükten kalkan *Birlik Gümrük Kodu*'nun (CCC) 241'nci maddesinde, yetkili makamlar tarafından, ihracat veya ithalat vergileri ve bu vergilerin ödenmesi sırasında tahsil edilen gecikme zammı ve faizlerin geri verilmesinin, anılan idarelerin faiz ödemesi sonucunu doğurmayacağı kurala bağlanmıştır. ABAD anılan kuralı önüne gelen davalarda değerlendirmiş ve kurala dayanarak Birlik üyelerinin gümrük vergilerinin geri verilmesi sırasında faiz ödenme yükümlülüğünden kaçınmayacağını, bu hükme dayanarak üye devletlerin faiz ödeme yükümlülüğünü yasa ile sınırlandıramayacağını kabul etmiştir. ABAD, bu sonuca düzenlemenin yasalaşma sürecini ve gümrüklendirme sürecini dikkate almak suretiyle ulaşmıştır⁹⁷. ABAD, birçok durumda gümrük işlemlerinin eşyanın herhangi bir kontrole tabi tutulmadan tamamlandığını, bu durumun ise, fazla veya eksik vergi tahsil edilmesini sonucu doğurduğunu, bu halde, bir yanda kedisine ödediği gümrük vergisi geri verilmesi gereken yükümlülerin diğer yanda aynı sebeplerle ek gümrük vergisi ödemesi gereken yükümlülerin bulunduğunu, düzenlemede, faiz ödenmeyeceği öngörülerek kendisine gümrük vergisi iadesi gereken kişiler ile kendisinden gümrük vergisi tahsil edilmesi gereken kişiler arasında bir simetri oluşturulduğunu⁹⁸ değerlendirmektedir. Yine ABAD, Avrupa Birliği yargısı tarafından geçersiz kabul edilen veya iptal edilmiş bir Avrupa Birliği düzenlemesi uyarınca bir üye devlet tarafından gümrük vergisi veya eş etkili vergi alındığı durumlarda, söz konusu gümrük vergileri veya eş etkili vergileri

95 Irimie, para. 23; Littlewoods Retail Ltd and Others, para. 27.

96 Olayda, Almanya'dan ikinci el araç satın alan Bayan Irimie, aracın Romanya'da tescili sırasında çevre vergisi ödemiş; daha sonra ödenen vergilerin ödeme tarihinden işleyecek faizi ile birlikte iadesi istemiyle ulusal Mahkemeye başvurmuş, ulusal Mahkemece, yasal düzenlemeler uyarınca faizin ancak idareye başvuru tarihinden itibaren uygulanabileceğini, Avrupa Birliği Hukukunun, hukuka aykırı olarak ödenen vergilerin geri ödenmesi sırasında sınırlama getiren söz konusu düzenlemeyi ilga ettiği şeklinde yorumlanıp yorumlanmayacağını ABAD' a sormuş; ABAD, hukuka aykırı olarak tahsil edilen tutarların, ilgiye tüm zararlarını karşılayacak şekilde ödenmesi gerektiğini, bu kaybın, hukuka aykırı olarak tahsil edilen vergilerin tahsil tarihi ile geri ödeme tarihi arasında oluştuğu, aksine getirilen düzenlemenin, etkililik ilkesi ile bağdaşmayacağını belirtmiştir. Irimie, para. 20-28.

97 Wortmann, para. 25-27.

98 Wortmann, para. 29.



ödeyen ilgili tarafların, kural olarak, sadece alınan miktarların geri ödenmesini değil, aynı zamanda bu miktarlara olan faizini de alma hakkına sahip olduklarını,⁹⁹ üye devletlerin, Birlik Hukukuna aykırı olarak tahsil edilen tutarları ödeme tarihinden itibaren işleyecek faiziyle birlikte yükümlülere geri verme yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmektedir¹⁰⁰.

4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 216'ncı maddesinin ilk halinde, geri verme sırasında faiz ödenmeyeceği açıkça kurala bağlanmıştı. Bu dönemde, uygulamada, ilk önce yükümlülerin, gümrük vergilerinin faiziyle ödenmesi istemi reddedilmiş¹⁰¹; daha sonra hizmet kusuru esaslarına göre yükümlüye geri verilmesi sırasında faiz ödenmesi gerektiği kabul edilmiştir¹⁰². Ancak, uygulamada oluşan tereddütler nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuş, Mahkeme, Gümrük Kanunu'nda öngörülen kuralı, kişinin belli bir dönem faiz gelirinden mahrum olmasına neden olduğu; kamu yararı ile kişisel yarar arasındaki dengeyi bozduğu, mülkiyet hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle iptal etmiştir¹⁰³.

Anılan düzenlemenin iptali yargı kararlarında iki şekilde değerlendirilmiştir. İlk görüş, bu halde ortada bir kanun hükmünün bulunmadığı, yasal düzenleme olmadan fazla tahsil edilen vergilerin geri

99 Wortmann, para. 37; Littlewoods Retail Ltd and Others para. 25.

100 Wortmann, para. 39; İrimie, para. 27; Birlik üyesi devlet tarafından katma değer vergisine ilişkin Avrupa Birliği düzenlemelerine aykırı olarak vergi tahsil edilmesi halinde, yükümlünün vergiyi ve faizini isteme hakkının bulunduğu, ulusal hukukun, etkinlik ve eşdeğerlik ilkelerine uygun olarak, ana meblağın "basit faiz", "bileşik faiz" veya başka bir faiz türü içermesi gerekip gerekmediğini belirleyeceği hakkında bkz. Littlewoods Retail Ltd and Others, para. 34.

101 Olayda, yükümlüye geri verilmesi gereken vergilerle ilgili 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 216'ncı maddesinin, gümrük vergilerinin geri verilmesinde idarece faiz ödenmeyeceği yolundaki açık hükmüne rağmen, faize hükmedilmesinde Kanuna uyarlık görülmediği hakkında bkz. D.7.D. 17.10.2011 tarih ve E:2008/325;K:2011/6923 sayılı kararı (Özel Arşiv).

102 "İdareyi, eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü tutan Anayasanın 125'inci maddesinin son fıkrası, yargı yeri kararı uyarınca idadesi gereken bir miktar paranın, İdarenin tasarrufunda kalan sürede ilgilisi tarafından tasarruf edilememesinden doğan zararın giderilmesini de kapsa(dığı), (i)adesi gereken tutar yönünden vergi idaresi ile davacı arasındaki ilişki, idenin yargı kararıyla hüküm altına alınması nedeniyle yönetilen-idare ilişkisi olmaktan çıkarak, bir borç ilişkisine dönüş(tüğü), (d)olayısıyla, bu ilişkinin borçlusu tarafından alacaklısına, paranın tasarrufundan yoksun kalman süre için ..., 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun hükümlerine göre faiz ödenmesi gerektiği" hakkında bkz. 18.2.2014 tarih ve E:2011/9183;K:2014/836 sayılı kararı (Özel Arşiv); D.7.D. 13.5.2014 tarih ve E:2010/3168;K:2014/2640 sayılı kararı(Özel Arşiv).

103 " Fazla veya yersiz tahsil edilen vergilerin iadesinde faiz ödenmemesine ilişkin kural, kişinin belli bir dönem için faiz gelirinden mahrum kalması sonucunu doğurarak kamusal yarar ile bireysel yarar arasındaki dengenin bozulmasına ve mülkiyet hakkının ihlaline neden" olduğu hakkında bkz. AY 22.5.2014 tarih ve E2013/104;K:2014/96,(RG. 12.12.2014-29203)

verilmesi sırasında faize hükmedilmeyeceğini savunmaktadır¹⁰⁴. İkinci yaklaşım ise bu halde, idarenin hukuka aykırı bir işlemi bulunduğu, fazla tahsil edilen vergilerin hizmet kusuru esasına göre geri verilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁵. Bu dönemde, Danıştay, gümrük vergilerinin geri verilmesi sırasında faiz ödemesinin hukuk devleti olmanın gereği olduğunu kabul etmiş, faiz ödemesinin başlangıç tarihi olarak ödemenin gerçekleştirildiği tarihi esas almış, “*paranın tasarrufundan yoksun kalman süre*” için faiz ödenmesi gerektiğini değerlendirmiştir¹⁰⁶. Daha sonra, Danıştay, gümrük vergilerinin geri verilmesi sırasında faiz ödenmesi gerektiğini kabul etmesine rağmen, kararında bir gerekçe göstermeden¹⁰⁷, faizin idareye başvuru tarihinden itibaren yürütülmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁰⁸. Yasal düzenlemede herhangi bir değişiklik olmamasına rağmen Danıştay’ın içtihadında değişikliğe gitmesinin temelinde, faizin ancak hizmetin kusurlu işletilmesi halinde ödenebileceği; bu halde de yükümlünün başvurarak idareyi temerrüde düşürmesi gerektiği yatmaktadır¹⁰⁹. Oysa, Anayasa Mahkemesi’nin Gümrük Kanunu’nun 216’ncı maddesini iptal eden kararında belirtildiği gibi ödememesi gereken bir vergi tutarının idarenin uhdesinde kalması nedeniyle kamu yararı ve kişisel yarar arasında denge bozulmakta ve bu dengenin bozulduğu andan itibaren sağlanması gerekmektedir. Bu bakımdan,

104 “İdarenin re’sen, ilgilinin başvurusu veya yargı kararı uyarınca iade edeceği vergiler nedeniyle ilgililerin uğradığı zararın tazmini yoluna gidilebilmesi 4458 sayılı Gümrük Kanununun 216’ncı maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde olduğu gibi, belli koşulların oluşması halinde, ilgisine faiz ödeneceği yolunda kanunda hüküm bulunması, ya da aynı maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde olduğu gibi faiz verilmeyeceğine dair aksine bir hükmün bulunmamasına” bağlı olduğu hakkında karşı oy Dş. 7. D. 13.5.2014 tarih ve E:2010/3168;K:2014/2640 sayılı karar karşı oy (Özel Arşiv); “Mahkeme tarafından, hukuka aykırılığı saptanmak suretiyle davacıya iade olunması gereken vergilerle ilgili olarak, 4458 sayılı Gümrük Kanununda faiz ödeneceğine dair herhangi bir hüküm bulunmadığından, faize hükmedilmesinde yasal isabet” bulunmadığına dair karşı oy D.7.D. 24.10.2014 tarih ve E:2011/4078;K:4715(Özel Arşiv).

105 D.7. 24.10.2014 tarih ve E:2011/5818;K:2014/4716(Özel Arşiv)

106 D.7. D. 11.12.2014 tarih ve E:2014/1958;K:2014/7317 sayılı karar (Özel Arşiv); D.7.D. 17.3.2016 tarih ve E:2013/6047;K:2016/2893 sayılı karar(Özel Arşiv).

107 İçtihadın dönülebilmesi için içtihat değişikliğini haklı kılabacak nedenlerin kararın gerekçesinde açıklanması gerektiği, zira içtihadın dönülmesinin hukuki güvenlik ve eşitlik ilkesine olan güveni yaralayacağı hakkında bkz. KAYHAN, s. 353.

108 D.7. D. 26.03.2019 tarih ve E:2016/6640;2019/2001 sayılı karar (Özel Arşiv); D.7.D. 26.03.2019 E:2017/200;K:2019/2050 sayılı karar (Özel Arşiv). Kararda yer alan karşı oyda, ödeme tarihinden itibaren faiz yürütülmesine hükmeden mahkeme kararının yerinde olduğu kabul edilmektedir.

109 “(Ödenecek tutarın davacıya faiziyle iadesinde faizin başlangıç tarihinin, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanunda yer alan düzenlemeler uyarınca, idareye başvuru tarihi olarak kabulü gerekirken, tahsil tarihi olarak kabul edilmesinde hukuki isabet” bulunmadığı hakkında bkz. D.7.D. 19.04.2019 tarih ve E:2018/773;K:2019/2956 sayılı karar (Özel Arşiv); D.7. D. 7.10.2019 tarih ve E:2019/1851;K:2019/5295 sayılı karar(UYAP).



yükümlüye faiz ödenmesinin, hizmetin kusurlu olarak yürütülmesinden bağımsız olarak düşünülmalıdır. Bu halde, kişisel yarar ile kamusal yarar arasındaki dengenin sağlanması için ödemenin yapıldığı andan itibaren faiz yürütülmesi gerekmektedir. Aksinin kabulü halinde, kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki menfaat dengesinin korunduğunun kabulü mümkün değildir¹¹⁰.

4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 216'ncı maddesi 7190 sayılı Kanunun 8'inci maddesi ile yeniden düzenlenmiş; maddenin 1'inci fıkrasında, "(g)ümrük vergileri ile bunların ödenmelerine bağlı olarak tahsil edilmiş gecikme faizinin veya gecikme zammının geri verilmesinde, geri vermeye konu fazla tahsilatın yükümlüden kaynaklanması durumunda geri verme başvurusunun yapıldığı tarihten, diğer durumlarda ise tahsilat tarihinden geri verme kararının tebliğ edildiği tarihe kadar geçen süre için geri verilecek tutar üzerinden, aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan faiz" ödeneceği, 2'nci fıkrasında, "(g)eri verme kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren üç ay içerisinde idarece söz konusu kararın uygulanmaması hâlinde, ilgilinin talebi üzerine, tebliğ tarihinden ödemenin

110 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin P1-1' de mülkiyet hakkının korunduğu, anılan düzenlemede; malların barışçıl kullanımının devlet müdahalesine karşı korunduğu, devletin ancak madde sayılan sınırlar içinde mülkiye hakkına müdahale edebileceği, malvarlığına getirilmiş bir müdahaleden bahsedebilmek için kişinin, devlet otoritelerinin eylem veya işlemleriyle malvarlığından kısmen veya tamamen yararlanmasının engellenmesinin gerektiği, İnsan Hakları Mahkemesinin, müdahalenin sözleşmeye uygunluğunu denetlemek için müdahalenin meşru bir temele dayanıp dayanmadığını, müdahalenin adil denge kurup kurmadığını araştırdığı, adil denge testinin, toplumun genel yararının gerektirdiği taleplerle bireylerin temel haklarının korunması için gerekli olan gereksinimler arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı hususu ile ilgilendiği, müdahalenin, kişinin veya toplumun bir kısmının bireysel ve ağır bir yük altında kalması sonucunu verdiğinde bu dengenin kurulmuş olmayacağı kabul edildiği, mülkiyet hakkına müdahalelerde, İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının zarar tazmini esasına dayalı bir bağlamda geliştiği, Mahkemenin, kaybedilen mülk karşılığı zarar giderici ödemeleri malın piyasa değeri ile makul şekilde orantılı olma ölçüsüne bağladığı ve bunu kamu yararı ile bireysel külfet dengesini sağlayacak bir unsur olarak nitelendirdiği, ödeme gecikmelerinde zamana bağlı olarak oluşan değer kayıplarının, gecikme faizi ödenmesi suretiyle giderilip giderilmediğini araştırdığı, kanuni faiz oranlarının paranın karşılamadığı hallerde ihlal sonucuna vardığı, Mahkemenin aynı şekilde, malvarlığı haklarında zaman gecikmesi ve değer kaybına ilişkin ölçüleri vergi iadelerine de uyguladığı, örneğin Eko- Elda davasında, iade edilen alacak için faiz ödenmesini talebini uzunca bir süre reddedilmesinin, genel yarar ile bireysel yarar arasında bulunması gereken adil dengeyi bozduğuna dair açıklamalar için bkz. YALTI, İnsan Hakları, s. 179-183. Ayrıca, hukuka aykırı olarak tahsil edilen tutarın ödenmesi sırasında faiz ödenmesi isteminin reddedilmesinin sosyal hukuk devlet ilkesinden sapılmasına neden olacağı; hukuka aykırı olarak tahsil edilen tutarların iadesi sırasında faiz ödenip ödenmeyeceğinin saptanmasında vergilendirme yetkisi ile mülkiyet hakkına müdahale arasında adil denge kurulup kurulmadığını; ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığının araştırılması gerektiği hakkında bkz. BOZDOĞAN Mine Nur, "Mülkiyet Hakkına Haksız bir Müdahale, İptali ve Yeni bir Hukuki Zemin: Fazla ve Yersiz Tahsil Edilen Vergilerin İadesinde Süre Sorunu", **Maliye Dergisi**, S.162, Ocak- Haziran 2012, s.226.

yapıldığı tarihe kadar geçen süre için geri verilecek tutar üzerinden, aynı dönemde 6183 sayılı Kanuna göre belirlenen tecil faizi oranında hesaplanan” faizin ödeneceği düzenlenmiştir.

Anılan düzenleme 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 112’nci maddesinin 4’üncü fıkrasının uyarlaması niteliğini taşımaktadır. Bu bakımdan, ilk olarak, anılan düzenlemenin vergi hukuku bakımından bir yenilik taşımadığını söylemek mümkündür. İkinci olarak düzenleme faiz ödenmesi bakımından bir sınırlama öngörmektedir. Düzenlemede, fazla tahsilata mükellefin sebep olup olmamasına göre bir ayrıma gidilmiş; fazla tahsilatın yükümlüden kaynaklanması halinde faizin yükümlünün idareye başvuru tarihinden itibaren yürütülmesi gerektiği; diğer haller de ise, tahsilatın gerçekleştirildiği tarihten itibaren yürütülmesi gerektiği düzenlenmek suretiyle kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki denge sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak, “geri vermeye konu fazla tahsilatın yükümlüden kaynaklanması” ibaresi bir belirsizlik içermektedir. Zira anılan ibareden yükümlünün beyanda hata yapmasının mı yoksa yükümlünün kasten fazla vergi tahsil edilmesine sebep olmasının mı gerektiği hususu anlaşılamamaktadır. Örneğin, eşyanın gümrük kıymetinin veya gümrük kıymetine dâhil edilmesi gereken unsurların yapılan toplama yanlışlığı sonucu yanlış beyan edilmesi halinde yükümlünün bir hatasının bulunduğu kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak yükümlünün, dış ticaret mevzuatının öngördüğü bir kısım yükümlülüklerden kaçınmak için eşyanın gümrük kıymetini fazla beyan etmesi halinde yükümlünün kasıtlı bir davranışının bulunduğu kabul edilmelidir. Düzenlemede, bir sınırlama getirilmediğinden her iki haleden de geri verme koşullarının oluşması halinde, başvuru tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekmektedir. Bu durum kasten gümrük hukukunu ihlal eden yükümlü ile hataen gümrük hukukuna ilişkin kuralları ihlal eden yükümlü arasında bir ayırım öngörmediğinden, bu durumun eşitlik ilkesine aykırı olduğu değerlendirilmektedir.

Öte yandan, idarenin bir hatası nedeniyle yükümlüden fazla vergi tahsil edilmesi halinde ise faizin tahsil tarihinden itibaren yürütülmesi gerekmektedir. Bu halde, idarenin kusurlu bulunduğu kabul edilmiş ve bu kabule göre faiz yürütülmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Hukuka aykırı olarak tahsil edilen tutarlara faiz ödenmesi gerektiğine ilişkin düzenleme mülkiyet hakkının korunması için gerekli bir düzenleme olduğu kabul edilmelidir. Ancak, düzenlemenin



anılan korumayı sağlamaya yeterli olmadığı, hukuka aykırı olarak tahsil edilen vergilerin iadesi sırasında, amaç ile araç arasındaki dengenin gözetilmediği, “kamu yararı amacı ile vergilendirme yetkisi çerçevesinde mülkiyet hakkına müdahalede ölçülülük ilkesinin”¹¹¹ dikkate alınmadığı görülmektedir¹¹². Ayrıca, faizin başlangıç tarihinin belirlenmesinde ikili bir ayrıma gidilmesi bu ayırım yapılırken dahi bir belirginlik ve kesinliğin bulunmaması hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesi ile bağdaştırılmasına olanak görülmemektedir. Yine, anılan düzenlemede, hukuka aykırı olarak tahsil edilen tutarların ödeme tarihinden itibaren işleyecek faiziyle birlikte yükümlüye geri verilmesi gerektiği yolunda oluşan ve gerçek zararın giderilmesini amaçlayan Danıştay’ın¹¹³, ABAD’ın¹¹⁴

111 BOZDOĞAN, s.226.

112 “Ölçülülük ilkesi, sınırlamada başvuru aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve amaçla aracın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını” ifade etmektedir. Özbudun, s.113. Anayasa, Mahkemesine göre, “kişiyi, eşya üzerindeki hâkimiyet hakkı veren, devletin müdahale edemeyeceği özel bir alan yaratarak kişinin kendi hayatını yönlendirme ve geleceğini tasarlama olanağı sağlayan”... “mülkiyet hakkı, mutlak bir hak olmayıp, kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Bu sınırlandırmanın da ölçülü ve orantılı olması, kamu yararı ile bireyin mülkiyet hakkı arasında makul bir denge kurması gerekir.” AY. 12.1.2012 tarih ve E:2010/90;K:2012/4 sayılı kararı (RG:19.5.2012-28297). Ayrıca, Anayasa Mahkemesine göre yine, “mülkiyet hakkı, yalnızca kanunla sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.” AY 15.5.2019 tarih ve E : 2018/142;K:K: 2019/38 sayılı kararı (RG.20/6/2019 – 30807).

113 Hukuka aykırı olarak tahsil edilen emlak vergilerinin ödeme tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte geri verilmesi gerektiği D.9.D. 20.3.2014 tarih ve 2010/1867;K:2014/1087 sayılı kararı, (Özel Arşiv). “Davacının Türkiye’de mukim olmayan firmalardan finansal kiralama yoluyla aldığı uçak ve motorlar ile temin edilen yazılım nedeniyle yaptığı ödemelerin vergi kesintisine tabi olmadığı ileri sürülerek ihtirazi kayıtlı verilenmuhtasar beyannamesi üzerinden tahakkuk ettirilen ve ödenen kurum (stopaj) vergisinin, ödeme tarihinden itibaren işleyecek tecil faiziyle birlikte iadesi gerektiği” hakkında bkz. D.4.D. 30.12.2019 tarih ve E:2019/1711;K:2019/10811 sayılı kararı (Özel Arşiv). “(U)yuşmazlık konusu tutarın idarenin tasarrufunda kaldığı süre için, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu’na göre faiz ödenmesi gereken hallerde, hangi oranda faiz ödenmesi gerektiğini düzenleyen 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun’un 1. maddesine göre, ödeme yapılan tarihten itibaren davacı şirket lehine faize hükmedilmesi” gerektiği hakkında bkz. D.7.D. 24.10.2019 tarih ve E.2019/309;K:2019/5671 sayılı kararı (Özel Arşiv); Elektrik enerjisinin iletimi amacıyla kurulan trafo merkezlerinin, enerjinin üretilmesi, üretilen enerjinin iletilip dağıtılması işleminin ayrılmaz bir parçası olduğu, 2464 sayılı Kanun’unun 36/4. maddesinde düzenlenen “doğrudan doğruya elektrik üreten dağıtım ve istihsal müesseseleri” kapsamında olduğu ve buralarda tüketilen elektriğin vergiden müstesna olduğu, ödenen tutarların ödeme tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte geri verilmesi gerektiği hakkında bkz. D.9.D. 10.10.2019 tarih ve E:2015/454;K:2019/4592 sayılı kararı (Özel Arşiv).

114 Irimie, para. 23; Littlewoods Retail Ltd and Others, para. 27.

ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin¹¹⁵ süregelen içtihadı göz önünde bulundurulmamıştır

SONUÇ

4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 211'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, *"kanunen ödenmemeleri gerektiği halde ödenmiş olduğu belirlenen gümrük vergileri(nin) geri"* verileceği; *kanunen tahakkuk ettirilmemeleri gerektiği halde tahakkuk ettirilen gümrük vergileri(nin) kaldırılacağı* düzenlenmiştir (GK.m.211/1). Düzenlemenin temelinde, gümrük yükümlüsünün kanunen ödemesi gereken miktardan fazlasını ödememesi ve bu yolla hukuki güveliğin sağlanması ve mülkiyet hakkının sınırlandırılmaması düşüncesi yatmaktadır. Ancak, kanuni düzenlemede bulunan eksiklikler ve Danıştay'ın içtihadı anılan amacın gerçekleşmesini engellemektedir.

İlk olarak, genel geri verme veya kaldırmaya ilişkin hükümleri düzenleyen Gümrük Kanununun 211'inci maddesinde yer alan ibareler hangi hallerde tahsil edilen gümrük vergilerinin geri verileceği hangi hallerde ise kaldırılacağı hususunda belirsizlik içermektedir. Bu belirsizliğin temelinde, geri verme veya kaldırma hususunda Kanunun geniş bir takdir alanı bırakması yatmaktadır. İdareye tanınan takdir yetkisinin çok fazla olması, bu konuda bir sınırlandırmaya gidilmemesi, *"kanunen ödenmeme"* veya *"kanunen tahakkuk ettirilmeme"* kavramlarının anlamının belirlenmesinin uygulamaya bırakılması yatmaktadır. Bunun ise hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaştırılmasına olanak bulunmamaktadır. Zira yükümlünün kendisinden hangi hallerde vergi alınacağını bilmesi hukuki güvenlik ilkesinin gereği olduğu gibi hangi hallerde fazla veya yersiz olarak tahsil edilen verginin geri verileceğinin bilmesi de anılan ilkenin gereğidir.

115 İHAM, Eko- Elda davasında; faizin mülkiyet hakkından mahrum kalınan süre esas alınarak ödenmesi gerektiğini, zararın ödeme tarihinden itibaren yürütülmesini gerektiğini kabul etmiştir. Olayda, bir miktar vergi, 1987 yılı takvim döneminde elde edilen gelirlere karşılık olarak 8.5.1987 tarihinde ödenmiş, başvurucu şirket, 1987 yılına ilişkin beyannameyi 10.5.1988 vergi dairesine vermiş, zarar beyan etmiş, bu duruma göre daha önce tahsil edilen vergilerin geri verilmesi zorunluluğu doğmuş, vergiler 12 Kasım 1993 gününde iade edilmiştir. Mahkeme, bu halde, idarenin, uzunca bir süre geciktiği, faiz talebini reddetmesinin genel yarar ile kişi arasında olması gereken dengeyi bozduğunu kabul etmiş, iade yükümlülüğünün doğduğu tarihten iade tarihine kadar geçen süre için faiz ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Case of Eko-Elda Avee v. Greece (Application no. 10162/02), 9 March 2006, para. 33. (ET.11.3.2020 <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>). İnterplav-Rusya davasında, Mahkeme, başvuranın vergi iadesi alacağına hak kazandığı, idarece, vergi iadelerinin ödenmediği, bu durumun sistematik bir hal kazanması nedeniyle başvuranın aşırı bir yüke katlandığı, iadesi gereken tutarların, iade hakkının doğduğu tarihten - ödemenin yapılması gerektiği tarih arasında faiziyle birlikte geri verilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Case of Intersplav v. Ukraine (Application no. 803/02) 9 January 2007, para.44. (E.T.11.3.2020, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>).



İkinci olarak, 4458 sayılı Gümrük Kanunu bir uyum kanunu niteliği taşımaktadır. Gümrük Kanunu ile Avrupa Topluluğu gümrük mevzuatına uyumun sağlanması amaçlanmıştır. Başvuru usulüne ilişkin kurallar bakımından bir paralellik söz konusudur. Yükümlünün, gümrük vergilerinin geri verilmesi veya kaldırılması için gümrük idaresine başvurması gerekmektedir. 4458 sayılı Gümrük Kanunu, *Topluluk Gümrük Kodu*'ndan (CCC) farklı olarak başvurunun reddi üzerine aynı makama veya üst idari makama itirazı sorunlu tutmuş; bu başvuruyu hakkın aranmasının zorunlu bir unsuru olarak düzenlenmiştir. Ancak, genel geri verme veya kaldırma sebepleri *Topluluk Gümrük Kodu (CCC)* ile uyumun tam olarak sağlandığının kabulüne olanak bulunmamaktadır. Zira, 2913/92 sayılı *Topluluk Gümrük Kodu'nun (CCC)* genel geri verme kaldırma sebeplerini düzenleyen 236'ncı maddesinin 1'inci fıkrası ve anılan maddenin yollamada bulunduğu 220'nci maddesinin 2'nci fıkrası Gümrük Kanunu'na tam olarak aktarılmamış; Gümrük Kanunu'nda bir çok değişiklik yapılmasına karşın anılan hususta bir düzenlemeye gidilmemiş ve 2913/92 sayılı *Topluluk Gümrük Kodu'nun (CCC)* kaldıran ve geri verme veya kaldırma sebeplerini yeniden düzenleyen 952/2013 sayılı Birlik Gümrük Kodu'nda yer alan düzenlemeler dikkate alınmamıştır. Bu durum genel geri verme veya kaldırma sebepleri bakımından Gümrük Bölgesi içinde iki farklı uygulamanın ve iki farklı içtihadın oluşmasına sebep olmuştur. ABAD, genel geri verme veya kaldırma sebepleri bakımından "*dürüstlük kuralı*"nı esas alan bir içtihat oluşturmasına karşın Danıştay "*açık hata*" kavramını esas alınan bir içtihat oluşturmuştur.

Ayrıca, Danıştay'ın genel geri verme veya kaldırma hususundaki içtihadı, Gümrük Kanunu'nun 211'inci maddesinde amaçlanan hukuki güveliğin sağlanması ve mülkiyet hakkının korunması düşüncesi ile bağdaşmamaktadır. Gümrük Kanunu'nda herhangi bir sınırlama olmamasına ve yargının kendini sınırlandırmasını gereken bir düzenleme bulunmamasına karşın Danıştay Gümrük Kanunu'nun 211'inci maddesinde yer alan düzenleme ile 242'nci maddesinde yer alan düzenlemeyi birlikte okumuş ve tahakkuk ettirilen vergilere idari itiraz süresi ve dava açma süresi geçirildikten sonra, idareye yapılan geri verme veya kaldırma başvurusunun reddi üzerine itiraz yolu tüketilerek açılan davalarda; "*tahakkuk işleminin hukuka uygunluğu yönünden değil, iade talebinin yerindeliğinin, diğer bir ifadeyle, iade koşullarının oluşup oluşmadığının irdelenerek yapılması*" gerektiğini, "*iadesi istenen gümrük vergilerinin kanunen ödenmelerinin veya tahakkuk ettirilmelerinin gerekmediğinin, açıkça; yani, herhangi bir inceleme, araştırma ve yoruma gerek olmaksızın anlaşılabilir olması*



KAYNAKLAR

ALASLAN Fatma, “Medeni Hukuk’da Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1. S.2. Ekim, 2016, s.413-433.

AYDIN Selman, Nurdane TOPUZ ve Kurtuluş BEYRİBEY, **Gerekçeli, Notlu, İçtihatlı, 4458 Sayılı Gümrük Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2000.

BATIREL Ömer Faruk, “Vergi ve Mülkiyet Hakkı İhlali: Bir Anayasa Mahkemesi Başvurusu Kararı İncelemesi”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl.14, Güz, S.28, 2015/2, ss.13-20.

BOZDOĞAN Mine Nur, “Mülkiyet Hakkına Haksız bir Müdahale, İptali ve Yeni bir Hukuki Zemin: Fazla ve Yersiz Tahsil Edilen Vergilerin İadesinde Süre Sorunu”, **Maliye Dergisi**, S.162, Ocak- Haziran 2012, ss.219-237 .

CAN Hacı, “Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık İlişkinin Hukuki Çerçevesi”, **Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi**, Güz 2003, C. 3, Sayı: 1, s. 19-43.

CANDAN Tolga, “Türkiye – AB Ortaklık Hukukunda Son Gelişmeler: ABAD’ın C-65/16 Sayılı “İstanbul Lojistik Ltd.” Kararı Hakkında Bir Değerlendirme”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.23, S.38, 2018, s.149-171.

CİMİLLİ Ekrem, “Gümrüklerde Muafiyet Uygulaması ve Tarihi Gelişimi”, **Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi**, C. 10, S. 1, s.256. (E.T. 22.4.2020, <http://dergipark.org.tr>).

ÇAĞAN Nami, “Demokratik Sosyal Hukuk Devletin Vergilendirme” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.37. S.1-4,1980, ss.130-151.

ÇOŞKUN M. Kürşak, “İçtihatların Birleştirilmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Ankara, 2001, S. 1, s. 87-146.

DAĞ Rüfet, Sami CEYHAN, ve Mehmet BALLI, **Gümrük Kıymet Uyuşmazlıkları**, Gümrük ve Ticaret Müfettişleri Derneği İktisadi İşletmesi, Ankara, 2014.

DEMİRBAŞ AKSÜT Burcu ve Özgecan GÖK, “Gümrük Vergisinden Kaynaklanan Anlaşmazlıkların Uzlaşma Yolu İle Çözümü”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 18, S. 2, 2016, İzmir, 2017, ss.77-125.

DURAN Lütfi. “Danıştay’ın İçtihatları Birleştirme Uygulaması”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Ankara 1972, C. 27, S. 3, ss.419-44.

ERKİN Gözde, **Vergilendirme Yetkisi**, Adalet, Ankara, 2015.

GÜMÜŞ Mustafa, “Gümrük Vergilerinin Geri Verilmesi ve Kaldırılması”, **Yaklaşım Dergisi**, S.28, Kasım 2005, **E-Yaklaşım** (E.T. 28.03.2020, www.yaklasim.com).

GORMLEY Laurence, W. **EU Law of Free Movement of Goods and Customs Union**, Oxford, 2009.

İNAN Atilla, “Genel Olarak İçtihatları Birleştirme Kurumu ve Sayıştay’da İçtihatları Birleştirme”, **Yargıtay Dergisi**, C. 10, S. 1-2, Ankara, 1984, ss.55-69.

KARAKOÇ Yusuf, “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 15, Özel S. 2013,ss.1259-1308.

KAYHAN Fahrettin, “Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C.11, S.2, 1999, s.341-363.

KUMRULU Ahmet, “Vergi Hukukunun Bir Kısım Anayasal Temelleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.36, S.1-4, s. 147-162.

ONAR, Sıddık Sami. **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. I, 3. baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

ÖNCEL Muallâ, KUMRULU Ahmet ve ÇAĞAN Nami, **Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Son Değişiklikler İşlenmiş**, 22. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

SEFER Yakup, “Gümrük Vergilerinin Geri Verilmesi Kaldırılması”, **Gümrük Dergisi**, Ağustos-Ekim 2005, S.52, ss.119-128.

SİDAL Hulusi, **Gümrük Politikası Mevzuatı ve Tatbikatı Cilt: 1**, İstanbul İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Yayını No. 39 – 196, Berksoy Matbaası, İstanbul, 1966.

TURHAN Atan, **Türk Gümrük Tarihi (Osmanlı Gümrükleri)**, C. II, Gümrük Müfettişleri Derneği Yayın No:12, Ankara.

UÇARYILLMAZ Talya Şans, “ Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona(Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2018, S. 135, ss.336-82.



YALTI, Billur, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yargıçları- Türk Vergi Yargıçları: Mülkiyet İhlali Okumalarında Bir Örnek: Vergi İadelerinde Zaman Değer Kayıpları”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu,- Bildiri Kitabı-, Danıştay Tasnif Ve Yayın Bürosu Yayınları No: 7, Ankara, 2008, ss.167-192.(“İnsan Hakları”)

YALTI Billur, **Vergi Yükümlüsünün Hakları**, Beta, İstanbul, 2006. (“Vergi Yükümlüsünün”)

Yavaşlar Funda Başaran, “Anayasal Bir Hak Olarak Vergi İadelerinde Faiz”, **Vergi Dünyası**, s.316, Aralık 2007, ss.84-101.

YILDIRIM Ramazan, **İdari Başvurular**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Mimoza, Konya, 2006.

YUMUK Hamit, “Gümrük Hukukunda Zorunlu İdari İtiraz”, **Yedinci Genç Vergi Hukukçuları Sempozyumu -Bildiri Kitabı-**, Yetkin, Ankara, 2017.

YÜCE Mehmet, Fulya MERCİMEK, “ Türk Vergi Hukukunda İctihatların Bağlayıcılığı ve Hukuk Kaynağı Olarak Değeri” **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.9, S.119-120, 2014, ss.7-63.

