

VOLUME + CİLT: 27 + ISSUE + SAYI: 1 JUNE HAZİRAN 2021 ISSN: 2529-0142

MARMARA ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK  
ARAŞTIRMALARI  
DERGİSİ  
MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ



MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

## **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**

6 Aylık Hakemli Akademik Dergi / Biannual Peer-Reviewed Academic Journal

Volume • Cilt: 26 / Issue • Sayı: 2 / JUNE / HAZİRAN • 2021

ISSN: 2529-0142

**Marmara Üniversitesi Rektörlüğü Adına İmtiyaz Sahibi • Owner:** Prof. Dr. Erol ÖZVAR (Rektör • Rector)

**Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına İmtiyaz Sahibi • Owner of the Journal**

Prof. Dr. Mehmet AKMAN

### **Yayın Kurulu / Editorial Board**

Doç. Dr. Ercüment ÖZKARACA (Baş Editör)

Dr. Öğr. Üyesi Zafer İÇER (Editör)

Dr. Öğr. Üyesi Canan ÜNAL (Editör)

Arş. Gör. Can YÖNEY

Arş. Gör. Büşra ŞENERDOĞAN

Arş. Gör. Cihat ŞAYLAN

Arş. Gör. Ümit Barış BAYINDIR

### **Yönetim Yeri ve Yazışma Adresi / Address**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Göztepe Kampüsü B. Blok 118/2 34722 Kadıköy, İstanbul

**Tel:** 0216-777 2200 **Fax:** 0216-777 2223

**E-Posta:** hukukdergi@marmara.edu.tr

### **Marmara Üniversitesi Yayınevi / Marmara University Press**

**Adres:** Göztepe Kampüsü 34722 Kadıköy, İstanbul

**Tel/Faks:** +90 216 777 1400

**E-posta:** yayinevi@marmara.edu.tr

Bu yayının tamamının veya bir bölümünün, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılması, dağıtılması, kayda alınması yasaktır. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler, yazarlara aittir; bu hususta Fakülte, sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "MÜHF-HAD" kısaltmasının kullanılması önerilir. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ULUSAL HAKEMLİ bir dergidir.

## İçindekiler / Contents

### **Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi Genel Tavsiyelerinde Kadınların Siyasal Hakları**

Women's Political Rights in the General Recommendations of Committee on the Elimination of Discrimination Against Women

**Bihterin Vural Dinçkol, Cansu Koç Başar ..... 1**

### **Türk Ceza Hukukunda Suç Üstlenme**

False Confession in Turkish Criminal Law

**Pınar Memiş Kartal ..... 16**

### **Yükseköğretim Kurumu Öğrenci Disiplin Suçları, Cezaları ve Soruşturmalarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler**

Considerations on Disciplinary Crimes, Penalties and Proceedings in regard to Students of Higher Education Institutions

**Güneş Okuyucu Ergün, Eylem Baş ..... 26**

### **Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalarda Faaliyetlerine İlişkin Bir Değerlendirme: Taraflara Hizmetlerini Teklif Etme Hakkı**

An evaluation of Involvement of the International Committee of the Red Cross in the Non-International Armed Conflicts: Right to Offer its Services

**Meltem Sarıbeyoğlu Skalar ..... 48**

### **Uluslararası Hukukta İsnat Meselesi Bakımından Soykırım İddiaları ve Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası'nın Değerlendirilmesi**

Evaluation of the Genocide Claims and the Ottoman Armenians Genocide Allegation in terms of the Issue of Attribution in International Law

**Hakkı Hakan Erkiner ..... 64**

### **Human Security as Final Cause of Political Society**

Siyâsî Toplumun Nihâî Nedeni Olarak İnsan Güvenliği

**Hakkı Hakan Erkiner, Emerant Yves Omgba Akoudou ..... 120**

**Ekonomik Suçluluk Bağlamında Şirket veya Kooperatifler Hakkında Yanlış Bilgi – Verme – Suçu (TCK m.164)**

The Crime of Giving False Information About Company or Cooperatives in Context of Economic Criminality (Turkish Criminal Code Art.164)

**Can Canpolat..... 154**

**Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu'nun Ayrımcılık Yasağının İhlali Kapsamında İdari Yaptırım Yetkisi**

Human Rights and Equality Board of Turkey's Administrative Sanction Power for Violation of Prohibition of Discrimination

**Hulusi Alphan Dinçkol ..... 188**

**Nefret Saikinin Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Ayrımcılık Suçuna Etkisi**

The Effect of the Hate Motivation on the Discrimination Crime in the Turkish Penal Code

**Recep Kahraman ..... 216**

**Nükleer Silahların Yasaklanması Andlaşması'nın Nükleer Silahsızlanma Çabaları ve Andlaşmalar Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi**

Evaluation of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons within the Framework of Nuclear Disarmament Efforts and Treaty Law

**Nergiz Emir ..... 239**

**Faaliyet İzninin Kaldırılmasının Vakıf Üniversitesi Öğrencileri Bakımından Etkileri**

Withdrawal of Activity Permit Effects for Foundation University Students

**Ebru Zeybek Cebeci ..... 254**

**Kıyı Ötesinde Gerçekleşen Petrol ve Doğal Gaz Faaliyetlerine İlişkin Deniz Çevresine Etki Eden Bölgesel Düzenlemeler**

Regional Regulations Affecting the Marine Environment Regarding Offshore Oil and Natural Gas Activities

**Figen Tabanlı, Gökhan Güneysu ..... 265**

**Geri Vermeye İlişkin Düzenlemeler Çerçevesinde Hükûmete Karşı Suçun Durumu**

The Situation of Crime Against the Government under Extradition Regulations

**Fatma Sümer ..... 293**

## **İdare Hukuku Boyutuyla Ürün Yerleştirme**

Product Placement with Administrative Law Dimension

**Muradiye Çevikçelik** ..... 312

## **Türkiye Cumhuriyeti ve Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasalarının Hükümet Sistemleri Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme**

A Comparative Evaluation on the Government Systems of the Constitutions of Turkey Republic and Azerbaijan Republic

**Eyüp Kaan Demirkıran** ..... 332

## **Planlı Ekonomi Karşısında Hayek'te Hukukun Üstünlüğü**

The Rule of Law in Hayek Against The Planned Economy

**Erdoğan Keskin** ..... 362

## **Avrupa Birliği'nde Medyada Çoğulculuğun Korunması ve Teşvik Edilmesine İlişkin Yasa ve Girişimlerin Eleştirel Bir Analizi**

A Critical Analysis of the Existing Rules and Initiatives Fostering Media Pluralism in the European Union

**İbrahim Barış Sayar** ..... 392

## **Halka Açık Anonim Şirketler Hukukunda Son Yıllardaki Önemli Gelişmeler**

**Hasan Pulaşlı** ..... 414

## **Hukuk Öğrencisinin Pratik Çalışma – ya da Sınav – Olayının Hukuki Çözüm Metoduna Hakim On İki Metodolojik Temel İlke**

Twelve Basic Principles of Legal Knowledge Applied By Law Students In Practical or Exam Studies

**O. Gökhan Antalya**..... 440

## **Limited Şirket Esas Sermaye Payının İnançlı Temliki: Basel Eyalet Mahkemesinin 3 Şubat 2019 Tarihli Zb.2018.35 Sayılı Kararı Çerçevesinde Bir İnceleme**

Fiduciary Assignment of Limited Company Shares: A Research Regarding The Basel Supreme Court Decision Dated 3 February 2019 Numbered Zb.2018.35

**Murat Yusuf Akın, Emine Develi Ayverdi** ..... 466

## **Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Kira Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliği**

Arbitrability of Tenancy Contracts within the Scope of the International Arbitration Act

**Hatice Selin Pürselim** ..... 496

## **Möhük Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi Ve Babalık Davalarına Etkileri**

The Effect of the Post-Marital Waiting Period on Action For Denial of Lineage and Paternity Suit Within the Context of the Turkish Pila

**Hatice Selin Pürselim** ..... 513

## **Roma Hukukunda Vasiyetname Şekilleri**

Forms Of Testament In Roman Law

**Sevgi Kayak**..... 543

## **Roma Yazınında ve Hukukunda, Roma'nın Temel Erdemlerinden Biri: *Pietas***

One of the Principal Roman Virtues: Pietas in Roman Literature and Roman Law

**Nurcan İpek** ..... 566

## **Milletlerarası Ticari Tahkimde Hibrit Tahkim Klotzlarının Geçerliliği**

Validity of Hybrid Arbitration Clauses in International Commercial Arbitration

**Ebru Şensöz Malkoç, Müge Değirmencioglu** ..... 593

## **İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutmanın Hukuka Aykırılığı**

The Illegality of Intimidation of Defective Intention

**Mehmet Özgür Avcı** ..... 642

## **Şahsi Hak Sağlayan Ön Ödemeli Devre Tatil Sözleşmesinde Tüketicinin Sözleşmeden (Serbestçe) Dönme Hakkı**

Consumer's Right to Rescission in the Pre-Paid Timeshare Contract Providing Personal Right

**Mehmet Özgür Avcı** ..... 658

## **Within the Scope of Right to Fair Trial the Principle of “Forum Necessitatis” and Its Effect on Turkish International Jurisdiction Rules**

Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında “Forum Necessitatis” İlkesi ve Türk Milletlerarası Yetki Kurallarına Etkisi

**Gizem Ersen Perçin** ..... 677

## **Covid-19 Aşısının İş İlişkilerine Etkileri**

The Effects of Covid-19 Vaccines on the Employment Relationships

**Canan Ünal Adınır** ..... 693

## **Amerikan Hukukunda Evlat Edinmeye Bir Bakış: Vermont Eyaleti Örneği**

A Perspective on Adoption in American Law: The Example of the Vermont State

**Gözde Çağlayan Aygün** ..... 716

## **Komisyon'un COM (2020) 64 Final Raporu Işığında Yapay Zekânın Hatalı İşleyişi İle İlgili Ürün Sorumluluğu Hukukuna İlişkin Düşünceler**

Von RA Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

**İpek B. Aldemir Toprak**..... 741

## **Kendi Paylarını İktisap Eden Anonim Şirketlerde Yedek Akçe Ayırma Uygulamasının Bir Değerlendirmesi**

An Evaluation of Reserve Allocation Practice in Joint-Stock Companies Acquiring Their Own Shares

**Raziye Aksu Özkan**..... 754

## **Karar İncelemesi: Ticari Dava Niteliğindeki İtirazın İptali Davasının Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olup Olmadığına İlişkin Uyuşmazlığın Giderilmesine Yönelik Yargıtay 23. Hukuk Dairesi Kararının Değerlendirilmesi**

Verdict Analysis: Evaluation of the 23rd Civil Department of the Supreme Court of Appeals Decision for the Resolution of Disputes Whether the Action for Annulment of the Objection for Commercial Disputes is Subject to Mediation as a Cause of Action

**Elif Irmak Büyük**..... 777

## **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşe Bağlı Stres Kavramı**

The Concept of Work-Related Stress Within the Framework of Labour and Social Security Law

**Nazlı Elbir** ..... 798

## **Alman Hukuku Uygulamaları Işığında Covid-19 Önlemlerinin İşyeri Kira Sözleşmeleri Bakımından Sonuçları**

Results of Covid-19 Precautions in the Light of German Law Practices in terms of Lease Contracts of Commercial Premises

**Çiğdem İleri, LL.M.** ..... 825

## **Alternative Dispute Resolution in Sport Disputes: A Review of Turkish Athletics, Basketball and Volleyball Federation Decisions**

Spor Uyuşmazlıklarında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu: Türkiye Atletizm, Basketbol ve Voleybol Federasyonu Kararlarının İncelenmesi

**Dinçer Çeribaş, Oğuz Özbek** ..... 853

## Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi Genel Tavsiyelerinde Kadınların Siyasal Hakları\*

### Women's Political Rights in the General Recommendations of Committee on the Elimination of Discrimination Against Women

Bihterin Vural Dinçkol \*\*, Cansu Koç Başar \*\*\*

#### ÖZ

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme (CEDAW)'nin, Sözleşmeden kaynaklanan özel bir denetim sistemi bulunmaktadır. CEDAW'ın denetim organı, CEDAW madde 17 ile kurulması öngörülen Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'dir. Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin kurulmasındaki temel amaç, CEDAW uygulamasında kaydedilen ilerlemenin değerlendirilmesidir. CEDAW'da düzenlenen denetim usullerinden biri de Komite'nin genel tavsiyeleridir. Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi genel tavsiyeleri, kadınların siyasal hakları bakımından da ayrıntılı açıklamalar içermekte ve bu bağlamda taraf devletler için bir rehber niteliği taşımaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** CEDAW, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, Siyasal Haklar, Kadınların Siyasal Hakları

#### ABSTRACT

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) has a special control system arising from the Contract. The supervisory body of CEDAW is Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, which is stipulated to be established by article 17 of CEDAW. The main purpose of the establishment of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women is to evaluate the making progress in the implementation of CEDAW. One of the audit procedures regulated in CEDAW is the general recommendations of the Committee. The general recommendations of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women contain detailed explanations regarding the political rights of women and in this context serve as a guide for the states parties.

**Keywords:** CEDAW, Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Political Rights, Women's Political Rights

\* Bu makale "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Kadının Siyasal Hakları" adlı doktora tezinden üretilmiştir.

\*\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

\*\*\* Arş. Gör. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, cansu.koc@deu.edu.tr,

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Bihterin Vural Dinçkol

**E-posta/E-mail:** bihterin.dinckol@marmara.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 30.01.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 15.02.2021



## GİRİŞ

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme (CEDAW), kadınlara karşı ayrımcılığın varlığını henüz aldığı isimle ortaya koymakta ve cinsiyet eşitliğinin hayatın her alanında sağlanmasını amaçlamaktadır. Bu amaç doğrultusunda CEDAW'da hak ve özgürlükler bakımından spesifik ayrımlar yapılmaksızın bir bütün olarak kadınların insan haklarının korunmasına ve hayata geçirilmesine yönelik hükümler yer almaktadır. CEDAW'ın Sözleşme'den kaynaklanan bir denetim sistemi bulunması ise Sözleşme'nin etkililiğini artıran bir unsurdur.

CEDAW denetim organı olan Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, Sözleşme'nin yarı yargısal ve bağımsız bir organ tarafından izlenmesini sağlamaktadır. CEDAW uygulamasında ortaya çıkan eksiklikleri ya da ilerlemeleri değerlendirme amacıyla kurulan Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin denetim usullerinden biri de genel tavsiyelerdir. Komite'nin genel tavsiyeleri, Sözleşme hükümlerinin ayrıntılı bir biçimde açıklanmasını sağlamak, Sözleşme'den kaynaklanan beklentileri ortaya koymakta ve bu bağlamda taraf devletler bakımından bir uygulama kılavuzu oluşturmaktadır.

Bu çalışmada Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin kadınların siyasal haklarına ilişkin olan genel tavsiyeleri ele alınacaktır. Söz konusu amaçla öncelikle CEDAW'ın kabulü süreci üzerinde durulacak ve bu yolla Sözleşme'nin amacı ortaya konulacaktır. Bu aşamadan sonra ise CEDAW'da düzenlenen siyasal haklar ele alınacaktır. Bu kapsamda CEDAW madde 7, 8, 9 ve 14 hükümleri incelenecektir. İlgili maddeler bağlamında ve kadınların siyasal hakları bakımından açıklayıcı ve yol gösterici nitelikte olduğu tespit edilen Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin 23, 32 ve 36 sayılı genel tavsiyeleri analiz edilecektir. Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin siyasal ve kamusal yaşama özgülenmiş 23 sayılı genel tavsiyesi ise konuya ilişkin getirmiş olduğu kavramsal açıklamalar, ortaya çıkan sorunların nedenleri üzerine getirmiş olduğu tespitler ve sunduğu çözüm önerileri bağlamında özellikle önemli görüldüğünden daha ayrıntılı bir biçimde ele alınacaktır.

## I. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme (CEDAW)

### A. CEDAW'ın Kabulü

1960'lı yıllarda kadınların insan haklarının özel olarak korunması ve gelişmesi gerekliliği tekrar gündeme gelmiş ve bu yönde yeni bir bilinç ortaya çıkmıştır. Kadınların karşılaştıkları sorunların uluslararası alana taşınması ile beraber ise cinsiyetçi güç ilişkilerine yönelik olarak evrensel bir çaba doğmuştur.<sup>1</sup> Aynı zamanda 1960'lı yıllarda ikinci dalga feminist hareket güçlenmiş ve yaygınlaşmıştır. "Kardeşlik Güçtür" ve "Kişisel Olan Politiktir" önermelerini ortaya koyan ikinci dalga feminizm,

1 Bal Sokhi-Bulley, "The Optional Protocol to CEDAW: First Steps", Human Rights Law Review, Vol:6, No:1, 2006, s.143.

kadınlar arasındaki farklılıkları da önemsemekte ve ayrımcılıkla mücadeleyi tüm boyutlarıyla ele almaktadır.<sup>2</sup>

Bu dönemde ortaya çıkan bilinç, feminist hareketlerin güçlenmesi ve evrensel boyuttaki çabalar, kadınlara yönelik ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına ilişkin olarak düzenlenecek ve hukuki bağlayıcılığı olan uluslararası bir sözleşmenin oluşmasına da zemin hazırlamıştır.

Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme (CEDAW), henüz sözleşme formunda düzenlenmeden önce bir bildiri olarak düzenleme bulmuştur. Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Bildiri adındaki bu bildiri, BM Genel Kurulu'nun 7 Kasım 1967 tarih ve 2263 (XXII) sayılı kararı ile kabul edilmiştir.<sup>3</sup> Bu bildiri, hem CEDAW'a giden süreci hazırlamış hem de CEDAW hükümlerinin oluşturulmasında etkili olmuştur.

Ayrıca 1970'li yıllardan itibaren BM Dünya Kadın Konferansları düzenlenmeye başlamıştır. Halen belirli aralıklarla düzenlenen Dünya Kadın Konferansları, kadınların ve feministlerin iletişimlerini güçlendirmiş ve birlikte hareket edebilmelerinin önünü açmıştır. Dünya Kadın Konferansları ile beraber kadınların uluslararası temaslarının gelişmesi, uluslararası kadın hareketlerinin canlanması, kadınların siyasal birikimlerinin ve görünürlüklerinin artması, kadınların varlık gösterebilecekleri kamusal alanların genişlemesi ve dünyanın her yerinde her alandaki gelişimde kadınların varlığının öneminin daha da görünür hale gelmesi söz konusu olmuştur.<sup>4</sup> CEDAW'ın şekillenmesinde, kabulünde ve yürürlüğe girmesinde Dünya Kadın Konferanslarının da etkili olduğu söylenebilir.

Nitekim CEDAW 1975 yılında düzenlenen Birinci Dünya Kadın Konferansı sonrasında, BM Genel Kurulu'nun 18 Aralık 1979 tarih ve 34/80 sayılı kararı ile kabul edilmiş ve 1 Mart 1980'de imzaya açılmıştır. 1980 yılında düzenlenen İkinci Dünya Kadın Konferansı sonrasında ise CEDAW madde 27'de belirlenen *"Bu Sözleşme, yirminci onay ya da katılma belgesinin BM Genel Sekreteri'ne tevdi edilme tarihinden itibaren otuz gün sonra yürürlüğe girer"* hükmü yerine getirilmiş ve Sözleşme 3 Eylül 1981'de yürürlüğe girmiştir.<sup>5</sup>

## B. CEDAW'da Kadınların Siyasal Hakları

CEDAW, Birleşmiş Milletler Şartı'na, Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'ne, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ne ve Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ne atıfta bulunarak başlamaktadır.

2 Bkz. Becky Thompson, "Multiracial Feminism: Recasting the Chronology of Second Wave Feminism", *Feminist Studies*, Vol:28, No:2, 2002, s.346-347.

3 Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Bildiri için bkz. Declaration on the Elimination of Discrimination against Women, [https://undocs.org/en/A/RES/2263\(XXII\)](https://undocs.org/en/A/RES/2263(XXII)), E.T.03.05.2020.

4 Charlotte Bunch, "Opening Doors for Feminism: UN World Conferences on Women", *Journal of Women's History*, Vol:24, No:4, Winter 2012, s.213; Martha Alter Chen, "Engendering World Conferences: The International Women's Movement and the United Nations", *Third World Quarterly*, Vol:16, No:3,1995, s.477.

5 Bkz. United Nations Treaty Collection Chapter IV, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV8&chapter=4&lang=en#1](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV8&chapter=4&lang=en#1), E.T.03.05.2020.

CEDAW'ın Başlangıç Bölümü'nde, Birleşmiş Milletler Şartı'nın temel insan haklarına, insan onuruna ve değerine ve erkekler ile kadınların haklar bakımından eşitliğine olan inancının yeniden teyit edildiği ve Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nde yer alan ayrımcılık yasağı ilkesinin benimsediği belirtilmektedir. Başlangıç Bölümü'nün devamında ise eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının sağlanmasında devletlerin yükümlü oldukları ortaya konulmuştur. Buna göre, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ne taraf devletler, erkeklere ve kadınlara ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel ve siyasal hakların tümünden yararlanmada eşit haklar sağlama yükümlülüğü altındadır.<sup>6</sup>

CEDAW'ın Başlangıç Bölümü'nün devamında ise kadınlara karşı ayrımcılığın, haklarda eşitlik ve insan onuruna saygı ilkelerini ihlal ettiği belirtilmiştir. Bu durum kadınların, erkeklerle eşit koşullar altında, hem kendi ülkelerinin siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel yaşamına katılmalarına hem de toplumun ve ailenin refah düzeyinin artmasına engel olmaktadır. Dolayısıyla kadınların, kendi ülkelerine ve insanlığa hizmet için var olan potansiyellerinin tam olarak gelişmesi daha da güçleşmektedir.

CEDAW, henüz Başlangıç Bölümü'nde görüldüğü üzere, eşitlik ilkesi üzerine odaklanan bir sözleşmedir. Nitekim Sözleşme'nin temel kurgusu, kadınların ve erkeklerin hayatın her alanında eşit statüye ulaşmalarına yöneliktir. Bu alanlar bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Buna, kamusal alanda ve ailede eşitlik dâhil olduğu gibi ekonomik alanda fırsat eşitliği de dâhildir. Buradaki amaç, genel olarak insan haklarının, ayırım gözetilmeksizin kadınlar bakımından da geçerli olmasının sağlanmasıdır. Söz konusu anlayış, kadınlar ve erkekler için uygulanabilir bir "demokrasinin" de koşullarını oluşturmaktadır.<sup>7</sup>

CEDAW, yöneldiği amaç ve kabul ettiği temel ilkeler doğrultusunda ayrımcılıkla mücadelede bütünsel bir yaklaşım öngörmektedir. Bu anlamda siyasal haklarda ya da sosyal ve ekonomik haklarda eşitliğe farklı değerler atfedilmemektedir. Bunun yanı sıra Sözleşme maddelerinde hakların açıklanmasına ve bu bağlamda devletlerin yükümlülüklerinin ortaya konulmasına ayrıca yer verildiği de görülmektedir. CEDAW madde 7, 8 ve 9'da seçme ve seçilme hakkı, kamu hizmetine girme hakkı, vatandaşlık hakkı gibi siyasal hakların düzenlendiği görülmektedir. Kırsal kesimde yaşayan kadınların hakları üzerine odaklanan CEDAW madde 14 ise siyasal haklar konusunda kadınlar arasında da ayırım olabileceğini ortaya koyar nitelikte olduğundan ayrıca önemli görülebilir.

6 CEDAW için bkz. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, <https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/cedaw.pdf>, E.T.03.05.2020; ayrıca bkz. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, <https://undocs.org/en/A/RES/34/180>, E.T.03.05.2020; CEDAW ve Seçmeli Protokolünün Türkçe çevirisi için bkz. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, [https://www.tbmm.gov.tr/komiyon/kefe/belge/uluslararası\\_belgeler/ayrimcilik/CEDAW/CEDAW\\_Sozlesmesi\\_ve\\_Ihtiyari\\_Protokolu.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/komiyon/kefe/belge/uluslararası_belgeler/ayrimcilik/CEDAW/CEDAW_Sozlesmesi_ve_Ihtiyari_Protokolu.pdf), E.T.03.05.2020.

7 Bkz. Frances Raday, "Gender and democratic citizenship: The impact of CEDAW", International Journal of Constitutional Law, Vol:10, No:2, 2012, s.512.

## I. CEDAW Madde 7

CEDAW madde 7 (a)'ya göre kadınlar, erkeklerle eşit koşullar altında, tüm seçimlerde ve halk oylamalarında oy kullanma ve halk tarafından seçilen tüm kuruluşlara seçilme haklarına sahip olmalıdır.

CEDAW madde 7 (b)'ye göre ise kadınlar, erkeklerle eşit şartlar altında, hükümet politikalarının formüle edilmesine ve bunların uygulanmasına katılma hakkına ve kamu görevlerine atanma ile idarenin her kademesindeki kamu görevlerini yerine getirme haklarına sahip olmalıdır. CEDAW madde 7 (b)'de hükümet politikalarının formüle edilmesine katılma hakkı şeklinde geniş kapsamlı bir ifadenin tercih edildiği görülmektedir. Ayrıca bu hükümde kamu görevleri bakımından "idarenin her kademesi" vurgusuna dikkat çekilebilir. Nitekim kadınların kamu görevlerinde yer alma oranları, genel olarak, erkeklere kıyasla düşük kalmaktadır. Bununla beraber kamu görevlerinde yer alan kadınlar arasında yüksek kademede görev alanların oranları ise daha da düşüktür.

CEDAW madde 7 (c)'de ise kadınların, erkeklerle eşit koşullar altında, ülkenin kamusal ve siyasal yaşamıyla ilgili tüm kuruluşlara ve hükümet dışı örgütlere katılım hakkı düzenlenmiştir. Kadınların kamusal ve siyasal yaşama ilişkin tüm kuruluşlara ve hükümet dışı örgütlere katılım hakkının, kadınların hiçbir ayrıma maruz kalmaksızın kamusal ve siyasal alanlardaki haklarından yararlanabilmesinin bir sonucu olarak zaten var olduğu düşünülebilir. Bununla beraber söz konusu hakkın düzenlenmesi, CEDAW madde 7 (c) hükmü ile ayrıca yapılmıştır. CEDAW'da bu düzenlemenin yapılmış olması esasen bir ihtiyacın göstergesidir. Nitekim madde 7 (c), sivil toplum örgütleri ve bazı siyasal partiler özelinde tartışma yaratan bir hüküm olmuştur. İlgili hükmü uygulamanın, örgütlenme özgürlüğü ya da din ve inanç özgürlüğü ile çatışabileceği yönünde fikirlerin ortaya çıktığı görülmektedir.<sup>8</sup> Buna karşın CEDAW madde 7 (c) hükmü belirtildiği şekilde düzenlenmiş ve taraf devletler, kadınların siyasal ve kamusal yaşama ilişkin tüm kuruluşlara ve hükümet dışı örgütlere katılım hakkını sağlamak için gerekli tüm önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur.

## 2. CEDAW Madde 8

CEDAW madde 8, kadınların hükümetlerini uluslararası alanda temsil etme hakları özelinde bir düzenlemedir. CEDAW madde 8'e göre taraf devletler, kadınlara erkeklerle eşit koşullar altında ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin hükümetlerini uluslararası düzeyde temsil etme ve uluslararası örgütlerin çalışmalarına katılma fırsatını sağlama bakımından gerekli olan tüm önlemleri almakla yükümlüdür.

8 CEDAW madde 7 (c) bakımından bahsi geçen endişelerin Hollanda özelindeki bir değerlendirmesi için bkz. Barbara M. Oomen / Joost Guijt / Matthias Ploeg, "CEDAW, the Bible and the State of the Netherlands: the struggle over orthodox women's political participation and their responses", Utrecht Law Review, Vol:6, Iss:2, June, 2010, s.164-165.

### 3. CEDAW Madde 9

CEDAW madde 9'da ise vatandaşlık hakkına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. İlgili maddeye göre taraf devletler, vatandaşlığın kazanılması, değiştirilmesi ya da sürdürülmesi konusunda kadınlara erkeklerle eşit haklar tanımalıdır. Taraf devletler özellikle bir yabancı ile evlenmenin veya evlilik sırasında kocanın vatandaşlık değiştirmesinin, otomatik olarak kadının da vatandaşlık değiştirmesine, vatansız kalmasına veya zorla kocanın vatandaşlığına geçmesine neden olmamasını sağlayacaktır. Çocukların vatandaşlığı konusunda da taraf devletlerin kadın ve erkeklere eşit haklar sağlanma yükümü bulunmaktadır.

### 4. CEDAW Madde 14

CEDAW madde 14, kırsal kesimdeki kadınların haklarını ele almaktadır. Bu maddede kırsal kesimde yaşayan kadınların eğitim, sağlık, çalışma gibi çeşitli konularda karşılaşılabilecekleri pek çok soruna yer verilmiştir. Madde 14 (2) (f)'de ise kırsal kesimde yaşayan kadınların her türlü toplumsal faaliyete katılma hakkı düzenlenmiştir. Bu hüküm, kırsal kesimdeki kadınların her türlü toplumsal faaliyete katılma hakkını düzenleyerek kadınların siyasal haklarını düzenleyen ve bu bağlamda kadınların siyasal ve kamusal yaşamda olmasının temin edilmesine yönelik madde 7 hükmünü tamamlamaktadır.<sup>9</sup>

## II. Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi

CEDAW'ın, Sözleşmeden kaynaklanan özel bir denetim sistemi bulunmaktadır. Bu bağlamda CEDAW; Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme ile Çocuk Hakları Sözleşmesi gibi her biri bağımsız bir organ tarafından izlenen insan hakları sözleşmelerinden biri olma özelliğini taşımaktadır.<sup>10</sup>

CEDAW'ın denetim organı, CEDAW madde 17 ile kurulması öngörülen Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'dir. Komite; farklı deneyimlere, yüksek ahlaki niteliklere ve yetkinliğe sahip yirmi üç uzman üyeden oluşacaktır.<sup>11</sup>

9 Bkz. Lisa R. Pruitt, "Deconstructing CEDAW's Article 14: Naming and Explaining Rural Difference", William & Mary Journal of Women and the Law, Vol:17, No:2, Winter 2011, s.380.

10 Marsha A. Freeman, "International Institutions and Gendered Justice", Journal of International Affairs, Vol:52, No:2, 1999, s.524; Andrew Byrnes, "The Committee on the Elimination of Discrimination against Women", Women's Human Rights: CEDAW in International, Regional and National Law, Ed. Anne Hellum / Henriette Sinding Aasen, Cambridge University Press, 2013, s.27.

11 CEDAW madde 17/1; Committee on the Elimination of Discrimination against Women, <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/committee.htm>, E.T.06.05.2020.

Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin kurulmasındaki temel amaç, CEDAW uygulamasında kaydedilen ilerlemenin değerlendirilmesidir. Bu doğrultuda çeşitli denetim sistemleri öngörülmüştür. CEDAW'da düzenleme bulan birincil yöntem, rapor sunma usulüdür.<sup>12</sup>

CEDAW'da düzenlenen diğer denetim usulü ise Komite'nin genel tavsiyeleridir.<sup>13</sup> Söz konusu denetim usulü CEDAW madde 21'de düzenlenmiştir. CEDAW madde 21 ile Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'ne, taraf devletlerden alınan raporlar da dikkate alınarak genel tavsiyelerde bulunma yetkisi tanınmıştır. Komite bu yetkiyi, CEDAW'ın spesifik maddelerini ve bu maddelere ilişkin konuları yorumlama aracı olarak kullanmaktadır.<sup>14</sup> Komite'nin genel tavsiyeler ile bir anlamda içtihat geliştirdiğini ve CEDAW'ın hangi alanlarda, nasıl uygulanması gerektiğini taraf devletlere açıklayan metinler ortaya koyduğunu söylemek mümkündür.<sup>15</sup> Bu bağlamda Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi genel tavsiyeleri, kadınların siyasal hakları bakımından da ayrıntılı açıklamalar içermekte ve bir yol haritası belirlemektedir.

### III. Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi Genel Tavsiyelerinde Kadınların Siyasal Hakları

#### A. Siyasal ve Kamusal Yaşama İlişkin 23 Sayılı Genel Tavsiye

Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, kadınların siyasal haklarının ele alındığı siyasal ve kamusal yaşama ilişkin 23 sayılı genel tavsiyesini, 1997 yılında ortaya koymuştur.<sup>16</sup>

23 sayılı genel tavsiyede öncelikle, CEDAW'da kadınların ülkelerinin kamusal yaşamına katılmalarını özel olarak önemsendiği açıklanmaktadır.

#### 1. Siyasal ve Kamusal Yaşam Kavramının Somutlaştırılmasının Önemi

23 sayılı genel tavsiyede, CEDAW madde 7 gereği taraf devletlerin ülkelerinin siyasal ve kamusal yaşamına ilişkin olarak kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırmakla ve kadınların siyasal ve kamusal yaşama, erkeklerle eşit şekilde, katılmalarını sağlamakla yükümlü oldukları belirtilmiş ve bu yükümlülüğün CEDAW madde 7'de sayılan konularla sınırlı olmadığı ortaya konulmuştur.

12 Byrnes, s.27.

13 Bireysel şikâyet başvurusu usulü ve soruşturma usulü ise BM Genel Kurulu'nun 6 Ekim 1999 tarih ve 54/4 sayılı kararı ile kabul edilen CEDAW Seçmeli Protokolü ile Sözleşme denetim sistemine eklenmiştir, bkz. Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, <https://undocs.org/en/A/RES/54/4>, E.T.08.05.2020.

14 Byrnes, s.39.

15 Feride Acar, "Kadının İnsan Hakları", İnsan Hakları Hukuku ve Kadın, Hazırlayan: Prof. Dr. Bihterin Dinçkol, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayın No:6, İstanbul, 2003, s.22.

16 Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi 23 sayılı genel tavsiyesi için bkz. Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Sixteenth session (1997), General recommendation No. 23: Political and public life, [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT/CEDAW/GEC/4736&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT/CEDAW/GEC/4736&Lang=en), E.T.08.05.2020.

Bu bağlamda 23 sayılı genel tavsiyede CEDAW madde 7 hükmü ele alınırken öncelikle siyasal ve kamusal yaşam kavramı üzerinde durulmuştur. 23 sayılı genel tavsiyede, bir ülkenin siyasal ve kamusal yaşamının oldukça geniş bir kavram olduğu belirtilmiş ve bu kavramın somutlaştırılmasına yönelik açıklamalar yapılmıştır.

23 sayılı genel tavsiyede yer alan açıklamalara göre siyasal ve kamusal yaşam, en yalın ifadesi ile siyasal gücün kullanılması anlamına gelmektedir. Siyasal gücün kullanılması bakımından ise yasama, yürütme ve yargı erkleri ile idari gücün kullanılması özellikle önem taşımaktadır.

23 sayılı genel tavsiyede siyasal ve kamusal yaşamın kapsamı üzerinde de durulmuştur. Buna göre siyasal ve kamusal yaşam, kamu yönetiminin tüm alanları ile uluslararası, ulusal, bölgesel ve yerel düzeydeki politikaların oluşturulmasını ve uygulamasını kapsamaktadır. Ayrıca bu kavramın kapsamı siyasi partiler, sendikalar, meslek örgütleri, kadın örgütleri gibi kamusal ve siyasal yaşama ilişkin örgütleri de içene alarak sivil toplumun birçok yönüne işaret etmektedir.

## **2. Kamusal Alan – Özel Alan Ayrımının Kadınların Siyasal Haklarına Etkisi**

23 sayılı genel tavsiyede yer verilen bir diğer konu ise kamusal alan – özel alan ayrımı ve bu ayrımın kadınlar üzerindeki etkisidir.

23 sayılı genel tavsiyede yapılan tespitlere göre, insanların kamusal alandaki ve özel alandaki faaliyetleri her zaman ayrılmaktadır. Kamusal alan – özel alan ayrımında kadınlar, özel alana ait görülmekte ve daha çok aile içerisinde konumlandırılmaktadır. Daha çok kadınlar ile ilişkilendirilen özel alana biçilen değer ise ikincil statüdedir. Buna karşın, saygın bir konumda olan kamusal alan ise özel alan ve aile dışındaki geniş bir faaliyet alanını kapsamaktadır.

23 sayılı genel tavsiyede kadınların özel alana ait görülerek kamusal alandan uzaklaşmalarına neden olan bu anlayışın, tarihsel arka planının olduğu da açıklanmıştır. 23 sayılı genel tavsiyede yer verilen bilgilere göre, tarihsel olarak erkekler kamusal alana egemen olmuşlardır. Bu bağlamda erkekler, kadınları özel alanla sınırlandırmak ve özel alana bağlı kılmak gücünü kullanmışlardır. Kadınlar ise aileyi ve toplumu besleyen ve onların gelişimine katkı sunan annelik rollerine karşın, günlük yaşam şekillerini ve toplumların geleceğini belirleyen siyasal yaşamdan ve karar alma süreçlerinden dışlanmışlardır. Özellikle krizlerin/dönüm noktalarının yaşandığı zamanlarda ortaya çıkan bu dışlama, kadınların seslerinin bastırılmasına ve onların destek ve deneyimlerinin görünmez hale gelmesine neden olmuştur. Tüm ülkelerde, kadınların kamusal yaşama katılmalarını engelleyen en önemli etkenler değer yargıları ve dini inançların oluşturduğu kültürel yapı, hizmet eksikliği ve erkeklerin ev işleri ile çocuk bakımına ilişkin yükümlülüklerini üstlenmemeleri olmuştur. Bu durum, tüm ülkelerde, kadınların özel faaliyet alanları ile sınırlı kalmaları ve kamusal yaşama aktif olarak katılamamaları üzerinde rol oynamıştır.

23 sayılı genel tavsiyede kamusal alan – özel alan ayrımında özel alana sıkışan kadınların, kamusal alana dâhil olabilmeleri için bazı çözüm önerileri de ortaya konulmuştur. Bu konuda öncelikle

kadınların ev işlerine dair yükümlülükleri bakımından rahatlatılması gerektiği ifade edilmiştir. Ev içi yükümlülükleri azalan kadınların, toplumsal yaşama aktif katılımları mümkün olacaktır. Ayrıca 23 sayılı genel tavsiyede ev içi sorumlulukların yoğun bir biçimde kadınlara yüklenmesi ile kadınların ekonomik bağımsızlığı arasındaki bağlantı da ortaya konulmuştur. Söz konusu durum çift çalışma yükümü olarak nitelendirilmiştir. Bu bağlamda 23 sayılı genel tavsiyede kadınların çift çalışma yükümünün, siyasal ve kamusal işlerin uzun ve/veya esnek olmayan çalışma saatleri ile bağdaşmadığı ortaya konulmuştur.

23 sayılı genel tavsiyede kamusal ve siyasal alanda yer alan kadınların da daha çok belirli konulara odaklandığı ve bu anlamda sınırlı bir katılımın söz konusu olduğu tespiti de yapılmıştır. Bu tespite göre siyasal yaşam içerisinde yer alan kadınlar da finans, bütçe kontrolü ya da savaş kararı gibi sorumlulukların dışında kalarak çevre ve sağlık politikaları ya da çocuk hakları gibi konularla sınırlı kalabilmektelerdir. 23 sayılı genel tavsiyede siyasal alanda yer alan kadınlar bakımından yapılan diğer bir tespit ise kadın liderlere ilişkindir. Bu konuda yapılan açıklamada, kadın liderlerin iktidara geldiği ülkelerde bunun, doğrudan kadınların kendi hakları ile elde ettikleri bir seçim başarısından değil onların babalarının, kocalarının ya da başka bir erkek yakınlarının nüfuzundan kaynaklanabildiği belirtilmiştir.

Komite, kadınların kamusal ve siyasal yaşamda sınırlı olarak varlık gösterebilmelerinde, medyanın da dâhil olduğu, gelenekselleşmiş cinsiyet rollerine bağlı kalınması yönündeki eğilimin oldukça etkili olduğunu düşünmektedir. Ayrıca Komite, kadınların siyasal ilgisizliğinin de siyasal ve kamusal yaşama aktif katılım bakımından önemli bir engel olduğunu belirtmiştir.

### **3. Yetersiz Temsil Nedenleri**

23 sayılı genel tavsiyede CEDAW madde 7 ve madde 8'e ilişkin olarak ayrıntılı açıklamalar getirilmiş ve bu maddelerde düzenlenen haklar bakımından fiili duruma ilişkin tespitlerde bulunulmuştur. Bu konuda öncelikle seçme ve seçilme hakkı ele alınmıştır.

23 sayılı genel tavsiyesinde Komite, taraf devletlerin raporlarına göre neredeyse tüm ülkelerde kadınlara ve erkeklere tüm seçimlerde ve halk oylamalarında oy kullanma hakkının tanındığını; ancak kadınların bu haklarını kullanma konusunda bazı zorluklarla karşılaştıklarını kaydetmiştir. Komite bu tespiti sonrasında söz konusu duruma neden olan etmenler üzerine odaklanmıştır.

23 sayılı genel tavsiyedeki açıklamalara göre, kadınlar genel itibarıyla adaylar, parti politikaları, oy kullanma yöntemleri gibi konularda erkeklerden daha az bilgi sahibidir. Kadınların siyasal sistemler ve siyasal sistemlerin kendi yaşamları üzerindeki etkisi hakkında bilinç sahibi olamamaları onları engellemektedir. Ayrıca kadınların çift çalışma yükümü ve ekonomik alanda kısıtlanmaları, onları seçim kampanyalarını takip etme ve tam olarak özgür iradeleriyle oy kullanma konularında da kısıtlamaktadır. Bazı ülkelerdeki geleneksel tutumların, kadınları oy kullanma hakkını etkin bir biçimde kullanmaktan uzaklaştırdığı görülmektedir. Birçok erkek, ikna etme yoluyla ya da doğrudan, kadınların oylarını etkilemekte ya da kontrol etmektedir. Kadınların siyasal yaşama katılmalarına karşı



olumsuz tutumlar, kadın adaylara güvensiz yaklaşım gibi faktörler de kadınları siyasal ve kamusal yaşama katılmaktan alıkoymaktadır. Bahsi geçen koşulların varlığı en azından tüm seçmenlerin yarısını oluşturan kadınların, siyasal yaşama tam olarak katılmadıklarını açıklamaktadır. Ayrıca seçim sistemleri de kadınların parlamentodaki temsil oranlarını, önemli ölçüde etkilemektedir. Siyasi partiler, fırsat eşitliğine ve demokrasinin temel ilkelerine uygun programlar benimsemeli, erkek ve kadın aday sayılarını dengelemek için çaba sarf etmelidir.

23 sayılı genel tavsiyede kadınların hükümetlerini uluslararası alanda temsil etme haklarına ilişkin olarak da açıklamalar yapılmıştır. Komite kadınların uluslararası müzakerelere, barışın korunmasına ilişkin faaliyetlere, her düzeydeki diplomatik ilişkilere ya da uluslararası ceza yargılaması gibi sistemlere dâhil olmalarının bu konularda önemli bir fark yaratacağını ve bu yolla toplumsal cinsiyet eşitliği perspektifinin oluşturulabileceğini kaydetmiştir. Buna karşın kadınların hükümetlerini uluslararası alanda temsil etme hakları tam anlamıyla hayata geçememiştir. Bu bağlamda 23 sayılı genel tavsiyede kadınların, ülkelerin daha az önem verdikleri elçiliklere atandıkları yönündeki gözlem ortaya konulmuştur. Taraf devletlerin raporlarından kadınların hükümetlerinin uluslararası alandaki temsilinde ve özellikle de üst kademelerdeki görevlerde çoğunlukla yer almadıkları anlaşılmıştır. Komite ortaya çıkan bu durumun, ev içi sorumlulukların kadınlara engel olacağı düşüncesinden kaynaklanabileceğini düşünmektedir.

23 sayılı genel tavsiyede kadınların hükümetlerini uluslararası alanda temsil etme fırsatını bulamamaları, liyakatsizlik olarak değerlendirilmiştir. 23 sayılı genel tavsiyede yer alan ifadelere göre, kadınların uluslararası alanda hükümetlerini temsil etme fırsatını az bulmaları, bu alanda yapılan atama ve terfi süreçlerinin objektif kriterlere dayanmadığını göstermektedir.

Benzeri bir durum kamu hizmetine girme hakkı bakımından da geçerlidir. 23 sayılı genel tavsiyede taraf devletlerin raporlarından kadınların, kamu hizmetlerinde ve özellikle de yargı sisteminin üst kademelerinde nadiren görev alabildiklerinin anlaşıldığı ortaya konulmuştur. Komite bu durumun taraf devletlerdeki bazı geleneksel tutumlardan ve kadınların yargı sisteminden ya da ordudan dışlanmaları gibi yasal düzenlemelerden kaynaklanabileceğini belirtmiş ve bu türden düzenleme ya da uygulamaların CEDAW'ın ihlali anlamına geleceğini kaydetmiştir.

#### ***4. Demokrasi Sorunu Olarak Kadınların Siyasal Alanda Varlık Gösterememeleri***

Siyasal ve kamusal yaşama ilişkin 23 sayılı genel tavsiyede, kadınların siyasal haklarını etkin bir biçimde kullanamamaları ve siyasal alanda yeterli düzeyde yer alamamaları bir demokrasi sorunu olarak görülmektedir.

Söz konusu kapsamda 23 sayılı genel tavsiyede yapılan açıklamalara göre, kadın ve erkek eşitliği ilkesi, uluslararası belgelerde olduğu gibi çoğu ülkenin anayasa ve yasalarında da kabul edilmiştir. Buna karşın kadın ve erkekler arasındaki eşitsizliğin ortadan kalktığını söylemek mümkün değildir ve söz konusu eşitsizlik durumu, kadınların siyasal ve kamusal alana aktif katılım sağlamamaları ile derinleşmektedir. Toplumun adil ve etkili bir organizasyonunun olması için sadece erkeklerin değil

tüm üyelerinin, ona dâhil olması ve katılması gerekir. Sadece erkekler tarafından alınan kararlar ve geliştirilen politikalar, insanlığın tecrübe ve potansiyelinin yalnızca bir kısmını yansıtabilir. Demokrasi kavramı ancak kadınların ve erkeklerin karar alma süreçlerine eşit katılımları sağlandığında ve her ikisinin de hakları eşit olarak dikkate alındığında gerçek ve dinamik bir anlam kazanacaktır.

23 sayılı genel tavsiyesinde ortaya koyduğu üzere Komite, siyasal ve kamusal yaşama kadın ve erkeklerin eşit katılımlarını demokrasinin bir gereği olarak görmektedir. Siyasal haklar ile demokrasi arasındaki sıkı ilişki düşünüldüğünde de doğrudan doğruya ortaya çıkacak olan bu sonucun Komite'nin genel tavsiyesinde yer alması, kadınların siyasal hakları bakımından yaşadıkları sorunların geniş kapsamlı ve çok yönlü etkilerine ulusüstü alanda dikkat çekilmiş olması bakımından ayrıca önemlidir.

### **5. Geçici Özel Önlemler**

23 sayılı genel tavsiyede kadınlara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılmasının önündeki yasal engellerin kaldırılmasının gerekli olduğu; ancak bunun yeterli olmadığı ortaya konulmuş ve CEDAW'da fiili eşitliğin sağlanabilmesi için geçici özel önlemlerin alınmasının desteklendiği belirtilmiştir. Komite, bazı ülkelerin bu yaklaşım doğrultusunda eğitim, mali destek, çalışma fırsatları ve seçim yöntemlerinde değişiklik yapma gibi birtakım önlemler aldıklarını gözlemlemekte olduğunu kaydetmiştir. 23 sayılı genel tavsiyeye göre, siyasal yaşamda gerçek bir eşitliğin sağlanması için geçici özel önlemlerin alınması temel bir koşuldur.

23 sayılı genel tavsiyede CEDAW 7 (b) hükmü ele alınırken kota ve kontenjan yöntemlerinin uygulanabileceği önerisinde bulunulmuş ve bu yöntemleri uygulayan ülkelere örnekler verilmiştir. 23 sayılı genel tavsiyede belirtildiği üzere, kadınların ve erkeklerin hükümet politikalarının belirlenmesine eşit bir biçimde katılma hakkı vardır. Bu hakkın kadınlar ve erkekler tarafından eşit bir şekilde kullanılması, kamu politikalarında toplumsal cinsiyet eşitliği perspektifinin oluşmasını da sağlayacaktır. Kadınlar, hükümetin üst düzey kademelerinde yetersiz temsil edildiklerinde ve diğer alanlarda da kadınların görüşleri yeterli ölçüde ya da hiç ifade edilemediğinde, hükümet politikaları kapsayıcı ve etkili olmayacaktır. Dolayısıyla taraf devletler, kamuoyu görüşlerini ve toplumsal etmenleri de dikkate alarak bu konuda gerekli tüm önlemleri almalıdır.

Komite taraf devletlerin raporlarında, siyasi partilerde kadınların daha az temsil edildiklerini ve etkili pozisyonlarda daha az yer aldıklarını gözlemlediğini kaydetmiştir. Bu bağlamda siyasi partilerin kadınların eşit fırsatlara sahip olmaları için finansal destek verme gibi çeşitli önlemler alma konusunda teşvik edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. 23 sayılı genel tavsiyede dengeli cinsiyet dağılımının sağlanması için bir yöntem olarak gösterilen kota, kontenjan ya da finansal destek uygulamaları siyasi partiler ile de sınırlı tutulmamıştır. 23 sayılı genel tavsiyede siyasi partiler dışındaki hükümet dışı kuruluşların da kadınların siyasal becerileri, katılımları ve liderlikleri için geliştirici nitelikte oldukları ortaya konulmuş ve bu kuruluşlarda da kadınların eşit temsili için gerekli önlemlerin alınması beklentisi ifade edilmiştir.

## B. Vatandaşlığa İlişkin 32 Sayılı Genel Tavsiye

Siyasal haklar ancak siyasal toplumun oluşması ve devletin kurulması ile kullanılabilir olan haklardır. Devlet ile vatandaş arasındaki doğrudan bağ ise vatandaşlık ile siyasal haklar arasındaki ilişkiye denk düşmektedir. Vatandaşlık hakları kavramı, sadece vatandaşlara özgülenmiş insan hakları anlamına gelmektedir ve daha çok yönetime katılma olanağı tanıyan siyasal hakları ifade etmektedir. Siyasal haklardan en azından dar anlamda sadece vatandaşlar yararlanır. Siyasal hakları kullanabilmek için bir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı bulunma gereği vatandaşlık hakkının önemini de ortaya koymaktadır.<sup>17</sup>

Kadınların ise vatandaşlık hakkı bakımından özellikle evlilik ve aile içerisinde dezavantajlı durumda kalabildikleri görülmektedir.<sup>18</sup>

Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin 2014 yılında ortaya koyduğu 32 sayılı genel tavsiyesinde, siyasal haklar bakımından da bir ön koşul olan vatandaşlık hakkı ele alınmıştır. Bu bağlamda mülteci statüsü ve iltica gibi konular üzerinde de durulmuştur.<sup>19</sup>

32 sayılı genel tavsiyede vatandaşlığın devlet ve birey arasındaki yasal bir bağ olduğu ortaya konulmuştur. 32 sayılı genel tavsiyede yapılan açıklamalara göre CEDAW madde 9, kadınların tüm insan haklarından yararlanmalarında temel bir hükümdür. Kadınların topluma tam olarak katılımlarının sağlanması için vatandaşlığın önemi göz önüne alındığında bazı taraf devletlerin CEDAW madde 9'a koyduğu çekincelerin sayısı ve nitelikleri, Sözleşme'nin amacı ile bağdaşmamaktadır. Vatandaşlık hakkı ve ayrımcılık yasağı, CEDAW dışındaki birçok ulusalüstü belgede de koruma altına alınmıştır. Bunlar, hem kadınların eşit vatandaşlık haklarını pekiştirmekte hem de CEDAW madde 9'a konulan bazı çekincelerin geçerlilik ve yasal etki sorunlarını gündeme getirmektedir.

32 sayılı genel tavsiyede vatansız kadınların bileşik ayrımcılığa maruz kalabilecekleri belirtilmiştir. Komite, vatansız kadınların yalnızca vatandaşlık statüsünden kaynaklanan haklardan değil diğer insan haklarından da yeterince yararlanamadıklarını gözlemlemektedir. Ayrıca vatandaşlık bakımından kadınlara karşı ayrımcılığın ortaya çıkması çocukları da etkilemektedir. Komite, taraf devletlerin CEDAW madde 9'a uygun olarak kadınların vatansızlık riskini azaltmalarını ve kadınların eşit vatandaşlık haklarından yararlanmaları için gerekli yasal düzenlemeleri yapmalarını beklemektedir.

17 İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2002, s.420; Karl Doehring, **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, çev. Ahmet Mumcu, İnkılâp Kitabevi, 4. Baskı, İstanbul, 2002, s.280; Tekin Akulloğlu, **Temek Hak ve Özgürlükler**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ders Notu Yayınları No:3, Ankara, 1993, s.7; Bunun yanı sıra bazı devletler, özellikle yerel seçimlerde yabancılara seçme ve seçilme hakkı tanımaktadır. Yabancıların seçme haklarına ilişkin olarak bkz. Harald Waldrauch, **“Electoral rights for foreign nationals: a comparative overview of regulations in 36 countries”**, National Europe Centre Paper, No:73, s.1-32; Avrupa Konseyi'nin yabancıların yerel düzeyde kamusal yaşama katılmasına ilişkin sözleşmesi için ise bkz. Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/144.htm>.

18 Bkz. United Nations, **Women's Right are Human Rights**, New York / Geneva, 2014, s.42.

19 Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi 32 sayılı genel tavsiyesi için bkz. Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General recommendation No. 32 on the gender-related dimensions of refugee status, asylum, nationality and statelessness of women, CEDAW/C/GC/32, 14 November 2014, [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/32&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/32&Lang=en), E.T.11.05.2020.

### C. Eğitim Hakkına İlişkin 36 Sayılı Genel Tavsiye

Siyasal haklar, sosyal ve ekonomik haklarla da yakından ilgili haklardır. Tarihsel gelişimleri açısından söz konusu hak kategorileri, ideolojik farklılıkların bir yansıması olarak birbirinden ayrı ve hatta kimi durumlarda karşıt olarak algılanmış olsalar da günümüz insan hakları doktrini ve uygulaması bu iki hak kategorisi arasındaki bütünselliği ortaya koymaktadır.

Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin 2017 tarih ve 36 sayılı eğitim hakkına ilişkin genel tavsiyesinde de sosyal ve ekonomik haklar arasında yer alan eğitim hakkı ile siyasal haklar arasındaki bağlantı ortaya konulmuştur.<sup>20</sup>

36 sayılı genel tavsiyede kadınları destekleyen eğitimin, onlara sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasal haklarını, erkeklerle eşit biçimde, talep etme ve kullanma imkânı sağladığı belirtilmiştir.

Komite, kadınların siyasal haklarını kullanmalarının ancak eğitimle mümkün olacağını ifade etmektedir. 36 sayılı genel tavsiyede çağın gerekleri doğrultusunda farklı siyasal katılım yöntemlerinin ve eğitim ihtiyaçlarının ortaya çıktığı belirtilmiştir. Bu bağlamda Komite 36 sayılı genel tavsiyesinde, e-devlet araçları da dâhil olmak üzere bilgi ve iletişim teknolojilerine erişim imkânının kadınların siyasal haklarını kullanmaları ve demokratik süreçlere katılımlarını teşvik edeceğini ortaya koymuştur.

### SONUÇ

Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin, genel tavsiyeler ile kadınların siyasal haklarına ilişkin olarak ayrıntılı açıklamalar getirerek taraf devletler bakımından dikkatle izlenmesi gereken yol haritaları ortaya koyduğu görülmektedir. Komite'nin genel tavsiyelerinde, siyasal haklarda “de jure” eşitliğin yanı sıra “de facto” eşitliğin sağlanması için gerekli unsurların ortaya konulmuş olması oldukça önemlidir. Komite, taraf devlet raporlarının da bu yönde şekillenmesini istemiş ve bu yolla kadınların siyasal haklarının soyut bir açıklama bulmasının ötesine geçmiştir. Ayrıca Komite'nin genel tavsiyelerinde siyasal hakların kadınlar ve erkekler tarafından eşit biçimde kullanılması, demokrasinin bir gereği olarak ifade edilmiştir. Siyasal haklar ile demokrasi arasındaki ilişki düşünüldüğünde de ortaya çıkan bu gerçeklik, ulusalüstü alanda ayrıntılı bir açıklama kazanmıştır.

Başka bir taraftan kadınların siyasal haklarının farklı boyutlarının, Komite'nin genel tavsiyelerinde yer aldığı görülmektedir. Bu bağlamda seçme ve seçilme haklarının yanı sıra, yürütme ve yargı organlarında yer alma, ulusalüstü temsil, kamu makamlarının her kademesinde bulunabilme, vatandaşlık gibi hususlara ayrıca yer verilmiştir. Aynı zamanda ekonomik bağımsızlığın dolayısıyla çalışma hakkının ya da Komite'nin 36 sayılı genel tavsiyesinde ifade edildiği üzere eğitim hakkının

20 Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi 36 sayılı genel tavsiyesi için bkz. Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General recommendation No. 36 (2017) on the right of girls and women to education, CEDAW/C/GC/36, 27 November 2017, [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/36&Lang=en, E.T.11.05.2020](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/36&Lang=en, E.T.11.05.2020).

siyasal haklarla olan bağlantısı açıkça ortaya konulmuştur. Bu noktada çağın gereklerinin ve teknolojik gelişmelerin takibinin, kadınların kamusal ve siyasal alandaki varlıklarının etkinliği bakımından bir gereklilik olduğunun ifade edilmiş olmasının da ayrıca önemli olduğunu söylemek gerekir. Nitekim günümüzde sosyal medya ve e-devlet araçları başta olmak üzere bilgi ve iletişim teknolojileri, siyasal katılım araçları hâline gelmişlerdir. Kadınların bu süreçteki gelişmeler içerisinde geri planda kalmamaları, siyasal haklarını aktif biçimde kullanabilmeleri için bir zorunluluk olmuştur.

Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin genel tavsiyelerinde kadınların siyasal haklarının, fiili eşitliği sağlamaya yönelik olarak hem çağın gereklerine uygun biçimde hem de geleneksel ve kültürel kalıpların yarattığı engeller göz önünde bulundurularak ele alındığı dikkat çekmektedir. Bu anlamda Komite'nin kadınların siyasal haklarına ilişkin genel tavsiyelerinde, hem uzun süredir var olan yerleşik sorunları dikkate alarak bunlara yönelik çözümler üreten hem de ilerlemeyi sağlayacak yenilikleri içeren kapsamlı açıklamalar getiren çok yönlü bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir.

## KAYNAKÇA

### *Kitaplar ve Makaleler*

- Acar, Feride, “**Kadının İnsan Hakları**”, İnsan Hakları Hukuku ve Kadın, Hazırlayan: Prof. Dr. Bihterin Dinçkol, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayın No:6, İstanbul, 2003, ss.20-29.
- Akıllıoğlu, Tekin, **Temek Hak ve Özgürlükler**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ders Notu Yayınları No:3, Ankara, 1993.
- Alter Chen, Martha, “**Engendering World Conferences: The International Women’s Movement and the United Nations**”, Third World Quarterly, Vol:16, No:3, 1995, ss.477-493.
- Bunch, Charlotte, “**Opening Doors for Feminism: UN World Conferences on Women**”, Journal of Women’s History, Vol:24, No:4, Winter 2012, ss. 213-221.
- Byrnes, Andrew, “**The Committee on the Elimination of Discrimination against Women**”, Women’s Human Rights: CEDAW in International, Regional and National Law, Ed. Anne Hellum / Henriette Sinding Aasen, Cambridge University Press, 2013, ss.27-61.
- Doehring, Karl, **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, çev. Ahmet Mumcu, İnkılâp Kitabevi, 4. Baskı, İstanbul, 2002.
- Freeman, Marsha A., “**International Institutions and Gendered Justice**”, Journal of International Affairs, Vol: 52, No:2, 1999, ss.513-532.
- Kaboğlu, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara, 2002.
- Oomen, Barbara M. / Guijt, Joost / Ploeg, Matthias, “**CEDAW, the Bible and the State of the Netherlands: the struggle over orthodox women’s political participation and their responses**”, Utrecht Law Review, Vol:6, Iss:2, June 2010, ss.158-175.
- Pruitt, Lisa R., “**Deconstructing CEDAW’s Article 14: Naming and Explaining Rural Difference**”, William & Mary Journal of Women and the Law, Vol:17, No:2, Winter 2011, ss. 347-394.
- Raday, Frances, “**Gender and democratic citizenship: The impact of CEDAW**”, International Journal of Constitutional Law, Vol:10, No:2, 2012, ss.512-530.

- Sokhi-Bulley, Bal, “**The Optional Protocol to CEDAW: First Steps**”, Human Rights Law Review, Vol:6, No:1, 2006, ss.143-159.
- Thompson, Becky, “**Multiracial Feminism: Recasting the Chronology of Second Wave Feminism**”, Feminist Studies, Vol:28, No:2, 2002, ss.336-360.
- United Nations, **Women’s Right are Human Rights**, New York / Geneva, 2014.
- Waldrauch, Harald, “**Electoral rights for foreign nationals: a comparative overview of regulations in 36 countries**”, National Europe Centre Paper, No:73, ss.1-32.

### ***Diğer Kaynaklar***

- Declaration on the Elimination of Discrimination against Women, [https://undocs.org/en/A/RES/2263\(XXII\)](https://undocs.org/en/A/RES/2263(XXII)).
- United Nations Treaty Collection Chapter IV, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV8&chapter=4&lang=en#1](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV8&chapter=4&lang=en#1).
- Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, <https://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/cedaw.pdf>.
- Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, <https://undocs.org/en/A/RES/34/180>.
- Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, [https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararası\\_belgeler/ayrimcilik/CEDAW/CEDAW\\_Sozlesmesi\\_ve\\_Ihtiyari\\_Protokolu.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/belge/uluslararası_belgeler/ayrimcilik/CEDAW/CEDAW_Sozlesmesi_ve_Ihtiyari_Protokolu.pdf).
- Committee on the Elimination of Discrimination against Women, <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/committee.htm>.
- Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, <https://undocs.org/en/A/RES/54/4>.
- Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General Recommendations Adopted by the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, Sixteenth session (1997), General recommendation No. 23: Political and public life, [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT/CEDAW/GEC/4736&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT/CEDAW/GEC/4736&Lang=en).
- Convention on the Participation of Foreigners in Public Life at Local Level, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/144.htm>.
- Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General recommendation No. 32 on the gender-related dimensions of refugee status, asylum, nationality and statelessness of women, CEDAW/C/GC/32, 14 November 2014, [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/32&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/32&Lang=en).
- Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General recommendation No. 36 (2017) on the right of girls and women to education, CEDAW/C/GC/36, 27 November 2017, [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/36&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/36&Lang=en).

## Türk Ceza Hukukunda Suç Üstlenme

### False Confession in Turkish Criminal Law

Pınar Memiş Kartal\* 

#### ÖZ

Adliyeye karşı işlenen suçlardan suç üstlenme, sık karşılaşılan bir suç tipidir. İftira ve suçluyu kayırma suçlarının özel biçimi olarak da nitelendirilen suç üstlenme, üstlenilen suçun gerçekleşmiş bir suçun üstlenilmesi ile gerçekte işlenmemiş, fakat uydurulmuş bir suçun üstlenilmesi ile gerçekleşebileceği ileri sürülse de tartışmalı bir suç tipidir. 5237 sayılı TCK'nın 270. maddesinde düzenlenen bu suçun Kanunda sayılan aileden kişilerin suçlarının üstlenilmesi şeklinde gerçekleşmesi halinde nemo tenatur ilkesinin dikkate alınarak şahsi cezasızlık sebebinin öngörüldüğü tespit edilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Adliye, suç üstlenme, iftira, suçluyu kayırma, nemo tenatur.

#### ABSTRACT

Voluntary false confession is a crime against justice which is frequently encountered. It is a variation of the crimes of false accusation and protecting a guilty person. It can be committed by falsely confessing to a crime that was committed, or a made up crime that was never committed. It is a controversial type of crime. It is defined in Article 270 of the Turkish Penal Code No. 5237. Owing to the principle of nemo tenatur, committing this crime with the intention of protecting family members enumerated in the Article is personal grounds for waiver of penalty.

**Keywords:** Justice, false confession, false accusation, protecting a guilty person, nemo tenatur

## I. GENEL OLARAK

Suç üstlenme, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümler kitabında, "Mille ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmının "Adliyeye Karşı Suçlar" başlıklı ikinci bölümünde 270. maddede düzenlenmiştir. Buna göre:

### *Suç Üstlenme*

**Madde 270 – (1) Yetkili makamlara, gerçeğe aykırı olarak, suçu işlediğini veya suça katıldığını bildiren kimseye iki yıla kadar hapis cezası verilir. Bu suçun üstsoy, altsoy, eş veya kardeşi**

\* Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Pınar Memiş Kartal

**E-posta/E-mail:** pmemis@gsu.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 01.04.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 15.06.2021

**cezadan kurtarmak amacıyla işlenmesi halinde; verilecek cezanın dörtte üçü indirilebileceği gibi, tamamen de kaldırılabilir.**

Adliye karşı suçlardan biri olarak suç üstlenme, adli makamları yanıltmak suretiyle bunların yanlış karar almasına neden olunmaktadır.<sup>1</sup> Bu eylem ile maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasına engel olunmakta, adil yargılanma hakkına bağlı temel haklar ihlal edilmektedir.

Suç üstlenme iftira suçunun özel bir görünümü olduğu da belirtilmekte<sup>2</sup> ve doktrinde “*kendi kendine iftira*” olarak da nitelendirilmektedir<sup>3</sup>.

Kişinin suçu üstlenmek suretiyle adli makamları yanıltıp adil bir yargılama yapılmasını engellemesi ve işlemediği suçu buna rağmen üstlenmesi nedeniyle iftira suçu ile benzerlik taşıdığı ileri sürülmektedir<sup>4</sup>. Suçu üstlenmede fail işlemediği bir suçu üzerine almaktadır; iftirada ise fiili işlemediğini bildiği bir kimseye hukuka aykırı bir fiil ya da suç isnat etmektedir. Dolayısıyla masum bir kimsenin haksız yere yargılanması yönünden bir benzerlik kurulabilecektir. Suçu üstlenmede üstlenilen eylem suç teşkil etmelidir, nitekim madde başlığı da bunu açıkça ifade etmektedir; iftirada isnat edilen fiilin hukuka aykırı olması yeterlidir, suç teşkil etmesine gerek yoktur<sup>5</sup>.

Suç üstlenme suçuna ilişkin düzenlemede, suçun üstsoy, altsoy, eş veya kardeşi cezadan kurtarmak amacıyla işlenmesi halinde daha az ya da hiç ceza verilmeyebileceği öngörülmek suretiyle “*nemo tenetur*”<sup>6</sup> ilkesinin dikkate alındığı ve bu çerçevede şahsi cezasızlık sebebi öngörüldüğü tespit edilmektedir.<sup>7</sup>

## **A. TCK İLE ETCK KARŞILAŞTIRMASI**

Suç üstlenme suçu, 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu’nun, “Adliye Aleyhinde Cürümler” başlıklı üçüncü babın, “Suç Tasnii ve Resmi Mercileri İğfal” başlıklı ikinci faslında yer alan 283. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmişti.

765 sayılı TCK m. 283’e göre, “*Vuku bulmadığını bildiği bir cürmü adliye veya keyfiyeti adliye tevdie mecbur olan bir makama vuku bulmuş gibi ihbar eden yahut vaki olmayan bir cürmün eserlerini takibata mübaşeret olunabilecek derecede uyduran kimse otuz aya kadar hapis cezasına mahkûm olur.*

***Adliye huzurunda sahte olarak bir cürüm işlediğini yahut bu cürme iştirak eylediğini söyleyen kimse hakkında dahi aynı ceza tertip olunur.***” şeklinde düzenlenmişti.

1 ÜNVER Yener, Adliye Karşı Suçlar, Seçkin, Ankara, 2012, s.142.

2 SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2010, 694.

3 ARTUK Mehmet Emin – GÖKÇEN Ahmet – YENİDÜNYA Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2013, 1117.

4 SEVÜK YOKUŞ Handan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet, Ankara 2019, 651.

5 ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1117.

6 ÜNVER, Adliye Karşı Suçlar, 142.

7 ARTUK – GÖKÇEN – YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1117



Suçu üstlenme suçu 765 sayılı TCK döneminde “kendi kendini itham” suçu olarak da nitelendirilmiştir.<sup>8</sup>

Eski ve mevcut TCK düzenlemelerinin karşılaştırılmasında eski düzenleme çerçevesinde korunan hukuki değer Adliye’yi yanlış yola sevk etmek olması dolayısıyla “Adliye” olarak belirtilmektedir.<sup>9</sup> Adli fonksiyonların korunduğunu belirten görüş de ifade edilmiştir.<sup>10</sup> Bunun da günümüzde bu suçlar bakımından benimsenen değere yakın bir görüş olduğu söylenebilir. 5237 sayılı TCK bakımından da korunan hukuki değer Adliye’nin itibarı<sup>11</sup> olarak ifade edilmesinin yanı sıra adil yargılanma hakkı olarak da belirtilmektedir.<sup>12</sup>

765 sayılı eski TCK’da suçu üstlenme suçunun meydana gelebilmesi eylemin Adliye huzunda gerçekleşmesi aranmaktayken, mevcut düzenlemede yetkili makam ifadesi kullanılmak suretiyle Adliye kavramından daha geniş bir ifade tercih edilerek suç yetkili olarak kabul edilen makamlar önünde işlenebilecektir. Bu makamlar 5271 sayılı CMK.m.158’de belirtilenlerdir. Eski düzenlemenin makamın tespiti yönünden açık ve belirli olması dolayısıyla yürürlükteki düzenlemeden daha yerinde olduğu belirtilmektedir.<sup>13</sup>

Her iki suçta da fail ve mağdur yönünden bir özellik bulunmamaktadır. Herkes tarafından işlenebilen bir suçtur. Bu iki düzenleme bakımından eylemin suç teşkil edebilmesi için faillerin suç şüphelisi ya da sanık konumunda bulunmaması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>14</sup>

Her iki düzenlemede yer alan fiil seçimlik hareketli suç olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK bakımından failin Adliye huzurunda sahte bir suç işlediğini ya da bu sahte suça iştirak ettiğini beyan etmesi gerekirken; 5237 sayılı TCK da aynı yönde düzenlenmiştir.

Eski ve yürürlükteki düzenlemelerde suçu üstlenme neticesi hareket bitişik somut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir.

Eski TCK düzenlemesinde yürürlükteki düzenlemeden süre olarak daha fazla ceza yaptırımını öngörülmüştür.

## **B. KORUNAN HUKUKİ YARAR**

Suçu üstlenme suçu ile korunan hukuki yarar adli makamların hataya düşürülmeleri sonucu verilecek hatalı kararlar sonucu kaybedecekleri itibar olarak ifade edilmiştir.<sup>15</sup> Bir diğer görüş suç üstlenme suçu ile korunan hukuki değeri adil yargılanma hakkı olarak ifade etmektedir.<sup>16</sup> İnsan

8 ÖNDER Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul,, 1994, s.276.

9 ÖNDER, 276.

10 ÖZEK Çetin, Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu, İÜHFİM 1997, C:LV, S.3, s.17-19.

11 SEVÜK YOKUŞ, s.651-652.

12 ÜNVER, s.34.

13 ÜNVER, s.145.

14 ÖNDER, s.276; SEVÜK YOKUŞ, s.652.

15 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.1156.

16 ÜNVER, s.33.

haklarını merkez alan bir yaklaşım ile adliye karşı işlenen suçlarda birey hak nesnesi olarak değil, hak süjesi olarak değerlendirilmesi gereği ile bunların düzenlenmesi ile korunan hukuki yararın adil yargılanma hakkı olduğunu söylemek isabetlidir.<sup>17</sup>

## II. SUÇUN UNSURLARI

### A. MADDİ UNSUR

#### 1. Fail

Suç üstlenme suçunun faili herkes olabilir. Kanun koyucu bu suç bakımından failde bir özellik aramamıştır. Ancak suçun faili hakkında bir soruşturma ya da kovuşturmasının bulunmaması gerekir. Suç üstlenme suçunun varlığı için failin kendi işlemediği, kendisine isnat edilmemi bir suçu üstlenmesi gerekir.<sup>18</sup> Doktinde bir görüş ise *“hakkında soruşturma ya da kovuşturma açılan merci dışında başka bir yetkili merciye başvurarak işlemediği suçu üstlenen kişinin eyleminin faillik unsuru açısından suç üstlenme suçunu”* oluşturduğu gerekçesi ile hakkında soruşturma ve/veya kovuşturma açılmış kişinin suç üstlenme suçunun faili olamayacağı gerekçesine kısmen katıldığını ifade etmektedir.<sup>19</sup>

Adil yargılanma hakkının unsuru olarak susma hakkını kullanan kişinin suçun faili olamayacağı ifade edilmektedir.<sup>20</sup> Gerçekten de kişinin süküt etmesi suçu kabullendiği anlamına gelmemektedir. Aksi bir anlam çıkartmak adil yargılanma hakkına, masumiyet karinesi aykırılık teşkil edecektir.

#### 2. Mağdur

Suç üstlenme suçunun mağduru adil yargılanma hakkının sahibi kişi ya da kişilerdir.<sup>21</sup> Adliye hukuksal değer taşıyıcısı olması ile birlikte suçtan zarar gören sıfatını haizdir.<sup>22</sup>

#### 3. Suç Konusu

Suç üstlenme suçunun konusu, “gerçeğe aykırı olarak işlemediği bir suçu üstlenme” dir.

#### 4. Hareket

Suç üstlenme, yetkili makamlara gerçeğe aykırı olarak suçu işlediğini veya suça katıldığını bildirmek hareketleri ile gerçekleşmektedir. Bu suç seçimlik hareketli bir suç olup, neticesi harekete bitişik bir suçtur. Sırf hareket suçu olarak da ifade edilen suç üstlenmede fail gerçeğe aykırı olarak suçu işlediğini ya da suça iştirak ettiğini beyan edecektir.<sup>23</sup>

17 ÜNVER, s.34; SEVÜK YOKUŞ, s.652.

18 ÖNDER, s.276-277; ARTUK-GÖKÇEN-YENİDÜNYA, s.1157; SEVÜK YOKUŞ, s.652.

19 ÜNVER, s.143.

20 SEVÜK YOKUŞ, s.652.

21 ÜNVER, s.144.

22 ÜNVER, 144; SEVÜK YOKUŞ, s.652.

23 YAŞAR Osman – GÖKCAN Hasan Tahsin – ARTUÇ Mustafa, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.VI, Seçkin, Ankara, 2010, s.7906.

Failin gerçeğe aykırı olarak üstlendiği suç, işlenmiş bir suç olabileceği gibi, hiç işlenmemiş bir suç da olabileceği ifade edilmektedir.<sup>24</sup> Ancak buna karşılık bir başka görüş TCK.m.270 düzenlemesinin lafzi çerçevesinde “suçta ve cezada kanunilik” prensibi gereği sadece işlenmiş ya da teşebbüs aşamasında kalmış suçlara uygulanabileceğini ifade ederek diğer türlü kabulün doğru olmadığını belirtmektedir.<sup>25</sup> Bu görüş ilgili düzenlemede; “*bir suç işlediğini veya suça katıldığını*” yerine, “*suçu işlediğini veya suça katıldığını*” ibaresinin kullanıldığını; *her ne kadar maddenin başlığı ve gerekçesinden dolayı adli makamları meşgul eden hayali suç uydurmalarında da suçu üstlenme suçunun oluşacağı ileri sürülse de*, ortada işlenmiş veya kasten işlenen suçlarda suçun görünüş şekli ve yarıda kalmış hali olan teşebbüs aşamasında kalmış somut bir suçun varlığının gerekeceğini ileri sürmekte, fakat korunan hukuki yararı dikkate alarak hayali suçun üstlenilmesi yönünde değerlendirme yapma olanağı sağlayacak şekilde hüküm değişikliğine gidilmesi gerektiği de önermektedir.<sup>26</sup> Gerçekten de madde bir suçu işlediğini ya da suça katıldığını şeklinde düzenlemesi ile dar yorum ilkesi çerçevesinde bu şekilde yoruma elverişli olup, meydana gelmiş bir suçun üstlenilmesi şeklinde yorumlanması gerekir. Ancak madde gerekçesi ile birlikte gerek doktrindeki baskın görüş gerek Yargıtay suç üstlenme suçunda üstlenilen suçun işlenmiş olabileceği gibi, uydurma bir suçun da üstlenilmesi halinde TCK.m.270’in meydana geleceğini belirtmektedirler.<sup>27</sup>

Suç üstlenmenin meydana gelebilmesi için failin üstlendiği fiilin suç olması gereklidir. Kabahat türünden bir fiilin üstlenilmesi bu suçu meydana getirmeyecektir.<sup>28</sup> Üstlenilen suç şikâyete tabi olabilir, ancak bunun kovuşturulabilir bir fiil olması gereklidir.<sup>29</sup>

## 5. Netice

Suç üstlenme neticesi harekete bitişik bir suç olduğu için failin yetkili makamlara suçu işlediğini bildirmesi ile suç tamamlanır. Bu tip suçlarda nedensellik bağı bakımından bir tartışma da bulunmamaktadır.

Fail bir suçu işlediğini ya da bir suça katıldığını ilişkin bildirim yetkili makamlar önünde yapmak zorundadır<sup>30</sup>. Yetkili makam olarak da 5271 sayılı CMK.m.158’de belirtilenleri anlamak gereklidir. Buna göre ihbar ve şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabileceği gibi, valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.

24 ÜNVER, 144.

25 ŞEN Ersan, “Suçu Üstlenme Suçu Özel Haller”, bkz. <https://www.hukukihaber.net/suc-ustlenme-sucu-ozel-haller-makale,7922.html>, erişim tarihi: 10.05.2021.

26 ŞEN Ersan, “Suçu Üstlenme Suçu Özel Haller”, bkz. <https://www.hukukihaber.net/suc-ustlenme-sucu-ozel-haller-makale,7922.html>, erişim tarihi: 10.05.2021.

27 ÜNVER, s.144; SEVÜK YOKUŞ, s.653.

28 TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.1376.

29 YAŞAR-GÖKCAN-ARTUÇ, C.VI, s.7908.

30 ÜNVER, s.144-145.

Ayrıca yine CMK.m.158'e göre, yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya şikâyetle bulunulabilir.

Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak suç üstlenen fail bunu ilgili kurum ve kuruluş idaresine ihbar veya şikâyet olarak yapabilir ve bu da gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.

İhbar veya şikâyetin şekli yine CMK.m.158'de belirtilmiş, yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabileceği düzenlenmiştir.

765 sayılı eski TCK'da Adliye huzurunda ifadesi kullanılmak suretiyle belirli bir makam belirtilmişse de mevcut düzenlemede yetkili makamdaki anlaşılması gerekenin ne olduğu konusunda bir açıklık Yargıtay içtihatlarında da bir birlik yoktur.<sup>31</sup>

## 6. Teşebbüs

Suç üstlenme suçu, seçimlik hareketli, neticesi harekete bitişik olması nedeniyle hareket yapıldığı anda meydana geldiği için teşebbüse elverişli değildir<sup>32</sup>. Suç yetkili makamlara bildirim ile gerçekleşir, ayrıca bir işlem yapılmasına gerek yoktur.<sup>33</sup>

Tüm neticesi harekete bitişik suçlarda olduğu gibi teşebbüs ancak hareket ile neticenin ayrılabilirdiği hallerde mümkün olabilecektir.<sup>34</sup> İftira ile suç üstlenme suçunu değerlendirdiği bir kararında Yargıtay, "Sanık ..'in, katılanın kullandığı aracın lastiklerini kestikten sonra, kardeşi ... ile görüşerek ..'in zarar verme suçunu üstlenmesini istediği, sanık ..'in da bu eylemine iştirak ettiği ..'in sanıklara suç üstleneceğini söylemesine rağmen Cumhuriyet Savcılığı'nda suçu üstlenmeyip olayın doğrusunu anlattığı somut olayda ..'in kabulü üzerine suçu onun işlediğini beyan eden sanıkların eylemlerinin suç üstlenme suçuna teşebbüs aşamasında kaldığı, gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek iftira suçundan yazılı şekilde hükümler kurulması"<sup>35</sup> şeklinde verdiği bir kararında suçu üstlenmeyi tartışması yerinde olmakla birlikte kanaatimizce olayda teşebbüs aşaması da tartışmalıdır.

## B. MANEVİ UNSUR

Suç üstlenme suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Bu suçun taksirli hali öngörülmemiştir. Saik de aranmamıştır, dolayısıyla hâkim failin suçu işleme amacını sorgulamaz. Ancak suç üstlenme failin, üstsoy, altsoy, eş veya kardeşini cezadan kurtarmak amacıyla işlenmesi hali özel kastla işleneceğinden bu halde ancak saik önem taşıyacaktır.

31 ÜNVER, s.145.

32 DEMİRBAŞ, s.249.

33 Tezcan-Erdem-Önok, 1378.

34 ÜNVER, s.153; TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, s.1378; SEVÜK YOKUŞ, s.659.

35 Yargıtay 8. CD., E. 2017/18290, K. 2020/725, T. 14.1.202, karar için bkz., <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=8cd-2017-18290.htm&kw=sucu+ustlenme+iftira#fm>, erişim tarihi 17. 07.2020.

Suçun olası kastla işlenip işlenmeyeceği tartışılmıştır.<sup>36</sup> Suç üstlenme suçunun olası kastla işlenmesi mümkündür.<sup>37</sup> Fail başkasının işlediği bir suçu üstlenmektedir, burada TCK.m.21 kapsamında öngörülen olası kast uygulama alanı bulabilecektir. Ancak şahsi cezasızlığı öngören hal bakımından özel kast arandığından burada olası kastın uygulanması mümkün olmayacaktır.

### C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Suç üstlenme suçunun meydana gelebilmesi için failin gerçeğe aykırı olarak bir suçu üstlenmesi gereklidir. Bu nedenle meydana gelen suç gerçek ise failin bir hukuka uygunluk sebebi olarak ihbar hakkını kullandığı gerekçesi ile eylem suç teşkil etmeyecektir.<sup>38</sup>

### D. SUÇU ETKİLEYEN NEDENLER

Şahsi cezasızlık hali olarak yakınlarının işlediği suçu üstlenme halini düzenlendiği TCK.m.270/ f.1'in ikinci cümlesinde ceza yargılamasının önemli bir ilkesi olan kişinin kendisini ya da yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmama hakkına bir diğer deyişle "nemo tenetur" ilkesine yer verildiği de ifade edilmektedir.<sup>39</sup> Bu hükümde failin yakınlarının işlediği bir suçu üstlenmesi durumda hâkim, failin cezasında indirimde gidebileceği gibi ceza vermeyebilir. Kanun koyucu bu hükümde hâkime takdir hakkı tanımış, olayın niteliğine göre bir tercih yapabileceğini düzenlemiştir.

Suç üstlenme bakımından öngörülen bu hükümde sayılan kişiler tahdidi olup, kıyas yolu genişletilemez. Eş ifadesi ile aralarında evlilik bağı bulunan kişiler anlaşılmalıdır.<sup>40</sup>

İstinaf mahkemesi tarafından incelenen bir olayda, "Sanıklardan A.Ü'nün eşinin yaptığı trafik kazası eylemini üstlenmesi ve diğer sanık İ.Ü'nün ise sanık A.yı suç işlemeye azmettirdiği şeklinde gerçekleşen eyleminde TCK.m.270/1 ve 2. cümlesi gereğince; suç üstlenme ve bu suça azmettirme suçlarını oluşturduğu sonucuna varılmakla birlikte olayda şahsi cezasızlık sebebinin varlığı gerekçesi ile ceza verilmesine yer olmadığına dair karar veren ilk derece mahkemesi kararında hukuka aykırılık görmediğinden esastan reddine" hükmetmiştir.<sup>41</sup>

## III. SUÇLARIN BİRLEŞMESİ VE İŞTİRAK

### A. SUÇLARIN BİRLEŞMESİ

Suç üstlenme suçu seçimlik hareketli bir suç olması nedeniyle, kanunda yer alan hareketlerin birini ya da hepsini gerçekleştirmiş olması fark etmeyecek, tek bir suç meydana geldiği için buna göre değerlendirme yapılacaktır.

36 ÜNVER, s.151.

37 ÜNVER, s.150; SEVÜK YOKUŞ, s.657.

38 ÜNVER, s.150; SEVÜK YOKUŞ, s.658.

39 ÜNVER, s.151 ve 154.

40 SEVÜK YOKUŞ, s.659.

41 PARLAR ALI – ÖZTÜRK Mustafa, İstinaf ve Yargı Kararlarıyla İftira, Yalan Tanıklık ve Gerçeğe Aykırı Bilirkişilik Suçları, Aristo, İstanbul 2017, s.136-137.

Suçların içtimaı bakımından özellik arz eden bir hal bulunmadığından uygulanabilen kurallar bu suç bakımından geçerlidir.

Bu suçta suçluyu kayırma suçu ile fikri içtima (TCK.m.44) oluşturan fiillere sıkça karşılaşılmaktadır. Yargıtay bir örnek olayda şu değerlendirmeyi yapmıştır: “Kaza nedeniyle inceleme dışı sanığın yaralanması nedeniyle takibi şikâyete bağlı olsa da olayda taksirle yaralama suçu olduğundan, sonuç itibarıyla yetkili makamlara gerçeğe aykırı olarak taksirle yaralama suçunu işlediğini bildirmiş sayılan sanığın eyleminin bu yönüyle “Suç üstlenme” suçunu oluşturduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan sanığın gerçeğe aykırı olarak kazaya karışan aracı kendisinin kullandığını beyan etmekten ibaret eyleminin, 1,80 promil alkollü şekilde araç kullanan inceleme dışı sanık hakkında trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan araştırma, soruşturma ya da kovuşturma yapılmasını engellemek suretiyle “Suçluyu kayırma” suçunu da oluşturduğu görülmektedir. Her iki suç tipi arasında özel norm-genel norm türünde bir görünüşte içtima ilişkisi de söz konusu olmadığından bu durumda TCK’nın 44. maddesinde düzenlenen “Fikri içtima” kuralı uyarınca işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren sanığın, TCK’nın 270. maddesinde düzenlenen “Suç üstlenme” suçuna göre daha ağır cezayı gerektiren “Suçluyu kayırma” suçundan TCK 283/1. maddesi uyarınca cezalandırılması gerekmektedir.”<sup>42</sup>

Suç üstlenme suçunun suçluyu kayırma suçunun özel biçimi olduğu doktrinde ifade edilmektedir<sup>43</sup>. Buna göre, kişinin yetkili makamlara, hem nesnel hem de öznel bakımdan gerçeğe aykırı olarak bir suçu işlediğini veya suça katıldığını; gerçeğe uygun olarak bir başkası hakkında yürütülen ceza soruşturmasında-kovuşturmasında veya infaz aşamasında bildirmesi, 5237 s. TCK’nın 283. maddesindeki ‘araştırma, yakalama, tutuklama, infaz’dan kurtulmayı sağlayıcı bir İMKAN biçimi olması’ gerekçesi ile suçluyu kayırmanın özel biçimi olarak kabul edilmektedir.<sup>44</sup>

## B. İŞTİRAK

Suç üstlenme suçu iştirake özellik arz etmez. Özgü bir suç olmadığı için bu anlamda bunlara ilişkin kurallar da uygulanmaz, iştirake ilişkin genel düzenlemeler uygulanır. Bir başkasının suçunu üstlenen kişiyi azmettirip kendi işlediği suçu üstüne almasını sağlayan kişi de suç üstlenme suçunun azmettiren olarak hem üstlenilen suçtan hem de suç üstlenme suçundan yargılanıp, cezalandırılması gerekir.<sup>45</sup> Yargıtay’ın konuya ilişkin çok kararı bulunmaktadır. Buna örnek olarak yeni tarihli bir kararında Yargıtay; “..plakalı aracın, alkollü araç kullanmaktan ehliyeti elinden alınmış olan sanık ... adına kayıtlı olup 29.12.2012 tarihinde katılan ... şirketinden kasko sigortası yaptırmış olduğu, sanık ...nın kasko tarihinden 1 gün sonra 30.12.2012 tarihinde ehliyetsiz olarak adına kayıtlı olan

42 YCGK, E. 2018/8-250, K. 2020/520, T. 15.12.2020, karar için bkz., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2018-8-250.htm&kw=`su%C3%A7+%C3%BCstlenme`+yetkili+makam&cr=yargitay#fm>, erişim tarihi: 18.05.2021.

43 KİZİROĞLU KESKİN Serap, Suç Üstlenme Suçu (TCK.m.270), Suçluyu Kayırma Suçunun (TCK.m.283) Özel Şekli Midir?, makale için bkz., <https://www.hukukihaber.net/suc-ustlenme-sucu-tck-270-sucluyu-kayirma-sucunun-tck-283-ozel-sekli-midir-makale,7938.html>, erişim tarihi: 12.05.2021.

44 KİZİROĞLU KESKİN, ibid.

45 ÜNVER, s.153.

...plakalı aracını kullandığı ve kaza yaptığı, kazadan sonra çalışını olan temyiz kapsamı dışındaki sanık ...'yı telefonla arayarak kolluk güçlerine kazayı kendisinin yaptığını beyan edip suçu üstlenmesi için azmettirdiği ve olay yerine gelen jandarma trafik ekiplerine araç şoförü olarak gerçeğe aykırı şekilde sanık ...'yı gösterdikleri, akabinde sanık ...'nın katılan şirkete başvurup kasko ödemesi talep ettiği, kasko ekspertizlerince yapılan inceleme sonunda araçta bira şişlerinin bulunduğu, kaza tespit raporu ile aracın servis kayıtlarının uyumsuz olduğunun anlaşıldığı, ...'ın da kazanın ehliyetsiz sanık ... tarafından yapıldığını itiraf ettiği ve bu sebeplerle sanığa kasko ödemesi yapılmadığı, sanık tarafından Susurluk Asliye Hukuk Mahkemesi'ne açılan alacak davasının 23.10.2014 tarihli gerekçeli karar ile reddine karar verildiği, bu şekilde sanık ...'ın üzerine atılı dolandırıcılığa teşebbüs, suç üstlenmeye azmettirme suçlarını işlediği anlaşılmakla, sanığın mahkumiyetlerine dair mahkemenin kabul ve uygulamalarında isabetsizlik bulunmamıştır<sup>46</sup>. şeklinde verilen ilk derece mahkemesinin kararını onaylamıştır.

## IV. YAPTIRIM VE YARGILAMA

### A. YAPTIRIM

Suç üstlenme suçunun yaptırımını iki yıla kadar hapis cezası olarak öngörülerek, üst sınır belirtilmiş, hâkime yaptırımın tayini hususunda bir takdir hakkı bırakılmıştır. Bunun da nedeni hükümde düzenlenen nemo tenatur ilkesini ortaya koyan şahsi cezasızlık ve indirim nedeni olarak değerlendirilmektedir.<sup>47</sup>

### B. YARGILAMA

Suç üstlenme suçu re'sen kovuşturulan bir suçtur. Bu suç bakımından görevli mahkeme, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun çerçevesinde (m.8 ve 12) asliye ceza mahkemesidir.

## KAYNAKÇA

ARTUK Mehmet Emin – GÖKÇEN Ahmet – YENİDÜNYA Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2013

GÖKÇEN Ahmet, Suç Tasnii ve Kendi Kendini İtham Cürümleri, İstanbul Barosu Dergisi, S. 2, İstanbul 2000  
KİZİROĞLU KESKİN Serap, Suç Üstlenme Suçu (TCK.m.270), Suçluyu Kayırma Suçunun (TCK.m.283) Özel Şekli Midir?, makale için bkz., <https://www.hukukihaber.net/suc-ustlenme-sucu-tck-270-sucluyu-kayirma-sucunun-tck-283-ozel-sekli-midir-makale,7938.html>, erişim tarihi: 12.05.2021

ÖNDER Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

46 Yargıtay 15. CD., E. 2017/31415, K. 2021/1772, T. 23.2.2021, karar için bkz., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15cd-2017-31415.htm&kw=`su%C3%A7+%C3%BCstlenme`&cr=yargitay#fm>, erişim tarihi: 21.05.2021.

47 SEVÜK YOKUŞ, 661.

ÖZEK Çetin, Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu, İÜHF 1997, C:LV, S.3.

PARLAR Ali – ÖZTÜRK Mustafa, İstinaf ve Yargı Kararlarıyla İftira, Yalan Tanıklık ve Gerçeğe Aykırı Bilirkişilik Suçları, Aristo, İstanbul 2017.

SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2010.

ŞEN Ersan, “Suçu Üstlenme Suçu Özel Haller”, bkz. <https://www.hukukihaber.net/suc-ustlenme-sucu-ozel-haller-makale,7922.html>, erişim tarihi: 10.05.2021.

TEZCAN Durmuş-ERDEM Mustafa Ruhan-ÖNOK Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku Seçin Ankara 2020.

ÜNVER Yener, Adliye Karşı Suçlar, Seçkin, Ankara, 2012.



YAŞAR Osman – GÖKCAN Hasan Tahsin – ARTUÇ Mustafa, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.VI, Seçkin, Ankara, 2010.

SEVÜK YOKUŞ Handan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet, Ankara 2019.



# Yükseköğretim Kurumu Öğrenci Disiplin Suçları, Cezaları ve Soruşturmalarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler

## Considerations on Disciplinary Crimes, Penalties and Proceedings in regard to Students of Higher Education Institutions

Güneş Okuyucu Ergün\* , Eylem Baş\*\* 

### ÖZ

Disiplin cezaları ceza hukuku anlamındaki cezalara en benzeyen idari müeyyidelerdir. Bunlar ceza hukuku müeyyidesi olmamakla beraber, kimi zaman ceza hukuku anlamındaki cezalar kadar ağır sonuçlar doğurabilir. Yükseköğretim kurumu öğrencileri hakkında verilebilecek cezalar, bu durumun en iyi örneklerindedir. Örneğin yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası, temel bir hak olan eğitim hakkının önemli ölçüde sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla bu alanda da kanunilik ve hukuki güvenlik ilkelerinin gereklerine uygun düzenlemeler yapılmalıdır. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ve Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği bu açıdan incelendiğinde, bazı hükümlerinin eleştiriye açık olduğu ve değiştirilmesinin uygun olacağı görülmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Disiplin Cezası, Disiplin Suçu, Disiplin Soruşturması, Yükseköğretim Kurumu, Yönetmelik

### ABSTRACT

Disciplinary penalties constitute the type of administrative sanctions which are most similar to criminal law penalties. Although they are not criminal law penalties, their consequences may sometimes be as severe as that of criminal law penalties. The penalties to be given to the students of higher education institutions are among the best examples of that situation. For instance, the penalty of expulsion from the higher education institution results in a significant restriction of the right to education, which is a fundamental right. Therefore, the regulations on this matter should also comply with the requirements of the principles of legality and legal certainty. When the Higher Education Law No. 2547 and the Higher Education Institutions Disciplinary Regulation are analysed from that perspective, it is observed that some of their provisions are open to criticism and thus their amendment would be appropriate.

**Keywords:** Disciplinary Penalty, Disciplinary Crime, Disciplinary Proceeding, Higher Education Institution, Regulation

\* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

\*\* Ar. Gör. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ebas@ankara.edu.tr

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Güneş Okuyucu Ergün

**E-posta/E-mail:** okuyucu@law.ankara.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 11.03.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 31.03.2021

## GİRİŞ

Ceza hukuku, insan haklarının hem kalkını hem de kılıcıdır.<sup>1</sup> Gerçekten de ceza kanunları, bir yandan temel hak ve özgürlükleri korumak amacına hizmet ederken bir yandan da bunlara yönelik birincil tehdit olabilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki sadece ceza hukuku müeyyideleri değil, aynı zamanda idari müeyyideler de temel hak ve özgürlüklerle yakından ilişkilidir. İdari müeyyidelerin bir türü olan disiplin cezaları ise, bu bağlamda özel bir önem arz etmektedir. Söz gelimi, “yükseköğretim kurumundan çıkarma” şeklindeki disiplin cezasının uygulanmasıyla yükseköğretim kurumu öğrencilik statüsü sona ermekte ve dolayısıyla temel bir insan hakkı olan eğitim hakkı önemli ölçüde sınırlandırılmış, hatta ortadan kaldırılmış olmaktadır. “Yükseköğretim kurumundan uzaklaştırma” cezası da benzer şekilde eğitim hakkının sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Temel hak ve özgürlükler bakımından sınırlamalara yol açmaları nedeniyle disiplin cezalarına ilişkin kuralların açık ve belirgin bir şekilde ortaya konulması şarttır. Dolayısıyla ceza ve ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, savunma hakkına saygı ilkesi gibi ilkelerin disiplin hukukunda da geçerli olması gerekir.<sup>2</sup>

Öte yandan her ne kadar ceza hukuku anlamındaki cezalara en benzeyen idari müeyyide disiplin cezaları olsa da bunların ceza hukuku müeyyidesi olmadığının altı çizilmelidir.<sup>3</sup> Herşeyden önce, ceza müeyyidesi kanunlarda suç olarak tanımlanan filleri işleyen herkese uygulanabilen, genel düzeni korumaya yönelik müeyyideler iken; disiplin cezaları, sadece belirli bir statüye veya gruba dahil olan öğrenci, memur gibi belirli kimselere uygulanan ve idarenin kendi işleyişini ve iç düzenini korumaya yönelik müeyyidelerdir.<sup>4</sup> Buna karşın disiplin cezalarının ceza hukuku anlamındaki cezalara nazaran daha hafif olduğu kanısı, doğrudukları önemli sonuçlar göz önüne alındığında her zaman doğru sayılmaz.<sup>5</sup> Bir statüye dahil olmanın mahiyeti gereği, idarenin sahip olduğu bireyler üzerinde idari müeyyide (ve bu bağlamda disiplin cezası) uygulama yetkisi, idare ile olan ilişkilerden kaynaklanır ve belirli özel yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde kullanılabilir.<sup>6</sup>

- 1 Bkz. TULKENS, Françoise: “The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights”, *Journal of International Criminal Justice* (2011), Cilt 9, ss. 577-595, özl. s. 578 vd.
- 2 OĞURLU, Yücel: “Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu “Ne Bis İn İdem” Kuralı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (2003), Cilt 52, Sayı 2, ss. 101-124, s. 101-102. Benzer yönde bkz. TOROSLU, Haluk: *Ceza Müeyyidesi*, Ankara 2010, s. 18. Disiplin hukukunda da giderek kanunilik ilkesinin yerleşmeye başladığı; ancak hala mutlak biçimde uygulanmadığına dair bkz. CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayıncılık, Ankara 2020, s. 562.
- 3 ÖZAY, İl Han: *İdari Yaptırımlar*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1985, 43. Disiplin cezaları ile ceza hukuku anlamındaki cezalar arasındaki farklar için yırca bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 562-563.
- 4 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 562; TOROSLU, H., s. 17; GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut: *İdare Hukuku*, Ankara 2006, 977.
- 5 Bkz. AİHM, Engel v. Netherlands, 08.06.1976, [- 6 ZANOBINI, Guido: \*İdari Müeyyideler\* \(Çev. H. Yılmaz Günel\), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1964, s. 18. Aynı yönde olmak üzere, disiplin müeyyidelerinin belirli bir gruba dahil olan kimselerin, davranışlarını düzenleyen kurallara uymalarını sağlamaya yönelik müeyyideler oldukları hakkında bkz. AİHM, Weber](https://hudoc.echr.coe.int/tur#%22fulltext%22:%22engels%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%222001-7479%22}}, 2020; AİHM, Albert and Le Comptev. Belgium, 10.02.1983, <a href=)

İşte yükseköğretim kurumu öğrencileri de bu kapsamda yer almaktadır. Nitekim yükseköğretim kurumunun iç çalışma düzenini, başka bir deyişle idari düzenini korumak ve yürütülen hizmetin düzgün işlenmesini sağlamak amacıyla, yükseköğretim kurumu yönetimlerinde bu kurumdan hizmet alanlar, yani öğrenciler hakkında disiplin cezaları uygulanmaktadır.<sup>7</sup> Anayasanın “Yükseköğretim Kurumları” başlığını taşıyan 130/9. maddesinde “disiplin ve ceza işleri”nin kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Bu kapsamda 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu (2547 sayılı Kanun) m. 54’te yükseköğretim kurumu öğrencilerinin disiplin yönünden soruşturulmalarına ilişkin hususlarla, haklarında verilecek disiplin cezaları düzenlenmiştir. Ancak söz konusu hükmün genel çerçeveyi çizmekle yetindiği görülmektedir. Bu kapsamda 2547 sayılı Kanun m. 54 ile “Yönetmelikler” başlıklı m. 65-a’nın (9) numaralı düzenlemesine dayanılarak ‘Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği’ (Yönetmelik) çıkarılmıştır.<sup>8</sup> Nitekim 2547 sayılı Kanun m. 65’te “öğrencilerin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri ve disiplin kurullarının teşkili ve çalışması ile ilgili hususlar”ın “Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenle”neceği öngörülmüştür.

Yönetmelik toplamda beş bölümden oluşmaktadır. Birinci Bölüm’de amaç, kapsam, dayanak ve tanımlar; İkinci Bölüm’de disiplin cezaları ve disiplin cezalarını gerektiren disiplin suçları; Üçüncü Bölüm’de disiplin soruşturması; Dördüncü Bölüm’de uygulama ve itiraz düzenlenmektedir. “Çeşitli ve Son Hükümler” başlıklı Beşinci Bölüm’de ise, tebligat ve adres bildirmeye, dosya teslimine, yazışma şekline ve Yönetmeliğin yürürlüğüne ilişkin maddeler yer almaktadır.

Yönetmelik m. 1 uyarınca Yönetmelik “yükseköğretim kurumları öğrencilerine verilecek disiplin cezaları ile soruşturma usul ve esaslarını” düzenlemek amacıyla çıkarılmış olup, “yükseköğretim kurumlarındaki tüm öğrencileri” kapsamaktadır. Yönetmelik m. 3-a’ya göre öğrenci “yükseköğretim kurumlarında önlisans, lisans, yüksek lisans, doktora, tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlilik öğrenimi gören kişiler”i ifade etmektedir. Ancak uygulamada yükseköğretim kurumu öğrencilerinin disiplin yönünden soruşturulmaları ve haklarında verilecek disiplin cezaları bakımından hukuki sorunların varlığı göze çarpmaktadır. Bu çalışmada, 2547 sayılı Kanun m. 54 ile Yönetmelik hükümleri dikkate alınmak suretiyle söz konusu sorunlarla ilgili bazı değerlendirmelerde bulunulacaktır.

## I. 2547 SAYILI KANUN’DA DÜZENLENEN ÖĞRENCİ DİSİPLİN SUÇLARI VE CEZALARI

Yükseköğretim Kurumu öğrencilerinin disiplin cezasını gerektiren fiilleri 2547 sayılı Kanun m. 54-a’da sayılmıştır. Buna göre öğrenci disiplin suçları “yükseköğretim öğrenciliği sıfatına, onur ve şerefine aykırı hareket”te bulunmak; “öğrenme ve öğretme hürriyetini, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak” kısıtlamak; “kurumların sükun, huzur ve çalışma düzenini bozan, boykot, işgal ve

v. Switzerland, 29.06.2006, <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-76586%22>}, 2020.

7 ULUSOY, Ali: İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 169.

8 28388 sayılı ve 18.08.2012 tarihli Resmî Gazete. Yönetmelik m. 30 ile 18634 sayılı ve 13.01.1985 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak kendisi yürürlüğe girinceye kadar yürürlükte olan ‘Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği’ni yürürlükten kaldırılmıştır (Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu (DİDDGK) 2014/843 E. 3.11.2014 T. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 2020).

engelleme gibi eylemlere” katılmak; “bunları teşvik ve tahrik” etmek; “yükseköğretim mensuplarının şeref ve haysiyetine veya şahıslarına tecavüz eden veya saygı dışı davranışlarda” bulunmak ve “anarşik veya ideolojik olaylara” katılmak “veya bu olayları tahrik ve teşvik” etmekten ibarettir.

Söz konusu fiiller “başka bir suçu oluştursa bile” bu fiilleri gerçekleştiren öğrenciler hakkında ayrıca “uyarma”, “kınama”, “bir haftadan bir aya kadar veya bir veya iki yarıyl için kurumdan uzaklaştırma” ya da “yükseköğretim kurumundan çıkarma cezaları”nın verileceği öngörülmüştür. Gerçekten de hukuka aykırı bir fiilin birden fazla yaptırımla karşılanması mümkündür ve bunun en tipik örneğini disiplin cezaları oluşturmaktadır. Söz konusu durum bu iki tür cezanın birbirinden ayrı olduğunu da göstermektedir.<sup>9</sup> 2547 sayılı Kanun’da başka bir suçu oluşturması halinde ayrıca disiplin cezasının da verileceğinin öngörülmesi, kanunkoyucunun bu durumu ‘ne bis in idem ilkesi’ne aykırı görmediği şeklinde yorumlanmıştır.<sup>10</sup>

2547 sayılı Kanun m. 54’teki disiplin cezalarına ilişkin sayma, sınırlı sayma niteliğindedir ve öğrenci disiplin suçları karşılığında bu ceza türleri dışında bir cezanın uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla burada sayılan cezalar dışında bir cezanın soruşturmacılar tarafından verilmesi mümkün olmadığı gibi, yönetmelikle öngörülmesi de söz konusu olamaz.

Disiplin hukukunda disiplin cezaları bakımından kanunilik ilkesi benimsenmiş olmasına karşın aynı şeyin disiplin suçları için söylenmesi mümkün değildir. Nitekim Yönetmeliğin “Öngörülmemiş Disiplin Suçları” başlığını taşıyan 10. maddesinde “uyarma ve kınama cezası verilmesini gerektiren” disiplin suçlarına “nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer” fiilleri gerçekleştirenler hakkında hangisine benziyorsa ona göre “uyarma” ya da “kınama” cezasının verileceği öngörülmekle kıyasa izin verilmiş olmaktadır.<sup>11</sup>

Mülga Yönetmeliğin aynı başlıklı 11. maddesi ise, yalnızca uyarma ve kınama cezası gerektiren disiplin suçları bakımından değil, yükseköğretim kurumu öğrencileri hakkında uygulanması mümkün olan tüm disiplin suçları bakımından kıyası mümkün kılıştı. Bu açıdan yürürlükteki Yönetmelik bir ilerlemeyi ifade etse de bunun yeterli olmadığı da belirtilmelidir.

Disiplin suçu oluşturan fiillerin açık ceza normu şeklinde düzenlendiği hatta genellikle yönetmelikle belirlenmelerinin olağan bir uygulama haline geldiği görülmektedir. Bu durum çoğunlukla pratik gereklerle izah edilmeye çalışılmakta, öğrenciler hakkında disiplin cezası verilmesini gerektiren her bir fiilin kanunla düzenlenmesinin fiilen mümkün olmadığı belirtilmektedir.<sup>12</sup> Bu uygulamanın yerinde olmaması bir yana, 2547 sayılı Kanun m. 54-’nın bir açık ceza normu niteliği dahi taşımadığı belirtilmelidir. Zira söz konusu hükümde disiplin suçu teşkil eden bazı fiiller belirtilmekle beraber, hangi fiile hangi cezanın uygulanacağı belirlenmemekte; disiplin suçu teşkil eden fiiller ile bunların karşılığı olacak cezalar peş peşe sıralanmakta, ancak birebir eşleştirilmemektedir. Dolayısıyla anılan madde bir çerçeve hüküm bile sayılmaz. Ayrıca maddede ne tür fiillerin disiplin suçu sayılabileceğine

9 DERBİL, Süheyp: İdare Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1955, 398.

10 OĞURLU, s. 101 vd.

11 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 563.

12 ULUSOY, s. 170.

dair bir çerçeve tanımdan ziyade suçların adları belirtilip geçilmiştir. Bunun ise kanunilik ilkesine aykırı olduğu açıktır. Bu haliyle öğrencilerin hangi fiillerinin disiplin suçu oluşturacağı son derece belirsiz ve tamamen yoruma açıktır. Dolayısıyla olaydan olaya ve kişiden kişiye değişen uygulamalara yol açacak niteliktedir. Bu durumda söz konusu hüküm her bir soruşturmacı tarafından farklı biçimde yorumlanabilecek ve dolayısıyla benzer olaylara ilişkin farklı ve çelişkili kararlar ortaya çıkabilecektir. Buna bir de hukuk fakülteleri dışındaki yükseköğretim kurumlarında soruşturmaların hukukçu olmayan kişiler tarafından yapılması eklenildiğinde, durum daha da vahim bir hal alabilecek niteliktedir.

Anayasa Mahkemesi (AYM), 2547 sayılı Kanun'un söz konusu hükmüyle benzer nitelik taşıyan "Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu" m. 3'ün "...katılmakla yükümlü olduğu hizmet içi eğitim programlarına uymayan veya bu programlarda başarılı olamayan sağlık personeline; kamu kuruluşunda çalışanlar için ilgili Bakanlığın, serbest çalışanlar için kayıtlı olduğu kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının görüşü alınmak suretiyle Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığınca geçici veya daimî meslekten uzaklaştırma cezası verilir." şeklindeki (h) bendi bakımından "hizmet içi eğitim programına uymamak" fiilinin içeriğinin belirsiz olduğuna ve cezalardan hangisinin hangi durumda verileceğine ilişkin bir belirlemeye gidilmesi konusunda yönetime oldukça geniş bir takdir yetkisi verildiği anlamına geldiğine, bunun Anayasa'nın "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri"nin "ancak kanunla konu"labileceğine ilişkin 38. maddesinin 3. fıkrasına aykırılık oluşturduğuna ve bu nedenle de iptaline karar vermiştir.<sup>13</sup>

AYM, 2547 sayılı Kanun'un inceleme konusu hükmüne paralel nitelikteki m. 53-b'nin son iki cümlesiyle ilgili olarak da Anayasa'ya aykırı olduğuna ve bu nedenle de iptaline karar vermiştir.<sup>14</sup> 2547 sayılı Kanun m. 53-b'nin iptal edilen son iki cümlesi şu şekildedir: "Öğretim elemanları, memur ve diğer personele uygulanabilecek disiplin cezaları uyarı, kınama, yönetim görevinden ayırma, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezalarıdır. Hangi fiillere hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir."

Söz konusu hükme ilişkin iptal gerekçesinde, Anayasa m. 38'deki suç ve cezaların kanuniliği ilkesine ve suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin şekli bakımından kanun biçiminde çıkarılmasının yeterli olmayıp kanunun metninin, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmalarının da gerektiğine vurgu yapılmıştır. Anayasa m. 128/2 uyarınca "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir." Anayasa m. 130/9'da ise, disiplin ve ceza işlerinin kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Dava konusu kural ile düzenlenmesi öngörülen hususlar, hangi fiillerin hangi disiplin cezalarını gerektireceği, bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri gibi konuları içermektedir. Söz konusu disiplin işlemleri,

13 AYM, 1987/16 E. 1988/8 K. 19.4.1988 T. 19908 sayılı 23.08.1988 tarihli Resmî Gazete.

14 29319 sayılı 7.4.2015 tarihli Resmî Gazete.

Anayasa'nın yukarıda yer alan hükümleri gereğince kanunla düzenlenmesi öngörülen hususlardır. Bu hâliyle öğretim elemanları, memurlar ve diğer personel için getirilmiş herhangi bir kanuni güvence bulunmadığı gibi yasal olarak belirlilik de sağlanmamıştır. Disiplin uygulamaları ile ilgili olarak genel ilkeleri ortaya koymayan, disiplin cezalarını gerektiren hâl ve durumları belirlemeyen, kapsama dâhil personelin disiplin işlemlerine dair usul ve esasları kanunda göstermeyerek, tüm bu işlemlerin Yükseköğretim Kurulunca düzenlenmesini öngören dava konusu kural, AYM tarafından Anayasa m. 38., 128. ve 130'a aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir.<sup>15</sup>

AYM'nin olası bir Anayasa'ya aykırılık iddiası halinde, benzer bir yorumla, 2547 sayılı Kanun m. 54'ün de iptaline karar vermesi kuvvetle muhtemeldir. Ayrıca AYM'nin bu son kararında Anayasa m. 130'a aykırılıktan bahsetmesi ve disiplin suç ve cezaları bakımından kanunilik ilkesini vurgulaması ayrı bir öneme sahiptir. Gerçekten de 2547 sayılı Kanun m. 54-a, Anayasa m. 38 ve 130'a aykırıdır ve bu nedenle iptali gerekir. Zira Anayasa'nın disiplin ve ceza işlerinin kanunla düzenleneceğini öngören 130-9 maddesinin kapsamına yalnızca "öğretim elemanları, memur ve diğer personel" değil, aynı zamanda 'yükseköğretim kurumu öğrencileri' de dahildir. Ayrıca AYM'nin kararında isabetle belirttiği üzere, disiplin suç ve cezaları bakımından da kanunilik ilkesi geçerli olmalıdır.

Bununla beraber maalesef DİDDGK'nin içtihadı, 2547 sayılı Kanun'un "hem hangi eylemlerin disiplin suçunu oluşturacağını hem de hangi cezaların verilebileceğini saymak suretiyle genel bir çerçeve çizdiği"<sup>16</sup>; Yönetmelik maddelerinde öngörülen disiplin suç ve cezalarının, 2547 Sayılı Kanun m. 54'te belirlenen genel çerçeve içerisinde kaldığı, ölçülülük ilkesi ve üst hukuk normlarına aykırı olmadığı yönündedir.<sup>17</sup>

2547 sayılı Kanun m. 54-a uyarınca sadece yükseköğretim kurumları içinde gerçekleştirilen fiiller değil, yükseköğretim kurumu dışında gerçekleştirilen fiiller de disiplin suçu oluşturabilecektir. Buna göre (a) bendi kapsamında sayılabilecek fiillerden biri, yüksek öğretim kurumu dışında gerçekleştirilmiş olsa dahi, söz konusu fiili gerçekleştiren öğrenciye disiplin cezası uygulanabilecektir. Ancak bu durum, disiplin hukukunun mahiyetiyle bağdaşmamaktadır. Zira disiplin hukuku bir kurumun iç düzenini bozmaya yönelik davranışlar bakımından uygulama alanı bulmaktadır<sup>18</sup> ve öğrencinin yükseköğretim kurumu dışında gerçekleştirdiği her fiilin yükseköğretim kurumunun disiplinini bozduğu söylenemez. Dolayısıyla bir lisans öğrencisinin yükseköğretim kurumu dışında gerçekleştirdiği bir davranış nedeniyle hakkında disiplin soruşturması yürütülerek ceza verilmesi yerinde değildir. Buna göre, örneğin bir lisans öğrencisi yükseköğretim kurumu dışında, öğrenci olmayan bir kimseye karşı, cinsel saldırı suçunun basit şeklini gerçekleştirdiğinde, hakkında Yönetmeliğin "yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasını gerektiren disiplin suçları" başlığını taşıyan 9. maddesinin, "kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunmak suretiyle cinsel dokunulmazlıklarını ihlal etmek" şeklindeki (ç) bendi hükmü uygulanacaktır. Anılan hükümde bu disiplin suçunu oluşturan davranışın yükseköğretim kurumu içinde ya da dışında gerçekleştirilmesi

15 29319 sayılı 7.4.2015 tarihli Resmî Gazete.

16 DİDDGK 2014/843 E. 3.11.2014 T. www.kazanci.com, 2020.

17 DİDDGK 2016/4019 E. 2017/1660 K. 19.4.2017 T. www.kazanci.com, 2020.

18 YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

arasında ayırım gözetilmemiştir. Halbuki bu öğrenci hakkında gerçekleştirdiği fiil nedeniyle zaten 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) “cinsel saldırı” başlıklı 102. maddesinin 1. fıkrası nedeniyle ceza soruşturması ve kovuşturması gerçekleştirilecektir. Yönetmelik m. 7/1 – (ç), 8/1~(ç) ve (e)'de öngörülen eylemlerin yükseköğretim kurumu dışında işlenmesi durumunun disiplin suçunu oluşturmamasının hukuka aykırı olduğu ileri sürülen davada DİDDGK 2547 sayılı Kanun m. 54-’daki düzenlemede, disiplin suçunu oluşturan eylemlerin yükseköğretim kurumları içinde veya dışında işlenmesi arasında bir fark bulunmamakla birlikte, uygulamada karşılaşılan sorunlardan yola çıkılarak anılan fiillerin sadece yükseköğretim kurumu içerisinde işlenmesi durumunun cezalandırılmasını öngören ve öğrencilerin lehine olan bu düzenlemeleri hukuka aykırı görmemiştir.<sup>19</sup>

Söz konusu kararın mefhumu muhalifinden örneğin Yönetmelik m. 9-’nın DİDDGK’nin önüne götürülmesi halinde Kurul’un bu hükmü hukuka aykırı görmeyeceği öngörülebilir. Ancak az evvel verilen cinsel saldırı suçu örneği bakımından öğrencinin yükseköğretim kurumunun iç düzenini bozduğundan bahsedilemez. Özellikle de Anayasa’da öngörülen ve temel bir hak olan “eğitim ve öğretim” hakkına ölçsüz bir müdahale söz konusu olmaması için 2547 sayılı Kanun m. 54’te yapılacak bir değişiklikle disiplin suçlarının Yükseköğretim Kurumu içinde gerçekleştirilecek davranışlar ve dışarda yapılmakla birlikte yükseköğretim kurumunun düzenini bozan davranışlar ile sınırlandırılması daha doğru olacaktır. Böylece örneğin bir lisans öğrencisinin yükseköğretim kurumu dışında hocasını tehdit etmesi gibi, dışarda gerçekleştirilse dahi kurumunun iç düzenini ve disiplinini bozucu fiiller de kapsam dışında kalmamış olacaktır. Nitekim Danıştay “davacının okulda meydana gelen kopya olayını okul dışına taşıyarak arkadaşının evine gittiği ve fiili tecavüzde bulunmasının disiplin cezasıyla cezalandırılması hukuka aykırı görülmemiştir.”<sup>20</sup>

## II. YÖNETMELİKTE DÜZENLENEN ÖĞRENCİ DISİPLİN SUÇ VE CEZALARI

### A. GENEL OLARAK

Öğrenciler hakkında uygulanması mümkün olan disiplin cezaları, Yönetmeliğin “Disiplin Cezaları ve Disiplin Cezalarını Gerektiren Disiplin Suçları” başlıklı “İkinci Bölüm”ünde düzenlenmektedir. Buna göre, öğrenci disiplin cezaları, 2547 sayılı Kanun m. 54 esas alınmak suretiyle, 4 ila 9. maddelerde düzenlenmektedir. Yönetmelik m. 3’te ise, bu cezalar tanımlanmaktadır. Ancak söz konusu tanımlama gelişigüzel ve özensiz biçimde yapılmıştır.<sup>21</sup> Nitekim bu cezaların mantık kuralları gereği en hafifinden en ağırına doğru sıralanması gerekirken bu sıralamaya uyulmamıştır. Yönetmelik m. 3’teki sıralama, “kınama”, “uyarma”, “yükseköğretim kurumundan bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma”, “yükseköğretim kurumundan bir yarıyıl için uzaklaştırma”, “yükseköğretim kurumundan çıkarma”, “yükseköğretim kurumundan iki yarıyıl için uzaklaştırma” şeklindedir.

19 2016/4019 E. 2017/1660 K. 19.4.2017 T. www.kazanci.com 2020.

20 Danıştay 8. Dairesi 1998/4045 E. 1998/4564 K. 24.12.1998 www.kazanci.com 2020.

21 ARPACIOĞLU, Işıl Tüzün/ MORGÜL: Şükran, “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Hukukuna 18.08.2012 Tarih ve 28388 Sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanarak Yürürlüğe Giren Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği ile Getirilen Yenilikler Üzerine Bir Değerlendirme”, *Electronic Journal of Vocational Colleges* (2013), Aralık UMYOS Özel Sayı, 79-86, s. 79.

Yönetmelik m. 23 “disiplin cezası verilirken dikkat edilecek hususlar”ı düzenlemektedir. Buna göre, “disiplin cezalarını vermeye yetkili amirler ile disiplin kurulları bu cezalardan birini verirken, disiplin suçunu oluşturan eylemlerin ağırlığını, soruşturulan öğrencinin daha önce bir disiplin cezası alıp almadığını, davranış, tavır ve hareketlerini, işlediği fiil ve yaptığı hareket dolayısıyla pişmanlık duyup duymadığını dikkate alırlar”. Ancak bu hükümden ne anlaşılması gerektiği belirsizdir ve mutlaka açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Her ne kadar uygulamada, bu maddenin bir alt disiplin cezasının uygulanması şeklinde hayata geçtiği görülmekteyse de hükümden bunun bir alt cezaya çevrilmesi ve hatta illa ki cezanın indirilmesinin gerektiği anlaşılmamaktadır. Bu kapsamda örneğin “yükseköğretim kurumundan bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma cezasını gerektiren disiplin suçları”ndan birinin öğrenci tarafından işlenmesi halinde, işlenen bu suçun ağırlığı dikkate alınarak öğrenci hakkında bir aylık bir uzaklaştırma cezasının uygulanmasına karar verilmesi; ancak öğrencinin duyduğu pişmanlık nedeniyle bu cezanın bir haftaya düşürülmesinin mümkün olması gerekmesine karşın, uygulamada bir alt ceza verilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Mülga Yönetmeliğin bu maddeye karşılık gelen 30. maddesinde de bunun bir alt ceza olması gerektiği belirtilmemesine rağmen uygulamada bir alt ceza verilmekteydi. DİDDGK davacının disiplin dışı fiil ve hareketlerinin sabit olduğu olayda “eyleminin amacı, niteliği ve ağırlığı dikkate alındığında davacı hakkında Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği’nin bir alt ceza verilmesi konusunu düzenleyen 30. maddesinin uygulanamayacağı”na hükmetmişti.<sup>22</sup> Yine bir başka kararında Danıştay, fakülte yönetim kurulunca da disiplin cezası verilirken öğrencinin daha önce hiç ceza almamış olması hali de dikkate alındığı halde bir alt ceza uygulamasına gidilmeyerek cezanın alt sınırının verildiği olayda disiplin hukukunda bir alt ceza uygulamasının anlamının, eylemin karşılığı olan cezanın alt sınırı değil bir alt ceza türü olduğunu kabul etmiştir.<sup>23</sup>

Yönetmelik m. 23’te açıkça bir alt ceza verilmesinden bahsedilmemesi karşısında örneğin “yükseköğretim kurumundan çıkarma” cezasını gerektiren bir fiil nedeniyle disiplin amirinin lafzi yorum yapmak suretiyle sırf bu maddeyi uygulayarak öğrenci hakkında hiç ceza vermemesi ya da yalnızca “uyarma” cezası vermesi mümkün hale gelmektedir. Öğrenciye hiçbir ceza verilmemesi halinde işin doğası gereği öğrencinin bu işleme itiraz etmesi ya da doğrudan işleme karşı iptal davası açması beklenemez. Hatta iptal davası açılrsa dahi, idare mahkemesi öğrencinin lehine görerek bu hükmü iptal etmeyebilir. Bu durumda bu hükmün uygulanması bakımından öğrenciler arasında farklı ve keyfi uygulamalar söz konusu olabilecek; dolayısıyla Anayasa’nın 10. maddesinde öngörülen “kanun önünde eşitlik” ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Zira disiplin cezalarının haklarında uygulandıkları kişiler bakımından eşit şekilde uygulanması gereklidir.<sup>24</sup> Bu nedenle uygulamada benimsenen bir alt cezanın verilmesinin açıkça hükümde öngörülmesi gereklidir.

22 DİDDGK 2004/2534 E. 2007/2426 K. 29.11.2007 T. www.kazanci.com 2020.

23 Danıştay 8. Dairesi 1996/1016 E. 1998/810 K. 5.3.1998 T. emsal.danistay.uyap.gov.tr, 2021.

24 GÜNAL, Yılmaz: “Disiplin Cezaları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* (1958), Cilt 13, Sayı 2, ss. 190-211, s. 196.



## **B. UYARMA CEZASI GEREKTİREN DİSİPLİN SUÇLARI**

“Uyarma” cezası Yönetmelik m. 3-c’de “öğrencinin, öğrencilikle ilgili davranışlarında daha dikkatli olması gerektiği hususunda yazılı olarak ikaz edilmesi” şeklinde tanımlanmıştır. Eğer yazılı uyarı yapılmış ancak yazının içeriğinde açıkça “uyarma cezası” olduğu belirtilmemişse, bu yazının öğrencinin özlük dosyasına konması ve menfaatini zedelemesi ihtimaline binaen, bunun icrai bir idari işlem olarak görülmesi ve “uyarma cezası”nın sebep unsuru açısından denetimin yapılmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir.<sup>25</sup> Nitekim 2547 sayılı Kanun m. 54-d’de disiplin cezalarının, ilgili öğrenciye yazı ile bildirilmesi öngörülmüştür.

Yönetmelik m. 4’te “uyarma” cezasını gerektiren disiplin suçları 3 bent halinde sayılmıştır:

- a) Yükseköğretim kurumu yetkililerince sorulan hususları haklı bir sebep olmadan zamanında cevaplandırmamak,
- b) Yükseköğretim kurumu yetkililerince tesbit edilen yerler dışında ilan asmak,
- c) Yükseköğretim kurumunun izniyle asılmış duyuruları, program ve benzerlerini koparmak, yırtmak, değiştirmek, karalamak veya kirletmek”

Söz konusu madde incelendiğinde pek çok problem göze çarpmaktadır. Öncelikle Yönetmelik m. 4-a’da öngörülen “yükseköğretim kurumu yetkilileri”nin kim ya da kimler olduğu belli değildir. Buna göre yükseköğretim kurumunda yetkili kılınan tüm personelin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği belirsizdir. Mevcut haliyle düzenlemenin kapsamı aşırı geniş ve belirsizdir. Bununla beraber, Yönetmelik m. 9-a’da “yükseköğretim kurumu görevlilerine karşı cebir ve şiddet kullanarak görevin yapılmasına engel olma”nın ayrı bir disiplin suçu olarak öngörülmesi karşısında ‘yetkili’ ve ‘görevli’ kavramlarının aynı şeyi ifade etmediği söylenmelidir. Ayrıca burada yetkililerce “sorulan hususlar”dan bahsedilmekte; ancak bu hususların neyle ilgili olduğuna ilişkin bir belirleme yapılmamaktadır. Bu ise, hükmün geniş ve keyfi biçimde uygulanmasına yol açacak niteliktedir. Bununla beraber burada amaçsal yorum yapılarak bunların her türlü husus değil, cevaplandırılmaması kurumun iç düzenini bozacak hususlar olduğu kabul edilmelidir. “Zamanında cevaplandırmamak” ibaresi de açık değildir. Bu koşulun ne zaman gerçekleşmiş sayılacağına dair ölçütlere yer verilmelidir.

Yönetmelik m. 4-b de belirsiz ve farklı uygulamalara yol açabilecek niteliktedir. Yükseköğretim kurumu yetkililerinin belirledikleri yerler dışında asılacak her türlü ilan bu kapsamda değerlendirilmeye müsaittir. Ancak burada da amaçsal yorum yapılmalı ve kurumun iç düzenini ve disiplinini bozmaya elverişli olmayan ilanlar bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Örneğin bir öğrencinin ev arkadaşı aradığına ilişkin yükseköğretim kurumunun girişinde bir ağca ya da duvara ilan asmaları bu kapsamda düşünülmemelidir.

25 ULUSOY, s. 158-160.

### C. KINAMA CEZASI GEREKTİREN DİSİPLİN SUÇLARI

Yönetmelik m. 3-b'ye göre “Kınama” cezası “öğrenciye öğrencilikle ilgili kusurlu davranışlarından dolayı kınandığının yazılı olarak bildirilmesi”dir. Kınama cezasını gerektiren disiplin suçları ise Yönetmelik m. 5'te beş bent halinde sayılmıştır:

- a) Yükseköğretim kurumu yetkililerince istenilen bilgileri eksik veya yanlış bildirmek,
- b) Ders, seminer, uygulama, laboratuvar, atölye çalışması, bilimsel toplantı ve konferans gibi çalışmaların düzenini bozmak,
- c) Yükseköğretim kurumu içinde izinsiz olarak bildiri dağıtmak, afiş ve pankart asmak,
- ç) Yükseköğretim kurumunca asılmış duyuruları, program ve benzerlerini koparmak, yırtmak, değiştirmek, karalamak veya kirletmek,
- d) Sınavlarda kopyaya teşebbüs etmek.”

Bu hükme bakıldığında da bazı sorunların varlığı göze çarpmaktadır. Nitekim Yönetmelik m. 4-a kapsamında “uyarma” cezası bakımından belirtilen sakıncalar Yönetmelik m. 5-a için de geçerlidir. Burada da “yükseköğretim kurumu yetkilileri”nin kim ya da kimler olduğu belli olmadığı gibi, “istenilen bilgi”den ne anlaşılması gerektiği de açık değildir. Ancak söz konusu bilgi, yüksek öğretim kurumunun disiplin ve idaresi bakımından gerekli olan ve eksik ve yanlış bildirilmesinde bu açıdan sakınca bulunan bilgi olarak anlaşılmalıdır.

Yönetmelik m. 5-c'nin ilk hali “yükseköğretim kurumu içinde izinsiz afiş ve pankart asmak” şeklindeydi. Ancak “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”in 7.11.2013 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte mevcut halini almıştır.<sup>26</sup> Bu kapsamda “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”in iptali istemiyle dava açılmış, Danıştay “yükseköğretim kurumu içinde izinsiz olarak bildiri dağıtmak” şeklinde öngörülen disiplin suçunun “Anayasaya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) hükümlerine aykırı” olduğuna, nitekim bu suçla “düşünce ve ifade özgürlüğü”nü bağdaştırmanın mümkün olmadığına hükmetmiştir.<sup>27</sup> Ayrıca Danıştay 8. Dairesi haklı olarak düşünce ve ifade özgürlüğüne getirilen bu sınırlandırmanın kanunla değil de Yönetmelikle gerçekleştirilmesine ve bildiri dağıtmanın idarenin iznine bağlanmak suretiyle keyfi uygulamalara neden olabileceğine vurgu yapmıştır. Bu kapsamda Danıştay 8. Dairesince söz konusu hükümlerle ilgili olarak yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir. Daha sonra yürütmenin durdurulması kararına ilişkin itiraz reddedilmişse de DİDDGK, Danıştay 8. Dairesi'nin düşünce ve ifade özgürlüğüne getirilen bu sınırlandırmanın kanunla değil de Yönetmelikle gerçekleştirilmesinin hukuka aykırı olduğu yönündeki görüşünü eleştirmiş ve 2547 sayılı Kanun m. 54 ve m. 65/9-a ile genel çerçevesi çizilen disiplin suçlarının içeriğinin Yönetmelikle doldurulmasının mümkün

26 28814 sayılı Resmî Gazete.

27 Danıştay 8. Dairesi ise 2013/11920 E. ve 30.4.2014 T. www.kazanci.com 2020.

olduğuna hükmetmiştir. Böylelikle DİDDGK bir kez daha temel hak ve özgürlüklerden yana karar verme fırsatını kaçırmıştır.

Yönetmelik m. 5-d'de yer alan “sınavlarda kopyaya teşebbüs etmek” şeklindeki tanım da sorunludur. Aslında olması gereken, “sınavda kopyaya teşebbüs etmek”tir. Hükümün sadece lafzı esas alındığında tek bir sınavda kopyaya teşebbüs edilmesi halinde disiplin cezasının uygulanmaması gerekecektir. Aynı sorunlu ifade, Yönetmelik m. 7-e ve 8-d'de de kullanılmıştır. Söz konusu ifadeyle ilgili bir başka sorun da bir öğrencinin aynı sınav döneminde yahut aynı gün birden fazla sınavda kopya çekmesi halinde hakkında tek bir cezanın mı verileceği yoksa tekerrür hükümlerinin mi uygulanacağı konusundaki belirsizliktir.

#### ***D. YÜKSEKÖĞRETİM KURUMUNDAN UZAKLAŞTIRMA CEZALARINI GEREKTİREN DİSİPLİN SUÇLARI***

Yönetmelikte ilki, “bir haftadan bir aya kadar”, ikincisi “bir yarıyıl için”, üçüncüsü ise “iki yarıyıl için” olmak üzere üç türlü “yükseköğretim kurumundan uzaklaştırma ceza”sı öngörülmüştür. “Yükseköğretim kurumundan bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma” cezası Yönetmelik m. 3-d uyarınca “öğrenciye, yükseköğretim kurumundan bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırıldığı ve bu süre içerisinde derslere ve sınavlara katılamayacağını yazı ile bildirilmesi”dir. Yönetmelik m. 6'da bu disiplin cezasını gerektiren disiplin suçları yedi bent halinde sayılmıştır:

- a) Öğrenme ve öğretme hürriyetini engelleyici veya yükseköğretim kurumlarının işleyiş ve huzurunu bozucu eylemlerde bulunmak,
- b) Disiplin soruşturmalarının sağlıklı bir şekilde yürütülmesini engellemek,
- c) Yükseköğretim kurumundan aldığı kendine hak sağlayan bir belgeyi başkasına vererek kullanmak veya başkasına ait bir belgeyi kullanmak,
- ç) Yükseköğretim kurumunda kişilerin şeref ve haysiyetini zedeleyen sözlü veya yazılı eylemlerde bulunmak,
- d) Yükseköğretim kurumu personelinin, kurum içinde ya da dışında, şeref ve haysiyetini zedeleyen sözlü veya yazılı eylemlerde bulunmak,
- e) Yükseköğretim kurumunda alkollü içki içmek,
- f) Yükseköğretim kurumuna ait kapalı ve açık mahallerde yetkililerden izin almadan toplantılar düzenlemek.”

“Ders, seminer, uygulama, laboratuvar, atölye çalışması, bilimsel toplantı ve konferans gibi çalışmaların düzenini bozma”nın Yönetmelik m. 5-b'de kınama cezasını gerektiren bir disiplin suçu olarak düzenlendiği belirtilmişti. Yönetmelik m. 6-a'ya göreyse “... yükseköğretim kurumlarının işleyiş ve huzurunu bozucu eylemlerde bulunmak” “yükseköğretim kurumundan bir haftadan

bir aya kadar uzaklaştırma cezası”nı gerektirmektedir. Ancak bu iki hükmün birbirinden nasıl ayrılacağını gösteren ölçütlerin bulunmadığı görülmektedir. Bu nedenle aynı olayın hem m. 5 hem de m. 6 kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Dolayısıyla belirli bir fiil bir soruşturmacı tarafından m. 5 kapsamında değerlendirilirken, başka bir soruşturmacı tarafından m. 6 kapsamında değerlendirilmeye müsaittir.

Yönetmelik m. 6-f’de yer alan “yükseköğretim kurumuna ait kapalı ve açık mahallerde yetkililerden izin almadan toplantılar düzenlemek” hükmü de bazı sorunları barındırmaktadır. Zira lafzi yorum yapıldığı takdirde örneğin, on öğrencinin kantinde bir araya gelerek okudukları bir kitabı tartışmak adına ya da kampüsün bahçesinde AİHS’te ve Anayasa’da öngörülen ifade özgürlüğünü gerçekleştirmek amacıyla tümüyle barışçıl nitelikte bir dans gösterisi yapmak üzere toplanmaları halinde bu hüküm uygulama alanı bulabilecektir.

“Yükseköğretim kurumundan bir yarıyıl için uzaklaştırma” cezası, Yönetmelik m. 3-e’de “öğrenciye, yükseköğretim kurumundan bir yarıyıl uzaklaştırıldığı ve bu sürede öğrencilik haklarından yararlanamayacağı yazı ile bildirilmesi” şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmelik m. 7’deyse “yükseköğretim kurumundan bir yarıyıl için uzaklaştırma” cezasını gerektiren disiplin suçları sekiz bent halinde sayılmıştır:

- a) Yükseköğretim kurumu personeli ve öğrencilerini tehdit etmek,
- b) Yükseköğretim kurumlarında işgal ve benzeri fiillerle yükseköğretim kurumunun hizmetlerini engelleyici eylemlerde bulunmak,
- c) Kurum personeli ve öğrencilerine fiili saldırıda bulunmak,
- ç) Yükseköğretim kurumlarında hırsızlık yapmak,
- d) Yükseköğretim kurumu bünyesinde mevcut bina, demirbaş eşya ve benzeri malzemeyi tahrip etmek veya bilişim sistemine zarar vermek,
- e) Sınavlarda kopya çekmek veya çektirmek,
- f) Seminer, tez ve yayınlarında intihal yapmak.
- g) Yükseköğretim kurumundan uzaklaştırma cezası almış olmasına rağmen, bu karara uymamak.”

Yönetmelik m. 3-g uyarınca “Yükseköğretim kurumundan iki yarıyıl için uzaklaştırma” cezası, “öğrenciye, yükseköğretim kurumundan iki yarıyıl uzaklaştırıldığı ve bu sürede öğrencilik haklarından yararlanamayacağı yazı ile bildirilmesi” şeklinde tanımlanmıştır. Yönetmelik m. 8’deyse “yükseköğretim kurumundan iki yarıyıl için uzaklaştırma” cezasını gerektiren disiplin suçları dokuz bent halinde sayılmıştır:

- a) Yükseköğretim kurumu görevlilerine karşı cebir ve şiddet kullanarak görevin yapılmasına engel olmak,

- b) Öğrencilere karşı cebir ve şiddet kullanarak yükseköğretim hizmetlerinden yararlanmalarını engellemek,
- c) Bir kimseyi veya grubu, cebir veya tehditle suç sayılan bir eylemi düzenlemeye veya böyle bir eyleme katılmaya zorlamak,
- ç) Yükseköğretim kurumları içerisinde uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanmak, taşımak, bulundurmak,
- d) Sınavlarda tehditle kopya çekmek, kopya çeken öğrencilerin sınav salonundan çıkarılmasına engel olmak, kendi yerine başkasını sınava sokmak veya başkasının yerine sınava girmek,
- e) Yükseköğretim kurumlarında cinsel tacizde bulunmak,
- f) Yükseköğretim kurumlarında 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanuna aykırı olarak ateşli silahlarla mermilerini ve bıçaklarla saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel olarak yapılmış bulunan diğer aletleri, patlayıcı maddeleri taşımak ve bulundurmak,
- g) Yükseköğretim kurumunun bilişim sistemine girerek kendisine veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamak.
- ğ) Soruşturma ile görevlendirilenleri tehdit etmek.”

Söz konusu hükmün yürürlüğe girmesinin ardından 18.8.2012 tarihinde yürürlüğe giren “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”<sup>28</sup> m. 2 ile (c) bendine “suç sayılan eylemleri işlemek” ifadesi eklenmiştir. Ancak bu ifadenin düzenleyici bir işlemde bulunması gereken “açık ve belirgin” olma koşulunu taşınamaması ve bu belirsizliğin öğrencilerin eğitim ve öğrenim hakkı üzerinde doğurabileceği sonuç dikkate alındığında hukuka aykırı olduğu belirtilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir.<sup>29</sup> Sonrasındaysa Danıştay bu ifadeyi iptal etmiştir.<sup>30</sup>

“Yükseköğretim kurumundan bir haftadan bir aya kadar uzaklaştırma” cezası bakımından dönemlik ya da yıllık ders veren bir fakültede verilen bir aylık disiplin cezası neticesinde örneğin öğrencinin final ve bütünleme sınavlarına girememesi nedeniyle, bir anlamda söz konusu cezanın adeta yükseköğretim kurumundan dönemlik ders veren fakültelerden bir yarıyıl uzaklaştırma, yıllık ders veren fakülteler bakımındansa iki yarıyıl için uzaklaştırma cezası anlamına gelebilecek nitelikte sonuç doğurması mümkündür. Yine devamın zorunlu olduğu fakülteler bakımından öğrencinin devamsızlık yüzünden kalması nedeniyle de aynı yorumu yapmak mümkündür. Böylece söz konusu cezanın sonuç olarak bir üst ve hatta iki üst cezaya dönüşmesi şeklinde bir tehlikeyi bünyesinde barındırdığı belirtilmelidir.

28 28814 sayılı Resmî Gazete.

29 DİDDGK 2014/843 E. 3.11.2014 T. www.kazanci.com, 2020.

30 Danıştay 8. Dairesinin 2013/11920 E. 2018/7538 K. ve 29/11/2018 T. www.mevzuat.gov.tr 2020

Aynı sorun, “yükseköğretim kurumundan bir yarıyıl için uzaklaştırma” cezası bakımından da gündeme gelmektedir. Nitekim dönemlik ya da yıllık dersleri olan bir fakültede öğrenim gören bir öğrencinin ikinci yarıyılın başlangıcında bu cezayı alması öğrencinin okulunu iki yarıyıl uzatmasına neden olacaktır. Yıllık dersleri olan fakültedeki öğrencinin birinci yarıyılın başlangıcında bu cezayı alması halindeyse ikinci yarıyıldaki kayıt yenilemesi gereken dönemde bu dersleri alamaması da yine iki yarıyıl dönemini uzatmasına sebebiyet verecektir. Bu nedenle söz konusu ceza, sadece dönemlik dersleri olan fakültedeki öğrenci bakımından birinci yarıyılın başlangıcında bu cezayı alması halinde gerçekten “bir yarıyıl için uzaklaştırma” cezası anlamını taşıyacaktır. Bu durumsa aynı fiili işleyen iki öğrencinin birinin derslerinin dönemlik, diğerininse yıllık olması halinde haklarında aynı disiplin cezası uygulanmasına rağmen farklı sonuçların doğmasına yol açacak ve eşitlik ilkesi açısından sakıncalar doğuracaktır.

Benzer sorun, “yükseköğretim kurumundan iki yarıyıl için uzaklaştırma” cezası bakımından da söz konusudur. Öğrencinin dersleri yıllık olan bir fakültede öğrenim görmesi halinde, ikinci yarıyılın başından itibaren bu cezayı alması, aslında okulunu üç yarıyıl uzatmasına sebebiyet verebilecek niteliktedir. Bu durumun disiplin cezaları bakımından geçerli olan kanunilik ilkesini ihlal ettiği söylenebilir. Zira Yönetmelikte üç yarıyıl için uzaklaştırma cezası öngörülmemiştir. Nitekim daha evvel de belirtildiği üzere Yönetmelik m. 10. uyarınca uyarma ve kınama cezasını gerektiren disiplin suçları bakımından kıyasa yer verilmiş olmasına karşın diğer cezaları gerektiren disiplin suçları bakımından böylesine bir düzenlemeye yer verilmemesi, kanunilik ilkesine bağlı kaldığını göstermektedir. Dolayısıyla ilgili hükümler kanunilik ilkesi açısından ele alındığında önemli sorunlar içermektedir.

Üç tür uzaklaştırma cezası bakımından da cezanın uygulanmasına ne zaman başlanacağına açıkça öngörülmemiş olması, açıklandığı üzere, uygulamada farklı sonuçların doğmasına neden olabilecek niteliktedir. Yönetmelik m. 25 “disiplin cezası vermeye yetkili amir veya kurul kararlarında hangi tarihten itibaren uygulanacağı belirtilmediği takdirde, disiplin cezaları verildikleri tarihten itibaren uygulanırlar” şeklindedir. Yönetmelikte yapılacak bir değişiklikle bu durumun açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır. Söz konusu değişiklik, ilgili uzaklaştırma cezasının izleyen yarıyıl için uygulanması şeklinde olmalıdır.

Buna karşın Yönetmelik m. 25’teki düzenlemenin iptali istemiyle ilgili olarak açılan davada Danıştay uygulamada cezanın uygulanma tarihi ile ilgili meydana gelebilecek ihtilafların açılacak davada değerlendirilebileceği gerekçesiyle anılan düzenlemede hukuka aykırılık görmemiştir.<sup>31</sup> Bu karara karşı yapılan temyiz başvurusu sonucunda DİDDGK kararı onamıştır.<sup>32</sup>

31 Danıştay 8. Dairesi, 2012/9483 E. 2016/4594 K. ve 09/05/2016 T. www.kazanci.com.

32 DİDDGK 2016/4019 E. 2017/1660 K. ve 19.4.2017 T. www.kazanci.com 2020.

## **E. YÜKSEKÖĞRETİM KURUMUNDAN ÇIKARMA CEZASINI GEREKTİREN DİSİPLİN SUÇLARI**

“Yükseköğretim kurumundan çıkarma” cezası Yönetmelik m. 3-f’de “öğrenciye, bir daha çıkarıldığı yükseköğretim kurumuna alınmamak üzere öğrencilikten çıkarıldığı yazı ile bildirilmesi” şeklinde tanımlanmıştır. 2547 sayılı Kanun m. 54-g’nin “yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilen öğrenciler, bir daha herhangi başka bir yükseköğretim kurumuna alınamazlar” şeklindeki 2. cümlesi, Anayasa m. 42’de öngörülen ve temel bir hak olan eğitim ve öğrenim hakkından yararlanmayı imkansız hale getirmek suretiyle Anayasa m. 13’de düzenlenen hakkın özüne dokunma yasağına aykırı olduğu gerekçesi ile AYM tarafından iptal edilmiştir.<sup>33</sup> AYM’nin söz konusu iptal kararından evvel iptal davasına konu olan bu hükümlerle ilgili olarak DİDDGK’nin kimsenin eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılmayacağını düzenleyen Anayasanın 42. maddesinin 1. fıkrasına aykırılık oluşturmadığı görüşünde olduğu belirtilmelidir.<sup>34</sup>

Yönetmelik m. 3-ç’de yükseköğretim kurumları, “üniversiteler, yüksek teknoloji enstitüleri ile bunların bünyesinde yer alan fakülteler, enstitüler, yüksekokullar, konservatuvarlar, meslek yüksekokulları ile uygulama ve araştırma merkezleri” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre örneğin hukuk fakültesinde öğrenim görmekte olan bir öğrenci hakkında “yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası” verildiğinde, öğrenci tekrar sınava girerek aynı üniversitenin hukuk fakültesini kazandığında, AYM’nin anılan iptal kararına konu olan hükümde “herhangi başka bir yükseköğretim kurumuna” alınamamadan bahsedildiğinden, öğrencinin tekrar bu fakülteye kaydını yaptıramayacağı anlaşılmaktadır. Ancak yükseköğretim kurumunun tanımından hareket edildiğinde bu tanımın hem Üniversiteleri hem de bunların bünyesinde yer alan fakülteleri ifade etmesi karşısında, söz konusu öğrencinin aynı üniversitenin başka bir fakültesini kazanması halinde de uygulanıp uygulanmayacağı ve kayıt yaptırap yaptıramayacağı belli değildir.

Yönetmelik m. 9’da “Yükseköğretim kurumundan çıkarma” cezasını gerektiren disiplin suçları 4 bent halinde olmak üzere aşağıdaki şekilde sayılmıştır:

“a) Mahkeme kararıyla kesinleşmiş olmak kaydıyla, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, böyle bir örgütü yönetmek veya bu amaçla kurulan örgüte üye olmak, üye olmamakla birlikte örgüt adına faaliyette bulunmak veya yardım etmek,

b) Yükseköğretim kurumlarında uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri satmak, satın almak, başkalarına vermek ve ticaretini yapmak,

c) 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanuna aykırı olarak ateşli silahlarla, mermilerini ve bıçaklarla saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel olarak yapılmış bulunan diğer aletleri, patlayıcı maddeleri kullanmak,

33 AYM, E. 2009/59, K. 2011/69, T. 28/4/2011 (Karar metni için bkz. 27992 sayılı 12.7.2011 tarihli Resmî Gazete.

34 DİDDGK 1998/866 E. 1999/329 K. 26.2.1999 T. www.kazanci.com, 2020

ç) Kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunmak suretiyle cinsel dokunulmazlıklarını ihlal etmek.”

Belirtmek gerekir ki (a) bendindeki tanım belirgin değildir. Ancak burada soruşturulan öğrencinin bente sayılan fiiller nedeniyle hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmünün bulunması aranmalıdır. Nitekim “...davacının suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, böyle bir örgütü yönetmek veya bu amaçla kurulan örgüte üye olmak, üye olmamakla birlikte örgüt adına faaliyette bulunmak veya yardım etmek fiillerinden herhangi birini ya da hepsini işlediğine veya bu yönde eylemde/ faaliyette bulunduğu dair işlem tarihinden önce adli yargı mahkemelerince verilen kesinleşmiş bir karar bulunma”sını arayan Danıştay’ın da bu görüşte olduğu görülmektedir.<sup>35</sup> Yine aynı doğrultudaki bir başka kararında Danıştay “...davacı hakkında, terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğuna dair adli yargı mahkemelerince verilen kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunma”sını aramaktadır.<sup>36</sup>

Uygulamada herhangi bir karışıklığa mahal bırakmamak amacıyla söz konusu bende “mahkeme kararıyla mahkûmiyet hükmünün kesinleşmiş olması kaydıyla” ifadesi eklenmelidir. Henüz böyle bir kesinleşme yokken bu disiplin cezası uygulanamayacağı gibi, öğrencinin söz konusu suçu işlediği sabit olmasına karşın hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde de bu disiplin cezasının uygulanması mümkün olmaz. Zira soruşturulan öğrenci hakkında ceza mahkemesince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği takdirde her ne kadar suçu işlediği sabit olsa da bu mahkûmiyet hükmü açıklanmadığından ve de kesinleşmediğinden Yönetmelik m. 9-’nın uygulanması koşulları sağlanmış olmayacaktır. Bu nedenle soruşturulanın durumunun 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) m. 231/11 uyarınca denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıkladığı takdirde tekrar değerlendirme hususu saklı kalmak kaydıyla soruşturulan hakkında herhangi bir disiplin cezası verilmemesi gerekmektedir.

Öğrenci hakkında TCK m. 51 uyarınca hapis cezasının ertelenmesine karar verilmişse artık söz konusu maddenin 8. fıkrası uyarınca “denetim süresi yükümlülüklerine uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş” sayılacağından artık öğrenci hakkında aynı zamanda ceza hukuku anlamında da suç oluşturan fiili nedeniyle disiplin cezası verilmesi mümkündür.

Söz konusu fiilin öğrencilik sıfatı başlamadan önce gerçekleştirilmesi, ancak mahkûmiyet hükmünün öğrencilik sıfatının başlamasından sonra kesinleşmesi halinde, bu cezanın uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tereddüt edilebilir. Ancak disiplin hükümleri, daha önce de belirtildiği üzere, kişinin içinde bulunduğu hukuki statü nedeniyle tabi olduğu kurallardır ve bu statünün başlamasından önce ya da bitmesinden sonra kişiye uygulanmazlar. Dolayısıyla bu gibi durumlar bakımından öğrencilik statüsünün sonlandırılması isteniyorsa, bu yönde açık düzenlemenin yapılması gerekir.

35 Danıştay 8. Daire 2019/10267 E. 2020/3565 K. 16.9.2020 T. <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/>, 2021.

36 Danıştay 8. Daire 2019/4898 E. 2019/6635 K. 4.7.2019 T. [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com), 2020.



Yönetmeliğin “Disiplin suçunun tekrürü” başlığını taşıyan 11. maddesindeyse, şayet öğrenci tarafından hakkında disiplin cezası verilmesine sebep olan fiil tekrar işlenmişse, öğrenci hakkında “bir derece ağır” cezanın uygulanacağı belirtilmiştir. Öte yandan tekrür halinde verilecek bu cezanın hiçbir şekilde “yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası” olamayacağı düzenleme altına alınmıştır.

## **F. YÜKSEKÖĞRETİM KURUMU ÖĞRENCİ DİSİPLİN SORUŞTURMASI USULÜNE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER**

2547 sayılı Kanun ve Yönetmelik yalnızca disiplin suçları ve cezalarına ilişkin hükümler açısından değil, aynı zamanda öğrencilerin disiplin yönünden soruşturulmalarına ilişkin usulü düzenleyen maddeler yönünden de eleştiriye açıktır. Söz gelimi, Yönetmelik m. 13/1 uyarınca soruşturmaya “disiplin soruşturmasına konu olayın öğrenilmesini müteakip derhal başlanır. Soruşturma, onay tarihinden itibaren on beş gün içinde sonuçlandırılır”. Bununla beraber uygulamada çoğunlukla bu süreye uyulmadığı ve uyulmasının da mümkün olmadığı görülmektedir. Esasında Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği ilk şekilde söz konusu düzenleme, soruşturmanın bu süre içerisinde bitirilememesi halinde soruşturmacının gerekçeli olarak ek süre verilmesi talebinde bulunacağı; soruşturma açmaya yetkili disiplin amirinin uygun bulması halinde soruşturma süresini uzatabileceği yönündeydi. Ancak Danıştay söz konusu cümleleri 2547 sayılı Kanun m. 54-c’de disiplin soruşturmasına olay öğrenilince derhal başlanılacağı ve soruşturmanın en geç on beş gün içinde sonuçlandırılacağına kurala bağlandığı, soruşturmacıya ek süre verilmesine imkân tanıyan bir düzenlemeye ise yer verilmediği, bu haliyle, soruşturma açmaya yetkili disiplin amirine soruşturma süresini uzatabilme yetkisi veren bu düzenlemenin üst hukuk normu olan yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir.<sup>37</sup>

Ancak tebligat sorunları nedeniyle öğrencilere ulaşılamaması veya Yönetmelik m. 15 uyarınca öğrenciye en az yedi günlük savunma süresi tanıma zorunluluğu gibi hususlar göz önüne alındığında, söz konusu iptal kararı sonucunda ortaya çıkan yeni durumun içinden çıkılması zor çelişkiler yarattığı ortadadır. Gerçekten de ya süre şartına uyulması amacıyla etkin bir disiplin soruşturma gerçekleştirilemeyecek ya da etkin bir soruşturma gerçekleştirmek amacıyla süre şartına uyulamayacaktır. Ancak her iki durumda da disiplin cezasına ilişkin hükmün iptali riski söz konusudur. Bilindiği üzere, etkin bir soruşturmanın yapılması yalnızca hakkında soruşturma açılan öğrenciye savunma hakkının tanınmasından ibaret değildir. Soruşturma konusu olayın bir disiplin suçunu oluşturup oluşturmadığının ve hakkında soruşturma başlatılan öğrenci tarafından işlenip işlenmediğinin tespit edilebilmesi için gerekli tüm araştırmaların yapılması şarttır. Bu nedenle etkin bir soruşturma gerçekleştirmek amacıyla süre şartına uyulamayabilir. Nitekim Danıştay’ın yaklaşımının da bu şekilde olduğu görülmektedir. Buna göre, disiplin cezası vermeye yetkili mercilerce suç sayılacak eylemlerin işlendiğinin öğrenilmesi halinde bu öğrenciler hakkında soruşturma emri verilerek, soruşturmacı görevlendirilerek başlatılacak soruşturmada varsa iddia sahipleri ile tanık ve sanık ifadeleri alınarak gerekli araştırma ve inceleme ile soruşturma sonucunda

37 Danıştay 8. Dairesi, 2012/9483 E., 2016/4594 K. ve 09/05/2016; DİDDGK 2016/4019 E. 2017/1660 K. ve 19.4.2017 www.kazanci.com 2020.

olayın değerlendirilmesi adli, idari ve disiplin yönünden sanık öğrenci hakkında soruşturmacı kanaat ve teklifinin de yer aldığı soruşturma raporunun hazırlanması, olayın şüpheye yer verilmeyecek şekilde somut delillerle ortaya konulmuş olması, öğrenci hakkında isnat edilen suç konusu eylem, işlem, tutum ve davranışların tek tek bildirilerek savunmasının alınması ve bunlardan sonra yetkili amir ve kurullarca bilgi ve belgelerin bulunduğu soruşturma dosyasının incelenerek karar verilmesi gerekmektedir. Ancak güvenlik görevlilerince düzenlenen tutanak üzerine soruşturma açıldığı ancak iddia edilen olaylar tek tek araştırılarak, görgü tanıklarının ifadelerine yer verilerek iddia edilen disiplin suçunun açık ve net olarak somut olaylar ile tereddüte yer bırakmayacak şekilde ortaya konulması gerekirken, sadece tutanaktaki güvenlik görevlilerinin ve davacı öğrencinin ifadesi alınarak soruşturma raporunun düzenlendiği ve buna dayanılarak disiplin cezası verilen olayda Danıştay hukuka uyarlık bulunmadığına karar vermiştir.<sup>38</sup>

Danıştay kararlarında soruşturmanın on beş günlük süreyi aşacak şekilde bitirilmesinin disiplin cezasının iptalini gerektirmediğini kabul etmektedir. Danıştay'a göre, bu süre; idarenin iç işleyişiyle ilgili olup delillerin kaybolmasını önlemek, soruşturmanın daha çabuk yapılarak disiplin suçunu işlemiş olan kişiye daha etkin ve daha çabuk ceza verilmesini sağlamak amacı ile konulmuştur. Dolayısıyla Danıştay, soruşturmanın bu süre içerisinde bitirilmemesinin, disiplin suçunu işleyen kişi yönünden artık ceza verilemeyeceği gibi bir hak doğuramayacağını; ancak görevliler yönünden bir sorumluluğu gerektirebileceğini belirtmiştir. Danıştay, Yönetmelik m. 34'ün son fıkrasında disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallerin işlendiği tarihten itibaren iki yıl içinde disiplin cezası verilmediği takdirde ceza verme yetkisinin zamanaşımına uğrayacağını kurala bağlanmış olması karşısında, soruşturmanın on beş gün içerisinde bitirilmemesinin disiplin suçunun zamanaşımına uğraması sonucunu doğurmayacağına hükmetmiştir.<sup>39</sup>

7.11.2013 tarihinde yürürlüğe giren “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik’in<sup>40</sup> 3. maddesiyle “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği”nin 14. maddesinin 6. fıkrasına “soruşturmacılar; zaruri gördükleri takdirde soruşturma süresince, soruşturulan öğrencilerin yükseköğretim kurumu binalarına girmesinin yasaklanması hususunda karar verilmesini disiplin soruşturmasını açmaya yetkili merciden isteyebilirler” şeklindeki hüküm eklenmiştir. Danıştay 8. Dairesi, bu hüküm bakımından yerinde olarak hakkında isnat edilen disiplin suçunu işlediği sabit olmayan bir öğrencinin henüz soruşturma süreci içinde söz konusu işleme tabi tutulmasının temel hak niteliğinde olan eğitim hakkını ihlal ettiğini belirterek yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir.<sup>41</sup>

2547 sayılı Kanun m. 54-b'ye göre “bir fakülte, enstitü veya yüksekokulun içinde veya dışında öğrencilerin işlemiş oldukları disiplin suçlarından dolayı soruşturma yapmaya ve doğrudan gerekli cezayı vermeye veya disiplin kuruluna sevketmeye ilgili fakülte dekanı, enstitü veya yüksekokul

38 Danıştay 8. Daire 2004/2193 E. 2004/3624 K. 5.10.2004 T. www.kazanci.com, 2020.

39 Danıştay 8. Dairesi, T: 22.04.1987, E: 1985/737 E. 1987/204 K. 22.4.1987 T. GÜRER, Onur.; Danıştay Kararları Işığında Öğrencilere Verilen Disiplin Cezalarının Yargısal Denetim, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 97-98.

40 28814 sayılı Resmî Gazete.

41 Danıştay 8. Daire E. 2013/11920 T. 30.4.2014 www.kazanci.com, 2020.

müdürü yetkilidir.” Buna karşın “Soruşturma Açmaya Yetkili Amirler” başlığını taşıyan Yönetmelik m. 12/1-d’de “müşterek alan veya mekanlarda toplu öğrenci eylemleri ile ilgili olarak üniversite rektörleri”nin yetkili olduğundan bahsedilmiştir. “Soruşturmanın Sonuçlandırılması” başlıklı Yönetmelik m. 18/2’de “müşterek mekanlarda işlenen disiplin suçlarından dolayı uyarma, kınama ve yükseköğretim kurumlarından bir aya kadar uzaklaştırma cezası verme yetkisi”nin “rektöre ait” olduğu, f. 4’te “rektörlük tarafından yürütülen soruşturmalarda ise üniversite yönetim kurulu disiplin kurulu”nun yetkili olduğu kabul edilmiştir. Rektöre ve üniversite yönetim kuruluna verilen bu yetkilerin 2547 sayılı Kanun’a aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istenmişse de Danıştay 8. Dairesi, “üniversite içerisinde, müşterek alanlarda, farklı fakülte ve yüksekokul öğrencilerinin karıştığı öğrenci olaylarına ilişkin uygulamada yaşanan sorunları gidermek açısından, bu tür toplu öğrenci eylemleri ile ilgili olarak üniversite rektörlerine soruşturma açma ve disiplin cezası verme yetkisi verilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığı”na hükmetmiştir.<sup>42</sup> DİDDGK ise, söz konusu düzenlemelerin üst hukuk kuralına ve bu kapsamda normlar hiyerarşisine açıkça aykırı olduğunu, nitekim 2547 sayılı Kanun’da rektörlere ve üniversite yönetim kuruluna bu şekilde bir yetki verilmemesine karşın Yönetmelikle bu yetkinin verilmesinin kanuna aykırı olduğu belirterek Danıştay 8. Dairesi’nin kararını bozmuştur.<sup>43</sup> Buna karşın Yönetmeliğe bakıldığında bu hükmün halen yürürlükte olduğu görülmektedir. Ancak söz konusu durumun yerinde olmadığı zira müşterek alanlarda gerçekleştirilen disiplin suçları bakımından nasıl hareket edileceği bakımından tereddüde neden olduğu belirtilmelidir.

Yönetmelik m. 13/3’ün “ancak, disiplin amir veya kurulunun, bir adli yargı hükmüne ihtiyaç duyduğu hallerde; zamanaşımı süresi adli yargı hükmünün kesinleştiği günden itibaren başlar. Söz konusu ihtiyaç, yetkili disiplin amir veya kurulunun alacağı bir karar ile tespit edilir” şeklindeki son iki cümlesiyle ilgili olarak iptal isteminde bulunulmuş, Danıştay ise “adli bir olay olması nedeniyle, ceza yargılaması devam eden eylemlere dair verilen disiplin cezaları hakkında yargı organlarınca ceza mahkemesi kararının beklenmesi gerektiği yönündeki kararlar sebebiyle uygulamada yaşanan sıkıntıların giderilmesi amacıyla tesis edildiği anlaşılan, bu düzenlemelerde” herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığına hükmetmiştir.<sup>44</sup> Yapılan temyiz başvurusu üzerine DİDDGK zamanaşımı süresinin kamu düzenine ilişkin olması karşısında söz konusu durumun bir adli yargı hükmünün kesinleşmesine bağlandığını ve bu bağlanmanın da yetkili disiplin amiri ya da kuruluna bırakıldığını belirterek ayrıca hangi olaylar bakımından adli yargı hükmünün kesinleşmesinin bekleneceğine ilişkin herhangi bir ölçütün bulunmamasını ve bunun tümüyle disiplin amirinin veya kurulunun takdirine bırakılmasının kamu yararına aykırılık oluşturduğunu ve de bu hükmün Yönetmeliğin “ceza kovuşturması ile disiplin soruşturmasının bir arada yürütülmesi” başlığını taşıyan ve “aynı olaydan dolayı, öğrenci hakkında ceza kovuşturmasının başlamış olması, disiplin soruşturmasını geciktirmez. Öğrenci hakkında ceza kovuşturması açılmış olması, kanuna göre mahkûm olması veya

42 Danıştay 8. Dairesi, 2012/9483 E. 2016/4594 K. ve 09/05/2016 T. www.kazanci.com, 2020.

43 DİDDGK 2016/4019 E. 2017/1660 K. ve 19.4.2017 T. www.kazanci.com, 2020.

44 Danıştay 8. Daire 2012/9483 E. 2016/4594 K. ve 09/05/2016 T. www.kazanci.com 2020.

olmaması disiplin cezasının verilmesine engel teşkil etmez” şeklinde hükme bağlanan 17. maddesiyle çeliştiğini belirterek Danıştay 8. Dairesi'nin bu kararını bozmuştur.<sup>45</sup>

Yönetmelik m. 13/3'ün de halen yürürlükte olduğu görülmektedir. Hukuk fakültesi mezunu öğretim elemanları tarafından gerçekleştirilen soruşturmalarda dahi Yönetmelikle ilgili söz konusu Danıştay kararlarının takibi güçlüken ve mevzuatın en güncel haline erişmek için kullanılan internet sitelerinde bu kararlar çoğu zaman bulunmazken, hukuk fakültesi mezunu olmayan öğretim elemanlarınca yükseköğretim kurumu öğrencileri hakkında disiplin soruşturmasının yürütülmesinin oldukça zor olduğu belirtilmelidir.

Yukarıda değinilen Yönetmelik m. 17 hükmü, esasında ceza hukuku yaptırımlarıyla disiplin cezalarının farklı hukuki varlık veya menfaatleri korumayı amaçlamasından kaynaklanmaktadır.<sup>46</sup> Bu nedenle disiplin cezalarıyla ceza hukuku anlamındaki cezalar, amaçları ve veriliş usulleri bakımından birbirlerinden ayırdır.<sup>47</sup> Ceza hukuku anlamındaki cezalarla toplumsal düzene aykırı davranışlar; disiplin cezalarıyla da bir kurumun düzenine aykırı davranışlar cezalandırılmaktadır.<sup>48</sup> Bu kapsamda mülga Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin uygulanmasıyla ilgili olarak Danıştay'ın görüşünün de aynı doğrultuda olduğu anlaşılmaktadır.<sup>49</sup>

Yükseköğretim kurumu öğrencileri hakkında disiplin soruşturması yapılması ve ceza verilmesi bakımından önemli bir husus da sürecin kısa olmasının gerekmesidir. Aksi halde bazı önemli sorunlar ortaya çıkabilecektir. Örneğin son sınıftaki bir öğrenciye yıl sonuna yakın bir zamanda işlediği disiplin suçu nedeniyle “yükseköğretim kurumundan uzaklaştırma” ya da “çıkarma” cezası verilmesi halinde cezanın uygulanabilirliği ve kendisinden beklenen işlevi yerine getirmesi şüpheli hale gelir. Zira mezun olan bir öğrenciye bu statünün sona ermesinin ardından geçerli olacak şekilde verilen disiplin cezası geçmişe yürümeyecek ve öğrencinin mezuniyetine ilişkin statüsünü ortadan kaldırmayacaktır. Öğrencinin hem disiplin hem de ceza hukuku anlamında suç oluşturan davranışı nedeniyle hakkında ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinin aranması, fiilen öğrenci hakkında disiplin cezasının verilememesine yol açabilir. Bu durum, disiplin cezalarının uygulanmasının temel amacı olan kurum içinde bozulan düzenin bir an evvel ve gecikmeksizin tesisine engel olabilir.<sup>50</sup> Öte yandan Yönetmelik m. 17 bazı önemli sorunlara yol açabilir. Nitekim kimi hallerde ve özellikle de “yükseköğretim kurumundan uzaklaştırma” ve “yükseköğretim kurumundan çıkarma” cezaları bakımından öğrencinin işlediği fiil aynı zamanda suç oluşturuyorsa, ceza muhakemesinin sonucunu beklemek daha doğru olacaktır. Zira böylece maddi gerçeğe uygun bir disiplin cezasının verilmesi mümkün olabilir. Aksi halde öğrenci hakkında verilen disiplin cezası sonradan iptal edilse dahi telafisi güç zararların doğması mümkündür.<sup>51</sup> Bu

45 DİDDGK 2016/4019 E. 2017/1660 K. ve 19.4.2017 T. www.kazanci.com 2020.

46 TORTOP, Nuri: “Disiplin, Disiplin Cezaları ve Disiplin Suçları”, *Amme İdaresi Dergisi* (1983), Cilt 16, sayı 3, ss. 89-100, s. 90.

47 GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, s. 628.

48 GÖZÜBÜYÜK, Şeref: *Yönetim Hukuku*, “S” Yayınları, Ankara, 1991, 151.

49 Danıştay 8. Dairesi 2003/534 E. 2003/3075 K. ve 23.6.2003 T. www.kazanci.com, 2020.

50 ULUSOY, s. 152, 173-174.

51 OĞURLU, s. 113.

nedenle Yönetmelikte özellikle “yükseköğretim kurumundan uzaklaştırma” ve de “çıkarma” cezaları bakımından öğrencinin işlediği fiilin aynı zamanda suç oluşturması halinde “mahkeme kararıyla mahkûmiyet hükmünün kesinleşmiş olması kaydıyla” ifadesinin eklenmesinde fayda vardır. Bu kapsamda önemle vurgulamak gerekir ki CMK m. 223/2-a uyarınca “yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması,” nedeniyle öğrenci hakkında verilen beraat kararı öğrenci hakkında disiplin cezasının verilmesine engel olmalıdır. Ancak burada dikkatli olunmalıdır. Nitekim artık öğrencinin davranışı suç oluşturmaya da örneğin kıyasın mümkün olduğu “uyarma” ya da “kınama” cezasını gerektiren disiplin suçlarını oluşturuyorsa hakkında bu cezalara hükmedilebilir. Örneğin öğrencinin “yükseköğretim kurumundan iki yarıyıl için uzaklaştırma cezasını gerektiren” “sınavlarda tehditle kopya çekmek” fiilini işlediği iddiasıyla ilgili olarak öğrenci hakkında tehdit suçundan dolayı gerçekleştirilen yargılamada beraat kararı verilmişse bu hüküm öğrenci hakkında söz konusu disiplin cezasının verilmesine engel oluştursa da gerçekleştirilen disiplin soruşturması neticesinde öğrencinin kopya çektiği sabitse, hakkında Yönetmelik m. 7 uyarınca “yükseköğretim kurumundan bir yarıyıl için uzaklaştırma cezasını gerektiren” “sınavlarda kopya çekmek” disiplin suçundan dolayı ceza verilmesi mümkündür. Bu kapsamda öğrenci hakkında hem disiplin suçunu hem de ceza hukuku anlamında bir suçu oluşturan fiili nedeniyle CMK m. 223 uyarınca, mahkûmiyet hükmünün dışında “ceza verilmesine yer olmadığı”, “güvenlik tedbirine hükmedilmesi”, “davanın reddi” ve “düşmesi kararı” verilmişse öğrenci hakkında disiplin cezasının verilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir.

## SONUÇ

İdari müeyyideler, ceza hukuku müeyyideleri gibi, çoğunlukla temel hak ve özgürlüklerle yakından ilişkilidir. İdari müeyyidelerin bir türü olan disiplin cezaları ise, bu bağlamda özel bir önem arz etmektedir. Bir statüye dahil olmanın mahiyetinden doğan ve idarenin bireyler üzerinde idari müeyyide uygulama yetkisinin birer yansıması olan disiplin cezalarının ceza hukuku anlamındaki cezalara nazaran daha hafif olduğu kanısı, doğurdıkları önemli sonuçlar göz önüne alındığında çoğu zaman doğru sayılmaz. Yükseköğretim kurumunun iç çalışma düzenini, başka bir deyişle idari düzenini korumak ve yürütülen hizmetin düzgün işlenmesini sağlamak amacıyla, yükseköğretim kurumu yönetimlerinde bu kurumdan hizmet alanlar, yani öğrenciler hakkında disiplin cezaları uygulanması da bu kapsamda yer alır. Yükseköğretim kurumu öğrencilerine ilişkin disiplin cezalarının çoğu, temel bir insan hakkı olan eğitim hakkının sınırlandırılması, hatta ortadan kaldırılması anlamına gelmektedir. Temel hak ve özgürlükler bakımından sınırlamalara yol açmaları, disiplin suç ve cezalarına ilişkin kuralların açık ve belirgin bir şekilde ortaya konulması gereğini doğurmaktadır. Bu itibarla ceza ve ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, savunma hakkına saygı ilkesi gibi ilkeler disiplin hukukunda da geçerli olmalıdır. Gerçekten de Anayasa’nın, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla

sınırlanabileceğini öngören 13. maddesi ile disiplin ve ceza işlerinin kanunla düzenleneceğini öngören 130/9. maddesi karşısında farklı düşünmek mümkün görünmemektedir. Ne var ki 2547 sayılı Kanunun yükseköğretim kurumu öğrencilerinin disiplin yönünden soruşturulmalarına ilişkin hususlarla, haklarında verilecek disiplin cezalarını düzenleyen 54. maddesi hükmünün genel çerçeveyi dahi çizmiş sayılmayacağı belirtilmelidir. 2547 sayılı Kanun m. 54 ile “Yönetmelikler” başlıklı m. 65-a’nın (9) numaralı düzenlemesine dayanılarak çıkarılan ‘Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği’nin pek çok düzenlemesi ise belirsiz ve tartışmalıdır. Bu itibarla konunun kanun ile ve “bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmalarının” gerektiği vurgulanmalıdır. Daha açık bir ifade ile hangi fiillerin hangi disiplin cezalarını gerektireceği, disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri gibi konular, kanunla ve açıklık ve kesinlik ilkelerini sağlayacak biçimde düzenlenmelidir.

## KAYNAKÇA

- ARPACIOĞLU, Işıl Tüzün/ MORGÜL Şükran: “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Hukukuna 18.08.2012 Tarih ve 28388 Sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanarak Yürürlüğe Giren Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği ile Getirilen Yenilikler Üzerine Bir Değerlendirme”, *Electronic Journal of Vocational Colleges* (2013), Aralık UMYOS Özel Sayı, 79-86.
- CENTEL, Nur/ ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayıncılık, Ankara 2020.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref: Yönetim Hukuku, “S” Yayınları, Ankara, 1991.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku, Ankara 2006.
- GÜNAL, Yılmaz, “Disiplin Cezaları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* (1958), Cilt 13, Sayı 2, ss. 190-211.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013.
- GÜRER, Onur: Danıştay Kararları Işığında Öğrencilere Verilen Disiplin Cezalarının Yargısal Denetim, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.
- KARABULUT, Mustafa: İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- OĞURLU, Yücel: “Ceza Mahkemesi Kararının Disiplin Cezalarına Etkisi ve Sorunu “Ne Bis İn İdem” Kuralı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (2003), Cilt 52, Sayı 2, ss. 101-124.
- ÖZAY, İl Han: İdari Yaptırımlar, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1985.
- TOROSLU, Haluk: Ceza Müeyyidesi, Ankara 2010.
- TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara: Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- TORTOP, Nuri: “Disiplin, Disiplin Cezaları ve Disiplin Suçları”, *Amme İdaresi Dergisi* (1983), Cilt 16, sayı 3, ss. 89-100.
- TULKENS, Françoise: “The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights”, *Journal of International Criminal Justice* (2011), Cilt 9, ss. 577-595, özl. s. 578 vd.
- ULUSOY, Ali: İdari Yaptırımlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- ZANOBINI, Guido: İdari Müeyyideler (Çev. H. Yılmaz Günal), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1964.

## Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalarda Faaliyetlerine İlişkin Bir Değerlendirme: Taraflara Hizmetlerini Teklif Etme Hakkı

### An evaluation of Involvement of the International Committee of the Red Cross in the Non-International Armed Conflicts: Right to Offer its Services

Meltem Sarıbeyoğlu Skalar \* 

#### ÖZ

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin çatışmanın taraflarına hizmetlerini teklif etme hakkı bulunmaktadır. Bu hak 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3'üncü Maddesi ile açıkça öngörülmüştür. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların doğası gereği hizmetlerin teklif edilebileceği taraflar sadece Cenevre Sözleşmeleri'nin tarafı devletler değil, aynı zamanda onlarla mücadele eden devlet-dışı silahlı gruplardır. Bu grupların gerek Birleşmiş Milletler gibi uluslararası örgütler gerekse devletlerin iç hukuklarında terör örgütü olarak listelenmesi Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin ortak 3'üncü Maddede öngörülen işlevi açısından zorluklar doğurmaktadır. Makalede Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin devlet-dışı silahlı gruplarla angajmanına ilişkin yaklaşımı ve karşılaştığı zorluklara ilişkin nedenler değerlendirilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Muhasamatta Doğrudan Yer Alma, Devlet-Dışı Silahlı Gruplar, Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışma, Uluslararası İnsancıl Hukuk, ICRC

#### ABSTRACT

International Committee of the Red Cross has a right to offer its services to the parties of a non-international armed conflict. This right was explicitly stipulated by the common Article 3 of the 1949 Geneva Conventions. In accordance with the nature of the non-international armed conflicts, recipients of these services, would be not only the State parties to the Conventions but also various non-State armed groups that are fighting with them. Often those non-state armed groups are listed as terrorist organizations by the intergovernmental organizations such as the United Nations as well as they are regulated under the domestic criminal law of the State parties. Thus, this creates challenges in respect of the Committee's function under the common Article 3. The paper investigates the International Committee of the Red Cross' approach with regard to its engagement with the non-State armed groups and evaluates the grounds for challenges for the organization while performing a highly sensitive task.

**Anahtar Kelimeler:** Direct Participation in Hostilities, Non-State Armed Groups, Non-International Armed Conflict, International Humanitarian Law, ICRC

\* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı öğretim üyesi

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Meltem Sarıbeyoğlu Skalar

**E-posta/E-mail:** meltem.saribeyoglu@marmara.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 14.03.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 31.03.2021

## GİRİŞ

Günümüzde silahlı çatışmaların büyük çoğunluğu, devletler arasında veya en azından doğrudan devletler arasında değil, devletler ile silahlı gruplar veya bir devlet ülkesinde çeşitli silahlı gruplar arasında cereyan etmektedir. Bilindiği gibi devlet-dışı silahlı grupların dâhil olduğu silahlı çatışmalar yeni bir olgu değildir. Tarihte en bilinen örnekleri olarak 19'uncu ve 20'nci yüzyıllarda Amerikan ve İspanyol iç savaşları ile Kolombiya ve Sri Lanka'da uzun zamana yayılmış iç çatışmaların yanı sıra günümüzde de özellikle Orta Doğu ve Sahel Bölgelerine hâkim olan iç çatışmalar hemen akla gelen örnekler arasındadır. 1949 yılında Cenevre Sözleşmeleri imzalanırken, bu türden silahlı çatışmalara uygulanmak üzere, dört Cenevre Sözleşmesi'nde aynı şekilde yer alan ortak 3'üncü Madde öngörülmüştür. Cenevre Sözleşmeleri'nin 3'üncü Maddesi uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın tarafları ifadesini içermekte ve Uluslararası Kızılhaç Komitesi'ni, yaralı ve hastaların toplanması ve bakımı başta olmak üzere, çatışmanın taraflarına hizmetlerini teklif etmek üzere yetkilendirmektedir.

Bu olgulardan hareketle, Uluslararası Kızılhaç Komitesi (ICRC) Mart 2021'de "ICRC'nin Devlet-dışı Silahlı Gruplarla Angajmanı: Neden, nasıl, ne amaçla ve diğer öne çıkan sorunlar" başlığını taşıyan bir Görüş Belgesi<sup>1</sup> yayımlamıştır. Bu belge ile uzun zamandır bu kapsamda yürüttüğü faaliyetleri ve dayandığı esasları açıklamaktadır. Bu makalede söz konusu bilgi metninin içeriğine ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır. Bunun için, öncelikle uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma kavramıyla ilgili belirleyici esaslar kısaca açıklanmaktadır. İkinci olarak ICRC'nin uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda görevinin kapsamı ve Görüş Belgesi'nde yer alan hususlar ele alınmaktadır. Son olarak konuya ilişkin bir değerlendirmeye yer verilmiştir.

## I. ULUSLARARASI NİTELİKTE OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALARIN BELİRLENMESİ

1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin<sup>2</sup> Ortak 3'üncü Maddesi'nde uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların tanımına yer verilmemiştir.<sup>3</sup> Kavramı daha somut hale getiren 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek II No.lu Protokol<sup>4</sup> de yine kısmen tanımlanmayı gerektiren terimler

- 1 ICRC Engagement with Non-State Armed Groups: Why, how, for what purpose, and other salient issues ICRC Position Paper, March 2021. (Bundan böyle Görüş Belgesi olarak anılacaktır.) [https://www.icrc.org/sites/default/files/wysiwyg/Activities/Humanitarian-diplomacy/icrc\\_engagement\\_with\\_non-state\\_armed\\_groups\\_position\\_paper.pdf](https://www.icrc.org/sites/default/files/wysiwyg/Activities/Humanitarian-diplomacy/icrc_engagement_with_non-state_armed_groups_position_paper.pdf). (13.03.2021)
- 2 Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi; Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta; Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi; Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile ilgili Cenevre Sözleşmesi, Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına ilişkin Cenevre Sözleşmesi, Cenevre, 12 Ağustos 1949; R.G. 30 Ocak 1953 – 8322, Düstur: III. Tertip, C.34. 1949.
- 3 Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Fatma TAŞDEMİR, **Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009; Ayşe Nur TÜTÜNCÜ, **İnsancıl Hukuka Giriş**, Beta, İstanbul, 2006.
- 4 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol (I No.lu Protokol); 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışma Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol, Cenevre, 8 Haziran 1977. Cenevre Sözleşmelerinin gözden geçirilmiş Türkçe metni ve Ek Protokollerin tercüme metinleri için bkz. Melike BATUR YAMANER et al., **12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri**, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 42, İstanbul.



içermektedir. Cenevre Sözleşmeleri'nde, bu kavram açıklığa kavuşturulmadığı için birçok farklı yorum ortaya çıkmış ve sıklıkla ortak 3'üncü Maddenin uygulanabilirliği de inkâr edilmiştir. Böylece, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda mağdurların durumunu iyileştirmek için gerek kuralları oluşturmak gerekse de bu kuralların uygulanabilir olup olmadıkları hakkında objektif kriterler belirleyerek, devletlerin bu konuda takdir hakkını sınırlamak gereği ortaya çıkmıştır.<sup>5</sup>

1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin Ortak 3'üncü Maddesi "Milletlerarası mahiyette olmayan bir silâhlı anlaşmazlığın Yüksek Âkit Taraflardan birinin toprakları üzerinde çıkması halinde" şeklindeki düzenlemesiyle 2'nci Maddeye gönderme yapmış olmaktadır. Böylece uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışma, Sözleşme'ye taraf bir devletin ülkesinde cereyan eden fakat taraflarının her biri devlet olmayan bir silahlı çatışmadır. II No.lu Protokol'ün 1'inci Maddesi, "bir Yüksek Âkit tarafın ülkesinde kendi silahlı kuvvetleriyle muhalif silahlı kuvvetler veya sorumlu komuta altında olan, devamlılık arz eden ve planlı askeri operasyonlar yapmalarına ve bu Protokolü uygulamalarına imkân verecek şekilde bu Yüksek Âkit tarafın ülkesinin ait bir kısmı üzerinde kontrolü elinde bulunduran diğer örgütlü silahlı gruplar arasında cereyan eden tüm silahlı çatışmalarda uygulanır" düzenlemesini öngörmektedir.<sup>6</sup> Bu düzenleme, Ortak 3'üncü Maddenin getirdiği koşulları değiştirmeden, geliştiren ve tamamlayan şekilde uygulanacaktır.<sup>7</sup> Ayrıca, bu düzenleme, I No.lu Ek Protokol'ün 1'inci Maddesinin 4'üncü fıkrası altında uluslararası silahlı çatışma olarak sayılan ulusal bağımsızlık savaşlarına da uygulanamaz.

Bir devlet ülkesinde vuku bulan şiddet olaylarının bir iç silahlı çatışma olarak nitelendirilebilmesi için iki kriter dikkate alınacaktır: Silahlı çatışmaların belli bir yoğunlukta tezahür etmesi ve devlet-dışı silahlı grupların örgütlenme seviyesi.<sup>8</sup> Bu belli ağırlığı veya yoğunluğu belirlemede dikkate alınan etkenler; silahlı çatışmaların ciddiyeti ve süresi, hükümet kuvvetlerinin niteliği – askeri kuvvetlerin kullanılıp kullanılmadığı – kullanılan silahların tipi, sivillerin geniş ölçekte yer değiştirmeleri, muhalif güçlerin belli bir ülke kesiminde kontrol sağlaması, verilen kayıp miktarı ve zararın büyüklüğü gibi çeşitli faktörlerdir.<sup>9</sup> Diğer değerlendirilmesi gereken etken ise silahlı çatışmanın tarafı olan devlet-dışı silahlı grubun örgütlenme seviyesidir. Burada dikkate alınan etkenler arasında, bir komuta zincirinin varlığı, farklı birimleri birlikte kullanabilen şekilde operasyon düzenleme kapasitesi, yeni kişileri silah altına alma, eğitme ve donatma, iç işleyiş kurallarının varlığı gibi unsurlar sayılabilir.<sup>10</sup> II No.lu Ek Protokol'de öngörülen bu iki kriterin iç silahlı çatışmaları belirlemede daraltıcı bir etki yaptığı da gözlemlenebilir. Bu görüş doğrultusunda, bir iç silahlı çatışma, II No.lu Ek Protokol'deki bu koşulları karşılamasa bile 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3'üncü Maddesinin uygulama

5 Yves SANDOZ/Christophe SWINARSKI/Bruno ZIMMERMANN, **Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949**, ICRC, Geneva, 1987, s. 1348, para. 4448.

6 Türkçe metin ve Ek Protokollerin tercüme metinleri için bkz. Melike BATUR YAMANER et al., supra dn. 4.

7 Protokol No. II Madde 1.

8 Ibid.

9 Sylvain VITE', "Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual Situations", **International Review of the Red Cross**, Volume 91 Number 873 March 2009, s. 76.

10 Ibid., s. 77.

alanına girebilir. Diğer yandan, II No.'lu Ek Protokol'ün uygulandığı tüm silahlı çatışmalara 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3'üncü Maddesi de uygulanır.<sup>11</sup>

Uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın bir devlet ülkesinde tezahür eden ve yukarıda sözü edilen yoğunluğa ulaşmayan diğer toplumsal şiddet olaylarından da ayırt edilmesi gereklidir. II No.'lu Ek Protokol'ün 1'inci Maddesinin 1'inci fıkrasında öngörülen kriterlerin varlığı, iç karışıklık (*internal disturbances*) ve iç gerginlik (*internal tensions*) durumlarını, iç silahlı çatışmaların tanımından dışlamak için yeterlidir.<sup>12</sup> Bu kavramların tanımı II No.'lu Ek Protokol'de yer almamıştır. ICRC tarafından temelde kendi iç işleyişi gerektirdiğinden bu tanımlar yapılmıştır. İç karışıklık ve gerginlikler uluslararası insancıl hukukun uygulama alanına girmemektedir. Ancak bu her tür uluslararası hukuk kuralından muaf oldukları anlamına gelmez, zira bu tür durumlarda uluslararası evrensel ve bölgesel insan hakları antlaşmaları uygulama alanı bulacaktır.<sup>13</sup>

Bu bölümde bahsedilen uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara örnek olarak, 2012'de Mali'nin kuzeyinde Mali silahlı kuvvetleri ile silahlı gruplar arasında gerçekteşen çatışmalar ve Suriye'de Suriye hükümet güçleri ile silahlı gruplar arasında vuku bulan çatışmalar anılabilir.<sup>14</sup>

## II. ULUSLARARASI NİTELİKTE OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALARDA ULUSLARARASI KIZILHAÇ KOMİTESİ'NİN GÖREVİ

Uluslararası Kızılhaç Komitesi, "ICRC'nin Devlet-dışı Silahlı Gruplarla Angajmanı: Neden, nasıl, ne amaçla ve diğer öne çıkan sorunlar" başlıklı Görüş Belgesi'nde, sivillerin bulunduğu bölgelere erişim açısından devlet-dışı silahlı gruplarla angajmanını bir önkoşul olarak ele almıştır.<sup>15</sup> Buna göre, insancıl misyonunun gerektirdiği şekilde, sivil kişilere ve nüfusa koruma ve yardım ulaştırabilmek için, bu sivillerin bulunduğu ülke kesimlerinde operasyonlarını yürüten ve bu ülke kesimlerini kontrolleri altında tutan devlet-dışı silahlı gruplarla iletişim kurması gerektiğini açıklamaktadır. Görüş Belgesi'nde genel olarak koruma faaliyetleri altında anılan hususlar, uluslararası insancıl hukuka riayetinin sağlanması, kopan aile bağlarının yeniden kurulması, kayıp çocukların araştırılması, ölenlerin kimlik tespiti ve defni, tutukluların kaydı ve ziyaret edilmesi ve benzeri faaliyetler olarak sayılmıştır. Geniş anlamıyla yardım ise gıda dağıtımı ve geçim kaynaklarının oluşturulmasından, su kaynakları ve su arıtma tesislerine, hastanelerin desteklenmesi ve işletilmesinden, ortopedi ve harp cerrahisi gibi hizmetlerin teminine kadar birçok hususu kapsamaktadır.<sup>16</sup> Aslında görüldüğu gibi Görüş Belgesi'nde örnek olarak sayılan yardım faaliyetleri, uluslararası bir silahlı çatışmada tahayyül edilebilecek yardım faaliyetlerinden farklı değildir.

11 Ibid., s. 79.

12 SANDOZ/SWINARSKI/ZIMMERMANN, op. cit. s. 1354, para. 4472.

13 Ibid., s. 1356, para. 4479. Ayrıca bkz. Emre ÖKTEM, **Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları**, Derin Yayınları, İstanbul, 2007.

14 Kathleen LAWAND, Interview – What is a non-international armed conflict?, <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/interview/2012/12-10-niac-non-international-armed-conflict.htm>. (13.03.2021)

15 Görüş Belgesi, supra dn. 1, s. 2.

16 Ibid., s. 5.

Diğer yandan, Görüş Belgesi'nde siviller veya sivil nüfus olarak anılan kişilerin tanımı, geçmiş çalışma ve belgelerde pek çok fikir ayrılığına neden olmuştur. Konu devletler açısından zaten hassas bir olguya ilişkinken ayrıca sivil tanımının, iç silahlı çatışmalar açısından, adeta geçişli bir muğlaklık içeren yorumu başka sorunları beraberinde getirmiştir.<sup>17</sup> Bu şekilde korunan kişilerin tespitine ilişkin kriterler, 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin Ortak 3'üncü Maddesinin yorumuyla ilgili çalışmalarda tartışmalı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Aşağıda öncelikle Ortak 3'üncü Maddede korunan kişilerin tanımı ele alınmıştır. İkinci olarak ICRC'nin bir devlet ülkesinde faaliyet gösteren çeşitli silahlı gruplarla angajmanına ilişkin Görüş Belgesi'nde yer alan hukuki gerekçelere yer verilmiştir.

### **A. ORTAK 3'ÜNCÜ MADDE İLE KORUNAN KİŞİLER**

1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin Ortak 3'üncü Maddesi “muhasamata doğrudan doğruya iştirak etmeyen şahıslara” koruma sağlamaktadır. Bu kişiler, çatışmalarda aktif şekilde yer almayan *hors de combat* durumda kalmış kişiler veya tıbbi veya dini personel gibi sivillerdir.<sup>18</sup> O halde, siviller çatışmalarda aktif şekilde yer aldıkları süre boyunca ortak 3'üncü Maddenin sağladığı korumadan yararlanamazlar, fakat çatışmalarda aktif yer almaya son verdikleri durumda, hastalık, yaralanma, tutuklanma veya diğer herhangi bir nedenle *hors de combat* duruma geldikleri andan itibaren koruma altına girerler.<sup>19</sup> Bu kapsamda sivil nüfus kavramına silahlı güçlerin, bu gruplardan ayrılmış eski üyeleri de dâhildir.<sup>20</sup> Tahmin edilebileceği gibi, Sözleşmelerin bağlayıcı olmayan 2016 Yorumunda, sivil nüfusun böyle bir kapsama ve genel şekilde tanımlanması birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. 2016 Yorumunun benimsediği bu görüş Uluslararası Kızılhaç Komitesi ve T.M.C. Asser enstitüsünün düzenlediği uzmanlar toplantılarının bir ürünü olarak derlenen ve 2009 yılında yayımlanan Uluslararası İnsancıl Hukukta Muhasamata Doğrudan Katılım Kavramının Yorumlanmasına Yönelik Rehber'de yer verilen görüşlere dayanmaktadır.<sup>21</sup> Bu konudaki tartışmalar aşağıda değerlendirme bölümünde ele alınmaktadır.

Sivillere ilaveten ortak 3'üncü Maddenin koruduğu ikinci kategori, silahlı güçlerin savaşçı statüsünde olmayan üyeleri (tıbbi ve dini personel sadece bu işlerde görev almak koşuluyla)<sup>22</sup> ile “silâhlarını terkeden silâhlı kuvvetler mensuplarıyla hastalık, yaralanma, mevkufiyet dolayısıyla veya sair herhangi bir sebeple harp dışı edilmiş bulunan şahıslar” da bu korumadan<sup>23</sup> yararlanmaktadırlar.

17 Bkz. *infra* Ortak 3'üncü Madde ile Korunan Kişiler.

18 Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü Madde 8(2)(c) altında düzenlenmiş tüm suçların unsurları aynıdır. Bkz. International Criminal Court (ICC), **Elements of Crimes**, 2011, [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Publications/Compendium/ElementsOfCrime-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/ElementsOfCrime-ENG.pdf). (13.03.2021)

19 ICRC, **Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field**, 2nd edition, 2016, Common Article 3, para. 521. <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentary>. (13.03.2021)

20 *Ibid.*

21 Nils MELZER, **Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law**, ICRC, 2009, s.72-73. <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf>. (13.03.2021)

22 ICRC, **Commentary on the First Geneva Convention**, *op. cit.*, para. 522.

23 ICRC, **Commentary on the First Geneva Convention**, *op. cit.*, para. 523.

Muhasamata doğrudan katılma kavramı ne ortak 3'üncü Maddede ne de 1949 Cenevre Sözleşmeleri veya önceki antlaşmaların herhangi bir hükmünde tanımlanmıştır. Ancak, muhasamata doğrudan iştirak eden kişiler ile iştirak etmeyen veya daha fazla iştirak etmeyen kişilerin ayırt edilmesi (*principle of distinction*) insancıl hukukun dayandığı temel ilkelerdendir.<sup>24</sup>

Muhasamata katılma kavramına 1977 Ek Protokollerinde de rastlanabilir.<sup>25</sup> I No.lu Protokol'ün 51'inci Maddesinin 3'üncü fıkrasında ve II No.lu Protokol'ün 13'üncü Maddesinin 3'üncü fıkrasında sivillerin “muhasamatta doğrudan yer almadıkça ve almadıkları zaman süresince” (*unless and for such time as they take a direct part in hostilities*) askeri operasyonların yol açtığı tehlikelere karşı korunmaları gerektiği bildirilmektedir. Yine Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku üzerine çalışmasında, 6'ncı Kural “[s]iviller, muhasamata doğrudan katılmaları durumu hariç, saldırılara karşı koruma altındadır” demektedir.<sup>26</sup> Ortak 3'üncü Maddenin İngilizce metninde kullanılan muhasamata aktif (*active*) katılım ile Ek Protokoller'de kullanılan muhasamata doğrudan (*direct*) katılım ifadelerinin aynı anlama geldiği genel olarak kabul görmektedir.<sup>27</sup>

Muhasamata Doğrudan Katılım Kavramının Yorumlanmasına Yönelik Rehber'de bir eylemin muhasamata doğrudan katılım teşkil etmesi için üç kurucu unsuru birlikte taşıması gerektiği ileri sürülmüştür:

- Eylem, çatışmanın bir tarafının askeri operasyonlarını ya da askeri yeteneklerini olumsuz yönde etkileyebilecek olmalı ya da doğrudan saldırıya karşı korunan kişi ya da objelerde ölüm, yaralanma ya da zarara neden olmalıdır. (zarar eşiği)
- Eylem ya da eylemin bir ayrılmaz/bütünleşik bir parçasını oluşturduğu koordine bir askeri operasyon ile neden olması beklenen zarar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. (doğrudan nedensellik)
- Eylem, çatışmanın bir tarafına destek için ve öbür tarafın aleyhine olacak şekilde zarar eşiğine doğrudan yol açmak üzere özel olarak tasarlanmalıdır. (savaşla alakalı olmak)<sup>28</sup>

Ayırt etme ilkesi uluslararası silahlı çatışmalara ilişkin olarak 1949 Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek I No.lu Protokol'ün 48'inci Maddesinde kodifiye edilmiştir. Buna göre, “Sivil halkın ve sivil nitelikte malların saygı görmesini ve korunmasını sağlamak için, çatışmanın Tarafları daima, sivil halk ile muharipleri, sivil mallar ile askeri hedefleri birbirinden ayırt etmeli ve buna uygun olarak operasyonlarını sadece

24 ICRC, **Commentary on the First Geneva Convention**, op. cit., para. 524.

25 I No.lu Ek Protokol, Madde 51(3) ve II No.lu Ek Protokol, Madde 13(3). Ayrıca bkz. Jean-Marie HENCKAERTS ve Louise DOSWALD-BECK, **Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt I: Kurallar**, (çev) A. Emre ÖKTEM et al., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 66, İstanbul, 2005, Kural 6.

26 Ibid.

27 ICRC, **Commentary on the First Geneva Convention**, op. cit., para. 525.

28 MELZER, **Interpretive guidance** op. cit., s. 46'dan aktaran ve tercüme eden Bleda Rıza KURTDARCAN, **Muharebe Alanının Yeni Aktörleri: Askeri Yükleniciler**, Beta, İstanbul, 2017. Muhasamata doğrudan katılım kavramının detaylı bir analizi için bkz. KURTDARCAN, ss. 400-410.

askerî hedeflere yönelmelidirler.”<sup>29</sup> I No.lu Ek Protokol'ün 51'inci Maddesinin 2'nci fıkrası ise “Sivil halk ve bireysel olarak siviller saldırının hedefi olmayacaktır. Esas amacı sivil halk arasında terör yaymak olan şiddet hareketleri ya da tehditleri yasaktır”<sup>30</sup> demek suretiyle özellikle sivilleri korumayı amaçlamıştır. Bu hükümler aynı zamanda uluslararası insancıl hukuk alanında örf ve adet hukukunu<sup>31</sup> da yansıttıklarından antlaşmanın tarafı olmayan devletler açısından da bağlayıcıdır.<sup>32</sup> Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar açısından da yine aynı şekilde, II No.lu Protokol'ün 13'üncü Maddesinin 2'nci fıkrasının yanı sıra, örf ve adet hukukundan doğan bir yükümlülüğün bulunduğu söylenebilir.<sup>33</sup>

Yukarıda da belirtildiği gibi, I No.lu Protokol'ün 51'inci Maddesinin 3'üncü fıkrasında ve II No.lu Protokol'ün 13'üncü Maddesinin 3'üncü fıkrasında sivillerin “muhasamatta doğrudan yer almadıkça ve almadıkları zaman süresince” (*unless and for such time as they take a direct part in hostilities*) askeri saldırılara karşı korunmaları düzenlenmiştir. Böylece muhasamatta doğrudan yer alan sivillerin, sivil nüfusa dâhil olma durumları son bulmaz ancak doğrudan saldırılara karşı korunmaları geçici şekilde askıya alınır. Muhasamata Doğrudan Katılım Kavramının Yorumlanmasına Yönelik Rehber'de bu hususa ilişkin olarak aşağıda yer verilen ve Rehber'in hazırlanmasına katılan birçok uzmanın sonradan imzalarını geri çekmelerine neden olan bir yorum kabul edilmiştir.<sup>34</sup> Buna göre, “yer almadıkça ve almadıkları zaman süresince” (*unless and for such time*) ifadesi, korumanın askıya alınmasını, söz konusu sivilin doğrudan muhasamatta yer alma süresi ile sınırlamıştır. Bu da “döner kapı” (*revolving door*) metaforuyla anılan, sivillerin belirli aralıklarla muhasamatta doğrudan yer alması olgusuna bağlı olarak, askeri saldırılara karşı koruma kazanıp kaybetmesi döngüsünü ifade etmektedir. Muhasamata Doğrudan Katılım Kavramının Yorumlanmasına Yönelik Rehber'de sivillerin korunmasının “döner kapısı” olarak anılan bu durum uluslararası insancıl hukukun bir eksikliği değil doğal bir parçası olarak nitelendirilmiştir.<sup>35</sup> Bu yaklaşım, o belirli anda, askeri bir tehdit oluşturmayan sivilleri saldırılara karşı korumaktadır. Bahsedilen bireysel sivillerin değişken durumu, çatışmanın taraflarından biri yararına muhasamatta yer alma durumu süreklilik arz eden organize silahlı grupların mensuplarından farklıdır. Bu nedenle de öngörmek bir hayli güçtür. Zira, bir sivilin ister zorla ister gönüllü şekilde olsun, muhasamatta defalarca dahi yer almış olması, gelecekte nasıl bir tavır benimseyeceği yönünde kesin bir bilgi vermeyecektir.<sup>36</sup>

29 Maddenin Türkçe tercümesi için bkz. BATUR YAMANER, et al., op. cit., s. 212.

30 Maddenin Türkçe tercümesi için bkz. BATUR YAMANER, op. cit., s. 213.

31 Anılan kurallar şu şekilde tespit edilmiştir:

Kural 1. – Bir çatışmanın tarafları, siviller ile muhاریpleri her zaman birbirinden ayırt etmek zorundadır. Saldırılar yalnızca muhاریplere yönelik olabilir. Sivillere karşı saldırı yapılamaz.

Kural 2. – Asıl amacı sivil halk içinde terör yaratmak olan şiddet eylem ya da tehditleri yasaktır.

Kural 7. – Çatışmaya taraf olanlar, her zaman, sivil mallar ile askeri hedefleri birbirinden ayırt etmek zorundadır. Saldırılar yalnızca askeri hedeflere yönelik olmalıdır. Saldırılar sivil nitelikteki mallara yönelik olamaz. Bkz. HENCKAERTS ve DOSWALD-BECK, supra dn. 26.

32 Michael SCHMITT, “The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis”, **Harvard National Security Journal**, Vol. 1, 2010, s. 12.

33 Ibid.

34 MELZER, op. cit., s. 70.

35 Benimsenen bu anlayışın eleştirisi için bkz. SCHMITT, loc. cit.

36 MELZER, op. cit., s. 71.

Muhasamatta doğrudan yer alma kavramı spesifik dūřmanca fiillere işaret ettiği için, uluslararası insancıl hukuk, bir sivilin korunmasını, onun her bir muhasamatta doğrudan iştirakinin son bulmasından sonra, yeniden tesis etmektedir. Bu doğrultuda, Rehber'e göre, bir sivil muhasamatta tekrar doğrudan yer alıncaya kadar, kendisine kolluk kuvvetlerinin uyguladığı tedbirlere ait standartlar ve bireysel meşru müdafaa hükümleri uygulanmalıdır.

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara taraf devlet-dışı örgütlenmiş silahlı gruplara mensup olan siviller ise "sürekli bir savaş işlevine" sahiplerse sivil niteliklerini kaybederler. Böylece sivillere muhasamatta doğrudan "yer almadıkça ve almadıkları zaman süresince" sağlanan korumadan artık yararlanamazlar.<sup>37</sup> Korumanın kaybedilmesini spesifik dūřmanlık fiillerinin sürdüğü zaman zarfıyla sınırlandıran anlayış, sivillerin karıştığı spontan, düzensiz veya örgütsüz dūřmanlık fiillerini kastetmektedir ve bu nedenle örgütlü silahlı gruplara uygulanamaz.<sup>38</sup> Aksi takdirde, devletlerin düzenli silahlı kuvvetleri, bu niteliklerinden ötürü sürekli şekilde askeri saldırıların hedefi olabilirken, devlet-dışı silahlı gruplar, gündüz ifti, gece muharip bir işleyiş şekli benimseyebilirler ki bu uluslararası insancıl hukukun izin verdiği bir durum olamaz.<sup>39</sup>

Sivillerin, spontan, düzensiz veya örgütsüz dūřmanlık fiilleriyle muhasamatta doğrudan yer almanın ötesine geçerek, bir i silahlı çatışmaya taraf bir devlet-dışı silahlı grubun yesi olması durumunda ise bu grubun yesi olarak kaldıkları müddetçe uluslararası insancıl hukuk altında koruma hükümlerinden yararlanamayacaklardır. Bu durumda korumanın "döner kapısı" ye olup olmama üzerine işlemektedir. Bir silahlı gruptan ayrılma ise açıkça beyan etmeyi gerektirmese de gruptan kendisini sürekli olarak uzak tutmak ve sivil hayata tekrar entegre olmak gibi verilerle belirlenebilir.<sup>40</sup> Son olarak Rehber, bir sivilin belli bir zaman diliminde, korumadan yararlanır durumda mı yoksa yoksun durumda mı olduğunun belirlenmesi açısından iyi niyetli ve mevcut verileri dikkatle araştıran bir incelemenin yapılmasını önermektedir ve şüphe durumunda sivillerin koruma hükümlerinden yararlandığının farzedilmesi gerektiğini bildirmektedir.<sup>41</sup>

## **B. ULUSLARARASI KIZILHAÇ KOMİTESİ'NİN DEVLET-DIŞI SİLAHLI GRUPLARLA ANGAJMANINA İLİŞKİN GÖRÜŞ BELGESİ**

Uluslararası Kızılhaç Komitesi Mart 2021'de "ICRC'nin Devlet-dışı Silahlı Gruplarla Angajmanı: Neden, nasıl, ne amaçla ve diğer ne çıkan sorunlar" başlığını taşıyan bir Görüş Belgesi<sup>42</sup> yayımlamıştır. Görüş Belgesi'nde, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda ICRC'nin neden devlet-dışı gruplarla ilişki kurmak ihtiyacı içinde olduğu ve bu ihtiyacın arkaplanı; silahlı grupların kontrol ettiği ülke kesimlerinde sivillere erişim ve uluslararası insancıl hukuka riayet konusunda

37 Ibid.

38 Ibid., ss. 71-72.

39 Ibid., s. 72.

40 Ibid.

41 Ibid., s. 73.

42 Görüş Belgesi, supra dn. 1.

devlet-dışı grupların bilgilendirilmesi; bu gruplarla angajmandan kaynaklı sorunlar ve angajmanın hukuki dayanağı gibi konular açıklanmıştır.

ICRC'nin devlet-dışı silahlı gruplarla angajman ihtimalini değerlendirdiği durumlarda, başlıca sebebin, bu grupların faaliyet gösterdiği bölgelerde nüfus ve kişiler üzerinde potansiyel olumsuz etkiler olduğu söylenmektedir.<sup>43</sup> Buna göre, ICRC'nin bu gruplarla angajmanı insancıl gerekliliklerden kaynaklanmakta ve eğer ihtiyaç içindeki nüfusun acılarını azaltacak bir yardım faaliyeti yürütülecekse angajmanın zorunlu olduğu bildirilmektedir. Görüş Belgesi'nde bu hususlar şu dört noktada açıklanmıştır:

– Angajman, ilk olarak ICRC'nin uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmadan veya diğer bir şiddet durumundan etkilenen ve silahlı bir grubun faaliyette bulunduğu veya kontrol ettiği bir ülke kesiminde bulunup korunma ve yardım ihtiyacı içinde olan nüfuslara ve kişilere erişmesi için bir önkoşuldur.

– İkincisi, angajman, silahlı bir grubun, ICRC'nin bağımsız, nötr ve tarafsız bir insancıl organizasyon olduğunu anlamasını ve kabul etmesini ve insancıl görevlerini güvenli şekilde icra etmesine izin vermesini temin etmek için esastır.

– Üçüncüsü, angajman, hukuka saygı gösterilmesini sağlamak için uluslararası insancıl hukuku ve ilgili diğer yasal araçları tanıtmak ve böylelikle uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın ve diğer şiddet olaylarının mağdurlarının çektiği acıları engellemek veya hafifletmek için bir önkoşuldur.

– Dördüncüsü, ICRC 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nde, uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın taraflarına, devlet-dışı silahlı gruplar da dahil, hizmetlerini önerebilecek bir örgüt örneği olarak açıkça ismi anılan tek tarafsız insancıl organizasyondur.<sup>44</sup>

ICRC'nin bu tür silahlı gruplarla angajmanına ilişkin hukuki gerekçeler ise ayrı bir başlık altında toplanmıştır. Belgede, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların ve bunlarda rol oynayan devlet-dışı silahlı grupların sayısındaki artış her ne kadar nispeten yeni olsa da uluslararası insancıl hukukun bu konuyu düzenlemeleri arasına alması 1949 yılına uzanmaktadır denilmektedir.<sup>45</sup> Gerçekten 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin içinde “mini-sözleşme” olarak da anılan ortak 3'üncü madde “[m]illetlerarası mahiyette olmayan bir silahlı anlaşmazlık” durumuna hasredilmiştir. Madde insani muamele ilkesini ortaya koymakta ve anlaşmazlığa taraf teşkil edenlerden her biri[nin], en az olarak” uygulamakla yükümlü olduğu hükümleri saymaktadır. Bu hükümler ise, hayata yönelik saldırıları, zalimane muamele ve işkenceyi, rehin alma ve kişi onuruna karşı muameleleri ve yargısal güvenceler bulunmaksızın cezaya maruz bırakılmayı yasaklamaktadır.<sup>46</sup> Ortak 3'üncü Madde ICRC'ye, uluslararası nitelikte olmayan

43 Ibid., s. 2.

44 Ibid., ss. 2-3.

45 Ibid., s. 9.

46 Madde 3 fıkra 1 (a-d).

bir silahlı çatışmanın her iki tarafıyla ve dolayısıyla bir devlet-dışı silahlı grupta da angaje olabileceği bir görevi açıklıkla vermektedir. Ortak 3'üncü Madde'nin 2'nci fıkrasına göre, "Milletlerarası Kızılhaç Komitesi gibi tarafsız insani bir teşkilât, anlaşmazlık halinde taraflara hizmetlerini arz edebilecektir". Burada, ICRC'nin teklif edebileceği hizmetler sayılmamıştır ancak sahadaki insani acıları ve ihtiyaçları gidermeye yönelik her tür insancıl faaliyeti taraflara teklif etme konusunda ICRC yasal bir hakka sahiptir. Ancak tarafların, ICRC'nin insancıl hizmetlerini sunma teklifini kabul etme gibi bir yükümlülüğü ise bulunmamaktadır. Görüş Belgesi'nde, uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmada, ICRC'nin bu tür bir insancıl yardım teklifinin, dostça olmayan bir girişim veya hukuka aykırı bir müdahale olarak görülmemesi gerektiği ve yine, keyfi şekilde reddedilmemesi gerektiği düşünceleri yer bulmuştur.<sup>47</sup> Görüş Belgesi'nde vurgulanan husus, ICRC'nin bu tür bir yaklaşımının devlet egemenliğini ihlal veya ihlal tehdidi olarak görülmemesi gerektiğidir.

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar konusuna hasredilmiş Cenevre Sözleşmeleri'ne Ek 1977 II No.lu Protokol ise 1'inci Maddesinin 1'inci fıkrasında, ortak 3'üncü Maddeyi "mevcut uygulama koşullarını değiştirmeden, geliştiren ve tamamlayan" özellikte olduğunu bildirmiştir. Bu nedenle, II No.lu Ek Protokol'ün uygulama alanına giren uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaların varlığı durumunda, ICRC, hizmetlerini gerek devletlere gerekse de devlet-dışı silahlı gruplara teklif edebilir tespiti de Görüş Belgesi'nde yer almıştır.<sup>48</sup>

Uluslararası insancıl hukuk kurallarının uygulanması ve ICRC'nin hizmetlerini teklif etmesi "tarafların hukukî durumları üzerinde bir tesir icra etmeyecektir"<sup>49</sup>. Ortak 3'üncü Maddedeki bu açık ifade, bir iç çatışmada uluslararası insancıl hukuk kurallarının uygulanmasından ötürü, devlet-dışı bir silahlı grubun tanınması, hukuki statüsü veya hukuki veya siyasi meşruiyeti üzerine hiçbir değişiklik olmayacağına ilişkin devletlerin endişelerini gidermek için konulmuştur. Görüş Belgesi, tutarlı uygulamayla da bu kuralın doğrulandığını bildirmektedir. Ayrıca uluslararası insancıl hukuk, bir devletin devlet-dışı silahlı gruplarla tüm hukuka uygun araçları kullanmak suretiyle mücadele etme hakkını sınırlandırmadığı gibi silahlı grubun üyelerini, işledikleri suçlardan dolayı iç hukuka göre yargılama ve cezalandırma hakkını da etkilememektedir.<sup>50</sup> Görüş Belgesi, ICRC'nin hizmetlerini, devlet-dışı bir silahlı gruba teklif etmesi halinde, karşı taraftan kabul görmesi için öncelikle bu grupta bir diyalog yürütmek zorunda olduğunu ifade etmektedir. Görüş Belgesi, yukarıda aktarılan hukuki dayanaklara bir kez daha gönderme yapmak suretiyle, ICRC'nin ortak 3'üncü Maddede öngörülen görevinin devlet-dışı silahlı gruplarla da angajmanını gerektirdiğini ve bu gruplarla yürütülen diyalogun bu gruplara herhangi bir meşruiyet kazandırmadığını belirtmektedir. Burada elde edilen sonucun, sadece, bu grupların, sivilleri koruma aracı olarak hukuka daha fazla saygı göstermelerini sağlamaya yönelik olduğunu açıklamaktadır.<sup>51</sup>

47 Görüş Belgesi, supra dn. 1, s. 10.

48 Ibid.

49 Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi; Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi; Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile ilgili Cenevre Sözleşmesi, Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına ilişkin Cenevre Sözleşmesi, ortak Madde 3 para. 2/son.

50 Görüş Belgesi, supra dn. 1, s. 10.

51 Ibid.



Görüş Belgesinin son bölümünde, ICRC'nin bahsedilen faaliyet alanında karşılaştığı başlıca güncel zorluklar aktarılmıştır.<sup>52</sup> Ortak 3'üncü Maddenin sınıflandırması açısından bir iç çatışmanın uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma olarak sınıflandırılabilmesi için gereken iki kriter, yukarıda açıklandığı gibi i) çatışmalara dahil tarafların belli bir örgütlenme düzeyine sahip olması ve ii) şiddetin belli bir yoğunluğa ulaşmış olması şeklinde kabul görmektedir.<sup>53</sup> Bu doğrultuda, Görüş Belgesi, bir devlet-dışı silahlı grubun bir uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaya taraf olarak isimlendirilebilmesi için örgütlenme kriterini karşılaması gerektiğini bildirmektedir. Buna göre, uluslararası insancıl hukuk, uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın "taraflarından" söz etmektedir ve devlet veya devlet-dışı grup ayrımı yapmamaktadır, zira bir silahlı grubun bu yola başvurmakta amaçları veya kimin haklı veya haksız olabileceği gibi değerlendirmeler uluslararası insancıl hukukun ilgi alanına girmemektedir. ICRC'nin pozisyonunu bu şekilde açıklayan Görüş Belgesi'nde, bu türden devlet-dışı silahlı grupların gerek birçok uluslararası ve bölgesel enstrümanlarda gerek iç hukuk düzenlemelerinde terörist örgüt listelerinde yer almalarının, bunlarla insancıl amaçla angajmana giren ICRC çalışanları için yasal sonuçları bulunan bir tehlike oluşturduğu söylenmektedir. Zira, bu grupların kontrolü altında bulunan bir ülke kesiminde gıda maddeleri dağıtmak, çeşitli enstrümanlarda terörist olarak sınıflandırılan tutukluları ziyaret etmek, *hors de combat* durumdaki yaralı ve hastaları tedavi etmek veya bu gruplara insancıl hukuk kurallarını anlatan eğitimler düzenlemek, birçok devletin iç hukukunda, terör örgütlerine destek ve yardım gibi suçları teşkil ederek cezalandırılmayı gerektirecektir. Görüş Belgesi'nde ayrıca, ICRC'nin bu faaliyetlerinden ötürü sadece çalışanlarının bireysel yönden yasalar önünde cezalandırılmasından değil, ayrıca ICRC'nin (veya benzer faaliyet gösteren insancıl organizasyonların) da kurum olarak özellikle bir takım mali yaptırımlara uğrayabileceğinden veya bağışlardan yoksun kalacağından endişelendiği de görülmektedir. Görüş Belgesi'nde bu durumun 150 yıl önce ICRC'nin kurulma hedefleriyle çeliştiği ifade edilmektedir.

### III. DEĞERLENDİRME

1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin Ortak 3'üncü Maddesinin 2'nci fıkrasında öngörülen ICRC ve benzer insancıl organizasyonların, bir iç çatışmada taraflara hizmetlerini teklif etmesi hakkı, Cenevre Sözleşmeleri'nin 9/9/10'uncu Maddesinin, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda uygulanmak üzere uyarlanmış halidir ve dört Sözleşme'de de yer almıştır. 9'uncu Madde Sözleşme'ye konulurken temel alınan düzenleme ise 1929 Savaş Esirleri Sözleşmesi'nin 88'inci Maddesi olmuştur. 1929 Sözleşmesi'nin 88'inci Madde düzenlemesi, ICRC'nin Birinci Dünya Savaşı sırasındaki faaliyetlerini model almıştır. 1914 yılında çatışmalar henüz yeni başladığı sırada ICRC, daha önceki çatışmalarda sahip olduğu deneyimlere de dayanarak, Cenevre'de bir Harp Esirleri Merkez Ajansı oluşturmuş ve yakalanan askerler ile onların izini kaybeden aile üyelerinin bağını tekrar tesis etmeye çalışmıştır. Buna ilaveten, Lahey düzenlemelerinin verdiği

52 Ibid., ss. 11-12.

53 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, "International Humanitarian Law and the Challenge of Contemporary Armed Conflicts", ICRC Report, 2011, s. 8. <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-en.pdf>. (13.03.2021)

yetkiyi de kullanmak suretiyle yardım faaliyetlerinde bulunmuş ve enternelerin tutulduğu kamplara delegelerini göndermiştir.<sup>54</sup>

1949 yılına gelindiğinde uluslararası silahlı çatışmalar açısından, ICRC'nin veya herhangi bir tarafsız teşkilatın, çatışmanın taraflarının rızasıyla “yaralı ve hastalar ile sağlık ve dinî teşkilât üyelerini korumak için girişeceği insanî çalışmalara” engel olmayacağı yönünde bir düzenleme kabul edilmiştir.<sup>55</sup> Bu hükmün benzerinin ortak 3'üncü Maddede de yer alması ICRC tarafından memnuniyetle karşılanmıştır, zira uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar açısından tarafsız bir yardım kuruluşunun taraflara hizmetlerini teklif etme hakkının kabul edilmesinin bazı yararları olduğu düşünölmüştür.<sup>56</sup> Şöyle ki bu hüküm, ICRC veya diğer bir aynı işlevde örgütün insancıl yardım teklifi için yasal bir zemin oluştururken, bir devletin içişlerine hiç de dostça olmayan bir müdahale teşkil ettiği gerekçesiyle de reddedilemeyecektir.<sup>57</sup> Tabii tarafların her halükarda bu tür bir yardım teklifini kabul etme zorunlulukları yoktur ve ortak 3'üncü Maddenin gereklerini yerine getirme görevi öncelikle tarafların yükümlölüğüdür.<sup>58</sup> Diğer yandan her ülkenin kendi Ulusal Kızılaç veya Kızılay Toplulukları da bir iç silahlı çatışma sırasında ortaya çıkan yardım ulaştırma ihtiyaçlarına cevap vermekle görevlidir. Ancak ulusal toplulukların kapasitesinin yetersiz kalması durumunda ek yardım gerekebilir. Böyle bir durumda insancıl yardım teklifini geri çeviren bir çatışma tarafı, ağır bir ahlaki sorumluluk altında kalacaktır.<sup>59</sup>

1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin Jean Pictet editörlüğünde hazırlanan ve 1952'de yayımlanan ilk şerhleri okunduğunda, ICRC'nin yaklaşımında, 1949 Sözleşmeleri'nin yapıldığı zaman ile Görüş Belgesi'nin yayımlandığı Mart 2021 arasında temel esaslar yönünden herhangi bir fark bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu temel esaslar üzerinde hemen herkes uzlaşmakla birlikte bunların uygulanmasıyla ilişkili bazı temel anlayış farklılıkları gözlemlenebilir. Görüş Belgesi'nde genel hatlarıyla ICRC'nin iç silahlı çatışmalarda sivillere yardım ulaştırması yükümlölüğünden ve bunu hangi unsurlarıyla yerine getirdiğinden söz edilmektedir. Görüş Belgesi'nde yer alan bu hususlar, ICRC'nin önceki çalışmalarıyla ve özellikle de 2009 yılında derlenen Yorumlayıcı Rehber ile birlikte ele alındığında neden çeşitli görüş ayrılıklarının ortaya çıktığı daha iyi anlaşılabilir.

Bilindiği gibi uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda Sözleşmeler'den kaynaklı bir savaşçı (*combatant*) kavramına/statüsüne yer verilmemiştir. Aslen uluslararası silahlı çatışmalar için tespit edilmesi mümkün olan bu statüye kimlerin sahip olacağı ise dolaylı olarak III No.lu Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile ilgili Cenevre Sözleşmesi'nin 4'üncü Maddesinden yola çıkarak tespit edilebilir.

54 Jean S. PICTET (Ed.), **Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field**. Geneva, 12 August 1949, **Commentary**, Geneva, 1952. s. 103.

55 Harp Halindeki Silahlı Kuvvetlerin Hasta ve Yaralılarının Vaziyetlerinin İslahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi, Madde 9; Silahlı Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin İslahı Hakkında Cenevre Sözleşmesi, Madde 9; Harp Esirlerine Yapılacak Muamele ile ilgili Cenevre Sözleşmesi, Madde 9, Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi, Madde 10

56 Commentary 1952, supra dn. 54, s. 48.

57 Ibid.

58 Ibid., s. 58.

59 Ibid.

Ancak, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar yönünden de kimlerin bir iç silahlı çatışmaya varan boyuttaki şiddet eylemlerine aktif şekilde katıldığını tespit edip bunları sivil halktan ayırmak önem taşır, zira aksi takdirde uluslararası insancıl hukukun temelinde yatan ayırt etme ilkesinin uygulanma imkânı kalmaz.

Bu nedenle, uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar açısından da ayırt etme ilkesinin uygulanabilmesi yönünden bir savaşçı (*fighter*)/sivil ayrımından söz etmek gerekli görülmüştür. Burada, bir iç silahlı çatışmada pratik amaçlarla savaşçı olarak nitelendirilmek, bu kişilere iç hukukta öngörülenden farklı bir ayrıcalık veya statü sağlamaz. İç hukukta bu kişiler için terörist veya isyancı veya diğer bir sınıflandırmanın varlığı, pratik sebeplerle yapılan savaşçı/sivil ayrımı ile ters düşmez. Yakalandıkları takdirde savaş esiri veya benzeri ayrıcalıklardan yararlanmalarına imkân bulunmaz, zira Sözleşmeler'de savaş esirleri düzenlemesi yalnızca uluslararası nitelikte silahlı çatışmalar açısından öngörülmüştür. Uluslararası silahlı çatışmaların aksine, iç silahlı çatışmalarda çatışma fiillerine katılan kişiler sırf bu nedenle yargılanıp cezalandırılabilirler. Tabii tüm bu prosedürlere uluslararası ve bölgesel insan hakları antlaşmalarının sağladığı güvencelerin de uygulanacağı bilinmektedir.

Anılan bu temel hususlarda ICRC'nin yaklaşımı ve devletler arasında genellikle görüş ayrılıkları bulunmamaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi silahlı çatışma fiillerine karışan kişilerin belirlenmesi ve bu kişilere insancıl hukukun sivillere sağladığı korumanın ne şartlarda uygulanacağı gibi konularda ICRC'nin yaklaşımı ile birçok devletin ve yetkin uzmanların yaklaşımları arasında ise önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılıkların özellikle ortaya çıktığı durum, Görüş Belgesi'nde sivillere yardım amacı dikkate alındığında, sivil sınıflandırmasının muğlak bir niteliğe bürünmesidir (*“revolving door” of civilian protection*).

Geçmiş çalışmalarından dolayı, uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmaya ilişkin olarak ICRC'nin sivil tanımının, belirli bir zaman dilimi içerisinde (*for such time*) muhasamata doğrudan katılmayan şahısları kapsadığı hatırlanabilir. ICRC'nin zaman zaman muhasamata doğrudan katılan şahıslarla ilgili yaptığı, her bir olaya ilişkin olarak kişinin “sivil” veya “savaşçı” statüsünün belirlenmesi değerlendirmesi yetkin uzmanlar tarafından da eleştirilmiştir.<sup>60</sup> Sivillerin korunmasında bu tür bir “döner kapı” anlayışının, hedef belirlenirken verilebilecek keyfi kararlara karşı en üst düzeyde koruma sağladığını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır.<sup>61</sup> Bu tarz bir çözüm, bu yazarlara göre,

60 SCHMITT, 2010, ss. 16-18. Diğer eleştirel yaklaşımlar için ayrıca bkz. Kenneth WATKIN, “Opportunity Lost: Organised Armed Groups and the ICRC ‘Direct Participation in Hostilities’ Interpretive Guide”, **NYU Journal of International Law and Politics**, 2010, ss. 641-693; Bill BOOTHBY, “And For Such Time As’: The Time Dimensions to Direct Participation in Hostilities”, **NYU Journal of International Law and Politics**, 2010, ss. 741-768; W. Hays PARKS, “Part IX of the ICRC ‘Direct Participation in Hostilities’ Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect”, **NYU Journal of International Law and Politics**, Vol. 42, 2010, ss. 769-830.

61 Nils MELZER, “Keeping the Balance Between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC’s Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities”, **NYU Journal of International Law and Politics**, 2010, s. 867. (831-916); Shannon BOSCH, “The International Humanitarian Law Notion of Direct Participation in Hostilities – A Review of the ICRC Interpretive Guide and Subsequent Debate”, **PER / PELJ**, Vol. 17, No 3, 2014, s. 1039.

uluslararası insancıl hukukun temel ilkeleri, özellikle ayırt etme ve gereksiz acıların engellenmesi, ile tam bir uyum içindedir.<sup>62</sup> Bu görüşün savunucuları, “sürekli bir savaş işlevi” (*continuous combat function*) kavramının, “gündüz çiftçi, gece savaşçı” (*farmer by day, fighter by night*) sakıncasını ortadan kaldırmaya yeterli olduğunu düşünmektedirler. Buna göre, sürekli bir savaş işlevi yerine getiren devlet-dışı silahlı grubun üyeleri, çatışmanın taraflarından birine münferiden dolayı destek veren kişilerden kolayca ayrılabilir ve bu ikinci grup kişiler, siviller olarak askeri saldırılara karşı korunurlar.

Bu görüşe karşı Schmitt, haklı olarak her bir operasyonda, hedef alınan kişilerin her biri için, “sürekli bir savaş işleviyle” mensubiyet ve bunun son bulduğu durumların değerlendirilmesinin uygulamada mümkün olmadığını ileri sürmektedir.<sup>63</sup> Buna göre, örgütlü bir silahlı grubun sürekli bir savaş işlevi yerine getiren üyeleri, her an askeri bir hedef olabilirken bu örgütle ilişkili olarak münferiden silaha sarılan şahıslar sivillere sağlanan korumadan yararlanmalıdırlar ve ancak silaha sarıldıkları zaman diliminde hedef alınabilirler. İşte Schmitt bu iki kategoriyi ayırt etmeye çalışmanın uygulamada mümkün görünmediğini vurgulamıştır. Zira bir kişi devlet-dışı bir silahlı grubun içerisinde silahlı bir çatışmaya katıldı ise, devlet kuvvetleri bu gruba karşı bir sonraki operasyonu planlarken söz konusu kişinin belirli aralıklarla mı yoksa sürekli mi çatışmalarda yer aldığını gerçekten tespit edemeyecektir.<sup>64</sup>

Bu doğrultuda, bir iç silahlı çatışma durumunda, devletlerin zaten çoğu zaman terörle ilişkili yasaları altında terrorist olarak sınıflandırdığı kişilerle ilgili, devletlerin daha fazla çekimserliğine yol açacak sınıflandırmalar yapmak yardımcı olmaktan çok zorluğa yol açabilir. Zira uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmaya uyarlanan “sivil” ve “savaşçı” kavramlarının, geçişli bir nitelik taşıması, ICRC'nin insancıl yardımlarının kimlere yönelik olduğu hakkında daha fazla endişeye yol açabilir.

## SONUÇ

Uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmada askeri saldırıya karşı korunacak ve ICRC'nin amaçları açısından insancıl yardım ulaştırılacak kişi kategorisinin böyle bir esneklik ve değişkenlik göstermesi, ICRC'nin insancıl hizmetlerini sunma hakkındaki teklifini devletlerin geri çevirmesinde bir sebep olarak ortaya çıkabilir. Şüphesiz ICRC'nin uluslararası insancıl hukuk enstrümanlarının yorumunda ve uygulanmasında katkısı çok büyüktür. Fakat devletlerin taraf oldukları antlaşmalarda açıkça bildirilmeyen hususların, yorumlayıcı *soft-law* belgeler aracılığıyla uygulamada birer yükümlülük olarak ortaya konulmasının kısmen zararlı sonuçları da olabilir. Bu eğilim nedeniyle devletler, özellikle silahlı çatışmalar konusunda antlaşmalara taraf olmaktan imtina eder hale gelebilir. Özellikle de uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmada hükümet güçlerinin, devlet-dışı silahlı gruplardan adeta daha dezavantajlı bir duruma gelmesine yol açacak yorumlarda

62 BOSCH, 2014, s. 1039.

63 SCHMITT, op. cit. s. 23.

64 Ibid.

bu tehlike daha fazla ortaya çıkabilir. Bu da uluslararası insancıl hukukun sivililerin korunması ve gereksiz acıların giderilmesi amaçlarına hizmet eden bir sonuç olmayacaktır.

## KAYNAKÇA

- 31st International Conference of the Red Cross and Red Crescent, "International Humanitarian Law and the Challenge of Contemporary Armed Conflicts", ICRC Report, 2011. <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-en.pdf>. (13.03.2021)
- BATUR YAMANER, Melike et al., 12 Ağustos 1949 Tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek Protokolleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 42, İstanbul.
- BOOTHBY, Bill, "And For Such Time As: The Time Dimensions to Direct Participation in Hostilities", NYU Journal of International Law and Politics, 2010, ss. 741-768.
- BOSCH, Shannon, "The International Humanitarian Law Notion of Direct Participation in Hostilities – A Review of the ICRC Interpretive Guide and Subsequent Debate", PER / PELJ, Vol. 17, No 3, 2014, ss. 999-1046.
- HENCKAERTS, Jean-Marie ve Louise DOSWALD-BECK, Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt I: Kurallar, (çev) A. Emre ÖKTEM et al., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 66, İstanbul, 2005.
- ICRC Engagement with Non-State Armed Groups: Why, how, for what purpose, and other salient issues ICRC Position Paper, March 2021. [https://www.icrc.org/sites/default/files/wysiwyg/Activities/Humanitarian-diplomacy/icrc\\_engagement\\_with\\_non-state\\_armed\\_groups\\_position\\_paper.pdf](https://www.icrc.org/sites/default/files/wysiwyg/Activities/Humanitarian-diplomacy/icrc_engagement_with_non-state_armed_groups_position_paper.pdf). (13.03.2021)
- ICRC, Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 2nd edition, 2016, <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/full/GCI-commentary>. (13.03.2021)
- International Criminal Court (ICC), Elements of Crimes, 2011, [https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Publications/Compendium/ElementsOfCrime-ENG.pdf](https://asp.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/Compendium/ElementsOfCrime-ENG.pdf). (13.03.2021)
- KURTDARCAN, Bleda Rıza, Muharebe Alanının Yeni Aktörleri: Askeri Yükleniciler, Beta, İstanbul, 2017.
- LAWAND, Kathleen, Interview – What is a non-international armed conflict?, <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/interview/2012/12-10-niac-non-international-armed-conflict.htm>. (13.03.2021)
- MELZER, Nils, "Keeping the Balance Between Military Necessity and Humanity: A Response to Four Critiques of the ICRC's Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities", NYU Journal of International Law and Politics, 2010, ss. 831-916.
- MELZER, Nils, Interpretive guidance on the notion of direct participation in hostilities under international humanitarian law, ICRC, 2009. <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc->
- ÖKTEM, Emre, Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, Derin Yayınları, İstanbul, 2007.
- PARKS, W. Hays, "Part IX of the ICRC "Direct Participation In Hostilities" Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect", NYU Journal of International Law and Politics, Vol. 42, 2010, ss. 769-830.
- PICTET, Jean S. (Ed.), Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949, Commentary, Geneva, 1952.
- SANDOZ, Yves /Christophe SWINARSKI/Bruno ZIMMERMANN, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, ICRC, Geneva, 1987.
- SCHMITT, Michael, "The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis", Harvard National Security Journal, Vol. 1, 2010, ss. 5-44.

TAŞDEMİR, Fatma, Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur, İnsancıl Hukuka Giriş, Beta, İstanbul, 2006.

VITE', Sylvain, "Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual Situations", International Review of the Red Cross, Volume 91 Number 873 March 2009.

WATKIN, Kenneth, "Opportunity Lost: Organised Armed Groups and the ICRC 'Direct Participation in Hostilities' Interpretive Guide", NYU Journal of International Law and Politics, 2010, ss. 641-693.

# Uluslararası Hukukta İsnat Meselesi Bakımından Soykırım İddiaları ve Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası'nın Değerlendirilmesi

## Evaluation of the Genocide Claims and the Ottoman Armenians Genocide Allegation in terms of the Issue of Attribution in International Law

Hakkı Hakan Erkiner \* 

### ÖZ

Bu makâlede devletlerin uluslararası sorumluluğu dairesinde uluslararası hukukta isnat meselesi bakımından soykırım iddiaları ve bu çerçevede Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası isnat unsurunun ispâtı şartı bakımından değerlendirilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Birinci Dünya Savaşı Esnasında Vukû Rivâyet Edilen Osmanlı Ermenileri Kırımı'na ilişkin Osmanlı Ermenileri Soykırımı iddiasından dolayı uluslararası sorumluluğu uluslararası hukuka göre ileri sürülemez; Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme uluslararası hukuka göre geçmişe etkili olmasa da; Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası hakkında uluslararası yargı kararı bulunmasa da; eldeki makâlede, belirtilen bu üç hukukî engel yokmuşçasına, uluslararası hukukta isnat meselesi bakımından soykırım iddialarına uygulanan uluslararası sorumluluk hukuku usûlünü incelemiş ve Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası'nı değerlendirmiş bulunmaktayız. Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası için uluslararası hukuka göre değerlendirmemiz odur ki, uluslararası hukuk bakımından orta yerde ne ihlâl unsuru bulunan, ne isnat edilmek için kanıtlanması gerekenlerin ispâtı şartı yerine gelmiş, ne de var olan bir devlete karşı uluslararası sorumluluğun ileri sürülebildiği mevcut bir uluslararası haksız fiil vardır.

**Anahtar Kelimeler:** Uluslararası Hukuk, Uluslararası Sorumluluk, Uluslararası Haksız Fiil, Uluslararası Hukuka Aykırı Eylem, İsnat, Atfedilme, Soykırım, Ermeni, Türkiye, Osmanlı, Birleşmiş Milletler, Uluslararası Hukuk Komisyonu, A/RES/56/83, Uluslararası Adalet Divanı, BM, UAD, UHK, TC

### ABSTRACT

In this article, the genocide allegations in terms of the issue of attribution in international law within the scope of the international responsibility of the states and in this framework, the Ottoman Armenians Genocide Allegation has been evaluated with regard to the burden of proof of the attribution element. Although the international responsibility of the Republic of Turkey due to the claim of the Ottoman Armenians Genocide related to the Massacre of the Ottoman Armenians during the First World War cannot be claimed under international law; although the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide is not retroactively effective under international law; although there is no international court decision regarding the Ottoman Armenians Genocide Allegation; in the present article, we have examined the international law of responsibility procedure applied to genocide claims in terms of the issue of attribution in international law, and evaluated the Ottoman Armenians Genocide Allegation, as if these three legal obstacles did not exist. Our evaluation of the Ottoman Armenians Genocide Claim according to international law is that, in terms of international law, there is neither an element of violation, nor a burden of proof of what needs to be proven to be attributed, nor an internationally wrongful act against which an existing state can be asserted.

**Keywords:** International Law, International Responsibility, Internationally Wrongful Act, Attribution, Genocide, Armenian, Turkey, Ottoman, United Nations, International Law Commission, A/RES/56/83, International Court of Justice, UN, ICJ, ILC, TR

\* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Hakkı Hakan Erkiner

**E-posta/E-mail:** herkiner@marmara.edu.tr.

**Geliş Tarihi/Received:** 01.04.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 20.05.2021

## GİRİŞ

Eldeki çalışma hukukî bir incelemedir, hukuksal bir söylemdir, uluslararası hukuk usûlüne ilişkin bir araştırmadır; târihe ilişkin bir inceleme değildir. Çalışmada, devletlerin uluslararası sorumluluğu dâiresinde uluslararası hukukta isnat meselesi bakımından soykırım iddiaları ve bu çerçevede Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası isnat unsurunun ispâtı şartı bakımından değerlendirilmektedir. İsnat unsurunun ispâtı şartı, anılan iddianın hukuken gerçek olup olmadığını belirler. Eldeki çalışmada hukukî sonuçlara varılması için ispatları gerekli hukukî unsurlar ortaya konulmaktadır. Çalışmada belirtilen ispâtı şart olan unsurların varlığına ve yokluğuna ilişkin belirleme, olayların gerçekliğine, daha doğrusu varsa, ileri sürülen kanıtların gerçekliğine ve geçerliliğine ilişkin bir incelemenin konusudur. Somut olarak ispat ile varlıkları hukuk bakımından gerçek kılınmamış hususlar, hukukî gerçek değildir. İspâtı şart olan unsurların varlığı, bir iddianın gerçekliğinin, iddiada bulunan tarafından ispat edilmesini gerektirir. Hukuk bakımından bu ispat yükümlülüğü iddiacı tarafından yerine getirilmediğinde, olmuş olduğu iddia edilenlerin hukukî bir gerçekliği ve sonucu olmaz. Hukuk bakımından sonuçsuz, gerçeklikleri hukuk boyutunda oluşmamış, hukuk düzleminde varlık kazanmamış, vukû rivâyet edilegelen bir takım mitlerden ibâret bitimsiz iddia çabaları, ancak eldeki çalışmada belirtildiği gibi, ispâtı şart olan hukukî unsurlar bilindiğinde doğru yerlerinde algılanabilirler. Fabrikasyon ve dolayısıyla sahte kanıtlar, fabrike edildikleri dolayısıyla sahte oldukları gösterildiği anda, bu çalışmada işaret edilen isnat unsuruna ilişkin ispat şartını karşılamaktan âcizdirler. Çalışmanın gâyesi, târihî hakikati ve fabrikasyon kanıtları tartışmak değil fakat neyin ve nasıl kanıtlanması gerektiğini göstermektir. Hukukî gerçeğe göre tek bir metodolojik ilke vardır: Uluslararası hukukta isnat unsuru, ispat şartını gerektirir. İspattan âciz hususlar, unsur mertebesine yükselmezler. Unsur, bir hukukî gerçeğin var olduğunun yâni iddia edildiği gibi olduğunun kanıtlanması için mevcûdiyeti ispat edilmesi gereken asgarî husustur. Şâyet söz söylenen düzlem hukukî düzlemse bu böyledir. Hukukî söylemin alaşağı edildiği bir dejenere siyâsî düzlem ve mistifikasyona batmış bir fabrikasyon bağlam da eldeki çalışmanın dışarıda bıraktığı bir boyuttur.<sup>1</sup>

1 Fabrikasyon bağlam hususunda karakteristik bir örnek için bkz. David Tolbert, “The Armenian Genocide: 100 Years of Denial (And Why It’s In Turkey’s Interest to End It)”; ICTJ, 24.04.2015; <https://www.ictj.org/news/armenian-genocide-100-years-denial> (05.05.2021); bunun gibi bkz. <https://encyclopedia.ushmm.org/content/tr/article/the-armenian-genocide-1915-16-in-depth> (07.05.2021); ve <https://turkish.armenian-genocide.org/index.html> (07.05.2021) veya <https://www.armenian-genocide.org/> (07.05.2021). Aksi istikâmette ise bkz. Pulat Tacar, “Ermenistan Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’na Başvursun ve Uluslararası Adalet Divanı’nda Türkiye Aleyhine Dava Açsın”, Ermeni Araştırmaları, sayı 36, 2010, ss. 163-189; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/639737> (06.05.2021); ayrıca bkz. Doğanay Eryılmaz, “Ermeni Literatüründe Anıların Niteliği ve Yazılış Amaçları”, Ermeni Araştırmaları, sayı 39, 2011, ss. 187-212; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/639706> (06.05.2021); ayrıca bkz. Sadi Çaycı, “Milletlerarası Hukukta Soykırım Kavramı: 1915 Ermeni Olayları Açısından William A. Schabas’ın Görüşleri”, Ermeni Araştırmaları, sayı 40, 2012, ss. 85-94; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/639685> (06.05.2021); ve, William A. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2009, kitapta özellikle “*State responsibility and the role of the International Court of Justice*” için ss. 491-519 [Schabas, W. (2009). *State responsibility and the role of the International Court of Justice*. In *Genocide in International Law: The Crime of Crimes* (pp. 491-519). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO978.051.1575556.012]; ayrıca bkz. Maxime Gauin, “Sahteciliğe Karşı Tarihsel Araştırma Aram Andonyan’ın Naim Bey’in Hatıraları ve Hakikiliğini Savunmak İçin Yapılan Çağdaş Girişimler”, Ermeni Araştırmaları, sayı 40, 2012, ss. 133-202; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/639693> (06.05.2021); ayrıca bkz. Hatem Cabbarlı, “Ermeni Siyasal Düşüncesinde Terörizm”, Ermeni Araştırmaları, sayı 45, 2013, ss. 143-176; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/639525> (06.05.2021); Hazel Çağan, “Ermeni Kültürü ve Ermeni Propagandası”, Ermeni Araştırmaları, sayı 46, ss. 199-212; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/639473>



Çalışmanın gâyesi orada bitmektedir çünkü mevcut/nâmevcut olayların tartışılması hukuken eldeki makâlede yapılan hukuk usûlü incelemesi değil meselenin esastan ele alınmasıdır.

Uluslararası Hukukta İsnat Meselesi Bakımından Soykırım İddiaları ve Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası'nın Değerlendirilmesi başlıklı eldeki bu makâle bağlantılı üç bölümden oluşmaktadır. Bölüm başlıkları, temel ilke ve ana esasları ile uluslararası sorumluluk hukuku (I); uluslararası sorumluluk hukukunda isnat meselesine ilişkin kurallar (II), uluslararası hukuk usûlü kuralları, soykırım iddiaları ve Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası'nın değerlendirilmesi (III) biçiminde sıralanmaktadır.

Birinci bölümde, Temel İlke Ve Ana Esasları İle Uluslararası Sorumluluk Hukuku (I) başlığı altında, devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukuk kuralları (A); ihlâl edildiği iddia edilen uluslararası yükümlülüğün yürürlükte olan bir kuraldan kaynaklanması (B); uluslararası sorumluluğun doğumu için ispat edilmesi gereken esas şart olarak uluslararası haksız fiilin varlığının ispâtı (C); uluslararası haksız fiilin varlığının ispâtı için ispat edilmeleri şart olan asli unsurlar olarak uluslararası haksız fiili oluşturan ihlâl ve isnat unsurları (D); uluslararası haksız fiilin unsuru olarak ihlâl şartı (E); uluslararası haksız fiilin unsuru olarak isnat şartı (F); uluslararası haksız fiilden kaynaklanan uluslararası sorumluluğun neticesi olarak onarım yükümlülüğü (G) işlenmektedir.

İkinci bölümde, Uluslararası Sorumluluk Hukukunda İsnat Meselesine İlişkin Kurallar (II) başlığı altında, devlet organlarının davranışlarının isnat edilmesi (A); kamu gücü yetkilerini kullanırken bir kişinin ya da bir birimin davranışının isnat edilmesi (B); bir devlete bir başka devlet tarafından emrine verilmiş bir organın davranışının isnat edilmesi (C); yetki aşımı ya da tâlimatlara aykırı davranışın isnat edilmesi (D); devletin yönlendirmesi ya da denetimi altında iken ki davranışın isnat edilmesi (E); resmî otoritelerin yokluğu ya da yetersizliği hâlindeki davranışın isnat edilmesi (F);

(06.05.2021); Ahmet Şahin, "Türk'ü Öğretmek: Ermeni Tarih Ders Kitaplarında Türk İmgesi", Ermeni Araştırmaları, sayı 46, 2013, ss. 241-244; <https://dergipark.org.tr/tr/pub/erma/issue/43030/521000> (06.05.2021); Jeremy Salt, "Ermeni Tehciri: Askeri Mecburiyet Gereçesi", Ermeni Araştırmaları, sayı 48, 2014, ss. 65-76; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/639389> (06.05.2021); Farhad Mammadov, "Ermeni Soykırımı: Tarihsel Bir Gerçek Değil, Siyasi Bir Masal", Ermeni Araştırmaları, sayı 48, ss. 109-120; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/639393> (06.05.2021); Farhad Mammadov, "Armenian Genocide: Not A Historical Fact, Rather Political Myth", Review of Armenian Studies, No. 29, 2014, ss. 115-126; <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/777567> (07.05.2021); Ebru Çoban Öztürk, "Tarih, Travma ve Kimlik: Ermeni Diasporasında Kimlik ve Kimliğin Yeni Nesillere Aktarımı", Ermeni Araştırmaları, sayı 52, 2015, ss. 141-167; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/638612> (06.05.2021); İlyas Doğan (Editör), Uluslararası Hukuk Boyutuyla 1915 Olayları, Astana, Ankara, 2016; Yusuf Halaçoğlu, Ermeni Tehciri, BKY, İstanbul, 2015; Yusuf Halaçoğlu, Sürgünden Soykırımı Ermeni İddiaları, BKY, İstanbul, 2015; Genel Kurmay Başkanlığı, Arşiv Belgeleriyle Ermeni Faaliyetleri 1914-1918, Cilt I-II, Genelkurmay ATASE ve Genelkurmay Denetleme Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2005; Genel Kurmay Başkanlığı, Arşiv Belgeleriyle Ermeni Faaliyetleri 1914-1918, Cilt III-IV, Genelkurmay ATASE ve Genelkurmay Denetleme Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2006; Genel Kurmay Başkanlığı, Arşiv Belgeleriyle Ermeni Faaliyetleri 1914-1918, Cilt V-VI, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2006; Genel Kurmay Başkanlığı, Arşiv Belgeleriyle Ermeni Faaliyetleri 1914-1918, Cilt VII, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2007; Genel Kurmay Başkanlığı, Arşiv Belgeleriyle Ermeni Faaliyetleri 1914-1918, Cilt VIII, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2008; Gündüz Aktan, "The Armenian Issue - Ermeni Sorunu" in Gündüz Aktan, What He Said and What He Wrote - Söyledikleri ve Yazdıkları, Özyurt Matbaacılık, Ankara, 2012, ss. 173-280; [https://www.mfa.gov.tr/site\\_media/html/gunduz-aktan-kitap-soyledikleri-ve-yazdiklari.pdf](https://www.mfa.gov.tr/site_media/html/gunduz-aktan-kitap-soyledikleri-ve-yazdiklari.pdf) (06.05.2021); ayrıca bkz. <https://www.yenisafak.com/gundem/emekli-tumamiral-ehat-yayci-ermenilerin-yol-haritasini-4-t-ile-anlatti-terror-tanima-tazminat-toprak-3622372> (08.05.2021); [https://www.mfa.gov.tr/no\\_-160\\_-24-nisan-hk.tr.mfa](https://www.mfa.gov.tr/no_-160_-24-nisan-hk.tr.mfa) (09.05.2021).

bir isyan hareketinin ya da benzerinin davranışının isnat edilmesi (G); devlet tarafından kendisinin olarak tanınan ve benimsenen davranışın isnat edilmesi (H) işlenmektedir.

Üçüncü ve son bölümde, Uluslararası Hukuk Usûlü Kuralları, Soykırım İddiaları Ve Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası'nın Değerlendirilmesi (III) başlığı altında, isnat meselesine ilişkin kuralların soykırım iddialarına uygulanması çerçevesinde devletin sorumluluğu bakımından ihlâl edildiği iddia edilen yükümlülüğün yürürlükteki ve devletin bağlı olduğu bir uluslararası hukuk kuralından kaynaklanması şartı ve ihlâl teşkil ettiği iddia edilen davranışın devlete isnat edilebilmesi şartı (A); Askerî ve Yarı Askerî Faâliyetler Dâvâsı ile Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Dâvâda Uluslararası Adâlet Divânı tarafından isnat kuralının uygulanması ve yerleşen içtihat olarak devletin sorumluluğu bakımından isnat şartı için A/RES/56/83 mad. 4'e göre isnat ispat edilemiyorsa, A/RES/56/83 mad. 8'in uygulanmasında aranan tamâmen bağlılık veya etkin denetim şartı (B); uluslararası hukuktaki isnat meselesi bakımından bir soykırım iddiasının örnek olarak incelenmesi: Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası'nın ispat şartı dâiresinde değerlendirilmesi (C) işlenmektedir.

## I. TEMEL İLKE VE ANA ESASLARI İLE ULUSLARARASI SORUMLULUK HUKUKU

Temel İlke Ve Ana Esasları İle Uluslararası Sorumluluk Hukuku (I) başlığı altında, devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin uluslararası hukuk kuralları (A); ihlâl edildiği iddia edilen uluslararası yükümlülüğün yürürlükte olan bir kuraldan kaynaklanması (B); uluslararası sorumluluğun doğumu için ispat edilmesi gereken esas şart olarak uluslararası haksız fiilin varlığının ispâtı (C); uluslararası haksız fiilin varlığını ispâtı için ispat edilmeleri şart olan aslî unsurlar olarak uluslararası haksız fiili oluşturan ihlâl ve isnat unsurları (D); uluslararası haksız fiilin unsuru olarak ihlâl şartı (E); uluslararası haksız fiilin unsuru olarak isnat şartı (F); uluslararası haksız fiilden kaynaklanan uluslararası sorumluluğun neticesi olarak onarım yükümlülüğü (G) işlenmektedir.

### A. Devletlerin Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Uluslararası Hukuk Kuralları

Birleşmiş Milletler (BM) Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu'na ilişkin maddeler metni çalışması,<sup>2</sup> devletin icrâi veya

2 Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts; <https://undocs.org/en/A/RES/56/83> (28.04.2021); Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite; <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (28.04.2021); Türkçe tercümesi için bkz. Hakkı Hakan Erkiner, "Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Milletlerarası Sorumluluğu", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2008, ss. 315-334; <https://marmara.academia.edu/HakkıHakanErkiner> (28.04.2021); <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp> (28.04.2021); Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, On İki Levha, İstanbul, 2010, ss. 307-327; Hakkı Hakan Erkiner, Tercüme – Devletin Uluslararası Sorumluluğu Maddeleri – Responsibility of States – Responsabilité de l'État; <https://marmara.academia.edu/HakkıHakanErkiner> (28.04.2021); ayrıca uluslararası sorumluluk kavramı için bkz. Hakkı Hakan Erkiner, "Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Kaynağı ve Sonuçları – Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Çalışmaları ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında", Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Ekim 2002; <https://marmara.academia.edu/HakkıHakanErkiner> (07.05.2021); Hakkı Hakan Erkiner, "Uluslararası Topluluk Kavramı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt

ihmâlî suretteki davranışlarla işlenen uluslararası haksız fiillerinden ötürü sorumluluğunun doğmasını ve bu sorumluluktan meydana gelen sonuçları düzenleyecek ikincil kuralları ortaya koymak ve uluslararası hukukun bu konudaki gelişimini sağlamak ve kodifikasyonunu gerçekleştirmek amacıyla yapılmıştır.<sup>3</sup> UHK, anılan maddeler çalışmasını devletlerin uygulamalarından serimleyerek ve uluslararası yargı kararlarından çıkarımlayarak kaleme almıştır. Dolayısıyla bu maddelerde içkin, diğer ifade ile mündemiç olan kurallar uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarını yansıtmaktadır. Belirtilen bu maddelerin hedefi, ihlâl edilmeleri ile uluslararası sorumluluğun doğacağı uluslararası yükümlülüklerin içeriklerinin tanımlanması değildir. Bu tanımlamayı yapmak ancak birincil kuralların işlevidir. Uluslararası yükümlülüklerle ilişkin anılan birincil kurallar, uluslararası hukukun çok büyük bir parçasını oluşturan teâmülî ve konvansiyonel pozitif uluslararası hukuk kuralları içerisinde bulunurlar. Bu çerçevede bir uluslararası hukuk kuralından kaynaklanan yükümlülüğün yüklediği davranış yükümlülüğünü tanımlamak ile bu yükümlülüğe aykırı bir davranış sergilendiğinde uygulanacak sorumluluk kurallarını tanımlamak iki farklı uğraştır.

Uluslararası hukukun yüklediği birincil bir yükümlülüğe bir devletin uygun davranıp davranmadığını belirlerken çözülmesi gereken bir dizi hukûkî sorun vardır. Bunlar, iç hukuktan bağımsız olarak anılan birincil yükümlülüğü yükleyen birincil uluslararası hukuk kuralının belirtilen devlet için değerinin ne olduğunun tespiti; bir uluslararası hukuk kişisi olarak bir davranışın bir devlete isnat edilmesine ilişkin şartların ne olduğunun tespiti; bir uluslararası yükümlülüğün ihlâlî durumunda ihlâl oluşturan davranışın süresinin ve ihlâlî oluştuğu zamânın ne olduğunun tespiti; bir devletin uluslararası haksız fiil teşkil eden bir davranışından dolayı bir başka devletin uluslararası sorumluluğunun ne olduğunun tespiti; bir devletin uluslararası haksız fiil teşkil eden bir davranışının uluslararası hukuka uygunluk sebeplerinin ne olduğunun tespiti; bir devletin uluslararası sorumluluğunun kapsamının ve sonuçlarının ne olduğunun tespiti; uluslararası sorumluluktan ötürü uygulanabilecek karşıönlemlerin ne olduğunun tespitidir. Bütün bu tespitlerin çözülmesi uluslararası sorumluluğa ilişkin ikincil uluslararası hukuk kurallarının çerçevesi içerisine girer.

### **B. İhlâl Edildiği İddia Edilen Uluslararası Yükümlülüğün Yürürlükte Olan Bir Kuraldan Kaynaklanması**

Bir devletin kendisi için yürürlükte olan ve kendisine uluslararası yükümlülük yükleyen bir uluslararası hukuk kuralı ile bağlılığı meselesi, uluslararası hukukun kaynaklar konusunu ilgilendiren bir meseledir. Kaynaklar konusu içerisinde de uluslararası antlaşmalar hukuku ve uluslararası örf

16, Sayı 1-2, Yıl 2010, ss. 39-7; <https://marmara.academia.edu/HakkıHakanErkiner> (07.05.2021); Hakkı Hakan Erkiner, "Uluslararası Topluluk Kavramının Başlıca Görünümleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 16, Sayı 1-2, Yıl 2010, ss. 77-133; <https://marmara.academia.edu/HakkıHakanErkiner> (07.05.2021); Hakkı Hakan Erkiner, "Yirmi Birinci Yüzyılda Birleşmiş Milletler'in Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Yaklaşımı ve Bunun Uluslararası Hukuk Bakımından Yeri ve Değeri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 71, Sayı 1, Yıl 2013, ss. 353-381; <https://marmara.academia.edu/HakkıHakanErkiner> (07.05.2021).

3 Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, s. 31; [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf) (28.04.2021); Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, s. 61; [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf) (28.04.2021).

ve âdet hukuku kurallarına, diğ er bir ifâdeyle uluslararası teâmül hukuku kurallarına, mürâcaat edilmelidir. Bir devlet, kendisi için yürürlükte olan ve kendisine uluslararası yükümlülük yükleyen bir uluslararası hukuk kuralına aykırı davrandığı andan itibâren uluslararası sorumluluk hukuku kuralları devreye girer. Bir devlet için yürürlükte olan ve bu devlete uluslararası yükümlülük yükleyen bir uluslararası hukuk kuralı ile bu devletin bağlı olduğunun belirlenmesi, uluslararası sorumluluk hukuku kurallarının işletilmeye başlatılmasından hemen önce çözümlenmesi gereken bir konudur.<sup>4</sup> Nitekim bu aşama çözülmeyen uluslararası sorumluluk hukuku aşamasına geçilemez. Bir devletin, bir uluslararası hukuk kuralına aykırı davrandığı ileri sürülecekse önce uluslararası hukukta ihlâl edildiği ileri sürülecek olan uluslararası hukuk kuralının mevcûdiyeti ispat edilmelidir. Sonra bu uluslararası hukuk kuralının sorumluluğu ileri sürülecek bu devlet için yürürlükte olduğu ispat edilecektir. Bundan sonra da bu uluslararası hukuk kuralının bu devlet için ihlâl edildiği iddia edilecek olan uluslararası yükümlülüğü doğurduğu ispat edilecektir. Bunlar uluslararası hukuktaki birincil kurallar kümesi içerisinde halledilecek hükûkî meselelerdir. Şâyet sırayla bu üç ispat da adım adım gerçekleştirilebilirse ihlâl oluşturan davranışın varlığı gösterilerek uluslararası hukuktaki ikincil kurallar kümesi içerisinde konu işlenmeye başlanılacaktır. İşte bu ikincil kurallar kümesi uluslararası sorumluluk hukuku kuralları kümesidir.

### ***C. Uluslararası Sorumluluğun Doğumu İçin İspat Edilmesi Gereken Esas Şart: Uluslararası Haksız Fiilin Varlığının İspâtı***

Bir devletin de, bir uluslararası örgütün de uluslararası sorumluluğunun doğabilmesi için bir dizi esaslı şartın bir araya gelmesi gereklidir.<sup>5</sup> Bunlar uluslararası sorumluluk hukukunda uluslararası hukuk kişilerinin sorumluluklarının meydana gelmesi için, yâni bir devletin ya da bir uluslararası örgütün sorumluluğunun doğumu için varlıkları aranan temel şartlardır. Bağlayıcı bir uluslararası yükümlülüğün varlığı ve bunun ihlâli ile ihlâl teşkil eden davranışın devlete isnat edilebilmesi, bir devletin uluslararası sorumluluğunun doğabilmesi için bulunması gereken temel şartlardır.<sup>6</sup>

BM UHK'nun Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu'na ilişkin maddeler metni olan A/RES/56/83 Belgesi madde 1'e göre, bir devletin uluslararası nitelikteki her haksız fiili, o devletin sorumluluğunu doğurur.<sup>7</sup> Uluslararası hukuktan kaynaklanan bir uluslararası yükümlülük,

4 Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, s. 31; *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, s. 63.

5 Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001; [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf) (28.04.2021); *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001; [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf) (28.04.2021); Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries, 2011; [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_11\\_2011.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf) (28.04.2021); *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs*, 2011; [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9\\_11\\_2011.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_11_2011.pdf) (28.04.2021).

6 Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, s. 32; *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, s. 65.

7 Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 1; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 1; *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*,

bir devlet tarafından her ihlâl edildiğinde bir uluslararası haksız fiil oluşur ve bu uluslararası haksız fiili işleyen devletin uluslararası sorumluluğu doğar. “Bir devletin uluslararası nitelikteki her haksız fiili, o devletin sorumluluğunu doğurur” ilkesi, UHK tarafından A/RES/56/83’e yazılmadan önce de uluslararası hukukta yerleşmiş bir ilkeydi.<sup>8</sup>

Uluslararası Dâimî Adâlet Dîvânı (UDAD), yukarıda belirtilen birinci maddede ortaya konan ilkeyi birçok kararında uygulamıştır. Fas Fosfatları dâvâsında UDAD, bir devlet bir başka devlete karşı uluslararası bakımdan haksız bir fiil işlediğinde, uluslararası sorumluluğun doğrudan bu anılan devletler arasında meydana geldiğini belirtmiştir.<sup>9</sup> Aynı ilke Wimbledon dâvâsında<sup>10</sup> ve Chorzow Fabrikası dâvâsında da belirtilmiştir.<sup>11</sup>

Uluslararası Adâlet Dîvânı (UAD) da bir devlet bir başka devlete karşı uluslararası bakımdan haksız bir fiil işlediğinde uluslararası sorumluluğun doğrudan bu anılan devletler arasında doğduğuna ilişkin olan ve birinci maddede belirtilen anılan ilkeyi birçok kere uygulamıştır. Örneğin Korfı Boğazı dâvâsında,<sup>12</sup> Nikaragua’daki Askerî ve Yarı Askerî Faâliyetler dâvâsında,<sup>13</sup> Gabcikovo-Nagymaros Projesi dâvâsında,<sup>14</sup> “*bir devletin uluslararası nitelikteki her haksız fiili, o devletin*

2001, s. 65; Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, s.32; Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 100.

8 Projet d’articles sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, s. 67; Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, s. 33.

9 Phosphates in Morocco, Judgment, 1938, PCIJ, Series A/B, No. 74, s. 28; [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1938.06.14\\_phosphates.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1938.06.14_phosphates.htm) (28.04.2021); Phosphates du Maroc, exceptions préliminaires, 1938, CPJI, série A/B, No. 74, s. 28; [https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_AB/AB\\_74/01\\_Phosphates\\_du\\_Maroc\\_Arret.pdf](https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_74/01_Phosphates_du_Maroc_Arret.pdf) (28.04.2021).

10 S.S. Wimbledon, 1923, PCIJ, Series A, No. 1, s. 30; [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.08.17\\_wimbledon.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.08.17_wimbledon.htm) (28.04.2021); Vapeur Wimbledon, 1923, CPJI, série A, No. 1, s. 30; [https://legal.un.org/PCIJsummaries/documents/french/5\\_f.pdf](https://legal.un.org/PCIJsummaries/documents/french/5_f.pdf) (28.04.2021).

11 Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, PCIJ, Series A, No. 9, s. 21; [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.07.26\\_chorzow.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.07.26_chorzow.htm) (28.04.2021); Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, PCIJ, Series A, No. 17, s. 29; <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-factory-at-chorzow-merits-judgment-thursday-13th-september-1928> (28.04.2021); Usine de Chorzów, compétence, 1927, CPJI, série A, No. 9, s. 21; <https://jusmundi.com/fr/document/decision/fr-usine-de-chorzow-competence-arret-tuesday-26th-july-1927> (28.04.2021); Usine de Chorzów, fond, 1928, CPJI, série A, No. 17, s. 29; [https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_A/A\\_17/54\\_Usine\\_de\\_Chorzow\\_Fond\\_Arret.pdf](https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf) (28.04.2021).

12 Détroit de Corfou, fond, CIJ Recueil 1949, s. 23; <https://jusmundi.com/fr/document/decision/fr-detroit-de-corfou-royaume-uni-de-grande-bretagne-et-dirlande-du-nord-c-albanie-arret-fond-y-compris-le-texte-des-declarations-demm-basdevant-et-zoricic-saturday-9th-april-1949> (28.04.2021); Corfu Channel, Merits, Judgment, ICJ Reports 1949, s. 23; <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/1/001.194.90409-JUD-01-00-EN.pdf> (28.04.2021).

13 Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États-Unis d’Amérique, fond, CIJ Recueil 1986, s. 142, para. 283 ve s. 149, para. 292; <https://jusmundi.com/fr/document/decision/fr-activites-militaires-et-paramilitaires-au-nicaragua-et-contre-celui-ci-nicaragua-c-etats-unis-damerique-arret-fond-friday-27th-june-1986> (28.04.2021); Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v. United States of America, Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, s. 142, para. 283 ve s. 149, para. 292; <https://www.refworld.org/cases/ICJ,4023a44d2.html> (28.04.2021).

14 Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), CIJ Recueil 1997, s. 38, para. 47; <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/92> (28.04.2021); Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, ICJ Reports 1997, s. 38, para. 47; <https://www.icj-cij.org/en/case/92/judgments> (28.04.2021).

sorumluluğunu doğurur”<sup>15</sup> ilkesi uygulanmıştır.<sup>16</sup> UAD anılan bu ilkeyi, BM Hizmetinde Uğranılan Zararların Giderilmesine İlişkin danışma görüşünde<sup>17</sup> ve Bulgaristan, Macaristan ve Romanya Arasında İmzâlanan Barış Antlaşmalarının Yorumlanmasına İlişkin danışma görüşünde<sup>18</sup> de uygulamıştır. UAD, Bulgaristan, Macaristan ve Romanya Arasında İmzâlanan Barış Antlaşmalarının Yorumlanmasına İlişkin danışma görüşünde, bir antlaşmadan kaynaklanan bir yükümlülüğü yerine getirmemenin uluslararası sorumluluğa yol açacağını açık olduğunu belirtmiştir.<sup>19</sup>

#### **D. Uluslararası Haksız Fiilin Varlığının İspâtı İçin İspat Edilmeleri Şart Olan Aslî Unsurlar: Uluslararası Haksız Fiili Oluşturan İhlâl ve İsnat Unsurları**

A/RES/56/83 madde 2, devletin uluslararası haksız fiilinin unsurlarını ortaya koymaktadır. Maddeye göre, şâyet, icrâi surette ya da ihmal suretiyle işlenen bir davranış uluslararası hukuka göre devlete isnat edilebiliyorsa ve devletin bir uluslararası yükümlülüğünün ihlâlini oluşturuyorsa, devletin bir uluslararası haksız fiili vardır.<sup>20</sup> Bu madde, devletin bir uluslararası haksız fiilinin mevcut olması için

- 15 Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 1; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 1.
- 16 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, s. 66; Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, s. 32.
- 17 Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, CIJ Recueil 1949, s. 184; <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/4> (28.04.2021); Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, s. 184; <https://www.icj-cij.org/en/case/4> (28.04.2021).
- 18 Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase, CIJ Recueil 1950, s. 221; <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/8> (28.04.2021); Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Second Phase, Advisory Opinion, ICJ Reports 1950, s. 221; <https://www.icj-cij.org/en/case/8> (28.04.2021).
- 19 Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase, CIJ Recueil 1950, s. 228; Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Second Phase, Advisory Opinion, ICJ Reports 1950, s. 228. Aynı doğrultuda ayrıca bkz. Réclamations des sujets italiens résidant au Pérou, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XV, 1901, ss. 399-411; [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_xv/389-453.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_xv/389-453.pdf) (28.04.2021); Dickson Car Wheel Company, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. IV, 1931, s. 678; [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_IV/669-691.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/669-691.pdf) (28.04.2021); International Fisheries Company, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. IV, 1931, s. 701; [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_IV/691-746.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/691-746.pdf) (28.04.2021); Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, 1925, s. 641; [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_II/615-742.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/615-742.pdf) (28.04.2021); Armstrong Cork Company, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XIV, 1953, s. 163; [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_XIV/159-173.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XIV/159-173.pdf) (28.04.2021); Claims of Italian Nationals Resident in Peru, UNRIAA, vol. XV, ss. 399-411; [http://www.worldcourts.com/pca/eng/decisions/1912.05.03\\_Italy\\_v\\_Peru.pdf](http://www.worldcourts.com/pca/eng/decisions/1912.05.03_Italy_v_Peru.pdf) (28.04.2021); Dickson Car Wheel Company, UNRIAA, vol. IV, s. 678; [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_IV/669-691.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/669-691.pdf) (28.04.2021); International Fisheries Company, UNRIAA, vol. IV, s. 678; [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_IV/691-746.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/691-746.pdf) (28.04.2021); British Claims in the Spanish Zone of Morocco, UNRIAA, vol. II, s. 641; <https://jsumundi.com/en/document/decision/fr-biens-britanniques-au-maroc-espagnol-espagne-contre-royaume-uni-sentence-friday-1st-may-1925> (28.04.2021); Armstrong Cork Company, UNRIAA, vol. XIV, s. 163; [https://legal.un.org/riaa/volumes/riaa\\_XIV.pdf](https://legal.un.org/riaa/volumes/riaa_XIV.pdf) (28.04.2021); Rainbow Warrior, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XX, 1990, s. 217; [https://legal.un.org/riaa/volumes/riaa\\_XX.pdf](https://legal.un.org/riaa/volumes/riaa_XX.pdf) (28.04.2021); Rainbow Warrior, UNRIAA, vol. XX, s. 217; [https://legal.un.org/riaa/volumes/riaa\\_XX.pdf](https://legal.un.org/riaa/volumes/riaa_XX.pdf) (28.04.2021).
- 20 Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 2; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 2; Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, s. 70; Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, s. 34.

bir araya gelmesi gereken şartları, diğer bir ifâde ile unsurları belirlemektedir. İki unsur aranmaktadır. İlk önce söz konusu davranış uluslararası hukuka göre devlete isnat edilebilir olmalıdır; ikinci unsur olarak ise devletin bir davranışından sorumluluğunun doğabilmesi için bu davranışın sorumluluğu söz konusu edilecek devlet için hâlihazırda uyulması gereken ve uluslararası hukuktan doğan bir yükümlülüğün ihlâlini oluşturmalıdır.

Yukarıda belirtilen iki unsurun aranacağı, UDAD'nın Fas Fosfatları dâvâsı kararında da evvelden belirtilmiştir. Fas Fosfatları kararında UDAD bir devletin uluslararası sorumluluğunun doğabilmesi için o devlete isnat edilebilir bir fiilin (*un acte imputable à l'État; an act being attributable to the State*) varlığının bulunması gerektiğini ve bu fiilin bir başka devletin uluslararası bir antlaşmadan doğan bir hakkını ihlâl ediyor olması gerektiğini belirtmiştir.<sup>21</sup>

UAD da, UDAD gibi aynı iki unsurun varlığını aramıştır. Örneğin Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dâvâda UAD, İran'ın sorumluluğunun kurulabilmesi için kararda şu satırlara yer vermiştir: “*Her şeyden önce, söz konusu davranışların hangi ölçüde İran Devleti'ne hukuken isnat edilebileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Daha sonra, bu davranışların İran'ın yürürlükteki antlaşmalar uyarınca ya da uluslararası hukukun hâlihazırda uygulanabilir başkaca herhangi bir kuralı uyarınca, İran'ın yerine getirmesi gereken yükümlülüklerine uygun olup olmadığının araştırılması gerekir.*”<sup>22</sup>

### **E. Uluslararası Haksız Fiilin Unsuru Olarak İhlâl Şartı**

Uluslararası hukukta devletlere yükümlülük yükleyen her hangi bir kurala aykırı bir sonuç doğuran her davranış bir ihlâldir. İhlâl, uluslararası haksız fiilin, isnat ile öncelik sonralık sırası gözetmeden diyelim ki bir unsurudur; iki unsurundan birisidir. İhlâl teşkil eden bir davranışın bir uluslararası sorumluluk doğurabilmesi için bunun haksız fiile tamamlanması gerekir. İhlâli uluslararası haksız fiile tamamlayan unsur ise isnat unsurudur yâni ihlâl teşkil eden bir davranışın uluslararası sorumluluğu ileri sürülmek istenen uluslararası hukuk kişisine isnat edilmesi gerekir. Başka türlü söylemek gerekirse ihlâl teşkil eden davranışın uluslararası sorumluluğu ileri sürülmek istenen ki bu ya bir devlet ya da bir

21 Phosphates du Maroc, exceptions préliminaires, 1938, CPJL, série A/B, No. 74, s. 10; Phosphates in Morocco, Judgment, 1938, PCIJ, Series A/B, No. 74, s. 10.

22 “*Tout d'abord elle doit déterminer dans quelle mesure les comportements en question peuvent être considérés comme juridiquement imputables à l'État iranien. Ensuite, elle doit rechercher s'ils sont compatibles ou non avec les obligations incombant à l'Iran en vertu des traités en vigueur ou de toute autre règle de droit international éventuellement applicable*”; “*First, it must determine how far, legally, the acts in question may be regarded as imputable to the Iranian State. Secondly, it must consider their compatibility or incompatibility with the obligations of Iran under treaties in force or under any other rules of international law that may be applicable*”; Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, CIJ Recueil 1980, s. 29, para. 56; <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/64> (28.04.2021); United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, ICJ Reports 1980, s. 29, para. 56; <https://www.icj-cij.org/en/case/64> (28.04.2021). Ayrıca bkz. Nikaragua'daki Askerî ve Yarı Askerî Faaliyetler dâvâsında; Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États-Unis d'Amérique, fond, CIJ Recueil 1986, s. 117, para. 226; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v. United States of America, Merits, Judgment, ICJ Reports 1986, s. 117, para. 226; Gabčíkovo-Nagymaros Projesi dâvâsında; Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), CIJ Recueil 1997, s. 54, para. 78; Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, ICJ Reports 1997, s. 54, para. 78 ve bkz. Dickson Car Wheel Company, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. IV, 1931, s. 678.

uluslararası örgüt olabilir çünkü uluslararası sorumluluk rejimi devlet-devlet, devlet-uluslararası örgüt, uluslararası örgüt-uluslararası örgüt arasında işleyen bir hukûkî mekanizmadır/düzenektir, uluslararası hukuk kişinin davranışı sayılması gereklidir. Öte yandan şu yaklaşım da aynı derecede doğrudur: Sorumluluğu ileri sürülecek uluslararası hukuk kişinin, diyelim ki bir devletin, bir davranışı vardır yâni o devlete isnat edilen o devletin davranışı sayılan bir davranış vardır, öyleyse bu birinci unsurdur, isnat mevcuttur. Bu isnat edilmiş davranış aynı zamanda bir ihlâl de teşkil ediyorsa bir uluslararası haksız fiil vardır. İhlâl ya da isnat unsurlarından hangisi öncelenirse öncelensin işte bir davranışsal diğer ifâde ile fiili olgu, ihlâl ve isnat unsurlarının varlıklarının gösterilmesiyle bir uluslararası haksız fiil olur ve isnat edildiği uluslararası hukuk kişinin sorumluluğunu doğurur.<sup>23</sup> Devlete isnat edilebilen bir davranış icrâi surette ya da ihmâl suretiyle işlenebilir.<sup>24</sup>

İhmâl suretiyle işlenen davranışları belirlemek bazı hallerde güçlük arz edebilir. Bu durumlarda ihmâlin varlığı olayın şartları değerlendirilerek ve kendisini çevreleyen diğer davranışlardan ayırtılarak belirlenmelidir. Örneğin Korfu Boğazı dâvâsında, UAD'na göre, Arnavutluk'un bildiği ya da bilmesi gereken, mayınların kendi karasularında bulunduğuydur. Buna rağmen Arnavutluk diğer devletleri uyarmak için hiçbir şey yapmamıştır ve bu ihmâl onun sorumluluğunun doğması için yeterlidir.<sup>25</sup> Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dâvâda ise UAD, İran'ın sorumluluğuna yol açan davranışın ihmâl olduğuna hükmetmiştir. Olayda, İran otoritelerinin gereken önlemlerin alınmasında ihmallerinin bulunduğu belirlenmiştir.<sup>26</sup>

A/RES/56/83 madde 12'ye göre devletin fiili, uluslararası yükümlülük uyarınca kendisinden istenen fiile uygun olmadığında, söz konusu devlet tarafından, yükümlülüğün kaynağı ya da niteliği ne olursa olsun, bir uluslararası yükümlülüğün ihlâline neden olunmuştur.<sup>27</sup> Fiil gerçekleştiği anda devlet söz konusu yükümlülük ile bağlı değilse, devletin fiili bir uluslararası yükümlülüğün ihlâlını oluşturmaz.<sup>28</sup>

## **F. Uluslararası Haksız Fiilin Unsuru Olarak İsnat Şartı**

Belirli bir davranışın uluslararası hukuka göre uluslararası nitelikte bir haksız fiil olarak belirlenebilmesi için her şeyden önce bu davranışın devlete isnat edilebilir olması gerekir. Devlet gerçekte somut olarak organize olmuş bir yapıdır ve uluslararası hukuka göre işlemde ve eylemde bulunma yeteneğine hukuken sahiptir. Devletin bir fiili şüphesiz gerçekte belirli insanların icrâi surette ya da ihmâl suretiyle işleyecekleri eylemlerden ileri gelir. Bundan ötürü devletin sorumluluğunun doğabilmesi bakımından devlet adına eylemde bulunabilecek kişilerin kimler olduğunun belirlenebilmesi gerekmektedir.<sup>29</sup>

23 Hakkı Hakan Erkiner, *Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa*, Seçkin, Ankara, 2020, s. 198.

24 *Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs*, 2011, s. 72; *Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries*, 2011, s. 35; Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, s. 107.

25 *Détroit de Corfou, fond*, CIJ Recueil 1949, s. 22 ve 23; *Corfu Channel, Merits, Judgment*, ICJ Reports 1949, s. 22 ve 23.

26 *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, CIJ Recueil 1980, s. 31 ve 32; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment*, ICJ Reports 1980, s. 31 ve 32.

27 A/RES/56/83 mad. 12; <https://undocs.org/A/RES/56/83> (01.05.2021); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (01.056.2021).

28 A/RES/56/83 mad. 13; <https://undocs.org/A/RES/56/83> (01.05.2021); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (01.056.2021).

29 Hakkı Hakan Erkiner, *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, s. 107.



Bir davranışın devlete isnat edilebilmesinden söz edildiğinde, devletten uluslararası hukukun bir kişisi anlaşılmalıdır. Birçok hukuk sisteminde, devlet organları, ayrı ayrı birer hukuk kişisi olarak kabul edilir. Uluslararası hukuk bakımından bu anlayış geçerli değildir. Uluslararası hukukta devlet, tekil bir hukuk kişisi olarak kabul edilmektedir. Bir davranışın devlete isnat edilebilmesi de uluslararası hukukta normatif bir işlemdir.<sup>30</sup>

İsnat, bir düşünceyi, bir konuyu bir kişiye veya bir sebebe dayandırma, yükleme, atfetme demektir.<sup>31</sup> Atfetmek de, bir işi veya bir sözü bir kimseye mâletmek, yüklemek, isnat etmektir.<sup>32</sup> İsnat için öyleyse şöyle diyebiliriz: İsnat, bir olguyu, bir kimse veya sebebe yükleme, ona bağlamadır.<sup>33</sup>

A/RES/56/83 Belgesi ikinci maddeye göre devletin uluslararası sorumluluğunun temel unsurlarından biri uluslararası hukuka göre bir davranışın devlete isnat (*attribution d'un comportement à l'État; attribution of conduct to a state*)<sup>34</sup> edilebilmesidir.<sup>35</sup> Çok soyut ve teorik olarak tüm insan faaliyetleri, ticârî şirketlerin ya da merkezleri veya uyarınca kuruldukları yasa bakımından uyrukluğa bağlı ile devlete bağlı olan tüzel kişiliklerin tüm faaliyetleri, bunlar kamu otoritesine dâhil olsun ya da olmasın devlete isnat edilebilir fakat elbette uluslararası hukuk bu olabilecek en soyut yaklaşımı benimsememektedir. Devletin sorumluluğunu mâkul sınırlar dâhilinde sınırlamak için ve kendi ad ve hesaplarına davranan kişilerin sorumluluğunu devletin sorumluluğundan ayırabilmek için uluslararası hukuk ancak kamu otoritelerinin faaliyetlerinden devleti mesul tutmuştur. Diğer bir ifâde ile devlete isnat edilebilecek davranışlar devlet organlarının ya da bu organlara tâbi ya da bunların denetiminde faaliyet gösteren kişi veya makamların davranışlarıdır.<sup>36</sup> Böylelikle uluslararası hukuk, devletin ajanlarının faaliyetlerinden ve davranışlarından devleti mesul tutmuştur.<sup>37</sup>

30 Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 107 ve 108.

31 Hakkı Hakan Erkiner, "Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), C. 13, Sa. 3-4, s. 145; <http://dspace.marmara.edu.tr/handle/11424/2010> (07.05.2021).

32 Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 118.

33 Kubbealtı Lugatı, İsnat maddesi; <http://www.lugatim.com/s/isnat> (01.05.2021); Uluslararası hukukta isnat meselesi için ayrıca bkz. Elif Uzun, "Devletin Milletlerarası Hukuka Aykırı Eyleminden Sorumluluğu", Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir, 2007; Ufuk Dal, "Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemin Devlete Atfedilmesi", Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2019; Tatyana Jane Eatwell, "State Responsibility For The Unlawful Conduct Of Armed Groups", Doctoral Thesis, Trinity College, University of Cambridge, 2019; François Finck, "L'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale: essai sur la commission d'un fait illicite par un Etat ou une organisation internationale", Thèse du Doctorat, Université de Strasbourg, 2011.

34 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, s. 83; Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, s. 38.

35 Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 2; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 2; ayrıca Pierre-Marie Dupuy, Droit International Public, Dalloz, Paris, 2006, ss. 489-496; Jean Combacau, Serge Sur, Droit International Public, Montchrestien, Paris, 2006, ss. 536-542.

36 Dominique Carreau, Droit International, Pedone, Paris, 1986, ss. 449-454.

37 David Ruzié, Droit international public, Dalloz, Paris, 2000, s. 121.

Yukarıdaki kabulün neticesi itibarıyla özel hukuk kişilerinin davranışları devlete isnat edilebilir değildir. Bu kural, örneğin, 1923'te Tellini dâvâsında uygulanmıştır.<sup>38</sup> Milletler Cemiyeti (MC) Konseyi hukukçulardan oluşan özel bir komite kurmuş ve İtalya ile Yunanistan'ı karşı karşıya getiren bazı olayların incelenmesi vazifesini vermiştir. Söz konusu olaylar Arnavutluk, Yunanistan sınırının, Yunanistan tarafında işlenen bir suikast neticesinde meydana gelmişti.<sup>39</sup> Komite incelemeleri neticesinde şu hukukî tespitte bulunmuştur: “*Bir Devletin, kendi ülkesinde, yabancılara karşı işlenen bir siyâsî suçtan ötürü sorumluluğu, ancak, bu devlet, suçu önlemeye yönelik, elverişli bütün önlemleri almakta bir ihmalde bulunmuşsa, suçun kovuşturulmasında bir ihmalde bulunmuşsa, ya da suçlunun yakalanması ve yargılanmasında bir ihmalde bulunmuşsa, meydana gelir.*”<sup>40</sup>

Uluslararası hukukun bir kişisi olarak devlete bir davranışın belirli şartlar çerçevesinde isnat edilmesi ancak uluslararası hukukun öngördüğü ve kabul ettiği kurallar neticesinde mümkündür. Yoksa bu

38 Affaire Tellini, SDN, Journal officiel, quatrième année, no.11, novembre 1923, s. 1349; <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9791854m.r=tellini?rk=21459;2> (01.05.2021); Tellini case, League of Nations, Official Journal, Year 4, No. 11, November 1923, s. 1349.

39 Cemil Bilsel, Devletler Hukuku, Birinci Kitap, Devletler, Kenan Basımevi, İstanbul, 1941, s. 217: “Devletlerin mes’uliyeti bahsi Devletler Hukukunun en güç ve önemli bahislerinden biridir. Devletlerarasında birçok meseleler, bilhassa dört hadise Devletlerin mes’uliyetini harpten sonra günün meselesi yaptı: 2 – Yunanistan ile Arnavutluk hududunu tayine memur edilen General Tellini ile mahiyetinin 1923 de Yunanistan’da öldürülmesinden İtalya Devletinin Yunanistan’ı mes’ul tutması ve Korfu’yu bombardıman ve işgal ile ağır tarziye istemiş olması”; ve bkz. Cemil Bilsel, Devletler Hukuku, s 250. ve 251: “General Tellini meselesi: Devletler mes’uliyeti bahsine en meşhur vakayı 27 Ağustos 1923 de Yüksek meclis tarafından Yunanistan ile Arnavutluk hududunu tayine memur Enternasyonal Komisyon Reisi General Tellini, Binbaşı Korti ve Teğmen Bonaci’nin Yanya civarında öldürülmüş olması teşkil etti. İtalya bundan dolayı Yunanistan’ı mes’ul tuttu ve Yunanistan tarafından: 1 – En geniş tarziye verilmesi; 2 – Bütün hükûmetin erkânının iştirâkile cenaze merasimi yapılması; 3 – Yunan donanması tarafından bir İtalya deniz kıtasının Pirede selâmlanması; 4 – İtalya Ateşemiliterinin huzurile şiddetli tahkikat yapılması; 5 – Bütün suçluların idamı; 6 – Beş günde elli milyon lîre ödenmesi; 7 – Cenazenin Prevezede İtalya gemisine yükletildiği sırada askeri hürmetin yapılması isteğinde bulundu. Yunanistan İtalyaya karşı bir tecavüzdten mesul tutulmasının haksız olacağını söyleyerek 4., 5., 6. tekliflerin Yunan hâkimiyetine aykırı olmak itibarile kabulüne imkân bulunmadığını bildirdi. Bununla beraber, kendi toprağında enternasyonal vazife ile bulunan bir Devlet tebası aleyhine suç yapılmış olmasından dolayı en geniş ve resmi surette tarziye vermediği ve İtalya bayrağının selamlanmasını kabul etmiş ve Milletler Cemiyetine de müracaat eylemişti. Neticede istenilen parayı, Yüksek Meclisinin kararı üzerine verdiği gibi suç, enternasyonal vazife ile kayıtlı enternasyonal bir heyete karşı yapılmış olduğundan yine aynı meclisin istediği şekilde Devletlere tarziye verdi. Meseleye henüz diplomasi müzakerelerinin kesilmemiş olduğu bir mahiyette bulunmak itibarile Milletler Cemiyeti Konseyi doğrudan doğruya ele almadı ise de, bir Devlet topraklarında, bir siyasi suçun sırf yapılması meselesinin Devletler mes’uliyetini icabedip etmediği meselesi Konseyde mevzuubahs oldu. Bir hukuki komiteye de bu mesele tetkik ettirildi. Mütihazs hukukçular tarafından verilen ve konseyce kabul edilen reyeye göre “bir Devletin toprakları üzerinde yabancılara aleyhine irtikâp edilen siyasi suçlardan dolayı mes’uliyeti, bu Devletin, suçu menetmek ve suçluyu takip ve tevkif ve muhakeme eylemek emrinde bütün gerekli tedbirleri alma hususunda ihmâli olmadıkça, kabul edilemez. Bir yabancının haiz olduğu tanınmış âmmе sifati, bu Devlete o yabancı hakkında hususi bir ihtimam spéciale vigilance vazifesini yükler”. Bütün İtalya müellifleri, siyasi cinayetin yalnız vukuunu, arazi sahibi Devleti mes’ul tutmak için kâfi gördükleri halde, diğer müellifler bu hususta, bir taksir veya ihmâl vukuunu mes’uliyet için lüzumlu saymaktadır.” Bu olayda, İtalya’nın Korfu adasını topa tutması ve sonra da işgal etmesi İtalya’ya göre dönemim uluslararası hukukuna istinaden bir zararlı karşılık tedbiri olarak öne sürülmüş; bu hususta bkz. Seha L. Meray, Devletler Hukukuna Giriş, İkinci Cilt, Sevinç Matbaası, 1962, s. 362. Yunanistan işlenen cinayet için İtalya’ya tazminat ödedikten sonra, İtalya Korfu adasından kuvvetlerini geri çekmiştir; Mehmet Gönülöbol, Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1964, s. 122 ve 123; ayrıca Hakkı Hakan Erkiner, “Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları”, ss. 146-148; Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, ss. 119-120.

40 “La responsabilité d’un État, pour crime politique commis sur la personne des étrangers sur son territoire, ne se trouve engagée que si cet État a négligé de prendre toutes les dispositions appropriées en vue de prévenir le crime et en vue de la poursuite, de l’arrestation et du jugement du criminel”; SDN, Journal officiel, cinquième année, No 4, avril 1924, s. 524.

isnat sadece olgulardan çıkarılan basit bir nedensellik bağı neticesinde yapılmamaktadır. Öyleyse bu isnat normatif bir işlemdir. Devlete bir davranışın isnat edilebilmesi ile ilgili olan bu normatif işlem ile bu davranışın uluslararası hukuka göre haksız bir fiil teşkil etmesi ya da etmemesi meselesini karıştırmamak gerekmektedir. Bunlar iki ayrı değerlendirmenin konusudurlar. Bir davranışın devlete isnat edilebilir olduğunu tespit etmek, kendiliğinden bu davranışın haklı veya hukuka uygun bir davranış ya da haksız veya hukuka aykırı bir davranış olup olmadığını işaret edemez. Bununla beraber bazı davranışlar, nitelikleri itibâriyle ancak haksız bir fiil teşkil ettikleri takdirde devlete isnat edilebilmektedirler.

Buradaki inceliği gözden kaçırmamak isâbetli olur. Burada belirttiğimiz davranışlar, örneğin, bir özel hukuk kişinin hukuka aykırı bir haksız fiilinden, devletin sorumluluğunun ancak devletin, özel hukuk kişinin haksızlık teşkil eden fiilini önlemek için mümkün bütün önlemleri almada bir ihmâli varsa yâni devlet bu önlemleri almamışsa söz konusudur. Burada devlete isnat edilen davranış ihmal suretiyle işlenen bir davranıştır ki o da gereken önlemleri almamaktır. Dolayısıyla devletin sorumluluğu bu ihmalkâr davranışın devlete isnat edilebilir ve ihmâlin burada niteliği itibâriyle kendiliğinden haksız bir fiil teşkil etmesinden ileri gelmektedir. Örneğin bir insanın bir devletin büyükelçiliğine saldırmaya kalkmasında, kabul eden devletin sorumluluğu ancak bu devlet büyükelçiliği korumada gereken ve mümkün bütün önlemleri almamışsa söz konusudur. Devlete isnat edilen fiil bu ihmaldir ve bu, onun uluslararası sorumluluğunu doğurur.<sup>41</sup> Bu tip örneklerde şunu tespit edebiliriz ki isnadın temeli ile ihlâl edilen uluslararası yükümlülüğün niteliği arasında yakın bir ilişki vardır. Bununla birlikte isnat işlemi ile davranışın haksızlığının tespiti meselesinin analitik yâni tahlilî olarak iki ayrı mesele olduğunu bir kez daha vurgularız.

Devletin sorumluluğu amacıyla bir davranışın devlete isnat edilmesi meselesi ile uluslararası hukukun başka bir müessesesi olan bir mekanizmayı birbirine karıştırmamak gerekmektedir. Sözü ettiğimiz mekanizma uluslararası hukuka göre bazı organların devleti bağlayıcı yükümlülükler altına girebilmek için başka bir yetkilendirmeye ihtiyaç duymaksızın devlet adına bağlayıcı işlem yapabilmeleridir. Devlet başkanı, hükümet başkanı ve dışişleri bakanı başka bir yetkilendirmeye ihtiyaç olmaksızın bu işlemleri yapabilirler.<sup>42</sup>

İlke olarak, devletin bir uluslararası yükümlülüğüne aykırı her haksız davranışı onun sorumluluğunu doğurur. Bu davranışı esâsında sergileyen kamu otoritesinin ya da devlet ajanının niteliği bu sorumluluğu etkilememektedir. Ancak devletin ve idarenin tanımlanabilmesi de hangi davranışların devlete isnat edilerek onun sorumluluğunu doğuracağı hususunda önemlidir. Devletlerin her birinin iç hukukları ve uygulamaları devlet organı olarak kimin kabul edilmesi gerektiğinde belirleyici bir rol oynar. Devletin yapısı ve organlarının neler olduğu ve bunların işlevleri genelde uluslararası hukuk tarafından belirlenmez. Bu hususları düzenlemek her devletin kendisinin yapacağı iştir.

41 Tahrandaki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dâva örneğinde olduğu gibi; Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, CIJ Recueil 1980; United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, ICJ Reports 1980.

42 Bkz. Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun 7, 8, 46 ve 47'nci maddeleri; Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, Recueil des traités, vol. 1155; Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, UNTS, vol. 1155.

Bununla beraber bu organlar, iç hukukta durum ne olursa olsun, uluslararası hukukun yüklediği bir yükümlülüğe aykırı bir fiil işlediklerinde, bu fiil uluslararası hukukun kişisi olan devlete isnat edilecektir. Burada anlaşılması gereken devlet kişisi, iç hukuktaki kamu tüzel kişisi değil fakat uluslararası hukukça kişi olarak kabul edilen tüzel kişidir. İç hukukta devlet tüzel kişiliğinin dışında kalan başka kamu tüzel kişilikleri devletten ayrı bir hukukî kişilik oluştururken, uluslararası hukuk bakımından iç hukuktaki bu ayrımlar geçerli değildir ve devlet tüzel kişiliği uluslararası hukukta bunların hepsini kapsayıcıdır.

### **G. Uluslararası Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğun Neticesi: Onarım Yükümlülüğü**

Sorumlu devlet ihlâl ederek işlediği uluslararası haksız fiil ile neden olunan bütün zararı onarmak zorundadır.<sup>43</sup> Zarar, devletin uluslararası haksız fiilinin sonucu olan maddî ve mânevî bütün zararı kapsar.<sup>44</sup> Bir uluslararası yükümlülüğü ihlâl ederek işlenen uluslararası haksız fiil ile neden olunmuş zararın tamâmen onarımı, müstakilen ya da müştereken, eski hâle iâde, tazmînat ve tarziye biçimlerine bürünür.<sup>45</sup> Uluslararası nitelikteki bir haksız fiilin sorumlusu devlet, ihlâl meydana gelmezden önceki hâlin yeniden tesis edilmesi için, eski hâle iâdeyi gerçekleştirme yükümlülüğü altındadır fakat eğer böyle bir eski hâle iâde maddî olarak imkânsız ise ya da orantılılık ilkesine göre tazmînata nazaran tercih edilmeye değer bir fayda getirmiyor ise uygulanmaz.<sup>46</sup> Uluslararası haksız fiilin sorumlusu devlet, bu fiil ile neden olunan zararı, bu zarar eski hâle iâde ile onarılamadığı ölçüde, tazmîn etmek yükümlülüğündedir.<sup>47</sup> Tazmînât, mâlî olarak hesaplanabilecek tüm zararı, saptanabilir olmak kaydıyla mahrum kalınan kazançlar da dâhil olmak üzere kapsar.<sup>48</sup> Bir uluslararası haksız fiilden sorumlu devlet, bu fiil ile neden olunan zarar için, bu zarar, eski hâle iâde ile ya da tazmînât ile onarılamadığı ölçüde tarziye vermek yükümlülüğündedir.<sup>49</sup> Tarziye, ihlâlin kabul edilmesi, üzüntünün beyan edilmesi, resmî özür dilenmesi ya da diğer uygun biçimlerde olabilir.<sup>50</sup> Tarziye, zarar ile orantısız olmamalıdır ve sorumlu devlet için küçük düşürücü bir biçim almamalıdır.<sup>51</sup> Tazmînât söz konusuysa ana meblağ üzerinden ödenmesi gereken faizler, eksiksiz bir onarımı temin etmek ölçüsünde ödenir. Faiz oranı ve hesaplama biçimi bu neticeyi elde edecek şekilde belirlenir.<sup>52</sup> Faizler, hükmedilen anaparanın muaccel olduğu târihten başlatılarak, ödemenin fiilen yapıldığı târihe kadar geçen süre için uygulanır.<sup>53</sup>

43 A/RES/56/83 mad. 31/1; <https://undocs.org/A/RES/56/83> (01.05.2021); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (01.056.2021).

44 A/RES/56/83 mad. 31/2; <https://undocs.org/A/RES/56/83> (01.05.2021); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (01.056.2021).

45 A/RES/56/83 mad. 34; <https://undocs.org/A/RES/56/83> (01.05.2021); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (01.056.2021).

46 A/RES/56/83 mad. 35; <https://undocs.org/A/RES/56/83> (01.05.2021); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (01.056.2021).

47 A/RES/56/83 mad. 36/1; <https://undocs.org/A/RES/56/83> (01.056.2021); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (01.056.2021).

48 A/RES/56/83 mad. 36/2; <https://undocs.org/A/RES/56/83> (01.056.2021); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (01.056.2021).

49 A/RES/56/83 mad. 37/1; <https://undocs.org/A/RES/56/83> (01.056.2021); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (01.056.2021).

50 A/RES/56/83 mad. 37/2; <https://undocs.org/A/RES/56/83> (01.056.2021); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (01.056.2021).

51 A/RES/56/83 mad. 37/3; <https://undocs.org/A/RES/56/83> (01.056.2021); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (01.056.2021).

52 A/RES/56/83 mad. 38/1; <https://undocs.org/A/RES/56/83> (01.056.2021); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (01.056.2021).

53 A/RES/56/83 mad. 38/2; <https://undocs.org/A/RES/56/83> (01.056.2021); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (01.056.2021).

## II. ULUSLARARASI SORUMLULUK HUKUKUNDA İSNAT MESELESİNE İLİŞKİN KURALLAR

Uluslararası Sorumluluk Hukukunda İsnat Meselesine İlişkin Kurallar (II) başlığı altında, devlet organlarının davranışlarının isnat edilmesi (A); kamu gücü yetkilerini kullanırken bir kişinin ya da bir birimin davranışının isnat edilmesi (B); bir devlete bir başka devlet tarafından emrine verilmiş bir organın davranışının isnat edilmesi (C); yetki aşımı ya da tâlimatlara aykırı davranışın isnat edilmesi (D); devletin yönlendirmesi ya da denetimi altında iken ki davranışın isnat edilmesi (E); resmî otoritelerin yokluğu ya da yetersizliği hâlindeki davranışın isnat edilmesi (F); bir isyan hareketinin ya da benzerinin davranışının isnat edilmesi (G); devlet tarafından kendisinin olarak tanınan ve benimsenen davranışın isnat edilmesi (H) işlenmektedir.

### A. İsnat Meselesine İlişkin Birinci Kural: Devlet Organlarının Davranışlarının İsnat Edilmesi

Devlet Organlarının Davranışlarının İsnat Edilmesi hakkında şunlar mutlaka belirtilmelidir: İsnat kurallarına ilişkin A/RES/56/83 Belgesi maddelerinin ilki dördüncü maddedir. Dördüncü madde “Devlet organlarının davranışları” başlığını taşımaktadır. Madde şu şekildedir:<sup>54</sup>

1. *Uluslararası hukuka göre, bir organ, ister yasamaya, yürütmeye, yargıya ilişkin ya da ister başkaca işlevleri yerine getiriyor olsun, bunun devlet örgütlenmesi içindeki durumu ne olursa olsun, ister merkezî idâre içinde, ister bir yerel idâre<sup>55</sup> niteliğinde olsun, bütün devlet organlarının davranışları devletin bir fiili olarak kabul edilir.*<sup>56</sup>
2. *Organ, iç hukuka göre bu statüye sahip her kişi ya da birimi kapsar.*<sup>57</sup>

Maddede geçen “organ” tâbiri devlet teşkilâtı içinde yer alan ya da onun adına davranan bütün kişi ve kurumları kapsamaktadır.<sup>58</sup> Bu tâbir devletin merkez teşkilâtı altında yer alan birimleri kapsadığı

54 Bu ve bundan sonraki A/RES/56/83 Belgesi maddelerinin Türkçe tercümesi; bkz. Hakkı Hakan Erkiner, Tercüme – Devletin Uluslararası Sorumluluğu Maddeleri – Responsibility of States – Responsabilité de l’État; <https://marmara.academia.edu/HakkıHakanErkiner> (01.05.2021).

55 “*Une collectivité territoriale*” tâbirini yerel idâre olarak tercüme etmemizin isâbetli olduğu kanaatindeyiz. “*Collectivité territoriale*” idâre hukukuna ilişkin Fransızca bir tâbirdir. İç hukukta, bir devletin ülkesi içinde yer alan, devlet tüzel kişiliğinden bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip, merkezden ayrı (*décentralisée*; âdem-i merkezîyetçi), kamu gücüne dayalı işlemler yapma yetkisine sâhip idârî müessesedir. Belediyeler, kantonlar, tüzel kişiliği olan bölgesel ya da mahallî idâreler, bir federal devleti meydana getiren alt birimler (federe devletler) bunlara verilebilecek örneklerdendir; Jean Salmon, *Dictionnaire de Droit International Public*, Bruylant/AUF, Bruxelles, 2001, *Collectivité publique territoriale* maddesi, s. 193; Raymond Guillen, Jean Vincent, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 12. édition, 1999, *Collectivités locales ou territoriales* maddesi, s. 103. Uluslararası sorumluluk hukuku bakımından, böylesi yerel idârî birimlerin davranışları merkezî devlete isnat edilir.

56 Résolution adoptée par l’Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite, article 4/1; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 4/1.

57 Résolution adoptée par l’Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite, article 4/2; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 4/2.

58 *Projet d’articles sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs*, 2001, s. 88; *Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries*, 2001, s. 40; Hakkı Hakan

gibi, mahallî idâreleri (yerel yönetimleri) de kapsamaktadır. Daha aşağıda devlet organı statüsüne sahip olmayan kişi ya da birimlerin davranışlarının devlete isnat edilebilirliği meselesini inceleyeceğiz fakat burada da şu kadarını belirtelim ki bunların davranışları ancak devlet tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak kendilerine izin verilmişse devlete isnat edilebilir.

Moses dâvâsında başhakem Lieber, “*bir memur yetkilerini kullanırken hükümetini temsil etmektedir; bu uluslararası hukukta kabul edilmiş bir ilkedir*” demiştir.<sup>59</sup> 1930 yılındaki Uluslararası Hukukun Kodifikasyonu Komisyonu da devlet organlarının icrâ sûretiyle ya da ihmal sûretiyle işledikleri fiillerin devlete isnat edilmesi gerektiğini tespit etmiştir.<sup>60</sup> Salvador Commercial Company dâvâsında hakem mahkemesi, “*bir devletin yasamaya, yürütmeye ya da yargıya mensup görevlilerinin eylemlerinden, bunlar resmî sıfatları ile davrandıklarında sorumlu olacağı*” kararına varmıştır.<sup>61</sup>

Dördüncü maddenin ilk fıkrası, yukarıda da belirttiğimiz gibi, “*uluslararası hukuka göre, bir organ, yasamaya ilişkin, yürütmeye ilişkin, yargıya ilişkin ya da başkaca işlevleri yerine getiriyor olsun, bunun devlet örgütlenmesi içindeki durumu ne olursa olsun, merkezî idâre içinde ya da bir yerel idâre niteliğinde olsun, bütün devlet organlarının davranışları devletin bir fiili olarak kabul edilir*” şeklindedir. Fıkarda geçen “*başkaca*” tâbiri işlevlerin yasama, yürütme ve yargı ile sınırlandırılmadığı anlamına gelmektedir. Bu noktada bir devlet organının yaptığı *acta jure gestionis* teşkil eden bir davranışın uluslararası sorumluluk bakımından isnat edilebilirlik meselesi akla gelmektedir. İsnat meselesi bakımından, bir devlet organının davranışının, ticârî ya da *acta jure gestionis* nitelikte olması bir önem arz etmez. Bir kontratın diğer ifâde ile sözleşmenin uygulanmaması, kendiliğinden uluslararası hukukun ihlâlını

Erkiner, “Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları”, s. 152; Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 123.

59 Affaire Moses, John Bassett Moore, International Arbitrations, vol. III, 1871, s. 3129; Moses case, John Bassett Moore, History and Digest, vol. III, 1871, s. 3129; [https://books.google.com.tr/books/about/History\\_and\\_Digest\\_of\\_the\\_International.html?id=5O5-r0yuijC&redir\\_esc=y](https://books.google.com.tr/books/about/History_and_Digest_of_the_International.html?id=5O5-r0yuijC&redir_esc=y) (01.05.2021).

60 Milletler Cemiyeti tarafından 1930 Kodifikasyon Konferansı’nın toplanması hakkında Cemil Bilsel 1941’de şöyle yazıyor: “*Büyük devletlerin küçük devletlere karşı kıyasıya hareket etmeleri, büyük Devletleri küçük düşürüyor ve küçük devletleri kıvrandırıyor. İşi objektif esaslara bağlama iki taraf için de elverişli olabilirdi. Devletlerarasındaki münasebetlerde mes’uliyet çok da işlenmişti. Mesele, bir umumî anlaşmaya bu sebepledir ki, elverişli olacak kadar olgun sanıldı, 1925 de Kodifikasyon komitesi, olgun saydığı meseleler arasına bu sebeple bunu koydu. 1930 konferansında arz edilen üç meseleden biri yine bu sebepledir ki, mes’uliyet meselesi oldu. Fakat çok nazik bir mesele olduğu için de konferansta müzakeresi çok buhranlı oldu*”. Cemil Bilsel, Devletler Hukuku, s. 217; “*1930 kodifikasyon konferansında da kabul edilmiştir ki; devlet organlarınca (teşriî, icrâî, adli) yapılan ve bu devlet toprakları üzerinde bir yabancının şahsına veya malına zarar veren devletin enternasyonal borçlarına her aykırılık bu devleti mes’ul eder*”; Cemil Bilsel, Devletler Hukuku, s. 224. Fakat; “*devletin mes’uliyeti konusunda ise Konferans, değil bir sözleşme tasarısı, müşterek bir rapor dahi hazırlayamadı*”; Seha L. Meray, Devletler Hukukuna Giriş, Birinci Cilt, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1960, s. 96; ayrıca bkz. Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international, Bases de discussions établies par le Comité préparatoire à l’intention de la Conférence, vol. III: Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, doc. C.75.M.69.1929.V, s. 25, 41 ve 52; Supplément au vol. III: Réponses des États à la liste de points; Réponses du Canada et des États-Unis d’Amérique, doc. C.75a.M.69a.1929.V, s. 2, 3 ve 6.

61 Affaire Salvador Commercial Company, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XV, 1902, s. 447; ayrıca bkz. Projet d’articles sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, s. 90; Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, s. 40; Hakkı Hakan Erkiner, “Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları”, s. 153; Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 124.

oluşturmaz. Meseleye uluslararası hukukun uygulanması için buna ilâve bir hususun daha varlığı gereklidir. Örneğin kontrat taraflarının dâhil olduğu bir yargılamada devlet mahkemesinin adâletsiz bir karar (*un dēni de justice; a denial of justice*) verdiği iddiası bu hususa örnek olarak verilebilir.<sup>62</sup> Öyleyse bir devlet organının davranışının salt isnat edilebilirlik bakımından *acta jure gestionis* ya da *acta jure imperii* nitelikte olup olmamasının isnat meselesinde bir önemi yoktur. Önemle hatırlatmak isteriz ki, yukarıda bir davranışın isnat edilebilir olması meselesi ile bu davranışın uluslararası bir yükümlülüğün ihlâlini oluşturup oluşturmamasının ayrı ayrı analiz edilmesi gereken meseleler olduğunu belirtmiştik. Burada da, davranışın *acta jure gestionis* ya da *acta jure imperii* niteliğinin, davranışın devlete isnat edilebilirlik ile bir ilgisi olmadığını tespit etmekteyiz. Devletin uluslararası sorumluluğunun doğabilmesi için söz konusu davranışın devlete isnat edilebiliyor olması elbette gereklidir ama uluslararası sorumluluğun doğabilmesi için, isnat edilen bu davranışın uluslararası bir yükümlülüğün ihlâlini oluşturması da gerekmektedir. Demek ki işlemin *acta jure gestionis* ya da *acta jure imperii* niteliği mühim olmaksızın, bir devlet organı tarafından davranışın sergilenmesi gerekmekte ama uluslararası sorumluluğun ileri sürülebilmesi için herhalde, bu davranışın, devletin bir uluslararası yükümlülüğüne aykırılık oluşturması gerekmektedir. Bu sûrette, uluslararası hukuka göre, devletin uluslararası sorumluluğu doğabilecektir.

Uluslararası hukuka göre, konfederasyon hâlindeki devletlerin uluslararası sorumluluğu konfederasyonu oluşturan her devlet için ayrı ayrıdır. Federal devletlerde uluslararası sorumluluk meselesini ise isnat bakımından olmak üzere aşağıda incelemekteyiz.

1941 yılında yayınlanan Devletler Hukuku adlı kitabında, Cemil Bilsel devletlerin uluslararası sorumluluğu meselesini eserde genişçe bir yer ayırarak incelemiştir. Bilsel'e göre:

*“Federal devletlerde, bütün uzuv devletleri enternasyonal münasebetlerde merkezi devlet temsil ettiği ve enternasyonal şahsiyeti o hâiz bulunduğu için mes’uliyet kendine düşer. (Federe) Devletlerin her biri, dâhili işlerinde tamâmile muhtar olsalar bile bu muhtâriyet, federal devletin ecnebi devletlerle münâsebetlerine ve muâhedelerine aykırı olamaz. Federal devlet kendisine düşen mes’uliyetten, bu devletlerin üzerinde murâkabe hakkı olmadığından bahisle kurtulamaz.”*<sup>63</sup>

Bilsel tespit ettiği bu uluslararası hukuk ilkesini, devletler arasında gerçekleşen olaylarda devletlerin tutumlarına ve uluslararası yargı kararlarına dayandırmaktadır:

*“1891’de Amerika Birleşik Devletleri ile İtalya arasında, Nouvelle Orléan’da beraat etmiş İtalyanların hapisanede ahâli tarafından linç edilmesi yüzünden ihtilaf çıktı. İtalya bunların muhafazasında kusur edilmiş olmasından dolayı Birleşik Amerika’yı sorumlu tuttu, tazminat ve tarziye istedi. Amerika, anayasası gereğince, uzuv (federe) devletlerin iç işlerine karışmak yetkisine sahip olmadığından dolayı kendini sorumluluktan kurtarmak istedi. Fakat*

62 Projet d’articles sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, s. 91; Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, s. 41.

63 Cemil Bilsel, Devletler Hukuku, s. 228.

*ihtilafın neticesinde, Amerika, Nouvel Orléan memurlarının İtalyanların muhafazası için gerekli tedbirlerini almamış olduklarını kabul ederek, öldürülenlerin ailelerine tazminat verdi ve İtalya elçisine, Başkanın mahalli memurlara hitap eden muahazeli bir telgrafını tebliğetti ki, bu tarziye demekti.”<sup>64</sup>*

*“1926’da Almanya’da, Passav ve Ingolştad’da Murâkabe komisyonu üyesi memurları halk taşladı. Fransa, şiddetli bir nota verdi. Cüretkârların tediplerini, Bavyera başbakanının tarziye mektubu yazmasını, bu şehirler belediye başkanlarının değiştirilmesini ve her şehre beş yüz bin mark altın ceza verilerek milletlerarası komisyona teslimini istedi. Almanya tarafından verilen cevapta, Bavyera başbakanının harice karşı temsil yetkisi olmayıp bunun İmparatorluk Başbakanlığına ait olduğu, belediye başkanlarının hükümetten bağımsız olduklarından ötürü hükümetin değiştirilmelerinde yetkisinin olmadığı ve istenilen meblağın bu şehirlerce ödenmesine imkân bulunmadığından, bunu hükümetin üzerine alarak, komisyonun emrine amade bulundurduğunu bildirdi.”<sup>65</sup>*

Bilsel, bunlara ilâveten, *“belediye, vilâyet ve nâhiyelerin yaptıkları fiillerde, bunların iç hukukta kişiliği olsa da, milletlerarası kişilikleri olmadığından ötürü bunların yaptıklarından devletleri sorumlu olur”* demektedir.<sup>66</sup>

Edip Çelik, uluslararası ilişkiler bakımından ana ilke olarak, *“yetkilerin bütünü federal devlette toplanır”* der ve devam eder: *“Federe devletlerin milletlerarası kişiliği yoktur. Milletlerarası hukukun muhâtabı ve bu hukukun süjesi olan federal devlettir. Federe devletlerin fiil ve tasarruflarından sorumlu olan federal devlettir.”<sup>67</sup>*

Seha Meray da uluslararası hukukta sorumluluğun federal devlete âit olduğunu belirtmekte ve konunun üzerine borçtan sorumluluk, yâni borcun ödenmesi bakımından da eğilmektedir:

*“Bir federal devlet eyaletinin, yabancılara karşı girişmiş oldukları borçların ödenmemesi halinde federal hükümetin mes’ul olup olmayacağı konusunda tatbikatta bir tereddüt görülmektedir. Mesela, Fransa ile Meksika arasında Hyacinthe Pellat meselesinde<sup>68</sup>(1929) federal hükümetin eyalet borçları(nın) ödenmesinden mes’ul olması kabul edilmesine mukabil, Ca-yuga Hintlileri meselesinde, İngiliz-Amerikan hakem mahkemesi, eyalet borçlarından federal hükümetin bazı hususi şartlar altında mes’ul olabileceğini kabul etmiştir. Hükmi şahsiyeti olan vilayetlerin ve belediyelerin yabancılarla akdetmiş oldukları hususi hukuk sahasına giren mukaveleleri icra etmemeleri yüzünden devletin milletlerarası mes’uliyetinin bahis mevzu*

64 Cemil Bilsel, Devletler Hukuku, s. 228 ve s. 229. Aynı olaya Seha Meray da temas eder; Seha L. Meray, Devletler Hukukuna Giriş, Birinci Cilt, s. 135, dn 20.

65 Cemil Bilsel, Devletler Hukuku, s. 229.

66 Bkz. Hakkı Hakan Erkiner, “Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları”, s. 155; Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 126.

67 Edip Çelik, Milletlerarası Hukuk, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1962, s.247.

68 Affaire Pellat, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. V, 1929.



*olamayacağı Bansomes, Sim and Lefferis Ltd.-Türkiye meselesinde (1928), İngiliz-Türk hakem komisyonu tarafından belirtilmiştir. Komisyon, mukavele akdetmiş olan Edirne Vilayeti'nin hükmi şahsiyeti olduğu için, mukavelenin icrasından doğan meselelerde devletin mes'uliyeti olmayacağını belirtmiştir. Bununla beraber, vilayetler ve belediyeler devlet organı olarak icratta bulunurken işleyebilecekleri haksız fiiller devletin milletlerarası mes'uliyetini gerektirir.”<sup>69</sup>*

Yukarıda “*isnat meselesi bakımından, bir devlet organının davranışının, ticârî ya da acta jure gestionis nitelikte olması bir önem arz etmez*” demiştik. Bir kontratın uygulanmaması, kendiliğinden uluslararası hukukun ihlâlini oluşturmaz. Meseleye uluslararası hukukun uygulanması için buna ilâve bir hususun daha varlığı gereklidir. Bu husus, davranışın, devletin bir uluslararası yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmesi, bu yükümlülüğü ihlâl etmesidir. Öyleyse, merkezî devlet tüzel kişiliğinden bağımsız, müstakil kamu tüzel kişiliğine sahip fakat 4'üncü maddede de belirtildiği üzere uluslararası hukuk bakımından devlet organı sayılan birimlerin dış borçlarını ödememeleri kendiliğinden ve doğrudan devletin uluslararası sorumluluğunu gerektirmez. Bu borcun ödenmemesi davranışı, teknik olarak devlete isnat edilebilir olsa da borcun ödenmemesinin devletin yüklendiği uluslararası yükümlülüğe aykırılık oluşturması da gereklidir ki devletin uluslararası sorumluluğu doğsun.

### **B. İsnat Meselesine İlişkin İkinci Kural: Kamu Gücü Yetkilerini Kullanırken Bir Kişinin ya da Bir Birimin Davranışının İsnat Edilmesi**

Kamu Gücü Yetkilerini Kullanırken Bir Kişinin ya da Bir Birimin Davranışının İsnat Edilmesi hakkında da şunlar belirtilmelidir: A/RES/56/83'te beşinci madde “Kamu gücü yetkilerini<sup>70</sup> kullanırken bir kişinin ya da bir birimin<sup>71</sup> davranışı” başlığını taşımaktadır. Madde şu şekildedir:

*“Dördüncü madde kapsamında devlet organı olmayan fakat bu devletin hukuku tarafından kamu gücü yetkilerini kullanmak için yetkilendirilmiş bir kişinin ya da bir birimin davranışı, olayda bu kişi ya da birim bu nitelikte davrandığı sürece uluslararası hukuka göre bir devlet fiili olarak kabul edilir.”<sup>72</sup>*

Maddede geçen “birim” tâbiri doğrudan devlet organı olmayan fakat iç hukuk tarafından kamu gücü yetkilerini kullanmak üzere yetkilendirilmiş farklı kurum ve kuruluşları tanımlamaktadır. Bunlar kamuya ait şirketler, çeşitli kamu kurum ve kuruluşları ve bazı durumlarda özel şirketler olabilir. Böyle bir birimin davranışlarının devlete isnat edilebilmesi için olağan olarak devlet organları tarafından yerine getirilen

69 Seha L. Meray, Devletler Hukukuna Giriş, Birinci Cilt, ss. 504-505.

70 *Prérogative* kelimesi, imtiyaz, ayrıcalık anlamına geldiği gibi yetki anlamına da gelmektedir; bkz. Paul Robert, Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française, S.N.L., Paris, 1972. Yetki kavramı, imtiyazları da kapsadığından ötürü, yetki kelimesinin kullanılması gerektiği kanaatindeyiz.

71 *Une entité* (Latince *Entitas*) karşılığı olarak bir birim ifadesinin kullanılması gerektiği kanaatindeyiz.

72 Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 5; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 5.

kamu işlemi niteliğindeki davranışları yapabilmesi için iç hukuk tarafından bu birime yetki verilmiş olması gereklidir. Bazı ülkelerde, özel güvenlik şirketlerinin çalışanlarının cezâ evlerinde gardiyan görevini yerine getirmeleri buna örnek oluşturmaktadır. Özel ya da kamu ya ait hava ve tren yolu şirketlerinde çalışanların kolluğa ait çeşitli görevleri yerine getirdiği durumlarda örnek teşkil eder.<sup>73</sup>

### **C. İsnat Meselesine İlişkin Üçüncü Kural: Bir Devlete Bir Başka Devlet Tarafından Emrine Verilmiş Bir Organın Davranışının İsnat Edilmesi**

Bir Devlete Bir Başka Devlet Tarafından Emrine Verilmiş Bir Organın Davranışının İsnat Edilmesi hakkında da şunlar belirtilmelidir: A/RES/56/83'te altıncı madde “Bir başka devlet tarafından bir devletin emrine verilmiş bir organın davranışı” başlığını taşımaktadır. Madde şu şekildedir:

*“Bir başka devlet tarafından bir devletin emrine verilmiş bir organın davranışı, bu organın emri altında bulunduğu devletin kamu gücü yetkilerini kullandığı sürece, uluslararası hukuka göre emri altında bulunduğu devletin fiili olarak kabul edilir.”<sup>74</sup>*

Altıncı madde bağlamında davranışın devlete isnat edilebilmesi için, organın, emrine veren devletin bir devlet organı olması gerekmektedir. İkinci koşul olarak ise, bu organın, emrine verilen devletin kamu gücüne ait bir yetkisini kullanması gerekmektedir.<sup>75</sup>

Chevreau dâvâsında, İrândaki bir Britanya konsolosu, geçici olarak Fransa'nın konsolosluk işlerini görmesi için görevlendirilmiştir ve Britanya tarafından, Fransa'nın emrine verilen bu konsolos, kendisine verilen bazı belgeleri kaybetmiştir.<sup>76</sup> Fransa'nın başvurusu üzerine, hakem Beichman şöyle karar vermiştir: “Britanya hükûmeti, konsolosunun dikkatsizliğinden ve ihmâlinden ötürü, bu konsolos başka bir gücün konsolosluğunu yerine getirirken sorumlu tutulamaz.”<sup>77</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de benzer durumu, İsviçre polisinin Liechtenstein nâmına yetki kullandığı iki olayda incelemiştir.<sup>78</sup> Olayların olduğu tarihte, Liechtenstein Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) taraf olmadığı için ve başvuru yalnız Liechtenstein aleyhine yapılabileceği için, AİHS'nin ihlâlinin söz konusu olamayacağına karar verilmiştir. AİHM'ndeki Drozd ve Janousek dâvâsı da aynı meseleye ilişkindir.<sup>79</sup> İspanyol ve Çek Cumhuriyeti vatandaşı olan başvuruçular Andora Prenslığı'nde

73 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, ss. 96-99; Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, ss. 42-43.

74 Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 6; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 6.

75 Hakkı Hakan Erkiner, “Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları”, s. 159; Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 129.

76 Affaire Chevreau, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, 1931, s. 1113; ayrıca bkz. Seha L. Meray, Devletler Hukukuna Giriş, Birinci Cilt, s. 501; Seha L. Meray, Devletler Hukukuna Giriş, İkinci Cilt, s. 307.

77 Affaire Chevreau, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, 1931, s. 1141.

78 X et Y c. Suisse, Recquêtes no. 7289/75, 7349/76, 1977, 9 dr 57, CEDH, Annuaire no. 20, ss. 402-406.

79 Drozd et Janousek c. France et Espagne, CEDH, Série A, no. 240, 1992.

bir otelde silâhlı soygun yapmak suçundan Andorâda, Fransız ve İspanyol vatandaşı yargıçlardan oluşan mahkemede yargılanarak 14'er yıl hapis cezâsına mahkûm olmuşlardır.<sup>80</sup> Başvurucular âdil yargılanma haklarının ihlâl edildiği şikâyetinde de diğer şikâyetlerinin yanı sıra bulunmuşlardır. Dâvânın bizi ilgilendiren kısmı Mahkemenin bu şikâyet hakkında vermiş olduğu cevap ile ilgilidir. Zirâ Fransız ve İspanyol hükûmetleri, âdil yargılanmaya ilişkin şikâyet bakımından, AİHM'nin yer bakımından yetkisizliği itirazını ileri sürmüşlerdir. Mahkeme bu hususa şu şekilde cevap vermiştir:

*“Andora Prensiği'nin milletlerarası statüsü tamamen bir çözüme kavuşmuş değilse de Andora başka bir devletten tamamen bağımsız olduğu ve milletlerarası toplum içinde yer aldığı açık olduğundan, ayrı bir ülke olan Andora henüz Avrupa Konseyi üyesi olmadığından ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin de tarafı bulunmadığından, ayrıca Andora Avrupa Konseyi'ne üye adayı bulunmak için de herhangi bir girişimde bulunmadığından, Mahkeme'nin yer bakımından yetkisi bulunmadığı itirazının kabulüne; öte yandan kişi bakımından yetki kavramı Sözleşmeciler devletlerin ülkeleri ile sınırlı olmayıp bu devletlerin kamu makamlarının tasarruflarının etkisini de kapsadığından, olayda Fransâdan ve İspanya'dan gelen yargıçlar Andora mahkemesinde yargıç olarak görev yapmış iseler de bu görevlerini kendi ülkelerindeki yargısal görevlerinden bağımsız ve özerk bir biçimde yerine getirmiş olduklarından, ayrıca bu dâvâlı devletlerin makamları Andorâda yapılan yargılamaya ve Andora mahkemeleri tarafından verilen karara müdahale etmediklerinden, Mahkeme'nin kişi bakımından yetkisi bulunmadığı itirazının kabulüne” karar verilmiştir.<sup>81</sup>*

#### **D. İsnat Meselesine İlişkin Dördüncü Kural: Yetki Aşımı ya da Tâlîmatlara Aykırı Davranışın İsnat Edilmesi**

Yetki Aşımı ya da Tâlîmatlara Aykırı Davranışın İsnat Edilmesi hakkında da şunlar belirtilmelidir: A/RES/56/83'te yedinci madde “Yetki aşımı ya da tâlîmatlara aykırı davranış” başlığını taşımaktadır. Madde şu şekildedir:

*“Bir devlet organının davranışı ya da kamu gücü yetkilerini kullanmak için yetkilendirilmiş bir kişinin ya da birimin davranışı, bu organ, kişi ya da birim bu nitelikte hareket ederken, yetkisini aşıya ya da tâlîmatlara aykırı hareket etse bile, uluslararası hukuka göre devletin fiili kabul edilir.”<sup>82</sup>*

Bu kural, uluslararası yargı kararları tarafından, devletlerin uygulamaları tarafından ve öğretici tarafından yerleştirilmiş bir kuraldır. Örneğin 12 Ağustos 1949 târihli Cenevre Konvansiyonları'na

80 Bkz. Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1999, ss. 288-289.

81 Osman Doğru, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi, ss. 288-289.

82 Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 7; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 7.

ilâve edilen 8 Haziran 1977 tarihli 1 numaralı Protokol'ün 91'nci maddesi şöyledir. “Çatışmanın tarafı (...) silâhli kuvvetlerinin parçası olan kişilerin bütün eylemlerinden sorumlu olacaktır.”<sup>83</sup>

Caire dâvâsında da bu kuralın uygulandığına şahit olmaktayız. İki Meksikalı memur, bir Fransız vatandaşından zorla para alma girişimleri başarısız olunca, onu kışlarına götürmüş ve vurup, öldürmüşlerdir. Olayı inceleyen ve karar veren hakem komisyonu, “*her ne kadar, memurlar yetkilerinin tamâmen hâricinde ve onu aşarak hareket etmiş olsalar dahi ve hatta üstlerinin emirlerinin tam tersi istikamette hareket etmiş olsalar dahi, olayda memur sıfatlarına sahipken bundan istifâde ettiklerinden ötürü ve bu sıfatın kendilerine tanıdığı imkânları kullanmalarından ötürü devlet sorumluluk altına girmiştir*” demiştir.<sup>84</sup>

Velasquez Rodriguez dâvâsında da aynı kural Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından uygulanmıştır. Mahkeme, “Sözleşmenin ihlâl edildiği kararına varılması, organın ya da memurun, iç hukuka aykırı hareket ettiğinin bilinmesi ya da yetkilerinin sınırlarını aştığının bilinmesi olgusundan bağımsızdır” diyerek, devam etmiştir: “Uluslararası hukukta devlet, ajanlarının resmî sıfatla yaptığı eylemlerinden ve ihmallerinden, bu ajanlar yetki sahalarının hâricinde hareket etmiş olsalar ya da iç hukuku ihlâl etmiş olsalar dahi sorumludur.”<sup>85</sup>

Yedinci maddede belirtilen kuralın uygulanabilmesi için çözülmesi gereken esas sorun, resmî organın eylemini sergilerken, organın resmî sıfatı ve niteliği ile hareket edip etmediğinin belirlenmesidir. Ayırd edilmesi gereken, bir yanda memurların, memur sıfatıyla hukuka aykırı ya da sahip oldukları yetkileri çiğneyerek ve ihlâl ederek hareket ettikleri haller ile öte yanda hareketlerinin resmî sıfatlarının oldukça uzağında olduğu ve neredeyse özel şahsiyetleri alanına dâhil edilebilecek ve devletin sorumlu kılınamayacağı hallerdir. Sorun yetki verilmemiş fakat halen resmî bir davranışla, özel, kişisel bir davranış arasındaki sınırın belirlenmesi sorunudur. Söz konusu eylem sistematik ve tekrar edilen nitelikte ise devlet tarafından bilinir ya da bilinebilir olabileceğinden ötürü önlenmesi için devletin gereken önlemleri alması ve engel olması mecbûriyeti vardır. Bunun belirlenebilmesi her somut olayda resmî memurun davranışının niteliğinin incelenmesi ile mümkündür ve söz konusu sınır böylelikle çizilebilir.<sup>86</sup> Memurun özel alanında, kişisel olarak yaptığı, resmî sıfatıyla

83 8 Haziran 1977 târihli 1949 Cenevre Konvansiyonlarına ek I sayılı Milletlerarası Silâhli Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolü; Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), Nations Unies, Recueil des traités, vol. 1125, s. 3.12 Ağustos 1949 târihli Cenevre Konvansiyonları dört adettir: I sayılı Harp Halindeki Silâhli Kuvvetlerin Hasta ve Yaralıların Vaziyetlerinin Islahı Konvansiyonu, II sayılı Silâhli Kuvvetlerin Denizdeki Hasta, Yaralı ve Kazazedelerinin Vaziyetlerinin Islahı Konvansiyonu, III sayılı Harp Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye Dair Sözleşme, IV sayılı Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına Dair Sözleşme. 8 Haziran 1977 târihli 1949 Cenevre Konvansiyonlarına ek Protokoller ise iki adettir: I sayılı Milletlerarası Silâhli Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolü ve II sayılı Milletlerarası Olmayan Silâhli Çatışmalarda Mağdurların Korunması Protokolü. Türkiye Cenevre Konvansiyonları'na taraftır. 21 Ocak 1953 târihli ve 6020 sayılı Harp Felaketzedelerinin Himayesine Dair 12 Ağustos 1949 Târihli Cenevre Sözleşmelerinin Onanması Hakkında Kanun ile bunları TBMM onamıştır; bkz. RG 30 Ocak 1953, Sa. 8322.

84 Affaire Caire, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. V, 1929.

85 Affaire Velasquez Rodriguez, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, No 4, 1989.

86 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, s. 108; Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, s. 46.

ilgisi olamayan, ilgisi kurulamayan davranışları 7'nci madde çerçevesinde devlete isnat edilemezler. 7'nci madde resmî memurun *ultra vires* davranışları için geçerlidir.<sup>87</sup>

### **E. İsnat Meselesine İlişkin Beşinci Kural: Devletin Yönlendirmesi ya da Denetimi Altında İken ki Davranışın İsnat Edilmesi**

Devletin Yönlendirmesi ya da Denetimi Altında İken ki Davranışın İsnat Edilmesi hakkında da sunlar belirtilmelidir: A/RES/56/83'te sekizinci madde “Devletin yönlendirmesi ya da denetimi altında iken davranış” başlığını taşımaktadır. Madde şu şekildedir:

*“Bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şayet bu kişi ya da grup bu davranışı yaparken, devletin tâlimatları, emri ya da denetimi altında ise, uluslararası hukuka göre devletin fiili olarak kabul edilir.”*<sup>88</sup>

Uluslararası hukuka göre genel kural olarak, gerçek ve tüzel özel hukuk kişilerinin davranışları devlete isnat edilebilir değildir. Bununla beraber 8'inci madde özel hukuk kişisi olan bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışının eğer bu davranış devletin tâlimatı, emri ya da denetimiyle yapılmışsa devlete isnat edileceğini belirtmektedir. Bu gibi durumlarda bu kişilerin davranışı ile devlet arasında bir bağ kurulabildiğinden ötürü, devlete isnat kâbiliyeti bulunmaktadır. Fakat aşağıda inceleyeceğimiz uluslararası yargı kararlarında meydana çıktığı gibi göreceğiz ki bu bağın tespit edilmesi ve niteliğinin belirlenmesi etrafında sorun düğümlenmektedir.<sup>89</sup>

Nikaragua'daki Askerî ve Yarı Askerî Faâliyetler dâvâsında,<sup>90</sup> devletin denetiminin derecesinin belirlenmesi, davranışların Amerika Birleşik Devletleri'ne isnat edilebilmesi için anahtar unsur olmuştur.<sup>91</sup> Bu unsurun çözümlenmesi, Kontraların işlediği insan hakları ihlallerini oluşturan davranışların ABD'ye isnat edilebilmesi meselesini çözümleyecektir.<sup>92</sup> Bunun incelenmesinde

87 Hakkı Hakan Erkiner, “Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları”, s. 163; Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 133.

88 Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 8; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 8.

89 Hakkı Hakan Erkiner, “Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları”, s. 163; Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 133; ayrıca bkz. Ufuk Dal, “Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemin Devlete Atfedilmesi”, ss. 66-90.

90 Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États-Unis d'Amérique, fond, CIJ Recueil 1986; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v. United States of America, Merits, Judgment, ICJ Reports 1986.

91 Dominique Carreau, Droit International, s. 446, para. 1078.

92 1962'de kurulan Sandinista Ulusal Kurtuluş Cephesi (FSLN) adlı bir gerilla örgütü 1979'da Somoza rejimine son verdi. Somoza ailesinin mülklerini kamulaştırarak bir dizi devletleştirmeye girişen yeni yönetim, sosyalist ülkelerle de yakın ilişkiler kurdu. Bunun üzerine ABD Nikaragua'ya yaptığı ekonomik yardımı keserek yönetime karşı gerilla mücadelesi yürüten sağcı kontra'lara geniş destek vermeye başladı. Aynı dönemde Nikaragua'da ağır bir ekonomik bunalım da başladı. Komşu ülkelerde üstlenen kontra'ların saldırıları Nikaragua'nın bazı Orta Amerika ülkeleriyle ilişkilerini de

UAD denetim unsurunun araştırılmasına yoğunlaşmıştır. UAD, ABD ajanlarının operasyonların hazırlanmasına ve idare edilmesine katıldıkları için ABD'nin sorumlu olduğuna karar vermiştir. Fakat Nikaragua'nın ABD'nin sorumluluğunu iddia ederken dayandığı en önemli husus olan, Kontraların eylemlerinin ABD'nin denetiminde yapıldığı iddiasını yerinde bulmamıştır. Bunun sebebi UAD'na göre, ABD her ne kadar önemli desteklerde bulunmuş olsa da, Kontraların bütün eylemlerinde, onlar üstünde bir otoriteye sâhip olmamasıdır. Bunun neticesinde Kontraların bütün eylemlerinde ABD adına hareket ettiği söylenememektedir. Önemli oranda bağımsız hareket ettiklerinden ötürü, ABD'nin söz konusu insan hakları ihlallerini teşkil eden eylemleri işlemeleri tâlimatını verdiği ya da tavsiye ettiği ispat edilememektedir. Aksine bu eylemlerin ABD denetimi hâricinde işlendiğine ilişkin deliller mevcuttur. Halbuki ABD'nin sorumluluğunun doğabilmesi için bu eylemlerin kendisine isnat edilebilmesi, bunun için de eylemleri yapanlar üzerinde bu esnada etkin denetiminin olması gerekmektedir. UAD'na göre genel bir ilişki eylemin devlete isnat edilebilmesi için yeterli değildir. Her somut eylemde etkin denetimin aranması, eylemin devlete isnat edilebilmesi için gereklidir.

UAD, 26 Şubat 2007 târîhli, Soykırım Suçunun Önlenmesi Ve Cezâlandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin dâvâdaki kararında incelemekte olduğumuz hususlara dair birçok karmaşık meseleye ilişkin hükümlerini oluşturmuştur.<sup>93</sup> Kararın VII'nci bölümünde, Sırbistan-Karadağ'ın, Soykırım Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinin a bendine göre soykırım<sup>94</sup> olarak nitelendirilen Srebrenica olaylarından ötürü sorumluluğu sorunu, 377'nci paragraftan 415'inci paragrafa kadar ele alınmıştır. UAD'na göre, Sırbistan-Karadağ'ın uluslararası sorumluluğunun doğup doğmadığının araştırılması için sırasıyla üç sorunun incelenmesi gerekmektedir.

İlk olarak, işlenmiş olan soykırım eylemlerinin savunmacı devlete, devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarına göre isnat edilip edilemeyeceğinin sorgulanması gerekmektedir. Bunun için de bu eylemlerin, davranışları devlete isnat edilebilir kişiler ya da organlar tarafından işlenip işlenmediğinin incelenmesi gerekmektedir. Somut olayda bu eylemler Srebrenica'da kişilerce işlenen eylemlerdir. Demek ki UAD, bu kişilerin davranışlarının, devlete isnat edilebilir kişilerin ya da organların davranışları olup olmadığına öncelikle karar verecektir. İkinci sırada ise, UAD, Soykırım Sözleşmesinin 3'üncü maddesinde sayılan nitelikteki davranışların uluslararası hukuk kurallarına göre, davranışları devlete isnat edilebilir kişiler ya da organlarca işlenip işlenmediğine karar vermelidir.<sup>95</sup> Üçüncü ve son olarak ise UAD, savunmacı

bozdu. Çatışmaların yerini 1987'den itibaren görüşmeler aldı; Hakkı Hakan Erkiner, "Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları", ss. 164-165; Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 134.

93 Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de genocide, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, CIJ, 2007; <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/91> (01.05.2021); Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, ICJ, 2007; <https://www.icj-cij.org/en/case/91> (01.05.2021).

94 Kelime anlamı ve kelimenin kökeni için bkz. Sümeysa Altuner, "Soykırım Suçlarında Zaman Aşımı Sorunu", Çankaya University Journal of Law, 7/2, Şubat 2011, ss. 126-127; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/45447> (07.05.2021).

95 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Approved and proposed for signature and ratification or accession by General Assembly resolution 260 A (III) of 9 December 1948; [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.1\\_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20)

devletin, Sözleşmenin birinci maddesinden kaynaklanan soykırımı önlemek ve cezalandırmak olan çifte yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine karar verecektir. Görüldüğü üzere bu dâvadaki karar bizim ele almakta olduğumuz isnat meselesi hakkında içtihat teşkil etmektedir. Soykırım meselesi bir yana uluslararası sorumluluk hukukunun isnat konusu bakımından incelenmeye değer bir karardır.

İsnat konusuna ilişkin saptamalarını ele alacağımız kararında UAD, soykırım olarak tespit edilen Srebrenica'daki eylemlerin savunmacı devletin organları tarafından işlenip işlenmediğini ilk mesele olarak ele almaktadır.<sup>96</sup> Bu soruya olumsuz cevap verilmesi durumunda isnat bakımından sorulması gereken sıradaki sorunun savunmacı devletin organları tarafından işlenmeyen eylemlerin bu devletin tâlimatı, emri ya da kontrolü yâni denetimi altında olan kişiler tarafından işlenip işlenmediğinin tespiti olduğunu söylemektedir.<sup>97</sup> Bu da bizim yukarıdan beri incelemekte olduğumuz UHK'nun 8'inci maddesi kapsamına girmektedir. Bu nedenle bu kararın incelenmesini bu maddeye ilişkin açıklamalarımız altında yapmayı isâbetli saymaktayız.

UAD, Srebrenica soykırımının onun organlarının davranışlarından ötürü savunmacı devlete isnat edilmesi meselesini ele alırken, buna ilişkin kuralın, uluslararası örf ve âdet hukuku kuralından kaynaklandığını ve UHK'nun devletin sorumluluğuna ilişkin 4'üncü maddesinde belirtildiğini, anılan kararın 385'inci paragrafında tespit etmektedir. Biz bu dördüncü maddeye yukarıda yer vermiştik. UAD, UHK'nun bu maddelerine, devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının belirtildiği bir metin olarak değer biçmiştir. Bu değerlendirme UHK'nun kendi çalışması hakkındaki değerlendirmesi ile uyumludur. Ancak UHK bunun ötesinde yapmış olduğu bu maddeler projesi çalışmasını, olan hukuku tespit ettiği kadar olması gereken hukuku da belirleyen, bu istikâmette yön gösteren ve bunun kodifiye edilmesini hedefleyen bir çalışma olarak da değerlendirmektedir. Bununla beraber UAD'nın bu kararında UHK'nun kodifikasyonu sağlanamamış bu maddelerine belirttiğimiz şekilde değer biçerek kararında atıf yapması anlamlıdır. Atıf yapılan madde şöyledir: “1. Uluslararası hukuka göre, bir organ, ister yasamaya, yürütmeye, yargıya ilişkin ya da ister başkaca işlevleri yerine getiriyor olsun, bunun devlet örgütlenmesi içindeki durumu ne olursa olsun, ister merkezi idare içinde, ister bir yerel idare niteliğinde olsun, bütün devlet

Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf (01.05.2021); Sözleşme 19 maddedir. İlk üç madde incelememiz için doğrudan önemlidir: “Madde-1: Sözleşen Taraflar, Jenosit'in ister barış ister savaş zamanında işlenmiş olsun bir devletler hukuku suçu olduğunu tasdik ederler ve bu suçu önlemeyi ve cezalandırmayı taahhüt ederler. Madde-2: İşbu Sözleşmede, jenosit, millî, etnik, ırki veya dini bir grubu kısmen veya tamamen imha etmek maksadıyla aşağıdaki fiillerden herhangi birinin irtikap olunması demektir. a) Grup azalarının katli; b) Grup azalarının bedeni ve akli melekelerinin ciddi surette haleldar edilmesi; c) Grubun, bedeni varlığının kısmen veya tamamen imhasına müncer olacak hayat şartlarına kasten tabi tutulması; d) Grup içinde doğumları sekteye uğratacak tedbirler alınması; e) Bir grup çocuklarının diğer bir gruba zorla nakledilmesi. Madde-3: Aşağıdaki fiiller cezalandırılacaktır: a) Jenosit; b) Jenosit'i irtikap için anlaşma; c) Jenosit'i irtikap için doğrudan doğruya ve aleni surette tahrik; d) Jenosit'e teşebbüs; e) Jenosit suçuna ortaklık”; Soykırımın Önlenmesi Ve Cezalandırılması Dair Sözleşme, Türkiye 31.07.1950 tarihinde katılmıştır; RG yayın târihi 29.03.1950, RG Sa. 7469; <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/32702-Soykirim-Sucunun-Onlenmesine-ve-Cezalandirilmesine-Dair-Sozlesme.pdf> (01.05.2021).

96 Bkz. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, ICJ, 2007, para. 278-297.

97 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, ICJ, 2007, para 384, son cümle.

*organlarının davranışları devletin bir fiili olarak kabul edilir. 2. Organ, iç hukuka göre bu statüye sahip her kişi ya da birimi kapsar.”<sup>98</sup>*

Bu kuralın uygulanmasında, soykırım eylemlerini, savunmacının o zamanki adı olan Federal Yugoslavya Cumhuriyeti'nin (FYC), o dönemde yürürlükteki iç hukukuna göre organı sayılacak kişiler ya da birimler tarafından mı işlendiğinin belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>99</sup> Buna olumlu bir cevap verilmesine imkân olmadığı tespit edilmektedir. FYC'nin ordusunun ya da siyâsi liderlerinin katliamın hazırlanmasında, planlanmasında ve uygulanmasında iştiraklerinin olduğunun sâbit olmadığı saptanmaktadır. UAD, bu katliamdan önce savunmacı devletin ordusunun Bosnalı Sırpların ordusu ile beraber Bosna-Hersek'de doğrudan ya da dolaylı olarak birçok eyleme iştirak ettiğine dâir çok sayıda delil olmasına rağmen, Srebrenica katliamına iştirak ettiğinin sâbit olmadığına karar vermektedir. Öte yandan ne Sırp Cumhuriyeti'nin ne de Sırp Cumhuriyeti Ordusu'nun FYC'nin iç hukukuna göre FYC'nin bir organı olduğuna dâir hukûkî bir temel olmadığı söylenmektedir. Görüldüğü gibi UAD, UHK'nun 4'üncü maddesinde belirtilen isnat kuralının uygulanması için gereken hukûkî mantığın gerektirdiği muhâkemeyi tâkip etmekte ve muhâkemesinin netîcesinde kararını oluşturacak hükümlere varmaktadır. Hukûkî muhakeme tarzının takip edilmesi bakımından incelememize devam etmek gerekirse; FYC'nin, Sırp Cumhuriyeti'ne mâli destek başta olmak üzere destek verdiği, bu mâli desteğin Sırp Cumhuriyeti Ordusu'nun görevlilerine aktarıldığına şüphe olmadığı belirlenmektedir. Bununla beraber bu desteğin söz konusu görevlileri FYC'nin organlarının görevlisi haline getirmeyeceği söylenmektedir. General Mladic de dâhil olmak üzere bu görevlilerin FYC adına değil, Sırp Cumhuriyeti adına hareket ettikleri tespitinde bulunmaktadır. Halbuki FYC'nin organı olabilmek için onun adına hareket edilmesi gerekmektedir eklemesinde de bulunmaktadır.<sup>100</sup>

Akrepler tâbir edilen silâhlı grubun Srebrenica bölgesindeki eylemlerinin FYC'ye isnat edilmesi meselesi ile devam edilmektedir. Burada da UAD, bunların FYC'nin *de jure* organı yâni FYC iç hukukuna göre devlet organı olup olmadığını incelemektedir. Fakat bunun böyle olmadığı, Akreplerin Sırp Cumhuriyeti iç işleri bakanlığına bağlı olduklarını tespit etmektedir. Bunu yaparken şunu da eklemektedir ki, bir devlet tarafından başka bir devletin emrine verilen bir organının eylemleri bu devlete değil emrine verilen devlete isnat edilmelidir. Bu husus da bizim yukarıda incelediğimiz 6'ncı maddedeki kuralın tekrar edilmesidir. UAD, burada bu kuralı da hatırlatma gereği duymuştur çünkü Akrepler esasında FYC'nin bir organı sayılsaydılar bile eğer Sırp Cumhuriyeti'nin emrine verilmiş olsalardı, onun emri altında iken yaptıkları davranışlar FYC'ye değil ama Sırp Cumhuriyeti'ne isnat edilebilecekti denilmek istenmiştir.<sup>101</sup>

98 Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 4; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 4.

99 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, ICJ, 2007, para. 386.

100 Hakkı Hakan Erkiner, “Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tespit Ettiği Isnat Kuralları”, s. 169; Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 138.

101 Hakkı Hakan Erkiner, “Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun



Bu noktada, hukuken kendisinin devlet organı olmayan kişilerin ya da bir grup kişinin davranışlarının bu devletin çok sıkı bir denetimi altında olması hâlinde (o kadar ki, bunların o devletin bir organıymışçasına hareket etmeleri söz konusu olsun) ona isnat edilmesi meselesi belirlemektedir. UAD bu meseleye ilişkin, Nikaragua'daki Askerî ve Yarı Askerî Faaliyetler dâvasında ilke olan kuralı tespit ettiğini saptamaktadır.<sup>102</sup> Bizim de yukarıda ele aldığımız gibi, bu kararın 109'uncu paragrafında, Kontralar ile ABD arasında birincinin ikinciye bağlılığının, birinciyi, ikincinin bir devlet organıymışçasına hareket etmeye sevk etmesi durumunda, Kontraları, ABD hükûmeti adına hareket ediyor saymaya imkân olduğu belirtilmiştir; halbuki ABD'nin, Kontralar üzerinde, onların bütün eylemlerinde geçerli olan böyle bir otoritesinin bulunduğu tespit edilemediği saptanmıştır.<sup>103</sup>

UAD'nın içtihadına göre, uluslararası sorumluluğun doğması bakımından, herhangi bir kişi ya da grup ya da bir birim, iç hukukta bunu gerektiren bir temel olmasa bile, eğer bunlar devlete tamamen bağlı şekilde hareket ediyorlarsa, bu devletin bir organı olarak kabul edileceklerdir. UAD'nın Nikaragua kararında geliştirdiği ve Soykırım kararında da tekrar ettiği bu içtihadta mühim nokta tamamen bağlılığın tespit edilebilmesidir. Aradaki ilişki bu derece yakın ve sıkı ise bu kişi, grup ya da birimin davranışları, sorumluluk bakımından devlete isnat edilebilecektir. Ayrıca gene dikkat edilmesi gereken bir nokta da bu sıkı ilişkinin ve bağlılığın her olayda tekrar tekrar aranması gerekliliğidir. Gerek Kontraların Nikaragua'daki insan hakları ihlallerini teşkil eden davranışlarında, gerek Srebrenica'daki soykırım eyleminde bu bağlılık aranmış fakat tespit edilemediğinden ötürü savunucu devletlere haksız fiil teşkil eden davranışlar isnat edilememiştir.<sup>104</sup>

Srebrenica katliamı UAD'na göre, FYC'nin devlet organı niteliğinde sayılabilecek kişilerce işlenmediğine göre, acaba bu katliam, FYC'nin tâlimatları, emirleri ya da denetimi altında olan kişilerce işlenmiş olabilir mi? Dîvan bu soruya cevap aramakla devam etmektedir çünkü Dîvan'ın da kararında tekrar ettiği gibi (para. 398), UHK'nun 8'inci maddesinde ifâdesini bulan uluslararası örf ve âdet hukuku uyarınca: *“Bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şayet bu kişi ya da grup bu davranışı yaparken, devletin tâlimatları, emri ya da denetimi altında ise, uluslararası*

Tespit Ettiği İsnat Kuralları”, s. 169; Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 138.

102 Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États-Unis d'Amérique, fond, CIJ Recueil 1986; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v. United States of America, Merits, Judgment, ICJ Reports 1986.

103 Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États-Unis d'Amérique, fond, CIJ Recueil 1986, s. 63, para. 110.

104 Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de genocide, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, CIJ, 2007, para. 393: *“Il reste à rechercher si, en la présente affaire, les personnes ou entités qui ont commis les actes de génocide de Srebrenica possédaient, avec la RFY, à la date des faits, des liens tels qu'on puisse les regarder comme ayant été placées sous la totale dépendance de cet Etat: c'est à cette condition seulement qu'on pourrait les assimiler à des organes du défendeur aux fins de la mise en oeuvre de la responsabilité internationale de ce dernier.”*; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, ICJ, 2007, para. 393: *“It remains to be determined in the present case whether, at the time in question, the persons or entities that committed the acts of genocide at Srebrenica had such ties with the FRY that they can be deemed to have been completely dependent on it; it is only if this condition is met that they can be equated with organs of the Respondent for the purposes of its international responsibility.”*

*hukuka göre devletin fiili olarak kabul edilir.*” Dîvan, Nikaragua kararında da benzeri muhâkeme sırasını tâkip ettiğinden ötürü artık bu tip dâvâlarda isnat meselesi bakımından Dîvan’ın içtihadını yerleştirdiğini ifâde edebiliriz. Aynı şekilde bu tip dâvâlarda devletin uluslararası sorumluluğunun doğup doğmadığını belirleyecek mühim ve nâzik noktanın da isnat meselesinin çözümlenmesinden geçtiği tespitinde bulunabiliriz.<sup>105</sup>

Nikaragua kararında Kontraların ABD’ye tamâmen bağlı olmadıklarından ötürü, bunun bir devlet organı olarak sayılamayacağı tespit edildikten sonra, Kontraların insan hakları hukukuna ve insancıl hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerinin, ABD’nin tâlîmatları ya da tavsiyeleri dayatması yâni empoze etmesi altında mı işlendiği sorusu cevaplandırılmaya başlanmıştır. Zirâ bu şekilde olduysa bu davranışlar ABD’ye isnat edilebilecekti. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, eylemde bulunan(lar)ın devlete tamamen bağlı olması durumunda onun devlet organı sayılmasından ötürü davranışın devlete isnat edilecek olması, bunun gerçekleşmemesi durumunda ise eylemde bulunan(lar)ın devletin etkin denetimi altında hareket etmeleri durumunda davranışın devlete isnat edilecek olmasıdır. İlk durum Komisyon’un 4’üncü maddesinde ifâde edilen kuralın uygulanması; ikinci durum Komisyon’un 8’inci maddesinde ifâde edilen kuralın uygulanmasıdır. İlk durumda tamâmen bağıllık (*totale dépendance; complete dependence*) aranmalı, ikinci durumda etkin denetim (*contrôle effectif*<sup>106</sup>; *effective control*<sup>107</sup>) aranmalıdır. Üstüne üstlük ikinci durumda etkin denetim her somut eylem için müstakillen aranmalıdır. Öyleyse bir yerde etkin denetim altında eylemde bulunulmuşsa devlete isnat mümkün olacak fakat bir başka yerde, örneğin Srebrenica’da FYC’nin etkin denetimi yoksa eylem devlete isnat edilemeyecektir. Bir başka şekilde açıklamak gerekirse, genel bir denetim (*contrôle global; overall control*) eylemin devlete isnat edilmesi için yetmemekte, bilakis isnat edilmek istenen davranış işlenirken, devletin etkin denetimi altında işlenmiş olmalıdır. Ancak bu surettedir ki, Dîvan’a göre davranış devlete isnat edilebilecek ve bu davranış uluslararası bir yükümlülüğün ihlâlini teşkil ediyorsa devletin uluslararası sorumluluğu doğacaktır. Dîvan’ın kararında, Srebrenica soykırımının Sırbistan-Karadağ’a isnat edilmemesinde de hukûkî sebep budur.<sup>108</sup>

### **F. İsnat Meselesine İlişkin Altıncı Kural: Resmî Otoritelerin Yokluğu ya da Yetersizliği Hâlindeki Davranışın İsnat Edilmesi**

Resmî Otoritelerin Yokluğu ya da Yetersizliği Hâlindeki Davranışın İsnat Edilmesi hakkında da şunlar belirtilmelidir: A/RES/56/83’te dokuzuncu madde “Resmî otoritelerin yokluğunda ya da yetersizliği hâlindeki davranış” başlığını taşımaktadır. Madde şu şekildedir:

105 Hakkı Hakan Erkiner, “Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları”, s. 171; Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 140.

106 Projet d’articles sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, s. 111.

107 Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, s. 47.

108 Dîvan’ın, niye Srebrenica soykırımında, FYC’nin etkin denetimini sabit bulmadığı kararda anlatılmaktadır. Biz konumuz itibâriyle hukûkî bakımdan isnat kurallarına ilişkin saptamaları inceleyip, değerlendirmekteyiz. Hangi delillerin ele alındığı ve niye bunların isnat için yeterli görülmediği, Dîvan’a göre etkin denetimin varlığının başvuru tarafından ispat edilemediği ve bunun ne derece eleştirilebilir olduğu hususunda kararın 401’inci paragrafından, 413’üncü paragrafına kadar olan kısmına bakınız.

*“Bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şâyet bu kişi ya da grup, resmî otoritelerin yokluğunda ya da yetersizliği hâlinde, kamu gücü yetkilerini kullanıyorsa ve koşullar bu yetkilerin kullanılmasını gerektiriyorsa, uluslararası hukuka göre devletin fiili olarak kabul edilir.”*<sup>109</sup>

Dokuzuncu madde, istisnâî bir durumu öngörmekte ve buna göre bir düzenleme getirmektedir. Bu istisnâî durum, bir kişinin ya da bir grup kişinin, resmî otoritelerin yokluğunda ya da yetersizliğinde, kamu gücü yetkilerini kullanmasıdır. Durumun istisnâî olduğunu vurgulayan formül madde içinde *“koşulların bu yetkilerin kullanılmasını gerektirmesi”* şeklinde ifade edilmiştir. Bu öngörü, bir devrim, bir silâhlı çatışma, yabancı işgâli gibi, olağan otoritenin kaybolduğu ya da etkisizleştiği durumlarda meydana gelebilir. Bu durum, devrimi ya da yabancı işgâlini tâkiben hukûkî otoritenin tekrar tesis edilmeye çalışıldığı dönemde de meydana gelebilir. 9’uncu maddenin üzerine dayandığı ilke biraz eski bir düşüncenin mirası olduğunu çağrıştırmaktadır. Bu düşünce ayaklanma hakkı olarak da ifade edilebilecek olan, düzenli kuvvetlerin etkisizleştiği ya da yok olduğu durumlarda vatandaşların kendilerini savunma haklarının mevcut olduğu düşüncesidir. Bu hakkın hukuken meşruluğu 1907 La Haye Kara Savaşı Sözleşmesi’nin 2’nci maddesinde tanınmıştır. Aynı şekilde 1949 Cenevre Savaş Esirleri Konvansiyonu da böyle bir hakkı meşru sayar.<sup>110</sup>

9’uncu madde davranışın devlete isnat edilebilmesi üç şartın varlığını arar. İlk olarak, davranış etkin olarak kamu gücü yetkilerinin kullanılması niteliğinde olmalıdır; ikinci olarak böyle bir davranış resmî otoritenin kaybolduğu bir durumda gerçekleşmelidir; üçüncü olarak şartlar böyle bir davranışın gerekliliğini doğrulamalıdır.

İlk şarta ilişkin belirtilmesi gereken husus, kişinin ya da bir grup kişinin kamu yetkilerini kendi inisiyatifleri ile kullanmalarıdır. Böyle bir durumda normal devlet aygıtının yerini kendi inisiyatifleri ile kişiler doldurmaktadır. Bu durum devletin ülkesinin bir kısmında ya da genelinde gerçekleşebilir. İkinci şartta resmî devlet otoritesi ülkenin genelinde ya da bir kısmında belirli bir süre için ortadan kaybolmuş durumdadır. Üçüncü şart için ise koşulların böyle bir davranış gerçekten gerektirmesi aranmaktadır. Örneğin resmî kamu otoritesinin ortadan kaybolduğu bir durumda kolluk vazîfelerinin, polis görevlerinin gayrı resmî kişilerce ele alınıp uygulanması ihtiyacı söylenebilir. Herhalde bu şartların her birin somut olayda mevcut olduğunun iyice ortaya konması gerekmektedir.<sup>111</sup>

109 Résolution adoptée par l’Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite, article 9; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 9.

110 Projet d’articles sur la responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, s. 115; Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, s. 49.

111 Hakkı Hakan Erkiner, “Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları”, s. 174; Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 142.

### **G. İsnat Meselesine İlişkin Yedinci Kural: Bir İsyân Hareketinin ya da Benzerinin Davranışının İsnat Edilmesi**

Bir İsyân Hareketinin ya da Benzerinin Davranışının İsnat Edilmesi hakkında da şunlar belirtilmelidir: A/RES/56/83'te onuncu madde "Bir isyan hareketinin ya da benzerinin davranışı" başlığını taşımaktadır. Madde şu şekildedir:

1. *Devletin yeni hükümeti haline gelen bir isyan hareketinin davranışı, uluslararası hukuka göre bu devletin fiili olarak kabul edilir.*
2. *Bir isyan hareketinin ya da benzerinin davranışı, daha evvelden mevcut bir devletin ülkesinin bir kısmında ya da bunun idaresi altında olan bir toprakta yeni bir devlet kurmaya ulaşırsa, uluslararası hukuka göre bu yeni devletin fiili olarak kabul edilir.*
3. *Bu madde, 4'üncü maddeden 9'uncu maddeye kadar olan maddeler uyarınca, devletin fiili olarak kabul edilmesi gereken bütün davranışların, bunlar herhangi bir biçimde isyan hareketinin davranışlarına bağlı olmuş olsa da, devlete isnat edilmesine engel olmaz.*<sup>112</sup>

10'uncu madde, daha sonradan devletin yeni hükümeti hâline gelen ya da yeni bir devlet kuran bir isyan hareketinin davranışlarının devlete isnat edilmesi meselesini düzenlemektedir. Başlangıçta isyan hareketinin üyelerinin davranışları sıradan kişi davranışları olarak belirir. Bu nedenle elbette bir kitlesel gösteriye katılan kişilerin davranışları devlete isnat edilebilir değildir. Bundan daha fazla organize olmuş, etkin eylemler yapabilen bir hareketin de davranışları devlete isnat edilebilir değildir. Herhangi bir hareketin devletle mücadelesi esnâsında yapmış olduğu davranışlar devlete isnat edilebilir değildir. Bir başka ifade ile başarısız olmuş isyan hareketlerinin davranışları devlete isnat edilemez. Ancak bir isyan hareketi, hükümet olabilmeyi başarır ya da yeni bir devlet kurabilirse hareketleri devlete isnat edilebilir. Solis dâvâsında bir devletin kendi otoritesine karşı gelerek isyan eden grupların davranışlarından sorumlu tutulamayacağına karar verilmiştir.<sup>113</sup> Ancak devletin iyi niyete aykırı bir tutumla isyanın bastırılmasında bir ihmâlinin olmaması gerekmektedir. Bir isyan hareketi hükümet olmayı başardığında ya da yeni devlet kurduğunda devlete isnat edilebilecek davranışlar, isyan hareketi sırasında, hareketin üyelerinin kendiliklerinden yapmış olduğu kişisel davranışlar değil fakat harekete yüklenebilecek davranışlardır.<sup>114</sup>

Bir öngörü olarak denilebilir ki, hükümet olmayı başarmış bir hareketin idâreci kadroları yeni hükümetin de idârecilerini oluşturacaklardır. Bu şartlarda elbette mücadeleyi sürdürürken sergiledikleri davranışlar hükümeti oldukları devlete isnat edilecektir. Nitekim uluslararası hukuk kişisi olarak devlet mevcut olduğundan davranışların sorumluluğunun doğabilmesi için de bunların devlete isnat edilmesi gerekmektedir. Öte yandan eğer devletin isyan hareketi sürdürülürkenki meşrû hükümeti isyancılarla bir uzlaşmaya varırsa, bir barış yapılırsa isyancıların davranışlarının devlete

112 Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 10; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 10.

113 Affaire Solis, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. IV, 1928, s. 361.

114 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, s. 120; Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, s. 50.

isnat edilmesi söz konusu olmayacaktır. Diğer taraftan, isyan hareketi mücadele ettiği devletin ülkesinin bir kısmında ya da bu devletin idâresi altında olan bir toprakta yeni bir devlet kurmayı başarır ise bu yeni devlete isyancıların davranışları isnat edilecektir.<sup>115</sup> Bolivar Railway Company dâvâsında, devletin zafere ulaşmış bir devrimin başlangıcından itibaren oluşmuş borçlarından sorumlu olduğu, böyle bir devrimin nihâi başarısında *ab intio* millî irâdenin kristalize olduğu ifade edilmiştir.<sup>116</sup>

#### **H. İsnat Meselesine İlişkin Sekizinci Kural: Devlet Tarafından Kendisinin Olarak Tanınan ve Benimsenen Davranışın İsnat Edilmesi**

Devlet Tarafından Kendisinin Olarak Tanınan ve Benimsenen Davranışın İsnat Edilmesi hakkında da şunlar belirtilmelidir: A/RES/56/83'te on birinci madde "Devlet tarafından kendisinin olarak tanınan ve benimsenen davranış" başlığını taşımaktadır. Madde şu şekildedir:

"Önceki maddelere göre devlete isnat edilemeyen bir davranış, bu devlet tarafından söz konusu davranışın kendi davranışı olarak tanındığı ve benimsendiği halde ve ölçüde, uluslararası hukuka göre bu devletin fiili olarak kabul edilir."<sup>117</sup>

Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin dâvâ, yukarıdaki kuralın uygulandığı bir dâvâ örneğidir.<sup>118</sup>

Adolf Eichmann'ın ele geçirilmesi ve İsrail'de yargılanması da kişilerin davranışlarının daha sonra devlet tarafından sahiplenilmesine örnek teşkil eder. 10 Mayıs 1960'ta, Eichmann İsraili bir grup tarafından Buenos Aires'te kaçırılmıştır. Uçakla İsrail'e ulaştırılmadan evvel birkaç hafta Buenos Aires'te bir evde alı konulmuştur. Olayın devamında Arjantin, İsrail hükümetini, Eichmann'ın kaçırılmasında işin içinde olduğu iddiası ile kınamıştır. Arjantin'in şikâyeti BM Güvenlik Konseyi önünde görüşülürken, İsrail dışişleri bakanı Meir tarafından iddianın doğruluğu ne onaylanmış ne de yalanlanmıştır. Meir, Eichmann'ı ele geçirenleri bir grup gönüllü olarak nitelendirmekle yetinmiştir. Güvenlik Konseyi 138 sayılı ve 23 Haziran 1960 târîhli kararında İsrail hükümetinin Eichmann'ın ele geçirilme planından en azından haberi olduğu ve Arjantin'den İsrail'e kaçırılmasına muvâfakat ettiği hükmüne varmıştır.<sup>119</sup>

115 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, s. 122; Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, s. 51.

116 Affaire Bolivar Railway Company Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. IX, 1903, s. 453; aynı doğrultudaki karar örnekleri için bkz. Affaire Puerto Cabello and Valencia Railway Company, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. IX, 1903, s. 513; Affaire French Company of Venezuela Railroads, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. X, 1902, s. 354; Affaire Dix, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. IX, 1902, s. 120; Affaire Pinson, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. V, 1928, s. 353.

117 Résolution adoptée par l'Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, article 11; Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts, article 11.

118 Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, CIJ Recueil 1980, s. 35; United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, ICJ Reports 1980, s. 35.

119 Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001, s. 127; Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001, s. 53.

Eichmann'ı kaçıranlar gerçekten de İsrail'in talimatları, emri ya da denetimi altında hareket etmiş olabilirler. Bu durum yukarıda incelediğimiz 8'inci madde kapsamına girmektedir fakat Eichmann olayında olduğu gibi, bunun ispâtında sorun olduğu ve şüphelerin bulunduğu durumda hareketin daha sonra devlet tarafından benimsenip, sahiplenilmesine ilişkin hüküm uygulanabilecektir.<sup>120</sup>

### III. ULUSLARARASI HUKUK USÛLÜ KURALLARI, SOYKIRIM İDDİALARI VE OSMANLI ERMENİLERİ SOYKIRIMI İDDİASI'NIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Uluslararası Hukuk Usûlü Kuralları, Soykırım İddiaları Ve Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası'nın Değerlendirilmesi (III) başlığı altında, isnat meselesine ilişkin kuralların soykırım iddialarına uygulanması çerçevesinde devletin sorumluluğu bakımından ihlâl edildiği iddia edilen yükümlülüğün yürürlükteki ve devletin bağlı olduğu bir uluslararası hukuk kuralından kaynaklanması şartı ve ihlâl teşkil ettiği iddia edilen davranışın devlete isnat edilebilmesi şartı (A); Askerî ve Yarı Askerî Faâliyetler Dâvası ile Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Dâvâda Uluslararası Adâlet Divânı tarafından isnat kuralının uygulanması ve yerleşen içtihat olarak devletin sorumluluğu bakımından isnat şartı için A/RES/56/83 mad. 4'e göre isnat ispat edilemiyorsa, A/RES/56/83 mad. 8'in uygulanmasında aranan tamâmen bağlılık veya etkin denetim şartı (B); uluslararası hukuktaki isnat meselesi bakımından bir soykırım iddiasının örnek olarak incelenmesi; Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası'nın ispat şartı dâiresinde değerlendirilmesi (C) işlenmektedir.

#### ***A. Isnat Meselesine İlişkin Kuralların Soykırım İddialarına Uygulanması: Devletin Sorumluluğu Bakımından İhlâl Edildiği İddia Edilen Yükümlülüğün Yürürlükteki ve Devletin Bağlı Olduğu Bir Uluslararası Hukuk Kuralından Kaynaklanması Şartı ve İhlâl Teşkil Ettiği İddia Edilen Davranışın Devlete Isnat Edilebilmesi Şartı***

Yukarıdan beri, Uluslararası Hukukta Isnat Meselesi'ne ilişkin uluslararası örf ve âdet hukukunda mevcut olan bütün kurallar serimlenmiştir. Anılan bu bütün kurallar BM tarafından A/RES/56/83 Belgesi'nde ortaya konuldukları gibi öz olarak aktarılmış ve uluslararası yargı yerleri tarafından da uygulandıkları hâliyle çözümlenmiştir. Böylelikle eldeki çalışmada özlü bir anlatım çerçevesinde normatif bakımdan Uluslararası Hukukta Isnat Meselesi hakkında Devletlerin Uluslararası Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumlulukları Bakımından bir noksan bırakılmamaya gayret edilmiştir. Uluslararası Hukukta Isnat Meselesi ve Soykırım İddiaları hakkında ise yukarıdan beri işlenenler arasında mutlaka tekrar belirtilmesi ve vurgulanarak belirginleştirilmesi gerekenler şunlardır: 2001 târihli BM A/RES/56/83 Belgesi Uluslararası Haksız Fiilden Ötörü Devletin Uluslararası Sorumluluğu'na ilişkin BM UHK'nun hazırlamış olduğu maddeler metnini içerir; kodifiye edilmiş olmamakla birlikte uluslararası teâmül hukuku kurallarını yansıtır ve A/RES/56/83 madde 1'e göre bir devletin uluslararası bakımdan her haksız fiili, o devletin uluslararası

120 Hakkı Hakan Erkiner, "Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tespit Ettiği Isnat Kuralları", s. 177; Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 145.

sorumluluğunu doğurur.<sup>121</sup> Soykırım yasağının ihlâli uluslararası bakımdan bir haksız fiildir ve devletin sorumluluğunu doğurur. Soykırımın hukukî neticelerinin araştırılıp ortaya konulabilmesi için öncelikle soykırımın tanımlanması ve soykırımın varlığının belirlenmesi gereklidir. Bu hususta A/RES/56/83 Belgesi yol göstericidir çünkü soykırım her şeyden önce bir fiildir (davranıştır) ve uluslararası hukukta bir fiil nedir ve devlete nasıl isnat edilir, bu belge mevcut uluslararası kuralları ve hukukî yöntemleri belirtmektedir.<sup>122</sup> Soykırım davranışını işlemek gerçek kişiler için bir uluslararası suç, devletler için ise bir uluslararası haksız fiildir. Gerçek kişilerin cezâî sorumluluğunun araştırılması ve bunlar hakkında işletilen isnat kuralları ile devletlerin uluslararası haksız fiilden kaynaklanan uluslararası sorumluluğunun araştırılması ve bunlar hakkında işletilen isnat kuralları aynı değildir. Bunların uluslararası yargı yerleri de kesinlikle aynı değildir. Nitekim uluslararası hukukta devletlerin uluslararası cezâî sorumluluğu kat'iyet ile yoktur. Bu nedenle örneğin “Tadiç Dâvâsı” ile “Bosna Soykırım Dâvâsı'nı” isnat ilkeleri ve kuralları bakımından uluslararası haksız fiil sorumluluğu bağlamında kıyaslamak doğru sonuca ulaştırmaz çünkü uluslararası sorumluluk hukuku bakımından aynı nitelikte uluslararası mesele ve dâvâlar değildirler.<sup>123</sup>

A/RES/56/83 madde 2'ye göre, şâyet icrâî sûrette ya da ihmal sûretiyle işlenen bir davranış uluslararası hukuka göre devlete isnat edilebiliyorsa ve devletin bir uluslararası yükümlülüğünün ihlâlini oluşturuyorsa, devletin bir uluslararası haksız fiili vardır.<sup>124</sup> Soykırım davranışı devletin bir uluslararası yükümlülüğünün ihlâlini oluşturur ve devletin bir uluslararası haksız fiili vardır; yeter ki uluslararası hukuka göre soykırım davranışı devlete isnat edilebilsin.

Uluslararası hukukta devlet organlarının davranışları devlete isnat edilir. Soykırım yasağının ihlâlini teşkil eden soykırım davranışının da devlete isnat edilmesi için uluslararası sorumluluk hukukundaki isnat kuralları işletilir. Uluslararası hukuka göre bir organ ister yasamaya, yürütmeye, yargıya ilişkin ya da ister başkaca işlevleri yerine getiriyor olsun, bunun devlet örgütlenmesi içindeki durumu ne olursa olsun, ister merkezî idâre içinde, ister bir yerel idâre niteliğinde olsun, bütün devlet organlarının davranışı devletin bir fiili olarak kabul edilir; organ iç hukuka göre bu statüye sâhip her kişi ya da birimi kapsar.<sup>125</sup>

Şâyet soykırım davranışı devlet organlarının davranışı olarak devlete isnat edilmiyorsa, soykırım davranışının devlete isnat edilmesi için bir kişinin ya da bir grup kişinin, soykırım davranışını yaparken devletin tâlîmatları, emri ya da denetimi altında soykırım davranışını işlediklerinin ispat edilmesi şarttır. Soykırım yasağını koyan uluslararası hukuk kuralı, uluslararası hukukta normatif olarak yâni hukuk kuralı olarak geriye yürümez.<sup>126</sup> Şâyet soykırım yasağını koyan uluslararası

121 <https://undocs.org/A/RES/56/83> (01.05.2021); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (01.056.2021).

122 Hakkı Hakan Erkiner, *Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa*, s. 81.

123 Bkz. <https://www.icty.org/en/case/tadic> (10.05.2021).

124 <https://undocs.org/A/RES/56/83> (01.05.2021); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (01.056.2021).

125 A/RES/56/83 mad. 4; <https://undocs.org/A/RES/56/83> (01.05.2021); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (01.056.2021).

126 İlyas Doğan, *Devletler Hukuku*, Astana, Ankara, 2020, s. 452; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Judgment of 3 February 2015, ICJ Reports 2015, para. 119; <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/118/118.201.50203-JUD-01-00-EN.pdf> (02.05.2021); *Application de la Convention Pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide (Croatie c. Serbie)*, Arrêt du 3 Février 2015,

hukuk normunun uluslararası hukukta yükümlülük yükleyen bir kural olarak hukukî varlık sahasına çıkmasından sonraki bir zamanda ve devletin bu kural ile bağlanmasından ve kendisi için yükümlülük yükler hâle gelmesinden sonraki bir zamanda soykırım davranışının işlendiği iddia ediliyorsa,<sup>127</sup> bu davranışın soykırım ile itham edilen devlete isnat edilebildiğinin ispat edilebilmesi şarttır.<sup>128</sup> Soykırım davranışı, ne devlet organlarının davranışı olarak devlete isnat edilmiyorsa ve ne de devletin tâlimatları, emri ya da denetimi altında bulunan bir grup kişinin davranışı olarak devlete isnat edilmiyorsa, isnat şartı ispat edilmemiş demektir. Uluslararası haksız fiilin varlığının ispâtı için şart olan isnat edilmenin ispâtı şartı gerçekleşmemiştir. Uluslararası sorumluluğun doğumu için uluslararası haksız fiilin varlığının ispâtının şart olmasından ötürü de uluslararası sorumluluk meydana gelmemiştir çünkü uluslararası haksız fiilin varlığı ispat edilmemiştir zîra uluslararası haksız fiilin varlığının ispâtı için ispat edilmesi gereken isnat ispat edilmemiştir.

***B. Askerî ve Yarı Askerî Faâliyetler Dâvâsı ile Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Dâvâ'da Uluslararası Adâlet Dîvânı Tarafından Isnat Kuralının Uygulanması ve Yerleşen İçtihat: Devletin Sorumluluğu Bakımından Isnat Şartı İçin A/RES/56/83 mad. 4'e Göre Isnat İspat Edilemiyorsa, A/RES/56/83 mad. 8'in Uygulanmasında Aranan Tamâmen Bağlılık veya Etkin Denetim Şartı***

Bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şâyet bu kişi ya da grup bu davranışı yaparken, devletin tâlimatları, emri ya da denetimi altında ise, uluslararası hukuka göre devletin fiili olarak kabul edilir.<sup>129</sup> Askerî ve Yarı Askerî Faâliyetler Dâvâsı'nda, devletin denetiminin derecesinin belirlenmesi, davranışların ABD'ne isnat edilebilmesi için anahtar unsur olmuştur.<sup>130</sup> UAD, Nikaragua'nın ABD'nin sorumluluğunu iddia ederken dayandığı en önemli husus olan, Kontralar'ın eylemlerinin ABD'nin denetiminde yapıldığı iddiasını yerinde bulmamıştır. Bunun sebebi Dîvan'a göre, ABD her ne kadar önemli desteklerde bulunmuş olsa da Kontralar'ın bütün eylemlerinde otoriteye sâhip olmamasıdır. Bunun neticesinde Kontralar'ın bütün eylemlerinde ABD adına hareket ettiği söylenememektedir. Önemli oranda bağımsız hareket ettiklerinden ötürü, ABD'nin söz konusu ihlalleri teşkil eden eylemleri işlemeleri tâlimatını verdiği ya da tavsiye ettiği ispat edilememektedir. Aksine bu eylemlerin ABD denetimi hâricinde işlendiğine ilişkin deliller mevcuttur. Hâlbuki ABD'nin uluslararası sorumluluğunun doğabilmesi için bu eylemlerin kendisine isnat edilebilmesi, bunun için de eylemleri yapanlar üzerinde bu esnâda etkin denetiminin olması gerekmektedir. Dîvan'a

CIJ, Recueil 2015, para. 119; <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/118/118.201.50203-JUD-01-00-FR.pdf> (02.05.2021).

127 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment of 3 February 2015, ICJ Reports 2015, para. 119; Application de la Convention Pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide (Croatie c. Serbie), Arrêt du 3 Février 2015, CIJ, Recueil 2015, para. 119.

128 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment of 3 February 2015, ICJ Reports 2015, para. 178; Application de la Convention Pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide (Croatie c. Serbie), Arrêt du 3 Février 2015, CIJ, Recueil 2015, para. 178.

129 A/RES/56/83 mad. 8; <https://undocs.org/A/RES/56/83> (01.05.2021); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (01.05.2021).

130 Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États-Unis d'Amérique, fond, CIJ Recueil 1986; Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v. United States of America, Merits, Judgment, ICJ Reports 1986.



göre genel bir ilişki eylemin devlete isnat edilebilmesi için yeterli değildir. Her somut eylemde etkin denetimin aranması, eylemin devlete isnat edilebilmesi için gereklidir.<sup>131</sup>

UAD, 26 Şubat 2007 târihli, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Dâvâdaki kararında da incelemekte olduğumuz hususlara dâir birçok karmaşık meseleye ilişkin hükümlerini oluşturmuştur.<sup>132</sup> Anılan kararın VII'nci bölümünde Sırbistan-Karadağ'ın, Soykırım Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinin a bendine göre soykırım olarak nitelendirilen Srebrenica olaylarından ötürü sorumluluğu sorunu, 377'nci paragraftan 415'inci paragrafa kadar ele alınmıştır.

Dîvan'a göre, Sırbistan-Karadağ'ın uluslararası sorumluluğunun doğup doğmadığının araştırılması için sırasıyla üç sorunun incelenmesi gerekmektedir. İlk olarak, işlenmiş olan soykırım eylemlerinin savunmacı devlete, devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarına göre isnat edilip edilemeyeceğinin sorgulanması gerekmektedir. Bunun için de bu eylemlerin, davranışları devlete isnat edilebilir organlar, kişiler ya da birimler tarafından işlenip işlenmediğinin incelenmesi gerekmektedir. Somut olayda bu eylemler Srebrenicâda kişilerce işlenen eylemlerdir. Demek ki UAD, bu kişilerin davranışlarının devlete isnat edilebilir kişilerin ya da birimlerin davranışları olup olmadığına öncelikle karar verecektir.<sup>133</sup>

İkinci sırada ise UAD, Soykırım Sözleşmesinin 3'üncü maddesinde sayılan nitelikteki davranışların uluslararası hukuk kurallarına göre davranışları devlete isnat edilebilir kişiler ya da birimlerce işlenip işlenmediğine karar vermelidir.<sup>134</sup>

Üçüncü ve son olarak ise Dîvan, savunmacı devletin, Sözleşmenin 1'inci maddesinden kaynaklanan soykırımı önlemek ve cezâlandırmak olan çifte yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine karar verecektir.

Dîvan, soykırım olarak tespit edilen Srebrenicâdaki eylemlerin savunmacı devletin organları tarafından işlenip işlenmediğini ilk mesele olarak ele almaktadır.<sup>135</sup> Bu meseleye olumsuz cevap

131 Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, ss. 133-134.

132 *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de genocide, Bosnie-Herzegovine c. Serbie-et-Montenegro*, CIJ, 2007; <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/91> (01.05.2021); *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, ICJ, 2007; <https://www.icj-cij.org/en/case/91> (01.05.2021); Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, ss. 135-141.

133 Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa, s. 85.

134 Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması hakkındaki Sözleşme, Türkiye 31.07.1950 tarihinde katılmıştır. R.G. yayın târihi 29.03.1950, R.G. Sa. 7469; orijinal metin için bkz. UN General Assembly resolution 260 A (III) of 9 December 1948. Sözleşme 19 maddedir. İlk üç madde incelememiz için doğrudan önemlidir: "*Madde-1: Sözleşen Taraflar, Jenosit'in ister barış ister savaş zamanında işlenmiş olsun bir Devletler hukuku suçu olduğunu tasdik ederler ve bu suçu önlemeyi ve cezalandırmayı taahhüt ederler. Madde-2: İşbu Sözleşmede, jenosit, millî, etnik, irkî veya dinî bir grubu kısmen veya tamâmen imhâ etmek maksadıyla aşağıdaki fiillerden herhangi birinin irtikâp olunması demektir. a) Grup azalarının katli; b) Grup azalarının bedenî ve akli melekelerinin ciddi sûrette haleldar edilmesi; c) Grubun, bedenî varlığının kısmen veya tamâmen imhâsına müncer olacak hayat şartlarına kasten tabi tutulması; d) Grup içinde doğumları sekteye uğratabilecek tedbirler alınması; e) Bir grup çocuklarının diğer bir gruba zorla nakledilmesi. Madde-3: Aşağıdaki fiiller cezalandırılacaktır: a) Jenosit; b) Jenosit'i irtikâp için anlaşma; c) Jenosit'i irtikâp için doğrudan doğruya ve alenî sûrette tahrik; d) Jenosit'e teşebbüs; e) Jenosit suçuna ortaklık.*"

135 *Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de genocide, Bosnie-*

verilmesi durumunda isnat bakımından sorulması gereken sıradaki sorunun savunmacı devletin organları tarafından işlenmeyen eylemlerin bu devletin tâlîmatı, emri ya da kontrolü yâni denetimi altında olan kişiler tarafından işlenip işlenmediğinin tespiti olduğunu söylemektedir.<sup>136</sup> UAD, Srebrenica soykırımının onun organlarının davranışlarından ötürü savunmacı devlete isnat edilmesi meselesini ele alırken, buna ilişkin kuralın, uluslararası örf ve âdet hukuku kuralından kaynaklandığını ve UHK'nun devletin sorumluluğuna ilişkin 4'üncü maddesinde belirtildiğini, kararın 385'inci paragrafında tespit etmektedir. UAD, UHK'nun bu maddelerine, devletin uluslararası sorumluluğuna ilişkin uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarının belirtildiği bir metin olarak değer biçmiştir. Bu değerlendirme Komisyon'un kendi çalışması hakkındaki değerlendirmesi ile uyumludur.

Dîvan'ın içtihadına göre, uluslararası sorumluluğun doğması bakımından, herhangi bir kişi ya da grup ya da bir birim, iç hukukta bunu gerektiren bir temel olmasa bile, eğer bunlar devlete tamâmen bağlı şekilde hareket ediyorsa, o devletin bir organı olarak kabul edileceklerdir. Dîvan'ın Nikaragua kararında geliştirdiği ve Soykırım kararında da tekrar ettiği bu içtihadta mühim nokta tamâmen bağlılığın tespit edilebilmesidir. Aradaki ilişki bu derece yakın ve sıkı ise bu kişi, grup ya da birimin davranışları devlete isnat edilebilecektir. Ayrıca gene dikkat edilmesi gereken bir nokta da bu sıkı ilişkinin ve bağlılığın her olayda tekrar tekrar aranması gerekliliğidir. Gerek Kontraların Nikaragua'daki insan hakları ihlalleri teşkil eden davranışlarında, gerek Srebrenica'daki soykırım eyleminde bu bağlılık aranmış fakat mahkemeye göre tespit edilemediğinden ötürü savunucu devletlere haksız fiil teşkil eden davranışlar isnat edilememiştir.<sup>137</sup> Srebrenica katliamı Dîvan'a göre, FYC'nin devlet organı niteliğinde sayılabilecek kişilerce işlenmediğine göre, acaba bu katliam, FYC'nin tâlîmatları, emirleri ya da denetimi altında olan kişilerce işlenmiş olabilir mi? Dîvan bu soruya cevap aramakla devam etmektedir çünkü Dîvan'ın da kararında tekrar ettiği gibi (para. 398), UHK'nun 8'inci maddesinde ifâdesini bulan uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı uyarınca, bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şâyet bu kişi ya da grup bu davranışı yaparken, devletin tâlîmatları, emri ya da denetimi altında ise, uluslararası hukuka göre devletin fiili olarak kabul edilir.<sup>138</sup>

Dîvan, Nikaragua kararında da benzeri muhâkeme sırasını tâkip ettiğinden ötürü artık bu tip dâvâlarda isnat meselesi bakımından Dîvan'ın içtihadını yerleştirdiğini ifâde edebiliriz. Aynı

Herzegovine c. Serbie-et-Montenegro, CIJ, 2007; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, ICJ, 2007.

136 Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de genocide, Bosnie-Herzegovine c. Serbie-et-Montenegro, CIJ, 2007; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, ICJ, 2007.

137 Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de genocide, Bosnie-Herzegovine c. Serbie-et-Montenegro, CIJ, 2007, para. 393; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, ICJ, 2007, para. 393: "Il reste à rechercher si, en la présente affaire, les personnes ou entités qui ont commis les actes de génocide de Srebrenica possédaient, avec la RFY, à la date des faits, des liens tels qu'on puisse les regarder comme ayant été placées sous la **totale dépendance** de cet Etat: c'est à cette condition seulement qu'on pourrait les assimiler à des organes du défendeur aux fins de la mise en oeuvre de la responsabilité internationale de ce dernier"; "It remains to be determined in the present case whether, at the time in question, the persons or entities that committed the acts of genocide at Srebrenica had such ties with the FRY that they can be deemed to have been **completely dependent** on it; it is only if this condition is met that they can be equated with organs of the Respondent for the purposes of its international responsibility"; (Vurgu bize âit).

138 A/RES/56/83 mad. 8; <https://undocs.org/A/RES/56/83> (01.05.2021); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (01.056.2021).

şekilde bu tip dâvâlarda devletin uluslararası sorumluluğunun doğup doğmadığını belirleyecek mühim ve nâzik noktanın da isnat meselesinin çözülmesinden geçtiği tespitinde bulunabiliriz. Nikaragua kararında Kontraların ABD'ne tamâmen bağlı olmadıklarından ötürü, bunun bir devlet organı olarak sayılamayacağı tespit edildikten sonra, Kontraların uluslararası insan hakları hukukuna ve uluslararası insancıl hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerinin, ABD'nin tâlimatları ya da tavsiyeleri diğer ifâde ile dayatması yâni empoze etmesi altında mı işlendiği sorusu cevaplandırılmaya başlanmıştır çünkü bu şekilde olduysa bu davranışlar ABD'ne isnat edilebilecekti. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, eylemde bulunan(lar)ın devlete tamâmen bağlı olması durumunda onun devlet organı sayılmasından ötürü davranışın devlete isnat edilecek olması, bunun gerçekleşmemesi durumunda ise eylemde bulunan(lar)ın devletin etkin denetimi altında hareket etmeleri durumunda davranışın devlete isnat edilecek olmasıdır. İlk durum Komisyon'un 4'üncü maddesinde ifâde edilen kuralın uygulanması; ikinci durum Komisyon'un 8'inci maddesinde ifade edilen kuralın uygulanmasıdır. İlk durumda tamâmen bağıllık (*totale dépendance – complete dependence*) aranmalı, ikinci durumda etkin denetim (*contrôle effectif – effective control*) aranmalıdır. Üstüne üstlük ikinci durumda etkin denetim her somut eylem için müstakilen aranmalıdır. Öyleyse bir yerde etkin denetim altında eylemde bulunulmuşsa devlete isnat mümkün olacak fakat bir başka yerde, örneğin Srebrenica'da FYC'nin etkin denetimi yoksa eylem devlete isnat edilemeyecektir. Bir başka şekilde açıklamak gerekirse, genel bir denetim (*contrôle global – overall control*) eylemin devlete isnat edilmesi için yetmemekte, bilâkis isnat edilmek istenen davranış işlenirken devletin etkin denetimi altında işlenmiş olmalıdır. Ancak bu sürettedir ki davranış devlete isnat edilebilecek ve bu davranış uluslararası bir yükümlülüğün ihlâlini teşkil ediyorsa devletin uluslararası sorumluluğu doğacaktır.<sup>139</sup>

### **C. Uluslararası Hukuktaki İsnat Meselesi Bakımından Bir Soykırım İddiasının Örnek Olarak İncelenmesi: Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası'nın İspat Şartı Dâiresinde Değerlendirilmesi**

Malta'da tutuklu bulunan Osmanlı Türkleri<sup>140</sup> aleyhine Birinci Dünya Savaşı Esnâsında Vukûu Rivâyet Edilen Osmanlı Ermenileri Kırımı<sup>141</sup> hakkında delil olarak kullanılacak kanıtlar bulunması için Osmanlı arşivlerinde İngiliz Kraliyet Başsavcılığı tarafından geniş çaplı araştırmalar

139 Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa, ss. 88-89.

140 Malta'ya gönderilenlerin kimliklerinin listesi için bkz. Bilâl N. Şimşir, Malta Sürgünleri, Bilgi, İstanbul, 1985, ss. 68-75 ve ss. 415-420.

141 Yusuf Sarınoy (Proje Yöneticisi), Osmanlı Belgelerinde Ermenilerin Sevk ve İskânı (1878-1920), T.C. Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivleri Daire Başkanlığı Yayın No. 91, Ankara, 2007, ss. 452-453; <https://www.devletarsivleri.gov.tr/varliklar/dosyalar/eskisiteden/yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/osmanli-belgelerinde-ermenilerin-sevk-ve-iskanlari-1878-1920.pdf> (04.05.2021); Giovanni Bonello, "The Malta Trials and The Turkish-Armenian Question", Birinci Dünya Savaşı Belgeleri Sempozyum Bildirileri, T.C. Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivleri Daire Başkanlığı Yayın No. 141, ss. 207-208; [https://www.devletarsivleri.gov.tr/varliklar/dosyalar/eskisiteden/yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/dunya\\_savasi\\_sempozyumu.pdf](https://www.devletarsivleri.gov.tr/varliklar/dosyalar/eskisiteden/yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/dunya_savasi_sempozyumu.pdf) (04.05.2021); Kâmuran Gürün, Ermeni Dosyası, Rüstem, 2001, s. 289; Hande Seher Demir, "Ermeni Meselesinin Hukuki Boyutu", Doktora Tezi, T.C. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2018, s. 291.

yapıldı.<sup>142</sup> Soruşturmayı İngiliz Kraliyet Başsavcılığı yürüttü.<sup>143</sup> Soruşturmanın hukukî dayanağı Sevr Antlaşması'nın 230'uncu ve 231'nci maddeleri idi.<sup>144</sup> İngiliz Kraliyet Başsavcılığı kanıt bulunmamasından ötürü 29 Temmuz 1921'de dâvâ açılmamasına ilişkin kararını İngiliz hükûmetine yazılı olarak bildirdi.<sup>145</sup> Malta Yargılamaları'nda tutuklu bulunan Osmanlı uyruğu Türk gerçek kişilere kanıt yokluğundan ötürü ispat şartı yerine getirilmediğinden İngiltere Devleti tarafından suç isnat edilmedi.<sup>146</sup>

6 Aralık 1948 târihli Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme,<sup>147</sup> 12 Ocak 1951 târihinde yürürlüğe girdi. Türkiye Cumhuriyeti 1950 yılında sözleşmeye taraf oldu.<sup>148</sup>

UAD, Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme Hükümlerinin Geçmişe Etkili Olup Olmadığı<sup>149</sup> (*Whether provisions of the Convention are retroactive – La question de savoir si les dispositions de la Convention sont rétroactives*)<sup>150</sup> konusunu Hırvatistan/Sırbistan

142 The British Foreign Office, Public Record Office, FO 371/6499/E. 1801: Law Officers to Foreign Office of 08.02.1921; ayrıca bkz. <http://www.eraren.org/index.php?Lisan=en&Page=DergiIcerik&IcerikNo=101> (04.05.2021); ayrıca bkz. İlyas Doğan, *Devletler Hukuku*, s. 443 ve dn. no. 10; Giovanni Bonello, "The Malta Trials and The Turkish-Armenian Question", s. 206; Kâmuran Gürün, *Ermeni Dosyası*, s. 317.

143 Giovanni Bonello, "The Malta Trials and The Turkish-Armenian Question", s. 206; Kâmuran Gürün, *Ermeni Dosyası*, s. 317.

144 Giovanni Bonello, "The Malta Trials and The Turkish-Armenian Question", s. 204; Kâmuran Gürün, *Ermeni Dosyası*, s. 317; Gündüz Aktan, "The Armenian Issue – Ermeni Sorunu", s. 185; ayrıca bkz. Gündüz Aktan, "The Armenian Problem and International Law", ss. 1-52; <https://www.mfa.gov.tr/data/DISPOLITIKA/Ermeniliddialari/gunduz-aktan-the-armenian-problem-and-international-law-2001.pdf> (07.05.2021).

145 The British Foreign Office, Public Record Office, FO 371/6504/9697/E 8745: Procurator-General's Department to the Under Secretary of State for Foreign Affairs, 29.07.1921; ayrıca bkz. <http://www.eraren.org/index.php?Lisan=en&Page=DergiIcerik&IcerikNo=101> (04.05.2021); ayrıca bkz. İlyas Doğan, *Devletler Hukuku*, s. 443 ve dn. no. 12; Giovanni Bonello, "The Malta Trials and The Turkish-Armenian Question", s. 209; Kâmuran Gürün, *Ermeni Dosyası*, s. 317.

146 İlyas Doğan, *Devletler Hukuku*, s. 443; Hüseyin Pazarıcı, *Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları*, Turhan, Ankara, 2015, s. 43, 50; ayrıca bkz. Uluç Gürkan, "The Malta Tribunals", *Prospects For Turkish-Armenian Relations, Proceedings of the Symposium Organized by AVİM on 30 April 2015*, ss. 70-74; <https://avim.org.tr/en/Rapor-KonferansKitaplari/47/pdf> (04.05.2021); Uluç Gürkan, "Malta Yargılamaları", *Ermeni Araştırmaları*, Sayı 50, 2015, ss. 125-150; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/639175> (04.05.2021); Uluç Gürkan, "Malta Yargılaması ve Önemi", *TESAM Akademi Dergisi*, Ocak 2015, 2 (1), ss. 29-50; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/137997> (04.05.2021).

147 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Approved and proposed for signature and ratification or accession by General Assembly resolution 260 A (III) of 9 December 1948 Entry into force: 12 January 1951, in accordance with article XIII; [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.1\\_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf) (04.05.2021).

148 RG yayın târihi 29.03.1950, RG Sa. 7469; <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/32702-Soykirim-Sucunun-Onlenmesine-Ve-Cezalandirilmasina-Dair-Sozlesme.pdf> (04.05.2021). Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'nin uluslararası hukuk bakımından anlatımı için bkz. Semin Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı, On İki Levha*, İstanbul, 2010, ss. 9-225; Semin Töner Şen, "Uluslararası Hukuk ve sözleşmelerde, soykırım, etnik temizlik ve saldırı kavramları", *Doktora Tezi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2009, ss. 6-204; Henri D. Bosly, *Damien Vandermeersch, Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice*, Bruylant, Bruxelles, 2010, ss. 11-237; Ümmühan Elçin Ertuğrul, *Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu*, Yetkin, Ankara, 2012, ss. 138-145.

149 İlyas Doğan, *Devletler Hukuku*, s. 541; Hande Seher Demir, "Ermeni Meselesinin Hukuki Boyutu", s. 314.

150 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment

Kararı'nda incelemiş ve Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'nin geçmişe etkili olmadığına karar vermiştir.<sup>151</sup> Uluslararası hukuk bakımından hal böyleyken, Birinci Dünya Savaşı Esnâsında Vukû Rivâyet Edilen Osmanlı Ermenileri Kırımı'na ilişkin 1948 târihli Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme uyarınca uluslararası hukuka göre Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası'nda bulunulamaz. UAD, Hırvatistan/Sırbistan Kararı'nda Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'nin geçmişe etkili olmadığına karar verirken, böyle karar vermesinin Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 28'inci maddesinin antlaşmaların geriye yürümezliği (*non-retroactivity of treaties*) emrine de uygun olduğunu bildirmiştir.<sup>152</sup> Kaldı ki, devletlerin uluslararası haksız fiilden kaynaklanan uluslararası sorumluluğunda adem-i halefiyet (yerini almanın yokluğu) mevcuttur<sup>153</sup> ve bundan ötürü de, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin anılan iddialardan dolayı uluslararası sorumluluğu ileri sürülmez.<sup>154</sup>

of 3 February 2015, ICJ Reports 2015, para. 90; Application de la Convention Pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide (Croatie c. Serbie), Arrêt du 3 Février 2015, CIJ, Recueil 2015, para. 90.

151 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment of 3 February 2015, ICJ Reports 2015, para. 51/4 ve para. 90-101; Application de la Convention Pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide (Croatie c. Serbie), Arrêt du 3 Février 2015, CIJ, Recueil 2015, para. 51/4 ve para. 90-101.

152 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment of 3 February 2015, ICJ Reports 2015, para. 51/4 ve para. 99; Application de la Convention Pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide (Croatie c. Serbie), Arrêt du 3 Février 2015, CIJ, Recueil 2015, para. 51/4 ve para. 99; ayrıca bkz. Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969, Article 28, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331; [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf) (04.05.2021); ayrıca bkz. İlyas Doğan, Devletler Hukuku, ss. 543-545. Antlaşmaların geriye yürümezliğine ilişkin Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 28'inci maddesi şu biçimdedir: “Antlaşmadan farklı bir niyet anlaşılmadıkça veya böyle bir niyet başka türlü tespit edilmedikçe, antlaşma hükümleri antlaşmanın bir taraf bakımından yürürlüğe girmesinden önce meydana gelen herhangi bir hareketle veya vakıyla veya ortadan kalkan herhangi bir durumla ilgili olarak o tarafı bağlamaz.”; Hüseyin Pazarıcı, Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları, ss. 58-59. Aynı doğrultuda, Center for Transitional Justice, 2002 yılı raporunda, 1948 târihli Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme'nin 1915 olaylarına uygulanamayacağı sonucuna varmıştır; Center for Transitional Justice, “The Applicability of the United Nations Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide to Events Which Occured During the Early Twentieth Century, Legal Analysis Prepared for the International Center for Transitional Justice”, 2002; <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Turkey-Armenian-Reconciliation-2002-English.pdf> (05.05.2021).

153 Ceren Zeynep Pirim, Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti, Turhan, Ankara, 2015, ss. 284-285; ayrıca bkz. Emre Öktem, “Turkey Successor or Continuing State of the Ottoman Empire”, Leiden Journal of International Law, vol. 24/3, 2011, ss. 561-583.

154 Aynı tespit için bkz. Hüseyin Pazarıcı, Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları, s. 66; ayrıca bkz. Deniz Akçay, “Türkiye Cumhuriyeti / Osmanlı Devleti ve Ardıllık/Devamlılık Sorunsalının Göreliliği”, AVİM Avrasya İncelemeleri Merkezi, Rapor No. 13, Ankara, Mayıs 2017; <https://avim.org.tr/images/uploads/Rapor/rapor13.pdf> (06.05.2021); uluslararası hukukta uluslararası sorumluluk bakımından ayrıca bkz. Derk Jan van der Linde, “The Armenian Genocide Question & Legal Responsibility”, Review of Armenian Studies, No. 24, 2011, ss. 123-152; <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/777647> (07.05.2021); Dilaver Nişancı, “Soykırım Suçu ve 1915 Olayları”, Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi, Cilt 4, Sayı: 1, Yıl 2020, ss. 76-94; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1487986> (07.05.2021); Tahire Allahyarova, “Soykırım Suçunun Değerlendirilmesi ve Uluslararası Hukukta Çifte Standartlar Sorunu”, Fırat Üniversitesi Orta Doğu Araştırmaları Dergisi Cilt IX, Sayı: 2, 2013, ss. 233-238; Bahadır Bumin Özarslan, “Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Açısından Hocalı Katliamı”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, 2014, ss. 187-214, Mehtap Kaygusuz Akbay, “Gambiya / Myanmar Davasında Önemli Bir Aşama: Uluslararası Adalet Divanı'nın Geçici Önlemler Kararı”, Hacettepe HFD, 10 (1), 2020, ss. 268-309; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1136195> (07.05.2021); Payam Akhavan, “Contribution of the International Criminal Tribunals of the Former Yugoslavia and Rwanda to the Development of Definitions of Crime Against Humanity and Genocide”, ASIL, Volume 94, 2000, ss. 279-284; <https://www.cambridge.org/core/>

Öte yandan bir olayı soykırım olarak tanımlamak için yetkili bir uluslararası mahkeme bu yönde bir karar vermemelidir. Soykırım, 1948 târîhli BM Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme’de özel olarak tanımlanan bir uluslararası hukuk kavramıdır ve işlenmesi durumunda gerçek kişiler için uluslararası suç olduğu gibi, soykırım oluşturan davranış uluslararası haksız fiil olarak bir devlete isnat edildiğinde o devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur. Neyin soykırım olduğu ve bunun nasıl belirlendiği, 1948 târîhli BM Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme’de açıkça tanımlanmıştır. Soykırım suçunun yetkili bir yargı organı tarafından belirlenmesi gerekir, yâni bir olayı soykırım olarak tanımlamak için yetkili bir uluslararası mahkeme bu yönde bir karar vermemelidir.<sup>155</sup>

1948 Sözleşmesi’nde suç iki kısımdan oluşur. Birincisi zihni veya sübjektif unsur ya da *mens rea*. Bu, suç fiilini işlemek niyeti, amacı ve irâdesi anlamına gelir. Diğeri suç fiilinin bizzat kendisi, maddî veya objektif unsur ya da *actus reus* yâni davranıştır. Sözleşmenin 2’nci maddesinde zihni unsuru “yok etmek kastıyla” ibâresi karşılır. Bu irâdeyle işlenen fiiller ise ilgili maddede (a)’dan (e)’ye kadar sayılmaktadır.<sup>156</sup> 1948 Sözleşmesi’ne göre soykırım suçunun oluşması için soykırım fiillerinin ancak dört gruptan birini yok etme irâdesi ile “özel kasıt” şeklinde olmak zorundadır.<sup>157</sup> Bu husus son derece belirgin biçimde ortada olmalıdır.<sup>158</sup> Devlet, hükümet gibi örgütlü bir gücün planlı, eşgüdüm içerisinde, sistematik ve kitlesel bir biçimde uygulaması suçun özel kasıt ile işlendiğini ortaya koyar.<sup>159</sup> Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası için arşiv belgeleri/bilgileri ve tarihsel deliller “soykırım” yapıldığını kanıtlamıyor; anılan mistifiye-siyâsî iddianın aksine “soykırım” yapılmadığını kanıtlıyor.<sup>160</sup> Bu hususta, eldeki çalışmanın ilmî gâyesi, târihi hakikati ve fabrikasyon kanıtları tartışmak değil fakat hukuken neyin ve nasıl kanıtlanması gerektiğini göstermek olduğundan, yâni uluslararası hukuk usûlü açıklandığından, ilgili tarihsel gerçeği incelemek için öncelikle eldeki çalışmada mevcut geniş kaynakçaya ve o kaynaklardaki kaynaklara da mürâaat edilmesi gerektiği belirtilmekle yetinilmektedir.<sup>161</sup> Ancak hukukî neticesi bakımından şu kadarını ifâde etmekle yetinelim

journals/proceedings-of-the-asil-annual-meeting/article/abs/contributions-of-the-international-criminal-tribunals-for-the-former-yugoslavia-and-rwanda-to-development-of-definitions-of-crimes-against-humanity-and-genocide/B766AE72FB466D27AA0F9EFC92F335CB (07.05.2021).

155 Bkz. <https://www.haber7.com/guncel/haber/3096915-volkan-bozkirdan-ermenistana-sozde-soykirim-yaniti> (06.05.2021).

156 Gündüz Aktan, “The Armenian Issue – Ermeni Sorunu”, s. 192.

157 Ayrıca bkz. Ersin Şare, “Soykırım Suçundaki Özel Kasıt”, Hacettepe HFD, 10 (2), 2020, ss. 863-912; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1167719> (07.05.2021); Yusuf Aksar, “The Specific Intent (Dolus Specialis) Requirement of the Crime of Genocide: Confluence or Conflict between the Practice of Ad Hoc Tribunals and ICJ”, Uluslararası İlişkiler, Cilt 6, Sayı 23, Güz 2009, ss. 113-126; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/540015> (07.05.2021).

158 Gündüz Aktan, “The Armenian Issue – Ermeni Sorunu”, s. 192.

159 Gündüz Aktan, “The Armenian Issue – Ermeni Sorunu”, s. 192.

160 Gündüz Aktan, “The Armenian Issue – Ermeni Sorunu”, s. 197.

161 Örneğin bkz. Muhammet Kemaloğlu, “Ermeni Sorununa İlişkin Arşiv Kaynakçası Klavuz Çalışması”, TSA, Yıl 16 S: 3, Aralık 2012, ss. 45-58; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/200461> (06.05.2021); Bayram Bayrakdar, “Tarih ve Propaganda: Morgenthau’nun Öyküsü ve Mavi Kitap Örneği”, Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, XVI/33, Güz 2016, ss. 135-161; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/473621> (06.05.2021); Meşdi İsmayilov, “Bir Tahayyül Olarak Kültürel Travma ve Soykırım Retoriği”, Tesam Akademi Dergisi, 2 (1), Ocak 2015, ss. 107-125; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/138000> (07.05.2021); İlker Alp, “Ermeni İddialarının Tarihsel Geçersizliği”, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 11, Sayı 1, Haziran 2009, ss. 1-30; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/321652> (07.05.2021); Seyit Sertçelik, “Soykırım Ezberini Bozan Bir Ermeni Kaynağı: Armyanskiy Vestnik”,

ki, târih, Osmanlı Ermenilerinin, bir imparatorluk olan devletlerinden ayrılmak için silâhlı siyâsi faaliyette bulunan bir siyâsi grup olduğunu açıkça gösteriyor. Uyuşu oldukları devletlerinin harp cephesinde savaştığı düşmanla birleşip ırkî-etnodini-siyâsi hedeflerini gerçekleştirmek için cephe gerisinden ve yurt içerisinden silâhlı saldırı düzenlemeye ve bu arada savaş hukukunun ihlâli olan sistematik terörist<sup>162</sup> saldırılara ve terörist eylemlere başvuran bir siyâsi gruba karşı idârî mücâdele ve bu doğrultuda askerî nedenlerle [ve esas yönetsel amacı devletine isyan eden Ermeniler tarafından 11 Nisan'dan 21 Nisan 1915'e kadar Van'da tam bir örneği sergilendiği üzere Anadolu'da Müslüman halkın (Türklerin-Kürtlerin), Balkanlar'da Müslüman halkın (Türklerin-Pomakların) uğratıldığı gibi kavmî-ırkî tasfiyeye yâni arındırmaya/etnik temizliğe uğratılmasını önlemek olan] tehcire başvurulması,<sup>163</sup> hukuken soykırım tanımına girmediği gibi, bu süreçte ferdî veya grup hâlinde işlenen diğer mütekâbil suçlar da, soykırım suçu değildir.<sup>164</sup>

UAD, 26 Şubat 2007 târihli, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Dâvâdaki kararında, meydana gelen olayların soykırım olarak sayılabilmesi için özel kasıt bulunduğunun kanıtlanması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>165</sup> UAD, önüne gelen dâvâdaki somut olayda özel kast yâni *dolus specialis* görmediğini belirtmiş, olaydaki eylemlerin insanlığa karşı suç veya savaş suçu sayılabileceğini fakat o konularda karar verme yetkisinin bulunmadığını bildirmiştir.<sup>166</sup> Soykırım suçu açısından özel kastta hedef gruplardan birinin kısmen veya tamamen yok edilmesi niyeti mutlak surette ispatlanmalıdır.<sup>167</sup>

UAD, 26 Şubat 2007 târihli, Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin Uygulanmasına İlişkin Dâvâdaki kararında, devletlerin soykırım işlemek uluslararası yükümlülüğünü kendilerine isnat edilen davranışlarla ihlâl etmemeleri yâni böyle bir uluslararası

Karadeniz Araştırmaları, Sayı 18, Yaz 2008, ss. 57-69; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/106056> (07.05.2021); Ömer Turan, "The First American Academic Book Critical Of The American Genocide Thesis", Review of Armenian Studies, No. 25, 2012, ss. 283-288; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/777640> (07.05.2021).

162 Uluslararası hukukta terör kavramı için bkz. Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa, Seçkin, Ankara, 2021; ayrıca bkz. Oleg Kuznetsov, The History of Transnational Armenian Terrorism in the Twentieth Century / A Historico-Criminological Study, Verlag Dr. Koster, Berlin, 2016, ss. 1-332; <http://oleg-kuznetsov.ru/upload/iblock/358/358625fbdafbd25f6e956d324b68ef5d.pdf> (07.05.2021); ve ayrıca bkz. <https://www.aa.com.tr/en/world/so-called-armenian-genocide-claim-nothing-but-fiction/2218536#> (07.05.2021).

163 Tehcir Kanunu için bkz. Serkan Kekevi, "1948 Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ve Ermeni Soykırımı İddialarının Analizi", Ermeni Araştırmaları, Sayı 61, 2018, s. 255; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/600616> (07.05.2021); ve bkz. Vakt-i Seferde İcraat-ı Hükûmete Karşı Gelenler İçin Cihet-i Askeriyece İttihaz Olunacak Tedabir Hakkında Kanun-u Muvakkat, Takvimi Vekâyi, Sayı: 2189, (19 Mayıs 1331), (1 Haziran 1915).

164 Gündüz Aktan, "The Armenian Issue – Ermeni Sorunu", s. 201; ayrıca bkz. Serkan Kekevi, "1948 Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ve Ermeni Soykırımı İddialarının Analizi", Ermeni Araştırmaları, Sayı 61, 2018, ss. 233-270; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/600616> (07.05.2021).

165 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, ICJ, 2007, para 190, 202, 240; ve bkz. Serkan Kekevi, "1948 Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ve Ermeni Soykırımı İddialarının Analizi", s. 248.

166 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, ICJ, 2007, para 190, 202, 240; ve bkz. Serkan Kekevi, "1948 Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ve Ermeni Soykırımı İddialarının Analizi", s. 248.

167 Serkan Kekevi, "1948 Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ve Ermeni Soykırımı İddialarının Analizi", s. 248.

haksız fiil işlememeleri gerektiğine karar vermiştir.<sup>168</sup> Buradaki isnat meselesi, uluslararası hukukta uluslararası sorumluluk hukukundaki uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarını diğer ifâde ile uluslararası teâmül hukuku kurallarını yansıttığı bilhassa UAD nazarında açık ve kesinlikle belli olan A/RES/56/83'teki isnat maddeleri ile ve özellikle A/RES/56/83 madde 4 ve madde 8 ile çözümlenir. Birinci Dünya Savaşı Esnâsında Vukû Rivâyet Edilen Osmanlı Ermenileri Kırımı'na ilişkin Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası'nda da isnat meselesi uluslararası hukuk bakımından velev ki muhakeme edilecek olsa farazî bir dâvâda ancak böyle çözülür. Anılan farazî dâvâda isnat meselesi muhakemenin can alıcı meselesidir.

Uluslararası hukukta devletlerin uluslararası sorumluluklarına ilişkin (UAD kararlarında bu husus yukarıda örneklendirildiği gibi kesin bir biçimde açıktır ki) mevcut uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarını yansıtan A/RES/56/83 Belgesi madde 2'ye göre şâyet icrâi sûrette ya da ihmal sûretiyle işlenen bir davranış uluslararası hukuka göre devlete isnat edilebiliyorsa ve devletin bir uluslararası yükümlülüğünün ihlâli oluşturuyorsa, devletin bir uluslararası haksız fiili vardır.<sup>169</sup> Ancak bir uluslararası haksız fiilin varlığı, devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur. Bunun için de ihlâlin ve isnâtın ispâtı şarttır çünkü uluslararası haksız fiilin iki unsuru vardır ve bunlar ihlâl ile isnattır. Unsur, uluslararası haksız fiilin varlığını göstermek için ispat edilmeleri şart olan asgarî hususlardır. Uluslararası haksız fiilin ispat edilmesi gereken ilk unsur olan ihlâl teşkil eden bir davranışın varlığının ispat edilebilmesi için, varlığı ileri sürülen davranışın devletin yürürlükteki bir uluslararası hukuk kuralından kaynaklanan bir yükümlülüğüne aykırı olması, yâni davranış işlendiğinde kendisini bağlayan bir uluslararası hukuk kuralından kaynaklanan bir uluslararası yükümlülüğe aykırı olması gereklidir. Bu noktada bu husus, uluslararası hukukta *jus cogens* kurallardan kaynaklanan *erga omnes* yükümlülükler için de tartışmasız bir biçimde böyledir; davranış işlendiğinde *jus cogens* kural uluslararası hukukta mevcut olmalıdır; *jus cogens* kuralların da zamanda geriye doğru etkili olma yetenekleri yoktur; ve öyleyse bu, bir *jus cogens* kural olan soykırım yasağı için de böyledir. Bununla birlikte zâten 1948 târihli Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme, UAD'nın da Hırvatistan/Sırbistan Kararı'nda hükme bağladığı gibi, geçmişe etkili değildir.<sup>170</sup> Öyleyse anılan 1948 Sözleşmesindeki uluslararası hukuk kuralları Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiasının dayandırıldığı Birinci Dünya Savaşı Esnâsında Vukû Rivâyet Edilen Osmanlı Ermenileri Kırımı'na diğer ifâde ile sözü edilegelen 1915 Olayları'na da uygulanamaz. Bunun bu şekilde uygulanamayacağı uluslararası hukukta örf ve âdet hukuku kuralı mertebesine yükselmiş olan Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 28'inci maddesinin antlaşmaların geriye yürümezliği emrinden de ileri gelir.<sup>171</sup> Öyleyse uluslararası haksız fiilin ihlâl unsurunun ispâtı için dayandırılacak yürürlükteki bir

168 Serkan Kekevi, "1948 Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ve Ermeni Soykırımı İddialarının Analizi", s. 249.

169 <https://undocs.org/A/RES/56/83> (01.05.2021); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (01.056.2021).

170 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment of 3 February 2015, ICJ Reports 2015, para. 51/4 ve para. 90-101; Application de la Convention Pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide (Croatie c. Serbie), Arrêt du 3 Février 2015, CIJ, Recueil 2015, para. 51/4 ve para. 90-101.

171 Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment of 3 February 2015, ICJ Reports 2015, para. 51/4 ve para. 99; Application de la Convention Pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide (Croatie c. Serbie), Arrêt du 3 Février 2015, CIJ, Recueil 2015, para. 51/4 ve para.



uluslararası hukuk kuralına aykırılık oluşturan bir davranış yoktur. Kural davranıştan sonraki bir tarihte varlık sahnesine çıkmıştır; ihlâlin ispâtı mümkün değildir çünkü mevcut bir kurala aykırılık yoktur ki ihlâl mevcut olsun. Şimdi, yetkili mahkeme kararının gerekliliği gösterilmiş olmakla birlikte ve kuralın geriye yürümezliği de belirlenmekle birlikte, bu iki husus atlanarak isnat unsuru hakkındaki hukukî durum da gösterilecektir. Bunun yapılması için anılan iki husus atlanmaktadır ki hukukî durum, isnat unsurunun ispâtı şartı bakımından da açıklanabilir yoksa buna zâten sıra gelmez; velev ki sıra buna gelmişmişcesine isnat unsuru bakımından da mesele eldeki çalışmada son kez işlenmekte olan örnek iddia hakkında yâni Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası için ele alınacaktır.

UAD'nın içtihadına göre, uluslararası sorumluluğun doğması bakımından, herhangi bir kişi ya da grup ya da bir birim, iç hukukta bunu gerektiren bir temel olmasa bile, eğer bunlar devlete tamâmen bağlı şekilde hareket ediyorlarsa, o devletin bir organı olarak kabul edileceklerdir. Dîvan'ın Nikaragua kararında geliştirdiği ve Soykırım kararında da tekrar ettiği bu içtihadta mühim nokta tamâmen bağlılığın tespit edilebilmesidir. Aradaki ilişki bu derece yakın ve sıkı ise bu kişi, grup ya da birimin davranışları devlete isnat edilebilecektir. Ayrıca gene dikkat edilmesi gereken can alıcı bir nokta da bu sıkı ilişkinin ve bağlılığın her olayda tekrar tekrar aranması gerekliliğidir. Gerek Kontraların Nikaragua'daki insan hakları ihlâlleri teşkil eden davranışlarında, gerek Srebrenicâdaki soykırım eyleminde bu bağlılık aranmış fakat mahkemeye göre tespit edilemediğinden ötürü savunucu devletlere haksız fiil teşkil eden davranışlar isnat edilememiştir.<sup>172</sup> Birinci Dünya Savaşı Esnâsında Vukû Rivâyet Edilen Osmanlı Ermenileri Kırımı hakkındaki Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası hakkında şunu belirtelim ki uluslararası sorumluluğun doğması bakımından, uluslararası haksız fiilin isnat unsurunun ispâtı şartı için kişiler devlete tamâmen bağlı şekilde hareket ettilerse, devletin bir organı olarak kabul edilir. En mühim nokta tamâmen bağlılığın tespit edilmesidir. Aradaki ilişki bu derece yakın ve sıkı ise kişilerin davranışları devlete isnat edilir. Farazî olarak diyelim ki, edilse de bu devlet Osmanlı Devleti'dir ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin meseleyle ilgili bir uluslararası sorumluluğu kurulmaz çünkü sorumlulukta yukarıda belirtildiği üzere adem-i halefiyet ilkesi vardır; bununla birlikte bu noktayı da, konuya devam edebilmek için atlamamız gerekmektedir, aksi takdirde meseleyi uluslararası hukuk usûlü bakımından incelemeye, yargı kararının yokluğu veya kuralın yokluğu/geriye yürümezliğinde nokta koyulması gereğinde olduğu gibi zâten bir kez daha burada da bir nokta koymak gerekir. “Aradaki ilişki bu derece yakın ve sıkı ise kişilerin davranışları devlete isnat edilir” demiştik. Ayrıca gene dikkat edilmesi gereken, bu sıkı ilişkinin ve bağlılığın her olayda tekrar tekrar aranması gerekliliğidir. Gerek Kontraların Nikaragua'daki insan hakları ihlâlleri teşkil eden davranışlarında, gerek Srebrenicâdaki soykırım eyleminde bu bağlılık aranmış fakat tespit edilmediğinden ötürü devlete haksız fiil teşkil eden davranış isnat edilmemiştir. Bu sırada, hukukî bakımdan, Malta Yargılamaları'nda tutuklu bulunan kişilere kanıt yokluğundan ötürü ispat şartı yerine getirilmediğinden suç isnat edilmediği hatırlanmalıdır. Bu koşullar altında belirtilen isnat unsurunun ispâtı gereğinin yerine getirilmesi için farazî dâvâda fabrike ve mitolojik değil

99; ayrıca bkz. Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969, Article 28, United Nations, Treaty Series, vol. 1155, s. 331.

172 Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de genocide, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, CIJ, 2007, para. 393.

hukuken geçerli kanıt bulunmasının şart olduğu ortadadır. Çalışmanın gâyesi burada bitmektedir çünkü gerçeğin ve mitolojinin tartışılması hukuken eldeki makâlede yapılan hukuk usûlü incelemesi değil meselenin esastan ele alınmasıdır.<sup>173</sup>

Birinci Dünya Savaşı Esnâsında Vukûu Rivâyet Edilen Osmanlı Ermenileri Kırımı hakkındaki Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası hakkında farazî davranışlar Osmanlı devlet organı niteliğinde sayılabilecek kişilerce işlenmediğine göre, acaba anılan davranışlar Osmanlı devletinin tâlimatları, emirleri ya da denetimi altında olan kişilerce işlenmiş olabilir mi? Soru, UAD tarafından ilgili yargılamada<sup>174</sup> şöyle formüle edilerek yöneltilmişti: “*Srebrenica katliamı Dîvan’a göre, FYC’nin devlet organı niteliğinde sayılabilecek kişilerce işlenmediğine göre, acaba bu katliam, FYC’nin tâlimatları, emirleri ya da denetimi altında olan kişilerce işlenmiş olabilir mi?*” Dîvan bu soruya cevap aramaktadır çünkü Dîvan’ın da ilgili kararında<sup>175</sup> tekrar ettiği gibi, UHK’nun 8’inci maddesinde ifâdesini bulan uluslararası örf ve âdet hukuku kuralı uyarınca, bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şâyet bu kişi ya da grup bu davranışı yaparken, devletin tâlimatları, emri ya da denetimi altında ise, uluslararası hukuka göre devletin fiili olarak kabul edilir.<sup>176</sup> Dîvan, evvelden, Nikaragua kararında da benzeri muhâkeme sırasını tâkip ettiğinden ötürü artık bu tip dâvâlarda isnat meselesi bakımından Dîvan’ın içtihadı yerleşiktir. Soykırım dâvâlarında devletin uluslararası sorumluluğunun doğup doğmadığını belirleyecek mühim ve nâzik nokta isnat meselesinin çözümlenmesinden geçer. Nikaragua kararında Kontraların ABD’ne tamâmen bağlı olmadıklarından ötürü, bunun bir devlet organı olarak sayılamayacağı tespit edildikten sonra, Kontraların uluslararası insan hakları hukukuna ve uluslararası insancıl hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerinin, ABD’nin tâlimatları ya da tavsiyeleri diğer ifâde ile dayatması yâni empoze etmesi altında mı işlendiği sorusu cevaplandırılmaya başlanmıştır çünkü bu şekilde olduysa bu davranışlar ABD’ne isnat edilebilecekti. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, eylemde bulunanların devlete tamâmen bağlı olması durumunda onun devlet organı sayılmasından ötürü davranışın devlete isnat edilecek olması, bunun gerçekleşmemesi durumunda ise eylemde bulunanların devletin etkin denetimi altında hareket etmeleri durumunda davranışın devlete isnat edilecek olmasıdır. İlk durum UHK’nun 4’üncü maddesinde ifâde edilen kuralın uygulanması; ikinci durum Komisyon’un 8’inci maddesinde ifade edilen kuralın uygulanmasıdır. İlk durumda tamâmen bağıllık (*totale dépendance – complete dependence*) aranmalı, ikinci durumda etkin denetim (*contrôle effectif – effective control*) aranmalıdır. Üstüne üstlük ikinci durumda etkin denetim her somut eylem için müstakilen aranmalıdır. Öyleyse bir yerde etkin denetim altında eylemde bulunmuşsa devlete isnat mümkün olacak fakat bir başka yerde, örneğin Srebrenica’da FYC’nin etkin denetimi yoksa eylem devlete isnat edilemeyecektir. Bir başka şekilde açıklamak gerekirse, genel bir denetim (*contrôle global – overall control*) eylemin devlete isnat edilmesi için yetmemekte, bilâkis isnat edilmek istenen davranış işlenirken devletin etkin denetimi altında işlenmiş olmalıdır. Ancak bu sûrettedir ki davranış devlete isnat edilebilecek ve bu davranış uluslararası bir yükümlülüğün

173 Bununla birlikte, eldeki çalışmanın sonundaki kaynakça târihi inceleme için de başlangıç olacak niteliktedir.

174 Affaire relative à l’application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de genocide, Bosnie-Herzegovine c. Serbie-et-Montenegro, CIJ, 2007.

175 Affaire relative à l’application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de genocide, Bosnie-Herzegovine c. Serbie-et-Montenegro, CIJ, 2007

176 A/RES/56/83 mad. 8; <https://undocs.org/A/RES/56/83> (01.05.2021); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (01.056.2021).

ihlâlini teşkil ediyorsa devletin uluslararası sorumluluğu doğacaktır. UAD, devletlerin başvuru ve savunucu olduğu meselelere bakan uluslararası yetkili yargı yeri olarak konu hakkındaki can alıcı jürisprüdansını çoktan yerleştirmiştir. Uluslararası Hukukta İsnat Meselesi Bakımından Soykırım İddiaları ve Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası'nın Değerlendirilmesi başlıklı eldeki çalışmamızı bu hukukî şartlar altında, yukarıdaki cümlemizi tekrar ederek sonlandırmaktayız: Bu koşullar altında belirtilen isnat unsurunun ispâtı gereğinin yerine getirilmesi için farazî dâvâda fabrike ve mitolojik değil hukuken geçerli kanıt bulunmasının şart olduğu ortadadır. Çalışmanın gâyesi burada bitmektedir çünkü mevcut/nâmevcut olayların tartışılması hukuken eldeki makâlede yapılan hukuk usûlü incelemesi değil meselenin esastan ele alınmasıdır. Bununla birlikte yukarıdaki can alıcı tespiti tekrar etmemiz de hukukî neticesi bakımından çok önemlidir: “*Târih, Osmanlı Ermenilerinin, devletlerinden ayrılmak için silâhlı siyâsi faaliyette bulunan bir siyâsi grup olduğunu gösteriyor. Devletlerinin savaştığı düşmanla birleşip hedeflerini gerçekleştirmek için cephe gerisinden ve yurt içerisinden silâhlı saldırı düzenlemeye ve bu arada terörist eylemlere başvuran bir siyâsi gruba karşı mücâdele ve esas amacı devletine isyan eden Ermeniler tarafından Nisan 1915'te Van'da tam bir örneği sergilendiği üzere Anadolu'da Müslüman halkın, Balkanlar'da Müslüman halkın uğratıldığı gibi, etnik temizliğe uğratılmasını önlemek olan tehcir soykırım olmadığı gibi, bu süreçte işlenen suçlar da soykırım suçu değildir.*”

Son cümle olarak Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası için uluslararası hukuka göre değerlendirmemiz odur ki, uluslararası hukuk bakımından orta yerde ne ihlâl unsuru bulunan, ne isnat edilmek için kanıtlanması gerekenlerin ispâtı şartı yerine gelmiş, ne de var olan bir devlete karşı uluslararası sorumluluğun ileri sürülebildiği mevcut bir uluslararası haksız fiil vardır.

## SONUÇ

Bu makâlede, devletlerin uluslararası sorumluluğu dâiresinde uluslararası hukukta isnat meselesi bakımından soykırım iddiaları ve bu çerçevede Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası isnat unsurunun ispâtı şartı bakımından değerlendirilmiştir. 2001 târihli BM A/RES/56/83 Belgesi Uluslararası Haksız Fiilden Ötörü Devletin Uluslararası Sorumluluğu'na ilişkin BM UHK'nun hazırlamış olduğu maddeler metnini içerir; kodifiye edilmiş olmamakla birlikte UAD'nın kesin olarak bildirdiği gibi açıkça uluslararası teâmül hukuku kurallarını yansıtır ve A/RES/56/83 madde 1'e göre bir devletin uluslararası bakımdan her haksız fiili, o devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur. Soykırımın bir uluslararası haksız fiil olarak hukukî neticelerinin araştırılıp ortaya konulabilmesi için öncelikle soykırımın tanımlanması ve soykırımın varlığının belirlenmesi gereklidir çünkü A/RES/56/83 madde 2'ye göre, şâyet icrâî sûrette ya da ihmal sûretiyle işlenen bir davranış uluslararası hukuka göre devlete isnat edilebiliyorsa ve devletin bir uluslararası yükümlülüğünün ihlâlini oluşturuyorsa, devletin bir uluslararası haksız fiili vardır. Devletin devletler bakımından bir uluslararası haksız fiil olan soykırımdan ötürü uluslararası sorumluluğunun doğabilmesi için ortada soykırım yapmama uluslararası hukuk kuralına aykırı bir davranışın bulunması ve bu davranışın sorumluluğu ileri sürülen devlete isnat edilmesi şarttır. Soykırım davranışını işlemek gerçek kişiler için bir uluslararası suç, devletler için ise bir uluslararası haksız fiildir. Gerçek kişilerin cezâî sorumluluğunun

araştırılması ve bunlar hakkında işletilen isnat kuralları ile devletlerin uluslararası haksız fiilden kaynaklanan uluslararası sorumluluğunun araştırılması ve bunlar hakkında işletilen isnat kuralları aynı değildir. Bunların uluslararası yargı yerleri de aynı değildir. Nitekim uluslararası hukukta devletlerin uluslararası cezâî sorumluluğu ka'fiyet ile yoktur.

Uluslararası hukukta devlet organlarının davranışları devlete isnat edilir. Uluslararası hukuka göre bir organ ister yasamaya, yürütmeye, yargıya ilişkin ya da ister başkaca işlevleri yerine getiriyor olsun, bunun devlet örgütlenmesi içindeki durumu ne olursa olsun, ister merkezî idâre içinde, ister bir yerel idâre niteliğinde olsun, bütün devlet organlarının davranışı devletin bir fiili olarak kabul edilir; organ iç hukuka göre bu statüye sâhip her kişi ya da birimi kapsar. Şâyet soykırım davranışı devlet organlarının davranışı olarak devlete isnat edilmiyorsa, soykırım davranışının devlete isnat edilmesi için bir kişinin ya da bir grup kişinin, soykırım davranışını yaparken devletin tâlimatları, emri ya da denetimi altında soykırım davranışını işlediklerinin ispat edilmesi şarttır. Soykırım davranışı, ne devlet organlarının davranışı olarak devlete isnat edilmiyorsa ve ne de devletin tâlimatları, emri ya da denetimi altında bulunan bir grup kişinin davranışı olarak devlete isnat edilmiyorsa, isnat şartı ispat edilmemiş demektir. Uluslararası haksız fiilin varlığının ispâtı için şart olan isnat edilmenin ispâtı şartı gerçekleşmemiştir. Uluslararası sorumluluğun doğumu için uluslararası haksız fiilin varlığının ispâtının şart olmasından ötürü de uluslararası sorumluluk meydana gelmemiştir çünkü uluslararası haksız fiilin varlığı ispat edilmemiştir zira uluslararası haksız fiilin varlığının ispâtı için ispat edilmesi gereken isnat şartı ispat edilmemiştir.

UAD'na göre genel bir ilişki eylemin devlete isnat edilebilmesi için yeterli değildir. Her somut eylemde etkin denetimin aranması, eylemin devlete isnat edilebilmesi için gerekir. İlk olarak, işlenmiş olan soykırım eylemlerinin savunmacı devlete, devletlerin uluslararası sorumluluğuna ilişkin uluslararası örf ve âdet hukuku kurallarına göre isnat edilip edilemeyeceğinin sorgulanması gerekir. Bunun için de bu eylemlerin, davranışları devlete isnat edilebilir organlar, kişiler ya da birimler tarafından işlenip işlenmediğinin incelenmesi gerekir. UAD, bu kişilerin davranışlarının devlete isnat edilebilir kişilerin ya da birimlerin davranışları olup olmadığına öncelikle karar verir. İkinci sırada ise UAD, 1948 Soykırım Sözleşmesinde sayılan nitelikteki davranışların uluslararası hukuk kurallarına göre davranışları devlete isnat edilebilir kişiler ya da birimlerce işlenip işlenmediğine karar verir. Üçüncü ve son olarak ise UAD, savunmacı devletin, 1948 Sözleşmesinden kaynaklanan soykırımı önlemek ve cezâlandırmak olan çifte yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğine karar verir. UAD, eylemlerin savunmacı devletin organları tarafından işlenip işlenmediğini ilk mesele olarak ele almaktadır. Bu meseleye olumsuz cevap verilmesi durumunda UAD, isnat bakımından sorulması gereken sıradaki sorunun savunmacı devletin organları tarafından işlenmeyen eylemlerin bu devletin tâlimatı, emri ya da kontrolü yâni denetimi altında olan kişiler tarafından işlenip işlenmediğinin tespiti olduğunu söylemektedir. Can alıcı nokta tamâmen bağıllığın tespit edilebilmesidir. UAD yerleşik yargılama ilkelerine göre diğer ifade ile UAD jürisprüdansına yâni UAD içtihadına göre, aradaki ilişki bu derece yakın ve sıkı ise bu kişi, grup ya da birimin davranışları devlete isnat edilebilecektir. Ayrıca gene dikkat edilmesi gereken bir nokta da bu sıkı ilişkinin ve bağıllığın her olayda yer/vakit çerçevesinde tekrar tekrar aranması gerekliliğidir. İlk durumda tamâmen bağıllık aranmalı, ikinci durumda etkin denetim aranmalıdır. Üstüne üstlük ikinci durumda etkin denetim her somut eylem

için müstakilen aranmalıdır. Öyleyse bir yerde/vakitte etkin denetim altında eylemde bulunulmuşsa devlete isnat mümkün olacak fakat bir başka yerde/vakitte etkin denetimi yoksa eylem devlete isnat edilemeyecektir. Genel bir denetim eylemin devlete isnat edilmesi için yetmemekte, bilâkis isnat edilmek istenen davranış işlenirken devletin etkin denetimi altında işlenmiş olmalıdır. Ancak bu sûtettedir ki davranış devlete isnat edilebilecek ve bu davranış uluslararası bir yükümlülüğün ihlâlini teşkil ediyorsa devletin uluslararası sorumluluğu doğacaktır.

Soykırım yasağını koyan uluslararası hukuk kuralı, uluslararası hukukta normatif olarak yâni hukuk kuralı olarak geriye yürümez. 6 Aralık 1948 târihli Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme, 12 Ocak 1951 târihinde yürürlüğe girdi. UAD, Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme hükümlerinin geçmişe etkili olmadığına karar verdi. Uluslararası hukuk bakımından hal böyleyken yâni Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme geçmişe etkili değilken Birinci Dünya Savaşı Esnâsında Vukû Rivâyet Edilen Osmanlı Ermenileri Kırımı'na ilişkin 1948 târihli Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme uyarınca uluslararası hukuka göre Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası'nda bulunulamaz. Öte yandan bir olayı soykırım olarak tanımlamak için yetkili bir uluslararası mahkeme bu yönde bir karar vermelidir ve Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası hakkında böyle bir karar yoktur. Kaldı ki Türkiye Cumhuriyeti Devleti bu hususta uluslararası haksız fiilden kaynaklanan devam eden uluslararası sorumluluk diye bir uluslararası hukukî müessese olmadığından ötürü Osmanlı Devleti değildir; Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin anılan iddialardan dolayı uluslararası sorumluluğu ileri sürülemez.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Birinci Dünya Savaşı Esnâsında Vukû Rivâyet Edilen Osmanlı Ermenileri Kırımı'na ilişkin Osmanlı Ermenileri Soykırımı iddiasından dolayı uluslararası sorumluluğu uluslararası hukuka göre ileri sürülemez de; Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme uluslararası hukuka göre geçmişe etkili olmasa da; Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası hakkında uluslararası yargı kararı bulunmasa da; eldeki makâlede, belirtilen bu üç hukukî engel yokmuşçasına, uluslararası hukukta isnat meselesi bakımından soykırım iddialarına uygulanan uluslararası sorumluluk hukuku usûlünü incelemiş ve Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası'nı değerlendirmiş bulunmaktayız.

UAD, soykırım iddialarında, meydana gelen olayların soykırım olarak nitelenebilmesi için özel kasıt bulunduğunun kanıtlanması gerektiğini belirtmiştir. Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası hangi eylemlere dayandırılıyorsa bu eylemlerin önce varlıkları ispat edilmelidir. Sonra bu eylemlerin soykırım özel kasıtla işlendiklerinin ispat edilmesi gereklidir. Bundan sonra bu dolus specialis ile işlendiği kanıtlanmış eylemler varsa bunların Osmanlı devlet organlarının davranışları olduğu ispat edilmelidir. Şâyet soykırım davranışı devlet organlarının davranışı olarak devlete isnat edilmiyorsa, soykırım davranışının devlete isnat edilmesi için bir kişinin ya da bir grup kişinin, soykırım davranışını yaparken devletin tâlîmatları, emri ya da denetimi altında soykırım davranışını işlediklerinin ispat edilmesi şarttır. Genel bir ilişki eylemin devlete isnat edilebilmesi için yeterli değildir. Her somut eylemde etkin denetimin kanıtlanması, eylemin devlete isnat edilebilmesi için gerekir. Tamâmen bağlılık tespit edilmelidir. Aradaki ilişki bu derece yakın ve sıkı ise bu kişi, grup

ya da birimin davranışları devlete isnat edilebilecektir. Bu sıkı ilişki ve bağlılık her olayda tekrar kanıtlanmalıdır. Tamâmen bağlılık kanıtlanıyorsa, etkin denetim kanıtlanmalıdır. Etkin denetim de her somut eylem için müstakilen kanıtlanmalıdır. Genel bir denetim eylemin devlete isnat edilmesi için yetmemekte, bilâkis isnat edilmek istenen davranış işlenirken devletin etkin denetimi altında işlenmiş olduğu ispat edilmelidir. Ancak bu sûrettedir ki davranış devlete isnat edilebilecek ve bu davranış uluslararası bir yükümlülüğün ihlâlini teşkil ediyorsa devletin uluslararası sorumluluğu doğacaktır. İhlâl ise yürürlükteki bir uluslararası hukuk kuralına aykırı bir davranıştır. Bu nokta da Soykırım Sözleşmesinin geçmişe etkili olmamasından ötürü ihlâl olmaması bulunmaktadır. Bununla birlikte ihlâl iddiasının isnat edilebilmesi için, uluslararası hukukta isnat için ispat edilmesi gereken bütün şartların kanıtlanması şartının yerine getirilmesi gereklidir.

Son bir cümlede Osmanlı Ermenileri Soykırımı İddiası için uluslararası hukuka göre değerlendirmemiz odur ki, uluslararası hukuk bakımından orta yerde ne ihlâl unsuru bulunan, ne isnat edilmek için kanıtlanması gerekenlerin ispâtı şartı yerine gelmiş, ne de var olan bir devlete karşı uluslararası sorumluluğun ileri sürülebildiği mevcut bir uluslararası haksız fiil vardır.

## KAYNAKÇA

- A/RES/56/83; <https://undocs.org/A/RES/56/83> (01.05.2021); <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (01.05.2021)
- Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États-Unis d'Amérique, fond, CIJ Recueil 1986; <https://jsumundi.com/fr/document/decision/fr-activites-militaires-et-paramilitaires-au-nicaragua-et-contre-celui-ci-nicaragua-c-etats-unis-damerique-arret-fond-friday-27th-june-1986> (28.04.2021)
- Affaire Bolivar Railway Company Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. IX, 1903
- Affaire Caire, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. V, 1929
- Affaire Chevreau, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, 1931
- Affaire Dix, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. IX, 1902
- Affaire French Company of Venezuela Railroads, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. X, 1902
- Affaire Moses, John Bassett Moore, International Arbitrations, vol. III, 1871
- Affaire Pellat, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. V, 1929
- Affaire Pinson, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. V, 1928
- Affaire Puerto Cabello and Valencia Railway Company, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. IX, 1903
- Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de genocide, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Montenegro, CIJ, 2007; <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/91> (01.05.2021)
- Affaire Salvador Commercial Company, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XV, 1902
- Affaire Solis, Nation Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. IV, 1928
- Affaire Tellini, SDN, Journal officiel, quatrième année, no.11, novembre 1923; <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9791854m.r=tellini?rk=21459;2> (01.05.2021)
- Affaire Velasquez Rodriguez, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Série C, No 4, 1989
- Ahmet Şahin, "Türk'ü Öğretmek: Ermeni Tarih Ders Kitaplarında Türk İmgesi", Ermeni Araştırmaları, sayı 46, 2013; <https://dergipark.org.tr/tr/pub/erma/issue/43030/521000> (06.05.2021)

- Application de la Convention Pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide (Croatie c. Serbie), Arrêt du 3 Février 2015, CIJ, Recueil 2015; <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/118/118.201.50203-JUD-01-00-FR.pdf> (02.05.2021)
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, ICJ, 2007; <https://www.icj-cij.org/en/case/91> (01.05.2021)
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment of 3 February 2015, ICJ Reports 2015, para. 119; <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/118/118.201.50203-JUD-01-00-EN.pdf> (02.05.2021)
- Armstrong Cork Company, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XIV, 1953; [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_XIV/159-173.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XIV/159-173.pdf) (28.04.2021)
- Armstrong Cork Company, UNRIAA, vol. XIV; [https://legal.un.org/riaa/volumes/riaa\\_XIV.pdf](https://legal.un.org/riaa/volumes/riaa_XIV.pdf) (28.04.2021)
- Bahadır Bumin Özarslan, “Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi Açısından Hocalı Katliamı”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, 2014
- Bayram Bayrakdar, “Tarih ve Propaganda: Morgenthau’nun Öyküsü ve Mavi Kitap Örneği”, Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, XVI/33, Güz 2016; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/473621> (06.05.2021)
- Bilâl N. Şimşir, Malta Sürgünleri, Bilgi, İstanbul, 1985
- British Claims in the Spanish Zone of Morocco; UNRIAA, vol. II; <https://jusmundi.com/en/document/decision/fr-biens-britanniques-au-maroc-espagnol-espagne-contre-royaume-uni-sentence-friday-1st-may-1925> (28.04.2021)
- Cemil Bilsel, Devletler Hukuku, Birinci Kitap, Devletler, Kenan Basımevi, İstanbul, 1941
- Center for Transitional Justice, “The Applicability of the United Nations Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide to Events Which Occured During the Early Twentieth Century, Legal Analysis Prepared for the International Center for Transitional Justice”, 2002; <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Turkey-Armenian-Reconciliation-2002-English.pdf> (05.05.2021)
- Ceren Zeynep Pirim, Devletlerin Uluslararası Sorumluluğa Halefiyeti, Turhan, Ankara, 2015
- Claims of Italian Nationals Resident in Peru, UNRIAA, vol. XV; [http://www.worldcourts.com/pca/eng/decisions/1912.05.03\\_Italy\\_v\\_Peru.pdf](http://www.worldcourts.com/pca/eng/decisions/1912.05.03_Italy_v_Peru.pdf) (28.04.2021)
- Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, Recueil des traités, vol. 1155
- Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Approved and proposed for signature and ratification or accession by General Assembly resolution 260 A (III) of 9 December 1948; [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.1\\_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf) (01.05.2021)
- Corfu Channel, Merits, Judgment, ICJ Reports 1949; <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/1/001.194.90409-JUD-01-00-EN.pdf> (28.04.2021)
- David Ruzié, Droit international public, Dalloz, Paris, 2000
- David Tolbert, “The Armenian Genocide: 100 Years of Denial (And Why It’s In Turkey’s Interest to End It)”; ICTJ, 24.04.2015; <https://www.ictj.org/news/armenian-genocide-100-years-denial> (05.05.2021)
- Deniz Akçay, “Türkiye Cumhuriyeti / Osmanlı Devleti ve Ardıllık/Devamlılık Sorunsalının Görelileşmesi”, AVİM Avrasya İncelemeleri Merkezi, Rapor No. 13, Ankara, Mayıs 2017; <https://avim.org.tr/images/uploads/Rapor/rapor13.pdf> (06.05.2021)
- Derk Jan van der Linde, “The Armenian Genocide Question & Legal Responsibility”, Review of Armenian Studies, No. 24, 2011; <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/777647> (07.05.2021)

- Détroit de Corfou, fond, CIJ Recueil 1949; <https://jsumundi.com/fr/document/decision/fr-detroit-de-corfou-royaume-uni-de-grande-bretagne-et-irlande-du-nord-c-albanie-arret-fond-y-compris-le-texte-des-declarations-de-mm-basdevant-et-zoricic-saturday-9th-april-1949> (28.04.2021)
- Dickson Car Wheel Company, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. IV, 1931; [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_IV/669-691.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/669-691.pdf) (28.04.2021)
- Dickson Car Wheel Company, UNRIAA, vol. IV; [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_IV/669-691.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/669-691.pdf) (28.04.2021)
- Dilaver Nişancı, “Soykırım Suçu ve 1915 Olayları”, Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi, Cilt 4, Sayı: 1, Yıl 2020; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1487986> (07.05.2021)
- Doğanay Eryılmaz, “Ermeni Literatüründe Anıların Niteliği ve Yazılış Amaçları”, Ermeni Araştırmaları, sayı 39, 2011, ss. 187-212; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/639706> (06.05.2021)
- Dominique Carreau, Droit International, Pedone, Paris, 1986
- Draft articles on responsibility of States for international wrongful acts with commentaries, 2001; [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf) (28.04.2021)
- Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries, 2011; [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_11\\_2011.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf) (28.04.2021)
- Drozd et Janousek c. France et Espagne, CEDH, Série A, no. 240, 1992
- Ebru Çoban Öztürk, “Tarih, Travma ve Kimlik: Ermeni Diasporasında Kimlik ve Kimliğin Yeni Nesillere Aktarımı”, Ermeni Araştırmaları, sayı 52, 2015; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/638612> (06.05.2021)
- E dip Çelik, Milletlerarası Hukuk, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1962
- Elif Uzun, “Devletin Milletlerarası Hukuka Aykırı Eyleminden Sorumluluğu”, Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir, 2007
- Emre Öktem, “Turkey Successor or Continuing State of the Ottoman Empire”, Leiden Journal of International Law, vol. 24/3, 2011
- Ersin Şare, “Soykırım Suçundaki Özel Kast”, Hacettepe HFD, 10 (2), 2020; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1167719> (07.05.2021)
- Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, PCIJ, Series A, No. 9; [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.07.26\\_chorzow.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.07.26_chorzow.htm) (28.04.2021)
- Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, PCIJ, Series A, No. 17, s. 29; <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-factory-at-chorzow-merits-judgment-thursday-13th-september-1928> (28.04.2021); Usine de Chorzów, compétence, 1927, CPJI, série A, No. 9; <https://jsumundi.com/fr/document/decision/fr-usine-de-chorzow-competence-arret-tuesday-26th-july-1927> (28.04.2021)
- Farhad Mammadov, “Armenian Genocide: Not A Historical Fact, Rather Political Myth”, Review of Armenian Studies, No. 29, 2014, ss. 115-126; <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/777567> (07.05.2021)
- Farhad Mammadov, “Ermeni Soykırımı: Tarihsel Bir Gerçek Değil, Siyasi Bir Masal”, Ermeni Araştırmaları, sayı 48, ss. 109-120; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/639393> (06.05.2021)
- François Finck, “L'imputabilité dans le droit de la responsabilité internationale: essai sur la commission d'un fait illicite par un Etat ou une organisation internationale”, Thèse du Doctorat, Université de Strasbourg, 2011
- Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, ICJ Reports 1997; <https://www.icj-cij.org/en/case/92/judgments> (28.04.2021)
- Genel Kurmay Başkanlığı, Arşiv Belgeleriyle Ermeni Faaliyetleri 1914-1918, Cilt I-II, Genelkurmay ATASE ve Genelkurmay Denetleme Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2005



- Genel Kurmay Başkanlığı, Arşiv Belgeleriyle Ermeni Faaliyetleri 1914-1918, Cilt III-IV, Genelkurmay ATASE ve Genelkurmay Denetleme Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2006
- Genel Kurmay Başkanlığı, Arşiv Belgeleriyle Ermeni Faaliyetleri 1914-1918, Cilt V-VI, Genelkurmay Askerî Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2006
- Genel Kurmay Başkanlığı, Arşiv Belgeleriyle Ermeni Faaliyetleri 1914-1918, Cilt VII, Genelkurmay Askerî Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2007
- Genel Kurmay Başkanlığı, Arşiv Belgeleriyle Ermeni Faaliyetleri 1914-1918, Cilt VIII, Genelkurmay Askerî Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2008
- Giovanni Bonello, “The Malta Trials and The Turkish-Armenian Question”, Birinci Dünya Savaşı Belgeleri Sempozyum Bildirileri, T.C. Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivleri Daire Başkanlığı Yayın No. 141; [https://www.devletarsivleri.gov.tr/varliklar/dosyalar/eskisiteden/yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/dunya\\_savasi\\_sempozyumu.pdf](https://www.devletarsivleri.gov.tr/varliklar/dosyalar/eskisiteden/yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/dunya_savasi_sempozyumu.pdf) (04.05.2021)
- Gündüz Aktan, “The Armenian Issue – Ermeni Sorunu” in Gündüz Aktan, What He Said and What He Wrote – Söyledikleri ve Yazdıkları, Özyurt Matbaacılık, Ankara, 2012; [https://www.mfa.gov.tr/site\\_media/html/gunduz-aktan-kitap-soyledikleri-ve-yazdiklari.pdf](https://www.mfa.gov.tr/site_media/html/gunduz-aktan-kitap-soyledikleri-ve-yazdiklari.pdf) (06.05.2021)
- Gündüz Aktan, “The Armenian Problem and International Law”; <https://www.mfa.gov.tr/data/DISPOLITIKA/Ermenilddialari/gunduz-aktan-the-armenian-problem-and-international-law-2001.pdf> (07.05.2021)
- Hakkı Hakan Erkiner, “Devletin Haksız Fiilden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD), C. 13, Sa. 3-4; <http://dspace.marmara.edu.tr/handle/11424/2010> (07.05.2021)
- Hakkı Hakan Erkiner, “Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Milletlerarası Sorumluluğu”, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2008; <https://marmara.academia.edu/HakkıHakanErkiner> (28.04.2021); <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/giris.jsp> (28.04.2021)
- Hakkı Hakan Erkiner, “Devletin Uluslararası Sorumluluğunun Kaynağı ve Sonuçları – Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Çalışmaları ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında”, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Ekim 2002; <https://marmara.academia.edu/HakkıHakanErkiner> (07.05.2021)
- Hakkı Hakan Erkiner, “Uluslararası Topluluk Kavramı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 16, Sayı 1-2, Yıl 2010; <https://marmara.academia.edu/HakkıHakanErkiner> (07.05.2021)
- Hakkı Hakan Erkiner, “Uluslararası Topluluk Kavramının Başlıca Görünümleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 16, Sayı 1-2, Yıl 2010; <https://marmara.academia.edu/HakkıHakanErkiner> (07.05.2021)
- Hakkı Hakan Erkiner, “Yirmi Birinci Yüzyılda Birleşmiş Milletler’in Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü Yaklaşımı ve Bunun Uluslararası Hukuk Bakımından Yeri ve Değeri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 71, Sayı 1, Yıl 2013; <https://marmara.academia.edu/HakkıHakanErkiner> (07.05.2021).
- Hakkı Hakan Erkiner, Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, On İki Levha, İstanbul, 2010
- Hakkı Hakan Erkiner, Tercüme – Devletin Uluslararası Sorumluluğu Maddeleri – Responsibility of States – Responsabilité de l’État; <https://marmara.academia.edu/HakkıHakanErkiner> (28.04.2021)
- Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa, Seçkin, Ankara, 2020

- Hakkı Hakan Erkiner, Uluslararası Terörizme Karşı Meşrû Müdâfaa, Seçkin, Ankara, 2021
- Hande Seher Demir, “Ermeni Meselesinin Hukuki Boyutu”, Doktora Tezi, T.C. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2018
- Hatem Cabbarlı, “Ermeni Siyasal Düşüncesinde Terörizm”, Ermeni Araştırmaları, sayı 45, 2013; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/639525> (06.05.2021)
- Hazel Çağan, “Ermeni Kültürü ve Ermeni Propagandası”, Ermeni Araştırmaları, sayı 46; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/639473> (06.05.2021)
- Henri D. Bosly, Damien Vandermeersch, Génocide, crimes contre l’humanité et crimes de guerre face à la justice, Bruylant, Bruxelles, 2010
- <http://www.eraren.org/index.php?Lisan=en&Page=DergiIcerik&IcerikNo=101> (04.05.2021)
- <https://encyclopedia.ushmm.org/content/tr/article/the-armenian-genocide-1915-16-in-depth> (07.05.2021)
- <https://turkish.armenian-genocide.org/index.html> (07.05.2021)
- <https://www.aa.com.tr/en/world/so-called-armenian-genocide-claim-nothing-but-fiction/2218536#> (07.05.2021)
- <https://www.armenian-genocide.org/> (07.05.2021)
- <https://www.haber7.com/guncel/haber/3096915-volkan-bozkirdan-ermenistana-sozde-soykirim-yaniti> (06.05.2021)
- <https://www.icty.org/en/case/tadic>
- <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/32702-Soykirim-Sucunun-Onlenmesine-Ve-Cezalandirilmasina-Dair-Sozlesme.pdf> (04.05.2021)
- <https://www.yenisafak.com/gundem/emekli-tumamiral-cihat-yayci-ermenilerin-yol-haritasini-4-t-ile-anlatti-teror-tanima-tazminat-toprak-3622372>
- Hüseyin Pazarcı, Türk Dış Politikasının Başlıca Sorunları, Turhan, Ankara, 2015
- International Fisheries Company, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. IV, 1931; [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_IV/691-746.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/691-746.pdf) (28.04.2021)
- International Fisheries Company, UNRIAA, vol. IV; [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_IV/691-746.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/691-746.pdf) (28.04.2021)
- Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, deuxième phase, CIJ Recueil 1950; <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/8> (28.04.2021)
- Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, Second Phase, Advisory Opinion, ICJ Reports 1950; <https://www.icj-cij.org/en/case/8> (28.04.2021)
- İlker Alp, “Ermeni İddialarının Tarihsel Geçersizliği”, Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 11, Sayı 1, Haziran 2009; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/321652> (07.05.2021)
- İlyas Doğan (Editör), Uluslararası Hukuk Boyutuyla 1915 Olayları, Astana, Ankara, 2016
- İlyas Doğan, Devletler Hukuku, Astana, Ankara, 2020
- Jean Combacau, Serge Sur, Droit International Public, Montchrestien, Paris, 2006
- Jean Salmon, Dictionnaire de Droit International Public, Bruylant/AUF, Bruxelles, 2001
- Jeremy Salt, “Ermeni Tehciri: Askeri Mecburiyet Gerekeçesi”, Ermeni Araştırmaları, sayı 48, 2014; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/639389> (06.05.2021)
- Kâmuran Gürün, Ermeni Dosyası, Rüstem, 2001, s. 289
- Kubbealtı Lugatı; <http://www.lugatim.com> (01.05.2021)

- Maxime Gauin, "Sahteciliğe Karşı Tarihsel Araştırma Aram Andonyan'ın Naim Bey'in Hatıraları ve Hakikiliğini Savunmak İçin Yapılan Çağdaş Girişimler", *Ermeni Araştırmaları*, sayı 40, 2012; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/639693> (06.05.2021)
- Mehmet Gönlübol, *Milletlerarası Siyasi Teşkilatlanma*, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1964
- Mehtap Kaygusuz Akbay, "Gambiya / Mynmar Davasında Önemli Bir Aşama: Uluslararası Adalet Divanı'nın Geçici Önlemler Kararı", *Hacettepe HFD*, 10 (1), 2020; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1136195> (07.05.2021)
- Meşdi İsmayilov, "Bir Tahayyül Olarak Kültürel Travma ve Soykırım Retoriği", *Tesam Akademi Dergisi*, 2 (1), Ocak 2015; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/138000> (07.05.2021)
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v. United States of America*, Merits, Judgment, ICJ Reports 1986; <https://www.refworld.org/cases,ICJ,4023a44d2.html> (28.04.2021)
- Moses case, John Bassett Moore, *History and Digest*, vol. III, 1871; [https://books.google.com.tr/books/about/History\\_and\\_Digest\\_of\\_the\\_International.html?id=5O5-r0yuijkC&redir\\_esc=y](https://books.google.com.tr/books/about/History_and_Digest_of_the_International.html?id=5O5-r0yuijkC&redir_esc=y) (01.05.2021)
- Muhammet Kemalöglü, "Ermeni Sorununa İlişkin Arşiv Kaynakçası Klavuz Çalışması", *TSA*, Yıl 16 S: 3, Aralık 2012; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/200461> (06.05.2021)
- Oleg Kuznetsov, *The History of Transnational Armenian Terrorism in the Twentieth Century / A Historico-Criminological Study*, Verlag Dr. Koster, Berlin, 2016; <http://oleg-kuznetsov.ru/upload/iblock/358/358625fbdafb25f6e956d324b68ef5d.pdf> (07.05.2021)
- Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlar Rehberi (1960-1994)*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 1999
- Ömer Turan, "The First American Academic Book Critical Of The American Genocide Thesis", *Review of Armenian Studies*, No. 25, 2012; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/777640> (07.05.2021)
- Paul Robert, *Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française*, S.N.L., Paris, 1972
- Payam Akhavan, "Contribution of the International Criminal Tribunals of the Former Yugoslavia and Rwanda to the Development of Definitions of Crime Against Humanity and Genocide", *ASIL*, Volume 94, 2000; <https://www.cambridge.org/core/journals/proceedings-of-the-asil-annual-meeting/article/abs/contributions-of-the-international-criminal-tribunals-for-the-former-yugoslavia-and-rwanda-to-development-of-definitions-of-crimes-against-humanity-and-genocide/B766AE72FB466D27AA0F9EFC92F335CB> (07.05.2021)
- Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, CIJ Recueil 1980; <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/64> (28.04.2021)
- Phosphates du Maroc, exceptions préliminaires*, 1938, CPJL, série A/B, No. 74; [https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_AB/AB\\_74/01\\_Phosphates\\_du\\_Maroc\\_Arret.pdf](https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_AB/AB_74/01_Phosphates_du_Maroc_Arret.pdf) (28.04.2021)
- Phosphates in Morocco*, Judgment, 1938, PCIJ, Series A/B, No. 74; [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1938.06.14\\_phosphates.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1938.06.14_phosphates.htm) (28.04.2021)
- Pierre-Marie Dupuy, *Droit International Public*, Dalloz, Paris, 2006
- Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, 2001; [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_6_2001.pdf) (28.04.2021)
- Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales et commentaires y relatifs, 2011; [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9\\_11\\_2011.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/commentaries/9_11_2011.pdf) (28.04.2021)
- Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), CIJ Recueil 1997; <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/92> (28.04.2021)

- Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), Nations Unies, Recueil des traités, vol. 1125
- Pulat Tacar, “Ermenistan Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’na Başvursun ve Uluslararası Adalet Divanı’nda Türkiye Aleyhine Dava Açsın”, *Ermeni Araştırmaları*, sayı 36, 2010; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/639737> (06.05.2021)
- Rainbow Warrior, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XX, 1990; [https://legal.un.org/riaa/volumes/riaa\\_XX.pdf](https://legal.un.org/riaa/volumes/riaa_XX.pdf) (28.04.2021)
- Rainbow Warrior, UNRIAA, vol. XX; [https://legal.un.org/riaa/volumes/riaa\\_XX.pdf](https://legal.un.org/riaa/volumes/riaa_XX.pdf) (28.04.2021)
- Raymond Guillen, Jean Vincent, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 12. édition, 1999
- Réclamations britanniques dans la zone espagnole du Maroc, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, 1925; [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_II/615-742.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/615-742.pdf) (28.04.2021)
- Réclamations des sujets italiens résidant au Pérou, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XV, 1901; [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_xv/389-453.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_xv/389-453.pdf) (28.04.2021)
- Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, CIJ Recueil 1949; <https://www.icj-cij.org/fr/affaire/4> (28.04.2021)
- Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, s. 184; <https://www.icj-cij.org/en/case/4> (28.04.2021)
- Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/56/83, Responsibility of States for internationally wrongful acts; <https://undocs.org/en/A/RES/56/83> (28.04.2021)
- Résolution adoptée par l’Assemblée générale, A/RES/56/83, Responsabilité de l’État pour fait internationalement illicite; <https://undocs.org/fr/A/RES/56/83> (28.04.2021)
- S.S. Wimbledon, 1923, PCIJ, Series A, No. 1; [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.08.17\\_wimbledon.htm](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1923.08.17_wimbledon.htm) (28.04.2021)
- Sadi Çaycı, “Milletlerarası Hukukta Soykırım Kavramı: 1915 Ermeni Olayları Açısından William A. Schabas’ın Görüşleri”, *Ermeni Araştırmaları*, sayı 40, 2012; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/639685> (06.05.2021)
- SDN, Journal officiel, cinquième année, No 4, avril 1924
- Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, Birinci Cilt, Ajans-Türk Matbaası, Ankara, 1960
- Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, İkinci Cilt, Sevinç Matbaası, 1962
- Semin Töner Şen, “Uluslararası Hukuk ve sözleşmelerde, soykırım, etnik temizlik ve saldırı kavramları”, *Doktora Tezi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2009
- Semin Töner Şen, *Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı*, On İki Levha, İstanbul, 2010
- Serkan Kekevi, “1948 Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme ve Ermeni Soykırımı İddialarının Analizi”, *Ermeni Araştırmaları*, Sayı 61, 2018; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/600616> (07.05.2021)
- Seyit Sertçelik, “Soykırım Ezberini Bozan Bir Ermeni Kaynağı: Armyanskiy Vestnik”, *Karadeniz Araştırmaları*, Sayı 18, Yaz 2008; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/106056> (07.05.2021)
- Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international, Bases de discussions établies par le Comité préparatoire à l’intention de la Conférence, vol. III: Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers, doc. C.75.M.69.1929.V; Supplément au vol. III: Réponses des États à la liste de points; Réponses du Canada et des États-Unis d’Amérique, doc. C.75a.M.69a.1929.V

- Soykırımın Önlenmesi Ve Cezalandırılması Dair Sözleşme, RG yayın târihi 29.03.1950, RG Sa. 7469; <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/32702-Soykirim-Sucunun-Onlenmesine-Ve-Cezalandirilmasina-Dair-Sozlesme.pdf> (01.05.2021)
- Sümeýra Altiner, “Soykırım Suçlarında Zaman Aşımı Sorunu”, Çankaya University Journal of Law, 7/2, Şubat 2011; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/45447> (07.05.2021)
- Tahire Allahyarova, “Soykırım Suçunun Değerlendirilmesi ve Uluslararası Hukukta Çifte Standartlar Sorunu”, Fırat Üniversitesi Orta Doğu Araştırmaları Dergisi Cilt IX, Sayı: 2, 2013
- Tatyana Jane Eatwell, “State Responsibility For The Unlawful Conduct Of Armed Groups”, Doctoral Thesis, Trinity College, University of Cambridge, 2019
- Tellini case, League of Nations, Official Journal, Year 4, No. 11, November 1923
- The British Foreign Office, Public Record Office, FO 371/6499/E. 1801: Law Officers to Foreign Office of 08.02.1921
- The British Foreign Office, Public Record Office, FO 371/6504/9697/E 8745: Procurator-General’s Department to the Under Secretary of State for Foreign Affairs, 29.07.1921
- Ufuk Dal, “Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Uluslararası Hukuka Aykırı Eylemin Devlete Atfedilmesi”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2019
- Uluç Gürkan, “Malta Yargılamaları”, Ermeni Araştırmaları, Sayı 50, 2015; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/639175> (04.05.2021)
- Uluç Gürkan, “Malta Yargılaması ve Önemi”, TESAM Akademi Dergisi, Ocak 2015, 2 (1); <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/137997> (04.05.2021)
- Uluç Gürkan, “The Malta Tribunals”, Prospects For Turkish-Armenian Relations, Proceedings of the Symposium Organized by AVİM on 30 April 2015; <https://avim.org.tr/en/Rapor-KonferansKitaplari/47/pdf> (04.05.2021)
- United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, ICJ Reports 1980; <https://www.icj-cij.org/en/case/64> (28.04.2021)
- Usine de Chorzów, fond, 1928, CPJI, série A, No. 17; [https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_A/A\\_17/54\\_Usine\\_de\\_Chorzow\\_Fond\\_Arret.pdf](https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf) (28.04.2021)
- Ümmühan Elçin Ertuğrul, Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu, Yetkin, Ankara, 2012
- Vakt-i Seferde İcraat-ı Hükûmete Karşı Gelenler İçin Cihet-i Askeriyece İttihaz Olunacak Tedabir Hakkında Kanun-u Muvakkat, Takvimi Vekâyi, Sayı: 2189, (19 Mayıs 1331), (1 Haziran 1915)
- Vapeur Wimbledon, 1923, CPJI, série A, No. 1; [https://legal.un.org/PCIJsummaries/documents/french/5\\_f.pdf](https://legal.un.org/PCIJsummaries/documents/french/5_f.pdf) (28.04.2021)
- Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969, United Nations, Treaty Series, vol. 1155; [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf) (04.05.2021)
- William A. Schabas, Genocide in International Law, Cambridge University Press, 2009
- X et Y c. Suisse, Recquêtes no. 7289/75, 7349/76, 1977, 9 dr 57, CEDH, Annuaire no. 20
- Yusuf Aksar, “The Specific Intent (Dolus Specialis) Requirement of the Crime of Genocide: Confluence or Conflict between the Practice of Ad Hoc Tribunals and ICJ”, Uluslararası İlişkiler, Cilt 6, Sayı 23, Güz 2009; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/540015> (07.05.2021)
- Yusuf Halaçoğlu, Ermeni Tehciri, BKY, İstanbul, 2015
- Yusuf Halaçoğlu, Sürgünden Soykırımı Ermeni İddiaları, BKY, İstanbul, 2015

Yusuf Sarınay (Proje Yöneticisi), Osmanlı Belgelerinde Ermenilerin Sevk ve İskânı (1878-1920), T.C. Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü Osmanlı Arşivleri Daire Başkanlığı Yayın No. 91, Ankara, 2007; [https://www.devletarsivleri.gov.tr/varliklar/dosyalar/eskisiteden/yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/osmanli\\_belgelerinde\\_ermenilerin\\_sevk\\_ve\\_iskanlari\\_1878\\_1920.pdf](https://www.devletarsivleri.gov.tr/varliklar/dosyalar/eskisiteden/yayinlar/osmanli-arsivi-yayinlar/osmanli_belgelerinde_ermenilerin_sevk_ve_iskanlari_1878_1920.pdf) (04.05.2021)

# Human Security as Final Cause of Political Society\*

## Siyâsî Toplumun Nihâî Nedeni Olarak İnsan Güvenliği

Hakkı Hakan Erkiner , Emerant Yves Omgba Akoudou 

### ÖZ

1990’larda uluslararası ilişkilerde ortaya çıkışıyla beraber insan güvenliği kavramı akademik ve siyasi çevrelerde büyük ilgi uyandırmıştır. Çeşitli teoriler ortaya atılmış ve bu kavrama somut şekil verilmiştir. Bu tartışma hala devam etmektedir çünkü insanın güvensizliği dünyanın herhangi bir yerinde günlük bir deneyim olmaktan hala çıkmadı, bu da teori ile gerçeklik arasında belirli bir boşluğa işaret edebilir. Bu makale, insan güvenliğinin anlaşılmasına ve bunun siyasi topluma ilişkin memnuniyetinin genel anlamına bir katkı sağlamayı amaçlamaktadır. Kesin olarak, özcü bir bakış açısıyla, kendisini bir doğa kanunu olarak sunduğu natüralist bir insan güvenliği anlayışı ileri sürmektedir. Dolayısıyla insan güvenliği, kaçınılmaz olarak korumayı içeren doğal insan düzenini somutlaştırmaktadır. Bu doğal gereksinimi karşılama ihtiyacıyla, insan güvenliği, siyasal toplumun (doğal) kanun, yani siyasal toplumun nihai nedeni veya temeli ve amacı olarak sunulmaktadır. Böylelikle, insan güvenliğinin natüralist anlayışı, insanın politik hayvansallığının ve sözleşmesel felsefelerin yeni okumalarının temelidir.

**Anahtar Kelimeler:** İnsan Güvenliği, Siyasal Toplum, Nihai Neden, Doğa Kanunu, İnsanın Doğal Düzeni

### ABSTRACT

Since its emergence in international affairs in the 1990s, the concept of human security has aroused great interest in academic and political circles. Various designs have been put forward and given concrete form. This debate continues because human insecurity has not ceased to be a daily experience somewhere in the world, which can also signal a certain gap between theory and reality. This article is a contribution to the understanding of human security and the general meaning of its satisfaction in relation to political society. Precisely, from an essentialist perspective, he puts forward a naturalist conception of human security, by which it presents itself as a law of nature. Thus, human security is understood to embody the natural human order inevitably involving conservation. By the need to satisfy this natural requirement, human security is presented as the (natural) law of political society, that is to say the final cause, or the foundation and the finality of political society. . Thus the naturalist conception of human security is the basis of new readings of the political animality of man, and of contractualist philosophies.

**Keywords:** Human Security, Political Society, Final Cause, Law Of Nature, Human Natural Order

\* This article has been produced from PhD thesis named “Human Security and International Law”

\*\* Assoc. Prof. Dr., Marmara University Faculty of Law Department of International Law

\*\*\* PhD. in Public Law, emerant.akoudou@marun.edu.tr

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Hakkı Hakan Erkiner

**E-posta/E-mail:** herkiner@marmara.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 31.12..2020

**Kabul Tarihi/Accepted:** 15.01.2021

## INTRODUCTION

The concept of security in international relations has evolved from a state-centered to an individual-centered model. After the treaties of Westphalia, the international arena was considered as an umbrella entity with states, as natural components. Consequently, peace in this space was envisaged only in terms of state security and therefore of protection of the sovereignty of States. This state of affairs went through the two world wars and continued until the end of the Cold War. Although the international care of the concerns of the individual has been enshrined in the United Nations Charter and subsequent human rights instruments, human security has emerged as an international concern over the years 1990. Indeed, the attention of insecurity has unequivocally shifted from States to individuals. It was no longer just a question of states threatened from outside by others, but also of civilian populations threatened during internal crises either by their rulers, or by organized armed groups or by nature. International Peace and Security has thus been extended to individuals. Indeed, by numerous Resolutions, the United Nations Security Council authorized interventions in Iraq, in Bosnia as well as in Somalia in order to protect the dignity of populations seriously affected by repression. Before the publication of the 1994 United Nations Development Program (UNDP) Report on Human Development, the momentum for human security was evident. So this report came to echo this trend. Until then human security has been the subject of an abundant thinking process.

Generally, there are three approaches or conceptions of Human Security: broad, restricted and hybrid. According to the broad conception, human security includes all threats endangering the well-being of individuals. It emphasizes human vulnerability in all its dimensions and therefore encompasses threats of all kinds without taking into account the degree of severity. The broad view is about protecting the vital essentials of every human being and therefore guaranteeing them a life free from want and fear. This would tend to bring it closer to the concept of human development.<sup>1</sup> The narrow view does not embrace all possible threats to human security, but focuses on the most violent threats, particularly organized political violence.<sup>2</sup> Supporters of this conception of Human Security

- 1 PROGRAMME DES NATIONS UNIES POUR LE DEVELOPPEMENT, **Rapport mondial sur le développement humain 1994**, Paris, Economica, Chapitre 2 intitulé “Les nouvelles dimensions de la sécurité humaine”, 1994; NATIONS UNIES ASSEMBLEE GENERALE, **Résolution adoptée par l’Assemblée générale le 10 septembre 2012** [sans renvoi à une grande commission A/66/L.55/Rev.1 et Add.1)] A/RES/66/290 66/290, Suite donnée au paragraphe 143 sur la sécurité humaine du Document final du Sommet mondial de 2005, 25 octobre 2012; UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, **Resolution adopted by the General Assembly on 10 September 2012** [without reference to a Main Committee (A/66/L.55/Rev.1 and Add.1)], Follow-up to paragraph 143 on human security of the 2005 World Summit Outcome, A/RES/66/290 66/290, 25 October 2012; COMMISSION ON HUMAN SECURITY, **Human Security Now: Final Report**, New York, Commission on Human Security, 2003; FUKUDA-PARR Sakiko, MESSINEO Carol, **Human Security: A critical review of the literature**, Centre for Research on Peace and Development, Working Paper n. 11, KU Leuven, January, 2012; NEF Jorge, “Human Security, Mutual Vulnerability and Sustainable Development: A Critical View”, **The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations**, vol. 7, n. 1, Winter-Spring 2006, pp. 55-73; LEANING Jennifer, ARIE Sam, **Human Security: A Framework for Assessment in Conflict and Transition**, Prepared for US AID, Tulane Complex Emergency Response and Transition Initiative (CERTI), Tulane University, December 2000; ACHARYA Amitav, “Human Security: East versus West”, **International Journal**, vol. 56, n. 3, 2001, pp. 442-460.
- 2 HUMAN SECURITY NETWORK, <http://www.humansecuritynetwork.org/network-f.php> (26.03.2021); FUKUDA-PARR, MESSINEO, *ibid.*; AXWORTHY Lloyd, “Human Security and Global Governance: Putting People First”, **Global Governance**, 2001, vol. 7, n. 1, pp. 19-23.



defend its immediate operational character in comparison to the broad conception which requires a very long-term strategic development plan.<sup>3</sup> Finally, the hybrid conception of Human Security aims to reconcile the first two ones on the threshold of gravity. Thus, it would be a matter of giving priority to the most serious threats. Security would therefore aim to deal with threats of a high level of gravity, no matter what area they fall into.<sup>4</sup> The hybrid view of human security has the advantage of finding a balance between the broad and the narrow ones by determining a criterion that makes human security initiatives more practical.

Following these conceptions, we believe, another understanding of human security is possible, by approaching the relationship it can sustain with political society. Indeed, it is a truism that human security has only its sense within a political society, in which it is supposed to be satisfied. Thus emphasizing in this relationship will shed light on a new way to understand both human security and political society in view of a better satisfaction of the former. Then, we postulate such a relationship is ontological, that is to say, that human security is the final cause of political society.

The meaning of the “final cause” is to be understood from Aristotle who is the first to give an account of it. According to Aristotle, things that exist by nature<sup>5</sup> are distinguished from other things in that each of them has within itself various principles of change and resistance to change, principles that are intrinsic causes of its formal development (formal causes) and its role in nature (its final cause). Such principles are distinct from the various kinds of things that exist by nature and that are definitive to them: they constitute their essences.<sup>6</sup> Aristotelian essentialism noted that material things of a given kind distinguish each other by the substances they contain (their material causes); their shapes, sizes, textures (their formal causes), what brings them into existence (their efficient causes), the purposes for which they exist (their ultimate causes).<sup>7</sup>

According to Aristotle the final cause is that for which the thing is or exists. Thus everything has a purpose which grounds its nature. Things exist only for a purpose that accounts for their nature. Final causes essentially have a purpose and the explanations given in these terms are said to be teleological, that is, they account for the purpose for which the thing is what it is.<sup>8</sup> However, a better understanding of Aristotle requires us to make a difference between his *telos* and the functional role of things, because the purpose of a thing that exists by nature is never accidental. Indeed, Aristotle

3 LIOTTA Peter Hearn, OWEN Taylor, “Why Human Security?,” **The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations**, vol 7, n. 1, Winter-Spring 2006, pp. 37-54.

4 OWEN Taylor, “Human security. Conflict and Consensus: Colloquium Remarks and Proposal for a Threshold-Based definition”, **Security Dialogue**, vol. 35, n. 3, September 2004, pp. 373-387; ESTRADA-TANCK Elena Dorothy, **Human Security and Human Rights under International Law: Crossroads and Possibilities**, European University Institute, 2010, [http://www.operationspaix.net/DATA/DOCUMENT \(26.03.2021\)](http://www.operationspaix.net/DATA/DOCUMENT (26.03.2021)).

5 In the Category of things existing by nature one finds animals and their parts, plants and elements from which all terrestrial and celestial bodies are ultimately constituted.

6 ELLIS Brian, **The Philosophy of Nature, A Guide to the New Essentialism**, Acumen Publishing Limited, Chesham, 2002, p. 10.

7 Ibid.

8 ELLIS, *ibid.*; TANZELLA-NITTI Giuseppe, “The Aristotelian-Thomistic Concept of Nature and the Contemporary Debate on the Meaning of Natural Laws”, **Acta Philosophica**, n. 6, 1997, p. 8.

postulates that everything that exists by nature has a telos that belongs to its essence: “*Everything which happens either happens by chance or for the sake of an end. Now those things which happen outside the intention of an end are said to happen by chance. But it is impossible for those things which happen in every instance or in most instances to happen by chance. Therefore, those things which happen in every instance or in most instances happen for the sake of something. Now whatever happens according to nature happens either in every instance or in most instances, as even they admitted. Therefore, whatever happens by nature happens for the sake of something. (...) Things which happen naturally are done so that they lead to an end. Therefore they are disposed to be done in such a way that they are for the sake of an end. And thus nature seeks an end, i.e. nature has a natural disposition for an end.*”<sup>9</sup>

Therefore the telos of everything that exists by nature exists independently of everything else. He further postulates that the ultimate goal of all philosophical research is to know the telos of things: the reasons for their existence. In this sense, the final cause is the highest of all causes.<sup>10</sup> It has to be noted that this apprehension of the concept of final cause is part of Aristotle essentialism, which like most essentialist theories are focused on essential properties of things<sup>11</sup> focusing on it to give an account of the relationship between human security and political society characterizes our position as essentialist. Indeed, undertaking to give an account of things and their functioning by explaining the intrinsic properties of their most basic constituents is a realistic and scientifically sound approach. Essential properties are unquestionable realities that are the foundation of all things. Therefore it is not a creative work that would depend on the author’s subjectivity, but on an objective existent. Thus if we assume that the relationship between human security and political society is ontological, or that the former is the final cause of the latter, we are assuming that human security contributes to an essentialist understanding of political society. Assuming that is certainly informing at the meantime the relationship between human security and human nature, and precisely postulating that human security better gives an account of the human nature. In other words, it is only in the state of security that human nature bears full significance. Human security is thus the consubstantial state of human nature and signifies it in its reality. Human nature is a physical and rational nature. This dual dimension of Man is naturally ordered and functions in its own way and the state of security is the indicator of its order, that is to say, when body and mind are in order and function as they essentially should, Man is in security. Human security thus embodies human nature in its real state. Man is Man only in a state of human security. Thus, in any situation where this nature would be opposed to an order or a state that is contrary to that what is intrinsically required, the resulting state is simply an intolerable insecurity, by the very fact of this nature. So it is not just a matter to be a human being, but to be in security. In our view, reference to the etymological sense should suffice to justify that. Indeed, the word “security” comes from the Latin “*securitas*” which means “carefree”. Thus security refers to a state of absence of suffering or absence of pain. This apprehension of security is negative

9 TANZELLA-NITTI, op. cit. pp. 9-10.

10 ELLIS, op. cit. p. 12.

11 Essentialism “*in general may be characterized as the doctrine that (at least some) objects have (at least some) essential properties.*” ATKINS Philip, “Essential vs. Accidental Properties”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, First published Tuesday April 29, 2008; substantive revision Monday April 18, 2016, <https://plato.stanford.edu/entries/essential-accidental> (26.03.2021).

in that it emphasizes something that is not. On the contrary, in a positive way, it refers to a state of well-being. This basic definition of security, applied to human nature, captures human security as the essential order of that nature. That way the broad definition of human security from the 1994 UNDP Report which sums up in freedom from fear and freedom from want is in accordance with our postulate because these two components simply signifies a state of human well-being.

This gives sense to the consensually-known natural tendency of man to conservation, early recognized by Aristotle.<sup>12</sup> According to the Dictionary, conservation is the action of maintaining the same state without any alteration. It is the action of keeping intact, the action of keeping, defending, opposing any change of state.<sup>13</sup> Thus if human nature is doomed to conservation, it confirms that only the state of security consubstantial to it better accounts for it. That implies for Man is to continue or to remain permanently in this state. This is a confirmation of his nature. Any attitude contrary to conservation could mean only one thing: ruin, which gradually leads to nullity, and the simple cause of this can just be summed up in insecurity.

These considerations allow us, from an essentialist perspective to approach human security, both as the finalized and finalitarian order of human nature. As finalized order, human security is an existent, which does not need to be created, or realized, since it is already real, and it is why it requires conservation. Conservation is only possible related to an existent, for one conserves something that already exists. Furthermore if conservation implies permanence of the thing on which it is about, then it is not everything but precisely that thing, which is in this framework, the state consubstantial to human nature. As the finalitarian order, human security, is a constant need of human nature, which always require to be confirmed in that. That justifies again then the human natural tendency to remain in that state by conservation.

In this logic, if human security is the final cause of political society, it means that the foundation and finality of political is to simply satisfy or guarantee satisfaction of the human security requirements for each member of the society. It is in this logic that political society works. Relying on human security as the final cause of political society requires that the link between human security and political society be made clear. From an essentialist point of view, in our view, this link is only established on the basis of three kinds of inclusive natural realities: the individual necessity of conservation, the multitude of individuals, and the need for nature's resources for conservation. Thus, humans are obliged to conserve themselves in the presence of a multitude of fellow human beings through the use of nature's resources. On the basis of these three natural requirements, human security as the law of human nature automatically implies that human security is the law of political society. They

12 ABEL Donald, **Theories of human nature: Classical and contemporary readings**, New York: Mcgraw-Hill, 1992; Loftson P., **Theories of human nature**, Peterborough: broadview, 3<sup>rd</sup> Ed. 2006; COURNARI Laurent, "Aristote, Commentaire du livre IV des Politiques", **Philopsis**, éditions numérique, <http://www.philopsis.fr> (26.03.2021); CHENET François Xavier, "KANT, Philosophie pratique, Métaphysique des mœurs, Critique de la raison pratique", **Philopsis**, éditions numériques, 2008, <http://www.philopsis.fr> (26.03.2021); NIETZSCHE Friedrich, **La volonté de puissance**, 2 tomes, Gallimard, Paris, 1995.

13 CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE (CNRTL), **Dictionnaire sur PC Ortolang du Centre National de la Recherche Scientifique**, comprenant les dictionnaires de l'Académie française jusqu'à la 9<sup>ème</sup> édition, <http://www.cnrtl.fr> (31.03.2021).

make it possible to postulate, in the sense of Aristotle, that man is naturally a political animal. We will explain the meaning of this postulate by referring to Aristotle's conception, but by considering it in the sense of a logical implication of human security. In other words, we will conceive the political animality of man according to the requirements of the law of human security, which will sometimes imply a demarcation from the Aristotelian position and the recourse, when necessary, to reasoning by hypothesis to enable us to better grasp this reality. Thus, human security as the final cause of political society implies conceiving Man's political animality progressively from a natural nature (I) to a cultural nature (II). We will clarify the meaning of these concepts.

## **I. MAN'S POLITICAL ANIMALITY: A NATURAL NATURE**

The political animality of man as a natural nature can be an implication of human security as better accounting for human nature. The concept of natural nature means that the natural human order as human security accounts for it, is, in an essentialist point of view, a reality or a state of affairs that is no longer to be realized but to be confirmed in view of its vocation to permanence. In this logic, the natural order and the human experience are more or less in phase. We shall bring this out by dwelling on two substances: the substance of the ontological relationship between human security, and political society (A) and the substance of Man's understanding of that relationship (B).

### **A. SUBSTANCE OF THE ONTOLOGICAL RELATION BETWEEN HUMAN SECURITY AND POLITICAL SOCIETY**

To account for man's political animality as a natural nature, human security as the final cause of political society is verified as a logical implication of human security as the order of human nature (1) and by the fact of the embryonic society that constitutes the family (2).

#### ***I. Human Security As The Final Cause Of Political Society: A Logical Implication Of Human Security As The Order Of Human Nature***

Human security, in an essentialist point of view, stands as the state that is consubstantial with human nature. It is the essential disposition of human nature, accounting for the natural human order. This state of well-being, implies conservation or confirmation because of its vocation to permanence. That way human security constitutes the foundation and purpose or finality of all human action. That said, if human security is to be conserved, we may rightly assume that conservation cannot be undertaken in all ways, because it would be included in the package of conservation, means that could lead to insecurity. Therefore conservation implies an order of means adequate that could lead to satisfy human security permanently. Thus, according to Johann Gustav Droysen, "*Undoubtedly we only understand completely that which is, when we recognize and make clear to ourselves how it came to be. But how it came to be, we recognize only if we investigate and understand, as exactly as possible, how it is. Our grasping that which came to be and comprehending its becoming is only one form and*

*expression of our understanding of the present and existing can be derived only by temporally conceiving and analysing the existing in order to understand it.”<sup>14</sup>*

It is therefore legitimate to think that nature is a real order whose confirmation is possible through means just as real as it conceals, but up to understanding or discovery of which human nature gradually comes. In this way Cicero asserted: *“True law is right reason conformable to nature, universal, unchangeable, eternal, whose commands urge us to duty, and whose prohibitions restrain us from evil. Whether it enjoins or forbids, the good respect its injunctions, and the wicked treat them with indifference. This law cannot be contradicted by any other law, and is not liable either to derogation or abrogation. Neither the senate nor the people can give us any dispensation for not obeying this universal law of justice. It needs no other expositor and interpreter than our own conscience. It is not one thing in Rome and another at Athens, one thing today and another tomorrow, but in all times and nations this universal law must forever reign, eternal and imperishable. It is the sovereign master and emperor of all beings. God himself is its author, its promulgator, its enforcer. And he who does not obey it flies from himself and does violence to the very nature of man. And by so doing he will endure the severest penalties even if he avoids the other evils which are usually accounted punishment.”<sup>15</sup>*

Then, what is the relationship with political society?

The link between human security and political society is raised in consideration of two other equally natural requirements which conservation is undertaken with: conservation is made, among other things, through resources of nature and in the presence of a multitude of human beings. These two realities make human security the final cause of political society.

Human security is the essential disposition of human nature, which happens to be two-dimensional in its unity: a rational dimension and a physical dimension. Immanuel Kant expresses it in both the animal and the rational side.<sup>16</sup> *“The animal nature is the mechanical, impulse oriented side of human nature. It seeks the preservation of the self with the goal of maximizing personal pleasure and minimizing pain. In other words, the animal nature is based on sensuous impulses”<sup>17</sup>* The physical nature of the human being is conserved on the basis of the resources of the physical nature surrounding him. He is taking everything he needs from it for food, health, shelter and clothing.

The human being is also called to share his life with a multitude of other human beings. Indeed, it is a fact of nature that the human being is not alone. The very conditions of his birth show that he is the fruit of a man and a woman who have been endowed by nature with dispositions enabling them to reproduce or to be perennial or simply to multiply. So whatever the real or hypothetical nature of the origin, including the spatial configuration, of the multitude of human beings populating earth,

14 BARTH Hans, **The Idea of Order, Contributions to a Philosophy of Politics**, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht-Holland, 1960, p. 1.

15 ALFORD Fred, **Narrative, Nature, and the Natural Law. From Aquinas to International Human Rights**, Palgrave Macmillan, New York, 2010, p. 22.

16 FRIEDRICH Carl Joachim (Ed.), **The Philosophy of Kant: Moral and Political Writings**, New York, The Modern Library, 1949, p. 373.

17 KANT Immanuel, **The Doctrine of Virtue**, trans. of GREGOR Mary, New York, Harper Torchbooks, 1964, p.10.

the multitude itself is an undeniable reality. The individual conservation of human security for many individuals through resources of nature has therefore been provided for by nature itself. Since nature is an order and therefore does nothing in vain,<sup>18</sup> it must be assumed that it contains the code of means by which the multitude of cohabiting human beings can, through resources of physical nature, confirm the intrinsic order they are subject to by nature. This code of means is precisely the one that can be known under the generic term “society”. So, since the order of human nature is security, then it becomes the final cause of society, understood as the means by which nature allows a set of cohabiting human beings to individually confirm the order to which it has reduced them and which is simply themselves. This code or order of means is therefore real in that without it, the conservation of human security, which is nothing else than the conservation of human nature for each individual cohabiting with others, cannot be adequate.

According to its etymology, society comes from the Roman “societas” referring to association, community, company, meeting, political union, alliance. According to a simple definition, society is a structured and organized grouping of individuals, a group of people brought together by common interests or for a common activity or action. It is a group of people living in an organized and structured way through institutions and conventions.<sup>19</sup> From this simple apprehension of society, an idea of understanding, agreement, organization or simply order clearly emerges. Hence it emerges that if human security represents the order of human nature, which is no longer to be realized but to be confirmed or conserved in the way it is, it means the order of the human kind and therefore of all human beings who are part of the kind. Nature has thus united human beings around the same condition and the sum of their individual conservation interests makes a common interest of confirmation. So how can we think that nature could have subjected them to and governed them under a condition other than agreement? If nature is already an order in itself, the disorder that would result from misunderstanding or conflict cannot be imputed to it. Thus, society must be thought of or apprehended as essentially natural. It refers more to an understanding, an agreement, an order that governs human beings in the individual purpose of confirmation. And it is this order which is generally understood as “politics”. It is generally agreed that the concept of politics comes from the Greek *polis* meaning “city”, the latter being considered the basic unit of political organization in the Greco-Roman world.<sup>20</sup> Thus, politics meant the art of governing the city or the State.<sup>21</sup> More precisely, “*Politics can be simply defined as the activity by which differing interests within a given unit of rule are conciliated by giving them a share in power in proportion to their importance to the welfare and survival of the whole community.*”<sup>22</sup>

18 SAINT-HILAIRE Jules Barthelemy, **La Politique d’Aristote**, Traduite en Français d’après le Texte Collationné sur Les Manuscrits et les Éditions Principales, Troisième Édition, Revue et Corrigée, Paris, Librairie Philosophique de Ladrangé, 1874.

19 **Dictionnaire Encarta**, Microsoft® Encarta® 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation.

20 ROBERTSON David, **The Routledge Dictionary of Politics**, 3rd Ed. Taylor & Francis Group, Routledge USA and Canada, New Fetter Lane, London, New York, 2004, p. 382.

21 RIMBOUX Elsa, “Politique”, **Grand Dictionnaire de la Philosophie**, Edition numérique, Larousse, Bibliothèque Nationale de France, pour la bibliothèque numérique Gallica, 2003, pp. 2397-2399; SCRUTON Roger, “Politics”, **The Palgrave Macmillan Dictionary of Political Thought**, 3rd edition, Palgrave Macmillan, New York, 2007, p. 550

22 Ibid.

It can therefore be concluded that since human security is the order of human nature, that is, the foundation and finality of all human action, it is therefore the final cause of political society, since the latter presupposes only a community of human beings united or consenting to an order or organization of their relations for the purpose of conservation of each one. This conclusion is logical in that nature, being in itself an order, cannot foresee a multitude of human beings who cohabit and whom it subjects to confirmation of their essence without an order that governs them. Thus society which in itself signifies an understanding, an agreement between individuals for the purpose of conservation, embodies precisely the order of natural means that governs them and that constitutes politics. However, the exact content of this order should be clarified by experience.

Thus on the basis of the substance of natural law or the natural state of affairs, the political animality of Man is first of all a natural nature, for, it does no longer require realization and is in force, whether or not the human being has reached this understanding, as opposed, as we shall see later, to its cultural nature, which, in turn, highlights this cognitive process of appropriation of the order of natural means. This natural nature can already be recognized in the reality of the family, which represents the primordial embryonic society.

## ***2. Family: The Primordial Embryonic Political Society***

Human security as the final cause of political society is still verified in the sense of the political animality of Man in the natural reality of the family. In fact, the family situates the beginning of man's political animality and, because of its original character, accounts for it as a natural nature. Before knowing this fully, let us begin by evoking certain apprehensions of the family.

According to Sébastien Bauer and Laurent Gerbier, in order to think about family, we must distinguish two elements that can alternatively found it: parentage and the community of residence. Parentage emphasizes the dual phenomenon of sexual completeness and inheritance (the family ensures permanence over time); the community emphasizes rather the original cell of together living, oriented towards work (Latin people include slaves and seasonal workers), or towards the existence of a non-biological affinity between individuals (the humanistic familia will then designate the circle of familiar: friends).<sup>23</sup> Based on these distinctions, moral and political thought has made family a constant paradigm of its thinking: family thus represents the origin of the political community.<sup>24</sup> Finally, family is an indissolubly ethical and legal concept:<sup>25</sup> the natural (biological) model and the conventional model (affinity or social necessity) of living together are articulated within it. These models suggest that family is the place where the transition from nature to culture takes place<sup>26</sup> or as a social machine for managing desires.<sup>27</sup>

23 BAUER Sébastien, GERBIER Laurent, "Famille", in CNRS (Ed.), **Grand Dictionnaire de la Philosophie**, Larousse, Paris, 2003, pp. 1236-1237.

24 Ibid.

25 OURLIAC Paul, GAZZANIGA Jean-Louis, **Histoire du droit privé français, II**, 4, Albin Michel, Paris, 1985.

26 LEVI-STRAUSS Claude, **Les structures élémentaires de la parenté**, PUF, Paris, 1949.

27 DELEUZE Gilles, GUATTARI Felix, **L'anti-Œdipe**, Minuit, Paris, 1972.

According to the first sense of parentage, family is presented as concomitant with the birth of Man. Every human being is born from a Man and a Woman and together they are essentially supposed to constitute a family. Family is therefore made up of at least three persons: the father, the mother and the child. Thus according to Aristotle, “*First of all, there is necessity in the coming together of two beings who cannot anything without each other: I am referring to the union of the sexes for reproduction. And there is nothing arbitrary about this; for, in Man, as in other animals and plants, it is a natural desire to want to leave behind a being made in one’s own image*”.<sup>28</sup> Thus naturally man and woman are made to be together. They are naturally endowed with dispositions that enable them to reproduce their species and in so doing they constitute family. Thus family is the most natural association, for it is not even necessary for Man to discover it through an educational process. Man does not come to the conclusion, as a result of a process of experimentation, that he must belong to a family; the family is concomitant with his birth. “*Thus, the natural association of every moment is family.*”<sup>29</sup>

In order for it to be the embryonic political society for the purposes of our present analysis there must be an order. Indeed, if women and men are inclined to unite naturally and form a family with children, it is clear that the purpose of this association is the conservation of all its members. It is only in this way that all can confirm the order to which nature has essentially subjected them to. How could it be so without consent, without agreement and finally without order? It must therefore be assumed that whatever the nature of relations between the members of a family, they are not governed by disorder, whose consequence is self-destruction of members, what is not natural, but they are governed by an order whose purpose is their conservation, what is natural. Thus the family natural association confirms that it is, according to nature, an order. In this natural institution, which must be described as an embryonic political society, members are in fact pursuing their conservation of their nature, accounted by human security. And this is precisely the vocation of the larger forms of political society. For family, it is then said that Man’s political animality is a natural nature to mean that the law of his nature and his life experience perfectly match.

Having made these clarifications, it is necessary to return to certain elements of the definition of family which seem debatable. The family is perceived as articulating the natural or biological models and the conventional model (affinity or social necessity) of living together, these models suggesting that family is the place where the transition from nature to culture takes place or as a social machine for managing desires. Starting from the fact that human nature is in itself a state of affairs or an order that does not need to be realized any longer but confirmed, it is clear that the order of means to this purpose is already a reality of nature. Consequently, this order of means is also no longer to be created but to be discovered. Under this understanding, everything that concerns the human being is part of a logic of conformation to his nature. Thus, whatever the biological or conventional dimension of family, it remains within the natural framework. It is therefore not a question of the passage from nature to culture, but of a permanent nature whose quintessence is discovered through the cultural process.

28 SAINT-HILAIRE, op. cit. Book I, I. 4.

29 Ibid. Book I, I. 6.



On the basis of these considerations, human security as the order of human nature, is, therefore, the final cause of political society which begins with and in the family. At this level it should be pointed out that although it is real in itself and at the primordial level of family, the order of means that embodies political society in its broad dimension may be more or less known to all human beings who are naturally subject to cohabitation. And this has consequences for confirmation.

## **B. SUBSTANCE OF UNDERSTANDING OF THE ONTOLOGICAL RELATION BETWEEN HUMAN SECURITY AND POLITICAL SOCIETY**

Human nature is also rational and this implies that it is called to understand the natural order of means for confirming the order of its nature both individually and in cohabitation with a multitude of fellow human beings. The necessity of nature's resources for the conservation of human beings has a great influence on the substance of human understanding of this order. Indeed, it must be postulated that the availability or deficiency of these resources for a multitude of individuals necessarily determines how the situation is managed. Thus, the natural order of means which presupposes the best mode of conservation for each individual of the multitude in such a situation can more (1) or less (2) be understood.

### ***1. The Understanding Of Human Security As The Final Cause Of Political Society***

The understanding of human security as the final cause of political society by human beings can be achieved in close or distant family relationships. According to Aristotle, *"The primary association of many families, but made up for the purpose of relationships that are no longer daily, is the village, which might well be called a natural colony of family; for individuals who make up the village have, as other writers have put it, "sucked the milk of the family"; they are its children and "children of its children's". If the first states were subject to kings and if the great nations are still subject to kings today, it is because these states were made up by elements accustomed to royal authority, since in the family the oldest is a true king; and the family's colonies filially followed the example given to them. Homer was therefore able to say: "Each one of them governs his own wives and sons." At the beginning, in fact, all isolated families governed themselves in this way. Hence again the common opinion subjecting gods to a king; for all peoples once recognized or still recognize the royal authority and men have never failed to give their customs to gods, just as they represent them in their own image."*<sup>30</sup>

The fact of postulating the final political society, which is the state, from its family oriented village, implies the existence of an affective or family relationship between members of the state. Indeed, as we have seen, family members are inclined to a natural bond of solidarity, wherein affection is certainly the foundation. How can we think otherwise? Let us imagine that the bond between members of a family is hatred or simply indifference. In the hypothesis of hatred, the relationship between family members would certainly be one of hostility, the consequence of which would certainly be their self-destruction. In the hypothesis of indifference between family members, the relationship would be

30 SAINT-HILAIRE, op. cit. Book I, I. 7.

individualistic, since each would be turned towards managing his or her own affairs, which would certainly be evidence of a lack of union, agreement and therefore disorder leading to the separation of family members. These hypotheses cannot therefore be proven by the fact that their results would lead to denying family in its natural essence. Knowing that family is a natural reality and that the individual is inclined to conserve himself for the sake of the permanence of his nature, it is necessary to postulate that an affective solidarity between members of family is part of this logic, because it works towards this purpose or this finality.

Thus, according to Aristotle's understanding, the finite political society that is the state is logically based on affective solidarity, because in fact it would constitute family on a somewhat larger scale. What is certain is that this affection would have its source in filiation that naturally unites the members of family. Viewed that way, we could believe that the understanding of the order of means that should conserve the essential state of human security for everyone is proven.

How can we therefore consider the issue of nature's resources? Indeed, in the hypothesis that these resources are available to all members of the group, one must ask oneself what would be the usefulness for a family group to organize itself. Individuals gather around a political society to solve or organize the management of a situation of general interest. There can only be politics if individuals find themselves confronted with a problem that needs to be solved by mutual agreement. Aristotle acknowledges this himself when he states that political society is established for the satisfaction of needs: "*Association of several villages constitutes a complete state, reached, one can say, at this point of being absolutely self-sufficient, born first of all from the needs of life, and subsisting because it satisfies them all.*"<sup>31</sup> So, in a situation of sufficient resources for all families, there would be no additional need to organize because all would be sufficient. In this hypothesis and in the Aristotelian logic, political society could not be the object of a decree but of something natural, a simple sum of villages united by filiation. Even the title of king or any other denomination of chief would have no political value, that is, the authority responsible for ordering relations between members of the extended family. This title would then be rather honorary. But it should also be considered that if resources of nature are sufficient for all families and although they would maintain emotional ties, the need for reproduction should be considered, which would force the members of various families to look for partners outside their family or at least the nuclear one. This must be noted because it is a situation that would certainly require agreement between families and an authority responsible for managing disputes. This case implies an organisation between families that is much more demanding than the simple emotional solidarity unifying them. Thus a head would be responsible for ensuring order within this extended family. It is only in such a configuration, in the absence of a deficiency of nature's resources, that a group of villages would be a political society in a strict sense, since it would embody the order that should govern relations between the members, necessarily for the purpose of confirming human security as the order of their nature.

In the hypothesis of difficulties to enjoy resources of nature, due to their deficiency or the impossibility of their acquisition by a single family, families or villages should necessarily organize themselves.

31 SAINT-HILAIRE, op. cit. Book I, I. 8.

If resources are deficient for all, each one wishing to appropriate them for its own conservation, the management of this situation would be based on the choice between two alternatives: conflict or agreement. Being members of the same family, it should be borne in mind that the family link between them is likely to influence the option for an agreement. This order would be political in that it would consist in the manifestation of an organization for the general conservation interest of all members. In the hypothesis of difficulty in the acquisition of resources by a single family, all can agree to overcome the difficulty together. The resulting order would then govern a situation of general interest, which would certainly include guarantees that the agreement would be respected. Thus Aristotle thought that *“Every state is obviously an association and every association is made up for the sole purpose of any good, since men, whoever they may be, never do anything but what seems good to them. Obviously all associations are concerned with a good of a certain kind, and the most important of all goods must be the object of the most important of associations, the one that contains all the others; and this one is precisely called State and political association”*.<sup>32</sup>

All these developments allow us to know that the understanding of human security as the final cause of political society can be proven if it is derived from family relationships underpinned by emotional solidarity. Affection between members strongly influences and facilitates the understanding that the order of means confirming the law of human security is based on understanding or agreement between members when they face natural challenges. Even without having a proper declaration of this order, we, at least, know that we are in the sense of a conformation to nature that cannot foresee cohabitation of a multitude of human beings and subject them to an imperative of conservation on the basis of disorder. If this understanding can be facilitated in Aristotle’s hypothesis, demonstrating Man’s political animality in the hypotheses of other scholars is not the case.

## **2. The Possible Misunderstanding Of The Law Of Human Security As A Law Of Political Society**

The understanding of human security as a law of political society may not be understood by human beings under certain circumstances that need to be addressed. And the obvious consequence is the risk that human security may not be confirmed at the individual level. Although we have noted that family constitutes the embryonic political society, it is possible to envisage situations in which filiation between families or village members is, if not non-existent, so remote or distant or indirect as to become insignificant in the daily lives of individuals. It is opportune to note this situation in view of the configuration of present-day societies which, even if they were based on filiation, their current heterogeneous and composite nature raises the question of politics in a more objective way. Thus it is necessary to formulate hypotheses adapted to this situation in order to give a better account of man’s political animality, but in the sense of a natural nature misunderstood by human beings.

Political society certainly began with family. Let us take the hypothesis of several families or several villages which, in the sense of Aristotle, would constitute society, but which would not be united by

32 SAINT-HILAIRE, op. cit. Book I, I. 1.

a parentage bond and which would be subject to the imperative of cohabitation and confronted with difficulties in acquiring resources of nature. In such a hypothesis, the different families or villages would have the choice between the two alternatives, which are conflict and agreement. Since the different protagonists are not united by a bond of parentage or identity that would automatically lead to managing the situation on an affective basis, it is doubtful that they would come to an agreement all the way. If they do have this idea, it would still be necessary to know what reasons would lead them to such a decision. At the very least, it must be assumed that they would realize the negative consequences of conflict or the unsuccessful consequences of individualism. All these postulates correspond well to the myths of the state of nature as developed by Thomas Hobbes<sup>33</sup> and John Locke.<sup>34</sup>

Thomas Hobbes asserted that to understand political society, it is first necessary to understand its members, that is, individuals. We must then understand the agreements that make up society and from these agreements we will understand the form and status of political society. The myth of the state of nature is then used to simply understand what human beings are. Self-preservation is the most fundamental desire and if there is no law or authority to influence our action regarding this desire, as viewed by Hobbes, no one has the power to dictate to other how to stay alive. According to Hobbes, the state of nature is a state of war. This conclusion stems from the consideration men have for one another. Indeed, men are naturally equal in body and mind, regardless of their abilities. Thus, no one can avail himself of his great strength or quick-wittedness of mind against others, for a man can overcome a stronger opponent either by using his wits or by joining with others who are similarly in danger to overcome the threat.<sup>35</sup> Hobbes wrote again that men generally tend to covet power and fight to death for it.<sup>36</sup> Thus in the state of nature, there is no way for anyone to be totally safe since every kind of force shows limits. Since all men are basically equal, there is no common power to watch over them. That is why a state of war would exist among them. Thus, according to Hobbes, distrust to each other characterizes the state of nature and since no one can trust anyone, everyone has to fear everyone. And it is this fear that grounds the state of war that renders man incapable of enjoying life and its properties. The state of war means “*every man against every man. Where there is no common Power, there is no Law: where no Law, no Injustice. Force, and Fraud, are in war the two Cardinall vertues, ..., It is consequent also to the same condition, that there be no Propriety, no Dominion, no Mine and Thine distinct; but onely that to be every mans that he can get; and for so long, as he can keep it ...*”<sup>37</sup> Such a state lets few possibilities for cooperation : “*there is no place for Industry ... no commodious Building ... no account of Time; no Arts; no Letters; no Society; and which*

33 HOBBS Thomas, *Léviathan, Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, 1651, traduit de l'anglais par FOLLJOT Philippe à partir de HOBBS Thomas of Malmesbury, *Leviathan or the Matter, Forme and Power of A Commonwealth Ecclesiastical and civil*, London, Printed for Andrew Crooke, 1651, Chicoutimi, Québec, janvier 2004.

34 LOCKE John, *Traité du gouvernement civil*, 1690, trad. française de MAZEL David, 1795 à partir de la 5ème édition de Londres publiée en 1728, Chicoutimi, Québec, 2002.

35 HOBBS, op. cit. p. 107.

36 Ibid. p. 88.

37 Ibid. p. 110.

*is worst of all, continually fear, and danger of violent death; And the life of man, solitary, poor, nasty, brutish, and short.*"<sup>38</sup>

Following Hobbes, Locke made a state of nature account. Locke asserted that it is unlikely to find traces of the state of nature because the traces only begin with civil societies which are political societies. However, Locke tried to show, from his point of view, what could be the most likely origin of civil society. In his *Second Treatise on Civil Government*, John Locke agrees with Hobbes that the state of nature is a state of perfect freedom and equality. But he meant the two terms differently. According to Hobbes, equality refers to the ability to gain power and satisfy one's desires, while freedom just means that everyone has the natural right to do whatever he or she thinks is necessary to secure self-preservation. Locke, on the other hand, supports a moral interpretation of each term. Equality means that no one has the right to have power over anyone. And while everyone has the right to self-preservation, Locke argues that there are limits to what can be done for this purpose, according to the law of nature. The law of nature prescribes that no one may subordinate another person or harm his life, health or property (except in self-defense), and furthermore that men must help one another when it does not cause them harm. Thus, according to Locke, the state of nature is the state of liberty and not of license, because it is governed by the law of nature. It appears, however, that there may be individuals in the state of nature who do not live according to the laws of nature, and in this case, too, the law of nature prescribes the extent of action in reaction against such criminals. In the state of nature men have the right to defend themselves and their property. However, it is possible that the reaction to the criminal act may be disproportionate because it is possible to react by murder to theft. The greatest objection to the state of nature according to Locke is therefore the possibility that natural freedom is abused both in the non-consensual interference in another individual sphere and in the reaction to it.<sup>39</sup>

Thus the myths of the state of nature developed by Hobbes and Locke confirm Man's natural tendency to conservation. However, the fundamental point of divergence is the way it is assumed.

Indeed, according to Hobbes, in the state of nature Man is a wolf to Man as they are all in search a natural egalitarian basis. To protect themselves, competition and rivalry therefore become their day to day way of life. Since men cannot trust one another to respect the natural law for each and for all, mistrust is the most widespread feeling. Thus in Hobbesian state of nature, the conservation of the being is done in short by means of violence.<sup>40</sup> It is the war of all against all. According to Locke, men being naturally equal in freedom and naturally inclined to rationality, conservation of being is naturally done or is called to be done peacefully because any idea of subordination of one man by another is impossible or at least inadmissible.<sup>41</sup>

38 Ibid. pp. 108-109.

39 RUSSELL Bertrand, *A History of Western Philosophy and its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day*, Simon And Schuster, New York, 1945, p. 626.

40 HOBBS, op. cit. p. 106.

41 "*The natural state of men, before they had formed societies, was a perpetual war, and not only that, but a war of all against all*"; LOCKE, op. cit. p. 19.

Finally, Hobbes and Locke agree in that human being is an individualistic being.<sup>42</sup> But they disagree on the conception of this individualism. Hobbes conceives human individualism as referring to natural selfishness, whereas Locke understand it naturally altruistic. Now, Locke assume the state of nature favors permanent insecurity: which is the possibility of irrational human behavior contrary to their true nature and then the possibility to abusively interfere into the freedom of others.<sup>43</sup> Locke believed man's rationally altruistic natural individualism in the state of nature, is the principle and man's irrationally selfish natural individualism is the exception. According to Hobbes, the rationally selfish natural individualism in the state of nature is the principle without exception. The solution to this exceptional and principle-based problem leads these authors to tackle differently the state of society. Thus since the problem was conceived differently, the solution in turn could only be different.

The myths of the state of nature are therefore hypotheses that correspond to the case of a group of individuals who naturally find themselves subject to the imperative of individual conservation without sustaining a link of filiation and on the basis of the resources of nature. The state of nature as characterized by the two authors would be a state of insecurity that naturally leads to the non-conservation of all, what emphasizes the importance attached to the solution of this problem, that is, the forthcoming political society. This one would be presented only as an agreement between individuals, having understood the consequences of conflict, of the licentious behavior or simply of the state of nature's ambient disorder.

Although this situation allows us to understand that the political animality of man, as a natural nature cannot be so understood, we must take this opportunity to evaluate hypotheses of the state of nature in the sense of the natural, or essential order of human security. It is quite clear that these states of nature are not traceable historical realities, but constructions which make it possible to grasp the foundation and the purpose of political society. If it is already necessary to recognize that security certainly constitutes the foundation and the finality of this one, one must still examine its nature. The myths of the state of nature focus on the behavior of people in their natural tendency for conservation. These myths therefore only deal with human security. However, these myths seem to contradict the political animality of Man, since he would only be a political animal outside of the state of nature. This is undoubtedly contradictory to Aristotle's postulates. In the understanding of the essential human order that is human security, it is a question of knowing that nature in itself is already an order which is no longer to be realized, since it is already real though is to be confirmed. In this logic, since nature has subjected to cohabitation a multitude of human beings and with a dependence on its resources, it is clear that it has foreseen an order of means under and by which their conservation is ensured. Although the human being may not understand this order in a state of nature – as developed by these myths – and therefore may not know his political animality as a natural nature outside of the family framework, this does not prevent this nature to be real, because

42 TRICAUD François, "Hobbes et Locke: convergences et divergences", in: XVII-XVIII, *Bulletin de la société d'études anglo-américaines, des XVIIe et XVIIIe siècle*, n. 25, 1987, p. 77, [http://www.persee.fr/doc/xvii\\_0291-3798\\_1987\\_num\\_25\\_1\\_1120](http://www.persee.fr/doc/xvii_0291-3798_1987_num_25_1_1120) (30.03.2021).

43 LOCKE, op.cit. p. 26.

it dictates a necessity of confirmation. Thus, although the relevance of the myths of the state of nature is proven, their value is surely limited if they do not somehow take all the relevant elements or logics of reality into consideration. Since Man is always part of nature, he is therefore a political animal and that is why we must agree with Aristotle that the State which is a form of political society is just as natural. But if it is no longer a natural nature with regard to the hypothesis that makes it possible to envisage political society without any bond of filiation, the best way to understand the myths of the state of nature of Hobbes and of Locke is the one according to which they inform on the incomprehension or the ignorance by the human being of the natural order of means intended to conserve himself according to the essential order of his nature that is human security. The various solutions of agreement, contractual or order to which they lead to are not sufficient to see in political society as belonging to Man's nature. In this case the State, according to the particular formulation consequential to each myth, is a creation or an artifice distinct from the nature, but they then appear as the beginning of an understanding or awareness of the natural order according to which all can confirm the essential order of their nature or preserve themselves only on the basis of a regulation or normalization of their relationships. This brings political society into the political animality of man, but as a cultural nature. In one level or another, human security is verified as the final cause of political society.

## II. THE POLITICAL ANIMALITY OF MAN: A CULTURAL NATURE

In the first section, we undertook to verify human security as the final cause of political society by dwelling on the Man's political animality as a natural nature. By this concept we meant an adequacy of the essential human nature's order of human security with the understanding and the experience of the human being. By the concept of cultural nature in this context, we mean that the natural order of means for the conservation of human nature in its essential state of human security in a context of cohabitation is not always known by the human being and so discovered as a result of experience.<sup>44</sup> Culture generally refers to the body of knowledge acquired. Culture is often distinguished from nature apprehended as referring to the innate while it refers to the acquired. We will understand it here as the educational process of Man on the order of natural means which should enable him to confirm himself in coexistence with several fellows. While Man's political animality fully remains in the natural order as complementary to his family aspect, it is revealed or gradually clarified to him as a result of the consequences of his initiatives for the purpose of confirming his natural essential state of security. Thus it will be clear that the Man's understanding and experience are not always in compliance or become so step by step or by experience. Man's political animality as a cultural nature will mean a nature which is known through education or quite simply which is discovered through experience. The cultural nature of human political animality to account for human security as the final cause of political society will be verified in the community management of conservation (A) which unveils a human undertaking of conformation with natural order (B).

44 CHARRAK André, "Culture", *Grand Dictionnaire de la Philosophie*, op. cit. p. 691.

## A. THE COMMUNITY MANAGEMENT OF CONSERVATION

Since the community management of conservation is evidence of the cultural nature of Man's political animality, it is implemented when individuals understand that consent or agreement is preferable to conflict and that collectivism is preferable to individualism. Thus, in the logic of confirmation of the essential order of human security, political society is known as necessary (1) and the knowledge of the order of natural means which can lead to this finality follows. Even if its form is not circumstantially accomplished, Man's rationality at work allows him to get closer to it (2).

### *1. Necessity Of An Agreement*

The necessity of an agreement is the understanding to which a group of individuals subject to cohabitation by nature and who find themselves around something of common interest necessary for conservation. So agreement is the determinant of political society. Let's try to understand its logic.

Agreement is a manifestation of the will to behave in a certain way. It is a manifestation of freedom that has to be understood as one of the human natural attributes. Freedom therefore comes under natural law and is rightly at the centre of the myths of the state of nature. Given that each human is a liberty, it is therefore unnatural for anyone to be subject to others because that would imply opposing to him an intolerable lack of self-determination. Since freedom is part of the natural order, it cannot be harmful because it is only in this order that it participates in human security. Thus, it must be differentiated from license. By license we mean the possibility for a person to act in all directions, according to his whims, without his actions being subject to control. In fact, licentious behavior involves disorder or chaos, since its actor can behave without restrictions, so he is able to harm others or himself. However, causing harm to others or to himself possibly implies a painful consequence for the actor because it is probable that, because of the pain abusively caused to others, the latter takes revenge, or because of the pain he inflicts on himself, he necessarily feels pain or even faces death. Liberty, on the contrary, implies an order of behavior which is measured, thought, rational, reasonable in the sense that the actor behaves with a view to the positive consequences of his action for himself. Free behavior can therefore never, in itself, have harmful consequences for who sustains it, because he would respect, as the case may be, himself and/or others. Licentious behavior is therefore in itself evidence of an absence of order.

The myths of state of nature emphasize that Man would sustain a false understanding of freedom when he would believe that he is allowed everything in the necessity of his conservation. But instead of benefiting from that, he rather loses and consequently he gradually comes to be aware that freedom means to behave in a way that does not harm himself or others. This way consists in agreeing with his fellows on a union aiming the conservation of each one. This agreement is understood precisely in terms of "social contract". The formulation of this one corresponds to the concept of liberty in the state of nature.

According to Hobbes, the state of society consists in this political form where all individuals concede their full powers in the hands of a single person or an assembly, ensuring security for all. Now with



the whole force and monopoly of its exercise, this individual or this assembly has all guarantees to be feared and to establish order and therefore a climate where everyone can pursue his own conservation safely.<sup>45</sup> According to Locke, however, the individual, being naturally free, the social configuration he envisions is one that confirms this nature of Man. Thus, transition to society involves a contract among all individuals to create this entity which will ensure the security of everyone in his natural freedom to preserve himself. And the authority in charge of the power conferred by the social contract is responsible for its government before all individuals who can thus revoke him because they would have kept this freedom to do so.<sup>46</sup> This is what fundamentally makes the difference with Hobbes because individuals, by fully conceding their freedoms to one, it is clear that they do no longer have the possibility of removing him unless he becomes logically irresponsible towards his fellow counterparts. He is accountable only to himself.<sup>47</sup> This way of conceiving political society would ultimately suggest that freedom is the most harmful element for all parties and therefore the solution is only found in renunciation. The conservation of the being thus require, according to Hobbes, renouncing to freedom that founds the State. Now according to Locke freedom is the most characteristic good of Man and it is only because he can be threatened in an irrational way in the logic of confirmation of his being in the state of nature that political society is agreed. The conservation of the being cannot then be possible through the renunciation of freedom but through its conservation because it remains the only bulwark against the governors who would decide not to respect the social contract.

It is also relevant to mention that the social contract as understood by Rousseau is very edifying on how to organize relationships between naturally free individuals while confirming this natural attribute.<sup>48</sup>

45 RUSSELL, op. cit. p. 555.

46 RUSSELL B., op. cit. pp. 629-633.

47 HOBBS, op. cit., p. 132.

48 Before elaborating it, he begins by assuming that “*men to have reached the point at which the obstacles in the way of their preservation in the state of nature show their power of resistance to be greater than the resources at the disposal of each individual for his maintenance in that state. That primitive condition can then subsist no longer; and the human race would perish unless it changed its manner of existence*” Then he continues by saying “*but, as men cannot engender new forces, but only unite and direct existing ones, they have no other means of preserving themselves than the formation, by aggregation, of a sum of forces great enough to overcome the resistance. These they have to bring into play by means of a single motive power, and cause to act in concert. This sum of forces can arise only where several persons come together: but, as the force and liberty of each man are the chief instruments of his self-preservation, how can he pledge them without harming his own interests, and neglecting the care he owes to himself? This difficulty, in its bearing on my present subject, may be stated in the following terms: “The problem is to find a form of association which will defend and protect with the whole common force the person and goods of each associate, and in which each, while uniting himself with all, may still obey himself alone, and remain as free as before.” This is the fundamental problem of which the Social Contract provides the solution. The clauses of this contract are so determined by the nature of the act that the slightest modification would make them vain and ineffective; so that, although they have perhaps never been formally set forth, they are everywhere the same and everywhere tacitly admitted and recognised, until, on the violation of the social compact, each regains his original rights and resumes his natural liberty, while losing the conventional liberty in favour of which he renounced it. These clauses, properly understood, may be reduced to one the total alienation of each associate, together with all his rights, to the whole community; for, in the first place, as each gives himself absolutely, the conditions are the same for all; and, this being so, no one has any interest in making them burdensome to others. Moreover, the alienation being without reserve, the union is as perfect as it can be, and no associate has anything more to demand: for, if the individuals retained certain rights, as there would be no common superior to decide between them and the public, each, being on one point his own judge, would ask to be so on all; the state*

Although our three authors conceive the form of agreement differently, representing the social contract or political society, they all recognize nevertheless that it is a necessity. It is only in this way that a set of individuals who must preserve themselves according to the essential order of their nature can achieve this finality. However, in our view, this necessity is related to the natural order which is already real and which has only to be discovered and known by Man. Thus, the best formulation of political society can only be discovered or known as a result of its consequences for human security. So Man's political animality is a cultural nature. "*Hence this obvious conclusion, that State is a fact of nature, that naturally Man is a sociable being*"<sup>49</sup>. Aristotle further justifies this in these terms: "*If man is infinitely more sociable than bees and all the other animals which live in a herd, it is obviously, as I have often said, that nature does nothing in vain. However, it gives voice to man exclusively. Voice can express joy and pain; also it is not lacking in other animals, because their organization goes so far as to feel these two affections and to communicate them. But speech is made to express good and evil, and therefore also the just and the unjust; and Man has this special thing, among all animals, that he alone sees good and evil, the just and the unjust, and all feelings of the same order, which by being associated constitute precisely family and State*"<sup>50</sup>. It is then impossible for Man to conserve himself outside the natural order of means that political society embodies because in himself alone he can exercise the rational component of his nature to discover it through exchange with other citizens on the just and the unjust. That said, resources of nature are very much involved in this exercise of human rationality.

## 2. Resources As A Condition Exercise Of Human Rationality

It is necessary to recall the immense participation of resources in the exercise of the rational component of human nature in the discovery of the natural order of means necessary for the confirmation of the human essential order of human security, in coexistence with a multitude of other human beings. Indeed, these resources as we have seen, are useful to conserving the physical nature of Man and we postulate that they condition the cultural nature of man's political animality.

---

*of nature would thus continue, and the association would necessarily become inoperative or tyrannical. Finally, each man, in giving himself to all, gives himself to nobody; and as there is no associate over whom he does not acquire the same right as he yields others over himself, he gains an equivalent for everything he loses, and an increase of force for the preservation of what he has. If then we discard from the social compact what is not of its essence, we shall find that it reduces itself to the following terms: "Each of us puts his person and all his power in common under the supreme direction of the general will, and, in our corporate capacity, we receive each member as an indivisible part of the whole." At once, in place of the individual personality of each contracting party, this act of association creates a moral and collective body, composed of as many members as the assembly contains votes, and receiving from this act its unity, its common identity, its life and its will. This public person, so formed by the union of all other persons formerly took the name of city, and now takes that of Republic or body politic; it is called by its members State when passive. Sovereign when active, and Power when compared with others like itself. Those who are associated in it take collectively the name of people, and severally are called citizens, as sharing in the sovereign power, and subjects, as being under the laws of the State. But these terms are often confused and taken one for another: it is enough to know how to distinguish them when they are being used with precision"* ROUSSEAU Jean-Jacques, **Du contrat social ou Principes du droit politique**, 1762, Document produit en version numérique par TREMBLAY Jean-Marie, Les classiques des sciences sociales, Paris, 1963, p. 17.

49 SAINT-HILAIRE, op. cit. Book I, I. 8.

50 Ibid. Book I, I. 9.

Reading the myths of the state of nature developed by Hobbes and Locke, one must note the central place that takes resources of nature in the individual conservation undertaking, although they do not say it clearly. However if Hobbes does not make enough mention of goods necessary for conservation as noticed from the logic of his developments, Locke on his part makes clear mention of them as invaluable for conservation.

According to Hobbes *“From this equality of ability arises equality of hope in the attaining of our ends. And therefore if any two men desire the same thing, which nevertheless they cannot both enjoy, they become enemies; and in the way to their end (which is principally their own conservation, and sometimes their delectation only) endeavour to destroy or subdue one another. And from hence it comes to pass that where an invader has no more to fear than another man’s single power, if one plant, sow, build, or possess a convenient seat, others may probably be expected to come prepared with forces united to dispossess and deprive him, not only of the fruit of his labour, but also of his life or liberty. And the invader again is in the like danger of another.”*<sup>51</sup> For his part, Locke extensively discusses ownership of things whose origin he immediately clarifies: *“Whether we consider natural reason, which tells us that men, being once born, have a right to their preservation, and consequently to meat and drink and such other things as Nature affords for their subsistence (...) The earth and all that is therein is given to men for the support and comfort of their being. And though all the fruits it naturally produces, and beasts it feeds, belong to mankind in common, as they are produced by the spontaneous hand of Nature, and nobody has originally a private dominion exclusive of the rest of mankind in any of them, as they are thus in their natural state, yet being given for the use of men, there must of necessity be a means to appropriate them some way or other before they can be of any use, or at all beneficial, to any particular men. The fruit or venison which nourishes the wild Indian, who knows no enclosure, and is still a tenant in common, must be his, and so his i.e., a part of him, that another can no longer have any right to it before it can do him any good for the support of his life.”*<sup>52</sup>

Hobbes and Locke make the conservation of man the primary objective of human nature and resources or assets are the necessary elements for this purpose. With regard to the state of Hobbesian nature, it is not very illogical to assume that it is these goods for conservation which are the real stake that leads to the state of war, each seeking to secure an advantage. If these goods are enough or sufficient for all, what could well be the source of conflict if all are inclined to conserve themselves? That importance of goods in the Hobbesian myth justifies the fact that *“In such condition there is no place for industry, because the fruit thereof is uncertain: and consequently no culture of the earth; no navigation, nor use of the commodities that may be imported by sea; no commodious building; no instruments of moving and removing such things as require much force ...”*<sup>53</sup> As means of conservation, goods would therefore be so coveted that in the end their production becomes almost impossible, since the owner is not certain to enjoy them. As far as Lockean state of nature is concerned, the equitable use of natural resources for the just need of conservation and the peaceful personal enjoyment of property are not always guaranteed, although human beings are rational. *“If man in the state of Nature be so free as has been*

51 HOBBS, op. cit. Première partie: De L’Homme; Chapitres I à XVI, p. 107.

52 LOCKE, op. cit. pp. 34-35.

53 HOBBS, op. cit. p. 108.

said, if he be absolute lord of his own person and possessions, equal to the greatest and subject to nobody, why will he part with his freedom, this empire, and subject himself to the dominion and control of any other power? To which it is obvious to answer, that though in the state of Nature he hath such a right, yet the enjoyment of it is very uncertain and constantly exposed to the invasion of others; for all being kings as much as he, every man his equal, and the greater part no strict observers of equity and justice, the enjoyment of the property he has in this state is very unsafe, very insecure. This makes him willing to quit this condition which, however free, is full of fears and continual dangers; and it is not without reason that he seeks out and is willing to join in society with others who are already united, or have a mind to unite for the mutual preservation of their lives, liberties and estates, which I call by the general name-property.”<sup>54</sup>

If goods for conservation take in the state of nature, a less obvious place in the theory of Hobbes and more evident in the theory of Locke, the fate which they receive inside the model of political society proposed in solution to the state of nature is much less problematic in Hobbes than in Locke. Indeed, Hobbes asserts that “*The nutrition of a Commonwealth consists in the plenty and distribution of materials conducing to life ... For the matter of this nutriment consisting in animals, vegetables, and minerals, God hath freely laid them before us, in or near to the face of the earth, so as there needs no more but the labour and industry of receiving them ... The distribution of the materials of this nourishment is the constitution of mine, and thine, and his; that is to say, in one word, propriety; and belonged in all kinds of Commonwealth to the sovereign power. For where there is no Commonwealth, there is, as hath been already shown, a perpetual war of every man against his neighbour; and therefore everything is his that gets it and keeps it by force; which is neither propriety nor community, but uncertainty ... Seeing therefore the introduction of propriety is an effect of Commonwealth, which can do nothing but by the person that represents it, it is the act only of the sovereign; and consists in the laws, which none can make that have not the sovereign power. And this they well knew of old, who called that Nomos (that is to say, distribution), which we call law; and defined justice by distributing to every man his own. In this distribution, the first law is for division of the land itself: wherein the sovereign assigns to every man a portion, according as he, and not according as any subject, or any number of them, shall judge agreeable to equity and the common good.*”<sup>55</sup>

Thus, it is in the political society that Hobbes comes to clearly recognize the inescapable nature of goods in the conservation of individuals and fix the issue of their availability as depending on the discretion of the sovereign. Although this solution is questionable in view of its implications for the confirmation of the law of human security, it is already important to recognize that this issue is crucial to this end.

Locke, for his part, proposes a model of political society which essentially deals with protecting the property of individuals whose enjoyment is threatened in the state of nature: “*The great and chief end, therefore, of men uniting into commonwealths, and putting themselves under government,*

54 LOCKE, op. cit. pp.85-86.

55 HOBBS, op. cit. pp. 72-74.

is the preservation of their property; to which in the state of Nature there are many things wanting”<sup>56</sup>. Locke made of the protection of property a major goal of political society to such an extent that he anticipated and fix the hypothesis of any arbitrary interference of the sovereign in the enjoyment of property, no doubt in reaction to Hobbes. He sees this situation as unacceptable. However, it should rather be noted, in relation to the inescapability of goods for the conservation of individuals, a set of elements which can be considered as missing in this theory.

Indeed, the question of availability of goods necessary for conservation in political society does not really come up in Locke’s political solution. In the state of nature, he deals with the appropriation of goods from nature. Not only should the rationality of principle of human beings lead them to an equitable use of the nature resources and to the respect of the appropriation of each one. Because it is possible for some to appropriate these resources more than what they need for their conservation, thereby harming others, that there is a possibility of unjust or abusive interference in the property of everyone and that is why an agreement is necessary between all individuals, for the purpose of better protection. This situation would either imply that everyone consents to political society by already owning a property which they would continue to enjoy in that frame, or that some do not own anything and nevertheless decide to consent to a political society, or that some have been dispossessed in the state of nature and could not have recovered their rights because the infringer was stronger and would nevertheless consent to political society, or that some having unjustly appropriated more than what was necessary for their own conservation and would consent to an agreement with others under such a title of property. In all these different hypotheses, consent to a political society would start on unequal and surely unjust basis, because it is possible either that it protects those who have behaved badly in the state of nature, or that it offers no alternative of property acquisition, for those who did not appropriate anything in the state of nature, of goods necessary for their conservation in the political society whose purpose is to allow the enjoyment of property in safety and in rest. Consequently, one would have to think either that such a political society would have little chance of surviving, since the non-owners of goods should find some to conserve if the political society does not provide them with anything. It is then possible that in the political society, they adopt behaviors of the state of nature, or that such an agreement of political society is impossible. Now, how would an individual who rationally used the goods of nature in an equitable way by recognizing the rights of others on the same property without appropriating it beyond the simple requirements of conservation consent to transfer his freedom to a society which would not provide him with the goods necessary for its conservation when irrational people have appropriated everything in the state of nature? Political society would then be contradictory to natural rationalism.

From the explanations above, the point that is raised is that political societies should regulate the availability of goods for the benefits of all given that nature has already gifted its goods to human beings for proper conservation. It is only based on these ones that the cultural nature of man’s political animality is confirmed because he gradually discovers that he is, due to the unity of nature, in an order that includes him with all men and the whole nature, for, according to Hobbes, “*This matter, commonly called commodities, is*

56 LOCKE, op. cit. pp.85-86.

*partly native and partly foreign: native, that which is to be had within the territory of the Commonwealth; foreign, that which is imported from without. And because there is no territory under the dominion of one Commonwealth, except it be of very vast extent, that produceth all things needful for the maintenance and motion of the whole body; and few that produce not something more than necessary; the superfluous commodities to be had within become no more superfluous, but supply these wants at home, by importation of that which may be had abroad, either by exchange, or by just war, or by labour: for a man's labour also is a commodity exchangeable for benefit, as well as any other thing: and there have been Commonwealths that, having no more territory than hath served them for habitation, have nevertheless not only maintained, but also increased their power, partly by the labour of trading from one place to another, and partly by selling the manufactures, whereof the materials were brought in from other places.”<sup>57</sup>*

Though insisting on property, Locke also recognizes that “*God, who has given the world to men in common, hath also given them reason to make use of it to the best advantage of life and convenience. The earth and all that is therein is given to men for the support and comfort of their being.*”<sup>58</sup>

These developments lead us to the conclusion that what both authors have called “state of nature” actually refers to a set of irrational behaviors that human beings would adopt in their natural tendency for conservation. Now seeking only to ultimately conserve their nature, under equally natural conditions (multitude of similar human beings, resources of nature) how would the state of nature in itself be a problem to itself? This contradiction is impossible for nature because it is already an order, but it is attributable to man who has not yet understood the order of natural means provided so as to confirm himself under the conditions that this nature has subjected him to; which also proves some of the irrational behaviors that can persist within the agreed political society. Since Man is called upon to preserve goods, these drive human rationality in search of this order of natural means. Once again, we understand that human security is the foundation and the end of political society. And this is further verified through the social experience.

## **B. The Social Experience, A Progressive Undertaking Of Conformation Of Man To His Nature**

The cultural nature of Man's political animality is accounted through the historical process of experimentation through which Man progressively discovers the order of natural means that confirms human security accounting of the order of his nature, within a multitude, using the resources of nature. So he is constantly looking for the best configuration of political society (1), until the order of means conforms to the order of ends (2).

### ***1. The Continuous Search For The Best Formulation Of Political Society***

After learning that conflict is unnatural through its effect of non-conservation, men come to realize that the consent and the agreement for a normalization of their relationships or what we call

<sup>57</sup> HOBBS, op. cit. p. 73.

<sup>58</sup> LOCKE, op. cit. p. 35.

“political society” is pro nature because it allows this confirmation. If this is a good starting point, it is not generally sufficient for the discovery of the order of natural means by which the law of human security is confirmed. Thus men are involved in a perpetual search for the best formulation of political society which can allow them to conserve well. How does his work in order to account for the fact that human security is the final cause of political society?

Starting from the fact that a law of nature is a state of affairs, a state of things, a state of functioning, a reality, then it does not need to be created or realized, since it is already real. For human nature, this reality is reduced to an intrinsic dispositional state which is “security”. Security or state of well-being therefore accounts for the natural human order so that it is not only a question of being a human being, but necessarily of being in security. Thus, this state, due to the rational animate human nature has the vocation to confirm itself, that is to say, to be as it is permanently. This is what is called conservation because, succeeding in this natural tendency, permanence is ensured.

Since nature has prepared or subjected man to confirm the order of his nature with a multitude of fellows also constrained to the same tendency and on the basis of resources which it contains, human security logically becomes the order of relationships that they can sustain between them. If licentious behavior or war or chaos or disorder results in the destruction and not the preservation of any of them, it is therefore unnatural and cannot in reality be considered as part of the order of means which confirms the natural law, which rather includes liberty, consent, agreement, organization embodied or signified in political society. Human security is therefore the final cause of political society, in that it constitutes its foundation and its finality.

Human security being the final cause for a group of individuals subjected to the same condition by nature, it is obvious that political society is part of the order of means that this nature necessarily foresee and whose exact formulation they are called to discover progressively. The Social experience to which we refer in this context is the process by which Man, for the purposes of its conservation, formulates organizational initiatives and face the resulting consequences. Reason then commands him to be aware of the order of natural means which is unveiled through initiatives resulting to positive consequences on conservation and which is knows not including those leading to negative consequences. Initiatives with positive consequences should then be capitalized and those with negative consequences should be either rejected or improved.

It is still necessary to ask ourselves what criterion is supposed to inform that a certain organization is a component of the order of natural means necessary to confirm the natural human order of human security.

Political society is made up in theory of all the individuals who have consented to be part of it. It is essentially the product or the sum of the agreements of individuals who constituted themselves so for the purposes of their conservation. They therefore all expect the same consequence: security. It is therefore clear that no political society which does not succeed, on the basis of its form, in meeting the natural conservation need of all the individuals who make it up would be failing. It is not even a question of confining oneself to the satisfaction of the majority because it is by individual agreement

that individuals recognize themselves as members of a political society and therefore, if some of them do not obtain satisfaction as the expected reason for which they have given their agreement, it is clear that society is failing. Satisfaction of human security is a collective affair because it concerns all individuals in the same way. It is because each individual human security is the finality that collective human security has meaning. And it is in the expectation of everyone's security that political society exists. If it does not succeed, then it would present itself as not having fulfilled its objective. This is the meaning of the contractualist philosophy. All should be considered as equal contracting partners on a natural state to be conserved. If only one is not, there is a failure of the political society's formulation.

What could we expect from the lack of conservation of some? The displeasure of some individuals due to a lack of conservation would be an obvious consequence and one must think that they would have the choice between two alternatives: either to resign in front of the majority, or to defend their rights to be satisfied like everyone else. Resignation in such a situation would appear to be unnatural because it would result in accepting an insecurity which is naturally unacceptable. Only the defense of the right to conservation would be natural. It is therefore clear that individuals would hold the political society accountable and if necessary they would question the usefulness of continuing to respect their agreement. They may then seek to satisfy themselves outside of the order that political society constitutes. If the latter, in its current state of configuration, aims to embody order within a territory, it is therefore exclusive of any other order within its sphere of sovereignty. Thus, dissatisfied individuals should either continue to obey the order they would have consented without however receiving the conservation expected result, or leave. However, they can only settle in another place if that one is either without a master or not subject to an agreement under a political society. But if that is the case, they should be welcomed and authorized to stay by the members of such a society, therefore allowing them to conserve themselves with them even though they would not have from origin consented to that society. This would be a benevolence with a precarious status because it is possible that this benevolence is not or no longer granted and that dissatisfied individuals in their society are pushed to leave. So in situations where benevolence is refused and there are no more territories without masters, it is clear that the only option that would remain for individuals whose conservation is not satisfied in their societies is to return or simply stay and defend their rights to be satisfied like all other contracting member.

So a question is important: Is the situation of these disadvantaged individuals just a matter for themselves or their situation is a matter for all individual members of the political society?

Political society is, in an essentialist point of view, the sum of individual agreements, it represents an inter-individual agreement for a precise purpose which is the conservation of each. Because it is a matter of conservation of each individual that conservation of all matters. Political society therefore has an obligation of result because of its foundation and its finality: the law of security of each individual human nature that makes it up. It is therefore clear that if this order does not lead to confirmation of this natural intrinsic state, even of one, it is flawed in its formulation and must be reviewed. The satisfaction of the majority is therefore not the criterion of the viability of a political order, because that way, it testifies to its failure, in its current formulation, for it has not yet



succeeded in reaching the level it can satisfy the agreement's expected counterpart of each member and therefore of all. The dissatisfied members must therefore draw other members' attention on this failure and require that the current formulation of the political society agreement be reviewed in the hope that each one can effectively see the counterpart of his consent satisfied. If the other consenters refuse due to their satisfaction in the present state of order and to the detriment of some, it is clear that they would enjoy the implementation of the unfair agreement. They would therefore forget that the political society on the basis of which they are satisfied is the sum of inter-individual agreements and therefore that this in fact is a meta-synallagmatic contract since each individual would have consented to each other for his own conservation and the conservation of each other. If only one then fails to be satisfied, each of the contracting parties is defaulting towards him. Then it must be concluded that it is everyone's problem if only one of them is not satisfied in its conservation. And since it is the matter of each one, so it is the matter of all. For those who would have been satisfied would have benefited from the execution by each of the members of its obligation towards him including by the dissatisfied one, without this one in return benefiting from the same counterpart of the execution of obligation of and by every other member. Thus in a political society, all are responsible for the conservation of all, which means that each member is responsible for the conservation of each member. The dissatisfaction of one means that each member has not fulfilled his obligation. Could each of them do it? If everyone was satisfied with the performance of the dissatisfied member's obligation, this means that everyone could also fulfill their obligation to him. Thus it appears that it is each of them who failed. But since it is not a question of the political society or organization in itself but that of its current formulation which result in negative consequences for some, it is clear that it must be revised. It is this current formulation or the form that the agreement is currently taking which accounts for the failure of each member. Therefore it is necessary to change that formulation or that form in the hope that by the new one or in the correction of the old one, each other member be no longer considered to be defaulting towards the dissatisfied one.

In the hypothesis that the current form of the failing organization is not reviewed by all, each of the beneficiaries being content to rejoice, they would take pleasure in benefiting from the execution of the dissatisfied member's obligation without doing the same to him by executing his own obligation. It would be a flagrant injustice and the dissatisfied member can decide to withdraw his agreement which binds him to others and take care of his own conservation. If he recalls the foundation of political society and recognizes that the licentious behavior for the purpose of confirmation leads to negative consequences, he would have no other alternatives than withdrawing his agreement from such an organization. So this withdrawal of agreement would imply that he is no longer linked to anyone and that he vows to his own conservation through the means at his disposal. To this end, if the dissatisfied member behaves as a rational being by not using violence to acquire the means necessary to his conservation, he would withdraw also his properties from the framework of the agreement, in case he saved any, in the Lockean hypothesis of contractualism, to deal only with his own situation. But if he did not save anything, in both the Hobbesian and Lockean hypotheses, then even the withdrawal of his agreement would undoubtedly harm him, because this withdrawal would not imply an alternative for his conservation. Thus withdrawing or not, his agreement will

be worth the same thing because none of the alternatives would ipso facto assure him the means of conservation. But withdrawing his agreement would be more advantageous in that it would mean the return to an ultimate alternative of conservation: the licentious behavior. If he decides not to use it, he condemns himself to insecurity which would lead him to extinction. But as we have seen, insecurity, extinction being unnatural, the licentious behavior involving the use of all means in his possession, including force, cunning means, becomes a necessity for him. The question that arises in this hypothesis relates to the legitimacy of such a behavior.

It must be assumed that such a behavior would be an unwanted consequence by the dissatisfied member. All he is looking for objectively is his conservation in the same way as the others. But each of them not having fulfilled their obligation towards him, whereas he would have done it for each of them especially when they take delight in such an unfortunate situation, it must be thought that the licentious behavior in reaction to this unjust attitude, although it is a behavior of the state of nature in the sense of Hobbes and Locke, would in fact be reinstated by each member of the political society when he would have defaulted in his obligation towards the conservation of the dissatisfied member while each of them would have benefited from him. Since society is less an abstract entity than a sum of individuals acting in concert, non-compliance with the inter-individual agreement that it constitutes is in itself an indicator of a return to the state of nature in the sense of both authors. Thus the complacency in this state by each of the satisfied members without wanting to revise or correct it in a sense where it brings positive consequences for each and therefore for all, that would be the sign of a licentious behavior to the detriment of the dissatisfied member whose own would be but a reaction. Such an attitude is necessary so that each of the satisfied members be aware of the consequences of their complacency. By the licentious behavior of the dissatisfied member, it is thus possible that the property of each member of the political society be no longer guaranteed, for, the dissatisfied member not having means of preservation, he would target the means of the others. In this hypothesis everything is possible, because he uses force against any obstacle that would represent owners. In another hypothesis where the satisfied members in synergy on the basis of their satisfaction with the current form of the agreement would decide to eliminate the threat that would represent the dissatisfied member, in order to live peacefully within the framework of the agreement, their strength may be greater and they may reach their goal. But the question that would arise is whether the disappearance of the dissatisfied member would guarantee that no other member currently satisfied finds himself in the position of the dissatisfied one in the future. And if this is the case, would other members not react in the same way that they would have reacted towards the first dissatisfied member? So what would be left of the agreement that represent the political society? If the problems of such a society happen to disappear with the first dissatisfied member without any other member facing the same situation in the future, then this would be the ideal for each of the current satisfied members. But what happens to the first dissatisfied member is the indicator that this could have happened to everyone else on the basis of origin equality between the contracting parties. And therefore it is wrong that they would not recognize themselves *in* the person of the dissatisfied party, considering in addition that it is from them that the failure of the system would arise by not fulfilling their part of obligation towards him. It is therefore in a delusion that each member of the

political agreement would find himself, if he does not come to recognize the state of nature he would have restored and within which he would think he would forever ensure security for himself. Since the state of nature according to the authors is not a guarantee of security, it would be possible that in the future everyone find himself in the position of the first dissatisfied party and experience the same fate as him. In the long run, how far would such a behavior lead? Inevitably the disappearance of all and that would ultimately entail that to nobody achieve the permanence demanded by the law of human nature. Such a conclusion would be truly extreme in that if the ultimate consequence of the loss of all is not envisaged in the treatment of the case of the dissatisfied member, it is possible that other members will become aware of it as other dissatisfied members would disappear and put themselves in the place of each of these ones, which would mean that they would see themselves as a satisfied today and a disappeared tomorrow. Then they would come to understand that the problem is not in the dissatisfied member but in the form of the organization. They will be educated that the current form of the organization is not the one that results in the conservation and therefore the confirmation of the natural law of human security for all because it rather gradually leads to the insecurity for everyone. They would therefore decide to focus on other forms the organization in a way that capitalizes on the causes and consequences of first errors and which aims to correct them. Thus this would testify that they would not yet have understood that when political society fails to satisfy the confirmation of the law of human security for one, all are in danger of this fact and that the result is not in the elimination of the dissatisfied member who could have been anybody, but in the revision of the form of the organization or formulation which remains the vector of the licentious behavior they would have been part of. But in fact, the licentious behavior is unnatural since it is the opposite of freedom, which involves behaving in a way that is not harmful to oneself and to others. Since it is possible that a licentious behavior be surreptitious due to the formulation of the agreement, the latter must therefore be considered as not corresponding to the natural order of means confirming the natural law of human security.

At this conclusion, members of the political society would testify that they are involved in a logic of discovery of the order of natural means that better confirm the essential order of their nature. By making use of their reason, they would be aware of the cultural nature of their political animality. What the authors have therefore called the state of nature still only refers to the licentious and irrational behavior that is likely to surreptitiously interfere within political society. This is verified in that this state, in the sense of Hobbes and Locke, was never a historical reality but rather took or takes in fact the form of a disorder alongside the *state of real nature* which is the real and constant natural order. Its force is known as well in the small substance that it can be the object in the family framework (nuclear or large) such as developed by Aristotle accounting for the natural nature of the Man's political animality, or in the higher substance that it can be the object or is called to be the object within the framework of the social experience accounting for the cultural nature of the Man's political animality in the sense of Hobbes and Locke. He would not stop until he is fully educated on the whole substance of the real order of natural means through which he confirms himself, in cohabitation with other men on the basis of the resources of this nature.

## **2. The End Of Experience: the Discovery of Tthe Order of Natural Means of Confirmation of the Essential Order of Human Security**

The cultural nature of Man's political animality is noticed through the historical experiential process of education for the discovery of the order of natural means aimed at confirming the human natural order of human security in a natural context of cohabitation with fellow human beings and depending on the resources of nature. Nature, being an order in itself, is therefore a process of conformation to it. We have seen that human security, as the final cause of political society is a natural nature and thus education through history or experience leads to a conformation of the cultural nature to the natural nature, that is to say the situation in which the natural order and human experience are in phase. This situation is characterized by the understanding of the harmony within the natural order embodied by human security in its finalized and finalitarian components. In this framework it is about the discovery of the best for or formulation of the social order by which each human being who consents to it permanently conserves himself. Such a situation would be the end of the social experience, because it implies that the educational process would be completed when men would discover the right and sustainable formula. Since they are involved in the historical process of experimentation to discover the order of natural means, it cannot be extended when it is grasped. Thus the historical process of experimentation would lead to a state of perpetual peace.

The cultural nature of human political animality is therefore bound to continue until it comes to the discovery of the political order naturally provided for the conservation of each of its members. A question deserves to be asked in this context: is the achievement of such a result a certainty in the future?

Security being the intrinsic dispositional state of human nature, and since it is thus essential, it is a real state. Being the foundation and finality of all human action for the purposes of conservation or permanence, it constitutes the order of human nature. In this logic, its permanent confirmation in what it is, is possible only in the order of means already foreseen by nature which has subjected men to cohabit and to depend on its resources. Since this order exists and is to be discovered, it is therefore knowable. So it should be thought that this knowledge is a reality in the world of men. In any case, it is a matter of knowing that as long as man has not come to know this order, he would find himself in a situation which is not very advantageous for its conservation and therefore that the process of experimentation is called to go on. One author thought that "*History has been called, not without reason, an eternal restart. The accidental varies, the content (essence) – the substance, would say philosophers – escapes change. This content (essence) is first of all the human being, always similar to himself, through his faculties, his basic needs, his indestructible tendencies: the stable part of his nature, accentuated by heredity, education, the spirit of imitation and habit, is the principal one. All past generations have pursued happiness and pleasure and shunned suffering, worked and played, laughed and cried, loved and hated, invented and imitated, commanded and obeyed, as ours and future generations will be like the previous ones. The spirit of man, on the other hand, cannot shirk the immutable principles of metaphysics, logic, law and morals, the laws of nature.*"<sup>59</sup> This excerpt confirms

59 VLIETINCK Edward, "La philosophie de l'histoire", in *Revue néo-scholastique de philosophie*, 25<sup>e</sup> année, n. 97, 1923, pp. 85-95; [https://www.persee.fr/doc/phlou\\_0776-555x\\_1923\\_num\\_25\\_97\\_2334](https://www.persee.fr/doc/phlou_0776-555x_1923_num_25_97_2334) (01.04.2021).

our remarks according to which human nature is subject to a requirement of confirmation which is related to happiness or simply security. The idea of eternal restart marks the reality of necessary permanence of this state which must be so confirmed. Since the human being cannot escape the laws of nature, he is simply compelled to seek the best means by which he would confirm them. So it is clear that individuals cannot stop in this process until they have discovered this order of means.

However, before it is discovered, knowledge of the order of human security can allow us to envisage the potential of a form or formulation of a political order to correspond to the order of natural means through a prospective analysis of its results. That said, this form should materialize to assess its real results.

## CONCLUSION

We undertook to verify human security, as the final cause of political society. It was precisely a question of verifying that human security is the foundation and the finality of political society. This was done through the premise of the Man's political animality. This has been legitimized by three natural realities: the need for individual conservation, the multitude of human beings, and the dependence on natural resources. These natural demands mean that the political animality of man is a natural nature and a cultural nature. The Natural nature refers to the adequacy between the substance of the order of human security in itself and the experience of man. The substance of the order in itself means that the order is already a reality, a state of affairs, a state of functioning that must be confirmed the way it is and no longer to be realized. Human experience conforms to this through the natural institution of family, that is to say, man and woman, who, naturally inclined to get closer for the needs of reproduction, make children. Family is not the result of some kind of experiential process but is lived naturally. This institution gives an account of the unity of its members for the purpose of jointly pursuing their conservation or simply the confirmation of the essential order of their nature which is human security. Thus by Family, the Aristotelian postulate of the human political animality is confirmed as a natural nature. But that is not enough because Man does not always master the order of natural means by which he is called to preserve himself according to the three natural requirements declined. He discovers them by learning, what confirms the cultural nature of his political animality. By this nature, man discovers or educates himself through an experimentation process of the best natural form or formulation of organization by which he conserves himself harmoniously with his fellows. Under the foundation and in pursuit of the confirmation purpose of his natural order of security, he progressively understands that the relations with his fellow men are formalized in a framework larger than the natural family and in a way which necessarily includes each individual subject to the same natural tendency. Thus, from an essentialist point of view, political society presents itself as this agreement, this understanding, this organization, this order whose adequate substance is assessed through the practical consequences of its formulations. Thus, when only one of the contracting parties fails to find his account in the form of the agreement, it is clear that it must be improved because each one, being subject to the same natural imperative, there is a natural formulation of this order by which everyone finds an

advantageous possibility of conservation. As long as man has not reached it, he will remain subject to the historical process of experimentation. Ultimately, it will be a process of conformation of the finalized and finalitarian orders embodied by human security or else an elevation of the cultural nature of the human political animality to the level of the natural nature of this political animality, in order to confirm the adequacy between the essential order of human security in itself and the Man's life.

## REFERENCES

- ABEL Donald, **Theories of human nature: Classical and contemporary readings**, McgrawHill, New York, 1992.
- ACHARYA Amitav, "Human Security: East versus West", **International Journal**, vol. 56, n. 3, 2001, pp. 442-460.
- ALFORD Fred, **Narrative, Nature, and the Natural Law. From Aquinas to International Human Rights**, Palgrave Macmillan, New York, 2010.
- ATKINS Philip, "Essential vs. Accidental Properties", **Stanford Encyclopedia of Philosophy**, First published Tuesday April 29, 2008; substantive revision Monday April 18, 2016, <https://plato.stanford.edu/entries/essential-accidental> (26.03.2021).
- AXWORTHY Lloyd, "Human Security and Global Governance: Putting People First", **Global Governance**, vol. 22, 1, 2001.
- BARTH Hans, **The Idea of Order, Contributions to a Philosophy of Politics**, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht-Holland, 1960.
- BAUER Sébastien, GERBIER Laurent, "Famille", in CNRS (éd.), **Grand Dictionnaire de la Philosophie**, Larousse, Paris, 2003, pp. 1236-1237.
- CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE (CNRTL), **Dictionnaire sur PC Ortolang du Centre National de la Recherche Scientifique**, comprenant les dictionnaires de l'Académie française jusqu'à la 9ème édition, <http://www.cnrtl.fr> (31.03.2021).
- CHARRAK André, "Culture", **Grand Dictionnaire de la Philosophie**, Larousse, Paris, 2003, p. 691.
- CHENET François Xavier, "KANT, Philosophie pratique, Métaphysique des mœurs, Critique de la raison pratique", **Philopsis**, éditions numériques, 2008, <http://www.philopsis.fr> (26.03.2021).
- CICERON, **La république**, 1er siècle av. J.C., Livre III, § 33, trad. BRÉGUET Esther, Gallimard, 1994
- COMMISSION ON HUMAN SECURITY, **Human Security Now: Final Report**, New York, Commission on Human Security, 2003.
- COURNARI Laurent, "Aristote, Commentaire du livre IV des Politiques", **Philopsis**, éditions numérique, <http://www.philopsis.fr> (31.03.2021).
- DELEUZE Gilles, GUATTARI Felix, **L'anti-Œdipe**, Minuit, Paris, 1972.
- ELLIS Brian, **The Philosophy of Nature, A Guide to the New Essentialism**, Acumen Publishing Limited, Chesham, 2002.
- ESTRADA-TANCK Elena Dorothy, **Human Security and Human Rights under International Law: Crossroads and Possibilities**, European University Institute, 2010, <http://www.operationspaix.net/DATA/DOCUMENT> (26.03.2021).
- FINNIS John, "Natural law Theories", **The Stanford Encyclopedia**, Metaphysics Research Lab, Stanford University, <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/natural-law-theories/> (31.03.2021).

- FRIEDRICH Carl Joachim (Ed.), **The Philosophy of Kant: Moral and Political Writings**, New York, The Modern Library, 1949.
- FUKUDA-PARR Sakiko, MESSINEO Carol, **Human Security: A critical review of the literature**, Centre for Research on Peace and Development, Working Paper n. 11, KU Leuven, January, 2012.
- HOBBS Thomas, **Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile**, 1651, traduit de l'anglais par FOLLIOT Philippe à partir de HOBBS Thomas of Malmesbury, **Leviathan or the Matter, Forme and Power of A Commonwealth Ecclesiastical and civil**, London, Printed for Andrew Crooke, 1651, Chicoutimi, Québec, janvier 2004.
- HUMAN SECURITY NETWORK, <http://www.humansecuritynetwork.org/network-f.php> (26.03.2021)
- KANT Immanuel, **The Doctrine of Virtue**, trans. of GREGOR Mary, New York, Harper Torchbooks, 1964.
- KHONG Yuen Foong, "Human Security: A Shotgun Approach to Alleviating Human Misery?", **Global Governance**, vol. 7, 3 July-September 2001, pp. 231-236.
- LEANING Jennifer, ARIE Sam, **Human Security: A Framework for Assessment in Conflict and Transition**, Prepared for US AID, Tulane Complex Emergency Response and Transition Initiative (CERTI), Tulane University. December 2000.
- LEVI-STRAUSS Claude, **Les structures élémentaires de la parenté**, PUF, Paris, 1949.
- LIOTTA Peter Hearn, OWEN Taylor, "Why Human Security?" in **The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations**, vol 7, 1, Winter/Spring 2006, pp. 37-54.
- LOCKE John, **Traité du gouvernement civil**, 1690, trad. française de MAZEL David, 1795 à partir de la 5<sup>ème</sup> édition de Londres publiée en 1728, Chicoutimi, Québec, 2002.
- NATIONS UNIES ASSEMBLEE GENERALE, **Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 10 septembre 2012** [sans renvoi à une grande commission A/66/L.55/Rev.1 et Add.1] A/RES/66/290 66/290, Suite donnée au paragraphe 143 sur la sécurité humaine du Document final du Sommet mondial de 2005, 25 octobre 2012
- NEF Jorge, "Human Security, Mutual Vulnerability and Sustainable Development: A Critical View", **The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations**, vol. 7, n. 1, Winter-Spring 2006, pp. 55-73.
- NIETZSCHE Friedrich, **La volonté de puissance**, 2 tomes, Gallimard, Paris, 1995.
- OURLIAC Paul, GAZZANIGA Jean-Louis, **Histoire du droit privé français**, II, 4, Albin Michel, Paris, 1985.
- OWEN Taylor, "Human security. Conflict and Consensus: Colloquium Remarks and Proposal for a Threshold-Based definition", **Security Dialogue**, vol. 35, n. 3, September 2004, pp. 373-387.
- PROGRAMMEDES NATIONS UNIES POUR LE DEVELOPPEMENT, **Rapport mondial sur le développement humain**, Paris, Economica, 1994
- RIMBOUX Elsa, "Politique", **Grand Dictionnaire de la Philosophie**, Edition numérique, Larousse, Bibliothèque Nationale de France, pour la bibliothèque numérique Gallica, 2003, pp. 2397-2399.
- ROBERTSON David, **The Routledge Dictionary of Politics**, 3rd Ed., Taylor and Francis Group, Routledge USA and Canada, New Fetter Lane, London, New York, 2004.
- ROUSSEAU Jean-Jacques, **Du contrat social ou Principes du droit politique**, 1762, Document produit en version numérique par TREMBLAY Jean-Marie, Les classiques des sciences sociales, Paris, 1963.
- RUSSELL Bertrand, **A History of Western Philosophy and its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day**, Simon and Schuster, New York, 1945.

- SAINT-HILAIRE Jules Barthelemy, **La Politique d'Aristote**, Traduite en Français d'après le Texte Collationné sur Les Manuscrits et les Éditions Principales, Troisième Édition, Revue et Corrigée, Paris, Librairie Philosophique de Ladrance, 1874.
- SCRUTON Roger, "Politics", **The Palgrave Macmillan Dictionary of Political Thought**, 3rd edition, Palgrave Macmillan, New York, 2007.
- TANZELLA-NITTI Giuseppe, "The Aristotelian-Thomistic Concept of Nature and the Contemporary Debate on the Meaning of Natural Laws", **Acta Philosophica**, n. 6, 1997.
- TRICAUD François, "Hobbes et Locke: convergences et divergences", in: XVII-XVIII. **Bulletin de la société d'études anglo-américaines, des XVIIe et XVIIIe siècle**, n. 25, 1987, [http://www.persee.fr/doc/xvii\\_0291-3798\\_1987\\_num\\_25\\_1\\_1120](http://www.persee.fr/doc/xvii_0291-3798_1987_num_25_1_1120) (01.04.2021).
- UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, **Resolution adopted by the General Assembly on 10 September 2012** [without reference to a Main Committee (A/66/L.55/Rev.1 and Add.1)], Follow-up to paragraph 143 on human security of the 2005 World Summit Outcome, A/RES/66/290 66/290, 25 October 2012
- VLIETINCK Edward, "La philosophie de l'histoire", in **Revue néo-scholastique de philosophie**, 25<sup>e</sup> année, n. 97, 1923, pp. 85-95; [https://www.persee.fr/doc/phlou\\_0776-555x\\_1923\\_num\\_25\\_97\\_2334](https://www.persee.fr/doc/phlou_0776-555x_1923_num_25_97_2334) (01.04.2021).



## Ekonomik Suçluluk Bağlamında Şirket veya Kooperatifler Hakkında Yanlış Bilgi – Verme – Suçu (TCK m.164)

### The Crime of Giving False Information About Company or Cooperatives in Context of Economic Criminality (Turkish Criminal Code Art.164)

Can Canpolat \* 

#### ÖZ

Şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi – verme – suçu, Türk Ceza Kanunu'nda (TCK), malvarlığına karşı işlenen suçlar içerisinde düzenlenmiştir (m.164). Ancak yapısı itibarıyla bu suç tipinin, bireylerin malvarlığı değerlerinin korunmasından ziyade, kamu düzeninin bir parçası olan ekonomik düzenin güven içerisinde işlemlerini temin etmeye hizmet ettiği söylenebilir. Nitekim maddede suçun faili olarak tanımlanan kişilerin, kamuya yaptıkları beyanlar veya şirket veya kooperatif hakkında genel kurula sundukları rapor veya önerilerde gerçeğe aykırı bilgi vermeleri, herhangi bir netice aranmaksızın ceza yaptırımıyla karşılanmıştır. Bu yönüyle söz konusu suç, ekonomik suçluluğun çekirdek alanında yer almakta olup bu durum, TCK m.164'teki düzenlemenin sistematikteki konumunu tartışılmaya muhtaç hale getirmektedir. Çalışmada bu husus, ekonomik suçlulukla ilgili açıklamalar çerçevesinde değerlendirilerek bir çözüm önerisi sunulmuştur. Bunun dışında çalışmada, suçun unsurları ve özel görünüş biçimleri, suç tanımında yer verilen kavramların mahiyeti ve suçun işlenişine ait özellikler dikkate alınarak incelenmiştir. Bu çerçevede, özellikle Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK), Sermaye Piyasası Kanunu'nda (SPKn) ve Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) yer verilen düzenlemelerin de ele alınmasına gayret edilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Ekonomik Suçluluk, Beyaz Yaka Suçluluğu, Sermaye Piyasası, Ticari Şirketler, Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumluluğu, Vergi Kaçakçılığı

#### ABSTRACT

The crime of giving false information about company or cooperatives is regulated in Turkish Criminal Code (TCK), within the crimes against property (Art.164). However, this crime, in terms of its nature, serves to ensure the safe operation of the economic order, which is a part of the public order, but not to protecting any property value of individuals. In fact, the perpetrator provides false information in his/her statements to the public or in the reports or suggestions he/she submits to the general assembly of the company or the cooperative, and this act is sanctioned without seeking any results. In this respect, this crime locates in the core area of economic criminality, and that makes the systematic position of the regulation needs to be discussed. In this work, this issue was evaluated within the framework of the explanations about economic criminality, and a solution is presented. Besides, the elements of this crime and its special appearance forms were examined in this work by taking into account general concept and characteristics of this crime. In this framework, the regulations in the Turkish Commercial Code, Capital Market Code and Tax Procedure Code are considered.

**Anahtar Kelimeler:** Economic Criminality, White Collar Crime, Capital Market, Trading Companies, Criminal Liability of Managers of Companies, Tax Fraud

\* Dr. Öğretim Üyesi, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Can Canpolat

**E-posta/E-mail:** canpolat@yalova.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 29.03.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 25.05.2021

## Giriş

Şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi verme suçu, TCK'da, kişilere karşı suçların yer aldığı ikinci kısmın, malvarlığına karşı suçlar başlıklı onuncu bölümünde düzenlenmiştir. Söz konusu suç, TCK m.164'te; *“Bir şirket veya kooperatifin kurucu, ortak, idareci, müdür veya temsilcileri veya yönetim veya denetim kurulu üyeleri veya tasfiye memuru sıfatını taşıyanlar, kamuya yaptıkları beyanlarda veya genel kurula sundukları raporlarda veya önerilerde ilgililerin zarara uğramasına neden olabilecek nitelikte gerçeğe aykırı önemli bilgiler verecek veya verdirecek olurlarsa...”* şeklinde tanımlanmıştır.

Şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi verme, TCK'nın yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005'ten bu yana mevzuatımızda yer almasına rağmen, bu suçu konu edinen akademik çalışmaların sayısı yok denecek kadar azdır. Bunun önemli bir sebebi, uygulamada bu suç tipine sık rastlanmamasıdır. Nitekim tatbikatta, genellikle dolandırıcılık, bilgiye dayalı manipülasyon, muhasebe kayıtlarında ve finansal tablo ve raporlarda usulsüzlük kapsamına girmeyen durumlarda, işlenen fiilin hukuki ihtilaf kapsamında kaldığı düşünülmektedir. Bir diğer muhtemel sebep ise, bu suçun işlendiğinin tespitindeki zorluktur. Özellikle ekonomi hukukunun merkezinde yer alan şirket veya kooperatiflerin faaliyetleri kapsamında işlenmesi dolayısıyla, söz konusu suçun unsurlarının detaylıca incelenmesi, bu noktada faydalı olacaktır.

TCK m.164'ün mehzazının, İsviçre Ceza Kanunu'nun 152'nci maddesi olduğu söylenebilir. Zira burada da benzer bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Nitekim maddede, *“Bir ticaret şirketi, kooperatif veya ticari faaliyette bulunan bir işletmenin kurucusu, sahibi, sınırsız sorumluluğu bulunan hissedarı, yetkili temsilcisi veya yönetim kurulu üyesi, denetçisi veya tasfiye memuru olup kamuya yapılan duyurularda veya tüm hissedarlarına yahut üyelere veya başka bir şirkette yer alan kişilere sunulan raporlarda veya teklif/önerilerde, ilgili kişinin malvarlığı yönünden zarar doğurabilecek tasarruflarda bulunmasına neden olabilecek derecede önemli ve yanlış veya eksik bilgi veren veya bu bilginin verilmesini sağlayan kişi, üç yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır”* denilmiştir<sup>1</sup>. İki hüküm arasındaki benzerlik nedeniyle, suç tipine ilişkin açıklamalarda, İsviçre hukuku da dikkate alınacaktır.

Çalışmada, öncelikle TCK m.164'te düzenlenen suç tipinin ekonomik suçluluk ve beyaz yaka suçluluğuyla ilişkisi ortaya konulup korunan hukuki değer nazarında suçun tasnifine ilişkin değerlendirmelere yer verilmiş, akabinde, suçun unsurları ve özel görünüş biçimleri incelenerek önem arz eden konular üzerinde duracak tarzda bir anlatım tercih edilmiştir. Bu çerçevede hukukumuzdaki ve karşılaştırmalı hukuktaki uygulamalar da nazarı itibara alınarak suçun, şirket faaliyeti kapsamında işlenmesine dair açıklamalara ağırlık verilmiştir.

1 İsviçre Ceza Kanunu'nun güncel metni için bkz. [www.gesetze.ch](http://www.gesetze.ch) (erişim tarihi: 10.09.2020)

## I. Suç Tipinin Ekonomik Suçluluk ve Beyaz Yaka Suçluluğuyla İlişkisi ve Korunan Hukuki Değer Nazarında Suçun Tasnifine İlişkin Değerlendirme

### A. Ekonomik Suçlulukla İlişkisi

#### I. Genel Olarak

XIX'uncu yüzyılda, ekonomi alanında, yalnızca kişilerin mülkiyet haklarının korunmasına yönelik yasal düzenlemelerin varlığı ile yetinilmesi, bunun dışındaki ekonomik faaliyetlerde ise "bırakınız yapsınlar (=laissez faire)" denilerek geniş bir serbesti tanınmasını öngören düşünce tarzı, XX'nci yüzyılın başlarından itibaren keskin bir değişime uğramıştır<sup>2</sup>. Bu çerçevede devletler, özellikle sosyo-ekonomik gelişmeler karşısında, bir yandan hak ve özgürlüklerin sınırlarını belirlemek, öte yandan kişilere daha geniş bir hukuki koruma alanı sağlamak amacıyla önemli yasal düzenlemelere ihtiyaç duymuşlardır<sup>3</sup>.

Ekonomik yaşam, bireysel veya ortak ekonomik menfaatlerini geliştirmek adına münasebet içinde olan çok sayıda aktörden (gerçek/tüzel kişi) oluşur<sup>4</sup>. Ekonomiye dahil olan her aktörün, ekonomik faaliyetlerinde, faaliyet alanının tamamına ilişkin geniş ve genel bir değerlendirme yapması mümkün değildir. Bu nedenle, ekonomik faaliyetleri düzenleyen yasal bir zemin bulunması önemlidir<sup>5</sup>. Bu yasal zemini ifade eden bir kavram olarak ekonomi hukuku, ekonomik düzenin bir bütün halinde idaresini kurallara bağlayan hukuksal alandır<sup>6</sup>.

Ekonominin düzenli ve istikrarlı bir yapıya sahip olması için genellikle kamu gücüne müracaat edilmeksizin, ekonomik düzene aykırılık teşkil eden davranışların, özel hukukta yer verilen yaptırımlarla karşılanması tercih edilir<sup>7</sup>. Ancak bu yaptırımlar, söz konusu amaca ulaşmak bakımından tek başlarına yeterli değildir<sup>8</sup>. Dolayısıyla, ekonomi hukukuna dahil olan bazı alanlarda, idari yaptırımlara müracaat edilmesi de mümkün kılınmıştır. Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından çıkarılan tebliğlerle öngörülen; işlem yasağı, lisans iptali tedbirleri, bunlara örnek olarak gösterilebilir. Ekonominin, kamu düzeninin önemli bir parçası olarak kabulünün bir sonucu olarak

2 **BECKER, Gary S.**, Crime and Punishment: An Economic Approach, Journal of Political Economy, Mar. – Apr., 1968, Vol. 76, No. 2, s. 169. Örneğin Alman ekonomi ceza hukukunun gelişimi, sanayi alanındaki gelişmelere bağlı olarak 1910 yılında, çağdaş ekonomi ceza kanunu olan İmparatorluk Potasyum Kanunu (=Das Reichkaligesetz) ile başlamıştır. (Bkz. **AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan**, Alman Ekonomi Ceza Hukukuna Giriş I, Ceza Hukuku Dergisi, S.14, Aralık 2010, s. 72.)

3 **Becker**, s.169, 170.

4 **BUFFORD, Samuel**, International Rule of Law and the Market Economy – An Outline, Southwestern Journal of Law & Trade in The Americas, 2006, s.305.

5 **Bufford**, s.305.

6 **CİN ŞENSOY, Şehnaz**, "Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri", Prof.Dr.Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları:32, İstanbul, 2004, s. 829.

7 Bu hususta, ekonomik suç ekonomik ceza ilkesi ile bağlantılı olan yaklaşımlara ilişkin bkz. **DURSUN, Gizem**, "Ekonomik Suça Ekonomik Ceza İlkesi" ve Bu Kapsamda 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçları İçin Öngörülen Cezaların Değerlendirilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.14, S.175-176, s.856 vd.

8 **AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman**, Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Suçlar, Marmara Üniversitesi SBE, Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s.6.

ekonomide düzen ve istikrarın devlet eliyle korunmasında, ceza hukukuna özgü yaptırımlara müracaat edilmesine de ihtiyaç duyulmuştur<sup>9</sup>. Bu çerçevede, söz konusu düzen ve istikrarı zedeleyen davranışların bazıları suç olarak kabul edilmiştir<sup>10</sup>.

## 2. Bir Suçun Ekonomik Suç Olarak Kabulünde Kullanılan Ölçütler

Ekonomik suçun homojen bir tanımını yapmak, ekonomi alanının hem ceza hukuku hem de kriminolojinin konusunu oluşturması ve bu çerçevede birçok yazar tarafından farklı bakış açıları geliştirilmesi nedeniyle oldukça zordur<sup>11</sup>. Bununla birlikte, bir suçun ekonomik suç olarak nitelendirilmesinde bazı ölçütlerden hareket edildiğini söylemek mümkündür<sup>12</sup>. Aşağıda, bu ölçütlere öz itibarıyla yer verilecektir.

### a. Sistematik Ölçüt ve Korunan Hukuki Değer

Bir suçun ekonomik suç olarak nitelendirilmesinde kullanılan ilk ölçüt, ilgili suçun mevzuatta sistematikaçından düzenlendiği yerdir<sup>13</sup>. Söz gelimi, SPK'n'de veya Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen suçlar, düzenlendikleri yer dikkate alınarak ekonomik suç kapsamında değerlendirilir. Buna karşılık bazı suç tiplerinin ekonomik suç olup olmadığının belirlenmesinde, sistem kriterinin tek başına bir fonksiyonu yoktur. Bu kapsamda korunan hukuki değerden hareket eden bir yaklaşıma göre<sup>14</sup> ekonomik suç, ekonomik faaliyetin sürdürülmesine

- 9 KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar, Seçkin, Ankara, 2018, s.48. Ceza hukukunda geçerli olan son çare (=ultima ratio) ilkesinin, mahiyeti itibarıyla ekonomi ceza hukuku alanında nasıl değerlendirilmesi gerektiği tartışmalıdır. Ekonomi ceza hukukunda daha çok, birey üstü bir menfaat olarak ekonomik düzen korunmaktadır. Bu çerçevede gündeme gelen soru, düzenleyici işlemler eliyle devletin, ekonomi alanındaki faaliyetleri kurallara bağlayarak sınırlandırması yerine, bazı davranışların suç olarak kabul edilerek ekonomik faaliyet alanının daha serbest bırakılmasının, daha özgürlükçü olup olmadığıdır (TIEDEMANN, Klaus/ENGELHART, Marc, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Auflage, Vahlen, 2017, kn.228). Buna karşılık bir başka görüşe göre ise, ultima ratio ilkesinin tatbikati, ekonomi ceza hukuku bakımından farklı bir yoruma ihtiyaç duymaz. Bu kapsamda ekonomik suçlarla mücadelede en etkin yöntem ekonomik tedbirlerdir; ceza son çare sayılmalıdır. Bu açıdan, ekonomi hukuku kapsamındaki bir kuralın ihlalinin önleme amacıyla finansal kontrol mekanizmalarının işletilmesi, cezaya başvurmadan hem daha etkili hem de ultima ratio ilkesine daha uygundur (DURŞUN, Selman, Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin, Ankara, 2005, s.49.).
- 10 Bu eğilim, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında daha net ve yoğun olarak gözlemlenmektedir. Ülkelerin sosyo-ekonomik ve siyasal gelişimleri nazarında farklı nedenlere dayanmaktaysa da ekonominin ceza hukuku eliyle korunması gerektiği hususunda ortak bir kanaat oluştuğu söylenebilir. (MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Seçkin, Ankara, 2003, s. 28.)
- 11 BRETTEL, Hauke/SCHNEIDER, Hendrick, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2021, s.32, kn.3.
- 12 AYTEKİN-İNCEOĞLU'na göre bu ölçütler, fail, fiil ve hukuki yarara göre belirlenmelidir. (AYTEKİN-İNCEOĞLU, s.7 vd.)
- 13 Aynı yönde bkz. GÜNER, Uğur, Ekonomik Suçlar ve Ekonomi Ceza Hukukuna İlişkin Yasal Düzenlemeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel Sayı, 2019, s.1420. Erman'a göre, ekonomik suçun tarifinde değilse de bu tür suçların tasnifinde, ilgili suç tipinin düzenlendiği kanun nazara alınabilir. (Bkz. ERMAN, Sahir, Ticari Ceza Hukuku, C.1, Genel Kısım, 3. Baskı, İstanbul, 1992, s.57.)
- 14 Ekonomik suç kavramının, hukuki değeri esas alarak değerlendirilmesiyle, ekonomi alanında korunan hukuki değerlerin, diğer suçlarla korunan hukuki değerlerden ayırt eden noktaların tespit edilmesinin mümkün hale geldiği hususunda bkz. MAHMUTOĞLU, s.33, 38. Ekonomik suçun tanımlanmasında hukuki değerden hareket edilmesi gerektiği

yönelik, birey üstü kamusal çıkarların ihlali veya ekonomik faaliyetlerin sürdürülmesine yarayan araçların kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi amacıyla ihdas edilen suçların genel adıdır<sup>15</sup>.

### **b. Sosyal Zarar Ölçütü**

Bir suçun ekonomik suç olarak kabul edilmesinde kullanılan diğer bir ölçüt, sosyal zarardır. Buna göre, “*mevcut ekonomik sisteme bir bütün olarak veya münferit kurumların faaliyetleri özelinde duyulan güveni ihlal eden ve dolayısıyla söz konusu ekonomik sistemin varlığını veya işleyişini tehlikeye atan suç*” ekonomik suçtur<sup>16</sup>. Bu ölçüt, sosyal zararın, kanun koyucu tarafından dikkate alınmadıkça bir kıymetinin bulunmadığı ileri sürülerek eleştirilmiştir<sup>17</sup>. Bu eleştiri özü itibarıyla haklıdır. Çünkü devlet tarafından, hangi haksızlıklara ceza hukuku eliyle karşılık verileceğini belirlemede işlev gören bir araç olarak hukuk politikası çerçevesinde – suç politikası özelinde – bir suçun ihdasında sosyal zararın dikkate alınıp alınmayacağı, nihai olarak kanun koyucunun takdirindedir. Ancak aynı durumun, korunan hukuki değer bakımından da geçerli olduğunu ifade etmek gerekir.

### **c. Ceza Muhakemesi Kurallarını Esas Alan Ölçüt**

Ekonomik suç kavramının içeriğinin tespitinde, mahkemelerin görev ve yetkilerinin düzenlendiği kanunlarda yer verilen hükümlerin de dikkate alınabileceği, diğer bir ifade ile ceza muhakemesi hukuku kurallarının bu tespitite bir fonksiyonu olabileceği de ifade edilmiştir. Örneğin Alman Mahkemelerinin Teşkilatlanmasına İlişkin Kanun’un (=Gerichtsverfassungsgesetz) 74/c maddesine göre, söz konusu düzenlemede belirtilen alanlarda işlenen, kredi dolandırıcılığı, ticari işlemlerde rüşvet gibi suçlar, bu hususta yetkilendirilen belli mahkemelerce yargılanmaktadır<sup>18</sup>. Ancak burada tanımlanan suçların bazıları, dar anlamda ekonomik faaliyete veya geniş anlamda mülkiyet hakkını ihlale yönelik değildir<sup>19</sup>. Bu bakımdan, tek başına ceza muhakemesi hukuku alanındaki düzenlemeler,

hususunda ayrıca bkz. **ÖZBEK, Veli Özer**, Ekonomi Ceza Hukuku, Seçkin, Ankara, 2020, s.31.

15 **MEIER, Bernd Dieter**, Kriminologie, 5. Auflage, C.H Beck, München, 2016, s.315, kn.7; **Brettel/Schneider**, s.33, kn.8. *Erman*’a göre ekonomik suç (ticari suç) sadece korunan hukuki değere göre açıklamak, ülke ekonomisi ile ilgili tüm alanlara giren fiilleri ekonomik suç olarak kabul etmeyi gerektireceği için ekonomik suçun tarifinde, başka kriterlere de müracaat etmek gerekir (*Erman*, s.58). Ekonomik suçun tarifinde, korunan hukuksal yarar kriterinin ön plana çıktığı ve bu kapsamda ekonomik suçların dar ve geniş anlamda olmak üzere iki başlık altında ele alınmasına ilişkin görüş için bkz. **Dursun**, Bankacılık Suçları, s.28, 37.

16 Benzer tanım için bkz. **Mahmutoğlu**, s.34. Ekonomik suçları sosyolojik açıdan değerlendiren bu yaklaşımın, faili esas alarak suçun değerlendirilmesinin suçun yarattığı haksızlığı ortaya koymuyor olması dolayısıyla eleştiriye açık olduğu hususunda ayrıca bkz. **Dursun (Gizem)**, s.856.

17 **Meier**, s.315, kn.8.

18 Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Aygörmez**, s. 70.

19 **Brettel/Schneider**, s.33, kn.7. Hukukumuzda da bu denli kapsayıcı olmasa da benzer düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Örneğin SPKn m.116’ya göre, “*Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı yargılama yapmaya, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun ihtisas mahkemesi olarak görevlendireceği asliye ceza mahkemeleri yetkilidir.*” Bu düzenlemelerin en önemli yönü, hangi suçların ekonomik suç olarak kabul edilebileceğini tespitten ziyade, uzmanlaşma gereksinimine işaret etmesidir. Ancak bunun ne ölçüde temin edilebileceği tartışmalıdır. Söz konusu tartışma için bkz. **TOPUZ, Veyssel**, Sermaye Piyasası Suçlarında Yazılı Başvuru Şartı ve Görevli ve Yetkili Mahkeme, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.10/1, 2019, s.166.

ekonomik suçun ne anlama geldiğini belirlemede yetersizdir<sup>20</sup>.

### 3. İnceleme Konusu Suç Tipine İlişkin Değerlendirme

Ekonominin güven ve istikrarını korumak amacıyla ihdas edilen<sup>21</sup> Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn), Bankacılık Kanunu gibi kanunlarda düzenlenen suçların, ekonomi ceza hukukunun çekirdek alanını oluşturduğuna şüphe yoktur. Buna karşılık, ceza kanunlarında yer verilen ve malvarlığına karşı işlenen suçlar içerisinde düzenlenen ekonomik çıkar amacıyla işlenen suç tipleri, geniş anlamda ekonomi ceza hukukuna dahil edilebilirler<sup>22</sup>. Bu iki grup arasındaki temel farklılık, ekonomik çıkar amacıyla işlenen suçların aksine, ekonomi ceza hukukunun çekirdek alanına dahil olan suç tiplerinin ihdasıyla, bireylere ait malvarlığına ilişkin menfaatlerin değil, birey üstü ve münhasıran ekonominin işleyişine ilişkin menfaatlerin korunmasıdır<sup>23</sup>. Bu bakımdan kişilere ait menfaatlere yönelik cezai koruma, yalnızca yansıma niteliğindedir.

Şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi verme suçunun ihdası, Anayasamızın çeşitli maddelerinde öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkindir. Bunları şu şekilde sıralamak mümkündür<sup>24</sup>;

- i. “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlığı altında, “özel teşebbüsün çalışma özgürlüğünü” düzenleyen m.48/2’de yer verilen, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alma yükümlülüğü,
- ii. Anayasa m.167’de öngörülen, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler alma ödevi,
- iii. Kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirlerin alınmasına dair m.171’de zikredilen yükümlülük.

Bu itibarla, mevzuatımızda böyle bir suç tipine yer verilmesi, söz konusu özgürlük alanlarının teminat altına alınmasına ve ekonomik düzenin muhafazasına matuf olup<sup>25</sup> bu yönüyle söz konusu suçun,

20 **Brettel/Schneider**, s.33, kn.7.

21 Bkz. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.1, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m.1.

22 **CANPOLAT, Can**, Uygulamaya Bakan Yönleriyle İşlem Temelli Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu, in: 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri, Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu, Tebliğler, C.I, Seçkin, Ankara, 2020, s.982; **Dursun**, Bankacılık Suçları, s.37, 38.

23 **Tiedemann/Engelhart**, kn.81; Ekonomik suçların çekirdek alanında yer alan sermaye piyasası suçları yönünden bkz. **DURSUN, Selman**, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, Oniki Levha, İstanbul 2010, s.116, 117.

24 Anayasada seçilen ekonomik düzen ve buna bağlı olarak sevk edilen hükümlerin, ticari hayatın şekillenmesi ve korunmasının temel çerçevesini çizdiği, ekonomik hayat nedeniyle ortaya çıkan davranış kurallarının ve hukuk normlarının kaynağını teşkil ettiği hususunda bkz. **Küçüktaşdemir**, s.47.

25 Günümüzde, kamunun, bir şirketin gerçek durumu hakkında yetersiz veya çok iyimser verilere dayalı olarak bilgilendirildiğine dair genel bir şüphenin mevcut olduğu, bu yönüyle anılan suç tipinin düzenlenmesinin yadsınmayacak bir öneme sahip bulunduğu hususunda bkz. **DONATSCH, Andreas**, Buchführung und Strafrecht Steuerstrafrecht im Zentrum, ST 3/04 (Der Schweizer Treuhänder), s.206.

ekonomi ceza hukukunun çekirdek alanında yer aldığı söylenebilir. Bu suçla, kişilerin mülkiyet hakkının korunduğunu söylemenin, zorlama bir yorumdan öte anlamı yoktur.

## B. Beyaz Yaka Suçluluğu Yönünden

Beyaz yaka suçu kavramı, ilk defa Amerikan Sosyoloji Topluluğu'nun 1939'da gerçekleştirilen Toplantısı'nda, ünlü bir kriminolog ve sosyolog olan *Edwin Sutherland* tarafından kullanılmıştır<sup>26</sup>. *Sutherland*'in tanımına göre beyaz yaka suçları; “yüksek ve itibarlı bir sosyal statüye sahip kişilerin mesleklerinin icrası sırasında işledikleri suçlar” olup<sup>27</sup> *Sutherland*, kurumlar ve diğer tüzel kişiler bünyesinde işlenen suçları da bu kapsamda değerlendirmektedir<sup>28</sup>. Örneğin, bilişim sistemleri aracılığıyla malvarlığına kaşı işlenen suçlar ile rüşvet, zimmet, irtikap suçları, beyaz yakalı suçluluk çerçevesinde ele alınabilir.

*Sutherland*'in ortaya koyduğu bu tanım, beyaz yaka suçlarını, faili dikkate alarak açıklayan bir bakış açısını (=criminal-based) yansıtmaktadır<sup>29</sup>.

Faille göre bir tanım ortaya koyan bu yaklaşıma göre beyaz yaka suçları, genellikle mağdurla yüz yüze iken işlenen ve sokak suçları (=street crime) veya adi suçlar<sup>30</sup> olarak anılan suç tiplerinden farklılık arz etmektedir. Zira sokak suçları, genellikle yoksul ailelerde yetişmiş, aileleri tarafından horlanmış ve hatta kullanılmış, eğitim seviyesi düşük olan işsiz kimseler tarafından işlenmektedir<sup>31</sup>. 1988 yılında yapılan bir araştırmaya göre, sokak suçlarını işleyen faillerin %45.5'i lise mezunuyken, bu oran, beyaz yakalı suçlarda %79.3 olarak gözlemlenmiştir. Yine beyaz yaka suçlarını işleyenlerin %58.4'ü sabit bir iş sahibi iken sokak suçlarını işleyen failerde bu oran, %12.7'dir<sup>32</sup>.

Beyaz yaka suçluluğuyla ilgili ortaya konulan fail odaklı yaklaşım, zaman içerisinde değişime uğramıştır. Ekonomi alanında işlenen suçlardaki çeşitlilik karşısında bu görüş, beyaz yaka suçluluğunu dar bir çerçevede kategorize etmek bakımından işlev görse de ekonomik suçluluğu diğer suçlu formlarından ayırmak konusunda yeterliliğini kaybetmiştir. Nitekim *Özbek*, bu çerçevede haklı

26 *Sutherland*'ten önce Amerika Birleşik Devletleri'nde beyaz yaka suçları, 20 nci yüzyılın ilerleyen zamanlarında sanayicilerin ve siyasi liderlerin aşırılıkları ile birlikte, sosyal eleştirmenlerin büyük ilgi odağı olmuştu. Bu eleştirmenlerden bir tanesi olan *Edward Alsworth Ross*, sosyal ve ekonomik karşılıklı bağımlılığın, geçmiş nesiller tarafından bilinmeyen, sonucu yeni ve değişen suçluluk ve mağdurluk potansiyeli olan mutualizmin artmasına neden olduğuna vurgu yaparak, modern toplumda beyaz yaka suçu gibi yeni suç türlerinin ortaya çıkacağına işaret etmiştir. Ayrıntı için bkz. **SHOVER, Neal/ HOCHSTETLER, Andy**, Choosing White-Collar Crime, Cambridge University Press, 2006, s.5. *Ross*'un beyaz yaka suçluluğuna daha önce işaret ettiğine yönelik olarak bkz. **WONG, Kam C**, From White-Collar Crime to Organizational Crime: An Intellectual History, Murdoch University eLaw Journal, prg.4. çevrimiçi: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2005/14.html>, erişim tarihi: 12.03.2019

27 Söz konusu tanımda geçen “yüksek ve itibarlı sosyal statü” ve “mesleğin icrası” kavramlarının, kavramsal netlikten uzak olduğu ileri sürülerek yapılan eleştiriler için bkz. **Wong**, prg.42.

28 **STRADER, J.Kelly**, Understanding White Collar Crime, Matthew Bender & Company Inc., 2002, s.1.

29 **Brettel/Schneider**, s.34, kn.12.

30 **DEMİRBAŞ, Timur**, Kriminoloji, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s.295.

31 **BENSON, Michael L./SIMPSON, Sally S.**, White Collar Crime: An Opportunity Perspective, Taylor & Francis Books, 2009, s.21.

32 **Benson/Simpson**, s.29.

olarak, günümüzde, alt ve orta tabakaya mensup olup çok iyi bir gelire sahip olmayan, memur ya da serbest meslek sahibi ya da küçük işletmeleri idare eden sıfatını haiz kişilerin de ekonomik nitelik taşıyan suçları işleyebileceğini ifade etmiştir. Yazara göre ayrıca, dürüst bir insan tarafından mesleki bir faaliyet sırasında işlenen her suçu da ekonomik suç olarak kabul etmek mümkün değildir<sup>33</sup>. Modern ceza hukukunun faili değil, fiili esas alıyor olması da fail odaklı bu yaklaşıma yöneltilebilecek bir diğer eleştiridir<sup>34</sup>.

Bu kapsamda 1970 yılında Amerika'da *Edelhertz* tarafından ortaya atılan bir görüşe göre beyaz yaka suçlarını karakterize eden, failin özelliklerinden ziyade, bu tür suçların fiziksel bir davranış olmaksızın işlenmesi ve suçun işlenmesiyle ağırlıklı olarak bir takım mali avantajların elde edilmesidir. *Edelhertz'e* göre, beyaz yaka suçlarında ekseriyetle şu unsurlar bulunur<sup>35</sup>:

- i. Suç niyeti gizlidir,
- ii. Fail, mağdur/mağdurların dikkatsizliğinden istifade eder,
- iii. Mağdurun, aleyhine gerçekleştirilen işlemde rızası olsa da bu rıza, sıhhatli değildir,
- iv. Fail, mağdura yönelik eylemin olumsuz sonuçlarını gizleme amacıyla hareket eder,
- v. Fail, gizleme amacına uygun olarak sahte bir görünüş (kılıf) oluşturur.

Beyaz yaka suçunu, işlenen fiile göre ele alan bu yeni yaklaşıma<sup>36</sup> göre beyaz yaka suçu, “*klasik suç tiplerinde müşahade edildiğinden farklı olarak fiziksel olmayan yollarla/davranışlarla ve gizleme veya hile yoluyla, belli bir para veya malvarlığını ele geçirebilmek yahut bir ödemenin gerçekleşmesini veya para yahut malvarlığı kaybını önlemek için yahut da mesleki veya şahsi bir avantaj elde edebilmek adına gerçekleştirilen yasa dışı davranışlar ya da davranış serileri*” şeklinde tanımlanabilir<sup>37</sup>. Bu anlamda, sokak suçlarından farklı olarak beyaz yaka suçları, hile, aldatma yahut yasal olmayan bir durumu yasalmış gibi göstererek bunun sağladığı yasadışı avantajlardan faydalanmak için yalan beyanda bulunmak; bunların bazıları da yasadışı amaçlar için kurumsal pozisyonun ya da kamu görevinin sağladığı gücü kötüye kullanmak suretiyle işlenmektedir<sup>38</sup>.

Beyaz yaka suçlarını işleyen faillerin, gerek sahip oldukları yüksek ve itibarlı sosyal statü, gerekse bunların suç işlerken hile kullanarak görünüşte yasal bir durum oluşturmaları dolayısıyla yakalanmaları ve işledikleri suçlar dolayısıyla yargılanarak cezai sorumluluğa tabi tutulmaları

33 **Özbek**, s.27.

34 **Özbek**, s.28.

35 **Brettel/Schneider**, s.37, kn.18.

36 Buna göre, bir suçun beyaz yakalı suç olarak kabulü, failin kim olduğuna göre değil, işlenen davranışın kriminolojik kriterlere nazarında ekonomi hukuku çerçevesinde ele alınıp alınamayacağına göre belirlenir (**Meier**, s.314, kn.6)

37 **SHOVER, Neal**, Generative Worlds of White-Collar Crime in: International Handbook of White-Collar and Corporate Crime, (Editors: Henry N. PONTELL, Gilbert GEIS), Springer 2007, s. 81, 82. Bu tanım, her suçun asgari de olsa mutlaka fiziksel bir davranışın gerçekleştirilmesi suretiyle işlendiği, dolayısıyla “fiziksel olmayan” kavramının neyi ifade ettiğinin net olmadığı; keza daha da problematik olarak hile kavramının neye karşılık geldiğinin belirsiz olduğu ve bu tanımın neden sadece bir malvarlığı ya da para yahut da mesleki avantaj elde etme gayesiyle işlenen suçlarla sınırlandırılmadığının bir izahının bulunmadığı gibi gerekçelerle eleştirilmiştir. Eleştiriler için bkz. **GREEN, Stuart P.**, The Concept of White Collar Crime in Law and Legal Theory, Buffalo Law Review, Vol. 8:1, s.12,13.

38 **Shover/Hochstetler**, s.4,5;



zordur<sup>39</sup>. Buna paralel olarak Yale Üniversitesi tarafından yapılan araştırmalara göre, sokak suçlarında tutukluluk oranı %90'a ulaşırken, beyaz yakalı suçlarda bu oran %56'yı aşmamaktadır<sup>40</sup>.

Bu açıklamalar ışığında, TCK m.164'te düzenlenen suç tipi de hem fiil hem de fail nazara alınarak ortaya konulan tanıma göre beyaz yaka suçu olarak kabul edilebilir. Nitekim *Benson/Simpson*, beyaz yaka suçunun tanımlanmasında kullanılan, yüksek ve itibarlı sosyal statüye sahip kişilerin, genellikle işletme sahibi ve/veya yöneticisi olan kimseler olduğunu ifade etmişlerdir<sup>41</sup>. Beyaz yaka suçları, ekonomik suçların bir çeşidi olarak kabul gördüğünden<sup>42</sup>, daha önce ifade edildiği üzere, söz konusu suç tipini ekonomik suçlar kapsamında değerlendirmek mümkündür.

### C. Korunan Hukuki Değer Nazarında Suçun Tasnifine İlişkin Değerlendirme

Şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi verme suçuna, TCK'da, malvarlığına karşı suçların düzenlendiği ikinci kısım, onuncu bölümde yer verilmiştir. Bu bakımdan aynı esası benimseyen mehz İsviçre hukukunda sistematik bir yorum tarzıyla, suçun ihdasıyla, *“şirket veya kooperatife verilen yanlış bilgi neticesinde, şirket veya kooperatiflerle bağlantılı kişilerin aldatılarak malvarlıklarında bir azalma meydana gelmesinin önüne geçilmesinin amaçlandığı”* ifade edilmiştir<sup>43</sup>. TCK m.164'ün gerekçesinde ise suç tanımıyla, *“şirket veya kooperatiflerin yönetilmesinde güven ve iyi niyetin korunmasının amaçlandığı”* belirtilmiştir<sup>44</sup>. Buradan hareketle suçun, mevcut düzenleme dikkate alınarak çok hukuki konulu olduğu söylenebilir<sup>45</sup>.

39 Wong, prg.21; DEMİRBAŞ, Timur, Kriminoloji, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s.295.

40 Benson/Simpson, s.40.

41 Benson/Simpson, s.19.

42 Sulhi Dönmezer, Kriminoloji, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, İstanbul, Beta, 1994, s. 57; Güner, s.1421, 1422. Bunun aksine, ekonomik suçun beyaz yaka suçluluğunun bir türevi olduğu, ekonomik suç kavramının, beyaz yaka suçluluğundan daha dar bir çerçevede ele alınması gerektiğine ilişkin bkz. Küçüktaşdemir, s.60, 63.

43 SCHLEGEL, Stephan, Art. 152 StGB, in: Wolfgang Wohlers, Gunhild Godenzi, Stephan Schlegel, Schweizerisches Strafrecht Handkommentar, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, 2020, kn. 1; TRECHSEL, Stefan/CRAMERI, Dean, Art. 152 StGB, in: Schweizerisches Strafrecht Praxiskommentar, 3. Auflage, Die Verlag, 2018, kn.1 (s.892); SCHALLER, Jean Marc, Finanzanalysten-Recht Die Berufstätigkeit der Finanzanalysten im Rahmen des Privat-, Straf- und Aufsichtsrechts, Schultess, 2004, kn.73 (s.139).

44 Benzer görüş için bkz. HANSLIN, Marc, Markt – und Kursmanipulation Art. 143 und Art. 155 FinfraG sowie Art. 122 ff. FinfraV, Dike Verlag, 2017, kn.179 (s.105). Yargıtay da madde gerekçesine uygun olarak, bu suçla korunan hukuki yararın, şirket veya kooperatiflerin yönetilmesinde güven ve iyi niyet olduğuna işaret etmiştir (Yarg. 15. CD., 15.12.2016, 2014/9247 E., 2016/9590 K.).

45 ARTUÇ, Mustafa, Malvarlığına Karşı Suçlar, 4. Baskı, Adalet, Ankara 2020, s. 878; BAYRAKTAR, Köksal/YILDIZ, Ali Kemal/AKSOY RETORNAZ, Eylem/ AKYÜREK, Güçlü/EVİK, Ali Hakan/KANGAL, Zeynel T./MEMİŞ KARTAL, Pınar/SINAR, Hasan/SONAY EVİK, Vesile/ALTUNÇ, Sinan/AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman/BOZBAYINDIR, Ali Emrah/ERMAN, Barış, Özel Ceza Hukuku (Malvarlığına Karşı Suçlar), Cilt IV, Onikilevha, İstanbul, 2018, s.411. Bu suçla hem şirket veya kooperatiflerle bağlantılı kişilerin aldatılarak malvarlıklarında bir azalma meydana gelmesinin önüne geçilmesi, hem de şirket veya kooperatiflerin yönetilmesinde güven ve iyi niyetin korunmasının amaçlandığı hususunda bkz. JECKER, Marc Jan, Die konkurs – und strafrechtliche Aufarbeitung der Kriminalinsolvenz, Dike Verlag, 2009, s.216; LANZ, Martin/RYSER, Roland M., Strafrechtliche Aspekte der Ad-hoc-Publizität Inwiefern sind Verstöße gegen Art. 72 KR-SWX nach Art. 152 StGB strafbar?, SZW 2008, s.30; WEBER, Rolf H./BAUMANN, Simone, Neukonzeption der Rechtsprechungsordnung im Börsenwesen, Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht Band/Nr. 103, 2012, s.82. Bir suç ile korunan birden fazla menfaatin bulunması mümkündür. Ekonomik suçlarda önemli olan, korunan bu hukuki yararlar, ekonomik düzenin korunmasının ön planda olmasıdır. (Aytekin-İnceoğlu, s.9).

TCK'da söz konusu suç tipine yer verilerek, şirketler ve kooperatifler hakkında Türk Ticaret Kanunu'nda ve Kooperatifler Kanunu'nda yer verilen hükümlerin uygulanmasını sağlamak adına<sup>46</sup>, ekonomik düzenin yapı taşları olan şirketler ve kooperatiflerin faaliyetlerine duyulan güvenin korunmasının amaçlandığı aşıkardır<sup>47</sup>. Bu noktada, ekonomik suçu kriminolojik açıdan, suç dolayısıyla ortaya çıkan sosyal zararı dikkate alarak açıklayan görüşün kabul ettiği, “*mevcut ekonomik sisteme bir bütün olarak veya münferit kurumların faaliyetleri özelinde duyulan güveni ihlal eden ve dolayısıyla söz konusu ekonomik sistemin varlığını veya işleyişini tehlikeye atan suç*” şeklindeki tanım<sup>48</sup>, normatif alanda karşılık bulmuştur<sup>49</sup>.

Kanun koyucunun, ekonomik düzenin sağlanmasına verdiği değer o denli baskındır ki dolandırıcılık suçu ve dolandırıcılığın özel bir şeklini oluşturan bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı (SPKn m.107/2) suçunu oluşturan davranışlar dışında, adeta bu alanda bir cezalandırma boşluğu doğmaması adına, herhangi bir zarar yahut fail lehine ortaya çıkan bir menfaat aranmaksızın, şirketler veya kooperatiflerle ilgili yanlış bilgi verilmesi suç olarak kabul edilmiştir. Nitekim aşağıda ayrıntılı olarak izah edileceği üzere maddede, gerçeğe aykırı bilginin, ilgililerin zarara uğratabilecek nitelikte olması gerektiği belirtilerek bu tarz bilginin önemli olması lüzumuna işaret edilmiştir. İlgililerin zarara uğraması, suçun oluşması bakımından bir netice olarak aranmamıştır.

Malvarlığına karşı işlenen suçlar, kişilerin mülkiyet hakkını korumakta olup ancak ekonomik çıkar amacıyla işlenen suçlar başlığı altında ve geniş anlamda – dolaylı olarak – ekonomik suç kapsamında değerlendirilebilirler. Buna karşılık, yukarıda ayrıntılı açıklamaya çalıştığımız üzere, ekonomik ceza hukukunun çekirdek alanında yer alan suçlarla, ekonominin güven içerisinde işleyişi muhafaza edilmek istenmektedir. Dolayısıyla, malvarlığına karşı suçların salt iktisadi bir faaliyetin sonucu olarak ortaya çıkmadıkları söylenebilir<sup>50</sup>. Bu çerçevede, bir yandan şirket ve kooperatiflerin ekonominin işleyişindeki önemi, öte yandan madde gerekçesinde, suç tanımıyla yalnızca şirket veya kooperatiflerin idaresinde güven ve iyi niyetin korunmasının amaçlandığına işaret edilmesi, bu suçun TCK'da malvarlığına karşı işlenen suçlar başlığı altında ihdas edilmesini eleştiriye açık hale getirmektedir. Gerçekten suçun ihdasıyla, bireylere ait malvarlığı menfaatlerine yönelik sağlanan korumanın hedef değil, yansıma olduğunu söylemek gerekir. Dolayısıyla bu suça, şirketler ve kooperatiflere ilişkin bütüncül yaklaşımı korumak adına TCK'da, Üçüncü Kısım Dokuzuncu Bölüm itibarıyla düzenlenen “*Ekonomi, Sanayi ve Ticarete Karşı İşlenen Suçlar*” içerisinde yer verilmesi veyahut da suçun, Türk Ticaret Kanunu ve Kooperatifler Kanunu'nda ayrı hükümlerle ihdas edilmesi daha isabetli olurdu.

46 Hanslin, kn.179.

47 Suç tipinin ihdasıyla, ekonomik suçlulukla mücadele edilmesinin amaçlandığı ve ekonomik faaliyetlerin hızla gelişmesi ve çeşitlenmesi karşısında kanun koyucunun bu amaca uygun olarak İsviçre Ceza Kanunu m.152'nin uygulama alanını genişlettiği hususunda bkz. SCHMID, Niklaus, Titel Das neue Vermögens – und Urkundenstrafrecht, SJZ 91/1995, s.7.

48 Tanım için bkz. Meier, s.315, kn.8

49 Ekonomik suçlarda korunan hukuksal yararın bireysel değil kamusal olduğu, ekonomik suçların maddi unsurları itibarıyla da ekonomik düzene zarar veren, işleyiş bakımından tehlike arz eden, toplumsal güveni zedeleyen eylemlerden ibaret olduğu hususunda bkz. Dursun (Gizem), s.858.

50 Küçüktaşdemir, s.65.

## II. Suçun Unsurları

### A. Maddi Unsurlar

#### 1. Fiil

TCK m.164'te yaptırıma bağlanan fiil, bir bütün halinde, “kamuya yapılan beyanlarda veya genel kurula sunulan raporlarda veya önerilerde ilgililerin zarara uğramasına neden olabilecek nitelikte gerçeğe aykırı önemli bilgiler vermek veya verdirtmek” şeklinde tanımlanmıştır. Fiili, ortak mahiyette niteleyen özellikler hariç tutularak ifade etmek gerekirse, burada tipik davranış, *bilgi verme* veya *bilgi verdirtme* olarak tespit edilebilir.

Bilgi verme, fail tarafından bizzat gerçekleştirilebilir. Buna karşılık bilgi verdirtme, bir başkası aracılığıyla bilginin verilmesi anlamına gelir. İştirak hükümleri açısından özellik taşıması bakımından, bu davranışlardan bilgi verdirtme ile ilgili açıklamalara, fail başlığı altında ayrıntılı olarak yer verilecektir.

#### a. Suç Teorisinde, Fiile İlişkin Kabul Edilen Tasnifler Yönünden

TCK m.164'te tanımlanan davranış, esas itibarıyla *icrai* özellik gösterir. Nitekim kamuya beyanda bulunulması, genel kurula gerçeğe aykırı bilgi verilmesi veya verdirtilmesi, failin, somut olarak gözlemlenebilen aktif bir davranışta bulunmasını gerektirir<sup>51</sup>.

Bununla birlikte, anılan davranışın *ihmal suretiyle icraen gerçekleştirilmesi* de mümkündür<sup>52</sup>. Bu kapsamda ihmalin, TCK m.164'te tanımlanan icrai davranışa denk olması, bunun için failin neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunması ve buna aykırı olarak ihmal göstermesi gerekir<sup>53</sup>. Örneğin, TTK m.369 uyarınca özen borcu altında olan bir yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulunun genel kurula sunduğu raporda gerçeğe aykırı önemli bilgiler yer aldığını bilmesine rağmen ihmalde bulunmama yükümlülüğü çerçevesinde söz konusu raporun genel kurula açıklanmasına engel olmadığında, sadece raporu açıklayan yönetim kurulu üyesi değil, raporun açıklanmasına engel olmayan yönetim kurulu üyesi bakımından da suç oluşacaktır<sup>54</sup>.

İsviçre hukukunda, sermaye piyasası araçlarını ihraç eden, ihraç etmek üzere Kurula başvuruda bulunan veya sermaye piyasası araçları halka arz edilen tüzel kişileri ve SPKn'ye tabi yatırım fonlarının yöneticileri tarafından (ihraççı)<sup>55</sup>, bilgi verme yükümüne aykırı olarak hiçbir bilgi paylaşılmamasının, bu suç kapsamında ve İsviçre Ceza Kanunu m.152'de yer verilen “eksik bilgi verme” fiili çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmıştır. Hukukumuz yönünden belirtmek gerekir ki TCK m.164'te eksik bilgi vermenin suç oluşturduğuna dair bir açıklık yoktur. Kanun koyucunun,

51 **Lanz/Ryser**, s.32.

52 Bu yönüyle suçun görünüşte ihmali suç olduğu hususunda bkz. **Lanz/Ryser**, s.34.

53 **Jecker**, s.216, 217.

54 **BAYRAKTAR ve diğer yazarlar**, s.416, 417.

55 İhraççının tanımı için bkz. SPK m.3/1-h.

madde metninde tanımladığı icrai davranışın, garantörsel yükümlülük altındaki kişi tarafından ihmal suretiyle gerçekleştirilmesi ile ihmal göstererek hiç bilgi verilmemesi birbirinden farklı olup bilgi vermek yönünden ihmalde bulunmanın icrai bir davranışla irtibatı kurulmaksızın suç olarak kabulü mümkün değildir<sup>56</sup>.

Fail tarafından yapılan açıklamanın, sunulan raporların veya önerilerde yer alan bilgi/bilgilerin gerçeğe aykırı olduğu bilinerek doğruymuş gibi gösterilmesi ve söz konusu bilgi/bilgilerin önemli olması, suçun oluşması bakımından yeterlidir. Kanun koyucu, bu suçta bir netice olarak ilgililerin malvarlıklarında zarar meydana gelmesini<sup>57</sup>, failin bir fayda sağlamasını<sup>58</sup> yahut tipik davranışın somut olarak bir zarar tehlikesi meydana getirmesini aramamıştır. Failin soyut tanımda öngörülen davranışı gerçekleştirmesiyle suç tamamlanır. Bu bakımdan söz konusu suç, ekonomik suçların tamamında karşılaştığı gibi, herhangi bir sosyo-kültürel veya ahlaki değere aykırılık taşımayan, sadece kamu düzeninin işleyişi yönünden gerekli görülerek normatif düzenlemelerle yasaklanan *mala prohibita*<sup>59</sup> olarak da kategorize edilen suçlardandır<sup>60</sup>. Netice itibarıyla bu suçun, *sırf hareket ve soyut tehlike suçu* niteliğinde olduğu ifade edilebilir<sup>61</sup>.

Belirtmek gerekir ki suçun şirket veya kooperatife dair gerçeğe aykırı bilgi vermek suretiyle işlenmesi nedeniyle, somut olayda ilgili kişinin zarara uğramış olması kuvvetle muhtemeldir. Örneğin sermaye veya şirketin ticari faaliyetleriyle ilgili genel kurula verilen gerçeğe aykırı bilgi nedeniyle ortaklar, şirket hisselerini satmış olabilirler. Şirketin ticari durumunun iyi olduğuna dair gerçek dışı bilgi nedeniyle, başka bir yatırım yapma kararından vazgeçilmesi halinde de kısa vadede uğranılan bir zarar söz konusudur.

Maddede öngörülen “vermek veya verdirtmek” şeklindeki davranışlardan herhangi birinin işlenmesi yeterlidir. Bu yönüyle suç, *seçimlik ve bağlı hareketlidir*<sup>62</sup>.

56 SCHLEIFFER, Patrick/REINWALD, Urs, Management-Transaktionen: Rechtsgrundlagen, Umsetzung und Sanktionen, GesKR 2012, s.405.

57 Lanz/Ryser, s.33.

58 BRENNER, Beat, Strafanzeige gegen Organe der SAirGroup Artikel 152 und 158 StGB im Visier, Recht im Spiegel der NZZ, Nr.2, 2001, s.60.

59 Kavram ve ahlaki bir değere dayanan suçlar için kullanılan “Mala in Se” kategorisindeki suçlardan ayrımı için bkz. – Yazar belirtilmemiştir – The Distinction between ‘Mala Prohibita’ and ‘Mala in Se’ in Criminal Law, Columbia Law Review, Vol.30, No.1, 1930, 74–86. (JSTOR, www.jstor.org/stable/1114831, erişim: 7.11.2020)

60 Mala in Se ve Mala Prohibita ayrımının eleştirisi için ayrıca bkz. GRAY, Richard L., Eliminating the (Absurd) Distinction Between Malum In Se and Malum Prohibitum Crimes, Washington University Law Review, Volume 73, Issue 3, 1995 (Northwestern University/Washington University Law and Linguistics Conference), s.1369-1398.

61 DONATSCH, Andreas, Art. 152 Unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe, in StGB/JStG Kommentar, 20. Überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag, 2018, s.375, kn.1; Lanz/Ryser, s.30. Ekonomik suçların genel özellikleri itibarıyla tehlike suçu mahiyetinde olduğu yönünde bkz. Aytekin-İnceoğlu, s.11; Mahmutoğlu, s.41; Küçüktaşdemir, s.125.

62 Bayraktar ve diğer yazarlar, s.417.

## **b. Bilginin Özellikleri**

### **aa. Gerçeğe Aykırılık**

TCK m.164 uyarınca, suçun oluşması için failin kamuya yaptığı beyanlarda veya genel kurula sunduğu rapor ve önerilerde yer alan bilgiler, bazı özelliklere sahip olmalıdır. Madde metninde ve gerekçesinde bunlardan ilki, bilginin gerçeğe aykırı olması şeklinde belirtilmiştir.

Gerçeğe aykırılık, bu ifadede geçen gerçeklik kelimesine karşıtlık üzerinden tarif edilmektedir. Buna göre gerçeğe aykırılık, gerçek dışılık demektir<sup>63</sup>. En genel anlamıyla gerçeklik, dış dünyada nesnel bir varoluşa sahip varlıkların, insan zihninden bağımsız olarak var olan şeylerin bütünüdür<sup>64</sup>. Bu manada, gerçeğe aykırılık ile kastedilen, gerçekliğin kişinin algısına göre değişebilen subjektif anlamı değil, bilginin objektif esaslara göre gerçeğe aykırı olmasıdır<sup>65</sup>. Fail tarafından ortaya konulan bilgi, ilişkin olduğu konuyla uyumlu ise, bu bilgi gerçektir; aksi halde gerçeğe aykırıdır<sup>66</sup>. Dolayısıyla söz konusu suç yönünden bilginin, objektif esaslara göre kısmen yahut tamamen gerçekle çatışma halinde olması gerekir<sup>67</sup>. Şirket veya kooperatifin mevcut durumuyla bağdaşmayan her bilgi, gerçeğe aykırı bir bilgi olacaktır. Bilginin şirketin lehine yahut aleyhine olmasının, suçun oluşumuna etkisi yoktur.

Maddenin kenar başlığı, “şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi” olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla burada, yanlış bilgi ile gerçeğe aykırı bilgi arasında bir fark olup olmadığına da açıklık getirmek gerekir. Bir nesne hakkında yargıda bulunan, insanın aklıyla ulaşabileceği bir olguya ilişkin olan ifadeler, bir bilgiyi barındırır. Bu ifadelerin, hakkında yargıda bulunduğu nesneye objektif açıdan uygun olmaları halinde doğru, aksi durumda yanlış oldukları sonucuna ulaşılır. Görüldüğü gibi, gerçeğe aykırı bilgi ile yanlış bilgi arasında sıkı bir irtibat vardır. Bu itibarla, madde kenar başlığı ile metinde kullanılan ifadeler arasında dikkate değer bir farklılık olduğu söylenemezse de yorum farklılıklarına neden olmamak adına ve başlık ile içeriğin uyumlu olması gerektiğinden hareketle, kanun koyucunun düzenleme tarzının eleştiriye açık olduğu kabul edilmelidir.

Verilen bilgide eksiklikler bulunması nedeniyle bilgi gerçeğe aykırılık arz ediyorsa, suçun oluşacağı kabul edilmelidir<sup>68</sup>.

### **bb. Bilginin Önemli Olması**

TCK m.164’te, bilgi bakımından aranan ikinci özellik, bilginin önemli olması şeklinde ifade edilmiştir. Bu kapsamda bilginin içeriğinin, ilgililerin malvarlığı değerini zarara uğratan yahut zarara

63 Bkz. <http://sozluk.gov.tr>

64 **CEVİZCİ, Ahmet**, Felsefe Sözlüğü, 7. Baskı, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.710.

65 **Schlegel**, kn.3.

66 **Bayraktar ve diğer yazarlar**, s.413. Gerçeğin ontolojik açıdan anlamı hususunda bkz. **CANPOLAT, Can**, Ceza Muhakemesi Hukukunun Amacı: “Objektif gerçeğin keşfi mi? Yargısal (kazai) bir gerçeklik inşa etmek mi?”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2, s.462.

67 Gerçeğe aykırılığın objektif esaslara göre belirlenmesi gerektiğine ilişkin ayrıca bkz. **Dursun**, Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, s.153 vd.

68 **Lanz/Ryser**, s.31.

uğratma tehlikesi yaratan bir mahiyette olması; suçun haksızlık içeriğini karşılayan bir öneme sahip bulunması gerekir. Maddede, bilginin sıfatı olarak yer verilen “önemli” ifadesi ile anlatılmak istenen de budur. Bu yönüyle şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi verme, sırf gerçeğe aykırılık nazara alınarak ihdas edilen bir suç değildir. Suçun oluşması bakımından nitelikli bir gerçeğe aykırılık aranır<sup>69</sup>.

Sermayeye, yönetime ve ticari faaliyete ilişkin olup gerçeğe aykırı olan her bilginin bu önemi haiz olduğu söylenebilir. Bunun dışında kalan konulardaki bilgilerin önemi, her somut olaya göre belirlenmelidir. Örneğin İsviçre Yüksek Mahkemesi, konuyla ilgili bir kararında<sup>70</sup>, bir şirketin antetli kağıdında kullanılan isim ile ticaret siciline kayıtlı olan isim arasında farklılık bulunması durumunda, bu suçun oluşmayacağını kabul etmiştir. Keza şirketin aktif veya pasiflerine ait bilgiler bilançoda uygun şekilde gösterilmemekle birlikte, bu durum, şirketin genel mali durumu bakımından önemli bir değişikliğe sebep olmuyorsa, bilgi önemli değildir<sup>71</sup>.

Ürün kusurlarının, şirketin akdettiği sözleşmeden kaynaklanan birtakım yükümlülüklerin, şirket veya kooperatif hakkında ikame edilmiş davaların akibetinin<sup>72</sup>, şirketin çevreye verdiği zarar dolayısıyla alınması gereken önlemlere ilişkin mali veriler hakkında gerçeğe aykırı raporlamaların<sup>73</sup>, yatırımcıyı hisse almaya, satmaya, alım emrini geri çekmeye, kredi kullanım iradesinden vazgeçmeye yönelten gerçeğe aykırı bilgilerin<sup>74</sup>, kooperatifin arsasının kamulaştırma yahut kentsel dönüşüm kapsamına alındığına ilişkin bilginin<sup>75</sup> önemli olduğu kabul edilir. Keza banka personelinin ücretlendirme politikalarına ilişkin raporların, anonim şirket olarak kurulan bankanın kısa vadeli karlılığı ile ilişkilendirilerek bankanın taşıyabileceği risk düzeyini aşan risk alımını teşvik edici mahiyette ve uzun vadeli finansal güç ve sermaye yeterliliğine uygun düşmeyen gerçek dışı bilgiler barındırması da önemli gerçeğe aykırı bilgiye örnek gösterilebilir<sup>76</sup>. Şirketin gelecekteki mali durumu ile ilgili olumlu yahut olumsuz görüşler beyan edilmesi, henüz gerçekliği teyit edilemediğinden, suç oluşturmaz. Buna karşılık, herhangi bir somut ekonomik veriye dayanmayan ve şirketin gerçek durumuyla bağdaşmayan kazanç uyarılarının, somut olayın özelliklerine göre titizlikle değerlendirilmesi gerekir<sup>77</sup>.

69 “Sırf gerçeğe aykırılıktan doğan suçlar-nitelikli gerçeğe aykırılığın suç kabul edildiği haller” şeklindeki ayırım ve TCK m.164’te düzenlenen suçun, nitelikli gerçeğe aykırılık kapsamında değerlendirilmesine ilişkin bkz. **Dursun**, Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, s.178 vd.

70 BGE 104 IV 77, 14.4.1978, S.85. (www.bger.ch, erişim tarihi: 08.09.2020). Söz konusu kararda belirtilen düşünceyle aynı yönde bkz. **LEHMANN, Peter**, Die “kleine Aktienrechtsrevision” (Teil 2) – Neuerungen in den Bereichen Aktionärsrechte, Firma, Handelsregister, GesKR 2007, s.426.

71 **Donatsch**, Buchführung, s.206.

72 “...yönetim kurulu tarafından arsa sahiplerinin açmış olduğu dava ve aşamalarından genel kurula yeterli derecede bilgi verildiği ve ödeme yapılması konusunda genel kurulu kararı alındığı...” (Yargıtay 15. CD., 20.2.2018, 2016/545 E., 2018/1165 K.)

73 **KISSLING, Mischa**, Der Mehrfachverwaltungsrat (Die Tätigkeit in Verwaltungsräten mehrerer Aktiengesellschaften aus Sicht des Zivil-, Straf-, Wettbewerbs-, Steuer – und Sozialversicherungsrechts, Schultess, 2007, kn.616.

74 **Hanslin**, kn.179.

75 Yargıtay 15. CD., 20.2.2017, 2017/14882 E., 2017/6279 K.

76 Benzer görüş için **JUTZI, Thomas**, Unternehmenspublizität Grundlinien einer rechtlichen Dogmatik zur Offenlegung von unternehmensbezogenen Informationen, Stämpfli Verlag, 2017, kn.528.

77 **Lanz/Ryser**, s.31.

Daha önce belirtildiği üzere, bu suçun oluşması için herhangi bir zararın ortaya çıkması aranmamış olsa da kooperatif veya şirketle ilgili kişiler işlenen fiil dolayısıyla zarara uğramış olabilir. Diğer bir deyişle, işlenen fiil dolayısıyla bu kişilerin malvarlıklarında bir azalma meydana gelmiş olabilir. Bu durumda, zararın miktarı, bilginin önemli olup olmadığı değerlendirilmesinde dikkate alınmaz. Bu bakımdan örneğin, bir yatırımcının, şirketle ilgili gerçeğe aykırı bilgi nedeniyle sahip olduğu hisseler üzerindeki tasarrufu düşük miktarda olsa da bu bilginin, yatırımcı davranışını etkilemesi nedeniyle önemli olduğu sonucuna varılmalıdır<sup>78</sup>.

### **cc. Bilginin, Şirket veya Kooperatife İlişkin Bulunması**

TCK m.164'te, failin verdiği yahut verdirttiği gerçeğe aykırı bilginin şirket hakkında olması gerektiğine ilişkin bir ibareye yer verilmemekle birlikte, maddenin kenar başlığı, “şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi” şeklinde belirlendiğinden, bu gerekliliğin mevcudiyeti hususunda bir tereddüt yoktur. Bununla birlikte, gerçeğe aykırı bilginin ilişkin olduğu şirketin türü ile ilgili ne madde metninde ne de gerekçede bir tespit mevcuttur. Failin özellikleri zikredilirken, yönetim, denetim kurulu üyelerinden, tasfiye memurundan söz edilmiş olması, gerçeğe aykırı bilginin genel kurula sunulması gerektiğine işaret edilmesi dolayısıyla, ticari şirketlerin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku yoktur. Aynı şekilde, gerçeğe aykırı beyanların kamuya yönelik olması da şirket faaliyetleri ile ilgili bilgilerin kamu nezdinde önem taşıması halinde söz konusu olabileceğinden, SPK'nın 16'ncı ve 3'üncü maddeleri uyarınca hisseleri halka arz olunan ortaklıkların da maddede zikredilen şirket kavramına dahil olduğu açıktır.

Bu hususta tereddütlü olan, teknik manada genel kurul, yönetim kurulu, denetim kurulu gibi yapıları bulunmayan, ancak tasfiyesinde ortakların oybirliği ile bir tasfiye memuru atayabileceği, ortak ve yöneticisi bulunan adi ortaklıkların da maddenin uygulama alanında olup olmadığıdır. Konuyla ilgili olarak madde gerekçesinde, şirket veya kooperatifler alanında kamunun veya sözü geçen kuruluşların genel kurullarının aldatılmalarının önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilmiş, maddenin kenar başlığında da “şirket” kavramına yer verilmiştir. Adi ortaklığın, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 609 ve devamı maddelerinde düzenlendiği, ticari işletme mahiyetinde olmadığı dikkate alındığında, kanun koyucunun, adi ortaklıkları hükmün tatbikat alanı dışında bıraktığı söylenebilir. İsviçre Ceza Kanunu m.152'de, ticaret şirketleri yanında, ticari faaliyette bulunan herhangi bir işletmeden bahsedilerek, hükmün uygulamasına adi şirketler de dahil edilmiştir<sup>79</sup>.

78 Trechsel/Crameri, kn.7 (s.894).

79 Schmid, s.7; Trechsel/Crameri, kn.3 (s.892).

### c. Gerçeğe Aykırı Bilginin Veriliş Biçimine İlişkin Özellikler

#### aa. Beyanın Kamuya Yöneltilmesi

TCK m.164'te, kamuya yapılan beyanlara özellikle yer verilmesi, ticari hayatta geniş bir kitleye hitaben paylaşılan gerçeğe aykırı bilgilerin, ilgililerin, yatırım aracı olarak kullandıkları varlıklar hakkındaki tasarruflarını etkileme riskini artırması<sup>80</sup> ve şirketlerin idaresine duyulan güveni daha derin etkileme imkanına sahip olması ile bağlantılıdır. Madde gerekçesine göre, beyanın kamuya yöneltilmesinden maksat, basın ve yayın yoluyla veya postayla prospektüsler gönderilerek belirli olmayan kişilere hitap edilmesi ve bunlara yanlış bilgi verilmesidir<sup>81</sup>. Söz gelimi, ticaret sicilinde yayımlanması gereken konularla ilgili olarak gerçeğe aykırı bilgiler paylaşılması, yayın yoluyla kamuya beyanda bulunulması kapsamında değerlendirilmelidir. Yargıtay da konuyla ilgili olarak verdiği bir kararında<sup>82</sup>; "... Çukurdere Madencilik Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti'nin Anonim şirkete dönüştürülmesi işlemlerinin yapılması sırasında katılanın bilgi ve onayı dışında denetçi olarak sözleşmeye isminin yazıldığı, yönetim kurulu kararı alındığı ve bu kararın 03/08/2009 tarihinde Ticaret Sicil Gazetesinde tescil ve ilan edildiği, Çukurdere Anonim Şirketinin 09/10/2009 tarihli bir kararıyla yönetim kurulunun tekrar toplanarak denetçi olarak belirlenen katılanın yerine başkasını seçtikleri, bu kararı da 13/10/2009 tarihinde tescil ile 16/10/2009 gününü Ticaret Sicil Gazetesinde ilan ettirdikleri, katılanın Anayasa Mahkemesi üyesi olup başka herhangi bir görev alamayacağı, ana sözleşme altında imzası bulunan şirket ortakları olan sanıklar F. A. ile İ. G.'ün şirket veya kooperatif hakkında yanlış bilgi verme suçunu işledikleri iddia edilen olayda, her ne kadar sanıklar savunmalarında şirket nevi değişikliği işlemlerinin şirket avukatı tarafından vekaleten yapıldığını, kendilerinin olaydan haberlerinin olmadığını beyan etmişler ise de, tanık olarak dinlenen F. Ö. ifadesinde şirketin nevi değişikliği sözleşmesini kendisinin hazırladığını, ancak hazırladığı ana sözleşmeyi de sanıklara gösterdiğini ve onların onayını aldığını beyan etmesi ve dosya içeriğine göre sanıkların suçtan kurtulmaya yönelik savunmalarına itibar edilmemiş, toplanan delillere göre sanıkların katılanın bilgisi ve onayı dışında kendisini şirket denetçisi olarak göstermek suretiyle üzerlerine atılı suçu işledikleri..." diyerek benzer sonuca ulaşmıştır.

Kamuyu aydınlatma ilkesinin<sup>83</sup> sonucu olarak TTK m.1524'e göre, "denetime tabi olan sermaye şirketleri<sup>84</sup>, kuruluşlarının ticaret siciline tescili tarihinden itibaren üç ay içinde bir internet sitesi

80 Benzer görüş için bkz. **EVİK, Ali Hakan**, Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma ve Sahtecilik Suçları II, Ceza Hukuku Dergisi, S.42, Nisan 2020, s.42.

81 "...katılan tarafından yapılan icra takibine, sanığın kooperatif başkanı olarak, borca itiraz dilekçesi verip, herhangi bir borcu bulunmadığı şeklindeki beyanın, kamunun gerçeğe aykırı bir şekilde yanıltılmasının söz konusu olmadığı..." (Yargıtay 15. CD., 15.12.2016, 2014/9247 E., 2016/9590 K.)

82 Yargıtay 15. CD., 20.10.2015, 2013/15563 E., 2015/30330 K.

83 "Pay sahiplerinin menfaatlerine zarar verebilecek risklere karşı öngörülen tedbirlerinden ilki, pay sahiplerinin şirketin faaliyeti, işlemleri, ekonomik ve mali durumu hakkında bilgi sahibi olmasını sağlamaya yönelik haklardır. Bu haklar, anonim şirkette yönetimi elinde bulunduranları, şirket kaynaklarını ve imkanlarını hukuka ve dürüstlük kuralına uygun bir biçimde kullanmaya zorlayacak yetkiler içerir. Bu amaca hizmet eden temel ilke, kamuyu aydınlatma ilkesidir. Kamuyu aydınlatma, şirket yönetimi tarafından, işletmelerin mali durumu ve ekonomik faaliyeti hakkında verilen bilgilerin, yapılan açıklamaların tamamını ifade eder." **ATALAY, Oğuz**, Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması, in: Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZE Armağan (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014,) s. 57.

84 Halen yürürlükte olan 26.03.2018 tarih ve 2018/11597 sayılı Bağımsız Denetime Tabi Şirketlerin Belirlenmesine Dair



açmak ve bu sitenin belirli bir bölümünü şirketçe kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanmasına özgüleme” yükümlülüğü altındadır<sup>85</sup>. Bu kapsamda denetime tabi sermaye şirketinin internet sitesinde kamu ile paylaşılan bilgilerin gerçeğe aykırılığı, bu suçun oluşmasına neden olacaktır. Şirketlerle ilgili kamusal alanlarda kurulan reklam panolarına verilen ilanlarda bu tarz bilgilerin yer alması durumunda da benzer sonuca varılabilir. Ayrıca söz gelimi, şirket yönetim kurulu başkanının bir gazeteci ile yaptığı röportaj sırasında aktardığı gerçek dışı beyanlar da anonim birden fazla kişiye paylaşılacağı bilindiğinden, kamuya yapılmış sayılır<sup>86</sup>.

Bir bilginin kamuya açıklanmış sayılması, yalnızca belirsiz sayıda kişiye değil, aralarında kişisel ilişki bulunmayan çok sayıda kişiye yönelik beyanları da kapsar<sup>87</sup>. Ancak bunun için gerçeğe aykırı beyanın, doğrudan veya tek bir aracı vasıtasıyla birden fazla kişiye ulaştırılması zorunludur. Söz gelimi, bir kişinin gönderdiği mailin birden fazla kişi tarafından başka üçüncü kişilere iletilmesi, bu yönde ortak bir irade bulunsa da kamuya bildirim kapsamında değerlendirilemez<sup>88</sup>.

SPKn’ye tabi şirketler açısından kamuyu aydınlatma ilkesinin şekli yönü, şirketlerle ilgili bilgilerin belli araçlarla kamuya sunulması, maddi yönü ise sunulan bilginin yeterliliğinin, doğruluğunun, açıklığının, karşılaştırılabilirliğinin bulunmasıdır<sup>89</sup>. Bu çerçevede sermaye piyasası araçlarının ihracı sürecinde, SPKn’ye göre hazırlanması gereken ve ihraççıya, varsa garantöre, garantinin niteliğine ve ihraç edilecek sermaye piyasası araçlarına ilişkin bilgiler içeren izahnamede<sup>90</sup> yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgiler nedeniyle, ihraççının veya halka arz eden şirketin yönetim kurulu üyelerinin TCK m.164 dolayısıyla sorumlulukları söz konusu olabilir. Nitekim İsviçre hukukunda, Borsa Düzenleme Kurulu tarafından ihdas edilerek 2.1.2020 tarihinde yürürlüğe giren, halka arz edilecek hisse senetlerinin kote edilmesine (kaydedilmesi) ilişkin kuralların düzenlendiği regülasyonun (KR – *Kotierungsreglement*<sup>91-</sup>)<sup>92</sup> 56’ncı maddesine göre<sup>93</sup> (f.2), yönetim işlemlerinde yatırımcının bilgilendirilmesi ve piyasa dolandırıcılığının önüne geçilmesi amacıyla yönelik olarak, çıkarılan hisse senetleri öncelikli olarak SIX Swiss Exchange AG’de (=İsviçre Borsası) kote olan

Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca, denetime tabi olan sermaye şirketleri, “Karara Ekli (I) ve (II) Sayılı Liste Kapsamında Yer Almayan ve Halka Açık Sayılmayan Şirketler”, “Herhangi Bir Ölçüte Tabi Olmaksızın Denetim Kapsamında Olan Şirketler” ve “Daha Düşük Ölçütler Belirlenen Özel Şirketler” şeklinde üçlü bir ayrıma göre belirlenmiştir. Birinci ve üçüncü kategoride, şirketin aktiflerinin toplam değeri, yıllık satışlardan ortaya çıkan net hasılatı ve çalışan sayısı dikkate alınmıştır.

85 Söz konusu hükmün, çoğunluğun gücüne engel olmak ve bu gücü, diğer menfaat sahiplerini gözetecek şekilde sınırlandırmak amacıyla getirilmiş doğrudan düzenlemeler kapsamında değerlendirilmesine ilişkin bkz. *Evik*, s. 49.

86 *Schlegel*, kn.4. Yanlış bilginin, kamuya paylaşılacak üzere belli bir kişiye iletilmesi de bu kapsamdadır. (*Schleiffer/ Reinwald*, s.405)

87 *Schlegel*, kn.4.

88 BGE 104 IV 77, 14.4.1978, S.85. ([www.bger.ch](http://www.bger.ch), erişim tarihi: 14.09.2020).

89 **DUMAN, Haluk**, Sermaye Piyasasının Etkinliği Açısından, Kamunun Aydınlatılması Sürecinde, Şirket Çevresinin İhtiyaç Duyduğu Bilginin Özellikleri: İMKB’de Bir Uygulama, Muhasebe ve Finansman Dergisi, Nisan 2011, s.111, 112.

90 Bu izahnameler kamuya açıklanmaktadır.

91 Bkz. [www.six-exchange-regulation.com](http://www.six-exchange-regulation.com) (erişim tarihi: 22.09.2020)

92 Regülasyonun amacı, ihraççılara, borsa işlemlerine mümkün olduğunca özgür ve eşit erişim ile yatırımcılara, ihraççıların kalitesi ve menkul kıymetlerin özellikleri konusunda şeffaflık sağlamak şeklinde belirlenmiştir (m.1).

93 Maddede, yönetim işlemlerinin açıklanmasına (= *Offenlegung von Management-Transaktionen*) ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

ihraççılar, yönetim kurulu üyelerinin veya şirket yönetiminin, finansal araçlar bakımından katılma hakkı ile ilgili işlemlerini, en geç işlemin yapıldığı günü takip eden iki iş günü içerisinde bildirmekle yükümlüdürler. Maddenin 5'inci fıkrasında ise, bu bilgilerin kamuya duyurulması öngörülmektedir. Söz konusu bilgilerin gerçeğe aykırılığının, şirket hakkında yanlış bilgi suçunu oluşturduğu ifade edilmiştir<sup>94</sup>.

Bunun dışında, aynı regülasyonun 53'üncü maddesine göre ihraççı, faaliyet alanı içerisinde fiyatlama ile ilgili vakıalar<sup>95</sup> hakkında piyasaya bilgi verme yükümü altındadır. Bu bilgilerin gerçeğe aykırı olması halinde de şirket hakkında yanlış bilgi verme suçu oluşur<sup>96</sup>.

Hukukumuzda, benzer düzenlemelere SPK'de yer verilmiştir. Örneğin SPK'n m.14'e göre ihraççı, kamuya açıklanacak finansal tablo<sup>97</sup> ve raporları, zamanında, tam ve doğru bir şekilde hazırlamak zorundadır. Buna yönelik olarak maddede, *"finansal tablo ve raporların hazırlanmasından, sunulmasından ve gerçeğe uygunluğu ile doğruluğundan ihraççı ile kusurlarına ve durumun gereklerine göre ihraççının yönetim kurulu üyeleri sorumludur"* denilerek doğru ve gerçeğe uygun tablo ve rapor yükümlülüğünün kime ait olduğu açıkça belirlenmiştir. Ayrıca finansal tablo ve raporlarla ilgili olarak bunları hazırlayan ortaklık yöneticileri ile birlikte sorumlu yönetim kurulu üyelerinin kamuya yapacakları bildirimlerde, finansal tablo ve raporların gerçeğe uygunluğu ve doğruluğu konusundaki beyanlarına yer verilmesi de zorunlu tutulmuştur<sup>98</sup>. SPK'n m.112/2'de, *"finansal tablo ve raporları gerçeği yansıtmayan şekilde düzenleyenler"* ve *"kayıtlarda her türlü muhasebe hilesi yapanların"* TCK'nın ilgili hükümlerine göre cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu kapsamdaki sorumluluğun, TCK m.164'e göre gündeme geleceği söylenebilir<sup>99</sup>.

Keza SPK'n m.15/1'de, sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgi, olay ve gelişmelerin, ihraççılarca veya ilgili taraflarca

94 Schleiffer/Reinwald, s.404; Weber/Baumann, s.82.

95 Bunlar, piyasa fiyatlarında değişikliğe neden olabilecek öneme sahip olmalıdır (KR. Art. 53/1).

96 Lanz/Ryser, s.27.

97 *"Bir işletmenin faaliyet ve sonuçları ile doğrudan ilgili olan kesim sadece o işletmenin sahip veya ortakları değildir. İşletmelerle doğrudan ilgili olan işletme sahip veya ortaklarının yanı sıra o işletme ile ticari, mali ve ekonomik ilişkiler kuran işletmeler veya toplum bireyleri, kredi, finans ve yatırım kuruluşları ile çeşitli kamu kurum ve kuruluşları işletmenin faaliyet ve sonuçları ile ilgilenmekte ve bu konuda sağlıklı ve güvenilir bilgi sahibi olmak istemektedirler. İşletmelerin faaliyet ve sonuçları konusunda bilgi kaynağı ise o işletmenin muhasebe kayıt ve belgeleri ile bunlara dayanılarak hazırlanmış mali tablolarıdır. Muhasebe bilgilerinin sunulduğu mali tablolara dayanılarak karar alma durumunda bulunan ilgililerin karar almalarında en önemli etken, bu bilgilerin sağlıklı ve mukayese edilebilir nitelikte olmasıdır. Makro açıdan milli gelir hesapları ve benzeri istatistiklerin çıkarılmasında, kalkınma planlarının hazırlanmasında, ulusal ve uluslararası sermaye hareketlerinin düzenlenmesinde, ekonomik faaliyetlerin Devlet tarafından kontrol edilmesi ve yönetilmesinde muhasebede tekdüzeliğin sağlanması büyük önem arz etmektedir. Kaldı ki, mali tablolar aracılığı ile ilgililere sunulan bilgilerin denetlenmesinin gerekli olduğu hallerde, tekdüzen hesap planı uygulamasının denetimin iş yükünü azaltacağı ve kolaylaştıracağı da açıktır."* (Maliye ve Gümrük Bakanlığı 1 No' lu Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği, – III-Düzenlemenin Niteliği-, Resmi Gazete No:21447/Mükerrer, Resmi Gazete Tarihi: 26.12.1992, [https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21447\\_1.pdf](https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21447_1.pdf), erişim tarihi: 17.10.2020)

98 Finansal tablo ve raporlarda gerçeğe aykırılığın, dönemsel süreklilik arz eden açıklamalar kapsamında nitelendirilmesine ilişkin bkz. **Dursun**, Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, s.218.

99 SPK'n m.112/3'te, özel belgede sahtecilik suçundan dolayı cezaya hükmedebilmek için, sahte belgenin kullanılmış olması şartı aranmayacağı ifade edildiğinden, bu durumda ayrıca özel belgede sahtecilik suçundan da sorumluluk söz konusu olacaktır.

kamuya açıklanması öngörülmüştür. Bu çerçevede öngörülen yükümlülüklerle aykırı olarak kamuya yapılan beyanlarda gerçeğe aykırı bilgiler paylaşılması<sup>100</sup>, TCK m.164'te yer verilen suçu oluşturur. Örneğin işletmelerin varlıklarını, kaynaklarını ve borçlarını gösteren finansal tablolarda, şirketin mali yapısında meydana gelen değişiklikler yanlış bildirilebilir. Ticari alacaklarla ilgili gerekli yasal işlemler yapılmamasına rağmen, bu konuda yanlış bilgi verilmesiyle şirketin iyi bir alacak yönetim politikasına sahip olduğu gösterilmeye çalışılabilir. Şirketin mevcut varlıklarını kiralama yoluyla tekrar mali/finansal tablolarında göstermesi de söz konusu olabilir<sup>101</sup>. Bu gibi hallerde, açıklanan bilgiler olguyu tam olarak temsil etmediği için finansal tablolarda kamuya yanlış bilgi sunulması söz konusudur. Ancak daha önce ifade ettiğimiz üzere, tüm bu hususlarda yanlış kabul edilemeyecek eksik bilgi verilmesi yahut aydınlatma yükümüne aykırı olarak bilgi verilmemesi, TCK m.164 kapsamında değerlendirilemez. Çünkü maddede, gerçeğe aykırı bilgi verme veya verdirtme suç olarak kabul edilmiştir.

Düşüncemize göre, şirketle ilgili bilgi verme yükümlülüğü altında olan kişilerce eksik bilgi verilmesi veya hiç bilgi verilmemesinin de hükmün kapsamına alınması yerinde olacaktır. Nitekim mehz İsviçre Ceza Kanunu m.152'de eksik bilgi verilmesi de bu suç yönünden tipik bir davranış olarak kabul edilmiştir.

Belirtmek gerekir ki SPKn'ye tabi bir şirketin yönetim kurulu üyelerince, gerçekleştirilen önemli bir yönetim işlemi hakkında şirket genel kuruluna kasıtlı olarak yanlış bildirimde bulunulmakla birlikte, burada yer alan bilgilerin BISTECH aracılığıyla elektronik raporlama platformunda yayınlanması durumunda hem kamuya hem de genel kurula yanlış bilgi verme gündeme gelecektir<sup>102</sup>. Bu kapsamda, genel kurula verilen bilgi ve kamuya yapılan paylaşımdan hangisi önceyse, suçun işlenme zamanını buna göre belirlemek gerekir.

### **bb. Genel Kurula Rapor veya Öneri Sunulması**

Bu suçta, fiile ilişkin olup gerçeğe aykırı bilginin veriliş biçimine dair bir özellik olarak düzenlenen diğer husus, söz konusu bilginin, genel kurula sunulan rapor veya önerilerde yer almasıdır. Gerçeğe aykırı bilginin, genel kurul dışındaki bir organa yahut mercie sunulması durumunda, fiil tipik değildir<sup>103</sup>.

100 Kamunun aydınlatılmasında özel durumlar başlığı altında düzenlenen bu durumlarda verilen bilgilerin, dönemsel olmayan, özel duruma bağlı sürekliliğe sahip açıklamalar kapsamında nitelendirilmesine ilişkin bkz. **Dursun**, Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, s.219.

101 Bunların, tam açıklama yükümlülüğüne aykırılığına ilişkin bkz. **Duman**, s.110.

102 **Schleiffer/Reinwald**, s.405.

103 “Sanığın, ... Yatırım Holding Anonim Şirketi'nin ortağı ve yönetim kurulu başkanı olduğu, şirketin borcu nedeniyle başlatılan icra takibinin kesinleşmesi nedeniyle haciz işlemi için şirkete giden icra memuruna sanık tarafından şirketin bir ay önce ... isimli kişiye devredildiğinin belirtildiği, bu beyanın haciz tutanağına yazılarak haciz işlemine son verildiği ancak sanığın şirketi devretmemesine rağmen haciz işleminden kurtulmak amacıyla şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi ve resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçlarını işlediğinin iddia edildiği olayda; Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün yazısı ile sabit olduğu haliyle, sanığın şirketi devretmediği ancak 5237 sayılı TCK'nın 164. maddesi gereğince suç oluşabilmesi için, kamuya yapılan beyanlarda veya genel kurula sunulan raporlarda gerçeğe aykırı bilgi verilmesi gerektiği...” (Yargıtay 15. CD., 11.11.2019, 2017/30885 E., 2019/11393 K.)

Daha önce ifade edildiği üzere, kooperatifin arsasının kamulaştırma yahut kentsel dönüşüm kapsamına alınmadığı veya kooperatif ya da şirket hakkında ikame edilmiş bir dava veya başlatılmış olan bir icra takibinin mevcut olmadığına dair bilginin, gerçeğe aykırı olarak genel kurula sunulması bu suçu oluşturur<sup>104</sup>. Keza TTK'da yer verilen, hâkim şirketin her pay sahibinin genel kurulda, bağlı şirketlerin finansal ve malvarlığıyla ilgili durumları ile hesap sonuçları, hâkim şirketin bağlı şirketlerle, bağlı şirketlerin birbirleriyle, hâkim ve bağlı şirketlerin pay sahipleri, yöneticileri ve bunların yakınlarıyla ilişkileri, yaptıkları işlemler ve bunların sonuçları hakkında, özenli, gerçeği aynen ve dürüstçe yansıtan hesap verme ilkelerine uygun, doyurucu bilgi verilmesini talep hakkına ilişkin düzenleme (TTK m.200) ve bağlı ve hakim şirketlerde rapor düzenlenmesine ilişkin TTK m.199'da yer verilen hükümler uyarınca, yönetim kurulunca hazırlanan ve genel kurula sunulan raporlarda gerçeğe aykırı bilgiler bulunması durumunda da TCK m.164'te tanımlanan suç oluşur.

Genel kurula gerçeğe aykırı bilgi verilmesinin en tipik örneklerinden bir tanesi, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, gerçeğe aykırı bilançoların sunulmasıdır. Bir ticari işletme, ticari faaliyetinin başında ve her faaliyet döneminin sonunda, varlık ve borçlarının ilişkisini gösteren finansal tabloyu (sırasıyla açılış bilançosunu ve yıllık bilanço) çıkarmak zorundadır (TTK m.68/1). Bilanço ile gelir tablosu, yıl sonu finansal tablolarını oluşturur (TTK m.68/3). Aksine kanuni hükümler ve Türkiye Muhasebe Standartları saklı kalmak kaydıyla, finansal tabloların, ticari işletmenin tüm varlıklarını, borçlarını, peşin ödenen giderler ile peşin tahsil edilen gelirleri, teknik terimle dönem ayırıcı hesapları, bütün gelir ve giderleri doğru şekilde değerlendirilmiş olarak göstermesi zorunludur (TTK m.72/1).

Söz konusu düzenlemelerden çıkan sonuca göre, şirket yönetim kurulu tarafından düzenlenen mali/ finansal tablolar, gerçeğe uygun ve denetime elverişli olmalıdır. Görüldüğü gibi, yönetim kurulu üyeleri açısından finansal tabloların oluşturulması, TTK uyarınca bir görev mahiyetindedir. Bunların gerçeğe aykırılık taşıması durumunda, diğer şartların da varlığı halinde ilgili yönetim kurulu üyesi/ üyelerinin TCK m.164'e göre ceza sorumluluğu gündeme gelecektir.

## 2. Suçun Konusu

Bir görüşe göre TCK m.164'te yer verilen suçun konusunu, mağdura ait malvarlığı değerleri oluşturmaktadır<sup>105</sup>. Bununla birlikte yargı kararlarında<sup>106</sup>, suçun konusunun, kamuya yapılan

104 Önceki açıklamalarımızda değindiğimiz üzere, bu konularda genel kurula bilgi verilmemesi halinde fiil tipik değildir. Zira kanun koyucu, bilgi vermemeyi değil, yanlış bilgi vermeyi cezalandırmıştır.

105 Artuç, s.880; Bayraktar ve diğer yazarlar, s.413.

106 "TCK 164. maddesinde yer alan suçun konusunu kamuya yapılan yalan beyanlar ile ilgilileri zarara uğratacak şekilde genel kurula sunulan raporların oluşturduğu; bu kapsamda, kamuya yapılan beyanların basın ve yayın yoluyla veya postayla prospektüsler gönderilerek, belirli olmayan kişilere hitap edilmesi şeklinde işlenmiş olabileceği gibi bu tür gerçeğe aykırı önemli bilgilerin genel kurula sunulan raporlarda ya da önerilerde "Gerçeğe uymayan bilançolar yapılması, gerçeğe aykırı karlardan bahsedilmesi biçiminde de işlenmiş olabileceği, ancak bütün bunların, yapılan açıklamanın sunulan raporların veya önerilerin gerçeğe aykırı olduğu bilinerek aldatma kastıyla doğruymuş gibi gösterilmesi ve buna dayalı olarak şirket ya da kooperatifle ilgili bir başkasının iktisadi menfaatinin zarara uğramış veya en azından zarara uğrama tehlikesiyle karşı karşıya kalmış olması zorunludur." (Yargıtay 15. CD., 7.11.2016, 2014/2451 E., 2016/8391 K.)

beyanlar ile ilgilileri zarara uğratabilecek şekilde sunulan rapor veya önerilerde yer alan bilgilerden ibaret bulunduğu ifade edilmiştir.

Suçun konusu, tipik hareketin üzerinde işlendiği kişi yahut şeydir<sup>107</sup>. Bu bakımdan öncelikle, maddede yer verilen tipik hareketin konusunun, ilgili kişilerin malvarlığı değerlerinden ibaret olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira maddede cezalandırılan fiilin bazı özelliklere sahip olması durumunda, ilgililerin bu bilgiye göre nasıl tasarrufta bulunacaklarına itibar edilmeksizin, failin cezalandırılması öngörülmüştür. Yukarıda, korunan hukuki değer ve suç tipinin mevzuattaki yerine dair yapılan değerlendirmeler bakımından tekrara düşmemek adına, burada yalnızca, madde gerekçesinde korunan hukuki değere atfen yer verilen, “şirket veya kooperatiflerin idaresinde duyulan güven” ibaresinin de bu konuda bir yorum aracı olarak kullanılabilmesine atıf yapmakla yetiniyoruz<sup>108</sup>.

Failin şirket veya kooperatife ilişkin gerçeğe aykırı bilgi de suçun konusu değil, yukarıda izah edildiği üzere, soyut tipte tarif edilen fiile ilişkin bir özelliktir. TCK m.164’te, fail tarafından verilen veya verdirilen bilginin hangi konuyu kapsadığı hususunda bir belirleme yapılmamıştır. Bu yönüyle söz konusu suç tipi, SPKn m.107/2’de düzenlenen bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçuyla benzerlik gösterir. Nitekim anılan suç açısından da kanun koyucu, tipik harekete matuf olarak sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi verme, söylenti çıkarma, haber verme, yorum yapma veya rapor hazırlama ya da bunları yaymadan bahsetmekle yetinmiş, hareketin konusuna dair herhangi bir tespit bulunmamıştır<sup>109</sup>.

Bununla birlikte, şirket veya kooperatifler hakkında verilen veya verdirilen gerçeğe aykırı bilginin, ilgilileri malvarlığı açısından zarara uğratabilecek bir öneme sahip olması gerektiğine ilişkin maddede yer verilen ifade, suçun konusuna ilişkin genel bir çerçeve ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, bilginin şirket veya kooperatifler ile ilgili kapsadığı konu böylece belirlenebilir. Örneğin, TTK’nın genel kurul toplantıları hakkındaki 409’uncu maddesi uyarınca, yönetim kurulu yıllık raporu veya diğer hususlara ilişkin rapor veya önerilerde, şirketin mali durumuna ilişkin gerçeğe aykırı kar veya zarardan söz edilmesi halinde, suçun konusunu buna göre belirlemek mümkündür. Keza şirket veya kooperatif genel kuruluna, genel kurul toplantısı esnasında veya toplantı öncesinde, geçmiş dönemlere ilişkin raporlarda veya mevcut durum esas alınarak yapılan geleceğe yönelik istek ve tekliflerde yanlış bilgi verilmesi halinde, genel kurula sunulan rapor ve önerilerde gerçeğe aykırı bilgi verilmesi söz konusudur. Madde gerekçesinde, yanlış bilgiye örnek olarak gerçeğe uymayan bilançolar yapılması<sup>110</sup>, gerçeğe aykırı kardan bahsedilmesi gösterilmiştir.

107 **KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018, s.118; **ÖZBEK, Veli Özer/BACAŞIZ, Pınar/DOĞAN, Koray/TEPE, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018, s.211.

108 Ekonomik suçlarda, suçun konusunun tespitinin genellikle zor olduğu hususunda bkz. **Küçüktaşdemir**, s.122.

109 **Dursun**, Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, s.311.

110 Yargıtay 15. CD’nin, 7.11.2016, 2014/2451 E., 2016/8391 K. sayılı ilamında da gerçeğe aykırı bilanço yapılmasının bu suç kapsamında kabul edilebileceğine işaret edilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi’nin 6B\_25/2008 sayılı, 9.10.2008 tarihli kararında da gerçeğe aykırı bilanço ve finansal tablolar hazırlanması, tipik davranışlar olarak kabul edilmiştir. ([www.bger.ch](http://www.bger.ch), erişim tarihi: 18.10.2020)

### 3. Fail

Suçun faili, bir şirket yahut kooperatifin, ortak, idareci, müdür veya temsilcileri veya yönetim veya denetim kurulu üyeleri veya tasfiye memuru sıfatını taşıyan kişiler olabilir<sup>111</sup>. Bu yönüyle TCK m.164'te düzenlenen suç tipi, ekonomik suçların genelinde müşahede edildiği üzere<sup>112</sup> özgü suç özelliği taşımaktadır<sup>113</sup>. Bu kapsamda, maddede belirtilen sıfatları haiz olanların belirlenmesinde, Türk Ticaret Kanunu ve Kooperatifler Kanunu hükümleri çerçevesinde, şirket veya kooperatifin yönetim-organizasyona ilişkin yapısı nazarı itibara alınacaktır<sup>114</sup>. Örneğin, TTK m.370 vd. hükümlerine göre anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri, şirketi temsil etme yetkisini, bir murahhas üyeye ya da müdür olarak üçüncü kişiye devretmişlerse, bu kişi suçun faili olabilir.

Maddede düzenlenen seçimlik hareketler yönünden fail, gerçeğe aykırı önemli bilgiyi kendisi verebileceği gibi, örneğin şirkette çalışan bir başkasına da verdirtebilir<sup>115</sup>. Zira maddede, gerçeğe aykırı önemli bilginin verilmesi yanında, verdirilmesi de tipik bir davranış olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla, bilgiyi veren ve verdiren kişiler, bu bilginin gerçeğe aykırı oluşturulması ve sunulması görev ve yetkisine sahip olup maddede belirtilen sıfatları taşıyorlarsa, bunlardan her birinin fail olduğu sonucuna ulaşılmalıdır.

İsviçre hukukunda, İsviçre Ceza Kanunu m.29'da yer verilen özel düzenleme dolayısıyla<sup>116</sup>, maddede sayılan kişilerden olmasa dahi şirket iradesinin oluşumunda belirleyici olan kişiler de (fiili organ)<sup>117</sup>

111 Bu sıfatı taşımayan kişiler söz konusu suçun faili olamazlar. Nitekim Yargıtay 15. CD'nin 2.7.2020 tarih ve 2017/31008 E., 2020/7348 K. sayılı ilamında, "...Katılan ...'in S.S. ... Konut Yapı Kooperatifi Başkanı olduğu, sanığın da bu kooperatifte üye olduğu, 30/06/2013 tarihinde gerçekleşmiş genel kurulda sanığın kooperatif başkanlığına aday olduğu, adaylık süreci içerisinde dağıtmış olduğu el ilanında "...başkan biz üyeleri hep ahmak yerine koymaktadır.... başkanın doğru söylediğini hiç görmedim... sizlere çok miktarda delil ve yolsuzluk belgesi sundum.... isteyene gelsin elden de veririm, bu kooperatif çok uzadı, üyeler perişan oldu...." şeklinde kooperatif ile ilgili olarak gerçeğe aykırı bilgiler verdiği iddia edilen olayda; Şirket veya kooperatif hakkında yanlış bilgi vermek suçunun oluşabilmesi için kooperatif hakkında kooperatifin kurucusu, ortak, idareci, müdür veya temsilcilerin veya yönetim veya denetim kurulu üyeleri veya tasfiye memuru sıfatını taşıyan kişilerin kamuya yaptıkları beyanlar veya genel kurula sundukları rapor ya da öneriler aracılığıyla ilgililerin zarara uğramasına sebep olacak nitelikte gerçeğe aykırı kasten yanlış bilgi verilmesi veya verdirilmesi... gerekir" denilerek kooperatif üyesinin bu suçun faili olamayacağı belirtilmiştir.

112 İstisnaları bulunmak kaydıyla, ekonomik suçların genel itibarıyla gerçek özgü suçlar olduğu hususunda bkz. **Tiedemann/Engelhart**, kn.215; **WITTIG, Petra**, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Auflage, C.H Beck, München, 2020, s.38; **Aytekin-İnceoğlu**, s.11.

113 **WEISSENBERGER, Philippe**, Art. 152 StGB, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2. Auflage, Basel 2007, kn.4; **Schlegel**, kn.2; **Donatsch**, Art. 152, s.375, kn.2; **Schmid**, s.7.

114 **Lanz/Ryser**, s.29. Kooperatifler Kanunu'nun Ek Madde 2/son hükmü gereğince, ilgili Bakanlık, kooperatifler ve üst kuruluşlarının yönetim ve denetim kurulu üyeleri ile memurları hakkında görevlerine ilişkin olarak işledikleri suçlardan dolayı açılan kamu davalarına katılma talebinde bulunma hakkına sahiptir: "... CMK'nın 234/1-b maddesi gereğince kovuşturma evresinde sahip oldukları davaya katılma ve öteki haklarını kullanabilmeleri için Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığının dava ve duruşmalardan haberdar edilmeleri gerekir..." (Yargıtay 5. CD., 10.1.2019, 2018/6442 E., 2019/334 K.). TCK m. 164'ün gerekçesinde, maddede yer alan düzenlemenin sermayesi hisse senedine bölünmüş kamu iktisadi teşebbüslerinde de uygulanacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede, kamu iktisadi teşebbüsleri bakımından fail sıfatını haiz olabilecekler 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname düzenlemeleri çerçevesinde saptanmalıdır (**Bayraktar ve diğer yazarlar**, s.412).

115 **Schlegel**, kn.3

116 Söz konusu düzenlemeye göre, tüzel kişiliği haiz bir şirkete veya adi şirkete ait bir yükümlülük kapsamında gerçekleştirilen ve suç teşkil eden davranışlardan, o şirketin organlarından birinin üyesi veya şirketin çalışanı olmasa da fiili olarak şirketin yönetimine tesir eden kişinin sorumlu tutulması mümkündür.

117 Şirket idaresindeki etkileri nedeniyle bu kişilerin maddi anlamda organ teorisine göre hukuki sorumluluk altında

fail olarak kabul edilmiştir<sup>118</sup>. Bu doğrultuda İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi konuyla ilgili bir kararında<sup>119</sup>, bir tröst şirketin kuruluşunda, inançlı üye<sup>120</sup> ile sermayenin kısa sürede ödenmesi için gerekli olan fonları kendisine sağlayacağı hususunda anlaşmaya vardığı belirlenen kişi, her ne kadar resmi sıfatı itibarıyla failde aranan özellikleri taşımasa da şirketin idaresinde fiili olarak yer aldığı ve sermaye ile ilgili olarak gerçeğe aykırı bilgi verilmesini sağladığı gerekçesiyle, fail olarak kabul edilmiştir. Mahkemeye göre, şirket ile iş ilişkisine girmek isteyen üçüncü kişiler, kuruluş anında uygun varlıklara sahip şirkete güvenirliler. Sermaye konusunda yanlış bilgi, iflas riskinin farkında olmayan üçüncü şahısları, yatırım aracı olarak kullandıkları varlıklara zarar verecek tasarruflar yapmaya ikna etmeye elverişli olduğundan, bilgi, anılan suç bakımından aranan önemi haizdir.

Ticaret hukukunda, fiili organ teorisine göre maddi anlamda organ olarak kabul edilen kişilerin, hukukumuz açısından da fail olarak sorumlu tutulmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz.

Burada, inançlı yönetim kurulu üyesi açısından özel hukuk nezdinde yapılan ikili ayrıma da değinmek gerekir. *İlk grup*, bilgi ve eğitim düzeyi yüksek, toplumda bir yer kazanmış ve bu nedenle yönetim kuruluna seçilmiş kimselerdir ki, böylece şirket dışarıya karşı itibar kazanmakta, daha fazla güven telkin etmektedir. Buna karşılık *ikinci grup*, bu göreve kendi iradeleriyle değil, şirketin arkasında bulunan sermaye sahibinin (fiili organ) baskısıyla getirilen, çoğu zaman aynı şirkette hizmet akdiyle başka bir görevi ifa eden kimselerden oluşur. Yönetim için gerekli bilgi donanımına sahip olmayan, hatta kendisine yüklenen görev ve yetkinin ne anlama geldiğini bilmeyen ama şeklen bu görevi yerine getiren bu ikinci grubun, şeklen yönetim kurulu üyesi olsalar da fiilen organ sıfatını taşımadıklarından, yönetim kurulu üyesi sıfatından kaynaklanan özel hukuk sorumluluğundan bağışık tutulmaları gerektiği ifade edilmiştir<sup>121</sup>.

Hukukumuz bakımından, bilgiyi veren ve şekli anlamda organ olarak kabul edilen<sup>122</sup> ilk grup inançlı yönetim kurulu üyesi, görevi üstlenmekle, üçüncü kişiler nezdinde şirketi iyi bir şekilde idare edeceği yönünde intiba uyandırmaktadır<sup>123</sup>. Bu bakımdan ilk grup inançlı yönetim kurulu üyesinin, gerçeğe aykırı bilgi nedeniyle TCK m.164'te düzenlenen suçun faili olarak sorumlu tutulacağı söylenebilir. Zira inançlı üye, inanana (fiili organ) karşı, yönetim kurulunda belirli şekilde hareket edeceği ya da onların talimatlarına tabi olacağı şeklinde sözleşmesel bir yükümlülük altına girmekteseyse de bu yükümlülük, yalnızca hukuka uygun işlemlere yönelik olarak bağlayıcıdır.

oldukları hususunda bkz. **FORSTMOSER, Peter**, Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: Forstmoser/Schluep (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz (Bern 1982), s.129.

118 **Weissenberger (Basler Kommentar StGB II)**, kn. 7; **Donatsch**, Art. 152, s.375, kn.2; **Schmid**, s.7.

119 6B\_230/2011 11.08.2011 (www.bger.ch, erişim tarihi: 18.10.2020)

120 İnançlı yönetim kurulu üyesi, olağan seçim kuralları ile yönetim kuruluna hukuka uygun şekilde seçilmiş olan fakat üçüncü kişiye, yani inanana karşı yönetim kurulunda belirli şekilde hareket edeceği ya da onların talimatlarına tabi olacağı şeklinde sözleşmesel yükümlülük altına giren yönetim kurulu üyeleridir (**AKDAĞ GÜNEY, Necla**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, Vedat, İstanbul, 2016, s.325).

121 Bkz. **Akdağ-Güney**, s.325, 326.

122 Bkz. **Forstmoser**, s.129.

123 **Akdağ-Güney**, s.325.

İkinci grup inançlı üye açısından, özel hukuk sorumluluğuna ilişkin yukarıda zikredilen düşünce, ceza hukuku yönünden, ikinci gruptaki inançlı üyenin, yönetim kurulu üyesi olması ve fiili organın talimatları doğrultusunda hareket etmesine ilişkin iradesinin baskı altında bulunup bulunmadığı dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Diğer bir ifadeyle, şayet inançlı üye yönünden mazeret nedeni oluşturabilecek bir zorlama mevcutsa (TCK m.28), bu kişinin ceza sorumluluğu yoktur. Söz gelimi, şirkette genellikle hizmet akdiyle başkaca bir görev ifa eden bu kişiler, işlerinden edilmekle tehdit edilmiş olabilir. TCK m.28'e göre, tehdidin mazeret nedeni olarak kabul edilebilmesi için muhakkak ve ağır olması gerektiğine işaret edilmiştir. Tehdidin ağırlığı, ciddiliği ile ilgili bir konudur. Tehdidin mazeret nedeni olarak kabul edilmesinde, somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Bu itibarla verdiğimiz örnekte işinin elinden alınacağı tehdidine muhatap olan inançlı üye, ceza sorumluluğu açısından mazur kabul edilebilir. Zira fiili organın şirketteki etkinliği, inançlı üyenin hizmet akdiyle çalıştığı işini kaybetmesine neden olabilir.

#### 4. Mağdur

Ekonomik suçların en önemli özelliklerinden biri de muhtemel mağdurların sayısının çok oluşudur. Ekonomik suçlar, ekonomik düzenin güven içerisinde işlemesini tehlikeye sokan davranışlarla işlendiğinden, esasen bu tür suçların işlenmesiyle, o ekonomik düzene tabi olan herkesin dolaylı olarak zarar görmesi ihtimali mevcuttur. Ayrıca söz konusu suçlardan doğrudan doğruya zarar gören mağdurların sayısı da genelde bir hayli fazladır<sup>124</sup>.

Ekonomik suçların genelinde müşahade edildiği üzere, bu suçta ilgilileri malvarlığı yönünden zarara uğratabilecek, gerçeğe aykırı, önemli bilginin verilmesi anında, yani suçun işlendiği sırada, ortada müşahhas bir mağdur yoktur<sup>125</sup>. Dolayısıyla, suçun oluşması için gerekli olmamakla birlikte, işlenen fiil nedeniyle ve suçun işlenmesinden sonra, bazı kişilerin malvarlıklarının zarara uğradığının belirlenmiş olması, bu hususu değiştirmez. Bu çerçevede, suçun konusunun, doğrudan ve belli bir mağdura ait bir malvarlığı değeri olmadığı ve işlenen fiilin de belli bir kişinin menfaatine yönelmediği de dikkate alınarak bu suçta, zilyedin yahut mülkiyet hakkı sahibinin teknik ve dar anlamda suçun mağduru olduğu – malvarlığına karşı suçlarda olduğu gibi – söylenemez. Dolayısıyla bu suçun, mağduru belli olmayan, kamuya karşı işlenen bir suç olarak kabul edilmesi kaçınılmazdır<sup>126</sup>. Bu husus, suç tipinin malvarlığına karşı suçlar içerisinde düzenlenmesinin doğru bir tercih olmadığının başka bir göstergesidir.

#### B. Manevi Unsur

Bu suçun manevi unsuru kasttır<sup>127</sup>. Maddede, gerçeğe aykırı bilginin sunulmasıyla bir zarar tehlikesinin ortaya çıkmasına yönelik özel bir amaçla hareket edilmesi aranmamıştır. Fail, sunulan

124 Aytekin-İnceoğlu, s.14; Küçüktaşdemir, s.117 vd.

125 Trafik güvenliğini tehlikeye düşürme gibi, korunan hukuki menfaatin belli bir kişiye ait olmadığı suçlarda, suçun özel bir mağdurunun bulunmadığı hususunda ayrıca bkz. ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin, Ankara, 2018, s.192.

126 Zincirleme suç hükümlerinin de bu kapsamda TCK m.43/1'e göre değerlendirilmesi gerekir.

127 Yargıtay 15. CD., 7.11.2016, 2014/2451 E., 2016/8391 K.



raporların veya önerilerin gerçeğe aykırı olduğunu bilerek bunlar doğruymuş gibi gösterirse suç oluşur<sup>128</sup>. Bu bakımdan örneğin, muhasebe kayıt usullerine aykırı hazırlanan bilançodaki bilgiler gerçeğe uyuşmasa dahi söz konusu gerçeğe aykırılık hataya dayalıysa, suç oluşmayacaktır<sup>129</sup>. Fail, bilginin gerçeğe aykırılığı hususunda tereddüt etmekle birlikte, bu bilgiyi genel kurula sunar yahut kamuya paylaşırsa, suçun olası kastla işlendiği kabul edilmelidir.

### C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bir suçta tipik fiilin gerçekleştirilmesi, hukuka aykırılığın mevcudiyetine karine oluşturur. Şayet somut olayda herhangi bir hukuka uygunluk nedeni yoksa, işlenen fiil hukuka aykırıdır. Bu suç bakımından da durum aynıdır; herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin mevcut olması, fiili hukuka uygun kılar. Bununla birlikte, bu suçun yapısı dikkate alındığında, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin bazı yönlerden önem arz ettiği söylenebilir.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti içerisinde yer alan haber verme hakkı<sup>130</sup> ile bağlantılı olarak<sup>131</sup> basın özgürlüğü<sup>132</sup>, özellikle şirket veya kooperatifle ilgili gerçeğe aykırı bilginin basın<sup>133</sup> yoluyla kamuya duyurulması çerçevesinde bir hukuka uygunluk nedeni (hakkın kullanılması) olarak tartışılabilir. Anayasanın basın özgürlüğünü düzenleyen 28'inci maddesi, bu özgürlüğün sınırlandırılmasında 26'ncı ve 27'nci maddelere atıfta bulunarak kamu düzeninin, dolayısıyla bu düzenin bir parçası olduğunu vurguladığımız ekonomik düzenin ve başkalarının haklarının korunması amacıyla<sup>134</sup> basın özgürlüğünün sınırlandırılmasına müsaade etmiştir. Bu bakımdan, TCK m.164'te suç olarak tanımlanan eylemlerin, basının haber verme özgürlüğü kapsamında kabul edilemeyeceğinde şüphe yoktur. Dolayısıyla, verilen haberin gerçeğe aykırılığı, haberi veren gazeteci tarafından biliniyorsa, bu kişinin ceza sorumluluğu söz konusu olacaktır<sup>135</sup>. Bu suç yönünden gazeteciler (geniş anlamda basın mensupları), maddede belirtilen fail özelliklerini haiz olmadıkları için suçun faili olamasalar da suça iştirak çerçevesinde cezalandırılabilimleri mümkündür.

128 Trechsel/Crameri, kn.7 (s.893); Schlegel, kn.5; Jecker, s.217.

129 İsviçre Federal Mahkemesi'nin 6B\_577/2010 E. 4.5 sayılı ve 28.2.2011 tarihli kararı (www.bger.ch, erişim tarihi:21.10.2020)

130 ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Adalet, Ankara, 2016, s.433. Bu hak, haberi toplama, yorumlama ve aktarma, haberi yayma şeklinde üç hakkı barındıran torba bir haktır (DÖNMEZER, Sulhi, Basın Hukuku Cilt: 1, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1958, s. 61).

131 Haber verme hakkının, basın özgürlüğünün içeriğini oluşturduğu hususunda bkz. AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet, Ankara, 2019, s.514.

132 Haber verme hakkı ve basın özgürlüğü ilişkisi yönünden bkz. BAYINDIR, Sinan/APIŞ, Özge, Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkının Yazılı Basın Yoluyla İşlenen Hakaret Suçları Açısından Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2010, S.91, s.90. Gazetecilik mesleğinin icrasının, daha çok haber verme hakkının icrası kapsamında ortaya çıktığı hususunda ayrıca bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.324.

133 AİHM'nin ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarının önemli bir kısmının konusunu basılı eserlere ilişkin düşünce açıklamalarının engellenmesinin oluşturduğu dikkate alınarak basın kavramının, görsel ve işitsel bütün kitle iletişim araçlarını kapsayan bir kavram olmaktan ziyade gazete, dergi, kitap, broşür gibi yalnızca yazılı ve basılı eserleri kapsayan bir manada kullanılmasına yönelik bkz. URAN, Peri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Basın Özgürlüğüne Yaklaşımı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.105, S.120, s.88.

134 Bunların Basın Kanunu m.3/2'de belirtilen sebeplerle ilişkisi yönünden bkz. URAN, s.92.

135 ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin, Ankara, 2018, s.318.

Şirket veya kooperatifle ilgili haber niteliği taşıyan bilginin basın yoluyla açıklanmasında, haberi yayınlayan basın mensubunun, bu bilginin doğruluğundan, dolayısıyla da haberin gerçekliğinden kuşku duyması söz konusu olabilir. Bu durumda da konunun, haber verme hakkının hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan “haber gerçekliği” kriteri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Gazeteci, her halükarda haberin veriliş zamanındaki durumu araştırmakla yükümlüdür<sup>136</sup>. Bu araştırma, bir hakim veya savcının yapacağı genişlikte olamayacağına göre, gazeteciye düşen yükümlülük, hiçbir araştırma yapmaksızın ya da somut verilere dayanmaksızın, sadece duyuma dayalı haber yapmaktan ibarettir<sup>137</sup>. Aksini düşünmek, basın özgürlüğünün ölçsüz sınırlandırılması anlamına gelir<sup>138</sup>. Bu itibarla örneğin, ilgili şirketten bilginin teyit edilmesinin sağlanmasına matuf yolların tüketilmesi gerektiği söylenebilir. Şayet şirketten farklı bir bilgi alınmışsa, haber kaynağıyla tekrar iletişime geçilmesi, haber aktarılırken, “*şirket tarafından teyid edilmeyen bir bilgiye göre*” gibi ifadelerle yer verilmesi yerinde olacaktır. Aksi durumda, somut olayın özelliklerine göre, bilginin doğruluğu açısından olası kastla hareket edilip edilmediği araştırılmalıdır. Bu noktada elbette, haberi veren kişinin şirketteki konumu da dikkate alınmalıdır. Söz gelimi haber, yönetim kurulu başkanı tarafından verilmişse, bunun şirkette teyit edilmesine ihtiyaç duyulmayabilir.

### III. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

#### A. Teşebbüs

Şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi verme suçunun oluşumu için zararlı bir neticenin veya somut bir zarar tehlikesinin meydana gelmesinin aranmadığını belirtmiştik. Bu itibarla suç, gerçeğe aykırı bilgi verilmekle tamamlanacaktır. Dolayısıyla, bu suç bakımından teşebbüsten söz edilebilmesi için icra hareketlerinin failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanamamış olması gerekir.

Failin, bir şirket veya kooperatifin mali durumuna ilişkin bir belgeyi bir gazeteciye posta ya da elektronik posta aracılığıyla gönderdiği varsayımında, belge kaybolur ya da muhataba ulaşmadan önce belgeye el konulursa yahut da herhangi bir şekilde belge muhatabına ulaşmazsa<sup>139</sup>, suç teşebbüs aşamasında kalmış olacaktır. Keza bir şirket veya kooperatifin kurucu, ortak, idareci, müdür veya temsilcileri veya yönetim veya denetim kurulu üyeleri veya tasfiye memuru sıfatını taşıyanlar, şirket

136 **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s.324. Haberin sonradan gerçek olmadığını anlaşılması, haber verme hakkının varlığını etkilemez: “Anayasanın 28. maddesinde ifade edilen basın özgürlüğü; basının, kamuya ilgilendiren sorunlar hakkında halka bilgi verilmesinde ve bunların tartışılmasındaki genel menfaat esasına dayanır. Basın, kişilerin amme hayatını ilgilendiren eylemlerine ilişkin haberleri gerçeklik, kamu yararı, toplumsal bilgi, güncellik ve konu ile ifade sırasında düşünsel bağlılık kurallarına uygun olarak vermek durumundadır. Doğruluğu veya yanlışlığı hakkında, halin özelliklerine uygun bir araştırma yapmadan gerçeğe aykırı haber yayınlanırsa, haksız bir tecavüz söz konusu olur. Gereken inceleme ve soruşturma yapıldıktan sonra bir haber yayınlanmışsa, sonradan haberin gerçeğe aykırı olduğu anlaşılabilir haksız tecavüzdən söz edilemez.” (Yargıtay 7. CD., 04.11.1991, 1991/10052 E., 1991/12118 K.)

137 **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.434.

138 **Bayındır/Apiş**, s.93.

139 Belirtmek gerekir ki belgenin muhataba ulaşmaması durumunda, gönderildiğinin tespit edilmesinde ispat zorlukları söz konusu olabilir.

veya kooperatif hakkında önemli bilgiler açıklayacaklarını belirterek bazı kimseleri bir yere davet ettikten sonra iradeleri dışında açıklamada bulunamazlarsa, teşebbüs söz konusudur<sup>140</sup>.

### **B. İştirak**

Fail bahsinde işaret ettiğimiz üzere, şirketler veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi verme suçunun faili, yalnızca şirket veya kooperatifin kurucu, ortak, idareci, müdür veya temsilcileri veya yönetim veya denetim kurulu üyeleri veya tasfiye memuru sıfatını taşıyanlar olabilir. TCK m.40/2'de, özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişinin fail olabileceği, bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişilerin ise, azmettiren veya yardım eden olabileceği düzenlenmiştir. Bu bakımdan şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi verme suçunda, özel faillik niteliğini taşımayan kişinin katkısı azmettiren olarak kabul edilmesine imkan veriyorsa bu kişi azmettiren; bu nitelikte sayılamıyorsa yardım eden olacaktır.

Bunun dışında iştirak bahsinde ilk olarak, maddede tanımlanan sığata sahip bir kişinin, bu sığata münhasıran sahip olduğu yetkilerini, hukuka uygun olarak bir başkasına devretmesi ve gerçeğe aykırı bilginin, bu kişi tarafından verilmesi durumunda nasıl hareket edilmesi gerektiğine değinmek gerekir. Söz gelimi bir yönetim kurulu üyesi, TTK m.375'te belirtilenler dışındaki işlemleri, temsilcisi aracılığıyla gerçekleştirebilir<sup>141</sup>. Bu durumda, bazı ülkelerin ceza kanunlarında, söz konusu kişinin fail olarak sorumlu tutulmasına yönelik hükümler sevk edildiği görülmektedir. Örneğin Alman Ceza Kanunu m.14'te, temsilci sıfatıyla hareket etmekle birlikte özgü suçlarda, suçun tanımında öngörülen özellikleri taşımayan kişinin, – temsil olunanın bu özellikleri taşıyor olması şartıyla – cezalandırılmasına imkan tanınmıştır. Mevzuatımızda bu yönde bir hüküm bulunmadığından, TCK m.40'ta yer verilen düzenleme kapsamında, bu kişilerin suçun faili olamayacağı, ancak yardım eden olarak işlenen suçtan sorumlu tutulacağı söylenebilir.

Bilgi verdirtme kapsamında, failin talimatıyla gerçeğe aykırı bilgiyi veren kişi, maddede belirtilen sıfatlardan birine sahip olmayıp da sadece bilgiyi aktarıyorsa, bu bilginin gerçeğe aykırı olduğunu bilmesi ve bilginin verilmesinde şirket ilişkilerinden kaynaklanan bir zorunluluk bulunmaması kaydıyla, ancak iştirak hükümlerine göre sorumlu tutulabilir. Buna karşılık maddede tanımlandığı haliyle, bilgiyi verdirten, failde aranan özelliklere sahipse, suçun failidir.

### **C. İçtima**

Şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi verme suçunun zincirleme şekilde işlenmesi mümkündür. Yukarıdaki açıklamalarımız kapsamında, bu suçun teknik ve dar anlamda bir mağdurunun bulunmadığı görüşünde olduğumuzu belirtmiştik. Bu bakımdan, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında, birden fazla genel kurulda veya kamuya yapılan beyanlarda farklı gerçeğe

140 **Bayraktar ve diğer yazarlar**, s.418.

141 Anlaşılacağı üzere burada kastedilen, şirketi temsile yetkili kişiler değildir. Zira bu kişiler, TCK m.164'e göre fail sıfatına sahiptirler.

aykırı bilgiler verilirse, TCK m.43/1’de yer verilen, mağduru belli olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağına dair düzenleme dikkate alınarak fail hakkında artırılmış tek bir ceza verilmesi gerekir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, genel kurul sırasında, daha önceki genel kurulda sunulan gerçeğe aykırı bilginin tekrar edilmesinin, yeni bir suç oluşturmayacağıdır.

Fail tarafından, birden fazla gerçeğe aykırı bilginin tek bir belgeyle aynı genel kurulda sunulması, şirketin internet sitesinde veya kamusal alanlardaki reklam panolarıyla<sup>142</sup> kamuya duyurulması halinde tek bir fiil söz konusu olduğundan, tek suç işlenmiştir. Gerçeğe aykırı bir bilginin, hem genel kurulda sunulması hem de kamuya yapılan duyurularda kullanılması halinde de tek suç söz konusudur.

Bu suçu dolandırıcılıktan ayıran en önemli özellik, hileli davranışlarla failin kendisine veya başkasına bir menfaat sağlamış olmasıdır. Bu bakımdan şayet fail, hileli davranışlarla gerçeğe aykırı önemli bilgilerle bir ticari ilişkiye girerek kendisine veya şirket veya kooperatife yarar sağlarsa, daha ağır ceza öngören dolandırıcılık suçundan cezalandırılmalıdır<sup>143</sup>.

Verilen gerçeğe aykırı bilginin, SPKn m.107/2 çerçevesinde bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçunu oluşturması halinde ise, SPKn m.107 ile TCK m.164 arasında özel-genel norm ilişkisi bulunmadığından, tek fiille birden fazla kanun hükmünün ihlal edildiği kabul edilmelidir<sup>144</sup>. Kanunumuzda, görünüşte içtima kuralları kapsamında asli-tali norm ilişkisine yönelik bir düzenleme olmadığından, bu halde TCK m.44 kapsamında fikri içtima kuralları uygulanarak, – dolandırıcılıkta olduğu gibi – fail hakkında daha ağır ceza öngören hüküm olan SPKn m.107 uygulanmalıdır.

Belirtmek gerekir ki TTK m.164’e göre gerçeğe aykırı hazırlanan belge ve kayıtlar, mahiyetleri itibarı ile özel belge niteliğindedir. Yargıtay 19. CD’nin, 28.2.2018 tarih, 2017/6538 E., 2018/2202 K. sayılı ilamında; *“Dava; (6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 112 nci maddesinin yollamasıyla) Özel belgede sahtecilik suçuna ilişkindir... 22-25/12/2006 döneminde M...’nin Denizbank’tan 8.000.000 YTL tutarında spot kredi kullandıktan sonra bu kredinin 2 gün içerisinde grup şirketleri ve Emine Hatice S’nin hesapları arasında dolaştırılması sonucu fiktif muhasebe kayıtlarının oluşturulduğu, nakit hareketleri sonucunda gerçeğe aykırı şekilde hesapların bakiyelerinin değiştirildiği, bu işlem sonucu M...’nin T... Holding A.Ş. (TTH)’ye gerçeğe aykırı kayıtlarla 18.174.368,40 YTL borçlandırıldığı..., sanıkların yöneticisi oldukları şirkete ait mali tabloları gerçekleştirdikleri eylemlerle gerçeğe aykırı şekilde düzenledikleri...”* denilerek bu türden belgelerin özel belge niteliğinde olduğuna işaret edilmiştir.

Failin açıkladığı gerçeğe aykırı bilgilerin rapor veya önerilerde yer alması ihtimalinde, bunlar içerik yönünden sahte olacaktır. Kanaatimizce TCK m.164’te sahteciliğe açıkça işaret edilmediğinden, maddede düzenlenen suçun belgede sahteciliği içinde barındırıldığından bahisle bileşik suçun varlığından söz edilemez.

142 Gerçeğe aykırı bilgilerin birden fazla reklam panosunda duyurulması, hareketin hukuki anlamda teklifini etkilemez.

143 Artuç, s. 883.

144 Dursun, Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, s. 341.

Bunun dışında doktrinde, TCK m.212 uyarınca gerçek içtima hükümleri uygulanarak faile hem belgede sahtecilikten hem de TCK m.164 uyarınca ceza verilmesi gerektiği belirtilmişse de<sup>145</sup> baskın görüşe göre özel belgede sahteciliği düzenleyen TCK m.207 fikri sahteciliği kapsamadığından, yalnızca TCK m.164 uygulama alanı bulabilecektir. Gerçekten kamu görevlisi tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik suçundan (TCK m.204/2) farklı olarak TCK m.207’de “gerçeğe aykırı belge düzenlemek” suç olarak düzenlenmemiştir<sup>146</sup>. Dolayısıyla TCK m.164 anlamında, maddi anlamda (şekil olarak) sahte olmayan fakat içeriğindeki bilgiler itibarıyla gerçeğe aykırılık özelliği taşıyan belgelerin TCK m.207’deki suçu oluşturmaları mümkün gözükmemektedir.

Bununla birlikte, TCK m.164’e göre tipik kabul edilen eylemlerin, belgelerin mahiyetine göre, fikri sahteciliği cezalandıran VUK m.359’a göre suç oluşturması mümkündür. Nitekim 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun, “Kaçakçılık Suçları ve Cezaları” başlıklı 23.1.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun’un 276’ncı maddesiyle değişik 359’uncu maddesinin 1-b bendinde; “... *gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir*” denilmiştir. Bu çerçevede TCK m.164 bakımından, gerçeğe aykırı şekilde hazırlanan ve finansal tablolar kapsamında bulunan şirket bilançosu, gelir tablosu, VUK m.359’da belirtilen “*vergi kanunları uyarınca tutulan veya düzenlenen ve saklama ve ibraz mecburiyeti bulunan defter, kayıt ve belgeler*”<sup>147</sup> kapsamında. Şöyle ki;

Her ticari şirket, TTK m.64 uyarınca defter tutma yükümlülüğü altındadır. Bununla birlikte, söz konusu yükümlülüğün şeklen yerine getirilmesi yeterli değildir; tutulan defterler birtakım özelliklere sahip olmalıdır. Nitekim TTK m.64’e göre bu çerçevede tutulan defterlerin, “... *tacirin ticari işlemleriyle ticari işletmesinin iktisadi ve mali durumunu, borç ve alacak ilişkilerini ve her hesap dönemi içinde elde edilen neticeleri, bu Kanuna göre açıkça görülebilir bir şekilde ortaya koyması*” zorunludur. TTK m.64/5’te ise, “*Bu Kanuna tabi gerçek ve tüzel kişiler, 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun defter tutma ve kayıt zamanıyla ilgili hükümleri ile aynı Kanunun 175 inci ve mükerrer 257 nci maddelerinde yer alan yetkiye istinaden yapılan düzenlemelere uymak zorundadır. Bu Kanunun defter tutma, envanter, mali tabloların düzenlenmesi, aktifleştirme, karşılıklar, hesaplar, değerlendirme, saklama ve ibraz hükümleri 213 sayılı Kanun ile diğer vergi kanunlarının aynı hususları düzenleyen hükümlerinin uygulanmasına, vergi kanunlarına uygun olarak vergi matrahının tespit edilmesine ve buna yönelik mali tabloların hazırlanmasına engel teşkil etmez*” denilerek, TTK uyarınca tutulan defter ve kayıtların VUK’a uygun olma zorunluluğuna açıkça işaret edilmiştir. Buna paralel olarak VUK m.175’te, “*Mükellefler bu kısımda yazılı maksat ve esaslara uymak şartıyla, defterlerini ve muhasebelerini işlerinin bünyesine uygun olarak diledikleri usul ve tarzda tanzim etmekte serbesttirler (m.175/1), Ticaret Kanununun ticari defterler hakkındaki hükümleri mahfuzdur (m.175/2)*” hükmüne yer verilmiştir.

145 Bayraktar ve diğer yazarlar, s. 420.

146 TCK’da, 765 sayılı eski kanundan farklı olarak maddi-fikri sahtecilik ayrımı yapılmadığı, gerçeğe aykırı belge düzenlemenin, kamu görevlisi tarafından işlenen resmi belgede sahtecilik suçunda seçimlik hareket olarak kabul edildiği hususunda bkz. GÖKCEN, Ahmet, Belgede Sahtecilik Suçları, 5. Baskı, Adalet, 2018, s. 312.

147 Yargıtay 11. CD., 07.06.2001 tarih, 2001/5484 E., 2001/6522 K. sayılı ilamında, “*kira kontratının 213 sayılı Kanunun 172. maddesinde gösterilen defterlerden ve 2. kitap 3. kısımda yazılı belgelerden olmadığına*” işaret etmiştir.

VUK'un, "defter tutma" başlıklı ikinci kısmın, "bilanço esasına göre defter tutma" başlıklı üçüncü bölümünde yer alan 192'nci maddesinde, bilançonun içeriği ve esaslarından ayrıca bahsedilmesi, bu görüşü destekler mahiyettedir.

Temel mali tabloları oluşturan gelir tablosu ve bilanço, vergiye esas teşkil eden belgelerdir.

Bu izahtan hareketle, söz konusu belge ve kayıtların sahte olması durumunda, VUK m.359/1-b'nin uygulanması<sup>148</sup> gerektiği ifade edilebilir<sup>149</sup>. Netice itibarıyla failin, TCK m.164 ve VUK m.359/1-b'den ayrı ayrı cezalandırılması gerekir.

Konuyla ilgili son olarak belirtmek gerekir ki VUK m.340/1'de yer verilen, "*bu kanunda yazılı vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları ile 359. maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezalar; içtima ve tekerrür hükümleri bakımından birleştirilemez*" hükmü uyarınca, oluşan vergi kayıpları dikkate alınarak, vergi ziyai cezası kesilmesi de söz konusu olabilir.

## Sonuç

TCK m.164'te düzenlenen şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi verme suçu, ekonomi ceza hukukunun çekirdek alanında yer almakta olup spesifik olarak ekonomik suçluluğun bir çeşidi olarak kabul edilen beyaz yaka suçluluğu kapsamında değerlendirilebilir. Nitekim kanun koyucu, şirket veya kooperatifler hakkında gerçeğe aykırı önemli bilgi verilmesini, herhangi bir netice armaksızın suç olarak düzenleyerek madde gerekçesinde, suç tanımıyla, yalnızca şirket veya kooperatiflerin idaresinde güven ve iyi niyetin korunmasının amaçlandığına işaret etmiştir. Dolayısıyla, suçun ihdasıyla, kişilere ait mülkiyet haklarının korunduğunu söylemek zorlama bir yorumdur. Buradan hareketle suçun, mağduru belli olmayan bir suç olarak kabul edilmesi kaçınılmaz olup içtima bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasında da bu husus dikkate alınmalıdır. Bu itibarla, bu suçta, şirketler ve kooperatiflere ilişkin bütüncül yaklaşımı korumak adına TCK'da, "*Ekonomi, Sanayi ve Ticarete Karşı İşlenen Suçlar*" kapsamında yer verilmesi veyahut da suçun, Türk Ticaret Kanunu ve Kooperatifler Kanunu'nda ayrı hükümlerle düzenlenmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Suçun oluşabilmesi için TCK m.164'te fail olarak sayılan kişilerin, kamuya yaptıkları beyanlarda veya genel kurula sundukları rapor ve önerilerde yer alan bilgilerin gerçeğe aykırı olması aranmıştır.

148 VUK m.359/1-b'ye göre cezaları belirlenmesinde, düzenlenen sahte belgelere dayanılarak oluşturulan beyannamelere göre belirlenen vergilerin hesap dönemleri esas tutularak, Vergi Denetim Kurulu Başkanlığınca yürütülecek inceleme sonucunda hazırlanacak rapordaki tespitlere göre, belgelerin kullanıldığı her bir hesap döneminin ayrı bir suç oluşturduğu dikkate alınmalıdır. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, 5.3.2002 tarih ve 2002/11-28 E., 2002/179 K. sayılı ilamında; "*213 sayılı Vergi Usul Yasasının 174. maddesinde vergi uygulaması bakımından mükelleflerin defter ve kayıt tutup kapatmalarına ilişkin olarak "hesap dönemine" yer verilmiş, madde de hesap dönemi bir takvim yılı olarak tanımlanmıştır. Kural olarak hesap dönemi 1 Ocak - 31 Aralık arası bir dönemi ifade etmektedir... Anılan Yasanın 4369 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılan 358. maddesi ile halen yürürlükte bulunan usulsüzlük cezalarına ilişkin hükümlerinde, suçların oluşumu bakımından hesap dönemi-takvim yılının esas alındığı görülmektedir*" denilerek her bir hesap döneminde kullanılacak sahte belgenin ayrı bir suçta vücut vereceğine işaret edilmiştir.

149 TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019, s.960.

Şirket veya kooperatifin mevcut durumuyla bağdaşmayan her bilgi, gerçeğe aykırı olacaktır. Bilginin şirketin lehine yahut aleyhine olmasının, suçun oluşumuna etkisi yoktur. Bunun dışında, bilginin içeriğinin, ilgililerin malvarlığı değerini zarara uğratan yahut zarara uğratma tehlikesi yaratan bir mahiyette olması; suçun haksızlık içeriğini karşılayan bir öneme sahip bulunması da gereklidir. Sermayeye, yönetime ve ticari faaliyete ilişkin olup gerçeğe aykırı olan her bilginin bu önemi haiz olduğu söylenebilir. Bunun dışında kalan konulardaki bilgilerin önemi, her somut olaya göre belirlenmelidir.

Fail tarafından verilen gerçeğe aykırı bilginin şirket veya kooperatife ilişkin olması zorunludur. Madde kenar başlığında ve madde metninde “şirket” ibaresine yer verilmesi dolayısıyla, adi ortaklıkların bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir.

Şirket veya kooperatif hakkında yanlış kabul edilemeyecek eksik bilgi verilmesi yahut aydınlatma yükümüne aykırı olarak bilgi verilmemesi, TCK m.164 kapsamında değerlendirilemez. Çünkü maddede, gerçeğe aykırı bilgi verme veya verdirtme suç olarak kabul edilmiştir. Düşüncemize göre, şirketle ilgili bilgi verme yükümlülüğü altında olan kişilerce eksik bilgi verilmesi veya hiç bilgi verilmemesinin de hükmün kapsamına alınması yerinde olacaktır. Nitekim mehaz İsviçre Ceza Kanunu m.152’de eksik bilgi verilmesi de bu suç yönünden tipik bir davranış olarak kabul edilmiştir.

Kamuya yönelik gerçeğe aykırı bilgi sunulması ve genel kurula sunulan bilginin türü ve niteliği bakımından, TTK ve SPK’nda yer alan düzenlemelerin nazarı itibara alınması gerekir.

Doktrin ve uygulamada farklı görüşler bulunmaktaysa da kanımızca, failin şirket veya kooperatife ilişkin verilen veya verdirtilen gerçeğe aykırı bilgi suçun konusu değil, soyut tipte tarif edilen fiile ilişkin bir özelliktir. TCK m.164’te, fail tarafından verilen veya verdirtilen bilginin hangi konuyu kapsadığı hususunda bir belirleme yapılmamıştır. Bununla birlikte, şirket veya kooperatifler hakkında verilen veya verdirtilen gerçeğe aykırı bilginin, ilgilileri malvarlığı açısından zarara uğratabilecek bir öneme sahip olması gerektiğine ilişkin maddede yer verilen ifade, suçun konusuna ilişkin genel bir çerçeve ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, bilginin şirket veya kooperatifler ile ilgili kapsadığı konu, böylece belirlenebilir.

TCK m.164’te düzenlenen suç tipi, ekonomik suçların genelinde müşahede edildiği üzere, özgü suç özelliği taşımaktadır. Bu kapsamda, maddede belirtilen sıfatları haiz olanların belirlenmesinde, Türk Ticaret Kanunu ve Kooperatifler Kanunu hükümleri çerçevesinde, şirket veya kooperatifin yönetim-organizasyona ilişkin yapısı nazarı itibara alınacaktır. Failin belirlenmesi ve iştirak hükümleri çerçevesinde ayrıca belirtmek gerekir ki tatbikatta, maddede sayılan kişiler, şirket yönetimiyle bağlantılı konular da dahil olmak üzere ticari hayatta, sıklıkla temsilcileri aracılığıyla işlem yapmaktadırlar. Bu durumda, bazı ülkelerin ceza kanunlarında, söz konusu kişinin fail olarak sorumlu tutulmasına yönelik hükümler sevk edildiği görülmektedir. Mevzuatımızda bu yönde bir düzenleme bulunmadığından, TCK m.40 kapsamında bu kişilerin suçun faili olamayacakları, ancak yardım eden olarak işlenen suçtan sorumlu tutulacakları söylenmelidir. Özellikle bu gibi suçlarda, en azından maddeye bu kişilerin sorumluluğuna işaret edecek ifadeler eklemenin doğru olacağı kanaatindeyiz.

Maddede düzenlenen seçimlik hareketler yönünden fail, gerçeğe aykırı önemli bilgiyi kendisi verebileceği gibi, örneğin şirkette çalışan bir başkasına da verdirtebilir. İsviçre hukukunda, İsviçre Ceza Kanunu m.29'da yer verilen özel düzenleme dolayısıyla, maddede sayılan kişilerden olmasa dahi şirket iradesinin oluşumunda belirleyici olan kişiler de (fiili organ) fail olarak kabul edilmiştir. Ticaret hukukunda, fiili organ teorisine göre maddi anlamda organ olarak kabul edilen kişilerin, hukukumuz açısından da fail olarak sorumlu tutulmasının mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

Son olarak içtima bahsinde, gerçeğe aykırı bilgilerin yer aldığı belgelerin mahiyetine göre, TCK m.164'e göre tipik kabul edilen eylemlerin VUK m.359'a göre suç oluşturmasının mümkün olduğu görüşünde olduğumuza işaret etmeliyiz.

## KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet, Ankara, 2019.
- AKDAĞ GÜNEY, Necla**, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, Vedat, İstanbul, 2016.
- ARTUÇ, Mustafa**, Malvarlığına Karşı Suçlar, 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2020.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Adalet, Ankara, 2016.
- ATALAY, Oğuz**, Anonim Şirketlerde Bilgi Alma ve İnceleme Haklarının Mahkeme Aracılığıyla Kullanılması, in: Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014,) (s. 53-76).
- AYGÖRMEZ, Gülsün Ayhan**, Alman Ekonomi Ceza Hukukuna Giriş I, CHD, S.14, Aralık 2010, (s. 67-88).
- AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman**, Bankacılık Kanunu'nda Yer Alan Suçlar, Marmara Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006.
- BAYINDIR, Sinan/APIŞ, Özge**, Bir Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkının Yazılı Basın Yoluyla İşlenen Hakaret Suçları Açısından Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2010, S.91, (s. 67-109).
- BAYRAKTAR, Köksal/YILDIZ, Ali Kemal/AKSOY RETORNAZ, Eylem/AKYÜREK, Güçlü/EVİK, Ali Hakan/KANGAL, Zeynel T./MEMİŞ KARTAL, Pınar/SINAR, Hasan/SONAY EVİK, Vesile/ALTUNÇ, Sinan/AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman/BOZBAYINDIR, Ali Emrah/ERMAN, Barış**, Özel Ceza Hukuku (Malvarlığına Karşı Suçlar), Cilt IV, Onikilevha, İstanbul, 2018.
- BECKER, Gary S.**, Crime and Punishment: An Economic Approach, Journal of Political Economy, Mar. – Apr., 1968, Vol. 76, No. 2, (s. 169-217)
- BENSON, Michael L./SIMPSON, Sally S.**, White Collar Crime: An Opportunity Perspective, Taylor & Francis Books, 2009.
- BRENNER, Beat**, Strafanzeige gegen Organe der SAirGroup Artikel 152 und 158 StGB im Visier, Recht im Spiegel der NZZ, Nr.2, 2001.
- BRETTEL, Hauke/SCHNEIDER, Hendrick**, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2021.
- BUFFORD, Samuel**, International Rule of Law and the Market Economy – An Outline, Southwestern Journal of Law & Trade in The Americas, 2006.
- CANPOLAT, Can**, Ceza Muhakemesi Hukukunun Amacı: “Objektif gerçeğin keşfi mi? Yargısal (kazai) bir gerçeklik inşa etmek mi?”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.2.



- CANPOLAT, Can**, Uygulamaya Bakan Yönleriyle İşlem Temelli Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu, in: 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri, Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu, Tebliğler, C.I, Seçkin, Ankara, 2020.
- CEVİZCİ, Ahmet**, Felsefe Sözlüğü, 7. Baskı, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- CİN ŞENSOY, Şehnaz**, “Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları:32, İstanbul, 2004.
- DONATSCH, Andreas**, Art. 152 Unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe, in StGB/JStG Kommentar, 20. Überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag, 2018.
- DONATSCH, Andreas**, Buchführung und Strafrecht Steuerstrafrecht im Zentrum, ST 3/04 (Der Schweizer Treuhänder), (s. 201-206).
- DÖNMEZER, Sulhi**, Basın Hukuku Cilt: 1, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1958.
- DÖNMEZER, Sulhi**, Kriminoloji, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, İstanbul, Beta, 1994.
- DUMAN, Haluk**, Sermaye Piyasasının Etkinliği Açısından, Kamunun Aydınlatılması Sürecinde, Şirket Çevresinin İhtiyaç Duyduğu Bilginin Özellikleri: İMKB’de Bir Uygulama, Muhasebe ve Finansman Dergisi, Nisan 2011, (s. 95-132).
- DURSUN, Gizem**, “Ekonomik Suça Ekonomik Ceza İlkesi” ve Bu Kapsamda 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçları İçin Öngörülen Cezaların Değerlendirilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.14, S.175-176, (s. 853-885).
- DURSUN, Selman**, Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin, Ankara, 2005.
- DURSUN, Selman**, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, Oniki Levha, İstanbul 2010.
- ERMAN, Sahir**, Ticari Ceza Hukuku, C.1, Genel Kısım, 3. Bası, İstanbul, 1992.
- EVİK, Ali Hakan**, Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma ve Sahtecilik Suçları II, Ceza Hukuku Dergisi, S.42, Nisan 2020, (s.43-84).
- FORSTMOSER, Peter**, Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: Forstmoser/Schluep (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz (Bern 1982), (s. 125-150).
- GÖKCEN, Ahmet**, Belgede Sahtecilik Suçları, 5. Baskı, Adalet, Ankara 2018.
- GRAY, Richard L.**, Eliminating the (Absurd) Distinction Between Malum In Se and Malum Prohibitum Crimes, Washington University Law Review, Volume 73, Issue 3, 1995 (Northwestern University/Washington University Law and Linguistics Conference), (s.1369-1398).
- GREEN, Stuart P.**, The Concept of White Collar Crime in Law and Legal Theory, Buffalo Law Review, Vol. 8:1.
- GÜNER, Uğur**, Ekonomik Suçlar ve Ekonomi Ceza Hukukuna İlişkin Yasal Düzenlemeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel Sayı, 2019, (s. 1411-1442).
- HANSLIN, Marc**, Markt – und Kursmanipulation Art. 143 und Art. 155 FinfraG sowie Art. 122 ff. FinfraV, Dike Verlag, 2017.
- JECKER, Marc Jan**, Die konkurs – und strafrechtliche Aufarbeitung der Kriminalinsolvenz, Dike Verlag, 2009.
- JUTZI, Thomas**, Unternehmenspublizität Grundlinien einer rechtlichen Dogmatik zur Offenlegung von unternehmensbezogenen Informationen, Stämpfli Verlag, 2017.
- KISSLING, Mischa**, Der Mehrfachverwaltungsrat (Die Tätigkeit in Verwaltungsräten mehrerer Aktiengesellschaften aus Sicht des Zivil-, Straf-, Wettbewerbs-, Steuer – und Sozialversicherungsrechts, Schultess, 2007.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018.

- KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür**, Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar, Seçkin, Ankara, 2018.
- LANZ, Martin/RYSER, Roland M.**, Strafrechtliche Aspekte der Ad-hoc-Publizität Inwiefern sind Verstöße gegen Art. 72 KR-SWX nach Art. 152 StGB strafbar?, SZW 2008, (s. 26-36).
- LEHMANN, Peter**, Die “kleine Aktienrechtsrevision” (Teil 2) – Neuerungen in den Bereichen Aktionärsrechte, Firma, Handelsregister, GesKR 2007, (s. 420-428).
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami**, Ekonomik Suçlar Bağlamında Kredi Hukukundan Kaynaklanan Suç ve İdari Suçlar, Seçkin, Ankara, 2003.
- MEIER, Bernd Dieter**, Kriminologie, 5. Auflage, C.H Beck, München, 2016.
- ÖZBEK, Veli Özer/BACAŞIZ, Pınar/DOĞAN, Koray/TEPE, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018.
- ÖZBEK, Veli Özer**, Ekonomi Ceza Hukuku, Seçkin, Ankara, 2020.
- ÖZGENÇ, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin, Ankara, 2018.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin, Ankara, 2018.
- SCHALLER, Jean Marc**, Finanzanalysten-Recht Die Berufstätigkeit der Finanzanalysten im Rahmen des Privat, Straf – und Aufsichtsrechts, Schultess, 2004.
- SCHLEGEL, Stephan**, Art. 152 StGB, in: Wolfgang Wohlers, Gunhild Godenzi, Stephan Schlegel, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, 2020.
- SCHLEIFFER, Patrick/REINWALD, Urs**, Management-Transaktionen: Rechtsgrundlagen, Umsetzung und
- SCHMID, Niklaus**, Titel Das neue Vermögens – und Urkundenstrafrecht, SJZ 91/1995, (s. 1-11).
- SHOVER, Neal**, Generative Worlds of White-Collar Crime in: International Handbook of White-Collar and Corporate Crime, (Editors:Henry N. PONTELL, Gilbert GEIS), Springer, 2007.
- SHOVER, Neal/HOCHSTETLER, Andy**, Choosing White-Collar Crime, Cambridge University Press, 2006
- STRADER, J.Kelly**, Understanding White Collar Crime, Matthew Bender & Company Inc., 2002.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.
- TIEDEMANN, Klaus/ENGELHART, Marc**, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Auflage, Vahlen, 2017.
- TOPUZ, VEYSEL**, Sermaye Piyasası Suçlarında Yazılı Başvuru Şartı ve Görevli ve Yetkili Mahkeme, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.10/1, 2019, (s. 159-172).
- TRECHSEL, Stefan/CRAMERI, Dean**, Art. 152 StGB, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, 3. Auflage, Die Verlag, 2018.
- URAN, Peri**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Basın Özgürlüğüne Yaklaşımı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.105, S.120, (s. 87-130).
- WEBER, Rolf H./BAUMANN, Simone**, Neukonzeption der Rechtsprechungsordnung im Börsenwesen, Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht Band/Nr. 103, 2012, (s. 80-95).
- WEISSENBERGER, Philippe**, Art. 152 StGB, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2. Auflage, Basel, 2007.
- WITTIG, Petra**, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Auflage, C.H Beck, München, 2020.
- WONG, Kam C**, From White-Collar Crime to Organizational Crime: An Intellectual History, Murdoch University eLaw Journal (çevrimiçi: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2005/14.html>, erişim tarihi: 12.03.2019)

# Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu'nun Ayrımcılık Yasağının İhlali Kapsamında İdari Yaptırım Yetkisi

## Human Rights and Equality Board of Turkey's Administrative Sanction Power for Violation of Prohibition of Discrimination

Hulusi Alphan Dinçkol \* 

### ÖZ

06.04.2016 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, insan haklarının korunması anlamında kurumsallaşmayı sağlamıştır. Özellikle Paris Prensipleri ile gelişen ulusal insan hakları kurumlarının kurulması yönünde uluslararası fikir birliği, bu kanunun iç hukukumuz tarafından kabul edilmesi gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Sadece özel hukuk kişileri üzerinde değil, ayrıca kamu idareleri ve kamu kurumları üzerinde de insan hakkı ihlallerinin idari denetim yolu, bu sayede açılmış olmaktadır. 6701 sayılı Kanun TİHEK'i, diğer ulusal insan haklarının korunması kapsamında faaliyet gösteren kamu kurumlarından ayırmaktadır. Ayrımcılık yasağını ihlal edenlere karşı yapılacak inceleme sonucu idari yaptırım yetkisinin uygulanabilmesi kabiliyeti, ulusal normlar bakımından emsal örnek olarak karşımıza çıkmaktadır. TİHEK'in organlarından olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu, karar alma yetkisine sahip bağımsız bir idari birimdir. Bu niteliği ile Kurul, yapılan ihlal başvuruları üzerine harekete geçebileceği gibi, resen de inceleme başlatabilir.

**Anahtar Kelimeler:** Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, Ayrımcılık Yasağı, İdari Yaptırım, Düzenleyici ve Denetleyici Kurum, İdari Başvuru

### ABSTRACT

The Law for Human Rights and Equality Institution of Turkey which was accepted on 06.04.2016, provides institutionalization in terms of protecting human rights. In particular, the consensus on the establishment of national human rights institutions which developed with the Paris Principles has revealed the need for this law to be adopted by our domestic law. The way of administrative control of human rights violations not just only on people, but also on administrations is thus opened. Law No. 6701 distinguishes TİHEK from other regulatory agencies operating within the scope of the protection of human rights. In terms of national law, the ability to apply administrative sanction as a result of the investigation against those who violate the prohibition of discrimination emerges as a precedent example. One of the organs of TİHEK is Human Rights and Equality Board of Turkey which is an independent administrative unit with decision-making power. With this characteristic, the Board can take action upon the applications of violations or initiate an investigation ex officio.

**Keywords:** Human Rights and Equality Institution of Turkey, Prohibition of Discrimination, Administrative Sanction, Regulatory Agency, Appeal to Administration

\* Dr. Öğr. Üyesi, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Hulusi Alphan Dinçkol

**E-posta/E-mail:** alphandincol@maltepe.edu.tr,

**Geliş Tarihi/Received:** 01.04.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 19.05.2021

## GİRİŞ

İnsan haklarının korunması, haklara olası saldırıların önlenmesi, ihlal edilen hakların ihlal öncesine döndürülmesinin ya da tazmininin sağlanması bakımından insan hakları konusu, dünya tarihinde tüm toplumların ilgilendiği bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüm insanlığı ilgilendiren bu alan öncelikle uluslararası toplumda karşılık bulmuştur. Özellikle II. Dünya Savaşı sonrası, insan haklarının korunmasında kurumsallaşma fikri ön plana çıkmaya başlamıştır. Her devletin kendi kurumları tarafından insan haklarının korunması yönünde çalışması, uluslararası hukuk sükeleri tarafından konunun irdelenmesi ile daha da kuvvetlenmiştir.

İnsan haklarının kurumsallaşması bağlamında ilk adım, 1946 yılında Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseyi'nde atılmıştır<sup>1</sup>. II. Dünya Savaşı'nın yaralarını sarmakla çaba harcayan BM, ulusal anlamda bu korumayı sağlayacak olan kurumların oluşturulması bakımından tüm üye devletlere çağrıda bulunmuştur. Yıllar boyunca bu kapsamda çalışmalarda bulunan BM, 1991 yılı geldiğinde “İnsan Haklarının Korunması ve Güçlendirilmesi İçin Ulusal Kurumlar” konulu bir çalıştay düzenlemiş ve sonrasında 20.12.1993 tarihinde gerçekleştirilen Viyana İnsan Hakları Konferansı'nda, Paris Prensipleri adı verilen ulusal insan hakları koruma kurumlarının kurulması gerekliliğini temel bir ilke olarak kabul etmiştir<sup>2</sup>.

Paris Prensipleri ile ele alınan en önemli konular, insan haklarının geliştirilmesi ve korunması için kurulması gereken ulusal kurumların statüsü ve en verimli şekilde çalışabilmesi için bu kurumların sahip olması gereken özelliklerinin belirlenmesi hususlarıdır<sup>3</sup>. Paris Prensipleri kapsamında ulusal insan hakları kurumlarının gerçek anlamda faaliyet gösterebilmeleri adına gerekli olan özellikler;

- Kurumun anayasal ve yasal dayanağa sahip olmasıyla güvenceye alınması,
- Hükümetten ayrı bağımsız ve özerk bir tüzel kişiliğe sahip olması,
- İnsan haklarının korunması ve güçlendirilmesi için geniş yetkilere sahip olması,
- Kurumun üye seçiminde toplumun tümünü yansıtabilmesi için çoğulcu ve bağımsız bir yapıya sahip olması,
- Faaliyette bulunabilmesi adına yeterli mali kaynağa ve özerkliğe sahip olması ve
- Sivil toplum ile devlet arasında köprü vazifesi görmesi

olarak sıralanmaktadır<sup>4</sup>.

Türk hukuk sistemi bakımından bu alanda faaliyet gösteren Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun (TİHEK) incelenmesi son derece önem taşımaktadır. TİHEK'in hukuki yapısının yanı sıra, özellikle yaptırım uygulama gücünün inceleme altına alınması bu çalışmanın esasını oluşturmaktadır.

1 <https://www.tihek.gov.tr/bm-ve-ulusal-insan-haklari-kurumlari/> (Erişim tarihi: 21.02.2021).

2 <https://www.tihek.gov.tr/bm-ve-ulusal-insan-haklari-kurumlari/> (Erişim tarihi: 21.02.2021).

3 Zehra Odyakmaz / Bayram Keskin / Yusuf Deniz, “6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme – I”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 7, 2016, s.727.

4 <https://www.tihek.gov.tr/bm-ve-ulusal-insan-haklari-kurumlari/> (Erişim tarihi: 21.02.2021).

Çalışmada TİHEK'in kurumsal yapısı bağlamında onun bir organı olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu'nun yapısının inceleme altına alınmasının yanı sıra kurulun özellikle yaptırım uygulama fonksiyonu üzerinde durulacak ve değerlendirilecektir. Yine çalışma içerisinde TİHEK'in idari yaptırım yetkisi ele alınırken, kurumun tüzel kişiliğinin benzer kurumlarla karşılaştırılması da yapılacaktır. Ayrıca kurumun emsal kararları ışığında idari yaptırım yetkisinin kullanılmasına ya da kullanılmamasına dair verilecek kararlara karşı başvuru yollarının farklılıkları üzerinde durulacaktır.

## I. TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU'NUN KURULUŞU, HUKUKİ NİTELİĞİ, İDARİ TEŞKİLAT İÇİNDEKİ YERİ VE ORGANLARI

### A. TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU'NUN KURULUŞ SÜRECİ

Türkiye Cumhuriyeti'nde insan haklarının korunmasındaki kurumsallaşma süreci 80'li yıllara dayanmaktadır. 80'li yılların sonlarında Devlet Planlama Teşkilatı'nın kadın haklarına yönelik faaliyetleri, insan haklarının devlet tarafından korunması anlamında kurumsallaşma yoluna gidildiğinin bir örneği olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>5</sup>. Daha sonrasında 1987'de Avrupa Birliği'ne yapılmış olan tam üyelik başvurusu doğrultusunda 1990'da insan haklarının kurumsallaşması süreci devam etmiştir<sup>6</sup>. Kadın ve Aileden Sorumlu Bakanlığa bağlı Kadın Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü'nün oluşturulduğu yıl olan 1990'da ayrıca Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Hakları İnceleme Komisyonu kurulmuş ve göreve başlamıştır<sup>7</sup>.

2000'li yıllara gelindiğinde yürütme erki içerisinde kurumsallaşma daha yoğun görünmeye başlamıştır. Başbakanlık Merkez Teşkilatı Kanunu ile gerçekleştirilen değişiklikle İnsan Hakları Başkanlığı<sup>8</sup> 2001 yılında kurulmuş ve insan haklarına ilişkin idari ve kanuni düzenlemelerin yapılması amacıyla faaliyette bulunacak ve tavsiye verecek İnsan Hakları Üst Kurulu oluşturulmuştur<sup>9</sup>. Ayrıca il ve ilçe bazında faaliyet göstermesi planlanan İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları oluşturulması, bu kurulların vali, kaymakam, belediye başkanı ve çeşitli kamu kurumlarının yönetici nitelikli görevlilerinin yer alacağı şekilde teşkilatlanması amaçlanmıştır<sup>10</sup>. Ancak sonrasında bu kurullara sivil toplum kuruluşlarından da üyeler katılmıştır.

5 **Ümran Güneş**, "Türkiye'de İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Ulusal İnsan Hakları Kurumları: Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu", *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 1, Haziran 2018, s.173.

6 **Vahap Atilla Oğuşgil**, "Avrupa Birliği Yolunda Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun Birleşmiş Milletler Paris Prensipleri Işığında Değerlendirilmesi", *Bilig (Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi)*, Sayı: 74, Yaz 2015, s.178.

7 **Güneş**, s.173.

8 Mülga 4643 sayı ve 12.04.2001 kabul tarihli Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü ile Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Eki Cetvellerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun.

9 **Odyakmaz / Keskin / Deniz**, s.731.

10 Personelinin merkezi ve yerinden yönetim idareleri içinden gelmesi nedeniyle bu kurulların bağımsızlığı üzerinde tartışmaların ortaya çıktığına dair görüş için bakınız **Güneş**, s.178.

Kurumsallaşma yönünde sonraki gelişmeler bakımından Avrupa Birliği'nin etkisi giderek artmıştır. Bu sayede 2008 yılında kurumsallaşma sürecinin farklı bir hızlanma yakaladığı görülmektedir. 18.02.2008 tarihinde Avrupa Birliği Konseyi tarafından yayımlanan “Katılım Ortaklığı Belgesi” ile Birleşmiş Milletler Paris İlkeleri'ne uygun ve yeterli mali kaynağı olması gereken bağımsız ulusal insan hakları kurumlarının oluşturulması gerekliliği hüküm altına alınmıştır<sup>11</sup>. Bu kapsamda yapılan çalışmalar üzerine 2012 yılında 6332 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu yayımlanmış ve insan haklarının korunması ve geliştirilmesi konusunda çalışmalar yapmak amacıyla kurum (TİHK) varlık bulmuştur<sup>12</sup>.

TİHK, insan haklarının korunabilmesi için birçok işlem ve eylemi gerçekleştirebilecek şekilde görev ve yetkilerle donatılmıştır<sup>13</sup>. Kurumun karar organı olan kurulun idari yaptırım yetkisine sahip olmaması, kurumun ağırlıklı insan hakkı ihlallerini tespit etmek ya da insan haklarının korunması ve geliştirilmesi kapsamında yetkisi olduğunu göstermektedir<sup>14</sup>. Diğer bir deyişle kurulun alacağı kararların kesin hüküm olmadığı, sadece tavsiye niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır<sup>15</sup>.

İdari yaptırım yetkisine sahip olmayan TİHK ile Başbakanlığa bağlı olan İnsan Hakları Başkanlığı, farklı nitelikteydi. İnsan Hakları Başkanlığı 2001 yılında idari teşkilatta kendisine Başbakanlık çatısı altında yer bulmuşken, TİHK kamu tüzel kişiliğini haiz bir biçimde idari ve mali özerkliğe sahip olarak kurulmuştur<sup>16</sup>. Bu doğrultuda TİHK ile insan haklarının korunması adına ilk defa merkezi idareden ayrı bir idari kurumun oluştuğu söylemek yanlış olmayacaktır.

2013 yılında TİHK kapsamında yeni bir düzenlemeye gidilmiştir. İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü, Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek İhtiyari Protokol doğrultusunda ulusal izleme ve önleme yapacak bir teşkilatlanmanın kurulması ihtiyacı doğmuştur. Bu doğrultuda insan hakkı ihlallerinin önlemesi yetkisi, Bakanlar Kurulu'nun 09.12.2013 tarih ve 2013/5711 sayılı Kararıyla TİHK'ye tanınmıştır<sup>17</sup>.

11 Oğuşgil, s.178.

12 28339 sayı ve 30.06.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Mülga 6332 sayı ve 21.06.2012 kabul tarihli Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu.

13 Mülga 6332 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu'nun “Görev ve yetkiler” başlıklı 4. maddesi uyarınca; “Kurum, insan haklarının korunmasına, geliştirilmesine ve ihlallerin önlenmesine yönelik çalışmalar yapmak; işkence ve kötü muamele ile mücadele etmek; şikâyet ve başvuruları incelemek ve bunların sonuçlarını takip etmek; sorunların çözüme kavuşturulması doğrultusunda girişimlerde bulunmak; bu amaçla eğitim faaliyetlerini yürütmek; insan hakları alanındaki gelişmeleri izlemek ve değerlendirmek amacıyla araştırma ve incelemeler yapmakla görevli ve yetkilidir”.

14 Kurulun görev ve yetkilerinin daha detaylı incelenebilmesi için bakınız mülga 6332 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu'nun “Kurulun görev ve yetkileri” başlıklı 7. maddesi.

15 Odyakmaz / Keskin / Deniz, s.731.

16 Mülga 6332 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu'nun “Kuruluş ve statü” başlıklı 3. maddesi uyarınca; “(1) Bu Kanunla ve ilgili diğer mevzuatla verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip ve özel bütçeli, Türkiye İnsan Hakları Kurumu kurulmuştur  
(2) Kurum Başbakanlıkla ilişkilidir”.

17 Abdurrahman Eren, 12-13 Haziran 2015 tarihinde sunulan bildiri, **Ulusal İnsan Hakları Kurumları (İyi Uygulama Örnekleri ve Deneyim Paylaşımı) Uluslararası Konferansı**, İstanbul, Kasım 2015, s.42; Fatih Dügmeçi, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitli Kurumu'nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.237.

İdari teşkilat düzenlemesi bakımından ayrı bir kamu tüzel kişiliği ile ayrımcılıkla mücadele etmeye ilişkin planlanan görev ve faaliyetlerin, 2016 yılında TİHK bünyesinde toplanması düşüncesi ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda TİHK'in tüzel kişiliğine son verilerek Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) kurulmuş ve yeni kurulan bu kuruma ayrımcılıkla mücadele etme yetkisi de tanınmıştır<sup>18</sup>. 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile TİHK'in yerine kurulmuş olan TİHEK, selefi olan TİHK'in görev ve yetkilerini devralmış ve ayrıca ayrımcılığın önlenmesi kapsamında da idari işlem tesis edebilme gücüne sahip olmuştur<sup>19</sup>. Ayrımcılık ile etkin bir mücadele sergilenebilmesi adına yapılan bu değişiklik ile Anayasa'nın 10. maddesi kapsamında kanun önünde eşitlik ilkesi ile Türkiye'nin taraf olduğu çeşitli insan hakları sözleşmelerinin gereklerinin sağlanması amaçlanmıştır<sup>20</sup>. Uluslararası boyutta özellikle Avrupa Birliği müktesebatına uyumun sağlanması da amaçlardan bir diğeridir<sup>21</sup>. Kanunun genel gerekçesinde de ayrımcılık yasağının TİHEK dışında ayrı bir tüzel kişilik ile gözetilmesine ihtiyaç olmadığına dair açıklama yer almaktadır<sup>22</sup>.

TİHEK, TİHK gibi Başbakanlıkla ilişkili bir kurum olarak kurulmuştur. Fakat 2017 yılında yapılmış olan Anayasa değişikliği TİHEK'in yeniden şekillenmesine neden olmuş ve 2018 yılında 6701 sayılı Kanunun 8. maddesine "*Cumhurbaşkanının görevlendireceği bakan ile ilişkili*" ifadesi getirilmiştir<sup>23</sup>. Yapılan bu değişiklik ile Kurumun yönetimine ilişkin yetkilerin Cumhurbaşkanı'nın gerekli gördüğü durumlarda bakan vasıtasıyla kullanılabilceği hüküm altına alınmıştır<sup>24</sup>.

Yapısı giderek sağlamlaşan ve güçlenen TİHEK, Cumhurbaşkanı'nın görevlendireceği bakan ile ilişkili bir kurum olarak varlığını sürdürmektedir. İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesi, ayrımcılık ile mücadele edilerek eşitliğin sağlanması ve işkence ile kötü muameleyle karşı mücadele de bulunacak olan TİHEK, belirttiğimiz bu fonksiyonları tek çatı altında kendi bünyesinde toplamıştır<sup>25</sup>. Bu faaliyetler kapsamında TİHEK hem kamu hem de özel kesimin eğitiminin yanı sıra, kamu ve özel kesim üzerinde inceleme, gözetim ve yaptırım uygulama yetki ve görevlerine sahiptir<sup>26</sup>.

18 **Düğmeci**, s.237.

19 29690 sayı ve 20.04.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 6701 sayı ve 06.04.2016 kabul tarihli Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun 28. maddesi kapsamında 6332 sayı ve 21.06.2012 kabul tarihli Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu yürürlükten kaldırılış ve TİHK'nun tüzel kişiliği sona erdirilmiştir.

20 **Odyakmaz / Keskin / Deniz**, s.732.

21 **Şükrü Altıntaş**, *Türkiye'de İnsan Haklarının Gelişimi ve Kurumsal Yapılanması: İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Örneği*, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karaman, 2019, s.95.

22 **Altıntaş**, s.95.

23 30437 sayı ve 09.07.2018 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 703 sayı ve 02.07.2018 kabul tarihli Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 149. maddesi ile TİHEK'in Başbakanlık ile ilişkisi ortadan kaldırılmıştır.

24 **Mehmet Akad / Bihterin Vural Dinçkol / Nihat Bulut**, Genel Kamu Hukuku, Gözden Geçirilmiş 16. Basım, Der Yayınevi, İstanbul, 2020, s.360.

25 **Odyakmaz / Keskin / Deniz**, s.733; **Altıntaş**, s.96.

26 **Güneş**, s.174.

## **B. TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU'NUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE İDARİ TEŞKİLAT İÇİNDEKİ YERİ**

06.04.2016 tarih ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile kurulan TİHEK, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip, özel bütçeli bir kurum olarak idari teşkilat içerisinde kendisine yer bulmuştur. Kurum, 6701 sayılı Kanun ile yeni bir çehreye kavuşmuştur. 2012 yılında 6332 sayılı mülga Kanun ile sahip olmadığı yeni yetkiler ile çeşitli kamusal güçlere sahip olmasıyla, kamu kurumu niteliğinde de çeşitli değişimler ortaya çıkmıştır.

TİHEK'in, 6701 sayılı Kanun ile kurulan bir kamu tüzel kişiliği olması sebebiyle idari teşkilat içindeki yerinin tam olarak tespit edilmesi de gereklidir. Ulusal kapsamda insan haklarının korunması bakımından TİHEK'in yürüttüğü faaliyet, idari teşkilatta yer alan diğer kamu kurumlarının ortaya çıkardığı kamu hizmetlerinden farklı boyuta sahiptir<sup>27</sup>. Özellikle ayrımcı eylemlerin sona erdirilebilmesi bağlamında kamu düzenini sağlamaya çalışan TİHEK'in bu anlamda klasik bir kamu kurumu olmadığı da söylenebilir<sup>28</sup>.

Kurumun özerkliğe sahip olması bakımından 6701 sayılı Kanun'un açıkça kullandığı ifadeler, TİHEK'in merkezi idareden ayrılarak karar alma süreci gibi birçok konuda faaliyet alanına uygun bir şekilde hareket edebilme özgürlüğünü elinde bulundurmasını sağlamıştır. İnsan haklarının korunması bağlamında ulusal ve uluslararası koruma mekanizmaları arasında bir köprü olabilmesi adına bu özerkliğin tanınması gerekliliği kaçınılmaz olmaktadır<sup>29</sup>. TİHEK'in bütçesinin TBMM tarafından belirlenerek merkezi bütçeden ayrı bir yapıya sahip olması, harcama takdir yetkisini bağımsızca elinde bulundurmasını sağlamaktadır. İdari özerkliğin tanınması ile de kurum personelinin, ihtiyaca uygun donanımlı kişiler arasından liyakat esaslı ile seçilebilmesi sağlanmıştır. Personel seçimi bakımından ayrıca herhangi bir makamdan onay alınma gereği olmaması da, TİHEK'e sunulan idari özerkliğin kuvvetini göstermektedir<sup>30</sup>.

İdari özerklik bakımından 6332 sayılı mülga Kanun ile 6701 sayılı Kanun kapsamında TİHEK'in ilişkili olduğu idari birimin değişimi de ayrıca görülmektedir. Başbakanlık ile doğrudan ilişkili olan Kurumun, 6701 sayılı Kanun kapsamında Cumhurbaşkanı'nın belirleyeceği bakanlık ile ilişkisi olacağını belirtmiştik. 2018/1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi'nin Ek-1 Listesi uyarınca TİHEK, Adalet Bakanlığı ile ilişkilendirilmiştir<sup>31</sup>. Dolayısıyla sistem değişikliği sonrasında Kurumun artık başbakanlık yerine bakanlık nezdinde merkezi idare ile ilişkisi devam edecektir. TİHEK'in ilişkili bir kurum olması, 6701 sayılı Kanununun 8. maddesinde yer alan idari özerkliğe sahip olması niteliğini kuvvetlendirmektedir. Hiyerarşik bir üstünün bulunmaması kamu tüzel kişiliği niteliğinin en temel özelliklerinden birisidir. Ancak bu husus, TİHEK'in idari bir denetime tabi olmadığı anlamına

27 **Halil Kalabalık**, İnsan Hakları Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s.345.

28 **Düğmeci**, s.240.

29 **Kalabalık**, s.345.

30 **Hayrettin Eren**, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.96.

31 30479 sayı ve 15.07.2018 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Bakanlıklara Bağlı, İlgili ve İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile İlgili 2018/1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi.



gelmemektedir<sup>32</sup>. İdari denetim, idari vesayet yetkisinin kullanımı ile gerçekleşmektedir. Merkezden yönetimin yerinden yönetim kurumları bakımından idari vesayet denetimi kapsamında idarenin bütünlüğü ilkesini tamamladıklarını ağırlıklı belirtmemiz gerekmektedir<sup>33</sup>. Bu nedenle yerel yönetim idaresi olmayan ancak kamu kurumu olarak düzenlenen TİHEK'in, merkezi idarenin idari vesayet denetim yetkisi altında tutulabileceğini belirtebiliriz. 6701 sayılı Kanun'da açıkça merkezi idarenin idari vesayet yetkisini tanıdığı yetkiler bakımından bu denetim sistemi işleyecektir<sup>34</sup>.

TİHEK'in kamu kurumu sınıflandırılması anlamında da incelemesi gerekmektedir. Mevzuat, doktrin ve yargı kararları bağlamında TİHEK'in özellikle düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında yer aldığı düşünülmektedir<sup>35</sup>. Bu kapsamda düzenleyici ve denetleyici kurum niteliğine ne şekilde sahip olduğunu gözlemek, Kurumun yürüteceği faaliyetin belirlenmesi açısından da yol gösterici olacaktır.

Doktrinde düzenleyici ve denetleyici kurumlar bakımından bir alt sınıflandırma yapılabileceği de belirtilmektedir. Bu sınıflandırma doktrinde üçlü bir sistematik ile ifade edilmektedir ki, bunlar, "piyasa ekonomisinin düzenlenmesine ilişkin kurumlar", "temel hak ve özgürlüklerin korunmasını amaçlayan kurumlar" ve "idarenin keyfilğine veya bürokrasiye karşı bireyin korunmasını amaçlayan kurumlar"dır<sup>36</sup>. Bu doğrultuda TİHEK'in faaliyet alanı bakımından temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması konusunda idari işlemler tesis etmesi nedeniyle, düzenleyici ve denetleyici kurum olarak nitelendirilmesi yerinde olacaktır. Temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından sadece kamu idareleri ve kamu kurumları karşısında değil, özel hukuk kişilerinin de özellikle ayrımcılık yasağını ihlal etmemesi için idari işlem tesis edebilme yetkisine sahip olan TİHEK'in bu yönüyle ilk grup yerine üçüncü grupta değerlendirmek daha doğrudur.

TİHEK, ilk bakışta her ne kadar temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlama faaliyetini yürütmesi nedeniyle düzenleyici ve denetleyici kurum olarak yorumlansa da Kurumun niteliği

32 **Düğmeci**, s.244.

33 Merkezden yönetimin sadece yerel yönetimler üzerinde değil, geri kalan yerinden yönetim kamu tüzel kişileri üzerinde de idari vesayet yetkisini kullandığına dair doktrindeki ağırlıklı görüş için bakınız; **Turan Yıldırım / Melikşah Yasin / Nur Kaman / H. Eyüp Özdemir / Gül Üstün / Özge Okay Tekinsoy**, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2018, s.30; **Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya**, Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül 2020, s.185; **Ali D. Ulusoy**, Yeni Türk İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s.150; **Kemal Gözler**, İdare Hukuku Cilt: I, 2. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2009, s.209.

34 **Eren**, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, s.83.

35 Düzenleyici ve denetleyici kurum, bakımından kimi farklılıklara rağmen "Bağımsız İdari Otoriteler" kavramı da doktrinde ayrıca yaygın kullanıma sahiptir; **Ali Ulusoy**, Bağımsız İdari Otoriteler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s.6; **Turgut Tan**, "Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 35, Sayı: 2, Haziran 2002, s.11; **Müslüm Akıncı**, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, s.375; **Ender Ethem Atay**, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1-2, 2006, s.259-293; **Emrah Uran**, Türkiye'deki Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ağustos 2012, s.53; **D. Çiğdem Sever**, "Türkiye'de Düzenleyici kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 64, Sayı:1, 2015, s.196; **Turan Yıldırım**, "Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi", **2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu**, Danıştay Yayını, No: 59, 2000, s.201.

36 **F. Gazier et Y. Cannal**, "Etudes sur les autorités administratives indépendantes", EDCE, No.35, s.18'den aktaran **Turgut Tan**, Ekonomik Kamu Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, Şubat 2010, s.192; **Atay**, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması", s.263; Uran, s.53.

fonksiyonel görevleri bakımından hem yargı kararlarında hem de doktrinde tartışma konusu olmuştur. TİHK'in kurucu kanunu olan 6332 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu'nun kimi hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, ulusal anlamda insan haklarının korunması faaliyeti yürüten kurumlara ilişkin olarak genel açıklamada bulunmuştur;

*“... Kanun'un 3. maddesinde, İnsan Hakları Kurumunun kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip, özel bütçeli ve Başbakanlıkla ilişkili olduğu belirtilmek suretiyle, Kurumun kendisine verilen görevleri bağımsız bir şekilde yerine getirmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Türk idari teşkilatı içinde yer alan ilişkili kuruluşlar, kamudaki bazı alanları düzenlemek ve korumak amacıyla kurulan, kamu tüzel kişiliğine sahip, kararları hiyerarşik açıdan denetime tabi olmayan, üyeleri bağımsız, yönetimleri idari ve mali açıdan özerk olan kuruluşlardır. Bu kuruluşların Ülkemiz için tipik örneği bağımsız idari otoritelerdir”<sup>37</sup>.*

Karardan da anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi, TİHK'in düzenleyici ve denetleyici kurum olduğu düşüncesini, “bağımsız idari otorite” terimini kullanarak ifade etmiştir. Kararda özellikle Kurumun hiyerarşik bir denetim altında olmadığı ve bağımsız bir karar alma yetkisine sahip olması üzerinde duran Anayasa Mahkemesi, bu özelliğin düzenleyici ve denetleyici kurumların temel özelliği olduğunu belirtmektedir. Temel olarak ulusal insan haklarını koruma faaliyetini yerine getiren kurumların özerk olma gerekliliği, kurumların bağımsız şekilde karar alabilmesi için kaçınılmaz bir özelliktir<sup>38</sup>. TİHEK'in aynı özelliğe sahip olması sebebiyle, Anayasa Mahkemesi'nin TİHK hakkında ifade ettiği görüşün, TİHEK için de geçerli olduğunu kabul edebiliriz.

Doktrinde TİHEK'in düzenleyici ve denetleyici kurum olarak değerlendirilip değerlendirilmemesi bakımından farklı görüşler bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin görüşü yönünde ifade edilen düşüncelerde ağırlıklı, TİHEK'in idari teşkilatta düzenleyici ve denetleyici kurum olduğu belirtilmektedir. TİHEK'in, kamu tüzel kişiliği, idari ve mali özerkliğe sahip oluşu ve özel bütçesinin bulunması kapsamında düzenleyici ve denetleyici kurum sınıflandırması içerisinde yer alması gerektiği vurgulanmaktadır<sup>39</sup>.

Doktrinde aksi yönde görüşler de bulunmaktadır. TİHEK, Kamu Denetçiliği Kurumu (KDK) gibi atipik bir yapıya sahiptir<sup>40</sup>. Ne mahalli idare ne de bir hizmet yönünden yerinden yönetim kurumu olmadığı belirtilen TİHEK'in, düzenleyici ve denetleyici kurumlara da tam olarak benzemediği ifade edilmektedir<sup>41</sup>. Başka bir görüş ise TİHEK'in halefi olan TİHK ile KDK'nın düzenleyici ve

37 28868 sayı ve 31.12.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Anayasa Mahkemesi'nin E.2012/98, K.2013/92 sayı ve 17.07.2013 tarihli kararı.

38 Odyakmaz / Keskin / Deniz, s.734.

39 Kalabalık, s.345.

40 Eren, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, s.84.

41 Eren, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, s.84.

denetleyici kurumlardan farklı bir niteliğe sahip olduğunu belirtmiştir<sup>42</sup>. Bu kurumların esas olarak danışma, rapor hazırlama, tavsiye kararları gibi bağlayıcı ve icrai olmayan yetkiler kullanması nedeniyle düzenleyici ve denetleyici kurum yerine insan haklarının korunmasına yardımcı olacak kurumlar olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>43</sup>. Ancak THİK'ten THİK'e geçiş sürecinde elinde bulundurduğu belirtilen yetkilerin yanı sıra, bağlayıcı etkiye sahip olan idari yaptırım yetkisinin de kazanılmasıyla bu durumun değiştiği söylenebilir.

Bağlayıcı karar alma yetkisine sahip olunup olunmaması yönünden Kurum'da değişim yaşanmıştır. TİHK'ten TİHEK'e geçiş sürecinde Kurumun bağlayıcı bir karar alma yetkisine kavuşması söz konusu olmuştur<sup>44</sup>. 6701 sayılı Kanun ile TİHEK, halefi olan TİHK'in sahip olmadığı bir idari yaptırım yetkisine kavuşmuştur. İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesi ödevlerinin yanı sıra Kurum, ayrımcılık yasağı ihlalleri kapsamında 6701 sayılı Kanun'un 25. maddesi uyarınca, bağlayıcı bir idari yaptırım kararı alma yetkisine sahip olmuştur<sup>45</sup>. TİHK'in tavsiye ve görüş bildirme fonksiyonuna ek olarak TİHEK'te bağlayıcı karar alabilme fonksiyonunun getirilmesi, insan hakları ihlallerinin engellenmesi yolunda etkili olabilecek bir araç olarak düşünülebilmektedir. Aslında TİHEK'in diğer düzenleyici ve denetleyici kurumlar gibi toplum yaşamının duyarlı alanlarında yaptırımlar uygulaması hususu, Kurumun genel fonksiyonunu da göstermektedir. Bu kapsamda doğrudan icrai niteliğe ve güce sahip olan kurumların yargısal ve idari denetime tabi olacağı da kaçınılmazdır<sup>46</sup>. TİHEK'in idari yaptırım anlamında icrai karar alma yetkisine sahip olması, düzenleyici ve denetleyici bir kurum olma niteliğinin sağlamaştığını göstermektedir<sup>47</sup>.

Düzenleyici ve denetleyici kurumların her birinin ayrı kanun ya da Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenmesi, mevzuat anlamında doğrudan bir yasal tanıma sahip olamamalarına neden olmuştur<sup>48</sup>. Bu kapsamda dolaylı yoldan listeleme çabası gösteren tek mevzuat, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nda yer alan cetveldir<sup>49</sup>. "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumlar" başlıklı III Sayılı Cetvel yerine TİHEK, II Sayılı Cetvel başlığında yer alan "Özel Bütçeli Diğer İdareler" arasında sayılmıştır. Anayasa Mahkemesi ve doktrin görüşleri ile 5018 sayılı Kanun arasında, TİHEK'in niteliğine ilişkin incelemede farklılığın ortaya çıktığı görülmektedir. Yasal düzlem ile yargı kararları ve doktrinin aynı doğruda gidecek şekilde kurumun niteliğinin tekrar ele alınması, görüş birliğinin sağlanması açısından faydalı olacaktır.

42 Sever, s.216-217.

43 Sever, s.217.

44 Odyakmaz / Keskin / Deniz, s.731.

45 6701 sayılı Kanunun 25. maddesi uyarınca; "Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır".

46 Hasan Nuri Yaşar / S. Sena Cabioglu Güler, "Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Yetkileri Kapsamında Kamu Gücü İlişkisi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XX, Sayı:4, 2016, s.73.

47 Dügmeçi, s.242.

48 Sever, s.197.

49 25326 sayı ve 24.12.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 5018 sayı ve 10.12.2003 kabul tarihli Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu.

### **C. TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU'NUN KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU'NDAN FARKLILIĞI**

İnsan haklarının korunması ve ayrımcılığın engellenmesi adına ulusal anlamda faaliyette bulunan tek kurum TİHEK değildir. Yargı dışı hukuksal başvurular içinde idari başvurular çeşitliliğe sahiptir. Bu anlamında farklı kamu kurumlarının insan hakkı ihlallerini denetlediği görülmektedir. TİHEK dışında bu görevi üstlenen diğer kurum Kamu Denetçiliği Kurumu (KDK)dur.

TİHEK ile insan haklarının korunması bakımından aynı doğrultuda hareket eden KDK, fonksiyonel ve içeriksel anlamda ise farklılığa sahiptir. 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nda KDK'nın temel amacı, “*kamu hizmetlerinin işleyişinde bağımsız ve etkin bir şikâyet mekanizması oluşturmak suretiyle, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve önerilerde bulunmak*” olarak belirtilmiştir<sup>50</sup>. Bu ifade kapsamında, KDK tarafından alınan kararların konusunun içeriği ile fonksiyonel sonuçları yönüyle TİHEK'ten farklılığa sahip olduğu görülmektedir. Bu bağlamda TİHEK ile KDK arasındaki farklıları, yaptıkları incelemelerin içeriği, aldıkları kararların fonksiyonel sonuçları üzerinden inceleyebiliriz. Bu iki farklılığa ek olarak TİHEK ve KDK'nın ilişkili oldukları teşkilat bakımından da inceleme yapmak, kurumlar arasındaki temel çizgilerin belirlenmesini sağlayacaktır.

Öncelikle TİHEK ile KDK'nın yürüttükleri idari faaliyetlerin amaçları arasındaki temel farklılıklar göze çarpmaktadır. 6328 sayılı Kanun'un 1. maddesi kapsamında KDK'nın, idarelerin faaliyetlerinde ilgililere karşı hakkaniyetli ve hukuka uygun davranmaları yönünde inceleme yapmak ile görevlendirildiği açıktır<sup>51</sup>. Bu doğrultuda idarelerin faaliyetlerinde iyi yönetim ilkesine daha sıkı sarılmaları amaçlanmaktadır. Bir diğer amaç ise, idari yargı yoluna başvurulmadan da ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümlenmesi için arabuluculuk yükümlülüğünü sağlamaktır<sup>52</sup>. Dolayısıyla idari faaliyetten etkilenenler ile idare arasından bir dostane çözüm sağlanarak emsaller de yaratılacaktır. Bu anlaşmazlıkların çözümünde hız kazanılması ve bu sayede idari yargının yükünün hafifletilmesi de sağlanabilecektir<sup>53</sup>. Bu kapsamda sadece idarelerin idari faaliyetleri üzerinde karar alabilme yetkisine sahip olan KDK, TİHEK'ten inceleme yaptıkları alanlar bakımından ayrılmaktadır. KDK, özellikle kamu yönetimi ile kamu görevlilerinin keyfi, hatalı ve hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden doğan ihtilafları denetleme yetkisine sahiptir<sup>54</sup>. Buna karşın TİHEK'in sadece kamu idareleri, kamu kurumları ve kamu hizmeti yürüten özel hukuk tüzel kişileri değil, insan haklarını ve ayrımcılık yasağını ihlal eden her gerçek ve tüzel kişiler üzerinde denetim yetkisi bulunmaktadır. Bu denetimi yaparken ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek ile 6701 sayılı Kanun'un 1. maddesi kapsamında yetkilendirildiği açıktır.

50 28338 sayı ve 29.6.2012 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 6328 sayı ve 14.06.2012 kabul tarihli Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun “Amaç” başlıklı 1 maddesi.

51 **Odyakmaz / Keskin / Deniz**, s.735.

52 **Düğmeci**, s.230.

53 **Zehra Odyakmaz**, “*Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kanunun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi*”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 14, 2013, s.21.

54 **Tülin Çağdaş**, “*Ombudsman Kurumu ve Türkiye'de 6328 Sayılı “Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu”nun Düzenlenmesi*”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 2, Güz 2017, s.92.

İnsan haklarının korunması, geliştirilmesi ve ayrımcılığın engellenmesi bakımından idari yaptırım uygulayabilme yetkisine sahip olan TİHEK'in KDK'dan farklılaşan bir diğer özelliği de fonksiyonları konusunda ortaya çıkmaktadır. KDK, sadece kendisine ulaşan “şikâyet” üzerine harekete geçebilen bir kurum olarak görev yapmaktadır. Bu kapsamda somut olaylara resen yaklaşmadığı görülmektedir<sup>55</sup>. Diğer ulusal kamu denetçiliği kurumlarından farklı olarak KDK, şikâyet olmaksızın idarenin işlem ve eylemlerinde gördüğü aksaklıkları kendiliğinden inceleyememektedir<sup>56</sup>. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesi uyarınca şikâyet hakkına sadece menfaati ihlal edilenlerin sahip olabileceği belirtilmiş, fakat şikâyet konusunun temel hak ve özgürlüklere yönelik olması ya da kamuoyunu ilgilendirmesi durumunda şikâyetin yapılmasında menfaat ihlalinin aranmayacağı hüküm altına alınmıştır<sup>57</sup>. Menfaat ihlalinin aranmaması kapsamında getirilen istisnai durumun yerinde olduğu da doktrinde benimsenmektedir<sup>58</sup>. Şikâyetin menfaat ile sınırlandırılmayacağı hallerin bulunmasına rağmen düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere, KDK ihlallerin incelenmesi yönünde resen harekete geçemeyecektir. Doktrindeki görüşler bağlamında KDK'nın resen inceleme yetkisine sahip olmamasının sebebinin, KDK'nın aşırı iş yükü altında ezilerek ana faaliyet konusunu yerine getiremeyeceği düşüncesi olduğu belirtilmektedir<sup>59</sup>.

TİHEK'in somut olayları inceleyebilmesi bakımından yetkiye sahip olmasında KDK'dan ayrıştığı nokta, mevzuat kapsamında da tespit edilebilmektedir. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu tarafından yürürlüğe konmuş olan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 24/I. maddesinin “f” ve “g” bentleri uyarınca TİHEK, insan hakları ihlali ve ayrımcılık yasağı ihlali iddialarını incelemeyi, sadece kendisine yapılacak başvurular üzerinden değil, resen de yapabilmektedir<sup>60</sup>.

TİHEK ile KDK arasındaki fonksiyonel ayrımın tespit edilebilmesi için alınan kararların bağlayıcılık etkisi de göz önünde bulundurulmalıdır. KDK kararlarının niteliğinin incelemesinde karşımıza 6328 sayılı Kanunun 5. maddesinin ilk fıkrası çıkmaktadır. Hüküm uyarınca; “*Kurum, idarenin işleyişi ile ilgili şikâyet üzerine, idarenin her türlü eylem ve işlemleri ile tutum ve davranışlarını; insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde, hukuka ve hakkaniyete uygunluk yönlerinden incelemek, araştırmak ve idareye önerilerde bulunmakla görevlidir*”. Hükümden de anlaşılacağı üzere Kurumun yükümlülüğünün, kendisine sunulan şikâyetler üzerine önerilerde bulunmak olduğu açıktır. Bu doğrultuda KDK'nın yapmış olduğu incelemeler sonucunda aldığı kararların tavsiye niteliğinde olduğunu ve bağlayıcı özelliklerinin olmadığını belirtmek gerekir<sup>61</sup>. KDK bu yetki ile mevcut

55 **Düğmeci**, s.232.

56 **Ender Ethem Atay**, “*Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği*”, **Ombudsman Akademik Dergisi**, Sayı: 1, 2014, s.28.

57 28601 sayı ve 28.03.2013 tarihli Mükerrer Resmi Gazete’de yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik.

58 **Mehmet Yüce / Atanur Beyce**, *Kamu Denetçiliği Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, Kasım 2013, s.60; **Düğmeci**, s.232.

59 **Odyakmaz**, s.34.

60 30250 sayı ve 24.11.2017 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik.

61 **Odyakmaz**, s.7; **Çağdaş**, s.102.

yönetimi iyileştirme amacıyla önerilerde bulunur<sup>62</sup>. Bu öneriler kapsamında yerindelik bakımından da değerlendirmeler yapabilen KDK, idari işlemi tesis etmiş olan ilgili idareden, idari faaliyet kapsamındaki bu idari işlemin geri alınmasını veya kaldırılmasını talep edebilmektedir<sup>63</sup>. TİHEK bakımından ise bağlayıcı karar alabilme yetkisi konusunda KDK'dan farklılık ortaya çıkmaktadır. 6701 sayılı Kanun'un 9, 11 ve 25. maddelerinde açıkça belirtildiği üzere, ayrımcılık yasağını ihlal edenler hakkında idari yaptırım kararının alınabilmesi, TİHEK'i KDK'dan ayırmaktadır. TİHEK'in yaptığı inceleme sonucunda doğrudan ilgililer üzerinde bağlayıcı bir etki doğuran idari yaptırım yetkisinin bulunması, bu kapsamda alacağı kararların yargı denetimine tabi olmasını ayrıca gerektirmektedir.

KDK, 6328 Sayılı Kanun'un 4. maddesinde açıkça ifade edildiği üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na bağlı bir kurum olarak kurulmuştur. İdari teşkilatlanma bakımından ayrı bir yapıya sahip olan KDK'nın ilişkili olduğu birim bakımından da farklılığı ortaya çıkmaktadır. Yasama erki ile bağı, KDK'nın klasik kamu kurumlarından kendisini ayırır. Öte yandan 6701 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamında Cumhurbaşkanlığının görevlendirdiği Adalet Bakanlığı ile ilişkili olması, TİHEK'in KDK'dan farklılığını bir kez daha gözler önüne sermektedir.

#### ***D. TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURULU'NUN KURUM İÇİNDEKİ YERİ VE FONKSİYONU***

TİHEK kendi içerisinde çeşitli idari birimlere bölünmektedir. 6701 sayılı Kanun sistematigi ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu, Başkanlık ile Başkanlığa bağlı hizmet birimleri ve çalışma guruplarından oluşur.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu (Kurul), Kurum içinde Kurumun faaliyet alanına ilişkin karar alma yetkisine sahip olması sebebiyle çalışmamızın esasında yer alan idari birimdir. 6701 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle ve Kurumun karar organı olarak düzenlenen Kurul, kendisine kanun ve mevzuatla verilen görev ve yetkileri yerine getirirken sorumluluğa sahip olan bağımsız bir organdır<sup>64</sup>.

Kurul'un yapısı başkan, ikinci başkan ve 9 üyeden oluşmaktadır. 6701 sayılı Kanununun 10. maddesi uyarınca 11 üyenin tamamı Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Yine 6701 sayılı Kanun'un 10/IV. maddesinde atanacak üyelerde aranacak nitelikler belirtilmiştir. Burada önemli bir husus, üye olarak atanacak kişilerde aranan niteliklerde, Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kurullarında Atama Usullerine Dair 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile 6701 sayılı Kanun arasında farklılığın bulunmasıdır<sup>65</sup>. Bu farklılıklar bakımından üye seçiminde hangi hükümlerin

62 **Kalabalık**, s.366.

63 **İbrahim Keskin**, "Temel İnsan Hakları Bağlamında Ombudsmanlık Kurumunun Hukuku Devletindeki Yeri ve Önemi", **Adalet Dergisi**, Sayı: 45, 2013, s.130.

64 **Kalabalık**, s.347.

65 30474 sayı ve 10.07.2018 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Üst Kademe Kamu Yöneticileri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Atama Usullerine Dair 3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi.

uygulanacağı tartışmasına ilişkin olarak Anayasa'nın 107 / XVII. maddesi kapsamında, 6701 sayılı Kanun hükümlerinde yer alan niteliklerin uygulanması gerektiğini belirtmemiz gerekir. Anayasa 107 / XVII. maddesi uyarınca; “Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır” ifadesi ile 6701 sayılı Kanunun uygulanabilirliği hakkında yorum kuvvetlenmektedir<sup>66</sup>.

Kurul faaliyetlerini yürütürken hiçbir makam, merci ya da kişiden emir ve talimat almadan bağımsız bir şekilde karar alacaktır<sup>67</sup>. Tabi bu bağımsızlığın sağlanabilmesi amacıyla 6701 sayılı Kanun, üyeleri bazı yükümlükler vermiştir. 6701 sayılı Kanun'un 10 / IX. maddesi uyarınca;

*“Üyelerin Kurulda görev yaptıkları sürece önceki görevleri ile olan ilişkileri kesilir. Üyeler, özel bir kanuna dayanmadıkça, Kuruldaki görevlerinin dışında resmî veya özel hiçbir görev alamaz, dernek, vakıf, kooperatif ve benzeri yerlerde yöneticilik ve denetçilik yapamaz, ticaretle uğraşamaz, serbest meslek faaliyetinde bulunamaz, hakemlik ve bilirkişilik yapamaz. Ancak üyeler, asli görevlerini aksatmayacak şekilde bilimsel amaçlı yayım yapabilir, ders ve konferans verebilir ve bunlardan doğacak telif hakları ile ders ve konferans ücretlerini alabilir.”*

Bu kapsamda üyelerin, üyelik görevlerinden doğan faaliyetleri aksatmayacak şekilde yapacakları bilimsel çalışmalar ayrı kalmak üzere, birçok görevlerinden ayrılmaları gerekecektir.

Kurul'un, Kurumun faaliyet alanıyla ve Kurumun iç işleyişine ilişkin birçok kararı alabilme görevi ve yetkisi bulunmaktadır. TİHEK'in kurulma amaçlarından en önemlisi olan ayrımcılık yasağının ihlali kapsamında idari yaptırım yetkisi uygulama yetkisi, Kurul'a verilmiş en önemli yetkilerden biridir<sup>68</sup>. Çalışmamızın üzerinde durduğu esas alan olarak bu idari yaptırım yetkisinin kullanılmasında 6701 sayılı Kanun, Kurul'un inceleme ve araştırma yapabilmesi için gerekli yetki ve araçları sağlamaktadır. Özellikle 11 / I-a. maddesi uyarınca; “Kurumla ve Kurumun görev alanıyla ilgili düzenlemeler yapılmasına yönelik kararlar almak” hükmü ile Anayasa 124. madde ile kamu tüzel kişiliklerine tanınan yönetmelik düzenleme yetkisinin Kurul'a sağlandığını belirtmek yanlış olmayacaktır<sup>69</sup>. Bu kapsamda özellikle 6701 sayılı Kanunun uygulanabilmesi adına TİHEK tarafından Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik yayımlanmıştır. Hem 6701 sayılı Kanun hem de Yönetmelik, Kurul'un idari yaptırım kararı alabilmesi bakımından düzenlemelere yer vermiş ve bu kararın alınması bakımından usul ve esasları düzenlemiştir<sup>70</sup>.

66 Kurula seçilecek üyelerin niteliklerine ilişkin farklılıklar bağlamında detaylı bilgi için bkz. **Düğmeci**, s.249-250.

67 6701 sayılı Kanunun 10/I. maddesi.

68 6701 sayılı Kanunun 11/I-b. maddesi uyarınca; “Ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin başvurular ile insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin resen yapılan incelemeleri karara bağlamak, bu başvuru ve incelemelere ilişkin gerekli hâllerde uzlaşma sürecini sonuçlandırmak, ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin bu Kanunda öngörülen idari yaptırımlara karar vermek”.

69 6701 sayılı Kanunun 27. maddesi uyarınca; “Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelikler Kurum tarafından yürürlüğe konulur”.

70 6701 sayılı Kanunun 25. maddesi; Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 70. maddesi.

## II. TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURULU'NUN AYRIMCILIK YASAĞI İHLALLERİNİ İNCELEME USULÜ

### A. KURUL'UN AYRIMCILIK YASAĞINI İNCELEME KAPSAMINDA YETKİSİNİN TEMELİ

Çağdaş anayasaların çoğu eşitliği bir hak olarak nitelendirmekte ve devletler de eşitliği gerçekleştirme yükümlülüğü taşımaktadır. Gerçekten de bir ülkede pozitif hukuk kuralları, doğal hukukun ilkelerine uydukları oranda değer kazanırlar. Herkesin hukuk karşısında eşit olması da doğal hukuk ilkelerinden biridir. Bu ilkenin gerçekleştirildiği hukuk sistemleri modern ve değerli sistemlerdir<sup>71</sup>. 1982 Anayasası bağlamında açık bir şekilde kabul edilen eşitlik ilkesi, devletin temel yükümlülüklerinden biri olarak da düzenlenmiştir<sup>72</sup>. Anayasanın bu hükmünün, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 14. maddesinde olduğu gibi ayrımcılık yasağı şeklinde açıkça düzenlemeye sahip olmasa bile, ayrımcılık yasağını içerdiği düşünülmektedir<sup>73</sup>.

Uluslararası anlamdaki standartlar bakımından ayrımcılık; “*Kamusal veya özel yaşamda, insan haklarını eşitlik temelinde tanınmasını, haklardan yararlanılmasını veya hakların kullanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacıyla taşıyan veya böyle bir etki doğuran, herhangi bir ayrımcılık temelinde dayanan, herhangi bir fark gözetme, dışlama, sınırlama veya kısıtlama ya da öncelik tanıma veya taciz ya da başkasına yönelik ayrımcılık yapılması talimatı veya örneğin engellilik veya din veya inanç temelinde herhangi bir kişinin ya da kuruluşun, bir hükmün, ölçütün veya uygulamanın beraberinde getirdiği dezavantajları kaldırmak için uygun tedbirlerin alınmaması*” olarak tanımlanabilmektedir<sup>74</sup>.

Ayrımcılığın önlenmesi amacıyla “ayrımcılık yasaklı eşitlik” anlayışına da vurgu yapılması gereklidir. Bu bağlamda “*Aynı durumda bulunan hak öznelerinin; haklı nedenler olmadıkça, özellikle ırk, cinsiyet, dil, din ve inanç, siyasal ya da başka görüşler, yaş, engel, cinsel yönelim ve benzeri nedenlere dayalı ayırım gözetilmeksizin aynı kurallara bağlı olmasını ve yasaklama, kısıtlama, dışlama ya da yeğleme gibi eylemlere başvurmaksızın, tüm insan haklarından eşitlik koşulları içinde devlet ve işverenlerce yararlandırılmalarının sağlanmasını amaçlayan üstün bir ilke*”nin sağlanması gereklidir<sup>75</sup>. İşte bu ilkeler kapsamında TİHEK’in ayrımcılık yasağını denetlerken hem uluslararası hukuk normlarını hem de ulusal mevzuatı gözden geçirmesi gerekecektir.

71 **Abdullah Dinçkol**, Hukuk Sosyolojisine Giriş, Der Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2021, s.52.

72 1982 Anayasası’nın “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesi uyarınca; “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir*”. Aynı doğrultuda Türk Medeni Kanunu’nun 8. maddesi “*Her insanın hak yeteneği vardır. Böylece bütün insanlar, kanun sınırları içinde, haklara ve borçlara yetenekli olmada eşittir*.” demekle bütün insanları “*hak yeteneği*” açısından ayırım yapmaksızın eşit saymaktadır. **Dinçkol**, s.52.

73 **Ulaş Karan**, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, s.460.

74 **Karan**, s.461.

75 **Mesut Gülmez**, İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, AB’ye Sosyal Uyum Dizisi, Ankara, 2009, s.43.



## **1. 6701 Sayılı Kanun Kapsamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağının Kapsamı**

6701 sayılı Kanun ayrımcılık yasağı kapsamında Anayasa'nın 10. maddesi doğrultusunda bir düzenlemeye yer vermektedir. 6701 sayılı Kanun'un "Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı" başlıklı 3. maddesi uyarınca;

*"(1) Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir.*

*(2) Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır."*

Ayrımcılık eylemi konularının kanunda sayılmasının yanı sıra kanun koyucu, 6701 sayılı Kanun'da ayrımcılık yasağı alanlarının kapsamını da düzenlemiştir<sup>76</sup>. "Ayrımcılık yasağının kapsamı" başlıklı 5. madde uyarınca;

*"(1) Eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişi aleyhine ayrımcılık yapamaz. Bu hüküm kamuya açık hizmetlerin sunulduğu alanlar ve binalara erişimi de kapsar.*

*(2) Birinci fıkrada belirtilen hizmetlerin planlanması, sunulması ve denetlenmesinden sorumlu olan kişi ve kurumlar, farklı engelli grupların ihtiyaçlarını dikkate almakla ve makul düzenlemelerin yapılmasını sağlamakla yükümlüdür.*

*(3) Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri ve bunlar tarafından yetkilendirilenler, taşınır ve taşınmazları kamuya açık bir şekilde sunarken bu malları edinmek veya kiralamak isteyenler ile bunlar hakkında bilgi almak isteyenler aleyhine, bunların kiralanması, kira akdinin şartlarının belirlenmesi, kira akdinin yenilenmesi veya sona erdirilmesi, satışı ve devri süreçlerinin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz.*

*(4) Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerine, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde belirtilen istisnalar dışında üye olma, organlarına seçilme, üyelik imkânlarından yararlanma, üyeliğin sonlandırılması ve bunların faaliyetlerine katılma ve yararlanma bakımından, hiç kimse aleyhine ayrımcılık yapılamaz."*

Hükümden de anlaşılacağı üzere sadece kamu kurumlarının değil, kanunda belirtilen alanlarda faaliyette bulunan gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin de ayrımcılık yasağını ihlal etmeleri durumunda haklarında incelemenin başlatılacağı açıktır.

<sup>76</sup> Kalabalık, s.399.

6701 sayılı Kanun hizmet alanları dışında ayrıca “İstihdam ve serbest meslek” başlıklı 6. madde ile işçi istihdam edenler ve serbest meslek çalışanlarına da ayrımcılık yasağı yükümlülüğü getirmiştir. Hüküm uyarınca;

“(1) İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalışmak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz.

(2) Birinci fıkra iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları da kapsar.

(3) İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemez.

(4) Serbest mesleğe kabul, ruhsat, kayıt, disiplin ve benzeri hususlar bakımından ayrımcılık yapılamaz.

(5) 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girmeyen her türlü iş ve iş görme sözleşmeleri de bu madde kapsamındadır.

(6) Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam bu madde hükümlerine tabidir.”

Bu doğrultuda Anayasa'nın 49. maddesi kapsamında yer alan çalışma hakkının korunması anlamında, 6701 sayılı Kanun'un ayrımcılık yasağının kapsamını geniş tuttuğu görülmektedir.

Ayrımcılık niteliğinde davranışları ise kanun koyucu 6701 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile sıralamıştır. Bu kapsamda; ayrı tutma, ayrımcılık talimatı verme ve bu talimatları uygulama, çoklu ayrımcılık, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, işyerinde yıldırma, makul düzenleme yapmama, taciz, varsayılan temele dayalı ayrımcılık türleri Kanun'da tanımlanmış bulunmaktadır. 6701 sayılı Kanun'un 4/II. maddesi kapsamında ayrımcılık davranışlarına tabi tutulan kişinin hakkının aranması bağlamında idari ve adli yollara başvurusu nedeniyle başvuru ya da vekili hakkında ayrıca ayrımcılık davranışlarında bulunulması ise yine ayrımcılık bakımından incelenmesi gereken yeni bir husus olarak ortaya çıkmaktadır<sup>77</sup>. Kanunda sayılan bu davranışlar haricinde çeşitli farklı ayrımcılık tutum ve davranışlarının da yine Kurul tarafından incelenmesi gerekecektir<sup>78</sup>.

77 Doktrinde bu durum mağdurlaştırma olarak belirtilmektedir. Detaylı inceleme için bkz. **Karan**, s282.

78 Dolayısıyla ayrımcılık ve ayrı tutma gibi davranışların da ayrıca TİHEK'in inceleme altına alma yetkisinin olduğu belirtilmektedir. **Düğmeci**, s.312 – 317.

## **2. 6701 Sayılı Kanun Kapsamında Ayrımcılık Yasağına İstisna Oluşturan Ayrımcılık İddiasının İleri Sürülemeyeceği Haller**

Aynı hukuki statü içinde bulunan herkese eşit davranılması gerekliliği anayasal bağlamda korunan bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak kimi zaman aynı tutum ve davranışları göstermemek, kişiler arasında farklılığı ortaya çıkarmak ayrımcılık olmamaktadır. Diğer bir deyişle her farklı tutum ve davranış ayrımcılığı oluşturmaz<sup>79</sup>. Bu tip davranışların hukuki düzenlemelerle farklılığının ortaya konmasında, ayrımcılığın ortaya çıkmayacağı belirtilmektedir<sup>80</sup>. İşte bu kapsamda hukuki düzenlemelerden birisi de 6701 sayılı Kanun'un 7. maddesinde belirtilmiştir. Hüküm uyarınca istisnalar şu şekilde sıralanmıştır;

*a) İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele.*

*b) Sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar.*

*c) İşe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele.*

*ç) Çocuk veya özel bir yerde tutulması gereken kişilere yönelik özel tedbirler ve koruma önlemleri.*

*d) Bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı.*

*e) Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerinin, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde yer alan amaç, ilke ve değerler temelinde üye olacak kişilerde belli şart ve nitelik aramaları.*

*f) Eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik, gerekli, amaca uygun ve orantılı farklı muamele.*

*g) Vatandaş olmayanların ülkeye giriş ve ikametlerine ilişkin şartlarından ve hukuki statülerinden kaynaklanan farklı muamele.”*

İstisnaların numerus clausus ilkesi ile sınırlı tutulması, ayrımcılık yasağının genişletilmesini önleme ve hukuki güvenin sağlanması açısından gereklidir. Bu sayede genel kaide olarak ayrımcılık yasağı korunmuş olacaktır.

79 **Düğmeci**, s.339.

80 **Karan**, s.284.

## **B. AYRIMCILIK YASAĞININ İHLAL EDİLDİĞİNE DAİR İDDİANIN İNCELENMESİ**

Ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediği yönünde bir kararı alabilmek için TİHEK'in öncelikle bu kapsamda duyum almış olması gerekir. Sonrasında ise Kurulun karşısına gelen iddiaları inceleyerek, somut olayın değerlendirilmesi bakımından 6701 sayılı Kanun ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğinde yer alan araştırma araçlarını kullanarak hem maddi gerçeğe ulaşmaya çalışması hem de bunun sonucunda ilgili kararı vermesi gerekecektir.

### **1. Ayrımcılık Yasağının İhlal Edildiğine Dair İddianın Kurul'a Ulaşması**

TİHEK'in ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair incelemelere başlayabilmesi için Kurum'a bu yönde bir bilginin gelmesi gerekmektedir. Bu bilginin gelmesiyle Kurul'un inceleme yetkisi doğacaktır.

Ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi hususu kimi zaman bir idari faaliyet kapsamında bir idari işlemin tesisi ile de meydana gelebilmektedir. Bu doğrultuda ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine yönelik ilgili idari işlemlere karşı açılacak dava açma süresi içinde TİHEK'e yapılmış olan başvurular, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurmaktadır<sup>81</sup>. Diğer bir deyişle Kurum'a ulaşan ayrımcılık yasağı ihlali konulu idari işlemler bakımından karar verilmeye kadar, idari işleme karşı açılacak iptal davasının süresi durmaktadır. 6701 sayılı Kanun'un 17 / III. maddesi, bu sürelerin duracağını hüküm altına almıştır.

6701 sayılı Kanun, Kurul'un iki farklı yöntemle ayrımcılık yasağını ihlal iddialarından haberdar olması durumunu belirtmiştir. Kanununun 17. maddesinde belirtilen bu durumlardan birisi Kurum'a başvuru ile harekete geçilmesi, diğeri ise Kurum'un aldığı duyum üzerine resen harekete geçmesidir.

#### **a. Kendisine Yapılan Başvuru Üzerine Kurulun Harekete Geçmesi**

Başvurular bakımından ayrımcılık yasağı ihlalden zarar gördüğünü iddia eden her gerçek ve tüzel kişinin hakkı bulunmaktadır<sup>82</sup>. 6701 sayılı Kanun'un "Başvurular" başlıklı 17. maddesi bu hakkın tanımlamasını yapmaktadır. Fakat Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik kapsamında başvuru bakımından daha sınırlayıcı bir hükmün yer aldığını belirtmemiz gerekir<sup>83</sup>. Yönetmeliğin 30. maddesinde sadece, "Eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan

81 **Gürsel Kaplan**, İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, Ocak 2018, s.29.

82 **Kalabalık**, s.352.

83 **Düğmeci**, s.353.

ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen her gerçek veya tüzel kişi”lerin başvuru hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.

Kurulun başvuruyu incelemesinden önce, başvuru sahibinin ihlali işleyene, ihlalin düzeltilmesi yönünde başvurması gerekir. 6701 sayılı Kanun’un 17 / II. maddesi uyarınca ilgililer TİHEK’e başvurmadan önce, bu kanuna aykırı olduğunu iddia ettikleri davranışın düzeltilmesi için bu davranışta bulunan taraftan talep etmek zorundadırlar. Hem Kanun’un 17 / II. maddesi hem de Yönetmeliğin “Kanuna aykırı olduğu iddia edilen uygulamanın düzeltilmesinin ilgili taraftan talep edilmesi” başlıklı 39. maddesi kapsamında, iddiaya muhatap olan taraf talebi red eder ya da talebin kendisine yapılmasından itibaren 30 gün içinde cevap vermezse, iddiada bulunan ilgili TİHEK’e başvurusunu yapabileceği hakkını kazanacaktır. Kurul kararlarında da bu hususun özellikle vurgulandığı görülmektedir. Kurul tarafından verilmiş olan bir kararda “*Mezkur Kanun’un 17’nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ... hükmü uyarınca başvuran, Kuruma başvurmadan önce uygulamanın düzeltilmesini ilgili taraftan talep etmelidir*” hususu özellikle vurgulanmıştır<sup>84</sup>.

TİHEK’e başvurmadan önce ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine dair faaliyette bulunanlara ilgililer tarafından başvurmanın istisnası da 6701 sayılı Kanun’un 17 / II. maddesinde yer almaktadır<sup>85</sup>. Eğer ayrımcılık yasağını ihlal edenlere başvuru ile telafisi güç veya imkânsız zararların ortaya çıkması ihtimali bulunuyorsa, ilgililer doğrudan TİHEK’e başvurabileceklerdir.

### ***b. Duyum Alması Üzerine Kurulun Resen Harekete Geçmesi***

TİHEK, ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair duyum almasıyla resen harekete geçme yetkisine sahiptir. Sosyal medya, medya organları gibi kitle iletişim araçları ile ya da başka vasıtalarla haberdar olduğu takdirde, TİHEK denetim sürecini başlatabilmektedir<sup>86</sup>.

Kurumun duyum üzerine harekete geçebilmesindeki temel amacın, ayrımcı eylemden veya işleminden dolayı kişilerin mağdur olmasıyla, bu kişilerin haklarının sağlanabilmesi fikri olduğu düşünülebilmektedir<sup>87</sup>. Korku, bilgisizlik ve benzeri nedenlerle baskılanan mağdurlara bu kapsamda yardım sağlanmış olacaktır.

6701 sayılı Kanun’un 17 / VI. maddesi uyarınca;

*“İnsan hakları ve ayrımcılık yasağı ihlallerine ilişkin resen yapılan incelemeler için ihlal mağdurunun şahsen belirlenebilir olduğu durumlarda kendisinin veya kanuni temsilcisinin açık rızasının alınması şarttır. Ancak, çocuğun yüksek yararının gerektirdiği hâllerde kanuni temsilcisinin rızası aranmaz”.*

84 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu'nun 2020/182 sayılı ve 25.08.2020 tarihli kararı.

85 **Kalabalık**, s.352.

86 **Düğmeci**, s.353.

87 **Karan**, s.516.

Bu doğrultuda korunması amaçlanan mağdurun çocuk olması durumunda, çocuğun korunması adına kanun koyucu lehe bir istisna geliştirmiştir<sup>88</sup>. Çocuğun yüksek yararı karşısında kanuni temsilcinin rızasının geri planda bırakılması da yine hükmün geneli bakımından farklılık yaratmayacaktır.

6701 sayılı Kanun ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik kapsamında da açık bir şekilde, TİHEK'in ayrımcılık yasağı ihlallerinde resen hareket edebileceği belirtilmiştir<sup>89</sup>. Yetkinin kullanılmasına ilişkin Yönetmeliğin “Başvuru üzerine veya resen inceleme usulü” başlıklı 51. maddesinde de resen başlatılacak inceleme ile ihlal iddiasına muhatap olan taraftan yazılı görüşün istenebileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca “İncelenme ve araştırmanın sonlandırılmayacağı haller” başlıklı 63. madde kapsamında hangi hallerde başvurunun iradesine bağlı kalınmaksızın incelemeye resen devam edileceği sayılmıştır<sup>90</sup>.

## 2. Ayrımcılık Yasağının İhlal Edildiğine Dair İddianın Kurul Tarafından İncelenmesi

Ayrımcılık ihlalleri iddialarının TİHEK'e gelmesiyle beraber, 6701 sayılı Kanun'un 18 ve 19. maddeleri kapsamında inceleme süreci başlamaktadır<sup>91</sup>. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 6. Bölümü olan “Ön İnceleme Bölümü” kapsamında incelenemezlik kararı ya da kabul edilmezlik kararı verilmediği takdirde, Kurul ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine dair iddianın incelenmesine başlamaktadır<sup>92</sup>. TİHEK özellikle, kendi görev alanına girmeyen başvurular ile hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki başvuruları red ederek, herhangi bir işleme tabi tutmamaktadır<sup>93</sup>. Bu kapsamdaki başvurular için incelenemezlik kararı verilmektedir<sup>94</sup>.

Başvurunun 6701 sayılı Kanun ile Yönetmeliğe uygun bir şekilde tamamlanmış ve ön inceleme aşamasından geçmiş olması sonucunda, Kurul tarafından inceleme aşamasına geçilmektedir. Bu safhada Kurul, Yönetmeliğin 50. maddesi uyarınca;

88 **Düğmeci**, s.353.

89 6701 sayılı Kanun ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in “Kurumun çalışma alanları” başlıklı 24/I-g. maddesi uyarınca; “*Ayrımcılık yasağı ihlallerini resen veya başvuru üzerine incelemek, araştırmak, karara bağlamak ve sonuçlarını takip etmek*” yetkisi Kurum'a tanınmıştır.

90 6701 sayılı Kanun ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 63.maddesi uyarınca; “*Başvurudan vazgeçme, başvurunun uzlaşma ile sonuçlanması ve başvurunun veya ilgili gerçek kişi tarafın ölümü veya tüzel kişiliğinin sona ermesi hâllerinde başvuru konusunun; insan haklarına, temel hak ve özgürlüklere, engelli haklarına, kadın haklarına, çocuk haklarına ve kamuyu ilgilendiren genel konulara yönelik olması durumunda resen inceleme ve araştırmaya devam edilebilir*”.

91 6701 sayılı Kanun ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun “İhlal incelemeleri” başlıklı 18. maddesi ve “İnceleme yetkisi” başlıklı 19. maddesi.

92 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 47, 48 ve 49. maddeleri.

93 **Düğmeci**, s.357.

94 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in “İncelenemezlik kararı” başlıklı 66. maddesi.

*“Eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin yürüttükleri faaliyetler, insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılığın önlenmesi yönlerinden”* inceleme yapar<sup>95</sup>.

İnceleme yetkisi kapsamında Kurul, 6701 sayılı Kanun kapsamında TİHEK'e tanınmış olan tüm yetkileri kullanma hakkına sahiptir. Özellikle Yönetmeliğin “İnceleme yetkisi” başlıklı 55. maddesi kapsamında Kurul, inceleme, araştırma, ziyaret ve rapor hazırlama görevlerini TİHEK'in personelini kullanarak yerine getirir. Ayrıca ilgili taraftan bilgi ve belge isteme<sup>96</sup>, ilgili kurum ve kuruluşlarınca heyet oluşturma<sup>97</sup>, bilirkişi görevlendirme<sup>98</sup> ve tanık dinleme<sup>99</sup> gibi birçok yetkiyi de Kurul, somut olayı çözümlenebilme açısından kullanabilmektedir.

### **III. TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURULU'NUN TESPİT ETTİĞİ AYRIMCILIK YASAĞI İHLALLERİNE İLİŞKİN İDARİ YAPTIRIM YETKİSİ**

#### **A. KURUL'UN İDARİ YAPTIRIM YETKİSİNİ KULLANMASI**

İdare, kamu düzeninin sağlanması adına faaliyet konusuna ilişkin alandaki mevzuat çerçevesinde her türlü yaptırımı uygulayabilmektedir<sup>100</sup>. Bu anlamda her yaptırımın çıkış noktasının, hukuk düzenini bozan davranışları cezalandırma iradesinden kaynaklandığı açıktır<sup>101</sup>.

Yaptırım uygulama yetkisi, denetleme yetkisinin kullanılmasının bir sonucudur. Özellikle idari kolluk faaliyetleri bakımından önem arz eden idari yaptırım yetkisinin kullanılması, idarenin kamu düzenini korunması için en etkili silahlarından birisidir. Duran'a göre idari kolluk, kamu düzeninin sağlanması, korunması ve bozulduğunda geri getirilmesi amacıyla bireylerin toplum içindeki tutum ve davranışlarının düzenlenmesi, gözetilip izlenmesi ve aykırı eylem ve durumların

95 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in “İncelemede uyulacak ilkeler” başlıklı 50. maddesi.

96 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in “İlgili taraftan bilgi ve belge istenmesi” başlıklı 56. maddesi.

97 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in “Heyet oluşturma” başlıklı 57. maddesi.

98 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in “Bilirkişi görevlendirilmesi” başlıklı 58. maddesi.

99 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in “Tanık dinlemesi” başlıklı 59. maddesi.

100 Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s.598.

101 Tan, s.408.

gerektiğinde kuvvet de kullanarak önlenmesi, engellenmesi ve kaldırılmasıdır<sup>102</sup>. Dolayısıyla kamu düzenini bozucu nitelikteki eylemlere, kamu düzeninin tekrar sağlanması amacıyla idari yaptırım uygulanması kaçınılmazdır.

TİHEK, insan hakları ihlalleri kapsamında yaptığı incelemelerden sadece ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi kapsamında bağlayıcı bir karar uygulayabilmektedir. TİHEK'e, ayrımcılık yasağını ihlal edenlere karşı mücadele edebilmesi anlamında 6701 sayılı Kanun, "idari yaptırım" silahını sunmuştur. 6701 sayılı Kanun'un "İdari yaptırımlar" başlıklı 25. maddesi; *"Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında"* idari para cezası uygulanacağını belirtmiştir<sup>103</sup>.

Ayrımcılık yasağının ihlali kapsamında idari yaptırıma tabi tutulması gereken fiil kimi zaman bir suça konu olabilirken, kimi zaman ise başka bir kanunda yer alan idari yaptırıma karşılık gelen bir fiili oluşturabilmektedir. Ayrımcılık yasağı ihlalinin ayrıca suç teşkil etmesi ve adli yargıda suça ilişkin yargılamanın görülmesi, Kurulun idari yaptırım kararı vermesine engel değildir<sup>104</sup>. Yönetmeliğin 54 / II. maddesi kapsamında bir ayrımcılık yasağının ihlali niteliğindeki fiilin sadece suç niteliğinde olması değil, ayrıca başka kanunlardaki idari yaptırımların uygulanmasını gerektirecek nitelikte olması da 6701 sayılı Kanun kapsamında uygulanacak idari para cezasını engellemez<sup>105</sup>. Konuya ilişkin olarak Kurul vermiş olduğu bir kararda, bir fiil her ne kadar ceza yargılamasına tabi tutulsa da olayda ayrıca idari yaptırımın uygulanmasına bir engel bulunmadığı belirtilmiştir<sup>106</sup>. Kurul'un vermiş olduğu bu kararın karşı oy yazısında, yargıya intikal etmiş bir konunun artık görev alanından çıktığı ifade edilmiştir. Ancak bu yorumun, Yönetmeliğin 54 / II. maddesine uygun olmayacağını düşünmekteyim.

### **1. Kurul'un İdari Para Cezasını Uygulaması**

TİHEK'in, 6701 sayılı Kanun'un 25. maddesi kapsamında, ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin uygulayacağı idari para cezasının sınırı onbeş bin Türk Lirasıdır. Bu yaptırım bir cezai uygulama olması neticesiyle, ayrımcılık fiilinden mağdur olan gerçek ya da tüzel kişiler lehine bir kazanç ya da tazminat faydası sağlamamaktadır. Mağdurlar bu doğrultuda ayrıca hukuk mahkemelerinde zararlarının tazminini talep edebileceklerdir<sup>107</sup>.

102 **Lütfi Duran**, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982, s.505.

103 Aynı doğrultuda Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğinin "İdari yaptırım" başlıklı 70. maddesi, idari yaptırım kararının uygulanması sürecini düzenlemektedir.

104 **Kalabalık**, s.355.

105 Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in *"Kurulun suç duyurusunda bulunacağı haller" başlıklı 54/II. maddesi uyarınca; "Konusu suç teşkil eden insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlalleriyle ilgili suç duyurusunda bulunulması veya bu fiillerin diğer kanunlar uyarınca idari yaptırıma bağlanmış olması, aynı fiile Kanun kapsamında idari yaptırım kararı verilmesine engel teşkil etmez"*.

106 Kurul'un 01.12.2020 tarih ve 2020/244 sayılı kararı.

107 **Düğmeci**, s.367.



TİHEK, mağdurların ayrımcılık ihlali ile karşılaşmaları kapsamında ihlali gerçekleştiren faaliyetlerde bulunanlar bakımından yaptırım uygulayabileceği gibi, başvuru mağdur ile ihlalcı arasında bir uzlaşma sağlayabilme yetkisine de sahiptir. 6701 sayılı Kanununun 18 / III. maddesi kapsamında TİHEK Başkanı, tarafları uzlaşmaya davet ederek, ihlalin sona erdirilmesini ve belli bir tazminat ödenmesi için uyuşmazlığın çözümlenmesi amacıyla çalışma yapabilmektedir<sup>108</sup>.

6701 sayılı Kanun ile Yönetmelik kapsamında Kurul'a, ayrımcılık yasağını ihlal edenlere karşı uygulanacak idari yaptırımın alt ve üst sınırını belirleme takdir yetkisi sunulmuştur. Bu doğrultuda Kurul karar alırken, failin ekonomik durumunu, çoklu ayrımcılığın mevcut olup olmasını ve ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığını dikkate almaktadır<sup>109</sup>.

İhlalin tespitiyle miktarın kesinleştirilmesi bakımından da belirleyici çeşitli hükümlere ihtiyaç duyulmaktadır. Hukuka aykırı davranışın yaptırım ile karşılık bulmasında idari yaptırım ile ayrımcılık yasağının ihlali niteliğindeki davranış arasında ölçülülüğün korunması gerekmektedir. Dolayısıyla idari yaptırım sınırının daha da keskin çizgilerle belirlenmesi gerekecektir. Alt ve üst sınırın somut olaylarda nasıl uygulanacağı sorunu, diğer düzenleyici ve denetleyici kurumların işleyişinin örnek olarak kullanılmasıyla da çözümlenebilir. Örneğin Rekabet Kurumu'nun idari para cezasını uygulaması yönünden tatbik ettiği Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik, Rekabet Kurumu'nun faaliyetlerinin düzenlenmesi bakımından öngörülebilir bir öneme sahiptir<sup>110</sup>. TİHEK'in de özellikle ayrımcılık yasağının ihlali kapsamında uygulayacağı idari yaptırımları, benzeri bir düzenleyici işleme dayalı olarak tesis etmesi, hukuk devleti ilkesi bakımından da öngörülebilirliği sağlayacaktır.

6701 sayılı Kanun, idari yaptırımı gerektirecek fiillerin tekrürü halini de düzenlemiş bulunmaktadır. Fakat bu tekrür hali sadece ilk olarak verilen cezanın, idari para cezası yerine uyarı cezası olarak uygulanmasında geçerli olabilecektir. 6701 sayılı Kanununun 25 / IV. maddesi uyarınca; "*Kurul, verdiği idari para cezasını bir defaya mahsus olmak üzere uyarı cezasına dönüştürebilir. Hakkında uyarı cezası verilen kişi veya kurumun ayrımcı fiilinin tekrarı hâlinde alacağı ceza yüzde elli oranında artırılır. Bu artış ceza üst sınırını aşamaz*". Bu doğrultuda ilk fiil kapsamında hakkında idari para cezası yaptırımı uygulanan ilgilinin ikinci ihlal fiili için tekrür hükmü yerine doğrudan idari para cezasının uygulanacağı açıktır.

108 6701 sayılı Kanun ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun "İhlal incelemeleri" başlıklı 18. maddesi ve "İhlal incelemeleri" başlıklı 18/III. ve 18/IV. maddesi uyarınca; "*Başkan, incelemenin özelliğine göre, görüşlerin alınmasından sonra, resen veya talep üzerine tarafları uzlaşmaya davet edebilir. Uzlaşma, insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlali olduğu iddia olunan uygulamaya son verilmesi veya mağdur açısından bu sonucu sağlayacak çözümleri içerebileceği gibi mağdura belli bir tazminatın ödenmesi biçiminde de olabilir. Uzlaşma en geç bir ay içinde sonuçlandırılır. Uzlaşma müzakereleri sırasında yapılan tespitler, alınan beyanlar veya açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz.*

*Uzlaşma yoluyla sonuçlandırılmayan başvurular ve incelemeler hakkında ilgili rapora ilişkin müzekkere yirmi gün içinde Kurula sunulur. Bunun üzerine Kurul, insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlali yapıp yapılmadığına ilişkin karar verir.*"

109 **Eren**, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, s.131.

110 27142 sayı ve 15.02.2009 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik.

## 2. Kurul'un Uyarı Cezasının Uygulanması

TİHEK'in yaptırım uygulamaları kapsamında idari para cezasının dışında, uyarı cezası da bulunmaktadır. 6701 sayılı Kanunun 25/IV. maddesi kapsamında Kurul, bir defaya mahsus olmak üzere idari para cezasını uyarı cezasına çevirebilmektedir. Buradaki temel amaç, faalin ıslah edilmesidir<sup>111</sup>. TİHEK bu yetki kullanırken, ihlali yapanın bu ihlali sona erdireceği ve bir daha yapmayacağına dair inancının bulunması gerekir<sup>112</sup>.

Kurul'un uyarı cezasına ilişkin yetkisini kullandığı somut kararların da alındığı görülmektedir<sup>113</sup>. Ayrımcılık yasağının ihlal edildiği saptanan bir kararda, idari para cezası uyarı cezasına dönüştürülmüş ancak takdir yetkisinde bulunan bu husus karara bağlanırken gerekçe yönünden bir yorumda bulunulmamıştır. Her ne kadar 6701 sayılı Kanun'un 25. maddesi ve Yönetmeliğin 70. maddesi kapsamında idari para cezasının uyarı cezasına dönüştürülmesinin gerekçesinin belirtilmesi yönünde açıklık bulunmasa da verilecek kararlarda bu yönde gerekçelendirilmede bulunmak, idare hukukunun temel özellikleri bakımından lüzumludur. İdari işlem niteliğine sahip olan idari yaptırımın sebep ve konu unsurlarının belirlenebilmesi açısından da öneme sahip olan gerekçeli olma ilkesi, şekil unsurunun en önemli kriterlerinden birisidir<sup>114</sup>. Bu nedenle idari para cezasının uyarı cezasına dönüştürülmesi yönünde verilecek kararda ana karar içinde gerekçelendirilmesi yerinde olacaktır.

## B. KURUL'UN İDARİ YAPTIRIM UYGULANMASI VEYA UYGULANMAMASI HAKKINDA VERECEĞİ KARARLARA KARŞI BAŞVURU YOLLARI

Kurul'un idari yaptırım hakkında vereceği kararlara karşı idari bir başvuru yolu, kanun koyucu tarafından 6701 sayılı Kanun kapsamında düzenlenmemiştir. Zorunlu bir idari başvurunun bulunmaması halinde doğrudan yargısal yola başvurulabilecektir.

Kurulun vereceği karar türlerinin ayrımı bakımından başvurulacak yargısal yollar da farklılaşmaktadır.

### 1. Kurul'un İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Başvuru Yolları

#### a. Kurul'un İdari Para Cezası Kararına Karşı Başvuru Yolu

6701 sayılı Kanun kapsamında Kurul'un uygulayacağı idari yaptırım kararları bakımından 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun uygulanacağı belirtilmiştir<sup>115</sup>. Dolayısıyla idari para cezasının tebliğinden

111 **Düğmeci**, s.370.

112 **Kalabalık**, s.355.

113 Kurul'un 16.06.2020 tarih ve 2020/143 sayılı kararı.

114 **Turgut Tan**, İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2013, 414; **Yıldırım / Yasin / Karan / Üstün / Özdemir / Okay Tekinsoy**, s.379.

115 35772 sayı ve 25772 tarihli Mükerrer Resmi Gazete'de yayımlanan 5326 sayı ve 30.03.2005 kabul tarihli Kabahatler Kanunu.

itibaren onbeş gün içinde sulh ceza hâkimliğinde, idari para cezasının iptali için başvuru yapılması gereklidir<sup>116</sup>.

Kurul geçmiş kararlarında, idari yaptırım kararlarına karşı yargısal başvuru yolu olarak Ankara İdare Mahkemesi göstermektedir. Tebliğden itibaren 60 gün içinde iptal davasının açılması gerektiği belirtilmiştir<sup>117</sup>. Ancak ilgili kararlarda yer alan karşı oy yazılarında, sulh ceza hâkimliğine onbeş gün içinde başvurulması gerektiği ifade edilmiştir. Daha sonraki süreçte yayınlanan bir kararda ise sadece yargı yolunun açık olduğu yazılmaktadır<sup>118</sup>. Ancak Kurul'un son verdiği kararlar yönünden artık açık bir şekilde Ankara Sulh Ceza Mahkemelerinde onbeş gün içinde dava açılması gerektiği belirtilmiştir<sup>119</sup>. Kurulun görüşünü bu yönde değiştirerek, başvuru merciini açık bir şekilde belirtmesi, Kurul'un verdiği kararlara karşı başvuru yolunun kullanılabilmesi anlamında adil yargılanma hakkının sağlandığını göstermektedir.

İdari yaptırım kararına karşı başvurulacak merciin belirtilmemiş olması, yanlış görevli yere başvurulması kapsamında başvuru hakkının kaybına neden olabileceği için TİHEK'in son dönemde kararlarında değişime gitmesi gerekmiştir.

#### ***b. Kurul'un Uyarı Cezası Kararına Karşı Başvuru Yolu***

Ayrımcılık yasağının ihlali gerekçesiyle hakkında uyarı cezası uygulananların, kararın iptal edilebilmesi için yargıya başvurma hakkına sahip olmaları, adli yargılanma hakkının kullanılması açısından önem arz etmektedir.

İdari işlem niteliği bulunan uyarı cezasının uygulanmasına karşı başvurulacak yargısal yolun, idari yargı yolu olduğu açıktır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İdari davalarda genel yetki" başlıklı 32. maddesi kapsamında, idari işlemi tesis eden idarenin bulunduğu yerdeki idare mahkemesi yetkilidir<sup>120</sup>. Bu doğrultuda Ankara merkezli TİHEK'in verdiği uyarı cezasına ilişkin kararının iptali için menfaat sahibi ilgililerin, Ankara İdare Mahkemesi'nde iptal davası açması gerekecektir.

Uyarı cezasına karşı yapılacak hukuksal başvuru bakımından TİHEK, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 32. madde kapsamında değerlendirmede bulunmuştur. Kurul'un verdiği uyarı cezası kararlarında, kararın iptali için yapılacak başvurunun Ankara İdare Mahkemesi'ne altmış gün içinde yapılması gerektiği belirtilmiştir<sup>121</sup>.

116 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Başvuru yolu" başlıklı 27. maddesi.

117 Kurul'un 15.10.2018 tarih ve 2018/97 sayılı kararı; Kurul'un 05.03.2019 tarih ve 2019/15 sayılı kararı; Kurul'un 10.09.2019 tarih ve 2019/54 sayılı kararı; Kurul'un 14.01.2020 tarih ve 2020/8 sayılı kararı; Kurul'un 11.02.2020 tarih ve 2020/26 sayılı kararı.

118 Kurul'un 11.08.2020 tarih ve 2020/176 sayılı kararı.

119 Kurul'un 25.08.2020 tarih ve 2020/182 sayılı kararı.

120 17580 sayı ve 20.01.1982 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2577 sayı ve 06.01.1982 kabul tarihli İdari Yargılama Usulü Kanunu.

121 Kurul'un 25.08.2020 tarih ve 2020/945 sayılı kararı; Kurul'un 08.09.2020 tarih ve 2020/193 sayılı kararı; Kurul'un 22.09.2020 tarih ve 2020/198 sayılı kararı.

## 2. Kurul'un İdari Yaptırımın Uygulanmaması Kararına Karşı Başvuru Yolu

Ayrımcılık yasağının ihlali iddiası ile TİHEK'e başvurulması kapsamında somut olayın incelenmesi sonucunda ihlalin varlığının tespit edilmesi gibi kimi durumlarda da ihlalin var olmadığına dair karar verilebilmektedir. Bu yönde verilen kararın da bir idari işlem niteliğinde olduğu açıktır. Bu nedenle Kurul'un kendisine başvuru üzerine verdiği kararın, ihlal iddiasında bulunanlara da tebliğ edilmesi gereklidir.

Ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine dair verilecek karar, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in "Gerekçeli kabul edilmezlik kararı" başlıklı 67. maddesi kapsamında bir kabul edilmezlik kararıdır. Kararın kendisine tebliğ edilmesi üzerine başvurucular, 2577 sayılı Kanun 32. madde uyarınca, Ankara İdare Mahkemesi'nde, kararın kendilerine tebliğ edilmesini izleyen altmış gün içinde iptal davası açma hakkına sahiptirler.

## SONUÇ

Küreselleşmenin yoğun olarak insan haklarının korunması bağlamında etkin olması ve temel hak ve özgürlükleri koruma bilincinin gün geçtikçe artması, devletlerin bu alanda faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlarının artmasını sağlamıştır. TİHEK, yıllar içerisinde bağlayıcı karar alma yetkisinin de kendisine tanınmasıyla bu etkinin en önemli örneklerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

TİHEK'in idari yaptırım yetkisine sahip olması, kendisini diğer ulusal insan haklarını koruma faaliyetinde bulunan kurumlardan ayırmaktadır. 6701 sayılı Kanun bakımından sadece ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi kapsamında bu yetkinin kullanılması söz konusu olmaktadır.

Diğer düzenleyici ve denetleyici kurumlara nazaran hukukumuzda yeni bir kimliğe sahip olan TİHEK'in özellikle verdiği kararlar ile yaptırım gücünün, sınırlarının ve denetiminin kapsamı belirlenmeye çalışılmaktadır. İhlallerin tespitinde, düzenleyici işlemler yerine ağırlıklı Kurul'un takdir yetkisi kullanılmaktadır.

İhlalin tespit edilmesi bakımından yapılan değerlendirmeler kadar, ihlalin tespit edilmesi sonucu uygulanacak idari yaptırımın türünü ve ölçüsünü belirlemek üzere yapılacak değerlendirmeler de önemlidir. Diğer bir deyişle hukuka aykırı davranışın yaptırım ile karşılık bulmasında idari yaptırım ile yasaklı bu davranış arasında ölçülülüğün korunması gerekmektedir. Bu kapsamda idari yaptırımın niceliksel yapısının belirlenmesinde sınırın önceden çizilmesi şarttır. İdari yaptırım sınırının belirlenmesinde, yazılı hukuk metinlerin varlığı önem taşımaktadır. 6701 sayılı Kanununun 25. maddesi idari yaptırım kararı alınırken uygulanacak alt ve üst sınırı belirlemekle hukuki öngörülebilirlik ilkesini sağlamıştır. Bu alt ve üst sınırın somut olaydaki ayrımcılık ihlali fiiline uygulanabilmesi adına Kurul'un ileride yürürlüğe koyacağı çeşitli düzenleyici işlemlerle, belirginliğin daha da çok artacağı açıktır. Bu nedenle Kurul'un şu ana kadar yaptığı ihlal incelemelerinden yararlanarak hazırlayacağı düzenleyici işlemler, hem Kurul'un karar alma sürecini kolaylaştıracak hem de hukuki öngörülebilirlik ilkesini sağlamlaştıracaktır.

İdari yaptırımların uygulanması bakımından Kurulun alacağı kararlarda uyarı cezası verilmesi yönünde daha bağlayıcı norm hükümlerinin bulunması, hukuki öngörülebilirlik ilkesi adına yerinde olacaktır.

Özellikle Kurul'un son dönemde vermiş olduğu kararlar ile idari yaptırımlara karşı başvuru yolunu, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu kapsamında Sulh Ceza Hakimliği olarak belirtmesi, adil yargılanma hakkının sağlanmasını kuvvetlendirmiştir.

## KAYNAKÇA

- Mehmet Akad / Bihterin Vural Dinçkol / Nihat Bulut**, Genel Kamu Hukuku, Gözden Geçirilmiş 16. Basım, Der Yayınevi, İstanbul, 2020.
- Müslüm Akıncı**, Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, Beta Yayınları, İstanbul, 1999.
- Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya**, Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül 2020.
- Şükrü Altıntaş**, *Türkiye'de İnsan Haklarının Gelişimi ve Kurumsal Yapılanması: İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Örneği*, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Karaman, 2019.
- Ender Ethem Atay**, "Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: X, Sayı:1-2, 2006, s.259 – 293.
- Ender Ethem Atay**, "Hukuk Devleti İlkesi Işığında İdarenin Denetimi ve Kamu Denetçiliği", **Ombudsman Akademik Dergisi**, Sayı: 1, 2014, s.1 – 30.
- Tülin Çağdaş**, "Ombudsman Kurumu ve Türkiye'de 6328 Sayılı "Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu"nun Düzenlenmesi", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 2, Güz 2017, s.83 – 107.
- Abdullah Dinçkol**, Hukuk Sosyolojisine Giriş, Der Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2021.
- Lütfi Duran**, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1982.
- Fatih Düğmeci**, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun Yapısı ve İdare Üzerindeki Ayrımcılık Denetimi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Abdurrahman Eren**, 12-13 Haziran 2015 tarihinde sunulan bildiri, **Ulusal İnsan Hakları Kurumları (İyi Uygulama Örnekleri ve Deneyim Paylaşımı) Uluslararası Konferansı**, İstanbul, Kasım 2015.
- Hayrettin Eren**, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Kemal Gözler**, İdare Hukuku Cilt: I, 2. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, 2009.
- Mesut Gülmez**, İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye, **AB'ye Sosyal Uyum Dizisi**, Ankara, 2009.
- Ümran Güneş**, "Türkiye'de İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Ulusal İnsan Hakları Kurumları: Kamu Denetçiliği Kurumu ve Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu", **Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Cilt: 20, Sayı: 1, Haziran 2018, s.165 – 186.
- Halil Kalabalık**, İnsan Hakları Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- Gürsel Kaplan**, İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa, Ocak 2018.
- Ulaş Karan**, "Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, s.460 – 493.

- İbrahim Keskin**, “*Temel İnsan Hakları Bağlamında Ombudsmanlık Kurumunun Hukuku Devletindeki Yeri ve Önemi*”, **Adalet Dergisi**, Sayı: 45, 2013, s.117 – 144.
- Zehra Odyakmaz / Bayram Keskin / Yusuf Deniz**, “*6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme – I*”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı: 7, 2016, s.721 – 761.
- Zehra Odyakmaz**, “*Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kanunun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi*”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 14, 2013, s.1 – 85.
- Vahap Atilla Oğuşgil**, “*Avrupa Birliği Yolunda Türkiye İnsan Hakları Kurumu’nun Birleşmiş Milletler Paris Prensipleri Işığında Değerlendirilmesi*”, **Bilig (Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi)**, Sayı: 74, Yaz 2015, s.175 – 198.
- D. Çiğdem Sever**, “*Türkiye’de Düzenleyici kurumların Yapısı, İşlevi ve Dönüşümü*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 64, Sayı:1, 2015, s.195 – 236.
- Turgut Tan**, “*Bağımsız İdari Otoriteler veya Düzenleyici Kurullar*”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt: 35, Sayı: 2, Haziran 2002, s.11 –37.
- Turgut Tan**, *Ekonomik Kamu Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, Şubat 2010.
- Turgut Tan**, *İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 2. Bası*, Turhan Kitabevi, Ankara, Eylül 2013.
- Ali D. Ulusoy**, *Bağımsız İdari Otoriteler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.
- Ali D. Ulusoy**, *Yeni Türk İdare Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Emrah Uran**, *Türkiye’deki Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi*, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ağustos 2012.
- Hasan Nuri Yaşar / S. Sena Cabioğlu Güler**, “*Düzenleyici ve Denetleyici Kurumların Yetkileri Kapsamında Kamu Gücü İlişkisi*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XX, Sayı: 4, 2016, s.63 – 80.
- Turan Yıldırım**, “*Bağımsız İdari Otoritelerin Yargısal Denetimi*”, **2000 Yılı İdari Yargı Sempozyumu**, Danıştay Yayını, No: 59, 2000, s.201 – 206.
- Turan Yıldırım / Melikşah Yasin / Nur Kaman / H. Eyüp Özdemir / Gül Üstün / Özge Okay Tekinsoy**, *İdare Hukuku, Güncelleştirilmiş 7. Baskı*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2018.
- Mehmet Yüce / Atanur Beyce**, *Kamu Denetçiliği Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, Kasım 2013.

## Nefret Saikinın Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Ayırmıcılık Suçuna Etkisi

### The Effect of the Hate Motivation on the Discrimination Crime in the Turkish Penal Code

Recep Kahraman \* 

#### ÖZ

Nefret ve ayırmıcılık suçu, hürriyete karşı işlenen suçlardandır. Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret saikiyle, ceza normunda yer alan seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi durumunda nefret ve ayırmıcılık suçu işlenmektedir. 6529 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte nefret kavramı, ayırmıcılık suçunun hem başlığına hem de metin kısmına eklenerek, hem suçun adı hem de suçun manevi unsuru değiştirilmiştir. Değişiklikle birlikte nefret kavramının hukuksal, sosyolojik ve kriminolojik sonuçları ortaya çıkmaktadır. Nefret kavramı, ayırmıcılık suçunun yapısı, hukuki niteliği, nefret saikine ilişkin modeli ve suçla korunan hukuki yararı etkilemektedir. Nefret saiki suçun unsuru olarak düzenlendiğinden, nefret saikiyle hareket edildiğinin kanıtlanması gerekmektedir. Karmaşık bir duygu olan nefret saikinın kanıtlanabilmesinin zorluğuna bağlı olarak, nefret ve ayırmıcılık suçunun ispatlanması oldukça zor olmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Nefret Suçu, Nefret Söylemi, Ayırmıcılık Suçu, Nefret Saiki, Ön Yargı Saiki

#### ABSTRACT

The hate and discrimination crime is among the crimes against liberty. The hate and discrimination crime is committed when one of the optional actions included in the penal norm is carried out with the motive of hate arising from differences in language, race, nationality, color, gender, disability, political opinion, philosophical belief, religion or religious sect. With the amendment of code numbered 6529, hate has been added to both the title and the text of the discrimination crime. Both the name of the crime and the moral element of the crime have been changed. With the change, legal, sociological and criminological consequences of the hate emerge. The hate affects the structure of the discrimination crime, its legal nature, the model of hate motivation and the legal benefit protected by the crime. Since the hate motivation is regulated as an element of the crime, it must be proved that it is motivated by hate. Due to the difficulty of proving the hate motivation, which is a complex emotion, it is very difficult to prove hate and discrimination crime.

**Keywords:** Hate Crime, Hate Speech, Discrimination Crime, Hate Motivation, Bias Motivation

\* Dr. Öğretim Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Maliye Bölümü

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Recep Kahraman

**E-posta/E-mail:** rkahraman@erbakan.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 16.02.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 28.05.2021

## GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122'nci maddesinde düzenlenmiş olan ayrımcılık suçunda, 6529 sayılı Kanun'la birlikte kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Nefret kavramı suçun başlığına eklenerek, suçun adı nefret ve ayrımcılık olarak değiştirilmiştir. Ayrıca nefret saiki suçun manevi unsuruna eklenerek, normda yer alan hareketlerin nefret saikiyle gerçekleştirilmesi yaptırma bağlanmıştır.

Doktrinde ve yargı kararlarında nefret, nefret suçu, nefret söylemi, nefret ve ayrımcılık suçu ile ilgili çalışmalar yeteri kadar işlenmiş olmasına rağmen nefret saikinin ayrımcılık suçuna etkisi ayrıca çalışılmamıştır. Bu nedenle kavrama ve uygulanmasına ilişkin farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. Çalışmanın amacı, nefret saikinin, ayrımcılık suçundaki etkisini ortaya koymak ve somut olayda tespitine yönelik inceleme metoduna katkı sağlamaktır. İnsan hakları hukukunun bir konusu olarak kabul edilen ayrımcılık yasağında, nefret saikini uygulanabilirlik açısından değerlendirmektir. Amacı gerçekleştirebilmek için doktrinden, ulusal ve uluslararası yargı kararlarından yararlanılmıştır. Çalışmada bir suç tipi analizi yapılmamıştır. Çalışmanın amacı, nefret saikinin ayrımcılık suçuna etkisini tüm yönleriyle ortaya koymaktır. Bu nedenle çalışmada, nefret ve ayrımcılık suçunun maddi unsurlarına ilişkin bir değerlendirmeye yer verilmemiştir.

## I. KAVRAM VE TANIM

5237 sayılı Kanun'un 122'nci maddesinde düzenlenmiş olan nefret ve ayrımcılık suçunun anlaşılabilmesi adına nefret saiki ve ön yargı saiki kavramlarının; nefret suçu, ayrımcılık suçu ve ön yargı suçlarının tanımlarının ve birbirleriyle bağlantılarının öncelikli olarak açıklanması gerekmektedir.

Nefret saiki, bir kişiye ya da gruba yönelik bir tür ön yargı olup karşı tarafın kötü, huzursuz, mutsuz olmasını isteme duygusudur.<sup>1</sup> Ön yargı saiki, belirli somut bir durumla ilgili önceden edinilmiş olan olumlu veya olumsuz yargı olarak ifade edilebilmektedir.<sup>2</sup> Ön yargının kaynağı bir kişi veya topluluk; kişi veya topluluğun özellikleri ya da kişi veya topluluğun sahip olduğu düşünce olabilmektedir.<sup>3</sup> Ön yargının varlığına bağlı olarak kişinin iradesi nesnel olmayıp öznelir.<sup>4</sup> Nefret saiki aynı zamanda ön yargı saiki iken her ön yargı saiki, nefret saiki olarak nitelendirilmemelidir. Ön yargı saikini oluşturan duygu, nefret saikine nazaran daha kapsamlı olup, bir kişi ya da gruba takınılmış olan tavır, karşı tarafın mutsuz olmasını isteme duygusunu da kapsayabilecek şekilde geniş düşünülmelidir. Örneğin karşı tarafın farklı bir dine mensup olmasından dolayı, kişiyle arasına mesafe konulması ön yargı saikini oluşturmaktayken, nefret saikini içermemektedir. Oysa farklı dine mensup kişinin,

1 SCHIEMANN, Anja, "Änderungen im Strafgesetzbuch durch das Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität", KriPoZ, 2020/5, s. 270.

2 SERAFIN, Maja Anna, Hate Crimes: Auf der Suche nach einer adäquaten Reaktion des Strafrechts, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts, Freiburg im Breisgau, 2019, s. 13.

3 DANNER, Allison Marston. "Bias Crimes and Crimes Against Humanity: Culpability in Context", Buffalo Law Review, 2002, Vol. 6, Iss. 1, s. 410.

4 COESTER, Marc, "Das Konzept der Vorurteils-kriminalität", Wissenschaft Demokratie Schriftenreihe des Instituts für Demokratie und Zivilgesellschaft, IDZ, 2018/4, s. 42.



kötü, huzursuz, mutsuz olmasını isteme duygusuna sahip olma, hem ön yargı hem de nefret saikini içermektedir.<sup>5</sup>

Nefret suçu, bir kişi ya da gruba karşı belli bir topluluğa mensup olmaktan, bir aidiyet olgusundan kaynaklanan ön yargı saiki ile işlenen ve genellikle şiddet içeren suç tipi olarak tanımlanabilmektedir.<sup>6</sup> Türk hukuk sisteminde nefret suçlarına yönelik özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte 5237 sayılı Kanun'un 122'nci maddesinde yer alan nefret ve ayrımcılık suçuyla birlikte, 115'inci maddesinde yer alan inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme suçu, 125'inci maddesinde yer alan hakaret suçu, 153'üncü maddesinde yer alan ibadethanelere ve mezarlıklara zarar verme suçu ve 216'ncı maddesinde yer alan halkı kin ve düşmanlığa tahrik ve aşağılama suçu da nefret suçu olarak kabul edilebilmektedir.<sup>7</sup>

İrk, etnik köken, cinsiyet, din vb. birtakım sebeplerden kaynaklı olarak bir gruba ya da grubun üyelerine karşı, ceza kanunuyla yasaklanmış olan dışlayıcı davranışların gerçekleştirilmesi, ayrımcılık suçu olarak ifade edilebilmektedir.<sup>8</sup>

Ceza kanununda yer alan bazı suç tiplerinde fail, mağdurdan kaynaklanan ön yargı ile suç işlemektedir. Bu suç tiplerine ön yargı suçları denilmektedir.<sup>9</sup> Ön yargı suçları, nefret suçunu ve ayrımcılık suçunu kapsayan bir geniş bir anlama sahiptir.<sup>10</sup> Ön yargı, davranışa dönüştüğünde ayrımcılık ortaya çıkmaktadır.<sup>11</sup> Örneğin 5237 sayılı Kanun'un 122'nci maddesinde yer alan fiil, failin duyduğu nefret şeklindeki ön yargı ile işlenmektedir.<sup>12</sup> Nefret ve ayrımcılık suçunda kişiye

5 DANCYGİER, Rafaela M./GREEN, Donald P. "Hate Crime", Prejudice, Stereotyping and Discrimination, (Edited by John Dividio, Miles Hewstone, Peter Glick And Victoria Esses), SAGE, 2011, California, s. 294.

6 SCOTTING, Troy A. "Hate Crimes and the Need for Stronger Federal Legislation", Akron Law Review, 2001, Vol. 34, Iss. 4, s. 860; SULLAWAY, Megan, "Psychological Perspectives on Hate Crime Laws", Psychology, Public Policy, and Law, 2004, Vol. 10, Iss. 3, s. 250; JACOBS, James B./HENRY, Jessica S. "The Social Construction of a Hate Crime Epidemic", The Journal of Criminal Law & Criminology, Northwestern University, 1996, Vol. 86, Iss. 2, s. 366; LAWRENCE, Frederick M. "The Punishment of Hate: Towards a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes", Michigan Law Review, 1994, Vol. 93, Iss. 2, s. 354; COESTER, s. 43; BENİER, Kathryn, "The Harms of Hate", International Review of Victimology, 2017, Vol. 23, Iss. 2, s. 180; DANCYGİER/GREEN, s. 495; SOKULLU, Füsün Akıncı, "Hate Crimes", Annales De La Faculté de Droit d'Istanbul, 2009, Vol. 58, s. 102; ÖNER, Mehmet Zülfü, "İngiltere Hukukunda Nefret Suçları", TBBD, 2015, Cilt: 27, Sayı: 116, s. 88; TÜRAY, Aras, "Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler", CHD, 2014, Cilt: 9, Sayı: 26, s. 79; SINAR, Hasan, "Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları", Prof. Dr. Nur Centele Armağan, MÜHFHAD, 2013, C: 19, S: 2, s. 1272.

7 DEMİRBAŞ, Timur, "Nefret Söylemi ve Nefret Suçları", Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, DEÜHFD, 2017, s. 2701.

8 KARAN, Ulaş, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 65; TÜRAY, Aras, Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 22; TANERİ, Gökhan, Hürriyete Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 667; ŞAHİNKAYA, Yalçın, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Nefret Söylemi ve Karşılaştırmalı Nefret Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 14; YURTCAN, Erdener Yargıtay Kararları Işığında Hürriyete Karşı Suçlar, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014, s. 176; DENİZ, Buket, Engelli Hakları ve Ayrımcılık Yasağı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 17.

9 HARE, Ivan, "Legislating Against Hate-The Legal Response to Bias Crimes", Oxford Journal of Legal Studies, 1997, Vol. 17, Iss. 3, s. 416.

10 SULLAWAY, s. 252.

11 DANCYGİER/GREEN, s. 294.

12 BAYRAKTAR, Köksal, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu", YÜHFD, 2017, Cilt: 13, Sayı: 1, s. 70.

karşı, mensup olduğu gruba ait karakteristik özelliklerden kaynaklanan ön yargı, nefret saiki olarak somutlaştırılmaktadır. Failin ön yargısı olan nefret saiki, ayırmıcılık suçunun sebebi olarak kabul edilmektedir.<sup>13</sup>

## II. NEFRET VE AYIRIMCILIK SUÇU

XX. yüzyılda siyaset adamları, düşünürler ve toplum bilimcilerin bireye bakış açısı yeni boyutlara yönelmiştir. Bu anlayışa göre, bireylerin eşitliği soyut olarak kalmamalı, somut hayatın içerisinde gerçekleşmeli; bireyler, hayatın her alanında herhangi bir ayırıma tabi tutulma kuşkusu duymadan yaşayabilmelidir.<sup>14</sup> Farklı aidiyet duygularını barındıran toplum içinde, farklılığından dolayı kişilerin dışlanabilme ihtimaline karşı modern ceza kanunlarında ayırmıcılık suçuna yer verilmelidir.<sup>15</sup> Ayırmıcılık suçunun ceza kanununda düzenlenmesi, yaşadığımız yüzyılda oluşan insana bakış açısının ceza normunda kendisine yer bulması olarak değerlendirilmeli ve yorumlanmalıdır.<sup>16</sup>

Türk hukukunda ayırmıcılık suçu 765 sayılı Kanun'da yer almamaktadır. İlk defa 5237 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Kanun yürürlüğe girdiğinde ayırmıcılık başlığını taşıyan norma, 02.03.2014 tarih ve 6529 sayılı Kanun'la birlikte nefret kavramı eklenmiştir. Böylece "ayırmıcılık" başlığı, "nefret ve ayırmıcılık" şeklinde değiştirilmiştir.<sup>17</sup>

Çalışmada öncelikle "ayırmıcılık" kavramının terminolojik olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Türk Dil Kurumu sözlüğünde "ayırmıcılık" ifadesi kullanılmaktadır.<sup>18</sup> Ancak kanun koyucu, 5237 sayılı Kanun'un 122'nci maddesinde "ayırmıcılık" kelimesini kullanmayı tercih etmiştir. Çalışmanın kapsamı, 122'nci maddede düzenlenmiş olan "nefret ve ayırmıcılık suçu" olduğundan, yasal ifadeye

13 ERSOY, Uğur, "Nefret ve Ayırmıcılık Suçu (TCK m. 122)", CHD, 2017, Cilt: 12, Sayı: 34, s. 11; Nefret saikinin kaynağı 5237 sayılı Kanun'un 122'nci maddesine göre mağdurun kişiliği ve diğer başka özellikleri olmayıp "dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep" farklılığıdır. Görüldüğü gibi nefret ve ayırmıcılık suçunda nefret saikinin kaynağı olarak on koruma grubu belirlenmiştir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, normda sayılmayan bir gruptan kaynaklanan nefret saikiyle hareket edilmesi suç oluşturmamaktadır. KOCASAKAL, Ümit, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Nefret ve Ayırmıcılık Suçu (TCK m. 122)", CHD, 2015, Cilt: 10, Sayı: 28, s. 23.

14 BAYRAKTAR, s. 56.

15 ALEXANDER, Larry, "What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies", University of Pennsylvania Law Review, 1992, Vol. 141, s. 157; KARAN, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku İşliğinde Eşitlik İlkesi ve Ayırmıcılık Yasağı, s. 65; CANKURT, Ezgi, "Cinsel Yönelime İlişkin Yaşam Tarzına Müdahalenin TCK Bakımından Değerlendirilmesi", BÜHFD, 2017, Cilt: 3, Sayı: 6, s. 112; SINAR, s. 1272; İNCEOĞLU, Asuman Aytakin, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırmıcılık Suçunun Nefret Suçu Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi", LHD, 2015, Cilt: 13, Sayı: 150, s. 51; ÖZTÜRK, Nurten, Nefret ve Ayırmıcılık Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 8; ÇİÇEK, Gökçe Serim, Türk Ceza Kanununda Nefret ve Ayırmıcılık Suçu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 35.

16 AĞIRBAŞLI, Şennur, Sınırlı Ayırmıcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 32.

17 HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Kişilere Karşı Suçlar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, USA Yayınevi, Ankara, 2016, s. 224.

18 "Ayırmıcılık" kelimesine Türkçe dilbilgisi kuralları açısından değerlendirilmesi için bkz. İki heceden oluşan bazı kelimelerde ilk hecede geniş (o, ö, a, e) ünlü; diğer hecede ise dar ünlü (u, ü, i, ı) bulunduğu ve bunlara ünlü harf ile başlayan bir ek getirildiğinde ikinci hecede yer alan dar ünlü harf düşer. Bu nedenle ay(ı)rım kelimesindeki (ı) harfinin düşerek ayırım şeklinde kullanılması gerekmektedir. TEKİN, T. "Türkçede Morfonemik Değişmeler: Dar Ünlü ~ Ø Nöbetleşmesi", DAD, 1995, 6, s. 105.

sadık kalma düşüncesiyle çalışmanın başlığında ve içeriğinde “ayırım” ve “ayırmıcılık” kelimeleri kullanılmıştır.<sup>19</sup>

Nefret ve ayırmıcılık suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hürriyete Karşı Suçlar başlıklı yedinci bölümde 122'nci maddede düzenlenmiştir: “Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; a) Bir kişiye kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini, b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını, c) Bir kişinin işe alınmasını, d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”<sup>20</sup>

Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret saikiyle, normda yer alan hareketlerden birisi gerçekleştirildiği takdirde nefret ve ayırmıcılık suçu işlenmiş olmaktadır.<sup>21</sup>

Nefret ve ayırmıcılık suçu, eşitlik ilkesi çerçevesinde değerlendirilmelidir. Normda yer alan ayırmıcılık kabul edilen hareketler, haklar ve özgürlükler konusunda insanlar arasında eşit hareket edilmediğinin somutlaştırılmış halleridir.<sup>22</sup> Tüm hak öznelerinin, insan haklarından eşit koşullarda

19 “Ayırmıcılık” kelimesinin, terminolojik olarak hatalı kullanıldığına ilişkin eleştiriler için bkz. Türkçe dilbilgisi kuralları açısından “ayırım” ve “ayırmıcılık” kelimelerinin kullanılması hatalı olup doğrusu “ayırım” ve “ayırmıcılık”tır. Ancak Türkçe dilbilgisi kurallarına aykırı şekilde 5237 sayılı Kanun’un 122’nci maddesinde ve 1982 Anayasası’nın 10’uncu ve 70’inci maddelerinde kavram hatalı olarak kullanılmaktadır. ERSOY, “Nefret ve Ayırmıcılık Suçu (TCK m.122)”, s. 10.

20 Nefret ve ayırmıcılık suçu, seçimlik hareketli bir suçtur. Seçimlik hareketlerden ilki belirtilen sebeplerle ayırım yaparak kamuya arz edilmiş olan taşınır veya taşınmaz malın satılmasının, devrinin veya kiraya verilmesinin engellenmesidir. Diğer seçimlik hareket, kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmanın engellenmesidir. Üçüncü seçimlik hareket, kişinin işe alınmasının engellenmesidir. Son seçimlik hareket ise bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellenmesidir. BAYRAKTAR, s. 74; Ayırmıcılık yasağı, yapısı ve kapsamı gereği toplumsal yaşamın her alanında karşılaşılabilen bir olgu olmasına rağmen ceza normunda sınırlı bir düzenleme tercih edilmiştir. Uluslararası sözleşmelerde temel insan hakkı özelliğinden dolayı düzenlemenin ceza normu tipinde yer almaması beklenmemelidir. Ayırmıcılık fiilinin ceza normuna aktarılmasında ise ceza kanununun genel ilkeleri ve uygulamalarının dikkate alınması gerekirdi. Ceza normunda ayırmıcılık hareketlerinin örnekleyici olarak sayılması, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile çelişmektedir. DÖNMEZ, Burcu Demren, “Ayırmıcılık Suçu”, TBB, 2012, S. 12, s. 13.

21 TANERİ, s. 655.

22 SERAFIN, s. 67; ÖZTÜRK, s. 95; AĞIRBAŞLI, s. 37; ÇİÇEK, s. 36; YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 4057; ŞEN, Ersan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 115. ve 122. Maddelerine İlişkin Bir değerlendirme”, İBD, 2005/2, Cilt: 79, s. 362; ERSOY, “Nefret ve Ayırmıcılık Suçu (TCK m.122)”, s. 13; BAYRAKTAR, s. 62; ÇALIŞKAN, Suat, Hürriyete Karşı Suçlar, Platon Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 186; MERAN, Necati, Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 557; KOCASAKAL, s. 11; MEMİŞ, Pınar, “Ayırmıcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi”, GÜHFD, 2009/2, s. 72; CANKURT, s. 112; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 484; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 224; İNCEOĞLU, Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırmıcılık Suçunun “Nefret Suçu” Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, s. 53; KAÇAN, Gizem, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Mahkemeleri Kararları Işığında Cinsel Yönelim Temelinde Ayırmıcılık Yasağı, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 55; Benzer görüş için bkz. Yargıtay 18. CD. 30.03.2016, 2015/26353 E. 2016/6373 K.; 5237 sayılı Kanun’un 122’nci maddesinde yer alan suç tipinin dayanağı olan eşit işlem görme ve ayırmıcılık yapılmamasını isteme hakkı, 1982 Anayasası ve Uluslararası sözleşmelerde yer almaktadır. 1982 Anayasası’nın 10’uncu maddesinde düzenlenen “Kanun önünde eşitlik” hükmü ayırmıcılık yasağının Türk hukukundaki temelini oluşturmaktadır. Ayırmıcılık yasağı, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 2’nci maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14’üncü maddesinde düzenlenmiştir. Temel ilke olan hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak

yararlanmasının engellenmesiyle birlikte ayrımcılık ifadesi kavramsallaşmaya başlamıştır. Bu nedenle ulusal ve uluslararası düzenlemelerde ayrımcılık yasağı anlayışı doğrudan eşitlik ilkesiyle birlikte değerlendirilmektedir.<sup>23</sup>

### III. NEFRET SAİKİNİN AYIRIMCILIK SUÇUNA ETKİSİ

#### A. Genel Açıklamalar

6529 sayılı Kanun'la birlikte 5237 sayılı Kanun'un 122'nci maddesinde yer alan ayrımcılık suçunun başlığına ve metin kısmına eklenen nefret saikinin, suçun hukuki niteliğine, suçla korunan hukuki yarara, ayrımcılık kavramına, suçun manevi unsuruna, nefret saikine ilişkin modele ve suçun ispatına yönelik etkileri olmaktadır.

#### B. Suçun Hukuki Niteliğine Etkisi

5237 sayılı Kanun'un 122'nci maddesinde yer alan nefret ve ayrımcılık suçunun hukuki niteliğinin belirlenmesi, ceza normunun kapsamına, suçun unsurlarına ve koruduğu hukuki değerlerin belirlenmesine katkı yapmaktadır. Bu nedenle suç tipinin, nefret suçu ya da ayrımcılık suçu olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Nefret suçu ve ayrımcılık suçu benzer özellikler içermesine karşın farklı kavramlardır. Kavramların çoğunlukla birbirinden ayırt edilememesinin ana nedeni, konunun hukuksal boyutundan öte sosyolojik, kriminolojik ve psikolojik boyutlarının tartışılmasıdır.<sup>24</sup>

5237 sayılı Kanun'da nefret suçu ve ayrımcılık kavramları tanımlanmamıştır. Bu nedenle doktrinde, yargı kararlarında ve uluslararası belgelerde kabul gören tanımlamaların göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Tehdit, cebir, kasten yaralama, kasten öldürme, cinsel saldırı, mala zarar verme gibi şiddet içeren suç tiplerinin, belli bir topluluğa mensup olmaktan, bir aidiyet olgusundan kaynaklanan ön yargı saiki işlenmesi nefret suçudur.<sup>25</sup> Ayrımcılık ise ırk, etnik köken, cinsiyet, din vb. birtakım sebeplerden

eşitlik ilkesi çerçevesinde, bireylerin ayrımcılığa tabi olmadan kanun önünde eşit olmaları güvence altına alınmıştır. KARAN, Ulaş, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", TBBD, 2007, Sayı 73, s. 164.

23 DENİZ, s. 35; "Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlardır. Günümüzde eşitlik ilkesi insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçasıdır. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi, hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hakim, temel bir ilke olarak kabul edilmektedir." Anayasa Mahkemesi, Tuğba Arslan, 25.06.2014, Başvuru No: 2014/256.

24 TÜRAY, Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler, s. 78.

25 SOKULLU, s. 103; ALEXANDER, s. 158; TÜRAY, Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler, s. 79; TANERİ, s. 666; İNCEOĞLU, Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayrımcılık Suçunun "Nefret Suçu" Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, s. 43; ÖZTÜRK, s. 143.

kaynaklı olarak bir gruba ya da grubun üyelerine karşı hukukun izin vermediği haksız tutum ve davranışlarda bulunulmasıdır.<sup>26</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre nefret suçu ifadesi, bir suç tipinden öte bir kavramı tanımlamaktadır. Ön yargı saiki ile işlenen tüm fiilleri kapsamı amacıyla kullanılmaktadır. Nefret suçlarını diğer adi suçlardan ayıran failin sahip olduğu ön yargı saikidir. Ceza kanunları toplumdan topluma benzerlik göstermese de nefret suçunu oluşturan fiil, şiddet içerikli olup cezalandırılmalıdır. Ön yargı saiki ile işlenen kasten öldürme, kasten yaralama, ayrımcılık, mala zarar verme, tehdit, cinsel saldırı gibi soyut veya somut şiddet içeren suçlar birer nefret suçu olabilir.<sup>27</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre ayrımcılık suçu ise, kişiye yapılan, makul ve geçerli bir nedene dayanmayan, meşru bir amaç taşımayan farklı bir muamelenin, ceza kanununda yer almasıdır.<sup>28</sup>

Yukarıda görüldüğü gibi nefret suçu ayrımcılıktan beslenir ancak nefret suçu, ayrımcılıktan daha net eylemler olarak kabul edilmektedir.<sup>29</sup>

Doktrinde yer alan çoğunluğun görüşüne göre 5237 sayılı Kanun'un 122'nci maddesinde yer alan nefret ve ayrımcılık suçu, bir nefret suçu değildir. Fiilin nefret suçu olabilmesi için nefret saikine bağlı olmaksızın işlenebilen bağımsız bir suç tipinin varlığı gerekmektedir. Oysa 122'nci maddede yer alan nefret ve ayrımcılık suçunda nefret saiki suçun unsuru olduğundan, eksikliği halinde bağımsız bir suç tipi olarak ayrımcılık suçu işlenememektedir.<sup>30</sup> Nefret suçunda, nefret saiki suçun unsuru olmadığından saik ortadan kalksa bile failin, bağımsız suçun temel unsurundan dolayı sorumluluğu devam etmektedir. Oysa ayrımcılık suçunda ayrımcılık saiki suçun unsuru olduğundan, saikin ortadan kalkmasıyla birlikte ayrımcılık suçu oluşmamaktadır.<sup>31</sup> 122'nci maddede yer alan fiilin ayrımcılık suçunu oluşturması için, suçun manevi unsuru nefret saiki değil ayrımcılık saiki olmalıydı. Nefret suçunu oluşturması için de nefret saiki suçun unsuru olarak değil, suça etki eden bir nitelikli hal olarak yer almalıydı. Bu nedenle 122'nci maddede yer alan suç, teknik anlamda ne bir nefret suçu ne de ayrımcılık suçudur. Normda yer alan fiil için nefret saikiyle işlenen ayrımcılık suçu nitelendirmesi uygun düşmektedir.<sup>32</sup> Benzer gerekçeyi savunan Yargıtay'a göre de nefret ve

26 İNCEOĞLU, Asuman Aytakin, Nefret ve Ayrımcılık, Özel Ceza Hukuku Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 338.

27 Bkz. AİHM, Talpis v. İtalya, 02. 03.2017, Başvuru No: 41237, Par. 149; AİHM, Kılıç v. Türkiye, 28.06.2016, Başvuru No: 63034/11, Par. 120-121; AİHM, Opuz v. Türkiye, 09.06.2009, Başvuru No: 33401/02, Par. 200-201.

28 Bkz. AİHM, Marckx v. Belçika, 13.06.1979, Başvuru No: 6833, Par. 33.

29 SCHIEMANN, s. 270.

30 KOCASAKAL, s. 35; Benzer görüş için bkz. TÜRAY, Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler, s. 91; ERSOY, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m.122)", s. 52; YURTCAN, s. 176; BULUT, İlhan, Nefret Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 153; İNCEOĞLU, Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayrımcılık Suçunun "Nefret Suçu" Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, s. 54; ÖZTÜRK, s. 140; ÇİÇEK, s. 138; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4061; SOKULLU, s. 103.

31 SOKULLU, s. 103.

32 ERSOY, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m.122)", s. 10; YURTCAN, s. 176; BULUT, s. 153; İNCEOĞLU, Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayrımcılık Suçunun "Nefret Suçu" Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, s. 54; TÜRAY, Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler, s. 92; ÖZTÜRK, s. 140; ÇİÇEK, s. 138; KOCASAKAL, s. 9; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4061; SOKULLU, s. 103.

ayırımcılık suçu, nefret suçu ya da ayırımcılık suçu olarak değil, “nefrete dayalı ayırımcılık suçu” olarak tanımlanmalıdır.<sup>33</sup>

Doktrinde yer alan azınlığın görüşüne göre nefret suçunda, bir farklılık veya mensubiyet nedeniyle ayırımcılığa tabi tutma vurgusu yapıldığından, nefret ve ayırımcılık suçu tipik bir nefret suçudur.<sup>34</sup> 6529 sayılı Kanun’un gerekçesine göre 5237 sayılı Kanun’un 122’nci maddesinde yer alan fiil, ayırımcılık suçuyla birlikte aynı zamanda bir nefret suçudur. Bu nedenle nefret ve ayırımcılık suçunun düzenlendiği ceza normu, karma düzenlemedir. Suçun seçimlik hareketlerine bakıldığında ayırımcılık suçu; saike bakıldığında ise nefret suçu olarak nitelendirilebilmektedir.<sup>35</sup> 5237 sayılı Kanun’un 122’nci maddesinde yer alan suç tipinin, nefret suçu olduğunu savunan görüş doktrinde eleştirilmektedir. Nefret ve ayırımcılık suçunun, nefret suçu olduğunu savunanların gerekçesi hukuksal olmaktan öte lafzidir. Ceza normunda yer alan nefret saikinden yola çıkılarak suçun hukuki nitelendirmesi yapılmaktadır. Oysa normda yer alan nefret saiki, suç tipinin nefret suçu olduğunu kanıtlamamaktadır. Normda yer alan nefret saiki, bir farklılık veya mensubiyetten kaynaklanan ve açık bir şekilde düşmanlığı, hoşgörüsüzlüğü ortaya çıkartan sadece bir nefret söylemidir.<sup>36</sup> Nefret söylemi, nefret suçunda olduğunun aksine bir suç tipi değildir. Nefret söylemi, toplumun tümüne etkisi olan ve bir kişiye veya mensup olduğu gruba yönelik, aşağılayan, inciten, düşmanlık içeren, dışlayan söz veya sembollerdir.<sup>37</sup> Benzer bir tanım Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 30.10.1997 tarihli R (97) 20 sayılı kararında da yapılmaktadır.<sup>38</sup> Ayırımcılık ve nefret söylemi, birbirinden farklı olmasına rağmen etkileşim içinde olan kavramlardır. Ayırımcılık, nefret söyleminin kökeni bazı durumlarda da sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>39</sup> Ancak ayırımcılık, nefret söyleminde olduğu gibi belli bir kalıba sahip değildir.<sup>40</sup> Nelerin ayırımcılık olarak kabul edildiği, kanun koyucunun takdirine bağlı olarak 5237 sayılı Kanun’un 122’nci maddesinde yer aldığı gibi, ilgili ceza normunda somutlaştırılmaktadır.<sup>41</sup>

33 Bkz. Yargıtay 18.CD. 12.11.2016, 2015/26353 E, 2016/6373 K.; Benzer diğer karar için ayrıca bkz. Yargıtay 18. CD. 01.10.2019, 2018/1978 E, 2019/13554 K.

34 ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 483; Benzer görüş için bkz. ÖNER, s. 94; ÇALIŞKAN, s. 183.

35 ŞAHİNKAYA, s. 191.

36 UYGUN, Oktay, “Nefret İfadesi ve İfade Özgürlüğü”, GÜHFD, 2008, Cilt: 7, Sayı: 1, s. 8.

37 SCHIEDERMAIR, Stephanie, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemi”, (Çeviren Özdem Özeydin), FHD, 2019, Cilt: 11, Sayı: 115, s. 6; ŞAHİNKAYA, s. 8; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 482; Nefret suçu ve nefret söylemi kavramı sıklıkla birbiriyle karıştırılmaktadır. Nefret suçu ve nefret söylemi benzer kavramlar değildir. Nefret söylemi, nefret suçunun işlenmesinin çıkış noktası; nefret suçunun işlenmesine neden olan saikin dışı vuruşudur. Nefret söylemi, nefret suçunda failin saiki olup nefret suçunun işlenmesine zemin hazırlamaktadır. TÜRAY, Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, s. 56.

38 Bkz. “Nefret söylemi kavramı, ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığı, Yahudi düşmanlığı veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan ulusalcılık ve etnik merkezçilik, ayırımcılık ve düşmanlık şeklinde ifadesini bulan, dinsel hoşgörüsüzlük dâhil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı başka nefret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimini kapsayacak şekilde anlaşılacaktır. Bu anlamda “nefret söylemi” muhakkak belirli bir kişiye veya gruba yönlendirilmiş yorumları kapsamaktadır.” ERSOY, Uğur, “Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları”, TAAD, Yıl: 2018, S: 35, s. 120.

39 BAYRAKTAR, s. 64.

40 ŞAHİNKAYA, s. 16.

41 TÜRAY, Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, s. 55.

Mukayeseli hukukta da nefret suçuna ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. İngiltere'de 1998 tarihli Suç ve Düzensizlik Kanunu, ikinci bölüm 28-32'nci paragraflara göre, ırk veya dine dayalı nefret saiki ile taciz, tehdit, kasten yaralama, mala zarar verme suçlarının işlenmesi durumunda ceza sorumluluğu artırılmaktadır.<sup>42</sup> 2003 tarihli Ceza Adaleti Kanunu madde 146'ya göre cinsel yönelim ve engellilikten kaynaklanan nefret saiki ile taciz, tehdit, kasten yaralama, mala zarar verme suçlarının işlenmesi durumunda da cezanın artırılacağı hüküm altına alınmıştır.<sup>43</sup> Belçika'da 2007 tarihli Ayrımcılıkla Mücadele Kanunu madde 33-42'ye göre ırk, ten rengi, soy, ulusal veya etnik köken, cinsiyet, cinsel yönelim, evlilik durumu, doğum, yaş, malvarlığı, inanç veya hayat felsefesi, mevcut ve gelecekteki sağlık durumu, engellilik durumu, dil, siyasi görüş veya fiziksel ya da genetik özellikler veya toplumsal kökenden kaynaklanan nefret, aşağılama veya düşmanlık saikiyle; sarkıntılık ve tecavüz, kasten öldürme ve kasten yaralama, tehlikedeki bir kişiye yardım etmeme, kişisel özgürlüğün ve özel mülkün dokunulmazlığının ihlali, pusu veya tuzak kurmak, iftirada bulunma, kundakçılık ve kişisel eşyaların veya mülkün tahrip edilmesi suçlarının işlenmesi halinde ceza sorumluluğu artırılmaktadır.<sup>44</sup> Kanada Ceza Kanunu'nun, 718/2 – i maddesine göre, ırk, ulusal ya da etnik köken, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, zihinsel veya fiziksel engellilik, cinsel yönelim veya benzeri herhangi bir etmeden kaynaklanan taraflılık, ön yargı veya nefret saikiyle ceza kanununda yer alan suçların işlenmesi durumu ceza sorumluluğunu artıran neden olarak düzenlenmiştir.<sup>45</sup> Hırvatistan Ceza Kanunu'nun, Tanımlar başlıklı 87'nci maddesinin, 20'nci maddesinde nefret suçu tanımlanmıştır: Nefret suçu, bir kişinin ırkı, rengi, dini, ulusal veya etnik kökeni, engelliliği, cinsiyeti, cinsel yönelimi veya cinsel kimliği nedeniyle işlenen tüm suçları ifade etmektedir. Söz konusu saikle ceza kanununda yer alan suçların işlenmesi durumu ceza sorumluluğunu artıran neden olarak düzenlenmiştir.<sup>46</sup> Rusya Ceza Kanunu'nun, Ağırlaştırıcı Haller başlıklı 63/f maddesine göre, siyasi, ideolojik, ırkçı, etnik veya dini nefret veya düşmanlık saiki veya herhangi sosyal bir gruba yönelik nefret veya düşmanlık saiki ile ceza kanununda yer alan suçların işlenmesi halinde sorumluluk artırılmaktadır.<sup>47</sup> Suç tiplerinde görüldüğü gibi nefret saiki, suçun unsuru olarak değil suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Somut olayda nefret saiki bulunmasa dahi, normda düzenlenmiş olan bağımsız suç tipinden dolayı kişi yine de cezalandırılabilir.

### **C. Suçla Korunan Hukuki Yarara Etkisi**

Ayrımcılık suçunda, ceza normunda yer alan ayrımlardan dolayı kişilerin hak ve özgürlüklerden yararlanabilme hakkı gasp edilmektedir. Bu nedenle 6529 sayılı Kanun değişikliğinden önce suçla korunan hukuki yarar, toplum içinde mevcut olan farklılıklardan dolayı ayırım yapılmasının engellenerek, kişilerin hak ve özgürlüklerinden keyfi olarak yoksun bırakılmalarının

42 Bkz. Crime and Disorder Act, Second Part, Par. 28-32.

43 Bkz. Criminal Justice Act, Art. 146.

44 Bkz. Anti-Discrimination Law, Art. 33-42.

45 Bkz. Canadian Penal Code, Purpose and Principles of Sentencing, Art. 718/2-i.

46 Bkz. Croatian Penal Code, Meaning of Terms Used in This Act, Art. 87, Par. 20.

47 Bkz. Russian Penal Code, Circumstances Aggravating Punishment, Art. 63/f.

engellenmesiydi.<sup>48</sup> Değişiklikten sonra, ayırmıcılık suçunun başlığına ve metin kısmına nefret saikinin eklenmesiyle birlikte suçla korunan hukuki yararının kapsamı genişlemiştir. Kanun koyucu, ayırmıcılık suçunda kamu barışını da korumayı amaçladığından ceza normuna nefret saiki eklenmiştir.<sup>49</sup> Nefret duygusuna bağlı farklılıklar koruma altına alınarak, nefret kaynaklı ayırmıcılığın yapılmasının engellenmesi suretiyle failin, mağduru kullanarak toplumun bir kesimini ötekileştirmesi engellenmek istenmektedir. Bu şekilde toplumsal yaşamın ve barışın devamı da sağlanmaya çalışılmaktadır.<sup>50</sup>

#### **D. Ayırmıcılık Kavramına Etkisi**

5237 sayılı Kanun'un 122'nci maddesine nefret saikinin eklenmesiyle birlikte kanun koyucu, ceza normunda yer alan fiilin nefret suçunu oluşturduğunu açıkça vurgulamak istemiştir.<sup>51</sup> Ceza normunda yer alan bir suç tipinde, "nefret" ifadesi kullanılmamaktaysa, nefret saiki suçun unsuru olarak kabul edilmez.<sup>52</sup> Madde metninde nefret saikine yer verilmeyen bir suç tipi, her ne kadar nefret suçu olarak anılsa da nefret saiki genellikle suçun unsurlarıyla ilgisiz olduğundan nefret saikiyle ilgili araştırma yapılmaz.<sup>53</sup> Bu nedenle kanun koyucu ayırmıcılık suçunda nefret saikini, açıkça suçun başlığına ve metnine eklemek suretiyle, suçun unsuru olduğunu vurgulayarak nefret kavramının görünür olmasını hedeflemektedir.<sup>54</sup>

6529 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte her ne kadar nefret kavramının görünür olması arzu edilmiş olsa da bu durum ayırmıcılık kavramını da etkilemiştir. 5237 sayılı Kanun'un 122'nci maddesinde yer alan fiil ayırmıcılık suçunu oluşturmaktadır. Suçun başlığında ayırmıcılık ifadesi yer almasına rağmen, nefret saikinin başlığa eklenmesiyle birlikte nefret kavramı öne çıkmakta, ayırmıcılık kavramı geri planda kalmaktadır.<sup>55</sup>

Nefret, ayırmıcılığa göre lafzi olarak daha etkili bir kavramdır. Bu durum ayırmıcılığın, suç tipi olarak algılanmasına engel oluşturabilmektedir. Toplumsal algı açısından nefret ve ayırmıcılık suçu, sadece nefret suçu olarak değerlendirilebilmektedir.<sup>56</sup>

Nefret saikinin eklenmesiyle birlikte sadece ayırmıcılık yapılması değil, ayırmıcılığın dayanağının failin duyduğu nefretten kaynaklanması da aranmaktadır.<sup>57</sup> Bu durum ayırmıcılık suçunun

48 BAYRAKTAR, s. 71; ERSOY, "Nefret ve Ayırmıcılık Suçu (TCK m.122)", s. 32; KARAN, Türk Hukukunda Ayırmıcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği, s. 165; UYGUN, s. 10; TANERİ, s. 662; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 484; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 225; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4058.

49 KOCASAKAL, s. 21.

50 İNCEOĞLU, Nefret ve Ayırmıcılık, s. 354; Benzer görüş için bkz. DEMİRBAŞ, s. 2695; MEMİŞ, s. 73; Benzer görüş için bkz. Yargıtay 18. CD. 07.12.2016, 2015/33232 E 2016/18820 K.

51 ERSOY, "Nefret ve Ayırmıcılık Suçu (TCK m.122)", s. 16.

52 ÇALIŞKAN, s. 184.

53 SCHIEMANN, s. 270.

54 ERSOY, "Nefret ve Ayırmıcılık Suçu (TCK m.122)", s. 16.

55 KOCASAKAL, s. 36.

56 KOCASAKAL, s. 36.

57 ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 482.



düzenlendiği ceza normunun koruma alanının, ayırmıcılıkla birlikte nefret saiki özelinde düzenlenmesine neden olmuştur.<sup>58</sup>

### **E. Suçun Manevi Unsuruna Etkisi**

Nefret ve ayırmıcılık suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Suç tipinde yer alan maddi unsurların fail tarafından bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi gerekir.<sup>59</sup>

Suç genel teorisinde saik, kasttan önce oluşan ve kastı hazırlayan duygu ve düşüncedir.<sup>60</sup> Kişi, hareketi mutlaka belli bir saikle yaptığı için kişinin suç işleme saiki, ilke olarak hukukun dışında kalmaktadır.<sup>61</sup> Suç işleme saikinin ceza hukukunda öneminin olması için ceza normunda yer alması gerekmektedir.<sup>62</sup> Normda yer alan saik, özel kast olarak nitelendirilmektedir.<sup>63</sup> Özel kast olarak nitelendirilen saik, bir suçun temel şekline göre cezanın artırılmasını veya indirilmesini gerektiren bir nitelikli unsur olarak ya da doğrudan suçun unsuru olarak aranmış bulunmaktadır.<sup>64</sup>

6529 sayılı Kanun'la birlikte nefret kavramı, suçun başlığına ve metin kısmına suçun manevi unsuru açısından önemli olacak şekilde eklenerek, suçun nefrete dayalı ayırmıcılık suçu olduğu açıkça vurgulanmıştır.<sup>65</sup> Nefret ve ayırmıcılık suçunda failin, ceza normunda yer alan hareketlerden en az birini dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret saiki ile işlemesi gerekir.<sup>66</sup> Bu nedenle nefret saiki, 122'nci maddede özel kast olarak değerlendirilmektedir.<sup>67</sup> Nefret saiki, suça etki eden bir neden olarak değil, suçun manevi unsuru olarak kabul edilmektedir.<sup>68</sup>

58 TÜRÂY, "Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler", s. 62.

59 TÜRÂY, Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler, s. 91.

60 KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 145.

61 HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 207.

62 ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 410.

63 CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 380.

64 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 410.

65 KOCASAKAL, s. 9.

66 MEMİŞ, s. 79; 5237 sayılı Kanun'da nefretin suçun unsuru olarak düzenlendiği tek suç nefret ve ayırmıcılık suçudur. DEMİRBAŞ, s. 2698.

67 BAYRAKTAR, s. 79; YURTCAN, s. 177; ÇİÇEK, s. 129; ÇALIŞKAN, s. 187; ERSOY, "Nefret ve Ayırmıcılık Suçu (TCK m.122)", s. 45; KOCASAKAL, s. 35; TANERİ, s. 668; İNCEOĞLU, Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayırmıcılık Suçunun "Nefret Suçu" Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, s. 58; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 226; ÖZTÜRK, s. 132; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 4061; Benzer görüş için bkz. Yargıtay 18. CD. 01.10.2019, 2018/1978 E, 2019/13554 K. Aksi görüş için bkz. Fiilin suç tipi haline getirilmesindeki amaç, failin sahip olduğu nefret saiki ile ayırmıcılığın önüne geçilmesinin istenmesidir. Metnin düzenleniş biçimine bakıldığında failin sahip olduğu saik, kastın özel kasta dönüşmesini değil aksine hareketin neticeye yönelmesini ifade etmektedir. ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 488; Bu görüş doktrinde eleştirilmektedir. Nefret saiki, hareketin neticeye yönelmesini sağlayan irade olarak değil failin harekete geçmesine neden olan irade olarak yorumlanmalıdır. Bu nedenle nefret saiki, fiil ile fail arasındaki psikolojik bağın içerisinde özel kast olarak değerlendirilmelidir. ERSOY, "Nefret ve Ayırmıcılık Suçu (TCK m.122)", s. 45.

68 BAYRAKTAR, s. 79.

6529 sayılı Kanun'la birlikte nefret kavramı, ayrımcılık suçunun başlığına ve metin kısmına eklenmeden önce de ayrımcılık suçu özel kast ile işlenebilmekteydi. Ayrımcılığın, ceza normunda sayılan dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığına dayalı olarak yapılması suçun manevi unsuru içerisinde değerlendirilmekteydi.<sup>69</sup> Ayrımcılığın, normda sayılmış olan farklılıklar nedeniyle işlenmesi failin belli bir saikle hareket ettiğini göstermekteydi.<sup>70</sup> 6529 sayılı Kanun'la birlikte mevcut olan özel kast değiştirilmiştir. Normda gösterilen sebeplerden kaynaklanan nefrete bağlı olarak yapılacak ayrımcılık, failin özel kastını oluşturmaktadır.<sup>71</sup>

#### **F. Nefret Saikine İlişkin Modele Etkisi**

Nefreti ortaya çıkartan saike ilişkin olarak ceza kanunlarında nefret düzenlemesi, düşmanlık ve ayrımcı seçim modelleri oluşturularak yapılmaktadır.

Düşmanlık modelinde, failin, ceza normunda korunan gruba karşı nefret saikiyle suç işlemesi gerekir. Örneğin “dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle işlenmesi halinde” gibi ifade düşmanlık modelinin benimsendiğini göstermektedir.<sup>72</sup> Ayrımcı seçim modelinde ise failin suç işlemesinin nedeni, mağdurun ceza normunda korunan gruba mensup olmasıdır.<sup>73</sup> Örneğin, “suçun, mağdurun belirli bir etnik grup, ulus, ırk veya dine, gerçek veya varsayılan üyeliği veya üye olmaması nedeniyle işlenmesi halinde” gibi ifade ayrımcı seçim modelinin benimsendiğini göstermektedir.<sup>74</sup>

Normatif düzlemde iki model arasındaki fark, nefret saikinin suçun unsuru olarak aranıp aranmaması şeklinde formülize edilmektedir. Düşmanlık modelinde nefret, ceza normunda yer aldığından suçun unsurudur. Bu nedenle somut olayda nefretin varlığı kanıtlanmalıdır. Ayrımcı seçim modelinde ise ceza normunda korunan grubun özelliği ile hareket arasında nedensellik bağlantısı olmasına rağmen nefret saiki kesin olarak belirtilmemiştir. Bu nedenle nefret, suçun unsuru olarak düzenlenmediği için somut olayda varlığının kanıtlanmasına gerek yoktur.<sup>75</sup>

Mağdurun belli bir gruba mensup olmasından dolayı hedef olarak seçilmesinin yarattığı infial ile mağdurun ilgili gruba duyulan nefret nedeniyle hedef olarak seçilmesinin yarattığı infial arasında fark

69 ŞEN, s. 363; 6529 sayılı Kanun değişikliğinden önce 122'nci maddede ayrımcılığın nedeni “dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep ve benzeri sebepler” olarak ifade edilmekteydi. Ayrımcılık saikini oluşturan farklılıklar sınırlı sayıda gösterilmemişti. “Benzeri sebepler” ifadesinin ceza normunda bulunmasıyla birlikte, suçun manevi unsuru geniş yorumlanmaktaydı. BAYRAKTAR, s. 62; Açık ve belirli olmayan ifadeler, kıyas yapılmasına neden olabileceğinden hukuki güvenliği tehdit etmekteydi. Bu nedenle “benzeri sebepler” ifadesinin ceza normundan çıkartılması suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygunluk açısından yerinde olmuştur. TÜRAY, Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler, s. 91.

70 KOCASAKAL, s. 9; Benzer görüş için bkz. KARAN, Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği, s. 169.

71 MERAN, s. 559.

72 ŞAHİNKAYA, s. 168.

73 TÜRAY, Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler, s. 83.

74 BULUT, s. 135.

75 TÜRAY, Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler, s. 84.

bulunmamaktadır. Ancak ayrımcı seçim modelinde nefret, suçun unsuru olarak aranmadığından suçun ispatlanabilme ihtimali düşmanlık modeline göre daha kuvvetlidir.<sup>76</sup>

Günümüz ceza hukuku anlayışında ayrımcı seçim modeli ayrımcılık suçlarında yer alırken, düşmanlık modeli ise nefret suçlarında düzenlenmektedir.<sup>77</sup> 6529 sayılı Kanun değişikliğinden önce 122'nci maddede nefret, suçun unsuru olarak yer almadığından suç tipi ayrımcı seçim modeli oluşturularak düzenlenmişti. Değişiklikle birlikte ceza normunda nefret saiki yer aldığından, nefret saikinin belirlenmesine ilişkin model değiştirilmiş ve kanun koyucu düşmanlık modelini tercih etmiştir.<sup>78</sup>

### **G. Suçun İspatına Etkisi**

Nefret ve ayrımcılık suçunda dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret saiki suçun unsuru olarak düzenlendiğinden, nefret saikiyle hareket edildiğinin kanıtlanması gerekmektedir.<sup>79</sup> Özel kast olarak nitelendirilen ceza normunda yer alan suç işleme saiki, suç yolunda kişiyi harekete geçiren etken olup psikolojik olgunun irade aşamasını ilgilendirir.<sup>80</sup> Saik, olaydan olaya değişen ve kişiye özgü nitelik gösterdiğinden her somut olayda tüm yönleriyle araştırılmalıdır.<sup>81</sup>

Nefret ve ayrımcılık suçunda somut olayda nefret saikinin belirlenmesi, ceza normuyla ilgili en önemli sorun olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>82</sup>

Nefret saikinin, ayrımcılık suçunda manevi unsur olarak düzenlenmesi, suçun ispatını zorlaştırdığı gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir. Kocasakal'a göre, 6529 sayılı Kanun değişikliğinden önce, ayrımcılık suçunda özel kast olarak nitelendirilen ayrımcılık saikinin belirlenebilmesi mümkündü. Failin dış dünyaya yansıyan somut, daha açık hareketlerinden, hal ve şartların haklı, mazur ve meşru göstermediği bir ayrımcı yapıya yapılmadığı anlaşılabilirdi. Diğer ifadeyle ayrımcılık saiki bir sonuç yansımaları olduğundan kanıtlanması zor olmamaktaydı. Ancak kavram olarak farklı yorumlanabilen nefret saikinin kanıtlanabilmesi oldukça zor olmaktadır.<sup>83</sup> İnceoğlu'na göre, suç tipine işlerlik kazandırmak, özellikle suç mağdurlarının korunması adına oldukça önemli olmasına rağmen nefret ve ayrımcılık suçu, suçun adının ve manevi unsurunun değiştirilmesi ve ispatının zorlaştırılmasından dolayı normatif yapı açısından yetersiz kalmaktadır.<sup>84</sup> Taneri'ye göre, psikolojik

76 BENİER, s.180.

77 LAWRENCE, s. 380.

78 TÜRAY, Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler, s. 91.

79 İNCEOĞLU, Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayrımcılık Suçunun "Nefret Suçu" Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, s. 59.

80 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 380.

81 MORSCH, James, "The Problem of Motive in Hate Crimes: The Argument against Presumptions of Racial Motivation", Journal of Criminal Law and Criminology, 1991, Vol. 82, İss. 3, s. 666.

82 BULUT, s. 3.

83 KOCASAKAL, s. 35.

84 İNCEOĞLU, Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayrımcılık Suçunun "Nefret Suçu" Kavramı

özellikleri ayırmıcılık saikine göre daha güçlü, zaman zaman patolojik bir hal olan; failin taşıdığı karmaşık bir duygu olan nefret saikinın kanıtlanabilmesi oldukça zordur. Bu nedenle 122'nci maddede ispatı oldukça zor olan bir suç tipi tanımlanmaktadır.<sup>85</sup> Türay'a göre nefret kavramı, psikolojik hal, bir duygu olup failin hareketlerine bakılarak ortaya çıkartılabildiği oldukça zor olmaktadır. Soyut ve kanıtlanabilmesi oldukça zor olan bir duygunun, suçun unsuru olarak düzenlenmesi ceza normunun uygulama alanını daraltabilmektedir.<sup>86</sup> Şahinkaya'ya göre, nefret saikinın kanıtlanmasının zorluğundan dolayı ayırmıcılık suçu işlevsel olmaktan uzaktır. Suçun mağdurları, nefret saikini kanıtlayamama korkularından dolayı genellikle şikayet haklarını kullanmamaktadırlar. Şikayet edilmiş olsa dahi genel ve soyut ihbar veya şikayet nedeniyle soruşturma makamları iddiaları dikkate almamakta, soruşturma açılmamaktadır. Soruşturma veya kovuşturma başlatılan durumlarda da "ayırmıcılığın sayılan farklılıklara duyulan nefret nedeniyle işlendiği" ispat edilemediği için, muhakemenin aşamasına göre, çoğunlukla kovuşturmayla yer olmadığı veya beraat kararı verilmekte ve ilk derece mahkemesinden verilen beraat kararlarının da onandığı görülmektedir.<sup>87</sup>

5237 sayılı Kanun'un 122'nci maddesinde yer alan nefret ve ayırmıcılık suçu özelinde olmaksızın, ayırmıcılık suçunda nefret saikinın yer almaması gerektiğine yönelik doktrinde görüşler bulunmaktadır. Dancygier/Green'e göre, nefret saikinın ayırmıcılık suçunda unsur olarak yer alması, mağdur ve mensup olduğu grubun yaşadığı psikolojik etkiyi değiştirmemektedir. Ayırmıcılığın nedeni her ne kadar nefret saiki olsa da bu durum mağdur ve mensup olduğu grubun dışlanmasının nedeni olan seçimlik hareketleri etkilememektedir. Mağdur üzerinde etkisi olmayan nefret kavramının suçun unsuru olarak düzenlenmesi gereksiz olmaktadır. İlave olarak, nefret kavramının, ön yargıya dayalı olarak işlenen suç gruplarını kategorileştirmeyi amaçlayan kriminolojik bir anlamı bulunmaktadır. Bu nedenle nefret kavramının bir suçta suçun unsuru olarak ayrıca ve açıkça düzenlenmesi, sahip olduğu kriminolojik rolüne zarar vermektedir.<sup>88</sup> Hare'ye göre, fiili işleyen kişinin kastının somut olayda tespit edilebilmesi mümkün olmasına rağmen saik, niyet, amaç

Çerçevesinde Değerlendirilmesi, s. 59.

85 TANERİ, s. 671.

86 TÜRAY, Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler, s. 92.

87 ŞAHİNKAYA, s. 200; Bkz. "Dosyamız incelendiğinde; sanığın üzerine atılı kişiler arasında ayırmıcılık yapma suçunu işlediğine dair dosyada katılanın soyut beyanları dışında başka bir delil bulunmamakla birlikte, katılanın konuşmaları esnasında orada olduğunu söylediği sanığın şoförü olan tanığın beyanlarında böyle bir konuşma olmadığını, katılanın kendisini emniyette teşhis edemediğini söylediği, bu nedenle sanığın müsnet suçtan mahkumiyetine yeterli, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden sanığın beraatine karar verilmiştir." Yargıtay 4. CD, 19.12.2012 gün, 2012/25278 E, 2012/30932 K. sayılı ilamı ile onaylanan Marmaris 2. Sulh ceza mahkemesi 01.03.2010 gün, 2009/746 E, 2010/67 K. sayılı ilamı. Benzer diğer kararlar için ayrıca bkz. "Yapılan yargılama, toplanan deliller nazara alınmak suretiyle olayın meydana geliş şekli ve gelişimi de göz önüne alınmak suretiyle; olay günü sanığın daha önceki mevzuat gereği tanık uygulaması nedeniyle tanık talebinde bulunduğu, mevzuatın yeterince uygulanmaması ve söz konusu işlemin istisnai bir işlem olması sebebi ile sanığın mevzuatı yakından takip edememesi veya bu konuda özel bilgilendirilmemiş olması nedeni ile tanığın bulundurulması hususunda ısrarlı davrandığı, zira kendisinin de tanığın bulunması için bizzat çaba sarf ederek tanığın temininde etken olduğu, sanığın amacının müdahilin görme engelli olmasından kaynaklı olarak işlemini yapmamak, geciktirmek veya savsaklamak olmadığı, kast ve saikin buna yönelik olmadığı anlaşılmakla sanığa isnat edilen suç yönünden kasit unsuru olan manevi unsur gerçekleşmediğinden beraat kararı verilmiştir." Yargıtay 4. CD, 14.01.2013 gün, 2012/11488 E, 2013/114 K. sayılı ilamı ile onaylanan Ankara 7. Sulh Ceza Mahkemesi 24.02.2010 gün, 2009/457 E, 2010/112 K. sayılı ilamı; Yargıtay 18. CD, 26.11.2018 gün, 2016/12031 E, 2018/15788 K. sayılı ilamı ile onaylanan Kuşadası 1. Asliye Ceza Mahkemesi 23.02. 2016 gün, 2014/345 E, 2016/208 K. sayılı ilamı.

88 DANCYGİER/GREEN, s. 498.

gibi kastı oluşturan iradenin suçun manevi unsuru olarak kanıtlanabilmesi oldukça zor olmaktadır. Bu anlayışa göre mevcut ceza hukuku, ceza normunu failin kişiliğine uydurmaya çalışmaktadır. Oysa evrensel ceza hukukunda failin kastının ceza normuna uyup uymadığına göre sorumluluk değerlendirilmesi yapılmaktadır.<sup>89</sup> Morsch'a göre, Devletler, koruma yükümlülüğü kapsamında, uluslararası sözleşmelerde yer alan hakların korunması için kanun koymak, önleyici tedbirler almak ve bunları uygulamakla yükümlüdür. Ayırmıcılık suçu hemen hemen insan haklarına saygılı tüm uygar ülkelerin cezalandırdığı bir suç tipidir. Ayırmıcılık yasağının öngörülmesi ve yasağın işler halde olması uluslararası yükümlülüktür. Nefret saikinin ayırmıcılık suçunda yer alması, somut olayda ayırmıcılık yasağının uygulanabilmesine imkan sağlamamaktadır. Bu nedenle nefret saikinin ayırmıcılık suçunda suçun unsuru olarak yer alması, uluslararası hukuka yönelik taahhütlerin ihlali olarak değerlendirilebilmektedir.<sup>90</sup>

Nefret saikinin, ispatının zorluğuna bağlı olarak, hangi delillere dayanılarak belirleneceği tartışmanın esasını oluşturmaktadır. Saikin belirlenebilmesi için failin zihinsel durumuna göre bir değerlendirme yapılmalıdır.<sup>91</sup> Ancak bunun nasıl yapılabileceğine dair ceza hukukunda herhangi bir model bulunmamaktadır.<sup>92</sup>

Nefret suçlarında faili motive eden nefret duygusudur.<sup>93</sup> Ayırmıcılık gibi suçlarda nefretin unsur olarak yer almasıyla birlikte, faili motive eden psikoloji konusunda soruşturma makamlarının çelişki yaşama ihtimali oldukça kuvvetlidir.<sup>94</sup> Daha güçlü bir insan hakları koruma sisteminin oluşturulabilmesi amacıyla, 2021 tarihli İnsan Hakları Eylem Planı hazırlanmıştır. Nefret ve ayırmıcılık suçunda failin cezasız kalmasını engellemek adına, etkin soruşturmanın yürütülmesi hedeflenmektedir. Soruşturmaların etkin yürütülmesi amacıyla veri tabanı oluşturulması, mağdurla iletişimin etkinleştirilmesi, istatistiklerin sağlıklı bir şekilde toplanması; kolluk ve savcılık personeline eğitim verilmesi planlanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, nefret saikinin yer aldığı suç tiplerinde ön yargı saikinin varlığının kanıtlanmasında, soruşturma makamlarının etkin rol oynaması beklenmektedir. Saik sadece istatistiklerle kanıtlanabilecek basit bir durum değildir. Değişik türdeki deliller toplanmalı ve somut olayla birlikte değerlendirilmelidir.<sup>95</sup> Soruşturma makamlarının ikna edici ve tatminkar araştırma yapmaları<sup>96</sup> ve saikin yoğunluğunu araştırmaları<sup>97</sup> beklenmektedir. Ancak nefret saikinin kanıtlanmasının zorluğundan dolayı, saikin kanıtlanmasına yönelik yeterli delil araştırılmamaktadır.<sup>98</sup> Sadece ceza normunda yer alan ayırmıcılık suçunu oluşturan seçimlik hareketlerin somut olayda

89 HARE, s. 435.

90 MORSCH, s. 660.

91 LAWRENCE, s. 371.

92 TÜRAY, Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler, s. 92.

93 DANNER, s. 413.

94 SCHIEMANN, s. 270.

95 Bkz. AİHM. D.H. ve Diğerleri v. Çek Cumhuriyeti (GC), 13.11.2007, Başvuru No: 57325/00, Par. 187.

96 Bkz. AİHM. Nachova ve Diğerleri v. Bulgaristan (GC) 06.07.2005, Başvuru No: 43577/98 ve 43579/98, Par. 157.

97 Bkz. AİHM. Vallianatos ve Diğerleri v. Yunanistan (GC), 07.11.2013, Başvuru No: [29381/09](#) ve [32684/09](#), Par. 77.

98 JACOBS/HENRY, s. 384.

bulunup bulunmadığı araştırılarak iddianame düzenlemektedir. Somut olayda nefret saikinin bulunup bulunmadığı kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından araştırılmaktadır. Nefret saikinin varlığına yönelik deliller toplanıp değerlendirilmeden hazırlanmış olan bir iddianame, yargılama makamının ayırmıcılık suçunu cezalandırmasına imkân tanımamaktadır.<sup>99</sup>

#### **H. Değerlendirme**

02.03.2014 tarih ve 6529 sayılı Kanun'la birlikte nefret saiki, ayırmıcılık suçunun manevi unsuru olarak ceza normuna eklenmiştir. Değişikle birlikte 5237 sayılı Kanun'un ilk şeklinde ayırmıcılık saikinin kaynağı olarak yasada koruma altına alınmış olan dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep grupları artık nefret saikinin kaynağı olarak kabul edilmektedir.

6529 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki 5237 sayılı Kanun'un 122'nci maddesinde yer alan ayırmıcılık suçunda dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep ve benzeri sebepler failin suç işleme saikini oluşturmaktaydı. Norm içerisinde bazı saikler sayıldıktan sonra "ve benzeri sebeplerle" ifadesinin kullanılması, kapsamı ciddi şekilde genişletmişti. Ceza normunda belirtilen saiklerin dahi, somut olay bakımından gerçekleştiğini ispatlamak oldukça güç iken sayılmayanların tespit edilmesi ve ispatlanması sıkıntılıydı. Kanun koyucu yerinde bir düzenleme yaparak 6529 sayılı Kanun değişikliğiyle "ve benzeri sebeplerle" ifadesini kaldırmıştır.

6529 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte nefret saiki, ceza normunda özel kast olarak düzenlenmiştir. Failin, 122'nci maddede belirtilen seçimlik hareketlerden en az birini dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret saiki ile işlemesi gerekmektedir.

Nefret saikinin norma eklenmesiyle birlikte, nefret kaynaklı ayırmıcılığın yapılması engellenmek istenmektedir.

Nefret saikinin suçun unsuru olarak yer aldığı bir ceza normunun etkili olması için, öncelikli olarak nefret saikinin norma eklenmesinin amacının, normun uygulamasının nasıl olacağını, nefret saikinin ilgili normu daha mı az yoksa daha mı çok kullanılabilir hale getirdiğinin dikkate alınması gerekmektedir.

Nefret saikinin ayırmıcılık suçuna eklenmesine ilişkin olarak madde gerekçesinde yeterli izahat bulunmamaktadır. Kanun koyucunun nefret saikini ayırmıcılık suçuna ilişkin norma eklemesi, hem hukuksal hem de sosyolojik açıdan değerlendirilebilmektedir.

Hukuksal değerlendirmeye göre, 6529 sayılı Kanun değişikliğinden önceki ayırmıcılık suçunun kapsamı, cezalandırmada adaleti sağlamamaktadır. Ayırmıcılık fiilini oluşturan norm, amacının dışında uygulanabilmektedir. Bu nedenle kanun koyucu, ön yargının kaynağı olan dil, ırk, milliyet,

<sup>99</sup> LAWRENCE, s. 380.

renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığına bağlı olarak Kanun'da yer alan seçimlik hareketlerin gerçekleşmesi ihtimalini, amacının dışında cezalandırmak istememektedir. Örneğin, apartmanda yer alan kişilerin huzur ve sükunun sağlanması amacıyla bekar olan birisine evin kiraya verilmemesi; bayanların çoğunlukta olduğu bir iş yerinde bir erkeğin işe alınmaması; kıskançlığa bağlı olarak bir erkeğin işe alınmaması; kişinin dini inancından dolayı, ateist olan birisine evini kiralamak istememesi halleri sadece bir düşünce açıklaması, bir tercih nedeni olarak yorumlanabilmesine rağmen ayrımcılık suçundan dolayı cezalandırılabilir. Nefret saikinin eklenmesiyle birlikte sadece bir düşünce ya da tercihin cezalandırılması engellenmek istenmektedir. Nefret saikiyle işlenen bir suç; nefret saiki olmadan işlenebilen suçlara göre daha tehlikelidir. Nefret saikinin ayrımcılık suçuna eklenmesiyle birlikte kanun koyucu, mağduriyet yaşanmaması adına, mevcut ayrımcılık suçunun işlenmesinin kolay olma ihtimalini düşünerek suçun işlenmesini zorlaştırmış ve fiilin yoğun tehlike içermesini yaptırıma bağlamıştır. Bu durum 6529 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte suçun cezasının artırılmasında ve seçimlik ceza olan adli para cezasının kaldırılmasında da kendisini göstermektedir.

Sosyolojik değerlendirmeye göre, nefret ve ayrımcılık suçunda kanun koyucu ceza normunda sayılan gruplara yönelik negatif algıyı değiştirmek amacıyla grupları görünür kılmaktadır. Bu nedenle nefretin kaynağı olan gruplar ceza normunda açıkça sayılmıştır. Nefret saikinin norma eklenmesiyle birlikte grup üyelerine yönelik ayrımcılıktan öte nefret saiki vurgulanmaktadır. Nefret ibaresi suçun unsuru olarak düzenlemek suretiyle normun güçlü ve etkili olması arzu edilmektedir.

5237 sayılı Kanun'un 122'nci maddesinde nefret saikinden kaynaklı, ayrımcılığa neden olan hareketler cezalandırılmaktadır. Norm, farklılıklardan kaynaklanan nefret saiki ile birlikte bazı engellemeleri de cezalandırmaktadır. Bu nedenle fiil, ayrımcılık suçunu oluşturmaktadır. Ayrımcılığa neden olan hareketler, dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklı nefret saikiyle gerçekleştirilmektedir. Failin, belli bir kişi ya da gruba karşı ön yargı duygusundan kaynaklı olarak ayrımcılık yapılmaktadır. Bu nedenle 122'nci maddede yer alan fiil, ayrımcılık suçuyla birlikte aynı zamanda bir nefret suçu olarak da kabul edilmelidir.

Nefret suçunun oluşması için, ceza kanununda yer alan bağımsız bir suç tipinin varlığının aranmasının hukuksal bir anlamı bulunmamaktadır. Bu anlayışa göre, nefret saiki suçun sadece nitelikli hali olduğunda nefret suçu oluşmaktadır. Nefret saikinin, suçun unsuru ya da nitelikli hali olarak ceza normunda yer alması ya da ceza normunda hiç yer almaması, fiilin nefret suçu olarak nitelendirilmesinde veya nitelendirilmemesinde önem taşımamaktadır. Bir kişinin ya da grubun, sahip olduğu varsayılan farklı özelliklerine duyulan ön yargı ile soyut veya somut şiddet içeren her suç tipi, nefret suçu olarak ifade edilebilmektedir. Benzer bir değerlendirme Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı tarafından da yapılmaktadır.<sup>100</sup>

100 "Nefret suçu; mağdurun mülkün ya da işlenen bir suçun hedefinin, gerçek veya hissedilen ırk, ulusal ya da etnik köken, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, zihinsel ya da fiziksel engellilik, cinsel yönelim veya diğer benzer faktörlere dayalı olarak benzer özellikler taşıyan bir grupla gerçek ya da öyle algılanan bağı, bağlılığı, aidiyeti, desteği ya da üyeliği nedeniyle seçildiği, kişilere veya mala karşı suçları da kapsayacak şekilde işlenen her türlü suçtur." Bkz. ŞAHİNKAYA, s. 51.

Ceza kanununda yer alan suçlar nefret duygusuyla işlenebilmektedir. Ancak nefret suçunu, nefret duyarak işlenen suçlardan ayırt eden temel özellik, belli bir ön yargıyı barındırmasıdır. Nefret suçunda odaklanılması gereken husus, suçun hedefinde olan kişi ya da gruba karşı duyulan ön yargıdır. Failin düşünce yapısı veya karakterinde, bir kişiye ya da gruba karşı ön yargı bulunmaktadır. Bu ön yargıya bağlı olarak, yasaklanmış olan fiil gerçekleştirilmektedir. Ön yargı saikine bağlı olarak kişi ya da grup dışlanmaktadır. Fail, mağduru, ön yargıyla ortaya çıkan duyguya bağlı olarak damgalamak ya da ötekileştirmek arzusunu taşımaktadır. Ceza kanununda yasaklanmış olan fiili gerçekleştirebilme hakkı meşru kabul edilmektedir. Sayılan özelliklerin tamamı, 5237 sayılı Kanun'un 122'nci maddesinde düzenlenen suç tipinde yer aldığından, düzenleme ayırmacılık suçuyla birlikte aynı zamanda bir nefret suçu olarak da kabul edilmelidir.

Suç tipinde nefret saikinin, suçun manevi unsuru olarak kabul edilmesi, fiilin nefret suçu sayılmasına engel olmamaktadır. Nefret suçuna ilişkin normun oluşturulmasında belli bir yasal kriter bulunmamaktadır. Kanun koyucunun tercihine bağlı olarak ön yargı saiki, nitelikli hal veya suçun unsuru olarak düzenlenmiş ya da düzenlenmemiş olabilir. Örneğin, kasten yaralama suçunda nefret saiki, suçun unsuru ya da nitelikli hali olarak düzenlendiğinde fiil, kasten yaralama suçu olmasının yanında nefret suçu olarak da kabul edilebilecektir. Nefret suçu, kapsayıcı bir düzenlemedir. 6529 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte 5237 sayılı Kanun'un 122'nci maddesinde yer alan fiil, ayırmacılık suçuyla birlikte aynı zamanda bir nefret suçunu oluşturmaktadır.

Hak ve özgürlüklerden yararlanabilme hakkına yönelik bir saldırı söz konusu olduğundan ayırmacılık suçu, hürriyete karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. 6529 sayılı Kanun'la nefret saikinin ayırmacılık suçuna eklenmesinin sonucu olarak, nefret saikinin, toplumsal bölünmelere neden olabilme ihtimalinden dolayı kanun koyucu aynı zamanda kamu barışını da korumayı amaçlamaktadır. Ancak bu durum nefret ve ayırmacılık suçunun, kamu barışına karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmesinin gerekçesi olmamalıdır. Kamu barışına karşı işlenen suçlarda korunması amaçlanan, kamu düzeni veya kamu barışı şeklinde somutlaştırılmış, Devletin hukuki varlığının garanti altına alınma düşüncesidir. Nefret ve ayırmacılık suçunda ise hedef, doğrudan kamu düzeni ya da kamu barışı olmayıp bir kişi ya da grubun sahip olduğu bazı hak ve hürriyetlerin gaspedilmesi düşüncesidir.

Nefret saikinin somut olayda kanıtlanmasının zorluğu gerekçe gösterilerek 122'nci maddede yer alan düzenleme eleştirilmektedir. Kanun koyucunun amacının nefret ve ayırmacılık suçunu oluşturan fiilleri cezasız bırakmak olduğu düşünülemez. Yukarıda yer alan açıklamalarımızda da görüldüğü üzere düzenleme, hukuksal ve sosyolojik açıdan makul olarak karşılanmalıdır. Somut olayda sadece düşünce veya tercih olarak değerlendirilebilecek davranışların cezalandırılmamasıyla birlikte, nefret saikinin de cezalandırılması tercih edilerek normun etkili ve güçlü olması arzulanmaktadır. Nefret saikinin kanıtlanmasının zorluğu düşüncesi, nefret saikinin uygulamada yeni bir kavram olmasından kaynaklanan sadece bir algı olarak düşünülmelidir. Nefret ve ayırmacılık suçunda uygulama yerleştikçe, saikin ispatına yönelik belli bir anlayış da muhakkak oluşacaktır. Nefret saikinin, ayırmacılık suçunda yer almasıyla birlikte nefret suçlarına yönelik pozitif bir algı oluşmuştur. 2021 tarihli İnsan Hakları



Eylem Planı'nda da yer aldığı üzere nefret saikinın ispatına yönelik neler yapılabileceği, uygulama kısmına nasıl katkı sağlanabileceğine yönelik düzenlemeler tartışılmaya başlanmıştır.

Nefret ve ayrımcılık suçunun etkin olarak uygulanabilmesi için nefret saikinın kanıtlanabilmesine ilişkin olarak birtakım görüşlerin ortaya konulması gerekmektedir.

Nefret ve ayrımcılık suçunda nefret saiki suçun unsuru olduğundan, hem soruşturmanın başlangıcında aranılan başlangıç şüphesi olan basit suç şüphesinin hem de iddianamenin düzenlenmesinde aranılan yeterli suç şüphesinin nefret saikini de kapsamaması gerekmektedir. İlave olarak manevi unsur içerisinde yer alan nefret saikinin, maddi unsuru oluşturan seçimlik hareketlerden bağımsız olarak incelenmesi gerekir. Maddi unsurların ispatlanması, nefret saikinın kanıtlanmasının zorluğuna bağlı olarak, nefret saikinin de olduğu karinesine neden olmamalıdır. Bu şekilde mahkumiyet kararının verilmemesi gerekmektedir.

Nefret saikinın kanıtlanmasına katkı sağlaması amacıyla, saikin belirlenmesinde hangi kriterlerin ölçü olarak kabul edilebileceği bir katalog oluşturulmalıdır. Özellikle, failin suç işleme sebebini, hedefini ve sonucu ortaya koyan somut delillerin neler olduğunun standart olarak katalogda yer alması gerekir.

Bir suç tipinde nefret saikinın suçun unsuru ya da nitelikli hali olarak düzenlenmesi durumunda, saikin tespit edilmesinin zorluğundan dolayı, kanıtların derecelendirilerek somut olarak ortaya konulması gerekmektedir. Öncelikli olarak failin suçu ikrar edip etmediğinin değerlendirilmesi gerekir. Suçu ikrar etmişse, hayatın olağan akışına göre mevcut ve somut diğer delillerle desteklenen ikrar, suçun sübutu için yeterli kabul edilmektedir. Fail, nefret saikini kabul etmediğinde ise saikin varlığına yönelik tüm şüpheleri ortadan kaldıracak şekilde failin kullandığı söz, ifade ve sembollere bakılması gerekir. Nefret ve ayrımcılık suçunda nefret saikinın nefret söylemi şeklinde değerlendirilebilmesi için ifadenin içeriğinin somutlaştırılması; dışa yansımaları gerekmektedir. Fail, fiili gerçekleştirirken ya da gerçekleştirdikten sonra nefret saikini somutlaştıran sözlü veya yazılı beyanlar, nesnelere, imajlar veya benzeri diğer hal ve hareketlerde bulunmaktadır. Bu hal ve hareketler, nefret saikinın somut olayda varlığını belirlemede kullanılacak kanıt tipini tarif eden tanımlamalar olabilmektedir. Son olarak nefret saikinın kanıtlanmasında suçun işleniş biçimi, failin etkinliği, psikolojik durumu, suç geçmişi, çevresi gibi çeşitli delillere dayanabilmektedir.

5237 sayılı Kanun'un 122'nci maddesine göre nefret ve ayrımcılık suçu, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 272'nci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere karşı istinaf yoluna başvurulabilmektedir. Bu nedenle nefret ve ayrımcılık suçundan dolayı verilen hükümlere karşı da bölge adliye mahkemesine istinaf başvurusu yapılabilmektedir. 5271 sayılı Kanun'un 286'nci maddesinin 2'nci fıkrasının g bendine göre on yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren suçlardan, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlara karşı temyiz yolu kapalıdır. Nefret ve ayrımcılık suçunun cezasının üst sınırı üç yıl olduğundan, ilk derece mahkemesinden verilen beraat hükmü bölge adliye mahkemesince esastan reddedildiğinde temyize başvurulamamaktadır. 17/10/2019 tarihli 7188 sayılı Kanun değişikliğiyle

birlikte temyiz edilemeyecek kararlar kapsamında olsa bile 5271 sayılı Kanun'un 286'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında sayılan suçlar nedeniyle verilen bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları temyiz edilebilmektedir. Bu suçlar arasında, 5237 sayılı Kanun'da düzenlenen nitelikli hakaret suçu (md. 125/3), halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit (md. 213), suç işlemeye tahrik (md. 214), suçu ve suçluyu övme (md 215), halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama (md 216), kanunlara uymamaya tahrik (md 217) suçları da bulunmaktadır. Sayılan suçlara bakıldığında ağırlık, nitelik ve toplumda yaratılan etkisi bakımından nefret ve ayrımcılık suçunun da bu suçlar arasında yer almaması eleştirilmesi gereken bir durumdur. Nefret ve ayrımcılık suçunda, suçun ispatı oldukça zor olduğundan, hatalı şekilde beraat kararının verilebilme ihtimali bulunmaktadır. Bu durumun denetiminin hem istinaf hem de temyiz mahkemesi tarafından yapılabilmesine imkan sağlanması gerekmektedir.

## SONUÇ

Belli bir topluluğa mensup olmasından kaynaklı nefret saikiyle, bir kişi ya da gruba karşı normda sayılan hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde nefret ve ayrımcılık suçu oluşmaktadır. Düşünce ve tercihlerin cezalandırılmaması amacıyla kanun koyucunun nefret saikini ceza normuna eklemesi yerinde bir düzenlemedir. Bu nedenle bireylerin sahip olduğu hak ve hürriyetlerden eşit olarak yararlanabilmesi adına ceza hukukunun caydırıcı gücünü kullanmak bir seçenek olduğundan, nefret ve ayrımcılık suçunun düzenlendiği 5237 sayılı Kanun'un 122'nci maddesinde yer alan norm, etkinliğinin olmasından dolayı bir seçenek olarak kullanılabilir.

6529 sayılı Kanun değişikliğiyle birlikte nefret saikinin ceza normuna eklenmesi, 122'nci maddede yer alan suç tipini güçlü kılmasına ve nefret kavramının görünür olmasına katkı sağlamasına rağmen temyiz yolunun kapalı olması, kanun koyucunun kendi iradesiyle çelişmesi olarak değerlendirilebilmektedir. Bu nedenle nefret ve ayrımcılık suçundan dolayı ilk derece mahkemesince verilen beraat kararlarının esastan reddedilmesine dair bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı temyiz yolunun açık olması açılması gerekmektedir. 5271 sayılı Kanun'un 286'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasında sayılan suçlar arasına nefret ve ayrımcılık suçu da eklenmelidir.

Ceza normunda yer alan gruplara yönelik birtakım engellemelerin gerçekleştirilmesi fiilin ayrımcılık suçu olarak kabul edilmesini gerektirmektedir. Nitekim bu durum 6529 sayılı Kanun'un gerekçe kısmında da açıkça yer almaktadır. İlave olarak nefret saikiyle hareket edilmesinden dolayı da 122'nci maddede sayılan grupların huzursuzluğu, mutsuzluğu, tedirginliği istenmektedir. Bu durum suçun, nefret suçları içerisinde değerlendirilebilmesine de imkan sağlamaktadır.

Nefret suçları, mağdurun ve mensup olduğu grubun sahip olduğu kimliği hedef almaktadır. Bu nedenle adi suçlara nazaran çok daha fazla zarar verme ihtimali bulunmaktadır. Nefret suçlarında fail, mağdur aracılığıyla mensup olduğu gruba ötekileştirme amacını taşıyan mesaj vermektedir. Bu durum grubun diğer üyelerinin de savunmasızlık hissi yaşamalarına neden olabilmektedir. Nefret suçlarının, tipe uygun olarak belli bir kategori içerisinde düzenlenmesi kavramın etkili olmasına katkı sağlamaktadır. Bu nedenle adi suçlara göre yapısı ve etkileri farklı olan nefret suçlarının, özel

bir ceza kanunu ile düzenlenmesi gerekmektedir. Görüşümüze uygun olarak 2021 tarihli İnsan Hakları Eylem Planı'nda nefret suçlarının ayrıca düzenlenmesi taahhüt edilmiş, bu suçlarla mücadele için gerekli tüm tedbirlerin etkin şekilde alınması öngörülmüştür. Özel ceza kanununda öncelikli olarak nefret saikinin tanımı yapılmalıdır. Uluslararası düzenlemelerle uyumlu olacak şekilde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hangi suçlarda nefret saikinin mağdura etkisinin daha ağır olduğu belirlenmelidir. Daha sonra ilgili suç tipleri, nefret suçlarının özel olarak düzenlendiği kanuna eklenmelidir. Nefret suçlarının etkin hale getirilmesi adına vakaların tanımlandığı, verilen toplandığı bir uygulama çerçevesinin yaratılması gerekmektedir. Hangi delillerin ne şekilde nefret saikinin kanıtlanmasında dikkate alınması gerektiği yine ilgili özel kanunda yer almalıdır. İlave olarak nefret saikinin somut olayda kanıtlanabilmesi için gerekli olan göstergelerin belirlenebilmesi adına soruşturma makamlarının eğitime tabi tutulmaları gerekmektedir.

## KAYNAKÇA

- AĞIRBAŞLI, Şennur, Sınırlı Ayrımcılık Yasağından Genel Eşitlik İlkesine, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- ALEXANDER, Larry, "What Makes Wrongful Discrimination Wrong? Biases, Preferences, Stereotypes, and Proxies", University of Pennsylvania Law Review, 1992, Vol. 141, s. 149-219.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- BAYRAKTAR, Köksal, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu", YÜHFD, 2017, Cilt: 13, Sayı: 1, s. 55-81.
- BENİER, Kathryn, "The Harms of Hate", International Review of Victimology, 2017, Vol. 23, Iss. 2, s. 179-201.
- BULUT, İlhan, Nefret Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- CANKURT, Ezgi, "Cinsel Yönelime İlişkin Yaşam Tarzına Müdahalenin TCK Bakımından Değerlendirilmesi", BÜHFD, 2017, Cilt: 3, Sayı: 6, s. 111-139.
- CENDEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınevi, İstanbul, 2020.
- COESTER, Marc, "Das Konzept der Vorurteils kriminalität", Wissenschaft Demokratie Schriftenreihe des Instituts für Demokratie und Zivilgesellschaft, IDZ, 2018/4, s. 40 - 49.
- ÇALIŞKAN, Suat, Hürriyete Karşı Suçlar, Platon Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2020.
- ÇİÇEK, Gökçe Serim, Türk Ceza Kanununda Nefret ve Ayrımcılık Suçu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2021.
- DANCYGIER, Rafeela M./GREEN, Donald P. "Hate Crime", Prejudice, Stereotyping and Discrimination, (Edited by John Dividio, Miles Hewstone, Peter Glick And Victoria Esses), SAGE, 2011, California, s. 294-311.
- DANNER, Allison Marston. "Bias Crimes and Crimes Against Humanity: Culpability in Context", Buffalo Law Review, 2002, Vol. 6, Iss. 1, s. 389-450.
- DEMİRBAŞ, Timur, "Nefret Söylemi ve Nefret Suçları", Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, DEÜHFD, 2017, s. 2693-2701.
- DENİZ, Buket, Engelli Hakları ve Ayrımcılık Yasağı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- DÖNMEZ, Burcu Demren, "Ayrımcılık Suçu", TBBD, 2012, S. 12, s. 10-58.
- ERSOY, Uğur, "Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m.122)", CHD, 2017, Cilt: 12, Sayı: 34, s. 7-56.
- ERSOY, Uğur, "Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları", TAAD, Yıl: 2018, S: 35, s. 111-174.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Kişilere Karşı Suçlar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, USA Yayınevi, Ankara, 2016.

- HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- HARE, Ivan, "Legislating Against Hate-The Legal Response to Bias Crimes", *Oxford Journal of Legal Studies*, 1997, Vol. 17, Iss. 3, s. 415-439.
- İNCEOĞLU, Asuman Aytekin, "Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayrımcılık Suçunun Nefret Suçu Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *LHD*, 2015, Cilt: 13, Sayı: 150, s. 37-66.
- İNCEOĞLU, Asuman Aytekin, *Nefret ve Ayrımcılık, Özel Ceza Hukuku Cilt III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2018.
- JACOBS, James B./HENRY, Jessica S. "The Social Construction of a Hate Crime Epidemic", *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Northwestern University, 1996, Vol. 86. Iss. 2, s. 366-391.
- KAÇAN, Gizem, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Mahkemeleri Kararları Işığında Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık Yasağı*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2020.
- KARAN, Ulaş, "Türk Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinin Uygulanabilirliği", *TBBD*, 2007, Sayı 73, s. 146-173.
- KARAN, Ulaş, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, On İki Levha Yayınevi, İstanbul, 2017.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- KOCASAKAL, Ümit, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu (TCK m. 122)", *CHD*, 2015, Cilt: 10, Sayı: 28, s. 7-40.
- LAWRENCE, Frederick M. "The Punishment of Hate: Towards a Normative Theory of Bias-Motivated Crimes", *Michigan Law Review*, 1994, Vol. 93, Iss. 2, s. 320-381.
- MEMİŞ, Pinar, "Ayrımcılık Suçunun Özürlüler Bakımından Değerlendirilmesi", *GÜHFD*, 2009/2, s. 65-78.
- MERAN, Necati, *Kişilere Karşı Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- MORSCH, James, "The Problem of Motive in Hate Crimes: The Argument against Presumptions of Racial Motivation", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1991, Vol. 82, Iss. 3, s. 659-689.
- ÖNER, Mehmet Zülfü, "İngiltere Hukukunda Nefret Suçları", *TBBD*, 2015, Cilt: 27, Sayı: 116, s. 85-112.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pinar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- ÖZTÜRK, Nurten, *Nefret ve Ayrımcılık Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- SCHIEDERMAIR, Stephanie, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Nefret Söylemi", (Çeviren Özdem Özyayın), *FHD*, 2019, Cilt: 11, Sayı: 115, s. 6-12.
- SCHIEMANN, Anja, "Änderungen im Strafgesetzbuch durch das Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität", *KriPoZ*, 2020/5, s. 269-276.
- SCOTTING, Troy A. "Hate Crimes and the Need for Stronger Federal Legislation", *Akron Law Review*, 2001, Vol. 34, Iss. 4, s. 853-892.
- SERAFIN, Maja Anna, *Hate Crimes: Auf der Suche nach einer adäquaten Reaktion des Strafrechts*, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts, Freiburg im Breisgau, 2019.
- SINAR, Hasan, "Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları", Prof. Dr. Nur Centele Armağan, *MÜHFHAD*, 2013, C: 19, S: 2, s. 1271-1300.
- SOKULLU, Füsün Akıncı, "Hate Crimes", *Annales De La Faculté de Droit d'Istanbul*, 2009, Vol. 58, s. 101-117.
- SULLAWAY, Megan, "Psychological Perspectives on Hate Crime Laws", *Psychology, Public Policy, and Law*, 2004, Vol. 10, Iss. 3, s. 250-292.
- ŞAHİNKAYA, Yalçın, *Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Nefret Söylemi ve Karşılaştırmalı Nefret Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

- ŞEN, Ersan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun 115. ve 122. maddelerine İlişkin Bir değerlendirme”, İBD, 2005/2, Cilt: 79, s. 359-364.
- TANERİ, Gökhan, Hürriyete Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- TEKİN, T. “Türkçede Morfonemik Değişmeler: Dar Ünlü ~ Ø Nöbetleşmesi”, DAD, 1995, 6, s. 103-109.
- TÜRAY, Aras, “Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler”, CHD, 2014, Cilt: 9, Sayı: 26, s. 77-95.
- TÜRAY, Aras, Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- UYGUN, Oktay, “Nefret İfadesi ve İfade Özgürlüğü”, GÜHFD, 2008, Cilt: 7, Sayı: 1, s. 7-25.
- YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- YURTCAN, Erdener Yargıtay Kararları Işığında Hürriyete Karşı Suçlar, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014.

## Nükleer Silahların Yasaklanması Andlaşması'nın Nükleer Silahsızlanma Çabaları ve Andlaşmalar Hukuku Çerçevesinde Değerlendirilmesi

### Evaluation of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons within the Framework of Nuclear Disarmament Efforts and Treaty Law

Nergiz Emir\* 

#### ÖZ

Nükleer Silahların Yasaklanması Andlaşması, 22 Ocak 2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu andlaşma, nükleer silahları yasaklayan bağlayıcı bir uluslararası hukuk kaynağıdır. Ne var ki uluslararası andlaşmalar, *pacta tertiis* ilkesi çerçevesinde sadece tarafları için hak ve yükümlülük doğurmaktadır. Dolayısıyla, bu andlaşmanın nükleer silahsızlanmaya ne ölçüde katkıda bulunabileceği tartışmalıdır. Makale, Nükleer Silahların Yasaklanması Andlaşması'nın nükleer silahsızlanma çabalarına muhtemel katkısını ve uluslararası andlaşmalar hukuku bakımından ilgili andlaşmanın etkisini değerlendirmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Nükleer Silahların Yasaklanması Andlaşması, Silahsızlanma, Nükleer Silahsızlanma Çabaları, *Pacta Tertiis* İlkesi, Andlaşmalar Hukuku

#### ABSTRACT

The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons entered into force on 22<sup>nd</sup> January 2021. This treaty is a binding source of international law which ban to nuclear weapons. However, international treaties create rights and obligations only for parties within the framework of the principle of *pacta tertiis*. Therefore, it is controversial to what extent this treaty could contribute to nuclear disarmament. The article evaluates the expectative contribution to nuclear disarmament efforts of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons and the impact of related treaty in terms of international treaty law.

**Keywords:** Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, Disarmament, Efforts to Nuclear Disarmament, Principle of *Pacta Tertiis*, Treaty Law

\* Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı,

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Nergiz Emir

E-posta/E-mail: nergizdemir@anadolu.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 21.03.2021

Kabul Tarihi/Accepted: 14.04.2021

## GİRİŞ

Nükleer silahlar, dünyadaki en tehlikeli silahlar olup hem insanlığın geleceği hem de çevresel felaketler bakımından önemli bir tehdit oluşturmaktadır. Bu tehlikeden korunmanın en önemli yolu kuşkusuz nükleer silahlardan arındırılmış bir dünyanın kurulmasıdır. Nükleer silahlar ilk kez 1945 yılında Hiroşima ve Nagazaki'de kullanılmış ve Birleşmiş Milletler (BM) 1946 yılında atom enerjisinin keşfine ilişkin sorunlara dair bir Komisyon kurmuştur. Uluslararası hukukta nükleer silahların yayılmasının önlenmesi amacıyla çeşitli andlaşmalar yapılmıştır<sup>1</sup>. Ancak nükleer silahları tamamen yasaklayan Nükleer Silahların Yasaklanması Andlaşması (NSYA), 2021 yılının ilk ayında yürürlüğe girmiştir.

NSYA ile birlikte uluslararası hukukta nükleer silahları yasaklayan bir uluslararası andlaşmanın yapılmasının mümkün olduğu görülmüş ve bu andlaşma pek çok uluslararası hukuk katılımcısının da katkısıyla devletler tarafından kabul edilerek uluslararası hukuk kaynağı haline gelmiştir. Ne var ki, NSYA'ya taraf olan devletlerden hiçbiri nükleer silahlara sahip değildir<sup>2</sup> ve *pacta tertiis* ilkesi gereğince uluslararası andlaşmalar sadece tarafları için hak ve yükümlülük doğurmaktadır<sup>3</sup>. Ancak uluslararası hukukta bu kuralın istisnaları bulunmakta ve uluslararası andlaşmaların üçüncü devletlere etkisi tartışılmaktadır<sup>4</sup>.

Bu makalede, öncelikle NSYA'nın nükleer silahsızlanma çabalarındaki konumunu belirlenecek ve böyle bir andlaşmanın yapılabilmesini sağlayan dinamikler üzerinde durulacaktır. Daha sonra, NSYA'yı imzalayan ya da onaylayan devletlerin hiçbirinin nükleer silahlara sahip olmadığı göz önüne alındığında ilgili uluslararası andlaşmanın nükleer silahlara sahip olan (ancak andlaşmaya taraf olmayan ve dahası taraf olma niyeti de bulunmayan) devletlere uygulanıp uygulanamayacağı uluslararası andlaşmalar hukuku bakımından ele alınacaktır.

## I. ULUSLARARASI HUKUKTA NÜKLEER SİLAHSIZLANMA ÇABALARI

Uluslararası hukukta nükleer silahların açıkça yasaklandığı için andlaşma olan NSYA, 22 Ocak 2021'de yürürlüğe girmiştir. Bu andlaşmanın yürürlüğe gitmesi nükleer silahsızlanma çabaları bakımından önemli bir aşamadır. Uluslararası hukuk bakımından bundan önceki diğer bir önemli aşama ise, Nükleer Silahların Yayılmasının Önlenmesi Andlaşması'nın (NSYÖA) 1970 yılında yürürlüğe girmesidir<sup>5</sup>. Bu iki uluslararası andlaşma arasında yürürlüğe girmeleri bakımından yaklaşık elli yıllık bir zaman dilimi söz konusudur ve bu süre boyunca dünyanın siyasi yapısı büyük ölçüde değişmiştir. Öte yandan, bu iki andlaşma arasında hem içerik hem de andlaşmaların oluşturulma

1 United Nations Office for Disarmament Affairs, <https://www.un.org/disarmament/wmd/nuclear/> (26.02.2021).

2 United Nations Treaty Collection, [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXVI-9&chapter=26](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-9&chapter=26) (26.02.2021).

3 **Pazarıcı**, Hüseyin: Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2021, s. 183.

4 **Akkutay**, Berat Lale: Uluslararası Andlaşmaların Üçüncü Devletlere Etkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 19.

5 **Pedrazzi**, Marco: "The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons: a Promise, a Threat or a Flop?", The Italian Yearbook of International Law Online, 27(1), 2018, s. 215.

süreci bakımından önemli farklar bulunmaktadır. Makalenin bu kısmında nükleer silahsızlanmaya ilişkin iki temel uluslararası hukuk kaynağı arasındaki farklara da değinilecektir.

Nükleer silahsızlanma çabalarında NSYÖA ve NSYA andlaşmaları dikkat çekici olsa da uluslararası hukuk bakımından nükleer silahsızlanma çabalarını daha geriye götürmek mümkündür. Silahsızlanma yolundaki ilk girişime örnek olarak BM Genel Kurulu tarafından 24 Ocak 1946'da kurulan Komisyon<sup>6</sup> gösterilmiştir<sup>7</sup>. Ancak bu Komisyon sadece üç yıl sınırlı bir faaliyet gösterebilmiştir. NSYÖA yürürlüğe girene kadar, çeşitli devletler teknolojik gelişmelere uyum sağlamış ve nükleer silah üretimine başlamışlardır. Dolayısıyla NSYÖA, nükleer silah sahibi devletler ile buna sahip olmayan devletler arasında bir ayırım yapmış ve temelde nükleer silah sahibi devletlerin, nükleer silah sahibi olmayan devletlere nükleer silah transferini yasaklamıştır<sup>8</sup>. NSYA ise, nükleer silahların ortadan kaldırılması konusunda geleneksel devlet merkezli silahsızlanmadan uzaklaşmış ve konuyu insancıl silahsızlanma şeklinde farklı bir açıdan ele almıştır<sup>9</sup>.

Uluslararası hukukta silahsızlanmanın gelişimi konusunda doktrinde pek çok çalışma bulunmaktadır. Bu makale kapsamında nükleer silahsızlanma, uluslararası hukuk bakış açısıyla sınırlı olarak ele alınacak ve NSYA'nın nükleer silahsızlanma bakımından ortaya çıkardığı yenilikler üzerinde durulacaktır. Uluslararası bir andlaşma olarak NSYA'nın nükleer silahsızlanmaya katkı sunup sunamayacağı uluslararası hukukun normatif sınırları çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu nedenle, nükleer silahların ilk kez kullanılmasından bu yana devam eden silahsızlanma arayışının dönüşümü incelenerek bir sonraki kısımda ele alınacak olan andlaşmalar hukuku bakımından NSYA'nın değerlendirilmesine hazırlık yapılmış olacaktır.

## **A. NÜKLEER SİLAHLAR SORUNU VE İLK ÇÖZÜM ARAYIŞLARI**

Nükleer silahlar, yıkıcı güçlerini atom çekirdeklerinin parçalanmasından ya da birleşmesinden elde eden patlayıcılar şeklinde tanımlanmaktadır<sup>10</sup>. Nükleer silah sorununun bilimsel ve teknik kısmı bir tarafa bırakılırsa uluslararası hukuk bakımından önemli olan bu silahların kullanımının ortaya çıkardığı sonuçlardır. Zira nükleer silah kullanımı hem insancıl hukuk kurallarını hem de uluslararası çevre hukukunu ilgilendiren olumsuz sonuçlara neden olmaktadır<sup>11</sup>. Bu bağlamda, nükleer silah

6 Atom Enerjisinin Keşfi ile Ortaya Çıkan Sorunların Çözümü İçin Komisyon Kurulması, [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/1\(I\) \(28.02.2021\)](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1(I) (28.02.2021)).

7 **Arman**, Perçem: "2017 Nükleer Silahların Yasaklanması Antlaşması: Amaçladığını Başarabilir Mi?", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, 21(Özel Sayı), 2019, s. 1909; **Denk**, Erdem: "Bir Kitle İmha Silahı Olarak Nükleer Silahların Yasaklanmasına Yönelik Çabalar", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 66(3), 2011, s. 100.

8 **Kadelbach**, Stefan: "Nuclear Weapons and Warfare", R Wolfrum (ed), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law Volume VII, Oxford University Press, Oxford 2012, s.878.

9 **Docherty**, Bonnie: "A 'Light for All Humanity': the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons and the Progress of Humanitarian Disarmament", Global Change, Peace & Security, 30(2), 2018, s. 164.

10 **Kadelbach**, s. 873.

11 **Güneysu**, Gökhan: Çevrenin Silahlı Çatışmalar Esnasında Korunması, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 168.



kullanımının sonuçlarını bir kere deneyimleyen uluslararası toplumun bu alanı düzenleme çabası kaçınılmaz bir sonuçtur.

Nükleer silahlar, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) tarafından ilk kez kullanıldığı 1945 yılından itibaren, uluslararası andlaşmalar ile kontrol altına alınmaya çalışılmış olsa da hukuki düzenlemeler içinde bulunulan dönemin siyasi atmosferine göre şekil almıştır. Zira bu dönemde, diğer devletler de nükleer silah teknolojisine katılmaya başlamıştır. Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB), 1949 yılında dünyanın ikinci nükleer silah sahibi devleti olmuştur<sup>12</sup>. 1952'de Birleşik Krallık, 1960'ta Fransa ve 1964'te Çin nükleer silah geliştirmiş devletler arasına girmiştir<sup>13</sup>. Böylece Güvenlik Konseyi'nin beş daimi üyesi, 1960'lı yılların ortasında nükleer silahlara sahip olmuştur. Günümüzde Güvenlik Konseyi'nin daimi üyesi olan bu devletler dışında; Hindistan, Pakistan, İsrail ve Kuzey Kore'nin nükleer silahlara sahip olduğu bilgisi yer almaktadır<sup>14</sup>.

Nükleer silahlanma sorunun ortaya çıkışı ve devletlerin bu teknolojiye sahip olma hızı çerçevesinde; 1945 yılında "nükleer çağ" olarak isimlendirilen yeni bir dönemin başladığı ve halen devam eden bu dönemde nükleer silahların yayılması ile silahsızlanma çabalarının birlikte yürüdüğü görülmektedir<sup>15</sup>. Kuşkusuz NSYÖA, 1970 yılında yürürlüğe girdiğinde yirmi beş yıllık sorunu geçici olarak düzenleme altına almıştır. Ancak bu andlaşma yürürlüğe girene kadar, atomun barışçıl amaçlarla kullanılması için Uluslararası Atom Enerjisi Ajansı (IAEA) 1957 yılında kurucu andlaşmasının yürürlüğe girmesiyle birlikte kurulmuştur<sup>16</sup>. IAEA, günümüzde hala etkin bir şekilde varlığını sürdüren uluslararası bir örgüt olmakla birlikte faaliyet alanı nükleer silahsızlanmadan ziyade nükleer teknolojinin kullanımına ilişkindir.

## **B. NÜKLEER SİLAHLARIN YAYILMASININ ÖNLENMESİ ANDLAŞMASI**

### **1. Andlaşmanın Genel Çerçevesi ve Nükleer Silahsızlanmaya Etkisi**

NSYÖA, nükleer silahların kontrolüne ilişkin mevcut sistemi kurucu bir nitelik taşımaktadır<sup>17</sup>. NSYÖA, nükleer silahların yayılmasının önlenmesine odaklı bir sistem kurmuş ve temelde Ocak 1967'ye kadar bir nükleer silah yeteneği geliştirmemiş olan herhangi bir devletin bunu yapmasını önlemeyi amaçlamıştır. Böylece andlaşma kapsamında ABD, SSCB, Birleşik Krallık, Fransa ve Çin nükleer silah sahibi devletler olma statüsünü kazanmıştır. Hindistan, Pakistan ve İsrail ise, NSYÖA'ya hiç taraf olmamış ve Kuzey Kore ise 2002'de bu andlaşmadan çekilmiştir<sup>18</sup>.

12 Russia and Nuclear Weapons, <https://www.nti.org/learn/countries/russia/nuclear/> (28.02.2021).

13 Nuclear-Armed States, [https://www.icanw.org/nuclear\\_arsenals](https://www.icanw.org/nuclear_arsenals) (28.02.2021).

14 Nuclear-Armed States, [https://www.icanw.org/nuclear\\_arsenals](https://www.icanw.org/nuclear_arsenals) (28.02.2021).

15 **Datan**, Merav / **Scheffran**, Jürgen: "The Treaty is Out of the Bottle: The Power and Logic of Nuclear Disarmament", *Journal for Peace and Nuclear Disarmament*, 2(1), 2019, s. 115.

16 IAEA Statüsü, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20276/volume-276-I-3988-English.pdf> (28.02.2021).

17 **Arman**, s. 1914.

18 **Hanson**, Marianne: "The Future of the NPT", *Australian Journal of International Affairs*, 59(3), 2005, s. 302, 303.

NSYÖA'ya hâlihazırda 191 devlet taraf olsa da aslında bu andlaşma Soğuk Savaş yıllarının bir çıktısıdır<sup>19</sup>. Buna rağmen NSYÖA, çok sayıda devletin de taraf olması bakımından da belirli bir normatif değer kazanmış ve hukuki bir çerçeve çizmiştir<sup>20</sup>. Üstelik NSYÖA, uluslararası hukukta silahsızlanmayı düzenleyen evrensel düzeyde bir uluslararası andlaşmadır ve 1995 yılında süresiz hale getirilmiştir<sup>21</sup>. NSYÖA, nükleer silah sahibi devletlerin faaliyetlerini kontrol altına almaya çalışırken nükleer silah sahibi olmayan devletlerin nükleer silahlara sahip olmalarını engellemeye yönelik bir andlaşmadır ve tam bir nükleer silahsızlanma için taraflara iyiniyetli müzakereler yapma yükümü yüklemiştir<sup>22</sup>.

NSYÖA'da yer alan, nükleer silah sahibi olmayan devletlerin bu silahları edinmemesine ilişkin yükümlülük fiili olarak aşılmaz bir engel ortaya koymamıştır<sup>23</sup>. Andlaşmalar hukuku bakımından NSYÖA'da yer alan bu hüküm sadece andlaşmaya taraf olan devletler için hüküm ve sonuç doğuracaktır. Dolayısıyla Hindistan, Pakistan, İsrail ve Kuzey Kore gibi ülkeler bu andlaşma çerçevesinin dışında nükleer silahlara sahip olmaya devam etmektedir<sup>24</sup>. Bu durum, andlaşmanın etkin olarak uygulanmasına zarar verdiği gibi nükleer silahların yayılmasının kontrolünü sağlamaya çalışırken nükleer silah sahibi olmayan devletlerin bu teknolojiye erişmesini yasaklamaktadır<sup>25</sup>.

## **2. Nükleer Silahların Tehdit ve Kullanımının Hukuka Uygunluğuna Dair Danışma Görüşü<sup>26</sup>**

Bu Danışma Görüşü, BM Genel Kurulu'nun 1994 yılında Uluslararası Adalet Divanı'na (Divan) yöneltmiş olduğu bir soru üzerine ortaya çıkmıştır. Divan, nükleer silah kullanımının uluslararası insancıl hukuka aykırı olduğunu belirtmekle birlikte meşru müdafaa durumunda bu silahları kullanmanın hukuku aykırı olup olmadığı konusunda kesin bir sonuca varılamadığını ifade etmiştir. Divan, nükleer silahsızlanma girişimlerinin etkili müzakerelerle sürdürülmesi yükümlülüğüne de dikkat çekmiştir<sup>27</sup>.

Bu Danışma Görüşü kapsamında nükleer silahların meşruluğu sorununa ilişkin çeşitli yorumlar yapılmış olsa da Divan'ın yaklaşımı genel olarak nükleer silah kullanımını meşru bulmama yönündedir<sup>28</sup>. Ancak Divan, nükleer silah kullanımına ya da tehdidine ilişkin ne konvansiyonel uluslararası hukukta

19 **Docherty**, s. 170.

20 **Hanson**, s. 314.

21 **Tuzmukhamedov**, Bakhtiyar: "Disarmament", R Wolfrum (ed), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law Volume III, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 152, 156.

22 Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, <http://disarmament.un.org/treaties/t/npt/text> (02.03.2021).

23 **Tuzmukhamedov**, s. 156.

24 **Bagheri**, Saeed: Uluslararası İnsancıl Hukuk ve Nükleer Silahlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 90.

25 **Bagheri**, s. 106.

26 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095.199.60708-ADV-01-00-EN.pdf> (03.03.2021).

27 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, s. 266, 267.

28 **Uzun**, Elif: "Milletlerarası Adalet Divanının Nükleer Silahların Tehdidi veya Kullanımının Meşruiyeti İle İlgili 1996 Tarihli İstişari Mütalaasına İnsancıl Hukuk Açısından Bir Bakış", Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(3), 2003, s. 586.

ne de örf ve adet hukukunda kapsamlı ve evrensel bir yasak olmadığına dikkat çekmiştir<sup>29</sup>. Doktrinde nükleer silah tehdidi ya da kullanımının “tam bir nükleer silahsızlanmaya ilişkin özel bir andlaşmayla ortadan kaldırılabileceği” ifade edilmiştir<sup>30</sup>. Dolayısıyla nükleer silahsızlanma çabalarına ilişkin önemli bir hamle olan NSYA'nın ortaya çıkışı ve kapsamı önemli bir gelişmedir.

## C. NÜKLEER SİLAHLARIN YASAKLANMASI ANDLAŞMASI

### I. Andlaşmanın Oluşturulma Süreci ve Önemli Gelişmeler

Devletler, uluslararası örgütler ve hükümet-dışı kuruluşlar insancıl silahsızlanmayı nükleer silahlar bakımından 2010 yılında yeni bir bakış açısıyla ele almaya başlamıştır. Böylece nükleer silahsızlanmanın insancıl boyutunun önemi vurgulanarak uluslararası toplum harekete geçirilmiştir<sup>31</sup>. Nükleer Silahların Tamamen Ortadan Kaldırması için Uluslararası Kampanya<sup>32</sup> (Uluslararası Kampanya), ilk ofisini 2006'da açmış bir hükümet dışı kuruluş olarak kurulmasından itibaren nükleer silahsızlanmayı teşvik eden bir uluslararası andlaşma yapma amacını taşımıştır<sup>33</sup>. Uluslararası Kampanya, 2010 ile 2012 yılları arasında önemli değişiklikler geçirmiş ve bu sürecin sonunda nükleer silahların yasaklanmasını açıkça talep etmeye başlamıştır<sup>34</sup>. Uluslararası Kampanya, 2013'ten sonra nükleer silahsızlanmaya ilişkin önemli konferanslar düzenlemiş ve bu konferanslara pek çok devletin yanı sıra BM de katılmıştır<sup>35</sup>. Uluslararası Kampanya, nükleer silahsızlanmayı teşvik etmedeki çabaları ve bunun küresel düzeydeki önemi nedeniyle 2017 Nobel Barış Ödülü'ne layık görülmüştür<sup>36</sup>.

Uluslararası Kampanya'nın başını çektiği konferanslar, nükleer silahsızlanma konusunda BM'nin harekete geçirilmesinde etkili olmuştur. Özellikle Uluslararası Kampanya tarafından nükleer silahların insancıl etkileri konulu Viyana'da 2014 yılında gerçekleştirilen konferansta kabul edilen insancıl teminat 127 devlet tarafından imzalanmıştır<sup>37</sup>. Bu teminat, 2015 yılında BM Genel Kurul kararı ile kabul edilmiştir<sup>38</sup>. Bunun yanında başka bir BM Genel Kurul kararı ile Açık Uçlu Çalışma Grubu kurularak çok taraflı nükleer silahsızlanma müzakerelerinin yürütülmesine

29 Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, s. 266.

30 **Tütüncü**, Ayşe Nur: “Nükleer Silâhların Kullanımının Yasaklanması Sorunu”, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 4(2), 2004, s. 14.

31 **Docherty**, s. 164.

32 International Campaign to Abolish Nuclear Weapons (ICAN), hakkında detaylı bilgi için: [https://www.icanw.org/the\\_campaign](https://www.icanw.org/the_campaign) (06.03.2021).

33 **Gibbons**, Rebecca Davis: “The Humanitarian Turn in Nuclear Disarmament and the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons”, the Nonproliferation Review, 25(1-2), 2018, s. 14.

34 **Gibbons**, s. 18, 19.

35 **Arman**, s. 1920.

36 **Datan / Scheffran**, s. 118.

37 Humanitarian Pledge, [https://www.icanw.org/history\\_of\\_the\\_tpnw](https://www.icanw.org/history_of_the_tpnw) (07.03.2021).

38 **Arman**, s. 1921; UN General Assembly, A/RES/70/48, [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/48](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/48) (07.03.2021).

katkıda bulunabilecek tavsiye kararları alabileceği belirtilmiştir.<sup>39</sup> Açık Uçlu Çalışma Grubu'nun 2016'daki nihai raporu ile 2017 yılında BM Genel Kurulu'nun nükleer silahların tamamen ortadan kaldırılması için bir konferans yapması önerilmiş ve böylece NSYA'nın imzalanacağı konferanslar New York'ta gerçekleştirilmiştir<sup>40</sup>. Dolayısıyla NSYA'nın ortaya çıkmasında hükümet dışı kuruluşlar ile devletlerin birlikte inisiyatif almasının ve uluslararası bir örgüt olarak BM'nin önemli bir etkisinin olduğu görülmektedir<sup>41</sup>.

NSYA, 7 Temmuz 2017 tarihinde New York'ta 122 devletin olumlu oyu ile kabul edilmiş ve 20 Eylül 2017'de BM Genel Sekreteri tarafından imzaya açılmıştır. NSYA, 22 Ocak 2021'de uluslararası bir andlaşma olarak yürürlüğe girmiştir<sup>42</sup>. Böylece nükleer silahların kullanılmasını açıkça yasaklayan ilk uluslararası andlaşma ortaya çıkmış olsa da nükleer silahların mevcudiyeti üzerinde nasıl bir etkiye sahip olacağı hususu tartışmalıdır. Zira nükleer silah sahibi devletlerin henüz andlaşmaya ilişkin oylamanın hemen ardından yaptığı açıklamalar<sup>43</sup> andlaşmanın pek çok devlet tarafından onaylanmış olsa bile uygulamada bir değişiklik ortaya koyamayacağını düşündürmektedir<sup>44</sup>. Buna rağmen andlaşmanın kural koyan bir düzenleme niteliğinde olması ve nükleer silahsızlanmaya yeni bir ivme kazandırması nedeniyle iyimser değerlendirmelerle ele alınması da söz konusudur<sup>45</sup>.

## 2. Andlaşmanın Kapsamı ve Hükümleri

NSYA<sup>46</sup> giriş bölümü ve buna ilaveten 20 maddeden oluşan bir uluslararası andlaşmadır. Andlaşmanın giriş bölümünde uzunca bir paragraf yer almakta ve her bir paragrafta andlaşmanın amaçlarına ve ilkelerine ilişkin değerlendirmelerden bahsedilmektedir. Bu bağlamda, hemen ilk paragrafta NSYA'nın BM Şartı'nda belirtilen amaç ve ilkelerin gerçekleşmesine katkıda bulunma hedefinde olduğu belirtilmiştir. Bunun devamında nükleer silah kullanımının yıkıcı sonuçlarına dikkat çekilerek bu tür silahların hiçbir surette kullanılmamasının tek yolunun nükleer silahların tamamen ortadan kaldırılması olduğu ifade edilmiştir. Bu kısımda nükleer uluslararası insancıl hukuk ve uluslararası insan hakları hukuku dahil olmak üzere tüm devletlerin her zaman geçerli uluslararası hukuk kurallarına uymaları gerektiğine dikkat çekilmiştir. Ayrıca NSYÖA'nın uluslararası barış ve güvenlik ile nükleer silahsızlanma bakımından önemine dikkat çekilerek bu andlaşmanın etkili bir biçimde uygulanmasını onaylanmıştır. Andlaşmanın giriş kısmı genel olarak

39 UN General Assembly, A/RES/70/33, <https://undocs.org/pdf?symbol=en/a/res/70/33> (07.03.2021).

40 Pedrazzi, s. 219.

41 Docherty, s. 174.

42 Overview of TPNW, <https://www.un.org/disarmament/wmd/nuclear/tpnw/> (07.03.2021).

43 ABD, Birleşik Krallık ve Fransa andlaşmaya hiçbir zaman taraf olmayı düşünmediklerini belirten ortak bir bildiri yayımlamıştır. NSYA'nın mevcut uluslararası güvenliği görmezden geldiğini, nükleer caydırıcılıkla uyumsuz olduğunu ve NSYÖA ile kurulan sistemi zayıflatabileceğini ileri sürmüşlerdir. <https://www.nti.org/learn/treaties-and-regimes/treaty-on-the-prohibition-of-nuclear-weapons/> (07.03.2021).

44 Arman, s. 1940.

45 Rietiker, Daniel: "New Hope for Nuclear Disarmament or 'Much Ado About Nothing?': Legal Assessment of the New "Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons" and the Joint Statement by the USA, UK, and France Following its Adoption.", *Harvard International Law Journal*, 59, 2017, s. 31.

46 Nükleer Silahların Yasaklanması Andlaşması, <https://undocs.org/A/CONF.229/2017/8> (07.03.2021).

değerlendirildiğinde, uluslararası toplumun nükleer silahsızlanma konusundaki niyetinin hukuk çerçevesinde birleştirilmesinin amaçlandığı görülmektedir.

Andlaşmanın 1. maddesinde nükleer silahlara ilişkin yasaklara yer verilirken 2, 3 ve 4. maddelerde nükleer silahları ortadan kaldırmaya yönelik hükümlerden bahsedilmiştir. Bundan sonraki 16 maddede ise, andlaşmanın uygulanmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Andlaşmanın 1. maddesinde, taraf devletlerin hiçbir koşul altında andlaşma ile yasaklanan eylemleri gerçekleştirmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda 1. maddenin ilk fıkrasında, nükleer silah ya da patlayıcı araçların geliştirilmesi, test edilmesi, üretilmesi, elde edilmesi, bulundurulması ve stoklanması mutlak olarak yasaklanmıştır. Öte yandan, sonraki fıkralarda nükleer silahların devredilmemesi, kullanılmaması ya da kullanmakla tehdit edilmemesi gibi pek çok yasaklayıcı hükme yer verilmiştir.

Andlaşmanın 2. maddesinde NSYA'ya taraf olan devletlerin bulunması gereken bildirimler yer almaktadır. Andlaşmanın 3. maddesinde ise, taraf devletlerin vermesi gereken güvenceler düzenlenmektedir. Bildirimler nükleer silah sahibi devletleri ilgilendirirken güvenceler nükleer silah sahibi olmayan devletlerle ilgili hükümler şeklinde değerlendirilebilecektir. Andlaşmanın 4. maddesinde nükleer silahların tamamen ortadan kaldırılmasına ilişkin alternatifler yer almaktadır. NSYA'nın 5. madde ile devam eden hükümleri daha ziyade andlaşmanın uygulanmasına yöneliktir. 12. maddede andlaşmanın taraflarının, taraf olmayan devletleri andlaşma ile bağlanmaya teşvik etmesi yani andlaşmanın evrenselleşmesi amacını taşımaları gerektiği belirtilmiştir. Diğer taraftan 16. madde ile andlaşmaya çekince ileri sürülebilmesi engellenmiş ve 17. madde ile andlaşmadan çekilmenin hüküm ve koşulları özel olarak düzenlenmiştir.

## II. ANDLAŞMALAR HUKUKU BAKIMINDAN NÜKLEER SİLAHLARIN YASAKLANMASI ANDLAŞMASI

Nükleer silahların yasaklanması konusunda çekince ileri sürülemeyen bir uluslararası andlaşma 2021 yılı itibariyle yürürlükte bulunmaktadır. Ne var ki, *pacta tertiis* ilkesi gereğince bu uluslararası andlaşma sadece kendisine taraf olan devletleri bağlamaktadır. Andlaşmalar hukuku çerçevesinde bu andlaşmanın bütün uluslararası hukuk kişilerini bağlayabilmesi için bir şekilde *pacta tertiis* ilkesinin istisnaları kapsamında değerlendirilebilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde NSYA'nın normatif bir bakış açısıyla evrensel düzeyde bağlayıcı olduğunu ya da olabileceğini kabul etmek mümkün görünmemektedir.

Makalenin bu ikinci ana başlığında NSYA andlaşmalar hukuku çerçevesinde incelenecektir. Bu sayede ilgili andlaşmanın ilk ana başlıkta yer verilen nükleer silahsızlanmaya katkısının hukuki çerçevesi tespit edilebilecektir. Belirtmek gerekir ki, NSYA normatif olarak taraf olmayan devletleri bağlayacak nitelikte olmasa bile böyle bir andlaşmanın yapılmış olması devletleri ya da daha genel bir ifadeyle uluslararası toplumu alternatif bir nükleer silahsızlanma modeline yaklaştırmıştır. Ancak bu makale bakımından meselenin uluslararası hukukun asli bir kaynağı olan andlaşmalar çerçevesindeki etkinliği irdelenmektedir.

## A. PACTA TERTIIS İLKESİ VE İSTİSNALARI

Andlaşmaların üçüncü kişiler bakımından hak ve yükümlülük doğurmaması uluslararası hukukta kabul edilen temel ilkelerden biridir<sup>47</sup>. Bu temel kuralı uluslararası hukukta geçerli kılan temel dayanak noktası ise, devletlerin bağımsızlığı ve egemen eşitliği ilkesidir<sup>48</sup>. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi<sup>49</sup> (VAHS), 34-38. maddelerinde andlaşmalar ve üçüncü devletler arasındaki ilişkiyi düzenlemiştir. VAHS'nin 34. maddesi, *pacta tertiis* ilkesini açıkça ortaya koymuş ve uluslararası andlaşmaların rızası olmadan üçüncü devletler için ne hak ne de yükümlülük yaratacağını belirtmiştir. Bu bağlamda, VAHS'de genel kuralın *pacta tertiis* ilkesi çerçevesinde kurulduğu açıkça ortadadır<sup>50</sup>.

VAHS'nin 35. ve 36. maddelerinde üçüncü devletlerin rızasıyla onlar için hak ve yükümlülüklerin sözü konusu olabileceği düzenlenmiştir. Andlaşmanın 35. maddesi üçüncü devletler için yükümlülükler öngören andlaşmaları düzenlerken üçüncü devletin ilgili yükümlülüğü “açıkça yazılı bir şekilde” kabul etmesi gerektiğini belirtmiştir. 36. maddede de, üçüncü devletlerin rızasıyla onlar için haklar öngören andlaşmaların yapılabileceği ifadesi yer almaktadır. Bu düzenlemelerin her ikisi de üçüncü devletlerin rızaları dahilinde hak ve yükümlülükler ortaya çıkarabilmektedir. VAHS'nin 37. maddesi ise, bu hak ya da yükümlülüklerin geri alınması veya değiştirilmesine ilişkin bir hükümdür.

VAHS'nin 38. maddesi ise, bir andlaşmada yer alan kuralların aynı zamanda uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olması durumunda andlaşmaya taraf olmayan devletleri de bağlayacağını hüküm altına almıştır. Ancak böyle bir durumda andlaşmanın kendisinin üçüncü devletler için bağlayıcı sonuç doğurması söz konusu değildir<sup>51</sup>. Andlaşma hükümleri aynı zamanda uluslararası örf ve adet hukuku kapsamında değerlendirildiği için üçüncü devletler üzerinde etkili olabilmektedir.

NSYA'nın nükleer silah sahibi devletler üzerinde etkili olması hususunda üçüncü devletlerin rızası bulunmadığı için VAHS'nin 35. ve 36. maddelerinin uygulanabilmesi mümkün değildir. Bunun dışında NSYA'da yer alan hükümlerin uluslararası örf ve adet hukuku kuralı haline gelmesi durumunda, andlaşmaya taraf olmayan devletleri de bağlaması söz konusu olabilecektir. Ancak bu durumda da nükleer silah sahibi devletler, uluslararası örf ve adet hukuku içerisinde yer alan ve örf ve adet hukuku kuralından sıyrılmanın bir yolu olan<sup>52</sup> “ısrarlı itiraz” kurumundan faydalanmamalıdır. ABD, Birleşik Krallık ve Fransa makalenin önceki kısımlarında belirtildiği gibi andlaşmada yer alan hükümlere karşı olduklarını içeren bir bildiri yayımlamışlardır. Dolayısıyla, NSYA'da yer alan nükleer

47 Akkutay, s. 24; Pazarcı, s. 183.

48 Toluner, Sevin: “ ‘Objektif Hukuki Durum Yaratan Andlaşmalar’ Kavramı Gerekli Midir?”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 25(1-2), 2005, s. 522.

49 Vienna Convention on the Law of Treaties done at Vienna on 23 May 1969. Entered into force on 27 January 1980. United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331. [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf) (11.03.2021); Türkçesi için: Kaya, İbrahim: Uluslararası Hukukta Temel Belgeler, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 66-111.

50 Aust, Anthony: Modern Treaty Law and Practice, 3. Edition, Cambridge University Press, London 2013, s. 227.

51 Aust, s. 230.

52 Öktem, Emre: Uluslararası Teamül Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 455.

silahların yasaklanmasına ilişkin hükümlerin örf ve adet hukuku kuralı oluşturduğu kabul edilse bile nükleer silah sahibi devletlerin ısrarlı itirazı bu yasağın kendilerine uygulanmasına engel olacaktır<sup>53</sup>.

Uluslararası hukukun nükleer silahların yasaklanmasına ilişkin kuralları nükleer silah sahibi devletler için de bağlayıcı kabul edebilmesi için ya NSYA'nın objektif rejim yaratan bir andlaşma olarak kabul edilmesi ya da bu andlaşmada yer alan yasaklayıcı hükümlerin *erga omnes* etki doğurabilmesi gerekmektedir. Objektif rejim yaratan andlaşmalar, uluslararası hukukta oldukça tartışmalı olduğu gibi genel olarak kabul görmüş bir teori de ortaya koymamaktadır<sup>54</sup>. Andlaşmanın *erga omnes* etki doğurabilmesi için bu kuralların *jus cogens* nitelikte kabul edilmesi de mümkündür. Nükleer silahların yasaklanmasına ilişkin kuralların *jus cogens* kural haline gelmesi durumundan ısrarlı itirazcı devletlere de uygulanabilmesi mümkün olacaktır<sup>55</sup>. Makalenin bu kısmında NSYA'nın objektif rejim yaratan bir andlaşma olma niteliği ya da andlaşmada yer alan kuralların *erga omnes* yükümlülükler doğurup doğuramayacağı tartışılacaktır.

## **B. OBJEKTİF REJİM YARATAN ANDLAŞMALAR**

Uluslararası andlaşmalar hukuku bakımından tartışmalı bir konu olan objektif rejim yaratan andlaşmalar, ilgili andlaşmaya taraf olmayan üçüncü devletleri de bağlamakta ve onlar için *erga omnes* yükümlülükler ortaya koymaktadır<sup>56</sup>. Bu andlaşmalar genel bir fayda söz konusu olduğu için istisnai olarak üçüncü devletlerin durumlarını etkileyebilmektedir<sup>57</sup>. Bu istisnai durumun ortaya çıkmasını sağlayan andlaşmalar genellikle bir devletin siyasi statüsü, belirli bir ülkenin tamamının ya da bir parçasının silahsızlandırılması ya da askersizleştirilmesi, uluslararası su yollarından geçişi düzenleyen andlaşmalar ve bazı uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk kişiliği şeklinde ifade edilmiştir<sup>58</sup>. NSYA'nın en azından konusu ve hükümleri bakımından bu kapsamda değerlendirilebilmesi söz konusu değildir.

Objektif rejim yaratan andlaşmalar hem konusu itibarıyla hem de dönemin siyasi özellikleri nedeniyle 19. yüzyılda yapılmıştır. Ancak 21. yüzyılda uluslararası toplumun evrensel karakteri, devletlerin egemen eşitliği ilkesi ve iç işlerine müdahale yasağı objektif rejim yaratan andlaşmalara kuşkuyla yaklaşılmasına neden olmuştur<sup>59</sup>. İradeci uluslararası hukuk anlayışı, uluslararası andlaşmaya taraf olmayan ve ilgili andlaşmanın kendisi için hüküm ve sonuç doğurmasına zımni olarak da onay vermeyen bir uluslararası hukuk kişisine andlaşma hükümlerinin uygulanabilmesine karşı durmaktadır<sup>60</sup>.

53 Rietiker, s. 27.

54 Akkutay, s. 193.

55 Rietiker, s. 27.

56 Romani, Carlos Fernández de Casadevante: "Objective Regime", R Wolfrum (ed), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law Volume VII, Oxford University Press, Oxford 2012, s. 912.

57 Salerno, Francesco: "Treaties Establishing Objective Regimes", E. Cannizzaro (ed), The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford University Press, New York 2011, s. 226.

58 Akkutay, s. 117; Pazarcı, s. 189.

59 Romani, s. 914, 915.

60 Pazarcı, s. 189.

Uluslararası hukukta objektif durum yaratan andlaşmalar çeşitli hukuki dayanaklar bu andlaşmaların geçerliliğini ortaya koymaya çalışmıştır. Bunlardan birisi objektif durum yaratan andlaşmaların hukuk yaratan andlaşmalarla benzer bir normatif değere sahip olduğunu ileri sürmektedir<sup>61</sup>. Bu yaklaşım objektif rejim yaratan andlaşmaları kamu hukuku teorileri çerçevesinde açıklamaktadır<sup>62</sup>. Objektif durum yaratan andlaşmaların hukuki dayanağını özel hukuk teorileri çerçevesinde açıklayan ve kamu hukuku ile özel hukuku birleştiren iki farklı yaklaşım daha bulunmaktadır<sup>63</sup>.

NSYA'nın objektif rejim yaratan bir andlaşma olduğunun kabul edilmesi durumunda bu andlaşmaya taraf olmayan üçüncü devletlere karşı ileri sürülebilmesi söz konusu olacaktır. Ne var ki, objektif rejim yaratan andlaşma teorisinin kendisi dahi uluslararası hukukta kabul görmüş bir durumda değildir. Üstelik NSYA'nın konusu, amaçları ve içerdiği hükümler bakımından objektif rejim yaratan bir andlaşma olma niteliği göstermediği ortadadır. NSYA'nın uluslararası bir andlaşma olarak bu andlaşmaya taraf olmayan nükleer silah sahibi devletlere uygulanabilmesinin bir aracı olarak objektif rejim yaratan andlaşma teorisi uygulanabilir görünmemektedir.

### C. ERGA OMNES YÜKÜMLÜLÜKLER

Nükleer silahların yasaklanmasına ilişkin bir uluslararası hukuk kaynağının *erga omnes* yükümlülük olarak kabul edilmesi halinde tüm devletler için hüküm ve sonuç doğurması mümkün olacaktır. NSYA'nın *jus cogens* bir kural olarak kabul edilmesi neticesinde ya da başka bir biçimde *erga omnes* yükümlülük doğurup doğuramayacağı makalenin bu kısmında tartışılacaktır. Zira uluslararası hukukta nükleer silahların mutlak bir biçimde yasaklanabilmesinin tek yolu bu yasağın bütün uluslararası hukuk kişilerine karşı ileri sürülebilecek bir yükümlülük şeklinde ortaya çıkmasıdır.

Uluslararası hukukta *erga omnes* yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin uluslararası hukuktaki yeri Barcelona Traction Davası'nda<sup>64</sup> ele alınmıştır<sup>65</sup>. Divan, tüm devletlerin korunmasında hukuki bir menfaatinin bulunduğu bazı hakların korunmasının *erga omnes* yükümlülükler doğurduğunu belirtmiştir<sup>66</sup>. Ayrıca Divan, bu tür yükümlülüklerin temel insan haklarına ilişkin ilke kurallardan kaynaklandığını ifade etmiş ve çağdaş uluslararası hukukta saldırı ve soykırımın yasaklanması ile kölelik ve ırk ayrımcılığından korunmayı bu kapsamda değerlendirmiştir<sup>67</sup>.

Barcelona Traction Davası'na ilişkin karardan bir yıl önce VAHS kabul edilmiş ve *jus cogens* kavramı uluslararası hukukta ilk defa tanınmıştır<sup>68</sup>. Uluslararası hukukun emredici kuralları olan *jus cogens*

61 Salerno, s. 236.

62 Akkutay, s. 120.

63 Akkutay, s. 125-129.

64 Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050.197.00205-JUD-01-00-EN.pdf> (20.03.2021).

65 Söyler, Yasin: "Barcelona Traction Davası ve Uluslararası Hukuka Etkisi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 19(3), 2015, s. 209.

66 Barcelona Traction, para. 33.

67 Barcelona Traction, para. 34.

68 Frowein, Jochen A: "Obligations Erga Omnes", R Wolfrum (ed), The Max Planck Encyclopedia of Public International



ile çatışan andlaşma hükümleri VAHS'nin 53. ve 64. maddelerine göre geçersizdir. *Jus cogens* ve *erga omnes* kavramları birbiriyle ilişkili iki kavram olsa da bu ilişkinin niteliği ve kapsamı tartışmalıdır<sup>69</sup>. *Erga omnes* yükümlülükler getiren kurallar ile *jus cogens* kurallar şeklinde belirlenen kurallar kategorik olarak birbirinden farklıdır<sup>70</sup>. *Erga omnes* yükümlülüklerin usule ilişkin olduğu değerlendirilirken *jus cogens* kuralların uluslararası hukukun esasıyla ilgili olduğu ifade edilmiştir<sup>71</sup>. *Jus cogens* kuralların uluslararası örf ve adet hukukunun uzun süreyle uygulanmasından kaynaklandığı ileri sürülürken *erga omnes* yükümlülüklerin uluslararası andlaşmalar ile de oluşturulabileceği kabul edilmektedir<sup>72</sup>.

Neticede bir uluslararası hukuk kuralının *jus cogens* nitelikte olduğu kabul edilirse *erga omnes* bir etki doğuracağı açıktır. Ne var ki, her *erga omnes* yükümlülüğün kaynağı *jus cogens* bir kuraldan kaynaklanmak durumunda değildir. *Erga omnes* yükümlülükler, uluslararası hukukun uluslararası hukuk kişileri arasındaki iki taraflı / karşılıklı ilişkilerden ibaret olmadığına ilişkin anlayıştan beslenmektedir<sup>73</sup>. *Jus cogens* kurallar ile *erga omnes* yükümlülüklerin kapsamına dair teorik değerlendirmeler bu makalenin amaçladığı kapsamın çok ötesinde bir incelemeyi gerektirmektedir. Ancak buna rağmen NSYA ile getirilen nükleer silah yasağının *jus cogens* bir kural olup olmadığı ve böylece *erga omnes* yükümlülükler getirip getirmediği hususunda değerlendirme yapılabilmesi mümkündür.

NSYA'nın içerdiği nükleer silahların tamamen yasaklanmasına ilişkin hükümlerin *jus cogens* bir kural olarak kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. Üstelik *jus cogens* kurallar ortaya çıktığından beri belirsiz bir yapıdadır ve bu belirsizlik *jus cogens* kuralların neler olduğuna dair anlamlı bir tasnif yapılmasını engellemektedir<sup>74</sup>. Ancak nükleer silahların yasaklanmasına ilişkin kuralların *jus cogens* olarak kabul edilebileceğine dair hiçbir emare bulunmamaktadır. Dolayısıyla NSYA'ya taraf olmayan devletler bakımından nükleer silahların yasaklanması hukuki bir sonuç doğurmayacaktır.

## SONUÇ

NSYA, uluslararası hukuk çerçevesinde nükleer silahları açıkça yasaklayan ilk uluslararası andlaşma olarak 2021 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu gelişme, yaklaşık olarak 75 yıldır devam eden nükleer silahsızlanma çabaları dikkate alındığında önemli bir aşamadır. Üstelik NSYA'nın ortaya çıkışı ve imzalanması sürecinde uluslararası toplumun çeşitli katılımcılarının etkisinin bulunduğu görülmektedir. NSYA'nın hem bu farklılığı hem de insancıl silahsızlanma vurgusu nükleer silahsızlanmayı destekleyen pek çok kesim tarafından olumlu bir gelişme olarak görülmektedir.

Law Volume VII, Oxford University Press, Oxford 2012, p. 916.

69 Byers, Michael: "Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules", *Nordic Journal of International Law*, 66, 1997, p. 211.

70 Picone, Paolo: "The Distinction between *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes*", E. Cannizzaro (ed), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, New York 2011, p. 414.

71 Akkutay, s. 216.

72 Byers, s. 239.

73 Frowein, s. 919.

74 Weatherall, Thomas: *Jus Cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge University Press, Cambridge 2015, s. 200.

Ne var ki, NSYA neticede bir uluslararası andlaşmadır ve onun normatif etkisi uluslararası hukuk çerçevesinde değerlendirilebilecektir.

Uluslararası hukukta nükleer silah kullanımının tamamen yasaklanmasına ilişkin bir örf ve adet hukuku kuralı bulunmamaktadır. Dolayısıyla NSYA nükleer silahları açıkça yasaklayan ilk ve tek uluslararası hukuk kaynağıdır. Bu andlaşma, sadece kendisine taraf olan devletleri bağlamakta ve *pacta tertiis* ilkesi gereğince üçüncü devletler üzerinde hüküm ve sonuç doğurmamaktadır. Makale kapsamında NSYA'nın herhangi bir biçimde üçüncü devletler üzerinde etkili olup olamayacağı araştırılmış ve böylece nükleer silahların yasaklanmasına ilişkin uluslararası hukuk çerçevesinde bir değerlendirmeye gidilmiştir. NSYA, objektif durum yaratan bir andlaşma olmadığı gibi nükleer silahların yasaklanmasına ilişkin *jus cogens* bir kural da bulunmamaktadır. Dolayısıyla, NSYA *erga omnes* etkiye sahip bir düzenleme olmadığı için sadece kendisine taraf olan devletleri bağlamaktadır.

Nükleer silahsızlanma ve nükleer silahların yasaklanması konusunda uluslararası toplumda ciddi bir çaba söz konusudur ve bu girişimler NSYA ile sonuçlanmıştır. Andlaşmanın insancıl silahsızlanma şeklinde farklı bir yaklaşım ortaya koyması ve dünyadaki devletlerin çoğu tarafından kabul edilmesi önemli bir gelişmedir. Ancak nükleer silahların yasaklanması hususunda hukukun ya da daha doğru bir ifadeyle uluslararası hukukun imkânları sınırlıdır. Nükleer silahların tamamen yasaklanması için nükleer silah sahibi devletlerin iradesinin ve bu devletlerin bir araya gelerek oluşturdukları ortak savunma politikalarının uzlaştırılması gerekmektedir. Sonuç olarak NSYA nükleer silahsızlanma çabaları bakımından başarılı bir adım olmakla birlikte uluslararası hukukun nükleer silahların tamamen yasaklanması sorununa tek başına çare bulabilmesi mümkün görünmemektedir.

## KAYNAKÇA

### Kitaplar ve Makaleler

- Arman**, Perçem: “2017 Nükleer Silahların Yasaklanması Antlaşması: Amaçladığını Başarabilir Mi?”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, 21 (Özel Sayı), 2019, s. 1907-1947.
- Akkutay**, Berat Lale: Uluslararası Andlaşmaların Üçüncü Devletlere Etkisi, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Aust**, Anthony: Modern Treaty Law and Practice, 3. Edition, Cambridge University Press, London 2013.
- Bagheri**, Saeed: Uluslararası İnsancıl Hukuk ve Nükleer Silahlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Byers**, Michael: “Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules”, Nordic Journal of International Law, 66, 1997, p. 211-239.
- Datan**, Merav / **Scheffran**, Jürgen: “The Treaty is Out of the Bottle: The Power and Logic of Nuclear Disarmament”, Journal for Peace and Nuclear Disarmament, 2(1), 2019, p. 114-132.
- Denk**, Erdem: “Bir Kitle İmha Silahı Olarak Nükleer Silahların Yasaklanmasına Yönelik Çabalar”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 66(3), 2011, s. 93-136.
- Docherty**, Bonnie: “A ‘Light for All Humanity’: the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons and the Progress of Humanitarian Disarmament”, Global Change, Peace & Security, 30(2), 2018, p. 163-186.
- Frowein**, Jochen A: “Obligations *Erga Omnes*”, R Wolfrum (ed), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law Volume VII, Oxford University Press, Oxford 2012, p. 916-920.

- Gibbons**, Rebecca Davis: “The Humanitarian Turn in Nuclear Disarmament and the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons”, *the Nonproliferation Review*, 25(1-2), 2018, p. 11-36.
- Güneysu**, Gökhan: *Çevrenin Silahlı Çatışmalar Esnasında Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- Hanson**, Marianne: “The Future of the NPT”, *Australian Journal of International Affairs*, 59(3), 2005, p. 301-316.
- Kadelbach**, Stefan: “Nuclear Weapons and Warfare”, R Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law Volume VII*, Oxford University Press, Oxford 2012, p. 872-889.
- Kaya**, İbrahim: *Uluslararası Hukukta Temel Belgeler*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Öktem**, Emre: *Uluslararası Teamül Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- Pazarıcı**, Hüseyin: *Uluslararası Hukuk Dersleri I. Kitap*, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2021.
- Pedrazzi**, Marco: “The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons: a Promise, a Threat or a Flop?”, *The Italian Yearbook of International Law Online*, 27(1), 2018, p. 215-234.
- Picone**, Paolo: “The Distinction between *Jus Cogens* and Obligations *Erga Omnes*”, E. Cannizzaro (ed), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, New York 2011, p. 411-424.
- Rietiker**, Daniel: “New Hope for Nuclear Disarmament or ‘Much Ado About Nothing?’: Legal Assessment of the New “Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons” and the Joint Statement by the USA, UK, and France Following its Adoption.”, *Harvard International Law Journal*, 59, 2017, p. 22-32.
- Romani**, Carlos Fernández de Casadevante: “Objective Regime”, R. Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law Volume VII*, Oxford University Press, Oxford 2012, p. 912-915.
- Salerno**, Francesco: “Treaties Establishing Objective Regimes”, E. Cannizzaro (ed), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, New York 2011, p. 225-243.
- Söyler**, Yasin: “Barcelona Traction Davası ve Uluslararası Hukuka Etkisi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19(3), 2015, s. 207-248.
- Toluner**, Sevin: “‘Objektif Hukuki Durum Yatan Andlaşmalar’ Kavramı Gerekli Midir?”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 25(1-2), 2005, s. 519-580.
- Tuzmukhamedov**, Bakhtiyar: “Disarmament”, R Wolfrum (ed), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law Volume III*, Oxford University Press, Oxford 2012, p. 150-159.
- Tütüncü**, Ayşe Nur: “Nükleer Silâhların Kullanımının Yasaklanması Sorunu”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 4(2), 2004, s. 9-26.
- Uzun**, Elif: “Milletlerarası Adalet Divanının Nükleer Silahların Tehdidi veya Kullanımının Meşruiyeti İle İlgili 1996 Tarihli İstişari Mütalaasına İnsancıl Hukuk Açısından Bir Bakış”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(3), 2003, s. 557-588.
- Weatherall**, Thomas: *Jus Cogens: International Law and Social Contract*, Cambridge University Press, Cambridge 2015.

### **İnternet Kaynakları**

- ABD, Birleşik Krallık ve Fransa'nın açıklamaları: <https://www.nti.org/learn/treaties-and-regimes/treaty-on-the-prohibition-of-nuclear-weapons/> (07.03.2021).
- Atom Enerjisinin Keşfi ile Ortaya Çıkan Sorunların Çözümü İçin Komisyon Kurulması, [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/1\(I\)](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/1(I)) (28.02.2021). Humanitarian Pledge, [https://www.icanw.org/history\\_of\\_the\\_tpnw](https://www.icanw.org/history_of_the_tpnw) (07.03.2021).

- Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/50/050.197.00205-JUD-01-00-EN.pdf> (20.03.2021).
- International Campaign to Abolish Nuclear Weapons (ICAN), hakkında detaylı bilgi için: [https://www.icanw.org/the\\_campaign](https://www.icanw.org/the_campaign) (06.03.2021).
- Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095.199.60708-ADV-01-00-EN.pdf> (03.03.2021).
- Nuclear-Armed States, [https://www.icanw.org/nuclear\\_arsenals](https://www.icanw.org/nuclear_arsenals) (28.02.2021).
- Nükleer Silahların Yasaklanması Andlaşması, <https://undocs.org/A/CONF.229/2017/8> (07.03.2021).
- Overview of TPNW, <https://www.un.org/disarmament/wmd/nuclear/tpnw/> (07.03.2021).
- Russia and Nuclear Weapons, <https://www.nti.org/learn/countries/russia/nuclear/> (28.02.2021).
- UAEA Statüsü, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20276/volume-276-I-3988-English.pdf> (28.02.2021).
- UN General Assembly, A/RES/70/48, [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/48](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/48) (07.03.2021).
- UN General Assembly, A/RES/70/33, <https://undocs.org/pdf?symbol=en/a/res/70/33> (07.03.2021).
- United Nations Office for Disarmament Affairs, <https://www.un.org/disarmament/wmd/nuclear/> (26.02.2021).
- United Nations Treaty Collection, [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXVI-9&chapter=26](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-9&chapter=26) (26.02.2021).
- Vienna Convention on the Law of Treaties done at Vienna on 23 May 1969. Entered into force on 27 January 1980. United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331. [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf) (11.03.2021).

# Faaliyet İzninin Kaldırılmasının Vakıf Üniversitesi Öğrencileri Bakımından Etkileri

## Withdrawal of Activity Permit Effects for Foundation University Students

Ebru Zeybek Cebeci \* 

### ÖZ

Çalışmamızın amacı faaliyet izinleri kaldırılan vakıf üniversitelerinin öğrencilerinin eğitim ve öğretim faaliyetlerine ilişkin işlemlerinin nasıl yapılacağına değerlendirilmesidir. Bu kapsamda öncelikle vakıf üniversitelerinin faaliyet izninin kaldırılmasına ilişkin hukuki düzenlemelere yer verilecek, ardından faaliyet izni kaldırılan vakıf üniversitelerinin öğrencilerinin durumu üzerine değerlendirme yapılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Vakıf Üniversiteleri, Faaliyet İzninin Kaldırılması, Öğrencilerin Eğitim ve Öğretim Faaliyetine İlişkin İşlemler.

### ABSTRACT

The aim of our study is to evaluate how the procedures regarding the education and training activities of the students of foundation universities whose activity permits are revoked will be carried out. In this context, first of all, legal regulations regarding the abolition of the operating permits of foundation universities will be included, and then an evaluation will be made on the status of the students of foundation universities whose activity permits have been revoked.

**Keywords:** Foundation Universities, Withdrawal of Activity Permit, The Procedures Regarding the Education and Training Activities of The Students.

## I. FAALİYET İZİNİNİN KALDIRILMASI

Anayasa'nın 130.maddesine göre vakıflar yükseköğretim kurumları, mali ve idari konuları dışında devlet yükseköğretim kurumlarıyla aynı Anayasal hükümlere tabidir. Dolayısıyla kamu tüzel kişiliğine sahiptir.

Anayasa gereğince vakıf üniversiteleri de tıpkı devlet üniversiteleri gibi kanunla kurulmaktadır. Yetki ve usulde paralellik ilkesi gereğince vakıf üniversitelerinin tüzel kişilikleri de yine ancak kanunla ortadan kaldırılabilir. Bununla birlikte 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun ek 11.maddesinde yer alan düzenlemeyle belirli durumlarda vakıf üniversitelerinin faaliyetinin durdurulabilmesi ve faaliyetine son verilmesi mümkün kılınmıştır.

\* Arş.Gör.Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Ebru Zeybek Cebeci

**E-posta/E-mail:** ebru.zeybek@marmara.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 01.04.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 07.06.2021

Anılan maddeye göre vakıf üniversitelerinde beklenen eğitim-öğretim düzeyinin yetersiz olduğunun Yükseköğretim Kurulunca tespit edilmesi ve durumun düzeltilmesi için gerekli uyarı ve önerilerin sonuçsuz kalması halinde bu kurumun faaliyeti Yükseköğretim Kurulunca durdurulacaktır. Ayrıca vakıf üniversitesince kurucu vakfa veya üçüncü şahıslara kaynak aktarıldığının Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Yükseköğretim Kurulunca tespit edilmesi halinde verilen süre içinde kaynağın vakıf üniversitesine iadesi sağlanmazsa Yükseköğretim Kurulu tarafından düzeltici, kısıtlayıcı veya faaliyet iznini kaldırma şeklinde tedbir niteliğinde kararlar alınabilecektir.

Denetimler sonucunda faaliyet izninin kaldırılmasını gerektiren bir durum tespit edilmesi halinde bu vakıf üniversitelerinin ve kurucu vakfına kayyım atanan vakıf üniversitelerinin faaliyet izni, Cumhurbaşkanı kararı ile kaldırılmaktadır. Ancak vakıf üniversitelerinin faaliyet izni kaldırıldığında da tüzel kişiliği devam etmektedir. Tüzel kişiliğin kaldırılmasının sağlanması için vakıf üniversitesinin faaliyet izni kaldırıldığında durum Yükseköğretim Kurulu tarafından Millî Eğitim Bakanlığına bildirilecektir.

Vakıf üniversitelerinin faaliyet izninin kaldırılmasını gerektiren haller 2547 sayılı Kanun'da açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Bu hususa ilişkin düzenleme her ne kadar Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğiyle yapılmışsa da yönetmelikte yapılan düzenlemede de kanunda yer alan “vakıf üniversitelerinde beklenen eğitim – öğretim düzeyinin yetersiz”liğine ilişkin objektif kriterler getirilmediği, ayrıca “vakıf yükseköğretim kurumu yöneticilerinin ülkenin bölünmez bütünlüğüne karşı eylemleri doğrudan işlemesi veya bu tür eylemleri desteklemesi” gibi eğitim-öğretim faaliyetiyle ilgisi olmayan ve kapsamının sınırları belirli olmayan, zamana göre değişebilen ifadelerle<sup>1</sup>, “mal varlığı unsurlarının vakıf yükseköğretim kurumunun faaliyetini sürdürmeye imkân vermeyecek ölçüde kaybedildiğinin tespit edilmesi” gibi keyfiyete elverecek muğlak ifadelerle yer verildiği görülmektedir. Ancak bu durum çalışma konumuz dışında kaldığından çalışmamızda ilgili hükümlere değinmekle yetinilecektir.

Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 25.maddesinin ilk fıkrası (e) bendinde vakıf üniversitelerinin faaliyet izinlerinin kaldırılıp üniversitenin kapatılmasına sebep olacak haller tahdidi olarak sayılmıştır. Buna göre;

- “1) Vakıf yükseköğretim kurumunun, kuruluş tarihinden itibaren üç yıl içinde eğitim öğretime başlamaması,
- 2) Vakıf yükseköğretim kurumunun eğitim-öğretim, yayın, danışmanlık, ticari ve diğer faaliyetleri ile bağışlardan elde ettiği gelirini, yükseköğretim kurumunun akademik faaliyetlerini, yatırım ve cari giderlerini finanse etmekte kullanmadığının tespit edilmesi,
- 3) Vakıf yükseköğretim kurumu kurucu vakfı veya vakıfları tarafından kuruluşta taahhüt edilen harcamaların yükseköğretim kurumu gelirlerinden karşılanması,

1 Turan Yıldırım, ‘Vakıf Üniversitelerinin Denetlenmesi’, MÜHF-HAD, C.21, S.2,Y.2015, s. 470-471

- 4) Alım, satım ve ihalelerde vakıf yükseköğretim kurumunu zarara uğraticı nitelikte usulsüzlük yapılması,
- 5) Vakıf yükseköğretim kurumu yöneticilerinin ülkenin bölünmez bütünlüğüne karşı eylemleri doğrudan işlemesi veya bu tür eylemleri desteklemesi,
- 6) Kurucu vakıf tarafından vakıf yükseköğretim kurumunun kuruluş aşamasında kuruluş taahhüdü olarak devir, temlik ve taahhüt edilen mal varlığı unsurlarının vakıf yükseköğretim kurumunun faaliyetini sürdürmeye imkân vermeyecek ölçüde kaybedildiğinin tespit edilmesi,
- 7) 28 inci maddede sayılan yöntemlerden herhangi biri ile vakıf yükseköğretim kurumundan kaynak aktarımı yapıldığının tespiti üzerine verilen süre içerisinde aktarılan kaynağın iade edilmemesi,
- 8) Vakıf yükseköğretim kurumu mütevelli heyeti seçilmesi, yenilenmesi ve üyeliklerinin sona erdirilmesinde hileli ve usulsüz işlemlerin yapılması”

hallerinde vakıf üniversitelerinin faaliyet izni kaldırılacaktır.

Ayrıca 2547 sayılı Kanun'un ek 11.maddesinin 14.fıkrası ve anılan Yönetmeliğin 26.maddesine göre; faaliyet izni geçici olarak durdurulan vakıf üniversitelerinin, “eğitim-öğretim faaliyetleri için mülkiyetinde yeterli taşınmazı bulunmadığının veya mevcut malvarlığıyla eğitim-öğretim faaliyetlerini sürdürmeyeceği”nin garantör üniversite tarafından tespit edilip, Yükseköğretim Kurulunca onaylanması halinde faaliyet izninin kaldırılacağı düzenlenmiştir. Yine Yönetmeliğin 26.maddesine göre faaliyet izni geçici olarak durdurulan ve durdurulma süresi kesintisiz olarak üç yıl devam eden vakıf üniversitesinin faaliyet izni kaldırılacaktır.

## **II. FAALİYET İZİNİNİN KALDIRILMASININ ÖĞRENCİLER BAKIMINDAN SONUÇLARI**

Vakıf üniversitelerinin faaliyet izninin kaldırılması sonucunda üniversitenin yönetimi garantör üniversiteye ya da aynı ilde bulunan ve Yükseköğretim Genel Kurulu tarafından belirlenen üniversiteye devredilecektir. Bu durum devredilen üniversitenin tüzel kişiliği sona erene kadar bu şekilde devam edecektir.

Vakıf üniversitesinin faaliyet izninin kaldırılması kararının verildiği tarihte mütevelli heyeti başkanı, üyeleri ile rektörü veya müdürünün görevleri sona ermektedir. Onların yerini yönetimi devralan üniversitenin yöneticileri alacak, devralan üniversitenin rektörü vakıf üniversitesinin geçici mütevelli heyeti başkanı, üniversite yönetim kurulu da geçici mütevelli heyeti olacaktır. Mütevelli heyeti toplantılarına Yükseköğretim Genel Kurulu'nun bir üyesinin de gözlemci olarak katılması gerekmektedir (Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği, m.27/2).

Faaliyet izninin kaldırılması yalnızca vakıf üniversitesinin yönetiminin devredilen devlet üniversitesine geçmesine yol açmamakta, bu durum aynı zamanda öğrenciler bakımından da bir takım sonuçlar doğmaktadır.

2547 sayılı Kanun'un 11.maddesi 15.fıkrasına göre "faaliyet izni kaldırılan vakıf üniversitelerinin eğitim öğretim ücretlerinin belirlenmesine, öğrencilerin nakline, eğitim öğretimin ve diğer işlemlerin aksamadan yürütülmesine ilişkin her türlü tedbirleri almaya ve düzenleme yapmaya Yükseköğretim Kurulu yetkili" bulunmaktadır. Anılan maddenin 17.fıkrasına göre ise; "Vakıf yükseköğretim kurumlarının denetimi ve bu denetim sonucu ilgili yükseköğretim kurumu hakkında yol gösterici, düzeltici, kısıtlayıcı veya faaliyet iznini kaldırıcı önlemlerin alınmasına ilişkin usul ve esaslar, Üniversitelerarası Kurulun görüşü alınarak Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikle" düzenlenmektedir.

Bu kapsamda faaliyet izni kaldırılan vakıf üniversitelerinin öğrencilerinin öğrenim faaliyetlerine ne şekilde devam edeceği ve yapılacak işlemlere ilişkin hususlar Yükseköğretim Kurulu tarafından Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği ve Garantör Devlet Üniversiteleri Yönergesiyle düzenlenmiştir.

### ***I – Öğrencilerin Devri ve Öğretim Faaliyetinin Sürdürülmesi***

2547 sayılı Kanun'un ek 11.maddesinin 3.fıkrasında faaliyet izni kaldırılan vakıf üniversitesi öğrencilerinin garantör veya Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenecek aynı ildeki bir üniversiteye devredileceği belirtilmiş ancak ayrıntılı bir düzenlemeye gidilmemiştir.

Garantör Üniversite, Garantör Devlet Üniversiteleri Yönergesi'nin 3.maddesi 1.fıkrası (a) bendinde "Vakıf yükseköğretim kurumunun faaliyetinin geçici olarak durdurulması halinde idaresinin, faaliyet izninin kaldırılması halinde öğrencilerinin de aktarılacağı kuruluş aşamasında Devlet üniversitesinin yetkili organınca karara bağlanarak belirlenen Devlet üniversitesi" olarak ifade edilmiştir. Vakıf Yükseköğretim Kurumlarının Kuruluş ve İşleyişine İlişkin Usul ve Esaslar'ın 11.maddesinde ise garantör devlet üniversitesinin "Kurulması planlanan vakıf yükseköğretim kurumuyla aynı ilde olması ve "Ondan fazla vakıf yükseköğretim kurumuna garantör olmaması"nın şart olduğu düzenlenmiştir.

Vakıf üniversitesi öğrencilerinin garantör üniversite dışında devredilebileceği üniversite ise, Garantör Devlet Üniversiteleri Yönergesi'nin 3.maddesinde, garantör üniversitenin kapasitesinin yeterli olmadığı durumlarda öğrencilerin aktarılacağı devlet üniversitesi olarak tanımlanmıştır.

Ancak ne ilgili Yönetmelikte ne de Yönergede garantör üniversitelerin kapasitesinin yeterli gelmemesi hali açıklanmamaktadır. Kapasiteden kastedilen öğrencilerin okutulabileceği yer ifade edilmek isteniyorsa bu durum daha çok garantör üniversite belirlenirken düşünülmesi gereken bir husus olarak görülmektedir. Eğer kapasiteden kastedilen gerekli programların mevcudiyeti ise mevzuatta faaliyeti durdurulan vakıf üniversitesinde olup garantör üniversitede olmayan programların açılacağına düzenlenmesi sebebiyle bu durumda da "garantör üniversitenin kapasitesinin yeterli olmadığı durumlar" ifadesi anlamlı görünmemektedir. Bununla birlikte garantör üniversiteler belirlenirken programların benzer olmasının dikkate alınmasının yararlı olacağı söylenebilir<sup>2</sup>.

2 Lale Burcu Önüt, "Vakıf Üniversitesinin Faaliyetlerinin Durdurulması ve Garantör Üniversitenin İşlevi", İKÜHFD, C.17, S.1, Y.2018, s.111.



Vakıf üniversitesi öğrencilerinin devredilen üniversitede öğrenimlerine devam etmesine ilişkin mevzuatımızda çeşitli hükümler bulunmakla birlikte, bu hususun tüm detaylarıyla yeterince düşünülmeyeceği görülmektedir. Bu durum hem faaliyet izni sona eren vakıf üniversitesi öğrencilerinin hak kaybına uğramasına neden olabilecek hem de devredilen üniversiteleri yönetsel olarak zorlayabilecektir. 2547 sayılı Kanun'un ek 11.maddesinin 16. fıkrasında vakıf üniversitelerinin faaliyet izninin kaldırılmasına ilişkin maddenin uygulanmasında yaşanan tereddütleri gidermeye, gerektiğinde Maliye ve Millî Eğitim bakanlıklarının görüşünü alarak Yükseköğretim Kurulu yetkili olduğu düzenlenmiştir. Bununla birlikte bu yetkinin keyfiyet taşımaması, farklı uygulamalara mahal vermemesi için bir düzenlemeyle yapılması gereği kaçınılmazdır.

Mezkur Yönerge'nin 4.maddesi 2.fıkrasına göre vakıf üniversitesi öğrencilerinin öğrenim görmekte olduğu programların devredilen üniversitede bulunmaması halinde, bu programların vakıf üniversitesinde okutulan eğitim dilinde devredilen üniversitede açılacağı düzenlenmiştir. Bu konuda devredilen üniversiteye bir seçim hakkı tanınmamıştır. Bununla birlikte vakıf üniversitesinde mevcut bir programın devredilen üniversitede de var olması ancak aynı eğitim dilinde olmaması halinde ne yapılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Yalnızca devredilen üniversitede var olmayan programlar özelinde bu şekilde düzenleme yapılması, diğer ihtimal halinde devredilen üniversitenin söz konusu programları vakıf üniversitesiyle aynı eğitim dilinde okutmaya ilişkin bir zorunluluğu olmadığı şeklinde yorumlanabilecektir. Bu durumda örneğin eğitim dili İngilizce olan bir bölümü kazanarak öğrenim gören vakıf üniversitesi öğrencilerinin devredilen üniversitede Türkçe eğitim görmesi söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte Yönerge'nin 7.maddesi 2.fıkrasında faaliyet izni kaldırılan vakıf üniversitesinde bir programda Türkçe öğrenim gören öğrencilerin devredilen üniversitede programın Türkçe olarak bulunmaması halinde yabancı dilde eğitim olan programa geçebileceği ancak bu durumda öncelikle dil yeterliliğini devredilen üniversitenin koşullarına göre başarıyla tamamlaması gerektiği düzenlenmiştir. Kanımızca hak kaybı oluşmaması için var olan programları okutulan dille bir bütün olarak düşünmek gerekmektedir. Örneğin devredilen devlet üniversitesinde uluslararası ilişkiler bölümünün olması ancak programın Türkçe olması halinde, kapatılan vakıf üniversitesinde İngilizce Uluslararası İlişkiler bölümünde okuyan öğrenci açısından okuduğu programın devredildiği devlet üniversitesinde olmadığı anlamına geldiğinin kabul edilmesi ve yönerge kapsamında bu programın açılması daha uygun görünmektedir. Bir diğer çözüm ise kanımızca mevzuatta gerekli düzenlemeye gidilerek öğrencilerin öğrenim görmekte olduğu programın devlet üniversitesinde aynı dilde mevcut olmaması halinde öğrenciye tercih hakkı verilmesi ve belirlenen kriterler çerçevesinde başka bir üniversiteye devrinin sağlanması olabilecektir.

## **2 – Öğrencilerin Yeniden Yerleştirilmesi**

İlgili mevzuatta öğrencilerin devrinde tercihlerine göre yeniden yerleştirme yapılabileceğine ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır. Garantör Devlet Üniversiteleri Yönergesi'nin 5.maddesine göre "Aynı anda birden fazla vakıf yükseköğretim kurumunun kapatılması halinde; kapatılan vakıf

yükseköğretim kurumlarının öğrencilerinin tercihlerine yerleştirilmesinde öğrencinin kayıt olduğu yıla ait ilgili puanı dikkate alınır ve tercih edilen programın ilgili yıla ait taban puanının öğrencinin puanından düşük veya puanına eşit olması durumunda yerleştirme” yapılacaktır.

Maddede açıkça belirtilmiyorsa da, “aynı anda birden fazla vakıf yükseköğretim kurumunun kapatılması” ifadesinden kastedilen kanımızca aynı garantör üniversitenin belirlendiği birden fazla vakıf üniversitesinin faaliyet izninin aynı anda kaldırılması ve/veya aynı ilde öğrencilerin devredileceği tek devlet üniversitesinin bulunmasına rağmen birden fazla vakıf üniversitesinin faaliyet izninin aynı anda kaldırılması olmalıdır, böylece devredilecek devlet üniversitesinin öğrenci kapasitesi sınırının aşılması engellenmeye çalışılmış olmalıdır. Aksi halde aynı anda birden fazla vakıf üniversitesinin kapatılması hususunda, öğrencilerin devrine ilişkin esaslara ek düzenleme getirilmesinin nedenini saptamak bir hayli zor görülmektedir. Örneğin garantör üniversitesi (A) Üniversitesi olarak belirlenen ve İzmir’de bulunan vakıf üniversitesi ile garantör üniversitesi (B) Üniversitesi olarak belirlenen ve İstanbul’da bulunan vakıf üniversitesinin aynı anda faaliyet izninin kaldırılması ek bir düzenleme gerektirmeyecektir. Yine aynı ilde bulunan ancak garantör üniversiteleri farklı birden fazla vakıf üniversitesinin faaliyet izninin aynı anda kaldırılması birbirinin durumunu etkilemeyecektir.

Anılan maddenin 2.fıkrasında öğrencilerin tercih ettiği programlardan birine yerleştirilememesi halinde uygulanacak usul de düzenlenmiştir. Buna göre tercih ettikleri programlardan birine yerleşememesi halinde öğrenciler, ilgili yılda öğrencinin puanından düşük veya puanına eş puanla öğrenci alan bir program olması halinde taban puanı öğrencinin puanına en yakın olan programa yerleştirilecektir. Puanlarının ilgili yıldaki programların taban puanlarından düşük olması halindeyse öğrenciler, ilgili yıldaki en düşük taban puanlı programa yerleştirilecektir.

Maddenin üçüncü fıkrasında ise yeniden yerleştirmeye ilişkin yönerge kapsamında bulunmayan konularda ilgili mevzuat hükümlerinin saklı tutulduğu düzenlenmiştir.

Yönerge’de yeniden yerleştirmeye ilişkin yapılan bir düzenleme de yabancı öğrencilere ilişkindir. Yönergenin 6.maddesine göre faaliyet izni kaldırılan vakıf üniversitesinde öğrenim görmekte olan yabancı uyruklu öğrencilerin kayıtlı oldukları programın garantör üniversitede bulunmaması halinde yabancı uyruklu öğrencilerden tercih alınarak Yükseköğretim Kuruluna bildirilecek ve bu öğrenciler Yükseköğretim Kurulu tarafından başka bir üniversiteye yerleştirilecektir.

Kanımızca Yönerge’nin yeniden yerleştirmeye ilişkin düzenlemelerinde 667 Sayılı KHK İle Kapatılan Vakıf Yükseköğretim Kurumlarının Önlisans ve Lisans Programlarındaki Öğrencilerin İşlemleri ile İlgili Usul ve Esaslar’dan esinlenilmiştir. Ancak bu çok uygun bir tercih olarak görülemeyecektir. 667 Sayılı KHK ile kapatılan vakıf yükseköğretim kurumları öğrencilerinin aktarılacağı belirli bir garantör üniversite bulunmamaktadır. Yalnızca bu öğrencilerin belirli işlemlerini yapmakla yetkili, koordinatör üniversiteler belirlenmiştir ve öğrenciler temel olarak tercihleri doğrultusunda yükseköğretim kurumlarına yerleştirilmektedir. 2547 sayılı Kanun’un ek 11.maddesi ve ilgili mevzuat kapsamında faaliyetine son verilen vakıf üniversitelerinin öğrencilerinin durumu ise farklıdır. Bu öğrenciler garantör üniversiteye, garantör üniversitenin kapasitesinin yeterli olmadığı durumlarda ise Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenecek aynı ildeki bir devlet üniversitesine devredilmektedir.

Bununla birlikte mevzuatta gerekli düzenlemeler yapılarak 2547 sayılı Kanun'un ek 11.maddesi kapsamında faaliyetine son verilen üniversitelerin öğrencilerinin okumakta oldukları programın devredilen üniversitede bulunmaması halinde bu öğrencilere tercih hakkı verilerek belirli koşullar altında devredilen üniversiteden başka bir üniversiteye aktarımlarının sağlanması mümkündür. Ancak bu öğrencilerin yeniden yerleştirmeye ilişkin mevzuat hükümleri kapsamında düzenlenmeyen eğitim ve öğretim faaliyetlerine ilişkin olarak garantör üniversiteye aktarılan öğrencilerle aynı mevzuat hükümlerinin geçerli olduğunun da göz önünde tutulması gerekecektir.

### **3 – Diploma İşlemleri ve Devredilen Öğrencilere Uygulanacak Mevzuat Hükümleri**

Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 27/4. maddesine göre faaliyet izni kaldırılan vakıf üniversitesinden devredilen öğrencilerden vakıf üniversitesinin tüzel kişiliği kaldırılıncaya kadar öğrenimini tamamlayanlar vakıf üniversitesinin diplomasını alacaklardır. Bu durumda vakıf üniversitesinin yönetimi devredilen üniversiteye geçtiğinden, tüzel kişilik sona erene kadar öğrencilere, devredilen üniversitenin yöneticisi tarafından imzalanmakla birlikte vakıf üniversitesinin diploması verilecektir.

Tüzel kişiliğin sona erdiği tarihten itibaren eğitim-öğretimine devredilen üniversitede devam eden ve mezun olan öğrencilere devredilen üniversitenin diploması verilecektir. İlgili Yönetmeliğin 27.maddesinin 3. fıkrasına göre “Eğitim öğretime fiilen devam eden öğrenci sayısının, vakıf yükseköğretim kurumunun faaliyet izninin kaldırıldığı tarihteki mevcut öğrenci sayısının %10'unun altına düşeceği tarihte faaliyet izni kaldırılan vakıf yükseköğretim kurumunun kuruluş kanununun veya Bakanlar Kurulu Kararının yürürlükten kaldırılması için durum Milli Eğitim Bakanlığına” bildirilecektir<sup>3</sup>. Düzenlemenin nedenini anlamak güç olsa da, bu durumda vakıf üniversitesinin faaliyet izninin kaldırıldığı tarihte mevcut öğrenci sayısının %10'u sınavla yerleştirilmediği ancak devredildiği devlet üniversitesinin diplomasını alacaktır.

Mevzuatımızda devredilen vakıf üniversitesi öğrencilerine hangi üniversitenin düzenlemelerinin uygulanacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Devredilen vakıf üniversitesinde eğitim öğretim faaliyeti sona erdiği için bu faaliyete ilişkin düzenlemelerin yürürlüğünü korumayacağı düşünülebilecektir. Bununla birlikte kanımızca faaliyet izni kaldırılan vakıf üniversitesinin tüzel kişiliği devam ettiği sürece vakıf üniversitesinin düzenleyici işlemleri de geçerliliğini koruyacaktır. Vakıf üniversitesinin yalnızca tüzel kişiliği devam etmemekte, bunun sonucu olarak tüzel kişilik devam ettiği sürece vakıf üniversitesinden devredilen öğrenciler, o vakıf üniversitesinde öğrenimini tamamlamış gibi yine vakıf üniversitesinin diplomasını almaktadır (Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği, m.27/4). Dolayısıyla aslında vakıf üniversitesinin eğitim ve öğretim faaliyetleri öğrencilerin devredildiği devlet üniversitesi tarafından vakıf üniversitesi tüzel kişiliği altında yerine getirilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, vakıf üniversitesinin yönetimi devredilen devlet üniversitesinin yöneticilerine geçtiğinden, devlet üniversitesi tarafından vakıf üniversitesince daha

3 Yönetmeliğin ilgili fıkrasında geçen “Bakanlar Kurulu Kararı” ibaresi, 2018'de yürürlüğe giren Anayasa değişikliği sonrasında alınan kararlar için “Cumhurbaşkanı Kararı” olarak kabul edilecektir.

önce yürürlüğe konulan düzenleyici işlemler değiştirilerek devlet üniversitesinin kendi mevzuatıyla uyumlu hale getirilebilecektir. O zamana kadar ise devri yapılan vakıf üniversitesi öğrencilerine devirden önceki mevzuat hükümleri uygulanmaya devam edecektir.

Vakıf üniversitesinin düzenleyici işlemlerinin öğrencilerin devredildiği üniversitenin kendi mevzuatıyla uyumlu hale getirilmesi, her iki üniversite öğrencilerinin ders programlarının uyumlanmasının ve dolayısıyla üniversitenin akademik personel sayısının yeterliliğinin sağlanması bakımından yerinde olacaktır. Aksi halde öğrencilerin devredildiği devlet üniversitesinde ikili bir düzen oluşturulması gerekecek ve bu durumun üniversiteyi akademik personel açısından zora sokması söz konusu olabilecektir.

#### **4 – Öğrenim Ücretleri ve Bursluluk**

Vakıf Üniversitesinin öğrencileri, vakıf üniversitesinin tüzel kişiliği sona erene kadar vakıf üniversitesince belirlenmiş ücreti ödemeye devam devam edecektir. Ancak artık ücret öğrencinin devredildiği devlet üniversitesinin hesabına yatırılacaktır. Garantör Devlet Üniversiteleri Yönergesi'nin 8.maddesine göre öğrenim ücreti vakıf üniversitesi tarafından belirlenen ücret üzerinden her yıl TÜFE oranında arttırılacak ve ücret peşin veya taksitle ödenebilecektir. Düzenleme gereğince ücret artırımını yapmakta ve artırım oranını belirlemekte devredilen devlet üniversitesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi 667 sayılı KHK ile kapatılan vakıf üniversiteleri öğrencilerinin yerleştirildiği üniversitelere öğrenim ücreti ödemeye devam etmelerine ilişkin 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 2.maddesinin 4.fıkrasında yer alan hükmü öğrencilerin vakıf üniversitesine yerleştikleri yılda puanlarına eş ya da daha düşük olan devlet üniversiteleri yönünden bozmuştur.

Karar şu şekilde gerekçelendirilmiştir:

“Kural, üniversiteye giriş sınavında aldığı puan itibarıyla devlet üniversitesine yerleşme imkânı varken vakıf yükseköğretim kurumunu tercih eden bir öğrencinin söz konusu vakıf yükseköğretim kurumunun kapatılması sonrasında puanının yeterli olduğu devlet üniversitesine yerleştirilmesi hâlinde buradaki öğrenimine kapatılan vakıf yükseköğretim kurumuna ödediği ücreti ödeyerek devam etmesi sonucunu doğurmaktadır. Söz konusu öğrencilerin yükseköğretim kurumlarına kayıt yaptırdukları anda aranan başarı sıraları dikkate alındığında bu başarılarına göre devlet üniversitesine kayıt olma hakkım elde ettiklerinden burada bulunan öğrenciler ile kapatılan vakıf yükseköğretim kurumlarından bu şekilde gelen öğrencilerin farklı hukuki durumda oldukları söylenemez. Kural aynı devlet üniversitesine başarı sırasına göre kayıt yaptırma hakkım elde eden öğrencilerden bir kısmına ücret ödeme zorunluluğu getirdiğinden farklı bir muamele öngörmektedir. Söz konusu farklı muamelenin ise makul ve nesnel bir temele dayandığı söylenemez.

Bu itibarla kapatılan vakıf yükseköğretim kurumuna kayıt yaptırdıkları yılda yapılan merkezî sınavlarda elde ettikleri başarı sıralarına eşit ya da daha az puanla öğrenci kabul eden devlet üniversitelerine öğrencilerin daha önceden ödedikleri ücretleri ödeyerek devam etmeleri eğitim ve öğretim hakkı bağlamında Anayasa'yla bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural puanı eşit ya da daha düşük devlet üniversiteleri yönünden Anayasa'nın 10., 13. ve 42. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir"<sup>4</sup>.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı doğrultusunda faaliyet izni durdurulan vakıf üniversitesi öğrencilerinin vakıf üniversitesine yerleştiği üniversite puanının aynı yıl devredilen devlet üniversitesi puanına eşit ya da bu puandan yüksek olması durumunda, öğrenim ücreti yönünden doğrudan devlet üniversitesine kayıtlanan öğrencilerle aynı koşullarda öğrenim görmesi gerektiği, bunun eşitlik ilkesi gereği olduğu söylenebilecektir. Mahkemenin kararı belirli bir normun denetimine yönelik olsa da gerekçesi aynı durumlara uygulanmasına elverişli bir şekilde açıklanmıştır. Ancak bu konumda bulunan öğrencilerin sayısının yüksek olduğu durumlarda öğrenim ücreti dışındaki burslar için devredilen devlet üniversitesinin ödenek sıkıntısı yaşaması muhtemeldir. Bu durumda öğrencilerin devredildiği devlet üniversitesi vakıf yükseköğretim kurumunun faaliyet izninin kaldırılmasına kendisi karar vermediği halde bu kararın mağduriyetini yaşayacaktır. Bu nedenle garantör üniversiteler için aldıkları öğrenim ücretinin, sağlanan diğer bursları karşılamadığı hallerde karşılanamayan kısmı tamamlayıcı bir ödenek sağlanması yerinde olacaktır.

Faaliyet izni kaldırılan vakıf üniversitesi öğrencilerinin ödeyeceği öğrenim ücreti konusunda değinilmesi gereken diğer bir husus ücretin KDV'ye tabi olup olmayacağıdır. 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 17.maddesi gereğince üniversitelerin eğitim ve öğretim faaliyetleri KDV'den istisna sayılmaktadır. Anılan maddede;

“Genel ve katma bütçeli daireler, il özel idareleri, belediyeler, köyler, bunların teşkil ettikleri birlikler, üniversiteler, döner sermayeli kuruluşlar, kanunla ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, siyasi partiler ve sendikalar, kanunla kurulan veya tüzelkişiliği haiz emekli ve yardım sandıkları, kamu menfaatine yararlı dernekler, tarımsal amaçlı kooperatifler ve Cumhurbaşkanınca vergi muafiyeti tanınan vakıfların;

a) İlim, fen ve güzel sanatları, tarımı yaymak, islah ve teşvik etmek amacıyla yaptıkları teslim ve hizmetleri”nin katma değer vergisinden muaf olduğu düzenlenmiştir.

Bu nedenle vakıf üniversitesinden devlet üniversitesine devredilen öğrencilerden alınacak öğrenim ücretine KDV uygulanamayacaktır.

Garantör Devlet Üniversiteleri Yönergesi'nin 8.maddesi 3.fıkrasına göre öğrenci öğrenim ücretini faaliyet izni kaldırılan vakıf üniversitesine peşin olarak ödediğini banka dekontu, makbuz, hesap

4 Anayasa Mahkemesi, E.2016/205, K.2019/63, T.24.07.2019, www.kazanci.com.tr.

ekstresi veya pos cihazları tarafından üretilen evrak gibi bir belgeyle ispatladığı müddetçe öğrenciden ilgili yıla ait öğrenim ücreti talep edilmeyecektir.

2547 sayılı Kanun'un ek 11.maddesi 3.fıkrasına göre vakıf üniversitesinden devredilen öğrencilerin eğitim-öğretim ücretinde bursluluk durumları gözetilecektir. Bu durumda burslu olarak vakıf üniversitesine yerleştirilmiş öğrenci, devredilen üniversitede de bursluluk durumu devam ettiği sürece öğrenim ücreti ödemeyecektir. Ancak Garantör Devlet Üniversiteleri Yönergesi'nin 8.maddesinin 4.fıkrasına göre burslu öğrenci Türkçe eğitim yapan bir programdan kendi isteğiyle yabancı dilde eğitim yapan bir programa geçiş yaptıysa, hazırlık sınıfı için faaliyet izni kaldırılan vakıf üniversitesince belirlenmiş öğrenim ücretini ödeyecektir.

Ayrıca faaliyet izni kaldırılan vakıf üniversitesine yerleştirilirken tanınan bursluluk hakkı mevzuata göre yalnızca öğrenim ücreti bakımından geçerliliğini taşıyacaktır. Garantör Devlet Üniversiteleri Yönergesi'nin 8.maddesi 6.fıkrasına göre öğrenim ücreti bursu dışında öğrenciye vakıf üniversitesinde sağlanan tercih, yemek, yurt gibi diğer özel desteklerin karşılanması hususunda karar verme yetkisiyse devredilen üniversiteye verilmiştir. Ancak öğrenim ücreti bursu dışındaki bursların karşılanmaya devam etmesinde karar yetkisi devredilen üniversiteye bırakılmışsa da, kazanılmış hak teşkil eden burslar söz konusu olursa bunlara dokunulmaması gerekecektir. Zira kazanılmış hak<sup>5</sup> ilkesine göre, Yönerge'nin yürürlük tarihinden önce mevcut düzenlemelerle elde edilen bursların korunması gerekmektedir. Bununla birlikte öğrenim görmeye hak kazandığı Vakıf Üniversitesi'nin öğrenimi esnasında kapatılabileceği vb. ihtimalleri düşünmesini öğrencilerden beklemek ve tercihlerini buna göre yapmasını ummak kanımızca adil bir sonuç doğurmayacaktır. Bu nedenle teknik olarak kazanılmış hak teşkil etmeyen durumlarda da devredilen devlet üniversitesinin bunu gözeterek, bursların devamına karar vermesi mağduriyetlerin engellenmesini sağlayacağı gibi, idareye güven ilkesi bakımından da yerinde olacaktır. Ancak mevcut düzenlemeler gereği olmamasına rağmen faaliyet izni sona eren Vakıf Üniversitesince öğrencilere yapılmış indirim, teşvik vb. özel desteklerin bu kapsamda düşünülmesi mümkün görünmemektedir.

### III.SONUÇ

Mevzuatımızda vakıf üniversitelerinin faaliyet izninin kaldırılması durumunda üniversitenin mevcut öğrencilerinin devrinden sonra eğitim öğretim faaliyetlerine ilişkin düzenlemeler bulunmakla birlikte, bu düzenlemelerin detaylı olmadığı, yetersiz kaldığı ve eksik yapıldığı görülmektedir.

Bir üniversitenin öğrencilerinin başka bir üniversiteye devri, üniversitede uygulanan sistem ve programlar arasındaki farklılıklar vb. nedenlerle öğrenim görülecek programın belirlenmesi, uygulanacak mevzuat gibi birçok alanda sorun doğurma potansiyeli taşımaktadır. Mevzuatta bu

5 Kazanılmış haklar, yeni düzenlemeden önce yürürlükte olan yasa veya diğer düzenlemelerle bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olan haklar olarak ifade edilmektedir. Bknz.Turan Yıldırım, 'İdari İşlemler' in Turan Yıldırım, "İdari İşlemler", Turan Yıldırım(ed.), İdare Hukuku içinde, İstanbul: On İki Levha Yay., 2020, s.505. Hukuk kurallarıyla oluşturulan ve hukuksal sonucu gerçekleşen statülerin korunacağına ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bakınız. Onur Karahanoğulları, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Ankara: Turhan Kitabevi, 2018, s.558-559.

konuya ilişkin gerekli tüm düzenlemeler yapılmadan uygulamaların sürdürülmesi ve uygulamada sorun çıktıkça konunun parça parça çözümlenmesi, hem farklı uygulamaların ortaya çıkmasına hem de mevcut kurumlara güvenerek geleceğini biçimlendirmeye çalışan öğrencilerin hak kaybına uğramasına neden olabilecektir. Mevcut halinde olduğu gibi tereddütte kalınan her somut olayda Yükseköğretim Kuruluna danışılması yerine, uygulamada yaşanan ve gelecekte yaşanabilecek tüm sorunlar dikkate alınarak yeni ve tek bir düzenleme kapsamında konunun ayrıntılı olarak düzenlenmesi hukuki öngörülebilirlik açısından yerinde olacaktır.

## KAYNAKÇA

- Karahanoğulları, Onur, İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme), Ankara: Turhan Kitabevi, 2018
- Önüt, Lale Burcu, “Vakıf Üniversitesinin Faaliyetlerinin Durdurulması ve Garantör Üniversitenin İşlevi”, İKÜHFD, C.17, S.1, Y.2018.
- Yıldırım, Turan, “İdari İşlemler”, Turan Yıldırım (Ed.), İdare Hukuku içinde, İstanbul: On İki Levha Yay., 2020.
- Yıldırım, Turan, “Vakıf Üniversitelerinin Denetlenmesi”, MÜHF-HAD, C.21, S.2, Y.2015.
- [www.kazancı.com.tr](http://www.kazancı.com.tr).

# Kıyı Ötesinde Gerçekleşen Petrol ve Doğal Gaz Faaliyetlerine İlişkin Deniz Çevresine Etki Eden Bölgesel Düzenlemeler\*

## Regional Regulations Affecting the Marine Environment Regarding Offshore Oil and Natural Gas Activities

Figen Tabanlı\*\* , Gökhan Güneysu\*\*\* 

### ÖZ

Denizler ve okyanuslar, balıkçılık veya deniz ulaşımı dışında farklı amaçlar bakımından da kullanılmaktadır. Bunlardan biri de denizlerden veya okyanuslardan petrol, doğal gaz veya çeşitli minerallerin çıkarılmasıdır. Deniz yatağı faaliyetleri gerçekleştirilirken deniz kirliliğinin önlenmesi, azaltılması, çevrenin korunması ve muhafazası için gerekli önlemlerin alınması gerekmektedir. Nitekim deniz yatağı faaliyetlerinden kaynaklı kirlilik sorunu yalnızca yerel bir sorun değildir. Aksine bütün toplumlara etkileyen küresel bir sorundur. Bu bağlamda çevre ve çevrenin korunması ile ilgili yerel, bölgesel ve küresel düzenlemeler yapılmıştır.

Uluslararası hukukta deniz yatağı olarak belirlenen alanlarda gerçekleştirilen faaliyetler tamamen zararsız faaliyetler değildir ve deniz çevresinde çeşitli kirlenmelere yol açmaktadır. Bu bağlamda, ulusal yargı yetkisi altındaki deniz yatağı faaliyetleri bakımından önemli düzenlemeler içeren bölgesel nitelikteki sözleşmelerin incelenmesi ve içerik analizlerinin yapılması amaçlanmaktadır.

Çalışmada öncelikle deniz yatağı faaliyetlerinden ve bu faaliyetlerin deniz çevresine etkisinden bahsedilecektir. Daha sonra deniz yatağı faaliyetlerinden kaynaklı deniz kirliliğine ilişkin belli başlı bölgesel düzenlemeler ele alınacaktır. Çalışma, ele alınan bölgesel sözleşmelerin değerlendirilmesinin yapıldığı sonuç bölümü ile tamamlanacaktır.

**Anahtar Kelimeler** Deniz Yatağı, Deniz Kirliliği, Kıyı Ötesi Faaliyet, Bölgesel Düzenleme

### ABSTRACT

Seas and oceans are used for different purposes from fishing or sea transportation. One of them is the extraction of oil, natural gas or various minerals from the seas or oceans. While seabed activities are carried out, necessary precautions should be taken diligently to prevent and reduce marine pollution, and to protect and preserve the marine environment. Indeed, pollution from seabed activities is not a local problem. On the contrary, it is a regional or global problem with the obvious propensity to harm all societies. With a view to addressing this eventuality, local, regional and global regulations regarding environment and environmental protection have been made.

Activities conducted in the areas dubbed "sea-bed" in international legal parlance are not completely free of environmental impacts and cause various kinds of pollution in marine environment. In connection with this, it is the objective of this paper to investigate and analyze the content of the said conventions.

In study, primarily, the seabed activities and the effects of these activities on the marine environment will be mentioned. Then, the main regional regulations regarding marine pollution from seabed activities will be discussed. The paper ends with the conclusion where the authors evaluate these regional conventions.

**Anahtar Kelimeler:** Seabed, Marine Pollution, Offshore Activity, Regional Regulations

\* Bu çalışma Hacettepe-Anadolu Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında hazırlanan "Uluslararası Hukukta Deniz Yatağı Faaliyetlerinden Kaynaklı Deniz Kirliliği ve Devletlerin Sorumluluğu" başlıklı doktora tezinden türetilmiştir. Etik kurul izni ve/veya yasal/özel izin alınmasına gerek yoktur.

\*\* Öğr. Gör. Dr., Anadolu Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu, Adalet Programı, figentabanli@anadolu.edu.tr

\*\*\* Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, gguneysu@anadolu.edu.tr

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Figen Tabanlı

**E-posta/E-mail:** figentabanli@anadolu.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 19.03.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 24.05.2021



## GİRİŞ

Okyanuslar ve denizler, Dünya yüzeyinin yaklaşık %70'ini kaplayan, havadaki oksijenin %75 ilâ %80'ini üreterek canlıların yaşamasına önemli bir katkıda bulunan alanlardır. Okyanuslar ve denizler, Dünya'daki hayvan ve bitki yaşamının yaklaşık %80'ini barındırmaktadır<sup>1</sup>. Okyanusların ve denizlerin deniz tabanı da sürdürülebilirlik ve birbirine bağlı canlı ekosistemlerin dengesi için hayati önem taşımaktadır<sup>2</sup>.

Pek çok devlet, kıyı ötesi petrol ve doğal gaz platformlarından veya tesislerinden petrol ve doğal gaz üretimi yapmaktadır. Deniz yatağı faaliyetleri sonucunda da denizlerin kirlenmesi söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla deniz yatağı faaliyetleri gerçekleştirilirken uluslararası çevre hukukunun göz önünde bulundurularak, deniz kirliliğinin önlenmesi veya azaltılması, çevrenin korunması ve muhafazası için gerekli önlemlerin alınması gerekmektedir. Nitekim çevre sorunlarının yerel bir sorun olmadığı; aksine bütün toplumları etkileyen küresel bir sorun olduğu gerçeği anlaşılmıştır. Bu bağlamda çevre ve çevrenin korunması ile ilgili yerel, bölgesel ve küresel düzeyde düzenlemeler yapılmıştır.

Uluslararası hukukta 'deniz yatağı' olarak belirlenen alanlarda gerçekleştirilen faaliyetler tamamen zararsız faaliyetler değildir ve deniz çevresinde çeşitli kirlenmelere yol açmaktadır. Bu bağlamda, ulusal yargı yetkisi altındaki deniz yatağı faaliyetleri bakımından önemli düzenlemeler içeren bölgesel nitelikteki sözleşmelerin incelenmesi ve içerik analizlerinin yapılması amaçlanmıştır.

Çalışmamızda öncelikle deniz yatağı faaliyetlerinden ve bu faaliyetlerin deniz çevresine etkisinden bahsedilecektir. Daha sonra, deniz yatağı faaliyetlerinden kaynaklı deniz kirliliğinin belli başlı bölgesel düzenlemelerde ne şekilde ele alındığı hususu üzerinde durulacaktır. Ele alınacak söz konusu Sözleşmeler; 1992 Tarihli Kuzey-Doğu Atlantik Deniz Çevresinin Korunması Sözleşmesi, 2009 Tarihli Kuzey Kutbu Kıyı Ötesi Petrol ve Doğal Gaz Kılavuzları ve 2013 Kuzey Kutbu'daki Petrol Kirliliğine İlişkin, Hazırlık ve Müdahale Sözleşmesi, 1974 Tarihli Kıyı Ötesi Kirliliği Sorumluluk Sözleşmesi, 1976 Tarihli Akdeniz'in Kirliliğe Karşı Korunması Sözleşmesi ve 1994 Tarihli Kıta Sahanlığı ve Deniz Tabanının Araştırılması ve İşletilmesinden Kaynaklanan Kirliliğe Karşı Akdeniz'in Korunması Protokolü, Avrupa Birliği'nin 2013/30/Eu88 Sayılı Direktif'i, 1978 Tarihli Deniz Çevresinin Kirlenmeden Korunmasında İş Birliğine Dair Kuveyt Bölgesel Sözleşmesi'dir. Çalışma, ele alınan bölgesel sözleşmelerin değerlendirilmesinin yapıldığı sonuç bölümü ile tamamlanmıştır.

- 1 Mehmet Akif Kütükçü, "Uluslararası Hukukta Gemi Kaynaklı Kirlenme ve Devlet Gemilerinin Egemenlikten Doğan Bağımsızlığı", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2 2001, s. 46.
- 2 Catherine Banet, "The Law of the Seabed" Catherine Banet (der), *The Law of the Seabed: Access, Uses, and Protection of Seabed Resources*, Boston, Leiden: Brill Nijhoff, 2020, s. 1; Eva Ramirez-Lilodra, "Deep-Sea Ecosystems: Biodiversity and Anthropogenic Impacts", Catherine Banet (der), *The Law of the Seabed: Access, Uses, and Protection of Seabed Resources*, Boston, Leiden: Brill Nijhoff, 2020, s. 36-37.

## I. DENİZ YATAĞI FAALİYETLERİ VE DENİZ KİRLİLİĞİ

‘Deniz yatağı’ terimi, deniz tabanı veya okyanus tabanı olarak da bilinen denizlerin ve okyanusların tabanını ifade etmektedir. Deniz yatağı, okyanus akıntıları ve tortul süreçler tarafından değiştirilen yerlerde, yeraltı jeolojisinin doğası ile doğrudan ilgili olan bir topografyaya sahiptir<sup>3</sup>.

Deniz tabanının kaynakları hem jeolojik hem de biyolojiktir. Jeolojik kaynaklar, yüzeyde esas olarak kum, çakıl ve derin deniz mineralleri olarak bulunurken; deniz tabanının alt kısmında çoğunlukla petrol ve doğal gaz bulunmaktadır. Yerleşik organizmalar şeklindeki biyolojik kaynaklar ise, biyoçeşitliliğin bir parçası olarak taban yüzeyinin üzerinde veya hemen altında yaşamaktadırlar<sup>4</sup>.

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS)<sup>5</sup> madde 1/(4)’te, deniz kirliliğinin tanımı yapılmıştır. Buna göre deniz kirliliği; ‘Deniz çevresinin kirlenmesi, insanların, doğrudan veya dolaylı olarak haliçler de dâhil olmak üzere, canlı kaynaklara, insan sağlığına, balıkçılık dâhil denizcilik faaliyetlerine engel olması, deniz suyunun kullanımında kalitenin bozulması ve görsel güzelliklerin azalması gibi zararlı etkilerle sonuçlanan veya bununla sonuçlanabilecek madde veya enerjinin deniz çevresine girmesi’ anlamına gelmektedir. Dolayısıyla kirlenme doğrudan veya dolaylı olarak insan faaliyetlerinden kaynaklanmakta ve istenmeyen zararlı etkilerle sonuçlanmaktadır.

Tanım, deniz kirliliğini içerebilecek mevcut veya yeni tüm kaynakları içermektedir. Söz konusu tanım ayrıca, ‘gerçekleşmesi yüksek’ zararlı etkilere yol açan maddeleri veya enerjiyi de kapsamaktadır. Bu durumda potansiyel zararlı etkilerin de düzenleme kapsamında sayılması söz konusu olabilecektir. Tanımdan çıkarılabilecek bir diğer husus, deniz çevresi kavramına deniz canlılarının da dâhil edilmesidir. Bu nedenle, deniz çevresinin kirlilikten korunması aynı zamanda deniz canlı türlerinin korunmasını<sup>6</sup> da içermektedir<sup>7</sup>.

BMDHS’nin kirlenme ile ilgili XII. Kısım’ı ‘deniz çevresinin korunması ve muhafazası’ndan bahsetmektedir. Dolayısıyla BMDHS yalnızca deniz kirliliğini değil; ‘deniz çevresinin kirliliği’ni de öngörmüş; böylelikle kirlenme daha kapsamlı algılanmıştır. Bununla beraber ‘deniz çevresi’nin ne anlam ifade ettiği BMDHS’de yer almamıştır. Ancak, III. Deniz Hukuku Konferansı sırasında bazı devletler deniz çevresinin tanımlanması ile ilgili bazı önerilerde bulunmuşlardır. Örneğin, Malta ve Kenya’nın birbirine oldukça benzer şu tanımlaması mevcuttur: ‘Deniz çevresi, deniz yüzeyi,

3 Alvar Braathen ve Harald Brekke, “Characterizing the Seabed: a Geoscience Perspective” Catherine Banet (der), *The Law of the Seabed: Access, Uses, and Protection of Seabed Resources*, Boston, Leiden: Brill Nijhoff, 2020, s. 21-22.

4 Ibid, s. 33.

5 United Nations Treaty Series Online, “United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)”, İmza Tarihi: 10 Aralık 1982, Yürürlük Tarihi: 16 Kasım 1994, [https://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/closindx.htm](https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/closindx.htm) (Erişim Tarihi 03 Aralık 2020).

6 Uluslararası hukukta denizlerdeki canlı kaynakların korunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ali İbrahim Akkkutay, “Uluslararası Hukukta Denizlerdeki Canlı Kaynakların Korunması ve Yönetimi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, 2016, s. 1-19.

7 Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea*, New York, Cambridge University Press, 2015, s. 269.

üzerindeki hava, altındaki su kolonu, içindeki canlı ve cansız kaynaklar dâhil olmak üzere, denizin en çok yükseldiği hattın ötesindeki deniz yatağını kapsayan alandır<sup>8</sup>.

Deniz yatağı faaliyetleri, genellikle kıyı ötesi (*offshore*) faaliyetler olarak anılmaktadır. Kıyı ötesi bölgede petrol ve doğal gaz platformları, kıyı devletinin; karasuları, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgesi içerisinde kurulan platformları tanımladığı gibi açık denizlerde diğer devletlerce inşa edilen platformları da ifade etmektedir<sup>9</sup>.

Kıyı ötesi petrol ve doğal gaz faaliyetlerinden sadece petrol veya doğal gazın çıkarılması anlaşılmalıdır. Petrol veya doğal gazın keşfi ve üretimi ile ilgili proje ve planlar, sismik araştırma faaliyetleri, sondaj, platform kurulumu, boru döşeme ve destek tesislerinin inşası veya kaldırılması gibi altyapı ile ilgili tüm faaliyetler bu kapsamda değerlendirilmektedir<sup>10</sup>.

Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi<sup>11</sup> hem araştırma hem de işletmeyi kapsayacak şekilde uluslararası deniz yatağındaki faaliyetlerin; sondaj, kazı, çökeltilerin, maden atıklarının veya diğer kirletici atıkların deniz çevresine atılması veya boşaltılmasının yanı sıra bu tür faaliyetlerle ilgili tesisatların, boru hatlarının ve diğer cihazların yapımı ve işletilmesi veya bakımını içerdiğini belirtmektedir<sup>12</sup>. Ancak petrol ve doğal gazın veya diğer minerallerin yüklenicinin faaliyet gösterdiği alandan karadaki noktalara ulaşımı ve bunların karada bulunan bir fabrikada işlenmesi faaliyetleri bu kapsamda değerlendirilmemektedir<sup>13</sup>.

Kıyı ötesi petrol ve doğal gaz faaliyetlerinin deniz çevresine etkisi, kıyı ötesi petrol ve doğal gaz faaliyetleri esnasında olabileceği gibi petrol ve doğal gaz platformlarında meydana gelen kazalar sebebiyle de gerçekleşebilmektedir. Faaliyet esnasında meydana gelen kirlilik; sismik araştırmalardan, sondaj çamurlarından, sondaj sıvılarından, sondaj kesiklerinden, üretim suyundan, sondajlarda kullanılan kimyasallardan, platformlardaki atık sıvı boşaltma (drenaj) sistemlerinden salınan atıklardan, kanalizasyonun, çöplerin ve diğer atıkların tesislerden atılmasından kaynaklanabilmektedir<sup>14</sup>.

8 Ayşe Nur Tütüncü, *Gemi Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesi, Azaltılması ve Kontrol Altına Alınmasında Devletin Yetkisi*, İstanbul, Beta Yayınları, 2004, s. 6-7.

9 İslam Safa Kaya, "Offshore Petrol Platformlarının Uluslararası Hukuktaki Yeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt 118, 2015, s. 347. 2013/30/EU sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nde de kıyı ötesi deniz faaliyetlerinin, bir devletin karasularında, münhasır ekonomik bölgesinde ve kıta sahanlığında gerçekleştirilen faaliyetler olduğu belirtilmiştir. Directive 2013/30/EU of the European Parliament and the Council of 12 June 2013 on Safety of Offshore Oil and Gas Operations and Amending Directive 2004/35/EC, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0030&from=EN>, (Erişim Tarihi 25 Kasım 2020), madde 2/2.

10 Directive 2013/30/EU, madde 2/3; Mikhail Kashubsky, "Marine Pollution from the Offshore Oil and Gas Industry: Review of Major Conventions and Russian Law (Part I)", *Maritime Studies*, 2006, s. 2.

11 20 Şubat 1997 tarihinde deniz yatağı faaliyetleri ile ilgili uyuşmazlıkların çözümü için Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi bünyesinde yer alan Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi (*Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea*) kurulmuştur. Tanaka, *The International Law of the Sea*, s. 433; International Tribunal for the Law of the Sea, <https://www.itlos.org/the-tribunal/chambers/>, (Erişim Tarihi 25 Kasım 2020).

12 Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, List of Cases No. 17, Advisory Opinion, 1 February 2011, [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_17/17\\_adv\\_op\\_010211\\_en.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/17_adv_op_010211_en.pdf), (Erişim Tarihi 25 Kasım 2020), Para. 87.

13 Advisory Opinion, Para. 95-96.

14 Nengye Liu, "Protection of the Marine Environment from Offshore Oil and Gas Activities", Rosemary Rayfuse (der.),

Görüldüğü üzere, herhangi bir aksilik veya kaza yaşanmasa dahi sadece petrol ve doğal gaz bulmak veya çıkarmak başlı başına çevre üzerinde önemli bir etkiye sahip olabilmektedir.

Kaza sonucu ortaya çıkan kirlilik; boru hattının kırılmasından, faaliyeti durdurulmuş bir kuyudan veya kullanım ömrünü tamamlamış petrol veya doğal gaz platformlarının kaldırılmasından<sup>15</sup>, platformlardan ham petrol veya doğal gazın yüklenmesi veya boşaltılması esnasında meydana gelen kazalar ve sızıntılardan, deniz yatağından çıkarılan petrol veya doğal gazın kıyıya veya kıyı açığındaki tesislere taşınmasından, petrol veya doğal gaz kuyularında meydana gelen patlamalardan<sup>16</sup> kaynaklanabilmektedir. Kıyı ötesi petrol ve doğal gaz üretiminin çoğu, boru hatlarının kıyı ötesi bir tesisten bir kıyı merkezine döşenmesi ile kıyı tesislerine taşındığından, aşınmış su altı boru hatlarından kaynaklanan kirlilik<sup>17</sup> de mevcut bir diğer kirlilik riskini oluşturmaktadır.

## II. DENİZ YATAĞI FAALİYETLERİNDEN KAYNAKLANAN DENİZ KİRLİLİĞİNE İLİŞKİN BÖLGESEL DÜZENLEMELER

Kıyı devletleri, karasularında, kıta sahanlıklarında ve münhasır ekonomik bölgelerinde hidrokarbon, mineral kaynakları ve yenilenebilir enerji kaynakları üzerinde egemen haklara sahiptir<sup>18</sup>. BMDHS madde 193'de, devletlerin çevre konusundaki politikalarına göre ve deniz çevresini koruma ve muhafaza etme yükümlülüklerine uygun olarak, doğal kaynaklarını işletme konusunda egemen hakları olduğu belirtilmiştir. Bu haklar, okyanuslardaki petrol, doğal gaz ve yenilenebilir enerji kaynaklarının kullanılmasını desteklemektedir. Dolayısıyla kıyı devletleri deniz alanlarında bulunan kıyı ötesindeki tesisler bakımından da yetkilidir<sup>19</sup>.

Ulusal yargı alanı içindeki kıyı ötesi faaliyetler, devletlerin egemen haklara sahip olduğu deniz alanlarında gerçekleştiğinden, devletlerin kıyı ötesi faaliyetler bakımından getirdiği yasaklamaları

*Research Handbook on International Marine Environmental Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2015, s. 190-191.

- 15 Her ne kadar kıyı ötesi platform veya tesislerin hizmet dışı bırakılması, çevre için ciddi bir tehdit oluşturmasa da terk edilmiş kıyı ötesi platform veya tesisler, deniz ortamına zararlı olabilmekte ve denizlerin diğer kullanıcıları için (özellikle ulaşım ve balıkçılık faaliyetleri bakımından) engeller yaratabilmektedir. Bu tesis ve yapıların tamamen kaldırılması çoğu durumda en iyi çözüm olarak görülmektedir. Seline Trevisanut, "Decommissioning of Offshore Installations: A Fragmented and Ineffective International Regulatory Framework", Catherine Banet (der.), *The Law of the Seabed: Access, Uses, and Protection of Seabed Resources*, Boston, Leiden: Brill Nijhoff, 2020, s. 432; Sergei Vinogradov, "Environmental Protection in the Petroleum Industry", *Hydrocarbons: Economics, Policies and Legislation*, Cilt IV, s. 508.
- 16 Örneğin, 20 Nisan 2010 tarihinde Transocean Şirketine ait olan British Petroleum (BP)'a kiralanın Deepwater Horizon petrol kulesinin "Macondo" kuyusu patlamış ve Louisiana kıyılarından 41 mil açta Meksika Körfezinde batmıştır. Meydana gelen patlama, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) kıyı şeridinde bugüne kadarki en büyük petrol sızıntısına neden olmuştur (Deepwater Horizon Macondo kuyusu patlaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Report to the President (BP Oil Spill Commission Report), *Deep Water – The Guif Oil Disaster and the Future Offshore Drilling: National Commission on the BP Deepwater Horizon Oil Spill and Offshore Drilling*, Featured Commission Publications, Ocak 2011.
- 17 Örneğin, 2006 yılında, BP tarafından işletilen aşınmış olan su altı boru hatlarından 6.000 varil petrol sızıntısı olmuştur. Bu sızıntı, birçok petrol kuyusu ve tanker felaketine kıyasla küçük bir dökülme olmasına rağmen, petrol Alaska'nın hassas kıyı bölgelerine kadar yayılmıştır. Nick Hunter, *Offshore Oil Drilling (Hot Topics)*, Capstone Global Library Limited, 2012, s. 26.
- 18 BMDHS, madde 2, 77 ve 56.
- 19 Sevin Toluner, *Millîterarası Hukuk Dersleri Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)*, İstanbul, Beta Yayınları, 1996, s. 328.

veya düzenlemeleri yürürlüğe koyması ile gerçekleşebilmektedir<sup>20</sup>. Ancak kıyı ötesi petrol ve doğal gaz faaliyetlerini düzenleyen ulusal mevzuat ve bu mevzuatın etkili bir şekilde uygulanması ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Bazı ulusal yasalar, kıyı ötesi platformların kurulmasından, kaldırılmasına kadar her aşamasını detaylı bir şekilde ele almakta iken; bazıları sadece üretim aşamasıyla sınırlıdır. Bazı düzenlemeler kıyı ötesi petrol, doğal gaz ve deniz yatağında yer alan diğer minerallerin araştırılması ve işletilmesinde çevresel etkilerini ele almayı hedeflerken; diğerleri tamamen kıyı ötesi faaliyetlerin geliştirilmesine veya kolaylaştırılmasına odaklanmaktadır<sup>21</sup>. Dolayısıyla ulusal standartlar ve uygulama alanlarında uluslar arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Bu durum da yeknesak bir uygulamanın önünde engel oluşturmaktadır.

Birçok gelişmekte olan devlet, ekonomik ve teknolojik yetersizlik ve bilgi eksikliği gibi nedenlerle kıyı ötesi faaliyetlerinin gelişimini ve izlemelerini etkin bir şekilde kontrol edememekte veya etmemekte; yasal düzenlemeleri varsa bile uygulayamamaktadır. Örneğin, hassas ekosistemler hakkında veri eksikliği, sondaj lisansları verilirken deniz biyolojik çeşitliliğinin korunmasını ve biyolojik kaynakların sürdürülebilir kullanımını dikkate almayı zorlaştırmaktadır. Daha genel olarak, ulusal idareler, genellikle teknik ve karmaşık bir sektör olan kıyı ötesi endüstrisi hakkında bilgi sahibi değildir. Söz konusu durum, kıyı ötesi petrol ve doğal gaz faaliyetlerinin etkin kontrolünün önündeki önemli bir engeldir<sup>22</sup>.

Çevre, küresel niteliği gereği devletlerarası karşılıklı bağımlılığın oldukça fazla olduğu bir alandır. Ayrıca çevre sorunlarıyla mücadele konusunda küresel düzeyde etkin bir yönetimin varlığından bahsetmek de son derece güçtür. Diğer taraftan çevre sorunlarının sınır ötesi etkileri dolayısıyla bu tip sorunların yalnızca ulusal önlemlerle aşılamayacağını net bir şekilde ortaya koymaktadır<sup>23</sup>.

Ancak kıyı ötesi petrol ve doğal gaz faaliyetlerine ilişkin yürürlükte olan hiçbir uluslararası sözleşme, devletlerin kıyı ötesi petrol ve doğal gaz faaliyetlerine izin verme şartlarını belirleyen inşaat, tasarım, teçhizat ve yönetim standartlarını özel olarak belirlememektedir. Yine yürürlükte olan hiçbir uluslararası sözleşmede, kıyı ötesi petrol, doğal gaz faaliyetlerinden kaynaklanan sınır aşan zararlar<sup>24</sup> bakımından sorumluluk ve tazminat hususu ile ilgili özel kurallar düzenlenmemiştir<sup>25</sup>.

Uluslararası Denizcilik Örgütü (*International Maritime Organization*)<sup>26</sup> gibi bazı kuruluşlar, denizlerde petrol ve doğal gazın araştırılması ve kullanılmasıyla ilgili uluslararası bir sözleşme

20 Earney, Fillmore, *Marine Mineral Resources*, New York, Routledge, 2002, s. 282; BMDHS madde 208.

21 Global Ocean Commission, *From Decline to Recovery-A Rescue Package for the Global Ocean*, Report 2014, s. 66.

22 Ibid, s. 66.

23 Yasemin Kaya ve Sezgin Kaya, "Uluslararası Çevre Rejimlerinde Etkinlik Sorunu", *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, Cilt 8, Sayı 30, 2011, s. 126.

24 Uluslararası çevre hukukunda sınır aşan faaliyetlerden kaynaklı zararlara ilişkin ilk dava niteliğindeki emsal karar, 'Trail Smelter Davası'dır. Uluslararası Adalet Divanı kararında, 'hiçbir devletin kendi ülkesini, başka bir devletin ülkesine veya oradaki mallar ve kişilere zarar verecek şekilde kullanma veya kullanılmasına izin verme hakkının olmadığına' dikkat çekmiştir. Trail Smelter Case (United States, Canada), 16 April 1938 and 11 March 1941 Volume III, [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_III/1905-1982.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf) (Erişim Tarihi 01 Aralık 2020).

25 Liu, *Protection of the Marine Environment*, s. 192; Peter Wetterstein, "Environmental Liability in the Offshore Sector with Special Focus on Conflict of Laws (Part 1)", *The Journal of International Maritime Law*, Cilt 20, 2014, s. 33; Kashubsky, *Marine Pollution from the Offshore Oil and Gas Industry*, s. 8.

26 Convention on the International Maritime Organization, Kabul Edilme Tarihi: 6 Mart 1948; Yürürlük Tarihi: 17

geliştirilmesine gerek olmadığı sonucuna varmıştır. Sorunun en iyi bölgesel ve ikili anlaşmalar yoluyla çözüleceği ileri sürülmektedir. Ancak, Güney Amerika'da olduğu gibi, bölgesel bir anlaşmaya varılmayan bölgelerde özellikle önleyici tedbirler ve tazminat bakımından ortak bir rejim kurulması ve hem sabit hem de mobil platformlara uygulanabilecek uluslararası bir sözleşmenin geliştirilmesi de önemlidir<sup>27</sup>.

Uluslararası sözleşmeler ve kuruluşlar, genel ilkeler ve genel yönetim çerçevesini oluşturmakta faydalı olmakla birlikte; bölgesel sözleşmeler de her uluslararası çevre sorununun küresel düzeyde ele alınması gerektiği için, uluslararası hukukun bölgeselleşmesi açısından çevre politikasının önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Bölgesel kurumlar; uluslararası, ulusal veya yerel yönetim düzeyi arasındaki temel bağlantıyı kurarak, yerindelik ilkesine göre ortak bir sorumluluk sistemi olmasını sağlamaktadır<sup>28</sup>.

Ulusal yargı yetkisindeki kıyı ötesi petrol ve doğal gaz faaliyetleri en nihayetinde kıyı devletin takdirine bağlı olsa da meydana gelen petrol sızıntıları, diğer devletlerin kıyılarını veya sularını da etkileyebilmektedir<sup>29</sup>. Dolayısıyla kıyı ötesi faaliyetler sonucu sınır aşan bir kirlilik meydana gelebilmektedir. Sınır aşan kirlilik sorunu, öncelikle bölgesel bir sorundur. Çünkü potansiyel olarak etkilenmesi muhtemel devletler kirliliğin meydana geldiği bölgedeki devletlerdir<sup>30</sup>.

Bölgesel sözleşmeler, deniz yatağındaki faaliyetlerden kaynaklanan kirlenmeyi önleme ve azaltma yükümlülüklerini daha ayrıntılı olarak yerine getirmekte ve bazen küresel koruma düzenlemelerinden daha gerekli olabilmektedir<sup>31</sup>. Bölgesel yaklaşım, en uygun yasal ve yönetim araçlarını tasarlamadan ve uygulamadan önce, deniz ekosisteminin benzersizliğini dikkate almakta; belirli bir bölgenin politik, yasal ve ekolojik özelliklerini yansıtmakta ve öğrenilen diğer uygulamaların ve sonuçların başka yerlerde karşılaşılabilecek zorlukların değerlendirilmesine olanak tanımaktadır<sup>32</sup>. Genel olarak bölgesel bir yaklaşım, genellikle iş birliğine dayalı eylemlerin uluslararası bir eylemden daha kolay gerçekleştirilmesini, çıkarları çatışan grupların müzakerelerini daha titiz yapmasını sağlamaktadır. Ayrıca bölgedeki devletlerin katılımı daha aktif olmaktadır<sup>33</sup>.

Deniz çevresinin korunmasında bölgeselleşmenin sağlanabilmesi amacıyla, 1974 yılında Birleşmiş Milletler Çevre Programı (*United Nations Environment Programme-UNEP*) tarafından

Mart 1958, <http://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/Convention-on-the-International-Maritime-Organization.aspx> (Erişim Tarihi 25 Kasım 2020).

27 Violeta Radovich, "Oil and Gas in the Ocean – International Environmental Law and Policy", *Oceans*, Shanghai, 2016, s. Conclusions.

28 Julien Rochette et al., "The Regional Approach to the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction", *Marine Policy*, Cilt 49, 2014, s. 109.

29 Global Ocean Commission, Report 2014, 67.

30 David Caron, "Liability for Transnational Pollution Arising from offshore Oil Development: A Methodological Approach", *Ecology L.Q.*, Cilt 10, 1982, s. 643.

31 Tanaka, *The International Law of the Sea*, s. 317.

32 Rochette et al., *The Regional Approach*, s. 109.

33 Rochette et al., *The Regional Approach*, s. 109-110.

desteklenen ‘Bölgesel Denizler Programı’<sup>34</sup> (*Regional Seas Program*) oluşturulmuştur<sup>35</sup>. Bölgesel Denizler Programı, deniz ve kıyı çevresinin sürdürülebilir kullanımı ve yönetimi yoluyla, komşu devletleri birleştirerek, dünya okyanuslarının ve kıyı alanlarının bozulmasının önüne geçilmesini hedeflemektedir<sup>36</sup>. Deniz ve kıyı çevresinin kullanımı ve yönetimi için 143’ten fazla ülke 18 Bölgesel Denizler Programına<sup>37</sup> ve Eylem Planına katılmıştır<sup>38</sup>. Örneğin, sonraki başlıklarda incelenecek olan Kuzey-Doğu Atlantik, Kuzey Kutbu, Akdeniz, Basra Körfezi Bölgesel Denizler Programı içerisinde yer almaktadır.

Uluslararası hukukta antlaşmalara riayet (*pacta sunt servanda*) esastır. 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nde, yürürlükteki her antlaşmanın tarafları bağladığı ve tarafların antlaşmayı iyi niyetle icra etmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>39</sup>. Dolayısıyla bölgesel sözleşmelerin de taraf devletlerce iyi niyetle ve sözleşmenin gerektirdiklerine uygun bir şekilde uygulanması gerekmektedir.

## **A. 1992 TARİHLİ KUZAY-DOĞU ATLANTİK DENİZ ÇEVRESİNİN KORUNMASI SÖZLEŞMESİ (OSPAR SÖZLEŞMESİ)**

OSPAR Sözleşmesi, 1992 yılında Paris’te kabul edilmiş; 1998 yılında yürürlüğe girmiştir. 1998 yılında değiştirilen metin, 2002, 2005 ve 2006 yıllarında güncellenmiş; 2007’de Ek II ve III’de yapılan değişiklikler kabul edilmiştir. OSPAR Sözleşmesi, denizlerde boşaltıma ilişkin 1972 tarihli Oslo Sözleşmesi ile kara kaynaklı deniz kirliliği kaynaklarına ilişkin 1974 Paris Sözleşmesi’ni birleştirmiş ve güncellemiştir<sup>40</sup>. OSPAR, Batı Avrupa kıyılarından 15 devleti<sup>41</sup>, Avrupa Birliği ile birlikte, Kuzey-Doğu Atlantik deniz çevresinin korunmasında iş birliği yapmak için bir araya getirmektedir<sup>42</sup>.

34 United Nations Environment Programme, “Regional Seas Programmes”, <https://www.unenvironment.org/explore-topics/oceans-seas/what-we-do/working-regional-seas/regional-seas-programmes> (Erişim Tarihi 01 Aralık 2020).

35 Rochette et al., *The Regional Approach*, s. 109.

36 United Nations Environment Programme, *Regional Seas Programmes*.

37 Bölgesel Denizler Programı, Basra Körfezi, Batı Afrika, Karayipler (Meksika Körfezi), Akdeniz ve Güney Doğu Asya da dâhil olmak üzere mevcut en önemli kıyı ötesi üretim bölgelerinin birçoğunu kapsamaktadır. Bölgesel Denizler Programı, Hazar Denizi, Kuzey-Doğu Atlantik ve Kuzey Kutbu için de mevcuttur. Bölgesel Denizler Programlarından 7’si doğrudan UNEP tarafından yönetilmektedir. Genellikle bölgede kurulmuş bir Bölgesel Koordinasyon Birimi aracılığıyla, UNEP’è sorumluluklar verilmiştir. UNEP tarafından yönetilen Bölgesel Denizler Programları şunlardır: Karayipler, Akdeniz, Doğu Asya denizleri, Doğu Afrika bölgesi, Kuzeybatı Pasifik, Batı ve Orta Afrika bölgesi, Hazar Denizi. Bağımsız Bölgesel Denizler Programları ise şunlardır: Kuzey Kutbu bölgesi, Güney Kutbu bölgesi, Baltık Denizi, Kuzey-Doğu Atlantik Bölgesi. CLME-Hub, “UN Environment Regional Seas Program”, <https://clmeplus.org/un-environment-regional-seas-program/> (Erişim Tarihi 01 Aralık 2020).

38 Ibid.

39 United Nations Treaty Series Online, “Vienna Convention on the Law of Treaties”, İmza Tarihi: 23 Mayıs 1969, Yürürlük Tarihi: 27 Ocak 1980, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf) (Erişim Tarihi 08 Aralık 2020), madde 26.

40 OSPAR, ‘Oslo’ ve ‘Paris’ kelimelerinin birleşiminden oluşmaktadır.

41 Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, İzlanda, İrlanda, Hollanda, Norveç, Portekiz, İspanya, İsveç, Büyük Britanya (Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı), Lüksemburg ve İsviçre. Contracting Parties, OSPAR Commission, <https://www.ospar.org/organisation/contracting-parties> (Erişim Tarihi 25 Kasım 2020).

42 Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic – OSPAR Convention, 1992, [https://www.ospar.org/site/assets/files/1290/ospar\\_convention\\_e\\_updated\\_text\\_in\\_2007\\_no\\_revs.pdf](https://www.ospar.org/site/assets/files/1290/ospar_convention_e_updated_text_in_2007_no_revs.pdf) (Erişim Tarihi 25 Kasım 2020).

OSPAR Sözleşmesi Ek III'de, kıyı ötesi faaliyetlerden kaynaklanan kirlenmenin önlenmesi ele alınmıştır. OSPAR Sözleşmesi Ek III madde 1'de söz konusu Ek'in, uçaklara, gemilere ve uçaklardan veya gemilerden kaynaklanan atıklar veya diğer maddelere uygulanmayacağı belirtilmiştir<sup>43</sup>. OSPAR Sözleşmesi Ek III madde 2'de, taraf devletlerin, kıyı ötesi faaliyetlerden kaynaklanan kirlenmenin önlenmesi için mümkün olduğunca temiz teknolojiyi içeren, mevcut en iyi teknikleri (*best available techniques*) ve en iyi çevresel uygulamaları (*best environmental practice*) kullanacakları ifade edilmektedir<sup>44</sup>.

En iyi tekniklerin ve en iyi çevresel uygulamaların ne olduğu, OSPAR Sözleşmesi tarafından açık olarak tanımlanmamıştır. OSPAR Sözleşmesi'nin 2. maddesi en iyi teknikleri, "... kirliliği önlemek ve ortadan kaldırmak için en son teknoloji ve uygulamaların kullanılması" olarak ifade etse de bu tanımdan da net bir sonuca ulaşılamamaktadır. OSPAR Sözleşmesi'nin içeriğinden taraf devletlerin bir durumda neyin en iyi teknik ve en iyi çevresel uygulama oluşturduğuna karar verme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır<sup>45</sup>.

OSPAR Sözleşmesi'nde, en iyi teknikler ve en iyi çevresel uygulamalar kavramlarının tanımı bulunmamakla birlikte, söz konusu kavramların tanımlanması her zaman net de değildir. Bir bölgede en iyi teknikleri ve en iyi çevresel uygulamaları temsil eden bir standart, diğerinde en iyi teknik ve en iyi çevresel uygulama olmayabilir. Çünkü siyasi, ekonomik, ekolojik ve teknik durumlar devletler ve bölgeler arasında farklılık göstermektedir<sup>46</sup>.

OSPAR Sözleşmesi Ek III madde 3'de, kıyı ötesi tesislerden herhangi bir atık veya diğer maddelerin boşaltılmasının yasak olduğu; ancak söz konusu yasağın kıyı ötesi kaynaklardan kaynaklı boşaltım veya emisyonlarla ilgili olmadığı ifade edilmektedir. OSPAR Sözleşmesi Ek III madde 4'de, denize karışan ve denizi etkileyebilen maddelerin kıyı ötesi kaynaklarında kullanılmasının veya bunların boşaltımı veya emisyonunun, mutlaka taraf tarafların yetkili makamlarının iznine veya düzenlemesine tabi olacağı belirtilmektedir.

OSPAR Sözleşmesi Ek III madde 5/(1)'de, kullanılmayan kıyı ötesi tesislerin veya boru hatlarının, ilgili taraf devletin yetkili makamı tarafından verilen bir izin olmaksızın deniz alanında tamamen veya kısmen yerinde bırakılmayacağı düzenlenmiştir. OSPAR Sözleşmesi Ek III madde 5/(2)'de, kullanılmayan kıyı ötesi tesisler veya boru hatlarının, insan sağlığına, canlı kaynaklara ve deniz ekosistemlerine zarar veren maddeler içermesi veya denizin diğer yasal kullanımına engel olması halinde böyle bir iznin verilmeyeceği de ayrıca belirtilmiştir. OSPAR Sözleşmesi Ek III madde 5/(4)'de, her bir taraf devlet tarafından, bu tür kullanılmayan kıyı ötesi tesislerin veya boru hatlarının tarih, yer ve yöntemlerinin kayıtlarının tutulması ve bu kayıtların OSPAR Komisyonu'na iletilmesi

43 OSPAR Convention, Ek III, madde 1.

44 OSPAR Convention, Ek III, madde 2.

45 Ellen Hey, Ton IJlstra and Andre Nollkaemper, "1992 Paris Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic: A Critical Analysis", *International Journal of Marine and Coastal Law*, Cilt8, Sayı 1, 1993, s. 15.

46 Yoshifumi Tanaka, "Reflections on Time Elements in the International Law of the Environment", *ZaöRV*, Cilt 73, 2013, s. 161-163.



gerektiği düzenlenmiştir<sup>47</sup>. Söz konusu düzenleme BMDHS<sup>48</sup> ve uluslararası hukukta genel kabul gören görüşe de uygundur.

OSPAR Sözleşmesi Ek III madde 6'da insan hayatının veya bir kıyı ötesi tesisin güvenliğini tehdit eden kötü hava şartlarının veya başka bir mücbir sebebin varlığı halinde, söz konusu Ek'in 3. ve 5. maddelerinin uygulanmayacağı belirtilmektedir. Ancak kötü hava şartlarının veya mücbir sebebin sona ermesi ile belirtilen yükümlülüğün devam edeceği söylenebilir.

OSPAR Sözleşmesi Ek III madde 7'de, taraf devletlerin, kıyı ötesi tesisi kazalarından veya kıyı ötesi tesislerin terk edilmesinden kaynaklanan kirliliği önlemek ve gidermek için hem bireysel olarak hem de ilgili uluslararası kuruluşlar bünyesinde uygun önlemleri alacağı düzenlenmiştir. Söz konusu maddede uygun önlemlerin neler olacağı hakkında ayrıntılı bir açıklama yapılmamaktadır.

OSPAR Sözleşmesi Ek III madde 8'de, kullanılmayan bir kıyı ötesi tesisin veya boru hattının, başlangıçta tasarlandığı veya inşa edildiği amaç dışında deniz alanına yerleştirilmesinin ilgili taraf devletin yetkili makamının izni veya düzenlemesi olmadan yapılamayacağı ifade edilmektedir. Söz konusu düzenleme, kıyı ötesi tesislerinin veya boru hatlarının takibinin ve denetiminin yapılabilmesi için önemlidir.

OSPAR Sözleşmesi Ek III madde 9'a göre de taraf devletlerden her birinin, Ek III hükümlerine aykırı bir durumun varlığını veya böyle bir durumun meydana geldiğine dair şüphelere yol açan her türlü olay veya durumu ilgili taraf devlete bildirmesi gerekmektedir<sup>49</sup>. Ancak maddede bildirim yapılmaması halinde herhangi bir yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağı belirtilmemektedir.

OSPAR Sözleşmesi Ek III madde 10'da ise OSPAR Komisyonu'nun görevleri belirtilmiştir. Söz konusu görevler; kıyı ötesi faaliyetlerde kullanılan maddeler hakkında bilgi toplamak; toksik, kalıcı ve biyolojik olarak birikmeye yatkın maddeleri listelemek ve kıyı ötesi kaynaklarda kullanımlarını azaltmak ve aşamalı olarak durdurmak ve kıyı ötesi kaynaklardan boşaltılması için planlar hazırlamak; kullanılmayan kıyı ötesi tesislerden ve kullanılmayan kıyı ötesi boru hatlarından kaynaklanan kirliliği önlemek; kullanılmayan kıyı ötesi tesislerinin yerinde bırakılması ve yerleştirilmesine ilişkin için kriterler, kılavuzlar ve prosedürler oluşturmaktır. Ancak OSPAR Sözleşmesi, söz konusu maddedeki görevler bakımından herhangi bir zaman çizelgesi oluşturmamıştır<sup>50</sup>. Söz konusu durum OSPAR Komisyonu'nun görevlerini aksatmasına veya ertelemesine neden olabilecektir.

2010 yılında, OSPAR Komisyonu kıyı ötesi petrol ve doğal gaz endüstrisi üzerine bir bölüm içeren 2010-2020 yılları için 'Kuzey-Doğu Atlantik Deniz Çevresinin Korunması Stratejisi'<sup>51</sup>ni kabul etmiştir. OSPAR Komisyonu'nun kıyı ötesi petrol ve doğal gaz faaliyetleri ile ilgili stratejik hedefi; çevre hedeflerini

47 Ibid, Ek III madde 5.

48 BMDHS madde 60/3.

49 Ibid, Ek III madde 9.

50 Hey, IJlstra and Nollkaemper, 1992 Paris Convention, s. 32.

51 Strategy of the OSPAR Commission for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic 2010-2020, [https://www.ospar.org/site/assets/files/1200/ospar\\_strategy.pdf](https://www.ospar.org/site/assets/files/1200/ospar_strategy.pdf) (Erişim Tarihi 25 Kasım 2020).

belirleyerek ve yönetim mekanizmalarını iyileştirerek, kirliliği önlemek, ortadan kaldırmak ve kıyı ötesi petrol ve doğal gaz faaliyetlerinin olumsuz etkilerine karşı OSPAR Sözleşmesi dâhilindeki deniz alanını korumak için gerekli önlemleri almak ve kirlilikten etkilenen deniz alanlarını restore etmektir<sup>52</sup>.

2010 yılında OSPAR Komisyonu, 'Kıyı Ötesi Sondaj Faaliyetlerinden Kaynaklı Ağır Petrol Kirliliğinin Önlenmesi Hakkında 2010/18 sayılı Tavsiye Kararı'nı<sup>53</sup> kabul etmiştir. Söz konusu Tavsiye Kararı'na göre; OSPAR'a taraf devletler, sondaj faaliyetlerinin yapılmasına izin verilmesinin koşulları da dâhil olmak üzere mevcut iç hukuk çerçevelerini gözden geçirmeye başlamalıdır. Ayrıca 2010 yılında Meksika Körfezinde meydana gelen Deepwater Horizon kazasından çıkarılacak dersler ile de ilgili olarak, taraf devletler, alınacak tüm gerekli önlemler ve uygulamalar için ekstra özen göstermelidirler. Dolayısıyla Tavsiye Kararı, OSPAR Komisyonu'nun Deepwater Horizon felaketine verdiği doğrudan bir cevap olarak görülebilir<sup>54</sup>.

2017 yılında ise 'OSPAR Kıyı Ötesi Petrol ve Doğal Gaz Faaliyetlerinin Çevresel Etkilerini İzleme Kılavuzları'<sup>55</sup> kabul edilmiştir. Söz konusu OSPAR Kılavuzlarının amacı, kıyı ötesi tesislerden kaynaklanan boşaltımın çevresel etkilerinin izlenmesini, verilerin raporlanması ve değerlendirilmesini uyumlaştırmaktır<sup>56</sup>. Tavsiye Kararları ve Kılavuzlar, bağlayıcı olmasa da kıyı ötesinde faaliyetlerde bulunacak devletlere yol gösterici olması ve deniz çevresinin korunması bakımından mevcut olan en yüksek standartları teşvik etmeyi amaçlaması bakımından oldukça önemlidir.

OSPAR Sözleşmesi, kıyı ötesi faaliyetler ile ilgili düzenlemeleri ve iyi koordine edilmiş bir Ortak Değerlendirme İzleme Programı (Joint Assessment Monitoring Program) ile kıyı ötesi petrol ve doğal gazın araştırılması veya kullanılması için kullanılan kıyı ötesi tesislerine açıkça uygulanan önemli bir bölgesel sözleşme niteliğindedir<sup>57</sup>. Ancak kıyı ötesi faaliyetlere uygulanabilecek olası acil durum düzenlemeleri konusunda herhangi bir düzenlemenin olmaması, OSPAR Sözleşmesi'nin eksik tarafı olarak görülebilir.

## **B. 2009 TARİHLİ KUZAY KUTBU KIYI ÖTESİ PETROL VE DOĞAL GAZ KILAVUZLARI (AOGC) VE 2013 KUZAY KUTBU'NDAKİ PETROL KİRLİLİĞİNE İLİŞKİN, HAZIRLIK VE MÜDAHALE SÖZLEŞMESİ**

Kuzey Kutbu, petrol ve doğal gaz rezervleri bakımından oldukça zengin bir bölgeyi oluşturmaktadır. Kuzey Kutbu petrol ve doğal gaz operasyonlarının lojistik ve teknik zorlukları, söz konusu alana olan ilgiyi olumsuz etkilese de Kuzey Kutbu'nun sert iklime rağmen, Kuzey Kutbu kıyı ötesi sondajı 1970'li yıllarda başlamıştır<sup>58</sup>.

52 Ibid., s. 19.

53 OSPAR Recommendation 2010/18 on the Prevention of Significant Acute Oil Pollution from Offshore Drilling Activities, <https://www.ospar.org/convention/agreements> (Erişim Tarihi 25 Kasım 2020).

54 Liu, Protection of the Marine Environment, s. 199.

55 OSPAR Guidelines for Monitoring the Environmental Impact of Offshore Oil and Gas Activities, Agreement 2017-02, <https://www.ospar.org/convention/agreements> (Erişim Tarihi 25 Kasım 2020).

56 Ibid., s. 3.

57 Betsy Baker, "Offshore Oil and Gas Development in the Arctic: What the Arctic Council and International Law Can – and Cannot-Do", *American Society of International Law Proceedings*, Cilt 107, 2013, s. 278.

58 Sarah Gulas et al., "Declining Arctic Ocean Oil and Gas Developments: Opportunities to Improve Governance and Environmental Pollution Control", *Marine Policy*, Cilt 75, 2017, s. 53.

İklim değişikliği, Kuzey Kutbu deniz alanına erişimi giderek kolaylaştırmaktadır. Dolayısıyla kıyı ötesi petrol ve doğal gaz faaliyetlerinin Kuzey Kutbu'nda gelecekte önemli bir ekonomik faaliyet olacağı öngörülmektedir<sup>59</sup>.

Arktik Okyanusu'na kıyı erişimi olan beş ülke (Kanada, ABD, Rusya, Norveç ve Danimarka) uzun zamandır bu kaynakları keşfetmek ve çıkarmak veya bu kaynaklara ilişkin münhasır haklarını genişletmek için fırsat arayışında olmuştur. Norveç, Rusya, Kanada ve Danimarka, 200 deniz milinin ötesindeki kıta sahanlığının üzerinde talepte bulunabilmek için projeler başlatmıştır. Örneğin, Arktik Okyanusu boyunca Rusya'dan Kanada'ya 2000 km uzanan Lomonosov Sırtı, Rusya tarafından Asya kıtasının bir uzantısı olarak iddia edilirken hem Kanada hem de Danimarka Kuzey Amerika kıta sahanlığının bir uzantısı olduğunu iddia etmektedir. Ancak bugüne kadar, kıyı ötesi petrol ve doğal gaz faaliyetleri, Kuzey Kutbu devletlerinin yetki alanı sularındaki nispeten sığ sulara odaklanmıştır<sup>60</sup>.

OSPAR'ın uygulama alanı, Arktik Okyanusu'nun bir bölümünü (Bölge 1) içermektedir. Rusya, Kanada ve ABD hariç olmak üzere, Kuzey Kutbu devletleri aynı zamanda OSPAR'a da üye devletlerdir. Dolayısıyla Kuzey Kutbu'ndaki kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerine ilişkin düzenlemeler ile OSPAR düzenlemeleri ortak uygulama alanı bakımından birleşmektedir<sup>61</sup>.

1996 yılında Kuzey Kutbu devletleri (ABD, Rusya, Kanada, Norveç, Danimarka, Finlandiya, İsveç ve İzlanda) tarafından kurulan Kuzey Kutbu Konseyi gözetiminde, Kuzey Kutbu'ndaki kıyı ötesi petrol ve doğal gaz faaliyetlerini ele alan '2009 tarihli Kuzey Kutbu Kıyı Ötesi Petrol ve Doğal Gaz Kılavuzları'<sup>62</sup> kabul edilmiştir. Söz konusu Kılavuzlar, Kuzey Kutbu kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinde; planlama, araştırma, geliştirme, üretim ve platformların hizmetten kaldırılması aşamalarında, endüstri yetkililerine ve devlet düzenleyicilerine tavsiyelerde bulunmak üzere tasarlanan, petrol ve doğal gaz çıkarımı için en iyi uygulamaları içeren bağlayıcı olmayan önerilerdir. Bu öneriler arasında; çevresel etki değerlendirmesi (*environmental impact assessment*), çevresel izleme (*environmental monitoring*), güvenlik ve çevre yönetimi (*safety and environmental management*), faaliyet uygulamaları (*operating practices*), acil durum müdahale ve hazırlık planları (*emergencies preparedness and response*) gibi oldukça ayrıntılı ve önemli öneriler bulunmaktadır<sup>63</sup>.

Söz konusu Kılavuzlar, ortak politika ve uygulamaların güvence altına alınmasına yardımcı olmaktadır. Bu nedenle Kılavuz ilkelerin hedef grubu öncelikle yetkili makamlar olsa da petrol ve gaz endüstrisine ve Kuzey Kutbu kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetlerinden kaynaklı çevresel endişeleri ve uygulamaları anlamada kamuoyuna da yardımcı olmaktadır. Söz konusu Kılavuz ilkeler, bağlayıcılığı olmasa da mevcut olan en yüksek standartları teşvik etmeyi amaçlaması bakımından oldukça önemlidir. Dolayısıyla devletler belirtilen standartlardan veya ilkelerden daha katı kurallar da belirleyebilirler.

59 Liu, Protection of the Marine Environment, s. 200.

60 Gulas et al., Arctic Ocean, s. 53.

61 Baker, Offshore Oil and Gas Development in the Arctic, s. 278.

62 Arctic Offshore Oil and Gas Guidelines (AOOGC), 29 Nisan 2009, <https://oarchive.arctic-council.org/bitstream/handle/11374/63/Arctic-Guidelines-2009-13thMar2009.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi 26 Kasım 2020).

63 Ibid., s. 4.

Kılavuzların kabul edilmesinden bu yana, Kuzey Kutbu Konseyi çalışma gruplarından biri olan 'Kuzey Kutbu Deniz Çevresinin Korunması Çalışma Grubu' (PAME) bu faaliyetleri takip etmektedir. PAME'nin, Kuzey Kutbu kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetleri için çevresel etki değerlendirmesinin kapsamı ve bileşimi için yönergelerin geliştirilmesi, sağlık, emniyet ve çevre yönetim sistemleri ve Kuzey Kutbu kıyı ötesi petrol ve gaz faaliyetleri için en iyi işletim uygulamalarının kullanımına ilişkin rapor ve yönergelerin oluşturulması gibi çalışmaları bulunmaktadır<sup>64</sup>. PAME, 2017 yılında, kıyı ötesi yenilenebilir enerji, deniz çevresinde meydana gelen gürültü, kıyı ötesi madenciligi ve petrol ve doğal gaz konularına odaklanmıştır<sup>65</sup>.

PAME Yönergeleri, OSPAR önlemlerinin tüm Kuzey Kutbu devletleri tarafından dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. OSPAR'ın 2010 Kuzey-Doğu Atlantik Çevre Stratejisi de Kuzey Kutbu Konseyi ile iş birliğini teşvik etmektedir<sup>66</sup>.

2013 yılında 'Kuzey Kutbu'ndaki Petrol Kirliliğine İlişkin, Hazırlık ve Müdahale Sözleşmesi'<sup>67</sup> kabul edilmiştir. Sözleşme'nin amacı madde 1'de; taraf devletler arasında güçlü bir iş birliğinin ve koordinasyonun oluşturulması ve Kuzey Kutbu deniz çevresinin petrol kirliliğinden korunması için petrol kirliliğine ilişkin hazırlık ve müdahale konusunda karşılıklı yardımın sağlanması olarak belirtilmiştir<sup>68</sup>. Söz konusu amaçların sağlanabilmesi için Sözleşmede düzenlenen temel unsurlar arasında; herhangi bir petrol sızıntısı olayı veya ihtimali hakkında bilgi sahibi olan taraf devletin, etkilenmesi muhtemel diğer taraf devlete veya devletlere acilen bilgilendirme yapması (madde 6); petrol sızıntılarının belirlenmesi için uygun izleme faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi (madde 7); bir petrol sızıntısı karşısında herhangi bir taraf devletin müdahale kapasitesini aşması durumunda, diğer taraf devletlerce destek ve yardım sağlanması (madde 8); iş birliği ve bilgi değişiminde bulunulması (madde 12) ortak tatbikatlar ve eğitimler yapmaya gayret edilmesi (madde 13) gibi unsurlar bulunmaktadır<sup>69</sup>.

Söz konusu Sözleşme, deniz kirliliğinin önlenmesi ve kirlenme meydana geldiğinde müdahalede bulunulması konularında ön plana çıkmaktadır. Bu bakımdan Sözleşme'de iş birliği ve bilgilendirme konularına oldukça önem verilmiştir. Söz konusu durumun sağlanabilmesi için Kuzey Kutbu devletleri arasında ikili anlaşmaların yapılması ve uygulanması önem teşkil edecektir. Kuzey Kutbu Konseyi'nin iş birliğinin sağlanmasında ve ikili anlaşmalar yapılmasında aktif bir rol oynaması söz konusu olabilir.

Ancak Kuzey Kutbu kıyı ötesi tesislerinin ve düzenleyici rejimlerinin, petrol ve doğal gaz faaliyetlerinden kaynaklanan kirliliğin etkilerine cevap vermede yetersiz kabul edilmektedir. Nitekim

64 Protection of the Arctic Marine Environment (PAME), "Resource Exploration and Development", <https://pame.is/index.php/projects/resource-exploration-and-development> (Erişim Tarihi 10 Aralık 2020).

65 Ibid.

66 Baker, Offshore Oil and Gas Development in the Arctic, s. 278-279.

67 Agreement on Cooperation on Marine Oil Pollution, Preparedness and Response in the Arctic, Kabul Edilme Tarihi 15 Mayıs 2013, Yürürlük Tarihi: 25 Mart 2016, tarihinde [https://oaarchive.arctic-council.org/bitstream/handle/11374/529/EDOCS-2068-v1ACMMSE08\\_KIRUNA\\_2013\\_agreement\\_on\\_oil\\_pollution\\_preparedness\\_and\\_response\\_signedAppendices\\_Original\\_130510.PDF?sequence=6&isAllowed=y](https://oaarchive.arctic-council.org/bitstream/handle/11374/529/EDOCS-2068-v1ACMMSE08_KIRUNA_2013_agreement_on_oil_pollution_preparedness_and_response_signedAppendices_Original_130510.PDF?sequence=6&isAllowed=y) (Erişim Tarihi 26 Kasım 2020).

68 Ibid., madde 1.

69 Ibid., madde 6, 7, 8, 12, 13.

iklim şartlarından bağımsız olarak Arktik Okyanusu'ndaki petrol sızıntılarını kontrol altına alacak veya temizleyecek etkili teknolojiler bulunmamaktadır. Muhtemel olumsuz etkilerin azaltılmasına yardımcı olacak etkili teknolojilerin, düzenlemelerin ve politikaların geliştirilmesi Kuzey Kutbu deniz çevresinin korunması için gereklidir. Etkili acil müdahale sistemleri olmadan, gelecekte Kuzey Kutbu petrol ve doğal gaz keşfinin ve üretiminin siyasi olarak kabul edilemez olabileceği belirtilmektedir<sup>70</sup>.

### **C. 1974 TARİHLİ KIYI ÖTESİ KİRLİLİĞİ SORUMLULUK SÖZLEŞMESİ (OPOL)**

Petrolden kaynaklı deniz çevresinin kirlenmesi durumunda, kirlilik zararı taleplerinin karşılanmasını ve telafi edici önlemlerin gerçekleştirilmesini sağlamak için '1974 Kıyı Ötesi Kirliliği Sorumluluk Sözleşmesi' (OPOL)<sup>71</sup> hazırlanmıştır. 1 Mayıs 1975'te yürürlüğe giren OPOL esasen, '1977 tarihli Deniz Yatağı Maden Kaynaklarının Keşfi ve İşletilmesinden Kaynaklanan Petrol Kirliliği Zararlarına İlişkin Hukuki Sorumluluk Sözleşmesi'ni<sup>72</sup> beklerken, geçici bir tazminat rejimi sağlamak için oluşturulmuştur.

OPOL Sözleşmesi, İngiltere, Danimarka, Almanya, Fransa, İrlanda, Hollanda, Norveç, Man Adası, Faroe Adaları ve Grönland'ın yetkisi dâhilindeki sularda faaliyet gösteren sabit veya hareketli kıyı ötesi tesislerin sebep olduğu petrol kirliliği zararlarının tazmini amacıyla uygulanmaktadır<sup>73</sup>.

OPOL Sözleşmesi, taleplerin, maksimum sorumluluğa kadar karşılanmasını sağlamak için bir mekanizma sağlamaktadır. Ayrıca OPOL Sözleşmesi'nde, kıyı petrol faaliyetlerinin neden olduğu zararlardan kaynaklanan tazminat taleplerinin çözümünün sağlanması, taraflarca mümkün olan en kısa sürede zarar gideriminin gerçekleştirilmesi ve tarafların yükümlülüklerini yerine getirirken tazminat ödeme sorumluluğunun sağlanması amaçlanmaktadır<sup>74</sup>.

OPOL Sözleşmesi'nin hukuki niteliği, kıyı ötesi operatörleri tarafından yapılan sözleşmeye dayalı bir düzenlemedir. Sözleşme, katı ancak sınırlı sorumluluk ilkesine dayanmaktadır. OPOL üyeliği, Birleşik Krallık'ta bir lisans verilmesi için bir koşuldur. Birleşik Krallık dışında, Almanya, Fransa veya Danimarka gibi ülkelerde böyle bir koşul olmadığından OPOL üyeliği azalmıştır<sup>75</sup>.

70 Gulas et al., Arctic Ocean, s. 55.

71 The Offshore Pollution Liability Agreement (OPOL), Kabul Edilme Tarihi 04 Eylül 1974; Yürürlük Tarihi 01 Mayıs 1975, <http://www.opol.org.uk/downloads/OPOL%20Agreement%20-%202021%20June%202017.pdf> (Erişim Tarihi 26 Kasım 2020).

72 Kısaca '1977 Hukuki Sorumluluk Sözleşmesi' olarak anılan Sözleşme, kıyı ötesi petrol ve doğal gaz faaliyetleri için özel olarak sorumluluk almakta ve tazminat konusunda oldukça önemli düzenlemeler içermektedir. Ancak Hukuki Sorumluluk Sözleşmesi yürürlüğe girememiştir. Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage resulting from Exploration for and Exploitation of Seabed Mineral Resources, 1 Mayıs 1977, <https://www.ecolex.org/details/treaty/convention-on-civil-liability-for-oil-pollution-damage-resulting-from-exploration-for-and-exploitation-of-seabed-mineral-resources-tre-000434/> (Erişim Tarihi 26 Kasım 2020).

73 OPOL, Preamble.

74 Dina Sunyowati, "Principle of Responsibilities and Sanctions in Pollution of the Marine Environment by Offshore Mining", *Indonesian Journal of International Law*, Cilt 9, Sayı, 1, 2011, s. 67.

75 Sergei Vinogradov & Smith I. Azubuike, "Arctic Hydrocarbon Exploration and Production: Evaluating the Legal Regime for Offshore Accidental Pollution Liability", Heininen, & H. Exner-Pirot (der.), Arctic Yearbook 2018, Northern Research Forum, 2018, s. 317.

OPOL, tazmin edilebilir maksimum tutarı aşan veya OPOL Sözleşmesi'nin kapsamı dışındaki zararlar için davacının mahkemeler aracılığıyla tazminat talep etme hakkını elinden almamaktadır. Katı sorumluluk yükümlülüğü ise kusurun ispatlanmasına gerek olmadığı anlamına gelmektedir ve sorumluluğun atfedilmesi sorununu ortadan kaldırmaktadır<sup>76</sup>.

OPOL Sözleşmesi, yalnızca bir lisans kapsamında petrol ve doğal gaz arama veya üretimi için kullanılan kıyı ötesi tesislerin işletmecilerinin (operatörlerinin) veya kişilerin veya bu faaliyetlerde bulunmaya niyetli işletmeci veya kişilerin taraf olabileceği şekilde yapılandırılmıştır<sup>77</sup>. 'İşletmeci', söz konusu Sözleşmenin hüküm ve koşullarına tabi olarak bir kıyı ötesi tesisin çalışmasını yöneten, yürüten ve kontrol eden bir kişi anlamına gelmektedir. Bir kıyı ötesi tesisin işletilmesinde alt sözleşmeye sahip olunması veya faaliyetin tamamı veya herhangi bir kısmının üçüncü bir tarafa yaptırılması halinde de işletmeci sıfatı devam etmektedir<sup>78</sup>.

OPOL Sözleşmesi, kıyı ötesi tesisler için geçerlidir. Kıyı ötesi tesislerden ne anlaşılması gerektiği OPOL Sözleşmesi madde 1-(8)'de açıklanmaktadır. Buna göre kıyı ötesi tesisler: Petrol ve doğal gazın deniz tabanından veya toprak altından araştırılması, üretilmesi, işlenmesi, depolanması veya taşınması amacıyla kullanılan sabit veya hareketli herhangi bir kuyu, tesis veya boru hattı veya bunun bir kısmı, herhangi bir kuyunun sondajı veya herhangi bir nedenle bu tür bir tesisin faaliyet sahasından geçici olarak kaldırıldığı durumlarda, deniz tabanından veya altından petrolün araştırılması, üretilmesi, işlenmesi veya depolanması amacıyla kullanılan sabit veya hareketli her türlü tesislerdir. Kalıcı olarak terk edilmiş herhangi bir kuyu, tesisat, boru hattı veya petrolün depolanması için kullanılmayan herhangi bir gemi, mavna veya diğer araçlar bu kapsamda değerlendirilmemektedir<sup>79</sup>.

Söz konusu Sözleşme'nin geçerli olduğu bir veya daha fazla kıyı ötesi tesiste petrol sızıntısı meydana gelirse; sızıntı esnasında tesisin işletmecisi olan tüzel veya gerçek kişi, petrol kirliliği zararından sorumlu olacaktır. OPOL kapsamında, olay başına her sorumlu tarafın azami sorumluluk yükümlülüğü 250 milyon dolardır. Bu miktarın yarısı tazminat taleplerini karşılamak için kullanılırken; diğer yarısı da alınacak önlemler ve temizlik çalışmaları için kullanılacaktır. Ancak bir kategorideki tüm maliyetler karşılandığında artan miktar varsa, diğer kategorideki karşılanmamış maliyetler için kullanılabilir. OPOL Sözleşmesi'ne taraf devletlerdeki şirketler, zarar görenlere karşı borçlarını yerine getiremeyen taraf şirketlerden birisinin karşılaması gereken tazminatın ödenmesine katkı sağlamayı kabul etmektedirler. Katkılar, işletmeciler bakımından, işletilen kıyı ötesi tesislerinin sayısı ile orantılıdır<sup>80</sup>.

Ancak bir kıyı ötesi petrol sızıntısından kaynaklanan kirlilik, bir savaş eyleminden veya tamamen üçüncü bir şahıs tarafından zarar verme niyetiyle yapılan bir eylem veya ihmalden veya kıyı ötesi tesisine ilişkin lisansı veren devletin hükümeti veya yetkili makamı tarafından konulan şartlara veya verilen talimatlara uyulmasından kaynaklanmıyorsa işletmeci bakımından herhangi bir sorumluluk

76 Ibid., s. 317-318.

77 OPOL, Preamble.

78 OPOL, madde 1/10.

79 Ibid., madde 1/8.

80 Ibid., madde 4/A.

doğmayacaktır. Ayrıca zarar gördüğünü iddia eden bir kişi tarafından zarar verme niyetiyle yapılan bir eylem veya bu kişinin ihmalden kaynaklanan bir zarar varsa; bu durumda işletmeci tamamen veya kısmen sorumluluktan kurtulabilecektir<sup>81</sup>.

OPOL Sözleşmesi'nden kaynaklanan veya onunla bağlantılı olarak ortaya çıkan tüm ihtilaflar, Uluslararası Ticaret Odası Tahkim Kurallarında düzenlendiği üzere, söz konusu kurallara göre atanan bir veya daha fazla hakem tarafından nihai olarak çözülecektir. Tahkim yeri Londra olacaktır. Tahkim, bu tür anlaşmazlıkların ortadan kaldırılmasının münhasır yoludur<sup>82</sup>.

OPOL Sözleşmesi, kıyı ötesi tesislerden kaynaklı petrol kirliliği zararlarının tazminine ilişkin oldukça önemli düzenlemeler içeren, bu konuda yol gösterici nitelikte olan bir bölgesel sözleşme niteliğindedir. OPOL Sözleşmesi'nde, kıyı ötesi tesislerden kaynaklı petrol kirliliği zararlarında sorumluluğun esas olarak kimde olduğu belirlenmiş; sorumluluktan kısmen veya tamamen kurtulma durumları düzenlenmiştir. Kirlilikten zarar görenlerin taleplerinin tam olarak karşılanması amaçlanmıştır. Bu bağlamda, taraflardan birinin temerrüde düşmesi durumunda, her bir taraf şirketin, talepleri karşılamak için orantılı olarak katkıda bulunacağını ortaklaşa kabul etmesi, petrol kirliliği olayları sonucu gündeme gelen tazminat konusunda oluşabilecek boşlukların doldurulması bakımından oldukça önemli bir noktadır.

#### **D. 1976 TARİHLİ AKDENİZ'İN KİRLİLİĞE KARŞI KORUNMASI SÖZLEŞMESİ (BARSELONA SÖZLEŞMESİ) VE 1994 TARİHLİ KITA SAHANLIĞI VE DENİZ TABANININ ARAŞTIRILMASI VE İŞLETİLMESİNDEN KAYNAKLANAN KİRLİLİĞE KARŞI AKDENİZ'İN KORUNMASI PROTOKOLÜ (MADRİD PROTOKOLÜ)**

Bölgesel Denizler Programı kapsamında, çok taraflı bir çevre anlaşması olarak, Akdeniz'e kıyıdaş 21 devletin<sup>83</sup> ve Avrupa Birliği'nin katılımıyla, 1975 yılında 'Akdeniz Eylem Planı' (*Mediterranean Action Plan*) oluşturulmuştur<sup>84</sup>. Akdeniz Eylem Planı çerçevesinde yürütülecek faaliyetlerin hukuki temelini oluşturmak üzere hazırlanan 'Akdeniz'in Kirliliğe Karşı Korunması Sözleşmesi' (Barselona Sözleşmesi) 1976 yılında kabul edilmiş; 1978 yılında yürürlüğe girmiştir<sup>85</sup>.

Denizde ve kıyıda doğal kaynakların sürdürülebilir yönetimini sağlamak, çevreyi, sosyal ve ekonomik kalkınmaya entegre etmek, kirliliğin önlenmesi ve azaltılması yoluyla deniz çevresini ve kıyı bölgelerini korumak ve mümkün olduğunca kara veya deniz kaynaklı kirliliği ortadan kaldırmak, doğal ve kültürel mirası korumak, Akdeniz kıyı devletleri arasındaki dayanışmayı güçlendirmek,

81 Ibid., madde 4/B.

82 Ibid., madde 9.

83 Arnavutluk, Cezayir, Bosna Hersek, Hırvatistan, Kıbrıs, Mısır, Avrupa Birliği, Fransa, Yunanistan, İsrail, İtalya, Lübnan, Libya, Malta, Monako, Karadağ, Fas, Slovenya, İspanya, Suriye, Tunus ve Türkiye.

84 United Nations Environment Programme, "Mediterranean Action Plan", 1975, <https://www.unenvironment.org/unepmap/> (Erişim Tarihi 03 Aralık 2020).

85 Convention for the Protection of the Mediterranean Sea against Pollution, Kabul Edilme Tarihi 16 Şubat 1976, Yürürlük Tarihi 12 Şubat 1978, [http://wedocs.unep.org/bitstream/id/53143/convention\\_eng.pdf](http://wedocs.unep.org/bitstream/id/53143/convention_eng.pdf) (Erişim Tarihi 03 Aralık 2020).

yaşam kalitesinin iyileştirilmesine katkı sağlamak, Barcelona Sözleşmesi'nin ana hedefleri arasında bulunmaktadır<sup>86</sup>.

Barcelona Sözleşmesi'nin amaçları arasında kıyı ötesi faaliyetlerden kaynaklanan kirlenmeyle mücadele de vardır. Bu bağlamda, Barcelona Sözleşmesi'nin 7. maddesinde 'Taraf devletler, Akdeniz'in kıta sahanlığının, deniz yatağının ve altındaki toprağın incelenmesi ve kullanılmasından kaynaklanan kirliliği, önlemek, azaltmak, bu kirlilikle mücadele etmek ve bu kirliliği mümkün olan en üst düzeyde ortadan kaldırmak için tüm uygun önlemleri alacaklardır' hükmü yer almaktadır<sup>87</sup>. Maddede belirtilen 'mümkün olan en üst düzey', 'tüm uygun önlemler' gibi ifadeler yoruma açık, kesin bir yükümlülük belirtmeyen ifadelerdir. Yukarıda da bahsedildiği üzere en iyi teknik ve en iyi çevresel uygulamalar devletler ve bölgeler arasında farklılık göstermektedir. Ayrıca devletlerin uygun olarak aldığı bir önlem, farklı şartlar altında ve zamanda değişiklik gösterebilecektir. Bu durum, bir devletin teknolojik değişiklikleri ve bilimsel gelişmeleri yakından takip etmesini gerektirmektedir.

Alınacak uygun önlemler kavramına; çevresel etki değerlendirmesinin yapılması, bildirim ve bilgilendirme yapılması, danışmada bulunulması, iş birliğinin sağlanması, çevresel izlemenin gerçekleştirilmesi, emniyet ve çevre yönetiminin ve acil durum müdahale ve hazırlık planlarının oluşturulması gibi uygulamaların girmesi söz konusu olabilir. Ayrıca uluslararası çevre hukukunda kabul edilen; dikkat ve özen gösterme ilkesi (*due diligence*), önleme ilkesi, zarar vermeme ilkesi, ihtiyat ilkesi, kirleten öder ilkesi, sürdürülebilir kalkınma ilkesi gibi ilkelerin<sup>88</sup> devletler tarafından göz önünde bulundurulması ve bunlara uygun hareket edilmesi deniz kirliliğinin önlenmesi veya azaltılmasında önemli bir rol oynayacaktır.

1992 yılında Rio de Janeiro'da yapılan BM Çevre ve Kalkınma Zirvesi'nde alınan kararların ruhuna uygun olarak, Barcelona Sözleşmesi, 1995 yılında, deniz çevresinin yanı sıra, kıyı alanlarını da kapsayacak biçimde genişletilmiş, ayrıca sürdürülebilir kalkınma hedefi, halkın katılımı, çevresel etki değerlendirmesi gibi unsurlar getirilmiştir<sup>89</sup>. 'Akdeniz'in Deniz Çevresinin ve Kıyı Bölgesinin Korunmasına İlişkin Sözleşme' olarak kaydedilen değiştirilmiş Sözleşme, 9 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>90</sup>.

86 European Commission, "Our Oceans, Seas and Coasts-The Barcelona Convention", [https://ec.europa.eu/environment/marine/international-cooperation/regional-sea-conventions/barcelona-convention/index\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/marine/international-cooperation/regional-sea-conventions/barcelona-convention/index_en.htm) (Erişim Tarihi 03 Aralık 2020).

87 Convention for the Protection of the Mediterranean Sea against Pollution, madde 7.

88 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Nur Tütüncü, "Milletlerarası Hukuk Komisyonu'nun 53'üncü Oturumunda Kabul Edilen 2001 Tarihli Taslak Çerçevesinde Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınır Aşan Zararın Önlenmesi Sorununa Bir Bakış", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 22, Sayı 2, 2002, s. 889-948; Tanaka, Reflections on Time Elements, s. 161-172; Elizabeth A. Kirk ve Raeanne G. Miller, "Offshore Oil & Gas Installations in the Arctic: Responding to Uncertainty through Science and Law", *Arctic Yearbook*, 2018, s. 1-18.

89 Ayrıntılı bilgi için bkz. Amendments to the Convention for the Protection of the Mediterranean Sea Against Pollution, 10 Haziran 1995, [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/3002/95ig6\\_7\\_bc amendments\\_eng.pdf](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/3002/95ig6_7_bc amendments_eng.pdf) (Erişim Tarihi 04 Aralık 2020).

90 Convention for the Protection of the Marine Environment and the Coastal Region of the Mediterranean and Its Protocols, [https://planbleu.org/sites/default/files/upload/files/Barcelona\\_convention\\_and\\_protocols\\_2005\\_eng.pdf](https://planbleu.org/sites/default/files/upload/files/Barcelona_convention_and_protocols_2005_eng.pdf) (Erişim Tarihi 04 Aralık 2020).



Barcelona Sözleşmesi'ne ait 7 adet protokol bulunmaktadır<sup>91</sup>. Bu protokollerden biri de 14 Ekim 1994 tarihinde kabul edilen, 'Kıta Sahaneliği ve Deniz Tabanının Araştırılması ve İşletilmesinden Kaynaklanan Kirliliğe Karşı Akdeniz'in Korunması Protokolü'<sup>92</sup> dür. 2011 yılında yürürlüğe giren, kısaca Madrid Protokolü olarak anılan Protokol'de kıyı ötesi petrol arama ve üretiminin çeşitli yönlerini içeren kapsamlı bir yasal rejim belirlenmiştir.

Taraf devletlerce, Akdeniz'deki deniz yatağı ve toprak altının araştırılması ve kullanılması ile ilgili faaliyetlerdeki artışın farkına varılmış; buradan kaynaklanabilecek kirliliğin Akdeniz çevresi ve insanlar için ciddi bir tehlike oluşturduğu kabul edilmiştir. Böylece Akdeniz'in söz konusu kirlilikten korunması için Madrid Protokolü oluşturulmuştur<sup>93</sup>

Madrid Protokolü'nün 1. maddesinde, kıyı ötesi kaynaklar, faaliyetler ve tesisler, işletmeci gibi temel kavramların tanımlamaları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kıyı ötesi tesisler bakımından yapılan tanımlama<sup>94</sup> OPOL Sözleşmesi ile benzerlik göstermektedir. Ancak Madrid Protokolü'nde 'işletmeci', OPOL Sözleşmesi'nden farklı olarak; taraf devletler tarafından yetkilendirilmiş herhangi bir gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi Madrid Protokolü anlamında bir yetkiye sahip olmayan ancak kıyı ötesi faaliyetlerin kontrolünü fiilen elinde bulunduran herhangi bir kişi de olabilmektedir<sup>95</sup>. Kıyı ötesi faaliyetler ise; deniz tabanı ve toprak altı kaynakları ile ilgili bilimsel araştırma faaliyetleri, kıyı ötesi kaynakları<sup>96</sup> arama faaliyetleri (sismik araştırmalar, deniz yatağı ve toprak altı incelemeleri, numune alma), araştırma ve işletme sondajı, kullanım faaliyetleri (kaynakların geri kazanılması amacıyla bir tesisin kurulması, depolama, kıyıya boru hattıyla nakliye ve gemilere yükleme, bakım, onarım ve diğer yardımcı işlemler) olarak belirtilmiştir<sup>97</sup>. Görüldüğü üzere, söz konusu maddede kıyı ötesi faaliyetler kapsamı oldukça geniş tanımlanmıştır.

Madrid Protokolü madde 2'de Protokol'ün uygulama alanı bakımından coğrafi sınırlandırmaya ilişkin düzenleme yer almaktadır. Buna göre bu sınırlandırmaya; Barcelona Sözleşmesi'nin 1. maddesinde belirtilen coğrafi sınırlama içerisindeki alanların kıta sahanlığı, deniz yatağı ve toprak altı da dâhildir. Taraf devletlerden herhangi biri, Protokol alanına sulak alanlarını veya kıyı alanlarını dâhil edebilecektir. Bu Protokole dayalı olarak kabul edilen herhangi bir eylem, herhangi bir devletin kıta sahanlığının sınırlandırılmasına ilişkin haklarına halel getirmeyecektir<sup>98</sup>.

Madrid Protokolü madde 3'de tarafların, tek başlarına ya da ikili veya çok taraflı iş birliği yoluyla, mevcut en iyi tekniklerin, çevresel olarak etkili ve ekonomik açıdan uygun olmasını sağlayarak, kıyı

91 Ibid.

92 The Protocol for the Protection of the Mediterranean Sea against Pollution Resulting from Exploration and Exploitation of the Continental Shelf and the Seabed and its Subsoil, 24 Mart 2011, [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/2961/94ig4\\_4\\_protocol\\_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/2961/94ig4_4_protocol_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (Erişim Tarihi 26 Kasım 2020).

93 Valentin Bou, "Prevention of Offshore Pollution in the Mediterranean Sea", *International Conference on Water Problems in the Mediterranean Countries*, 1997, s. 1161.

94 The Protocol for the Protection of the Mediterranean Sea, madde 1/f.

95 Ibid., madde 1/g.

96 Kaynaklar, katı, sıvı veya gaz halindeki tüm mineral kaynakları ifade etmektedir. Ibid., madde 1/c.

97 Ibid., madde 1/d.

98 Ibid., madde 2.

ötesi faaliyetlerden kaynaklanan Protokolde öngörülen alanlardaki kirlenmeyi önlemek, azaltmak, mücadele etmek ve kontrol altına almak için tüm uygun önlemleri alacağı hükmü mevcuttur<sup>99</sup>. Söz konusu maddede, ekonomik kaygılar göz ardı edilmeyerek, alınacak önlemlerin ekonomik açıdan uygunluğunun sağlanması ayrıca belirtilmiştir. Nitekim çevre sorunlarının aynı zamanda ekonomik ve siyasi bir boyutu da bulunmaktadır Bir yanda sorunun çözümü için etkili bir politika uygulanmaya çalışılırken, diğer yanda devletlerin çatışan ekonomik ve siyasi çıkarları arasında bir denge kurulması ve maliyetlerin paylaşımı sorununun çözülmesi gerekmektedir<sup>100</sup>. Ancak Madrid Protokolü'nde, “*mevcut en iyi teknikler*”, “*çevresel olarak etkili ve ekonomik olarak uygun*” ifadeleriyle neyin anlaşılması gerektiğini tanımlayan hiçbir hüküm yoktur<sup>101</sup> (Bou, 1997: 1163).

Madrid Protokolü madde 4'de, kıyı ötesi faaliyetlere ilişkin izin sistemi ile ilgili genel prensipler belirlenmiştir. Buna göre; Protokol alanındaki tüm faaliyetler için, tesis sahasında yapılacaklar da dâhil olmak üzere, yetkili makam tarafından keşif ya da işletme için önceden yazılı olarak izin verilmelidir. Taraf devletler, izin talebi sonrasında, ilgilinin uluslararası standartlara ve uygulamalara göre bu faaliyeti yapabilecek teknik yeterliliğinin ve ekonomik kapasitesinin olup olmadığını, faaliyetin çevreye bir zarar verip vermeyeceğini dikkatle incelemekle ve bu konularda yeterli bulmadığı talepleri reddetmekle yükümlüdür. Kıyı ötesi tesisler uluslararası standartlara ve uygulamaya göre inşa edilecek ve operatörler, kendilerinden istenen faaliyetleri yürütmek için teknik yeterliliğe ve finansal kapasiteye sahip olacaklardır. Ancak önerilen faaliyetlerin çevre üzerinde önemli olumsuz etkilere neden olacağına dair göstergeler varsa, Protokol kapsamında izin reddedilecektir. Bir tesisin veya yapının onaylanması düşünüldüğünde, taraf devlet, bu tür bir kurulumun özellikle boru hatları ve kablolar üzerinde ve mevcut tesislerde zararlı bir etki yaratmayacağından emin olacaktır<sup>102</sup>. Ancak faaliyetlerin çevre üzerinde önemli olumsuz etkilere neden olacağına dair göstergelerin izin verildikten sonra ortaya çıkması durumu da söz konusu olabilir. Böyle bir durumda verilen iznin iptali veya gerekli düzenleme ve önlemlerin alınmasının sağlanması halinde verilen iznin geçerliliğinin devam etmesi, Protokolün ve söz konusu maddenin de ruhuna uygun olacaktır.

Madrid Protokolü madde 5 ise ‘yetkilendirme koşulları’nı düzenlemiştir. Buna göre, ‘Taraf devlet, herhangi bir izin başvurusunun veya bir yetkinin yenilenmesi başvurusunun, projenin aday işletmeci tarafından yetkili makama sunulmasına tabi olduğunu ve bu tür bir başvurunun özellikle aşağıdakileri içermesi gerektiğini öngörür: (a) önerilen faaliyetlerin çevre üzerindeki etkileriyle ilgili bir inceleme. Ayrıca yetkili makam, faaliyetlerin ve alanın özellikleri, niteliği, kapsamı, süresi ve teknik yöntemleri ışığında, bu Protokolün Ek IV’ü uyarınca çevresel etki değerlendirmesinin hazırlanmasını talep edebilir; (b) faaliyetin öngörüldüğü coğrafi alanların kesin tanımı; (c) mürettebatın oluşturulmasının yanı sıra, aday işletmecinin ve personelin profesyonel ve teknik niteliklerinin detayları; (d) 15. maddede belirtilen güvenlik önlemleri; (e) 16. maddede belirtilen acil durum planları; (f) 19. maddede belirtilen izleme prosedürleri; (g) 20. maddede belirtilen tesislerin sökülmesi planları; (h) 21. maddede belirtilen özel koruma altındaki alanlar için alınacak önlemler; (i) 27. madde 2/(b)’de

99 Ibid., madde 3.

100 Kaya ve Kaya, Uluslararası Çevre Rejimlerinde Etkinlik Sorunu, s. 129.

101 Bou, Prevention of Offshore Pollution in the Mediterranean Sea, s. 1163.

102 The Protocol for the Protection of the Mediterranean Sea, madde 4.

öngörülen yükümlülüğü kapsayan sigorta veya diğer finansal güvenlik önlemleri.' Bu maddede kıyı ötesi faaliyetleri gerçekleştirecek işletmecilerin izin taleplerinin onaylanması için gerçekleştirilmesi gereken birçok detay yer almaktadır. Kıyı ötesi faaliyetlerden kaynaklanan kirliliklerin önlenmesi veya azaltılması bakımından gerek işletmeciler gerek taraf devletler bakımından bu maddenin uygulanması ve yerine getirilmesi büyük önem taşımaktadır<sup>103</sup>.

Madrid Protokolü madde 7'de, taraflardan her birinin, Madrid Protokolü'nün getirdiği yükümlülüklerin ihlali veya Madrid Protokolü'nü uygulayan ulusal yasaların veya yönetmeliklerin gözetilmemesi veya izin verilen özel koşulların yerine getirilmemesi halinde uygulanacak yaptırımları belirleyebileceği hükmedilmiştir<sup>104</sup>.

Madrid Protokolü Kısım III'de atıklar ve zararlı veya zehirli maddeler düzenlenmiştir. Madrid Protokolü madde 9'da kıyı ötesi faaliyetler için kimyasal kullanımı ve depolanması, Kimyasal Kullanım Planı çerçevesinde yetkili makam tarafından onaylanan hallerde mümkündür. Madrid Protokolü kapsamındaki ve Ek I'de listelenen faaliyetlerden kaynaklanan zararlı veya zehirli madde ve malzemelerin Protokol Alanına atılması yasaktır. Madrid Protokolü Ek II'de listelenen durumlarda, yetkili makamdaki önceden özel bir izin alınması gereklidir<sup>105</sup>.

Madrid Protokolü'nün 10. maddesinde, kıyı ötesi platformlardan çıkarılan ve çevre kirliliğine sebebiyet verecek petrol, petrol karışımı materyalleri ve sondaj sıvısı malzemelerinin, taraf devletlerce belirlenecek ortak standartlar doğrultusunda atılması gerektiği belirtilmiş ve bu husus teknik anlamda detaylandırılmıştır. Madrid Protokolü madde 11'de, kanalizasyon atıkları; madde 12'de çöp atıkları düzenlenmiştir.

Madrid Protokolü Kısım IV güvenlik önlemlerini içermektedir. Buna göre, madde 15'de güvenlik önlemleri; madde 16'da acil durum planları; madde 17'de bilgilendirme; madde 18'de acil durumlarda karşılıklı yardım; madde 19'da izleme; madde 20'de kurumların kaldırılması; madde 21'de özel korunan alanlar ele alınmaktadır.

Madrid Protokolü Kısım V'de ise iş birliği düzenlenmektedir. Buna göre, madde 22'de çalışmalar ve araştırma programları; madde 23'de uluslararası kurallar, standartlar ve önerilen uygulamalar ve prosedürler; madde 24'de gelişmekte olan ülkelere bilimsel ve teknik yardımda bulunulması; madde 25'de karşılıklı bilgilendirme yapılması; madde 26'da sınır aşan kirlilik; madde 27'de sorumluluk ve tazminat konuları ele alınmaktadır. Madrid Protokolü'nde sorumluluk ve tazminat konularında da iş birliği yapılmasının öngörülmesi önemli bir nokta olarak görülebilir.

Madrid Protokolü, kıyı ötesi tesislerden kaynaklı kirlilik bakımından oldukça önemli, etkili ve ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Yürürlüğe giren düzenlemeler bakımından kıyı ötesi faaliyetlerden kaynaklanan deniz kirliliğine oldukça önem veren ve düzenleyen ilk belgedir<sup>106</sup>.

103 Ibid., madde 5.

104 Ibid., madde 7.

105 Ibid., madde 9.

106 Violeta Radovich ve Javier Franco-Zárate, "Offshore Activity-New Regulations and Contracts", 2012, <https://comitemaritime>.

## E. AVRUPA BİRLİĞİ

Avrupa Birliği'nin çevresel düzenlemeleri, bölgesel düzeyde en kapsamlı ve ayrıntılı çevre ilkelerini, kurallarını, standartlarını ve prosedürlerini içermektedir<sup>107</sup>. AB'nin denizlere ilişkin düzenlemeye ilgisi aslında 12 Aralık 1999'da Erika isimli petrol tankerinin batması sonrasında ortaya çıkmıştır<sup>108</sup>. Deepwater Horizon felaketi ise, AB sularında meydana gelen büyük bir kıyı ötesi petrol veya doğal gaz kazası riskinin olduğu ve Birlik genelindeki mevcut parçalanmış mevzuatın ve çeşitli düzenleyici uygulamaların riskleri azaltmadığının farkına varmasında büyük rol oynamıştır<sup>109</sup>.

27 Ekim 2011 tarihinde 'Kıyı Ötesi Petrol ve Doğal Gaz Arama Güvenliği, Keşif ve Üretim Faaliyetleri Hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönetmeliği Önerisi'<sup>110</sup> ileri sürülmüştür. Teklifin genel amaçları arasında; Birlik sularında meydana gelen büyük bir kazanın risklerini azaltmak ve yine de böyle bir kaza meydana gelirse, sonuçlarını ve risklerini en aza indirmek bulunmaktadır.

2013 yılında, kıyı ötesi petrol ve doğal gaz faaliyetleri bakımından meydana gelebilecek kazaları önlemek ve bu kazaların sonuçlarını sınırlandırmak için asgari şartları belirlemeyi amaçlayan '2013/30/EU88 sayılı Direktif' kabul edilmiştir<sup>111</sup>. 2013/30/EU88 sayılı Direktif'de taraf devletlerden, kıyı ötesi petrol ve doğal gaz operasyonları sonucu meydana gelebilecek büyük kazaları önlemek için tüm uygun önlemlerin alınması ve işletmeciler bakımından da bu önlemlerin alınmasının sağlanması istenmektedir. Taraf devletler, büyük kazalara neden olan veya buna yol açan eylemlerin veya eksikliklerin işletmeciler tarafından gerçekleştirilmesi sebebiyle, işletmecilerin bu Direktif kapsamında sorumlu olmasını sağlayacaktır<sup>112</sup>.

Kıyı ötesi petrol ve doğal gaz faaliyetlerinden kaynaklı sınır aşan bir zarar, kaza veya bunlara yakın bir tehdit söz konusu olduğunda, bu durumların kendi yetki alanı altında gerçekleştiği taraf devlet, gecikmeden AB Komisyonu'na ve diğer taraf devletlere veya etkilenmesi muhtemel üçüncü ülkelere durumu bildirecek ve etkili bir acil durum müdahalesine ilişkin sürekli bilgi sağlayacaktır<sup>113</sup>.

org/wp-content/uploads/2018/06/Paper-of-Violeta-S.-Radovich-and-Javier-Franco-Z%C3%A0rate.pdf (Erişim Tarihi 26 Kasım 2020).

107 Vinogradov, Environmental Protection in the Petroleum Industry, s.510.

108 Wetterstein, Environmental Liability in the Offshore Sector, s. 41. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gökhan Güneysu; Figen Tabanlı, "Erika ve Prestige Kazalarının Oluşan Hukuk Kurallarına Etkisi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 1, 2020, s. 109-137.

109 Liu, Protection of the Marine Environment, s. 201.

110 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Safety of Offshore Oil and Gas Prospection, Exploration and Production Activities, 27 Ekim 2011, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0688:FIN:EN:PDF> (Erişim Tarihi 26 Kasım 2020).

111 Directive 2013/30/EU of the European Parliament and the Council of 12 June 2013 on Safety of Offshore Oil and Gas Operations and Amending Directive 2004/35/EC, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0030&from=EN> (Erişim Tarihi 26 Kasım 2020), madde 1/1.

112 Ibid., kısım 2, madde 3.

113 Ibid., madde 31.

## **F. 1978 TARİHLİ DENİZ ÇEVRESİNİN KİRLENMEDEN KORUNMASINDA İŞ BİRLİĞİNE DAİR KUVEYT BÖLGESEL SÖZLEŞMESİ (KUVEYT SÖZLEŞMESİ)**

Basra (İran) Körfezi bölgesini ele alan '1978 tarihli Deniz Çevresinin Kirlenmeden Korunmasında İş Birliğine Dair Kuveyt Bölgesel Sözleşmesi'<sup>114</sup>, deniz çevresinin korunmasına yönelik bir dizi gelişmiş standartlara sahiptir. Taraf devletler<sup>115</sup>, deniz yatağı ve toprak altı faaliyetlerinden kaynaklanan kirlilik ile ilgili olarak 1989 tarihli 'Kıta Sahaneliğinin Keşfi ve İşletilmesinden Kaynaklı Deniz Kirliliğine İlişkin Kuveyt Protokolü'<sup>116</sup>nü kabul etmişlerdir.

Kuveyt Protokolü madde 2'de 'Bireysel olarak veya ortaklaşa hareket eden taraf devletler, mevcut en iyi ve ekonomik olarak uygulanabilir teknolojiyi göz önünde bulundurarak, Protokolde öngörülen alanlarda kendi yetki alanları dâhilindeki kıyı ötesi faaliyetlerden kaynaklanan deniz kirliliğinin önlenmesi, azaltılması ve kontrol altına alınması için gerekli tüm önlemleri almalıdır'<sup>117</sup> hükmü yer almaktadır. Burada da Madrid Protokolü'nde belirtildiği gibi ekonomik kaygılar göz önünde bulundurulmuştur.

Kuveyt Protokolü madde 4'de; taraf devletlerin, önemli bir kirlilik riski oluşturabilecek herhangi bir kıyı ötesi faaliyete izin vermeden önce işletmeciden, faaliyetin olası çevresel etkilerinin değerlendirmesinin sunulmasını isteyeceği düzenlenmiştir<sup>118</sup>. Söz konusu maddede çevresel etki değerlendirmesinin nasıl yapılacağı ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

Kuveyt Protokolü madde 7'de, taraf devletlerin, işletmecilerin, kıyı ötesi tesislerinde iyi işleyen, yeterli ekipman ve cihazların yanı sıra donanımlı personele sahip olmasını ve bunların denetimlerinin yapılmasını sağlaması gerektiği ayrıntılı olarak ifade edilmektedir<sup>119</sup>. Kuveyt Protokolü'nde ve Madrid Protokolü madde 5/(c)'de ele alınan bu düzenleme, deniz çevresinin korunmasında önleyici bir uygulama oluşturması bakımından önemlidir.

Kuveyt Protokolü madde 8'de, acil durum müdahale ve hazırlık planlarının oluşturulması düzenlenmektedir. 1989 tarihli Kuveyt Protokolü, petrol bazlı sondaj sıvılarının ve çöp ve lağım atıklarının platformlardan boşaltılmasını da düzenlemektedir<sup>120</sup>. Ayrıca kıyı ötesi faaliyetleri esnasında kimyasal maddeler de kullanıldığından, işletmecilerin kimyasal kullanım planı hazırlaması gerektiği belirtilmektedir<sup>121</sup>.

114 Kuwait Regional Convention for Cooperation on the Protection of the Marine Environment from Pollution, Kabul Edilme Tarihi 24 Nisan 1978, Yürürlük Tarihi 30 Haziran 1979, <https://www.ecolex.org/details/treaty/kuwait-regional-convention-for-co-operation-on-the-protection-of-the-marine-environment-from-pollution-tre-000537/> (Erişim Tarihi 26 Kasım 2020).

115 Bahreyn, İran, Irak, Kuveyt, Umman, Katar, Suudi Arabistan, Birleşik Arap Emirlikleri.

116 Protocol Concerning Marine Pollution resulting from Exploration and Exploitation of the Continental Shelf, Kabul Edilme Tarihi 29 Mart 1989, Yürürlük Tarihi 17 Şubat 1990, <https://www.ecolex.org/details/treaty/protocol-concerning-marine-pollution-resulting-from-exploration-and-exploitation-of-the-continental-shelf-tre-001128/> (Erişim Tarihi 26 Kasım 2020).

117 Ibid., madde 2.

118 Ibid., madde 4.

119 Ibid., madde 6.

120 Ibid., madde 9-10.

121 Ibid., madde 11.

## SONUÇ

Kıyı ötesi petrol ve doğal gaz faaliyetlerinin deniz çevresi üzerinde olumsuz etkiler oluşturduğu ve deniz kirliliğine sebebiyet verdiği önemli bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca ulusal yargı yetkisindeki kıyı ötesi petrol ve doğal gaz faaliyetleri, sınır aşan kirlilik riski oluşturduğundan diğer devletlerin kıyılarını veya sularını etkileyebilmektedir. Bu durumda bölgesel iş birliği yoluna gidilmesi en uygun çözüm yollarından biri olarak görünmektedir.

Bölgesel düzenlemeler, etkin ve geçerli bir iç hukuk düzenlemesi veya geçerli bir uluslararası antlaşmanın olmadığı alanlarda kritik öneme sahiptir. Bölgesel düzenlemelere bütün bölge devletlerinin taraf olmaları ve taraf devletlerin etkin bir şekilde hareket etmeleri çok önemlidir.

Bu bağlamda en önemli bölgesel sözleşmelerden biri Kuzey-Doğu Atlantik deniz çevresinin korunması için oluşturulan 1992 OSPAR Sözleşmesi'dir. OSPAR Sözleşmesi'nde, kara ve denizlerden kaynaklı kirliliğin önlenmesi ve ortadan kaldırılması, deniz ekosistemi ve biyolojik çeşitliliğin korunması gibi konuların yanı sıra kıyı ötesi faaliyetlerden kaynaklanan kirlenmenin önlenmesi ve ortadan kaldırılması da ele alınmıştır.

2009 tarihli Kuzey Kutbu Kıyı Ötesi Petrol ve Doğal Gaz Kılavuzlarında acil durum müdahale ve hazırlık planları gibi oldukça ayrıntılı ve önemli öneriler bulunmaktadır. Söz konusu Kılavuz ilkeler, bağlayıcılığı olmasa da mevcut olan en yüksek standartları teşvik etmeyi amaçlaması bakımından oldukça önemlidir. 2013 tarihli Kuzey Kutbu'ndaki Petrol Kirliliğine İlişkin, Hazırlık ve Müdahale Sözleşmesi ise, deniz kirliliğinin önlenmesi ve kirlenme meydana geldiğinde müdahalede bulunulması konularında ön plana çıkmaktadır.

1974 tarihli OPOL Sözleşmesi ise, kıyı ötesi faaliyetlerden kaynaklanan petrol kirliliği zararlarının tazmini amacıyla uygulanmakta olan bir diğer önemli bölgesel düzenlemedir. OPOL Sözleşmesi'nde, sorumlu kişilerin ve tazminat miktarlarının belirlenmesi ile kirlilikten zarar görenlerin taleplerinin tam olarak karşılanması amaçlanmıştır. Bu bağlamda, taraf devletlerdeki işletmeciler tarafından karşılanamayan tazminat miktarları bakımından, her bir taraf şirketin, tazminat taleplerini karşılamak için orantılı katkıda bulunacağını ortaklaşa kabul etmesi, petrol kirliliği olayları sonucu gündeme gelen tazminat konusunda oluşabilecek boşlukların doldurulması bakımından önemlidir.

Kıyı ötesi faaliyetlerden kaynaklanan petrol kirliliği zararlarının tazmini için oluşturulacak OPOL benzeri bölgesel sözleşmelerin sayısının artırılmasına gayret edilmelidir. IMO'nun, bu tür durumlarda rehberlik etmesi ve bölgesel düzenlemelerin oluşturulması için organizasyonlar düzenlemesi, bölge devletleri bakımından teşvik edici olacaktır.

Deniz çevresinin kirlenmeye karşı korunmasına yönelik ilk bölgesel girişimlerden birini temsil eden bölgesel sözleşmelerden bir diğeri de Akdeniz'in kirliliğe karşı korunmasına ilişkin 1976 tarihli Barselona Sözleşmesi ve 1994 tarihli Madrid Protokolü'dür. Madrid Protokolü, kıyı ötesi tesislerden kaynaklı kirlilik bakımından oldukça önemli, etkili ve ayrıntılı düzenlemeler içermektedir.

Avrupa Birliği'nin çevresel düzenlemeleri ise bölgesel düzeyde muhtemelen en kapsamlı ve ayrıntılı çevre ilkelerini, kurallarını, standartlarını ve prosedürlerini içermektedir. Birlik sularında meydana gelen kazalar ve kirlenmeler bu düzenlemeler bakımından teşvik edici olmuştur.

1978 tarihli Deniz Çevresinin Kirlenmeden Korunmasında İş Birliğine Dair Kuveyt Bölgesel Sözleşmesi, deniz çevresinin korunmasına ilişkin bir diğer bölgesel sözleşmedir. Taraf devletlerin kabul ettiği, 1989 tarihli Kuveyt Protokolü deniz yatağı ve toprak altı faaliyetlerinden kaynaklanan kirlilik ile ilgili olarak önemli düzenlemeler içermektedir.

Ele alınan bölgesel düzenlemelere bakıldığında, kıyı ötesi faaliyetlerden kaynaklanan kirliliğin önlenmesi veya azaltılması amacıyla belli başlı standartların ele alındığı görünmektedir. Bunlar genel olarak; çevresel etki değerlendirmesinin yapılması, bildirim, bilgilendirme ve danışmada bulunulması, iş birliğinin sağlanması, çevresel izlemenin gerçekleştirilmesi, emniyet ve çevre yönetiminin ve acil durum müdahale ve hazırlık planlarının oluşturulması gibi standartlardır. Ayrıca uluslararası çevre hukukunda kabul edilen; dikkat ve özen gösterme ilkesi, önleme ilkesi, zarar vermeme ilkesi, ihtiyat ilkesi, kirleten öder ilkesi, sürdürülebilir kalkınma ilkesi gibi ilkelerin devletler tarafından göz önünde bulundurulması ve bunlara uygun hareket edilmesi, kıyı ötesi faaliyetlerden kaynaklı kirliliğin azaltılması ve önlenmesinde önemli bir rol oynayacaktır.

Genel olarak ele alınan düzenlemelerde taraf devletlerin, 'en iyi çevresel uygulamalar'ı ve 'en iyi teknikler'i kullanması ile 'uygun olan tüm önlemler'in alınması gerektiği ifade edilmektedir. Ancak bu tür ifadeler yoruma açık, kesin bir yükümlülük belirtmeyen ifadelerdir. En iyi teknik ve en iyi çevresel uygulamalar devletler ve bölgeler arasında farklılık gösterebilmektedir. Anlaşmalar için temel oluşturan siyasi, ekonomik ve özellikle teknolojinin hızla gelişmesi göz önünde bulundurulduğunda koşulların zamanla değişmesi ihtimali vardır. Gelişmeler sayesinde deniz çevresi hakkında yeni veya daha ayrıntılı bilgilerin edinilmesi söz konusudur. Dolayısıyla devletlerin o zamanki şartlar altında en uygun olarak aldığı bir önlem, farklı şartlar altında ve zamanda en uygun önlem olmayabilir. Bu durum, bir devletin teknolojik değişiklikleri ve bilimsel gelişmeleri yakından takip etmesini gerektirmektedir. Deniz kirliliğinin önlenmesi, azaltılması ve deniz çevresinin muhafazası için, bu tür yeni gelişmelerin, çevrenin ve deniz kirliliğinin önlenmesine ilişkin anlaşmaların yorumlanmasına ve uygulanmasına yansıtılması da oldukça önemlidir.

## KAYNAKÇA

Agreement on Cooperation on Marine Oil Pollution, Preparedness and Response in the Arctic, Kabul Edilme Tarihi 15 Mayıs 2013, Yürürlük Tarihi: 25 Mart 2016, tarihinde [https://oarchive.arctic-council.org/bitstream/handle/11374/529/EDOCS-2068-v1-ACMMSE08\\_KIRUNA\\_2013\\_agreement\\_on\\_oil\\_pollution\\_preparedness\\_and\\_response\\_signedAppendices\\_Original\\_130510.PDF?sequence=6&isAllowed=y](https://oarchive.arctic-council.org/bitstream/handle/11374/529/EDOCS-2068-v1-ACMMSE08_KIRUNA_2013_agreement_on_oil_pollution_preparedness_and_response_signedAppendices_Original_130510.PDF?sequence=6&isAllowed=y) (Erişim Tarihi 26 Kasım 2020).

Ali İbrahim Akkkutay, "Uluslararası Hukukta Denizlerdeki Canlı Kaynakların Korunması ve Yönetimi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 4, 2016, s. 1-19.

- Alvar Braathen ve Harald Brekke, “Characterizing the Seabed: a Geoscience Perspective” Catherine Banet (der), *The Law of the Seabed: Access, Uses, and Protection of Seabed Resources*, Boston, Leiden: Brill Nijhoff, 2020, s. 21-35.
- Amendments to the Convention for the Protection of the Mediterranean Sea Against Pollution, 10 Haziran 1995, [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/3002/95ig6\\_7\\_bcamendments\\_eng.pdf](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/3002/95ig6_7_bcamendments_eng.pdf) (Erişim Tarihi 04 Aralık 2020).
- Arctic Offshore Oil and Gas Guidelines (AOOGC), 29 Nisan 2009, <https://oarchive.arctic-council.org/bitstream/handle/11374/63/Arctic-Guidelines-2009-13th-Mar2009.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Erişim Tarihi 26 Kasım 2020).
- Ayşe Nur Tütüncü, “Milletlerarası Hukuk Komisyonu’nun 53’üncü Oturumunda Kabul Edilen 2001 Tarihli Taslak Çerçevesinde Tehlikeli Faaliyetlerden Kaynaklanan Sınır Aşan Zararın Önlenmesi Sorununa Bir Bakış”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt 22, Sayı 2, 2002, s. 889-948.
- Ayşe Nur Tütüncü, *Gemi Kaynaklı Deniz Kirlenmesinin Önlenmesi, Azaltılması ve Kontrol Altına Alınmasında Devletin Yetkisi*, İstanbul, Beta Yayınları, 2004.
- Betsy Baker, “Offshore Oil and Gas Development in the Arctic: What the Arctic Council and International Law Can – and Cannot-Do”, *American Society of International Law Proceedings*, Cilt 107, 2013, s.275-280.
- Catherine Banet, “The Law of the Seabed” Catherine Banet (der), *The Law of the Seabed: Access, Uses, and Protection of Seabed Resources*, Boston, Leiden: Brill Nijhoff, 2020, s. 1-18.
- CLME-Hub, “UN Environment Regional Seas Program”, <https://clmeplus.org/un-environment-regional-seas-program/> (Erişim Tarihi 01 Aralık 2020).
- Contracting Parties, OSPAR Commission, <https://www.ospar.org/organisation/contracting-parties> (Erişim Tarihi 25 Kasım 2020).
- Convention for the Protection of the Marine Environment and the Coastal Region of the Mediterranean and Its Protocols, [https://planbleu.org/sites/default/files/upload/files/Barcelona\\_convention\\_and\\_protocols\\_2005\\_eng.pdf](https://planbleu.org/sites/default/files/upload/files/Barcelona_convention_and_protocols_2005_eng.pdf) (Erişim Tarihi 04 Aralık 2020).
- Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic – OSPAR Convention, 1992, [https://www.ospar.org/site/assets/files/1290/ospar\\_convention\\_e\\_updated\\_text\\_in\\_2007\\_no\\_revs.pdf](https://www.ospar.org/site/assets/files/1290/ospar_convention_e_updated_text_in_2007_no_revs.pdf) (Erişim Tarihi 25 Kasım 2020).
- Convention for the Protection of the Mediterranean Sea against Pollution, Kabul Edilme Tarihi 16 Şubat 1976, Yürürlük Tarihi 12 Şubat 1978, [http://wedocs.unep.org/bitstream/id/53143/convention\\_eng.pdf](http://wedocs.unep.org/bitstream/id/53143/convention_eng.pdf) (Erişim Tarihi 26 Kasım 2020).
- Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage resulting from Exploration for and Exploitation of Seabed Mineral Resources, 1 Mayıs 1977, <https://www.ecolex.org/details/treaty/convention-on-civil-liability-for-oil-pollution-damage-resulting-from-exploration-for-and-exploitation-of-seabed-mineral-resources-tre-000434/> (Erişim Tarihi 26 Kasım 2020).
- Convention on the International Maritime Organization, Kabul Edilme Tarihi: 6 Mart 1948; Yürürlük Tarihi: 17 Mart 1958, <http://www.imo.org/en/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/Convention-on-the-International-Maritime-Organization.aspx> (Erişim Tarihi 25 Kasım 2020).
- David Caron, “Liability for Transnational Pollution Arising from offshore Oil Development: A Methodological Approach”, *Ecology L.Q.*, Cilt 10, 1982, s. 641-683.
- Dina Sunyowati, “Principle of Responsibilities and Sanctions in Pollution of the Marine Environment by Offshore Mining”, *Indonesian Journal of International Law*, Cilt 9, Sayı 1, 2011, s. 59-70.



- Directive 2013/30/EU of the European Parliament and the Council of 12 June 2013 on Safety of Offshore Oil and Gas Operations and Amending Directive 2004/35/EC, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0030&from=EN> (Erişim Tarihi 25 Kasım 2020).
- Directive 2013/30/EU of the European Parliament and the Council of 12 June 2013 on Safety of Offshore Oil and Gas Operations and Amending Directive 2004/35/EC, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013L0030&from=EN> (Erişim Tarihi 26 Kasım 2020).
- Earney, Fillmore, *Marine Mineral Resources*, New York, Routledge, 2002.
- Ellen Hey, Ton IJlstra and Andre Nollkaemper, “1992 Paris Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic: A Critical Analysis”, *International Journal of Marine and Coastal Law*, Cilt8, Sayı 1, 1993, s. 1-76.
- Elizabeth A. Kirk ve Raeanne G. Miller, “Offshore Oil & Gas Installations in the Arctic: Responding to Uncertainty through Science and Law”, *Arctic Yearbook*, 2018, s. 1-18.
- European Commission, “Our Oceans, Seas and Coasts-The Barcelona Convention”, [https://ec.europa.eu/environment/marine/international-cooperation/regional-sea-conventions/barcelona-convention/index\\_en.htm](https://ec.europa.eu/environment/marine/international-cooperation/regional-sea-conventions/barcelona-convention/index_en.htm) (Erişim Tarihi 03 Aralık 2020).
- Eva Ramirez-Llodra, “Deep-Sea Ecosystems: Biodiversity and Anthropogenic Impacts”, Catherine Banet (der), *The Law of the Seabed: Access, Uses, and Protection of Seabed Resources*, Boston, Leiden: Brill Nijhoff, 2020, s. 36-60.
- Global Ocean Commission, *From Decline to Recovery – A Rescue Package for the Global Ocean*, Report 2014.
- Gökhan Güneysu ve Figen Tabanlı, “Erika ve Prestige Kazalarının Oluşan Hukuk Kurallarına Etkisi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 1, 2020, s. 109-137.
- International Tribunal for the Law of the Sea, <https://www.itlos.org/the-tribunal/chambers/>, (Erişim Tarihi 25 Kasım 2020).
- İslam Safa Kaya, “Offshore Petrol Platformlarının Uluslararası Hukuktaki Yeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt 118, 2015, s. 345-360.
- Julien Rochette et al., “The Regional Approach to the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction”, *Marine Policy*, Cilt 49, 2014, s. 109-117.
- Kuwait Regional Convention for Cooperation on the Protection of the Marine Environment from Pollution, Kabul Edilme Tarihi 24 Nisan 1978, Yürürlük Tarihi 30 Haziran 1979, <https://www.ecolex.org/details/treaty/kuwait-regional-convention-for-co-operation-on-the-protection-of-the-marine-environment-from-pollution-tre-000537/> (Erişim Tarihi 26 Kasım 2020).
- Mehmet Akif Kütükçü, “Uluslararası Hukukta Gemi Kaynaklı Kirlenme ve Devlet Gemilerinin Egemenlikten Doğan Bağışıklığı”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2 2001, s. 45-65.
- Mikhail Kashubsky, “Marine Pollution from the Offshore Oil and Gas Industry: Review of Major Conventions and Russian Law (Part I)”, *Maritime Studies*, 2006, s. 1-11.
- Nengye Liu, “Protection of the Marine Environment from Offshore Oil and Gas Activities”, Rosemary Rayfuse (der.), *Research Handbook on International Marine Environmental Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2015, s. 190-205.
- Nick Hunter, *Offshore Oil Drilling (Hot Topics)*, Capstone Global Library Limited, 2012.
- Peter Wetterstein, “Environmental Liability in the Offshore Sector with Special Focus on Conflict of Laws (Part 1)”, *The Journal of International Maritime Law*, Cilt 20, 2014, s. 30-49.

- Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Safety of Offshore Oil and Gas Propection, Exploration and Production Activities, 27 Ekim 2011, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0688:FIN:EN:PDF> (Erişim Tarihi 26 Kasım 2020).
- Protection of the Arctic Marine Environment (PAME), “Resource Exploration and Development”, <https://pame.is/index.php/projects/resource-exploration-and-development> (Erişim Tarihi 10 Aralık 2020).
- Protocol Concerning Marine Pollution resulting from Exploration and Exploitation of the Continental Shelf, Kabul Edilme Tarihi 29 Mart 1989, Yürürlük Tarihi 17 Şubat 1990, <https://www.ecolex.org/details/treaty/protocol-concerning-marine-pollution-resulting-from-exploration-and-exploitation-of-the-continental-shelf-tre-001128/> (Erişim Tarihi 26 Kasım 2020).
- Report to the President (BP Oil Spill Commission Report), *Deep Water – The Guif Oil Disaster and the Future Offshore Drilling: National Commission on the BP Deepwater Horizon Oil Spill and Offshore Drilling, Featured Commission Publications*, Ocak 2011.
- Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area, List of Cases No. 17, Advisory Opinion, 1 February 2011, [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_17/17\\_adv\\_op\\_010211\\_en.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/17_adv_op_010211_en.pdf), (Erişim Tarihi 25 Kasım 2020).
- Sarah Gulas et al., “Declining Arctic Ocean Oil and Gas Developments: Opportunities to Improve Governance and Environmental Pollution Control”, *Marine Policy*, Cilt 75, 2017, s. 53-61.
- Seline Trevisanut, “Decommissioning of Offshore Installations: A Fragmented and Ineffective International Regulatory Framework”, Catherine Banet (der.), *The Law of the Seabed: Access, Uses, and Protection of Seabed Resources*, Boston, Leiden: Brill Nijhoff, 2020, s. 431-453.
- Sergei Vinogradov & Smith I. Azubuike, “Arctic Hydrocarbon Exploration and Production: Evaluating the Legal Regime for Offshore Accidental Pollution Liability”, Heininen, & H. Exner-Pirot (der.), *Arctic Yearbook 2018*, Northern Research Forum, 2018, s. 307-327.
- Sergei Vinogradov, “Environmental Protection in the Petroleum Industry”, *Hydrocarbons: Economics, Policies and Legislation*, Cilt IV, s. 507.
- Sevin Toluner, *Milletlerarası Hukuk Dersleri Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresi ve Niteliği)*, İstanbul, Beta Yayınları, 1996.
- The Offshore Pollution Liability Agreement (OPOL), Kabul Edilme Tarihi 04 Eylül 1974; Yürürlük Tarihi 01 Mayıs 1975, <http://www.opol.org.uk/agreement.htm> (Erişim Tarihi 26 Kasım 2020).
- The Protocol for the Protection of the Mediterranean Sea against Pollution Resulting from Exploration and Exploitation of the Continental Shelf and the Seabed and its Subsoil, 24 Mart 2011, [https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/2961/94ig4\\_4\\_protocol\\_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/2961/94ig4_4_protocol_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (Erişim Tarihi 26 Kasım 2020).
- Trail Smelter Case (United States, Canada), 16 April 1938 and 11 March 1941 Volume III, [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_III/1905-1982.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf) (Erişim Tarihi 01 Aralık 2020).
- United Nations Environment Programme, “Mediterranean Action Plan”, 1975, <https://www.unenvironment.org/unepmap/> (Erişim Tarihi 03 Aralık 2020).
- United Nations Environment Programme, “Regional Seas Programmes”, <https://www.unenvironment.org/explore-topics/oceans-seas/what-we-do/working-regional-seas/regional-seas-programmes> (Erişim Tarihi 01 Aralık 2020).
- United Nations Treaty Series Online, “United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)”, İmza Tarihi: 10 Aralık 1982, Yürürlük Tarihi: 16 Kasım 1994, [https://www.un.org/Depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/closindx.htm](https://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/closindx.htm) (Erişim Tarihi 03 Aralık 2020).

- United Nations Treaty Series Online, “Vienna Convention on the Law of Treaties”, İmza Tarihi: 23 Mayıs 1969, Yürürlük Tarihi: 27 Ocak 1980, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf) (Erişim Tarihi 08 Aralık 2020).
- Valentin Bou, “Prevention of Offshore Pollution in the Mediterranean Sea”, *International Conference on Water Problems in the Mediterranean Countries*, 1997, s. 1157-1167.
- Violeta Radovich ve Javier Franco-Zárate, “Offshore Activity-New Regulations and Contracts”, 2012, <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/06/Paper-of-Violeta-S.-Radovich-and-Javier-Franco-Z%C3%A0rate.pdf> (Erişim Tarihi 26 Kasım 2020).
- Violeta Radovich, “Oil and Gas in the Ocean – International Environmental Law and Policy”, *Oceans*, Shanghai, 2016.
- Yasemin Kaya ve Sezgin Kaya, “Uluslararası Çevre Rejimlerinde Etkinlik Sorunu”, *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, Cilt 8, Sayı 30, 2011, s. 125-148.
- Yoshifumi Tanaka, “Reflections on Time Elements in the International Law of the Environment”, *ZaöRV*, Cilt 73, 2013, s. 139-175.
- Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea*, New York, Cambridge University Press, 2015.

# Geri Vermeye İlişkin Düzenlemeler Çerçevesinde Hükûmete Karşı Suçun Durumu\*

## The Situation of Crime Against the Government under Extradition Regulations

Fatma Sümer\*\* 

### ÖZ

Siyasi suçlar, doktrinde kabul gören çeşitli teoriler çerçevesinde, failin saiki ve suçla korunan hukuki değer dikkate alınarak tespit edilir. Bu teoriler bağlamında yapılan bir değerlendirmeye hükûmete karşı suçun bir siyasi suç olduğu görülmektedir. Siyasi suçlarda iade bakımından uygulama alanı bulan Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin (SİDAS) 3/1. maddesinde siyasi saikle işlenen suçlar ve bağlı siyasi suçlarda geri vermenin uygulanmayacağı düzenlenmektedir. Bununla beraber bu kuralın teamüllerle gelişen ve SİDAS'ta da yer alan bir istisnası olan Belçika kuralı, devlet başkanına karşı işlenen suçlarda geri verme kurumunun uygulanmasını gerektirmektedir.

Zamanla adi suçların siyasi saikle işlenmeleri ya da siyasi nitelikteki hukuki değerleri korumaları halinde iade kurumunun uygulanmamasının toplumda adalet duygusunu zedelediği ve cezazırlığa yol açtığı anlayışı kabul görmüş, özellikle terör suçlarında bu sebeplerle iadeden kaçınılmasının önüne geçilmesini hedefleyen düzenlemeler ihdas edilmiştir. Hükûmete karşı suçun cebirle işlenebilen bağlı hareketli bir suç olması dolayısıyla Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nde (TÖDAS) yer alan bu çerçevedeki düzenlemeler suç tipi bakımından uygulama alanı bulabilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Siyasi Suç, Terör Suçu, Hükûmete Karşı Suç, Hükûmete Karşı Cebir, Devlet Başkanına Karşı Cebir, Belçika Kuralı, SİDAS, TÖDAS, Geri Verme

### ABSTRACT

Political crimes are determined within the framework of various theories accepted in the doctrine, taking into account the motive of the perpetrator and the legal value protected by the crime. When considered within the framework of these theories, it is seen that the crime against the government is a political crime. European Convention on Extradition (ECE), which finds application in terms of extradition in political crimes, regulates that the return will not be applied for crimes committed with political motives and related political crimes (art. 3/1). However, the Belgian rule, which is an exception to this rule, which is developed with customary and is also included in the ECE, requires the implementation of the extradition institution in crimes against the head of state.

Regulations regarding political crimes also caused ordinary crimes not to be subject to extradition on the grounds that they were committed with a political motive. In time, the understanding that this situation harmed the sense of justice in the society and led to impunity began to be accepted. For these reasons, regulations were introduced to ensure extradition, especially in terrorist crimes. Since the crime against the government is a dependent and mobile crime that can be committed by force, the regulations in this framework in European Convention on the Suppression of Terrorism (ECST) may find application area in terms of crime type.

**Keywords:** Political Crime, Terrorist Crime, Crime Against the Government, Violence Against the President, Belgian Rule, ECE, ECST, Extradition

\* Bu makale, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Prof. Dr. Ahmet Gökçen danışmanlığında tamamladığı "Hükûmete Karşı Suç (TCK m. 312)" başlıklı doktora tezinin "Hükûmete Karşı Suçun Siyasi Suç Olması ve Geri Verme Kurumu Bakımından Durumu" başlığının detaylandırılması ve kaynakça açısından genişletilmesi suretiyle üretilmiştir.

\*\* Doktor, Ceza ve Ceza Muhakemesi

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Fatma Sümer

**E-posta/E-mail:** fatmasummer@gmail.com

## Giriş

TCK'nın 312. maddesinde hükûmete karşı suç; “*Cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs eden kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir*” ifadesiyle kaleme alınmıştır.

Hükûmete karşı suçun işlenmesiyle, cebir kullanılarak siyasi iktidarın devre dışı bırakılması, el değiştirmesi veya bazı faaliyetlerinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Bu özellikleri dolayısıyla hükûmete karşı suçun siyasi bir suç olduğu açıktır. Bununla beraber siyasi suçun neyi ifade ettiği konusunda doktrinde bir fikir birliği mevcut olmadığı için<sup>1</sup> çalışmamızda hükûmete karşı suçun siyasi suç olma niteliğinin genel kabul gören eğilimler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yargı süreçleri açısından geri vermenin temel amacı, suç işleyen kişinin başka bir ülkeye kaçarak cezasız kalmasının önlenmesidir<sup>2</sup>. Bununla beraber suçun siyasi suç sayılması, siyasi suçluların iade edilemeyeceği yönünde genel bir ilkeyi gündeme getirmektedir. Suçun işlenme biçimi ise bu hususta çeşitli istisnaların tartışılmasına olanak sağlar.

Siyasi suçlar söz konusu olduğunda uygulama alanı bulan iki önemli uluslararası sözleşme mevcuttur. 1957 yılında ihdas edilen SİDAS<sup>3</sup>, siyasi suçlar bakımından geri vermenin uygulanmayacağına dair bazı düzenlemeler içermektedir<sup>4</sup>. 1977 tarihli olan TÖDAS<sup>5</sup> ise geri verme ve karşılıklı adli yardım talepleri bakımından siyasi suçlara ilişkin düzenlemelere yer verirken, terör metotlarıyla işlenen fiiller bakımından istisnalar getirmektedir. Ülkemizde 2016 yılında yürürlüğe giren 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu<sup>6</sup> ise siyasi suçluların, Türkiye’den iadesinin talep edildiği durumlarda uygulama alanı bulabilecek bazı düzenlemeler ihtiva etmektedir.

Geri verme, hukuki niteliğinde, uluslararası adli yardımlaşma özelliğinin ön plana çıktığı bir kurumdur<sup>7</sup>. Kurumun, esasen egemenlik kavramıyla da ilişkisi mevcuttur<sup>8</sup>. Çalışmamız ise geri vermenin hukuki yönünü ele almak suretiyle, bir siyasi suç olan, bununla beraber cebir ve şiddet kullanılarak işlenebilen hükûmete karşı suçun geri verme kurumu açısından değerlendirilmesini amaçlamaktadır. Bu sebeple aşağıda geri verme kurumu ve siyasi suçların geri verme kurumu karşısındaki durumu açıklandıktan sonra hükûmete karşı suçun, siyasi suç olma niteliği ve bu kurum bakımından karşılığı değerlendirilecektir.

1 Bkz.: Hasan Sınar. “Siyasi Suç Üzerine Bir İnceleme”. *İÜHF. C.: LVIII, S.: 1-2, 2000, s. 53.*

2 Bkz.: Kayıhan İçel, Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, İstanbul:Beta, 1987, s. 202.

3 Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi, R.G., 26.11.1959/10365.

4 Bkz.: Kayıhan İçel. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul:Beta, 2018, s. 190. Bu Sözleşme öncesinde ilk olarak İngiltere’de siyasi suçlarda iadenin uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Kuralın kodifikasyona konu edilmesi ise ilk kez 1834 tarihli Fransa-Belçika Antlaşmasında Belçika’da 1833 yılında gerçekleşmiştir. Bir uluslararası anlaşmada ise ilk kez 1834 tarihli Fransa-Belçika Antlaşmasında düzenlenerek yer almıştır. Eralp Özgen. *Suçluların Geri Verilmesi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1961, s. 81; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Ankara: Adalet Yay., 2020, s. 1136.

5 Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi, R.G., 27.10.1980/17145.

6 R.G. 05.05.2016/29703.

7 İçel, *Genel Hükümler*, s. 180.

8 Bkz.: İçel, *Genel Hükümler*, s. 180.

## I. GENEL OLARAK GERİ VERME KURUMU

Geri verme; “suçu işlediği Devletten başka bir Devletin ülkesinde bulunan veya oraya kaçmış bir sanık veya hükümlünün, yargılanmak veya cezasını infaz ettirmek üzere “yargılama veya infaza” yetkili Devlete geri verilmesi” anlamına gelmektedir<sup>9</sup>. Masumiyet karinesi gereği kişinin suçu olabilmesi için yargı organları tarafından hakkında hüküm verilmesi gerekir. Bununla beraber iade kurumu, sadece haklarında hüküm verilmiş olan kişiler bakımından değil, yargılanacak olan kişiler açısından da uygulama alanı bulabilmektedir. Bu sebeple söz konusu kurum literatürde suçluların geri verilmesi veya iadesi ifadeleriyle karşılanıyor olsa da kanaatimizce de kavramı, iade veya geri verme şeklinde ifade etmek daha doğru olur<sup>10</sup>.

Geri verme kurumu, mülga TCK’nun 9. maddesinde<sup>11</sup> ve ikili anlaşmalarla düzenlenmişti. 7376 sayılı Kanunla onaylanan Suçluların Geri Verilmesi Avrupa Sözleşmesi ile ikili anlaşmaların çoğu ilga edilmişti. Fakat bu dönemde Sözleşmeye taraf olmayan devletlerle yapılan ikili anlaşmalar ve mülga TCK m. 9 halen uygulama alanı bulmaktaydı<sup>12</sup>.

5237 sayılı TCK’da ise kurum TCK’nın 18. maddesinde yer almaktaydı<sup>13</sup>. Bu hüküm, ülkemizde 2016 yılında yürürlüğe giren 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu ile ilga edilmiştir. Türkiye’ye yapılacak taleplerde uygulanacak hükümler artık bu Kanunda yer almaktadır.

9 Bkz.: İçel, Donay, s. 201.

10 Bkz.: İçel, **Genel Hükümler**, s. 186; İçel, Donay, s. 202.

11 Mülga 765 sayılı TCK’nun 9. maddesinde yer alan düzenleme şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Bir cürümden dolayı bir Türkün ecnebi devletlere iadesi talebi devletçe kabul olunamaz.

Siyasi veya ona murtabit cürümlerden dolayı bir ecnebinin ecnebi devletlere iadesi talebi devletçe kabul edilemez.

Ecnebi devletçe vukubulan iade talebi üzerine istenilen kimsenin Türkiye’de bulunduğu mahal mahkemei asliyesince tabiiyeti ve cürmünün mahiyeti hakkında bir karar verilmesi lazımdır.

Türk tebaasından olduğu yahut cürmünün siyasi ve askeri veyahut bunlara murtabit cürümlerden bulunduğu mahkemeye sabit olanların iadesi talebi kabul olunamaz.

Ecnebi olduğuna ve cürmünün adi ceraimden bulunduğuna karar verilen kimsenin iadesi talebi hükümetçe kabul olunabilir. İadesi talep ve kabul olunan kimse hakkında mahalli müstantikliğince tevkif müzekkeresi verilebilir”.

12 Bkz.: İçel, Donay, s. 203.

13 5237 sayılı TCK’nun mülga 18. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

“(1) Yabancı bir ülkede işlenen veya işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle hakkında ceza kovuşturması başlatılan veya mahkûmiyet kararı verilmiş olan bir yabancı, talep üzerine, kovuşturmanın yapılabilmesi veya hükmedilen cezanın infazı amacıyla geri verilebilir. Ancak, geri verme talebine esas teşkil eden fiil;

a) Türk kanunlarına göre suç değilse,

b) Düşünce suçu veya siyasi ya da askeri suç niteliğinde ise,

c) Türkiye Devletinin güvenliğine karşı, Türkiye Devletinin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenmişse,

d) Türkiye’nin yargılama yetkisine giren bir suç ise,

e) Zamanaşımına veya affa uğramış ise,

Geri verme talebi kabul edilmez.

(2) Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, vatandaş suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.

(3) Kişinin, talep eden devlete geri verilmesi hâlinde ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence ve kötü muamaleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa, talep kabul edilmez.

(4) Kişinin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi, geri verme talebi hakkında bu madde ve Türkiye’nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşme hükümlerine göre karar verir. Bu karara karşı temyiz yoluna başvurulabilir.

(5) Mahkeme geri verme talebinin kabul edilebilir olduğuna karar verirse, bu kararın yerine getirilip getirilmemesi Bakanlar

Geri vermede aranan bazı koşullar mevcuttur<sup>14</sup>. Bu koşullar gereği geri verme konusu olan fiilin her iki devletin kanunlarında suç sayılması gerekir. Şayet Türkiye’den talepte bulunulduysa fiil Türkiye’nin yargı yetkisine girmiyor olmalıdır. Suç, zamanaşımına ya da affa uğramamış olmalıdır. Şayet geri verme talebi yargılama amacıyla yapılmış ise, yargılanacak suç hakkında kesin hüküm bulunmamalıdır. Suçun düşünce suçu, siyasi suç ya da askeri suç niteliği taşıması gerekir. Ayrıca “Vatandaş geri verilmez” kuralı gereği fail talep edilen devletin vatandaşı olmamalıdır.

## II. GERİ VERME KURUMU AÇISINDAN SİYASİ SUÇLULARIN DURUMU

### A. SİYASİ SUÇUN TANIMI

Siyasi suç kavramı, devletle özdeşleşen ve tarihsel olarak devletin iç ve dış güvenliğine karşı işlenen suçların cezalandırılması sürecinde ortaya çıkmış olan bir kavramdır<sup>15</sup>. Hangi suçların siyasi suç sayılacaklarının belirlenmesinde dikkate alınacak kriterler bakımından doktrinde görüş birliği mevcut değildir<sup>16</sup>. Uluslararası mevzuatta ise siyasi suçun mahiyetini belirleyecek ortak bir tanım bulunmamakla beraber bu alanda sınırlayıcı hükümler getirilmesi yoluyla hangi suçun siyasi suç sayılmayacağını belirtildiği, bu suretle siyasi suçların alanının daraltılması yoluna gidildiği görülmektedir<sup>17</sup>.

Mukayeseli hukukta siyasi suç kavramı genellikle tanımlanmamaktadır. Ülkelerin bu konudaki yaklaşımı; siyasi suçu tanımlamamak, siyasi suçları tanımlamamakla beraber siyasi suçları saymak, siyasi suçu tanımlamamak ve saymamak ve fakat anlatmak ve siyasi suçu tanımlamak olmak üzere dört eğilim çerçevesinde özetlenebilir. Genellikle totaliter devletlerde siyasi suçun mevzuatta tanımlandığı ifade edilmektedir<sup>18</sup>. Örneğin 1930 tarihli İtalyan CK’nın 8. maddesinde “*Ceza Kanununun tatbikinde devletin siyasi bir menfaatini veya vatandaşın siyasi bir hakkını ihlal eden suç, siyasi suçtur. Tamamen veya kısmen siyasi saiklerle işlenmiş olan âdi suç da, siyasi sayılır*” şeklinde bir siyasi suç tanımı yer almaktaydı<sup>19</sup>. Mülga 1830 Fransız Ceza Yasası’nda olduğu gibi siyasi suçların ceza kanununda tek tek sayılması ya da bu suçlar için adi suçlardan farklı yaptırımlar öngörülmesi

*Kurulunun takdirine bağlıdır.*

(6) Geri verilmesi istenen kişi hakkında koruma tedbirlerine başvurulmasına, Türkiye’nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşme hükümlerine göre karar verilebilir.

(7) Geri verme talebinin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi hâlinde, ayrıca Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerine göre tutuklama kararı verilebilir veya diğer koruma tedbirlerine başvurulabilir.

(8) Geri verme hâlinde, kişi ancak geri verme kararına dayanak teşkil eden suçlardan dolayı yargılanabilir veya mahkûm olduğu ceza infaz edilebilir”.

14 Bu koşullar için bkz.: İçel, **Genel Hükümler**, s. 186-196.

15 Bkz.: Sınar, s. 54.

16 Bkz.: İçel, **Genel Hükümler**, s. 190.

17 Fatih Selami Mahmutoglu, Serra Karadeniz. **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**. İstanbul: Beta Yay., 2017, s. 230, d.n. 54.

18 Bkz.: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 1132, d.n. 86; Ümit Hassan. “Siyasi Suç Kavramı”. **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**. Y.: 1971, C.: 26, S.: 1, s. 209-210.

19 Naci Şensoy. “Siyasi Suçlar”. **İÜHF**, 1951, C.: XVII, S.: 1-2, s. 57.

yoluyla bu sayılan ya da farklı yaptırım öngörülen suçların siyasi olduğunun belirtilmesi de bir başka yaklaşımdır<sup>20</sup>.

TCK ise siyasi suçu tanımlamamış ve siyasi suçları saymamış, siyasi suçların belirlenmesini tamamen doktrin ve içtihadı bırakmıştır. Bu yaklaşımın karşılaştırmalı hukuktaki eğilim ve düzenlemelere uygun olduğu değerlendirilmektedir<sup>21</sup>.

## B. SİYASİ SUÇU AÇIKLAYAN TEORİLER

Hangi suçların siyasi suç olduğu konusunda uluslararası mevzuatta ve mukayeseli hukukta birlik bulunmadığı gibi TCK'da da siyasi suçun tanımlanmadığı daha önce belirtilmişti. Bu durumun sonucu olarak doktrinde her yazarın siyasi suç kavramına ilişkin kendi tanımını yaptığı görülmektedir<sup>22</sup>. Yine bu sebeple doktrinde siyasi suçun belirlenmesine yönelik olan çeşitli teoriler ortaya atılmıştır<sup>23</sup>. Bu hususta sıklıkla atıf yapılan iki ana teori mevcuttur<sup>24</sup>.

“Objektif teori” fiilin siyasi suç niteliği taşıyıp taşımadığını suçla korunan hukuki değer doğrultusunda belirlemektedir<sup>25</sup>. Objektif teoriye göre suçla ihlal edilen değer, devletin siyasi düzeni ise siyasi bir suç söz konusu olup, diğer tüm suçlar failin saiki önem taşımaksızın adi suç sayılır<sup>26</sup>. Fiilin işlenmesiyle ihlal edilen menfaat, devletin mevcudiyeti ya da teşkilatına ilişkindir<sup>27</sup>.

“Subjektif teori” ise eylemin, failin saiki doğrultusunda siyasi suç olarak nitelenebileceği yönündeki görüştür<sup>28</sup>. Bu teoriye göre fail siyasi saikle hareket etmediği sürece bir eylem, devletin menfaatlerine zarar verse bile suç siyasi suç sayılamaz<sup>29</sup>. Subjektif teorinin sonucu olarak siyasi saikle işlenen insan öldürme, yağma gibi suçlar da siyasi suç kabul edilmektedir<sup>30</sup>.

Objektif teori siyasi suçun alanını daraltırken, subjektif teorinin ise objektif teorinin aksine genişletmesi dolayısıyla her iki teori arasında ara yol bulmaya yönelik olarak yeni teoriler ileri sürülmüştür<sup>31</sup>. Bu iki kategorinin eleştirilmesi sonucu ortaya çıkan karma teoriye göre, her iki kategorinin özelliklerini taşımak suçun siyasi suç sayılması bakımından zorunludur<sup>32</sup>.

20 Şensoy, s. 57; Sınar, s. 59.

21 Bkz.: Sınar, s. 59.

22 Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yay., 2020, s. 859. Doktrinde yapılan bir tanım, siyasi suç; “Bireylerin siyasi iktidarı kullanırken ya da bu iktidarı elde etmek veya buna etkili olmak için giriştikleri faaliyetlerde işledikleri hukuka aykırı fiillerin bütünü” olarak ifade etmektedir. Bkz.: Köksal Bayraktar. **Siyasal Suç**. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982, s. 65. Bazı tanım örnekleri için bkz.: Hassan, s. 211-212.

23 Siyasi suçları açıklayan görüşler için bkz: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 1133-1136.

24 Sınar, s. 59.

25 Koca, Üzülmöz, s. 860; Sınar, s. 59.

26 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 1133; Koca, Üzülmöz, s. 860.

27 Bkz.: Şensoy, s. 57.

28 Sınar, s. 60; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 1133; Koca, Üzülmöz, s. 860; Şensoy, s. 57.

29 Bkz.: Sınar, s. 60.

30 Bkz.: İçel, **Genel Hükümler**, s. 190.

31 Bkz.: Sınar, s. 60.

32 Bkz.: Sınar, s. 60.



Siyasi suçun belirlenmesi bakımından kabul gören bir başka ayırım, Türk doktrininde de karşılaşılan tam ve nisbi siyasi suçlar sınıflandırmasıdır<sup>33</sup>. Tam siyasi suçlarla doğrudan devletin anayasası ile belirlenen siyasal düzenine ve bireylerin siyasi hak ve özgürlüklerine müdahale eden suçlar ifade edilmektedir<sup>34</sup>. Bu suçlar, siyasi iktidarı ve anayasal düzeni hedef alırlar<sup>35</sup>. Nisbi siyasi suçlar ise adi nitelikteki suçların siyasi saikle işlenmesini ifade eder<sup>36</sup>. Dolayısıyla nisbi siyasi suçlar, siyasi saikle işlenmelerine rağmen adi bir suça da yol açar. Nisbi siyasi suçlar, murtabit ya da bağlı ve muhtelit ya da karma siyasi suçlar olarak ayrılmaktadır. Murtabit siyasi suç, işlenecek veya işlenmekte olan bir siyasi suçla nedensellik bağı bulunan suç; muhtelit siyasi suç ise adi bir suçun siyasi saikle işlenmesini ifade etmektedir<sup>37</sup>. Siyasi suçun işlenmesi için gerçekleştirilen hazırlık hareketi adi suç teşkil edebilir. Örneğin siyasi suçun işlenmesi için ihtiyaç duyulan paranın, hırsızlık yapılarak elde edilmesi halinde murtabit siyasi suç mevcuttur<sup>38</sup>. Siyasi saikle işlenen bir adi suç, örneğin Cumhurbaşkanına suikast suçu ise bir muhtelit siyasi suçtur<sup>39</sup>. Görüldüğü üzere bir eylem siyasi saik taşımasının yanı sıra adi bir suç da teşkil ettiği veya adi bir suç aracılığıyla işlendiği takdirde nisbi siyasi suç olarak adlandırılmaktadır.

Doktrinde adi nitelikteki bir suçun ihtilat ya da irtibat dolayısıyla siyasi nitelik taşıyıp taşıyamayacağı konusunda subjektif teoriye üstünlük tanıyarak failin saikinin esas alınması gerektiğini savunan bir görüş mevcuttur<sup>40</sup>. Ancak bu görüşün savunucuları tarafından da prensip olarak subjektif teori kabul edilse de somut olay gözetilerek suçun işleniş tarzının dikkate alınması gerektiğinin belirtildiğine dikkat çekilmelidir<sup>41</sup>. Yargıtayın siyasi suçun varlığını tespitiye yönelik yaklaşımı da failerin saikini esas almak yönündedir<sup>42</sup>.

## C. GERİ VERME KURUMU AÇISINDAN SİYASİ SUÇLULARIN DURUMU

### I. Genel Olarak

Uluslararası hukukta, siyasi suçların iade edilmeyeceği, genel bir ilke olarak kabul edilmektedir<sup>43</sup>. Bu ilke; uluslararası hukuktaki devletin içişlerine karışmama prensibi dolayısıyla iade talep edilen

33 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 1147. Bu ayırım doktrinde “mutlak ve göreceli siyasal suçlar” (Sınar, s. 61) ve sırf ve nisbi siyasi suçlar (Hassan, s. 215; Şensoy, s. 58) ifadeleriyle de yer almıştır.

34 Koca, Üzülmüş, s. 860.

35 Bkz.: İçel, **Genel Hükümler**, s. 190.

36 Bkz.: İçel, **Genel Hükümler**, s. 190.

37 Tanımlar için bkz.: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 1147 vd; Şensoy, s. 59.

38 Bkz.: İçel, **Genel Hükümler**, s. 190.

39 Sınar, s. 63.

40 Bkz.: Şensoy, s. 60-61.

41 Bkz.: Şensoy, s. 61.

42 Bkz.: Sınar, s. 68.

43 Tarihsel süreçte iade prosedürlerinin 18. yüzyıla kadar sadece siyasi suçlular bakımından uygulandığı, 19. yüzyıl itibarıyla Fransız İhtilali sonrasında yaygınlaşan değerlerin de etkisiyle siyasi suçların iade müessesesinin dışında bırakıldığı görülmektedir. Bkz.: Şensoy, s. 54. Bununla beraber özellikle terör olgusu, siyasi suçlara ilişkin yaklaşımı tekrar değiştirmiştir. Detaylı bilgi için bkz.: Sınar, s. 56-58.

devletin, talep eden devletin içişlerine yönelik bir tavır almak istememesinin ve siyasi suçların kamu düzenine verdiği zararın belirlenmesinde adi suçlarda olduğu gibi sosyal ve ahlaki yönden hüküm vermenin kolay olmamasının bir sonucudur. Zira bazen siyasi bir suç işlemenin, zorba bir rejime karşı başvurulabilecek tek çare olabileceği değerlendirilmektedir<sup>44</sup>. Muhtemelen bu görüşle de bağlantılı olarak iade kurumunun hukuki özelliği, suçun siyasi bir suç olup olmadığıyla doğrudan ilgilidir<sup>45</sup>. Failin işlediği suçun bir siyasi suç olması, uluslararası hukukta sığınma hakkının varlığına delalet eder<sup>46</sup>.

Siyasi suç, suçun saik ve hukuki değeri esas alınarak belirlenirken, fiili göz ardı eden bir düzenleme olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple zamanla siyasi suç olarak kabul edilen bazı fiiller bakımından cezasızlığın söz konusu olması halinde toplumsal adalet duygusunun açıkça zedelendiği değerlendirilerek, bu suçların yaptırımsız kalması engellenmek istenmiştir. Uluslararası hukukta siyasi suçlar bağlamında uygulama alanı bulan iki önemli uluslararası sözleşme mevcuttur. Anayasanın 90/son fıkrası dolayısıyla iç hukuk hükmünde olan bu Sözleşmelerde önce siyasi suçlarda geri vermenin mümkün olmadığı düzenlenmiş, ardından fiil gözetilerek istisnalar oluşturulmuştur. Bu Sözleşmelerin ilki SİDAS'tır. Tarafları açısından belirli koşullarda karşılıklı iade yükümlülüğü doğuran SİDAS'ın 3/1. maddesi, siyasi suçları ve siyasi suçlarla murtabit fiilleri kapsamakta ve bu tür fiillere ilişkin iade taleplerinin kabul edilmeyeceğini düzenlemektedir<sup>47</sup>.

SİDAS'a taraf olan ülkeler arasında iadeye ilişkin uygulama alanı bulması gereken esas kaynak SİDAS'tır<sup>48</sup>. SİDAS'a taraf olan devletler arasında Avrupa ülkelerinin hemen hemen tamamı dışında Ermenistan ve Azerbaycan gibi Avrupa ülkesi olmayan devletler de bulunmaktadır<sup>49</sup>. Sözleşme 28. maddesinde taraf devletlerin kendi aralarındaki ikili anlaşma hükümlerini ilga etmiştir<sup>50</sup>. Ayrıca SİDAS iade talebinin kişiyi ırk, din, milliyet veya siyasi kanaati dolayısıyla cezalandırmak amacıyla yapıldığı ve fakat talebin adi suçla gerekçelendirildiği durumlarda da iade etmeme kuralının uygulanacağını öngörmektedir (m. 3/2). Bu hüküm siyasi suçluların iade edilemeyeceği prensibiyle uyum içinde bulunduğu gibi, taraf devletin kişiyi siyasi saikle cezalandırmasının da önüne geçmeyi hedeflemektedir. Sözleşmenin m. 3/4 hükmü siyasi suçluların iade edilmemesi kuralına çok taraflı anlaşmalarla istisna getirilebileceğini düzenlemiştir<sup>51</sup>.

Bu konudaki daha yeni tarihli bir Sözleşme olan TÖDAS ise terör boyutu taşıyan fiillerin de siyasi suç olarak değerlendirilerek cezasız kalmalarının önüne geçmeye çalışan bir belgedir. Sözleşmenin 3. maddesinde SİDAS dahil olmak üzere Sözleşme tarafları arasında uygulanan bütün anlaşma ve sözleşme hükümlerinin TÖDAS'la bağdaşmadıkları ölçüde ilga edildiklerine yer verilerek bu durumun gözetilmediği düzenlemelerin uygulanmasının önüne geçilmek istenmiştir.

44 Sınar, s. 69.

45 Hassan, s. 198.

46 Bkz.: Mahmutoğlu, Karadeniz, s. 232.

47 Bkz.: İçel, **Genel Hükümler**, s., 190.

48 Bkz.: Koca, Üzülmüş, s. 851.

49 Bkz.: İçel, **Genel Hükümler**, s. 186.

50 Bkz.: İçel, **Genel Hükümler**, s. 186; Koca, Üzülmüş, s. 851.

51 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 1138.

Ülkemize yapılan iadeler bakımından uygulama alanı bulan 6706 sayılı Kanun'da da uluslararası mevzuatla paralel bir biçimde siyasi suçlarda geri vermenin kabul edilmeyeceği düzenlenmiş ve bu husustaki istisnalara yer verilmiştir.

Bu düzenlemelerin ne anlama geldiği, siyasi suçun istisnalarının incelendiği bölümde açıklık kazanacaktır.

## 2. Geri Verme Kurumu Bakımından Siyasi Suçun İstisnaları

Geri verme kurumuna ilişkin mevzuat gereği nisbi siyasi suç niteliği taşıyan bazı fiillerde geri verme mümkündür<sup>52</sup>. Siyasi suçlarda geri vermeme kuralının istisnaları; Belçika kuralı, terör niteliğindeki fiiller ve soykırım ve savaş suçlarıdır<sup>53</sup>.

BM Milli, Irki, Dini Kitleleri Kısmen veya Tamamen İmha Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Sözleşme, geri verme ile ilgili 7. maddesinde soykırımın geri verme bakımından siyasi suç sayılmayacağını düzenlemiştir. Soykırım eylemleri Sözleşme'nin 2. maddesinde *“milli, etnik, irki ve dini bir grubu kısmen veya tamamen imha etmek amacı ile grup üyelerinin öldürülmesi, grup üyelerinin bedeni ve akli melekelerinin ciddi surette zarara uğratılması, grubun bedeni varlığının kısmen veya tamamen imhasına neden olacak yaşam şartlarına bilerek tabi tutulması, grup içinde doğumları engelleyecek tedbirler alınması, bir grup çocuklarının diğer gruba zorla nakledilmesi”* olarak tanımlanmıştır<sup>54</sup>. Benzer tanımlar Eski Yugoslavya ve Ruanda Savaş Suçları Mahkemeleri ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsünde de mevcuttur<sup>55</sup>.

Belçika kuralı ve terör mahiyeti taşıyan fiiller suç tipiyle alakalı olarak uygulama alanı bulabileceği için aşağıda bu iki istisna açıklanacaktır.

### a. Belçika Kuralı

Belçika Kuralı, 1854 yılında Fransız kralı Napolyon III'e düzenlenen bir suikast sonrasında gelişen bir içtihadı dayandırmaktadır<sup>56</sup>. Söz konusu olay Belçika adli makamları önünde tartışma konusu edilmiş ve Belçika Temyiz Mahkemesi 12 Mart 1855 tarihli bir kararla devlet başkanlarına karşı işlenen

52 Bkz.: İçel, **Genel Hükümler**, s. 191.

53 Bkz.: İçel, **Genel Hükümler**, s. 191 vd.

54 İçel, **Genel Hükümler**, s. 193.

55 Bkz.: İçel, **Genel Hükümler**, s. 193. Eski Yugoslavya Ağır Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 4. maddesinde yer alan düzenleme için bkz.: “Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. E.T.: 30.05.2021. [https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_sept09\\_en.pdf](https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf), s. 5 ve 6. Ruanda Savaş Suçları Mahkemesi Statüsü'nün 2. maddesinde yer alan düzenleme için bkz.: “Statue of the International Tribunal For Rwanda”. E.T.: 30.05.2021. [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr\\_EF.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf), s. 43. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 6. maddesinde yer alan düzenleme için bkz.: “Roma Statue of the International Criminal Court”. E.T.: 30.05.2021. <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf>, s. 3.

56 Bkz.: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 1136-1137.

öldürme suçlarının siyasi suç sayılmayacağına hükmetmiştir<sup>57</sup>. Bu konu meclis gündemine de gelmiş ve “*yabancı bir devlet reisinin şahsına veya ailesi efradına karşı yapılan suikast, bir cinayet, katil veya bir zehirleme fiili ise, ne siyasi suç ve ne de böyle bir suçta murtabit suç olarak telakki edilebilecektir*” ifadesiyle kanunlaşmıştır<sup>58</sup>.

Siyasi suçlarda iade taleplerinin kabul edilmeyeceğini düzenleyen SİDAS, m. 3/3 düzenlemesinde Belçika Kuralı'na, istisna olarak yer vermiştir. Düzenleme şu ifadeyle kaleme alınmıştır:

*“İşbu Sözleşmenin tatbikatı bakımından, bir Devlet Reisinin veya ailesi efradından birinin hayatına kasıt siyasi bir suç sayılmayacaktır”.*

Belçika kuralı, görevde olan devlet başkanı bakımından uygulama alanı bulur. Doktrinde bu kuralın hükümet başkanını kapsamadığı ifade edilmektedir<sup>59</sup>. Bu kural, yaşam hakkının herkes için kutsal olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>60</sup>.

### **b. Terör Niteliğindeki Fiiller**

Terörizmin önlenmesine dair sözleşmeler terör niteliğindeki fiilleri siyasi suçlarda geri vermeme kuralının istisnaları arasında değerlendirmektedir<sup>61</sup>. Bu konuda kapsayıcı nitelikte düzenlemeler içermekte olan TÖDAS, başlangıç kısmında terörizmin önlenmesinde suçluların iadesinin “*özellikle etkili bir çare olduğu*” inancına yer vermiştir. TÖDAS, 1. maddesinde terör eylemlerinin siyasi suç, siyasi suçta murtabit suç veya siyasi nedenle işlenmiş suç sayılmayacağını düzenlemiştir. Bu suretle terör eylemlerinin siyasi suçlarda iadenin uygulanmayacağı kuralının istisnasını teşkil ettiğini açıkça düzenlemektedir<sup>62</sup>.

Sözleşmede terör eylemleri;

*“16 Aralık 1970 tarihinde La Haye’de imzalanan uçakların kanun dışı yollarla ele geçirilmesinin önlenmesine ilişkin sözleşmenin kapsamına giren suçlar;*

*23 Eylül 1971 tarihinde Montreal’de imzalanan sivil havacılığın güvenliğine karşı kanun dışı eylemlerin önlenmesine ilişkin Sözleşmenin kapsamına giren suçlar;*

*Diplomatik ajanlar dahil olmak üzere uluslararası bir himayeye tabi olan şahısların hayat, fiziki bütünlüğü veya hürriyetine bir saldırıyı kapsayan vahim suçlar; adam kaldırma, rehin alma veya gayri kanuni hürriyeti tahdit eden suçlar;*

57 Bkz.: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 1136, d.n. 103.

58 Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 1136.

59 İçel, Donay, s. 221.

60 Bkz.: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 1137.

61 Mahmutoğlu, Karadeniz, s. 232. Uluslararası sözleşmelerle terör hareketlerinin cezalandırılmalarına ilişkin gelişim süreci için bkz.: Bayraktar, s. 166 vd.

62 Sınar, s. 73.

*Şahısların hayatı için tehlike teşkil ettiği ölçüde bomba, el bombası, roket, otomatik ateşli silah veya bombalı mektup veya koli kullanmak suretiyle işlenen suçlar ve*

*Sayılan suçlardan birini işlemeye teşebbüs veya böyle bir suçı işleyen veya işlemeye teşebbüs eden bir şahsın fiiline suç ortağı olarak iştirake ilişkin suçlar.”*

olarak sınıflandırılmaktadır (m.1).

Bu düzenleme dışında TÖDAS taraf devletlere 1. madde çerçevesinde olmadığı halde şahısların hayat, vücut bütünlüğü veya hürriyeti aleyhine işlenen bir şiddet eylemi ya da vahim bir suç siyasi suç, siyasi suça murtabit suç veya siyasi nedenle işlenmiş suç saymama konusunda takdir yetkisi tanınmıştır. Mülkiyet aleyhine işlenen suçlar da toplu bir tehlike teşkil ettikleri durumlarda bu takdir yetkisi çerçevesindedir (m. 2).

Daha önce de belirtildiği üzere SİDAS'ın m. 3/1 düzenlemesi siyasi suçlar ve siyasi suçlarla murtabit fiiller bakımından geri verme taleplerinin kabul edilmeyeceğine yer vermektedir. TÖDAS'ın 1. maddesinde ise sayılan fiillerin siyasi suç ya da siyasi suçla murtabit suç sayılmaları suretiyle geri verme taleplerinin reddedilmesinin mümkün olmadığı düzenlenmiştir. Örneğin *şahısların hayatı için tehlike teşkil ettiği ölçüde bomba, el bombası, roket, otomatik ateşli silah veya bombalı mektup veya koli kullanmak suretiyle işlenen* bir suç (TÖDAS m. 1/4) siyasi bir suçun hazırlık hareketi olarak işlendiği durumda siyasi suçla murtabit fiil olarak değerlendirilerek SİDAS'ın 3/1. maddesi çerçevesinde ele alınamayacaktır. Zira TÖDAS hem yeni tarihli bir düzenlemedir hem de 3. maddesinde SİDAS dahil olmak üzere Sözleşme tarafları arasında uygulanan bütün anlaşma ve sözleşme hükümlerinin TÖDAS'la bağdaşmadıkları ölçüde ilga edildiklerine yer verilmiştir. TÖDAS'la birlikte artık terör eylemleri siyasi suç sayılamamaktadır<sup>63</sup>.

Sözleşmede söz konusu düzenlemelere yer verilmesiyle takdir edilen irade, bu tür fiillerin cezasız kalmaması zaruretidir. Bu sebeple TÖDAS, şayet iade gerçekleşmeyecekse ve suç 1. maddede yer alan durumlardan birine ilişkinse kişinin bulunduğu devlete yargılama yükümlülüğü getirmektedir (m. 6-7). Benzer düzenlemeler karşılıklı adli yardım talepleri bakımından da tekrarlanmıştır<sup>64</sup>.

Ülkemize yapılan iade talepleri bakımından uygulama alanı bulan 6706 sayılı Kanun gereği kişinin siyasi görüşleri gerekçesiyle soruşturma, kovuşturma ya da yaptırıma maruz kalacağı veya işkence ya da kötü muamele göreceğine dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması (m. 11/1-b) ve iade talebinin konusu olan fiilin düşünce suçu, siyasi suç veya siyasi suçla bağlı bir fiil olması (m. 11/1-c-1) halinde iade talebi kabul edilmez. Bununla beraber Kanunun 11/1-c-1 maddesinde iade talebinin dayanağını teşkil eden fiilin bütün unsurları, özellikle işleniş şekli, suçun işlenişinde kullanılan araçların veya

63 Bkz.: Süheyl Donay. “Tedhişçiliğin Cezalandırılması Hakkında Avrupa Sözleşmesi”, *İÜHFİM*, 43/1-4, Temmuz 2011, s. 420; Bayraktar, s. 174.

64 TÖDAS'ın adli yardım taleplerini düzenlediği maddelerinde, adli yardım talebinin bir suçun siyasi suç ya da siyasi suça bağlı suç olduğu gerekçesiyle reddedilemeyeceğine yer verilmiştir. Bununla beraber söz konusu talep, kişinin ırkı, dini, milliyeti, siyasi kanaatleri dolayısıyla yapıyorsa Sözleşme hükümlerinin yükümlülük teşkil eder şekilde yorumlanamayacağı düzenlenmiştir (TÖDAS m. 5). Ayrıca adli yardım konu edinen ve TÖDAS'la bağdaşmayan tüm anlaşma hükümleri TÖDAS'ın 8. maddesiyle ilga edilmiştir.

ortaya çıkan sonuçların ağırlığı dikkate alınarak fiilin siyasi suç sayılmamasının mümkün olduğu düzenlenmiştir. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar siyasi suç olarak kabul edilmez (m. 11/2). Bu düzenlemeler uluslararası normlarla paralel mahiyet taşımaktadır.

### III. HÜKÜMETE KARŞI SUÇUN SİYASİ SUÇ OLMA NİTELİĞİ

Hükûmete karşı suçun siyasi iktidarı hedef alan bir suç tipi olması, başka bir ülkede bulunan sanık ya da hükümlünün iadesinde olumsuz şartı gerçekleştirip gerçekleştirmediği bakımından değerlendirilmesi gereken bir meseledir. Esasen hükûmete karşı suçun, siyasi bir suç olup olmadığı hususunda doktrinde bir tartışma mevcut değildir. Bununla beraber geri verme kurumuna ilişkin düzenlemelerin siyasi suçlarda geri vermenin mümkün olmadığına ilişkin genel bir kabule dayanmaları ve bu kabulün istisnalarına yer vermeleri suç tipinin siyasi suçu açıklamaya yönelik olan teoriler çerçevesinde ele alınmasını gerektirmektedir.

Siyasi suçu açıklayan iki temel akımın söz konusu olduğu; bu akımlardan objektif teorinin suçla korunan hukuki değerden yola çıktığı<sup>65</sup>; subjektif teorinin ise failin saikini esas aldığı<sup>66</sup> daha önce belirtilmişti. Bu iki kategorinin eleştirilmesi suretiyle ortaya çıkan karma teoriye göre siyasi suçlarda hem suçun koruduğu hukuki değer hem de failin saiki siyasi niteliktedir<sup>67</sup>. Bu hususta yapılan bir diğer ayırım ise fiilin de gözetildiği tam ve nisbi siyasi suç ayırımıdır. Tam siyasi suçlarla doğrudan devletin anayasası ile belirlenen siyasal düzenine ve bireylerin siyasi hak ve özgürlüklerine müdahale eden suçların kastedildiği<sup>68</sup>; nisbi siyasi suçların ise adi nitelikteki suçların siyasi saikle işlenmesini ifade ettiği üzerinde daha önce durulmuştu<sup>69</sup>.

Bu ayırımlar çerçevesinde suçun siyasi suç olduğunun tespitinde; suçla korunan hukuki değer ve failin saiki; geri vermenin istisnası olarak ise fiil belirleyicidir.

**Hükûmete karşı suçla korunan hukuki değer;** “milli irade” olgusu ve bu olgunun gerçekleşme usulü olan “demokrasi”dir<sup>70</sup>. Suç tipinin Kanundaki yerinden yola çıkılarak da bu hususta bazı değerlendirmelerde bulunulabilir. Hükûmete karşı suç, TCK’nın “*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*” başlıklı dördüncü kısmında “*Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar*” başlıklı beşinci bölümde yer alır. Anayasal düzenin bir unsuru olan hükûmet, devlete ait

65 Sınar, s. 59.

66 Sınar, s. 60; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 1133.

67 Bkz.: Sınar, s. 60.

68 Koca, Üzülmez, s. 860.

69 Bkz.: İçel, **Genel Hükümler**, s. 190.

70 Bkz.: İzzet Özgenç, **Suç Örgütleri**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 13. Bası, Ankara: Seçkin Yay., 2020, s. 274 ve s. 294. Suçla koruduğu hukuki değer, Parlar’a göre; “hükümetin “Anayasa kurallarına uygun biçimde görevini yerine getirebilmesi imkanının korunması” (Ali Parlar, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, Cilt: II, Ankara: Bilge Yayınevi, 2015, s. 3100); Özeke göre; “*siyasi iktidar fonksiyonlarının*” korunması (Çetin Özek, **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler (TCK m. 146-151, 168-173)**, İstanbul Üniversitesi Yay. No: 1251, Hukuk Fakültesi No.: 267, İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1967, s. 199); Hafizoğulları, Özen’e göre; “...*muhtemel cebri davranışlara karşı hükümetin esenliğinin, görevinde engellenmemesinin sağlanmasına ilişkin kamusal yarar*” (Bkz.: Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar**. Ankara: US-A Yay., 2016, s. 387) dir.

bir iktidarı kullanmaktadır. Yürütme organının içinde olan bu iktidar, yürütmenin idari kısmının dışında kalmaktadır. Bu anlamıyla hükümet siyasi iktidarı karşılayan bir kavramdır<sup>71</sup>. Ülkemizde hükümet, cumhurbaşkanının devlet başkanlığını demokratik seçimlerle kazanması suretiyle ortaya çıkmaktadır. Anayasal düzenin temel gerekliliği olan ve demokrasiyi kuran prensipler, iktidarın işbaşına gelmesi, görevini yerine getirmesi ve iktidarının sona ermesine ilişkin olarak belirlenen usullerin dışına çıkılmaması suretiyle vücut bulur.

Demokrasi bir yönetilme tercihidir. Her ne kadar Yargıtay bir kararında siyasi iktidarın devleti meydana getiren dinamik unsur olmasından hareketle, bir devletin mevcudiyet ve devamının siyasi iktidarın himayesine bağlı olduğunu belirtmiş ise de<sup>72</sup> suç tipiyle esasen devletin yönetilme tercihi korunmaktadır. Demokrasiyi koruma özelliği dolayısıyla hükümete karşı suç, devletin güvenliğine karşı suçlardan farklıdır. Bu farklılık, darbe ve müdahalelerin genellikle iktidarın el değiştirmesini hedeflemesinden anlaşılabilir<sup>73</sup>. Suç pratikte devlet karşıtlığı ya da devleti ortadan kaldırma gibi düşüncelere sahip olan kişiler tarafından değin aksine statükocu ve fakat devletin işleyişini kendi inisiyatiflerinde tutmak isteyen kişilerce işlenmektedir.

**Hükümete karşı suç failinin saiki;** Doktrinde, Kanun maddesinde açıkça düzenlenmediği için suç tipinde saik bulunmadığı savunulmakta<sup>74</sup> ve hükümeti ortadan kaldırma ve görev yapmasını kısmen ya da tamamen engelleme unsurları maddi unsur başlığı altında ele alınmaktadır<sup>75</sup>. Bununla beraber suçun teşebbüs suçu olması sebebiyle bu ifadelerin failin saik ya da amacı olarak değerlendirilmesi gerektiği ancak suçun tamamlanması için bu hususun gerçekleşmesinin gerekmediği yönünde bir görüş de mevcuttur<sup>76</sup>. Yargıtay'ın mülga 765 sayılı TCK döneminde suçun işlenmesinde amaç unsurunun gerçekleşmesini aradığı<sup>77</sup>, 5237 sayılı TCK döneminde ise genellikle suçun “*amaca matuf doğrudan genel kastla*” işlenebileceğini kabul ettiği görülmektedir<sup>78</sup>. Ankara 5. Ağır C.M. hükümete karşı suça ilişkin bir kararında hükümetin ortadan kaldırılması veya görev yapmasının engellenmesinin failin

71 Bkz.: Özek, s. 252.

72 Y.16.C.D., E.: 2015/5829, K.: 2016/4175, T.: 21.06.2016.

73 Kanaatimizce darbe niteliğindeki fiillerin işlenmesinde failerin, hali hazırda ihtiyaç duyulan Anayasa değişiklikleri bakımından inisiyatifin mevcut iktidara bırakılmaması yönündeki çabaları da rol oynamıştır. Örneğin bir Anayasa değişikliğine ihtiyaç bulunduğu 1980 darbesi öncesinde de dile getirilmiştir. Bkz.: Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**. Ankara: Yetkin, 2019, s.44; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Bursa: Ekin Yay., 2019, s. 112 – 113. Bununla birlikte failler bu değişikliği mevcut hükümet politikasını yürütmekte olan iktidarın inisiyatif ve tercihlerine bırakmamayı tercih etmişlerdir.

74 Bkz.: Doğan Soyaşlan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Güncelleştirilmiş 12. Baskı, İstanbul: Yetkin Yay., Ankara, 2018, s. 803.

75 Bkz.: Parlar, C. II, s. 3100-3101.

76 Özgenç, **Suç Örgütleri**, s. 288-289. Genel kastın yeterli olduğunu savunan bazı yazarlar için bkz.: Özek, s. 267; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt VI, s. 8509.

77 “TCK'nın 499/2. maddesinin ancak ideolojik olmayan ve bir Anayasa değişikliğini de gerektirmeyen siyasi ve sosyal maksatlarla, adam kaçırma fiillerine uygulanabilir. Buna karşılık söz konusu hüküm, ideolojik nedenlerle, başka bir deyimle **Anayasa'yı zorla değiştirmeyi amaçlayan düşünce ile adam kaçırma fiillerini kapsamaz. Bu fiillerin ancak TCK'nın 146. maddesinin 1. fıkrası kapsamında düşünülmesi zorunludur**”. Bkz.: Y. 9. CD., 20.2.1975, 2-6/2, Savaş, Mollamahmutoğlu, II, s. 1529. Aktaran Özgenç, **Suç Örgütleri**, s. 289.

78 Y. 16.C.D., E.: 2018/3136, K.: 2019/1937, T.: 19.03.2019. 16. C.D. bir kararında “*genel kastla gerçekleştirilen nihai amaca matuf eylemlerin, hükümeti ortadan kaldırma veya görevlerini yapmasını kısmen ya da tamamen engelleme amacıyla gerçekleştirilmesi*” gerektiği ifadelerine yer vermiştir. Y. 16. C.D., E.: 2018/4068, K.: 2019/940, T.: 04.02.2019.

suçla elde etmek istediği amaç olduğu düşüncesine ve icrasına başlanılan hareketin amaca yönelik tehlike oluşturmaya uygun ve elverişli olması gerektiği hususuna yer vermiştir. Bu yoruma rağmen mahkeme manevi unsuru değerlendirirken suçun oluşmasında belirli bir saik aranmadığını belirtmiştir<sup>79</sup>.

Esasen her fiil bir ya da birden fazla saikle gerçekleştirilir<sup>80</sup>. Bununla beraber saikin ceza hukuku anlamında önem taşıması için Kanun maddesinde unsur veya nitelikli hal olarak yer alması gerekmektedir<sup>81</sup>. İç hukukumuz bakımından önem taşıyan bu tartışma, Kanun maddesinin düzenlenmesindeki teknik bir tercihi ifade etmektedir. Geri verme kurumu bakımından değerlendirildiğinde Kanun maddesinde açıkça saik olarak düzenlenmemiş olan “hükûmeti ortadan kaldırma” ya da “görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engelleme” ifadeleri dolayısıyla failin siyasi saikle hareket ettiği kabul edilmelidir.

Suçla korunan hukuki değerın siyasi iktidara ilişkin olması ve failin siyasi saikle hareket etmesi dolayısıyla suç tipinin gerek objektif teoriye gerekse sübjektif teoriye göre siyasi suç niteliği taşıdığı görülmektedir. Bununla beraber hükûmete karşı suçun siyasi suçlar içerisinde yapılan tam ve nisbi siyasi suçlar ayrımı bakımından da değerlendirilmesi gerekmektedir.

**Hükûmete karşı suçta fiil;** cebir ve şiddet kullanılması suretiyle hükûmeti ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs edilmesidir. Kanundaki düzenleme çerçevesinde hükûmete karşı suç cebir ve şiddetle işlenmesi mümkün olan bağlı hareketli bir suçtur<sup>82</sup>. Hükûmete karşı suçun ne tür fiillerle işlenebileceğine örnek vermeden önce, şiddet ve cebirin aynı anlama geldiğini belirtmekte fayda görüyoruz<sup>83</sup>. 5237 sayılı TCK’da bazı suçlarda bu iki kavram birlikte kullanılmaktadır<sup>84</sup>. Örneğin Kanununun 28. maddesinin kenar başlığı “cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit” olarak kaleme alınmıştır. Bu düzenleme doktrinde eleştirilmekte ve cebirin şiddetle aynı anlama geldiği, korkutmanın ise tehdidin doğal sonucu olarak ortaya çıktığı ifade edilmektedir<sup>85</sup>. Bu yorum sebebiyle cebir ve şiddete Kanun maddesinin başlığında aynı anda

79 Bkz.: Ankara 5. Ağır C.M. Dosya No.: 2014/144, Karar No.: 2018/248, Cumhuriyet Savcılığı Esas No.: 2013/35. T: 13.4.2018.

80 Bkz.: Turhan Tüfan Yüce. **Ceza Hukuku Dersleri Cilt:1**. Manisa: Şafak Basım ve Yay., 1982, s. 334.

81 Bkz.: Yüce, s. 334.

82 Aynı yönde bkz.: Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 8508. Ayrıca bkz.: Ankara 5. Ağır C.M. Dosya No.: 2014/144, Karar No.: 2018/248, Cumhuriyet Savcılığı Esas No.: 2013/35. T: 13.4.2018. Doktrinde Anayasayı ihlal suçunun serbest hareketli bir suç olduğunu savunan bir yazar bulunmaktadır. Bkz.: Ezgi Aygün Eşitli, “Anayasayı İhlal Suçu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.: 65, S.: 4, 2016, s. 1696.

83 Bu görüş için bkz.: Özgeç, **Genel Hükümler**, s. 434; İlhan Üzülmöz. **Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları**. Ankara: Turhan Kitabevi, 2007, s. 45; Özgür Küçüktaşdemir, **Türk Ceza Hukukunda Cebir ve Manevi Cebir**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 57.

84 Bu durumun 765 sayılı TCK döneminin bir alışkanlığı olduğu ifade edilmektedir (Üzülmöz, s. 45). Mülga TCK’da suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı sebebi olarak düzenlenen “cebir”, “tehdit” ve “şiddet” kavramları zaman zaman birlikte ya da ayrı ayrı kullanılmıştır (Yüksel Ersoy. **Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar (TCK m. 201 ve 275 sayılı kanunun ilgili hükümleri)**. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1973, s. 114). Bu durumun mülga TCK’nun İtalyan CK’da tercüme edilmesi sırasında terim birliği oluşturulamamasından ve söz konusu dönemde Osmanlı Türkçesi’nde anlamı güçlendirmek amacıyla aynı anlama gelen sözcükleri birlikte kullanma alışkanlığının bulunmasından kaynaklandığı değerlendirilmiştir (Ahmet Gökçen. **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m. 312/2)**. Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu Yay., 2001, s. 14-15; Üzülmöz, s. 42).

85 Bu konuda bkz.: Özgeç, **Genel Hükümler**, s. 434.



yer verilmesinin doğru olmadığı yönünde bizim de katıldığımız bir görüş de bulunmaktadır<sup>86</sup>. Bu sebeple çalışmamızda sadece cebir kavramını kullanarak devam edeceğiz.

Suçun bağlı hareketli bir suç olmasının sonucu olarak cebir dışındaki bir fiille işlenmesi mümkün değildir. Cebir kullanılmadığı sürece Anayasaya ya da kanunlara aykırı bir fiilin işlenmesi halinde hükûmete karşı suç teşekkül etmeyecektir. Örneğin; hükûmetin bir faaliyetinden vazgeçmesi için kanunsuz gösteri yürüyüşü yapılması cebir kullanılmadığı sürece hükûmete karşı suça sebebiyet vermez. Ancak bu fiil 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun<sup>87</sup> 28 ve devamı maddeleri çerçevesinde cezalandırılabilir.

Cebir tehdit suretiyle zorlamayı ve fiziki zorlamayı içeren bir üst kavramdır<sup>88</sup>. Tehdidin manevi cebir olarak nitelenmesinin sonucu olarak cebir kavramına tehdidin de dahil olduğu kabul edilmektedir<sup>89</sup>. Bununla beraber maddi ve manevi her türlü cebrin suça sebebiyet vereceği de söylenemez. Fiil ve kullanılan vasıta bakımından bir diğerinden farklı iki hareket olan cebir ve tehdit, iradeyi zorlamaya yönelik olarak aynı olayda birleşebilmektedir<sup>90</sup>. Hükûmete karşı suçun işlenmesinde elverişli sayılabilecek hareketlerin de bu nitelikte oldukları kanaatindeyiz. Alman CK'nda yer alan federal devlete ihanet (m. 81) ve bir eyaletin hükûmetini yetkilerini kullanmamaya ya da belli bir yönde kullanmaya zorlama (m. 105) suçlarında maddi unsur cebir ya da cebir kullanma tehdidi olarak belirlenmiştir. Bu düzenlemenin, tehdidin kanundaki özel düzenleniş biçimlerini de dışladığını ve suç tipindeki elverişli hareketin bu suretle vücut bulduğunu düşünüyoruz.

Siyasi saikle cebir kullanmanın düzenlenmesi suç tipini nisbi siyasi suçlar arasında değerlendirmemize yol açmaktadır. Suç tipinde kullanılan cebir, suçun hazırlık hareketi değil bizzat kendisidir. Bu sebeple suç tipi bir muhtelit siyasi suç niteliğindedir.

#### IV. GERİ VERME KURUMUNUN HÜKÛMETE KARŞI SUÇ BAKIMINDAN İNCELENMESİ

Adi bir suçun, siyasi bir saikle işlenmesi suretiyle vuku bulan hükûmete karşı suçun faili, cebir kullanarak hükûmeti ortadan kaldırmaya ya da görev yapmasını kısmen ya da tamamen engellemeye teşebbüs eder. Cebir, hükûmete tesir etmekte ve suçun konusunun hükûmet olduğu, hükûmete karşı suçun Kanun maddesinin gerekçesinde de belirtilmektedir<sup>91</sup>.

Türkiye'de hükûmet, uzun zaman başbakan başkanlığındaki Bakanlar Kurulunu ifade etmiştir. 1 Haziran 2005 tarihine değin yürürlükte olan mülga TCK m. 147'de yer alan "icra vekilleri heyeti"ne

86 Bkz.: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 583.

87 Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, R.G. 08.10.1953/18185.

88 Bkz.: Küçüktaşdemir, s. 58.

89 Faruk Erem. "Ceza Hukukunda "Cebir" Kavramı". **Yargıtay Dergisi**. C.: 16, S. 1-2, Ocak-Nisan 1990, s. 94.

90 Manzini, VIII, s. 694. Aktaran Erem, s. 95.

91 Suçun konusu, "kanuni tanımdaki hareketin yöneldiği, suçun üzerinde icra edildiği kişinin fiziki, maddi yapısı veya şey" olarak tanımlanmaktadır (Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 375. Doktrinde yer alan başka bazı tanımlar için bkz.: Koca, Üzülmez, s. 116). Madde gerekçesinde suçun konusunun "Anayasa düzeninin temel organlarından biri" olan, "Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik unsurunun oluştuğu üç güçten yönetim gücünü temsil eden hükûmet" olduğu ifade edilmiştir.

karşılık olarak Bakanlar Kurulunun korunduğu yargı kararlarına da yansımıştır<sup>92</sup>. Bununla beraber 16 Nisan 2017 tarihli referandumda kabul edilen 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun'la hükümet sistemi bütünüyle değişmiştir<sup>93</sup>.

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi olarak adlandırılan yeni sistemde yapılan düzenlemeler çerçevesinde Anayasanın 8. maddesiyle yürütme yetki ve görevinin münhasıran cumhurbaşkanına özgü olduğu görülmektedir. Bakanlar Kurulu ve başbakanlık kaldırılmış<sup>94</sup> ve 477 sayılı Kanunla bazı Kanunlarda değişiklik yapılması hakkındaki 698 sayılı KHK<sup>95</sup> ile bu iki kurumun tüm yetkileri cumhurbaşkanına devredilmiştir. Bu düzenlemeler karşısında artık Kanunun 312. maddesinde yer alan düzenlemeyle hükümet, cumhurbaşkanı nezdinde korunmaktadır.

Yeni sistemde hükümete karşı suçun işlenmesiyle aynı zamanda hükümet başkanı da olan cumhurbaşkanının iradesi etkilenmektedir. Bu suçun işlenmesinde cebir doğrudan doğruya cumhurbaşkanını hedef alabilir<sup>96</sup>. Bu takdirde siyasi suçluların geri verilmemesi kuralının suç tipiyle ilgili olarak ortaya çıkabilecek ilk istisnası olan ve SİDAS m. 3/3'te de düzenlenen Belçika kuralının, hükümete karşı suç bakımından uygulama alanı bulması mümkündür.

Belçika kuralı, hali hazırda görev yapmakta olan devlet başkanı için uygulama alanı bulur. Daha önce de ifade edildiği üzere doktrinde bu kuralın hükümet başkanını kapsamadığı ifade edilmektedir<sup>97</sup>. Bazı uluslararası sözleşmeler ise aksi yöndedir. Örneğin Türkiye'nin ABD, Irak ve İran'la yaptığı ikili anlaşmalarda hükümet başkanı ve ailesine karşı işlenen suçların da bu kural kapsamına dahil edildiği görülmektedir<sup>98</sup>. Parlamenter sistemin hakim olduğu dönemde ülkemiz için önemli olan bu ayrıma rağmen, Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde devlet başkanının aynı zamanda hükümet başkanı olması, Belçika kuralından yararlanılması konusunda bu tür bir ikilemin doğmasını engellemektedir.

92 Mülga TCK'nın 147. maddesinde ifade edilen icra vekilleri heyetinden kasıt hükümettir. Hükümetin Anayasaya göre Bakanlar Kurulunu ifade ettiği hususu parlamenter sistem döneminde verilen yargı kararlarına yansımıştır. Bkz.: Y. 16.C.D., E.: 2016/6690, K.: 2018/604, T.: 08.03.2018; Ankara 5. Ağır C.M. Dosya No.: 2014/144, Karar No.: 2018/248, Cumhuriyet Savcılığı Esas No.: 2013/35. T.: 13.4.2018.

93 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG: 11.02.2017, 29976.

94 Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 764.

95 698 sayılı KHK, 04.07.2018/30468.

96 Referandum sonrasında suçun konusunda meydana gelen bu değişim, suç tipini TCK'nın 310. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı suçlarıyla benzer hale getirmiştir. TCK'nın 310/1. maddesinde cumhurbaşkanına suikaste bulunmak suçu düzenlenmiştir. Bu düzenleme madde gerekçesinde de belirtildiği üzere kasten öldürme suçuna nazaran özel bir düzenlemedir. Bkz.: Yaşar, Gökcan, Artuç, s. 8494; Hadi Salihoğlu, Ali Parlar, Mustafa Öztürk. **Uygulamada Terör Suçları Devlete ve Anayasal Düzene Karşı Suçlar**. Ankara: Bilge Yay., 2018, s. 158. TCK m. 310/2'de ise cumhurbaşkanının şahsına karşı gerçekleştirilen ve kasten öldürme ile TCK m. 299'da yer alan cumhurbaşkanına hakaret dışında kalan fiillerin tamamını ifade eden fiili saldırı suçu yer almaktadır. Bkz.: Zeki Hafizoğulları, Özgür Küçüktaşdemir. "Cumhurbaşkanına Suikast ve Fiili Saldırı Suçu". **Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan**. Ankara Üniversitesi Yayınları No.: 459, 2015, s. 573. Hükümete karşı suç ile Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı suçları (TCK m. 310) arasındaki fark, hükümete karşı suçun cumhurbaşkanını fonksiyonlarından ötürü korumasıdır. Aynı fiil hükümeti ortadan kaldırmak ya da görev yapmasını engellemek için işlendiği takdirde TCK m. 312 uygulama alanı bulur.

97 İçel, Donay, s. 221.

98 Bkz.: Bayraktar, s. 143.

Belçika kuralının uygulanması bakımından cumhurbaşkanına vekalet eden kişilerin durumunun da değerlendirilmesi gerekir. Anayasa'nın 104/8. maddesinde cumhurbaşkanının kendi yardımcılarını atayacağı düzenlenmiştir<sup>99</sup>. Bu düzenlemeyle ihdas edilen Cumhurbaşkanı yardımcılığı, ülkemizde daha önce mevcut olmayan bir kurumdur. Anayasanın 106. maddesinin 2. fıkrasında iki durumda cumhurbaşkanı yardımcısının cumhurbaşkanına vekalet ederek yetkilerini kullanacağı düzenlenmiştir. Bu durumlar; cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir sebeple boşalması halinde yeni cumhurbaşkanı seçilene kadarki 45 günlük süreç ve cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkması gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılmasıdır. Belçika kuralıyla getirilen istisnanın şahsı değil makamı gözettiği düşüncesiyle makamda vekaleten bulunan kişilerin de bu düzenlemeden yararlanmaları gerektiği kanaatindeyiz<sup>100</sup>.

Hükümete karşı suç, cumhurbaşkanının iradesini etkilemeye yönelik olmak kaydıyla üçüncü kişilere uygulanan cebirle de işlenebilir. Başka bir deyişle cebre maruz kalan kişi ile cebir dolayısıyla iradesi etkilenen kişi birbirinden farklı olabilir<sup>101</sup>. Asıl olan cebrin, mağduru kendisinden istenen şeyi gerçekleştirmeye zorlaması ve iradesini etkileme hususunda elverişli olmasıdır<sup>102</sup>. Kanaatimizce hükümet başkanının istifa etmesi amacıyla ülke genelinde şahıslara karşı kullanılan cebir, ülke güvenliğine ilişkin politikalarından da sorumlu olan hükümet başkanının iradesini etkilemeye elverişli olabilecektir. Nitekim ülkemizde faillerin, hükümeti istifaya zorlamak amacıyla kendilerine tevdi edilen teçhizatı hukuka aykırı olarak kullanmaları, bunu TSK'ya ait olan zırhlı araçları sokaklarda yürütmek suretiyle gerçekleştirmeleri, hükümete karşı suçun ilk icra hareketi sayılmıştır<sup>103</sup>. Aynı amaçla işlenen ve hükümet başkanının iradesini etkilemeye elverişli olan kamusal binaların tahribi ya da bombalanması gibi eylemler de hükümete karşı suça sebebiyet verirler.

Cebrin özellikle üçüncü kişileri hedef aldığı durumlar, suçun TÖDAS'ın 1. maddesinde yer alan “*Şahısların hayatı için tehlike teşkil ettiği ölçüde bomba, el bombası, roket, otomatik ateşli silah veya bombalı mektup veya koli kullanmak suretiyle işlenen suçlar*” başta olmak üzere geri vermeyi gerektiren fiillerle işlenebileceğini ortaya koymaktadır.

TÖDAS, taraf devletlerin belirli fiilleri siyasi suç sayma yönündeki takdir yetkilerini sınırlayan bir sözleşmedir. Bu husus TÖDAS'ı açıklayan raporda belirtilmiştir. Sözleşmenin bu özelliği sebebiyle devletler TÖDAS'ın 1. 2. maddelerinde sayılan fiilleri, siyasi suç sayarak iadeden kaçınamazlar<sup>104</sup>.

99 Yavuz Atar. **Türk Anayasa Hukuku**. Cumhurbaşkanlığı Sistemi ve Diğer Değişikliklere Göre Güncellenmiş 13. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 181.

100 Bkz.: Bayraktar, s. 143. Fiilin makamı korumasının sonucu olarak mülga İtalyan CK'nun 118. maddesinde yer alan kral veya naibinin vazifelerini yerine getirmelerini engellemek amacıyla işlenen suçların kralın yardımcılarını da koruduğu ifade edilmekteydi. Bkz.: Luigi Majno, **Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları**, 2. Cilt, İstanbul: İstanbul Milliyet Matbaası, 1927, s. 46.

101 Kanununun 108. maddesi bakımından paralel değerlendirme için bkz.: Schmidt, s. 51. Aktaran Üzülmöz, s. 682.

102 Bkz.: Üzülmöz, s. 178.

103 Bu olayda Mahkeme sanıkların TSK'nın kendilerine tevdi edilen gücünü ve imkanlarını kullanmaları üzerine bu yolla emniyet kuvvetlerini de etkisiz hale getirdikleri olasılıkta amaçlarına ulaşmada hiçbir maddi engelle karşılaşmayacaklarını değerlendirmiştir. Bkz.: Ankara 5. Ağır C.M. Dosya No.: 2014/144, Karar No.: 2018/248, Cumhuriyet Savcılığı Esas No.: 2013/35. T.: 13.4.2018.

104 Bkz.: Bayraktar, s. 176-177.

Bu husustaki istisna, SİDAS m. 3/2 ve TÖDAS m. 5'te yer almaktadır. Bu iki düzenleme uyarınca devlet kendisine yapılan talep üzerine suçun adi suç niteliği taşıdığını tespit ettiği halde talebin siyasi nedenle yapıldığı veya kişinin talep eden devletteki rejime karşı olması sebebiyle iade edildiği takdirde durumunun ağırlaşaacağı sonucuna ulaşırsa talebi reddedebilir<sup>105</sup>.

Bu düzenlemeler karşısında terör metotlarıyla işlendiği durumlarda, hükûmete karşı suçun siyasi saik taşıdığı ileri sürülerek, iadeden kaçınılmasının uluslararası normlarla bağdaşmayacağı kanaatindeyiz. Taraf devletin istisnaları gerekçe göstererek talebi reddettiği durumlarda ise fiili yargılamak konusunda sorumluluğu mevcuttur (TÖDAS m. 6 ve 7).

Ülkemize yapılan iade talepleri bakımından, bu hükümler haricinde 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu'nda yer alan düzenlemeler de uygulama alanı bulmaktadır. 6706 sayılı Kanun'da iadesi talep edilen kişinin siyasi görüşleri nedeniyle bir soruşturma veya kovuşturmaya maruz bırakılacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence veya kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması (m. 11/1-b) ve iade talebine esas teşkil eden fiilin düşünce suçu, siyasi suç veya siyasi suçla bağlantılı bir suç olması (m. 11/1-c-1) Türkiye'den yabancı devlete, iadenin kabul edilmeyeceği haller arasında düzenlenmiştir. Bununla beraber Kanunun 11/1-c-1 maddesi çerçevesinde, iade talebine esas teşkil eden fiilin düşünce suçu, siyasi suç veya siyasi suçla bağlantılı bir suç olması halinde iade talebinin dayanağını teşkil eden fiilin bütün unsurları, özellikle işleniş şekli, suçun işlenişinde kullanılan araçların veya ortaya çıkan sonuçların ağırlığı dikkate alınarak fiil siyasi suç olarak kabul edilmeyebilir. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar, siyasi suç olarak kabul edilmez (m. 11/2). Uluslararası normlarla paralel nitelik taşıyan bu düzenlemeler dolayısıyla başka ülkelerde siyasi iktidara karşı kullanılacak cebir mahiyeti taşıyan fiiller bakımından ülkemize yapılan iade taleplerinde, suçun siyasi suç olması gerekçesiyle talebin reddedilmesi mümkün değildir.

## Sonuç

Hükûmete karşı suç, siyasi iktidarı hedef alan bir suç tipidir. Failler ya hükûmeti ortadan kaldırmayı ya da görev yapmasını engellemeyi hedeflemektedirler. Cebir kullanarak işledikleri bu suçta faillerin amacı, siyasi faaliyetlerin kendi inisiyatifleri doğrultusunda cereyan etmesini sağlamaktır. Suç tipiyle demokrasi ve milli irade korunmaktadır. Suçla korunan hukuki değer ve failin saiki gözetilerek suç tipinin siyasi suç niteliği taşıdığı anlaşılmaktadır. Bununla beraber hükûmete karşı suçun, suç teşkil eden adi nitelikteki bir fiilin siyasi saikle işlenmesi suretiyle vücut bulabilmesi, tam ve nisbi siyasi suç ayrımı çerçevesinde hükûmete karşı suç nisbi siyasi suç olarak değerlendirmemize yol açmaktadır. Cebirin suçun unsurunu teşkil etmesi karşısında ise hükûmete karşı suç nisbi siyasi suçlar arasında muhtelit siyasi suç olarak değerlendirilmelidir.

Geri verme kurumu bakımından aslolan siyasi suçlarda iadenin uygulanmamasıdır. Hükûmete karşı suç, bu hususta istisnaların uygulama alanı bulduğu bir suç tipidir. Öncelikle 2017 tarihli Anayasa

105 Sinar, s. 71.

değişikliği referandumu sonrasında hükûmet başkanlığı ile devlet başkanlığının birleşmiş olması, suçun cumhurbaşkanına uygulanacak olan cebirle işlenebileceğini ortaya koymakta ve SİDAS'ın 3/3. maddesinde de düzenlenmiş olan Belçika kuralının uygulanabileceği bir duruma tekabül etmektedir. Belçika kuralının kişiye değil makama getirilmiş bir istisna olması dolayısıyla makamda vekaleten bulunan kişiler de bu istisnadan yararlanabilirler<sup>106</sup>. Anayasanın 106. maddesinin 2. fıkrasında cumhurbaşkanı yardımcısının, cumhurbaşkanına vekalet edeceği durumlar düzenlenmiştir. Bu durumlar söz konusu olduğu takdirde suçun konusu olan cumhurbaşkanı yardımcısına karşı işlenebilecek fiiller de Belçika kuralı çerçevesinde ele alınmalıdır.

Cebir, mağduru kendisinden istenen şeyi gerçekleştirmeye zorlaması ve iradesini etkileme hususunda elverişli olması halinde üçüncü kişilere karşı da uygulanabilir<sup>107</sup>. Kanaatimizce hükûmet başkanının istifa etmesi amacıyla ülke genelinde şahıslara karşı kullanılan cebir, ülke güvenliğine ilişkin politikalarından da sorumlu olan hükûmet başkanının iradesini etkilemeye elverişli olabilecektir. Belirli uluslararası Sözleşmelerde tanımlanan fiiller ve özellikle şahısların hayatı için tehdit teşkil eden silahlarla gerçekleştirilen eylemler bakımından suçun siyasi suç olduğu gerekçesiyle geri vermeden kaçınılamaz. Bu husustaki düzenlemelerin yer aldığı TÖDAS, 1. maddesinde terör eylemlerinin siyasi suç, siyasi suça murtabit suç veya siyasi nedenle işlenmiş suç sayılmayacağını düzenlemiştir. Sözleşme 1. maddesinde terör eylemlerini kategorize etmiş, 2. maddesinde bu kategorilere girmese de şahısların hayat, vücut bütünlüğü veya hürriyeti aleyhine işlenen bir şiddet eylemi ya da vahim bir suçu siyasi suç, siyasi suça murtabit suç veya siyasi nedenle işlenmiş suç saymama konusunda takdir yetkisi tanınmıştır (m. 2). Ayrıca iade talebini kabul etmeyen devlete Sözleşmenin 1. maddesinde sayılan suçları işlediğinden şüphe edilen kişiyi yargılama yükümlülüğü getirilmiştir (m. 6 ve 7).

## Kaynaklar

- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Aşşahin ve Kerim Çakır. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**. Yenilenmiş Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Ankara: Adalet Yay., 2020.
- Atar, Yavuz. **Türk Anayasa Hukuku**. Cumhurbaşkanlığı Sistemi ve Diğer Değişikliklere Göre Güncellenmiş 13. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Aygün Eşitli, Ezgi. "Anayasayı İhlal Suçu". **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. C.: 65, S.: 4, 2016, ss. 1689-1724.
- Bayraktar, Köksal. **Siyasal Suç**. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.
- Donay, Süheyl. "Tedhişçiliğin Cezalandırılması Hakkında Avrupa Sözleşmesi". **İÜHFİM**. 43/1-4, Temmuz 2011, ss. 417 – 430.
- Erem, Faruk, "Ceza Hukukunda "Cebir" Kavramı", **Yargıtay Dergisi**, C.: 16, S. 1-2, Ocak-Nisan 1990, ss. 94-97.
- Ersoy, Yüksel. **Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar (TCK m. 201 ve 275 sayılı kanunun ilgili hükümleri)**. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1973.
- Gökçen, Ahmet. **Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü (TCK m. 312/2)**, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu Yay., 2001.
- Gözler, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku**. 3. Baskı. Bursa: Ekin Yayınları, 2019.

106 Bkz.: Bayraktar, s. 143.

107 Bkz.: Üzülmöz, s. 178.

- Hafizoğulları, Zeki, Özgür Küçüktaşdemir. “Cumhurbaşkanına Suikast ve Fiili Saldırı Suçu”. **Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan**. Ankara Üniversitesi Yay. No.: 459, 2015, ss. 569-574.
- Hafizoğulları, Zeki, Muharrem Özen. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar**. Ankara: US-A Yay., 2016.
- Hassan, Ümit. “Siyasi Suç Kavramı”. **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**. Y.: 1971, C.: 26, S.: 1, ss. 197 – 217.
- İçel, Kayıhan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**. Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul: Beta Yay., 2018.
- İçel, Kayıhan, Süheyl Donay. **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku**. İstanbul:Beta, 1987.
- Koca, Mahmut, İlhan Üzülmez. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**. Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 13. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Küçüktaşdemir, Özgür. **Türk Ceza Hukukunda Cebir ve Manevi Cebir**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami, Serra Karadeniz. **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**. İstanbul: Beta Yay., 2017.
- Majno, Luigi. **Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları**. 2. Cilt. İstanbul: İstanbul Milliyet Matbaası, 1927.
- Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**. Ankara: Yetkin, 2019.
- Özek, Çetin. **Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler (TCK m. 146-151, 168-173)**. 1. Baskı. İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1967.
- Özgen, Eralp. **Suçluların Geri Verilmesi**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1961.
- Özgenç, İzzet. **Suç Örgütleri**. Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 13. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Parlar, Ali. **Türk Ceza Kanunu Şerhi Cilt: 2**. Ankara: Bilge Yay., 2015.
- Salıhoğlu, Hadi, Ali Parlar, Mustafa Öztürk. **Uygulamada Terör Suçları Devlete ve Anayasal Düzene Karşı Suçlar**. Ankara: Bilge Yay., 2018.
- Sınar, Hasan. “Siyasi Suç Üzerine Bir İnceleme” **İÜHFİM**, C.: LVIII, S.: 1-2, 2000, ss. 53-77.
- Soyaslan, Doğan. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**. Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Şensoy, Naci. “Siyasi Suçlar”. **İÜHFİM**, 1951, C.: XVII, S.: 1-2, ss. 53-74.
- Üzülmez, İlhan. **Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Sistemi Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Suçları**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.
- Yaşar, Osman, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç. **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Cilt VI, m. 257-345. Ankara: Adalet Yay., 2010.
- Yüce, Turhan Tüfan. **Ceza Hukuku Dersleri Cilt:1**. Manisa: Şafak Basım ve Yay., 1982.

### **Online Kaynaklar**

- “Roma Statue of the International Criminal Court”. E.T.: 30.05.2021. <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf>
- “Statue of the International Tribunal For Rwanda”. E.T.: 30.05.2021. [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr\\_EF.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/ictr_EF.pdf)
- “Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. E.T.: 30.05.2021. [https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_sept09\\_en.pdf](https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf)

## İdare Hukuku Boyutuyla Ürün Yerleştirme

### Product Placement with Administrative Law Dimension

Muradiye Çevikçelik \* 

#### ÖZ

İzleyiciler reklam kuşağı başladığında genellikle kanalı değiştirmektedirler. Günün her anında yüzlerce reklama maruz kalan insanlar reklamların mesajları arasında farklılıkları algılayamamaktadırlar. Bu nedenle markalar mesajlarını iletebilmek için yeni mecralar aramaya yönelmişlerdir. Yenilikçi reklam stratejilerinden biri ürün yerleştirmedir. Ürün yerleştirme, bir markaya ait ürün veya hizmetin film, televizyon veya radyo programlarına, kliplere, video oyunlarına, romanlara vb. dahil edilmesidir. Bu çalışmada öncelikle ürün yerleştirme kavramı ve Türk hukukunda ürün yerleştirmenin gelişimi incelenecektir. Devamında ürün yerleştirme yapılırken dikkat edilmesi gereken usul ve esaslar Radyo Televizyon Üst Kurulu kararları ışığında değerlendirilecektir. Son olarak Kanun ve Yönetmelik'te öngörülen usul ve esaslara aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Ürün Yerleştirme, Marka Yerleştirme, Gizli Ticari İletişim, Reklam, İdare Hukuku

#### ABSTRACT

When advertisements start, viewers generally change the channel. People, exposed to hundreds of advertisements at every moment of the day, cannot perceive differences between messages of advertisements. For these reasons, marketers have looked for a variety of new way to convey messages of brands. One of the innovative advertising strategies is product placement. Product placement is the integration of products and services in movies, television and radio programmes, clips, video games, novels etc. In this paper firstly concept and development of product placement in Turkish Law will be examined. Subsequently, procedures and principles to be considered during product placement will be examined in the light of decisions of the Radio and Television Supreme Council. Finally, sanctions to be applied in case of violation of procedures and principles stipulated in the Law and Regulation will be discussed.

**Keywords:** Product Placement, Brand Placement, Surreptitious Commercial Communication, Advertisement, Administrative Law

\* Ar. Gör., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Muradiye Çevikçelik

**E-posta/E-mail:** mcevikcelik@erbakan.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 31.03.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 25.04.2021

## GİRİŞ

Avukat Steven L. Snyder makalesinde bir pazarlama sorumlusunun şu sözlerini aktarmaktadır: “Filmlerde hiçbir şey tesadüfi değildir. Filmde bir ürün kamerada görünüyorsa birinin o ürünü oraya koyduğundan emin olabilirsiniz”<sup>1</sup>. Gerçekten bir film veya televizyon programı izlerken başrol oyuncusu genellikle logosu gözükken giysiler ve aksesuarlar kullanmakta ve son model arabasına binmektedir. Bir yarışma programında kazanan yarışmacılar stüdyoda market adını verdikleri bölüme gitmekte ve markası gözükken ürünler arasından seçim yapmaktadır. Keza bir romanda karakterin kullandığı araç modeli uzun uzun betimlenmektedir.

Uygulamada ürün yerleştirmeye çeşitli şekillerde rastlamak mümkündür. Dolayısıyla ürün yerleştirmeye dair doktrin ve uygulamada üzerinden uzlaşmış bir tanım ve tasnif bulunmamaktadır. Ürün yerleştirmeye yer verilen yayında yalnızca ürün görseline yer verilebilmekte (*görsel ürün yerleştirme*) veya ürünün ismi yalnızca program içerisinde diyaloglarda zikredilmekle yetinilebilmektedir (*işitsel ürün yerleştirme*). Bir diğer ihtimalde ise hem ürün görseline yer verilmekte hem de ürün program içerisinde zikredilmektedir (*görsel ve işitsel ürün yerleştirme*). Ürün yerleştirmeye konu olan bazı ürünler karakterler tarafından kullanılabilen (*aktif ürün yerleştirme*), bazı ürünlerse kurguyla herhangi bir ilgisi olmadan sadece ekranda gözükmektedir (*pasif ürün yerleştirme*)<sup>2</sup>.

Türk hukukunda 2011 yılına kadar ürün yerleştirme örtülü reklam yasağının ihlali olarak değerlendirilmiştir. 2011 yılında ise 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun (Kanun)<sup>3</sup> ile belirli programlarda belirli şartlar altında ürün yerleştirmeye yer verilebileceği kabul edilmiştir. Böylece bu tarihe kadar sıklıkla başvuru ürün yerleştirme uygulaması yasal dayanağa kavuşmuştur. Bu çalışmada öncelikle Türk hukukunda yayın hizmetlerinin hukuki niteliği incelenecektir. Devamında ise ürün yerleştirme kavramı ve Türk hukukundaki yeri Radyo Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) kararları ışığında ele alınacaktır.

## I. TÜRK HUKUKUNDA YAYIN HİZMETLERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

6112 sayılı Kanun’un 3/1-ff bendine göre yayın hizmetleri “Medya hizmet sağlayıcının editoryal sorumluluğu altında ve temel amacı kamuoyunu bilgilendirmek, eğlendirmek veya eğitmek üzere elektronik iletişim şebekeleri yoluyla program sunmak olan, bireysel iletişim hariç olmak üzere, televizyon yayın hizmeti, isteğe bağlı yayın hizmeti ve ticarî iletişim ile radyo yayın hizmetini” ifade etmektedir. Yayın hizmetleri toplumu bilgilendirmek, eğlendirmek, eğitmek ve haberleşmeyi sağlamak amacıyla

1 Arşivlerde yaptığımız araştırmalarda Snyder’in atfı yaptığı Adweek dergisinin 3 Nisan 1989 sayısına ve dolayısıyla bu sözlerin sahibine ulaşamadık. Aktaran SNYDER Steven L, “Movies and Product Placement: Is Hollywood Turning Films into Commercial Speech?”, University of Illinois Law Review, C. 1992, S. 1, 1992, s. 301.

2 Ürün yerleştirmenin tasnifi ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturacak niteliktedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ZEREN Deniz/PAYLAR Önder Ziya, Ürün Yerleştirme, Karahan Kitabevi, Adana, Kasım 2014, s. 18-21; YOLCU Tarık, Pazarlama İletişim Aracı Olarak Film ve Dizilerde Ürün Yerleştirme, İKSAD Yayınevi, Ankara, 2020, s. 83-99.

3 RG: 03.03.2011/27863.



yerine getirilen kamu hizmeti niteliğinde faaliyetlerdir<sup>4</sup>. Ülkemizde radyo ve televizyon yayıncılığı faaliyetleri uzun yıllar devlet eliyle yürütülmüştür<sup>5</sup>. 1961 Anayasası'nın 121. maddesinde<sup>6</sup> ve 1982 Anayasası'nın 133. maddesinin ilk halinde<sup>7</sup> radyo ve televizyon yayıncılığı hizmetlerini sunmak devletin tekeline bırakılmıştır. Ancak 08.07.1993 tarihinde kabul edilen 3913 sayılı Kanun<sup>8</sup> ile yayın hizmetlerinin sunulmasında yeni bir döneme geçilmiş ve özel radyo ve televizyon kuruluşları hizmet vermeye başlamıştır<sup>9</sup>.

3913 sayılı Kanun her ne kadar devletin yayın hizmetleri alanındaki tekel konumunu kaldırsa da yayın hizmetlerinin hukuki statüsünde herhangi bir değişikliğe yol açmamıştır. Zira özel radyo ve televizyon kuruluşları tarafından verilen yayın hizmetleri de toplumu eğlendirmesi, eğitmesi, toplumun haber alma ihtiyacını karşılaması gibi yönlerden kamu yararının gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Özel radyo ve televizyon kanalları her bir yayın tekniği ve ortamına ilişkin RTÜK'ten ayrı ayrı lisans almaları kaydıyla yayıncılık faaliyetlerinde bulunabilmektedirler (6112 sayılı Kanun m. 27/1). RTÜK'ten lisans alan özel radyo ve televizyon kuruluşları tarafından yayıncılık faaliyetlerinin 6112 sayılı Kanun'da öngörülen usul ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla günümüzde gerek devlet gerekse özel kuruluşlar tarafından sunulan yayın hizmetlerinin kamu hizmeti niteliği taşıdığı kabul edilmektedir<sup>10</sup>. Ancak özel radyo ve televizyon kuruluşları tarafından yerine getirilen yayıncılık faaliyetlerinin kamu yararına sonuçlar doğurması bu kuruluşların öncelikli amaçlarının kâr elde etme olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Bu nedenle özel radyo ve televizyon kuruluşları tarafından yerine getirilen faaliyetin virtüel kamu hizmeti niteliğinde olduğu ifade edilmektedir.

İlk defa Fransa'da ortaya çıkan virtüel kamu hizmeti kavramı organik anlamda kamu hizmeti olmayan ancak fonksiyonel anlamda kamu hizmeti niteliği taşıyan, kamusal bir ihtiyacın tatminine yönelik ve özel kişilere idare tarafından verilen ruhsat ile yerine getirilen faaliyetleri ifade etmektedir<sup>11</sup>. İdare,

4 Anayasa Mahkemesine göre radyo ve televizyon yayını çağın en ileri teknolojik aşamasına ulaşmış bir kamu hizmetidir ve Anayasa'da öngörülen nitelikleri taşımalıdır. AYM, T. 18.05.1990, E. 1989/9, K. 1990/8, RG: 26.07.1990/20586.

5 İSBİR Begüm, "Kamu Hizmeti İlkeleri Işığında Özel Radyo-Televizyon Yayıncılığının Değerlendirilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 1-2, 2007, s. 818.

6 1961 Anayasası'nın 121. maddesinin 1. fıkrasının ilk hâli "*Radyo ve televizyon istasyonlarının idaresi, özerk kamu tüzel kişiliği halinde, kanunla düzenlenir.*" şeklindedir. 1971 yılında Anayasa değişikliğiyle söz konusu hüküm "*Radyo ve televizyon istasyonları, ancak Devlet eliyle kurulur ve idareleri tarafsız idaresi ve bir kamu tüzel kişiliği halinde kanunla düzenlenir, Kanun, yönetim ve denetimde ve yönetim organlarının kuruluşunda tarafsızlık ilkesini bozacak hükümler koyamaz.*" şeklinde değiştirilmiştir. RG: 22.09.1971/13964.

7 1982 Anayasası'nın 133. maddesinin 1. fıkrasının ilk hâli "*Radyo ve televizyon istasyonları, ancak Devlet eli ile kurulur ve idareleri tarafsız bir kamu tüzel kişiliği halinde düzenlenir.*" şeklindedir.

8 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 133 üncü Maddesinin Değiştirilmesi ile İlgili Kanun, RG: 10.07.1993/21633.

9 1982 Anayasası'nın 133. maddesinin ilk fıkrasının son hâli "*Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir.*" şeklindedir.

10 Aynı yönde bkz. AYAYDIN Dilhun, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun Kamu Yayıncılığı ve Özel Yayıncılık Üzerindeki Yetkileri (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, s. 354-355; İSBİR, s. 826.

11 AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 566; GÜLAN Aydın, "Kamu Hizmeti Kavramı", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 9, S. 1-3, 1988, s. 156-159; YAŞAR Nuri, "Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 14, S. 1, 2000, s. 406-407; Virtüel kamu hizmeti teorisine ilişkin eleştiriler için bkz. GÖZLER Kemal/KAPLAN Gürsel,

özel kişilerin yerine getirdiği virtüel kamu hizmeti sayılan faaliyetler üzerinde klasik kolluk denetimini aşan hiyerarşiye yaklaşan bir içerik denetimi yapmakta<sup>12</sup> ve yürütülen faaliyetin muhtevasını düzenleyebilmektedir<sup>13</sup>. Yayıncılık hizmetlerinin virtüel kamu hizmeti teorisi kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Zira özel kuruluşların yayıncılık faaliyetlerinde bulunabilmesi için öncelikle RTÜK'ten yayın lisansı alması gerekmektedir. Özel radyo ve televizyon kanallarında yapılacak yayınların muhtevası, gözetilecek ilkeler ve uygulanacak yaptırımlar 6112 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. RTÜK'e verilen yetkiler, denetimin yanında yayın hizmetlerinin muhtevasının düzenlenmesini de içermektedir<sup>14</sup>. Dolayısıyla özel kuruluşlar tarafından gerçekleştirilen yayıncılık faaliyetlerinin salt ticari bir faaliyet olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

## II. ÜRÜN YERLEŞTİRME KAVRAMI

Kurum ve kuruluşlar ürettikleri ürünler için yeni pazarlar bulmak, mevcut pazarlarını genişletmek, kâr elde etmek veya marka tanınırlığını artırmak amacıyla reklamlara başvurmuşlardır<sup>15</sup>. 6112 sayılı Kanun'a göre radyo ve televizyon reklamı, *“taşınmazlar, hak ve yükümlülükler dâhil olmak üzere mal veya hizmetlerin teminini teşvik etmek, bir amaç veya düşünceyi yaymak veya başka etkileri oluşturmak amacıyla ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı gerçek ve tüzel kişi tarafından, bir ücret veya benzeri bir karşılıkla yapılan her türlü duyuru veya öz tanıtım yayını”* ifade etmektedir. Bir duyuru veya yayının reklam kabul edilebilmesi için bir mesajının bulunması, belirli bir vasıtanın kullanılması, reklam verenin belli olması, reklam yapma iradesinin varlığı ve reklamın ücret karşılığı yapılması unsurlarının mevcudiyeti aranmaktadır<sup>16</sup>.

Reklam başladığında izleyicilerin kanalı değiştirmeleri<sup>17</sup> ve artan rekabet nedeniyle insanların adeta reklam ve markalarla kuşatılması<sup>18</sup> geleneksel reklamların etkisini oldukça azaltmıştır. Günümüzde küreselleşmenin ve rekabetin etkisini artırması, teknolojide baş döndürücü gelişmelerin yaşanması, özellikle COVID-19 pandemisi sürecinde karantina ve sokağa çıkma yasakları sebebiyle cep telefonu

İdare Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2020, s. 497; SERTER Yusuf Sertaç, Kamu Hizmeti Kavramının Ekonomik Nedenlerle Geçirdiği Dönüşüm Bağlamında Virtüel Kamu Hizmeti ve Evrensel Hizmet Kurumları Üzerine Bir Karşılaştırma, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 85-86.

12 ÖZAY İl Han, Günışığında Yönetim, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 226.

13 AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 566.

14 İSBİR, s. 829.

15 YILDIRIM Erhan/CAN Aytekin, “Reklamcılığın Farklı Bir Yüzü Olan Ürün Yerleştirmenin Televizyon Dizilerinde Kullanımı ve And Pastel İnşaatın ‘İstanbul’lu Gelin’ Dizisi İçerisinde Ürün Yerleştirme Uygulamasının Çözümlemesi”, Selçuk İletişim, C. 12, S. 2, 2019, s. 683; SÜRÜCÜ Pelin, “Marka Yerleştirmenin Bir Reklam Olarak Etkileri: Video Oyunlarındaki Marka Yerleştirme Uygulamaları Üzerine Keşifsel Bir Araştırma”, Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 2, 2007, s. 176.

16 ALTUN Abdurrahim, Türk Borçlar Hukukunda Reklam Yapım Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2020, s. 26-31.

17 YILDIRIM/CAN, s. 683; SÜRÜCÜ'nün ifadesiyle günümüzde reklam kuşakları *“film ya da dizi başlamadan önce bitirilecek işlerin yapılacağı zaman kuşağı”* şeklinde anlaşılmaktadır. SÜRÜCÜ, s. 177.

18 MAZICI Emel Tanyeri/ATEŞ Nur Banu/YILDIRIM Ayşe, “Televizyon Programlarında Ürün Yerleştirme: “Survivor All Star” Örneği”, Selçuk İletişim, C. 9, S. 4, 2017, s. 239.

kullanımında yaşanan artış<sup>19</sup> ve insanların adeta reklam bombardımanına maruz kalması geleneksel reklam stratejilerinin zayıflamasına ve markaların dikkat çekmek amacıyla daha yenilikçi reklam stratejileri oluşturmaya çalışmalarına yol açmıştır<sup>20</sup>.

Kurum ve kuruluşlar tarafından izleyicilerin dikkatini çekmek amacıyla başvuru alan yenilikçi reklam stratejilerinden biri ürün yerleştirmedir. 6112 sayılı Kanun'a göre ürün yerleştirme "bir ürün, hizmet veya ticarî markanın, ücret veya benzeri bir karşılıkla program içine dâhil edilerek veya bunlara atıf yapılarak, program içinde gösterildiği her tür ticarî iletişimi" (m. 3/1-cc), ticari iletişim ise "radyo ve televizyon reklamları, program desteklemesi, tele-alışveriş ve ürün yerleştirmeyi de kapsamak üzere, ekonomik bir faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişinin, ürün, hizmet veya imajını, doğrudan veya dolaylı olarak tanıtmak amacıyla tasarlanmış sesli veya sessiz görüntülerin bir ücret veya benzeri bir karşılıkla ya da öz tanıtım amacıyla bir programla birlikte ya da bir program içine yerleştirilerek verilmesini" (m. 3/1-z) ifade etmektedir.

Ürün yerleştirme, reklamı yapılmak istenen bir ürün veya markanın mesajının filmlere, televizyon ve radyo programlarına, video ve bilgisayar oyunlarına, romanlara veya kliplere planlı ve göze batmayacak şekilde<sup>21</sup> dahil ederek izleyicileri etkilemeyi amaçlayan bir reklam türüdür<sup>22</sup>. ER'in de ifade ettiği gibi, ürün yerleştirme uygulamasıyla insanlar film, televizyon programı veya tiyatro oyunu izlerken, radyo programı dinlerken veya roman okurken savunmasız olduğu anlarda yakalanmakta ve mesajdan kaçamamaktadır<sup>23</sup>. Ürün yerleştirme uygulamasında izleyiciler kanal değiştirememekte ve reklamı izlemeye mecbur kalmakta, ürün yerleştirme yapılan programların yurt dışında gösteriminin yapılması mesajın daha geniş kitlelere ulaştırılmasını sağlamakta<sup>24</sup> ve tekrar tekrar izlenen programlarda aynı reklam defalarca insanların karşısına çıkmaktadır<sup>25</sup>. Ürün yerleştirmeyle mal veya hizmet satışını artırarak kâr elde etmenin ötesinde marka tanınırlığını artırmak amaçlanmaktadır. Doktrinde ürün yerleştirme yerine marka yerleştirme kavramının kullanıldığı veya marka yerleştirmenin ürün yerleştirmeden bağımsız olarak ele alındığı çalışmalara rastlamak mümkündür. Marka tanınırlığı, markanın diğer markalar arasında ön plana çıkmasını ve satın alma kararının söz konusu marka lehine yapılmasını sağlamaktadır<sup>26</sup>.

19 SYDOW Lexi, "The Impact of Coronavirus on the Mobile Economy", <https://www.appannie.com/en/insights/market-data/coronavirus-impact-mobile-economy/>, Erişim Tarihi: 12.03.2021.

20 GUPTA Pola B./BALASUBRAMANIAN Siva K./KLASSEN Michael L., "Viewers' Evaluations of Product Placements in Movies: Public Policy Issues and Managerial Implications", *Journal of Current Issues & Research in Advertising*, C. 22, S. 2, 2000, s. 42.

21 BALASUBRAMANIAN Siva K., "Beyond Advertising and Publicity: Hybrid Messages and Public Policy Issues", *Journal of Advertising*, C. 23 S. 4, 1994, s. 31.

22 ÖZTÜRK Selen/OKUMUŞ Abdullah, "Pazarlama İletişimi Aracı Olarak Ürün Yerleştirme: Kavramsal Bir Çerçeve", *İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi İşletme İktisadi Enstitüsü Yönetim Dergisi*, C. 25, S. 76, 2014, s. 2; YOLCU, s. 45; GUPTA Pola B./LORD Kenneth R., "Product Placement in Movies: The Effect of Prominence and Mode on Audience Recall", *Journal of Current Issues & Research in Advertising*, C. 20, S. 1, 1998, s. 47; AKTEKİN Uğur/GÜRBÜZ Bahar, "Türkiyede Örtülü Reklamlar ve Uygulamadaki Durum", *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 4, 2009, s. 49; ZEREN/PAYLAR, s.10; SNYDER, s. 301.

23 ER Eda, "Reklam ve Sinema: Sinema Filmlerinde Ürün Yerleştirme", *Yeni Düşünceler*, S. 7, 2013, s. 146.

24 ER, s. 155.

25 SÜRÜCÜ, s. 176.

26 YILDIRIM/CAN, s. 692; YOLCU, s. 46-47; YAZICI Fikret, "Ürün Yerleştirme Uygulamasının Hukuki Boyutu: ABD,

Ürün yerleştirmenin öne çıkan bir diğer yönü izleyicilerle ürün arasında duygusal bir bağ kurulmasını sağlamasıdır. Sevdiği bir filmi izleyen izleyici, kendisine yakın bulunduğu karakterin bir mal veya hizmete dair mesajı vermesi üzerine söz konusu mal veya hizmetle ya da markayla duygusal bir ilişki kurmaktadır. Başarılı bir ürün yerleştirme uygulaması reklamı yapılan mal, hizmet veya marka ile programdaki karakterin imajının örtüşmesini<sup>27</sup> ve özdeşleşmesini<sup>28</sup> sağlamalıdır. Çoğu zaman ünlü kişilerin vücutları vitrin olarak kullanılmakta, çeşitli markaların giysi ve aksesuarları bu yolla sergilenmektedir<sup>29</sup>. Böylece tüketicinin satın alma tercihleri etkilenmekte ve markanın tanınırlığı artmaktadır. Bu yönü itibariyle ürün yerleştirme, klasik reklam kuşaklarına kıyasla daha doğal ve saldırgan olmayan bir yöntem olarak değerlendirilmektedir<sup>30</sup>. Hatta yapılan araştırmalara göre izleyiciler ürün yerleştirmeyi daha az yanıltıcı ve sempatik bulmaktadır<sup>31</sup>. Bu yönü itibariyle ürün yerleştirme uygulamasının etik boyutu doktrinde tartışmalara konu olmuştur. Korumacı görüşe göre reklam mesajlarına maruz kalan izleyiciler programın içeriğiyle reklam arasındaki farkı algılayamamaktadır. Böylece izleyiciler adeta kandırılmakta ve izleyicilerin duyguları istismar edilmektedir<sup>32</sup>. Aksi yönde görüşe göre ise günümüzde ürün yerleştirme yapılan yayınlarda reklamın nerede başladığı ve nerede bittiği açıkça anlaşılmaktadır. İzleyiciler profesyonel ve yaratıcı ürün yerleştirme uygulamaları sayesinde izledikleri veya dinledikleri reklamı yayından kolayca ayırt edebilmektedir<sup>33</sup>.

Ürün yerleştirme, oldukça büyük bütçeli dizi, film ve programların çekilebilmesi için finansal destek sağlaması, dizi ve filmlere gerçekçilik katması ve böylece bunları daha inandırıcı kılması yönleriyle yapımcılar tarafından savunulmaktadır<sup>34</sup>. Ürün yerleştirme, ürün veya hizmetin mesajının mükemmel bir şekilde izleyicilere verilerek markayı popülerleştirmeyi ve ölümsüz kılmayı sağladığı için piyasa tarafından desteklenmektedir. Ayrıca ürün yerleştirme yoluyla verilen mesaj uzun ömürlü olmaktadır<sup>35</sup>. Örneğin, ürün yerleştirme yapılan bir film sinema salonlarında, televizyonda ve hatta yurt dışında seyirciyle buluşabilmekte ve mesajını geniş kitlelere kolaylıkla ulaştırabilmektedir.

Ticari iletişim türlerinden biri olan ürün yerleştirme uygulaması ifade özgürlüğü ile sıkı bir ilişki içerisindedir. İfade özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS)<sup>36</sup> 10. maddesinde

Avrupa Ülkeleri ve Türkiye Üzerine Bir Değerlendirme”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 30, S. 40, 2016, s. 94.

27 YOLCU, s. 50.

28 ZEREN/PAYLAR, s. 13.

29 ZEREN/PAYLAR, s. 18; Tom Cruise 1983 yapımı Risky Business filminde Ray-Ban markasının Wayfarer modelini ve 1986 yapımı Top Gun filminde aynı markanın Aviator modelini kullanmaktadır. Risky Business filminin afişinde de Tom Cruise Ray-Ban gözlüğüyle yer almaktadır. Hatta afişte Risky Business ifadesi Ray-Ban logosunda kullanılan yazı stiliyle yazılmış ve tıpkı logodaki gibi eğimli şekilde afişe yerleştirilmiştir. Her iki ifade de kelimelerin “R” ve “B” ile başladığı da dikkat çekmektedir.

30 YILDIRIM/CAN, s. 689

31 SÜRÜCÜ, s. 185.

32 YAZICI, s. 98; YOLCU, s. 52; GUPTA/BALASUBRAMANIAN/KLASSEN, s. 44; ZEREN ve PAYLAR, s. 21.

33 TIĞLI Mehmet, “Bir Aktör Olarak Markalar: Ürün Yerleştirme”, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2004, 41; YOLCU, s. 52.

34 SNYDER, s. 308-309; GUPTA/BALASUBRAMANIAN/KLASSEN, s. 43-44.

35 GUPTA/BALASUBRAMANIAN/KLASSEN, s. 42.

36 İnsan Haklarının ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun, Kanun No:

düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre, “Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir”. Maddenin ikinci fıkrasında ifade özgürlüğünün nasıl sınırlandırılabilirliği düzenlenmektedir. AİHS'nin 10. maddesine paralel bir düzenleme 1982 Anayasası'nın “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” kenar başlıklı 26. maddesinde yer almaktadır. Maddenin ilk fıkrasına göre, “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir”. Maddenin ikinci fıkrasında düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlandırılmasına ilişkin hususlar düzenlenmiştir.

İfade özgürlüğü ile basın özgürlüğü arasında sıkı bir ilişki mevcuttur. İfade özgürlüğünün olmadığı bir ortamda basın özgürlüğünden de söz edilemeyecektir. Basın özgürlüğü Anayasa'nın 28. maddesinde güvence altına alınmıştır. 28. maddenin ilk fıkrasına göre, “Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamaz”. 28. maddenin ikinci fıkrasında devletin basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri almakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Maddenin diğer fıkralarında basın özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir.

Ürün yerleştirme uygulamalarının ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmaya açık bir husustur. Zira günümüzde genelde reklamların özelde ise ürün yerleştirme uygulamalarının çeşitli etik sorunlar doğurduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle ulusal ve uluslararası mevzuatla, meslek kuruluşları ve basın örgütleri tarafından yapılan çalışmalarla reklamlara dair etik ilkeler ortaya konulmaktadır<sup>37</sup>. Ürün yerleştirme, Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) aksi yönde görüşler olsa da ifade özgürlüğü kapsamında anayasal bir hak olarak değerlendirilmekte; Avrupa Birliği ve Türkiye'de ise ticari iletişim faaliyeti olarak kabul edilmekte ve korumacı yaklaşım ön plana çıkmaktadır<sup>38</sup>.

### III. TÜRK HUKUKUNDA ÜRÜN YERLEŞTİRME

Türk hukukunda radyo ve televizyon yayın hizmetleri hususunda 6112 sayılı Kanun bir dönüm noktası niteliği taşımaktadır. 6112 sayılı Kanun, Avrupa Birliği Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi (*Audiovisual Media Services Directive*)<sup>39</sup> ile uyum sağlamak amacıyla kabul edilmiştir. Ürün yerleştirme uygulaması, 2011 yılında kabul edilen 6112 sayılı Kanun ile hukuki dayanağına kavuşmuştur. Ancak uygulamada bu tarihten önce de ürün yerleştirme yoluna başvurulduğu

6366, Kabul Tarihi: 10.03.1954, RG: 19.03.1954/8662.

37 ÇATALOĞLU Burcu Bahar, “Reklama Hukuki Açından Bir Bakış”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, C. 5, S. 2, 2020, s. 619.

38 YAZICI, s. 116-117.

39 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02010L0013.201.81218#B-16>, Erişim Tarihi: 14.03.2021.

bilinmektedir. Ülkemizde ürün yerleştirme ve örtülü reklama ilişkin tartışmaların başlangıç noktası Mustafa Sandal'ın 1996 çıkışlı "Araba" isimli şarkısının klipi olmuştur<sup>40</sup>. Klipte trafikte yol alan bir kamyonetin üzerinde ve bir reklam panosunda alkollü bir içki markası yer almaktadır. Ürün yerleştirme tartışmaları 12 markanın yerleştirildiği 2004 yapımı G.O.R.A. filmiyle oldukça alevlenmiştir<sup>41</sup>. Bunun üzerine Reklam Kurulu (RK), G.O.R.A. filminde örtülü reklam yapıldığından bahisle Beşiktaş Kültür Merkezi Ltd. Şti.'yi idari para cezası ile cezalandırmıştır<sup>42</sup>.

Ürün yerleştirme örtülü reklamın<sup>43</sup> bir türü olarak kabul edilmektedir. Örtülü reklam, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un<sup>44</sup> 61. maddesinin 4. fıkrasında tanımlanmıştır. Bu hükme göre, "reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticari unvan veya işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer alması ve tanıtıcı mahiyette sunulması örtülü reklam olarak kabul edilir". Maddenin devamında ise her türlü iletişim aracında örtülü reklam yapılmasının yasak olduğu vurgulanmıştır.

Örtülü reklam, 6112 sayılı Kanun'un 3/1-g bendinde "gizli ticari iletişim" adı altında tanımlanmıştır. Bu tanıma göre gizli ticari iletişim, "medya hizmet sağlayıcı tarafından reklam yapmak maksadıyla veya kamuyu yönlendirebilecek şekilde; mal veya hizmet üreticisinin faaliyetinin, ticari markasının, adının, hizmetinin ve ürününün reklam kuşakları dışında ve reklam yapıldığına ilişkin açıklayıcı bir ses veya görüntü bulunmaksızın programlarda sözcükler veya resimler ile tanıtılmasını" ifade etmektedir. Aynı tanım Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in (Yönetmelik)<sup>45</sup> 4/1-ğ bendinde de yer almaktadır. 6112 sayılı Kanun'un 9. maddesinde ticari iletişimin yayın hizmetinden kolayca ayırt edilebilir nitelikte olması gerektiği ve gizli ticari iletişime izin verilmeyeceği düzenlenmiştir.

Örtülü reklam, ulusal düzenlemelerin yanı sıra uluslararası düzenlemelerle de yasaklanmıştır. Avrupa Birliği Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi'nin 9. maddesi uyarınca gizli görsel-işitsel ticari iletişim yasaklanacaktır. Ülkemizin de taraf olduğu Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi'nin<sup>46</sup> 13. maddesinin 1. fıkrasında reklamların programlardan kolaylıkla ayırt edilebilecek nitelikte

40 TÜZÜN ATEŞALP Selin/TAŞDEMİR Babacan, "Ürün Yerleştirme ve Editöryal İçerik ile İlgili Artan Kaygılar: Türkiye'de Televizyon Draması Sektörü Örneği", Galatasaray Üniversitesi İletişim Dergisi, S. 21, 2014, s. 58.

41 YAZICI, s. 107; TÜZÜN ATEŞALP/TAŞDEMİR, s. 58.

42 Reklam Kurulu, 2005/48 nolu karar, 12.04.2005 tarih ve 115 sayılı toplantı, [http://www.ssuk.org.tr/eski\\_site\\_verileri/kurul/115.doc](http://www.ssuk.org.tr/eski_site_verileri/kurul/115.doc), Erişim Tarihi: 23.03.2021.

43 "...adresli internet sitesinde yayınlanan "Tretin Krem Nedir, Ne İşe Yarar, Tretin Krem Kullananların Yorumları" başlıklı yazı içerisinde, "Tretin" adlı ürüne ilişkin ürün özellikleri, cilt sağlığı üzerindeki etkileri hakkında, tüketicilerin aydınlanma, bilgilendirilme ihtiyacını karşılama ve haber verme amacının dışına çıkan ifadelerin kullanıldığı; bununla birlikte, bahsi geçen ürünün fotoğrafı, fiyatı ve nasıl temin edilebileceği bilgisine yer vermek suretiyle tüketicilerin yönlendirildiği; bu nedenle, "Tretin" adlı ürünün örtülü reklamının yapıldığı değerlendirilmiş olup... mecla kuruluşu ... hakkında, 6502 sayılı Kanun'un 63 üncü ve 77/12 nci maddeleri uyarınca anılan reklamları durdurma cezası verilmesine karar verilmiştir." Reklam Kurulu, 2020/5051 nolu karar, 09.02.2021 tarih ve 306 sayılı toplantı, <https://www.ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>, Erişim Tarihi: 15.03.2021.

44 Kanun Numarası: 6502, Kabul Tarihi: 07.11.2013, RG: 28.11.2013/28835.

45 RG: 02.11.2011/28103.

46 Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 3915, Kabul Tarihi: 04.11.1993, RG: 07.11.1993/21751.

olması gerektiği vurgulanmıştır. Milletlerarası Ticaret Odası tarafından kabul edilen Reklamcılık ve Pazarlama İletişimi Uygulama Esasları'nın<sup>47</sup> genel ilke ve tanımlara ilişkin 1. bölümün 7. maddesine göre pazarlama iletişimi açıkça ayırt edilebilir olmalı ve bir reklam editoryal bir içerikte görüntülenecekse reklam olduğu kolayca anlaşılabilir şekilde sunulmalıdır.

Hukukumuzda 6112 sayılı Kanun ile ürün yerleştirme ile örtülü reklam arasında bir ayırım yapılmış ve Kanun'da öngörülen usul ve esaslara uygun olmak kaydıyla ürün yerleştirme uygulamasına izin verilmiştir. Kanun'un 13. maddesinin gerekçesinde "gizli ticari iletişim, tüketiciler üzerindeki olumsuz etkisi nedeniyle genel olarak yasaklanmakla birlikte, bu kısıtlama, izleyicinin ürün yerleştirmenin varlığı hakkında uygun bir şekilde bilgilendirildiği durumlarda uygulanmayacaktır" ifadeleriyle ürün yerleştirmenin örtülü reklam yasağının bir istisnası olduğunu vurgulamıştır.

#### IV. ÜRÜN YERLEŞTİRMEYE İLİŞKİN USUL VE ESASLAR

Ürün yerleştirme uygulaması uzun yıllardır uygulanagelen bir ticari iletişim türüdür. Ürün yerleştirmeye ilişkin kanuni düzenlemeler ise oldukça yeni tarihlidir. Hukukumuzda 2011 yılında 6112 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle ürün yerleştirme uygulaması hukuki dayanağa kavuşmuştur. Bir ticari iletişim ancak Kanun ve Yönetmelik'te öngörülen usul ve esaslara uygun olması hâlinde ürün yerleştirme niteliği taşıyacaktır. Aksi takdirde örtülü reklam kapsamında değerlendirilerek ilgililer çeşitli idari yaptırımlarla karşı karşıya kalacaktır. Bu başlık altında ürün yerleştirme yapılırken dikkat edilmesi gereken düzenlemeler ve temel ilkeler ele alınacaktır.

##### A. ÜRÜN YERLEŞTİRMEDE KULLANILMAYACAK ÜRÜN VE HİZMETLER

6112 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik'te ürün yerleştirmede kullanılabilir ürün ve hizmetlere dair çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Kanun'un 13/5 hükmü doğrultusunda ticarî iletişimi yasaklanmış ürünlerin ürün yerleştirmede de kullanılmasına izin verilmeyecektir. Ticari iletişimi yasaklanmış ürünler ise Kanun'un 11. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre alkol<sup>48</sup> ve tütün ürünleri ile reçeteye tabi ilaç ve tedavilere ilişkin ticari iletişim yapılması yasaklanmıştır. Reçeteye tabi olmayan ilaç ve tedavilerin ticari iletişimime ise ancak söz konusu reklamların dürüstlük kuralı gözetilerek gerçeği yansıtan ve doğrulanması mümkün unsurlardan oluşması kaydıyla izin verilmiştir.

Yönetmelik'te ise Kanun'dan daha kapsamlı bir düzenleme getirilmiştir. Yönetmelik'in 12. maddesine göre, alkol ve tütün ürünleri ile reçeteye tabi ilaç ve tedavilere ilişkin yasağın yanı sıra ateşli veya

47 <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/09/icc-advertising-and-marketing-communications-code-int.pdf>, Erişim Tarihi: 14.03.2020.

48 "...Alkol kullanımı sırasında ekrana getirilen ürünün, içilen biranın zaman zaman yapılan yakın çekimlerle ön plana çıkarılmasıyla, ürünü hatırlatıcı ve ürünün hatırd kalmasını sağlayıcı şekilde farklı sahnelerde sunulduğu görülmektedir. Bu yolla, ülkemizde bilinen ve tanınan ... bira markasının, ürün yerleştirme yoluyla reklamının yapıldığı düşünülmektedir... Dolayısıyla dizi filmde yapılan bira markasına ait ürünün, ürün yerleştirmeye konu edilmesinin Kanun'u ihlal eder nitelikte olduğu açıktır..." RTÜK, Toplantı No: 2015/16, Toplantı Tarihi: 07.04.2015, Karar No: 59, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-9-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasi-hukmunun-ihlali-nedeniyle-ipc-kanal-d-dtv-haber-ve-gorsel-yayincilik-a-s/7361?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Firme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021.

ateşsiz her türlü silah, silah üreticisi veya satıcısının<sup>49</sup>; falcı, medyum, astrolog gibi kişilerce verilen hizmetlerin; eş ve arkadaş bulma hizmetlerinin ve özel kanunlarda reklamı yasaklanan mal ve hizmetlerin ticari iletişimine izin verilmeyecektir. Ayrıca gıda takviyesi, bitkisel ürünler, çeşitli cihazlar gibi ürünlerin ticari iletişimi sağlık beyanı ile ilaç olarak algılanmasına yol açmayacak şekilde yapılmalıdır.

Yönetmelik'te "genel beslenme diyetlerinde aşırı tüketimi tavsiye edilmeyen yağ, yağa dönüşen asitler, tuz/sodyum ve şeker gibi gıda ve maddeleri içeren yiyecek ve içeceklerin" ticari iletişimine sınırlandırmalar getirilmiştir. Söz konusu ürünler Sağlık Bakanlığı tarafından tespit edilecek ve RTÜK'ün sitesinde ilan edilecektir<sup>50</sup>. Bu yiyecek ve içecekler için ürün yerleştirme yapılması durumunda Sağlık Bakanlığı tarafından tespit edilecek ve RTÜK'ün sitesinde ilan edilecek yazılı uyarıların akar bant şeklinde yayınlanması gerekmektedir. Bu uyarılar düzenli ve dengeli beslenmeyi teşvik edici nitelikte olmalıdır. Örneğin; "Sağlıklı beslenme; diyabet, kalp damar hastalıkları ve kanser gibi birçok hastalıktan korunmak için önemlidir", "Aşırı tuzlu, yağlı ve şekerli besinlerden kaçınınız", "Asitli ve gazlı içecekler yerine taze sıkılmış meyve suyu, süt ve ayran gibi içecekleri tercih ediniz" vb<sup>51</sup>.

## B. ÜRÜN YERLEŞTİRMeye YER VERİLEBİLECEK YAYINLAR

Kanun'un 3. maddesinde ürün yerleştirme tanımlanırken ürün veya hizmetin bir "program" içerisine dahil edileceği düzenlenmiştir. "Program" ifadesinin kapsamı Kanun'un 13. maddenin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre ürün yerleştirme sinema ve televizyon için yapılmış filmler, diziler ile spor ve genel eğlence programlarında yapılabilecektir<sup>52</sup>. Özellikle sinema "uzaktan kumanda cihazının sağladığı ayrıcalıkları elinden alınmış izleyiciye doğrudan ulaşma şansı sağlaması yönünden"<sup>53</sup> ürün yerleştirme için oldukça avantajlıdır. Olumsuz sonuçlar doğurma riski nedeniyle bazı yayın türlerinde ürün yerleştirme yapılması yasaklanmıştır. Bu kapsamda haber bültenlerinde, çocuk programlarında ve dini programlarda ürün yerleştirmeye yer verilmesi mümkün değildir (6112 sayılı Kanun m. 13/4). Aksi halde örtülü reklam yasağı ihlal edilmiş olacaktır.

6112 sayılı Kanun'un 13. maddesinde ürün yerleştirmeye yer verilebilecek programlar arasında radyo yayınlarına yer verilmemiştir. Bu durum radyo yayınlarında ürün yerleştirmeye yapılıp yapılamayacağı

49 RTÜK, Toplantı No: 2018/35, Toplantı Tarihi: 06.09.2018, Karar No: 28, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13uncu-maddesinin-besinci-fikrasinin-ihlali-nedeniyle-ipc-yaban-tv-ilk-kan-yayincilik-tanitim-sanayi-ve-ticaret-a-s/25049?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Ftirme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021.

50 <https://www.rtuk.gov.tr/assets/Galeri/Haberler/besinprofiliklavuz.pdf>, Erişim Tarihi: 27.03.2021.

51 <https://www.rtuk.gov.tr/assets/Galeri/Haberler/akar-bant-yazilari.pdf>, Erişim Tarihi: 27.03.2021.

52 "...6112 sayılı Kanun'da ürün yerleştirmenin sadece sinema ve televizyon için yapılmış filmler, diziler ile spor ve genel eğlence programlarıyla sınırlandırıldığı, dolayısıyla, mezkur program tanıtımında bu uygulamaya yer verilmesi nedeniyle, 6112 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesinin birinci fıkrasının ihlali edildiği sabit görülmüştür..." RTÜK, Toplantı No: 2017/36, Toplantı Tarihi: 12.09.2017, Karar No: 10, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13uncu-maddesinin-birinci-fikrasinin-ihlali-nedeniyle-uyari-fox-huzur-radyo-tv-a-s/24127?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Ftirme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; RTÜK, Toplantı No: 2012/36, Toplantı Tarihi: 12.06.2012, Karar No: 16, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13-uncu-maddesinin-birinci-fikrasindeki-sinema-ve-televizyon-icin-yapilmis-film/15273>, Erişim Tarihi: 23.03.2021.

53 ZEREN/PAYLAR, s. 66.



hususunda duraksamaya neden olmaktadır. Uygulamadaki tereddütleri gidermek adına 2014 yılında Yönetmelik'in 14. maddesinde değişiklik yapılmış<sup>54</sup> ve radyo yayınlarında da ürün yerleştirmeye yer verilebileceği düzenlenmiştir. Danıştay da “6112 sayılı Kanun’un 13. maddesinde program destekleyen radyo yayınında ürün yerleştirme yapamayacağı yönünde bir kurala yer verilmediği, dolayısıyla radyo yayınında program destekleyen ürün yerleştirme yapabileceği, nitekim; radyo yayınlarında ürün yerleştirmenin nasıl, ne zaman ve hangi hususlara dikkat edilerek yapılacağıın Yönetmelikte yapılan değişiklikle açıklığa kavuşturulduğu anlaşılmaktadır..” ifadeleriyle radyo programlarında ürün yerleştirme yapılabileceğini kabul etmektedir<sup>55</sup>. Öte yandan RTÜK, 2017 yılında verdiği bir kararında 6112 sayılı Kanun’un 13/1 hükmünde ürün yerleştirme yapılabilecek programların tahdidi olarak sayıldığını, ilgili fıkrada sayılmayan program tanıtımlarında ürün yerleştirme yapılamayacağını açıkça ifade etmiştir<sup>56</sup>. Dolayısıyla maddede sayılanlar haricinde bir programda ürün yerleştirme yapılması halinde örtülü reklam yasağı ihlal edilmiş sayılacaktır. Örtülü reklam yasağı 6112 sayılı Kanun ile kabul edildiği için bu kurala getirilecek istisnaların da yine kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda radyo programlarında ürün yerleştirme yapılabilmesi için ilgili hüküm yönetmelikte değil kanunda yer almalıdır. Aksi halde radyo programlarında ürün yerleştirme adı altında yapılan reklam yayınlarının hukuki niteliği örtülü reklam olmaktan öteye gidemeyecektir.

### **C. İZLEYİCİLERİN ÜRÜN YERLEŞTİRMENİN VARLIĞI HAKKINDA AÇIKÇA BİLGİLENDİRİLMESİ**

Ürün yerleştirmeye ilişkin en önemli hususlardan biri ürün yerleştirme hakkında izleyicilerin açıkça bilgilendirilmesidir. Kanun’un açık hükmü karşısında izleyicilerin bildirilmesi yeterli değildir. İzleyicilerin “açıkça” bilgilendirilmesi gerekmektedir. Kanun’un 13. maddesinin 3. fıkrasında bu bilgilendirmenin nasıl yapılacağı genel olarak düzenlenmiştir. Ayrıntılı düzenlemeler ise Yönetmelik’in 14. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır.

Ürün yerleştirmenin varlığı hakkında programın başında, sonunda ve reklam arası sonrasında program başladığında<sup>57</sup> izleyicilerin bilgilendirilmesi gerekmektedir<sup>58</sup>. Bu bilgilendirme “Arial”

54 RG: 03.04.2014/28961.

55 D13D, T. 15.09.2015, E. 2015/4178, K. 2015/3140, Lexpera.

56 Bkz. Dipnot 52.

57 RTÜK bir kararında ihlale konu programın sadece başında ürün yerleştirme bilgilendirmesine yer verilmesinin 6112 sayılı Kanun’un 13. maddesine aykırı olduğuna hükmetmiştir. RTÜK, Toplantı No: 2019/18, Toplantı Tarihi: 24.04.2019, Karar No: 23, [https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasinin-ihlali-nedeniyle-kanunun-32nci-maddesinin-ikinci-fikrasi-uyarinca-idari-para-cezasi-kanal-42-konevi-radyo-televizyon-yayincilik-a-s/26675?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Ftirme](https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasinin-ihlali-nedeniyle-kanunun-32nci-maddesinin-ikinci-fikrasi-uyarinca-idari-para-cezasi-kanal-42-konevi-radyo-televizyon-yayincilik-a-s/26965?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Ftirme), Erişim Tarihi: 23.03.2021; Aynı yönde bkz. RTÜK, Toplantı No: 2019/03, Toplantı Tarihi: 09.01.2019, Karar No: 35, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasinin-ihlali-nedeniyle-kanunun-32nci-maddesinin-ikinci-fikrasi-uyarinca-idari-para-cezasi-kanal-42-konevi-radyo-televizyon-yayincilik-a-s/26675?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Ftirme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021.

58 RTÜK, Toplantı No: 2014/09, Toplantı Tarihi: 05.02.2014, Karar No: 79, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-9-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasindaki-gizli-ticari-iletisime-izin-verilemez-hukmunun-ihlali-360-tv-atlas-yayincilik-ve-ticaret-a-s/9270>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; RTÜK, Toplantı No: 2012/07, Toplantı Tarihi: 01.02.2012, Karar No: 57, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasindaki-urun-yerlestirmede-urun-veya-hizmetlerin/14700?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Ftirme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; D13D, T. 23.01.2015, E. 2013/3489, K. 2015/140, Lexpera.

yazı tipinde, “Normal” yazı stili ve 15 piksel büyüklüğünde “Bu programda ürün yerleştirme bulunmaktadır.” ifadesi yayınlanarak yapılacaktır. Bilgilendirme yazısı ekrandan akarak veya ekranda sabit bir yazıyla belirtilebilir. Her iki ihtimalde de önemli olan izleyicilerin bilgilendirilmesi ve ürün yerleştirmeyi yayından kolayca ayırt edebilmeleridir. Bu nedenle bilgilendirme yazısının izleyicilerin okuyabileceği hızda akması veya sabit yazının ekranda en az 10 saniye kalması gerekmektedir. Keza radyo yayınlarında yapılacak ürün yerleştirmelerde de programın başında, sonunda ve reklam arası sonrasında program başladığında dinleyicilerin sözlü olarak bilgilendirilmesi gerekmektedir. İzleyicilerin veya dinleyicilerin ürün yerleştirme hakkında bilgilendirilmemesi halinde ise örtülü reklam yasağı ihlal edilmiş olacaktır<sup>59</sup>.

#### **D. MEDYA HİZMET SAĞLAYICISININ EDITORYAL BAĞIMSIZLIĞI VE SORUMLULUĞU**

Medya hizmet sağlayıcısı, “radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti içeriğinin seçiminde editoryal sorumluluğu bulunan ve bu hizmetin düzenlenme ve yayınlanma biçimine karar veren tüzel kişiyi” ifade etmektedir (Kanun m. 3/1-l). Editoryal bağımsızlık, medya hizmet sağlayıcısının devletin ve medya sahibinin müdahalesi olmaksızın yayına dair karar alabilmesidir<sup>60</sup>. Editoryal sorumluluk ise “programların içeriği ve seçimi ile radyo ve televizyon yayın hizmetlerinde bir yayın akış çizelgesi, isteğe bağlı yayın hizmetlerinde ise bir katalog içinde sunulmasına ilişkin düzenleme ve kontrol yetkisine sahip olmayı” ifade etmektedir (Kanun m. 3/1-f).

Medya hizmet sağlayıcılarının editoryal bağımsızlığı ve sorumluluğu 6112 sayılı Kanun’un 6. maddesinde güvence altına alınmıştır. Maddenin ilk fıkrasına göre “yayın hizmetlerinin içeriğine ve yayınlanmasına önceden müdahale edilemez ve yayınların içeriği önceden denetlenemez”<sup>61</sup>. Editoryal

59 RTÜK, Toplantı No: 2013/49, Toplantı Tarihi: 28.08.2013, Karar No: 92, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-9-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasindaki-gizli-ticari-iletisime-izin-verilemez-hukmunun-ihlali-em-tv-guclu-radyo-ve-televizyon-yayinciligi-prod-rek-tic-a-s/13495>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; RTÜK, Toplantı No: 2013/46, Toplantı Tarihi: 06.08.2013, Karar No: 67, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-9-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasindaki-gizli-ticari-iletisime-izin-verilemez-hukmunun-ihlali-e-haber-meg-medya-radyo-televizyon-ve-basin-yayincilik-a-s/13284>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; RTÜK, Toplantı No: 2013/27, Toplantı Tarihi: 30.04.2013, Karar No: 40, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-9-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasindaki-gizli-ticari-iletisime-izin-verilemez-ve12/11913>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; RTÜK, Toplantı No: 2013/58, Toplantı Tarihi: 23.10.2013, Karar No: 83, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-9-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasindaki-gizli-ticari-iletisime-izin-verilemez-hukmunun-ihlali-vizyon-turk-tv-kral-karadeniz-radyo-tv-yay-rek-hizm-san-tic-a-s/13974>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; RTÜK, Toplantı No: 2012/03, Toplantı Tarihi: 17.01.2012, Karar No: 28, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/28-12-2011-tarihinde-tntde-yayinlanan-carkifelek-adli-program-eko-tv-televizyon-yayincilik-a-s/14519>, Erişim Tarihi: 23.03.2021.

60 TANSEL İLİC Deniz, “Türkiye’deki Anaakım Televizyon Kanallarında Editoryal Bağımsızlık –Profesyonel İdeoloji İlişkisi”, Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi, C. 2, S. 4, 2014, s. 102; Doktrinde editoryal bağımsızlığın gerçekten sağlanamayacağı yönünde görüşler mevcuttur. YURDİGÜL Yusuf/YÜKSEL Hakan, “TV Haberciliğinde Editoryal Bağımsızlık Sorunu: Türkiye Televizyon Haberciliğinde Editoryal Bağımsızlık Sorununa İlişkin Alan Araştırması”, Selçuk İletişim, C. 7, S. 4, 2013, s. 142-145.

61 6112 sayılı Kanun’un 6. maddesinin 4. fıkrasına göre “Medya hizmet sağlayıcılar, ticari iletişim ile üçüncü şahıslar tarafından üretilenler de dâhil olmak üzere, yayınlanan tüm yayın hizmetlerinin içeriğinden ve sunumundan sorumludur”. ŞEN’e göre bu fıkra gerek Kanun’un “amaç” başlıklı ilk maddesiyle genel editoryal bağımsızlıkla gerekse aynı maddenin ilk fıkrasıyla çelişmekte ve gizli bir sansür uygulamasına yol açmaktadır. ŞEN Ersan, “Radyo ve Televizyonların Yayın İçeriklerinden Sorumluluğu”, 01.01.2021, <https://sen.av.tr/tr/makale/radyo-ve-televizyonlar%C4%B1n-yay%C4%B1n>

bağımsızlık ürün yerleştirme uygulamasının bir diğer sınırını oluşturmaktadır. Buna göre ürün yerleştirme medya hizmet sağlayıcısının editoryal bağımsızlığını ve sorumluluğunu etkilememelidir.

Ürün yerleştirme yapılırken ürüne aşırı vurgu yapılması, ürün veya hizmetlerin kiralanması veya satın alınmasının doğrudan teşvik edilmesi genellikle medya hizmet sağlayıcısının editoryal bağımsızlığı ile bağdaşmayan sonuçlar doğurmaktadır. RTÜK'ün önüne gelen uyuşmazlıklarda bu iki hususunun sıklıkla iç içe geçtiği görülmektedir. RTÜK'ün 09.01.2019 tarihindeki toplantıda verdiği 35 sayılı kararına konu olan uyuşmazlık bu duruma örnektir. Uyuşmazlık özel bir televizyon kanalında "Asfora Kapımızda" isimli programdan kaynaklanmaktadır. Programda sunucu ev sahiplerine Asforadan alışveriş yapıp yapmadıklarını sormakta ve Asforadan alışveriş yaptıklarını ispatlamaları hâlinde 25 TL vereceğini söylemektedir. Ayrıca program içerisinde Asfora'ya ait logo, slogan ve reklam müziği de yer almaktadır. RTÜK yaptığı inceleme neticesinde programın açık ve net bir şekilde Asfora için özel olarak hazırlandığı, editoryal bağımsızlığın ihlal edildiğini ve programın tamamında Asfora'ya ve ürünlerine aşırı vurgu yapılarak Asforadan alışveriş yapılması teşvik edildiği sonucuna ulaşmış ve medya hizmet sağlayıcısına idari para cezası vermiştir<sup>62</sup>.

## E. ÜRÜN YERLEŞTİRMENİN İÇERİĞİ

Bir yayında yer verilen ürün yerleştirmenin kapsamı ve sınırlarının nasıl tespit edileceğine dair Kanun ve Yönetmelik ile iki temel ölçüt kabul edilmiştir: Ürün veya hizmetlerin kiralanması veya satın alınması doğrudan teşvik edilememesi ve ürüne aşırı vurgu yapılamaması<sup>63</sup>. Bu ölçütler ile

iceriklerinden-sorumluluğu, Erişim Tarihi: 17.03.2021.

- 62 RTÜK, Toplantı No: 2019/03, Toplantı Tarihi: 09.01.2019, Karar No: 35, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasinin-ihlali-nedeniyle-kanunun-32nci-maddesinin-ikinci-fikrasi-uyarinca-idari-para-cezasi-kanal-42-konevi-radyo-televizyon-yayincilik-a-s/26675>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; Aynı programa ilişkin aynı yönde bir başka karar için bkz. RTÜK, Toplantı No: 2018/52, Toplantı Tarihi: 26.12.2018, Karar No: 35, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasinin-ihlali-nedeniyle-kanunun-32nci-maddesinin-ikinci-fikrasi-uyarinca-idari-para-cezasi-kanal-42-konevi-radyo-televizyon-yayincilik-a-s/26551?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Firme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021.
- 63 RTÜK, Toplantı No: 2014/39, Toplantı Tarihi: 16.07.2014, Karar No: 54, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasinda-belirtilen-urun-yerlestirmede-urun-veya-hi/9975?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Firme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; RTÜK, Toplantı No: 2014/15, Toplantı Tarihi: 04.03.2014, Karar No: 124, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasinda-belirtilen-urun-yerlestirmede-urun-veya-hi/8948?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Firme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; RTÜK, Toplantı No: 2014/07, Toplantı Tarihi: 29.01.2014, Karar No: 77, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasinda-belirtilen-urun-yerlestirmede-urune-asiri-vurgu-yapilamaz-hukmunun-ihlali-kanal-d-dtv-haber-ve-gorsel-yayincilik-a-s/9208>, Erişim Tarihi: 23.03.2021, (Söz konusu karar Ankara 4. İdare Mahkemesinin 17.12.2014 tarih ve E. 2014/699, K. 2014/1742 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Ancak temyiz incelemesinde Danıştay ürüne aşırı vurgu yapıldığını ifade ederek Ankara 4. İdare Mahkemesinin kararını bozmuştur. D13D, T. 16.05.2018, E. 2015/1580, K. 2018/1729, Lexpera); RTÜK, Toplantı No: 2014/07, Toplantı Tarihi: 29.01.2014, Karar No: 78, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasinda-belirtilen-urun-yerlestirmede-urun-veya-hi/9209?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Firme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; RTÜK, Toplantı No: 2012/57, Toplantı Tarihi: 11.10.2012, Karar No: 31, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasinda-urun-yerlestirmenin-medya-hizmet-saglayici/15429>, Erişim Tarihi: 23.03.2021, (Söz konusu karar D13D, T. 23.01.2015, E. 2013/1927, K. 2015/143 sayılı kararla hukuka uygun bulunmuştur. Lexpera); RTÜK, Toplantı No: 2012/41, Toplantı Tarihi: 11.07.2012, Karar No: 38, <https://www.rtuk.gov>

ürün yerleştirmeye konu olan ürün veya hizmetlere programın bütünlüğünü bozmaksızın adeta programın bir parçasıymışçasına yer verilmesi amaçlanmaktadır<sup>64</sup>. Bu nedenle ürün yerleştirme yapılırken yayın esnasında söz konusu ürün veya hizmete ilişkin bant reklamı yapılamayacaktır. Keza ürün yerleştirme yapılırken ses seviyesi yayının diğer bölümlerinin ses seviyesinden farklı olmamalıdır (Yönetmelik m.9/8).

Uygulamada ürün yerleştirme konusunda yaşanan uyumsuzlukların büyük bir kısmı ürüne aşırı vurgu yapılmasından kaynaklanmaktadır. Kanun'da geçen “aşırı” ifadesi yoruma muhtaçtır. RTÜK kararlarında da ürüne aşırı vurgu yapıp yapılmadığı konusunda görüş ayrılıkları bulunduğu görülmektedir<sup>65</sup>. Bir RTÜK kararının karşı oyunda belirtildiği gibi “*Ürün yerleştirme uygulaması olan*

tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasindaki-urun-yerlestirmenin-medya-hizmet-saglayi/15328?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Ftirme, Erişim Tarihi: 23.03.2021, (Söz konusu karar D13D, T. 15.02.2018, E. 2014/245, K. 2018/508 sayılı kararlarla hukuka uygun bulunmuştur. Lexpera); RTÜK, Toplantı No: 2012/11, Toplantı Tarihi: 16.02.2012, Karar No: 44, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasindaki-urun-yerlestirmede-urune-asiri-vurgu-yapilamaz-hukmunun-ihlali-star-tv-isisl-televizyon-yayincilik-yap-san-ve-tic-a-s/14791?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Ftirme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021, (Söz konusu karar D13D, T. 11.03.2014, E. 2013/1037, K. 2014/840 sayılı kararlarla hukuka uygun bulunmuştur. <https://legalbank.net/belge/d-13-d-e-2013-1037-k-2014-840-t-11-03-2014/1406786/>, Erişim Tarihi: 23.03.2021); RTÜK, Toplantı No: 2015/53, Toplantı Tarihi: 10.12.2015, Karar No: 56, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasi-hukmunun-ihlali-nedeniyle-idari-para-cezasi-uygulanmasi-kanal-d-dtv-haber-ve-gorsel-yayincilik-a-s/8388?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Ftirme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; RTÜK, Toplantı No: 2015/06, Toplantı Tarihi: 04.02.2015, Karar No: 57, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasi-hukmunun-ihlali-nedeniyle-uyari-best-fm-best-production-yayincilik-a-s/7077?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Ftirme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; RTÜK, Toplantı No: 2015/02, Toplantı Tarihi: 14.01.2015, Karar No: 112, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasi-hukmunun-ihlali-nedeniyle-idari-para-cezasi-uygulanmasi-fox-huzur-radyo-televizyon-a-s/6917?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Ftirme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; D13D, T. 23.01.2015, E. 2013/2390, K. 2015/139, Lexpera.

- 64 “...İhlale konu spor programda; ürün yerleştirme çerçevesinde ekrana getirilen ürünlerin görüntülerine sık aralıklarla yer verilerek ürünlere aşırı vurgu yapıldığı, programın doğal akışının ve bütünlüğünün bozulduğu, ürünlerin tanıtımını yaparak, bahse konu görüntülerde reklam izleniminin baskın olduğu kanaatine varılmıştır..” RTÜK, Toplantı No: 2018/30, Toplantı Tarihi: 25.07.2018, Karar No: 63, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasinin-ihlali-nedeniyle-idari-para-cezasi-beyaz-tv-kanal-beyaz-televizyon-radyo-yayincilik-sanayi-ve-ticaret-a-s/24955?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Ftirme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; Aynı yönde bkz. RTÜK, Toplantı No: 2018/16, Toplantı Tarihi: 18.04.2018, Karar No: 65, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasinin-ihlali-nedeniyle-idari-para-cezasi-star-tv-startv-medya-hizmetleri-a-s/24784?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Ftirme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; RTÜK, Toplantı No: 2017/24, Toplantı Tarihi: 13.06.2017, Karar No: 78, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasinin-ihlali-nedeniyle-idari-para-cezasi-show-tv-aks-televizyon-tek-ve-film-san-ve-tic-a-s/23883?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Ftirme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021.
- 65 RTÜK, Toplantı No: 2015/06, Toplantı Tarihi: 04.02.2015, Karar No: 57, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasi-hukmunun-ihlali-nedeniyle-uyari-best-fm-best-production-yayincilik-a-s/7077>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; RTÜK, Toplantı No: 2015/49, Toplantı Tarihi: 18.11.2015, Karar No: 35, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasi-hukmunun-ihlali-nedeniyle-ipc-kanal-d-dtv-haber-ve-gorsel-yayincilik-a-s/8342?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Ftirme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; RTÜK, Toplantı No: 2015/53, Toplantı Tarihi: 10.12.2015, Karar No: 56, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasi-hukmunun-ihlali-nedeniyle-idari-para-cezasi-uygulanmasi-kanal-d-dtv-haber-ve-gorsel-yayincilik-a-s/8388>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; RTÜK, Toplantı No: 2016/02, Toplantı Tarihi: 06.01.2016, Karar No: 11, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasi-hukmunun-ihlali-nedeniyle-idari-para-cezasi-uygulanmasi-kanal-d-dtv-haber-ve-gorsel-yayincilik-a-s/8388>, Erişim Tarihi: 23.03.2021.

programlarda; “Programın içerisine yerleştirilen ürün, programın bir parçasıymış gibi doğal mecrasında kullanılmalıdır.” hükmü o programı izleyen uzmana göre değişkenlik arz etmektedir. Dolayısıyla çoğu zaman bu tür değerlendirmeler sübjektif ölçüde kalmaktadır<sup>66</sup>.

Yerleştirilen ürün veya hizmete aşırı vurgu yapılıp yapılmadığı somut olayın özellikleri doğrultusunda her uyumsuzlukta ayrıca değerlendirilecektir. Bununla birlikte ürün yerleştirme yapılırken bazı eylemlerin Yönetmelik’te açıkça yasaklandığı görülmektedir. Buna göre ürün yerleştirmeye konu olan ürün ve hizmetlerin tekrarlar halinde gösterilmesi veya özelliklerinin övülmesi, belli bir ürün veya hizmete yönelik tercih bildirilmesi, ürün veya hizmet hakkında ayrıntılı bilgi verilmesi<sup>67</sup> ve çeşitli çekim teknikleriyle ürünün ön plana çıkarılması<sup>68</sup> yasaklanmıştır<sup>69</sup> (Yönetmelik, m. 14/3). Bu yasakların ihlal edilmesi, yerleştirilen ürün veya hizmete aşırı vurgu yapılması anlamına gelmektedir<sup>70</sup>.

gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasinin-ihlali-nedeniyle-idari-para-cezasi-uygulanmasi-kanal-d-dtv-haber-ve-gorsel-yayincilik-a-s/6242?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Firme, Erişim Tarihi: 23.03.2021.

66 RTÜK, Toplantı No: 2018/20, Toplantı Tarihi: 15.05.2018, Karar No: 18, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasinin-ihlali-nedeniyle-idari-para-cezasi-fox-huzur-radyo-tv-a-s/24823?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Firme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021.

67 RTÜK, Toplantı No: 2013/32, Toplantı Tarihi: 22.05.2013, Karar No: 70, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasinda-belirtilen-urun-yerlestirmede-urun-veya-hi/12419?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Firme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021.

68 RTÜK, Toplantı No: 2012/52, Toplantı Tarihi: 19.09.2012, Karar No: 41, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-12-nci-maddesinin-dorduncu-fikrasindaki-haber-bulteni-ve-din-toren-yayinlarinda/15386?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Firme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021.

69 “...İhlale konu programda, suyun doğal kaynak su olmasından bahsedilerek suyun özelliklerinin anlatıldığı, PH değerinin yüksek olmasına vurgu yapılarak ürünün olumlu yanlarına dikkat çekildiği ve ürüne övgüler yapılarak ürünün açık bir şekilde tanıtımının yapıldığı, yine vatandaşlarla yapılan diyaloglar sırasında, sunucunun, ürünü elinde tutarak gösterdiği ve zaman zaman da ekranın sağ tarafında suyun farklı ambalajlardaki çeşitlerinin ekranda gösterildiği, bununla birlikte sadece programın başında “Bu programda ürün yerleştirme bulunmaktadır.” ibaresine yer verilmiş ise de, saat 20.54’teki reklam sonrasında ve programın sonunda bu ibareye yer verilmediği, dolayısıyla mezkur programda, reklam arası sonrasında program başladığında, ürün yerleştirmenin varlığı hakkında açıkça bilgilendirilmediği ve ürüne aşırı vurgu yapılarak fazlasıyla ön plana çıkarıldığı kanaatine varılmıştır...”RTÜK, Toplantı No: 2018/47, Toplantı Tarihi: 22.11.2018, Karar No: 37, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasinin-ihlali-nedeniyle-kanunun-32nci-maddesinin-ikinci-fikrasi-uyarinca-idari-para-cezasi-gaziantepolay-tvgaziantep-olay-yayincilik-a-s/26433?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Firme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; “...İhlale konu dizide; ürün yerleştirme çerçevesinde 5 farklı sahnede ekrana getirilen ürünün görüntülerine övücü ifadelerle yer verilerek ürüne aşırı vurgu yapıldığı, ürünü içeren sahnelerin fazla uzatılıp ve kameranın özellikle ürüne odaklanarak programın doğal akışı ve bütünlüğünün bozulduğu, ürünün reklamlarında kullanılan ifadelerin ve içeriklerin ürün yerleştirmede de kullanıldığı ve bahse konu görüntülerde ürünün fazlasıyla ön plana çıkarıldığı kanaatine varılmıştır...”RTÜK, Toplantı No: 2018/32, Toplantı Tarihi: 08.08.2018, Karar No: 24, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasinin-ihlali-nedeniyle-idari-para-cezasi-fox-tv-huzur-radyo-tv-a-s/24984?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Firme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; Aynı yönde bkz. RTÜK, Toplantı No: 2016/02, Toplantı Tarihi: 06.01.2016, Karar No: 11, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13-uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasinin-ihlali-nedeniyle-idari-para-cezasi-uygulanmasi-kanal-d-dtv-haber-ve-gorsel-yayincilik-a-s/6242>, Erişim Tarihi: 23.03.2021; D13D, T. 23.01.2015, E. 2013/1310 K. 2015/142, Lexpera.

70 RTÜK, Toplantı No: 2017/49, Toplantı Tarihi: 07.12.2017, Karar No: 34, <https://www.rtuk.gov.tr/ust-kurul-kararlari/6112-sayili-kanunun-13uncu-maddesinin-ucuncu-fikrasinin-ihlali-nedeniyle-ipc-star-arti-fm-kamer-radyo-televizyon-yayincilik-hizmetleri-sanayi-ve-ticaret-a-s/24400?Aciklama=%C3%BCr%C3%BCn%20yerle%C5%9Firme>, Erişim Tarihi: 23.03.2021.

## F. BİR SAATLİK YAYINDA YER VERİLEBİLECEK ÜRÜN YERLEŞTİRME SINIRI

Bir saat başından bir sonraki saat başına kadar süren yayın süresi içerisinde yer verilebilecek ürün yerleştirmeler için sayı sınırlaması bulunmamaktadır. Yönetmelik'in ilk halinde 14. maddenin 5. fıkrasında, bir saatlik bir yayında en fazla dört tane ürün yerleştirme sınırı mevcuttu. Uygulamada ise bu yasak sık sık ihlal edilmekte ve bir saatlik yayında ortalama beş-altı ürün yerleştirme yapıldığı görülmektedir<sup>71</sup>. 03.04.2014 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan Yayın Hizmeti Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile söz konusu hüküm ilga edilmiştir. Günümüzde bir saatlik yayın esnasında Kanun ve Yönetmelik'te öngörülen usul ve esaslara uygun olmak kaydıyla dörtten fazla ürün yerleştirmeye yer verilmesi mümkündür.

Bir saatlik yayın süresi içinde yer verilebilecek ürün yerleştirmeler için süre sınırlaması da bulunmamaktadır. Kanun'un 10. maddesinin 2. fıkrasına göre bir saatlik yayında reklam yayınlarının oranı %20'den fazla olamayacaktır. Diğer bir ifadeyle bir saatlik yayında en fazla 12 dakika reklama yer verilebilir. Her ne kadar ürün yerleştirme temelde bir reklam türü olarak kabul edilse de Kanun'un 10. maddesinin 3. fıkrasına göre 12 dakikalık süreye program desteklemesi, yayıncının kendi programlarının tanıtımları ve ürün yerleştirmeye ayrılan süre dahil değildir. Ancak bu hüküm bir ürün veya hizmet için ürün yerleştirme yapılan sürenin sınırsız olduğu anlamına gelmemektedir. Aksi halde söz konusu ürün veya hizmete aşırı vurgu yapılması riskiyle karşı karşıya kalınacaktır.

## G. TİCARİ İLETİŞİME İLİŞKİN TEMEL İLKELER

Ürün yerleştirme, ticari iletişimin türlerinden biridir. Ürün yerleştirmenin 6112 sayılı Kanun'un 13. maddesinde öngörülen usul ve esasların yanı sıra ticari iletişime ilişkin Kanun<sup>72</sup>

71 Elif KOÇAK, ““Ürün yerleştirme”ye ilgi artıyor”, T. 08.05.2012, Anadolu Ajansı, <https://www.aa.com.tr/tr/yasam/urun-yerlestirmeye-ilgi-artiyor/369518>, Erişim Tarihi: 17.03.2021.

72 6112 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre:

### **“Genel esaslar**

**MADDE 9 – (1) Ticari iletişim, yayın hizmetinin diğer unsurlarından görsel ve işitsel olarak kolayca ayırt edilebilir olmak zorundadır.**

(2) Ticari iletişimde bilinçaltı teknikleri kullanılamaz.

(3) Gizli ticari iletişime izin verilemez.

(4) Haber bülteni ve haber programlarını düzenli olarak sunan kişilerin görüntü veya seslerine ticari iletişimlerde yer verilemez.

(5) Ticari iletişim, medya hizmet sağlayıcının editöryal bağımsızlığını ve program içeriğini etkileyecek şekilde kullanılamaz.

(6) Ticari iletişim, 8 inci maddede belirlenen esas ve ilkeler saklı kalmak kaydıyla;

a) Adalet, hakkaniyet ve dürüstlük ilkelerine uygun olmak,

b) Cinsiyet, ırk, renk veya etnik köken, tabiiyet, din, felsefi inanç veya siyasi düşünce, engellilik, yaş ve herhangi bir ayrımcılığı içermemek veya teşvik etmemek, (1)

c) Yanıltıcı olmamak ve tüketicinin çıkarlarına zarar vermemek,

ç) Çocukların fiziksel, zihinsel veya ahlaki gelişimine zarar vermemek, deneyimsizliklerini veya saflıklarını istismar ederek, çocukları bir ürün veya hizmeti satın almaya veya kiralamaya doğrudan yönlendirmemek; çocukları reklamı yapılmakta olan ürün veya hizmetleri satın almak için ebeveynlerini veya başkalarını ikna etmeye doğrudan teşvik etmemek; çocukların ebeveynlerine, öğretmenlerine veya diğer kişilere duyduğu güveni istismar etmemek veya sebepsiz olarak çocukları tehlikeli durumlarda göstermemek,

d) Kadınların istismarına yönelik olmamak,

e) Sağlık, çevre ve güvenliğe zarar verecek davranışa teşvik etmemek, zorundadır.

ve Yönetmelik'te<sup>73</sup> yer alan temel ilkelere de uygun olması gerekmektedir. Aksi halde Kanun'da öngörülen yaptırımlarla karşı karşıya kalınacaktır.

## V. ÜRÜN YERLEŞTİRME USUL VE ESASLARINA AYKIRILIK VE İDARİ YAPTIRIMLAR

Ürün yerleştirme yapılırken mevzuatta öngörülen usul ve esaslara aykırı hareket edilmesi halinde Kanun'un 32. maddesinde öngörülen idari para cezası yaptırımı uygulanacaktır. Bu hükme göre Kanun'da öngörülen ilke, yükümlülük ve yasaklara aykırı hareket eden medya hizmet sağlayıcısına ihlalin ağırlığı, yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde birinden yüzde üçüne kadar RTÜK tarafından idari para cezası verilecektir. Bu kapsamda verilecek idari para cezaları televizyon kuruluşları ve isteğe bağlı medya hizmet sağlayıcıları için 10.000-TL'den, radyo kuruluşları için ise 1.000-TL'den az olmayacaktır. Ancak Üst Kurul ihlalin ağırlığı, haksız ekonomik kazancın ve tekrarın varlığı ile son beş yılda uygulanan idari yaptırımları dikkate alarak her bir ihlal için bir defaya mahsus olmak üzere idari para cezası uygulamak yerine medya hizmet sağlayıcı kuruluşu uyarabilir (6112 sayılı Kanun m.32/8). Hükmün ilk halinde yayın yapan medya hizmet sağlayıcılarının ürün yerleştirmede Kanun'da öngörülen usul ve esaslara aykırı hareket etmesi halinde önce uyarılacağı, uyarının ilgiye tebliğinden sonra ihlalin tekrarı halinde ise idari para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmişti. 690 sayılı KHK<sup>74</sup> ile bu uygulamaya son verilmiştir.

Medya hizmet sağlayıcısının Kanun'un 32/2 hükmü uyarınca idari para cezası ile cezalandırılmalarına ilişkin kararın tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde Kanun'un ticari iletişime dair hükümlerinden herhangi birini yirmiden fazla ihlal etmesi halinde beş güne kadar yayın durdurma cezası verilecektir. Aynı ihlalin bir yıl içerisinde tekrar edilmesi halinde beş günden on güne kadar yayın durdurma cezası verilecektir. Bu yaptırımlara rağmen Kanuna aykırı yayın yapmaya devam eden medya hizmet sağlayıcılarının yayın lisansları iptal edilecektir (6112 sayılı Kanun m. 32/5).

6112 sayılı Kanun kapsamında verilen idari yaptırım kararlarına karşı açılacak davalarda idari yargı kolu görevlidir (6112 sayılı Kanun m. 32/9). Kararın hukuka aykırı olduğunu düşünen ilgililer Kanun'da öngörülen 15 günlük özel dava açma süresi içerisinde idari yargıda iptal davası açabilir. Açılacak davalarda yetkili ve görevli mahkeme Ankara idare mahkemeleridir. İlgililer dilerse dava açmadan önce kararın kendilerine tebliğinden itibaren dava açma süresi içerisinde İdari Yargılama Usul Kanunu'nun<sup>75</sup> 11. maddesi uyarınca RTÜK'e başvurarak söz konusu kararın kaldırılmasını, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasını isteme imkanına sahiptir.

(7) Genel beslenme diyetlerinde aşırı tüketimi tavsiye edilmeyen gıda ve maddeler içeren yiyecek ve içeceklerin ticari iletişimine, çocuk programlarıyla birlikte veya bu programların içinde yer verilemez.

(8) Ticari iletişim yayınlarının ses seviyesi diğer yayın bölümleri ile aynı seviyede olmak zorundadır."

73 Bkz. Yönetmelik m. 9.

74 Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, KHK No: 690, RG: 29.04.2017/30052.

75 Kanun Numarası: 2577, Kabul Tarihi: 06.01.1982, RG: 20.01.1982/17580.

## SONUÇ

Ürün yerleştirme, geleneksel reklam stratejilerinin zayıfladığı günümüz piyasasında vazgeçilmez bir yere sahiptir. Ürün yerleştirme; dizi ve filmlere gerçeklik kazandırmakta, yüksek bütçeli yapımların çekilmesine finansal kaynak yaratmakta, reklam kuşaklarıyla ulaşamayan kişilere reklamın mesajının iletilmesini sağlamakta ve reklamı yapılan ürünü kullanan karaktere kendini yakın hisseden izleyicilerle ürün arasında duygusal bağ kurmaktadır.

Kanun'da ve uluslararası belgelerde örtülü reklam/gizli ticari iletişim açıkça yasaklanmıştır. 6112 sayılı Kanun öncesinde ürün yerleştirme uygulamaları da gizli ticari iletişim kapsamında değerlendirilmiş ve ilgili medya hizmet sağlayıcısı idari yaptırımlarla karşı karşıya kalmıştır. 6112 sayılı Kanun ile ürün yerleştirme uygulaması hukuki temele kavuşturulmuştur. Günümüzde 6112 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik'te öngörülen usul ve esaslara uygun olmak kaydıyla ürün yerleştirmeye yer verilmesi mümkündür.

Ürün yerleştirme hususunda uygulamada uyuşmazlıkların yoğunlaştığı nokta ürüne aşırı vurgu yapılıp yapılmadığıdır. Ürüne aşırı vurgu yapılması programın doğal akışını bozacak şekilde reklamı yapılan ürünün ön plana çıkarılmasıdır. Yönetmelikte ürünü ön plana çıkarmak için farklı çekim tekniklerinin kullanılması, ürün veya hizmet hakkında ayrıntılı bilgilerin verilmesi, ürün veya hizmetin övülmesi gibi haller açıkça yasaklanmıştır. Ancak ürün veya hizmete aşırı vurgu yapılması her somut olayda kolaylıkla ayırt edilebilecek nitelikte değildir. Uygulamada da RTÜK'ün kararlarının önemli bir kısmını oy birliğiyle değil oy çokluğuyla vermesi dikkat çekmektedir.

6112 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik'te öngörülen usul ve esaslara aykırı şekilde ürün yerleştirme yapılması halinde medya hizmet sağlayıcısı Kanun'un 32. maddesinde düzenlenen başta idari para cezası olmak üzere çeşitli yaptırımlarla karşı karşıya kalacaktır. RTÜK tarafından tesis edilen cezanın hukuka aykırı olduğunu düşünen ilgililer 15 günlük özel dava açma süresi içinde idari yargıda iptal davası açabilecektir.

## KAYNAKÇA

- AKTEKİN Uğur/GÜRBÜZ Bahar, "Türkiye'de Örtülü Reklamlar ve Uygulamadaki Durum", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C. 9, S. 4, 2009, s. 41-55.
- AKYILMAZ Bahtiyar/SEZGİNER Murat/KAYA Cemil, Türk İdare Hukuku, 10. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- ALTUN Abdurrahim, Türk Borçlar Hukukunda Reklam Yapım Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2020.
- AYAYDIN Dilhun, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun Kamu Yayıncılığı ve Özel Yayıncılık Üzerindeki Yetkileri (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014.
- BALASUBRAMANIAN Siva K., "Beyond Advertising and Publicity: Hybrid Messages and Public Policy Issues", Journal of Advertising, C. 23 S. 4, 1994, s. 29-46.
- ÇATALOĞLU Burcu Bahar, "Reklama Hukuki Açından Bir Bakış", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, C. 5, S. 2, 2020, s. 599-632.
- ER Eda, "Reklam ve Sinema: Sinema Filmlerinde Ürün Yerleştirme", Yeni Düşünceler, S. 7, 2013, s. 145-159.



- GÖZLER Kemal/KAPLAN Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2020.
- GUPTA Pola B./BALASUBRAMANIAN Siva K./KLASSEN Michael L., “Viewers’ Evaluations of Product Placements in Movies: Public Policy Issues and Managerial Implications”, *Journal of Current Issues & Research in Advertising*, C. 22, S. 2, 2000, s. 41-52,
- GUPTA Pola B./LORD Kenneth R., “Product Placement in Movies: The Effect of Prominence and Mode on Audience Recall”, *Journal of Current Issues & Research in Advertising*, C. 20, S. 1, 1998, s. 47-59.
- GÜLAN Aydın, “Kamu Hizmeti Kavramı”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, C. 9, S. 1-3, 1988, s. 147-159.
- ICC, ICC Advertising and Marketing Communications Code, 2018 Edition, <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/09/icc-advertising-and-marketing-communications-code-int.pdf>, Erişim Tarihi: 14.03.2020.
- İSBİR Begüm, “Kamu Hizmeti İlkeleri Işığında Özel Radyo-Televizyon Yayıncılığının Değerlendirilmesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. 1-2, 2007, s. 815-835.
- KOÇAK Elif, “‘Ürün yerleştirme’ye ilgi artıyor”, T. 08.05.2012, Anadolu Ajansı, <https://www.aa.com.tr/tr/yasam/urun-yerlestirmeye-ilgi-artiyor/369518>, Erişim Tarihi: 17.03.2021.
- MAZICI Emel Tanyeri/ATEŞ Nur Banu/YILDIRIM Ayşe, “Televizyon Programlarında Ürün Yerleştirme: ‘Survivor All Star’ Örneği”, *Selçuk İletişim*, C. 9, S. 4, 2017, s. 238-257.
- ÖZAY İl Han, *Günüşğında Yönetim*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- ÖZTÜRK Selen/OKUMUŞ Abdullah, “Pazarlama İletişimi Aracı Olarak Ürün Yerleştirme: Kavramsal Bir Çerçeve”, *İstanbul Üniversitesi İşletme Fakültesi İşletme İktisadı Enstitüsü Yönetim Dergisi*, C. 25, S. 76, 2014, s. 1-34.
- Sağlık Bakanlığı, Çocuklara Yönelik Aşırı Tüketimi Tavsiye Edilmeyen Gıdalar ve İçecekler İle İlgili Reklamlar İçin Besin Profili Modeli Kullanım Rehberi, [https://hsgm.saglik.gov.tr/depo/birimler/saglikli-beslenme-hareketli-hayat-db/tuz-ve-saglik/Besin\\_Profilu\\_Modeli\\_Kullanim\\_Rehberi\\_1.6.2018.pdf](https://hsgm.saglik.gov.tr/depo/birimler/saglikli-beslenme-hareketli-hayat-db/tuz-ve-saglik/Besin_Profilu_Modeli_Kullanim_Rehberi_1.6.2018.pdf), Erişim Tarihi: 27.03.2021.
- SERTER Yusuf Sertaç, *Kamu Hizmeti Kavramının Ekonomik Nedenlerle Geçirdiği Dönüşüm Bağlamında Virtüel Kamu Hizmeti ve Evrensel Hizmet Kurumları Üzerine Bir Karşılaştırma*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- SNYDER Steven L., “Movies and Product Placement: Is Hollywood Turning Films into Commercial Speech”, *University of Illinois Law Review*, C. 1992, S. 1, 1992, s. 301-338.
- SÜRÜCÜ Pelin, “Marka Yerleştirmenin Bir Reklam Olarak Etkileri: Video Oyunlarındaki Marka Yerleştirme Uygulamaları Üzerine Keşifsel Bir Araştırma”, *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 2, 2007, s. 169-188.
- SYDOW Lexi, “The Impact of Coronavirus on the Mobile Economy”, <https://www.appannie.com/en/insights/market-data/coronavirus-impact-mobile-economy/>, Erişim Tarihi: 12.03.2021.
- ŞEN Ersan, “Radyo ve Televizyonların Yayın İçeriklerinden Sorumluluğu”, 01.01.2021, <https://sen.av.tr/tr/makale/radyo-ve-televizyonlar%C4%B1n-yay%C4%B1n-iceriklerinden-sorumlulugu>, Erişim Tarihi: 17.03.2021.
- TANSEL İLİC Deniz, “Türkiye’deki Anaakım Televizyon Kanallarında Editoryal Bağımsızlık –Profesyonellik İdeolojisi İlişkisi”, *Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi*, C. 2, S. 4, 2014, s. 100-122.
- TIĞLI Mehmet, *Bir Aktör Olarak Markalar: Ürün Yerleştirme*, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2004.
- TÜZÜN ATEŞALP Selin/TAŞDEMİR Babacan, “Ürün Yerleştirme ve Editoryal İçerik ile İlgili Artan Kaygılar: Türkiye’de Televizyon Draması Sektörü Örneği”, *Galatasaray Üniversitesi İletişim Dergisi*, S. 21, 2014, s. 51-78.

- YAŞAR Nuri, “Kamu Hizmeti, Virtüel Kamu Hizmeti ve 1999 Anayasa Değişikliği”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. 14, S. 1, 2000, s. 442-452.
- YAZICI Fikret, “Ürün Yerleştirme Uygulamasının Hukuki Boyutu: ABD, Avrupa Ülkeleri ve Türkiye Üzerine Bir Değerlendirme”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 30, S. 40, 2016, s. 93-119.
- YILDIRIM Erhan/CAN Aytekin, “Reklamcılığın Farklı Bir Yüzü Olan Ürün Yerleştirmenin Televizyon Dizilerinde Kullanımı ve And Pastel İnşaatın ‘İstanbul’lu Gelin’ Dizisi İçerisinde Ürün Yerleştirme Uygulamasının Çözümlemesi”, Selçuk İletişim, C. 12, S. 2, 2019, s. 680-707.
- YOLCU Tarık, Pazarlama İletişim Aracı Olarak Film ve Dizilerde Ürün Yerleştirme, İKSAD Yayınevi, Ankara, 2020.
- YURDİGÜL Yusuf/YÜKSEL Hakan, “TV Haberciliğinde Editoryal Bağımsızlık Sorunu: Türkiye Televizyon Haberciliğinde Editoryal Bağımsızlık Sorununa İlişkin Alan Araştırması”, Selçuk İletişim, C. 7, S. 4, 2013, s. 140-151.
- ZEREN Deniz/PAYLAR Önder Ziya, Ürün Yerleştirme, Karahan Kitabevi, Adana, Kasım 2014.
- [http://www.ssuk.org.tr/eski\\_site\\_verileri/kurul/115.doc](http://www.ssuk.org.tr/eski_site_verileri/kurul/115.doc), Erişim Tarihi: 23.03.2021.
- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02010L0013.201.81218#B-16>, Erişim Tarihi: 14.03.2021.
- <https://www.ticaret.gov.tr/tuketici/ticari-reklamlar/reklam-kurulu-kararlari>, Erişim Tarihi: 15.03.2021.
- <https://legalbank.net>
- [www.rtuk.gov.tr](http://www.rtuk.gov.tr)

# Türkiye Cumhuriyeti ve Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasalarının Hükümet Sistemleri Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme

## A Comparative Evaluation on the Government Systems of the Constitutions of Turkey Republic and Azerbaijan Republic

Eyüp Kaan Demirkıran \* 

### ÖZ

2017 Anayasa Değişiklikleri ile beraber Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda parlamenter hükümet sistemi terk edilmiş, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi kabul edilmiştir. Anayasanın birçok hükmü değişmiştir. Bu çalışmada öncelikle 2017 anayasa değişiklikleri sonrasında 1982 Anayasası'nda yasama ve yürütme ilişkileri incelenmiştir. Daha sonra ise 1995 senesinde kabul edilen Azerbaycan Anayasası'nda yasama ve yürütme organları incelenmiştir. Azerbaycan Cumhuriyeti'nin hükümet sistemi bir başkanlık sistemidir. Bu çalışmada Türkiye Cumhuriyeti ve Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasalarının hükümet sistemleri arasında bir karşılaştırma yapmak ve bu iki hükümet sistemi arasındaki benzerlik ve farklılıklar gösterilmek istenmiştir. Çalışma dört bölüme ayrılmıştır. İlk bölümde hükümet sistemleri hakkında genel bilgiler verilmiştir. İkinci bölümde Türkiye Cumhuriyeti'nin hükümet sistemi ve yasama ve yürütme arasındaki ilişkiler, üçüncü bölümde Azerbaycan Cumhuriyeti'nin hükümet sistemi incelenmiştir. Dördüncü bölümde ise bir karşılaştırma yapılmış ve bu iki hükümet sistemi ile ilgili benzerlik ve farklılıklar gösterilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** 1982 Anayasası, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası, Başkanlık Sistemi, Hükümet Sistemleri

### ABSTRACT

In comparison to the parliamentary government system, the presidential government system was adopted due to the 2017 constitutional amendments in Turkish Constitution. There were several changes made to the many provisions of the Constitution. In this study the relations between legislative and executive branches in the 1982 Constitution are examined following the presidential government system of Turkey Republic is explained. Correspondingly, the relationship between legislative and executive bodies will be analyzed in the Constitution of the Azerbaijan Republic, that was adopted in 1995. The government system in the Constitution of Azerbaijan Republic, a presidential republic, will be explained. The objective of this study is to make a comparison of the government systems of the Turkey Republic and Azerbaijan Republic and to show similarities and differences of these two government systems. The study consists of four parts. In the first part, basic informations regarding government systems are explained. The second part of this study will discuss the relations between legislative and executive branches and the government system of Turkey Republic. Third part analyzes the government system of Azerbaijan Republic. Lastly, a comparison of the similarities and differences regarding these two government systems are discussed.

**Keywords:** 1982 Constitution, Constitution of Turkey Republic, Constitution of Azerbaijan Republic, Presidential System, Government System

\* Araş. Gör. Eyüp Kaan Demirkıran, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Eyüp Kaan Demirkıran

**E-posta/E-mail:** demirkiran@tau.edu.tr.

**Geliş Tarihi/Received:** 19.02.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 03.06.2021

## GİRİŞ

Anayasa hukukunda hükümet sistemleri, kuvvetlerin ayrılığı ve birliğine göre sınıflandırılmaktadır. Buna göre meclis hükümeti sistemi, parlamenter sistem, başkanlık sistemi ve yarı-başkanlık sistemi anayasa hukuku literatüründe incelenmektedir. Hükümet sistemleri, ülkelerin anayasalarında ise saf şekillerinin haricinde yer almakta ve pratikte farklı uygulama alanları bulmaktadır. Diğer bir deyişle çoğu kez melez hükümet sistemi örnekleri ile karşılaşılmaktadır. Bu çalışmada Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın kabul ettiği hükümet sistemi ile Azerbaycan Anayasası'nın kabul ettiği hükümet sistemi karşılaştırılmıştır.

Çalışmada öncelikle hükümet sistemleri tanıtılmıştır. Buna göre kuvvetlerin mecliste birleştiği meclis hükümeti sistemi, kuvvetlerin yumuşak ayrılığı prensibini kabul eden parlamenter sistem, kuvvetlerin sert ayrılığını kabul eden başkanlık sistemi ve yarı-başkanlık sistemi açıklanmıştır. Daha sonra ise Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın kabul ettiği hükümet sistemi tartışılmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası veya 1982 Anayasası'nın, 2017 Anayasa Değişikliklerinden önce ve sonrası açısından değerlendirilmesi gerekir; zira 2017 Anayasa Değişikliği ile hükümet sistemi temel bir biçimde değiştirilmiştir. Aşağıda da gösterileceği gibi 1982 Anayasası ilk metninde parlamenter sisteme uygun bir hükümet sistemi kabul etmişken 2017 Anayasa Değişikliği sonrasında cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi olarak da adlandırılan melez bir hükümet sistemi benimsemiştir. Çalışmada öncelikle 1982 Anayasası'na göre yasama açıklanmıştır. Daha sonra yürütmeden bahsedilmiş ve hükümet sistemi hakkında bir değerlendirme yapılmıştır.

Çalışmanın sonraki bölümünde ise Azerbaycan Anayasası'nın hükümet sistemi irdelenmiştir. Burada da aynı sistematik takip edilerek öncelikle Anayasa'da yasamanın nasıl düzenlendiği daha sonra yürütmenin nasıl düzenlendiği açıklanmış ve Azerbaycan Anayasası'nın kabul ettiği hükümet sistemi hakkında bir değerlendirme yapılmıştır. Son kısımda ise her iki ülkenin hükümet sistemleri, çalışmada ortaya konan genel çizgi çerçevesinde benzerlik ve farklılıkları açısından değerlendirilmiştir.

## I. HÜKÜMET SİSTEMLERİ VE ÖZELLİKLERİ

### A. Genel Olarak

Anayasa hukukunda yaygın bir biçimde kabul edildiği üzere, yasama ve yürütmenin ayrılığı ve birliğine göre hükümet sistemleri iki ana gruba ayrılırlar. Kuvvetlerin birliği sistemi meclis hükümeti sistemi şeklinde isimlendirilir.<sup>1</sup> Kuvvetlerin ayrılığı ise kendi içerisinde kuvvetlerin sert ayrılığı ve

1 Kuvvetlerin yasama lehine birleşmesi meclis hükümeti sistemi olarak adlandırılırken kuvvetlerin yürütme lehine birleşmesi mutlak monarşi olarak anılmaktadır. Bkz: Kaboğlu, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayınevi, 12. Baskı, İstanbul, 2017, s. 136. Aynı yönde Bkz: Teziç, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayıncılık, 21. Baskı, İstanbul, 2018, s. 498-499; Fendoğlu, Hasan Tahsin, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2018, s. 453. Gören, Zafer, Anayasa Hukuku: T.C. Anayasası ve TBMM İçtüzüğü Eki İle 2017 Anayasa Değişiklikleri Işığında Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 173; Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt I, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Mart 2020, s. 624. Anayurt ise hükümet sistemlerini esnek güçler ayrılığı olarak parlamenter sistem, katı güçler ayrılığı olarak başkanlık sistemi ve karma sistemler olarak üçe ayırmaktadır. Karma sistemler, iki sistemden birini temel almakla beraber diğerinden bazı özellikleri içermektedir. Bu sistemler, başkan ağırlıklı ve meclis ağırlıklı sistemler olarak ikiye ayrılmaktadır. Meclis hükümeti sistemi burada meclis ağırlıklı bir karma sistem olarak konumlandırılmıştır. Bkz: Anayurt,

kuvvetlerin yumuşak ayrılığı şeklinde ikiye ayrılmıştır. Bunlardan ilki başkanlık sistemidir; ikincisi ise parlamenter sistemdir.<sup>2</sup> Bu üç sistemin haricinde yarı-başkanlık sistemi de bulunmaktadır.

### **B. Kuvvetler Birliği: Meclis Hükümeti Sistemi**

Meclis hükümeti sistemi Rousseau'nun görüşlerine dayanır.<sup>3</sup> Rousseau Toplum Sözleşmesi eserinde millet egemenliği ve iradesinin bölünemeyeceğini belirtir.<sup>4</sup> Meclis hükümeti sisteminin ayırıcı vasfı yasama ve yürütme kuvvetlerinin yasamada yani meclisin<sup>5</sup> elinde bulunmasıdır. Hem yasama hem yürütme yetkileri mecliste bulunduğu için yasayı yapan da bunun yürütülmesini sağlayan da esas olarak meclistir.<sup>6</sup> Ancak meclisin yürütme yetkisini doğrudan kullanması doğal olarak mümkün olmayacaktır. Bu sebeple yürütmeye görevli bir komite ya da icra kurulu kurulur.<sup>7</sup> İlgili kurulun kuvvetlerin tek elde yani mecliste toplanması ilkesinin tabii bir sonucu olarak ayrı bir hukuki varlığı bulunmaz. Kurul ya da komite üyeleri tamamen meclisin emirlerini yerine getirmek zorunda olan memur veya ajanlardır.<sup>8</sup> Meclis iradesini ortaya koyduktan sonra artık buna karşı çıkmak mümkün değildir. Meclis, bahsedilen bu icra vekilleri kurulunu istediği zaman azledebilir ve kurulun yapılıp ettiklerini dilediği gibi değiştirebilir<sup>9</sup> ki bu durum da onun sürekli çalışmasını gerektirmektedir. İşte buna meclisin istimrarı kuralı denmektedir.<sup>10</sup> Meclisin yürütme yetkisini kullanarak ortaya koyduğu iradesini yansıtmaktan öte bir yetkisi bulunmadığını söyleyebileceğimiz icra komitesi ya da icra üyelerinin bu sebeplerle meclis üzerinde hiçbir tasarrufundan bahsedilemez.<sup>11</sup>

### **C. Kuvvetlerin Yumuşak Ayrılığı: Parlamenter Sistem**

Parlamenter sistem tarihi seyir içinde meydana çıkmış; bu süreç içerisinde ise parlamenter sistemin hususiyetleri ortaya çıkıp belirginleşmiştir.<sup>12</sup> Parlamenter sistemlerde yasama kuvveti meclisin elindedir. Yürütme ise devlet başkanı ve bakanlar kurulundan müteşekkildir. Yani yürütme ikili

Ömer, Anayasa Hukuku Genel Kısım: Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 356-357.

2 Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi s. 624; Gören, Anayasa Hukuku, s. 173.

3 Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım, s. 435; Teziç, Anayasa Hukuku, s. 499-500.

4 J. J. Rousseau, Toplum Sözleşmesi, (Çev: Zafer Savaş), Nilüfer Yayıncılık, 2011, s. 36-40.

5 Konvansiyon kuramı halk iradesinin tam anlamıyla meclise yansımaları gerektiğini söylediğinden saf meclis hükümeti sisteminde, ikili bir meclis yapısından çok tek meclisli bir yapının olması gerektiğinin söylenebilir. Burada ikinci meclisin halk iradesinin yansımaları güçleştireceği fikrinden hareket edilmektedir. Bkz: Turan, Mehmet, "Meclis Hükümeti (Konvansiyon Kuramı)" AÜSBF Dergisi, 1991, C:46, Sayı:1, s. 458.

6 Gören, Anayasa Hukuku, s. 173; Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, s. 628.

7 Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, s. 628-629.

8 Gören, Anayasa Hukuku, s. 173.

9 Gören, Anayasa Hukuku, s. 173; Teziç, Anayasa Hukuku, s. 500.

10 Teziç, Anayasa Hukuku, s. 500; Fendoğlu, Anayasa Hukuku, s. 453.

11 Doktrinde meclis hükümeti sistemine örnek olarak İsviçre Konfederasyonu gösterilmektedir. Bkz: Fendoğlu, Anayasa Hukuku, s. 453. Ancak İsviçre'de yürütme yetkisini kullanan ve meclis tarafından seçilen kurul, görev süresi boyunca meclis tarafından görevden alınmamaktadır Bkz: Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, s.153. Kurulun meclis önünde siyasi sorumluluğu yoktur. Bu sebeple tam olarak meclis hükümeti sistemi olarak değerlendirilemez. Bkz: Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım, s. 433.

12 Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 141. Parlamenter sistemin ortaya çıkışı hakkında ayrıca Bkz: Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, s. 667-673.

bir yapı gösterir.<sup>13</sup> Ancak belirtmek gerekir ki parlamenter sistemlerde yürütmenin bir kanadını oluşturan devlet başkanlığı icracı bir makam değildir. Parlamenter sistemin klasik özelliği devlet başkanının yetkisiz ve sorumsuz olmasıdır.<sup>14</sup> Bu durum madalyonun iki yüzü gibidir. Yani sorumluluk beraberinde yetkiyi getirmektedir. Devlet başkanının yetkileri yalnız sembolik yetkiler olabilir. Bu makam devletin birliğini ve bütünlüğünü sembolize eder. Dolayısıyla ikili yapı içerisinde siyaseten kimin yetkili ve sorumlu olduğu açıkça meydana bulduğundan bu ikililiğin bir çatışma potansiyeli taşımadığı söylenebilir.<sup>15</sup> Burada belirtmek isteriz ki şayet devlet başkanlığı önemli sayılabilecek yetkilerle donatılmaya başlanmışsa burada parlamenter sistemin aşınmaya başladığının kabulü gerekir.

Yürütmenin diğer kanadı başbakan ve bakanlar kurulundan müteşekkildir. Bakanlar kurulu kolektif karar alan bir kuruldur. Bakanların hem bireysel olarak hem de kabine olarak sorumluluğu bulunmaktadır.<sup>16</sup> Başbakan klasik teoriye göre aslında kabinede herhangi bir bakanla aynı iken fiiliyatta durum böyle olmamıştır. Bunun yanında fiiliyatta ortaya çıkan başbakanın üstünlüğünün yakın dönem anayasalarında da yer almaya başladığı gözlenmektedir.<sup>17</sup> Sartori, iktidar paylaşımı şeklinde ifade ettiği parlamenter sistem içerisinde yürütmenin başı olarak başbakanın kabinesine göre konumuna bakarak eşitsizler üzerinde birinci, eşitsizler arasında birinci ve eşitler arasında birinci şeklinde üçlü bir iktidar paylaşım formülü önermektedir.<sup>18</sup> Burada ilk iki unsur yazar tarafından başbakanlık sistemleri olarak isimlendirilen modellerdir. Bunlardan güçlü örnek olarak İngiltere, zayıf örnek olarak Almanya verilmektedir.<sup>19</sup>

Parlamenter sistemde yasama ve yürütme arasındaki ilişkinin yumuşak bir ayrılık oluşu etkileşimin kesilmeden devam ettiğini anlatmaktadır. Gerçekten parlamenter sistemlerde gerek yasamanın gerek yürütmenin, diğerinin hukuki varlığını sona erdirmeye yarayacak silahları olduğunu söylemek gerekir.<sup>20</sup> Bu durum gayet esnek bir yapıyı beraberinde getirmektedir. Meclis güvenoyu mekanizması yoluyla hükümeti görevden alabilirken yürütmenin de meclis seçimlerini yenilemesi gündeme gelebilmektedir. Parlamenter sistemler, meclis hükümetlerinin aksine yasama ve yürütmeyi birbirinden ayırmakla beraber aşağıda görüleceği üzere başkanlık sistemleri gibi ileri gitmemiş, yumuşak kuvvetler ayrılığı modeli içerisinde etkileşim mekanizmalarını sisteme eklemiştir.<sup>21</sup>

13 Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım, s. 364-365.

14 Anayurt, Anayasa Hukuku Genel Kısım, s. 365.

15 Uluşahin, Nur, Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 20.

16 Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 142.

17 Teziç, Anayasa Hukuku, s. 505.

18 Sartori, Giovanni, Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes, Macmillan Press, 1994, s. 102.

19 Sartori, Comparative Constitutional Engineering, s. 104.

20 Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 144.

21 Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, s. 666-667.

#### **D. Kuvvetlerin Sert Ayrılığı: Başkanlık Sistemi**

Başkanlık sistemi ilk kez Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) tasarlanmış ve uygulanmış bir hükümet modelidir. ABD başkanlık sisteminin prototipi olarak gösterilmektedir.<sup>22</sup> Başkanlık sisteminin tanımı noktasında pek çok tartışma bulunmaktadır.<sup>23</sup> Sartori'ye göre başkanın halk tarafından seçildiği, belirlenmiş bir süre görevde kaldığı ve yasama tarafından görevden uzaklaştırılmadığı, yürütmenin tekli yapıda bulunduğu, yani başkanın hükümeti yönlendirebildiği sistemler başkanlık sistemi olarak tanımlanabilir.<sup>24</sup> Linz'e göre ise iki temel kriter bulunmaktadır. Yasama ve başkan belirli bir süre için halk tarafından seçilirler ve birbirlerinin hukuki varlıklarına bu süre içerisinde son veremezler.<sup>25</sup> Shugart ve Carey ise yasama ve yürütmenin halk tarafından seçilmesi, belirlenmiş görev sürelerinin bulunması ve birbirlerinin görevine son verememeleri, ayrıca başkana veto gibi farklı derecelerde yasamayla ilgili anayasal yetkilerin verilmesini başkanlık sisteminin tanımında kriterler olarak kabul etmektedir.<sup>26</sup> Lijphart, başkanlık sistemi ile parlamenter sistemi karşılaştırarak ele almakta ve başkanlık sisteminde başkanın belirli bir süre görevde kaldığını, yasama tarafından görevden alınamadığını, başkanın halk tarafından seçildiğini ve yürütmeye tek başına sahip olduğunu belirtmektedir.<sup>27</sup> Bu yazarların açıklamaları çerçevesinde başkanlık sisteminin üç kriter ile tanımlanması mümkündür. Bunlar, başkanın halk tarafından seçilmesi ve yürütme gücünü tek başına kullanması, başkanla beraber sabit bir süre için ayrı bir seçimle göreve gelen ve yasama yetkisini kullanan meclisin bulunması ve yasama ile yürütmenin birbirinin hukuki varlığını sona erdirecek mekanizmalarının bulunmamasıdır.<sup>28</sup>

Parlamenter sistemlerin yetkisiz ve sorumsuz cumhurbaşkanı yahut monarkını başkanlık sistemlerinde görmek mümkün değildir. Keza yine parlamenter sistemlerdeki yürütmenin diğer kanadını oluşturan bakanlar kurulu da başkanlık sisteminde görülmez. Başkan yürütmeyi doğrudan elinde tutmaktadır. Yürütmenin tüm yetkisi ve sorumluluğu onun üzerindedir. Dolayısıyla parlamenter sistemlerdeki bakanlar başkanlık sisteminde bulunmayacaktır. Zira bahsettiğimiz gibi parlamenter sistemde bakanlar kurulu kolektif karar alan bir yapıdır. Parlamenter sistemdeki bakanların hukuki statüsüne nazaran başkanlık sisteminde bu göreve benzeyen makamlarda

22 Sartori, *Comparative Constitutional Engineering*, s. 86.

23 Sartori, Lijphart, Linz ve Shugart-Carey'in eserleri üzerinden ayrıntılı bir inceleme için Bkz: Yazıcı, Serap, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, s. 19-38. Çalışmanın bu bölümünde Yazıcı'nın incelediği yazarlar takip edilerek başkanlık sistemi tanımlanmıştır.

24 Sartori, *Comparative Constitutional Engineering*, s. 82-84.

25 Linz, Juan, *Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference*, (Editörler: Linz, Juan, Valenzuela, Arturo), *The Failure of Presidential Democracy: Comparative Perspectives*, Vol:1, The John Hopkins University Press, 1994, s. 6.

26 Shugart, Mathew Soberg, Carey, John M., *President and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, 1992 s. 19.

27 Lijphart, Arend, *Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations*, (Editörler: Linz, Juan, Valenzuela, Arturo), *The Failure of Presidential Democracy Comparative Perspective*, Vol: 1, The John Hopkins University Press, Londra, 1994, s. 92-93.

28 Aynı yönde Bkz: Yazıcı, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme, s. 37.

bulunan kişilere ancak ABD'deki isimlendirmeye sekreter denebilir. Sekreterlerin başkanın emir ve talimatlarından çıkması düşünülemez. Başkan sekreterlerini atayıp azletmekte serbesttir.<sup>29</sup>

Başkanlık sisteminin en önemli ayırıcı vasfının, yasama ve yürütmenin keskin bir şekilde ayrılması olduğunu görmüştük. Yasama ve yürütmenin keskin ayrılığının sonucu olarak her ikisinin birbirinin hukuki varlıklarını sona erdirmeye yetkileri bulunmamaktadır. Bu sebeple başkanlık sisteminin kuvvetler arasındaki etkileşimi kestiği de düşünülebilir. Ancak bu durum gerçekçilikten uzaktır. Başkanlık sistemi için zikredilen kuvvetlerin sert ayrılığı ifadesini kuvvetlerin faaliyetleri yani yasama ve yürütme açısından değil kuvvetlerin kaynakları ve yaşayabilirlikleri yönünden anlamak gerekmektedir.<sup>30</sup> Zaten etkileşimin sifıra indiği bir ortamda devlet aygıtının çalışması da düşünülemez.<sup>31</sup>

### **E. Parlamenter ve Başkanlık Sistemlerinin Dışında: Yarı-Başkanlık Sistemi**

Yaygın olarak yarı-başkanlık şeklinde isimlendirilen bu sistem tanım noktasında en çok tartışmanın cereyan ettiği hükümet sistemlerinden biridir. Shugart-Carey yarı-başkanlık ifadesine karşı çıkmakta, başbakanı-başkanlık ve başbakanı-parlamenter şeklinde ikili bir ayrım önermektedir. Onlara göre bu model başkanlık ve parlamenter sistemler arasında orta noktada durmamakta yasama çoğunluğu ile başkanın ilişkisine göre parlamenter sistemle başkanlık arasında gidip gelen bir sistem olmaktadır.<sup>32</sup> Uluşahin ise parlamenter ve başkanlık sistemi olmayan tüm sistemleri aynı çatı altında toplayan tutarlı ve alt gruplara ayrılabilir bir tipoloji geliştirme çabası olarak iki başlı yürütme yapılanması isminde bir tanımlama yapmaya çalışmıştır. Buna göre iki başlı yürütme yapılanması üç unsurla tanımlanmıştır. Bunlar meclise karşı sorumlu bir başbakan ve kabineden kurulu hükümet, onunla yürütme alanında yarışan yetkileri haiz bir devlet başkanının varlığı ve devlet başkanının doğrudan ya da doğrudana benzer şekilde halkça yahut meclis tarafından seçilmesidir.<sup>33</sup> Uluşahin, yarı-başkanlığı kendi tanımlamasında bir alt tür olarak kabul etmektedir.<sup>34</sup>

Yarı-başkanlık olarak nitelenen sistemleri de kuvvetler ayrılığı içerisinde mütalaa etmek mümkündür. Zira yasama ve yürütme ayrı iki organa tevdi edilmiştir. Yasama meclisin elindedir. Yürütmede ise parlamenter sistemi andırır şekilde ikili bir yapı vardır. Ancak parlamenter sistemin yürütmesiyle yarı-başkanlık sisteminin yürütmesi arasında en belirgin farkın devlet başkanında ortaya çıktığını görmek mümkündür. Bu durum, iki başlılık ve iki kanatlılık şeklinde ifade edilmiştir.<sup>35</sup> Parlamenter

29 Linz, başkanlık kabine üyelerinin başkana karşı konumu için patron, parlamenter bakanların başbakan karşısında konumu için çalışma arkadaşı ifadelerini kullanıyor. Linz, Juan J. "Başkanlık Sisteminin Tehlikeleri", (Der: Cem Aktaş), Kritik Kavşak Parlamenter Sistem-Başkanlık Sistemi, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015, s.236

30 Yazıcı, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme, s. 36.

31 "Özellikle yasama ve yürütme organları arasında uyum ve eşgüdüm ihtiyacı, daha önceki dönemlerde de dile getirilmiştir. Her organın kendi iktidar alanında tam bağımsız ve egemen olacağı bir devlet düzeni düşünülemez. Böyle bir oluşumda devlet, karşıt yönlerden eşit kuvvetlerle çekilen bir cisim gibi hareketsiz kalır, yani iş göremez olur." Bkz: Özbudun, Ergun, Anayasacılık ve Demokrasi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019 s. 24.

32 Shugart, Carey, Presidents and Assemblies, s. 23-27.

33 Uluşahin, Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması, s. 54.

34 Uluşahin, Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması, s. 54-55.

35 Uluşahin, Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması, s. 21.



sistemlerde devlet başkanı yetkisiz ve sorumsuz olduğundan her ne kadar yürütmenin bir kanadını oluştursa da icrai bir organ değildir. Dolayısıyla yürütmede asıl liderliğin kimde bulunduğu bellidir. Oysa yarı-başkanlığa bu açıdan bakmak mümkün değildir. Zira yarı-başkanlık sistemlerinde halk tarafından seçilen ve önemli yetkileri olan bir devlet başkanı, meclisin içinden çıkıp ona karşı sorumlu olan bir başbakan ve kabine ile birlikte yürütme yetkisini paylaşmaktadır. Bu durum büyük bir çatışma potansiyelini de beraberinde getirmektedir. Devlet başkanının halk tarafından seçilmesi açısından sistemi başkanlık sistemine, meclisten çıkıp ona karşı sorumlu olan başbakan ve kabine açısından parlamenter sisteme benzetmek mümkündür.<sup>36</sup> Ancak bu modeli ne parlamenter sisteme ne de başkanlık sistemine dahil etmek mümkün görünmektedir.

## II. 1982 ANAYASASI'NIN KABUL ETTİĞİ HÜKÜMET SİSTEMİ

### A. Genel Olarak

1982 Anayasası'nın kabul ettiği hükümet sistemi, yasama organı, yürütme organı ve hükümet sistemi hakkında değerlendirmeye dair alt başlıklar altında incelenecektir. Yasama organı tanıtıldıktan sonra yürütme organı açıklanacaktır. Yasama ve yürütmenin birbiri üzerindeki denetimleri bu alt bölümlerde incelenmiştir. En son, hükümet sisteminin niteliği üzerinde bir analiz yapılacaktır. Bilindiği gibi 1982 Anayasası'nda 2017 Anayasa Değişiklikleri hükümet sisteminde önemli bir değişimi beraberinde getirmiştir. Dolayısıyla 2017 Anayasa Değişiklikleri temel bir kırılma noktası olarak görülebilir. Bununla beraber ilgili alt bölümlerde yeri geldikçe Anayasa'nın daha önceki haline ve tarihsel arka plana değinilmiştir.

### B. Yasama Organı

Yasama, *Cumhuriyetin Temel Organları* başlıklı Anayasa'nın üçüncü kısmının birinci bölümünde 75-100. maddeler arasında detaylı olarak düzenlenmiştir. Anayasaya göre Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) seçimleri Cumhurbaşkanlığı seçimleriyle beraber beş yılda bir yenilenmektedir (m. 77/1). Anayasa'nın ilk halinde, bu süre şu anki gibi beş sene olarak düzenlenmişti. 2007 Anayasa Değişiklikleri<sup>37</sup> ile süre dört seneye indirilmiş, 2017 Anayasa Değişiklikleri ile tekrar beş senelik süre kabul edilmiştir.<sup>38</sup> TBMM, her yıl ekim ayının ilk günü kendiliğinden toplanarak göreve başlar<sup>39</sup> ve en çok üç ay tatil yapabilir (m. 93/ 1-2). Tatilde olduğu dönemde veya ara vermede Cumhurbaşkanı

36 Özbudun, Ergun, „Başkanlık Sisteminin Olası Tehlikeleri“, Kritik Kavşak Parlamenter Sistem-Başkanlık Sistemi, (der. Cem Akas), İstanbul, 2015, s. 72.

37 31.05.2007 tarih ve 5678 sayılı Kanun, m. 1.

38 11.02.2017 tarih ve 6771 sayılı Kanun, m. 4.

39 Davet beklemezsizin toplanma kuralı tarihi bir arka plana sahiptir ve önceki anayasalarda da yer almaktadır. İlk olarak 1909 Anayasa Değişiklikleri ile Kanun-i Esasi'de yer almıştır. Eroğul, Cem, 1908 Devrimi'ni İzleyen Anayasa Değişiklikleri, s. 7-8, Erişim Link: <https://cemerogul.files.wordpress.com/2012/03/1908-devrimini-izleyen-anayasa-dec49fic59fiklikleri.pdf> (E.T.: 31.12.2020). 1982 Anayasası'ndaki hüküm ise 1995 yılında değiştirilmiştir (23.07.1995 tarih ve 4121 sayılı Kanun). Bundan önce Eylül ayının ilk günü denmekteydi.

tarafından toplantıya çağırılabilir (m. 93/2).<sup>40</sup> TBMM görüşmeleri kural olarak açıktır; ancak içtüzüğe göre kapalı görüşme yapılması da mümkündür. Meclis aksine karar almadıkça görüşmelerin her vasıta ile yayımı serbesttir (m. 97). TBMM, çalışmalarını kendi belirleyeceği içtüzüğe uygun olarak yerine getirir (m. 95/1). Anayasa 7. maddesi ile yasama yetkisinin Türk milleti adına TBMM'de olduğunu ve bu yetkinin devredilemeyeceğini belirtmektedir. Anayasa'nın 87. maddesinde meclisin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak, bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek, para basılmasına, savaş ilanına, üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilanına karar vermek, milletlerarası antlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, Anayasa'nın diğer maddelerinde belirtilen yetki ve görevler şeklinde açıklanmaktadır.

Yasama yetkisi Anayasa tarafından TBMM'ye verilmiştir. Yasama yetkisinin genellik, aslilik ve devredilemezlik şeklinde üç niteliği vardır.<sup>41</sup> Kanun anayasal sınırlar içerisinde her alanı ilk elden düzenler ve bu yetki devredilemez. 2017 Anayasa Değişikliği ile Anayasa'da bu ilkeyi değiştirecek herhangi bir açık hüküm konmamıştır. Ne var ki Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin (CBK) hukuk sistemine dahil edilmesinden sonra aslilik ve genellik ilkeleri noktasında bir tartışma başlamış, AYM CBK'ların hukuki statüsünü yorumlamıştır. Aşağıda bu konuya dönecektir.

1982 Anayasası'nın ilk hali temelde parlamenter sistemi kabul ettiği için<sup>42</sup> kanun tasarısı ve tekliflerinin sunulmasına<sup>43</sup> bakanlar kurulu ve milletvekilleri yetkili kılınmıştı. 2017 Anayasa Değişiklikleri ile cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçildikten sonra yasama ve yürütmenin birbirinden ayrılması sebebiyle artık yasa önerileri ancak milletvekilleri tarafından yapılabilmektedir. Mecliste kabul edilen yasaları Cumhurbaşkanı yayımlar; ancak Cumhurbaşkanı kısmen veya tamamen yayımlanmasını uygun bulmadığı kanunları meclise tekrar görüşülmek üzere gönderebilir (m. 89/1). Bu durumda eğer TBMM üye tam sayısının salt çoğunluğu ile geri gönderilen kanunu kabul ederse kanun Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanır (m. 89/3). Meclis uluslararası antlaşmaların onaylanmasını uygun bulma kanunlarını da çıkarır. Türk kanunlarında değişiklik yapan her uluslararası antlaşma için onayı uygun bulma kanununa gerek vardır (m. 90/4). Ancak, Anayasa bazı uluslararası antlaşmalar için meclisin onaylamayı uygun bulma kanununun gerekemeyeceğini de belirtmiştir. Bunlar ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen antlaşmalardır. Bunların süresi bir yılı aşmamalı, devlete mali yük getirmemeli, kişi hallerine ve Türklerin yabancı ülkelerdeki mülkiyet haklarına dokunmamalıdır. (m.90/2). Öte yandan uluslararası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları, kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari antlaşmalar için de onaylamayı uygun bulma kanunu gerekmez (m. 90/3).

40 2017 öncesi düzenlemede ise, bakanlar kurulunun istemi üzerine ya da kendi inisiyatifiyle Cumhurbaşkanı ve meclis üyelerinin beşte birinin talebi ile veya kendi inisiyatifiyle Meclis Başkanı tatil veya ara verme döneminde meclisi toplantıya çağırabiliyordu (eski m. 93/1-2).

41 Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, 17. Baskı, 2017, Ankara, s. 211-212.

42 2017 anayasa değişiklikleri öncesinde Cumhurbaşkanı klasik parlamenter sistemdeki cumhurbaşkanının yetkilerinin ötesinde yetkilerle donatılmış olmasına rağmen temelde parlamenter sistemin kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bkz: Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 326.

43 2017 anayasa değişiklikleri öncesinde hükümetin yaptığı kanun önerilerine tasarısı, milletvekillerinin önerilerine ise teklif denmekteydi. Bkz: Tanör, Bülent, Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 17. Baskı, İstanbul, 2018, s. 311.

Anayasa değişikliği kanunları da mecliste onaylanmaktadır. Anayasa'nın 175. maddesine göre anayasa değişiklikleri meclisin en az üçte biri tarafından yazılı olarak sunulur ve beşte üç çoğunluğun gizli oyuyla kabul edilir. Anayasa, anayasa değişikliklerinin kabulünde yasama ile yürütme arasında kanunlara nazaran daha farklı bir sistem kurmuştur. Buna göre, meclisin kabul ettiği anayasa değişikliğini Cumhurbaşkanı meclise geri gönderebilir. Meclis geri gönderilen anayasa değişikliği kanununu tekrar görüşerek kabul edebilir (m. 175/3). Meclis burada anayasa değişikliği kanununda bir değişiklik yaparsa Cumhurbaşkanı'nın tekrar geri gönderme yetkisi doğacaktır.<sup>44</sup> Anayasa değişikliği kanunun mecliste kabul çoğunluğuna bağlı olarak farklı olasılıklar gündeme gelir. 2/3 ve üzeri bir çoğunlukla kabul edilen anayasa değişikliklerini Cumhurbaşkanı ya halkoyuna sunar ya da bu değişiklikler Resmi Gazete'de yayımlanır (m. 175/5). 3/5 ile 2/3 arasındaki kabul oyuyla onaylanan değişiklikler ise halkoyuna sunulur (m. 175/4).<sup>45</sup> 175. madde hükümleri haricinde anayasa değişikliklerinin görüşülmesi ve kabulü kanunlarla aynı usule tabidir (m. 175/2).

Bütçe kanunları da mecliste kabul edilir. Cumhurbaşkanı mali yıldan yetmiş beş gün önce bütçe teklifini meclise sunar. Mecliste görüşülen bütçe mali yıl başına kadar karara bağlanır (m. 161/3). 2017 Anayasa Değişiklikleri kapsamında bütçenin görüşülmesini düzenleyen Anayasa'nın 162. maddesi ilga edilmiş ve düzenlemeler 161. maddede yapılmıştır. 161. maddenin 4. fıkrası hükmüne göre bütçenin yürürlüğe konamaması durumunda geçici bütçe kabul edilir. Geçici bütçe kanunu da yapılamazsa bir önceki yılın bütçesi yeniden değerlendirme oranına göre arttırılarak uygulanır.<sup>46</sup> Bütçe kanunları Cumhurbaşkanı tarafından tekrar görüşülmek üzere meclise gönderilemez (m. 89/2).

1982 Anayasası'nın ilk metni, kabul edilen parlamenter sisteme koşut olarak meclis araştırması, meclis soruşturması, gensoru ve soru şeklinde dörtlü bir denetleme sistemi kurmuştur. Buna göre meclis, Bakanlar Kurulu adına başbakan veya ilgili bakandan soru yoluyla bilgi isteyebilir ya da hükümetten istemeden kendisi bir konuda meclis araştırması yoluyla bilgi edinebilir (eski m. 98/2,3), toplumu ve devlet faaliyetlerini ilgilendiren bir konuda genel görüşme yapabilir, (eski m.98/4) başbakan veya bakanın görevi sebebiyle cezai sorumluluğunu araştırmak için meclis soruşturması yolunu da kullanabilirdi (eski m. 100). Meclis soruşturması sonucu meclis, bir bakanın Yüce Divan'a sevkine karar verirse o bakan bakanlıktan düşmekteydi. Eğer başbakan Yüce Divan'a sevk edilirse hükümet istifa etmiş sayılmaktaydı (eski m.1 3/3). Bu anlamda meclis soruşturması başbakan ve bakanların cezai sorumluluğunu işleten bir mekanizma olmasına karşın bu mekanizma dahilinde

44 Anayasa Mahkemesi'nin 2007 tarihli kararından önce Cumhurbaşkanı'nın geri gönderdiği kanunun meclis tarafından 2/3 çoğunlukla kabul edileceği düşünülmekteydi. Ancak bu karar sonrası 3/5 çoğunlukla kabul de mümkündür. Bu sebeple bu yetki geciktirici veto olarak anılmıştır. Bkz: Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 175. Anayasa Mahkemesi Kararı için Bkz: AYM, E: 2007/72, K:2007/68, 05.07.2007. Erişim Linki: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/08/20070807-13.htm> (E.T.: 30.05.2021).

45 Sezer, Abdullah, 1982 Anayasası Ekseninde TÜREV Kurucu İktidar Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi, Marmara Üniversitesi SBE Kamu Hukuku, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006, İstanbul, s. 505. Yazarın belirttiği gibi madde metni oldukça karmaşık ve anlaşılması zordur. Bkz: Sezer, 1982 Anayasası Ekseninde TÜREV Kurucu İktidar Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi, s. 506.

46 Bu düzenleme tarzı parlamentonun yürütme üzerindeki en önemli denetleme araçlarından biri olan bütçe konusunda meclisin konumunu etkisizleştirdiği sebebiyle eleştirilmektedir. Bkz: Gözler, Kemal, Elveda Anayasa: 16 Nisan 2017'da Oylayacağımı Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler 2. Baskı, Ekin Yayinevi, 2017, s. 66-67.

bakanların ve hükümetin hukuki varlıkları üzerinde sorumluluk doğmaktaydı. Son olarak gensoru yoluyla hükümetin siyasi sorumluluğuna gitmek mümkündü (eski m. 99).

2017 Anayasa Değişiklikleri ile kabul edilen hükümet sistemi sonucu yasama ve yürütmenin birbirinden ayrılması sebebiyle bu denetleme yollarından gensoru kaldırılmıştır. Soru, yazılı soru halinde sınırlandırılmıştır. Yazılı sorular on beş gün içinde cevaplandırılmak üzere milletvekili tarafından bakan veya cumhurbaşkanı yardımcısına gönderilir (m. 98/5). Meclis soruşturması ise farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu 105. maddede düzenlenirken, cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların cezai sorumluluğu 106. maddede düzenlenmektedir. Cumhurbaşkanı hakkında bir suç işlediği iddiasıyla ancak meclisin üye tamsayısının salt çoğunluğu ile yani 301 milletvekilinin oyuyla soruşturma açılması talebiyle önerge verilebilir ve bu önergenin kabulü ancak beşte üç çoğunlukla mümkündür (m. 105/1). Cumhurbaşkanı'nın soruşturma sonucunda Yüce Divan'a sevki ancak üçte iki çoğunlukla söz konusu olabilir (m. 105/3). Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların ise görevleriyle ilgili işledikleri bir suç hakkında soruşturma açılması, Cumhurbaşkanı ile aynı yeter sayılara tabidir (m. 106/5,7). Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar 2017 Anayasa Değişikliği sonrasında ayrıca görevleri ile ilgili olmayan suçlar bakımından yasama dokunulmazlığı güvencesinden yararlanmaktadır (m. 106/10).

## **C. Yürütme Organı**

### **I. Cumhurbaşkanı**

#### **a. Cumhurbaşkanı'nın Seçimi**

Cumhurbaşkanı 1982 Anayasası'nın ilk halinde TBMM tarafından yedi yıllığına göreve seçiliyordu.<sup>47</sup> 2007 senesinde yapılan halkoylaması ile Cumhurbaşkanı'nın doğrudan halk tarafından beş yıllığına seçilmesi ve bir kişinin en çok iki kere bu göreve gelebilmesi usulü benimsenmiştir.<sup>48</sup> 2017 Anayasa Değişiklikleri'nde bu usul korunmuştur. Yani bir kişi ancak iki dönem cumhurbaşkanlığı görevi yapabilir.

Kırk yaşını doldurmuş, yükseköğrenim yapmış, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip her Türk Cumhurbaşkanı olabilmektedir (m.101/1). Cumhurbaşkanlığına siyasi parti grupları, en son yapılan genel seçimlerde toplam geçerli oyların tek başına veya birlikte en az yüzde beşini almış olan siyasi partiler ile en az yüz bin seçmen aday gösterebilmektedir (m.101/3). 2017 öncesinde aday göstermeye siyasi parti grupları değil, yirmi milletvekili, ayrıca son genel seçimde oyların yüzde beşini değil onunu alan siyasi partiler yetkili kılınmıştı.<sup>49</sup>

Seçim iki turlu olarak dizayn edilmiştir (m. 101/5-6). İlk turda oyların salt çoğunluğunu kazanan aday seçilmiş olur. Ancak buna ulaşılamazsa ikinci tur yapılır ve ikinci tura en çok oy alan iki aday

47 Tanör, Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku, s. 340.

48 Özsoy Boyunsuz, Şule, Başkanlı Parlamenter Sistem: Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçildiği Parlamenter Hükümet Modeli ve Türkiye İçin Tavsiye Edilebilirliği, XII Levha Yayınları, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, 2014, İstanbul, s. 298.

49 Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 310.

katılır. İkinci turda oyların salt çoğunluğunu alan aday kazanmış olur. (m. 101/5). Herhangi bir sebeple ikinci tura adaylardan biri katılamazsa en çok oy alan diğer aday katılır. Tek aday katılırsa oylama referandum olarak yapılır. Oyların salt çoğunluğu sağlanamazsa seçim yenilenir (m. 101/6). Anayasa tüm süreci detaylı olarak düzenlemektedir.

### **b. Cumhurbaşkanı'nın Tarafsızlığı**

1924 Anayasası, Cumhurbaşkanı'nın tarafsızlığını sağlamaya yönelik düzenlemeler içermiyordu. 1961 Anayasası ise Cumhurbaşkanı'nın tarafsızlığını sağlamaya yönelik bir dizi düzenlemeyi hayata geçirmişti. Cumhurbaşkanı'nın seçilmesiyle beraber parti üyeliğinin sona ermesi, yemininde tarafsız kalacağını belirtmesi, Cumhurbaşkanı'nın görev süresi ile TBMM'nin görev süresinin farklı olarak düzenlenmesi bunların arasında sayılabilir.<sup>50</sup> 2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanı'nın seçilmesiyle beraber partisiyle ilişkisinin kesileceğine dair hüküm kaldırıldı ve Cumhurbaşkanı'nın parti genel başkanı olmasının önünde bir engel kalmadı. Cumhurbaşkanı ve TBMM'nin aynı anda seçime gitmesi ve görev sürelerinin eşitlenmesi ilkesi kabul edildi. Anayasa'nın 101. maddesinin kenar başlığı, "A. Nitelikler ve Tarafsızlığı" iken "Adaylık ve Seçimi" şeklinde değiştirildi. Cumhurbaşkanı'nın parti genel başkanı olması mümkün kılınmış ve tarafsızlığı sağlamaya yönelik bir dizi düzenlemeden vazgeçilmişken Anayasa'nın 103. maddesinde Cumhurbaşkanı'nın yemininde tarafsız kalacağına dair vurgu ise varlığını korumakta ve Anayasa'nın 104. maddesi Cumhurbaşkanı'na "Devlet başkanı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyeti'ni ve Türk Milletinin birliğini" temsil etme ve "Anayasanın uygulanmasını, devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını" temin etme görevlerini vermektedir.<sup>51</sup>

### **c. Cumhurbaşkanı'nın Görev ve Yetkileri**

Klasik parlamenter sistemi kabul eden 1961 Anayasası'nda Cumhurbaşkanı'nın yetkileri, parlamenter sistemin özelliklerine uygun olarak sembolik bir nitelik arz etmekte ve karşı-imza kuralı gereği sorumluluk ve yetkinin Bakanlar Kurulu'nda bulunduğu kabul edilmekteydi.<sup>52</sup> Ancak 1982 Anayasası ilk metninde Cumhurbaşkanı'na klasik parlamenter sistemde devlet başkanının sahip olduğu yetkilerin ötesinde yetkiler verdiği için doktrinde eleştirilmekteydi.<sup>53</sup> 1982 Anayasası'nın ilk halinde 8. maddede "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir." ifadesi yer almaktaydı. 2017 Anayasa Değişiklikleri ile maddede yürütme yetkisi ve görevinin sadece Cumhurbaşkanı tarafından yerine getirileceği kabul edilerek bakanlar kurulu ve başbakanlık hukuk sisteminden çıkarılmıştır.

50 Yazıcı, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme, s. 119-120.

51 Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s. 783.

52 Tanör, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 20. Baskı, 2011 s. 397-398.

53 Yazıcı, Serap, "1982 Anayasası ve Cumhurbaşkanlığı", Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, (Derleyen: A. Merih Öden, Levent Gönenç, Selin Esen, Ali Ersoy Kontacı, Deniz Polat, Ali Erdem Doğanoglu), Cilt:1, Ankara, 2013, s. 233-236.

Cumhurbaşkanı'nın yetkileri 104. maddede düzenlenmiştir. 2017 öncesi düzenlemede Cumhurbaşkanı'nın yetkileri yasama, yürütme ve yargıya ilişkin olan yetkiler şeklinde gruplandırılırken yeni düzenlemede bundan vazgeçildiği anlaşılmaktadır. Birinci fıkrada Cumhurbaşkanı'nın devletin başı olduğu ve yürütme yetkisine sahip bulunduğu belirtilmiştir. İkinci fıkrada değindiğimiz üzere “Devlet başkanı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyeti’ni ve Türk Milletinin birliğini” temsil etme ve “Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını” temin etme görevleri verilmiştir.

Cumhurbaşkanı gerekli gördüğü takdirde TBMM’de yasama yılının ilk günü açılış konuşması yapar, ülkenin iç ve dış siyaseti hakkında TBMM’ye mesaj verebilir (m. 104/3-4). Cumhurbaşkanı ayrıca kanunları yayımlar ve kanunları tekrar görüşülmek üzere meclise geri gönderebilir (m. 104/5-6). Burada önemli olan nokta, Cumhurbaşkanı’na verilen bu geri gönderme yetkisinin niteliğindeki değişimdir. 2017 öncesi düzenlemede, Cumhurbaşkanı’na meclise kanunları geri gönderme yetkisi tevdi edilmekle beraber, meclisin gönderilen düzenlemeyi tekrar kabul etmesinde ayrı bir yeter sayı öngörülmemiştir. Oysa yeni düzenlemede TBMM’nin geri gönderilen düzenlemeyi üye tam sayısının salt çoğunluğu ile kabul etmesi aranmaktadır (m. 89/3). Karar yeter sayısı ile ilgili genel düzenlemeden (m. 96) – ki buna göre üye tam sayısının dörtte birinden bir fazlası – ayrıldığı anlaşılan bu düzenleme sonrası Cumhurbaşkanı’na verilen bu yetki artık güçleştirici veto olarak ifade edilebilir.<sup>54</sup> Cumhurbaşkanı, anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halkoyuna sunabilir (m.104/12).

Cumhurbaşkanı yabancı ülkelere Türkiye Cumhuriyeti temsilcilerini gönderir ve yabancı temsilcileri kabul eder; milletlerarası antlaşmaları onaylar ve yayımlar (m. 104/10-11). Cumhurbaşkanı milli güvenlik politikasını belirler ve gerekli tedbirleri alır; TBMM adına TSK Başkomutanlığını da temsil eder (m. 104/13-14). Bununla beraber Anayasa’nın 117. maddesinin 2. fıkrası ise “*Milli güvenliğin sağlanmasından ve Silahlı Kuvvetlerin yurt savunmasına hazırlanmasından, Türkiye Büyük Millet Meclisine karşı, Cumhurbaşkanı sorumludur*” hükmüne yer vermektedir.<sup>55</sup> 104. maddeye göre Cumhurbaşkanı silahlı kuvvetlerin kullanılmasına izin verir; öte yandan 92. maddeye göre normal koşullarda uluslararası hukuka uygun olarak silahlı güç kullanmaya TBMM yetkilidir; ancak, TBMM tatilde veya ara vermede ülke ani bir saldırıya uğrarsa güç kullanımına Cumhurbaşkanı karar verebilir (m.92/2).<sup>56</sup> Cumhurbaşkanı, cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanları atar ve görevlerine son verebilir (m.104/8). Bunların atanması ve görevden alınmasında TBMM’nin onayı aranmamıştır. Cumhurbaşkanı ayrıca üst kademe kamu yöneticilerini atar ve bunların görevlerine son verebilir. Üst kademe kamu yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile belirlenir (m. 104/9).

2017 Anayasa Değişiklikleri ile hukuk sistemine giren önemli bir yenilik de tüzük ve olağan/ olağanüstü dönem KHK’larının kaldırılıp olağan/ olağanüstü dönem cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yeni bir idari düzenleyici işlem türünün ihdas edilmesidir.<sup>57</sup> Cumhurbaşkanlığı kararnameleri

54 Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 298.

55 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 792-793.

56 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 793-794.

57 Sezer, Abdullah, Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı), Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, (2019), s. 383.

ancak yürütme yetkisine ilişkin konularda çıkarılabilmekte<sup>58</sup>, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümleri ve dördüncü bölümde yer alan haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı Kararnamesiyle düzenlenememekte<sup>59</sup>; Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen ve kanunda açıkça düzenlenen konularda<sup>60</sup> CBK çıkarılamamaktadır. Anayasa, CBK ile kanunların çatışma potansiyelini de kabul ederek, bu ikisinde farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanacağını belirtmiştir (m.104/17). Öte yandan olağanüstü dönem CBK'ları konu bakımından m. 104/17 yasaklarına bağlı değildir. Ancak olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılabilir.<sup>61</sup> CBK'lar AYM tarafından denetlenirken, olağanüstü dönem CBK'ları AYM denetimine tabi kılınmamıştır.<sup>62</sup>

2017 değişiklikleri öncesinde, olağanüstü hâl veya sıkıyönetim ilanı yetkisi cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan bakanlar kuruluna aitti. 2017 sonrasında ise sıkıyönetim kaldırılmakla beraber olağanüstü yönetim usulleri, olağanüstü hâl başlığı altında toplanmıştır ve olağanüstü hâl ilanına Cumhurbaşkanı kendisi yetkilidir (m. 119). Olağanüstü hâl ilanı derhal Resmi Gazete'de yayınlanarak TBMM'nin onayına sunulmaktadır. Cumhurbaşkanı, olağanüstü hâl döneminde Olağanüstü Hâl Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi de çıkarabilir (m.119/6). Cumhurbaşkanı m. 161/3 gereği, bütçe kanunu teklifini de hazırlamakta ve meclise sunmaktadır. Meclisin bütçeyi kabul etmemesi durumunda gidilecek yol m. 161/4 hükmünde gösterilmektedir: *“Bütçe kanununun süresinde yürürlüğe konulamaması halinde, geçici bütçe kanunu çıkarılır. Geçici bütçe kanununun da çıkarılamaması durumunda, yeni bütçe kanunu kabul edilinceye kadar bir önceki yılın bütçesi yeniden değerlendirilme oranına göre artırılarak uygulanır.”*

Cumhurbaşkanı kanunların iptali için AYM'ye başvurabilir (m.104/7); sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle kişilerin cezalarını hafifletir veya kaldırabilir (m.104/16). Cumhurbaşkanı'nın yargı alanında en önemli yetkileri ise yüksek yargı kurumlarına atama yapma yetkisinde kendisini göstermektedir. Buna göre AYM'nin, Danıştay'ın ve HSK'nın oluşumunda Cumhurbaşkanı'nın rolünü gözardı etmemek gerekir. Belirtmek gerekir ki 15 yargıçlı AYM'nin 12 yargıcının atanmasında,

58 Narter, Recep, Kaya, Semih Batur, Hukuk İhdası Rejiminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 213; Barın, Taylan, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 79-85. 2017 sonrasında AYM kararlarında CBK'ların yürütme alanındaki konularda ilk elden düzenleme yapabileceğini belirtmektedir. Bkz: Sevgili Gençay, Fatma Didem, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar – İlk İzlenimler, TBB Dergisi 2020 (151), s. 3.

59 Aslan, Volkan, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararne ile Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine, Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, (2019), s. 153; Narter, Kaya, Hukuk İhdası Rejiminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 89-93; Taylan, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi, s. 171-173. Yılmaz, Betül Merve, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 25-28

60 Münhasıran kanunla düzenlenen konular hakkında AYM, 2017 sonrası CBK'larla ilgili kararlarında, Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilen konuların münhasıran kanunla düzenlenir ibaresini oluşturduğunu belirtmektedir. Bkz: Sevgili Gençay, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi, s. 11. Kanunla açıkça düzenlenen konular hakkında ise AYM'nin CBK'larla ilgili kararlarına bakıldığında şunlar söylenebilir: AYM iki basamaklı bir inceleme yapmaktadır. Öncelikle ilgili konuda kanun çıkarılıp çıkarılmadığı tespit edilir. Daha sonra düzenlemenin açıkça düzenleme olup olmadığı belirlenir. Bkz: Sevgili Gençay, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi, s. 18.

61 Narter, Kaya, Hukuk İhdası Rejiminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 234-235.

62 Yılmaz, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, s. 81-88. Olağan dönem ve olağanüstü dönem CBK'larının karşılaştırılması için Bkz: Ülgen, Özen, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1, s. 15.

Danıştay'ın dördte birinin seçiminde, HSK'ya atanacak dört üyenin seçiminde Cumhurbaşkanı'nın rolü bulunur.<sup>63</sup>

#### **d. Cumhurbaşkanı'na Vekalet**

1982 Anayasası'nın ilk halinde cumhurbaşkanlığı makamına TBMM Başkanının vekalet etmesi öngörülmekteydi. Keza 1961 Anayasası'nda da m. 100 hükmüne göre vekalet görevini Cumhuriyet Senatosu Başkanı deruhte etmekteydi. 2017 Anayasa Değişiklikleri ile bu usulden de dönülmüştür. Anayasaya göre bu görevi artık cumhurbaşkanı yardımcısı yerine getirir (m. 106). Anayasa'nın 106. maddesi uyarınca "Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir sebeple boşalması" durumunda ve "Cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması" hallerinde vekalet görevi cumhurbaşkanı yardımcısı tarafından yerine getirilir. 106. maddenin 1. fıkrasının açık ifadesi karşısında birden fazla cumhurbaşkanı yardımcısının atanması mümkündür. Vekalet görevi icra eden cumhurbaşkanı yardımcısının 106. maddenin 2 ve 3. fıkralarındaki açık ifade karşısında Cumhurbaşkanı'na ait tüm yetkileri kullanması da mümkündür.<sup>64</sup> 1 sayılı CBK'nın<sup>65</sup> 18. maddesine göre, makamın "herhangi bir sebeple boşalması halinde yeni Cumhurbaşkanı seçilene kadar" en yaşlı cumhurbaşkanı yardımcısı vekalet ederken, aynı CBK'nın 18. maddesinin ikinci fıkrası ise "Cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılma" durumlarında Cumhurbaşkanı'nın kendi belirleyeceği cumhurbaşkanı yardımcısının vekalet görevini üstleneceğini belirlemiştir.<sup>66</sup>

#### **e. Cumhurbaşkanı'nın Sorumluluğu**

Yetkileri arttırılan Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğu bahsi de 2017 Anayasa Değişiklikleri ile tekrar düzenlenmiştir. Sorumluluk bahsinde Cumhurbaşkanı'nın cezai ve siyasi sorumluluklarını eski düzenleme ile karşılıklı olarak ele alınabilir.<sup>67</sup> Öncelikle belirtmek gerekir ki eski 105. madde Cumhurbaşkanı'nın ancak vatana ihanet ile sorumlu olabileceğini belirtmişti. Bunun için TBMM üye tam sayısının üçte birinin bu yönde önergesi ve üçte ikisinin kabul oyu vermesi gerekmekteydi. Bu düzenleme haricinde Anayasa'da Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğuna dair başka bir düzenleme yer almamaktaydı. Ayrıca karşı-imza kuralını düzenleyen Anayasa'nın eski 105. maddesinde Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemler dışında tüm kararların ilgili bakan ve başbakan tarafından imzalanarak sorumluluğu onların üstleneceği ifade edilmekteydi. 2017 değişiklikleri ile kabul edilen metne göre yukarıda belirttiğimiz gibi Cumhurbaşkanı meclisin feshine karar verebilmektedir. TBMM de 3/5 çoğunluk oyu ile seçimlerin yenilenmesi kararı alabilmektedir. Bu

63 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 796.

64 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 779.

65 Resmi Gazete Tarih ve Sayısı: 10/07/2018, 30474.

66 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 778-779.

67 Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 315-318.



durumda hem Cumhurbaşkanı hem TBMM aynı anda seçime gider. Bu durumun Cumhurbaşkanı'nın siyasi sorumluluğu açısından tartışılabileceği ifade edilmiştir.<sup>68</sup>

Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu ise 105. maddede ayrıca düzenlenmiştir. Cezai sorumluluk, görevi sebebiyle cezai sorumluluk ve şahsi cezai sorumluluk şeklinde ikili bir ayrımla düşünülebilir. Ancak madde bu ikisi arasında bir ayrıma gitmemiştir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı'nın hem görevi ile ilgili hem şahsi suçlardan cezai sorumluluğu için 105. maddenin geçerli olduğunu belirtmek gerekecektir.<sup>69</sup> 105. maddeye göre, "Cumhurbaşkanı hakkında, bir suç işlediği iddiasıyla" TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğunun önergesiyle soruşturma açılması istenebilir. Soruşturma açılmasına ise TBMM üye tam sayısının beşte üçünün oyuyla karar verilebilir (m. 105/1). Hakkında soruşturma açılan Cumhurbaşkanı seçim kararı alamaz (m. 105/4).

Soruşturma açılmasına karar verilirse, öncelikle bir komisyon kurulur. Komisyon siyasi partilerin güçleri nispetinde oluşturulur. Komisyonun hazırladığı rapor meclise sunulur ve TBMM ancak üye tam sayısının üçte ikisinin gizli oyuyla Cumhurbaşkanı'nı Yüce Divan'a sevk edebilir (m. 105/2-3). Madde 105/5, Yüce Divan'da seçilmeye engel bir suçtan mahkûm olan Cumhurbaşkanı'nın görevinin sona ereceğini belirtmektedir ki buradan anlaşıldığına göre Cumhurbaşkanı Yüce Divan'a sevk edilmekle görevinden ayrılmamaktadır. Ayrıca mahkûm olması durumunda da görevinden doğrudan ayrılması öngörülmemiştir; ancak seçilmeye engel bir suçtan mahkûmiyet gerekmektedir. Cumhurbaşkanı'nın görevinin son bulmasının ardından görevinde işlediği suçlarla ilgili olarak da yine yukarıda belirtilen 105. madde geçerli olacaktır (m. 105/6). Ayrıca burada belirtmek gerekir ki, Anayasa bakanların ve Cumhurbaşkanı yardımcılarının sorumluluğunu "meclis soruşturması" adı altında ayrıca düzenlemiştir. Cumhurbaşkanı'nın cezai sorumluluğu için ise "soruşturma" demekle yetinmiştir.

## **2. Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlar**

2017 Anayasa Değişikliği ile cumhurbaşkanı yardımcılığı Anayasada düzenlenmiştir. Bununla beraber bakan ismi de korunmuştur; ancak yeni sistemin yürütme yetkisi ve görevini sadece Cumhurbaşkanı'na vermesinin doğal bir sonucu olarak bakan isimlendirmesinin 2017 öncesi dönemdeki bakanlıklardan son derece farklı olduğu ortadadır. 2017 öncesi dönemde yukarıda gördüğümüz gibi yürütme yetkisi ve görevinin bakanlar kurulu ve Cumhurbaşkanı tarafından yerine getirileceği belirtildiğinden bakanlar kurulunu oluşturan bakanlar doğrudan yürütme içerisinde incelenmesi gereken bir bölümü oluşturmaktaydı. Öte yandan karşı-imza kuralı gereği sorumluluk yetki ile beraber ilgili bakana ait olduğundan yürütmenin asıl önemli kanadını bakanlar kurulu teşkil etmekteydi. Oysa 2017 Anayasa Değişiklikleri sonrasında bu konudan bahsetmek artık mümkün değildir.<sup>70</sup>

68 Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 316.

69 Gönenç, Levent, Kontacı, Ali Ersoy, 2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama-Yürütme İlişkileri, TBB Dergisi, 2019 (145), s. 71.

70 Yazıcı, Serap, Constitutional Amendments of 2017: Transition to Presidentialism in Turkey, 4: Amendments Concerning the Executive, 2017, Erişim Link (Kısaltılmıştır): <https://www.nyulawglobal.org/globalex/> (E.T.: 31.12.2020).

2017 Anayasa Değişiklikleri sonrasında bakanlar ve cumhurbaşkanı yardımcıları Cumhurbaşkanı tarafından atanır ve görevden alınır (m. 106/1,4). Anayasa'nın m. 106/1 hükmü gereği birden çok cumhurbaşkanı yardımcısı da atanabilir. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların atanmasında ve görevden alınmasında Anayasa meclise doğrudan bir rol tanımamaktadır. Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların göreve atanması ve görevden alınmasında doğrudan yalnızca Cumhurbaşkanı karar vermektedir. Bu durum yasama ve yürütme ilişkileri açısından aşağıda değerlendirilecektir.

Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanlar Cumhurbaşkanı'na karşı sorumludur (m. 106/5). Öte yandan Cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanların görevleriyle ilgili suç işledikleri iddiasıyla, TBMM'de meclis soruşturmasına konu olmaları mümkündür. Bu noktada Anayasa'nın öngördüğü prosedür yukarıda açıklanmıştır.<sup>71</sup> Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların da Yüce Divan'a sevk edilmesi durumunda görevlerinin doğrudan sona ermemesidir. Bakan veya cumhurbaşkanı yardımcısı ancak seçilmesine engel bir suçtan mahkûm olduğu takdirde görevi sona ermektedir (m. 106/9). Öte yandan Cumhurbaşkanı ve bakanın görevi sona erdikten sonra görevi ile ilgili suçlar açısından da m. 106 hükümleri geçerli kılınmıştır (m. 106/8). Son olarak Anayasa'nın m. 106/10 hükmü cumhurbaşkanı yardımcıları ve bakanlara görevleri ile ilgili olmayan suçlar bakımından yasama dokunulmazlığı güvencesi sağlamaktadır.

#### ***D. Türkiye Cumhuriyeti'nde Hükümet Sisteminin Niteliği***

1982 Anayasası ilk metninde parlamenter sistemi kabul etmekteydi. Parlamenter sistem geleneği Türkiye'de 1909 değişiklikleri sonrasında Kanun-i Esasi'ye kadar geriye götürülebilir.<sup>72</sup> Bunlarla beraber 1982 Anayasası, klasik bir parlamenter sistemde cumhurbaşkanının sahip olması gereken yetkilerin ötesinde yetkilerle Cumhurbaşkanı'nı donatmıştı. 2007 senesinde Cumhurbaşkanı'nın halkoyuyla seçiminin kabulü ile beraber sistem üzerinde tartışmalar yoğunlaşmıştı. 2017 Anayasa Değişiklikleriyle beraber bu uzun bir geçmişe sahip olan parlamenter sistem geleneği terk edilmiştir. Kabul edilen sistem cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi olarak anılmaktadır. Sistem incelendiğinde, meclisin ve Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçildiği, görev sürelerinin eşit olduğu görülmektedir. Öte yandan Anayasa, yasama yetkisinin meclis tarafından yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanı tarafından kullanılacağını belirtmektedir. Bu açıdan bakıldığında yürütmede teklik, yasama ve yürütmenin halk tarafından seçilmesi kriterleri yerine gelmiş görünmektedir. Diğer bir deyişle bu özellikler ilk başta başkanlık sistemini hatırlatmaktadır. Öte yandan, başkanlık sisteminin temel ilkesi olan kuvvetlerin sert ayrılığı ilkesine zıt olarak başkanın, kendi görevine de son vermek kaydıyla meclisi feshedebilmesi ve aynı şekilde meclisin kendisi de seçimlere gitmek kaydıyla başkanın görevine son verebilmesi hususu Anayasa'ya eklenmiştir. Bu açıdan sistemin temel özelliğinden bir sapma söz konusudur.<sup>73</sup>

71 Anayasa m. 106/5-7'deki yeter sayılar, Cumhurbaşkanı ile ilgili m. 105/1-3 ile aynıdır.

72 Tanör, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, s. 195-196.

73 Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, s. 327.

Sistem içerisinde yasama ve yürütme ilişkilerinde yürütmenin pek çok yandan güçlü düzenlendiği görülebilir. Yasamanın yürütme üzerindeki en temel denetim araçlarından biri olan bütçe konusunda düzenleme, bir yandan sistemin kilitlenmesini engelleyen bir düzenleme getirmekle beraber, esasen olası anlaşmazlıkların yürütmenin lehine çözümüne imkân sağlamaktadır. Bakanların seçiminde ve görevden alınmasında meclise bir rol verilmemiştir. Vekalet yetkisi bağlamında çok önemli bir konuma gelmesi muhtemel cumhurbaşkanı yardımcısının ise halk tarafından seçilmesi ilkesi kabul edilmemiştir. Cumhurbaşkanı CBK'lar yoluyla da önemli bir düzenleme alanına sahip olmaktadır. Yasama ve yürütmenin birbirlerinin görevlerine son vermesi usulünde meclisin ciddi bir çoğunlukla bunu başarması mümkünken Cumhurbaşkanı kendi isteğiyle bu kararı alabileceği görülmektedir. Cumhurbaşkanı'nın parti aidiyeti devam etmektedir ve meclisle aynı zamanda seçime girip aynı sürede görevde bulunmaktadır. Cumhurbaşkanı'nın yüksek yargıya üye seçiminde de önemli yetkileri düzenlenmiştir. Bu denli güçlü yetkilerle donatılmış cumhurbaşkanlığını, Türk anayasa hukuku tarihinde gözlemlemek mümkün değildir. Başkanlık sisteminin tanımlanmasına dair birinci bölümde aktarılan bilgiler çerçevesinde mevcut hükümet sisteminin niteliğini tespit etmek gerekmektedir. Mevcut sistem içerisinde meclis ve Cumhurbaşkanı'nın birbirlerinin hukuki varlıklarını sona erdirebilmeleri, sert kuvvetler ayrılığı sistemi öngören başkanlık sisteminin mantığı ile bağdaşmamaktadır. Nitelim birinci bölümde gösterildiği gibi Linz, Lijphart, Shugart-Carey bu hususu başkanlık sisteminin tanımlanmasında dikkate almaktadır.<sup>74</sup> Sartori de başkanın yasama tarafından görevden alnamamasını belirtmektedir.<sup>75</sup> Tüm özellikleri değerlendirildiğinde cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin anayasa hukukunda tanıtılan hükümet sistemlerinden birisine dahil edilmesi mümkün görünmemektedir. Burada en doğru tanımlama sistemin *sui generis* bir hükümet sistemi olduğunu söylemek olacaktır.<sup>76</sup>

### III. AZERBAJCAN ANAYASASI'NIN KABUL ETTİĞİ HÜKÜMET SİSTEMİ

#### A. Genel Olarak

Azerbaycan Anayasası'nın kabul ettiği hükümet sistemi bu alt başlık altında incelenecektir. Takip ettiğimiz sistematığe koşturularak bu inceleme yasama organının tanıtılması, yürütme organının tanıtılması ve hükümet sisteminin değerlendirilmesi alt başlıklarından oluşmaktadır. Yasama ve yürütme organının birbiri üzerindeki denge ve denetim araçları yasama ve yürütmeye dair her alt başlık altında incelenmiştir. Sonuç olarak hükümet sistemi hakkında bir genel değerlendirme yapılmıştır. Azerbaycan Anayasası ve Türkiye Cumhuriyet Anayasası'nın kabul ettiği hükümet

74 Linz, Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference, s. 6; Shugart, Carey, President and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics, s. 19; Lijphart, Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations, s. 92-93.

75 Sartori, Comparative Constitutional Engineering, s. 86.

76 Gözler, Türk Anayasa Hukuku, s. 745. Bu *sui generis* sistemin Türk tipi başkanlık sistemi olarak anıldığı da görülmektedir. Bkz: Avaner, Tekin, Volkan, Mustafa, Hikmet-i Hükümet ve Yeni Reform: Türk Tipi Başkanlık Sistemi ve ABD Başkanlık Sisteminin Etkisi Üzerine, Yasama Dergisi, S: 39, Ocak-Haziran 2019, s. 121; Yazıcı, Constitutional Amendments of 2017: Transition to Presidentialism in Turkey.

sistemleri böylece belirlendikten sonra iki ülkenin hükümet sistemleri arasındaki benzerlik ve farklılıkların ortaya konduğu son bölüme geçilecektir.

## **B. Yasama Organı**

1995 senesinde kabul edilen Azerbaycan Anayasası'nın<sup>77</sup> m. 7/III hükmüne göre, yasama hakimiyeti Azerbaycan Cumhuriyeti Milli Meclisi (ACMM) tarafından kullanılır. Azerbaycan Anayasası temel ilke olarak yasama, yürütme ve yargı kuvvetlerinin birbirinden ayrı ve bağımsız olarak kendi alanlarında iş göreceğini, ancak karşılıklı iş birliği esasında çalışacağını belirtmektedir (m. 7/IV). Anayasa'nın Devlet Hakimiyeti başlıklı üçüncü bölümü altında V. Fasal başlıklı Yasama Hakimiyeti bölümünde yasamaya dair ayrıntılı hükümlerin yer aldığı görülmektedir.

ACMM, 125 milletvekilinden oluşmaktadır (m. 82). Meclis'in görev süresi beş senedir (m. 84/1). Anayasa'ya göre milletvekillerinin görev süresi, meclisin görev süresi ile sınırlandırılmıştır (m. 84/3). Buna göre, milletvekillerinin görev süresi, yeni seçilen meclisin ilk toplantı gününde sona ermektedir (m. 87/1). Meclis kural olarak bahar ve güz döneminde senede iki olağan toplantı döneminde görev yapar (m. 88/1). Öte yandan olağanüstü toplantıya çağırılması da mümkündür. Anayasa'ya göre ACMM Başkanı, Başkan veya ACMM üyesi 42 milletvekilinin talebi üzerine olağanüstü toplantı mümkündür (m. 88/2). Yukarıda gördüğümüz gibi Türkiye Cumhuriyeti'nde olağanüstü toplantı talebi Cumhurbaşkanı tarafından yapılmaktadır. 2009 Anayasa Değişiklikleri sonucu 88. maddeye eklenen IV. fıkraya göre meclisin görüşmeleri alenidir; ancak 83 milletvekilinin veya başkanın talebi üzerine kapalı görüşme yapılabilir. Meclis kendi çalışma düzenini kendi yapacağı içtüzüğe uygun olarak belirler (m. 92).

Anayasa'nın 93. maddesi, ACMM'nin "yetkisine giren konularda" anayasal kanunlar, kanunlar ve kararlar alabileceğini beyan etmektedir. Anayasa'nın 94 ve 95. maddelerinde meclisin faaliyet alanının sınırlandırıldığı görülmektedir.<sup>78</sup> Anayasa'nın 94. maddesinde 27 maddelik uzun bir liste halinde ACMM'nin belirleyeceği genel hususlar listelenmiştir. Bu konularda ACMM genel kaideleri koymak ile yetkilendirilmiştir (m. 94/1). Bu uzun maddede, temel haklar, başkanın seçimi, ACMM seçimi ve milletvekillerinin statüsü, referandum, mahkemelerin yapısı, yargılama usulü, olağanüstü hal, belediye seçimleri, devlet ödülleri, medeni hukuk, akitler, eşya hukuku, iş hukuku, ceza hukuku, aile hukuku gibi bazı hukuk konuları, vergiler, savunma ve askerlik, idari yapı, uluslararası anlaşmaların onaylanması ve iptali, devlet memurluğu, haberleşme, istatistik ve meteoroloji, ticaret, borsa gibi hususlar zikredilmektedir. Anayasa bu listenin anayasal kanunlar ile genişletilebileceğini de belirtmektedir (m. 94/1).

Anayasa'nın 94. maddesinde uzun bir liste halinde meclisin genel ilkeleri koyacağı alanlar belirlenerek yasama yetkisi anayasada sınırlandırılmış olmaktadır. Azerbaycan doktrininde sgrov'un, Anayasa'nın 94. maddesindeki sınırlamayı açıklarken parlamentoları üç gruba ayırarak, sınırlı yetkili parlamentolar, sınırsız yetkili parlamentolar ve kısmi sınırlı parlamentolardan bahsettiği

77 Azerbaycan Anayasası'nın tam metni için Bkz: <http://www.e-qanun.az/framework/897> (E.T.: 29.12.2020).

78 Bəxtiyar Sərhəd oğlu, Atakişiyev, Azərbaycan Respublikasının Konstitusiyası v hüququn saslari: Elmi sı, Bakı, 2007, s. 54.

görülmektedir. Yazara göre, sınırlı yetkili parlamentoya örnek İran'dır. Sınırsız yetkili parlamento için İngiltere örnek gösterilebilir. Üçüncü kısma ise Azerbaycan örnektir. Yasama yetkisinin bu yolla sınırlandırılması, yazar tarafından kuvvetlerin ayrılığı prensibi üzerinden açıklanmakta ve Anayasa'nın bahsedilen listesine yeni yetkiler eklenebileceği vurgulanmaktadır.<sup>79</sup> Öte yandan yazarın, yürütme lehine yasamanın alanının ciddi biçimde sınırlandırılmakta olduğundan hiç bahsetmemiş oluşu dikkat çekicidir.

Anayasa'nın 95. maddesinde ise ACMM'nin çözüme kavuşturacağı hususlar ismi altında 20 maddelik bir başka liste yer almaktadır. 95. maddedeki düzenlemelerin, yasama organının yürütme organı üzerindeki denetlemesine imkân verdiği ifade edilmektedir.<sup>80</sup> Bu listede ise, ACMM çalışma düzeninin belirlenmesi, idari arazi birimlerinin belirlenmesi, kanunlarda değişiklik getiren devletlerarası anlaşmaların kabulü ve bozulması, Anayasa'da öngörülen konularda başkanın kararnamelerinin kabulü, referanduma karar verilmesi, genel af<sup>81</sup>, belediyelerin raporlarının görüşülmesi<sup>82</sup>, Anayasa Mahkemesi'nin teklifi üzerine Cumhurbaşkanı'nın suçlandırılarak<sup>83</sup> görevden alınması, Bakanlar Kuruluna güvenoyu verilmesi ve Cumhurbaşkanı'nın teklifi üzerine karar verilecek bir dizi konu yer almaktadır.

Cumhurbaşkanı'nın teklifi üzerine karar verilecek konular, diplomatik temsilciliklerin kurulması, devlet bütçesinin onaylanması ve denetimi, insan hakları müvekkilinin seçimi, askeri stratejinin kabulü, Başbakan'ın göreve atanmasına onay verilmesi, Anayasa Mahkemesi, Azerbaycan Cumhuriyeti Ali Mahkemesi ve istinaf mahkemeleri hakimlerinin atanması, başsavcının atanması ve görevden alınmasına onay verilmesi, hakimlerin görevlerinden uzaklaştırılması, savaş ve barış ilanı, silahlı kuvvetlerinin fonksiyonu dışındaki görevlerin icrası için kullanılmasına izin verilmesi ve Milli Banka Yönetim Kurulu üyelerinin göreve atanması ve görevden alınması şeklindedir. 94. madde hükümleri gibi Anayasa aynı şekilde bu listenin anayasal kanunlar ile genişletilebileceğini belirtmektedir (m. 95/4).

Azerbaycan Anayasası, kanunların kabul edilmesi sürecini detaylı bir şekilde düzenlemiştir. Kanun teklifi yapmaya yetkili olanlar ACMM üyesi milletvekilleri, Başkan, Azerbaycan Cumhuriyeti Ali Mahkemesi, Azerbaycan Cumhuriyeti Savcılığı, Azerbaycan Cumhuriyeti'nin seçme hakkı olan 40 bin vatandaş ve Nahçıvan Özerk Cumhuriyeti Ali Meclisi'dir (m. 96/1). Mahkemelere yasa teklif etme

79 sgrov, Ziyafət, Konstitusiyə Hüququ, 2. Baskı, Bakı Universiteti Nşriyyatı, Bakı, 2011, s. 358-359.

80 sgrov, Konstitusiyə Hüququ, s. 360.

81 Anayasa'da Amnistiya ifadesi geçer. Amnistiya, ACMM'nin kabul ettiği belirli şahıslar için değil belirli suçlar için geçerli olan af olarak ifade edilir. Bkz: Azərbaycan Respublikası Cinayət Məclisinin Kommentariyası, (Düzenleme: Smndrov, Firudin), C: 1, Hüquq Yayınevi, Bakı, 2018, s. 263. Dolayısıyla genel af şeklinde ifade edilmesi gerekir.

82 Azerbaycan Anayasası'nda "bldiyyrlin hesabatlarının dinlilməsi"nden söz edilmektedir. Belediyelerin Statüsü Hakkında Kanun'un m. 52-2 hükmü gereği belediyeler Anayasa'nın m. 144-2 hükmü gereği meclisin belediyeye verdiği ilave yetkilerin hayata geçirilmesi ve Belediyelerin Statüsü Hakkında Kanun'la belirlenmiş konularda devlet bütçesinden ayrılan kısımların kullanılması konularında ACMM'ne rapor sunmaktadır. Belediyelerin Statüsü Hakkında Kanun için Bkz: <http://www.e-qanun.az/framework/4770>, (E.T.: 02.01.2021).

83 Anayasa metninde m. 95 hükmünde "impçiment qaydasında vzifdn knarlaşdırılması" ifadesine yer verilmiştir. Burada kastedilen aşağıda inceleyeceğimiz Anayasa'nın m. 107 hükmüne göre başkanın ağır suçlar sebebiyle suçlandırılarak görevinden alınmasıdır.

yetkisi verilmesi gerçekten ilginçtir, onların siyasi alana çekilmesine sebebiyet verebilir. Bu sebeple eleştirilir.<sup>84</sup> Anayasa'ya göre bu kanun tasarılarında ancak tasarı sahiplerinin rızasıyla değişiklik yapılabilir ve tasarılar sunulmalarını takiben iki ay içerisinde oylanır (m. 96/3-4). Teklif sahibinin rızası olmadan taslakta değişiklik yapamamak, yasama organının yasama işlevinin sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Böyle bir sınırlama demokrasi prensibi açısından problemlidir.<sup>85</sup> Son olarak kanun taslaklarının gerekçelendirilmiş olması gerekmektedir (m. 96/5). Kanun teklif edebilecekler arasında seçme hakkı olan 40 bin vatandaşın eklenmesi 2009 senesinde referandumla kabul edilen anayasa değişikliği sonrasında olmuştur.<sup>86</sup> Azerbaycan'da hükümet sistemi açısından ilginç başka bir özellik, başkana da kanun teklif etme yetkisinin verilmesidir.

Kanunlar ACMM'nde kabul edildikten sonra 14 gün içerisinde başkanın imzasına sunulmaktadır (m. 97/1). 97. madde ikinci fıkrasında ise "acil kabul edilen kanun taslakları" için başkana imzaya sunulma süresi, kabul edildiği andan itibaren 24 saat şeklinde açıklanmaktadır. Kanunlar başkana iletdikten sonra Anayasa'nın 110. maddesine göre başkan bunları 56 gün içerisinde imzalar. 110. madde başkanın onaylamadığı takdirde kanunun yürürlüğe girmeyeceğini beyan etmektedir. Başkanın vetosunun ne surette aşılaçağı da maddede belirtilmiştir. Buna göre, 83 oy çokluğu ile kabul edilen kanunları 95 oy çokluğu ile, 63 oy çokluğu ile kabul edilen kanunların ise 83 oy çokluğu ile yeniden kabulü durumunda, bu kanunlar yürürlüğe girer.

Anayasa değişikliklerinin kabulü noktasında Azerbaycan Anayasası halkoylamasını zorunlu tutmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'ndan farklı olarak 152. madde halkoylaması mecburidir. Anayasa değişikliğini başkan veya ACMM teklif edebilir; ancak bunların teklif etmesi durumunda önceden Anayasa Mahkemesi'nin görüşünün alınması zorunlu tutulmuştur.<sup>87</sup>

## **C. Yürütme Organı**

### **I. Başkan**

#### **a. Başkanın Seçimi**

Azerbaycan Anayasası'na göre Başkanlığa aday olanlarda bulunması gereken özellikler, Azerbaycan Cumhuriyeti'nde 10 yıldan fazla fasılasız yaşamış olmak, seçimlere katılma hakkına sahip olmak, ağır bir suçtan mahkûm olmamış olmak, yüksek öğrenim yapmış olmak, çift vatandaşlık sahibi olmamak ve başka devlete karşı yükümlülüğü olmamak<sup>88</sup> şeklinde belirtilmiştir (m. 100). Her ne kadar, yukarıda gördüğümüz gibi m. 94 hükmü başkanın seçiminde genel esasları belirleme konusunu ACMM'nin yetki alanında görmüşse de Anayasa'nın 101. maddesinde başkanın seçimine ilişkin

84 Gönenç, Levent, Azerbaycan Üzerine Notlar, AÜHFD, Sene: 1998, C: 47, S: 1, s. 212.

85 Gönenç, Azerbaycan Üzerine Notlar, s. 213.

86 Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası, dn. 43.

87 Hasanova, Sara, Azerbaycan'da Anayasa Yapım Süreci, İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2019, s. 149.

88 Bu ifade, uzun süre başka bir devlette yaşamak sonucu hukuken gündeme gelebilecek sorumlulukları içerir. Bkz: Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası, KM2; Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Bilgi Notu, 3/2003, Azerbaycan Resmi Gazetesi, 03.09.2002, No: 176.

esaslar açıklanmıştır. Başkan yedi seneliğine halk tarafından seçilir.<sup>89</sup> 2016 Anayasa Değişiklikleri ile başkanın olağanüstü seçimlere gidebileceği de m. 101/1 hükmünde belirtilmiştir. Başkan seçilebilmek için ilk turda oyların yarısından bir fazlasını almak gerekir; ancak bu sağlanamazsa ikinci turda en çok oyu almış iki aday yarışır ve ikinci turda daha çok oy alan aday seçilmiş olur (m. 101/2-4). Seçim sonuçları seçimden sonra 14 gün içerisinde Anayasa Mahkemesi tarafından ilan edilir (m. 102). Anayasa'nın m. 103/2 hükmüne göre başkan, and içtiği gün yetkilerini kullanmaya başlamış olmaktadır.

### **b. Başkanın Yetkileri**

Azerbaycan Anayasası'nın m. 7/3 hükmü, yürütme hakimiyetinin Başkan'a ait olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla yasama gücü ACMM tarafından kullanılırken yürütme gücü Başkan tarafından kullanılır (m.99). Türkiye Cumhuriyeti'nde 2017 Anayasa Değişikliklerinden sonra görüldüğü gibi Azerbaycan Cumhuriyeti'nde de yürütmenin teklifi esasının kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 8. maddesi, Başkan'ın devletin başı olduğunu belirtir. Bu maddede, devlet başkanlığı özelliğinin gereği olarak ülkeyi içeride ve dışarıda temsil etmek ifadesi bulunmaktadır. Bununla beraber Başkan'ın halkın bütünlüğünü ifade ettiği, devletin devamlılığını sağladığı vurguları bulunmaktadır. Hatta Anayasa, 8. maddesinde Başkan'ın devletin bağımsızlığının, toprak bütünlüğünün, devletin taraf olduğu uluslararası anlaşmalara uyulmasının ve yargı bağımsızlığının teminatı olduğunu söyleyecek kadar ileri gitmiştir.<sup>90</sup> Tüm bunlarla beraber Başkan, silahlı kuvvetlerin başkomutanı olma vasfına da sahiptir (m. 9/3).

Başkan'ın yetkileri Anayasa'nın 109. maddesinde 32 başlık altında son derece detaylı bir biçimde düzenlenmiştir. Buna göre bakıldığında maddede, ACMM seçimlerinin belirlenmesi, bütçenin meclise sunulması, iktisadi ve sosyal programın onaylanması, ACMM'nin onayıyla başbakanın göreve getirilmesi ve görevden alınması, bakanlar kurulunun göreve atanması ve görevden alınması, devlet bütçesinde yürütmeye ayrılan kısım kapsamında merkezi ve yerel yönetim organlarının kurulması, yüksek mahkeme üyelerinin atanması için ACMM'ye öneride bulunma, diğer mahkemelerin hakimlerinin göreve atanması, Merkez Bankası Yönetim Kurulu üyelerinin göreve atanması ve görevden alınmasıyla ilgili ACMM'ye teklif sunmak, Azerbaycan askeri doktrinini meclisin onayına sunmak, silahlı kuvvetler yüksek komutanını atamak ve görevden almak, başkanlık genel sekreterliğini kurmak, insan hakları müvekkilinin seçilmesi için ACMM'ye öneride bulunmak, dış ülkelere diplomatik temsilcilik tesis edilmesi için ACMM'ye öneri sunmak, diplomatik temsilci atamak ve geri çağırarak, yabancı ülkelerin diplomatik temsilcilerini kabul etmek, hükümetler arası anlaşmalar akdetmek, referandumu belirlemek, kanunları imzalamak ve yayınlamak, af çıkarmak, yüksek rütbeleri dağıtmak, olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilan etmek, ACMM rızasıyla savaş ve barış

89 7 senelik süre 2016 değişiklikleri ile gelmiştir. Önceden beş idi. Bkz: Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası, dn 45; Azerbaycan Cumhuriyeti Merkezi Seçim Komisyonu Kararı, Azerbaycan Resmi Gazetesi, 12.10.2016, No: 224.

90 Bu ifade, ayrıca Anayasa'nın kuvvetler ayrılığında söz eden m. 7/3 hükmü ile de çelişki halindedir. Bkz: Hasanoğlu, Mürteza, Azerbaycan Cumhuriyeti'nde Devletin Yeniden Yapılandırılması ve Yerel Yönetimlerin Güçlendirilmesi Çabaları, Sayıştay Dergisi, Sayı: 69, Nisan-Haziran 2008, s. 78.

ilan etmek ve bir takım idari diğer işler sayılmaktadır. Maddenin sonunda yer alan anayasa ile ACMM ve yargının yetki alanında bulunmayan diğer konuları idari usulle çözer ibaresi ise dikkat çekicidir.

Başkan'ın yetkilerine bakıldığında çok kapsamlı bir biçimde düzenlendiği görülmektedir.<sup>91</sup> Üstelik Başkan örneğin uluslararası antlaşma akdetme yetkisini başkan yardımcısına, bakanlar kurulu üyelerine ve belirlediği kişilere verebilmektedir (m.110). Başkan bunlardan başka düzenleyici işlem olarak kararname ve diğer konularda emirler de verebilmektedir (m. 113). Anayasa'nın 149. maddesi normatif hukuki düzenlemelerin hiyerarşik olarak ilişkisi açısından açık hükümler getirmektedir. Buna göre kanunlar Anayasa'ya uygun olmak zorundadır. Başkan'ın kararnamelemleri ise Anayasa'ya ve kanunlara uygun olmak durumundadır. Bakanlar kurulu kararlarının ise Anayasa, kanunlar ve kararnamelere uygun olması gerekir. Merkezi yönetim organlarının düzenlemeleri ise bu sayılan dört işleme de uygun olmak durumundadır.

### **c. Başkana Vekalet**

Başkan'ın görev süresi yedi sene olmakla beraber, Anayasa'da tekrar seçilmeyi yasaklayan bir hüküm olmadığı dikkati çekmektedir.<sup>92</sup> Bunun haricinde başkanın görevi süresi içerisinde kendi isteğiyle istifası, sağlık nedeniyle görevine devam edememesi ve Anayasa'da öngörüldüğü üzere impeachment (suçlandırma)<sup>93</sup> usulü ile görevden uzaklaştırılması mümkündür (m. 104).<sup>94</sup> Bu durumda başkana vekalet edecek kişinin kim olacağı sorusu gündeme gelecektir. 104. madde kapsamında yukarıdaki sebeplerle süresi sona ermeden başkanın görevden ayrılmasını gerektirecek bir durum söz konusu olduğunda 60 gün içerisinde derhal seçimler yapılır. Bu sürede başkana birinci başkan yardımcısı vekalet eder. Başkan yardımcısı vekil konumunda başkanın bütün yetkilerini kullanabilmektedir (m. 105/2). Birinci başkan yardımcısının istifa etmesi veya sağlık sebebiyle görevini sürdürememesi durumunda ise başkanın belirlemiş olduğu başkan yardımcısı birinci başkan yardımcısı olarak vekalet görevini üstlenir (m. 105/2). 105. maddenin üçüncü fıkrasına göre ise ikinci fıkra hükümlerine göre birinci başkan yardımcısının vekalet görevini yerine getirememesi durumunda vekalet görevini başbakan üstlenir. Başbakan da bu görevi yerine getiremezse ACMM başkanı vekalet görevine getirilir. Aynı durum ACMM başkanı açısından da söz konusu olursa ACMM vekaleti yerine getirecek kişiyi seçer (m. 105/4). Görüldüğü gibi Anayasa vekalet konusunu olabildiğince kazuistik bir şekilde düzenleyerek başkanlık makamının herhangi bir anda boş kalmasının önüne geçmeye çalışmıştır. Azerbaycan Anayasası'nda Türkiye Cumhuriyeti'nin aksine, başkanın yurtdışı gezisi gibi

91 Güçlü başkanlık yetkileri ve zayıf parlamenter gelenek, aslında Sovyet dönemi sonrası eski Sovyet Cumhuriyetlerinde genel olarak gözlemlenmektedir. Bkz: Rehimli, Recep, Azerbaycan Yönetim Sistemi, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C: 2, S: 9, 2009, s. 378.

92 2009 Anayasa Değişiklikleri öncesinde iki defa seçilebilme ilkesi kabul edilmiştir. 2009 Anayasa Değişikliği ile bu kaldırıldı. Bkz: Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası, dn. 46; Azerbaycan Resmi Gazetesi, 31 Mart 2009, No 66.

93 Impeachment yerine Gözler'in kullandığı gibi Türkçe karşılık olarak suçlandırma kelimesi kullanılabilir. Bkz: Gözler, Kemal, Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, Ekin Yayınevi, Bursa, Mayıs 2001, s. 24.

94 Başkanlık sisteminin prototipi olan ABD'de başkanın ihanet, zimmet ve ağır suçlar açısından cezai sorumluluğu kapsamında Temsilciler Meclisi tarafından suçlandırılması ve Senato tarafından yargılanması mümkündür. Bu usule ABD'de impeachment denmektedir. Bkz: Gözler, Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, s. 24.



geçici sebeplerle görevden ayrılma durumunda vekaletin nasıl yerine getirileceği hususunun ise düzenlenmemiş olduğu görülmektedir.<sup>95</sup>

#### **d. Başkan'ın Sorumluluğu**

Başkan'ın sorumluluğu konusunda da dikkat çekici hükümler Anayasa'da yer almaktadır. Başkan dokunulmazlığa sahiptir ve şeref ve onuru kanun ile korunur (m. 106). Başkan'ın ve ailesinin harcamaları hakkında Anayasa'da ayrıca hüküm bulunmaktadır. Buna göre bu harcamalar devlet tarafından sağlanır. Başkan'ın ve ailesinin güvenliği ise özel güvenlik birimleri tarafından sağlanır (m. 108).

Başkan'ın görevden alınması hususu Anayasa'nın 107. maddesinde düzenlenmiştir. Bu durum Başkan'ın ağır suç işlemesi durumunda gündeme gelir. Teklifi Anayasa Mahkemesi Azerbaycan Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesinin 30 gün içinde vereceği görüş üzerine ACMM'ne sunar. ACMM üyesi 95 milletvekilinin oyu ile Başkan görevden uzaklaştırılabilir. Alınan kararın Anayasa Mahkemesi Başkanı tarafından imzalanacağı m. 107'de belirtilmektedir. Eğer Anayasa Mahkemesi Başkanı kararı bir hafta içerisinde imzalamazsa karar yürürlüğe girmemektedir. Kararın, Anayasa Mahkemesi'nin ACMM'ne başvurusundan itibaren iki ay içerisinde alınması gerekmektedir. Aksi durumda Başkan'a yapılan suçlamanın reddedildiğine hükmedilir.

## **2. Başbakan ve Bakanlar Kurulu**

Anayasa açık bir şekilde yürütme yetkisinin Başkan'da olduğunu belirtmekle beraber Anayasa'da bakanlar kurulu ve başkan yardımcısına dair hükümler bulunmaktadır. Diğer bir deyişler yürütme yetkisi tamamen Başkan'da bulunduğu için bakan ve başkan yardımcıları yürütmenin sadece bir memuru konumunda bulunmalarına rağmen anayasa koyucu bu kişilere ait bazı hususları düzenleyerek anayasal güvence sağlamıştır.

114. maddeye göre Başkan, yürütme yetkisini gerçekleştirmek amacıyla bakanlar kurulunu kurar. Bakanlar kurulu Başkan'a karşı sorumludur. Başbakan, yukarıda da belirtildiği gibi Başkan tarafından ACMM'nin onayıyla atanmaktadır. ACMM, Başkan'ın önerdiği ismi üç kez üst üste reddederse Başkan, ACMM'nin onayı olmadan başbakanı atayabilmektedir. Anayasa bakanlar kurulu üye adaylarında ve üyelerde bulunması gereken özellikleri de belirlemiştir. Üye adaylarının yüksek tahsilli, yabancı devlet karşısında yükümlülüğü olmayan, seçimlere katılma hakkı olan Azerbaycan vatandaşları arasından seçilmesi gerekir (m. 121). Üyeler için ise 122. maddede birtakım yasaklar getirmiştir. Üyeler bilimsel, pedagojik ve yaratıcılık faaliyeti uğraşları dışında hiçbir özel teşebbüsle meşgul olamaz, ticari ve diğer ücretli işler yapamaz. Ayrıca görev maaşı, bilimsel, pedagojik ve yaratıcılık faaliyetlerine binaen kazandığından başka ücret alması da Anayasa tarafından yasaklanmıştır.

95 Mehmetoğlu, Enes, Azerbaycan Anayasası'nda Yürütme Erki, Dokuz Eylül Üniversitesi, SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 76.

Bakanlar kurulunun Anayasa'da belirlenmiş görevleri bulunmaktadır. Buna göre bakanlar kurulu bütçe taslağını hazırlayıp Başkan'a sunar. Devlet bütçesinin kullanımını sağlar. Para politikalarının, devlet ekonomi programının ve sosyal güvenlik programlarının uygulanmasını yerine getirir. Bakanlıklara ve diğer merkezi yürütme organlarına rehberlik eder. Ayrıca Başkan'ın yetki vermesi durumunda bununla ilgili diğer görevleri de yerine getirir (m. 119).

Anayasa başbakana ayrıca dokunulmazlık vermiştir. Kabinenin diğer üyeleri açısından ise böyle bir dokunulmazlık söz konusu değildir.<sup>96</sup> Buna göre başbakan suçüstü hali hariç suçlanamaz, tutuklanamaz, idari cezaya maruz kalmaz, üzerinin aranması mümkün değildir ve muayene edilemez. Tutuklanması suçüstü durumunda mümkündür; ancak suçüstü durumunda tutuklanırsa başsavcılığın derhal durumdan bilgilendirilmesi gerekmektedir. Anayasa'da düzenlenen bu dokunulmazlık ise sadece cumhuriyet başsavcısının önerisi üzerine Cumhurbaşkanı tarafından kaldırılabilir (m. 123).

### **3. Başkan Yardımcılığı**

2016 Anayasa Değişiklikleri ile başkan yardımcılığı kurumu Anayasa'da düzenlenmiştir. Anayasa'nın 103. maddesine göre Başkan, birinci başkan yardımcısını ve diğer başkan yardımcılarını atar. Dolayısıyla birden çok başkan yardımcısı bulunmakla beraber birinci başkan yardımcısı ayrıca belirlenir. Vekaletle ilgili olarak yukarıda gördüğümüz gibi birinci başkan yardımcısı Başkan'ın çeşitli sebeplerle görevini yapmadığı durumlarda başkana ait yetkileri kullanmaktadır. Dolayısıyla birinci başkan yardımcısının belirlenmesi önem arz etmektedir. Anayasa'nın m. 103/2 hükmüne göre, başkan yardımcısının yüksek tahsilli olması, yabancı devlet karşısında yükümlülüğü olmaması, seçimlere katılma hakkının bulunması ve Azerbaycan vatandaşı olması gerekmektedir.

Başkan yardımcılarını Anayasa'da düzenlenmekle beraber başkan yardımcılarını Anayasa'da bazı dokunulmazlıklar da verilmiştir. Bu dokunulmazlık hükümleri başbakanın dokunulmazlığını düzenleyen maddedeki hükümlere paralel düzenlenmiştir. Buna göre başkan yardımcılarını suçüstü hali hariç olmak üzere suçlanamaz, tutuklanamaz, idari cezaya maruz kalmaz, üzerinin aranması mümkün değildir ve muayene edilemez. Suçüstü durumunda başsavcılığa derhal haber verilmesi gerekir ve dokunulmazlık ancak Başkan tarafından kaldırılabilir.

Başkan yardımcılığı ile ilgili bir başka teminat hükmü Anayasa'nın 108. maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Başkan'ın ailesi ve kendisi için teminatları düzenleyen 106. madde ve 108. maddenin birinci ve ikinci fıkraya hükümlerine paralel bazı hükümler 2016 Anayasa Değişiklikleri sonucu buraya da eklenmiş görünmektedir. Buna göre, başkan yardımcısının ve ailesinin harcamaları devlet tarafından sağlanır. Başkan yardımcısının ve ailesinin güvenliği ise özel güvenlik birimleri tarafından temin edilir (m. 108).

<sup>96</sup> Abbasov, Azar, Azerbaycan'da Anayasal Gelişim, İstanbul Ticaret Üniversitesi, SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2017, s. 131.

#### **D. Azerbaycan Cumhuriyeti'nin Hükümet Sisteminin Niteliği**

Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası, kuvvetlerinin ayrılığını, yasama ve yürütmenin birbirinden bağımsız olarak halk tarafından seçilmesi ilkesini kabul etmiştir. Buna göre ACMM doğrudan halk tarafından seçilir ve beş sene boyunca görevde kalır. Başkan ise halk tarafından seçilmektedir ve yedi sene boyunca görevde kalır. Öte yandan Başkan'a meclisi feshetme yetkisi tanınmamışken ACMM'nin de Başkan'ın siyasi sorumluluğuna gitmesi mümkün değildir; ancak bazı cezai konularda sınırlı olarak Başkan'ın görevden alınması usulü kabul edilmiştir. Yasamanın ve yürütmenin birbirinden ayrılması ve belirli süreler için halk tarafından seçilmesi başkanlık sistemini hatırlatmaktadır.

Tüm bunlarla beraber başbakanın konumu ve meclisin çözümleneceği konular arasında başbakana güven meselesinin bulunması hususuna burada değinmek gerekmektedir. Her ne kadar Başkan'ın meclisin rızasıyla başbakanı ataması söz konusuysa da Anayasa'nın m. 118/3 hükmü gereğince Başkan'ın önerdiği başbakan adayı mecliste üç kez reddedilirse Başkan meclisin rızası olmaksızın başbakanı belirleyebilmektedir. Dolayısıyla meclisin rızası mekanizması kolayca aşılabılır. İlgili hükmün Rus Anayasası'ndan esinlenerek Azerbaycan Anayasası'na eklendiği düşünülmektedir.<sup>97</sup> Azerbaycan doktrininde de belirtildiği gibi 95. madde temelde meclisin Başkan üzerindeki denetimini ilgilendirmektedir. Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere Azerbaycan Anayasası'nın temelde bir başkanlık sistemi kabul ettiği tespiti yapılabilir.

Azerbaycan Anayasası başkanlık sistemi tesis etmekle beraber, Azerbaycan'daki hükümet sisteminin saf bir başkanlık sisteminden çoğu açıdan sapmış olduğu görülmektedir. Azerbaycan Anayasası'nda kuvvetler ayrılığı ve kuvvetlerin kendi yetki alanları içerisinde bağımsız çalışması prensibi kabul edilmiş olmakla beraber anayasal sistemin merkezine Başkan'ın oturtulmuş olduğu fark edilmektedir. Başkan çok geniş ve güçlü yetkilerle donatılmıştır. Yasama ve yürütme kuvvetlerinin birbirini denge ve denetleme mekanizmaları açısından konuya yaklaşıldığında yürütmenin yasamadan çok daha üstün olduğu, meclisin yürütme üzerinde denetiminin zayıf kaldığı ve genel olarak anayasal sistemde yasamanın çoğu açıdan sınırlandırılmış olduğu göze çarpar.

Yasamanın sistem içerisinde zayıf, yürütmenin ise son derece güçlendirilmiş olması Sovyet sonrası geleneğin bir tezahürü olarak görülmelidir. Parlamenter geleneğin yerleşmesi için uygun bir tarihi zemin Azerbaycan açısından söz konusu olmadığı için meclisin sistem içerisinde çok zayıf ve sınırlandırılmış bir şekilde düzenlenmesi söz konusu olmuştur. Öte yandan Başkan ise bu geleneğin bir sonucu olarak çok daha güçlü ve geniş yetkilerle donatılmıştır.<sup>98</sup> Anayasa'da güçlü yetkileri olan bir Başkan düzenlemişse de bu durum Sovyet döneminde görülen sınırlandırılmamış bir merkezi güç kadar ileri gitmemiştir, sistem kuvvetler ayrılığı modeli içerisinde bir Anayasa olarak görülmelidir.<sup>99</sup>

97 Gönenc, Azerbaycan Üzerine Notlar, s. 211.

98 Abdullayev'in isabetle belirttiği gibi 70 yıl tek kişi ve tek parti ile yönetilen bir halkın bu tercihi anlaşılabilir. Bkz: Abdullayev, Cavid, Azerbaycan'da Anayasalaşma Süreci ve Benimsenen Sistemin Niteliği, Avrasya Dosyası, Azerbaycan Özel, İkbahar 2001, Cilt: 7, Say: 1, s. 127.

99 Rehimli, Recep, Azerbaycan Cumhuriyeti'nin Devlet Yönetimi Yapısı ve Siyasal Sistemi, Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi, Sene: 2020, C: 3, Sayı: 1, s. 369.

Bu modelde Başkan ise çok güçlü yetkilerle donatılmıştır ve yürütmenin yasama karşısında bariz bir üstünlüğü söz konusudur.

#### IV. İKİ HÜKÜMET SİSTEMİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Azerbaycan Cumhuriyeti ve Türkiye Cumhuriyeti anayasaları, yürütmede teklik ve yasama ve yürütmenin halk tarafından seçilmesi yönleri ile benzeşirler. İki anayasa da meclisler yasama yetkisine sahipken Başkan veya Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilir ve yürütme yetkisi onlara aittir. Bu yapılanma biçimi başkanlık sistemlerinde görülen yapıyla benzeşmektedir. Ancak her iki anayasanın kabul ettiği hükümet sistemi de başkanlık sistemlerinin sert kuvvetler ayrılığı ve kuvvetler arasındaki dengenin kurulması açısından saf başkanlık sisteminden sapan özellikler göstermektedir.

Her iki ülkenin anayasaları farklı tarihsel birikime sahiptir. Bu farklı tarihsel birikimlerin her iki ülkenin hükümet sistemleri üzerinde etkisinin görülmesi kaçınılmazdır. Azerbaycan Cumhuriyeti, eski Sovyet ülkelerinden birisi olması sebebiyle güçlü bir Başkan ve zayıf bir parlamento geleneğinden gelmektedir. Türkiye Cumhuriyeti'nde ise durum bundan çok farklıdır. Türkiye'de Kanun-i Esasi'nin 1909 senesinde geçirdiği büyük değişikliklerden bu yana 1921 Anayasası dönemi istisna edilirse<sup>100</sup> ciddi bir parlamenter sistem geleneği yer etmiştir. Ancak 2017 Anayasa Değişiklikleri ile bu sistem terk edilmiş, farklı bir hükümet sistemi modeli benimsenmiştir. 2017 senesinde kabul edilen bu hükümet sistemini, Azerbaycan'ın aksine tarihsel gelişim süreci içerisinde bir yere koymak pek mümkün görünmemektedir.

Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası incelendiğinde hükümet sistemi içerisinde merkezi konumu Başkan'ın aldığı kolayca görülebilir. Başkan'ın yargı bağımsızlığının dahi teminatı olarak görülmesi, yargı organlarına ve Başkan'a yasa teklif etme yetkisi verilmesi gibi kuvvetler ayrılığı ile bağdaşması çok zor ve şaşırtıcı özellikler bu Anayasa'da yer almaktadır. Üstelik Anayasa'nın ilk bölümünde kuvvetlerin ayrılığı prensibinin kabul edildiği belirtilmesine rağmen bu tür ifadelerin yer alması, Anayasa'daki kimi maddelerin birbiri ile çelişkili olduğu sonucuna gidilmesine sebebiyet vermektedir. Azerbaycan Anayasası'nda Başkan çok güçlü yetkilerle donatılmışken meclisin yasama yetkisi daraltılmıştır. Yasamanın, anayasal kanunlarla genişletilebilecek liste halinde belirlenen bir alanda yasama işlevini yapması söz konusudur. Yasamanın yürütme üzerindeki denetimi de çok cılızdır. Yine Anayasa'da meclisin Başkan üzerindeki denetimi ile ilgili hususları düzenleyen bir başka maddede, anayasal kanunla genişletilmesi mümkün bir liste halinde belirlemelerin yapıldığı görülür. Bu açıdan Azerbaycan Anayasası başkanlık sisteminin temel özelliklerini göstermekle beraber kuvvetler arası dengeyi Başkan lehine güçlü bir biçimde bozmaktadır.

100 1921 Anayasası'nın kabul ettiği hükümet sisteminin meclis hükümeti sistemi olduğu belirtilmektedir. Bkz: Esen, Bülent Nuri, Türk Anayasa Hukukuna Giriş, 2. Baskı, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1971, s.64. Özbudun ise uygulamada sistemin meclis hükümeti sisteminden saptığını ve sistemin parlamenter sistemin mantığına uygun olarak gerçekleştiğini, hukuki metinlerde dahi icra heyeti vekillerinin bireysel ve kolektif sorumluluğunun yer aldığını, esaslı noktalarda meclis hükümeti sisteminin "ruhundan" sapıldığı ifade etmektedir. Bkz: Özbudun, Ergun, 1921 Anayasası, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 2008, s. 74.

Türkiye Cumhuriyeti'nde ise 2017 senesinde kabul edilen hükümet sistemi, her ne kadar yürütmenin teklifi ve yasama ile yürütmenin halk tarafından seçilmesi prensipleri ışığında başkanlık sisteminin özelliklerini gösterse de temel noktalarda başkanlık sisteminin sert kuvvetler ayrılığı prensibinden ayrılmaktadır. Cumhurbaşkanı'nın yasama meclisini, kendisi de seçimlere gitmek kaydıyla feshetmesi mümkündür. Paralel bir şekilde meclise bakıldığında, kendisi de seçimlere gitmek üzere Cumhurbaşkanı'nın görevini sonlandırabilir. Öte yandan bu durum meclis açısından ulaşılması zor yeter sayılara bağlanmışken Cumhurbaşkanı bunu kendi iradesiyle yapabilir. Sisteme eklenen bu husus başkanlık sisteminin temelinde yatan kuvveler ayrılığı prensibi ile zıt bir durum meydana getirmektedir. Tüm bu anlatılanlardan hareketle yeni kabul edilen hükümet sisteminin kendine özgü bir hükümet sistemi ya da melez bir hükümet sistemi olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti'nde kabul edilen hükümet sisteminde de yürütmenin güçlü bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Yasama ve yürütme arasındaki ilişkiye bakıldığında, yürütmenin güçlü bir konumda olduğu, yasanın denetim araçlarının zayıf kaldığı hususlar yukarıda gösterilmiştir. Fakat bu durum Azerbaycan Anayasası ile kıyaslandığında Azerbaycan Anayasası'nın kabul ettiği hükümet sisteminde Başkan'ın çok daha güçlü bir durumda olduğu ve Başkan üzerinde meclisin denetleme mekanizmalarının çok daha zayıf olduğu meydana çıkmaktadır. İki ülkenin anayasalarında kabul edilen hükümet sistemleri bazı özellikleri ile benzeşmekle beraber çalışmada incelendiği gibi pek çok farklı özelliği barındırmaktadır.

## SONUÇ

Çalışmada Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası kabul ettikleri hükümet sistemi çerçevesinde karşılaştırılmıştır. Bu karşılaştırmaya girmeden evvel hükümet sistemleri hakkında tanıtıcı açıklamalar yapılmıştır. Buna göre kuvvetlerin birliği açısından meclis hükümeti sistemi, kuvvetlerin yumuşak ayrılığı açısından parlamenter sistem, kuvvetlerin sert ayrılığı açısından başkanlık sistemi ve son olarak yarı-başkanlık sisteminin temel özellikleri ortaya konmuştur.

İkinci bölümde ise 1982 Anayasası'nın hükümet sistemi ortaya konmaya çalışılmıştır. Hükümet sistemleri yasama ve yürütmenin birbiri ile ilişkisine göre şekillenmektedir. Buna uygun olarak öncelikle yasanın nasıl düzenlendiğinin belirlenmesi gerekir. Bu sebeple öncelikle 1982 Anayasası'nda yasamadan bahsedilmiştir. Daha sonra ise yürütme açıklanmıştır. 1982 Anayasası, 2017 senesinde geçirdiği kapsamlı değişikliklerle yeni bir hükümet sistemi kabul etmiştir. Bu melez hükümet sistemi başkanlık sisteminin özelliklerini göstermekle beraber başkanlık sisteminin temel prensibi olan kuvvetlerin sert ayrılığı prensibinden ise sapan özellikler göstermektedir. Meclis, kendisi de seçime gitmek kaydıyla başkanın görev süresine son verebilmektedir. Aynı husus Başkan açısından da geçerlidir. Yani Başkan da kendi görev süresine son vermek kaydıyla meclisin seçimlere gitmesine karar verebilmektedir. Çalışmada kuvvetler arası denge açısından bir değerlendirme yapılmış, yasanın yürütme üzerindeki denetimi açısından zayıf kaldığı ve buradaki sorunlu hususlar

gösterilmiştir. Sistemde güçlü bir şekilde düzenlenmiş olan Cumhurbaşkanlığı görülmektedir. Bu durum Türk anayasa hukuku tarihi incelendiğinde önceki anayasalarımızda görülmemektedir.

Üçüncü bölümde ise Azerbaycan Anayasası incelenmiştir. Azerbaycan Cumhuriyeti, Türkiye'den çok farklı bir tarihsel tecrübeye sahiptir. Sovyet dönemi sonrası bağımsızlığını kazanan Azerbaycan'da Sovyet döneminden miras kaldığı düşünülen güçlü bir Başkan ve zayıf bir meclis geleneği Azerbaycan Anayasası'nda yansımaları bulmaktadır. Sistemde Başkan temel rolde konumlandırılmıştır. Meclis yetkileri bakımından zayıf düzenlenmiştir, meclisin Başkan üzerinde denetim olanakları ise sınırlıdır. Sistem temelde başkanlık sisteminin özelliklerini göstermekle beraber kuvvetlerin dengesi düşünüldüğünde Başkan'ın yetkileri lehine bu dengenin bozulduğu görülür.

Çalışmanın son kısmında ise çalışma boyunca ortaya konanlar ışığında iki ülkenin hükümet sistemlerindeki benzer noktalar ve farklı noktalar ortaya konmaya çalışılmıştır. Her iki anayasa da başkanlık sisteminin özelliklerine uygun olarak yasama ve yürütmenin halk tarafından seçilmesini ve yürütmenin tekli yapıda olmasını kabul etmiştir. Azerbaycan Anayasası'nda düzenlenen Başkan, 1982 Anayasası'nda düzenlenen Cumhurbaşkanı'ndan çok daha güçlü yetkilerle donatılmıştır. Her iki hükümet sistemi içerisinde yasama ve yürütmenin birbiri üzerindeki denge ve denetim mekanizmaları incelendiğinde, her ikisinde de yürütmenin daha güçlü olduğu ve bu dengenin yürütme lehine bozulduğu anlaşılmaktadır. Her iki hükümet sistemi de saf başkanlık sistemi olmayıp melez unsurlar taşımaktadır. Bu sebeple eğer başkanlık sistemi korunacaksa iki hükümet sisteminin de saf başkanlık sistemine uygun bir biçimde revize edilmesi önerilmektedir. Bu durum Türkiye Cumhuriyeti açısından daha kolaydır. Saf başkanlık sisteminden ayrılan unsurların ve çalışmada gösterilen denge denetim mekanizmalarındaki çeşitli konuların değiştirilmesi ile bu yapılabilir. Azerbaycan Cumhuriyeti'nde ise çok daha güçlü yetkilerle donatılmış bir Başkan ile karşılaşılmaktadır. Burada da Başkan'ın yetkilerinin karşısında parlamentonun yetkilerinin ve denge ve denetim mekanizmalarının parlamento lehine güçlendirilmesi önerilebilir.

## KAYNAKÇA

- Abbasov, Azar, Azerbaycan'da Anayasal Gelişim, İstanbul Ticaret Üniversitesi, SBE, Kamu Hukuku Anbilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2017
- Abdullayev, Cavid, Azerbaycan'da Anayasalaşma Süreci ve Benimsenen Sistemin Niteliği, Avrasya Dosyası, Azerbaycan Özel, İkbahar 2001, Cilt: 7, Say: 1
- Anayurt, Ömer, Anayasa Hukuku Genel Kısım: Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019
- Aslan, Volkan, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Kanunlara Uygunluğunun Denetimi ve Çeşitli Hususların Kararname İle Düzenleneceğinin Kanunlarda Belirtilmesi Üzerine, Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, (2019)
- Avaner, Tekin, Volkan, Mustafa, Hikmet-i Hükümet ve Yeni Reform: Türk Tipi Başkanlık Sistemi ve ABD Başkanlık Sisteminin Etkisi Üzerine, Yasama Dergisi, S: 39, Ocak-Haziran 2019
- Barın, Taylan, Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020

- Bxtiyar Srhd oğlu, Atakişiyev, Azrbaycan Respublikasının Konstitusiyası v hüququn saslari: Elmi sr, Bakı, 2007
- sgrov, Ziyaft, Konstitusiyaya Hüququ, 2. Baskı, Bakı Universiteti Nşriyyatı, Bakı, 2011
- Bülent Nuri Esen, Türk Anayasa Hukukuna Giriş, 2. Baskı, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1971
- Eroğul, Cem, 1908 Devrimini İzleyen Anayasa Değişiklikleri, Erişim Link: <https://cemerogul.files.wordpress.com/2012/03/1908-devrimini-izleyen-anayasa-dec49fic59fiklikleri.pdf>
- Fendoğlu, Hasan Tahsin, Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2018
- Gönenç, Levent, Azerbaycan Üzerine Notlar, AÜHFD, Sene: 1998, C: 47, S: 1
- Gönenç, Levent, Kontacı, Ali Ersoy, 2017 Tarihli Anayasa Değişliği Sonrasında Yasama-Yürütme İlişkileri, TBB Dergisi, 2019 (145)
- Gören, Zafer, Anayasa Hukuku: T.C. Anayasası ve TBMM İctüzüğü Eki İle 2017 Anayasa Değişlikleri İşığında Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018
- Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt I, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Mart 2020
- Gözler, Kemal, Devlet Başkanları: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, Ekin Yayınevi, Bursa, Mayıs 2001
- Gözler, Kemal, Elveda Anayasa: 16 Nisan 2017'da Oylayacağımı Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler 2. Baskı, Ekin Yayınevi, 2017
- Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018
- Hasanoğlu, Mürteza, Azerbaycan Cumhuriyeti'nde Devletin Yeniden Yapılandırılması ve Yerel Yönetimlerin Güçlendirilmesi Çabaları, Sayıştay Dergisi, Sayı: 69, Nisan-Haziran 2008
- Hasanova, Sara, Azerbaycan'da Anayasa Yapım Süreci, İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2019
- Lijphart, Arend, Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations, (Editörler: Linz, Juan, Valenzuela, Arturo), The Failure of Presidential Democracy Comparative Perspective, Vol: 1, The John Hopkins University Press, Londra, 1994
- Linz, Juan, Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference, (Editörler: Linz, Juan, Valenzuela, Arturo), The Failure of Presidential Democracy: Comparatice Perspectives, Vol:1, The John Hopkins University Press, Londra, 1994
- Linz, Juan, "Başkanlık Sisteminin Tehlikeleri", (Der: Cem Akaş), Kritik Kavşak Parlamenter Sistem-Başkanlık Sistemi, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015
- Kaboğlu, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Legal Yayınevi, 12. Baskı, İstanbul, 2017
- Mehmetoğlu, Enes, Azerbaycan Anayasasında Yürütme Erki, Dokuz Eylül Üniversitesi, SBE, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, 2010
- Narter, Recep, Kaya, Semih Batur, Hukuk İhdası Rejiminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2020
- Özbudun, Ergun, Anayasacılık ve Demokrasi, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019
- Özbudun, Ergun, "Başkanlık Sisteminin Olası Tehlikeleri", Kritik Kavşak Parlamenter Sistem-Başkanlık Sistemi, (der. Cem Akaş), İstanbul, 2015
- Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, 17. Baskı, 2017
- Özbudun, Ergun, 1921 Anayasası, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 2008
- Rehimli, Recep, Azerbaycan Cumhuriyeti'nin Devlet Yönetimi Yapısı ve Siyasal Sistemi, Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi, Sene: 2020, C: 3, Sayı: 1,
- Rehimli, Recep, Azerbaycan Yönetim Sistemi, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C:2, S:9, 2009
- Rousseau, J. J., Toplum Sözleşmesi, (Çev: Zafer Savaş), Nilüfer Yayıncılık, 2011

- Sartori, Giovanni, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, Macmillan Press, 1994
- Smndrov, Firudin (Düzenleyen), *Azərbaycan Respublikası Cinayət Məcəlləsinin Kommentariyası*, C: 1, Hüquq Yayınevi, Bakü, 2018
- Sevgili Gençay, Fatma Didem, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi: İlk Kararlar – İlk İzlenimler*, TBB Dergisi 2020 (151)
- Sezer, Abdullah, 1982 Anayasası Ekseninde Türev Kurucu İktidar Yetkisinin Sınırları ve Yargısal Denetimi, Marmara Üniversitesi SBE Kamu Hukuku, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2006, İstanbul
- Sezer, Abdullah, *Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)*, Anayasa Yargısı, Cilt: 36, Sayı: 1, (2019),
- Shugart, Mathew Soberg, Carey, John M., *President and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, 1992
- Şule Özsoy Boyunsuz, *Başkanlı Parlamenter Sistem: Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçildiği Parlamenter Hükümet Modeli ve Türkiye İçin Tavsiye Edilebilirliği*, XII Levha Yayınları, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, 2014, İstanbul
- Tanör, Bülent, Yüzbaşıoğlu, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 17. Baskı, İstanbul, 2018
- Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 20. Baskı, 2011
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yayıncılık, 21. Baskı, 2018, İstanbul
- Turan, Mehmet, “Meclis Hükümeti (Konvansiyon Kuramı)” *AÜSBF Dergisi*, 1991, C:46, Sayı:1
- Uluşahin, Nur, *Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2007
- Ülgen, Özen, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018/1
- Yazıcı, Serap, *Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul
- Yazıcı, Serap, “1982 Anayasası ve Cumhurbaşkanlığı”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, (Derleyen: A. Merih Öden, Levent Gönenç, Selin Esen, Ali Ersoy Kontacı, Deniz Polat, Ali Erdem Doğanoglu), Cilt:1, Ankara, 2013
- Yazıcı, Serap, *Constitutional Amendments of 2017: Transition to Presidentialism in Turkey*, 4: Amendments Concerning the Executive, 2017, Erişim Link (Kısaltılmıştır): <https://www.nyulawglobal.org/globalex/>
- Yılmaz, Betül Merve, *Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021



## Planlı Ekonomi Karşısında Hayek'te Hukukun Üstünlüğü

### The Rule of Law in Hayek Against The Planned Economy

Erdoğan Keskin \* 

#### ÖZ

Hukukun üstünlüğü, insan hak ve hürriyetlerinin korunabilmesi için en temel gerekliliklerden birisidir. Ancak eşitlik ve sosyal adalet söylemi ile hukukun üstünlüğü ihlal edilmekte; birey ve hürriyetleri görmezden gelinmektedir. Dolayısıyla siyasi iktidar tarafından ekonominin planlandığı ve bireyin toplum içerisinde yok sayıldığı bir düzen hürriyetlerle uyum sağlamamaktadır. Günümüzde de sosyal adalet ve eşitlik arzusunun ilavesi olarak salgın hastalıklar, terör ve milliyetçilik gibi etkenlerle planlamacılığa rağbet edilmesi tehlikesi hala çok tazedir. Biz de bu nedenlerle çalışmamızda Hayek'in görüşleri aracılığıyla hürriyetlerin önemini hatırlatmak istiyoruz.

**Anahtar Kelimeler:** Hukukun Üstünlüğü, Kolektivizm, Birey, Hürriyet

#### ABSTRACT

The rule of law is one of the most basic requirements for the protection of human rights and freedoms. However, the rule of law is violated on grounds of the equality and social justice discourse by which individuals and their freedoms are ignored. Therefore, a system in which the economy is planned by the political power and the individual is ignored in the society does not comply with freedoms. Today, in addition to the desire for social justice and equality, the danger of planning is still very new due to factors such as epidemics, terrorism and nationalism. For these reasons, we would like to remind the importance of freedoms through Hayek's views in our work.

**Keywords:** Rule of Law, Collectivism, Individual, Freedom

## GİRİŞ

“İnsanlar hürriyet ile mutluluk arasında seçim yapmak zorundaydı ve büyük çoğunluk mutluluğu seçiyordu.”

(George Orwell, 1984)

Hayek özellikle dönemin tehdidi olarak değerlendirdiği totaliter rejimler bağlamında planlamacılık ile hukukun üstünlüğü ilkesine ilişkin çalışmalar yapmıştır. Çalışmalarında hukukun üstünlüğü ve hürriyetlere dikkat çekmiştir. Zira ona göre iktisadi serbestliğin, dolayısıyla tercih hürriyetinin

\* Araştırma Görevlisi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Erdoğan Keskin

**E-posta/E-mail:** erdogan.keskin@erzincan.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** x.x..2020

**Kabul Tarihi/Accepted:** x.x.2021

olmadığı bir toplumda ne hukukun üstünlüğünden ne de hürriyetlerden söz edilebilir. Zira planlamacılık devletin resmi hedefler pahasına bireyin amaç ve tercihlerini görmezden gelmesine neden olur. Oysa Hayek'e göre tercih hürriyetleri ile iktisadi hürriyetler bireysel hürriyetlerin teminatı ve kaynağıdır.

Hayek kolektivizmi ve planlamacılığı bir bütün olarak değerlendirir. O bu konuda, kolektivizmden planlamacılığın, diğer bir ifadeyle ekonomiye dair kararların merkezi bir organ tarafından alınmasının anlaşılabilirliğini dile getirir. Kendisi planlamacılığı bu anlamıyla kullanmayı tercih eder. Ancak planlamacılığın daha iyi anlaşılabilmesi için bu kavramı da ayrıca açıklar<sup>1</sup>. Dolayısıyla biz de yazarın kavramlara verdiği anlamları dikkate alarak bu kavramları kullanacağımızdan, kolektivizm ve planlamacılığı yazarın tercihleri doğrultusunda ele alacağız.

Öte yandan bugün ekonomi başta olmak üzere bireylerin özerk alanlarına dahil meselelerin tamamen devlet kontrolüne girmesi ve planlanmasının pek olası olmadığı düşünülebilir. Ancak bu bir yanılgıdan ibarettir. Hele ki günümüzde klasik medya araçlarının tekelleşme ve siyasileşmesi tehlikesi bireyleri siyasi iktidarın manipülasyonuna açık hale getirmektedir. Dolayısıyla Hayek'in üzerinde durduğu tehlikeler, bugünün dünyasına uzak değildir. Diğer yandan Amerika'da sağlık sisteminin Covid-19 salgını sürecinde başarılı bir performans sunamaması, ancak belli oranda parasal güce sahip kimselerin sağlık-bakım hizmetlerinden yararlanabilmesi, buna karşılık sosyal devlet anlayışının hâkim olduğu Almanya gibi devletlerde sağlık hizmetlerinin başarılı olması, geleceğin dünyasının "kendiliğinden düzen"e karşı, müdahaleci ve sosyal adaleti gözeten bir sisteme evrileceği tehlikesini akla getirmektedir. Ayrıca küresel terör tehlikesi, göçmen sorunları gibi nedenler, devletlerin hürriyetçi yaklaşım yerine daha otoriter yaklaşımları benimsemelerine; siyasi olarak kutuplaşmaların artması dünya çapında yeniden totaliterleşmeye ve hukukun araçsallaşmasına neden olabileceğinden hürriyet rejiminin tehlikede olduğu göz ardı edilmemelidir.

Bu bakımdan iktidarın hukukla sınırlandırılması ve kişinin değil, hukukun yönetiminin hür bir toplumun ihyası için kaçınılmaz olduğunun anlaşılması gerekir. Bunun için de benzer süreçleri yaşamış önemli bir filozofun görüşlerinin hatırlanması, adalet ve eşitlik söylemi altında totaliter devlete giden süreçte hürriyetin unutulmaması ve muhafaza edilmesi oldukça elzemdir. Bölgesel perspektifte de mesele oldukça hassastır. Milliyetçi ve paternalist devlet anlayışının yükselişe geçtiği 21. yüzyılın ilk çeyreğinin sonlarında, hukukla kuşatılmış devlet ve hürriyetle süslenmiş bir toplum özlemi, Hayek'in ortaya koyduğu fikirlerle hatırlanmalı ve merkezileşmiş ekonomi tehlikesine karşı durulmalıdır. Bu kapsamda çalışma, Hayek'in konuya ilişkin yaklaşımlarını ele alarak günümüze de ışık tutmayı amaçlamaktadır.

1 Friedrich v. Hayek, *Kölelik Yolu*, Çev. Turhan Feyzioğlu/Yıldıray Arsan/Atilla Yayla, 6. Bs., Liberte Yayınları, Ankara 2015, s. 60; Bkz. Friedrich A. Hayek, *The Road to Serfdom*, Routledge, London/New York 2006, s. 35-36. Ayrıca yazar kolektivizmi, sosyalizmle birlikte ele alır. Kolektivizm için geçerli olan her meselenin sosyalizm için de geçerli olduğunu belirtir. Bkz. Hayek, *The Road to Serfdom*, s. 35. Bu çerçevede Marksist teori ve teorisyenlerin çalışmaları dikkatle incelendiği zaman, bireyin serbest gelişimi ve hürriyeti karşısında tamamen planlanmış bir toplum modelinin gerekleri üzerinde durulduğu açıkça görülecektir. İlgili teori hakkında ayrıca bkz. Oktay Uygun, *Hukuk Teorileri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 141-151.

## I. PLANLAMACILIĞA GENEL BİR BAKIŞ

### A. Genel Olarak Planlamacılık

Genel manada planlamacılık, önceden belirlenen hedeflere ulaşmak adına kaynakların hedef doğrultusunda etkin biçimde kullanılmasıyla sonuç almaya yönelik girişim veya çaba olarak tarif edilebilir<sup>2</sup>. Diğer bir ifadeyle, bir karar almadan ve eyleme geçmeden önce düşünmek, tasarlamak ve öngörülerde bulunmak olarak anlaşılabilir<sup>3</sup>. Planlamacılık, devlet boyutunda ele alındığında ise toplumsal ve siyasi bir niteliğe bürünür. Bu yönüyle kavram, toplumsal gelişim ve değişimin kontrol edilebileceği ve yönlendirilebileceği esasına dayanır. Yani planlamacılık toplum mühendisliği modeli olarak görülebilir<sup>4</sup>. Çalışma boyunca planlamacılığı biz de devlet eliyle toplumun kontrol edilmesi ve belirli hedeflerle ilişkili olarak toplumun dizayn edilmesi anlamında kullanacağız.

Bu bağlamda planlamacılık akılcılıkla, sosyal bilimlerin yanı sıra matematik ve mühendislik gibi bilimlerle yakından ilişki içerisinde<sup>5</sup>. Söz konusu bilimlerle bilgiler, siyasi araçlara ve istatistiksel verilere dönüştürülür, aynı zamanda belirlenen hedeflerin rakamsal değerlerine ulaşılır<sup>6</sup>. Bu bir süreci kapsar. Planlama sürecinin esası ise toplumsal bazı hedeflerin belirlenmesi, hedefi gerçekleştirmeye yönelik tedbirlerin ve çalışmaların programlanmasıdır. Diğer bir ifadeyle süreç, geleceğe yönelik tahminlerin ve hedeflerin belirlenmesinden, bu doğrultuda da devletin istediği yönde müdahalede bulunarak olayların seyrini amaca sevk etmesinden ibarettir<sup>7</sup>.

Heywood farklı görünümü olsa da genel olarak planlamacılığın iki özelliğe sahip olduğunu kabul eder. Ona göre, her planlamacılık amaçlı ve rasyonel bir faaliyettir. İlk olarak, bu faaliyetlerin açık ve tanımlanmış hedefleri içermeleri gerekir. İkinci olarak da sosyal ve iktisadi sorunların ancak insan aklıyla çözülebileceği esasına dayanır<sup>8</sup>. Öyleyse planlamacılık, eşitsizlik ve kaynakların yetersizliği gibi sorunlar karşısında, önceden belirlenen hedefler doğrultusunda kaynakların rasyonel olarak kullanımı ve dağıtımına dayanır<sup>9</sup>.

Kaynakların ve hedeflerin merkezi olarak planlanması da üretim, tüketim, ücretler, ticari faaliyet alanları gibi gerek iktisadi gerekse sosyal pek çok alanda kontrol kurulmasını gerektirir<sup>10</sup>. Bunun yanı

2 Cevdet Yılmaz, "Piyasa Ekonomilerinde Ulusal Planlama ve Çeşitli Planlama Yaklaşımları", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 32, S. 1, Y. 1999, s. 85.

3 Andrew Heywood, *Siyaset Teorisine Giriş*, Çev. Hızır Murat Köse, 8. Bs., Küre Yayınları, İstanbul 2017, s. 400.

4 Alkan Soyak, "Türkiye'de İktisadi Planlama: DPT'ye ihtiyaç Var mı?", *Doğuş Üniversitesi Dergisi*, C. 4, S. 2, Y. 2003, s. 168. Planlama kavramı TDK'da şu şekilde tanımlanmaktadır: "Hükümet tarafından ulaşılabilecek amaçları belirleyen, tarım, ulaşım, sanayi vb. kesimlerdeki artış ölçüsünü tespit eden ve uygulanması gerekli çareleri önceden gösteren ekonomik, sosyal programın belli süreler için hazırlanması işi." Bkz. <https://sozluk.gov.tr>, (11.5.2020).

5 Yılmaz, s. 86.

6 Benzer yönde bkz. Yılmaz, s. 86.

7 Soyak, s. 87.

8 Heywood, *Siyaset Teorisine Giriş*, s. 400.

9 Bkz. Heywood, *Siyaset Teorisine Giriş*, s. 400; Ahmet Fatih Özkan, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, Y. 2009 (Güz), s. 79.

10 Heywood, *Siyaset Teorisine Giriş*, s. 400.

sıra devlet teşkilatı ve uzmanlar kadrosu, özellikle bürokrasi<sup>11</sup> ön plana çıkmaktadır<sup>12</sup>. Dolayısıyla devletin bir plan yapması ile toplum yararına olarak belirlenen hedeflere ulaşmak adına bireysel ve iktisadi alanlara müdahalede bulunması, bireyciliğe karşıt, kolektivizme ise uygun sosyal şartlar oluşturur.

### **B. Hayek'e Göre Planlamacılık Bağlamında Bireycilik ve Kolektivizm**

Planlamacılık bireysel tercihler ve toplumsal katılım yerine daha çok uzmanların ekonomik verileri ve istatistikleri kullanmaları, bu yönde belirlediği hedefleri hayata geçirmeleri şeklinde ortaya çıkar<sup>13</sup>. Planlamacılığı savunanlar insan aklının her meseleyi çözebileceğine güvendikleri için ekonominin merkezi olarak önceden tasarlanmasını, ücretlerin adil dağıtımını ve ekonomik kalkınmanın tamamlanması için elzem görürler. Öte yandan bu kimseler, bireyciliğin bencillikle sıkı bir bağ içerisinde olduğunu düşündüklerinden liberalizmin temeli olan bireyciliği reddederler. Bununla birlikte Hayek ise bireycilikle bencillik – egoizm<sup>14</sup> – arasında zorunlu bir bağ olmadığını belirtir<sup>15</sup>.

Hayek, bireyciliğin kişisel menfaat ve tercihlerin bireyin özerk alanına bırakılmasını egoizmle doğrudan ilişkili olarak görmediği gibi, bireyciliği de yalnızca bireysel hedefler ve menfaatlerle ilişkili görmez. Bireycilik, aile ve sosyal yaşamın gereklilikleri gibi birey-üstü kurumların varlığını dışlamaz. Ancak devlet kontrolünde bir toplumsal hareket yerine gönüllülük esasına dayanan sosyal kurumlarla ve lokal özerkliklerle uyumludur<sup>16</sup>. Bireycilik anlayışına göre birey; toplumsal ve sanatsal faaliyetler başta olmak üzere her türlü insani kazanımın da merkezinde yer alır<sup>17</sup>.

- 11 Bürokrasi merkezi otoritenin işleyişi ve kararların uygulanması bakımından önemli bir konuma sahiptir. Bürokrasi, belli derece ve hiyerarşi içerisindeki memurlardan oluşur. Bu memurlar topluluğu, kurallarla çalışan ve otoriteyi temsil eden kimselerden meydana gelir. Bkz. Max Weber, *Bürokrasi ve Otorite*, Çev. H. Bahadır Akın, 8. Bs., Liberte Yayınları, Ankara 2017, s. 29.
- 12 Yılmaz, s. 86, 89; Soyak, s. 168; Ayrıca bkz. Friedrich A. Hayek, "Liberalizm", Çev. Ünsal Çetin, *Hayek'in Liberalizm Anlayışı* (İçinde), 1. Bs., Kesit Yayınları, İstanbul 2012, s. 49.
- 13 Benzer yönde bkz. Yılmaz, s. 95. Planlamacılığın ilk aşamalarından görülebilecek olan sosyal devlet ve hukukun üstünlüğü ilişkisi için ayrıca bkz. Ernst Rudolf Huber, "Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet", Çev. Tuğrul Ansay, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 27, S. 3, Y. 1970, s. 47-51.
- 14 Bencil – egoist-, TDK'da; "Yalnız kendini düşünen, kendi çıkarlarını herkesinkinden üstün tutan" şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. <https://sozluk.gov.tr> (14.05.2020). TDK'nın sözlüğünde de belirtildiği üzere bencil kimse kendi menfaatlerini, kendi tercihlerini yaşamın mutlak ilkesi yaparken, toplumun ya da başkalarının çıkarlarını görmezden gelir. Konu hakkında ayrıca bkz. Gürsen Topses, "Elseverlik (Alturizm) ve Benseverlik (Egoizm) Ölçeğiyle İlgili Geçerlik ve Güvenirlik Çalışması", *International Journal of New Trends in Arts, Sports & Science Education*, C. 1, S. 2, Y. 2012, s. 61-63.
- 15 Hayek, Kölelik Yolu, s. 36, 91-92. Hayek, bu konuda piyasa düzeni tehdit edenin bireysel bencillik (veya özel şirketlerin bencil davranışları) değil, örgütlü grupların bencilce davranışları olduğunu söyler. Zira yazara göre örgütlü gruplar gücünü siyasi iktidarın sağladığı yardımlar sayesinde edinir. Hayek, örgütlenme hürriyetinin bu bağlamda belli bazı sınırlarının olmadığını düşünülmesi gerektiğini de ayrıca vurgular. Bu konuda ayrıca bkz. Friedrich A. Hayek, *Hukuk, Yasama ve Özgürlük – Özgür Bir Toplumun Siyasi Düzeni*, Çev. Mehmet Öz, Türkiye İş Bakanlığı Kültür Yayınları, İstanbul 1997, s. 133-134.
- 16 Friedrich v. Hayek, *Individualism and Economic Order*, 3. Bs., The University of Chicago Press, Chicago 1958, s. 23.
- 17 Benzer yönde bkz. Yuriy Gorodnichenko/Gerard Roland, "Understanding the Individualism-Collectivism Cleavage and Its Effect: Lessons from Cultural Psychology", *IEA Conference Volume Series* (İçinde), C. 150, Y. 2012, s. 2, <https://eml.berkeley.edu/~groland/pubs/IEA%20paper.pdf> (E. 21.09.2020); Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 13. bs., Siyasal Kitabevi, Ankara 2017, s. 160; Erdoğan Keskin, *Anayasa Hukukunda Anayasacılık Düşüncesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 59. Diğer taraftan hukukun üstünlüğü mülkiyet hakkını da hürriyetin dayanağı ve başarının temel kaynağı olarak görür. Ayrıca bkz. Huber, s. 47.

Hayek'e göre bireycilik kavramı, bireye sırf insan olması sebebiyle saygı duymak, tüm tercih ve kanaatlerinin kişinin kendi meselesi olduğunu kabul etmektir. Bu bağlamda bireycilik, kişinin otonom bir varlık olduğunu bilmek ve onun bu özerk alanına saygı duymak demektir. Kişinin kendi iyisini seçmesi ve dilediği hayat tarzına sahip olması ise ilk olarak 17 ve 18. yüzyıllar arasında liberal fikirlerin ve özellikle rekabete dayalı ticari hayatın gelişmesiyle mümkün hale gelmiştir<sup>18</sup>. Düşünür'e göre ticaretin serbestliğiyle başlayan bu gelişim ve bireyselleşme bilimsel gelişmelere de büyük bir katkı sağlamıştır<sup>19</sup>.

Öyleyse liberal devlet ve hürriyet anlayışının temeli olan bireycilik, merkezi kontrol mekanizmalarıyla uyumlu değildir. Bireyciliğin gelişmesinden önce; sosyal, siyasi ve ekonomik hayatta da kuşkusuz birey yerine toplum gözetilmiştir. Hayek'e göre, birey ve onun tercihlerinin önemsenmediği yerde, çoğunluğun inançları, ahlakı ve dolayısıyla taassubu vardır. Bu durum bilimsel ve teknolojik gelişmelere engel teşkil eder. Zira tarihi tecrübeler göstermiştir ki, bireyin görüşlerinin önemsenmemesi ve hatta kimi zaman bu görüşler nedeniyle kişilerin tehlike altında kalması gelişimi engeller<sup>20</sup>. Ancak sanayinin gelişimi ve bilginin serbestçe kullanımı yeni girişimlere, isteğe bağlı tecrübelerin artmasına ve gelişmesine yol açmıştır<sup>21</sup>.

Liberal düşüncenin veya konu itibarıyla bireyciliğin neden toplumsal dogmalar ve menfaatlerin takip edilmesine oranla gelişmeyi daha çok tetiklediği sorusu, elbette akla gelebilir. Nitekim herkesin ortak çıkar gözetmesi, aynı hedefe tüm toplumun gayretini sevk etmesi ve adeta hedef birliği içerisinde oluşan kardeşlik, herkesin kendi "iyisini" takip etmesinden daha makul değil midir? Hayek'in bu tür sorular karşısında verebileceği kuşkusuz birçok cevap vardır. Örneğin bu cevaplardan birisi, liberalizmin değiştirilemez bir dogmaya, sabit prensiplere dayalı olmamasıdır. Liberal düşünce ve bireycilikte aslanan devlet ve başka bir merkezi gücün birey ve onun tercihleri üzerinde zor kullanımının olmaması ve kendiliğinden oluşan toplumsal düzenin korunmasıdır<sup>22</sup>. Dolayısıyla, bireylerin tercihlerinin ve hedeflerinin dışlanmaması temelinde birçok liberal tatbik şekli söz edilebilir<sup>23</sup>. Diğer bir ifadeyle, liberal düşünce dogmalardan uzaktır. Hayek'in ifadesiyle düşünsel olarak en kapsamlı anlamıyla farklı şekillerde karşımıza çıkabilecek bir bireycilik ve hürriyet birlikteliğidir<sup>24</sup>.

18 Hayek, Kölelik Yolu, s. 36. Bu yüzyıllarda liberal düşünce karakter kazanmıştır. Söz konusu gelişmelerle, bireysel hürriyetlerin hukukun üstünlüğü ile güvence altına alındığından söz edilebilir. Bkz. Hayek, Liberalizm, s. 34.

19 Hayek, Kölelik Yolu, s. 37. Hayek, birey hürriyetlerinin 17. yüzyıl İngiltere'sinden daha geriye götürülemeyeceğini belirtir. Ona göre hürriyet belli bir amacın ve planın sonucu olmaktan çok iktidar mücadelesinin yan ürünüdür. Buna karşılık hürriyet sağladığı faydalar nedeniyle kabule mazhar olmuştur. Bkz. Friedrich v. Hayek, *Özgürlüğün Anayasası*, Çev. Yusuf Ziya Çelikkaya, Bigbang Yayınları, Ankara 2013, s. 253-254; Yayla, s. 50; Friedrich A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, 1978, s. 162-163.

20 Hayek, Kölelik Yolu, s. 36-39.

21 Hayek, Kölelik Yolu, s. 36.

22 Hayek, Kölelik Yolu, s. 39-40; Atilla Yayla, "Hayek'in Fikir Dünyasında Liberalizm", *Hayek'in Liberalizm Anlayışı* (İçinde), 1. Bs., Kesit Yayınları, İstanbul 2012, s. 14-15.

23 Hayek, Kölelik Yolu, s. 40. Liberal toplumda birden fazla değer çeşidi bir arada yaşar. Bu değerlerin uyumlu olması gerekmediği gibi çatışması da normaldir. Bkz. Yayla, Hayek'in Fikir Dünyasında Liberalizm, s. 14.

24 Hayek, Kölelik Yolu, s. 55.

Bu dūřuncenin hakimiyet kurmasına kadar gelen sūrede herkesin uyduęu ve takip etmesi gereken prensipler, bireylerin ōęrenme arzusunu engellemiřtir. Yeni bir fikir ortaya atma dūřuncesi, ortak inançlar karřısında her zaman zayıf kalmıřtır. Ne var ki, insanın meraklı ve muhalif tabiatı, toplumsal dogmaların tartıřılabileceęinin anlaşılması ve bireycilięin geliřmesiyle birlikte, bilimsel atılımlar gerçekteřmiřtir<sup>25</sup>. Hayek'in gűrūřlerini bu baęlamda řűyle űzetleyebiliriz; insanın űnūnde bir set gibi duran tartıřmaya kapalı dogmalar karřısında, insana yeni dūřūnce dūnyasının kapılarını ačan ve istedięi tecrūbeyi yařayanları, gerektięinde ekonomik veya sosyal bazı riskleri gűze alanları koruyan, esası űzerklik olan bireycilik, elbette geliřimin anahtarıdır.

Tūm bu geliřmeler karřısında dūřūnūr yařadıęı dűnem itibariyle dūnyada ve İngiltere'de planlamacılıęın ve totalitarizmin yūkseliře geçtięine tanıklık etmiřtir. Bu nedenle de kolektivist amaçlar karřısında bireycilięin űnemli bir savunucusu olmuřtur. Hayek'in tanıklık ettięi geliřmeler hūr toplumda kendilięinden doęan dūzenin terkedilmeye bařlanmasıdır. Rekabete dayalı pazar ekonomisinin tasarlanmamıř mekanizması yerine, būtūn yűnleri dūřūnūlmūř ve tasarlanmış amaçlara, kolektif ve řuurlu bir řekilde toplumun ve ekonominin sevk ve idaresi savunulmaya bařlamıřtır<sup>26</sup>. Devletin birey yerine, toplumun refahı ve geliřimi adına ekonomiyi merkezi olarak planlaması, dięer bir ifadeyle bireyin amaçları yerine, toplumun tasarlanan amaçlara sevk edilmesi dūřuncesi yūkseliře geçmiřtir.

Bu durum, kolektivizm olarak adlandırılabilir. Yani insanların topluca belli bir amaç için hareket etmesi ve bireysel amaçlar yerine ortak hedefler uğruna birlikte çalışması kolektivizm olarak ifade edilmektedir<sup>27</sup>. Kolektivizm, birey çıkarları değil, cemaat çıkarlarını gűzetir. Bu yaklaşımda teklik, bireysellik yoktur; ancak cemaat, diğer bir ifadeyle grup vardır. Bireyler, ancak bu grupla tanımlanıp, anlam kazanabilir. Dolayısıyla insanlar, ortak bazı bağlarla birbirine bağlanmış sosyal varlıklarıdır<sup>28</sup>. Hayek bu kapsamda ayrıca kolektivizmden, ekonominin merkezileştirilmesinin, başka deyişle planlamacılığın anlaşılabilceğini dile getirir. Kendisi de bu kavramı kullanırken kimi zaman planlamacılığı kasteder. Ancak planlamacılığın daha iyi anlaşılabilmesi için kavramları ayrıca açıkladığını sűylemek kanaatimizce uygun bir tespittir<sup>29</sup>.

Neticede bűyle bir toplumda, bireyin varlıęı eritilmiřtir. Devletin mūřterek faaliyetlerinin geniřlemesiyle birlikte bireye doęrudan mūdahale edilmese bile hūrriyet alanı daraltılır<sup>30</sup>; devletin faaliyet alanı geniřledikçe, ekonomi devletin kontrolūne girer. Hayek'in belirttięi gibi bűyle bir toplumda, ki dūřūnūr Nazi Almanya'sını űrnek vermektedir, bireyin gerçekleřtirebileceęi bir

25 Hayek, Kűlelik Yolu, s. 37-38.

26 Hayek, Kűlelik Yolu, s. 43. Hayek'in kendilięinden dūzeni somut bir iradenin sonucu deęildir. Kendilięinden dūzen, somut amacı olmayan, anonim amaçları ve planlanmamıř bir seyri olan, yani spontane geliřen bir dūzeni ifade eder. Bkz. Yayla, Hayek'in Fikir Dūnyasında Liberalizm, s. 14.

27 Ayrıca bkz. Heywood, Siyaset Teorisine Giriş, s. 51.

28 Ayrıca bkz. Heywood, Siyaset Teorisine Giriş, s. 51.

29 Bkz. Hayek, Kűlelik Yolu, s. 60.

30 Hayeke gűre tehlike devletin ticari faaliyette bulunması deęildir. Onun karřı olduęu ve asıl tehlikeli olarak deęerlendirdięi devletin kontrolūnūn dar sınırlar içerisinde kalmayıp ekonomik faaliyetlerini būyūk bir kısmını kontrol altına almasıdır. Bkz. Hayek, űzgūrlūęūn Anayasası, s. 338-339; Hayek, The Constitution of Liberty, s. 227-228.

münferit amaç kalmaz. Bu durumda toplumun, dolayısıyla devletin amaçları tüm bireylerin amaçlarının üzerine çıkar<sup>31</sup>. Tasarlanan düzeni sağlamak adına belirlenen bir amacı takip etmek için hukuku bir tür araç gören planlamacılık savunucularına karşılık Hayek, hukukun belli bir amaç için yapılmadığını veya yapılamayacağını belirtir. Düşünüre göre hukuk, bireylerin önceden belirlenen amaçları takip etmesini sağlamak için değil, tersine kişilerin kendi amaçlarını gerçekleştirebilmesini sağladığı için gelişmiştir<sup>32</sup>.

Bireyin değil de toplumun menfaatlerinin ve amaçlarının en üstün konumda görülmesi, genelde sosyal adaleti sağlama gibi hemen herkesin arzu edebileceği ütopyik bir rüyanın eseridir<sup>33</sup>. Düşünüre göre, hemen herkesin bu amaç için ekonominin merkezileşmesini ve kolektif hedefleri kabullenmesi mümkün olsa bile, bu amaç için tüm olaylara yönelik önceden kuralların belirlenmesinin ve karar alınmasının belirsizlik oluşturduğunu belirtir. Yani insanlar planlamacılık üzerinde bir anlaşmaya varmış olsa da bu durum belirlenen hususi hedefler üzerinde anlaşmanın sağlandığını ya da anlaşmanın kolaylığını göstermez<sup>34</sup>. Hayek bunu, herkesin ortak bir yolculuğa çıkma konusunda anlaşmasına rağmen, yolculuğun nereye yapılacağını belirlenmemiş olmasına benzetir. Bu durumda kimileri bilmedikleri veya gitmek istemedikleri, ancak aralarından birilerinin tercih ettiği yere yolculuk etmek zorunda kalır<sup>35</sup>. Böyle bir toplumda, kolektivist toplumda, devlet tüm imkanlarıyla ve baskı tekeliyle toplumu tek bir hedefe yönlendirir. Bireyin arzu ve tercihlerinin önemsenmediği, kamu yararı veya kamu düzeni gibi belirsizlik içeren, muğlak kavramların sıklıkla kullanıldığı bu devletler, Hayek'e göre, faşizm ve sosyalizm gibi ideolojilerin benimsendiği totaliter devletlerdir<sup>36</sup>.

Böyle bir toplumda hürriyetten söz edilemez. Zira kamu yararı ve öncelik bahşedilen toplumsal ihtiyaçlar gibi kavramların ne ifade ettiği belirsizdir. Planlamaya göre belirlenen ihtiyaçların ne olduğu ve öncelik sıraları kişiden kişiye değişir. Hayek, refahın/menfaatlerin sağlanabilmesi için önce bu menfaatlerin belirli bir sıralamada tespit edilmiş olması gerektiğini vurgular. Ancak bu menfaatlerin kimler için doğru olduğunu ve herkesin müşterek menfaatinin ne olduğunu tespit etmeye yarayan bir ölçüt olmadığı gibi planlamayı yaparak, belirlenen kolektif hedeflerin herkesçe nasıl kabul edileceği de, Hayek'e göre belirsizdir<sup>37</sup>.

31 Hayek, *Kölelik Yolu*, s. 93.

32 Friedrich A. Hayek, *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük-Kurallar ve Düzen*, Çev. Atilla Yayla, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 1994, s. 169; Eamonn Butler, *Hayek*, Çev. Yusuf Ziya Çelikkaya, 2. Bs., Liberte Yayınları, Ankara 2001, s. 171. Ancak emirlere dayalı bir yönetimin ise bireylerin değil, o emirleri verenlerin kendi amaçlarını gerçekleştirmeye hizmet ettiğini belirtir. Bkz. Hayek, *Özgürlüğün Anayasası*, s. 236.

33 Hayek, *Kölelik Yolu*, s. 93-94. Eşitlik ve adalet söylemi etrafında Avrupa Kitası'nda halk ayaklanması diyebileceğimiz ayaklanmalar 1848 Devrimleri olarak adlandırılır. Bu ayaklanmalar Avrupa genelinde devletin eşitliği sağlaması, eşitliği ortadan kaldıran feodal ya da soya bağlı diğer ayrıcalıkların kaldırılmasını, herkesin asgari yaşam standardına ulaştırılması gibi çeşitli talepleri gündeme getirmiştir. Ancak bu talepler, planlamacıya yol açabilecek boyutlara ulaşmamıştır. Ayrıca bkz. Roger Price, *1848 Devrimleri*, Çev. Nail Kantemir, Babil Yayınları, İstanbul 2000, s. 23-51.

34 Hayek, *Kölelik Yolu*, s. 93-94; Bkz. Butler, Hayek, s. 172.

35 Hayek, *Kölelik Yolu*, s. 93-94. Hayek, planlamacılığı herkes kendi gibi olsun isteyenlerin daha çok tercih ettiğini belirtir. Bkz. Hayek, *Kölelik Yolu*, s. 85-86.

36 Hayek, *Kölelik Yolu*, s. 88.

37 Hayek, *Kölelik Yolu*, s. 89.

Açıklanan kolektif şartlarda bireyler tercihte bulunurken, başkalarının tercih sırasına uymaya mecbur bırakılmaktadır. Bunun yerine düşünüre göre, bireyler serbest bırakılmalı; herkes münferiden kendi amacını gerçekleştirmeye çalışabilmeli ve başkasının diktatörlüğüne, kontrolüne bırakılmamalıdır<sup>38</sup>. Bireylerin kendi iyilerini ve amaçlarını takip etmesi bireyin tamamen bireysel menfaati takip eden, egoist varlıklar olduğu anlamına gelmez. Toplumı oluşturanların elbette üzerinde anlaşmaya vardığı konular, bu bağlamda da topluca aldığı ya da alabileceği kararlar yok değildir<sup>39</sup>. Aynı toplumun fertlerinin ortak noktaları olabilir. Ortak hedefler hususunda bireyler birlikte hareket etmeyi tercih edebilirler. Bu düşünceleri desteklemek adına Hayek, bireylerin ortak noktada birleşmesinin en büyük görünümü olarak devleti gösterir. Her ne kadar devletin faaliyet alanında bireysel tercihler bazı durumlarda farklılık arz etse de belli bir noktada herkesin bazı devlet faaliyetlerinde uzlaşacağı konusunda da şüphe yoktur<sup>40</sup>. Ancak hürriyetlerin müdafaası adına karşı çıkılan husus, bireyin toplum ve toplumsal amaçlar pahasına görmezden gelinmesidir. Sonuç olarak, kolektivizm/planlamacılık tüm devlet ve toplum faaliyetlerinin belli amaçlara yönlendirilmesine neden olur<sup>41</sup>. Hayek'e göre kolektivizm bireye, planlanan hedefe ulaşmak için bir ahlaki kodu dayatmaktır; bu da serbestliğin sonu demektir<sup>42</sup>.

## II. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ ve DEVLET KONTROLLÜ YAŞAM

### A. Genel Olarak Hukukun Üstünlüğü

Hukukun üstünlüğü genel olarak bireysel hak ve hürriyetlerle, bireylerin özerk alanlarının korunması adına siyasi iktidarın önceden ilan edilen, genel, açık-anlaşılır ve benzer diğer nitelikleri haiz hukuk kurallarına uygun şekilde hareket etmesi olarak tanımlanabilir. Ayrıca hukukun üstünlüğünün sağlanmasına yönelik farklı alt ilkeler gerekli görülmektedir<sup>43</sup>. Yani devlet organlarının hukuka itaat etmesinin sağlanmasının, iktidarın keyfi davranışlarının önlenmesinin, hukuk kurallarının hürriyetleri korumak amacına hizmet etmesinin ve bireylerin toplumun bir ferdi olarak huzur içerisinde yaşamasının sağlanabilmesi için bazı araçların ve ilkelerin temin edilmesi gerekir. Örneğin bu bağlamda Fuller, hukukiliğin mükemmelliğinin sağlanabilmesi için “kanunun ilan edilmesi, genel nitelikte olması, açık ve anlaşılır olması, çelişkili olmaması, zaman içerisinde belirli bir süreklilik arz etmesi, toplum içinde gerçekleştirilmesi imkânsız olanı istememesi, geçmişe etki etmemesi ve hukuk kurallarıyla onların uygulanması arasında uyum olması gibi sekiz adet ilke gerekli görür<sup>44</sup>. Neticede

38 Hayek, Kölelik Yolu, s. 91-92.

39 Hayek, Kölelik Yolu, s. 91-92.

40 Hayek, Kölelik Yolu, s. 92; Hayek, The Road to Serfdom, s. 36. Piyasa içerisinde arz edilemeyen, bu nedenle devlet tarafından sunulması gereken birçok mal ve hizmet vardır. Bunlar halka sunulduğu zaman pek çok kişiye fayda sağlayan ve çoğu kişi tarafından talep edilen hizmetlerdir. Bkz. Hayek, Liberalizm, s. 70. Devletin bu hizmetleri sunması kaçınılmazdır. Zira devletin hiçbir faaliyetinin ya da hürriyetler üzerinde zorlayıcı etkisinin olmadığı bir toplum hayal edilemez. Bkz. Atilla Yayla, *Özgürlük Yolu*, Profil Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 43-44.

41 Hayek, Kölelik Yolu, s. 87. Liberalizme göre ise devletin eylem ve işlemlerini keyfi yapan, bu eylem ve işlemlerin bireylerin devletçe belirlenen amaçlara sevk edilmeleridir. Bkz. Hayek, Liberalizm, s. 56.

42 Hayek, Kölelik Yolu, s. 90 – 91.

43 Bkz. Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, 1. Bs., Oxford University Press, Chennai 2010, s. 333.

44 Bkz. Lon L. Fuller, *Hukukun Ahlakı*, Çev. Engin Arıkan, 1. bs., Tekin Yayınevi, İstanbul 2016, s. 53-54, 56-59. Görüldüğü



hukukun üstünlüğü gerek kuralların bazı niteliklere sahip olmasını gerekse devlet organlarının bazı kural ve ilkelere göre hareket etmesini ifade etmektedir<sup>45</sup>.

## B. Hayek'te Hukukun Üstünlüğü

### I. Genel Olarak

Hayek'in hukukun üstünlüğü düşüncesine ilişkin yaklaşımı, "hukuk" anlayışıyla paralellik arz eder<sup>46</sup>. Dolayısıyla Hayek'te hukukun üstünlüğü kendiliğinden düzen ve serbest piyasa ile yakından ilişki içerisinde. Ancak Hayek, hukukun üstünlüğüne ilişkin kapsayıcı bir kavramsal analiz yapmış değildir. Bununla birlikte her ne kadar bir sonraki başlıkta kapsamlı olarak ele alınacak olsa da düşünür, hukukun üstünlüğünü genel olarak, siyasi iktidarın eylemlerini önceden ilan edilmiş kurallara uygun şekilde gerçekleştirmesi olarak ele alır<sup>47</sup>.

Hayek'in hukukun üstünlüğü düşüncesi temelde iktidarı, bireyin özerk alanı ve kendiliğinden düzenin korunması karşısında kontrol altında tutmayı hedefler. O, bu amaca yönelik olarak ilkenin sağlanabilmesi adına kuralları genellik ve belirlilik bakımından bir nevi teste tabi tutar<sup>48</sup>. Hayek'in kuralların genelliği ve belirliliğine ilişkin hassasiyeti, onun ilkeyi yalnızca biçimsel olarak ele aldığı düşünülmesine yol açmıştır. Örneğin Aktaş, Hayek'in anlayışının kuralların içeriğiyle değil,

üzere altıncı ilke hariç diğerleri şekle ilişkin şartlardır. Ancak Fuller'in bu ilkeleri gerekli görmesindeki maksat, hukukun iç ahlakiliğinin bu ilkelere sağlanacağına inanmış olmasıdır. Fuller, kanunların bu ilkelere bir tanesine bile uygun olmaması halinde kötü bir hukuk sisteminin ortaya çıkmasından öte, hukuk sisteminin varlığından bile söz edilemeyeceğini söyler. Dolayısıyla bir hukuk sisteminin varlığından söz edilebilmesi için hukuk kurallarının sekiz adet ilkeye uygun olması gerekir. Bkz. Fuller, s. 54; Vahdet İşsevenler, "Hukukun Erdemi ve Fuller'in Ahlakları", *İÜHFİM*, C. LXXIV, S. 2, Y. 2016, s. 578. Bu gereklilikler birçok düşünür tarafından farklı ilkelerin benimsenmesi şeklinde anlam bulmuştur. Butler de Fuller'e benzer şekilde, hukukun üstünlüğünü bazı kalıcı ilkelere dayandırmaktadır. Çünkü ona göre, hukukun üstünlüğü tabii adaletin teminatıdır. Butler, eşit ve adil yargılanma hakkı, bağımsız hâkim ve savcılarının varlığı, tarafsız mahkemeler, duruşmasız uzun süre tutuklu kalmama, hiç kimsenin suçluluğu ispat edilmeden suçlu sayılmayacağı ve kanunların açık ve sürekli olması gibi bazı alt ilkeleri gerekli görür. Bkz. Eamonn Butler, *Özgür Toplumun Temelleri* (Çev. Hakan Şahin), 1. bs., Liberte Yayınları, Ankara 2016, s. 137. Yine, Peter Rijkema da benzer şekilde her hukuk sisteminin veya kurallarının varlığını, hukukun üstünlüğünden ayrı değerlendirir. Ona göre, hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için bazı asgari şartların sağlanmış olması gerekir. Rijkema'ya göre bu şartlar, hukuk kurallarının açık ve anlaşılır olması, makul bir süre istikrarlı, genel olması, toplum için imkânsız olanı istememesi ve kanunların birbirleriyle çelişmemesidir. Bkz. Peter Rijkema, "The Rule Of Law Beyond Thick and Thin", *Law and Philosophy*, S. 32, Y. 2013, s. 799-802.

45 Hayek ise hukukun üstünlüğü ilkesinin teoriden uygulamaya geçmesinin ancak 18. yüzyılda mümkün olduğunu belirtir. Ona göre, 1701'de Act of Settlement ile birlikte hakimlere bağımsızlığın sağlanması, yasamanın keyfi hareket etmesini önlemeye ve kuvvetler ayrılığının yeniden önem kazanmasını sağlayan 1706 son Bill of Attainder kararının geçtiği dönem, hukukun üstünlüğüne dair ilkelerin gelişmesi dönemidir. Bkz. Hayek, *Özgürlüğün Anayasası*, s. 265-266. Bill of Attainder; bir kişinin yargılanması yapılmadan kanunla suçlu ve/veya hain olarak ilan edilmesidir. Bkz. <https://www.dictionary.com/browse/bill-of-attainder>, (24.05.2020).

46 Sururi Aktaş, *Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi*, 2. Bs., Liberte Yayınları, Ankara 2018, s. 165.

47 Aktaş, *Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi*, s. 165; Bkz. Hayek, *The Road to Serfdom*, s. 78.

48 Benzer yönde bkz. Aktaş, *Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi*, s. 166. Doktrinde birçok yazar kuralların genel nitelikte olması gereği üzerinde durur. Örneğin Fuller, insan davranışlarını yönlendirecek bir sistemde il olarak kuralların olmasını ve bu kuralların da genel nitelikte olmasını gerekli görür. Fuller, s. 62; Sururi Aktaş, *Prosedürel Doğal Hukuk-Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı*, 1. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 17.

şekli özellikleriyle ilgili olduğunu belirtir<sup>49</sup>. Ancak Hayek, bireyi hür kılan kanunun yalnızca şekli anlamda kanun olmadığını dile getirir. Ona göre, burada bahsi geçen kanun maddi anlamdan kopuk olmayan kanundur. Zira özel amaçları gerçekleştirmeye yarayan kanunların sırf yasama organından çıkışmış olması bizi hür kılmaya yetmez. Bu tür kurallar yalnızca baskı araçları olarak görülebilir<sup>50</sup>. Dolayısıyla Hayek bir hürriyetperver olarak, kanunların yalnızca bazı niteliklere sahip olmasını ve kanunların yasama organınca yapılmasını yeterli görmüş olamaz<sup>51</sup>. Bununla birlikte şu tartışmasız bir gerçektir ki Hayek düşüncesinde kuralların, sosyal ve ekonomik eşitliği sağlaması gibi bir amacı da yoktur<sup>52</sup>.

## 2. Hayek'te Hukukun Üstünlüğünün Gereklere ve Hürriyet

Hayek hukukun üstünlüğüne dair görüşlerini bireysel hürriyetler ve rekabete dayalı ekonomi üzerinden hareketle ele alır. Hayek'e göre hukukun üstünlüğü hür bir toplum ile hür olmayan toplum arasındaki farktır. Diğer bir ifadeyle hukukun üstünlüğü, hür bir toplumla hür olmayan toplumu birbirinden ayırır<sup>53</sup>.

Hayek'e göre hukukun üstünlüğü, başta siyasi iktidarın bütün faaliyetlerinin belirli ve önceden ilan edilen kurallara bağlı olmasıdır. Dolayısıyla hukukun üstünlüğü, bireylere iktidarın eylem ve işlemlerinin gelecekte nasıl olacağı yönünde bir tür öngörülebilirlik sağlar<sup>54</sup>. Zira belirlenmiş hukuk kuralları belli hal ve şartlarda hükümetin eylemlerinin ne olacağını önceden tespit eder. Düşünüre göre bu kurallar soyut, kişilik dışı, yani genel olmalıdır. Somut olarak bilinemeyecek, herkesin her an karşılaşabileceği durumlara uygulanmaya yönelik olmalıdır. Kuralların bu nitelikte olması, bireylerin geleceği öngörerek geleceklere ilişkin amaçlarını ve eylemlerini belirlemelerini ve bunları takip etmelerini sağlar<sup>55</sup>. Bu kurallar, aynı zamanda genel nitelikte olmaları bağlamında, onların hangi

49 Aktaş, Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi, s. 166. Hayek kanunların bireylere herhangi bir amaç dayatmaması gerektiğini belirtir. Aktaş da diğer bir eserinde, Hayek'in hukuku üstünlüğü anlayışının kanunların içeriğiyle tamamen ilgisiz olmadığını ifade eder. Bkz. Sururi Aktaş, "Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış", *YBHD*, Sayı 2020/1, s. 18-19.

50 Hayek, Özgürlüğün Anayasası, s. 244. Hayek, kanunların varlığı gerekli olsa da bu yeterli değildir. Kanunların ayrıca bazı nitelikleri haiz olması Hayek'in hukukun üstünlüğü düşüncesinde bir gerekliliktir. Bkz. Aktaş, Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış, s. 19.

51 Ayrıca bkz. Hayek, Özgürlüğün Anayasası, s. 242-245.

52 Aktaş, Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi, s. 166. Konuya ilişkin değerlendirme ve açıklamalar için ayrıca bkz. Aktaş, Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış, s. 19.

53 Hayek, Kölelik Yolu, s. 107; Hayek, The Road to Serfdom, s. 75-76; Friedrich A. Hayek, "Liberal Bir Sosyal Düzenin İlkeleri", *Hayek'in Liberalizm Anlayışı* (İçinde), 1. Bs., Kesit Yayınları, İstanbul 2012, s. 85; Aktaş, Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış, s. 17.

54 Hayek, Kölelik Yolu, s. 107; Hayek, Özgürlüğün Anayasası, s. 336; Hayek, The Road to Serfdom, s. 75-76. Kuralların belirliliğini, bireylerin davranışlarını yönlendiren kuralların herkesin erişebileceği şekilde ilan edilmesi ve en azından toplumun makul bir kesimi tarafından anlaşılabilecek nitelikte olması olarak tanımlayabiliriz. Aksi halde bireylerin erişemediği veya anlayamadığı kurallara muhatap tutulmaları hukukun değil, kişinin ve baskının yönetimine yol açar. Konuya ilişkin ayrıca bkz. Keskin, s. 221-225.

55 Hayek, Kölelik Yolu, s. 111; Hayek, The Road to Serfdom, s. 75-76; Konu hakkında ayrıca bkz. Hayek, Liberalizm, s. 55; Hayek, Liberal Bir Sosyal Düzenin İlkeleri, s. 92; Yayla, Özgürlük Yolu, s. 42-64; Aktaş, Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış, s. 17. Öngörülebilirlik, bireylerin kendilerine uygulanacak kuralları bilerek geleceğe yönelik hazırlık yapabilmesini, tercih ve eylemlerini yönlendirebilmelerini sağlar. Bkz. Erdoğan, Anayasal Demokrasi, s. 118; İsmail

özel amaçlara hizmet edeceği, kimin menfaatine veya kimin zararına yol açacağı bilinemediğinden, tüm insanların “muhtemel iyiliği”ne hizmet eder. Birilerinin iyilerini ve amaçlarını tercih etme, yani koruma amacından oldukça uzaktır<sup>56</sup>.

Hayek'in kuralların belirliliğinden ve kişilik dışı olmasından beklediği fayda bireylerin serbestçe geleceklerini tayin edebilmeleridir. Bu serbestlik kişileri hür kılar; gelecekte kişilerin hangi iyileri ve eylemleri takip edebileceği konusunda bir güvence sağlar<sup>57</sup>. Ancak bu serbestlik sınırsız bir hareket alanını ifade etmez. Düşünürü göre, rekabete dayalı, liberal ekonomi ve hürriyet anlayışındaki birliktelik, esasen baskıcı müdahaleleri dışlasa da devletin müdahalelerini tamamen dışlamaz. Dolayısıyla liberal düşünce devletin bazı hallerdeki faaliyetleriyle uyumludur<sup>58</sup>. Diğer bir ifadeyle kurallar bazı durumlarda bireylerin kullanabilecekleri araçları sınırlandırabilirler<sup>59</sup>. Buna göre herkese eşit şekilde uygulanan genel ve soyut kurallar hürriyetlerin sınırlandırılmasına yol açabilir. Ancak Hayek'e göre, bu niteliklere sahip kuralların hürriyet rejimini ciddi ölçüde sınırlandırması düşük bir olasılık olmasının yanında bu kurallar yalnızca yönetilenler için sorumluluk doğurmaz<sup>60</sup>. Bu kurallar aynı zamanda yönetenler üzerinde de sorumluluk ve bağlayıcılık doğurur; herhangi bir kimse ya da grubun da kayırılmasını ve imtiyazlı kılınmasını tamamen dışlar<sup>61</sup>.

Görüldüğü üzere Hayek devletin bazı durumlarda müdahil olmasını gerekli görür<sup>62</sup>. Bu konuda bazı örnekler verir. Örneğin, zehirli madde kullanımının yasaklanması, hastane yapımının öngörülmesi, çalışma saatlerinin düzenlenmesi gibi kamu sağlığı ve düzenine ilişkin temel meseleleri devlet düzenler. Ona göre piyasadaki rekabet de kamu hizmeti mantığıyla uyumsuz değildir. Önemli olan devlet faaliyetlerinin rekabeti işleme kılmaması ve anlamsız getirmemesidir<sup>63</sup>.

Köküsarı, *Anayasa Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 138; Keskin, s. 225.

56 Hayek, *Kölelik Yolu*, s. 111; Hayek, *The Road to Serfdom*, s. 77-78. Ancak Hayek genel kuralların değil, genel olmayan emirlerin onları çıkaran kişi ya da grupların kendi amaçlarına hizmet ettiğini belirtir. Bkz. Hayek, *Özgürlüğün Anayasası*, s. 236. Kuralların genelliği, kuralların özel durumlara ve ihtiyaçlara göre tasarlanmasının önündeki bir engeldir. Fuller, s. 62; Aynı yönde bkz. Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, 1. bs., Sevinç Matbaası, Ankara 1965, s. 14-15; Keskin, s. 219.

57 Hayek, *Kölelik Yolu*, s. 111; Hayek, *The Road to Serfdom*, s. 75-76; Yayla, *Hayek'in Fikir Dünyasında Liberalizm*, s. 12. Bu kapsamda Boudreaux, otoyal kurallarını örnek verir. Örneğin trafik ışıkları sürücülerin nereye gideceğine karar verme amacına sahip değildir. Ancak trafik ışıkları sürücülerin yolculuğunu güven içinde tamamlamalarını hedefler. Dolayısıyla hukukun üstünlüğü bağlamında kanunlar ancak bu şekilde bireylerin özerk alanını muhafaza etmeyi hedeflemelidir. Bkz. Donald J. Boudreaux, *Yeni Başlayanlar İçin Hayek*, Çev. İlkay Yılmaz, Liber Plus Yayınları, İstanbul 2017, s. 47-51.

58 Hayek, *Kölelik Yolu*, s. 63; Yayla, *Özgürlük Yolu*, s. 44. Herkes için eşit şekilde hürriyetin korunması gerekir. Burada hürriyet sınırsız bir hareket alanı sunmaz. Liberalizmin anarşizmden farkı da burada ortaya çıkar. Bkz. Hayek, *Liberalizm*, s. 53.

59 Hayek, *Kölelik Yolu*, s. 108; Butler, Hayek, s. 171. Bu müdahaleler, somut amaçları elde etmek için yapılmaz. Hür toplum düzeninde yapılan müdahaleler herkesin eşit şekilde hür olmasını sağlamak için yapılır. Hürriyetin anlamı da bireyin keyfi müdahalelerden korunmasından başka bir şey değildir. Bkz. Yayla, *Hayek'in Fikir Dünyasında Liberalizm*, s. 11-12.

60 Hayek, *Özgürlüğün Anayasası*, s. 242; Butler, Hayek, s. 171-172.

61 Hayek, *Özgürlüğün Anayasası*, s. 242; Hayek, *Liberalizm*, s. 64-65; Hayek, *The Road to Serfdom*, s. 78.

62 Hayek, *Kölelik Yolu*, s. 64-69; Hayek, *Liberal Bir Sosyal Düzenin İlkeleri*, s. 90.

63 Hayek, *Kölelik Yolu*, s. 64-69. Devlet, yol, köprü veya salgınla mücadele gibi sosyal ve ekonomik hayatı yakından ilgilendiren konularda faaliyet yürütebilir. Ancak devlet, kesinlikle rekabete engel olmamalı, özel teşebbüslerce yapılabilecek tüm faaliyetleri özel teşebbüslere bırakmalıdır. Bkz. Yayla, *Hayek'in Fikir Dünyasında Liberalizm*, s. 20.

Zira Hayek'in hukuk ve hukukun üstünlüğü anlayışında devlet yalnızca negatif edimle yükümlü değildir. Ancak rekabetin işleyebilmesi için bir hukuk düzenine sahip olunması ile devletin yükümlülüğün yalnızca negatif olması yeterli değildir. Devletin ayrıca olumlu edimde bulunması da gerekir<sup>64</sup>. Örneğin, rekabete konu olamayacak faaliyetlerde ve mülkiyetin kullanımından kaynaklı verilen zararların tazmin ettirilmesi gibi konularda devletin dahli gerekir. Bu durumlarda rekabetten başka yollara gerek vardır. Benzer şekilde trafik ışıkları, yollar ve ağaçlar vb. hizmetlerden yararlananlardan, bu hizmetleri sürekli kullananlardan para talep edilemez. Yine fabrika dumanları gibi nedenlerden, girişimcinin sürekli tazminat ödemesi de beklenemez<sup>65</sup>. Bu tür konularda devletin olumlu edimde bulunması, bazı hizmetleri bizzat sunması ve gerekli önlemleri alması gerekir<sup>66</sup>. Hayek'e göre devletin diğer bazı pozitif edim yükümlülüklerinden bir kısmı şöyledir; etkili rekabet için şartlar oluşturmak, rekabetin işlemez olduğu hallerde yeni metotları geliştirmek, maliyeti karşılayamayacağı için kimsenin kalkışmayacağı nitelikteki hizmetleri sunmak; ancak bu durumda da yine rekabet korunmalıdır. Zira devletin olumlu edimde bulunabileceğinin kabul edilmesi bu rekabetin kaldırılabilir olduğu anlamına gelmez.<sup>67</sup>

Buna rağmen Hayek'e göre hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi ve dolayısıyla bireysel hürriyetlerin korunabilmesi için yürütmeye geniş takdir alanı bırakılmamalıdır. Ona göre, hukukun hakim olduğu bir rejimde hükümet – devlet – ani tedbirlerle bireylerin gayretlerini ve eylemlerini sınırlandıramaz<sup>68</sup>. Kurallar önceden belli olduğundan herkes serbest bir şekilde kendi bireysel amaçlarını ve iyilerini bu kurallara uygun olarak serbestçe takip edebilir ve hükümet bireylerin kazanımlarını ellerinden alamaz<sup>69</sup>. Bu bakımdan iktidarın müdahale edebileceği alan oldukça sınırlı olmalıdır.

Ancak planlamacılığı savunanlar, ki Hayek yaşadığı dönem itibarıyla bu kişilerin arttığını sıkça belirtir, kendiliğinden oluşan düzenin terkedilmesine neden olmuşlardır. Dönem koşullarında pazarın gayri şahsi, tasarlanmamış mekanizması yerine bütün yönleri düşünülmüş ve kararlaştırılmış; kolektif ve şuurlu bir şekilde herkesin sevk ve idaresi savunulmuştur<sup>70</sup>. Hayek planlamacılığı savunanların ekonomik hayatın daha karışık hal aldığı, rekabetin bunu karşılamaya el vermediği iddiasına karşılık, karmaşıklık ve meselelerin bütününe nüfuz edilebilmenin planlamacılıkta daha zor olduğunu söyler. Bu nedenle planlamacılığı – merkezileştirilmiş ekonomiyi – değil, âdem-i merkezizetiçiliği gerekli görür. Bu, devlet faaliyetlerinin merkezden yerele indirgenmesi demektir. Yoksa devletin tamamen dışlandığı anlamına da gelmez<sup>71</sup>.

64 Hayek, Kölelik Yolu, s. 64-69.

65 Hayek, Kölelik Yolu, s. 65-66.

66 Hayek, Kölelik Yolu, s. 65-66; Ayrıca bkz. Bkz. Yayla, Hayek'in Fikir Dünyasında Liberalizm, s. 20; Hayek, Liberal Bir Sosyal Düzenin İlkeleri, s. 90.

67 Hayek, Kölelik Yolu, s. 65-66. Ancak devlet özel teşebbüslerce yapılacak bir faaliyet alanına girmemelidir. Devlet, yalnızca özel teşebbüsün çeşitli nedenlerle faaliyette bulunmadığı alanlarda hizmet sunmalıdır. Bu hizmetler ise merkezi otoritelerce değil, mümkün olduğu ölçüde yerel yönetimlerce sunulmalıdır. Bkz. Bkz. Yayla, Hayek'in Fikir Dünyasında Liberalizm, s. 20.

68 Hayek, Kölelik Yolu, s. 108. Hayek'e göre, iktidarın anlık emirleriyle yönetilen toplumlar hür değildir. Hürriyet ancak, sonuçları öngörülebilir, genel ve soyut kurallarla yönetilen toplumlarda mümkün olabilir. Bkz. Ronald Hamowy, "Friedrich A. Hayek", Çev. Atilla Yayla, *Hayek'in Liberalizm Anlayışı* (İçinde), 1. Bs., Kesit Yayınları, İstanbul 2012, s. 29.

69 Hayek, Kölelik Yolu, s. 108.

70 Hayek, Kölelik Yolu, s. 43.

71 Hayek, Kölelik Yolu, s. 77-78; devletin bütün sosyal ve ekonomik faaliyetlerden dışlanması mümkün değildir. Ancak

Zira liberal düşüncede serbest rekabet, kuralların önceden ve soyut olarak belirlenmesi bağlamında planlamanın aksine bireylere serbest hareket alanları sunar. Kaldı ki liberal düşüncenin kendisi dahi dogmatik değildir ve farklı görünümle uyumludur. Bu yaklaşım açısından önemli olan serbestliğin ve rekabetin korunması; zorlayıcılığın – müdahaleciliğın – dışlanmasıdır<sup>72</sup>. Hukukun, düzeni bu kapsamda sağlaması beklenir. Hayek, planlamanın serbestliği ortadan kaldıracağını savunarak, hukukun yönetimi altında kimsenin korunmadığı ya da başkasının tercih ya da iyilerinin başkasına dayatılmadığı bir hukuk ve toplum düzenini gerekli görür. Ona göre satımı meşru malları herkes alıp satabilmeli, fiyat serbest olmalı, herkes dilediği işte çalışabilmelidir<sup>73</sup>.

Planlamacılar göre, herkesin kendi amaçlarının peşinden gitmesinin engellenmesi toplumsal menfaatlerin korunması ve herkesin bu amaca sevk edilmesinin ekonomik ve sosyal gelişmeler bakımından nice faydaları vardır. Ancak Hayek'e göre, hürriyete karşı yapılan zorlamalar ve yasaklamalar büyük faydalar sağladığı gibi zarar da vermiyor olsa dahi gelecek açısından hürriyet rejimine sadık kalınmalıdır<sup>74</sup>. Zira adil olduğu düşünülen bir heyete veya kişiye tüm yetkiler verildiği zaman insanların tüm hakları o kişinin eline geçer ve bir gün o kişi ya da kişilerin baskı kuracağı korkusu bireylerin her an aklında yer tutar<sup>75</sup>. Dolayısıyla hürriyetten fedakârlık yapılmasıyla sınırlama kapısı açıldığı zaman artık kapatmak çok zor olacağından, hürriyet rejiminden asla taviz verilmemelidir. Hayek'e göre, zarara uğramak pahasına (ekonomik veya eşitlik yönünden) otonomi ve hürriyet rejimini korumak gerekir. Zira hiçbir eşitlik söylemi ve ekonomik gelişme, hürriyeti feda etmeye değmez. Hürriyetimizi korumak istiyorsak da bunun bedelini ödemeliyiz<sup>76</sup>.

Nihayet birey hiçbir kontrol mekanizması olmadan kendi eylemlerini belirleyebilmelidir. Bu bakımdan kişinin seçim yapabilmesi, yine kanaatimizce paralel olarak irade hürriyeti, oldukça önemlidir. Bazen seçme hürriyetimizi korumak pahasına yüksek bedeller ödememiz gerekse de, Hayek'e göre "hürriyet" daha sonraki gelişmelerin kaynağıdır. Uzun vadede gelişim bu serbestliğe ve çeşitliliğe bağlıdır. Yine de her zaman, hürriyet gelişme doğurur demek değildir. Ancak düşünür'e göre, hürriyetin faydası gelişim alanını her zaman hazır ve açık tutmasıdır<sup>77</sup>. Yani hür bireyler her zaman yeni girişim ve tecrübeleri korkusuzca gerçekleştirebilirler. Nitekim Hayek'e göre bilimsel gelişmeler ve düşünce hürriyeti, ancak kişilerin düşüncelerini açıkça ifade edebilmesine bağlıdır. Dolayısıyla bireyler farklı görüş ve bilgilerle

mümkün olduğu kadar özel teşebbüslerin faaliyet alanına girilmemeli ve devletin müdahil olduğu durumlarda da olabildiğince yerel yönetimler ön plana çıkarılmalıdır. Bu hususta bkz. Bkz. Yayla, Hayek'in Fikir Dünyasında Liberalizm, s. 20-21.

72 Hayek, Kölelik Yolu, s. 39. Adaletin sağlanması adına dağıtıcı adalet, kimi liberallere dahi cazip gelmektedir. Ancak böyle bir adalet anlayışının planlamanın gerektirdiği bir gerçektir. Oysa hürriyet düzeni veya kendiliğinden düzen müdahale ve planlamanın bağdaşmaz. Onun yerine bu düzenin korunabilmesi için tek bir ihtiyaçlar hiyerarşisi ya da düzeni değil, çeşitli ihtiyaçların ve amaçların korunması gerekir. Bunun aksi bireyleri, planlamanın içerisinde otoritenin emirlerine itaat etmeye mecbur kılar. Bkz. Hayek, Liberalizm, s. 64.

73 Hayek, Kölelik Yolu, s. 62-63.

74 Hayek, Kölelik Yolu, s. 82.

75 Dolayısıyla hiçbir siyasi iktidar güvenilir değildir. Bu hususu ilk kez Lord Acton, "Güç yozlaştırır, mutlak güç mutlaka yozlaştırır" ("Power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely"), şeklinde ifade etmiştir. Konuya ilişkin bkz. Brian Martin, "Power Tends to Corrupt", *Philosophy and Social Action*, C. 16, S. 3, Y. 1990, s. 3-5; Lord Acton ve ifadesi için bkz. <https://www.phrases.org.uk/meanings/absolute-power-corrupts-absolutely.html> (E. 16.04.2019); Keskin, s. 61.

76 Hayek, Kölelik Yolu, s. 82.

77 Hayek, Kölelik Yolu, s. 82.

karşılaşabilmelidirler. Sonuç olarak, bireylerin serbestliği düşünce dünyasının temelini teşkil eder. Buna karşılık planlamacılık, akli da planlayarak geliştirmeye çalışır, ancak bunu yaparken aslında akli geliştirmek yerine onu köreltir. Düşünüre göre, aklın gelişimi sosyal bir sürece bağlıdır. Bu sosyal süreç kişilerin serbestçe tartışabilmelerini ifade eder<sup>78</sup>. Bu kapsamda hukukun üstünlüğü, birey hürriyetinin güvencesidir.

### **C. Hayek'te Hukukun Üstünlüğü ile Planlamacılık**

#### **1. Genel Olarak**

Hayek yaşadığı dönemde İngiltere'de ekonominin devlet kontrolüne alınması gerektiği ve bu sayede sosyal adaletin sağlanacağı düşüncelerine karşı güçlü mücadeleler vermiştir. Çalışmalarında iktisadi hürriyetin sosyal ve ekonomik gelişmeler ile bireysel hürriyetlerin teminatı ve temeli olduğunu önemle vurgulamıştır. Ancak dönemi içerisinde Hayek'in görüşleri kimilerince beyhude bir çaba olarak değerlendirilmiştir. Ne var ki onun bu konudaki görüşleri, zamanını aşmıştır ve bugün dahi dikkate alınmaya değer niteliğini korumaya devam etmektedir. Çalışmanın bu kısmında Hayek'in hukukun üstünlüğü ve planlamacılık eksenindeki görüşlerini özellikle "Kölelik Yolu" isimli eseri rehberliğinde değerlendirerek, merkezileştirilmiş bir ekonomi düzeninde hukukun üstünlüğünün konumunu inceleyeceğiz.

#### **2. 'Planlamacı' Bir Devlette Hukukun Üstünlüğü Anlayışının Olabilirliğine Dair**

Hayek'e göre bir hukuk düzeni kurup, üretimi ferdi teşebbüse bırakan sistemle, üretimi merkezi otoriteye bırakan sistem arasındaki fark, hukukun hakimiyeti ile keyfi idare sistemi arasındaki farkın özel bir görünümüdür<sup>79</sup>. Hayek bunu ayrıca açıklar. İlk seçenekte mevcut kaynakların hangi şartlarda işletilebileceğini iktidar tespit eder. Ancak kaynakların hangi amaç için kullanılacağını kararlaştırmak bireylerin hakkıdır. İkinci seçenekte hükümet üretim vasıtalarının belli amaçlar için kullanımını emreder<sup>80</sup>. İki seçenek arasında fark bağlamında diğer kıstasa göre, hukuk rejiminde sabit kaideler konulur. Bu kuralların kimin menfaatine olduğu, ikinci seçeneğin aksine birinci seçenekte, belli değildir. Yani kanunlar, belli bir grubun yararına olacak şekilde özel çıkarılmamıştır. Kanunlar özel ihtiyaçların tatminine ve kuralların somut amaçlara yönelmesine hizmet etmez<sup>81</sup>.

78 Hayek, Kölelik Yolu, s. 215. Müdahalenin bulaşıcı bir süreç olduğu unutulmamalıdır. Bir alana yapılan müdahalenin başka alanlara yayılmasının önünde herhangi bir engel yoktur. Bkz. Yayla, Hayek'in Fikir Dünyasında Liberalizm, s. 13. Bu bakımdan açık fikirlilik, ancak bireylerin müdahaleden korunması halinde gerçektelebilir. Bilginin keşfi de bireylerin açıkça kendilerini ifade edebildiği durumlarda ortaya çıkabilir. Dolayısıyla gelişim, bu bilgi akış sürecine bireyin dahil olduğu oranda geçektelebilir. Bkz. Hayek, Liberalizm, s. 75.

79 Hayek, Kölelik Yolu, s. 108-110; Hayek, The Road to Serfdom, s. 75-78. Hürriyetin varlığı özel mülkiyetle anlam kazanır. Özel mülkiyet veya hürriyetlerden birisinin eksikliği diğerini anlamsız kılar. Bu bakımdan birey, piyasa içerisinde serbestçe teşebbüste bulunabilmeli, baskıya maruz kalmadan mülkiyeti üzerinde tasarruf yetkisini kullanabilmelidir. Devletin bireye müdahalesi ise ancak çoğulculuğu ve herkesin hürriyetini korumayı sağlamaya yönelik olmalıdır. Aksi halde devlet mülkiyeti kontrol ederse hürriyeti ortadan kaldırır. Bu bakımdan bireylerin kendi amaçlarına sahip olması ve serbestçe teşebbüste bulunabilmesi korunmalıdır. Bkz. Yayla, Hayek'in Fikir Dünyasında Liberalizm, s. 14-15.

80 Hayek, Kölelik Yolu, s. 108-110; Hayek, The Road to Serfdom, s. 75-78.

81 Hayek, Kölelik Yolu, s. 108-110; Hayek, The Road to Serfdom, s. 75-78; Ayrıca bkz. Hayek, Liberalizm, s. 63-67; Hayek, Liberal Bir Sosyal Düzenin İlkeleri, s. 86.

Hayek'e göre kolektivizm-planlı iktisat hukuk rejiminin tamamen zıddıdır. Dolayısıyla devlet müdahaleleri hukukun üstünlüğüyle bağdaşmaz<sup>82</sup>. Nitekim planlayıcı, ilan edilen genel kurallarla kendini sınırlamaz. Planlayıcı halkın ihtiyaçlarından acil olanları ilk olarak seçmek suretiyle ihtiyaçları karşılamayı amaçlar. Bunu yapabilmek için de bir ihtiyaçlar hiyerarşisi kurmak ve farklı ihtiyaçlar arasından tercihte bulunmak zorundadır<sup>83</sup>. Örneğin işletilecek madenleri seçmek, işletilecek otobüs sayısını belirlemek, ayakkabı fiyatını belirlemek gibi irili ufaklı tüm üretim ve hizmet konularını düzenlemesi gerekir. Bu gibi konularda genel kural konulamayacağından bunlara ilişkin önceden karar almak da, Hayek'e göre oldukça zordur. Bu nedenle düşünür'e göre, böyle durumlarda – önceden kural konulamadığından çoğu kez anlık karar almayı gerektiren hallerde – yapılacak tercihler birilerinin menfaatine diğerlerinin zararına sonuçlar doğurur. Böyle bir farklılaşma ise yeni bir – ayrıcalıklı – sınıfın doğuşuna yola açar<sup>84</sup>.

Hayek, bu iddialarını şu şekilde ispata kalkar: ilk olarak, hukukun üstünlüğünde devlet sadece genel durumlara genel kurallar koyar. Bu durumda devlet bireylerin amaçlarını ve tercihlerini yönlendiremez<sup>85</sup>. Bireyler önceden belirlenen kurallar çerçevesinde planlarını tatbik edebilir. Oysa devlet bireyi belli amaçlara sevk eder ve onları zorlarsa, devlet tüm amaç ve şartlar kapsamında idari eylemleri önceden bilemediği için ilan da edemez. Çünkü çoğu kez bilgiler anlık gelişmelere bağlıdır. Dolayısıyla devlet müdahaleciliğini artırdıkça bireylerin de serbest hareket etme alanı daralır ve bireyler plan yapamaz hale gelir<sup>86</sup>.

İkinci olarak Hayek'e göre, devlet her şeyi planlıyor ve gayri şahsi girişimler yerine her şeyi tasarlıyorsa bireylere tercih yani seçme hakkı tanımıyor demektir. Tüm alanları önceden planlayan devlet, neticelerini öngörebildiği hallerde kendisi bazı tercihler yapmıştır. Hemen her konuda tercihleri belirleyen devlet olunca da hukukun üstünlüğünün sağladığı hürriyet düzeninin aksine merkezileştirilmiş düzende devletin mesele ve taraflar arasında tarafsız kalması beklenemez<sup>87</sup>. Çünkü devlet belli amaçların gerçekleşmesini bizzat hedeflemektedir. Bu durumda Hayek amacın gerçekleşebilmesi için devletin, kişilere bu amaçları zorla kabul ettirme ve kişileri kendi tercihlerinden vazgeçirme yoluna gideceğini belirtir. Kanunlar da bu tür rejimlerde belirlenmiş hedefleri gerçekleştirmek için bir baskı aracı halini alır. Böyle olunca da devlet insanın korunması ve gelişimi için kurulan bir yapı olmaktan çıkar<sup>88</sup>. Bunun aksine devlet ve onun tercihleri amaç halini alır. Dolayısıyla Hayek, Nazi devleti gibi kolektivist devletlerde devletin kendi iyilerini, yani ahlaki ya da gayri ahlaki olarak belirlediklerini bireylere dayatırken, liberal devletlerin ise böyle olmadığını

82 Ayrıca bkz. Aktaş, Aktaş, Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi, s. 170.

83 Hayek, Kölelik Yolu, s. 110.

84 Hayek, Kölelik Yolu, s. 110; Hayek, The Road to Serfdom, s. 85. Kuşkusuz birilerinin durumunun iyileştirilmesi ve onların konularının yükseltilmesi demek, diğer başka grupların konularındaki olası değişiklikleri önlemeye de yol açar. Bkz. Hayek, Liberal Bir Sosyal Düzenin İlkeleri, s. 102-103. Hayek, ayrıca, örgütlü grupların, menfaat gruplarının, mal ve hizmetlerinin miktarına karar verme yetkisiyle donatılmasının toplumun çıkarına aykırı olacağını belirtir. Bkz. Hayek, Özgür Bir Toplumun Siyasi Düzeni, s. 137 vd.

85 Hayek, Kölelik Yolu, s. 112; Bkz. Yayla, Hayek'in Fikir Dünyasında Liberalizm, s. 12.

86 Hayek, Kölelik Yolu, s. 112; Hayek, The Road to Serfdom, s. 75-77.

87 Hayek, Kölelik Yolu, s. 113; Hayek, The Road to Serfdom, s. 75-77.

88 Hayek, Kölelik Yolu, s. 113.

belirtir. Daha açık bir ifadeyle liberal devlet, bir iyiler manzumesi benimseyip bireyleri kontrol ederek onlara bu iyileri dayatma yoluna gidemez<sup>89</sup>.

Bireylerin hürriyet alanını koruma amacına sahip olan hukukun üstünlüğü, herkesin kanun önünde eşitliği esasına dayanır. Ancak planlamacılık söz konusu olduğu zaman kim, neye sahip olabilir, insanların serveti ne olabilir veya ne olamaz gibi bütün ekonomik konular kanunla düzenlenir. Tüm ekonomik faaliyetlerin kanunla düzenlenmesi de düşünüre göre, imtiyazlıların ortaya çıkmasına neden olabilir. Oysa bu hukukun üstünlüğünün gereği olan eşitliğe aykırı olacağından hukukun üstünlüğüyle tamamen ters düşer<sup>90</sup>. Zira kanunları yapan organlar, siyasi organlar olduğu için menfaat çatışmasının çıkması kaçınılmazdır ve bu siyasi organların tarafsız kalması ancak bir hayal olabilir.

Bu bağlamda, kanun önünde eşitlik yerine maddi eşitliği sağlamaya yöneldiği ölçüde Hayek'e göre devlet, hukukun üstünlüğünü yok etmeye başlar. Her ne kadar hukukun üstünlüğü eşitsizliklere yol açabilecek olsa da belli kişileri belli şekilde mağdur etmekten – birilerinin tercihlerini öncelemekten – uzaktır<sup>91</sup>. Gerek bugün gerekse Hayek'in döneminde mülkiyet edinme yalnızca bir gruba özgülenmemiştir. Genel kurallar çerçevesinde herkes mülk edinebilir. Ancak buna herkesin muvaffak olması beklenemez. Kimi zengindir, kimisi değil; kimi miras yoluyla mülk edinirken kimine ise miras kalmaz<sup>92</sup>. Kaldı ki bu durum yoksul olanların diğerleri karşısında zenginleşmesi ve mülkiyet sahibi olanların mallarının yeniden dağıtım bakımından hukukun konusu olamaz. Diğer taraftan kimilerinin mülkiyet edinmesi hususundaki muvaffakiyeti Hayek'e göre, bir imtiyazlı sınıf oluşturmaz. Zira herkes mülk edinebilmek bakımından eşittir; fakir olan da mülk edinebilir. Oysa üretim ve tüketimin idare tarafından belli kişilerce yapılabileceği düzenlenmişse ya da özel mülk edinme hakkı sadece bir gruba tanınmışsa burada imtiyaz vardır<sup>93</sup>. Belli bir grubun mülk edinebileceği açıkça düzenlenmemiş olsa bile siyasi iktidar çoğu kez bazı menfaat gruplarını diğerlerine tercih eder. Tüm ekonomik faaliyetleri sevke muktedir olanların, er ya da geç bu yetkilerini kötüye kullanacağından da şüphe yoktur<sup>94</sup>.

89 Hayek, Kölelik Yolu, s. 111. İngiliz geleneği çerçevesinde devletin adil davranış kurallarıyla sınırlandırılması nedeniyle iktidarın/devletin bireyin ekonomik faaliyetlerini kontrol etmesi mümkün olmaz. Hukukun üstünlüğü de, hürriyetin korunması ile ekonomik hürriyetlerden bağımsız değildir. Bkz. Hayek, Liberalizm, s. 52.

90 Hayek, Kölelik Yolu, s. 116. Liberalizm, herkesin hür olmasını gerekli görür. Hukukun hürriyete müdahalesinin amacı da yalnızca herkesin hürriyetinin korunması olmalıdır. Bu eşitlik anlayışına da "eşit hürriyet ilkesi" denir. Bkz. Yayla, Hayek'in Fikir Dünyasında Liberalizm, s. 11-12. Dolayısıyla liberal hürriyet anlayışı, hukukun korumasında herkesin aynı şekilde hür olması demektir. Bkz. Hayek, Liberalizm, s. 52-53.

91 Hayek, Kölelik Yolu, s. 116. Hürriyet düzeni, maddi eşitliği sağlamayı amaçlamaz. Çünkü bütün bireylerin başlangıç anından itibaren eşitlenmeye çalışılması tasarlanmış bir düzeni gerektirir ki bu düzen hürriyetle bağdaşmaz. Hürriyet düzeni veya liberalizm ancak bireylerin şekli eşitliğini, yani din, dil, ırk gibi esaslara dayalı ayrımcılıkları ortadan kaldırmaya çalışır. Bu sosyal engelleri ortadan kaldırmayı, herkes için gerektirir. Bkz. Hayek, Liberalizm, s. 66.

92 Ayrıca bkz. Hayek, Kölelik Yolu, s. 117. Bu bakımdan liberalizmin ve hukukun üstünlüğünün herkese bazı sonuçları ve başarıları garanti etmesi kesinlikle beklenemez. Ancak liberal hürriyet anlayışının amacı, bireylerin önelerine çıkan beşerî engellerin ortadan kaldırılmasıdır. Ayrıca bkz. Hayek, Liberalizm, s. 54; Hayek, Liberal Bir Sosyal Düzenin İlkeleri, s. 86.

93 Hayek, Kölelik Yolu, s. 117. Yeniden dağıtım vergilendirme yoluyla mülkiyetin ihlaline yol açarken, kanun önünde eşitliğinde ihlal edilmesine neden olur. Bkz. Hayek, Liberalizm, s. 66-67.

94 Bkz. Friedrich A. Hayek, "Liberal Bir Devletin Anayasası", Çev. Mustafa Erdoğan, *Hayek'in Liberalizm Anlayışı* (İçinde), 1. Bs., Kesit Yayınları, İstanbul 2012, s. 114. Konuya ilişkin ayrıca bkz. Brian Martin, "Power Tends to Corrupt",



Diğer yandan Hayek planlamacılıkta bebelere verilen süt miktarı ile işçi ücretleri arasında veya işsizlere iş sağlanması ile çalışanların ücretlerinin iyileştirilip daha yüksek rakamlara çekilmesi gibi çok çeşitli alanlarda çeşitli tercihlerde bulunması gerektiğini vurgulayarak, ihtiyaçlar hiyerarşisinin kurulmasını gerektiğini sıkça vurgular<sup>95</sup>. Planlamacılığın içerisine girdiği bu duruma ilişkin de farklı çözüm yolları geliştirilmeye çalışılır. Hayek'e göre, planlamacılığın alanı genişletildikçe hukuk ilkelerinin yerine, meselelerin adil ve makul olup olmadığını teste yarayan formüllerin ortaya çıkması söz konusu olur. Bu durumda idare ve mahkemelerin yetkilerinin de genişleyeceğini söyler. Düşünür böyle bir değişimin hukukun üstünlüğünün kaybolduğuna işaret ettiğini belirtir<sup>96</sup>. Zira planlama yapabilmek, planı uygulayabilmek ve aynı zamanda kanunun iktisadi hayatı sevk ve idare edebilmesi için beklenmeyen şartlarda karar verilebilmesi, devlet organlarına geniş yetkilerin verilmesini gerektirir. Bunun sonucunda da kimi zaman yasama yetkisinin bakanlıklara ve idari makamlara devredilmesi gerekir<sup>97</sup>.

Her şeyin merkezden planlandığı durumlarda devletin düzenlemesi ve dikkate alması gereken olasılıklar o kadar artmış ve teknik konular o kadar çoğalmıştır ki kanunların bu olaylara uygulanabilmesi, Hayek'e göre yetersiz hale gelir. Diğer bir ifadeyle meseleler genel kurallarla çözülemez olur. Bu nedenle asıl mesele yasama yetkisinin devrinden daha geniş bir soruna neden olur<sup>98</sup>.

Hayek'e göre, demokratik meclisler planlamacılığın her meseleyi enine boyuna incelemeyi gerektirmesine yetişemezler. Teknik konularda yetersiz kalırlar, ayrıca kimi durumlarda genel kurallarla değil anlık emirnamelerle karar almak gerekebilir<sup>99</sup>. Bu durum ise yasama yetkisinin uzmanlara/veya bir makama devri gibi durumlara yol açabilir. Çünkü her meseleyi bilemeyen, teknik yetersizlikleri nedeniyle hatalı kararlar veren bir yasama organına karşı halkın da güveni azalır<sup>100</sup>.

*Philosophy and Social Action*, C. 16, S. 3, Y. 1990, s. 3-5; Lord Acton ve ifadesi için bkz. <https://www.phrases.org.uk/meanings/absolute-power-corrupts-absolutely.html> (E. 16.04.2019); Keskin, s. 61. Devletin iktisadi faaliyete kalkışması halinde sahip olduğu üstünlük ve ayrıcalıklar sayesinde zorlayıcı yetkilerini ve en etkili olarak da vergilendirme yetkisini kullanmak suretiyle diğer işletmeler karşısında avantaj sağlayarak kendi işletmesini tekel haline getirebilir. Dolayısıyla Hayek devletin ticari faaliyette bulunmasına karşı değildir. Onun karşı olduğu ve asıl tehlikeli olarak değerlendirdiği, devletin kontrolünün dar sınırlar içerisinde kalmayıp ekonomik faaliyetlerin büyük bir kısmını kontrol altına alması ve devlet tekellerinin ortaya çıkmasıdır. Bkz. Hayek, *Özgürlüğün Anayasası*, s. 338-339. Çoğunluğun yönetiminin sınırlandırılmadığı hallerde de benzer şekilde menfaat gruplarının genel menfaat yerine, özel menfaatleri takip edeceğine dair ayrıca bkz. Hayek, *Liberalizm*, s. 68-69.

95 Hayek, *Kölelik Yolu*, s. 115.

96 Hayek, *Kölelik Yolu*, s. 115.

97 Hayek, *Kölelik Yolu*, s. 121.

98 Hayek, *Kölelik Yolu*, s. 100.

99 Hayek, *Kölelik Yolu*, s. 96-97. Hayek emirlerle kanunları birbirinden ayırt eder. Ona göre emirler geniş anlamıyla kişilerin davranışlarını yönetmeleri bakımından ele alındığında kanunların da emir niteliğini haiz olduğu söylenebilir. Ancak düşünür, genel kuralların emirlerden farklı olarak, bir yapıcısının olmasının gerektiğini belirtir. Bu bağlamda kanunlar/genel kurallar, emirlerden farklı olarak genellik ve soyutluk bakımından ayrılır. Hayek, genel ve soyutluk derecesinin farklı emirlere ve buyruklara göre de değişebileceğini söyler. Bkz. Hayek, *Özgürlüğün Anayasası*, s. 235-236.

100 Hayek, *Kölelik Yolu*, s. 96-97. Eğer demokrasi liberal ilkeleri koruyamazsa Hayek'e göre kendi varlığı da tehlikeye girer. Zira demokrasi eliyle ekonominin merkezleştiği durumlarda bu gelişim otoriterleşmeyi gerektirir. Bkz. Hayek, *Liberalizm*, s. 69.

Bu nedenle uzmanlardan oluşan kurulların, planlamacılığa dair teknik ve ayrıntılı hususları incelemesi gerekli görülür. Ancak her konuda farklı uzmanların fikirleri ve planları bir bütün haline sokulmaya muhtaç olduğundan yetkilerin bir kısmının uzmanlara verilmesi de bir tür belirsizliğe ve karışıklığa yol açar<sup>101</sup>. Bu durumda planlamacılık taraftarları için bu meselenin çözümü elinde tüm yetkileri tutan demokratik usullerle belirlenmemiş bir kuvvetin varlığıdır. Dolayısıyla planlamacılık taraftarları eninde sonunda demokratik yolların neden olduğu engellerden kurtulmaya çalışırlar. Hayek'e göre bu ekonomik diktatörlük, planlamacılığın bir safhasıdır<sup>102</sup>.

Hayek'in üzerinde durduğu gibi merkezileştirilmiş bir ekonominin varlığının, yani planlamacılığın söz konusu olduğu bir devlette hukukun üstünlüğünün olmadığını belirtmenin yanı sıra, böyle bir devlette hukukun üstünlüğü olmaz demenin kanunun da olmayacağı anlamına gelmediğini belirtmek gerekir<sup>103</sup>. Burada hukukun üstünlüğünün olmayacağının anlamı, hkmetin kanunla sınırlandırılmaz olduğudur. Zira hukukun üstünlüğünden söz edildiğinde iktidarın ancak önceden belirlenen hallerde ve belirlenen yetkileri kullanabileceğinin, yani yetkilerinin sınırlı olduğunun anlaşılması gerekir<sup>104</sup>. Oysa planlamacılık adına bakanlıklara, idareye, her konuda yetki veren bir kanun olsa ve bu kurumlar kanuna göre hareket etmiş olsa dahi bu devlet işlemlerinin hukukun üstünlüğüne uygun olduğunu göstermez. Görüleceği üzere yürütmenin eylem ve işlemleri şekli anlamda belli nitelikleri haiz bir kanuna uygun olmuş olsa dahi, bu hukukun üstün olduğu anlamına gelmez. Hayek'e göre hukukun üstünlüğünden söz edebilmek için kanunların iktidarı belirli konularda sınırlandırması gerekir. Hayek'in bu konuya ilişkin rneği ise Hitler'dir. Bu bağlamda düşünür, Hitler'in kullandığı yetkiler anayasaya ve kanuna uygun olsa dahi o günün Almanya'sında hukukun üstünlüğü vardır denilebilir mi sorusunu sorar<sup>105</sup>.

Hayek planlamacılığı savunanlarının, rekabetçiliğin sonunun gelmiş olduğunu ve yeni teknik gelişmelerin varlığı gibi nedenleri gerekçe gösterdiklerini söyler<sup>106</sup>. Düşünür, kimilerinin planlamacılığın serbestlikle sağlanamayacak kazanımlara ve gelişmelere katkı sağladığını ileri sürdüğünü belirtir. Örneğin 20. yüzyılın ilk yarısında Alman otoyollarının eşsiz, geniş ve pürüzsüz yollar olduğu ileri sürülmüştür. Ancak Hayek, bunun liberal toplumda olmasını engelleyen bir nedenin olmadığını belirterek, ayrıca Almanya'nın methedilen yollarında, İngiltere'deki kadar

101 Hayek, Kölelik Yolu, s. 93-101.

102 Hayek, Kölelik Yolu, s. 93-101. Diktatörlük, genel ve soyut kurallar yerine anlık-öngörülemez emirlerin veya kişiileri belli amaçlara zorlayan kuralların hkim olduğu aşamadır. Konuyu bu açıdan değerlendirirken Hayek'in emirlere yüklediği anlamın da göz ardı edilmemesi gerekir. Zira Hayek'e göre, emirler genel kuralların aksine kişiilerin kendilerine ait bilgileri kullanmasının ve kendi tercihlerini takip etmesinin önündeki engeldir. Emirler ancak onları çıkaran kişiisi ya da grupların kendi amaçlarına hizmet eder. Bkz. Hayek, zgrlğn Anayasası, s. 236.

103 Hayek, Kölelik Yolu, s. 120. Buradan da her kanun isimli düzenleyici işlemin hürriyetleri korumayacağı anlamı ortaya çıkılmaktadır. Ayrıca bkz. Hayek, Liberalizm, s. 55-56.

104 Hayek, Kölelik Yolu, s. 120-122; Ayrıca bkz. Hayek, Liberalizm, s. 55-56.

105 Hayek, Kölelik Yolu, s. 120. Hayek burada yasama organının kanunlarıyla yürütmeye her türlü yetki verilebileceğiyle uyumlu olan Rechtsstaat'ın hukukun üstünlüğünden ayrıldığını göstermektedir. Bkz. Hayek, Liberal Bir Sosyal Düzenin İlkeleri, s. 90.

106 Hayek, Kölelik Yolu, s. 71-72. Bu söylem çerçevesinde liberalizmin, dolayısıyla liberal hürriyet anlayışının gerilemesi olarak Birinci Dünya Savaşı sonrası gelişmeler ve sosyal adalet-politika amaçları etkili olmuştur. Bkz. Hayek, Liberalizm, s. 49-51.

otomobil olmadığını da söyler<sup>107</sup>. Yine de şu bir gerçektir ki, planlamacılığın ortaya koyduğu idealler – hedefler-, çoğu kişi tarafından benimsenecek türdendir. Bununla birlikte planlamacılık adına sorun ve tehlike, bu amaçların elde edilmesinde kullanılacak metotlardır<sup>108</sup>. Diğer bir ifadeyle çoğu kişi, sosyal refah, adil ücret, herkesin istihdam edilmesi gibi hedeflere ilk etapta karşı çıkmayabilir. Ancak bu hedeflerin gerçekleştirilmesi noktasında planlı bir ekonomide devletin yetkilerinin aşkın hale bürünmesi ise çoğu zaman planlamacılık destekçileri tarafından bile kabul görmez. Nitekim Hayek de planlama yapan merkezi otoritenin elindeki yetkilerin tehlikeli şekilde sınırsız hale geleceğini belirtir<sup>109</sup>. Hayek tüketimi karşılayacak bir ekonomi ve kazancın yeniden dağıtımını meselelerinin gerçekleştirilebilmesi ile, bir ırkın, parti veya menfaat grubunun çıkarlarının korunup onlara fazladan hisse ayrılmasının da aynı metotlarla sağlanabileceğini ifade eder<sup>110</sup>. Kanaatimizce düşünür, aslında burada kullanılan metotların aynılığı nedeniyle, planlamacılığın kötü niyetlilerce suiistimal edilebileceğini veya iyiniyetli planlamacıların da bir gün ellerindeki yetkileri menfaatleri lehine kullanmaya başlayacağını kasteder.

Diğer taraftan plancılığın neden olduğu anlık emirlerle somut durumlara göre alınan kararlara ve kanunların belli somut hedeflere yönelmesine karşılık, liberal bir sistem genel ve belirli kanunların hususi – somut – etkileri önceden tespit edilemez<sup>111</sup>. Örneğin devlet inşaat yapımına veya fabrikalara ilişkin kanun çıkarmışsa bu kanun belli kişilerin lehine ya da aleyhine hareket etmeyi amaçlamadığı müddetçe, devletin bu tür faaliyetleri liberalizmle ters düşmez<sup>112</sup>. Dolayısıyla hukukun üstünlüğü bağlamında devletin genel olmayan kurullarla hususi amaçlara yönelmesi kesinlikle uyumsuzdur<sup>113</sup>. Öte yandan yine planlı devletin aksine liberal devlet, hareketsizdir. Ancak Hayek devletin bu hareketsizliğinin tamamen “bırakınız yapsınlar (laissez faire)” olarak görülemeyeceğini ifade eder.

107 Hayek, Kölelik Yolu, s. 84.

108 Hayek, Kölelik Yolu, s. 58-59.

109 Hayek, Kölelik Yolu, s. 82-83. Bu bakımdan devletlerce, örneğin, tam istihdamı sağlamaya kalkışılması ve buna paralel olarak sendikal faaliyetler nedeniyle ücretlerin sürekli artırılması da enflasyona yol açar. Bu süreç fiyatların merkez tarafından belirlenmesini beraberinde getirir. Dolayısıyla kimi masum görünen amaçlar aslında istenmeyen sonuçları beraberinde getirmektedir. Bkz. Hayek, Liberalizm, s. 74.

110 Hayek, Kölelik Yolu, s. 59; Hamowy, Friedrich A. Hayek, s. 28-29; Ayrıca bkz. Hayek, The Road to Serfdom, s. 34.

111 Hayek, Kölelik Yolu, s. 118; Yayla, Hayek'in Fikir Dünyasında Liberalizm, s. 12. Her düzenleyici işlem hukukun üstünlüğünü sağlamaya yetmez. Ancak Rechtsstaatın farkı da burada ortaya çıkar. Zira Alman Rechtsstaat formülü kurulların yalnızca usulünce çıkarılmasıyla ilgilidir. Kurulların içeriği ya da iktidara sınırsız yetkiler vermesi önemli değildir. Bkz. Hayek, Liberal Sosyal Bir Düzenin İlkeleri, s. 97. Kanun ile emirlerin arasındaki farka ilişkin ayrıca bkz. Hayek, Liberal Bir Devletin Anayasası, s. 112-113.

112 Hayek, Kölelik Yolu, s. 118-119. Hayek'e göre, liberal devlet tamamen hareketsiz kalamaz. Devlet ölçülerin denetlenmesi, dolandırıcılığın ve hakların kötüye kullanılmasının önlenmesi gibi bazı faaliyetlerde bulunmak zorundadır. Örneğin, grevçilerin veya eylemcilerin şiddete başvurmalarına sessiz kalan devlet ideal bir devlet değildir. Dolayısıyla Hayek'e göre belli durumlarda edimde bulunması gerektiği halde hareketsiz kalan devlet liberal ilkelere aykırı davranmış olur. Zira hukukun üstün olduğu, ya da diğer bir ifadeyle hukukla yönetilen bir devlet, bireyleri yalnızca kendine karşı değil, diğer kişilere karşı da korur ve bireylerin hak ve hürriyetlerini kullanmasını destekler. Bkz. Hayek, Kölelik Yolu, s. 118. Diğer bireylerden gelen engellerin kaldırılmasının liberal hürriyet anlayışının esasını oluşturduğuna dair bkz. Hayek, Liberalizm, s. 54.

113 Hukukun üstünlüğü yasamayı sınırlar belli kişilerin yararına-zararına göre hareket etmeyi men eder, herhangi makamın kişiler arasında ayırım yapmasını önler. Hukukun üstünlüğü her şeyin kanunla düzenlenmesi demek değildir, siyasi iktidarın/devletin zorlama iktidarının kanunla düzenlenmiş olduğu hallerde ve önceden bilinmesi şartıyla yetkilerini kullanmasını ifade eder. Dolayısıyla genel olmayan emirler niteliğinde kurullar hukukun üstünlüğü ile bağdaşmaz. Bkz. Hayek, Kölelik Yolu, s. 121-122; Hayek, The Road to Serfdom, s. 75-78.

Çünkü düşünürün belirttiğine göre kuşkusuz, liberal devlet dahi bazı faaliyetlerde bulunur ve bunun da bazı sonuçları olur<sup>114</sup>. Fakat Hayek, hukukun üstünlüğü gereği olarak devletin faaliyetlerinin önceden bilinebilir olması ve bireylerin geleceğe ilişkin olarak kendi tercihlerini tatbik edebilmelerinin korunmasının gerektiğini belirtir. Bu sayede bireyler kendi özerk alanını devletin kontrolü dışında yönetebilir ve devletin bireyleri başkalarından gelebilecek saldırılara karşı ne kadar koruyabileceğini de öngörülebildiğinden bireyler, tercihlerini buna göre yönlendirir<sup>115</sup>.

### **3. Hayek'e Göre Planlamacılığın Kaçınılmaz Neticesi: Kölelik**

Hayek planlamacılığın olduğu bir devlette hukukun üstünlüğünden söz edilemeyeceğine yönelik iddialarını iki hususta açıklar. İlk olarak, hukukun hakimiyetinde devlet sadece genel durumlara yönelik genel kurallar koyar. Bu durumda devlet bireylerin amaçlarını ve tercihlerini yönlendiremez. Bireyler önceden belirlenen kurallar çerçevesinde tercihlerde bulunur ve planlarını hayata geçirebilir<sup>116</sup>. Buna karşılık devlet, bireyi belli eylemlere sevk ederse, tüm bu amaç ve şartları gerçekleştirmeye yönelik eylem ve işlemleri ilan edemez. Çünkü çoğu kez bilgiler anlık gelişmelere bağlıdır. Dolayısıyla devlet müdahaleciliği arttıkça bireylerin de serbest hareket etme alanı daralır ve bireyler plan yapamaz hale gelir<sup>117</sup>.

İkinci olarak devlet her şeyi planlıyorsa bireylere tercih yani seçme hakkı tanımıyor demektir. Her şeyi önceden planlayan devlet, neticelerini öngörebildiği hallerde kendisi tercih yapmıştır. Planlayıcı olarak devletin, hukukun üstünlüğünün aksine, mesele ve taraflar arasında tarafsız kalması beklenemez<sup>118</sup>. Çünkü devlet, belli amaçların gerçekleştirilmesini bizzat hedeflemektedir. Bu durumda, amacın gerçekleştirilmesi için kişilere söz konusu amaçları zorla kabul ettirme ve kendi tercihlerinden vazgeçirme yoluna gider. Bu tür rejimlerde ise kanunlar, belirlenmiş hedefleri gerçekleştirmek için bir araç niteliğindedir. Böyle olunca da devlet, insanın korunması ve gelişimi için gerekli bir aygıt olmaktan uzaklaşır<sup>119</sup>.

Planlamacılık, ihtiyaçların, üretimin veya adil ücret hedeflerinin gerçekleştirilmesini amaçlar. Bu bağlamda Hayek'e göre plan yapıldıktan sonra, birey, ihtiyaç hiyerarşisini belirleme iktidarından mahrum kalır. Ancak planlamacılık, yalnızca iktisadi meseleler üzerinde tesir bırakmaz. Adeta bireyin özerk alanını işgal eder<sup>120</sup>. Dolayısıyla planlayan doğrudan ya da dolaylı olarak özel hayata

114 Hayek, Kölelik Yolu, s. 118.

115 Hayek, Kölelik Yolu, s. 118.

116 Hayek, Kölelik Yolu, s. 112. Gerçekten de hür toplumda bütün amaçlar eşittir. Birilerinin amaçları, planlamacı toplumlardakinin aksine, bir diğerine tercih edilemez. Hukuk düzeni herkesin girişim ve amaçlarını korur. Herkes kendi bilgi ve tecrübesini dilediği gibi kullanabilir. Bkz. Hayek, Liberal Bir Sosyal Düzenin İlkeleri, s. 88-89.

117 Hayek, Kölelik Yolu, s. 112. Örneğin sosyal adalet söylemi altında hareket eden ve herkesin eşit ve refah içinde yaşayacağını slogan edinen bir iktidarın bunu gerçekleştirmesine yarayacak objektif ilkeler yoktur. Sosyal adaletin sağlanmasına yönelik test ya da ilkeler olmadığından iktidar sahibi kendi tercihlerine göre, diğer bir ifadeyle keyfi olarak hareket eder. Ayrıca bkz. Hayek, Liberal Bir Sosyal Düzenin İlkeleri, s. 92, 98.

118 Hayek, Kölelik Yolu, s. 113.

119 Hayek, Kölelik Yolu, s. 113.

120 Hayek, Kölelik Yolu, s. 132.

girer, neyin daha az önemli olduğunu belirlemeye yönelik ihtiyaçlar arasında bazı tercihlerde bulunur, birey yerine kendisi ihtiyaçlar hiyerarşisi kurar. Bu girişim doğrudan üretime ve tüketime yönelik bir çaba olarak değerlendirilse de; esasında tüm hayatın kontrol altına alınması anlamına gelir<sup>121</sup>. Nitekim bu durumda Hayek, işimizi, zevklerimizi, üretimin yanında tüketimi ve amaçlarımızı da otoritenin belirlediğini belirtir. Böyle bir toplumda bireyin çaba ve amaçları anlamsız kalmıştır. Hayek planının siyasi iktidar tarafından yapılmasının, seçme hürriyetinin olmamasına yol açtığını ve bunun da katlanılamaz olduğunu belirtir<sup>122</sup>. Bu bağlamda düşünür, planlamacılığın asıl iddiasının ve bu planları yapmasındaki maksadın bireylerin araç olmaktan kurtarılması olduğunu, ancak gerçeğin ise bireysel zevklerin ve planların hesaba katılmaması ve dikkate alınmaması olduğunu dile getirir. Zira iktidar sosyal refah ve kamu menfaati karşısında bireylerin tercihlerini göz ardı eder; nitekim onun için aslanan birey değil, toplum ve hatta plandır<sup>123</sup>.

Dolayısıyla Hayek'e göre, planlamacılık tesis edilince devlet müdahalesi sadece ekonomik hayatımıza tesir etmez. Çünkü liberal çağ boyunca bireylerin bütün yönleri başkalarının da iktisadi faaliyetlerine bağlı olarak gelişmiştir. Bu bağlamda Hayek, bireylerin hürriyetlerin zaruri şartı ve esası olarak iktisadi hürriyeti görür<sup>124</sup>. Zira o, iktisadi hürriyet terkedilince siyasi ve bireysel hürriyetin onu takip edeceğini belirtir<sup>125</sup>. Planlamacılık ile hak ve hürriyetler tam olarak bağdaşamaz. Alım-satım yasaklarının varlığı dahi buna delalet eder. Örneğin, planlamacılığı savunanlar, alım-satımın genel refaha uygun olduğu müddetçe serbest olması gerektiğine dair görüşler ileri sürmüşlerdir. Hayek'e göre ise herhangi bir sebebin, tabiat olayı, çevresel koşullar gibi nedenlerin, genel refahı etkilediği ileri sürülebilir<sup>126</sup>. Kaldı ki "genel refah" ifadesi oldukça geniş anlamlı ve muğlaktır. Ayrıca planlamacılıkta, sosyal refah, genel yarar gibi muğlak kavramlarda aslanan birey değildir. Dolayısıyla bu kavramların bireyleri koruması da pek beklenemez ve düşünüre göre, planlamacılıkta bireysel hakların korunduğundan söz edilemez<sup>127</sup>.

Hayek, planlamacılıkta bireysel hakların korunmadığına dair kâğıt tedarikinin tek merkezden yapıyorken basın hürriyetinin nasıl mümkün olacağı sorusunu yönelterek konuyu açıklamaya çalışır<sup>128</sup>. Ayrıca Hayek'e göre Avrupa tarihinde tecrübe edilmiştir ki, iktisadi hayat kontrol altına

121 Hayek, Kölelik Yolu, s. 132 – 133.

122 Hayek, Kölelik Yolu, s. 134-136. Zira herkesin bireysel şartları ve yetenekleri farklıdır. Bu farklılık ihtiyaç ve taleplerde de ortaya çıkar. Dolayısıyla devletin bireylerce seçilen amaçları koruması ve başka bir amacı dayatmaması gerekir. Bu bireylerin başkalarının hayatlarına sunduğu en büyük katkıdır. Bu hususta bkz. Hayek, Liberalizm, s. 54.

123 Hayek, Kölelik Yolu, s. 138-139.

124 Hayek, Kölelik Yolu, s. 143-144; Ayrıca bkz. Hayek, Liberalizm, s. 76. Bu bağlam da Hayek, Antik Yunan'dan bugüne kadar mülkiyetin hürriyetlerin temeli olduğunu vurgular. Ona göre soyut kurallar olarak kanunlar, herkesin istediği zaman mülkiyeti üzerinde tasarrufta bulunmasıyla yakından ilgilidir. Bkz. Friedrich A. Hayek, "The Fatal Conceit – The Errors of Socialism", *The Collected Works of Friedrich August Hayek*, V. I, Ed. W. W. Bartley, Routledge, London, 1998, s. 30-31.

125 Hayek, Kölelik Yolu, s. 34; Ayrıca bkz. Hayek, Liberalizm, s. 76.

126 Hayek, Kölelik Yolu, s. 123-124.

127 Hayek, Kölelik Yolu, s. 123-124.

128 Hayek, Kölelik Yolu, s. 124. Ekonomik ve sosyal araçlar üzerinde kontrole sahip bir siyasi iktidar karşısında bireylerin hürriyetlerini kullanabilmesi oldukça zordur. Örneğin taşıtların merkezi otoritenin kontrolünde olması seyahat hürriyetinin, kâğıt üretiminin merkezi otoritenin kontrolü veya tekelinde olması ifade ve düşünce hürriyetinin, benzer şekilde park ve meydanların merkezi otoritenin kontrolünde olması ise toplantı hürriyetinin anlamsız hale gelmesine neden olur. Ayrıca bkz. Hayek, Liberalizm, s. 76.

alınınca bireysel hakların ve azınlık haklarının şeklen tanınmasının bir anlamı kalmaz. Çünkü çoğu kez masum amaç ve araçlar gibi görünse de planlamacılık, iktidara sınırsız bir hareket alanı sağlar. İktidar ekonomi adı altında herkesin özerk alanına dokunabilir, azınlığı sindirebilir ve haklarını ihlal edebilir<sup>129</sup>. Nitekim sosyalizm gibi planlı ekonomiyi öngören yaklaşımların amaçlarının çoğu kişi tarafından benimsenebilecek nitelikte olduğunu belirtilebilir. Düşünüre göre ise asıl sorun ve tehlike bu amaçların elde edilmesinde kullanılacak metotlardır. Zira planlamacılık araçları başkaca amaçlara kavuşmayı da sağlayacak bir niteliktedir. Örneğin, tüketimi karşılayacak bir ekonomi veya kazancın yeniden dağıtımı meselelerinin gerçekleştirilebilmesi ile bir ırkın, parti veya menfaat grubunun çıkarlarının korunup onlara fazladan hisse ayrılması da aynı metotlarla sağlanabilir<sup>130</sup>.

Tüm bu riskler, yani kazancın adil dağıtımını sağlamak isterken, örneğin parti çıkarlarının aracı haline gelme tehlikesi gibi, bazı efsunlu hayallerden fedakârlık yapmayı gerektirir. Zira seçme hürriyeti bireysel hayat için oldukça önemlidir. Bazen “seçme hürriyetimizi” korumak adına yüksek bedeller ödememiz gerekir. Bireylerin serbest seçimi, diğer bir ifadeyle seçme hürriyeti, Hayek’e göre, sonraki gelişmelerin kaynağıdır. Uzun vadede gelişim bu serbestliğe ve çeşitliliğe bağlıdır. Her ne kadar seçme hürriyeti mutlaka iyi sonuçlara ya da herkesin menfaatine katlı sağlar diyemesek de hürriyetin önemi, gelişim alanını her zaman hazır ve açık tutmasında kendini gösterir<sup>131</sup>.

Planlamacılıkta hürriyetlere karşı zorlamaların ve yönlendirmelerin olmasının büyük faydalar sağladığı ve zarar vermediği durumlar da olabilir. Ancak Hayek, gelecek açısından hürriyet rejimine sadık kalınması gerektiğini önemle vurgular<sup>132</sup>. Düşünür, hürriyetlere müdahale kapısı açıldığı zaman, artık o kapıyı kapatmak çok zor olacağından, hürriyet rejiminden taviz verilmemesine, zarara uğramak pahasına otonomiyi ve hürriyet rejimini korumak gerektiğine dikkat çeker. Nitekim hiçbir gelişme hürriyeti feda etmeye değmez ve hürriyetimizi korumak istiyorsak bedel ödememiz gerekir<sup>133</sup>.

Hayek’e göre planlamacılıkla ilgili olarak diğer bir tehlike ise diktatörlüktür. Zira planlamacılıkta belirlenen amaca ulaşabilmek bir zorunluluktur. Hayek bu nedenle planlamacılığın diktatörlüğü doğurduğunu iddia eder. Ona göre, bireyin hürriyetini koruma işlevini kaybetse bile, demokrasi varlığını sürdürebilir. Hayek’e göre “proletarya diktatörlüğü” şekil olarak demokratik, ancak hürriyetleri de yok etmesi bakımından mutlakiyetten farksızdır<sup>134</sup>.

129 Hayek, Kölelik Yolu, s. 126. Ekonomiyi kontrol etmenin hürriyetleri kontrol etmek olması nedeniyle, planlamacılık veya merkezileştirilmiş ekonomilerde hürriyetlerin kısıtlanması kaçınılmaz bir sonuçtur. Bkz. Hayek, Liberalizm, s. 76-77.

130 Hayek, Kölelik Yolu, s. 58-59.

131 Hayek, Kölelik Yolu, s. 82; Ayrıca bkz. Hayek, Liberalizm, s. 76.

132 Hayek, Kölelik Yolu, s. 82.

133 Hayek, Kölelik Yolu, s. 82. Buna karşılık bunun her zaman mümkün olmadığını belirtmemiz gerekir. Orwell söz konusu hakikati, 1984 isimli distopyasında ne güzel de ifade etmiştir: “İnsanlar hürriyet ile mutluluk arasında seçim yapmak zorundaydı ve büyük çoğunluk mutluluğu seçiyordu”. Bkz. George Orwell, 1984, Çev. Celal Üster, 68. Bs., Can Yayınları, İstanbul 2019, s. 283.

134 Hayek, Kölelik Yolu, s. 105. Hayek, bireyin ve onun mülkiyetinin devletin belli amaçları için kullanılmasına yol açacak kadar yetkili bir parlamento kanununun, bir diktatörün kanunu kadar keyfi olabileceğini belirtir. Bkz. Hayek, Liberalizm, s. 56.

Planlamacılıkta amaçlara ulaşabilmek için parlamento kapsamı ve amaçları belli olmadan yürütme organına yetki verirse ve yasama organının yetkisi ancak yürütmenin işlemlerini toptan kabul ya da reddetmekten ibaretse; bu yetki devri ile yönetim yasama organından çıkmış demektir<sup>135</sup>. Bu durumda parlamento yalnızca yetkiyi kullanabilecek kişileri seçer. Hayek'e göre bu durum "plebisitli diktatörlüğe" dönüşür. Hükümet başkanı dilediği zaman halk oyuna gidebilir ve kendi mevkiini koruyarak dilediği yönde oy alabilme gücüne de sahip olur<sup>136</sup>.

Yetkilerinin sınırı olmayan bir yönetimden ekonomiyi tamamen tasarlanmasını ve yeniden dağıtımını tesis etmesini beklemek masum görünen amaçlardan çok başka sonuçlara yol açar. İktidarın herkesçe kabul edilen bir ihtiyaç hiyerarşisi ve ahlak sistemi kurması pek kolay değildir. Bu nedenledir ki herkesin temel prensiplere/ideolojilere inanması planlamacılık için önemlidir. Gerekli olan inanç ve güvenin sağlanabilmesi için de resmi görüşün topluma duyurulması ve kabul ettirilmesi gerekir. Bu nedenle de Hayek'in tespit ettiği üzere ilk olarak sosyalistler tarafından propaganda araçları bulunmuştur<sup>137</sup>. Bireylerin hayatlarının tüm alanlarına tesir etmek ve her konuda partinin görüşlerinin bireylere kabul ettirilmesini sağlamak adına, bu araçları kullananlar, yani özel selamlama şekilleri belirleyenler, çocukların daha küçük yaşta parti görüşleri doğrultusunda yetiştirilmesini sağlayanlar, partiye bağlı spor kulüpleri kuranlar, spor müsabakaları yapanlar, hücre teşkilatlarıyla özel hayatı tamamen kontrol ve gözetim altında tutanlar sosyalistler olmuştur. Ancak özellikle Naziler ve faşistler tarafından bu araçlar yoğun bir şekilde kullanılmıştır<sup>138</sup>.

Planlanmış toplumlarda plan adına yapılanlar, tek bir hedefe tüm toplumun adeta zorla veya manipülasyonlarla yönlendirilmesine neden olur. Hayek savaş şartlarında dahi kabul edilemeyecek bazı eylemlerin kolektivist toplumlarda amaç için meşru ve ahlaki olarak "iyi" görülebileceğini belirtir. Çünkü amaç için bireysel hakların sınırlandırılmasının bir sınırı yoktur<sup>139</sup>. Nazi Almanyasında olduğu gibi Gestapo, SS'ler<sup>140</sup> veya propaganda bakanlığı; faşist İtalya'daki veya Nazi Almanyasındaki kamu ajanları insani duygulara değil, ancak kolektivist duygulara uygunluğun isimleridir. Bu insani olmayan duygulara yatkınlık da yükselmenin ve saygı görmeyen kapılarını aralar<sup>141</sup>.

Öte yandan kolektivist bir toplumda, ayrıca bireyin tercih yapma bilinci de bozulur. Kişilerin bireysel sorumluluktan kurtarılması idealine dayanan kolektif yaşam anlayışı, çoğunluğa rağmen doğru

135 Hayek, Kölelik Yolu, s. 103; Ayrıca bkz. Hayek, Liberalizm, s. 61.

136 Hayek, Kölelik Yolu, s. 103.

137 Bu araçları ilk bulan ve kullananların sosyalistler olduğunu ifade eder. Bkz. Hayek, Kölelik Yolu, s. 161.

138 Hayek, Kölelik Yolu, s. 160-161. Örneğin bugün Küba'da da Genç Komünistler Birliği (The Union of Young Communist) adlı gençlik örgütü, gençlerin sosyalist ideoloji etrafında birleştirilmesini ve eğitilmesini sağlama amacına hizmet etmektedir (Küba Cumhuriyeti Anayasası, md. 6). Bkz. Buna ilişkin bir örnek için bkz. <http://www.uci.cu/en/university/news/young-communists-union-known-ujc-launches-national-anniversary-campaign-organization>, (24.05.2020); Bkz. Keskin, s. 47.

139 Hayek, Kölelik Yolu, s. 199.

140 Gestapo, hiçbir hukuki sınırı olmayan, siyasi rakipleri ve Nazi rejiminin polisine boyun eğmeyi reddedenleri tespit edip tutuklamak için acımasız yöntemler kullanan Nazi polis (gizli) servisi. Bkz. <https://encyclopedia.ushmm.org/content/tr/article/gestapo>, (24.05.2020). SS üyeleri, yardımcı polis gücü ve daha sonraları toplama kampı muhafızları olarak da hizmet gören Nazi birliği. Bkz. <https://encyclopedia.ushmm.org/content/tr/article/ss-police-state>, (24.05.2020).

141 Hayek, Kölelik Yolu, s. 200.

bildiğini savunma, bireysel otonomi, gönüllü iş birliği ve özgüven gibi erdemleri ortadan kaldırır. Bunun yerine de ancak koşulsuz itaat fikrini koyar<sup>142</sup>.

Esası bireylerin toplum içerisinde eritilmesi idealine ve hayatın tüm alanlarını insanlar adeta robotmuşçasına üstün aklın çıkarımına dayalı olarak tasarlamaya bağlı olan planlamacılığın en büyük dūřmanı da hürriyet ruhu ve bunu korumaya hizmet eden hukukun üstünlüğüdür. Planlamacılık taraftarlarının bu tehditleri bertaraf edebilmesinin ancak, Almanya'da olduğu gibi sürece yayılmış ve sindirmeye dayalı bir toplum mühendisliğiyle başarılılabileceğini belirtmek gerekir<sup>143</sup>. Zira sosyal konum ve rütbelere ancak devletin maaşlı memuru olmakla ulaşılabiliyorsa, devlet kademesinde olmayan işler hoř görülmüyor adeta aşağılanıyorsa, çoğunluk hür olmayı değil, güvenliği, eşitliği seçecektir. Hayek'e göre eşitliğin ve güvenliğin tercih edildiği bir toplumda da hürriyet idealini takip edecek pek fazla kimse yoktur<sup>144</sup>. Dūřünür ekonomik güvenliğin, gelirlerin garanti edilmesi ve ticari risklerden korunma gibi planlamayla sağlanan güvencelerin, özgürlük pahasına tesis edilmesini kışla düzenine benzeter. Kışlada ktlık olması halinde herkesin tayını azaltılır, ancak bolluk halinde herkese belli bir tayın ve bazı imkanlar tesis edilir. Bu durum ona göre, hiyerarşık yaşamı ve hürriyetler üzerindeki kısıtlamaları kaçınılmaz kılar<sup>145</sup>.

Planlamacılığın hâkim olduğu bir toplumda hukuk ve ahlak idealinin korunması dūřüncesinin feda edilmesi kaçınılmazdır. Liberal bireyci ahlak anlayışında ise, Hayek'e göre, günah günahtır<sup>146</sup>. Yani amacımız iyi olsa bile ve hatta sonucunda bir zarar doğmamış olsa da rüşvet, işkence, iftira vb. eylemler kötüdür. Bu ahlaki ilkeler ve yasaklar eylemin amacına bakılmaksızın yasak olarak kabul edilmektir. Oysa, Hayek'e göre kolektivist toplumlarda aslolan toplumun iyiliği ve menfaattir. Önemli olan eylemin amacı, yani toplumdur. Bu nedenle yapılan eylemin iyiliği amaca uygunlukla ölçülür. Dolayısıyla, örneğin, insan vicdaniyla (ve hukukun temel ilkeleriyle) bağdaşmasa bile üstlerinin emirlerini uygulamak zorunludur<sup>147</sup>.

Hayek bu tespitleriyle bir gücü sınırlayamazsak, o gücün kötüye kullanılmasını da önleyemeyeceğimiz gerçeğini açıklamaya çalışır<sup>148</sup>. Çünkü o demokrasiye de güvenmez. Neticede hürriyetin emniyetini tamamen demokrasiye bırakmaz. Ona göre hürriyetin demokrasiye emanet edildiği durumlarda kimilerinin hürriyetleri kimilerinin tercihlerine kurban edilebilir. Örneğin çoğunluğun uzlaşmasıyla

142 Hayek, Kölelik Yolu, s. 263-264. 1984 romanının baş kahramanı Winston'ın ifadesiyle; "*Bilinenininceye kadar asla başkaldırılmayacaklar, ama başkaldırmadıkça da bilinenemezler*". Bkz. Orwell, s. 81.

143 Hayek, Kölelik Yolu, s. 181.

144 Hayek, Kölelik Yolu, s. 181.

145 Hayek, Kölelik Yolu, s. 176. Mal ve hizmetlerin merkezi otorite tarafından dağıtılmasını sağlayacak ve herkesin neye ne kadar sahip olması gerektiğini tespit edecek objektif kurallar yoktur. Ancak mal ve hizmetlerin tek bir merkezden belirlenmesi, herkesin önceden belirlenen tek bir amaca sevk edilmesiyle mümkündür. Bireyler kendi amaçlarını değil, kendilerine yüklenen görevleri gerçekleştirmek zorunda kalır. Bu, ancak toplumun ordu gibi kapalı bir yapı olarak görülmesi halinde mümkün olabilir. Bkz. Hayek, Liberal Bir Sosyal Düzenin İlkeleri, s. 100-101.

146 Hayek, Kölelik Yolu, s. 196.

147 Hayek, Kölelik Yolu, s. 196.

148 Bkz. Hayek, Kölelik Yolu, s. 285. Demokrasi ile liberalizm, ve dolayısıyla hukukun üstünlüğü, her zaman uyumlu değildir. Zira demokrasi siyasi iktidarın sınırlandırılmasını gerektirmez. Bazen ise liberal ilkelere yer verilmiş olabilir. Ancak liberalizm, demokrasinin aksine iktidarın kaynağını değil, tamamen sınırlandırılmasını gerektirir. Bkz. Hayek, Liberal Bir Sosyal Düzenin İlkeleri, s. 82.



tercihler ortaya çıkmışsa bu durumda bir grup azınlığın o tercihlere uyması için zorlanması gerekir. Hayek bu hususta, iktidarı keyfi hareket etmekten alıkoyanın onun kaynağı değil, “belirlenmiş hukuki sınırların” olduğunu belirtir<sup>149</sup>. Demokratik takip ve denetim, seçmenlerin seçim zamanı sandıkta iktidara hesap sorması gibi yollarla iktidarı sınırlayabilir, ancak bu yeterli değildir. Ona göre, çoğunluğa dayanan iktidarın keyfileşmeyeceğinin dayanağı yoktur. İktidarın bazı kurullarla sınırlanması gerekir. Aksi halde yetkilerin kurallara bağlanmaksızın kullanılması söz konusu olursa, tıpkı diktatör rejimi gibi, demokratik bir iktidar da keyfi bir hale gelir<sup>150</sup>.

Nihayet Hayek hukukun yönetimi yerine kontrollü bir sosyal yaşam, planlanmış ekonomik hayat idealinin ve dolayısıyla kolektivizmin ancak çıkar birliğinin olduğu ırkçılık, milliyetçilik, sınıfcılık gibi görünümlemlerle varlık kazandığını savunur. Çünkü ancak bu tür hedefler yığınlar üzerinde bir amaç ve menfaat birliği sağlayabilir<sup>151</sup>.

Bireyin hürriyetinin korunması açısından diğer bir konu da ahlak konusudur. Hayek'e göre tasarlanmamış bir toplumda ahlak bireysel temele dayanır. Dolayısıyla bireyin özgürlüğüne müdahale edilmediği zaman bireyin kendi şahsi menfaatleri kadar toplumun menfaatlerini de korumak adına kendiliğinden-gönüllüğe dayanan ahlak anlayışı, eşitsizlik adına girilen çabalar ve planlamacılıkla tehdit edilir<sup>152</sup>. Hayek'e göre kişinin eylemlerinin ahlakiliği ancak o eylemlere hür iradesiyle karar verme imkânı verildiğinde değerlendirilebilir. Yani ancak hür birey kendiliğinden bazı menfaatlerini feda etmeyi göze almışsa onun eylemlerinin ahlakiliği tartışılabilir. Düşünür bu bağlamda iyilik yapmaya zorlayan bir sosyal yapının ahlakiliğinden söz edilemeyeceğini vurgular<sup>153</sup>. Ahlaki ve ekonomik hemen her alanda müdahale edilmesi de toplumsal ahengi bozar. Hayek'e göre piyasanın kendiliğinden oluşan düzeni ve seyri bozulduğu zaman bir grup insanın düzeni sağlamasından başka

149 Hayek, Kölelik Yolu, s. 105-106. Demokrasi iktidarın kaynağını konu edinirken, liberalizm iktidarın sınırlandırılmasını, dolayısıyla iktidar çoğunluk olsa da onun hukuk eliyle sınırlandırılmasını konu ve amaç edinir. Bkz. Hayek, Liberalizm, s. 67-68.

150 Hayek, Kölelik Yolu, s. 105-106. Parlatentonun kanunları da bireyi ve onun mülkiyetini devletin amaçları için araç haline getiriyorsa, tıpkı bir diktatörün kanunları gibi keyfi olarak değerlendirilebilir. Bkz. Hayek, Liberalizm, s. 56. Hayek, aslında planlamacılığın kaçınılmaz olarak diktatörlüğe yol açtığını vurgular. Her ne kadar demokratik araçlar planlamacılığın benimsendiği toplumlarda görülebilse de bu siyasi iktidarın sınırlarının ve bireyin korunduğunu göstermez. Düşünür'e göre aslanan bireydir. Bu nedenle bireysel hürriyetlerin ve bireysel gelişmelerin korunması gerekir. Bunun sağlanabilmesi için de toplum düzenine, ekonomiyeye ve sosyal yaşama müdahale edilmemeli ve kontrol altına alınmamalıdır. Zira görüldüğü üzere “planlamaya yönelik yetkiler yalnızca ekonominin tasarlanması sonucuna yol açmaz”.

151 Hayek, Kölelik Yolu, s. 189. Ayrıca Birinci Dünya Savaşından, İkinci Dünya Savaşına kadar geçen süreç göstermiştir ki ekonomik krizler ve işsizlik gibi ekonomik sorunlar devlet müdahalesine talebi artırmış ve milliyetçiliğin şahlanmasına neden olmuştur. Bu gelişim ise bürokrasinin genişlemesine ve keyfi yönetimin doğmasına yol açmıştır. Bkz. Hayek, Liberalizm, s. 49.

152 Hayek, Kölelik Yolu, s. 262. Bireyler kendi amaçlarını takip ettikleri zaman bu piyasada serbest bilgi akışının oluşmasını da sağlar. Bireyler bu yönde eylemlerini bencilce ya da fedakârca gerçekleştirse bile, onların amaçlarını takip etmeleri bilgilerin kendiliğinden piyasaya girmesini sağlar ve bu bilgi akışı, Hayek'e göre hiçbir planlayıcının kontrol edemeyeceği kadar, bilgilerin başarılı kullanılmasını sağlar. Bkz. Hayek, Liberalizm, s. 58.

153 Hayek, Kölelik Yolu, s. 262-263. Ahlakın konusu bilinçli insan davranışlarıdır. Kişilerin kendi iradeleriyle gerçekleştirmedikleri davranışlar ahlaka konu edilemez. Ayrıca bkz. Saniye Vatanş, “Felsefenin Kadim Bir Konusu Olarak Ahlak ve Ahlakî Eylemin Amacı Olarak “Mutluluk””, *Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C. 4, S. 7, Y. 2017, s. 2.

bir seçenek yoktur. O nedenledir ki kendiliğinden düzeni yıkanlar, istemeseler de tüm kontrolün bir grubun eline geçmesine neden olur<sup>154</sup>.

Bununla birlikte Hayek kişilerin arasındaki fırsat eşitsizliklerinin kimsenin zorlanamayacağı veya başkalarının iradesine bağlanmayacağı şekilde azaltılması gerektiğini reddetmez. Kendiliğinden oluşan düzeni bozmadan bazı durumlarda fırsat eşitsizlikleri önlenabilir<sup>155</sup>. Ancak fırsat eşitliği adına bireysel hürriyetler ortadan kaldırılıyorsa ve tasarlanmamış düzen kontrol altına alınmaya başlanıyorsa bu hürriyet ruhuyla uyumlu değildir. Bireysel hürriyet, tüm toplumun tek bir hedefe sevk edilmesiyle bağdaştırılamaz. Hayek ancak savaş ve bazı felaket hallerinde kimi ortak hedeflerin varlığının kabul edilebileceğini belirtir. Düşünüre göre bu fedakârlık ise hürriyetimizin korunabilmesi için gereken bir bedel, diğer bir ifadeyle maliyettir<sup>156</sup>. Zira savaş ve bazı tabiat olayları hürriyetlerimizin tamamen anlamsız kalmasına ve ortadan kalkmasına yol açabilir. Bu nedenle kimi durumlarda, bunlar olağanüstü durumlardır, devletin kontrolünden ve ortak hedeflerin takip edilmesinden söz edilebilir. Fakat bu istisnadır.

Hayek'e göre tek ilerici politika bireyin hürriyeti politikasıdır<sup>157</sup>. İktisadi faaliyetler iktidarın siyaseti dışındaki amaçlarla yürütülebiliyor ve iktidardan ayrı olarak yönlendirilebiliyor olması, hür bir toplumla hür olmayan toplum arasındaki, diğer ifadeyle liberal ve totaliter rejimler arasındaki farkı ortaya koyar<sup>158</sup>. Hür toplum adına bu farkın emniyeti ise hukukun üstünlüğüyle sağlanabilir. Hayek'e göre hukukun üstünlüğü ister anayasayla veya bildirilerle ister gelenekle olsun yasama organı dahil devlet organlarının sınırlandırılmasını, bireyin vazgeçilmez bazı haklarının tanınmasını ve insan haklarının dokunulmazlığını kapsar<sup>159</sup>.

## SONUÇ

Hayek'te, iktisadi hürriyetler ve dolayısıyla tercih hürriyeti tüm hürriyetlerin ve insani gelişmelerin temelini oluşturur. Bu hürriyetlere müdahale ise yalnızca iktisadi konularla sınırlı değildir. Zira kişinin hayatında iktisadi olmayan konu yoktur. Dolayısıyla devlet eliyle planlamanın sağlanması bireyin tüm özerk alanına yöneliktir. Bu tarz bir planlama girişimi de Hayek'e göre eninde sonunda sınırsız iktidara ve ayrıcalıklı bir kesime yol açarken; bireyi de toplum adına köleleştirir. Bireyi toplumsal amaçlar için araç konumuna indirir.

154 Hayek, Kölelik Yolu, s. 250.

155 Hayek, Kölelik Yolu, s. 146. Devletin kimi önlemleri alması veya müdahaleleri, kendiliğinden düzeni bozacak nitelikte olmamalıdır. Bkz. Yayla, Hayek'in Fikir Dünyasında Liberalizm, s. 20. Ayrıca devletten beklenen "eşit hürriyeti" sağlanması ve bireysel girişimlerin önüne çıkan insan kaynaklı engelleri ortadan kaldırmasıdır. Bu hususta bkz. Hayek, Liberalizm, s. 54.

156 Hayek, Kölelik Yolu, s. 257. Devletin müdahale edebileceği durumlar ve müdahalenin sınırları için bkz. Bkz. Yayla, Hayek'in Fikir Dünyasında Liberalizm, s. 20.

157 Hayek, Kölelik Yolu, s. 288.

158 Benzer yönde bkz. Hayek, Kölelik Yolu, s. 154.

159 Hayek, Kölelik Yolu, s. 123. Her kanunun hürriyetleri korumaya yönelik olmadığına, ancak kimi niteliklere sahip kanunların bunu sağlayabileceğine yönelik değerlendirmeler için ayrıca bkz. Hayek, Liberalizm, s. 55.

Bugün ekonominin merkezi olarak planlandığını varsaydığımızda, televizyon, gazete, sosyal medya platformları, radyolar, ulaşım araçları ve konak yerleri ve benzer diğer tüm ekonomik değeri olan unsurlar da planlamanın konusu haline gelir. Bu da, bireyin sosyal ve özerk alanına dahil gördüğümüz tüm mekan ve araçların kamusallaştırılmasına neden olur. Örneğin, mitinge gitmek isteyen bir öğrenci, sosyal medyada ekonomi yönetimini eleştiren ekonomist veya kitap yazmak isteyen yazar, böyle bir toplumda hür bir şekilde isteğini yerine getiremez. Serbest piyasanın hâkim olduğu kimi toplumlarda dahi muhalefetin, aykırı sesin; kişilerin bizzat veya medya patronları ile diğer sermayedarların tehdit edilmesiyle kontrol altında tutulduğunu görmekteyiz. Kâğıdı üreten, otobüslere ve yollara sahip olan, televizyon ve sosyal medya platformlarını kontrol eden bir devletin, muhalefeti veya farklı düşünenleri susturmayacağını nasıl temin edebiliriz? Bununla birlikte, tüm araçları kontrol eden devlet olunca, tek yanlı bir propaganda yapılmayacağını kim iddia edebilir?

Bireylerin kendi planlarını icra edemediği, geleceğine ilişkin tercihte bulunamadığı ya da dilediği şekilde haber alamadığı ve serbestçe iletişim kuramadığı bir toplumda “hür bireylerden” değil, “köleleştirilmiş insanlardan” bahsetmek gerekir. Bu, demokrasi için de büyük bir tehlikedir. Kimi teorisyenler, demokrasiyi yalnızca çoğunluğun iradesi olarak gördüğünden, çoğunluk tarafından kabul edilen planlamacılığı reddetmeyebilir. Ancak planlama mekanizmasının, zaman içerisinde bir menfaat grubunun eline geçmesi ve siyasi iktidar olarak plan yapanların keyfileşmesinin kaçınılmaz olması gösterir ki, enin de sonunda siyasi rekabet ve serbest demokratik yarış ortadan kalkar. Kolektif amaçlar dışındaki amaçları hedefleyen, planın dışına çıkan herkes rejim için tehdit görülür ve hain olarak adlandırılır. Yine tarihi tecrübeler de bunu göstermektedir. Totaliterleşen her rejim, kendi baskı düzenini korumak için propaganda araçları geliştirerek bireylerin zihinlerine dahi girmeyi amaçlarken, diğer yanda da dost-düşman, hain-vatansever gibi çeşitli ayrımlar yaparak toplumu bölmeyi ve bu şekilde rejim taraftarlarının sistemi sorgulamasını önlemek ister. Diğer bir ifadeyle, vatani ve kutsal idealleri için ölmeye hazır, ancak düşünmekten mahrum bir kitle ortaya çıkar.

Hayek de yaşadığı dönem itibarıyla sosyal adalet ve eşitlik gibi pek çok kişinin kolaylıkla kabul edebileceği amaçlarla ekonominin planlanmasına yönelik eğilimlerin ortaya çıkmasını, tüm bu sebeplerle eleştirir. Kuşkusuz Hayek, bu konuda haklıdır. Zira ekonomik değeri haiz unsurların merkezileştirilmesi ile sınıfçılık, aşırı milliyetçilik ve buna benzer birey onuru ile toplumsal barışı dışlayan çeşitli idealler aynı araçlara sahiptir. Araç birlikteliği ise, zamanla oluşan seçkin-menfaat grubunun kendi idealleri adına hareket etmesine yol açar. En azından bunu engelleyecek bir hukuk düzeni ortadan kalkar. Bu şartlarda iddia edildiği gibi ne eşitlik kalır ne de sosyal adaletin sağlanması. Ortaya çıkan sonuç yalnızca devletin tüm imkanlarına sahip bir parti örgütü ve bu örgüte bağlı bürokrasiden başka bir şey olamaz.

Böyle bir yeni sınıfın oluşması da toplumu oluşturan diğer kişilerin, devlet imkanlarından eşit bir şekilde faydalanmak ya da muhalefet olmanın dezavantajından kurtulmak için “asalaklaşmasına” yol açar. Liyakatin değil, nepotizmin olduğu her toplumun varacağı nokta budur. Partili olmanın, bir parti üyesinin yakını olmanın ya da rejime sadık olduğunu çeşitli faaliyetlere katılarak göstermenin saygınlık ve menfaat getirdiği bir toplumda, ancak her şeye rağmen ahlaki davranabilenler hariç,

hemen herkesin “çalışmak” yerine “sadakat gösterme” yoluna gideceğini söylemek abartı olmasa gerek.

Ayrıca burada belirtilmesi gereken diğerk husus Hayek’in hukukun üstünlüğü yaklaşımının yalnızca şekli nitelikte olmadığıdır. Zira Hayek, kuralların genelliğini ve belirliliğini hürriyet rejiminin korunması adına gerekli görmekte, öte yandan da hukukun üstünlüğünün çeşitli hukuki belgelerle insan haklarının korunması anlamına geldiğini belirtmektedir. Kanaatimizce Hayek’in hukukun üstünlüğü anlayışı, hürriyeti tehdit eden bir yaklaşımla, kuralla ve düzenle bağdaşır nitelikte değildir. Nitekim genel ve soyut kuralların içeriği, hürriyetlere aykırı ve kolektivist amaçlara sahip olabilir. Yine Hayek’in planlamacılığa karşı duruşu ve yasama organının yürütmeye geniş ölçekte yetki devri yapmasına karşı çıkması da, hukukun üstünlüğünün yasama organı tarafından yalnızca genel ve soyut kural konulması anlamına gelemeyeceğini gösterir niteliktedir. Kuşkusuz buna/bunlara en iyi örnek Nazi Almanyasıdır. Dönemin koşullarında Nazi görevlilerin eylemleri, kimi zaman katliamdan sonra yürürlüğe giren bir kanunla; kimi zaman ise ilan edilmeyen ve “gizli” adıyla yalnızca söz konusu görevi ifa edecek memura iletilen düzenleyici işlemlerle hukukileştirilmeye ve meşrulaştırılmaya çalışılmıştır.

Neticede Hayek’in hukukun üstünlüğü anlayışının siyasi iktidar ve devlet organlarının hukukla sınırlılığını, kuralların konulmasının ve kuralların belirli nitelikleri haiz olması ve özellikle bireysel hürriyetlerin muhafazasını kapsadığını ifade etmek gerekir. Hayek bu görüşlerini planlamacılık tehlikesi bağlamında ele almaktadır. Burada onun tehlike olarak işaret ettiği ise yalnızca kolektif toplumun amaçları değildir. Zira bu amaçlar çoğu kişinin kabul edebileceği nitelikte olabilir. Ancak burada tehlike, iktisadi hayatı ve hürriyetleri kontrol eden iktidarın hürriyetler üzerinde tahakküm kurmasıdır. Hayek, bu bağlamda hürriyet rejiminin önemine dikkat çekerek, tercih hürriyeti ile iktisadi hürriyetlerin tüm diğerk hürriyetlerin temelini oluşturduğunu; bireysel alanların özerk kalması ve kamusallaşmaması gerektiğini belirtir.

Bizim de bugün “hürriyet rejimi ve hukukun üstünlüğü” adına dikkatli olmamız gerekir. Bunun için kanunların genel ve soyut olmak gibi diğerk nitelikleri haiz olmasını ve hürriyet rejimini dışlamamasını, yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı gibi ilke ve kurumları temin etmemiz gerekir. Sınıfçılık, partililik gibi bireyi dışlayan, sosyal adalet ve eşitlik söylemi adı altında ileri sürülen yaklaşım ve ideallere karşı dikkatli olunması, herhangi bir menfaat karşısında hürriyetlerin ve bireylerin araçsallaştırılmaması gerekir. Aksi halde, böyle bir kapının aralanması demek, engellenemez bir “köleleşme” kapısının da aralanması demektir.

## KAYNAKÇA

AKTAŞ, Sururi, “Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış”, YBHD, Sayı 2020/1. (ss. 1–32).

AKTAŞ, Sururi, Hayek’in Hukuk ve Adalet Teorisi, 2. Bs., Liberte Yayınları, Ankara 2018.

AKTAŞ, Sururi, Prosedürel Doğal Hukuk-Lon L. Fuller’in Hukuk Kavramı, 1. Bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.

BOUDREAUX, Donald J., Yeni Başlayanlar İçin Hayek, Çev. İlkey Yılmaz, Liber Plus Yayınları, İstanbul 2017.

BUTLER, Eamonn, Hayek, Çev. Yusuf Ziya Çelikkaya, 2. Bs., Liberte Yayınları, Ankara 2001.

- BUTLER**, Eamonn, *Özgür Toplumun Temelleri*, Çev. Hakan Şahin, 1. Bs., Liberte Yayınları, Ankara 2016.
- ERDOĞAN**, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, 13. Bs., Siyasal Kitabevi, Ankara 2017.
- FULLER**, Lon L., *Hukukun Ahlakı*, Çev. Engin Arıkan, 1. Bs., Tekin Yayınevi, İstanbul 2016.
- GORODNICHENKO**, Yuriy/**ROLAND**, Gerard, "Understanding the Individualism-Collectivism Cleavage and Its Effect: Lessons from Culturel Psycgology", IEA Conference Volume Series (İçinde), C. 150, Y. 2012, <https://eml.berkeley.edu/~groland/pubs/IEA%20papervf.pdf> (E. 21.09.2020).
- GÜNEŞ**, Turan, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, 1. bs., Sevinç Matbaası, Ankara 1965.
- HAMOWY**, Ronald, "Friedrich A. Hayek", Çev. Atilla Yayla, *Hayek'in Liberalizm Anlayışı (İçinde)*, 1. Bs., Kesit Yayınları, İstanbul 2012.
- HAYEK**, Friedrich A., "Liberal Bir Devletin Anayasası", Çev. Mustafa Erdoğan, *Hayek'in Liberalizm Anlayışı (İçinde)*, 1. Bs., Kesit Yayınları, İstanbul 2012.
- HAYEK**, Friedrich A., "Liberal Bir Sosyal Düzenin İlkeleri", *Hayek'in Liberalizm Anlayışı (İçinde)*, 1. Bs., Kesit Yayınları, İstanbul 2012.
- HAYEK**, Friedrich A., "Liberalizm", Çev. Ünsal Çetin, *Hayek'in Liberalizm Anlayışı (İçinde)*, 1. Bs., Kesit Yayınları, İstanbul 2012.
- HAYEK**, Friedrich A., "The Fatal Conceit – The Errors of Socialism", *The Collected Works of Friedrich August Hayek*, V. I, Ed. W. W. Bartley, Routledge, London, 1998.
- HAYEK**, Friedrich A., *Hukuk, Yasama ve Özgürlük – Özgür Bir Toplumun Siyasi Düzeni*, Çev. Mehmet Öz, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 1997.
- HAYEK**, Friedrich A., *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük-Kurallar ve Düzen*, Çev. Atilla Yayla, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 1994.
- HAYEK**, Friedrich A., *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, 1978.
- HAYEK**, Friedrich A., *The Road to Serfdom*, Routledge, London/New York 2006.
- HAYEK**, Friedrich v., *Individualism and Economic Order*, 3. Bs., The University of Chicago Press, Chicago 1958.
- HAYEK**, Friedrich v., *Kölelik Yolu*, Çev. Turhan Feyzioğlu/Yıldırım Arsan/Atilla Yayla, 6. Bs., Liberte Yayınları, Ankara 2015.
- HAYEK**, Friedrich v., *Özgürlüğün Anayasası*, Çev. Yusuf Ziya Çelikkaya, Bigbang Yayınları, Ankara 2013.
- HEYWOOD**, Andrew, *Siyaset Teorisine Giriş*, Çev. Hızır Murat Köse, 8. Bs., Küre Yayınları, İstanbul 2017.
- HUBER**, Ernst Rudolf, "Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet", Çev. Tuğrul Ansay, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 27, S. 3, Y. 1970. (ss. 27-51).
- İŞSEVENLER**, Vahdet, "Hukukun Erdemi ve Fuller'in Ahlakları", *İÜHFM*, C. LXXIV, S. 2, Y. 2016. (ss. 573-587).
- KESKİN**, Erdoğan, *Anayasa Hukukunda Anayasacılık Düşüncesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- KÖKÜSARI**, İsmail, *Anayasa Hukukunda Hukukî Güvenlik İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- LOUGHLIN**, Martin, *Foundations of Public Law*, 1. Bs., Oxford University Press, Chennai 2010.
- MARTIN**, Brian, "Power Tends to Corrupt", *Philosophy and Social Action*, C. 16, S. 3, Y. 1990.
- ORWELL**, George, 1984, Çev. Celal Üster, 68. Bs., Can Yayınları, İstanbul 2019.
- ÖZKAN**, Ahmet Fatih, "Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 4, Y. 2009 (Güz). (ss 75-94).
- PRICE**, Roger, *1848 Devrimleri*, Çev. Nail Kantemir, Babil Yayınları, İstanbul 2000.
- RIJPKEMA**, Peter, "The Rule Of Law Beyond Thick and Thin", *Law and Philosophy*, S. 32, Y. 2013.

- SOYAK**, Alkan, “Türkiyede İktisadi Planlama: DPT’ye ihtiyaç Var mı?”, Doğuş Üniversitesi Dergisi, C. 4, S. 2, Y. 2003. (ss. 167-182) .
- TOPSES**, Gürsen, “Elseverlik (Alturizm) ve Benseverlik (Egoizm) Ölçeğiyle İlgili Geçerlik ve Güvenirlik Çalışması”, International Journal of New Trends in Arts, Sports & Science Education, Y. 2012, C. 1, S. 2. (ss. 60-71).
- UYGUN**, Oktay, Hukuk Teorileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- VATANDAŞ**, Saniye, “Felsefenin Kadim Bir Konusu Olarak Ahlâk ve Ahlaki Eylemin Amacı Olarak “Mutluluk”, Uluslararası Yönetim ve Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 4, S. 7, Y. 2017. (ss. 1-9).
- WEBER**, Max, Bürokrasi ve Otorite, Çev. H. Bahadır Akın, 8. Bs., Liberte Yayınları, Ankara 2017.
- YAYLA**, Atilla, “Hayek’in Fikir Dünyasında Liberalizm”, Hayek’in Liberalizm Anlayışı (İçinde), 1. Bs., Kesit Yayınları, İstanbul 2012.
- YAYLA**, Atilla, Özgürlük Yolu, Profil Yayıncılık, İstanbul 2014.
- YILMAZ**, Cevdet, “Piyasa Ekonomilerinde Ulusal Planlama ve Çeşitli Planlama Yaklaşımları”, Amme İdaresi Dergisi, C. 32, S. 1, Y. 1999. (ss 85-101).

### ***İnternet Bağlantıları***

- <http://www.uci.cu/en/university/news/young-communists-union-known-ujc-launches-national-anniversary-campaign-organization>, (24.05.2020).
- <https://encyclopedia.usmmm.org/content/tr/article/gestapo>, (24.05.2020).
- <https://encyclopedia.usmmm.org/content/tr/article/ss-police-state>, (24.05.2020).
- <https://sozluk.gov.tr> (14.05.2020).
- <https://www.dictionary.com/browse/bill-of-attainder>, (24.05.2020).
- <https://www.phrases.org.uk/meanings/absolute-power-corrupts-absolutely.html> (E. 16.04.2019).

# Avrupa Birliği'nde Medyada Çoğulculuğun Korunması ve Teşvik Edilmesine İlişkin Yasa ve Girişimlerin Eleştirel Bir Analizi\*

## A Critical Analysis of the Existing Rules and Initiatives Fostering Media Pluralism in the European Union

İbrahim Barış Sayar\*\* 

### ÖZ

Medya özgürlüğü ve medyada çoğulculuk, Avrupa demokrasisinin yapı taşlarındandır. Yapılan araştırmalar, AB üyesi ülkelerin tamamında medya özgürlüğü ve medyada çoğulculuğa yönelik siyasi ve ekonomik ciddi tehditlerin varlığını ortaya koymaktadır. Bu alanda doğrudan yasama yetkisinin olmaması, AB'yi bu tehditlerle bir kısım bağlayıcı hukuki araçlarla birlikte ağırlıklı olarak bağlayıcı olmayan araçlar kullanarak mücadele etmeye zorlamaktadır. Bununla birlikte, sorunların teşhis edilmesi, "isimlendirme" ve "ayıplama"nın ötesine geçemediğinden medya özgürlüğü ve medyada çoğulculuğa yönelik tehditlerin ortadan kaldırılması için yeterli olmamaktadır. Bu çalışmada, medyada çoğulculuk konusunda AB'nin elinde olan hukuki araçlar, güçlü ve zayıf yönleriyle analiz edilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Avrupa Birliği, Medyada Çoğulculuk, Rekabet Hukuku, Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi, Medyada Çoğulculuk Monitörü, Avrupa Medya Girişimi

### ABSTRACT

Media freedom and media pluralism are among the pillars of European Democracy. Research in this area has revealed the existence of serious political and economic threats to media freedom and media pluralism in all EU member states. The lack of a direct legislative power in this area forces the EU to combat these threats by using mainly soft-law instruments along with a few hard-law instruments. However, the identification of the problem is not sufficient to eliminate threats by going beyond "naming" and "shaming". In this study, the legal instruments of the EU on media pluralism will be analyzed with their strengths and weaknesses.

**Keywords:** European Union, Media Pluralism, Competition Law, Audiovisual Media Services Directive, Media Pluralism Monitor, European Media Initiative

\* Bu çalışmanın İngilizce dilinde yazılmış aslı, yazar tarafından, yazarın Jean Monnet Burs Programı bursiyeri olarak eğitim gördüğü Trinity College Dublin Fikri Mülkiyet & Bilgi Teknolojileri Yüksek Lisans Programı kapsamında aldığı "AB Dijital Tek Market: Medya Mevzuatı" dersi kapsamında yazılmış, ders kapsamında sunulan en iyi çalışma seçilerek Trinity College Dublin Hukuk Fakültesi ile İrlanda Radyo ve Televizyon Kurulu (Broadcasting Authority of Ireland) arasında yapılan ve medya politikası ve uygulamalarına ilişkin kamusal tartışmayı teşvik etmeyi amaçlayan işbirliği çerçevesinde, İrlanda Radyo ve Televizyon Kurulu internet sitesinde yayımlanmıştır. Yayımlanan asıl çalışma Trinity College Dublin öğretim üyesi Dr. Ewa Komorek tarafından düzeltilmiştir. Bu çalışma ise, İngilizce dilinde yayınlanan asıl çalışmanın yazar tarafından Türkçeye tercüme edilerek son gelişmeler ışığında güncellenmesiyle hazırlanmıştır. (Asıl çalışmaya [www.bai.ie/en/news-and-information/research/](http://www.bai.ie/en/news-and-information/research/) internet adresinden ulaşılabilir).

Yazar, Dr. Ewa Komorek, Jean Monnet Burs Programı ile programın ülkemizin AB'ye uyum süreci kapsamında AB müktesebatına ilişkin bilgi birikiminin geliştirilmesi amacına katkıda bulunmasına yardımcı olmasından ötürü Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Editör Kurulu ile çalışmayı inceleyerek değerli yorum ve katkılarını ileten sayın Hakem Heyeti'ne teşekkürü bir borç bilir.

\*\* Avukat, İstanbul Barosu, (Yüksek Lisans, Trinity College Dublin Fikri Mülkiyet ve Bilgi Teknolojileri Hukuku Anabilim Dalı); (Yüksek Lisans, Gazi Üniversitesi İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı)

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** İbrahim Barış Sayar

**E-posta/E-mail:** sayari@tcd.ie

**Geliş Tarihi/Received:** 12.12.2020

**Kabul Tarihi/Accepted:** 24.04.2021

## GİRİŞ

İrlandalı ünlü devlet adamı ve filozof Edmund Burke, 1787 yılında basını dördüncü güç olarak tanımlamıştır<sup>1</sup>. İki asırdan fazla bir süre sonra, günümüz medyası bireylerin bilgilendirilmesi, kamu görüşünün şekillendirilmesi ve devletin yasama, yürütme ve yargı organlarının faaliyetlerinin izlenmesinde kritik bir rol oynamaktadır<sup>2</sup>. Bu itibarla, ifade ve bilgi edinme özgürlüğünün ayrılmaz parçaları olmaları karşısında medya özgürlüğü ve medyada çoğulculuk Avrupa demokrasinin temel sütunları arasında sayılmaktadır<sup>3</sup>. Özgür ve çeşitli (diverse) bir medyanın yokluğunda, bireylerin ifade ve bilgi edinme özgürlüğü zarar görecektir, kamuoyu tartışması sağlıklı bir şekilde gerçekleşmeyecek ve nihayetinde demokrasi işlemecektir. 20. yüzyılın önde gelen siyaset teorisyenlerinden Arendt, bu noktaya şu cümlelerle dikkat çekmektedir:

“(…) Basın, artık özgür olmadığı veya bilgi kaynaklarını açıklamaya zorlandığı anda artık her şey olabilir. Totaliter bir rejimin ya da başka türden bir diktatörlüğün yönetmesini gerçekten mümkün kılan şey, halkın bilgilendirilmemesidir. Bilgi sahibi olmayan bir kişi bir fikre nasıl sahip olabilir?”<sup>4</sup>

Medya özgürlüğü, medyanın siyasal ve ekonomik/özel kontrol ve müdahaleden bağımsız olmasını ifade ederken, medyada çoğulculuk çeşitlilik (diversity) ile ilgilidir. Medya özgürlüğünün aksine, medyada çoğulculuk bir hak değil, ancak medya sahipliğinin, bilgi kaynaklarının, medya türlerinin ve kamuya açık içeriğin çeşitliliği gibi çeşitli görünüşleri içeren bir politikadır<sup>5</sup>. Bu kapsamda, medyada çoğulculuğun iki ana görünümü bulunmaktadır. Bunlardan ilki medya kuruluşlarının ve türlerinin yapısal çeşitliliğine ilişkin dış görünüm ve ikincisi medya içeriğinin çeşitliliğine işaret eden iç görünümdür<sup>6</sup>.

Bu çalışma, Avrupa Birliği (AB) düzeyinde medyada çoğulculuğu koruyan ve teşvik eden mevcut yasa ve girişimlere odaklanmaktadır. AB kurucu antlaşmalarında medyada çoğulculuğa ilişkin doğrudan bir yasama yetkisinin mevcut olmayışı, AB’yi medyada çoğulculuğa yönelik tehditlerle mücadele etmek için bir dizi bağlayıcı (hard-law) hukuki araçla birlikte ağırlıklı olarak bağlayıcı olmayan (soft-law) hukuki araçlara dayanmaya mecbur bırakmaktadır<sup>7</sup>. Rekabet hukuku, medya sektöründe yoğunlaşmayı önleme ve mevcut olanı azaltmaya yönelik en güçlü bağlayıcı hukuki araç olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte rekabet hukukunun bu anlamda katkısı ancak dolaylıdır ve rekabet hukuku kurallarının uygulanmasının medyada çoğulculuğu tek başına sağlayabileceğine

1 ‘the fourth estate, n.’ (*OED Online*, OUP March 2020). “Dördüncü Güç” teriminin kaynağına ilişkin ayrıca bkz. Slavko Splichal, *Principles of Publicity and Press Freedom* (Rowman & Littlefield Publishers 2002) 44.

2 Jan Oster, *Media Freedom as a Fundamental Right* (Cambridge University Press 2015) 1.

3 European Commission, ‘Media Freedom and Pluralism’ <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/media-freedom-and-pluralism>>.

4 Hannah Arendt, *Thinking Without a Banister* (Edited by Jerome Kohn, Schocken Books 2018) 491.

5 Oster ‘Media Freedom’ (n 2) 257-258.

6 Ewa Komorek, *Media Pluralism and European Law* (Kluwer Law International 2013) 4.

7 Alison Harcourt, ‘Media Plurality: What Can the EU Do?’ in Steven Barnett and Judith Townend (eds.), *Media Power and Plurality* (PGMPB 2015) 131.



yönelik ciddi şüpheler mevcuttur<sup>8</sup>. Bu çalışmada, rekabet hukukunun medyada çoğulculuğu teşvik etmekteki rolü ile birlikte, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'ndan<sup>9</sup>, Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi'ne<sup>10</sup>, Medya oğulculuk Monitörü'nden Avrupa Medya Girişimi'ne kadar AB düzeyindeki temel yasal çerçeve analiz edilecektir. Çalışma, medyada çoğulculuğa ilişkin son gelişmelerin değerlendirilmesi akabinde yazarın görüşleri ile sonlandırılacaktır.

## II. AB NEZDİNDE MEDYADA ÇOĞULCULUK ALANINDA ÖZEL BİR YASAL DÜZENLEME YAPILMASINA İLİŞKİN ÇALIŞMALAR

1980'li yıllardan günümüze, Avrupa Parlamentosu, Avrupa Komisyonu'nu medyada çoğulculuk alanında yasal düzenleme yapılması konusunda teşvik etmiş ve özellikle AB düzeyinde medya yoğunlaşmasının engellenmesi gerektiğinin altını çizmiştir<sup>11</sup>. Medya yoğunlaşmasına yönelik ilk endişeler, Avrupa Komisyonu'nun aleyhine çok az doğrudan aksiyon aldığı ve İtalyan medyasının o dönemki İtalya Başbakanı tarafından üst düzey kontrolünden kaynaklanan İtalyan Anomalisi'nden (veya “Berlusconi'nin İtalyası”<sup>12</sup>) doğmuştur<sup>13</sup>. Zaman içerisinde, AB düzeyinde medya yoğunlaşmasının engellenmesine yönelik özel bir yasal düzenleme yapılmasına ilişkin süregelen tartışmalar sonuçsuz kaldığı gibi, AB medya pazarındaki yoğunlaşma daha da artmıştır<sup>14</sup>. Medyada çoğulculuğun korunması ve geliştirilmesine yönelik doğrudan AB müdahalesi için somut bir yasal dayanağın mevcut olmaması karşısında, 2010 yılından itibaren diğer AB üyesi ülkelerde de medyada çoğulculuğa yönelik ciddi tehditler ortaya çıkmaya başlamıştır. Macaristan<sup>15</sup> ve Polonya'da<sup>16</sup> medya sektörüne ilişkin yeni kanunların kabul edilmesi ile Birleşik Krallık'ta 168 yıllık “News of the World” gazetesinin kapanmasına yol açan korsanlık skandalı bu yöndeki tehditlere örnek olarak gösterilebilir<sup>17</sup>.

Bu kapsamda, 2011 yılında Medya Özgürlüğü ve çoğulculuğu Üst Düzey Çalışma Grubu (High-Level Group on Media Freedom and Pluralism<sup>18</sup>) ile Medya oğulculuğu ve Medya Özgürlüğü

8 Armando Garcia Pires, 'Media Pluralism and Competition' [2017] 43 EJLE 260.

9 Charter of Fundamental Rights of the European Union [2012] OJ C 326.

10 Directive 2010/13/EU of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (codified version) [2010] OJ L 95.

11 Komorek (n 6) 29-30; Kristina Irion and Peggy Valcke, 'Cultural Diversity in the Digital Age: EU Competences, Policies and Regulations for Diverse Audiovisual and Online Content' in Evangelia Psychogiopoulou (ed.), *Cultural Governance and the European Union Protecting and Promoting Cultural Diversity in Europe* (Palgrave Macmillan 2015) 78-79.

12 Cinzia Padovani, 'Berlusconi's Italy: the media between structure and agency' [2015] 20(1) MI 41-42.

13 Pires (n 8) 262.

14 Komorek (n 6) 42.

15 Pires (n 8) 262; Komorek (n 6) 88.

16 The Economist, 'Poland and the EU on the Naughty Step' (14 January 2016) <[www.economist.com/europe/2016/01/14/on-the-naughty-step](http://www.economist.com/europe/2016/01/14/on-the-naughty-step)>.

17 BBC, 'Phone-hacking trial explained' (25 June 2014) <[www.bbc.co.uk/news/uk-24894403](http://www.bbc.co.uk/news/uk-24894403)>.

18 European Commission, 'HLGMFP' <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-group-media-freedom-and-pluralism>>.

Merkezi (Centre for Media Pluralism and Media Freedom<sup>19</sup>) olmak üzere iki bağımsız danışma organı kurulmuştur. Bu danışma organları AB düzeyinde medya özgürlüğü ve medyada çoğulculuğun korunması, desteklenmesi ve geliştirilmesine ilişkin araştırmaları yürütmek ve Avrupa Komisyonu'na bilgi ve tavsiyeler sunmakla görevlendirilmiştir. 2013 yılında, hem Medya Özgürlüğü ve Çoğulculuğu Üst Düzey Çalışma Grubu<sup>20</sup>, hem de Medya Çoğulculuğu ve Medya Özgürlüğü Merkezi<sup>21</sup> AB'nin bu alanda doğrudan bir düzenleme yapma yetkisine sahip olup olmadığı ya da olması gerekip gerekmediği hususlarında raporlarını yayınlamışlardır.

Medya Özgürlüğü ve Çoğulculuğu Üst Düzey Çalışma Grubu tarafından yayınlanan raporun belkemiğini, medya çoğulculuğu ve özgürlüğünün Avrupa demokrasisi için vazgeçilmez karakteri oluşturmaktadır<sup>22</sup>. Raporla ilk olarak “Avrupa siyasi alanında medya özgürlüğü ve çoğulculuğunun garanti edilememesi halinde, AB düzeyinde gerçek bir demokrasinin var olamayacağı” hususu vurgulanarak belirli AB üyesi ülkelerdeki medya çoğulculuğu ve özgürlüğüne yönelik ciddi tehditlere atıfta bulunulmuş ve AB'nin doğrudan müdahalesine eskiye nazaran daha da fazla ihtiyaç olduğu belirtilmiştir. Bu kapsamda rapor, Avrupa Komisyonu'na diğerlerinin yanı sıra (i) AB'nin medya özgürlüğünü ve medyada çoğulculuğu teşvik eden eylemlerde bulunma konusundaki (geniş) ve doğrudan yeterliliği, medya özgürlüğü ve çoğulculuğunun Avrupa demokrasisi ile güçlü bağlantısına dayalı olarak gerekçelendirilmeli ve tanınmalıdır, (ii) bu alanda AB mevzuatının uyumlaştırılması için daha fazla çalışma yapılması tek pazarın etkin işleyişi için bir zorunluluktur, (iii) rekabet hukuku kurallarının uygulanmasında medyada çoğulculuğun özel rolüne daha fazla önem verilmelidir ve (iv) AB düzeyinde medyada çoğulculuğa yönelik riskleri izlemek ve değerlendirmek için bağımsız bir izleme mekanizması kurulmalıdır şeklinde özetlenebilecek tavsiyelerde bulunulmuştur<sup>23</sup>.

Diğer taraftan, Medya Çoğulculuğu ve Medya Özgürlüğü Merkezi tarafından hazırlanan raporun temel amacı, AB'nin medya özgürlüğü ve çoğulculuğu konusundaki (varsa) yasama yetkisinin temelini araştırmaktır<sup>24</sup>. Raporla, AB'nin bu konuda hareketsiz kalamayacağına vurgu yapılarak Avrupa Komisyonu'na beş temel öneride bulunulmuştur. İlk olarak, medya pazarında amacı demokratik bir iletişim sistemi sağlamak olan AB rekabet hukuku kurallarının, AB Temel Haklar Şartı madde 11 (2)<sup>25</sup> de dahil olmak üzere Şart'ın temel ilkeleri çerçevesinde uygulanması gerektiğinin altı çizilmiştir<sup>26</sup>. Bu anlamda özellikle, çoğulculuğa yönelik kaygılar medya birleşmelerinin değerlendirilmesi sürecine entegre edilmelidir<sup>27</sup>. Öte yandan medya sahipliği, mülkiyet şeffaflığı, yayın yoluyla hakaret ve telif haklarına ilişkin kurallar AB düzeyinde uyumlu hale getirilmelidir<sup>28</sup>. Raporla ayrıca ulusal düzenleyici makamların görsel-ışitsel medya sektöründeki rolüne vurgu yapılarak ulusal düzeyde bağımsız düzenleyici makamların kurulmasını tavsiye edilmiş, bu

19 Bkz. <<https://cmpf.eui.eu/>>.

20 High-Level Group on Media Freedom and Pluralism, 'A Free and Pluralistic Media to Sustain European Democracy' [2013].

21 Centre for Media Pluralism and Media Freedom, 'EU Competencies in respect of Media Pluralism and Media Freedom' [2013].

22 High-Level Group on Media Freedom and Pluralism (n 20) 3.

23 ibid 17-25.

24 Centre for Media Pluralism and Media Freedom (n 21) 67.

25 “Basının özgürlüğü ve çoğulculuğuna saygı gösterilmelidir.”

26 Centre for Media Pluralism and Media Freedom (n 21) 11, 73-75.

27 ibid 105.

28 ibid 11.

makamların medya özgürlüğü ve medyada çoğulculuk konusunda müşterek kılavuzlar ve bağlayıcı olmayan düzenlemeler geliştirmeye yardımcı olabileceği ifade edilmiştir<sup>29</sup>.

Medya Çoğulculuğu ve Medya Özgürlüğü Merkezi'ne göre, bu konuda doğrudan AB müdahalesinin bir başka yolu, Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı (European Union Agency for Fundamental Rights) aracılığıyla, bu kurumun medya özgürlüğü ve medyada çoğulculuğa ilişkin ortak standartları izleme ve önermekle görevlendirilmesi suretiyle veya isimlendirme ve ayıplama (“naming” and “shaming”) rolü üstlenecek özel amaçlı (*ad hoc*) bir kurumun kurulmasıyla mümkündür<sup>30</sup>. Rapora göre, bağlayıcı olmayan böyle bir hukuki araç, medya özgürlüğü ve medyada çoğulculuk konusunda farkındalık yaratılmasına katkıda bulunabilir<sup>31</sup>. Bununla birlikte, raporda yer alan en çığır açıcı tavsiye, AB kurucu antlaşmalarının revize edilmesi gerekliliğidir. Rapora göre, medya özgürlüğü ve medyada çoğulculuğa yönelik doğrudan AB müdahalesinin temelini iç pazarın düzenli işleyişinin temin edilmesi oluşturmaktadır<sup>32</sup>. Zira AB üyesi ülkelerin ulusal mevzuatlarının birbirlerinden farklı kurallar içermeleri iş pazarın işleyişine zarar verebilir ve uyumlaştırma süreci bu durumun önlenmesi için gereklidir<sup>33</sup>. İç pazar argümanının doğrudan AB müdahalesi için yeterli bir yasal dayanak olarak görülmemesi halinde de medya özgürlüğü ve medyada çoğulculuğu koruma amaçlı bir kısım ilkelerin AB kurucu antlaşmalarına eklenmesi düşünülebilir<sup>34</sup>. Bu kapsamda Medya Çoğulculuğu ve Medya Özgürlüğü Merkezi, medya özgürlüğüne ve medyada çoğulculuğa yönelik temel tehditlerin “siyasi güç” ve “özel/ekonomik güç” olmak üzere iki ana kaynaktan geldiğini kabul etmektedir<sup>35</sup>. Bu itibarla raporda “medya pazarında hâkim konumun oluşturulması ve sürdürülmesinin yasaklanması” ile “hükümetlerin ve özel/ekonomik güçlerin medya teşebbüsleri üzerindeki kanuna aykırı etkilerinin ortadan kaldırılması/önlenmesi” şeklindeki iki ana ilkenin AB kurucu antlaşmalarına, özellikle de Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'ya<sup>36</sup> dahil edilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>37</sup>.

### III. MEDYADA ÇOĞULCULUĞU KORUMAKTA KULLANILAN BAĞLAYICI HUKUKİ ARAÇLAR

#### A. AB TEMEL HAKLAR ŞARTI'NIN 11. MADDESİ

Lizbon Antlaşması'nın<sup>38</sup> yürürlüğe girmesiyle birlikte AB kurucu antlaşmalarına eşdeğer şekilde yasal olarak bağlayıcı hale gelen<sup>39</sup> AB Temel Haklar Şartı'nın 11 (1). maddesi, ifade ve bilgi

29 ibid 11, 113-115

30 ibid 11, 115-117.

31 ibid 122.

32 ibid 11.

33 ibid.

34 ibid.

35 ibid 112.

36 Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union [2012] OJ C 326.

37 Centre for Media Pluralism and Media Freedom (n 21) 112-113.

38 Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community [2007] OJ C 306 madde 6.

39 Avrupa Birliği Antlaşması madde 6 (1): “Birlik, 12 Aralık 2007 tarihinde Strazburg'da uyarlandığı haliyle, Antlaşmalar'la

edinme özgürlüğünü korumakta ve 11 (2). maddesi “Medyanın özgürlüğüne ve çoğulculuğa saygı gösterilecektir.” hükmünü içermektedir. AB Temel Haklar Şartı, AB üyesi ülkelerin medya sektöründe çoğulculuğun korunması için mevcut konjonktüre zarar verebilecek fiillerde bulunmaktan kaçınmanın haricinde proaktif bir yaklaşım benimsemelerini zorunlu kılmakta<sup>40</sup> ve aynı zamanda AB düzeyindeki tüm mevzuatın medya özgürlüğü ve medyada çoğulculuk ilkeleri dikkate alınarak kabul edilmesi ve uygulanmasını gerektirmektedir<sup>41</sup>.

Bununla birlikte, AB Temel Haklar Şartı, AB'nin yasa yapma yetkisini antlaşmalarda belirlenen çerçevenin ötesine genişletmemektedir. Zira hem Avrupa Birliği Antlaşması madde 6 (1) ile Şart'ta yer alan hükümlerin Birliğin Antlaşmalar'da belirlenen yetkilerini hiçbir şekilde genişletmeyeceği, hem de AB Temel Haklar Şartı madde 51 (2) ile Şart'ın Topluluk veya Birlik için yeni bir yetki veya görev tesis etmediği veya Antlaşmalarda belirtilen yetkilerde ve görevlerde değişiklik yapmadığı ifade edilmiştir. Bu bağlamda AB'nin yasama yetkisinden ve özellikle katmanlı yetki (the Principle of Subsidiarity) ilkesinden bahsetmek gerekir. Avrupa Birliği Antlaşması'nın<sup>42</sup> 5. maddesi uyarınca, AB'nin yetkilerinin sınırları, yetkilendirme ilkesine tabidir ve AB yetkilerinin kullanılması, katmanlı yetki ve orantılılık ilkelerine tabidir. Yetkilendirme ilkesi uyarınca AB, Antlaşmalar'da belirlenen hedeflere ulaşmak amacıyla ancak AB üyesi ülkeler tarafından Antlaşmalar ile kendisine verilen yetkilerin sınırları içerisinde hareket eder ve Antlaşmalar'da AB'ye verilmemiş yetkiler üye ülkelere aittir.

Katmanlı yetki ilkesi uyarınca AB, münhasır yetkisine girmeyen alanlarda, yalnızca öngörülen eylemin amaçlarının AB üyesi ülkeler tarafından merkezi düzeyde veya bölgesel ve yerel düzeyde yeterli biçimde gerçekleştirilemeyeceği ve fakat söz konusu eylemin boyutu ya da etkileri itibarıyla AB düzeyinde daha iyi gerçekleştirilebileceği durumlarda harekete geçer<sup>43</sup>. Katmanlı yetki ilkesinin uygulanabilmesi için biri olumsuz ve diğeri olumlu olmak üzere iki temel koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Olumsuz koşul, AB üyesi ülkeler düzeyinde bir mevzuat açığının varlığı ile bu açığın ulusal düzeyde giderilemeyeceğine ilişkin olumsuz bir beklentiye ifade etmektedir<sup>44</sup>. Olumlu koşul ise bu açığın giderilmesi için önerilen eylemin kapsam ve etkileri dikkate alındığında, eylemin AB düzeyinde hayata geçirilmesindeki katma değerini gösterilmesini gerektirmektedir<sup>45</sup>.

AB üyesi ülkeler, medya hukukunun kültürel ve siyasi açıdan hassas yönlerine, özellikle de medyada çoğulculuğa ilişkin ulusal yetkilerini azami düzeyde koruyabilmek amacıyla katmanlı yetki ilkesine atıfta bulunmuş<sup>46</sup> ve AB düzeyinde uyumlaşmayı sağlayacak girişimlerin sınırlandırılması için

aynı hukuki değere sahip olan 7 Aralık 2000 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda yer alan hakları, özgürlükleri ve ilkeleri tanıır.”

40 Jan Oster, *European and International Media Law* (Cambridge University Press 2016) 106.

41 Komorek (n 6) 263.

42 Consolidated version of the Treaty on European Union [2012] OJ C 326.

43 Alina Kaczorowska, *European Union Law* (3<sup>rd</sup> Edition, Routledge, 2013) 180-185.

44 Jürgen Bast and Kassandra Wetz, ‘System of Competences’ in Pieter Jan Kuijper et al. (eds.), *The Law of the European Union* (5<sup>th</sup> ed., Wolters Kluwer 2018) Chapter 3 (5.1).

45 Bast and Wetz (n 44). Katmanlı yetki ilkesine ilişkin ayrıntılı bir inceleme için bkz. Sevgi Çilingir, ‘AB Hukukunda Subsidiarite İlkesi ve Uygulanması’ [2017] 19(3) DEÜ SBED 349-371.

46 Carles Llorens and Andreea Madaline Costache, ‘EU Media Policy and Independent Regulatory Authorities: A New Tool

geleneksel olarak bir gayret içerisinde olmuşlardır<sup>47</sup>. Nitekim medyada çoğulculuğun korunması ve teşvik edilmesinin öncelikle AB üyesi ülkelerin yetki alanlarına girmekte olduğu ve ancak AB kurumlarının yetkilerini kullanırken medya özgürlüğüne ve medyada çoğulculuğa saygı gösterecekleri kabul edilmektedir<sup>48</sup>. Bu kabul özellikle kültür temelinde, Avrupa genelindeki farklı ulusal medya ortamlarının çeşitliliğinin AB üyesi ülkelerdeki kültürel çeşitliliğinin önemli bir ifadesi olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Bir başka ifadeyle her ne kadar medyada çoğulculuğun ifade özgürlüğü ile güçlü bağlantısı kabul edilmişse de çoğulculuğun korunması ve teşvik edilmesi temel haklar politikasından ziyade kültürel politika ile ilişkilendirilmiştir<sup>49</sup>.

Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın "Kültür" başlıklı 167. maddesinde yer alan "Birlik, üye devletlerin ulusal ve bölgesel çeşitliliğine saygı göstererek ve ortak kültürel mirası da öne çıkararak, kültürlerinin zenginleşmesine katkıda bulunur" hükmü doğrultusunda, medyada çoğulculuğun aktif olarak korunması ve teşvik edilmesi doğrudan AB üyesi ülkelerin sorumluluğundadır<sup>50</sup>. Dolayısıyla Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma madde 167 yorumu itibarıyla medyanın kültürel boyutunun AB düzeyinde uyumlaştırılması ve AB'nin bu yönde aktif faaliyet göstermesi arzu edilmemekte ve AB'nin rolü, medyada çoğulculuğu teşvik edici tedbirlerin benimsenmesiyle sınırlı olarak kabul edilmektedir<sup>51</sup>. Esasen AB Temel Haklar Şartı'nın 11(2). maddesi'nde yer alan "saygı gösterilecektir" ibaresi de medyada çoğulculuğun öneminin temel haklar çerçevesinde kabul edilmekle birlikte AB'nin medyada çoğulculuğu korumak ve teşvik etmek için aksiyon almak zorunda olmadığını bir göstergesidir<sup>52</sup>. Dolayısıyla AB hukukunun birincil mevzuatında, yani AB kurucu antlaşmalarında medya hukukunun AB düzeyinde uyumlaştırılmasına ilişkin özel bir yetki bulunmadığından, AB hukukunun ikincil mevzuatında da medyada çoğulculuğu garanti etmeye yönelik doğrudan bir düzenleme mevcut değildir<sup>53</sup>. Sonuç itibarıyla AB Temel Haklar Şartı'nın 11(2). maddesi'nin medyada çoğulculuk konusunda AB düzeyinde bağlayıcı bir mevzuat yapılabilmesi için yasal temel teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir<sup>54</sup>.

## **B. MEDYADA ÇOĞULCULUĞUN TEŞVİK EDİLMESİNDE REKABET HUKUKUNUN ROLÜ**

Hali hazırda, AB'nin medya yoğunlaşmasının önlenmesinde doğrudan harekete geçmesine imkân sağlayan tek araç rekabet hukuku kurallarıdır<sup>55</sup>. Bu bağlamda Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin

to Protect European Media Pluralism?' [2014] 4 JIP 410.

47 Peggy Valcke, 'Challenges of Regulating Media Pluralism in the European Union: the Potential of Risk-Based Regulation' [2014] XV (1) *Quadrans del CAC* 26; Ayrıca bkz. Tolga Yazıcı, *Medya Mülkiyetine İlişkin Düzenlemeler ve Dünyadaki Örnekler Bağlamında Türkiye için bir Medya Mülkiyeti Modeli Önerisi*, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013 İstanbul 104.

48 Bkz. Council of European Union, 'Council Conclusions on safeguarding a free and pluralistic media system' (Conclusion) [2020] OJ C 422.

49 Vasiliki Kosta, *Fundamental Rights in EU Internal Market Legislation* (Bloomsbury 2015) 145.

50 European Audiovisual Observatory, 'Media ownership, Market Realities and Regulatory Responses' [2016] 19-20.

51 European Audiovisual Observatory (n 50) 20; Irion and Valcke (n 47) 78-79.

52 European Audiovisual Observatory (n 50) 19-20.

53 ibid.

54 Komorek (n 6) 263; Valcke (n 47) 27; European Audiovisual Observatory (n 50).

55 Komorek (n 6) 95.

Antlaşma'nın 101 ve 102. maddeleri, sırasıyla teşebbüsler arasında rekabete aykırı anlaşmaların yasaklanmasına ve iç pazardaki hâkim durumun kötüye kullanılmasının önlenmesine ilişkin kuralları düzenlemektedir. Avrupa Komisyonu ayrıca 139/2004 sayılı Teşebbüsler Arasındaki Yoğunlaşmanın Kontrolüne İlişkin Tüzük ("Birleşme Tüzüğü"<sup>56</sup>) aracılığıyla medya sektöründeki birleşmeleri kontrol etme yetkisine sahiptir.

Bu noktada kısaca tüzüklerin AB hukukundaki statüsünden de bahsetmek gerekir. Tüzükler, AB hukukunun ikincil kaynakları olan karar alma yetkisini haiz AB kurum tasarrufları arasında yer almaktadır. Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 288. maddesi'nde AB kurumlarının Birliğin yetkilerinin kullanılması için tüzük, direktif, karar, tavsiye ve görüşler kabul edeceği ve bunlardan tüzüklerin genel uygulama alanına sahip olan, bütünüyle bağlayıcı ve tüm AB üyesi ülkelerde doğrudan uygulanır nitelikte yasal düzenlemeler olduğu ifade edilmiştir. Tüzükler, Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde yayımlanır ve yürürlüğe girdikleri andan itibaren AB üyesi ülkelerde doğrudan uygulanır ve ayrıca ulusal mevzuata aktarılması gerekmez. Tüzükler, içerdikleri hükümlere aykırı önceki ulusal kanunların ve diğer yasal düzenlemelerin yerine geçer ve AB kurumları, AB üyesi ülkeler ile kapsadıkları kişiler tarafından uyulmayı gerektirir. Tüm bu nitelikleri itibarıyla tüzükler AB hukukunun AB genelinde yeknesak uygulanmasını sağlamak için tasarlanmıştır<sup>57</sup>.

Rekabet hukuku kurallarının medyada çoğulculuğun korunması ve teşvik edilmesi üzerindeki dolaylı etkilerine ilişkin başlıca örnek, Avrupa Komisyonu'nun Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 101. maddesi bağlamında yürütmüş olduğu *BSkyB/Premier League* davasıdır<sup>58</sup>. Dava, Birleşik Krallık birinci lig maçlarında medya haklarından yararlanmaya ilişkin, bir merkezi ajansın medya haklarını münferit futbol kulüpleri adına satmasını düzenleyen ortak satış anlaşmasını konu edinmekteydi<sup>59</sup>. Avrupa Komisyonu'nun rekabet hukukuna ilişkin endişelerine dayalı itirazlarının ardından dava, *Football Association Premier League Limited* şirketinin taahhütlerinden oluşan bir uzlaşmayla sonuçlandı<sup>60</sup>. Her ne kadar AB'nin bu olaydaki müdahalesinin temel amacı, AB rekabet hukukunun "tek bir alıcı olmaması" kuralı ışığında Birleşik Krallık birinci lig maçlarının canlı yayınlanmasına ilişkin bir tekel oluşmasının önüne geçmek olsa da, sonuç diğer yayıncıların, sınırlı da olsa<sup>61</sup>, bu yüksek değere sahip pazara dahil olmasını sağladı.

Üst düzey bir izleyici ve reklam geliri anlamına gelen futbol yayıncılığı pazarına diğer oyuncuların erişimlerinin güçlendirilmesi, medyada çoğulculuğa ilişkin iki açıdan dolaylı ancak olumlu katkı sağlamaktadır: İlk olarak, diğer medya şirketlerinin aksi durumda egemen oyuncunun (bu dava özelinde BskyB) sahip olacağı pastadan da pay alabilmelerine yardımcı olarak bu şirketlerin

56 Council Regulation No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ L 24

57 Karen Davies, *Understanding European Union Law* (7<sup>th</sup> Edition, Routledge, 2019) 56-57; Kaczorowska (n 43) 124-125.

58 European Commission, 'Commission Decision of 22/III/2006 – Joint selling of the media rights to the FA Premier League' C (2016) 868 final.

59 ibid 3.

60 ibid 10-11.

61 Bkz. Mike Milne, *The Transformation of Television Sport: New Methods, New Rules* (Palgrave Macmillan 2016) 81-84.

konumunun güçlenmesini sağlamış ve dış çoğulculukta potansiyel bir artışa yol açmıştır<sup>62</sup>. Öte yandan futbol yayıncılığı pazarında kendilerine yer bulan medya şirketlerinin elde edeceği ek maddi kaynak, bu yayıncıları yeni içerik üretmeye veya satın almaya yönlendirecek, böylece yayıncılar tarafından sunulan mevcut içerik sayısındaki potansiyel artış iç çoğulculuğun gelişmesine katkıda bulunacaktır<sup>63</sup>. Nitekim, yakın zamanda Amazon'un Birleşik Krallık birinci lig maçlarının yayın haklarına ilişkin pazara girişi, kendisine ait isteğe bağlı video hizmetine (video-on-demand service) çok sayıda izleyici çekmiştir<sup>64</sup> ki bu durumun ilgili hizmetin içerdiği içerik sayısında büyük bir artışa yol açması muhtemeldir. Bununla birlikte, Komorek'in de vurguladığı üzere medya sektöründe tekellerin oluşmasını en baştan engellemek çok önemlidir<sup>65</sup> ve bu nedenle Amazon'un yeni BSKyB olmasını önlemek için yeterli düzeyde tedbir almak şarttır.

AB mevzuatında medyada çoğulculuk kavramına açıkça değinilen bir başka nadir örnek AB Birleşme Tüzüğü'nün 21 (4). maddesidir. Kural olarak, ister birleşme isterse devralma şeklinde olsun, topluluk boyutu bulunan tüm yoğunlaşmalar (concentrations) üzerindeki yargı yetkisi yalnızca Avrupa Komisyonu'na aittir<sup>66</sup>. Bu temel ilkeye ilişkin "meşru menfaat" istisnası, AB üyesi ülkelerin medyada çoğulculuğun sağlanması meşru menfaatinin korumak amacıyla, Avrupa Komisyonu tarafından rekabet hukuku temelinde onaylanmış olsalar dahi, medya yoğunlaşmalarını gözden geçirme, önleme veya bunların onaylanması için ek koşullar getirmesine izin vermektedir<sup>67</sup>. Bu istisna, her ne kadar Avrupa Komisyonu'nun rekabet hukuku temelinde yürüttüğü analizinde dikkate alınmayan medyada çoğulculuğun korunması için teorik bir mekanizma sunsa da, pratikte nadiren kullanılmıştır<sup>68</sup>.

Şimdiye kadar, Avrupa Komisyonu tarafından AB Birleşme Tüzüğü'nün 21 (4). maddesinin açıkça vurgulandığı tek olay *Newspaper Publishing* davasıdır<sup>69</sup>. Avrupa Komisyonu, PRISA, Espresso ve MGN tarafından Newspaper Publishing'in ortak kontrolünün devir alınmasına ilişkin anlaşmayı rekabet hukuku temelinde uygun bulmuştur. Bununla birlikte, Avrupa Komisyonu "meşru menfaat" istisnasına atıfta bulunarak teklif edilen devralmanın haberlerin doğru şekilde sunulmasına ve ifade özgürlüğüne ilişkin endişeler yarattığının altını çizmiş ve anılan devralmanın Birleşik Krallık makamlarının resmi onayını gerektirdiğini ifade etmiştir<sup>70</sup>. Neticede de Birleşik Krallık makamları Newspaper Publishing'in ortak kontrolünün devir alınmasını medyada çoğulculuğun korunması kapsamındaki endişeler doğrultusunda engellemiştir<sup>71</sup>. Komorek, esasen Avrupa Komisyonu'nun bu olaydaki değerlendirmesinin de medyada çoğulculuğa ilişkin bir bakış açısı içerdiğini, ancak Avrupa

62 Komorek (n 6) 134.

63 ibid.

64 Mark Sweney, 'Premier League brings record number of sign-ups to Amazon Prime' (The Guardian, 6 December 2019) <[www.theguardian.com/technology/2019/dec/06/premier-league-brings-record-number-of-sign-ups-to-amazon-prime](http://www.theguardian.com/technology/2019/dec/06/premier-league-brings-record-number-of-sign-ups-to-amazon-prime)>.

65 Komorek (n 6) 134-135.

66 AB Birleşme Tüzüğü madde 1-3 ve 21.

67 Komorek (n 6) 99.

68 ibid 57.

69 Commission of the European Communities, 'Case No IV/M.423 – Newspaper Publishing' (14 March 1994).

70 ibid paragraf 1-2 ve 22-24.

71 Komorek (n 6) 116-117.

Komyonu'nun kendisi doğrudan müdahale edemeyeceğinden, Birleşik Krallık makamlarının dikkatini çekerek aslında onları medya yoğunlaşmasına karşı eyleme geçmeye bir anlamda zorladığını belirtmektedir<sup>72</sup>.

Her ne kadar rekabet hukuku araçları, tekel oluşumunu engelleyerek, mevcut olanların dağıtılmasını sağlayarak veya içerik ve dağıtım kanallarına erişimde sınırların oluşmasını önleyerek medyada çoğulculuğun teşvik edilmesine dolaylı da olsa katkı sağlamaktaysa da<sup>73</sup> AB nezdinde medya pazarının sahiplik açısından önemli ölçüde yoğunlaşmasının önüne geçememiştir<sup>74</sup>. Fikirlerin çoğulculuğunun bir işareti olan medya sahipliği yapısına göre AB üyesi ülkelerin 10 (en iyi) ile 1 (en kötü) arasında bir ölçekte sıralandığı yakın tarihli bir araştırmaya göre, AB üyesi ülkeler, (bir piyasanın birkaç şirketin hakimiyetinde şekillendiğini ifade eden) oligopolistik mülkiyet yapısının mevcudiyetini gösterir 3 ila 5 arasında puanlar almışlardır<sup>75</sup>. AB üyesi ülkelerin medyada çoğulculuk konusundaki ortalama puanı 6,5 ve hükümetlerin medya üzerindeki etkilerinin boyutunu analiz eden medya özgürlüğü konusundaki ortalama puanı ise 6,6'dır<sup>76</sup>.

Ulusal düzeyde medya birleşmeleriyle ilgili en önemli örneklerden birisi ise İrlanda'nın 2002 tarihli (revize edilmiş) Rekabet Kanunu içerisindeki kurallardır. İrlanda Rekabet Kanunu'nun 3A bölümü, ciro kriterine bakılmaksızın medya birleşmelerinin veya devralmalarının hem İletişim, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanına, hem de Rekabet ve Tüketicinin Korunması Komisyonuna bildirilmesini zorunlu kılmaktadır. İrlanda Rekabet ve Tüketicinin Korunması Komisyonu ulusal düzeyde gerçekleştirilen medya birleşme ve devralmalarını rekabet hukuku yönünden incelerken; İletişim, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanının analizi medya içeriği ve sahiplik yönünden çoğulculuğa ilişkindir. Medya Özgürlüğü ve Çoğulculuğu Üst Düzey Çalışma Grubu ile Medya Çoğulculuğu ve Medya Özgürlüğü Merkezi raporlarında yer alan tavsiyelerle uyumlu olarak, medyada çoğulculuğun rekabet hukuku bağlamında dikkate alınmasını sağlayacak bu şekilde bir çözüm AB düzeyinde de uygulanabilir.

### **C. GÖRSEL-İŞİTSEL MEDYA HİZMETLERİ DİREKTİFİ KAPSAMINDA MEDYADA ÇOĞULCULUĞU TEŞVİK EDEN KURALLAR**

Rekabet hukuku haricinde, AB nezdinde medyada çoğulculuğu teşvik eden en önemli bağlayıcı (hard-law) hukuki araçlardan bir tanesi Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi'nde düzenlenen menşe ülke (country of origin) ilkesidir<sup>77</sup>. Ancak menşe ülke ilkesini açıklamadan önce kısaca direktiflerin AB hukukundaki statüsünden bahsetmek faydalı olacaktır. Tüzükler gibi direktifler de AB hukukunun ikincil kaynakları olan karar alma yetkisini haiz AB kurum tasarrufları arasında yer almaktadır. Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 288. maddesi uyarınca direktifler, muhatap alınan her üye ülkeyi ulaşılması gerekli sonuçları itibarıyla bağlar, şekil ve yöntem seçimini

72 ibid.

73 ibid 135-136.

74 Pires (n 8) 281.

75 Sustainable Governance Indicators, *Access to Information Report* [2019] 35-65.

76 Bkz. <[www.sgi-network.org/2019/Democracy/Quality\\_of\\_Democracy/Access\\_to\\_Information](http://www.sgi-network.org/2019/Democracy/Quality_of_Democracy/Access_to_Information)>.

77 Komorek (n 6) 152.



ise ulusal otoritelere bırakır. Direktifler kural olarak doğrudan uygulanabilir nitelikte değildir. Dolayısıyla tüzüklerin aksine direktiflerin AB üyesi ülkelerin iç hukuklarına belirlenen süre içerisinde aktarılması gerekmektedir. AB üyesi ülkelere, bu aktarım sırasında her üye ülkenin ulusal koşullarını dikkate almaları için belirli bir takdir yetkisi tanınmıştır<sup>78</sup>.

Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi'nin 2 ve 3. maddelerinde düzenlenen menşe ülke ilkesi, görsel-ışitsel medya hizmet sağlayıcıları üzerinde yalnızca menşe AB üyesi ülkenin yargı yetkisine sahip olduğunu düzenlemektedir. Bu itibarla da alıcı AB üyesi ülkenin kendi sınırları içerisinde yayın alım özgürlüğünü güvence altına almasını, ikincil bir kontrol uygulamamasını ve diğer AB üyesi ülkelere yapılan görsel-ışitsel medya hizmetlerinin kendi sınırları içerisinde yeniden iletimini kısıtlamamasını zorunlu tutmaktadır. Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi'nin temel prensiplerinden olan menşe ülke ilkesi, yalnızca bilgi akışının ve görsel-ışitsel medya hizmetlerinin serbest akışını güvence altına almakla kalmaz; aynı zamanda Avrupa görsel-ışitsel medya sektörünün gelişmesini destekleyerek, haber ve eğlence kaynaklarındaki çeşitliliğin artırılmasının yanı sıra seçim ve fiyat rekabetini de teşvik ederek<sup>79</sup> AB düzeyinde medyada çoğulculuğu güçlendirir<sup>80</sup>.

Ancak menşe ülke ilkesi, görsel-ışitsel medya hizmet sağlayıcıları tarafından yayın yapmayı hedefledikleri ülkenin daha katı kurallarından kaçınmak amacıyla kullanılma potansiyeline sahiptir<sup>81</sup>. Bu durumun en somut örneği, Rusya menşeli, bir AB üyesi ülkede yayın ruhsatı almış ancak çoğunlukla diğer AB üyesi ülkelerdeki, özellikle de Baltık ülkelerindeki (Estonya, Litvanya ve Letonya) izleyici kitlesini hedef alan ve düşmanca siyasi propaganda, dezenformasyon, nefret söylemi ve yalan habercilik konularında şaibeli olduğu iddia edilen görsel-ışitsel medya hizmet sağlayıcılarıdır<sup>82</sup>. Yakın tarihli bir çalışmada, Estonya'da, Rusya devlet kanallarının ülkenin Rusça konuşan izleyici kitlesi nezdinde tekeli bir konuma sahip olduğu; zira Estonya'nın Rusça konuşan izleyici kitlesi için güvenilir (Rus devlet propagandasından arı) içerik sağlama noktasında ciddi zorluklarla karşılaştığı iddia edilmektedir. Bu doğrultuda, menşe ülke ilkesi ve AB medya politikası genel anlamda medyada çoğulculuğun korunmasını hedeflerken, her AB üyesi ülkenin kendine özgü koşulları hem politika ve yasa oluşturma sırasında, hem de kuralların uygulanması sürecinde "sağlıklı" bir çoğulcu medya ortamının oluşturulmasında dikkate alınmalıdır<sup>83</sup>. Bu kapsamda Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi'nde 2018 yılında yapılan değişiklikler<sup>84</sup> hem menşe ülke ilkesini güçlendirmiş hem de bu ülkenin hedef AB üyesi ülkenin daha katı kurallarından kaçınmak amacıyla kullanılmasını önlemeye yönelik yasal çerçeveyi iyileştirmiştir<sup>85</sup>.

Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi'nde 2018 yılında yapılan önemli bir diğer değişiklik, AB üyesi ülkelerin, görsel-ışitsel medya hizmet sağlayıcılarına ilişkin intifa hakkı sahipleri de dahil

78 Davies (n 56) 57; Kaczorowska (n 43) 125-127.

79 COBA, 'Promoting Growth, Pluralism and Choice' [2016] 4-5.

80 Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi gerekçe 33-34.

81 Zsolt Kokoly, 'The Anti-Circumvention Procedure in the AVMSD' [2019] 8(1) Acta Univ. Sapientiae LS 43.

82 Andris Mellkauls, 'The AVMSD and Propaganda' [2016] 76.

83 Andres Joesaar, 'One Country, Two Polarised Audiences: Estonia and the Deficiency of the AVMSD' 3(4) MC 45-50.

84 Directive 2018/1808 of 14 November 2018 amending AMSD in view of changing market realities [2018] OJ L 303/69.

85 Kokoly (n 81) 45.

olmak üzere mülkiyet yapısına ilişkin bilgileri kendi yargı yetkileri altında erişebilir kılmak için düzenlemeler kabul edebilmelerine imkân tanınmasıdır<sup>86</sup>. Bu kapsamda 2018/1808 sayılı Direktif gerekçesinin 15 ve 16. maddeleri, medya sektöründeki mülkiyete ilişkin şeffaflık ile ifade özgürlüğü arasında doğrudan bağlantı olduğunu ve izleyicilerin görsel-ışitsel medya hizmet sağlayıcılarının sahiplerine ilişkin bilgilere erişmelerine yönelik meşru bir menfaatleri olduğunu vurgulamakta ve AB üyesi ülkeleri, izleyicilerin medyada çoğulculuğu teşvik edecek bu tür bilgilere doğrudan ve kolayca erişebilmelerine imkân sağlamalarına davet etmektedir. 2018 değişiklikleri ile ayrıca ulusal düzenleyici makam veya organların bağımsızlığı da güçlendirilmiştir. 2018 değişiklikleri ile her AB üyesi ülkenin bir veya birden fazla ulusal düzenleyici makam, organ veya her ikisini görevlendirmesi ve bunların ilgili AB üyesi ülke hükümetinden farklı ve işleyiş noktasında bağımsız olmaları düzenlenmiştir<sup>87</sup>. Ulusal düzenleyici makam veya organların yetkilerini tarafsız ve şeffaf bir şekilde, başta medya çoğulculuğu ile kültürel ve dilsel çeşitliliğin sağlanması olmak üzere Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi'nin amaç ve ilkelerine uygun olarak kullanmaları gerektiği düzenlenmiştir<sup>88</sup>.

Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi kapsamında AB düzeyinde medya çoğulculuğu ile kültürel çeşitliliği teşvik eden diğer kurallar, toplum nezdinde büyük öneme sahip olayların yayınlanması ile Avrupa ve bağımsız eserlerin geliştirilmesi için düzenlenen kotadır<sup>89</sup>. Bunlardan ilki, AB üyesi ülkelere, toplum nezdinde büyük öneme sahip olayların yayınlanmasının tekelleşmesini engellemeye yönelik tedbirler almasına izin vermektedir; zira aksi durumda halkın çoğunluğunun bu tür olayları özgürce takip etmesi engellenmiş olacaktır<sup>90</sup>. Şu ana kadar, 10 AB üyesi ülke<sup>91</sup> bu kural kapsamında belirlenen önemli olaylara ilişkin listeyi Avrupa Komisyonu'na iletmıştır<sup>92</sup>. Öte yandan, AB düzeyinde kültürel çeşitliliğin desteklenmesine katkıda bulunmak amacıyla<sup>93</sup>, Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi madde 16, görsel-ışitsel medya hizmet sağlayıcılarının yayın sürelerinin büyük bir bölümünü Avrupa eserleri için ayırmalarını<sup>94</sup> ve madde 17 yayın sürelerinin ve program bütçelerinin %10'unu bağımsız yapımcılar tarafından yaratılan Avrupa eserlerine tahsis etmelerini zorunlu kılmaktadır.

86 Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi madde 5 (2).

87 ibid madde 30 (1).

88 ibid madde 30 (2).

89 Komorek (n 6) 170-171; Kosta (n 49) 151.

90 Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi madde 14.

91 Avusturya, Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Macaristan, İrlanda, İtalya, Polonya.

92 European Commission, 'AVMSD – List of Major Events' <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/avmsd-list-major-events>>.

93 Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi gerekçe 69.

94 Bu kural isteğe bağlı görsel-ışitsel medya hizmet sağlayıcıları (on-demand audiovisual media services) için (kataloglarında yer alan Avrupa eserleri oranı %30 olmak üzere) daha esneklerdir. Bkz. Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi madde 13.

## IV. MEDYADA ÇOĞULCULUĞA İLİŞKİN BAĞLAYICI OLMAYAN HUKUKİ ARAÇLAR

### A. MEDYADA ÇOĞULCULUK MONİTÖRÜ

Medyada Çoğulculuk Monitörü, AB üyesi ülkelerde medya sektöründe çoğulculuk düzeyini ölçmek ve medyada çoğulculuğa yönelik potansiyel tehditleri belirlemek amacıyla oluşturulan bir izleme aracıdır<sup>95</sup>. Kaynağını bir grup akademisyen ve uzman tarafından Avrupa Komisyonu için yürütülerek 2009 yılında yayınlanan bağımsız bir çalışmadan almaktadır<sup>96</sup>. Medyada Çoğulculuk Monitörü'nün ilk prototipi, medya sahipliğinden medyada çoğulculuğun kültürel, politik ve coğrafi açılardan görünümüne kadar çeşitli yönlerine ilişkin tehditleri tespit etmeyi amaçlayan AB düzeyinde standartlaştırılmış bir izleme aracının yaratılmasında ilk adım olarak nitelendirilmiştir<sup>97</sup>. Bununla birlikte AB üyesi ülkelerin bu izleme aracını kullanma noktasında bir yükümlülüklerinin bulunmaması, Medyada Çoğulculuk Monitörü'nün ilk etapta AB düzeyinde bir izleme mekanizması olmasını engellemiştir<sup>98</sup>.

Medya Özgürlüğü ve Çoğulculuğu Üst Düzey Çalışma Grubu ile Medya Çoğulculuğu ve Medya Özgürlüğü Merkezi raporlarında yer alan tavsiyeler doğrultusunda, Medya Çoğulculuğu ve Medya Özgürlüğü Merkezi, 2013 yılında Medyada Çoğulculuk Monitörü'nün basitleştirilerek ilk pilot uygulamasını gerçekleştirmek ile görevlendirilmiştir<sup>99</sup>. 2013 ve 2014 yıllarındaki basitleştirme ve test aşamalarının ardından, Medya Çoğulculuk Monitörü 2016, 2017 ve (2018 ile 2019 yıllarını kapsayacak şekilde) 2020 yıllarında aday ülkeler de dahil olmak üzere AB düzeyinde üç kez uygulanmıştır<sup>100</sup>. Bu kapsamda haber ve güncel olayların analizine odaklanılarak “Temel Koruma”, “Piyasa Çoğulculuğu”, “Siyasi Bağımsızlık” ve “Sosyal Kapsayıcılık” olmak üzere dört ana başlık altında medyada çoğulculuğa yönelik tehditler tespit edilmiştir<sup>101</sup>.

Medyada Çoğulculuk Monitörü raporlarının sonuçları, AB düzeyinde medya sektöründe çoğulculuğun geleceği açısından oldukça endişe vericidir. 2016 ve 2017 yıllarında yayınlanan raporlar arasında yapılan bir karşılaştırmada, Siyasi Bağımsızlık alanı için ortalama risk seviyesi aynı kalırken, Temel Koruma alanı için ortalama risk seviyesinin %28'den %32'ye, Piyasa Çoğulculuğu alanı için %49'dan %53'e ve Sosyal Kapsayıcılık alanı için %47'den %54'e yükseldiği görülmektedir<sup>102</sup>.

95 European Commission, 'Monitoring Media Pluralism in the Digital Era' <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/media-pluralism-monitor-mpm>>.

96 Peggy Valcke and others, 'Independent Study on Indicators for Media Pluralism in the Member States' [2009] vii.

97 Peggy Valcke and others, 'The MPM: Bridging Law, Economics and Media Studies as a First Step towards Risk-Based Regulation in Media Markets' [2010] 2(1) JML 85-86.

98 Komorek (n 6) 274.

99 European Commission, 'Monitoring Media Pluralism in the Digital Era' (n 95).

100 ibid.

101 Centre for Media Pluralism and Media Freedom, 'Monitoring Media Pluralism in Europe: Application of the MPM 2017 in the EU, FYROM, Serbia & Turkey' [2018] 1-2.

102 Centre for Media Pluralism and Media Freedom '2018' (n 83) 2-5; Centre for Media Pluralism and Media Freedom, 'Monitoring Media Pluralism in Europe: Application of the MPM 2016 in the EU, Montenegro and Turkey' [2017] 2-4

Medya Çoğulculuğu ve Medya Özgürlüğü Merkezi tarafından 2018 ve 2019 yıllarını kapsayacak şekilde, bilhassa çevrimiçi boyutta medyada çoğulculuğa yönelik güncel risklerin kapsamını daha iyi yakalayabilmek amacıyla geliştirilen ve uygulanan 2020 Medya Çoğulculuk Monitörü, AB düzeyinde medya sahipliğine ve medyada çoğulculuğa yönelik risklerin giderek arttığını ortaya koymaktadır<sup>103</sup>. 2017 raporu ile yapılan karşılaştırmada, Temel Koruma alanı için ortalama risk seviyesinin %32'den %33'e, Piyasa Çoğulculuğu alanı için %53'den %64'e, Siyasi Bağımsızlık alanı için ise %46'dan %47'e yükseldiği görülmektedir<sup>104</sup>. Her ne kadar Sosyal Kapsayıcılık alanında ortalama risk seviyesi 2020 yılı raporunda 2017 yılına göre %54'den %52'ye düşmüşse de, bu kriter yönünden de halen ortalama düzeyde bir risk bulunmaktadır<sup>105</sup>.

Raporlardaki sonuçlar yalnızca AB üyesi ülkelerin ve aday ülkelerin hiçbirisinin medyada çoğulculuğa yönelik tehditlerden arı olmadığını göstermekle kalmamış, aynı zamanda Medyada Çoğulculuk Monitörü tarafından analiz edilen tüm alanlarda risk seviyesinin ya neredeyse aynı kaldığını ya da daha da arttığını göstermiştir<sup>106</sup>. Özellikle, ifade ve bilgi edinme özgürlüğü de dahil olmak üzere çoğulcu ve demokratik bir toplum için temel faktörlerin değerlendirilmesini kapsayan<sup>107</sup> Temel Koruma alanı ile Piyasa Çoğulculuğu alanına yönelik risk seviyelerindeki artış, AB politika yapımcılarının yakın ilgisini ve risklerin bertaraf edilebilmesi için derhal harekete geçilmesini gerektirmektedir.

## **B. AVRUPA MEDYA GİRİŞİMİ**

AB düzeyinde, uluslararası demokrasiye katkıda bulunması amacıyla geliştirilen dikkate değer araçlardan birisi Avrupa Vatandaş Girişimi'dir<sup>108</sup>. Bu araç AB üyesi ülkelerin vatandaşlarına, belirli şartların yerine getirilmesi ve AB'nin bu konuda düzenleme yetkisi olması kaydıyla Avrupa Komisyonu'na yasama teklifi sunmalarına imkân tanımaktadır<sup>109</sup>. Kaynağını Avrupa Birliği Antlaşması'nın 11 (4). maddesinde yer alan "Kayda değer sayıdaki üye devletlerden en az bir milyon Birlik vatandaşı, Antlaşmalar'ın uygulanması amacıyla Birliğin bir hukuki tasarrufunun gerekli olduğunu düşündükleri konularda, Avrupa Komisyonu'nu yetkileri çerçevesinde her türlü uygun öneriyi sunmaya davet etme girişiminde bulunabilir." hükmünden alan Avrupa Vatandaş Girişimi ilk olarak 2012 yılında uygulanmaya başlanmıştır. 1 Ocak 2020 tarihinden itibaren ise 2019/788 sayılı Avrupa Vatandaş Girişimi Tüzüğü<sup>110</sup> ile sürecin basitleştirilerek işlerlik kazanmasını

103 Centre for Media Pluralism and Media Freedom, 'Monitoring Media Pluralism in the Digital Era: Application of the MPM in the EU, Albania and Turkey in the years 2018-2019' [2020] 5.

104 ibid 6-12.

105 ibid 13-14.

106 Centre for Media Pluralism and Media Freedom '2018' (n 101) 70.

107 ibid 2.

108 European Parliament, 'European Citizens' Initiative' <[www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/149/european-citizens-initiative](http://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/149/european-citizens-initiative)>.

109 ibid.

110 Regulation 2019/788 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on the European citizens' initiative [2019] OJ L 130.

sağlamaya yönelik hazırlanan yeni kurallar yürürlüğe girmiştir. Avrupa Vatandaş Girişimi, AB üyesi ülkelerin vatandaşlarının Avrupa demokratik ve siyasi yaşamına katılımlarının sağlanması yoluyla Birliğin demokratik işleyişinin geliştirilmesine katkıda bulunmayı amaçlamaktadır<sup>111</sup>. Ancak Avrupa Vatandaş Girişimi AB'nin hukuki tasarrufta bulunma yetkisinin olduğu konular ile Avrupa Komisyonu'nun yetkileri çerçevesi ile sınırlı olduğu gibi, Avrupa Komisyonu'nun şartları sağlayan girişimlere yönelik harekete geçme zorunluluğu da bulunmamaktadır.<sup>112</sup>

Bu kapsamda 2013 yılında, medya sahipliği ve şeffaflık ile ilgili AB üyesi ülkelerdeki ulusal kuralların uyumlaştırılması ile ulusal medya denetim organlarının bağımsızlığının sağlanması temel amaçlarıyla<sup>113</sup>, 100'e yakın kuruluştan oluşan bir koalisyon olan Avrupa Medya Çoğulculuğu Girişimi kurulmuştur<sup>114</sup>. Avrupa Medya Çoğulculuğu Girişimi'nce Avrupa Vatandaş Girişimi kapsamında başlatılan yasama teklifi (i) medya sahipliği ve şeffaflığı, siyasi makamlarla çıkar çatışmaları ile medya denetim organlarının bağımsızlığına ilişkin ulusal mevzuatın AB düzeyinde kısmen uyumlu hale getirilmesi yoluyla medyada çoğulculuğun korunması, (ii) Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi'nde bu doğrultuda değişiklikler yapılarak iş pazarını etkili işleyişinin sağlanması ile (iii) AB nezdinde özgür fikir ve bilgi alışverişi yoluyla çoğulcu demokratik ortamın geliştirilmesine katkıda bulunulması hususlarını kapsamaktaydı<sup>115</sup>. 19 Ağustos 2013 tarihinde Avrupa Komisyonu nezdinde kayıt edilen ve imza toplanması aşamasına geçilen girişim 19 Ağustos 2014 itibarıyla yeterli sayıda imzanın toplanamamış olması nedeniyle sonlandırılmıştır.

AB'nin medya çoğulculuğuna ilişkin yasama yetkisinin bulunup bulunmadığına yönelik tartışmalar ışığında her halükârda kabul edilemez olarak değerlendirilmesi ihtimali yüksek olan<sup>116</sup> Avrupa Medya Çoğulculuğu Girişimi'nce sunulan yasama teklifi nihai olarak başarısız olsa da, Avrupa Vatandaş Girişimi aracının ilk kullanımınıdır.<sup>117</sup> Bu itibarla girişim Avrupa vatandaşlarının bizzat demokrasiye yönelik de bir tehdit olan<sup>118</sup> medyada çoğulculuğa ilişkin risklere ilişkin önemli endişelerinin olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla, Avrupa Medya Çoğulculuğu Girişimi, medyada çoğulculuğun önemini Avrupa düzeyinde doğrudan vatandaşlar tarafından dile getirilmiş olması ve konuyla ilgili kamu bilincinin gelişmesine katkıda bulunması nedeniyle kayda değer bir çabadır<sup>119</sup>.

111 2019/788 sayılı Avrupa Vatandaş Girişimi Tüzüğü gerekçe 1.

112 Avrupa Vatandaş Girişimi ve mevcut kayıtlı girişimlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. European Union, 'European Citizens' Initiative' <[https://europa.eu/citizens-initiative/home\\_en](https://europa.eu/citizens-initiative/home_en)>.

113 European Union, 'European Initiative for Media Pluralism' <[https://europa.eu/citizens-initiative/initiatives/details/2013/000007\\_en](https://europa.eu/citizens-initiative/initiatives/details/2013/000007_en)>.

114 Danielle Raeijmaekers and Pieter Maesele, 'Media, Pluralism and Democracy: What's in a name?' [2015] 37(7) MCS 1043.

115 European Union, 'European Initiative for Media Pluralism' (n 113).

116 Komorek (n 6) 45.

117 Ewa Komorek, 'Media Pluralism – EU Solutions' (TCD 2019-2020 EU DSM – Media Regulation); European Alternatives 'Launch of the First European Citizens Initiative on Media Pluralism' (5 February 2012) <<https://euroalter.com/launch-of-the-first-european-citizens%C2%92-initiative-on-media-pluralism-2/>>.

118 Raeijmaekers and Maesele (n 114) 1043.

119 Llorens and Costache (n 46) 403.

Günümüzde, ismi Avrupa Medya Girişimi olarak değiştirilen hareket AB düzeyinde medyada çoğulculuğun korunması ve teşvik edilmesi için faaliyette bulunmaya devam etmektedir<sup>120</sup>.

## V. AB NEZDİNDE MEDYADA ÇOĞULCULUK İLE İLGİLİ SON GELİŞMELER

Ekim 2017’de, Malta’nın en ünlü araştırmacı gazetecisi Daphne Caruana Galizia, ülkedeki siyasi yolsuzluk ve organize suçlarla ilgili araştırmaları nedeniyle öldürüldü<sup>121</sup>. Kısa bir süre sonra, Şubat 2018’de başka bir araştırmacı gazeteci olan Jan Kuciak, Slovakya’da Slovak toplumuna yönelik benzer tehditleri araştırırken nişanlısıyla birlikte öldürüldü<sup>122</sup>. Avrupa Parlamentosu, medya özgürlüğüne ve bireysel gazeteciliğe yönelik bu saldırılar karşısında, 2018 yılının başlarında medya özgürlüğü ve medyada çoğulculuk konularında hem bir rapor<sup>123</sup> hem de bir önerge (resolution<sup>124</sup>) yayınladı. Avrupa Parlamentosu, 2018 tarihli raporunda, AB düzeyinde medya özgürlüğü ve medyada çoğulculuk ve medya çalışanlarının bağımsızlığı üzerindeki siyasi ve ekonomik baskınların artmakta olduğunu belirterek (i) bilhassa her AB üyesi ülkenin, medya özgürlüğünü ve medyada çoğulculuğu teşvik etmek için ulusal yasa ve uygulamalarını tarafsız bir şekilde gözden geçirmek zorunda olduğu, (ii) Medyada Çoğulculuk Monitörü’nün güçlendirilerek yayınlanan raporlardaki aday ülkelere ilişkin sonuçların müzakere sürecinde dikkate alınması gerektiği ve (iii) medya sahiplerine sağlanan tüm kamu kaynaklarının düzenli olarak denetlenmesi gerektiği hususlarının altını çizdi<sup>125</sup>. Benzer şekilde, Avrupa Parlamentosu tarafından yayınlanan önergede AB üyesi ülkelerin özgür, bağımsız ve çoğulcu medyanın geliştirilmesini teşvik eden elverişli yasal düzenlemeleri kabul etme konusunda pozitif bir yükümlülük altında oldukları hatırlatılarak gazeteciler üzerinde artan baskı ve tehditlerin varlığı karşısında, doğrudan AB müdahalesine giderek daha fazla ihtiyaç duyulduğu vurgulanmıştır<sup>126</sup>. Ayrıca Avrupa Parlamentosu, gerek arama motorları ile sosyal medya platformlarının, gerekse de geleneksel medya kuruluşlarına ilişkin mülkiyetin giderek yoğunlaşması ve belirli bir grup şirket nezdinde toplanması karşısında, AB düzeyinde doğrudan bir eyleme geçilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>127</sup>.

Avrupa Komisyonu, 2018 yılı mayıs ayında, diğerlerinin yanı sıra özgür ve çoğulcu bir medya ortamının teşvik edilmesi, Avrupa medya sektörünün güçlendirilmesi ve içerik noktasında çoğulculuğun sağlanması ve çeşitliliğin arttırılmasını amaçlayan Yaratıcı Avrupa Programını kuran bir Tüzük önerisi sundu<sup>128</sup>. Ayrıca 2019 yılı nisan ayında, Avrupa Komisyonu AB düzeyinde

120 Bkz. <<https://mediainitiative.eu/our-mission/>>.

121 Rachel Donadio, ‘A Tiny Island Exposes Europe’s Failures’ (The Atlantic, 5 December 2019) <[www.theatlantic.com/international/archive/2019/12/daphne-caruana-galizia-malta/602923/](http://www.theatlantic.com/international/archive/2019/12/daphne-caruana-galizia-malta/602923/)>.

122 Miroslava Sirotnikova and Marc Santora, ‘Journalist’s Murder Puts a Tycoon, and a Nation, on Trial’ (The New York Times, 28 February 2020) <[www.nytimes.com/2020/02/28/world/europe/jan-kuciak-marian-kocner-trial.html](http://www.nytimes.com/2020/02/28/world/europe/jan-kuciak-marian-kocner-trial.html)>.

123 European Parliament, ‘Report on Media Pluralism and Media Freedom in the EU’ (12 April 2018).

124 European Parliament, ‘EP Resolution of 3 May 2018 on Media Pluralism and Media Freedom in the EU’ (3 May 2018).

125 European Parliament (n 123).

126 European Parliament (n 124).

127 ibid.

128 European Commission, ‘Proposal for a Regulation establishing the Creative Europe programme (2021 to 2027) and repealing Regulation (EU) No 1295/2013 (Proposal) COM (2018) 366 final.

hukukun üstünlüğünün güçlendirilmesini amaçlayan bir girişim<sup>129</sup> başlatarak bu kapsamda, ilerleyen dönemde hayata geçirilecek faaliyetlere ilişkin “teşvik”, “önleme” ve “müdahale” olmak üzere üç temel ilkeye dayanan bir tebliğ (communication) yayınladı<sup>130</sup>. Avrupa Komisyonu, söz konusu tebliğde ifade ve bilgi edinme özgürlüğünün yanı sıra medya özgürlüğü ve medyada çoğulculuğun AB'nin kurucu değerleri arasında olduğunun altını çizerek sivil toplumu ve bağımsız medyayı zayıflatma veya baskı altına alma girişimlerinin AB düzeyinde hukukun üstünlüğü temel ilkesine karşı önemli bir tehdit ve endişe kaynağı olduğunun altını çizdi<sup>131</sup>. 2020 Hukukun Üstünlüğü raporunun bir bölümünün medya özgürlüğü ve medyada çoğulculuk konularına ayrılacağı ve yakında hayata geçecek olan Avrupa Demokrasi Eylem Planı çerçevesinde AB düzeyinde medya özgürlüğü ve medyada çoğulculuğu güçlendirme, dezenformasyona ve bilgi kirliliğine karşı mücadele ve özgür ve bağımsız medyayı desteklemeye yönelik<sup>132</sup> daha fazla eylemin hayata geçirileceği<sup>133</sup> belirtildi.

Bu doğrultuda 30 Eylül 2020 tarihinde yayınlanan 2020 Hukukun Üstünlüğü Raporu'nda, medya özgürlüğü ile medyada çoğulculuğun hukukun üstünlüğü, demokratik hesap verilebilirlik ve yolsuzlukla mücadelede kilit unsurlar olduğu belirtilmiştir. Raporda ülkelerindeki yolsuzluk ve organize suçları araştıran gazetecilerin öldürülmesinin, AB üyesi ülkelere gerek gazetecilerin güvenliklerini sağlayarak onlara elverişli bir ortam sağlanması, gerekse medya özgürlüğü ile medyada çoğulculuğu proaktif olarak teşvik etme yükümlülüklerini hatırlattığının altı çizilmiştir<sup>134</sup>.

2020 Hukukun Üstünlüğü Raporu'nda özellikle Covid-19 salgının neden olduğu gelişmelerin, dezenformasyonla mücadelede bağımsız ve çoğulcu bir medyanın önemini bir kez daha gösterdiği, ancak salgının getirdiği ekonomik durumun küçük oyuncular ile yerel ve bölgesel medya kuruluşlarına zarar verdiği ve AB düzeyindeki medya sektörünün gücü ve çeşitliliğini zayıflatma riski taşıdığı vurgulanmıştır<sup>135</sup>. Bu doğrultuda, raporda (i) yukarıda değinilen ulusal düzenleyici makam veya organların siyasi ve ekonomik nüfuzdan bağımsızlığının sağlanması, (ii) medya sektöründe mülkiyetin şeffaflaştırılması ve kamuoyunun bu konuda bilgilendirilmesi, (iii) devlet desteğinin adil ve şeffaf şekilde dağıtımının sağlanması için özel yasal düzenlemelerin hayata geçirilmesi, (iv) siyasi nüfuzun engellenmesi ile gazetecilere yönelik saldırıların önlenmesi hususlarında durulmuş ve bu ana başlıklara ilişkin çeşitli AB üyesi ülkelerdeki mevcut durum ele alınmıştır<sup>136</sup>.

Son olarak, çeşitli sivil toplum kuruluşlarının bir araya gelerek yakın tarihte yayınladıkları tavsiye belgesinde, medyanın siyasi aktörler tarafından ele geçirilmesi ve özel sektörde mülkiyet

129 European Commission, 'Initiative to Strengthen the Rule of Law in the EU' <[https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/initiative-strengthen-rule-law-eu\\_en#strengthening-the-rule-of-law-in-the-union](https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/initiative-strengthen-rule-law-eu_en#strengthening-the-rule-of-law-in-the-union)>.

130 European Commission, 'Further Strengthening the Rule of Law within the Union' (Communication) COM (2019) 163 final.

131 ibid.

132 European Commission, 'Commission Work Programme 2020' (Communication) COM (2020) 37 final.

133 European Parliament, 'Parliamentary Questions' (10 March 2020) <[www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2019-004437-ASW\\_EN.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2019-004437-ASW_EN.html)>.

134 European Commission, '2020 Rule of Law Report. The Rule of Law situation in the European Union' (Communication) COM (2020) 580 final.

135 ibid.

136 ibid.

yoğunlaşması nedeniyle medyada çoğulculuğa yönelik ciddi tehditlerin varlığı karşısında Avrupa Komisyonu'nun medya özgürlüğü ve medyada çoğulculuk konularındaki son girişimlerinin memnuniyetle karşılandığı ifade edilmiştir. Özellikle Covid-19 salgının yarattığı krizin çeşitli ülkeler tarafından ifade ve bilgi edinme özgürlüğünü sınırlandırmak amacıyla kullanıldığı bir ortamda bağımsız, çoğulcu ve sürdürülebilir bir medya sektörüne duyulan ihtiyacın daha da arttığı vurgulanmış; medya sahipliğine ilişkin şeffaflık ile medya bağımsızlığının güçlendirilmesine ilişkin kuralların benimsenerek hayata geçirilmesi tavsiye edilmiştir<sup>137</sup>.

## SONUÇ

“Scientia potential est.” Bilgi güçtür anlamına gelen bu meşhur aforizma halen geçerliliğini korurken, her gün yüzlerce kaynaktan gelen yoğun bir bilgi bombardımanı altında olduğumuz günümüz dijital dünyasında asıl önemli olan, “güvenilir” ve farklı kaynaklardan beslenen “çeşitli” bilginin yaygın bir şekilde var olmasıdır. Aksi halde, ifade ve bilgi edinme özgürlüğü başta olmak üzere temel insan haklarının birer birer sınırlandırılması veya tamamen ortadan kaldırılması an meselesi olacaktır. Medyanın bu bağlamdaki rolü çok önemlidir, öyle ki medya özgürlüğünü ve medyada çoğulculuğu teşvik etmek fiilen demokrasinin kendisini korumak anlamına gelmektedir.

Her ne kadar AB Temel Haklar şartı medya özgürlüğünü ve medyada çoğulculuğu en üst düzeyde korusa da, AB düzeyinde doğrudan eyleme geçilmesi ve doğrudan yasama faaliyetinde bulunulması için AB kurucu anlaşmaları çerçevesinde açık bir yasal dayanak mevcut değildir. Buna ilaveten AB üyesi ülkelerin medyada çoğulculuğa yönelik siyasi ve kültürel yaklaşımlarının farklılık arz etmesi nedeniyle AB düzeyinde medyada çoğulculuğu koruyan ve teşvik eden özel bir mevzuat yapılması çalışmaları başarıya ulaşmamıştır. Dolayısıyla AB'nin bu konuda kullanabileceği yegâne hukuki araçlar, rekabet hukuku kapsamındaki tedbirler ile Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi'nde yer alan bir dizi kuraldan ibarettir. Bununla birlikte, rekabet hukuku, esas odağının farklı bir noktada olması ve bundan dolayı medyada çoğulculuğunun teşvik edilmesinde etkisinin ancak dolaylı ve sınırlı olması nedeniyle tek başına bir çözüm olamamaktadır. Benzer şekilde, Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi kapsamındaki bir kısım kurallar medyada çoğulculuğa katkıda bulunurken, bu kural ve ilkelerin de bilhassa menşe ülke ilkesinde olduğu gibi zayıf yönleri bulunmaktadır. Bu nedenle, bu alanda doğrudan AB müdahalesi çoğunlukla bağlayıcı olmayan hukuki araçlarla, özellikle Medyada Çoğulculuk Monitörü, akademik çalışmalar ile Avrupa Parlamentosu raporları ve tavsiye kararları aracılığıyla olmaktadır. Ancak Medyada Çoğulculuk Monitörü'nün AB düzeyindeki araştırma ve uygulamaları mevcut tehditlerin teşhis edilmesinde önemli olsa da, bu çalışma ve raporların genel etkisi “isimlendirme” ve “ayıplama”nın ötesine geçememektedir.

Medyada Çoğulculuk Monitörü raporlarında yalnızca Macaristan, Polonya ve Malta gibi bir kısım AB üyesi ülkelerdeki medya konjonktürü değil; hiçbir Avrupa ülkesinin medya özgürlüğü ve medyada çoğulculuğa ilişkin risklerden ari olmadığı sonucuna varılmış olması, AB üyesi ülkelerin özellikle

137 JCSO, 'From blueprint to footprint: Safeguarding media freedom and pluralism through the European Rule of Law Mechanism' (April 2020) <[www.article19.org/wp-content/uploads/2020/04/Rule-of-Law-Joint-Recommendations-April-2020-1.pdf](http://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/04/Rule-of-Law-Joint-Recommendations-April-2020-1.pdf)>.



sınır ötesi yayıncılıktan ve küresel medya aktörlerinin katılımından kaynaklı riskler başta olmak üzere bu tehditlerle tek başlarına başa çıkamadıklarını açıkça göstermektedir. Bu nedenle, medyada çoğulculuğu koruyan ve teşvik eden özel bir düzenleme yoluyla AB'nin doğrudan müdahalesi bir zorunluluktur; ancak bu müdahalenin gerek AB kurucu antlaşmalarında değişiklik yapılmasını gerektirmesi, gerekse de AB düzeyindeki mevcut siyasi konjonktürün bu yönde bir müdahaleye uygun olmaması karşısında yakın zamanda hayata geçmesi mümkün görünmemektedir. Özellikle Covid-19 salgınından kaynaklanan siyasi ve ekonomik kriz muhtemel böyle bir girişimi daha da ileri bir tarihe itmiştir.

Son olarak, mevcut tehditlere ilaveten, 2020 Medyada oğulculuk Monitörü raporunda da ortaya konulduğu üzere arama motorları ile sosyal medya platformları, muazzam piyasa güçleri ve mevcut piyasa oyuncularındaki yüksek düzeyde yoğunlaşma göz önünde bulundurulduğunda medya özgürlüğü ve medyada çoğulculuğa yönelik yeni tehditler yaratmaktadır<sup>138</sup>. Önümüzdeki dönemde AB, medya özgürlüğü ve medyada çoğulculuğa yönelik bu yeni zorlukları giderek daha fazla ele almak ve mücadele yöntemleri geliştirmek zorunda kalacaktır.

## KAYNAKÇA<sup>139</sup>

### Ana Kaynaklar

#### Mevzuat

Charter of Fundamental Rights of the European Union [2012] OJ C 326.

Consolidated version on the Treaty on European Union [2016] OJ C 202.

Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union [2012] OJ C 326.

Council of European Union, 'Council Conclusions on safeguarding a free and pluralistic media system' (Conclusion) [2020] OJ C 422.

Council Regulation No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings [2004] OJ L 24.

Directive 2010/13/EU of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (codified version) [2010] OJ L 95.

Directive 2018/1808 of 14 November 2018 amending AMSD in view of changing market realities [2018] OJ L 303/69.

Regulation 2019/788 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on the European citizens' initiative [2019] OJ L 130.

The Competition Act 2002 of Ireland.

Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty Establishing the European Community [2007] OJ C 306.

138 "Dijital Medyada oğulculuk" ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. Nicola Lucchi, *The Impact of Science and Technology on the Rights of the Individual* (Springer International Publishing 2016) 83 – 87.

139 Bu kaynakçada belirtilen tüm internet sitelerine son erişim tarihi 10 Mayıs 2021'dir.

### **Yargı Kararları**

Commission of the European Communities, 'Case No IV/M.423 – Newspaper Publishing' (14 March 1994).  
The European Commission, 'Commission Decision of 22/III/2006 – Joint selling of the media rights to the FA Premier League' C (2016) 868 final.

### **İkincil Kaynaklar**

#### **Kitaplar**

Arendt H, *Thinking Without a Banister* (Edited by Jerome Kohn, Schocken Books 2018).  
Bast J and Wetz K, 'System of Competences' in Pieter Jan Kuijper et al. (eds.), *The Law of the European Union* (5<sup>th</sup> ed., Wolters Kluwer 2018).  
Davies K, *Understanding European Union Law* (7<sup>th</sup> Edition, Routledge, 2019).  
Harcourt A, 'Media Plurality: What Can the EU Do?' in Steven Barnett and Judith Townend (eds.), *Media Power and Plurality* (PGMPB 2015).  
Irion K and Valcke V, 'Cultural Diversity in the Digital Age: EU Competences, Policies and Regulations for Diverse Audiovisual and Online Content' in Evangelia Psychogiopoulou (ed.), *Cultural Governance and the European Union Protecting and Promoting Cultural Diversity in Europe* (Palgrave Macmillan 2015).  
Kaczorowska A, *European Union Law* (3<sup>rd</sup> Edition, Routledge, 2013).  
Komorek E, *Media Pluralism and European Law* (Kluwer Law International 2013).  
Kosta V, *Fundamental Rights in EU Internal Market Legislation* (Bloomsbury 2015).  
Milne M, *The Transformation of Television Sport: New Methods, New Rules* (Palgrave Macmillan 2016).  
Oster J, *European and International Media Law* (Cambridge University Press 2016).  
*Media Freedom as a Fundamental Right* (Cambridge University Press 2015).  
Splichal S, *Principles of Publicity and Press Freedom* (Rowman & Littlefield Publishers 2002).  
Sustainable Governance Indicators (SGI), *Access to Information Report Media Freedom, Media Pluralism, Access to Government Information* [2019].

### **Makaleler, Yasama Organı Raporları ve Çalışma Belgeleri**

Çilingir S, 'AB Hukukunda Subsidiarite İlkesi ve Uygulanması' [2017] 19(3) DEÜ SBED.  
European Audiovisual Observatory, 'Media ownership, Market Realities and Regulatory Responses' [2016].  
High-Level Group on Media Freedom and Pluralism, 'A Free and Pluralistic Media to Sustain European Democracy' [2013].  
Joesaar A, 'One Country, Two Polarised Audiences: Estonia and the Deficiency of the AVMSD' 3(4) MC.  
Joint Civil Society Organisation (JCSO), 'From blueprint to footprint: Safeguarding media freedom and pluralism through the European Rule of Law Mechanism' (April 2020) <[www.article19.org/wp-content/uploads/2020/04/Rule-of-Law-Joint-Recommendations-April-2020-1.pdf](http://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/04/Rule-of-Law-Joint-Recommendations-April-2020-1.pdf)>.  
Kokoly Z, 'The Anti-Circumvention Procedure in the Audiovisual Media Services Directive' [2019] 8(1) Acta Univ. Sapientiae LS.  
Llorens C and Costache A M, 'European Union Media Policy and Independent Regulatory Authorities: A New Tool to Protect European Media Pluralism?' [2014] 4 JIP.  
Mellkauls A, 'The Audiovisual Media Services Directive and Propaganda' [2016].  
Padovani C, 'Berlusconi's Italy: the media between structure and agency' [2015] 20(1) MI.

- Pires A G, 'Media Pluralism and Competition' [2017] 43 EJLE.
- Raeijmaekers D and Maesele P, 'Media, Pluralism and Democracy: What's in a name?' [2015] 37(7) MCS.
- The Centre for Media Pluralism and Media Freedom, 'EU Competencies in respect of Media Pluralism and Media Freedom' [2013].
- 'Monitoring Media Pluralism in Europe: Application of the MPM 2016 in the EU, Montenegro and Turkey' [2017].
- 'Monitoring Media Pluralism in Europe: Application of the MPM 2017 in the EU, FYROM, Serbia & Turkey' [2018].
- 'Monitoring Media Pluralism in the Digital Era: Application of the MPM in the EU, Albania and Turkey in the years 2018-2019' [2020].
- The Commercial Broadcasters Association (COBA), 'Promoting Growth, Pluralism and Choice' [2016].
- The European Commission, '2020 Rule of Law Report. The Rule of Law situation in the European Union' (Communication) COM (2020) 580 final.
- 'Commission Work Programme 2020' (Communication) COM (2020) 37 final.
- 'Further Strengthening the Rule of Law within the Union' (Communication) COM (2019) 163 final.
- 'Proposal for a Regulation establishing the Creative Europe programme (2021 to 2027) and repealing Regulation (EU) No 1295/2013' (Proposal) COM (2018) 366 final.
- The European Parliament, 'EP Resolution of 3 May 2018 on Media Pluralism and Media Freedom in the EU' (3 May 2018).
- 'Report on Media Pluralism and Media Freedom in the EU' (12 April 2018).
- Valcke P, 'Challenges of Regulating Media Pluralism in the European Union: the Potential of Risk-Based Regulation' [2014] XV(1) Quaderns del CAC.
- Valcke P and others, 'Independent Study on Indicators for Media Pluralism in the Member States – Towards a Risk-Based Approach' [2009] vii.
- Valcke P and others, 'The MPM: Bridging Law, Economics and Media Studies as a First Step towards Risk-Based Regulation in Media Markets' [2010] 2(1) JML.
- Yazıcı T, *Medya Mülkiyetine İlişkin Düzenlemeler ve Dünyadaki Örnekler Bağlamında Türkiye için bir Medya Mülkiyeti Modeli Önerisi*, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2013.

### ***Gazete Yazıları, İnternet Siteleri ve Bloglar***

- <<https://cmpf.eu.eu/>>.
- <<https://mediainitiative.eu/our-mission/>>.
- <[www.sgi-network.org/2019/Democracy/Quality\\_of\\_Democracy/Access\\_to\\_Information](http://www.sgi-network.org/2019/Democracy/Quality_of_Democracy/Access_to_Information)>.
- BBC, 'Phone-hacking trial explained' (25 June 2014) <[www.bbc.co.uk/news/uk-24894403](http://www.bbc.co.uk/news/uk-24894403)>.
- Donadio R, 'A Tiny Island Exposes Europe's Failures' (The Atlantic, 5 December 2019) <[www.theatlantic.com/international/archive/2019/12/daphne-caruana-galizia-malta/602923/](http://www.theatlantic.com/international/archive/2019/12/daphne-caruana-galizia-malta/602923/)>.
- European Alternatives 'Launch of the First European Citizens Initiative on Media Pluralism' (5 February 2012) <<https://euroalter.com/launch-of-the-first-european-citizens%C2%92-initiative-on-media-pluralism-2/>>.
- Komorek E, 'Media Pluralism – EU Solutions (Part 1)' (TCD 2019-2020 EU DSM – Media Regulation).
- Oxford English Dictionary, 'the fourth estate, n.' (*OED Online*, OUP March 2020).

- Sirotnikova M and Santora M, 'Journalist's Murder Puts a Tycoon, and a Nation, on Trial' (The New York Times, 28 February 2020) <[www.nytimes.com/2020/02/28/world/europe/jan-kuciak-marian-kocner-trial.html](http://www.nytimes.com/2020/02/28/world/europe/jan-kuciak-marian-kocner-trial.html)>.
- Sweney M, 'Premier League brings record number of sign-ups to Amazon Prime' (The Guardian, 6 December 2019) <[www.theguardian.com/technology/2019/dec/06/premier-league-brings-record-number-of-sign-ups-to-amazon-prime](http://www.theguardian.com/technology/2019/dec/06/premier-league-brings-record-number-of-sign-ups-to-amazon-prime)>.
- The Economist, 'Poland and the EU on the Naughty Step' (14 January 2016) <[www.economist.com/europe/2016/01/14/on-the-naughty-step](http://www.economist.com/europe/2016/01/14/on-the-naughty-step)>.
- The European Commission, 'AVMSD – List of Major Events' <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/avmsd-list-major-events>>.
- 'High-Level Group on Media Freedom and Pluralism' <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-group-media-freedom-and-pluralism>>.
- 'Initiative to Strengthen the Rule of Law in the EU' <[https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/initiative-strengthen-rule-law-eu\\_en#strengthening-the-rule-of-law-in-the-union](https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/initiative-strengthen-rule-law-eu_en#strengthening-the-rule-of-law-in-the-union)>.
- 'Media Freedom and Pluralism' <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/media-freedom-and-pluralism>>.
- 'Monitoring Media Pluralism in the Digital Era' <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/media-pluralism-monitor-mpm>>.
- The European Parliament, 'European Citizens' Initiative' <[www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/149/european-citizens-initiative](http://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/149/european-citizens-initiative)>.
- 'Parliamentary Questions' (10 March 2020) <[www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2019-004437-ASW\\_EN.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2019-004437-ASW_EN.html)>.
- The European Union, 'European Initiative for Media Pluralism' <[https://europa.eu/citizens-initiative/initiatives/details/2013/000007\\_en](https://europa.eu/citizens-initiative/initiatives/details/2013/000007_en)>.
- 'European Citizens' Initiative' <[https://europa.eu/citizens-initiative/home\\_en](https://europa.eu/citizens-initiative/home_en)>.

# Halka Açık Anonim Şirketler Hukukunda Son Yıllardaki Önemli Gelişmeler

## Significant Developments in Recent Years in the Law on Public Joint Stock Companies

Hasan Pulaşlı \* 

### ÖZ

Şirketler hukukuna ilişkin önemli değişme ve gelişmeler, ekonomik ve sosyal önemi nedeniyle en çok halka açık anonim şirketlerde gerçekleşmektedir. Özellikle bilimsel öğreti ve aynı şekilde kurumsal yönetim düzenleyici otoriteler, halka açık şirketlerin amacına bazı yeni idealler yükleyip, onu yeniden yorumlayarak ortaya yeni konseptler koydular. Bu bağlamda, “Üçlü-Kâr-İlkesi” konseptine (*Triple-Bottom-Line*), “paylaşılan değer yaratmak” (*Creating Shared-Value*), “sadakatli hissedarlar” (*Loyalitätsaktionäre*) ya da “sadakatli hisseler” (*Loyalitätsaktie*) ve anonim şirketlerin yönetim organlarında “kadın kotası” (*Frauenquote*) gibi konseptler sayılabilir. Bu makalede anılan konseptler incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Paylaşılan Değer, Üçlü Kâr İlkesi, Sadakatli Hisseler, Kadın Kotası

### ABSTRACT

Significant changes and developments in company law occur primarily in the case of stock corporations due to their economic and social importance. In particular, the supervisory authorities for academic teaching and corporate governance have imposed some new ideals on the purpose of listed companies, reinterpreted them and presented new concepts. In this context, the “triple bottom line” concept of “creating common value”, “loyalty shareholders” or “loyalty shareholders” (concepts such as loyalty share) and “quota for women” can be counted on the governing bodies of public companies. The concepts mentioned in this article are explored.

**Keywords:** Shared Value, Triple Bottom Line, Loyalty Shareholders, Women's Quota

## I. GİRİŞ

Bir ticaret şirketi olarak halka açık anonim şirketlerin temel amacının, uzun yıllar kârını maksimize ederek yatırımcılarını mutlu etme temeline dayanması, genel olarak gelirlerini azaltacak kurumsal sosyal sorumluluk bilinci ile hareket etmeleri ve doğal yaşamı doğrudan tehdit eden çevre ihlallerini önleyebilecek tedbirleri almalarına engel teşkil etmekteydi<sup>1</sup>. Bu durum, şirketin başta çalışanları ile faaliyette bulunduğu toplum ve diğer paydaşları arasında göz ardı edilemeyecek derecede büyük bir gerginliğe sebep olduğundan, bilimsel öğreti ve ondan beslenen kurumsal yönetimi düzenleyen otoriteler bunu ortadan kaldırmaya veya en azından azaltmaya yönelik yeni konseptler yaratmaya

\* Prof. Dr., İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,

1 Bunun en güzel örneği, ünlü Alman otomobil üreticisi Volkswagen'in dizel araçlarında egzoz gazı salınımıyla ilgili manipülasyonu nedeniyle çevreye ve insan sağlığına verdiği zararlar karşılığında Amerika Birleşik Devletlerinde ve AB ülkelerinde ödediği onlarca milyar Dolar tazminatlar ve yöneticilerinin hapis cezaları almasıdır.

çabaladılar. Bu bağlamda anonim şirketin ilk başta dip çizgisini teşkil eden tekil kârın optimizasyonu ilkesi “*singuläre Bottum Line*”, “Üçlü-Kâr-İlkesi” konseptine (*Triple-Bottom-Line*) dönüştü. Bu, aşağıda I başlığı altında incelenecektir.

Bu bağlamda *ikinci değişim*, halka açık anonim şirketlerde değer değişimine ilişkin gelişmedir. Yirminci yüzyılın sonlarında ortaya atılan ve öğretilerde de oybirliği ile kabul gören ve hemen kurumsal yönetim düzenlemelerinde yer almaya başlayan “Paysahipliği değerinin artırılması” (*Stakeholder-Value-Ansatzes*) ilkesidir. Ancak bu kavramın popüleritesi uzun sürmedi ve 2010 yılında yerini “paylaşılan değer yaratmak” (*Creating Shared-Value*)<sup>1</sup> veya kısaca “paylaşılan değer” (*Shared-Value*) konseptine bıraktı.

*Üçüncü olarak*, şirketin sürdürülebilir ekonomik gelişmesini ve aynı zamanda yönetim kurulunun girişimcilik program ve projelerini destekleyen “istikrarlı hissedarlar temelinde” “sadakatli hissedarlar” (*Loyalitätsaktionäre*) ya da “sadakatli hisseler” (*Loyalitätsaktie*) konseptinin uygulaması amacıyla yasal girişimler başlamış ve bazı ülkelerde de epeyi yol alınmıştır. Bu da, aşağıda II başlığı altında incelenecektir.

*Dördüncü olarak*, küresel alanda faaliyet gösteren çok uluslu şirketlerin yönetim organının, bağlı veya yavru şirketlerin insan hakları çevre standartlarının ihlalleri nedeniyle hukuki sorumluluğunun olup olmadığı sorunu ortaya atıldı ve mahkemelerden istenilen sonuç alınamayınca “Sivil Toplum Kuruluşlarının” (STK) inisiyatifiyle bununla ilgili bağlayıcı kuralların temel yasalarda yer alma çabaları başlatılmıştır. Bu da, aşağıda III başlığı altında incelenecektir.

*Son olarak*, özellikle halka açık şirketlerin yönetim organlarında kadın kotası uygulamasıyla ilgili yasal düzenlemelerdir. Birçok Avrupa ülkesinde şirketlerin yönetim organlarında kadın kotasına önceleri ihtiyatla yaklaşılsa da, kamuoyundaki güçlü tepkiler nedeniyle önce yasal düzenlemelerde sonra da şirket sözleşmelerinde kadın kotasına yer vermeye başlamışlardır. Ancak, kadın hakları konusunda katı muhafazakâr tutumu ile tanınan İsviçre’de<sup>2</sup>, halka açık şirketlerin yönetim

1 “Paylaşılan değer yaratmak” (*Creating Shared Value*) kavramı, ilk kez *Michael E. Porter* ve *Mark R. Kramer* tarafından 2011’de *Harvard Business Review*’de, (January –February, 2011, 89 (1–2) 62–77), “*Creating Shared Value*” başlıklı makalede ortaya konuldu. Bu kavram öz olarak, şirketlerin faaliyet gösterdikleri bölgelerdeki sosyal ve çevresel koşulları iyileştirirken, aynı zamanda rekabet gücünü artırıcı politikalar ve uygulamalar olup, faaliyeti veya işleriyle kesişen sosyal sorunları belirleyip ele alarak ölçülebilir ekonomik fayda yaratan şirketler için odaklanmış bir iş stratejisi olarak tanımlanmaktadır. Ancak, bunun “paylaşılan değer” (*Shared Value*) olarak nitelendirilebilmesi için, şirkete tanımlanabilir bir ekonomik yararının yanı sıra sosyal veya çevresel bir konu üzerinde ölçülebilir bir etkisinin de olması gerekir. Paylaşılan değer, bir şirketin sosyal boyutunu, çalışanlarını, varlıklarını, ürünlerini, hizmetlerini, yatırımlarını ve sistemler arasındaki ilişkilerde şirket, tedarikçiler, tedarik zincirleri, müşteriler ve düzenleyiciler gibi dış paydaş gruplarıyla olan bağlarını dikkate alır. Sosyal veya toplumsal değere örnek olarak daha iyi sağlık, eğitim, erişimle ilgili alınan kararlara sivil toplum kuruluşlarının katılımı ve istihdam örnek olarak verilebilir. Bkz. Hasan Pulaşlı, **Kurumsal Sosyal Sorumluluk Bağlamında Uluslararası İnsan Hakları ve Çevre Standartlarının Çok Uluslu Şirketlerin Merkez Yönetim Organının Hukuki Sorumluluğuna Etkisi**, Batider 2020, C. XXXVI, S.4, s. 5-37.

2 İsviçre’li kadınların 1948 yılında başlayan federal düzeyde seçme ve seçilme hakkı, Almanya’dan 53, Avusturya’dan 52, Fransa’dan 27, İtalya’dan 26 ve Türkiye’den de 37 yıl sonra, 7 Şubat 1971’de sadece erkeklerin katıldığı referandumda 34.2 hayır oyuna karşı %65.7 evet oyuyla gerçekleşti. Buna karşın, Kantonlarından Appenzell İner-Rhodes’de ise, kadınların yerel seçimlere katılması 1991 yılında kabul edildi. İsviçre Federal Anayasasında “kadın erkek eşittir” ifadesi ise, 14 Haziran 1981’de yer aldı. Bkz. (<https://ch2021.ch/geschichte/>). Ancak, seçme ve seçilme hakkının elde edilmesinin 50. yılında İsviçre parlamentosunda yüzde 41,5 kadın parlamenterin temsili, bir başarı örneğidir. Bu oran

organlarında kadın kotası düzenlemesi, “Anonim Şirketler Büyük Revizyonu”na ilişkin 2020 tarihli Tasarıdan son aşamada çıkarılmış ve kanunlaşmamıştır. Buna karşın Fransa’da ise 1933 yılından beri büyük anonim şirketlerin yönetim kurullarında kadın kotası uygulanmaktadır. Bu konu, aşağıda V başlığı altında başta AB direktifleri olmak üzere mevcut birçok ülkedeki düzenlemeler çerçevesinde incelenecektir.

## II. HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERDE KÂR AMACINDAKİ DEĞİŞME VE GELİŞMELER

Anonim şirketin yasadaki genel tanımında, “iktisadi” (kâr elde etme) ve pay sahipleri arasında paylaşma amacı bir asırdan beri temel unsur olarak yer alır. Bu kapsama, yatırım yaparak rizikoyu üstlenmiş yatırımcıların dışında üçüncü kişiler girmez. Her ne kadar İsviçre ve Almanya gibi ülkelerde anonim şirketin ideal (manevi) amaçlı olabileceği yasal zeminde kabul edilse de, pratikte pek revaçta değildir. Anonim şirket, türü itibarıyla bir “yatırım” yapılacak kurumdur. Yatırımcıların temel amacı da, yatırımlarının ekonomik karşılığını almaktır. Halka açık olsun olmasın tüm anonim şirketlerin hedefi kâr elde etmek – hatta hayatta kalma meselesi olarak da – kâr elde etmek zorunda olması tartışmasızdır. Ancak, halka açık anonim şirketlerde tek kolona dayalı kârın maksimize edilmesine ilişkin bu katı ekonomik nitelik, 90’lı yılların sonunda “paysahipliği değerinin artırılması” (*Shareholder-Value*) temelinde değer değişimine (*Wertwandel*) uğradı. Bu amaçsal değişiklik sonucunda korunması gereken çıkar sahipleri kapsamına, sadece anonim şirkette paya (hisseye) sahip olan yatırımcılar (*Anteilseigner*) değil, aynı zamanda sosyal sorumluluk temelinde işletmenin faaliyetine katılan ve bundan etkilenen çalışanlar, tedarikçiler ve devlet gibi diğer menfaat sahipleri de (*stakeholders*)<sup>3</sup> girmektedir.

İsviçre’yi dünyadaki 191 ülke içinde 17. sıraya yükseltmiştir. Ayrıca bkz. Nazire Akbulut, İsviçre’li Kadınların 170 Yıllık Mücadelesi (<https://www.evrensel.net/haber/425382/ivisvireli-kadinlarin-170-yillik-mucadelesi>). Erişim. 27.3.2021). Önemle belirtilmesi gereken bir husus, Ülkemizde kadınların seçme ve seçilme hakkı, İsviçre’den çok önce, 1934’de kabul edilmesine rağmen, parlamentodaki kadın oranı dünyada 192 ülke arasında 117. sırada; Avrupa’da ise, 37 ülke içinde sondan üçüncü durumdadır (<https://tr.euronews.com/2020/03/10/kadin-milletvekili-oraninda-turkiye-117-nci-sirada-zirvede-ruanda-ve-kuba-var>). Erişim. 27.3.2021).

- 3 Bu konuda bkz. Peter, Forstmoser, *Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung? Zum Auftrag börsennotierter Unternehmen*, s. 207 vd (208) (<https://www.forstmoser.ch/wp-content/publications/articles/2005-gewinnmaximierung.pdf>). Erişim tarihi. 15.2.2021). Yazar, anonim şirketlerin hayatta kalma meselesi olarak kâr etmesi gerektiğinin tartışılmayacağını, ancak artık bunun daha çok sosyal açıdan sorumlu bir davranış, çalışanlar ve diğer paydaşlar açısından, aslında tüm ekonominin çıkarları için kârın maksimize edilmesi amacından vazgeçilerek taviz verilmesi gerektiği uygun değil midir? Soruları, ünlü Alman Bankası Deutsche Bank AG’nin yönetici kurul sözcüsü *Jozef Ackermann*’ın *Der Spiegel* Dergisi’nin Nr.2 28.2.2005 tarihli nüshasında yayımlanmış röportajındaki açıklamaya ve bunun sonucuna ilişkin olarak ortaya atmıştı. Ancak Yazar, bu sorulara yanıt verirken, öncelikle iki hususu saklı tuttuğu belirtmektedir. *Birincisi*, bu konuda son yarım yüzyılda bilimsel yayınlarla sınırlansa bile, halka açık şirketlerin kendilerini yönlendirmesi gereken hedefler hakkında sonsuz sayıda yazıların yazıldığı ve bu nedenle kendisinin bu tabloya ilişkin metin ve yorumlarda en iyi ve en önemli temsili bir seçimle belgelemeye çalışmadığını, *ikinci* olarak da, kendisinin İsviçreli olduğunu ve İsviçre hukuku açısından konuya ışık tutmaya çalıştığını, ancak anılan bankanın bu kararıyla ilgili olarak Alman hukuku alanında tavsiyelerde bulunmanın kendisinin işi olmadığını, ayrıca bunu yapmaya da yetkisinin olmadığına işaret etmektedir (s. 208, dn. 3). Son olarak yazar, bu bağlamda Almanya ile İsviçre arasında büyük şirketlerin faaliyetlerine ilişkin düşüncenin yanı sıra yasal zeminde de önemli farklılıkların olduğu ve İsviçre hukuku ve ekonomik politikalarının Alman sisteminden daha çok Anglo-Sakson ekolüne odaklandığını, bunun en önemli örneğinin, çalışanların yönetime katılmasının (*Mitbestimmung*) Alman şirketler hukukuna tam entegre olmasına karşın, İsviçre’de bunun 1976 yılında

## A. Yönetim Kurulunun Şirketin Menfaatlerini Gözetme Yükümü

Yasal düzenlemelerde, halka açık olsun olmasın tüm anonim şirketler için geçerli olmak üzere, yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli kişilerin... dürüstlük kurallarına uyarak *şirketin menfaatlerini* gözetmekle yükümlü olduğunu belirtilmektedir (İsvBK m. 717/1, “*Der Verwaltungsrat einer schweizerischen Aktiengesellschaft ist verpflichtet, die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren*”; AktG § 93/1 “*Die Vorstandsmitglieder... auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln*”; TTK m. 369/1 “*Yönetim kurulu... şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmekle yükümlüdür*”<sup>4</sup>. Ancak, bu çıkarların nelerden oluştuğu kanunda belirtilmediği gibi, yasaya göre, yönetim kurulunun münhasıran hissedarların menfaatlerini korumasını ve hatta hissedarların menfaatlerini diğer menfaatlere nazaran önceliklendirmesini de gerektirmez. Bu durum, ABD’de şirketler hukuku ile ilgili mahkeme kararlarında tam tersi, yani “şirketin öncelikli olarak hissedarlara hizmet etmek zorunda olduğu” şeklindedir<sup>5</sup>.

Şirketin menfaatine ilişkin diğer bir düzenleme de Sermaye Piyasası mevzuatında Kurumsal Yönetim İlkelerinde yer almaktadır. Payscalelerinin kâr payı hakkına ilişkin ilkelerde (1.6.4) kâr dağıtım politikasında, hissedarların çıkarı ile şirket menfaati arasında dengeli bir politika izlenmesi belirtilmektedir. Bu ilkenin uygulanmaması halinde bu durumun gerekçesiyle birlikte Kurumsal Yönetim İlkelerine Uyum Raporu ile birlikte açıklanması gerekmektedir (Seri: IV, No:56 sayılı Tebliğ m. 5.1).

İsviçre öğretisinde, şirketin menfaatlerine ilişkin çeşitli tanımlar yapılmaktadır. Örneğin *Schluep*, kâr eden şirketin hissedarların, şirketin ve toplumun (ekonomi, alacaklılar, çalışanlar) çıkarlarına kalıcı olarak korunması anlamına gelen şirketin çıkarı kavramını geliştirdi<sup>6</sup>. Yazarın bu görüşü,

yapılan halk oylamasında reddedildiği (Schweiz. Bundesblatt 1976 II 662) belirtmektedir (s. 209 ve dn.5).

- 4 Alman hukukunda “*Unternehmen an sich*” olarak anılan teori, diğer menfaat gruplarına nazaran işletmenin çıkarına öncelik verilmesi, şirketi kuran pay sahiplerinden ayrı bir hukuki kişiliğinin olduğuna dayanmakta ve şirketin varlığının devamına ilişkin bağımsız bir menfaati olduğu kabul edilmektedir, bkz. T. Ansay, **Anonim Şirketler Hukuku** 6. bası Ankara 1982, s. 22; F.H. Şehirli Çelik/ İ Kirca, Ç. Manavgat, **Anonim Şirketler Hukuku**, Ankara 2013, C.1, s. 271 ve dn. 882 vd 883 de anılan literatür.
- 5 Daniel Danaeker, **Loyalitätsaktien – Postulat oder Rechtswirklichkeit?** Sonder – druck aus Europa Institut Zürich Band 160 Mergers & Acquisitions XVII Herausgeber: Rudolf Tschäni, Schultess Zürich 2015, s. 139-170 (<https://silo.tips/download/loyalitätsaktien-postulat-oder-rechtswirklichkeit>) (Erişim tarihi. 16.2.2021). “*A business corporation is carried on primarily for the profit of the stockholders*” (Dodge v. Ford Motor Company, Michigan Supreme Court, 170 NW 668 [1919](s. 143, dn. 12’den naklen).
- 6 Walter Schlupe, **Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen?** SAG 1960/61, 137 ff., 170 ff., 188 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz/ Nobel, Aktienrecht, Bern 1996, § 3, N. 17 ve § 28, N. 26. Peter Forstmoser, **Profit – Das Mass aller Dinge? Zur Aufgabe börsenkotierter Unternehmen**, in: Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Zürich 2006, 55 ff., 71 f.; Forstmoser, **Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung? Zum Auftrag börsennotierter Unternehmen**. In Summa: Dieter Simon zum 70. Geburtstag 2015, s. 207 ff., Yazar, büyük işletme işleten şirketlerin amacının kâr elde etmek olduğu –hatta bunun yaşam için zorunlu olduğu belirttikten sonra, hepsi bu mudur? Sorusunu yönelttikten sonra, sosyal sorumluluk bilincinde bir davranıştan ya da çalışanların çıkarına veya diğer menfaat sahiplerinin hatta tüm üst düzeyde ekonomik kâr maksimasyonundan vazgeçmek gerekir mi? Daha genel olarak, “bir şirket ekonomik öneme sahip olsa bile, hissedarlar için katma değer yaratmak bir anonim şirketin yönetim organlarının yegâne görevi midir? Sorularını ortaya artmaktadır. Yazar, yanıtları kendi içinde olan bu soruları aşağıda IV. Başlığı altında ayrıntılı olarak inceleyecektir. Öğretide, *Watter/Roth Pellanda*, **Basler Kommentar 4. Auflage**, Basel 2012, Art. 717, N. 16, “...wobei im Rahmen der Zweckferfolgung dann insbesondere für eine nachhaltige Steigerung des Unternehmenswertes und damit des «Shareholder Value» zu sorgen ist” (“amacın takibi bağlamında, özellikle şirket değerinde sürdürülebilir bir “hissedar değeri” artışın sağlanması” olduğu belirtmekte, karşı görüşte *Rudolf Bär’e* göre («geradezu privatrechtswidrig» und «dogmatisch verfehlte Zuflucht zu einem



yeni literatürde, “*stakeholder*” ilkesi olarak tanımlandı. İsviçre Kurumsal Yönetim İlkelerinin (*Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance*) 2014’teki yeni versiyonu Rz. 9’da, “yönetim kurulunun “*şirketin kurumsal gelişiminden sorumlu*” iken, hissedarların menfaatleri sadece tali olarak belirtilmiştir<sup>7</sup>. Son olarak *Claude Lambert*, 1992’de yazdığı doktora tezinde, şirketin çıkarları teriminin yargı kriterlerine göre değerlendirilemeyeceğinden, yönetim kurulunun eylemleri için objektif bir ölçüt olarak uygun olmadığını varsaymaktadır<sup>8</sup>.

### **B. Halka Açık Şirketlerde Değer Değişimi (Wertwandel)**

Son yüzyılın 90’lı yıllarında bir saman alevi gibi ortaya çıkan ve pratikte tartışmasız olarak kabul edilen “Paysahipliği değerinin artırılması” (*Stakeholder-Value-Ansatzes*)<sup>9</sup> konseptinin ömrü uzun sürmedi ve 2000’li yılların başlarında yerini , “paylaşılan değer yaratmak” (*Creating Shared-Value*) veya kısaca “paylaşılan değer” (*Shared-Value*) konseptine bıraktı<sup>10</sup>. Ancak, halka açık anonim şirketler için geçerli olan ilkesel nitelikteki kâr amacına yönelik değişiklik, yasal düzenlemelerde değil, bilimsel öğretilerde yumuşak yasa (*Soft Law*) olarak anılan ve tamamen “uygula ya da açıkla” ilkesine dayalı tavsiye niteliğindeki ‘*Corporate Governance Richtlinie*’de yer aldı<sup>11</sup>. Hemen belirtelim, halka açık şirketlerin yönetim organlarının artık sadece şirketin menfaatine odaklanması görüşü artık aşılmıştır. Halka açık şirketler artık üç Efendi’ye hizmet etmek zorundadır: Bunlar:

- a) Yatırımcıları yararına kârın maksimizasyonu,
- b) Şirketin ve çalışanların çıkarlarını gözeten sosyal sorumluluk bilincine sahip bir davranış (*Social Responsibility – sosyal sorumluluk*),

*Interessengegensatz Aktionär/Unternehmen*) “Hissedar ile şirket arasında çıkar çatışmasında özel hukuka aykırı ve dogmatik bir şekilde gözden kaçan sığınmadır. Ancak, Bär’in görüşünün öğretilerde pek taraftar bulmadığını belirtelim.

7 Bkz. Danaeker, *Loyalitätsaktien*, s. 144.

8 Claude Lambert, *Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft*, Diss. Zürich 1992.

9 Paysahipliği değerinin artırılmasıyla ilgili olarak aktivistlerin gerçekte kurumsal hedefe tutarlı bir odaklanma olarak anladıkları şey, diğer menfaat sahipleri (*Stakeholder-Value-Ansatzes*) temsilcilerinin gözünde, bir şirkette meşru olan birçok gruptan yalnızca *birinin* çıkarlarına bencil ve sorumsuzca tek taraflı bir odaklanmadır. Bu doktrine göre, sorumlu davranış, hissedarların çıkarlarının yanı sıra aynı zamanda diğer menfaat sahipleri olarak anılan tüm paydaşların, yani çalışanların ve – büyük şirketlerde – kamunun çıkarlarının da dikkate alınmasını ve dengelenmesini gerektirmektedir. Bkz. Forstmoser, *Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung?* s. 210.

10 Bu yeni konsept, 1.10.2014’de yürürlüğe giren “Swiss Code of Best Practice of Corporate Governance”ın önsözünde, Präambel, («*Gesamtheit der auf das nachhaltige Unternehmensinteresse ausgerichteten Grundsätze*»), (İşletmenin sürdürülebilir çıkarlarına yönelik ilkelerin bütünü” şeklinde tanımlandı.

11 Kurumsal yönetim ilkelerinin temel özelliği, uygulanmasının tamamen tavsiye niteliğinde olmakla birlikte, Türk hukukunda, ilk önce bu ilkeleri ortaya koyan Sermaye Piyasası Kurulunun oluşumu tamamen kamu otoritesine tabi olup, ayrıca kural koyma yetkisini haizdir ve bu düzenlemelerden 24 adedi de halka açık şirketler için uyulması zorunludur. Oysa İsviçre ve Alman kurumsal yönetim ilkelerini hazırlayan ve yayımlayan komitelerde siyasi otoritenin hiçbir temsilcisi yer almamış ve tamamen özel sektör temsilcileri ve akademisyenlerden oluşmuştur. Ayrıca, kodlardaki ilkelerin tümünde, “uy ya da açıkla” (*Comply or explain*) prensibi geçerlidir. Bkz., Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, 3. baskı Ankara 2018, 32, N.19-27. Pulaşlı, *Compliance Kavramı ve Yönetim Organının Compliance Sorumluluğu*, Batider, C.XXXV, Sa. 2, s. 27 vd (33-34).

c) Çevreyi korumak için kaynak tasarrufu (verimliliği) sağlayan bir ekonomi (*Environmental Responsibility-çevresel sorumluluk*) ve insan haklarına saygı<sup>12</sup>.

Önemle belirtelim, ‘paylaşılan değer’ kavramı, şirketin yarattığı değer pastasının sadece katılan ve etkilenen gruplar arasında adil bir şekilde paylaşılması değil, aksine aynı zamanda tüm paydaşların çıkarları için daha fazla katma değer yaratma anlamını ifade etmektedir. Böylece, ünlü filozof *Herakleitos*’un, “*değişmeyen tek şey değişimin kendisidir*” felsefesine uygun olarak gelinen bu son noktada, halka açık anonim şirketlerin ilk başta en alt çizgisini oluşturan tekil kârın optimizasyonu ilkesi “*singuläre Bottum Line*”, sofistیک nitelikteki “Üçlü-Kâr-İlkesi” konseptine (*Triple-Bottom-Line*)<sup>13</sup> dönüşmüş oldu.

Şirketlerin başarısı, sadece kârın maksimize edilmesi değil, aynı zamanda faaliyette bulunduğu topluma ne oranda katkı sağladığı, insan haklarına ve özellikle çevreye sağladığı faydalarla birlikte ölçülmektedir. Böylece, işletmelerin, hem süregelen değişimleri takip etmeleri hem de rakiplerine karşı güçlü olabilmeleri, varlıklarını sürdürebilmeleri için öncelikle sosyal sorumlu, geleceği gören ve sorumluluklarının devamlılığını sağlayan bir vizyona sahip olmaları gerekmektedir<sup>14</sup>. Bu bağlamda, halka açık veya çok uluslu şirketlerde “kurumsal sosyal sorumluluk” (*Corporate Social Responsibility*) kavramı artık tek başına değil, aynı zamanda işletme performansının ekonomik, sosyal, çevre ve ekolojik parametrelerle de ölçülmesi anlayışına dayanan “*üçlü-kâr-boyutu*” olarak da adlandırılan “*Triple-Bottom-Line*”,<sup>15</sup> *insan, evren ve kâr olmak üzere üç ilke üzerine oturulmaktadır*. Bu konseptteki ekolojik boyut, çevrenin korunmasına yöneliktir, çünkü girişimci ve insan eylemleri doğa üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olduğundan, çevre kirliliğine sebep olur. Ekolojik açıdan doğa, tutarlı bir ekosistem olarak kabul edilmekte ve çevreyi kirleten etkileri azaltacak önlemlere ek olarak, ekosistemin gelecek nesiller ve çevresel hedefler için de korunması gerekmektedir. Sosyal boyutu ise, işletmelerin faaliyette bulunduğu - yerel veya ülke düzeyinde olabilir - topluma sağlık, eğitim ve kültürel vb konularda gerekli katkılarda bulunarak, toplumla aradaki gerginliği azaltıp sosyal barışa katkı sağlayabilirler.

12 Forstmoser, *Corporate Social Responsibility*, s. 158. Ayrıca Hasan Pulaşlı, *Kurumsal Sosyal Sorumluluk*, Batider, Aralık 2020, C. XXXVI, S.4, s. 9 ve dn. 9,10 ve 11’de anılan literatür.

13 Bkz. *Neill Gatley*, *Introducing creating shared value*, (<https://www.british-assessment.co.uk/insights/spotlight-introducing-concept-creating-shared-value>. Erişim tarihi: 31.11.2020). Aynı şekilde, *Balı/Cinel*, **Nancy’nin (Kurumsal Sosyal Sorumluluk) Çevirisi: Sibel Kaçamak**, 2. basım, İstanbul 2008, s. 2-3. *Forstmoser*, *Corporate Social Responsibility*, s. 158. “*Triple-Bottom-Line*” konsepti, Türk işletme biliminde “üç boyutlu muhasebe” veya “üçlü kâr modeli” olarak da tanımlanmaktadır. Bkz. *Mihriban Coşkun Arslan, Harun Kısacık*, **The corporate Sustainability Solution: Triple Bottom Line**, *Muhasebe ve Finansman Dergisi Temmuz 2017 Özel Sayı*, s. 18-34, *Nuray Tokgöz – Saim Önce*, **Şirket Sürdürülebilirliği İçin Yeni Ölçümleme: Üçlü Performans**, *Afyon Kocatepe Üniversitesi, İ.İ.B.F. Dergisi*, (2009), V. 1, s. 249 – 275.

14 *Başak Solmaz*, *İşletmelerin Değişen Konumuyla Gelişen Kurumsal Sosyal Sorumluluk Bilinci Ve Turkcell’in Desteklediği “Çağdaş Türkiye’nin Çağdaş Kızları” Projesinin Genel Bir Değerlendirmesi*, *Selçuk İletişim, DerPark*, 2013-11-19, s. 116-125. (s.117).

15 “*Triple-Bottom-Line*” kavramı Türk işletme biliminde “üç boyutlu muhasebe”, “üçlü kâr modeli” olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. *Coşkun Arslan, Mihriban Kısacık, Harun*, *The Corporate Sustainability Solution: Triple Bottom Line*, *Muhasebe ve Finansman Dergisi Temmuz 2017 Özel Sayı*, s. 18-34, *Tokgöz, Nuray/Önce, Saim* (2009), “*Şirket Sürdürülebilirliği İçin Yeni Ölçümleme: Üçlü Performans*”, *Afyon Kocatepe Üniversitesi, İ.İ.B.F. Dergisi*, V. 1, pp. 249 – 275.

Kıta Avrupası şirketler hukukuna yansıyan Amerikan hukukundaki bu gelişmelere bakıldığında, *Triple-Bottom-Line* konseptinden daha ne kadar ileriye gidilebileceği sorusu akla gelmektedir. Ancak bu bağlamda, İsviçre'nin ünlü ekonomi gazetesi “*Neue Zürcher Zeitung – NZZ*”nin ekonomi şef redaktörü *Beat Gygi*'nin, anonim şirketlerin büyük revizyonuna ilişkin kaleme aldığı 2014 tarihli eleştirisel makalesinde, anonim şirketin “*öffentliches Terrain*” (kamu alanı) konumuna dönüşmemesi gerektiği uyarısı<sup>16</sup> dikkate değer olmakla birlikte, *Forstmoser*'in haklı olarak belirttiği gibi, az ya da çok şans eseri ve özellikle güncel sosyal kaygılar ortaya çıktığında, aslında anonim şirketler hukukunda ekonomi ile ilgili güncel sosyo-politik konuları düzenlemek uygun ve cazip gözükebilir. Ancak, böyle bir durumda yapılacak yasal düzenlemenin, çarpık olmaktan öteye bir anlam ifade etmeyeceği olgusunu da göz ardı etmemek gerekir<sup>17</sup>. Bu durumda en uygun yöntem ve yol, yeni kurumsal yönetim paradigması vasıtasıyla, topluma, çevreye ve uluslararası genel kabul gören insan haklarına saygılı “şirket kültürü”nün oluşturulmasıdır.

### III. HALKA AÇIK ŞİRKETLERDE YENİ KATEGORİ PAY TÜRÜ: SADAKATLI HİSSELER (LOYALİTÄSAKTİE)

#### A. Sadakatli Hissedarlar Kavramının Ortaya Çıkış Sebebi

2000'li yılın başlarında Avrupada sermaye piyasasında, halka açık şirketlerin yönetim kurulu üyeleri, bir hayalet gibi ortaya çıkan ve tamamen spekülative yatırımcı amaçlı “*aktivist hissedarlar*”ın şirket için sürdürülebilir değer yaratma çabalarını baltaladığını yüksek sesle dile getirerek şikayetçi olmaya başladılar. Buna karşı bir savunma önlemi olarak da, halka açık şirketlerde, yönetim kurulunun girişimcilik program ve projelerini destekleyen “istikrarlı hissedarlar temelinde” “çapa hissedarlar” (*Ankeraktionäre*)<sup>18</sup> grubu oluşturulmasını önerdiler<sup>19</sup>.

Uzun vadeli hissedarların kısa vadeli spekülatoörlere tercih edileceği varsayımının benimsenmesiyle, halka açık şirketlerde uzun vadeli hissedarlara ödenecek sadakat priminin” (*Treueprämie*) süresi ve miktarının ne kadar olması gerektiği sorunu ortaya çıktı. Öyle ya, sadakatli hissedarlar olarak anılan bu grubunun hissedarlarının elde edeceği prim, paylarını elde tuttıkları süreye değmesi gerekirdi.

16 NZZ, 6.12.2014, s. 23 (Forstmoser, *Corporate Social Responsibility*, s. 173'den naklen) Keza Forstmoser, *Corporate Social Responsibility*, s. 173

NZZ, 6.12.2014, s. 23 (Forstmoser, *Corporate Social Responsibility*, s. 173'den naklen) Keza Forstmoser, *Corporate Social Responsibility*, s. 173

17 Forstmoser, *Corporate Social Responsibility*, s.173.

18 Bir şirkette önemli bir hisseye sahip hâkim veya çoğunluk hissedarları, “çapa hissedar” (*Ankeraktionär*) olarak adlandırılmakta ve bu pay sahipleri sahip oldukları oy haklarıyla şirkette önemli kararları alabilecek gücü ellerinde bulundurmaktadırlar. Bunlar genellikle şirketin kurucu ailesinin üyeleri, kurumsal yatırımcılar şirketlerdir. Çapa hissedarları, uzun vadeli yatırım ufku ve şirketin geliştirilmesinde etkinliği ve amacıyla diğer hissedarlardan ayırt edilir. Ayrıntılı bilgi için, Watter Rolf, *Anchor Shareholders und Grossaktionäre: Ihr Einstieg, ihre vertragliche Einbindung und ihre Information*, in: M&A XII, Zürich 2010, 1 ff.

19 Daniel Daeniker, *Loyalitätsaktien – Postulat oder Rechtswirklichkeit?*, Sonderdruck aus Europa Institut Zürich Band 160 Mergers & Acquisitions XVII Herausgeber: Rudolf Tschäni, Schultess Zürich 2015, s. 139-170 (s. 140).

Bilimsel öğretilerde bu tür sadakat primlerinin çeşitli türleri “sadakatli hisseler” (*Loyalitätsaktien*) olarak tanımlanmaktadır<sup>20</sup>.

*Daeniker*' in detaylı araştırmasındaki tespitlerde, İsviçre’de son yıllarda halka açık şirketlerin hisselerinin son on yılda istikrarlı bir şekilde giderek daha çok kısa vadeli ve ortalama elde tutulma süresinin de 12 ay olduğu belirlenmiştir<sup>21</sup>. Ancak, hisseleri kısa vadeli elde tutmanın da kısa vadeli düşünmeyi destekleyip desteklemediği başka bir sorundur. Burada öncelikle şirketler hukukunda hissedarlar ile şirket arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi yapılacaktır.

### **B. Payın Devredilebilirliği İlkesi**

Hisselerin geniş bir alana yayılmış olması, halka açık şirketlerin önemli yapısal nitelikleri arasında sayılmaktadır<sup>22</sup>. Pek çok girişimci proje, Pek çok girişimci proje ise, ancak çok sayıda piyasa katılımcısından büyük miktarda fon sağlanmasıyla gerçekleştirilebilir. Ancak hemen belirtelim, hissedarların dağınık ve aynı zamanda değişken olması<sup>23</sup>, bu projelerin gerçekleşmesine engel teşkil etmektedir, çünkü hissedarların bir tuşa basarak hisselerini bir anda satıp şirketten ayrılabilme mümkündür ve bunu yasaklayan bir hükmün esas sözleşmeye konulması da yasal olarak olanaklı değildir. Çünkü anonim şirketlerin evrensel ilkelerin biri de, pay sahiplerine sermaye taahhüdünden başka bir borcun yüklenemeyeceğidir (TTK m. 480/1, İsvBK m. 680/1, AktG § 54/1)<sup>24</sup>. Ayrıca, hamiline yazılı paylarda devir serbestisi bir yana (TTK m. 489/1), nama yazılı payların da, kanunda ve esas sözleşmede aksi öngörülmedikçe, herhangi bir sınırlandırmaya bağlı olmaksızın devredilebileceği (TTK m. 490/1) veya şirketin onayıyla devredilebileceği (TTK m. 492/1), ancak esas sözleşme ile devredilebilirlik şartlarının da ağırlaştırılmayacağı öngörülmektedir (TTK m. 493/7). Dolayısıyla, hem hamiline hem de nama yazılı payların devrinin belirli süreli veya tamamen yasaklanması kanunen mümkün değildir. Diğer önemli bir husus, halka açık anonim şirketlerin hissedarlarının karakteristik özelliğinin, “genellikle ilgisiz, bazen yüzüstü ve aşırı durumlarda da sadakatsiz olduğu” belirtilmektedir<sup>25</sup>. Bu hukuki durum ve hissedarların niteliği karşısında, şirketin hissedarların paylarını en azından belirli bir süre elde tutmaya teşvik edecek bir takım geçerli hukuki enstrümanlara ihtiyaç olduğu açıktır. İşte şirketin orta veya uzun vadeli yatırımlarını gerçekleştirebilmesi için, payın serbestçe devredilebileceği şartıyla, payları belirli süre elde tutan hissedarları ekonomik olarak ödüllendirmesi mümkün görülmektedir. İşte burada incelenecek olan “sadakatli hissedarlar” (*Loyalitätsaktionäre*) ya da “sadakatli hisseler” (*Loyalitätsaktie*) de tam olarak bu budur.

20 Daniel Daeniker, *Loyalitätsaktien*, s. 140.

21 Daniel Daeniker, *Loyalitätsaktien*, s. 141-142.

22 Bkz. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 2, N. 14.

23 Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku Şerhi, 3. Baskı**, § 28, N. 30.

24 Danaeker, bu durumu, *Berle Adolf A./Means Gardiner C.*, The Modern Corporation and Private Property, New York 1932, 64 atfen bir deyimle şöyle ifade etmektedir [“„It has often been said that the owner of a horse is responsible. If the horse lives he must feed it. If the horse dies he must bury it. No such responsibility attaches to a share of stock”] Mealen: (Bir atın sahibinin, at yaşayorsa onu beslemesi gerektiği ve at ölürse onu gömmekle sorumlu olduğu sıklıkla söylenir). Ancak, hisse senedi ile ilgili böyle bir sorumluluk olmadığı belirtir, Bkz. **Loyalitätsaktien**, s. 143.

25 Danaeker, **Loyalitätsaktien**, s. 143, Biedermann Dominique/Daeniker Daniel, **Pro & Contra: Soll die Generalversammlung Managersaläre genehmigen?** GesKR 2008, 142 ff., 15 ve dn.11’de anılan literatür.

Öğretide, genel olarak halka açık şirketlerin hissedarlarının, “genellikle ilgisiz, bazen yüzüstü ve aşırı durumlarda da sadakatsiz olduğu” belirtilmektedir<sup>26</sup>. Bu durumda, bu nitelikteki hissedarları şirkette uzun süreli tutmanın bir yolu, diğer bir ifade ile hisselerini elde tutmaya teşvik edecek bir takım hukuki enstrümanlara ihtiyaç olduğu açıktır.

### C. Sadakatli Paylar (Loyalitätsaktie)

#### I. Kavram ve Tanım

Kavramsal olarak hisse esas alındığında, “sadakatli hisseler” (*Loyalitätsaktie*), payın sahibi açısından da “sadakatli pahasahipleri” (*Loyalitätsaktionäre*) olarak tanımlanmaktadır<sup>27</sup>. Öğretide, bu tür hisselerin özel kategori hisse değil, aksine “adi hisse” (*Stammaktie*) olduğu özellikle vurgulanmakta<sup>28</sup> ve çeşitli ayrıcalıklar sunan ve birden çok kavramı barındıran “toplu bir kavram” (*Sammelbegriff*) olduğu vurgulanmaktadır<sup>29</sup>.

Sadakat hisseler, esas sözleşmeye dayalı olarak, sahibine belirli bir kesintisiz elde tutma süresinden itibaren pahasahipliği haklarıyla ilgili çeşitli ayrıcalıklar bahşeden adi hisselerdir (*Stammaktie*). Sadakatli hisselerin hedefi, kısa süreli hissedarlara nazaran daha iyi olan uzun vadeli elinde tutan hissedarları ödüllendirmektir<sup>30</sup>, çünkü hissedarların sadakati sonuçta şirkete de fayda sağlamaktadır<sup>31</sup>. Dolayısıyla, sadık hissedarlar olmadan anonim şirketin yönetimi, kârlılığın en güvenli kaynakları olan uzun veya orta vadeli hedeflerine ulaşmak için gerekli sürekliliğe sahip olamayacaktır<sup>32</sup>.

26 Danaeker, **Loyalitätsaktien**, s. 143, Biedermann Dominique/Daeniker Daniel, **Pro & Contra: GesKR 2008**, 142 ff., 15 ve dn.11’de anılan literatür.

27 TDK Sözlüğüne göre “sadakat”, “içten bağlılık, sağlam güçlü dostluk” anlamlarını ifade etmektedir. Bu durumda, sadakatli hisseyi esas sözleşmede öngörülen süre (en az iki veya üç yıl) elinde tutan hissedarların diğer hissedarlara nazaran belirli oranda kâr payı ve oy hakkında olduğu gibi daha fazla hak elde etmesi, içten bağlılık, sağlam dostluğa değil, tamamen maddiyata dayanmaktadır. Dolayısıyla, sadece maddi amaç güden bu pahasahiplerine “sadakatli” demek kanımca, sadakatin asıl anlamının aşınmasına, yozlaştırılmasına yol açar. Alman “*Duden Rechtsschreibung*” sözlüğünde de, “loyalitäts” terimi, “Anstand” (erdem, terbiye), “Ehrlichkeit” (dürüstlük, temiz kalplilik, namusluluk), “Fairness” (Adalet, centilmenlik), “Zuverlässigkeit” (güvenirlilik, inanılrlık) gibi “içtenlik, samimiyet, güvenirlilik gibi eş anlamlarını ifade etmekte, ama hiçbir maddiyata dayanmamaktadır. Ancak bu kavramın yerine hangi terimin kullanılması gerektiği hususu ayrı bir sorundur. Bu durumda, tam anlamını yansıtmamakla birlikte, biz de burada uluslararası düzeyde kullanılan “sadakatli hissedar” terimini kullanacağız.

28 Bkz. Burckhardt, **Loyalitätsaktien** s.369.

29 Bkz. Hans Caspar von der Crone/Keivan Mohasseb, **Stand der Aktienrechtsrevision Zehn Kernpunkte der ständerätlichen Debatte**, AJP/PJA 8/2019, s. 781-794 (s. 792), («*Sammelbegriff für verschiedene Privilegien*»). Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser/Rolf Sethe, **Schweizerisches Gesellschaftsrecht – Mit neuem Firmen und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform**, 12. A., Bern 2018, N. 148a (Hans Caspar von der Crone/Keivan Mohasseb’den, dn. 72’den naklen).

30 Hans Caspar von der Crone/Keivan Mohasseb, **Stand der Aktienrechtsrevision**, s. 792.

31 Daeniker, **Loyalitätsaktien**, s. 150.

32 Guyon Yves, La Loi du 12 Juillet 1994 sur le Dividende Majoré, *Revue des Sociétés* (1)1995, 2 ff („[...] *sans actionnaires fidèles, la gestion n’aura pas la continuité nécessaire à la réalisation d’objectifs à long ou moyen terme, qui sont les sources les plus sûres de la rentabilité*“), aynı şekilde, Daeniker, **Loyalitätsaktien**, s. 150.

*Daniel Daeniker*, sadakatli hisselerle ilişkin ayrıntılı ampirik araştırmaya dayanan makalesinde, uzun vadeli hissedarların kısa vadeli spekülörlere nazaran tercih edilebilir olduğu varsayımının doğru kabul edilmesi halinde, İsviçre halka açık şirketlerinin uzun vadeli hissedarlığının bir sadakat bonusu şeklinde ne ölçüde ödüllendirilebileceği sorusunun ortaya çıktığı ve İsviçre öğretisinde bu tür sadakat ödüllerinin çeşitli şekillerinin “sadakat hisseleri” olarak tanımlandığını belirttikten sonra, sorunu ayrıntılı olarak dört başlık altında incelemektedir. Yazar ilk öncelikle, sorunun makroekonomik ve hukuki politik temellerini, özellikle halka açık şirketlerde farklı hissedar gruplarının çıkarları arasındaki karşılıklı etkileşime dayanan gerilim alanı ele almakta<sup>33</sup>; daha sonra, sadakatli hisselerin uluslararası uygulamadaki mevcut durumunu ve ilk olarak Fransadaki tarihi gelişimi ortaya koyduktan sonra üçüncü kısımda ise, İsviçre’deki mevcut şirketler hukukunun sadakatli hisselerle ne derecede izin verdiğini incelemekte ve son olarak da, sadakatli hisselerin, geçerli olduğu kadarıyla, arzu edilebildiği ve hedeflere uyumlu olduğunu tartışmaktadır<sup>34</sup>.

Payların ortalama elde tutma süresinin bir yıldan kısa olması dikkate alındığında, kesintisiz *iki yıl* elde tutma süresine sahip olan pay sahiplerinin uzun vadeli olduğu kabul edilmektedir. Sürenin başlangıcı, pay defterine kayıt tarihinden itibaren işlemeye başlamaktadır. Süreye ilişkin sunulan kavramlar, genellikle bu varsayıma dayanmaktadır.

Ancak bilimsel öğretilerde, sadakatli payların uzun vadeli hissedar katılımını teşvik etme bağlamında uygulanabilir olup olmadığı tartışmalıdır<sup>35</sup>.

2014 yılından beri devam etmekte olan “Büyük Anonim Şirketler Hukuku Revizyonu” çerçevesindeki tartışmalarda gelinen son noktada, Parlamento çalışmalarıyla ilgili 2019 kış yasama döneminde Ulusal Mecliste (*Nationalrat*), hukuk komisyonunun tavsiyesi doğrultusunda sadakatli hisselerin, Tasarının 661a maddesinde yer almasına karar verildi<sup>36</sup>, ancak 2020 yılı İlkbahar yasama döneminde Kantonlar Meclisi (*Ständerat*), *baştan beri* devam ettiği karşı görüşünde ısrar etti<sup>37</sup> ve sadakatli hisselerle ilişkin düzenlemeler Tasarıdan çıkarıldı. Tasarıdaki düzenlemede, esas sözleşmede, en az iki yıl pay defterine oy hakkına sahip olarak kaydedilmiş olan hisselerin sahiplerine, %20’ye kadar daha fazla kâr payı verilebileceği öngörülebilmekteydi. Böyle bir hükmün esas sözleşmeye konulabilmesi için de, genel kurulda temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunduğu bir karar alınması gerekmektedir<sup>38</sup>. Ancak, Tasarıdan çıkarılrsa da, sadakatli hisseler sorununun, öyle veya böyle İsviçre siyasetini ve hukukunu meşgul etmeye devam edeceği söylenebilir.

33 Daeniker, *Loyalitätsaktien*, s.141 vd.

34 Daeniker, *Loyalitätsaktien*, s. 150 vd.

35 Christoph Burckhardt, *Loyalitätsaktien im Rahmen der Aktienrechtsrevision*, Das Aktienrecht im Wandel Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2020, s. 367-386. Ancak yazara göre, bu soru, şekli ve maddi bir bileşen, unsurdur (s. 370).

36 AB 2019 N 2385 ff. 2019 tarihli E-OR m. 661a/1 de, sadakatli hisselerin esaslarının esas sözleşmede yer alması, 2. fıkrada ise ayrıntılarının iç yönergede düzenlenmesi öngörülmekteydi. Bkz. Burckhardt, *Loyalitätsaktien im Rahmen der Aktienrechtsrevision*, s.378.

37 Burckhardt, *Loyalitätsaktien*, s.378. AB 2020 S (prov.), Internet: [https:// www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=48501](https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=48501)

38 Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8<sup>bis</sup> E-OR 2019.

## 2. Türleri

Sadakat hisselerinin norm konsepti objektif kriterlere göre yapılandırılmakta ve ayrıcalıkların bağlantılı olduğu üyelik hakkına bağlı olarak, uluslararası uygulamada sadakatli hisselerle ilişkin genel kabul gören üç model ön plandadır.

(i) **Sadakatli oy hakları** (*Loyalitätsstimmrechte*). Uzun vadeli halka açık anonim şirket hissedarlarına oransallık ilkesine nazaran daha fazla oy hakkı vermektedir. Bu haklar, katılma haklarıyla bağlantılıdır.

(ii) **Sadakatli temettüleri** (*Loyalitätsdividenden*). Uzun vadeli hissedarlara oransallık ilkesine nazaran daha yüksek tutarda temettü veya tasfiye artığından daha yüksek tutarda “sadakat prim” vermektedir. Bu haklar, mülkiyet haklarıyla bağlantılıdır.

(iii) **Sadakatli rüçhan veya önerilmeye muhatap olma hakları** (*Loyalitätsbezugsrechte und –vorwegzeichnungsrechte*). Sermaye artırımını türleriyle ilgili olarak, taahhütlü, kayıtlı veya şartlı sermaye artırımını çerçevesinde, ilgili hissedara bir rüçhan hakkı veya ihraç bedeli çerçevesinde daha düşük bir ihraç fiyatı ödeme hakkı ya da önerilmeye muhatap olma hakkı veren haklardır. Bu haklar, koruyucu haklarla bağlantılıdır. Bu gruptaki imtiyazlar “diğer finansal araçlar” (*andere Finanzinstrumente*) şeklinde de anılmaktadır<sup>39</sup>.

(iv) **Sadakat Opsiyonları** (*Loyalitätsoptionen*). Paysahipliği haklarıyla bağlantılı olarak daha iyi bir konumun yanı sıra, diğer “diğer finansal araçlar” (*andere Finanzinstrumente*) şeklinde ayrıcalıklı bir hak düşünülebilir. Buna örnek olarak “sadakat opsiyonları” gösterilebilir, söz konusu haklara temel teşkil eden hisseleri belirli bir süre elinde tutan opsiyon hakkı paysahibine yeni ihraç edilen hisseleri belirli bir fiyattan satın alma hakkı tanımaktadır<sup>40</sup>.

## 3. Sınırlandırılma

Sadakat hisselerinin, “imtiyazlı paylar”dan (*Vorzugsaktien*) ayırt edilmesi gerekir<sup>41</sup>. Hemen belirtelim İsviçre hukukunda imtiyazlı paylar, adi paylara nazaran ayrı bir kategori oluşturmakta ve Türk hukukundaki gibi “imtiyaz” sayılmamaktadır<sup>42</sup>. Bu temel farklılığa rağmen, her iki hukuk sisteminde imtiyazlı (veya ayrı kategori) paylar, adi pay olan (*Stammaktie*) sadakat hisselerinin aksine, malvarlığı haklarıyla ilgili olarak adi paylara nazaran kâr veya tasfiye payından ya da yönetsel haklara ilişkin olarak oy hakkında ayrıcalık, üstünlük bahşetmektedir. Türk hukukunda, imtiyazlı payın sonradan esas sözleşme değişikliğiyle oluşturulması için genel kurul kararının sermayenin en az yüzde yetmişbeşini oluşturan paysahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla alınması gerekir (TTK m. 421/3-b). İsviçre hukukunda ise, imtiyazın sonradan oluşturulması halinde,

39 Daeniker, **Loyalitätsaktien** s. 150, 160 vd. Yazar, dördüncü tür olarak, tamamen İsviçre modeli olarak belirttiği – bağlı nama yazılı paylar çerçevesinde uzun süreli hissedarlığın değerlendirilmesi kapsamında – “sadakat bonusu” (*Loyalitätsbonus*) kavramına yer vermektedir (s. 165). Burckhardt, **Loyalitätsaktien**, s. 370.

40 Daeniker, **Loyalitätsaktien – Postulat oder Rechtswirklichkeit?**, s.163 vd

41 Karşılaştırın, TTK m. 478, 479; İsvBK m. 654, 656.

42 Bkz. Burckhardt, **Loyalitätsaktien im Rahmen der Aktienrechtsrevision**, s. 372

paysahiplerine eşit işlem yapılması ilkesine uyulması ve mevcut paylara imtiyaz tanınması, *hem tüm imtiyazlı paysahiplerinin hem de genel kurulda temsil edilen tüm paysahiplerinin oylarıyla* alınan bir genel kurul kararıyla tüm mevcut payların sahiplerine tanınması gerekir<sup>43</sup>. İsviçre hukukunda oy ve malvarlığı haklarında ayrıcalıklı paylar, imtiyaz değil, ayrı bir pay kategorisi oluşturmaktadır.

Sadakat hisseleri, oy hakkında imtiyazlı paylardan da (*Stimmrechtsaktien*) ayırt edilmelidir. Oy hakkında imtiyazlı paylara, sermayeye katılma oranı ilişkisine göre daha fazla oy gücü bahşedilmektedir. Bu, anonim şirketlerde hâkim olan ilkelerden, “sermaye oranında oy gücüne sahip olma” ilkesinden sapma teşkil eder. Esas sözleşme ile paya tanınan oy hakkında imtiyaz, payın herhangi bir elde tutma süresine bağlı olmaksızın sürekli olarak kullanır. Buna karşın sadakat hisseleri, esas sözleşmede öngörülen şekilde kesintisiz olarak belirli bir süre payın elde tutulması halinde söz konusu olur.

İmtiyazlı paylar, uzun vadeli hissedar katılımını teşvik etmek için uygun değildir. İlk başta, imtiyazların uzun vadeli hisselerle sınırlandırılmasının eşit işlem ilkesini ihlal edip etmediği de açık değildir. Böyle bir kısıtlama caiz olsa bile, imtiyazlı hakların, mülkiyetin elde tutma süresiyle ilişkilendirilmesi hukuken pek mümkün değildir<sup>44</sup>. Son olarak, devir durumunda bir hissenin malvarlığı veya oy hakkındaki imtiyaz hakkı alınmaz. İmtiyazlı payların kabul edilmesiyle, uzun vadeli hissedar katılımı, sürdürülebilir bir şekilde ileriye dönük olarak teşvik edilmek ve kolaylaştırılması yerine, geriye dönük olarak en fazla bir kez ödüllendirilebilir<sup>45</sup>.

#### 4. Sadakat Hisselerine İlişkin Eleştiriler

İsviçre Parlamentosundaki tartışmalarda, sadakat hisseleri kavramının henüz olgunlaşmadığı ve etkileri konusunda da belirsizlikler olduğu ileri sürüldü. Bu endişeler, daha çok Fransadaki sadakat kâr paylarının etkisine ilişkindi. Öğretideki görüşe göre, söz konusu konsept Fransadaki şirketler uygulamasında kendisini kanıtlamıştır<sup>46</sup>. Bu görüş, Air Liquide SA'nın hissedar tabanına ilişkin analizle de teyit edilmiştir. Sadakat temettüsü ödemeyi uygulayan şirketlerden biri olan CAC-40

43 Bkz. İsvBK m. 684/2 “*Hat eine Gesellschaft Vorzugsaktien ausgegeben, so können weitere Vorzugsaktien, denen Vorrechte gegenüber den bereits bestehenden Vorzugsaktien eingeräumt werden sollen, nur mit Zustimmung sowohl einer besonderen Versammlung der beeinträchtigten Vorzugsaktionäre als auch einer Generalversammlung sämtlicher Aktionäre ausgegeben werden*”. Burckhardt, *Loyalitätsaktien* s. 372.

44 Sonuçta Peter Forstmoser, **Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?**, in: Robert Waldburger et al. (Hrsg.), *Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag*, Bern 2015, 157 ff., (s. 179, [“*Ein Einsatz dieser Instrumente zur Förderung der Nachhaltigkeit dürfte aber daran scheitern, dass es – was hier nicht näher ausgeführt werden kann – aktienrechtlich höchst problematisch wäre und technisch kaum umsetzbar sein dürfte, solche Privilegien an die Haltedauer der Aktien zu knüpfen*”]) (Bununla birlikte, sürdürülebilirliği teşvik etmek için bu araçların kullanılması büyük olasılıkla başarısız olacaktır, çünkü – burada daha ayrıntılı olarak açıklanması gerekmez – anonim şirketler hukuku kapsamında son derece sorunlu olur ve bu tür ayrıcalıkların hissele- rin elde tutulma süresine tanınması teknik olarak pek mümkün değildir). Aynı şekilde, Burckhardt, *Loyalitätsaktien*, s. 372.

45 Burckhardt, *Loyalitätsaktien* s. 372.

46 Michael Storck/Uwe H. Schneider, **Doppeltes Stimmrecht für langfristig investierte Aktionäre im französischen Recht – Ein Beitrag zur «Nachhaltigkeitsprämie»**, AG 2008, 700 ff., 706 (Christoph Burckhardt, *Loyalitätsaktien*, s. 382den naklen).



Şirketinin amacı dengeli ve istikrarlı bir hissedar tabanı oluşturmaktır. Nitekim Air Liquide SA sağlam bir bireysel hissedar tabanı oluşturduğu gibi, hissedarlarıyla da doğrudan iletişimi geliştirdi. Sonuç olarak, 2004-2014 döneminde bireysel hissedarların oranı, sermayenin yüzde 35 ilâ 40'ı arasında sabit kalırken, diğer CAC-40 şirketlerinde ortalama olarak azaldı ve mali krizden bu yana %8'in altına düştü. 31 Aralık 2015 itibariyle, sermayenin toplam değeri yüzde 30 olan hisseler, sadakat temettü ödemesi için gerekli şartları karşıladı. 31 Aralık 2018 itibariyle, hissedarların %64'ünden fazlası hisselerini 10 yıldan fazla bir süredir elinde tutuyordu<sup>47</sup>. Böylece, Air Liquide şirketi, sadakat temettüsü uygulayarak, CAC-40 şirketlerinin ortalamasından daha istikrarlı bir hissedar tabanı oluşturdu ve uzun vadeli odaklı iş stratejisi güden bir şirketin temeli atmış oldu. Şirket ayrıca, pay defterine kayıtlı hissedarların oranını sürekli olarak artırmayı veya korumayı da başardı. Görünen o ki, şirket, 2014'te *Belinfanti* tarafından tanımlanan yeni bir "hissedar yetiştirme konseptini" (*Konzept der shareholder cultivation*) uygulamaya koymuş olmaktadır<sup>48</sup>.

Hisselerin elde tutma süresini haklı göstermek için eşit işlem ilkesine dayanan bir gerekçenin sunulmasının yanlış bir kriter olduğu ileri sürülerek eleştirildi. Ayrıca, hisselerin devredilmemesiyle ilgili sadakat süresinin iki yıldan fazla olması gerektiği vurgulandı<sup>49</sup>. Ancak, *Burckhardt*'in yerinde olarak belirttiği gibi, eğer Tasarıdaki teklif anlamında sadakat hisseleri açıkça bir yasal temele dayanıyorsa, hissedarlar arasında eşit olmayan işlemden bahsedilmesi mümkün değildir<sup>50</sup>. Ancak öğretilde, İsvBK'daki mevcut düzenlemeler karşısında, kuruluşta veya daha sonra esas sözleşme değişikliğiyle, hisseleri uzun süre elde tutan hissedarlar için baştan imtiyazlar öngörülmesinin geçersiz olup olmadığı tartışmalıdır<sup>51</sup>. Tartışmaların ayrıntısına girmeden, eğer İsvBK'daki temettü imtiyazına ilişkin mevcut düzenlemeler sadakatli hisseler için de yeterli olsaydı, dört yıldan beri sadakat hisselerine ilişkin yasaya yeni hükümlerin konulmasının tartışılmasına gerek kalmazdı. Sonuçta, yasa koyucunun sadakatli hisselerle diğer adi hisselerle nazaran %10 veya daha fazla temettü verilmesini yeterli ve geçerli bulmadığı için mevcut yasaya özel hüküm konulmasını istemediği söylenebilir. Bununla birlikte, sadakatli temettülerin amacının, uzun vadeli bir hissedar tabanı oluşturmayı teşvik ettiği kuşkusuzdur. Ampirik araştırmadan elde edilen kanıtlara göre, katılma durumunun devamlılığı, dengelenmiş bir hissedar tabanı oluşturulmasının öncelikle şirketin menfaatine yöneliktir<sup>52</sup>.

47 Burckhardt, *Loyalitätsaktien*, s. 382.

48 Tamara C. Belinfanti, *Shareholder Cultivation And New Governance*, Delaware Journal Of Corporate Law [Vol. 38], 2014, s. 790 ff, (807). [*"Shareholder Cultivation primarily involves the interplay between a firm and its shareholders. Nonetheless, viewing Shareholder Cultivation through a new governance frame has analytical currency"*] (Hissedar yetiştirme, öncelikle bir şirket ile hissedarları arasındaki etkileşimi içerir. Bununla birlikte, yeni bir yönetim çerçevesi aracılığıyla hissedar yetiştirme kültürünün değerlendirilmesi analitik güncellemeyle de yapılır). Aynı şekilde, *Burckhardt, Loyalitätsaktien*, s. 382-383.

49 Oberholzer temsilcisi Leutenegger'in görüşü, AB 2018 N.1102 (Bkz. Burckhardt, *Loyalitätsaktien*, s. 383).

50 Burckhardt, *Loyalitätsaktien*, s. 384

51 Olumlu görüş, Forstmoser, *Corporate Social Responsibility*, s. 180, Burckhardt, *Loyalitätsaktien*, s. 384. Karşı görüş, Peter Böckli, *Aktienrecht*, 3. Auflage, Zürich, Basel Genf 2004, § 13, N. 510, Wolfhart F. Bürgi, in: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/1, Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660-697), Zürich 1957, Art. 660/661 N 30, Theo Guhl, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 9. Auflage, Zürich 2000, § 67 N 38.

52 Bkz. Burckhardt, *Loyalitätsaktien*, s. 384.

## 5. Sadakat Hisselerinin Aile Tipi Anonim Şirketlerdeki Sakıncalara İlişkin Eleştiriler

Anonim Şirketler Büyük Revizyonuna İlişkin 2018 tarihli Tasarının danışma, tartışma (*Vernehmlassung*) sürecinde, İsviçre Halka Açık Olmayan Anonim Şirketler Birliği (*Vereinigung der Privaten Aktiengesellschaften*), 12.06.2020 tarihli bildirisindeki sadakat hisselerine ilişkin olumsuz görüşünde miras hukukundan örnek vererek şöyle bir açıklamada bulunmuştur. İlk bakışta sempatik gözükten sadakatli hisselerin, aile tipi anonim şirketler için zehirdir çünkü “sadakat ayrıcalığı”na ilişkin esas sözleşme değişikliği en az üçte iki pay veya sermaye çoğunluğuyla gerçekleştirilebilecektir. Bunun anlamı, çoğunluk pay sahipleri uygun esas sözleşme değişikliğini azınlığın iradesine karşı yapabilecek ve kendileri için uygun ayrıcalıkları elde edebilecek demektir. *Bu durum, özellikle bir aile anonim şirketinde bir pay sahibinin ölmesi ve mirasçılarının (birlikte en az üçte iki pay veya sermayenin çoğunluğuna sahip olmayan) yeni hissedar olabilmesi mümkündür. Onların ailesi veya aile soyundan olanlar, diğer hissedarlar gibi payları aynı süre boyunca elinde tutsalar bile, dezavantajlı duruma düşebilirler. Ya da bir aile hissedarının daha önce hisse sahibi olan daha büyük çocukları, daha sonra hisse alan küçük kardeşlerine kıyasla neden “sadakat ayrıcalıklarından” yararlanabilsin?* Bu tür eşitsiz durumun, aile şirketlerinde kaçınılmaz olarak tartışmalara yol açacağı açıktır<sup>53</sup>.

## 6. Uluslararası Uygulamada Sadakatli Paylar

### a. Avrupa Birliği Hukukunda

İki binli yılların başında Avrupa Şirketler Hukukunda orantılılık ilkesi ve katılma hakkı ile oy gücü hakkı (*One share, one vote*) arasında senkronizasyon tartışılmaktaydı. 2002 yılında tüm Avrupa Birliği genelinde borsaya kote şirketlerde oy hakkında imtiyaz, altın pay ve diğer kontrol mekanizmalarını tamamen ortadan kaldırmak için girişimlerde bulunuldu. Bu tür kontrol araçlarının efektif etkilerine ilişkin 2007’de yayınlanan bir araştırmada, çok farklı bir sonuca ulaşıldı. Sorun görüldüğü kadar da dramatik değildi. Bu nedenle, 2007 yılının sonunda Avrupa Komisyonu, oy ve sermaye gücünün standartlaştırılmasına ilişkin düzenleyici projesini rafa kaldırdı<sup>54</sup>.

Avrupa Komisyonu 2012’de, Avrupa Şirketler Hukuku ve Corporate Governance hakkında bir aksiyon planı hazırladı<sup>55</sup>. Bu eylem planının bir parçası olarak, hissedarların kurumsal yönetim ilkeleri çerçevesinde daha fazla yer almaya teşvik edilmesi gerektiği belirtildi<sup>56</sup>. Bu, uzun vadeli hissedar katılımını teşvik eden ve kolaylaştıran girişimleri içermektedir<sup>57</sup>. Komisyon 25 Mart 2013’te “*Avrupa Ekonomisinin Uzun Vadeli Finansmanı*”na ilişkin Yeşil Kitap (*Grünbuch*) yayımladı. Ancak

53 Die Loyalitätsaktie ist für Familienaktiengesellschaften Gift, 12.06.2020 Mitteilung, ([https://www.vpag.ch/images/pdf/medienmitteilungen/12\\_06\\_2020\\_Medienmitteilung\\_Loyalitaetsaktie.pdf](https://www.vpag.ch/images/pdf/medienmitteilungen/12_06_2020_Medienmitteilung_Loyalitaetsaktie.pdf). Erişim. 6.3.2021).

54 Daeniker, **Loyalitätsaktien**, s. 159.

55 Bkz. Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts – und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, COM (2012), 740/2.

56 Aktionsplan, s. 4.

57 Daeniker, **Loyalitätsaktien**, s. 159.

kitapta, uzun vadeli yatırımcı hissedarlığını teşvik etmeyi amaçlayan daha fazla oy hakkı ve temettü gibi haklar yer almamaktaydı<sup>58</sup>.

Komisyounun 27 Mart 2014 tarihli son raporunda<sup>59</sup>, “sadakatli hisseler” den artık bahsedilmemesi, bu aracın AB alanında Corporate Governance ilkelerini iyileştirmek için yeterince etkili olmadığının kabul edildiği anlamı geldiği söylenebilir<sup>60</sup>.

AB'nin 2007/36/EG sayılı Direktifinin değişikliğine ilişkin 2017/828 sayılı Direktifinde (*zur Änderung der RL 2017 /828 im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre* (ARUG II), hissedarların borsaya kote şirketleri etkileme ve şirketler hakkındaki bilgi düzeylerini geliştirme becerilerini güçlendirme amaç edinilmiş olup, sadakatli hissedarlardan söz edilmemektedir.

### **b. Fransız Hukukunda**

1933 tarihli bir yasada, esas sözleşmede öngörülmesi kaydıyla, Fransız hissedarlarla sınırlı olarak, “*fidélité personnelle*” (kişisel sadakatli) hissedarlara belirli koşullar altında *çifte oy* hakkı verilmişti. Bu düzenleme, AB (Avrupa Birliği) içinde vatandaşlık temelinde ayrımcılık olasılığı nedeniyle 1966 yılında Code de Commerce'in revizyonunda kaldırılmasına rağmen, esas sözleşmelerde bu hak hâlâ “AB – Hissedarları (*EU-Aktionäre*)” şeklinde yer almaktadır<sup>61</sup>.

Fransız Şirketler Hukukunda, sadakatli oy hakları, aşağıdaki koşullar altında pay sahiplerine tanınabilir:

1996 tarihli *Code Commerce*'e göre, sadakatli oy haklarının geçerli olabilmesi için, ilgili şirketin esas sözleşmesinde bir düzenleme olması gerekir. Ancak, borsaya kote şirketler için Nisan 2014'ten beri *Florange Yasası (Loi Frolange)*<sup>62</sup> nedeniyle, sadakatli oy hakları yasal olarak mevcuttur. İlgili hüküm şöyledir:

[“„Dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, les droits de vote double prévus au premier alinéa sont de droit, sauf clause contraire des statuts adoptée postérieurement à la promulgation de la loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle [...]”

“Hisse senetleri düzenli bir piyasada işlem gören şirketlerde, ilk fıkrada öngörülen çifte oy hakkı, reel ekonomiyi eski haline getirmeyi hedefleyen 29 Mart 2014 tarih ve 2014-384 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra kabul edilen esas sözleşmede yer alan hüküm hariç olmak üzere geçerlidir”.

58 Bkz. Grünbuch, 18 ve Daeniker, **Loyalitätsaktien**, s. 159.

59 Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament und den Rat über die langfristige Finanzierung der europäischen Wirtschaft, COM (2014), s. 168

60 Daeniker, **Loyalitätsaktien**, s. 160

61 Art. L 225-123 Abs. 3 Code de Commerce, Daeniker, **Loyalitätsaktien**, s.151, dn. 45.

62 Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle (29 Mart 2014 tarih ve 2014-384 sayılı Kanun, reel ekonominin geri kazanılmasını hedefliyordu). Daeniker, **Loyalitätsaktien**, s.151.

Bu düzenlemeye göre, çifte oy hakkı, esas sözleşmede öngörülmesi gerekmeksizin, borsaya kote şirketlerde otomatik olarak uygulanır. Bununla birlikte şirket, esas sözleşmede çift oy hakkına ilişkin imtiyazın hariç tutulduğunu belirleyebilir.

- Daha fazla oy hakkını içeren hisseler, pay defterine kaydedilmiş olmalıdır.
- Çift oy hakkının verildiği hisseler en az iki yıl süreyle elde tutulmuş olmalıdır.

Bu koşulları sağlayan uzun vadeli hissedarlar, çift oy hakkını elde etmiş olur. İç kaynaklardan sermaye artırımında bedelsiz pay çıkarılması halinde, kök paylara ilişkin çift oy hakkı, yeni oluşturulan paylarda da geçerli olur<sup>63</sup>.

Paysahibi fazla oy hakkını, pay defterinde artık kayıtlı olmaması veya payını devretmesi halinde kaybeder<sup>64</sup>.

Sadakatli temettü hakkının koşulları ve azami yüzde oranı şöyledir:

- Sadakatli oy haklarında olduğu gibi, sadakatli temettü hakkı için de öncelikle esas sözleşmede bir hükmün yer alması gerekir.
- Sadakatli hisseler, sadece pay defterine kaydedilmiş nama yazılı paylar için öngörülebilir.
- Hisseleri elde tutma süresi, hesap yılının kapanış tarihi esas alınmak üzere, iki yıldır. Temettü dağıtım zamanında, hissedarların pay defterinde kayıtlı olması gerekir<sup>65</sup>.
- Süper temettü, normal temettülere nazaran en fazla %10 tutarında olabilir.
- Borsaya kote şirketlerde sadakat temettüsü, –küçük hissedarla öncelikli olmak üzere – her bir hissedara esas sermayenin maksimum 0.5% oranında olabilir.

Süper temettü hakkı, paysahibinin pay defterinde kayıtlı olmaması veya payını devretmiş olması halinde kaybedilir<sup>66</sup>.

*Daniel Daeniker*, “sadakatli opsiyon hakları”nın Fransız *Code Commerce*’de yer almamakla birlikte, öğretide örnek olarak *Michelin* şirketinin 1991 yılında yeniden yapılanma çerçevesinde ihraç ettiği hisselerle ilgili kâr payı kesintisini içeren durumun gösterildiğini belirtmektedir. Buna göre, temettü kesintisine uğramak zorunda kalan hissedarlara o tarihte 1:10 oranında dört yıl süreyle kullanılabilir opsiyon hakkı tanındı. Hak sahipleri, o zamanki 115 Fransız Frankı (FRF) olan bir hisseyi dört yıl sonra 200 FRF satın alma fiyatı üzerinden kullanabilecekti. Buna ek olarak yönetim kurulu, hisselerini 1993 yılı sonuna kadar elinde tutan hissedarlara, elde tutulan her 10 hisse için bir hisse elde edeceklerine ilişkin ikinci bir seçenek hakkı vermişti. Bu sadakat opsiyonundan ancak, hisselerini yapılanma süreci boyunca elinde tutan hissedarlar yararlanacaklardı<sup>67</sup>. *Michelin*’ in daha sonraki hisse kur fiyatının gelişmesi göz önüne alındığında, bu proje hissedarlar için iyi bir ticaret

63 Art. L225-123 Abs. 2 Code de Commerce. Daniel Daeniker, *Loyalitätsaktien*, s. 152.

64 Art. L225-124 Abs. 1 Code de Commerce. Daeniker, *Loyalitätsaktien*, s.152.

65 Daeniker, *Loyalitätsaktien*, s.153.

66 Daeniker, *Loyalitätsaktien*, s.154.

67 Daniel Daeniker, *Loyalitätsaktien*, s.154-155.

olmuştu, zira 200 FRF olan kullanma fiyatı, kullanma periyodu sürecinin yarısında 200 FRF fiyatının üzerindeydi ve en uzun boğa piyasası olarak anılan hisselerin yükseliş kuru, sadakat periyodu sona erdiğinde neredeyse aynı zamanda gerçekleşmiş olmaktadır<sup>68</sup>.

### c. Hollanda Hukukunda

Hollanda Şirketler Hukukunda sadakat hisseleri yasal olarak düzenlenmemiştir, ancak münferit uygulamalarla geliştirilmiştir. Bunun en iyi örneği de, kimya konzerni olan *Koninklijke DSM N.V.* tarafından oluşturulan sadakat hisseleridir<sup>69</sup>. DSM Konzerni, 2007 yılında yaptığı esas sözleşme değişikliğinde, pay defterine kayıtlı olan hissedarların üç yıl sonra, geçen üç yılda aldıkları ortalama kâr payının %30'u oranında süper temettü alacakları öngörüldü. Buna göre, her yıl %10 oranında bir süper temettü ödemesi yapılacaktır. Ancak, bu düzenlemeye, Franklin Templeton yatırım fonlarının yatırım danışmanı, Franklin Mutual Advisers, kâr payında imtiyazın yalnızca ayrı bir pay kategorisi oluşturma çerçevesinde caiz olacağını ve ek olarak esas sözleşmenin bu yeni hükmünün de, hissedarlara objektif bir gerekçeye dayanmayan eşit işlem ilkesi uygulamasına yol açtığını ileri sürerek mahkemeye başvurdu<sup>70</sup>. Davacıların itirazına ilişkin ilk gerekçe, “esas sözleşmede aksi öngörülmemişse, tüm hissedarların haklarının itibari değere göre belirleneceği”ne ilişkin Hollanda Medeni Kanunu (*Burgerlijk Wetboek*= BW) m. 2: 92 (1) hükmüne<sup>71</sup> dayanmaktaydı. İkinci gerekçe olarak, BW m. 2: 92 (2) hükmündeki, halka açık bir şirketin, aynı konumda olan tüm hissedarlara eşit işlem yapması hükmüne dayanmaktaydı<sup>72</sup>.

Dava ve talep, ilk derece mahkemesi (*Amsterdam Appellationsgericht*) tarafından kabul edildi. Mahkeme, BW m. 2: 92(1) hükmü uyarınca, hissedarların eşit olmayan malvarlığı haklarıyla ilgili durumda, ayrı bir pay kategorisi oluşturulmasının zorunlu olduğuna karar vermiştir. İtiraz üzerine ülkenin en yüksek Mahkemesi olan Hollanda Yüksek Konseyi (*Der Hohe Rat der Nederland*), ilk derece mahkemesinin söz konusu kanun maddesini çok dar yorumladığını ve BW m. 2:92 (1) hükmünde, yeni bir özel kategori pay oluşturulması değil, sadece *esas sözleşmelerde* münferit hissedarlar için olası bir imtiyazın yer almasının gerekli olduğunu belirtti ve DSM Konzernin de tam olarak bunu yapmıştır, şeklinde değerlendirmede bulunmuştur. Bu nedenle, imtiyazlı pay oluşturmaksızın, sadakat temettüsü verilmesine ilişkin esas sözleşme hükmü geçerlidir<sup>73</sup>. Yüksek Mahkeme, usul hukukuna ilişkin nedenlerden dolayı, davacıların ileri sürdüğü, hissedarlara eşitlik ilkesine aykırı işlem yapıldığı iddiasını ele almamıştır<sup>74</sup>.

68 Daniel Daeniker, *Loyalitätsaktien*, s.154.

69 Daniel Daeniker, *Loyalitätsaktien*, s. 156 vd.

70 Bkz. Daeniker, *Loyalitätsaktien*, s.156 vd. ve dn. 55’de anılan literatür.

71 (“*Voor zover bij de statuten niet anders is bepaald, zijn aan alle aandelen in verhouding tot hun bedrag gelijke rechten en verplichtingen verbonden*”). “Esas sözleşmede aksi belirtilmemişse, tüm hissedarlar itibari değere göre aynı hak ve yükümlülüklerle tabidir). Daeniker, *Loyalitätsaktien*, s. 156, dn. 56’tan naklen.

72 (“*De naamloze vennootschap moet de aandeelhouders onderscheidenlijk certificaathouders die zich in gelijke omstandigheden bevinden, op dezelfde wijze behandelen*”) “Halka açık şirketlerin, aynı konumda bulunan pay veya ilmhühaber sahiplerine aynı şekilde işlem yapması gerekir”. Daniel Daeniker, *Loyalitätsaktien*, s. 157, dn. 57’den naklen).

73 Daeniker, *Loyalitätsaktien*, s.157.

74 Daeniker, *Loyalitätsaktien*, s.157

Ancak, DSM Konzerni kendi isteğiyle sadakat hissesi programını uygulamaktan vazgeçtiğine ilişkin karar verdiğinden, mesele nihai olarak kapanmış olmamakla birlikte, sadakat hisselerini uygulamasına ilişkin hukuki yolun açıldığı söylenebilir.

#### d. İsviçre Hukukunda

“Büyük Anonim Şirketler Hukuku Revizyonu” çerçevesinde İsviçre Ulusal Meclisi (*Nationalrat*) ile Kantonlar Meclisi (*Ständerat*) arasında 2014 yılından beri devam eden görüş ayrılığında gelinen son noktada, Meclis çalışmalarıyla ilgili 2019 kış yasama döneminde Ulusal Meclis, hukuk komisyonunun tavsiyesi doğrultusunda “sadakatli hisseler”in Tasarının 661a maddesinde yer almasını kararlaştırmıştı<sup>75</sup>. 2020 yılı ilkbahar yasama döneminde ise *Ständerat*, baştan beri benimsediği karşı görüşünde ısrar etti<sup>76</sup> ve böylece sadakatli hisselerle ilişkin düzenlemeler 2020 tarihli E-OR’dan (Borçlar Hukuku Tasarısı) çıkarıldı. Tasarı, 19.6.2020’de parlamentoda kabul edilerek yasalaştı<sup>77</sup>. Ancak öğretilerde, konuya ilişkin tartışmaların sona ermediği ve öyle veya böyle, sadakatli hisseler sorununun İsviçre siyaseti ve hukukunu meşgul etmeye devam edeceği belirtilmektedir<sup>78</sup>.

Sadakatli hisselerle ilgili Tasarıda yer alan düzenlemeler esas itibarıyla şöyleydi: *Esas sözleşmede, en az iki yıl pay defterine oy hakkına sahip olarak kaydedilmiş olan hisselerin sahiplerine %20’ye kadar daha fazla kâr payı verilebileceği öngörülebilir. Böyle bir hükmün esas sözleşmeye konulabilmesi için, İsvBK m. 704/1 uyarınca temsil edilen oyların en az üçte ikisinin ve oy hakkı bulunan esas sermayenin tamamının salt çoğunluğunun bir arada bulunan bir genel kurul kararı gerektirir*<sup>79</sup>.

Ayrıca esas sözleşmede, pay defterine en az iki yıl süreyle kaydedilmiş olan hisse sahiplerinin, olağan sermaye artırımını çerçevesinde ihraç edilen yeni paylara ilişkin daha yüksek oranda rüçhan hakkına sahip olabileceği öngörülebilir<sup>80</sup>. Bunun için mevcut paysahiplerinin pay sermayesine katılma kapmasında sahip oldukları rüçhan hakkının genel kurul kararıyla kaldırılması gerekir<sup>81</sup>. Mevcut rüçhan haklarının sınırlandırılması, kaldırılması veya yeni rüçhan hakkının tanınması, İsvBK m. 704/1’de öngörülen nitelikli bir genel kurul kararıyla gerçekleşir. Bu, olağan sermaye artırımına yapılan atıf nedeniyle, şartlı sermaye artırımında opsiyon hakkı sahiplerinin yeni pay alma hakkının kullanılmasında da uygulanabilir<sup>82</sup>.

75 AB 2019 N 2385 ff. Burckhardt, **Loyalitätsaktien**, s.378.

76 Burckhardt, **Loyalitätsaktien**, s.378. AB 2020.

77 Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 19. Juni 2020 (Aktienrecht), in Kraft seit 1. Jan. 2021 (AS 2020 4005; BBl 2017 399). Ancak, yürürlük tarihi üç kısma ayrıldı; örneğin, işletme konusu madencilik, ham petrol, doğal gaz gibi işlerle ilgili olan hammadde şirketlerinde şeffaflığa ilişkin İsvBK m. 964a-964f ile halka açık şirketlerin yönetim kurullarında her cinsiyetin %30 ve icracı yönetici organlarında %20 oranında temsiline ilişkin İsvBK m. 734a-734e hükümleri bağlayıcı olmamak üzere 1.1.2021’de; aynı maddelerin bağlayıcı şekilde yürürlüğe girmesi ise 1.1.2025’de, diğer bazı hükümler ise aynı şekilde 1.1.2025 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği kararlaştırılmıştır.

78 Burckhardt, **Loyalitätsaktien**, s.378.

79 E-OR 2019. E-OR 2019, Art. 704 Abs. 1 Ziff. 8 bis

80 E-OR 2019, Art. 652b<sup>bis</sup>. Tüm paysahiplerine veya pay iktisap edenlere karşı esas sözleşme temelinde şeffaflık önemlidir.

81 Sadakatli hissedarların yeni çıkarılan esas sermaye paylarına ilişkin rüçhan hakkı %20’ye kadar olabilir. E-OR 2019 Art. 652b<sup>bis</sup> Abs.

82 Art. 652b<sup>bis</sup> Art. 653c Abs. 1 hükmü bağlantısıyla, in fine E-OR 2019. Burckhardt, **Loyalitätsaktien**, s.379, dn. 67.

Son olarak, sermaye artırımında pay defterine en az iki yıl süreyle kaydedilmiş yeni çıkarılan payların sahiplerine veya şartlı sermaye artırımında çıkarılan opsiyonlu borç senet sahiplerinin alım hakkını kullanması durumunda, %20'ye kadar daha düşük bir ihraç primi ödeme yapma hakkı tanınabileceği öngörülmekteydi<sup>83</sup>.

Önemli bir husus, İsviçre Ulusal Meclisi'nde kabul edilen düzenlemede, uzun vadeli hissedar katılımları sadakatli temettü, rüçhan hakkı ve önerilmeye muhatap olma haklarıyla teşvik etmekte, buna karşın Fransız hukukunda olduğu gibi, daha fazla oy hakkı bahşeden sadakatli oy hakkı verilmemektedir<sup>84</sup>.

## IV. YÖNETİM KURULUNDA KADIN KOTASI UYGULAMASI

### A. Türk Hukukunda

Türk Ticaret Kanununda anonim şirketlerin yönetim kurullarında “zorunlu” kadın kotası yer almamaktadır. Buna karşın, SPKr 2012 yılında yayımladığı Kurumsal Yönetim İlkeleri Tebliğinde, borsaya kote anonim şirketlerin yönetim kurullarında en az bir kadın üye bulundurma ilkesine yer verdi. 2014'de yayımlanmış olan (II-17.1) sayılı Kurumsal Yönetim İlkeleri Tebliğin EK-1 m. 4.3.9'a göre:

“Şirket, yönetim kurulunda kadın üye *oranı için % 25'ten az olmamak* kaydıyla bir hedef oran ve hedef zaman belirler ve bu hedeflere ulaşmak için politika oluşturur. Yönetim kurulu bu hedeflere ulaşma hususunda sağlanan ilerlemeyi yıllık olarak değerlendirir”.

Kadın kotasına ilişkin bu ilke zorunlu olmayıp tavsiye niteliğindedir<sup>85</sup>.

### B. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda yönetim kurulunda “cinsiyet eşitliği” ilkesinin uygulanması birçok Avrupa ülkesinde yasal düzenlemelerle hayata geçmeye başlamıştır. İsviçre “Anonim Şirketler Hukuku Büyük Revizyonu” kapsamında yönetim kurulunda kadın kotası (*Frauenquote*) üzerinde 10 yıla yakın devam etmekte olan tartışmaların henüz tam olarak sonuçlandığını söylemek pek de mümkün değildir. Cinsiyet eşitliği, 2014 tarihli Anonim Şirketler Revizyonuna ilişkin olarak en son 2020 tarihli Tasarıda, halka açık şirketlerin yönetim kurullarında her cinsiyetin %30; icra kademesinde ise %20'şer oranda temsil edilmesi hükümleri (Art.734f) 19.6.2020'de yasalaşmıştır<sup>86</sup>. Ancak, bu hükümler bağlayıcı değil, sadece tavsiye niteliğinde olup, bağlayıcı şekilde uygulanması ise %30'luk

83 Art. 652b Abs. 5 i.V.m. Art. 653c Abs. 1 in fine E-OR 2019. Burckhardt, *Loyalitätsaktien*, s. 379, *dn.* 68.

84 Burckhardt, *Loyalitätsaktien*, s.379

85 Bu konuda ayrıntılı bir araştırma için bkz. K. Şahin/B. Eser/T. Kaplan/G. Özdünder, *Yönetim Kurullarında Kadın Yönetici Temsili: Türkiye'de Yönetim Kurulları Yapısının Cinsiyet Bağlamında İncelenmesi*, Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi, Cilt 14, Sayı 4, 2018, s. 1147 vd.

86 Eingefügt durch Ziff. I des BG vom 19. Juni 2020 (Aktienrecht), in Kraft seit 1. Jan. 2021 (AS 2020 4005; BBl 2017 399).

kısım beş yıl, %20'lik kısmının ise 10 yıl sonra yürürlüğe gireceği kararlaştırılmıştır. Dolayısıyla, söz konusu cinsiyetlerin temsili hükümlerine uyulmamanın bir yaptırımı yoktur<sup>87</sup>. Öte yandan, Anonim şirketlere ilişkin revizyon çalışmalarında yararlanılmak üzere İsviçre Adalet Bakanlığı, “*İsviçre Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Enstitüsü*” nü Avrupa ülkelerinde anonim şirketlerin yönetim ve gözetim kurullarındaki “kadın kotası” hakkında bir rapor hazırlamakla görevlendirdi. Enstitünün 9 Ocak 2017 tarihli raporuna göre, Belçika, Fransa, Almanya, İtalya, Hollanda, Norveç ve Avusturya’da kanunlarında %20 ile %50 arasında değişen zorunlu kadın kotası öngörülmektedir<sup>88</sup>. Kadın kotası uygulaması genel olarak borsaya kote büyük anonim şirketlerin monist veya dualist yönetim sistemlerine göre, yönetim ve gözetim kurulları veya icra organları için öngörülmekte ve Norveç, Finlandiya, İtalya, Fransa, Belçika gibi ülkelerde kamuya ait veya kamu otoritesi kontrolündeki şirketlerde de kadın kotası düzenlemeleri yer almaktadır<sup>89</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere, 2019 tarihli İsvBK’daki anonim şirketlere ilişkin Tasarı, 19.6.2020’de Ulusal Mecliste kabul edilerek kanunlaşmıştır<sup>90</sup>. Yeni düzenlemede yönetim kurulunda cinsiyet kotasına yer verilmiştir. Nitekim İsvBK m. 734f’ye göre, yönetim kurulunda her cinsiyet en az %30 oranında temsil edilmediği takdirde, 727. maddenin 1. fıkrası N. 2’de yer alan eşikleri aşan şirketler;

1. Cinsiyetlerin öngörüldüğü gibi temsil edilmediğinin sebeplerini,
2. Daha az güçlü temsil edilenleri teşvik edecek önlemleri, ücret raporunda (*Vergütungsbericht*) açıklamaları gerekmektedir.

Yeni İsvBK m.734f hükmünde, anonim şirket yönetim kurullarındaki cinsiyet kotasına ilişkin İsvBK m. 727/1, N. 2’de iki eşik öngörülmektedir: *Birinci* şirketin borsaya kote olması ve merkezlerinin İsviçre’de bulunması; *ikinci* eşik ise ekonomik nitelikte olup, 20 milyon CHF toplam bilanço tutarı 40 milyon CHF satış geliri ile 250 tam zamanlı çalışanın, art arda iki hesap döneminde aşılması gerekmektedir. Öğretide, öncelikle Tasarının 734f maddesinde öngörülen cinsiyet politikasıyla ilgili hükmün atıf bir “uygula ya da açıkla” (*Comply or explain*) normu olduğu ve bu şekildeki bir normun da uygulama etkisinin olmaması nedeniyle, şirketlerin gerçekte bu kriterleri karşılayıp karşılamamakta tamamen serbest olacağı belirtilmektedir. Ayrıca, şirketlerin, İsvBK m. 727/1. N. 2’deki 20 milyon CHF toplam bilanço tutarı ve 40 milyon CHF satış gelirinin cinsiyet kotası ve bunun ücret raporunda açıklanmasıyla ne ilgisinin olduğunun da anlaşılmasının güç olduğu belirtilerek, söz konusu düzenlemeye haklı eleştiriler yöneltilmektedir<sup>91</sup>.

87 Peter Forstmoser/ Marcel Küchler, **Schweizer Aktienrecht 2020. Zum Stand der schweizerischen Aktienrechtsreform**, Expert Fokus/2016 1-2, s. 86 vd (94) (<https://www.forstmoser.ch/wp-content/publications/articles/2016-2020.pdf>. Erişim. 23.3.2021)

88 *Gutachten zu Geschlechterquoten im Aktienrecht* von Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, Abstract, s. 1, ayrıntılı bilgi için s. 8-18.

89 *Gutachten zu Geschlechterquoten im Aktienrecht* von Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, s.1 ve s. 8-17.

90 Bkz. Forstmoser/Küchler, **Schweizerisches Gesellschaftsrecht Mit neuem Firmen – und künftigen Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform** Update zur 12. Auflage 2018 – Stand Ende September 2020, Vorwort. (<https://www.forstmoser.ch/wp-content/publications/misc/updategesr12.pdf>. Erişim. 20.3.2021). YK’da her cinsiyetin %30 oranında temsil edilmesi hükmü beş yıl, kadın kotası ise 10 yıl sonra tam olarak yürürlüğe girecektir.

91 Matthias P. A Müller/ Lucas Forrer, **Geschlechterrichtwerte im Entwurf für ein neues Aktienrecht**, AJP 2019, s. 1015.



### C. Alman Hukukunda

Avrupa Parlamentosunun “cinsiyet kotası” (*Geschlechterquoten*) ile ilgili (2013/34/EU ve 2014/95/EU) iki Direktifi üzerine, 24 Nisan 2015’te Alman Anonim Şirketler Kanunu’nda (AktG) yönetici kurulunun (*Vorstand*) düzenlendiği AktG § 76 hükmüne 4. fıkra eklendi ve kadın ve erkeklerin şirketlerin yönetici kademesinde %30’ar oranda eşit temsil edilmesi kabul edildi. 1.1.2016’dan itibaren yürürlüğe girmiş olan AktG § 76 hükmüne 4. fıkra hükmüne göre;

“Borsaya kote şirketler veya Yönetime Katılma Kanunlarına tabi olan şirketlerde yönetici kurul, altındaki her iki yönetim kademesinde yer alan kadın katılımların oranı için hedef oranlarını belirler. Belirlenen hedef oranlar %30’un altında ise, bu oranlar her halde ulaşılan yüzdenin altına düşmez. Aynı zamanda hedef değerlere ulaşabilmek için zaman belirlenir. Ancak bu süre hiçbir şekilde beş yıldan uzun olmaz”.

Aynı şekilde, gözetim kurulunun (*Aufsichtsrat*) düzenlendiği AktG § 96/2 de de özetle, çeşitli Yönetim Katılma Kanunlarına tabi borsaya kote şirketlerin ve çalışan temsilcilerinin yönetimde eşit söz hakkı olduğu gözetim kurulu, %30 kadınlardan ve %30 erkeklerden eşit olarak oluşur. Aynı kural, Avrupa Anonim Şirketi (SE) için de geçerlidir. Bu kotalara aykırı yapılan gözetim kurulu üyelikleri seçimi geçersizdir. Öngörülen kotadan az temsil edilen (kadın ve erkeklere ilişkin) cinsiyet koltukları boş kalır. Bu durum öğretilde, “boş koltuk prensibi” (*Prinzip des “leeren Stuhls”*) olarak tanımlanmaktadır<sup>92</sup>.

Hemen belirtelim, AktG’de öngörülen kadın kotası düzenlemeleri zorunlu değil, tavsiye niteliğindedir. Alman Federal Hükümeti bu kuralların zorunlu olarak uygulanmasına ilişkin koalisyon ortağı ile uzlaşma sağlandığını belirtmiştir. Buna göre, borsaya kote şirketler ile kamu kurumu işletmelerin gözetim ve yönetim organlarında üçten fazla üyenin olduğu gözetim kurullarında en az birinin kadın olmasına ilişkin Hükümet Tasarısı, “*Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung und Änderung der Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst*” 6.1.2021’de parlamentoya sunulmuş ve böylece yasalaşma süreci başlamış oldu<sup>93</sup>. Buna göre, özel hukuka tabi borsaya kote şirketlerin gözetim organlarında ve aynı zamanda çalışan temsilcilerinin yönetimde eşit söz ve oy hakkı olduğu işletmelerde sabit (fiks) bir kadın kotası belirlenmiş olup, ayrıca borsaya kote ve çeşitli yönetime katılma kanunlarına<sup>94</sup> tabi şirketlerin her iki gözetim ve yönetim organları için esnek kota uygulanacağı öngörülmüştür. Nihai olarak kadınların ve erkeklerin şirketlerin tepe yönetimine eşit katılımlarının 31.12.2025 tarihine kadar gerçekleştirilmesi kabul edilmiştir<sup>95</sup>.

92 Hartmut Oetker, in: **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 17. Auflage, München 2017, § 96 AktG Rn. 7 (Gutachten zu Geschlechterquoten im Aktienrecht, s. 9’dan naklen)

93 Alman anonim şirketler hukukunda gözetim kurulu (*Aufsichtsrat*) hem pay sahiplerin temsilcilerinden (*Anteilseignervertreter*) hem de çalışanların temsilcilerinden (*Arbeitnehmervertreter*) oluşmaktadır (AktG § 100/3, 101 vd.)

94 Alman hukukunda 5 adet Yönetime Katılma Kanunu (*Mitbestimmungsgesetz*) bulunmaktadır Bunlar: (1). Montan-Mitbestimmungsgesetz von 1951, (2). Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952, (3). Betriebsverfassungsgesetz vom 15. Januar 1972, (4). Mitbestimmungsgesetz vom 4. Mai 1976 ve (5). Drittelbeteiligungsgesetz vom 18. Mai 2004.

95 Tasarı Art. 2, 3 §1b.

## V. ÇOK ULUSLU ŞİRKETLERİN MERKEZ YÖNETİM ORGANININ BAĞLI VEYA YAVRU ŞİRKETLERİN İNSAN HAKLARI ÇEVRE STANDARTLARININ İHLALLERİNDEN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN OLUP OLMADIĞI SORUNU

### A. Türk hukukunda

Türk hukukunda küresel faaliyette bulunan şirketlerin ana şirketinin yavru veya bağlı şirketlerinin yurt dışı faaliyetlerinde insan hakları ve çevrenin korunmasını ihlal eden iş ve eylemleriyle ilgili merkezi yönetim organının özen yükümünü düzenleyen genel ve özel nitelikte bir hüküm yer almamaktadır.

Ayrıca, uzun vadeli ve sürdürülebilir şirket politikası ve uluslararası genel kabul gören insan hakları ve çevre standartlarının korunmasıyla ilgili mevcut Türk ticaret mevzuatında da özel bir hüküm olmamakla birlikte, yönetim kurulunun *Compliance* (uyum) sorumluluğu olarak anılan TTK m. 375/1-e bendi hükmünün, dolaylı olarak uygulanabileceği düşünülebilir. Bu maddede, yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri arasında; *yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi*<sup>96</sup> yer almaktadır<sup>96</sup>. Önemle belirtelim ki, uyulması gereken düzenlemeler veya talimatlar, sadece milli hukukla sınırlı değil, aksine özellikle küresel düzeyde faaliyette bulunan büyük şirketlerin, faaliyette buldukları ülkenin ve ayrıca uluslararası geçerliliğe sahip anlaşmalar<sup>97</sup> ve insan hakları ve çevrenin korunması gibi genel kabul gören standartlar da bu kapsama dâhildir olup, bunlara uygun hareket etmelerini kapsar. Şirketin faaliyeti nedeniyle zarara uğrayanların açacağı tazminat davaları doğrudan şirketin tüzel kişiliğine karşı açılır. Çünkü yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli kişilerin *kanuna, esas sözleşmeye ve diğer ilgili düzenlemelere aykırı işlem ve eylemleri haksız fiil* teşkil eder ve TTK m. 371/5, OR Art. 722 uyarınca, *temsile veya yönetimle görevli olanların, görevlerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiillerden de şirket sorumludur*. Ancak şirket, daha sonra kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri nedeniyle yönetim kurulu üyeleri ve yöneticilere rücu edebilir (TTK m. 553/1, 557/1, 369/1; OR Art. 754/1, 2; 757; 717/1).

Ancak, Türk hukukunda şirketler topluluğuyla ilgili olarak TTK m. 203'de, *“bir ticaret şirketi bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahipse, hâkim şirketin yönetim kurulu, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla... bağlı şirketin yönlendirmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebileceği ve bağlı şirketin organlarının da talimata uymak zorunda”* olduğuna göre, ana şirket, şirket politikası hakkında – nerede faaliyette

96 Bu konuda bkz. H. Pulaşlı, **Compliance Kavramı ve Yönetim Organının Compliance Sorumluluğu**, Batider, C.XXXV, Sa.2, s. 27-59 (34). Bu hükümde, öncelikle yönetim kurulunun temsil yetkisinin bir veya birkaç YK üyesine ya da üçüncü bir kişiye devredilmesi halinde yönetim kurulunun, *cura in custodiendo* (denetimde özen yükümü) çerçevesinde bu kişileri denetleme yükümü söz konusudur. İkinci olarak üst gözetim, bir yandan TTK'da yasalara uygun hareket etmeye ilişkin normatif düzenlemeleri (halka açık şirketlerde içerdikleri öğrenilen cezai hükümlerine ilişkin yükümlülükler), diğer yandan da esas sözleşme, iç yönerge ve talimatlara uyulması hususunda gözetimi kapsamaktadır. Bkz. Watter/Roth Pellanda, **Basler Kommentar**, 4. Aufl. Basel 2012, Art. 716a, N. 24.

97 Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, **Anonim Şirketler Hukuku**, C. I, Ankara 2013, s. 562, Pulaşlı, **Anonim Şirketlerde Temsil Şekli, Özel Temsil Halleri ve Temsil Yetkisinin Murahhaslara Devri**, Batider, C.XXXV, Sa .2, s. 5-39 (32-33).

bulunursa bulunsun – yavru şirket yönetimine talimat vermek hakkını haizdir. Dolayısıyla, uluslararası genel kabul gören insan hakları ve çevre standartlarına mutlak olarak uygun hareket edilmesi talimatını vermesi gerekir. Bunun ihmal edilmesi halinde sorumlu olacağı söylenebilir<sup>98</sup>.

## B. İsviçre Öğretisinde

İsviçre’de, Alman ve Türk hukukundaki gibi, konzern hukukunun pozitif olarak düzenlendiği açık bir yasal düzenleme mevcut olmayıp, sadece Borçlar Kanununda, 1993’de yürürlüğe giren konzern finansal tablolara (*Konzernrechnung*) ilişkin m. 963, 963a ve 963b hükümleri yer almaktadır. Ayrıca, 1.1.2021’de kanunlaşmış, yürürlüğe giren 2019 tarihli Anonim Şirketler Revizyonuna ilişkin Tasarısında da bir değişiklik öngörülmemiş olduğundan, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümü ve buna ilişkin hukuki sorumluluğu İsvBK m.716a hükmüne göre tespit edilmektedir.

Öğretide bu konuda iki önemli görüş yer almaktadır. Bunlardan ilki *Forstmoser* tarafından temsil edilmektedir. Yazar, küresel faaliyette bulunan büyük şirketlerin kamuya yaptığı ve özünde PR (halkla ilişkiler) ve pazarlama amaçlı olan bu açıklamaların aynı değerde yıllık finansal raporlarda da yer aldığını ve bu raporların – finansal raporlamaya benzer şekilde– denetçiler veya bağımsız kurumlar tarafından incelenmesinin ciddi olarak düşünülebileceğini<sup>99</sup> ve bu açıklamaların kavramsal olarak, bir yandan yalnızca pay sahiplerinin çıkarlarına odaklandığını, diğer yandan da kişisel ve ortak çıkarların dengeli bir şekilde dikkate alınarak iki taraflı bir çarpışmanın söz konusu olduğunu belirtmekte ve devamla, gerçekte pratik uygulama açısından sadece çok istisnai bir farkın olduğunu ve hisse senedi yatırımcılarının (*Shareholder*) menfaatleri ile diğer menfaat sahiplerinin (*Stakeholder*) çıkarları arasında da zor durumlarda bir çatlağın ortaya çıkabileceğini ifade etmekte ve kural olarak, değer dağıtımına değil, değer artırmaya odaklı – iki hedefin birlikte el ele gittiği sürece *paydaşlar için değer yaratılabilmenin* başarılı olabileceğini belirtmektedir.<sup>100</sup> Yazar, konuyu spesifik olarak incelediği “*Schutz der Menschenrechte – ein Pflicht für Multinationale Unternehmer?*” (İnsan Hakları – Çok Uluslu Şirketler İçin Bir Yükümlülük müdür?) başlıklı makalesinde ise, ana şirket yavru şirket arasındaki (hukuki sorumluluk) ayrımı ilkesi bakımından sorunun İsviçre hukuku açısından açık olduğunu, zira ana şirket ve yavru şirketin ekonomik açıdan bir bütünlük oluştursalar da, hukuken bağımsız kurumlar olduğunu; bir yavru şirketin –ister sözleşme isterse haksız fiil – davranışlarından olsun, münhasıran tüzel kişi olarak kendisi ve –geçerli ulusal hukuka göre – organ üyelerinin sorumlu olduğunu ve anonim şirketler hukukunda ana şirketler için geçerli olan prensibe göre, pay sahipleri ve – ana şirket veya yavru şirketin tek veya hâkim pay sahibi de dâhil – ana şirketin, yavru şirketlerin yükümlülüklerinden kişisel olarak sorumlu olmadığını; *Nestlé* şirketinin Kolombiyalı yavru şirketinin ve kendi çevresinde – ve eski çalışanları

98 Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Pulaşlı, **Compliance**, Batider, Batider, C.XXXV, Sa.2, s. 51 vd.

99 Forstmoser, **Corporate Social Responsibility**, s. 159. Yazar, Haziran 2014 tarihli Global Raporlama İnisyatifinin (Global Reporting Initiative “GRI) standartlaştırılan ve karşılaştırılan bir raporunda, İsviçre şirketlerinin % 90’ının sürdürülebilirlik raporlarında (*Nachhaltigkeitsberichten*) GRI standartlarının dikkate aldığını belirtmektedir (s. 159, dn. 8).

100 Forstmoser, **Schutz der Menschenrechte –eine Pflicht für multinationale Unternehmen?** In: Liber amicorum für Andreas Donatsch Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Bern 2012, s. 704 ff. s. 719.

da dâhil olmak üzere – koruma ve sağlama yükümünü göz ardı etmesi halinde, bunun hukuki sonuçlarından doğrudan yavru şirketin ve gerektiğinde onun organının sorumlu olduğunu; bunun, ekonomik bütünlüğe bağlı olarak konzern konseptine karşılık gelmekle birlikte, (şekli) hukuki olarak tüzel kişiliğe ve aynı zamanda şubeleri ve çok uluslu şirketin organizasyonu ile bağımsız yavru şirketlerin bulunduğu bir organizasyonda sermaye karşıtlığına da uygun düşeceğini ileri sürmektedir<sup>101</sup>.

*Böckli/Bühler ise*, “sınır tanımayan hukuk” organizasyonu çerçevesinde İsviçreli kadın dernekleri, sendikalar, kilise temsilcileri ve bazı pay sahipleri dernekleri gibi sivil toplum kuruluşlarından oluşan kısaca “konzern sorumluluk inisiyatifi” (*«Konzernverantwortungsinitiative»*) olarak anılan organizasyonun, İsviçre Anayasasının 101a maddesinin 2. fıkrası olarak eklenmesini önerdiği düzenlemenin, “*İsviçre şirketlerinin dünyanın her hangi bir yerinde gerçekleşen ve insan haklarına ve çevreye aykırılıkla bağlantılı olabilecek her olayı İsviçre de dava edilmesine imkân tanınması*” şeklinde olduğunu,<sup>102</sup> ve bu durumda tazminat davalarının, artık zararın sadece meydana geldiği ülkede değil, başka ülkedeki bir mahkemede açılacağı belirtmektedir. Ancak, merkezi İsviçre bulunan bir küresel faaliyette bulunan bir şirketin başka bir ülkede faaliyette bulunan yavru/bağlı şirketinin insan hakları ve çevre standartlarının ihlali nedeniyle meydana gelen zararlar için İsviçre’deki bir mahkemede dava açabilmesi halinde, aşılması zor dava prosedürü ve pratik engellerle karşılaşabileceği, ayrıca sınır ötesi süreçte de kanıt toplamanın zorluğu bir yana, bir İsviçre mahkemesinin başka bir ülkede resmi işlemler yapması yasaklandığından, herhangi bir kanıt toplama eylemine de izin verilmeyeceğini yerinde olarak ifade etmektedirler. Aynı şekilde, bir İsviçre mahkemesinin başka bir ülkenin kamu kurumlarına emredici nitelikte direktif vermesi de mümkün olmadığını, çünkü o ülkenin egemenlik hakkıyla bağdaşmayacağını<sup>103</sup> ve konzern sorumluluk inisiyatifinin İsviçre’de yürüttüğü “sınır tanımayan hukuk” (*Recht ohne Grenzen*) kampanyasının, hem günümüzün sıkı dokunmuş uluslararası standartlarının büyük önemini hem de İsviçre’de yürürlükte olan konzernlerin tepe yönetiminin mevcut sorumluluğuna ilişkin hukuki kuralların uygulanmasını hafife aldığı, ayrıca “sınır tanımayan hukuk” kampanyasının çok ileri düzeyde ek yükümlülükler getirdiğini ve bunun da İsviçreli konzernlerin ana şirketlerini yeni bir tür hukuki sorumluluk sorunları ve hukuk güvenliği riskine maruz bırakacağını; her şeyden önce ana şirketin tüm bağlı şirketleri için genel doğrudan bir sorumluluk getirilmesi ve insan hakları ve çevre standartları alanına ilişkin kural ihlalleriyle ilgili sorumluluğunun, yabancı grup şirketlerine hizmet veren üçüncü şirketler vasıtasıyla genişletilmesinin son derece ileri gittiğini, sonuçta, esasen *sorunun odak noktasının, zayıf devletlerin yurt dışında uygulayamadıklarının genel garantörü olarak içerdeki*

101 Forstmoser, **Corporate Social Responsibility**, s. 160.

102 Federal Meclis’in (*Nationalrat*), 1.4.2015 tarihli bağlayıcı olmayan bir bildirim ile “sınır tanımayan hukuk” kampanyasına saygı duyulduğu yazılı açıklaması, kısa adı “Konzern sorumluluk inisiyatifi” (*«Konzernverantwortungsinitiative»*) olan halk inisiyatifi tarafından yetersiz bulundu ve İsviçre Federal Anayasasına 101a madde olarak eklenmesi talebiyle 120.000 resmi onaylı imza toplayarak 10 Ekim 2016’da parlamentoya başvuruda bulundu. Sürecin bir halk oylamasıyla sonuçlanacağı anlaşılmaktadır. Bkz. *Bühler*, *Zürcher Kommentar*, 3.Aufl. 2018, Art. 717, N. 16.

103 Peter Böckli/Cristian B. Bühler, **Konzernverantwortung ohne Grenzen**, *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII*, Bern 2017, s. 146 vd

*İsviçre şirketlerinin bunu tazmin etmelerini istendiğini ve bunun da kuşkusuz, İsviçre için ciddi bir lokasyon dezavantajına sebep olacağını ileri sürmektedirler*<sup>104</sup>.

## KAYNAKÇA

- Akbulut, Nazire **İsviçre’li Kadınların 170 Yıllık Mücadelesi**. (<https://www.evrensel.net/haber/425382/isvicreli-kadinlarin-170-yillik-mucadelesi>).
- Ansary, Tuğrul, **Anonim Şirketler Hukuku**, 6. Bası Ankara 1982.
- Belinfanti, Tamara C. **Shareholder Cultivation And New Governance**, Delaware Journal Of Corporate Law [Vol. 38), 2014, s. 790 ff.
- Biedermann, Dominique/Daeniker Daniel, **Pro & Contra: Soll die Generalversammlung Managerialäre genehmigen?** GesKR 2008, 142 ff.
- Böckli, Peter/ Bühler, Cristian B. **Konzernverantwortung ohne Grenzen**, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XII, Bern 2017, s. 146 vd.
- Burckhardt, Christoph, **Loyalitätsaktien im Rahmen der Aktienrechtsrevision**, Das Aktienrecht im Wandel Zum 50. Geburtstag von Hans-Ueli Vogt, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2020, s. 367-386.
- Coşkun Arslan, Mihriban/Kısacık Harun, **The corporate Sustainability Solution: Triple Bottom Line**, Muhasebe ve Finansman Dergisi Temmuz 2017 Özel Sayı, s. 18-34.
- von der Crone, Hans Caspar/ Mohasseb Keivan, **Stand der Aktienrechtsrevision Zehn Kernpunkte der ständerätlichen Debatte**, AJP/PJA 8/2019, s. 781-794
- Forrer, Lucas, **Geschlechterrichtwerte im Entwurf für ein neues Aktienrecht**. Eine Auslegeordnung, **AJP 2019, S. 1015-1031**.
- Forrer, Lucas, / Müller, Matthias P. A. **Geschlechterrichtwerte im Entwurf für ein neues Aktienrecht. Eine Auslegeordnung**, AJP 2019, S. 1015-1031
- Forstmoser, Peter, **Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung? Zum Auftrag börsennotierter Unternehmen** (<https://www.forstmoser.ch/wp-content/publications/articles/2005-gewinnmaximierung.pdf>).
- Forstmoser, P./Meier-Hayoz, A./Nobel, P. **Aktienrecht**, Bern 1996.
- Forstmoser, Peter, **Profit – Das Mass aller Dinge? Zur Aufgabe börsenkotierter Unternehmen**, in: Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Zürich 2006, s. 55 ff.
- Forstmoser, Peter, **Gewinnmaximierung oder soziale Verantwortung? Zum Auftrag börsennotierter Unternehmen**. In Summa: Dieter Simon zum 70. Geburtstag 2015, s. 207 ff.
- Forstmoser, Peter, **Schutz der Menschenrechte –eine Pflicht für multinationale Unternehmen?** In: Liber amicorum für Andreas Donatsch Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Bern 2012, s. 704 ff.
- Forstmoser, Peter, **Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?** in: Robert Waldburger et al. (Hrsg.), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, 157 ff.
- Forstmoser, Peter/Küchler, Marcel, **Schweizer Aktienrecht 2020. Zum Stand der schweizerischen Aktienrechtsreform**, Expert Fokus/2016 1-2, s. 86 vd (94). (<https://www.forstmoser.ch/wp-content/publications/articles/2016-2020.pdf>).
- Forstmoser/Küchler, **Schweizerisches Gesellschaftsrecht Mit neuem Firmen – und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform** Update zur 12. Auflage 2018

104 Böckli/Bühler, **Konzernverantwortung**, s. 165-166. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pulaşlı, **Kurumsal Sosyal Sorumluluk**, s. 31-33.

- Stand Ende September 2020, Vorwort. (<https://www.forstmoser.ch/wp-content/publications/misc/updategesr12.pdf>).
- Danaeker, Daniel, **Loyalitätsaktien – Postulat oder Rechtswirklichkeit?** Sonder – druck aus Europa Institut Zürich Band 160 Mergers & Acquisitions XVII Herausgeber: Rudolf Tschäni, Schultess Zürich 2015, s. 139-170 (<https://silo.tips/download/loyalittsaktien-postulat-oder-rechtswirklichkeit>).
- Gatley, Neill, Introducing creating shared value, (<https://www.british-assessment.co.uk/insights/spotlight-introducing-concept-creating-shared-value/>).
- Guhl, Theo, **Das schweizerische Obligationenrecht**, 9. Auflage, Zürich 2000.
- Kaçamak, Sibel, **Nancy'nin (Kurumsal Sosyal Sorumluluk (çeviri), 2. basım, İstanbul 2008.**
- Kırca/Şehirali Çelik/Manavgat, **Anonim Şirketler Hukuku C. 1**, Ankara 2013.
- Lambert, Claude, **Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft**, Diss. Zürich 1992.
- Meier-Hayoz.A./Forstmoser.P/Sethe R. **Schweizerisches Gesellschaftsrecht – Mit neuem Firmen und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform**, 12. A. Bern 2018.
- Oetker Hartmut, in: **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 17. Auflage, München 2017.
- Porter Michael E. And R. Kramer Mark, **Creating Shared Value**, Harvard Business Review (January –February, 2011, 89 (1–2) 62–77).
- Pulaşlı, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, 3. baskı Ankara 2018.
- Pulaşlı, Hasan, **Compliance Kavramı ve Yönetim Organının Compliance Sorumluluğu**, Batider 2019, C.XXXV, Sa. 2, s. 27 vd.
- Pulaşlı, Hasan, **Anonim Şirketlerde Temsil Şekli, Özel Temsil Halleri ve Temsil Yetkisinin Murahhaslara Devri**, Batider 2020, C.XXXV, Sa.2, s. 32-33.
- Pulaşlı, Hasan, **Kurumsal Sosyal Sorumluluk Bağlamında Uluslararası İnsan Hakları ve Çevre Standartlarının Çok Uluslu Şirketlerin Merkez Yönetim Organının Hukuki Sorumluluğuna Etkisi**, Batider 2020, C. XXXVI, S.4, s. 5-37.
- Solmaz Başak, **İşletmelerin Değişen Konumuyla Gelişen Kurumsal Sosyal Sorumluluk Bilinci Ve Turkcell'in Desteklediği “Çağdaş Türkiye'nin Çağdaş Kızları” Projesinin Genel Bir Değerlendirmesi**, Selçuk İletişim, DerPark, 2013-11-19, s. 116-125.
- Storck Michael/Schneider Uwe H. **Doppeltes Stimmrecht für langfristig investierte Aktionäre im französischen Recht – Ein Beitrag zur «Nachhaltigkeitsprämie»**, AG 2008, 700 ff.
- Şahin K./ Eser B./Kaplan. T/Özdündar G, **Yönetim Kurullarında Kadın Yönetici Temsili: Türkiye'de Yönetim Kurulları Yapısının Cinsiyet Bağlamında İncelenmesi**, Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi, Cilt 14, Sayı 4, 2018, s. 1147 vd.
- Şehirali Çelik F.H/ Kırca. İ/ Manavgat. Ç, **Anonim Şirketler Hukuku**, C.1. Ankara 2013.
- Tokgöz Nuray Önce/Saime, **Şirket Sürdürülebilirliği İçin Yeni Ölçümleme: Üçlü Performans**, Afyon Kocatepe Üniversitesi, İ.İ.B.F. Dergisi, (2009), V. 1, pp. 249 – 27.
- Walter Schlupe, **Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen?** SAG 1960/61, 137 ff.
- Watter Rolf, **Anchor Shareholders und Grossaktionäre: Ihr Einstieg, ihre vertragliche Einbindung und ihre Information**, in: M&A XII, Zürich 2010, 1 ff.
- Wolfhart F. Bürgi, in: **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/1: Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660–697), Zürich 1957.

# Hukuk Öğrencisinin Pratik Çalışma – ya da Sınav – Olayının Hukuki Çözüm Metoduna Hakim On İki Metodolojik Temel İlke

## Twelve Basic Principles of Legal Knowledge Applied By Law Students In Practical or Exam Studies

O. Gökhan Antalya \* 

### ÖZ

Hukuk fakültesi öğrencisinin, hukuk bilgisini, pratik çalışmalara ve sınav olaylarına uygulaması, hukuk metodolojisi temeline sahip olmasına ve bu temel bilgiyi uygulayabilmesine bağlıdır. Öğrenci önce olayı dikkatle dinlemeli veya okumalı, olguları objektif bir şekilde değerlendirmelidir, olaya tüm yönleriyle bir bütün halinde bakmalıdır. Öğrenci, maddi olayın olgularını tespit etmelidir, bu olguların hangi bilim dalına uygun düştüğünü belirlemelidir. Öğrenci çekişmeli olayları çekişmesiz olaylardan ayırmalıdır. Maddi olayda, hukukun konusu olabilecek olguları belirlemelidir. Maddi olaydaki kişilerin niteliklerini ortaya koymalı, olayın zamansal gelişim cetvelini çıkarmalıdır. Olayda verilen tüm kişileri ve ilişkileri düşünerek, kimin, kimden neyi talep edebileceğine ilişkin olasılıkları belirlemelidir. Öğrenci, yorum ilkelerine uygun olarak kanunu yorumlamalıdır. Hukuki çözüm alternatiflerini ve bunların gerekçelerini değerlendirerek, amaca en uygun çözümü seçmelidir. Bu çözümünü ayrıca denetlemelidir. Çözümünü açık ve yalın cümlelerle, dil bilgisine uygun şekilde yazmalıdır. Bu yazımda belirli bir düşünsel sıraya uymaya özen göstermelidir. Hukuk öğrencisinin, hukuk bilgisini, pratik çalışmalara ve sınav olaylarına uygulamasına ilişkin on iki temel ilke çalışmamızda detaylı bir biçimde ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Maddi Olayı Anlamak, Hukuku Anlamak, Hukukun Kaynakları, Hukukun Uygulanması, Yargı Kararının Gerekçelendirilmesi, Kanunun Yorumlanması, Kanunun Tamamlanması, Yargı Kararı, On İki Metodolojik İlke, Hukuk Metodolojisi, Pratik Çalışma ve Sınav Olayı

### ABSTRACT

A law student's use of legal knowledge in practical studies and cases in exam questions depends on grasping the basis of law methodology and implementing this fundamental knowledge to these conditions. The student should first listen or read the events carefully, evaluate the facts objectively, and look at the event from all aspects as a whole. The student should determine the facts of the event and determine these facts are more suitable for which discipline. The student should distinguish contentious events from non-contentious events and determine the facts that may be the subject of law in the event. It should reveal the qualifications of the persons in the event and draw up the temporal scale of the event. It should identify the possibilities of who can demand what from whom, considering all the persons and relationships given in the event. The student should interpret the law rules following the principles of interpretation. It should select the most appropriate solution for the purpose by evaluating the legal solution alternatives and their reasons. According to grammar, the solution should be written in clear and plain sentences, and a specific intellectual order should be followed. In this context, twelve basic principles of legal knowledge applied by law students in practical or exam studies will be discussed in detail in this article.

**Keywords:** Understanding the Fact, Understanding the Law, Sources of the Law, Practice of the Law, The Justification of the Judicial Decision, Interpretation of the Law, Completion of the Law, Judicial Decision, Twelve Methodological Principles, Methodology of Law, Practical Study and Exam Event

\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** O. Gökhan Antalya

**E-posta/E-mail:** gantalya@marmara.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 01.04.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 21.05.2021

## I. GİRİŞ

*Cicero*, bir hatip için, üç şeyin önemli olduğunu ortaya koymuştur:

Birincisi, doğru gerekçeyi bulma (gerekçelendirme);

İkincisi, keskin bir zihin;

Üçüncüsü, metoda uygun ilerleme ve çalışma. Bunlara bir de “yeteneği” ilave edebiliriz.

Her hukuk fakültesi öğrencisi – aynı *Dworkin*'in “herkül<sup>1</sup>”ü gibi – doğru metotla çalışarak zihnindeki hukuk normuna ilişkin doğru bilgiyi, pratik çalışma ya da sınav olayına uygulama ve bu uygulamayla vardığı hukuki sonucu gerekçelendirme yeteneğine sahip olmalıdır.

Hukuk öğrencisi için metodoloji, özetle:

1. Kanunu bulma;
2. Kanunu okuma;
3. Hukuk doktrinini ve yargı uygulamasını okuma;
4. Yargı kararını vermektir.

Hukuk fakültesi öğrencisinin uygulamalı derslerde başarılı olabilmesi, sadece hukuk metodolojisi bilgisine sahip olmasına bağlı değildir; onunla birlikte hukuk metodolojisi bilgisini uygulayabilmesine de bağlıdır.

Bunu yapabilmesi için de önce olayı anlaması, sonra da hukuku anlaması gerekir. Hukuk fakültesi öğrencisinin olayı okuyup nasıl anlayacağı ve hukuku okuyup nasıl anlayacağı aşağıda incelenecektir. Hukuk öğrencisinin pratik çalışma ya da sınav olayını çözme metodu ve bu metodun aşamaları ve bu aşamalara hakim on iki ilke üzerinde ayrıca durulacaktır.

## II. METODUN AŞAMALARI VE METODA HAKİM ONİKİ METODOLOJİK TEMEL İLKE

### A. MADDİ OLAYIN ANLAŞILMASI: OLAYIN OKUNMASI

#### 1. İLKE 1: Öğrencinin Maddi Olayın Olgularının Saptanmasında Yaklaşımını ve Tavrını Belirlemesi

##### a. Öğrencinin girdiği bilim dalına uygun olarak maddi olayı ve hukuku değerlendirmesi

Öğrenci girdiği sınavın ilgili olduğu dersin kapsamında kendisine öğretilen ve kendisinden beklenen hukuk bilgisi kapsamında sınav olayını cevaplayacaktır. Medeni hukuk sınavında ceza

1 ANTALYA, O. Gökhan, Hukuk Bilimine Katkı Olarak – Hukuk Teorisi, C. I, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, N. 1420, 1466 vd.



hukuku bilgilerini uygulamayacak; eşya hukuku sınavında aile hukuk bilgileri ile sınav olayını çözmeyecektir.

Sınav soruları ders müfredatı kapsamında cevaplanacaktır.

### **b. Öğrencinin Maddi Olayı Objektif ve Tarafsız Olarak Değerlendirmesi ve Hukuku Uygulaması**

Öğrenci kendisine verilen olayı kendi kişisel ön yargı ve ön anlayışına göre değil, objektif ve tarafsız olarak değerlendirmek durumundadır.

Öğrencinin kendisine verilen olaydaki hukuki durumun ne olduğunu belirleyebilmesi için önce olayın maddi olgularını belirlemesi gerekir.

## **2. İLKE 2: Maddi Olayın (Durumun) Olgularının Belirlenmesi ve Olguları Anlama <sup>2</sup>**

### **a. Maddi Olayın Çözüm Metodu ve Tekniği**

Olay çözüm metodu ve tekniği konusunda, Alman dilindeki hukuk doktrinine bakıldığında<sup>3</sup> nispeten katı bir tekniğin geliştirildiği görülmektedir. Bu kapsamda hukukçular ve bilirkişiler belirli bir hukuki olayı değerlendirirken, vardıkları karar sonuçlarını ifade ettikleri raporda, tartışmalı ve tartışmasız maddi olayları birbirinden ayırmalıdır<sup>4</sup>.

Bilirkişi raporu tekniğinde ve hukuk eğitiminde pratik çalışma veya sınavdaki olayı çözüm metodunda, “*bağlantılar tekniği*“ (Relationentechnik) önem arz eder. Bağlantı, bir yargı kararı değildir; hukukçunun ya da bilirkişinin tartışmalı olduğu belirlenen maddi olay hakkındaki karara ilişkin bir önerisi veya öğrencinin bu konudaki görüşüdür.

Olayların çözüm metodu, aynı zamanda *hukuki talepler metodu* ile yakın ilişki içindedir. Hukukçu, Roma hukukundan günümüze hukuki olarak soruna “*quae sit actio?*” diyerek başlar. Bu soru, genel olarak olay “*hangi hukuki duruma uyar?*” şeklindedir.

Maddi olayın hangi hukuki duruma ilişkin olduğunu, kim, kimden, hangi hukuki sebebe dayanarak, neyi talep edebilir sorularına ilişkin olarak talebin hukuki durumu belirler. Bu kapsamda, *kanunların ya da taleplerin yarışması ya da çatışması* dikkate alınmalıdır<sup>5</sup>.

2 Geniş bilgi için bkz. ANTALYA, O. Gökhan, Hukuk Bilimine Katkı Olarak – Hukuk Metodolojisi, C. II, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, N. 480 vd.

3 Bkz. ZIMMERMANN, Walter, Klage, Gutachten und Urteil: Eine Anleitung für die zivilrechtlichen Ausbildungs- und Prüfungsarbeiten mit Beispielen, 21. Auflage, 2019; SCHNEIDER, Egon/ SCHNEIDER, Harald/ BRAUER, Helmuth, Der Zivilrechtsfall in Prüfung und Praxis, 7. Auflage, 1988; SCHUSCHKE, Winfried/ SATTELMACHER, Paul/ SIRP, Wilhelm/ DAUBENSPECK, Hermann/ LÜTTIG, Paul/ BEYER, Gerhard, Bericht, Gutachten und Urteil, 33. Auflage, München, 2003.

4 Ayrıca bkz. VALERIUS, Brian, Einführung in den Gutachtenstil, 3. Auflage, Berlin 2009.

5 Bkz. ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 621 vd.

## **b. Maddi Olay Olgularının Hukuk Kuralının Hukuki Olgularından Ayrılması**

### **aa. Genel Olarak**

Kural olarak, hukuk kuralının hukuki olguları maddi olayın olgularından çok kolay olarak ayrılır. Hukuk uygulamasında, uygulayıcılar, olaya ilişkin olguların hukuki olanları ile hukuka ait olmayanlarını ayırmakla işe başlarlar.

Yine de maddi ve hukuki sorunun mantıksal olarak birbirinden ayrılması gerekip gerekmediği ve nasıl ayrılacağı hukuk metodolojisinde tartışılmaktadır<sup>6</sup>.

Pozitif hukukta maddi olay ve hukuk ayrımı, maddi sorun ve hukuki sorun olarak ayrılmaktadır. Bu ayrım özellikle yargılama hukukunda ayrı bir önem taşır. Yabancı hukukun uygulanmasında ve ispat hukukunda, özellikle ispat yükü bakımından bu ayrım önemlidir.

Hakim hukuku uygularken, iddia eden taraflar maddi olayı ispat yükü altındadır (TMK m.6; HMK m.33)<sup>7</sup>.

### **bb. Maddi Sorunlar ile Hukuki Sorunların Birbirinden Bağımsızlığı**

Kural olarak maddi sorun ile hukuki sorun birbirinden bağımsızdır<sup>8</sup>. Dünyasal olgu “olan” (Sein) hukuk ile bağlayıcılık taşıyan ve hukukun kaynağına dayanan “olması gereken” (Sollen) hukuk bu ayrımın temelini oluşturur<sup>9</sup>.

Maddi sorun (olgu) ve hukuki sorun (olgu) ayrımı bağlamında bu kavramlar arasındaki ilişki, *Karl Engisch* tarafından “ileriye ve geriye giden bakış” (Hin und Herwandern des Blickes) görüşü ile açıklanmaya çalışılmıştır<sup>10</sup>. Bu görüşü hukuk metodolojisinde inceledik<sup>11</sup>.

Felsefi hermeneutik yaklaşımı da farklı bir bakış açısı getirerek, her anlamının, hukuk dahil, dile ve geleneksel yaklaşıma bağlı anlayışa göre değil, daha önceki uygulanmış olaylara uygun ölçütlere göre şekillendiğini ifade etmektedir<sup>12</sup>. Bu sebeple hukuk, önceki emsal – tipik – yargı kararlarına ve hukuk doktrinine uygun olarak uygulanmaktadır. Bu yaklaşım hukuk metodolojisinde tipik düşünce görüşüyle dile getirilmektedir<sup>13</sup>.

6 Bkz. ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 488 vd.

7 Bkz. ANTALYA, O. Gökhan/ TOPUZ, Murat, Marmara Hukuk Yorumu – Medeni Hukuk (Giriş-Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri), C. I, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, N. 2273 vd.

8 VOGEL, Ivo, Erfolgreich recherchieren – Jura, 2012, s. 18.

9 Bkz. ANTALYA, HBK C. I: HT, N. 2277 vd.

10 ENGISCH, Karl, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Auflage, Heidelberg 1963, s. 15.

11 ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 2090 vd.

12 GADAMER, Hans-Georg, Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 5. Auflage, Tübingen 1986, s. 313 ff., 330.

13 ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 1488 vd.

### **cc. Maddi Olayın Olgularının Tespiti ve Anlaşılması**

Maddi olayın olgularının tespiti hukuk metodolojisinin konusunu oluşturmaz; hukuk yargılaması biliminin alanını oluşturur. Maddi olayların tespiti bir anlama ve tanıma faaliyeti olarak hukuk yargılaması ile gerçekliğe ulaşır.

Olayın hukuken çözümü, onun tüm maddi olguları hakkında ayrıntılarıyla, tam olarak bilgi edinilmesine bağlıdır. Eğer olayın maddi olguları eksik ve yanlış tespit edilir ya da tam anlaşılamazsa, doğru yargıya varmak mümkün olmaz.

Hukukçu “*Fetvayı, anlatışa göre verir*”, bunun için olayın ilgisinin olayın olgularını doğru ve gerçeğe uygun olarak hukukçuya anlatması gerekir. Hukukçu olmayanlar olayı sübjektif olarak kendi cephelerinden ortaya koyarlar; doğru olarak ve gerçeğe uygun bir şekilde olayı anlatamazlar ya da eksik anlatabilirler, ayrıntılara yer vermeyebilirler. Ama gerçek bu ayrıntılarda saklanmış olabilir. Bazen de saklamanın ya da gizlemenin doğru olduğunu sanabilirler. Bunun için olayı anlatanın, hukukçuya güvenmesi sağlanmalıdır. Olayın eksikleri yöneltilecek sorularla tamamlanmalı, anlatımdaki yanlışlıklar bu yolla düzeltilmelidir.

Hukukçu yerinde ve doğru soruları sorarak, olayın hukuken önemli noktalarını aydınlatmalı ve vakıaları ispat etmeye çalışmalıdır. Olayla ilgili diğer belgelerle olayın gerçekliğini ve ispat edilebilirliğini sorgulamalıdır. Yargılamada iddia ve savunma açısından olayın tespiti ve anlaşılması önem taşır. İspat bakımından da, tanık sorgulamasında soru ayrı öneme sahiptir. Bunun için de hukukçu soruları sorarken, anlatılanı anlama ve sorgulama yöntemlerini ve tekniklerini kullanmalıdır. Bu yöntem ve teknikleri hukuk öğrencisi de öğrenmeli ve bu yönde yeteneğini geliştirmelidir.

Maddi olayın olgularının, hukuken önemli olanlarını anlama ve tanıma faaliyetinin amacı, tarihi bir araştırma yapmak değil, aksine sadece hukukun uygulanması amacı için pratik gerçeği belirlemektir. Bu sebeple, hukukta, formal (şekli) gerçeklikle maddi gerçeklik her zaman örtüşmeyebilir. Özellikle ispat yükü ve ispat araçları maddi gerçekliği karartabilir.

Bilgi bilimi metodığı, hukukçu için ayrı bir önem taşır. Hukuk da maddi olguları, akli düşünce, bilgi ilkeleri ve bilimsel anlam dışında değerlendirmez, bilgi biliminin bilgisini kullanır, ondan hareketle maddi olguları tespit eder.

Hukuk yargılaması, maddi olaydaki hukuki gerçekliği arar. Felsefi bir soru olarak, “hukuki gerçek nedir?” sorusuna şu cevap verilebilir: Hukukun uygulanmasını sağlamak amacıyla, gerçek olarak görünen konusunda, yargılama yanlışı yapmaksızın, hakimin (ya da idarenin) ikna edilmesi süreci sonucunda belirlenendir.

Yargılama yanlışına, yanlış hukuk metodolojisi kuralları sebebiyet verebilir.

Hukukçu, olayın maddi olgularını doğru tespit etmeli, olguların gerçekliğini araştırmalı ve gerçekliğin ispat edilebilirliğini açıklığa kavuşturarak, olayı kendisine mal etmelidir.

### **dd. Çekişmeli Olayları Çekişmesiz Olaylardan Ayrılması**

Hukuka “olay” dahildir. Bu, tüm bilim dalları için geçerlidir. Hukuki olay öyle bir maddi olgudur ki, bu maddi olgu konusunda taraflar ya da ilgililer uzlaşma içinde değildir. Taraflar arasında çekişmeli (tartışmalı) olmayan durumlar, ispat edilmemiş olay olarak kabul edilmez<sup>14</sup>. Öyleyse maddi olayda hukuken çözülmesi gereken hususu belirlememiz, yani çekişmeli olan olgularla çekişmeli olmayan olguları birbirinden ayırmamız gerekir<sup>15</sup>.

Çekişmeli olaylar, genellikle kanuni gerekçeler ve kanuni çözüm dikkate alınarak belirlenir<sup>16</sup>.

### **ee. Maddi Olayın Olgularının Farklı Boyutlarıyla Anlaşılması**

Hukukçu hukuki faaliyet ve çalışmalarına kural olarak maddi gerçeklik ile başlar ve maddi gerçekliği olay olguları da hukuken önemli olanla önemli olmayana birbirinden ayırır.

Maddi olayın olgusunun anlaşılmasında hukuken önemli olan hususlar üç boyutta değerlendirilir:

- Maddi olgudaki yarar ve değer ve yarar (değer) dengesinin anlaşılması,
- Maddi olgu süreçlerinin ve durumunun anlaşılması,
- Maddi olguda yer alan irade beyanının anlaşılması (İradenin – Sözleşmenin Yorumu)<sup>17</sup>.

Hukuku uygulayan (hakim, bilirkişi, öğrenci vd.), yukarıda belirttiğimiz üzere bilgi bilimi konularından hareketle, hukuk kuralına uygun olarak hukuki olayın olgularının tespitini yapar, bu tespitine ilişkin delilleri değerlendirerek, birtakım yargı kararlarına (sonuçlara) ulaşır.

### **ff. Maddi Olay Metinlerin İncelenmesi ve Denetlenmesi (Güvenilirliğinin Denetlenmesi)**

Ödev ya da seminer olarak öğrenciye bazı metinler verilebilir veya bir olayı çözmek için öğrenci bazı metinlerden, örneğin internet metinlerinden yararlanmak durumunda olabilir. İşte bu metinlerin güvenilirliğinin sorgulanması gerekir.

Kaynak metnin güvenilirliği sağlayacak kalite denetlemesinde, metindeki gerçeği aramak için aşağıdaki temel sorudan hareket etmemiz gerekir:

“O metinde,

– Kimin, kime,

– Neyi, neye dayanarak, nerede, ne zaman, nasıl vb. bilgi verdiğinin denetlenmesi gerekir.”

14 HONSELL, Heinrich/ MAYER-MALY, Theo, Rechtswissenschaft: Die Grundlagen des Rechts, 7. Auflage, 2017, s. 45.

15 SCHAPP, Jan, “Der Fall in der juristischen Methodenlehre”, Subsumtion: Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, (Hrsg. GABRIEL, Gottfried/ GRÖSCHNER, Rolf), Tübingen, 2012, s. 227 ff.

16 HONSELL/MAYER-MALY, s. 45 ff.

17 ANTALYA, O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu – Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Temel Kavramlar – Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri), C. V/1,1, 2. Basi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, N. 447 vd., 2571 vd.; ANTALYA, HBK C. II: HT, N. 2567.

**Bir hukuk metninin eleştirisel denetleme listesindeki kalite (güvenilirlik) denetiminin temel sorularını şu şekilde sıralayabiliriz:**

- a. “Metin hakkında ne biliniyor?” sorusuyla ilgili olarak,
- aa. “Metnin amacı nedir?”
- bb. “Ne nitelikte ve özellikte bir metindir?”
- cc. “Güncelliği, etkinliği nedir? Hangi düzeyde ve ne ölçüdedir?”
- dd. “Kim(ler)i hedefliyor?”
- ee. “Özenli mi? Ciddi mi?”
- ff. “Metnin kaynakları nereden, nasıl alıntılanmış?”
- gg. “Metin araştırmayla alaka mı?”
- b. “Yazar kimdir? Yazar hakkında ne biliyorsunuz?”
- c. “Metni nerede okudunuz?”

Yukarıdaki sorular ışığında kaynak metnin eleştirel denetlenmesi sonucunda;

1. Kaynaktan endişeye edilmiyorsa yani güvenilir ise, bunun daha fazla tartışılmasına gerek yoktur ve bu metinden kaynak olarak yararlanılabilir.
2. Bir kaynakla ilgili endişeler, onun dikkate alınmasını engelleyecek kadar ağır basıyorsa, o kaynağı göz ardı etmemiz gerekebilir. Güvenilmez metinlere kaynakçada yer vermemek gerekir; bu metinlerden yararlanmamak gerekir.
3. Kaynağın güvenilirliği şüpheli ise, bilgiler güvenilir bir kaynak tarafından yalanlanmıyorsa ve de daha iyi bir güvenilir kaynak da bulunamıyorsa, kaynaktan ifade edilen görüş yeniden süzgeçten geçirilerek, gerçek olmayan bilgilerden arındırılarak, bu kaynaktan ihtiyatla yararlanılmalıdır.

**gg. Maddi Olaydaki Hukuki Durumun Belirlenmesi**

**aaa. Genel Olarak**

“Olaydaki hukuki durum nedir?” sorusuna cevap verebilmek için öncelikle olay üzerinde çalışılmalı ve olayın maddi olguları tespit edilmelidir.

Gerçekten, hukuk normu ve yaşam gerçekliği içinde maddi olay (olgu) ilişkisi söz konusudur. Bu ilişki içinde, mantıksal dedüksiyon için,

- Maddi olayın (olgunun) somutlaştırması ve delillendirmesi zorunludur.
- Maddi olgunun hukuken belirlenmesi, nitelendirilmesi ve ispatlanması gereklidir.

- Kanun normunun uygulama alanının belirlenmesi için, hukuk normunun hukuki olgularının tespiti gerekir (*normun uygulama alanının belirlenmesi*).

Maddi olayın olguları, hukuk kuralının hukuki olgusunun konusunu oluşturur: Öyleyse öncelikle “*Maddi olayın olgusu neler idi, neler oldu, neler olmalıydı?*” sorusuna cevap vermek gerekir.

- Maddi olgu sadece dışsal olgulardan değil, aynı zamanda arzu ve isteğe, hatta etkenlere ilişkin (saikle ilişkin) içsel olgulardan oluşabilir. Örneğin temel (saik) hatası, gabin (aşırı yararlanma) gibi<sup>18</sup>.
- Tanımlayıcı olguların (örneğin reşit olma yaşı, evlenme yaşı) yanında, normatif olgular ve değerlendirme olguları söz konusu olabilir<sup>19</sup>.

Tartışmalı olmakla birlikte<sup>20</sup>, görüşümüze göre, hukuki olgu özelliği gereği sadece bir norm yardımı ile belirlenebilir. Söz konusu mutlaka bir hukuk normu olmalıdır. Borç hukuki ilişkisinin de bir hukuk normu olduğunu hatırlayalım.

### **bbb. Hukukun Konusu Olabilecek Olayın Olguların Belirlenmesi**

Bir hukuki uyumsuzluğun çözümünde, her hukukçu gibi hukuk öğrencisinin de, önce uyumsuzluğun temelini teşkil eden somutlaşmış maddi olguları hukukçu gözüyle tespit etmesi gerekir. Her olayın her bilim disiplini yönünden farklı bilgi ve metotlarla değerlendirilebilmesi söz konusudur. Hukukçu maddi olayın olgularını hukuk bilgisi ve metoduyla değerlendirir. Toplumsal yaşam ilişkilerinin, bu ilişkilerdeki yarar dengelerinin ve değerlerin normun amacında yer aldığı unutulmamalıdır.

Maddi olayın hukuki olgularının tespiti için aşağıdaki soruların cevapları aranmalıdır:

### **aaaa. Kişilerin Tespiti**

Maddi olayda kaç kişinin ve hangi kişilerin yer aldığı tespit edilmelidir.

Olaya katılan kişilerin nitelikleri belirlenmelidir. “Kamu hukuku kişisi mi, özel hukuk kişisi mi? Gerçek kişi mi ya da tüzel kişi mi? Özel hukuk tüzel kişi ise, ticari şirket mi yoksa dernek ya da vakıf mı? Kamu tüzel kişi ise hangi tüzel kişi?” sorularının cevapları tespit edilmelidir.

Olaya katılanların hangilerinin birlikte hareket ettiği, hangisinin bireysel hareket ettiği belirlenmelidir. Birlikte hareket edenlerin katılımlarının nitelik ve özellikleri belirlenmelidir.

Birlikte hareket etmese de kişiler arasında ilişki varsa bu ilişki belirlenmelidir.

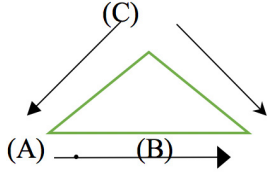
18 Ruhun makine düşüncesi içindeki yeri konusunda bkz. RYLE, Gilbert, Der Begriff des Geistes, Stuttgart, 1969.

19 LARENZ, Karl /CANARIS, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg, 1995, s. 104 ff.

20 Bkz. REHBINDER, Manfred, Rechtssoziologie, 2. Auflage, Berlin, 1989, s. 14; TIEDEMANN, Klaus, Tatbestandsfunktionen in Nebenstrafrecht, Tübingen, 1969, s. 90 ff.

Kişiler büyük harfle kısaltılabilir; örneğin (A), (B), (C) ... .

Kişiler arasındaki maddi ilişkiler kısa şemalarla ifade edilebilir; örneğin,



#### **bbbb. Olayların Zamansal Gelişiminin Belirlenmesi**

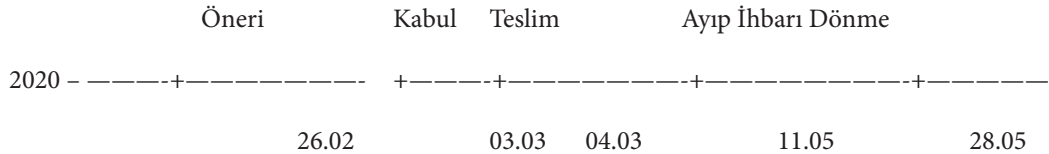
Olayların zamansal gelişimi tarihsel (kronolojik) olarak belirlenmeli; bu ilerleme daha sonra mantıksal olarak kontrol edilmelidir.

Olaylar mantıksal ilişki içinde bir zaman çizelgesinde ifade edilebilir.

Örneğin:

TARİH	OLAY
26.Şubat.2020	Öneri
03.Mart.2020	Kabul
04.Mart.2020	Teslim
11.Mayıs.2020	Ayıp İhbarı
28.Mayıs.2020	Dönme
....	--

ya da



#### **cccc. Olay Sorularına İlişkin Olay Olgularının Belirlenmesi**

Olay sorularını ilgilendiren olay olgularının belirlenmesi gerekir. Örneğin ceza hukukunda “(A) suçlu mudur?” şeklindeki sorunun cevabında ya da özel hukukta “(A), kimden neyi talep edebilir?” sorusunun cevabında maddi olay olgularının belirlenmesi gerekir.

Genel olarak olay olgularının belirlenmesinde özel hukukta, kim, kimden ve neyi talep edebilir sorusuna cevap aramak gerekir. Ceza hukukunda, suçun tipikliğini oluşturan hukuki olguları olaydaki olgularını karşılıyor mu sorusunun cevabı aranır.

Olayda verilen tüm kişi ve ilişkiler düşünülerek, kimin, kimden, neyi talep edebileceğine ilişkin tüm olasılıklar değerlendirilmelidir. Örneğin,

(A), (B)'den (x)'yi talep edebilir.

(A), (C)'den (x)'yi talep edebilir.

(B) ve (C), (A)'dan (x)'i talep edemez.

.....

Ceza hukukunda ise, kim, hangi davranışı sebebiyle, hangi ceza kanuna göre cezalandırılabilir sorusuna yanıt bulmak gerekir. Bunun içinde ceza hukukunda (A)'nın suç teşkil edebilecek olay olguları belirlenmelidir. Örneğin,

(A),

(x) olgusundan, örneğin, hırsızlıktan,

(y) olgusundan, örneğin kişiyi yaralamaktan,

(z) olgusundan, örneğin ruhsatsız silah taşımaktan,

.....

cezalandırılabilir.

#### ***dddd. Olay Sorularının Dikkate Alınması***

Olaya ilişkin sorulardan önce hangisinde başlanacağını cevabı bazen zorluk teşkil eder. Sorular genellikle zamansal bir sürece ya da mantıksal bir yapıya uygun olarak hazırlandığından, ilk sorudan başlamak daha doğru olur. Zor sorudan basit soruya doğru cevaplamak da bir yöntemdir.

Sınav süresi ve soruların bu süre içinde cevaplanacağı dikkate alındığında, öğrencinin bildiği kolay sorudan zor soruya doğru, soruların puanlarını dikkate alarak çözümlene yapmasında yarar bulunmaktadır.

#### ***hh. Pratik Çalışma (Sınav) Olayının – Hukuki Olayın Olgularının – Anlaşılması (Okunması)***

##### ***aaa. Genel Olarak***

Pratik çalışma ya da sınavda verilen olayın doğru biçiminde çözülmesi için, uyumsuzluk konusu olayın tüm yönleriyle, bir bütün olarak, tam ve doğru bir biçimde anlaşılması gerekir. Olay doğru biçimde ele alınmaz ise doğru bir şekilde değerlendirilemez ve anlaşamaz. Eğer öğrenci olayı doğru biçimde ele almaz ve değerlendirmemezse, öğrencinin olaya getirdiği hukuki çözüm eksik, hatalı ya da



yanlış çözüm olur. *Zevkliler*'in dediği gibi, ”*Neye çözüm bulmasını bilmeyen, hangi çözümü bulması gerektiğini de bilemez*”<sup>21</sup>.

Olayın anlaşılması meslek hukukçuları için de aynı şekilde önemlidir. Dava konusu uyuşmazlığı eksik veya hatalı şekilde değerlendiren, doğru olarak değerlendirmeyen dava taraflarının iddiaları ya da kararları yanlış olacaktır. Bu uyuşmazlık hakkında verilecek olan yargı kararı da doğru ve haklı olmayacaktır. Bunun için de yargılamaya katılanlar ve karar vericiler, uyuşmazlık konusu olaya hakim olmalı, olayı kendilerine mal etmelidirler.

Olayın anlaşılması, uyuşmazlık konusu “olayın okuması” (anlamlandırılması) olarak hukuk metodolojisinin temel konusudur.

Başarılı bir olay sınavının çözümü ancak maddi olayın doğru ve tam olarak anlaşılması ve değerlendirilmesi ile ortaya çıkabilir<sup>22</sup>. Bu nedenle, maddi olayın kapsamının ve içeriğinin eksiksiz ve bir bütün olarak anlaşılması gerekir. Maddi olayı eksiksiz ve hatasız okumak ve anlamak için yeterli zaman ayırmak gerekir. Bu zamanı ayırmadan aceleyle soruyu cevaplamaya başlamak doğru değildir.

Her olayın farklı olduğu unutulmamalıdır; en ufak ayrıntı, bilinen bir durumu bilinmeyen bir duruma dönüştürebilir ve bu ayrıntıya göre de varılacak çözüm değişebilir. Olayın olguları üzerinde çalışmak için harcanan zaman hiçbir şekilde boşa gitmez.

Bu nedenle maddi olay birkaç kez okunmalıdır. İlk okuma esnasında, olağan bir şekilde akla gelen düşünceler, sınav kağıdının kenar boşluğuna veya ayrı bir sayfaya not edilmelidir.

Maddi olay ikinci ve gerekirse üçüncü kez okunarak “değerlendirilmelidir”. Metindeki önemli kısımları, farklı renklerde boyamak ya da altlarını farklı şekillerde işaretlemek yararlı olur.

Uzun ve karmaşık metinli olaylarda, kişisel bir taslak ya da şema oluşturulması tavsiye edilir. Hukuki uyuşmazlıkta olayla ilgili tarih verisi varsa, bunları kronolojik sırayla gösteren bir zaman çizelgesi içinde not ya da taslak oluşturulmalıdır.

Maddi olayı anlamak ve çözmek için gerekli olan her olgudan yararlanılmalıdır. Maddi olay, yapay gözükse ve hayatın olağan akışına aykırı olsa bile olduğu gibi alınmalı, tekrar sorgulanmalıdır. Bunlar bizi gerçeğe götürecek yollar olabilir. Maddi olayda gerçekliği şüpheli olan olgularda şüphe giderilmeli; eksik maddi olgular tamamlanmalıdır<sup>23</sup>.

Maddi olayda eksiklik ve belirsizlik görülüyorsa, bu durum olayı yeniden gözden geçirmek için bir fırsat olarak kullanılmalıdır. Daha yoğun düşünme bile yardımcı olmazsa, maddi olay tekrar

21 **ZEVKLİLER**, Aydın, Hukuk ve Öğreti, TBBD., 1994/3 (<http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m1994-19943-948>), s. 397.

22 **OLZEN**, Dirk/ **WANK**, Rolf, Zivilrechtliche Klausurenlehre, 6. Auflage, München, 2010, s. 4 ff.

23 **DIEDERICHSEN**, Uwe/ **WAGNER**, Gerhard, Die BGB-Klausur, 9. Auflage, JuS, 1997, s. 161 ff.

anlaşılmaya çalışılmalıdır. Olayın olağan yaşam koşullarına uygunluğu varsayım olarak kabul edilmelidir<sup>24</sup>.

Yine olayla ilgili herhangi bir bilgi verilmediği takdirde, bilgi verilmeyen hususlarda hukuka uygunluğun var olduğu kabul edilecektir. Örneğin olayda, A ve B'nin hukuki ehliyeti konusunda bilgi verilmeden bir satış sözleşmesinin imzalandığını söyleniyorsa, ehliyet yönünden geçerli bir sözleşme olduğu kabul edilecektir.

### **bbb. Olayın Doğru Okunmasının İlke ve Esasları**

Olayın doğru şekilde anlaşılması aşağıdaki esaslara uyulmasına bağlıdır:

#### **aaaa. Olayı Dikkatli Dinleme ve Okuma**

Olayın dikkatle dinlenmesi ve/veya okunması, olayların eksiksiz, tam ve doğru bir şekilde anlaşılması için gereklidir<sup>25</sup>. Bu gereklilik, doğru çözüme varmaya kadar geçecek tüm aşamalarda söz konusudur.

Bunun için yazılı belge dikkatli bir şekilde baştan sona okunmalı, sözlü anlatımda ise hiçbir sözcük kaçırılmaksızın anlatım dinlenmelidir. Her sözcüğün, hatta bağlacın önemli olduğu unutmamalıdır. Örneğin, “ve” bağlacını “veya” bağlayıcı olarak dinlemek ya da okurken bu anlamıyla anlamak, olayın ya da sorunun yanlış anlaşılmasına ve bunun sonucu olarak varılacak cevabın da yanlış olmasına sebep olur. Gözden kaçırılan ya da atlanan her sözcük, tüm sonucu etkileyebilir.

Uygulamada özellikle özel hukukta davanın taraflarca hazırlanması ilkesi hakim olduğundan, avukatın ihmal ettiği ya da atladığı bir olay olgusu karşı tarafın davayı kazanmasına sebep olabilir.

Okuma ve dinleme sakın, dikkatli ve konsantre olunarak yapılmalı, bunu sağlayan bir ortamda icra edilmelidir. Hukukçu, dinlediği ve okuduğu olayı kendisine mal etmelidir.

### **bbbb. Olayı Tüm Yönleriyle Bir Bütün Olarak Anlama**

#### **aaaaa. Bütün Olarak Anlama**

Uyuşmazlık konusu olayın sadece bir bölümünün anlaşılması doğru ve haklı çözüm için yeterli değildir. Olayın geçmişiyle birlikte bir bütün olarak tüm yönleriyle anlaşılması gerekir<sup>26</sup>. Bunun için acele etmeden, soğukkanlı bir şekilde olayın tümü okunmalı ve dinlenmelidir. Olayın sadece başının, aralıklarla bazı bölümlerinin ya da yalnızca sonucunun okunması ve dinlenmesi, olayın bir bütün olarak algılanmasını ve anlaşılmasını engeller.<sup>27</sup>

24 DIEDERICHSEN/WAGNER, s. 161 ff.

25 ZEVKLİLER, s. 398.

26 ZEVKLİLER, s. 398.

27 ZEVKLİLER, s. 399.

Dinleme mümkün olduğunca kesilmeden bir bütün olarak yapılmalıdır. Dinlemeden önce ve sonra anlatandan sözlü anlatımını kağıda dökmesini istemek ve bu metni tekrar okumak faydalıdır. Okumadan sonra, anlatımda bulunanla birlikte, soru ve cevaplarla olayın üstünden gidilmeli, olayın gerçekliğine ilişkin boşluklar tamamlanmalıdır.

Sözlü anlatımda hukukçu tarafından not alınmasında fayda bulunmaktadır, sözlü anlatımdan sonra bu notlar okunmalı, olaydaki boşluklar soru ve cevaplarla tamamlanmalıdır.

#### **bbbb. Baştan Aşağıya Birden Fazla Kez Okuyarak Anlama**

Olay metni önce, buna ilişkin verilen ya da çözümü aranan sorularla, baştan aşağı bir kez okunmalıdır<sup>28</sup>. Daha sonra her paragraf cümle cümle, her cümle de temel cümle ve yan cümle ayrımı içinde daha fazla düşünülerek, kendine mal edilerek ve değerlendirilerek okunmalıdır. Bu aşamada soruların cevabına esas olay ve olgular tespit edilir. Bu olaydaki maddi olgular anlaşılmaya çalışılır.

Sorunun cevabı olan olgular, diğer cümleler okundukça doğrulanmaya başlar; ya da farklı bir cevaba esas teşkil eden olay olguları ortaya çıkmaya başlar. Tereddüt ve şüphe halinde tekrar başa dönerek okuma yapılmalıdır.

İkinci ve sonraki olay okumaları pratik çalışma ya da sınav soruları ışığında ve hukuk normunun hukuki olgusunu sorgulamaya yönelik olmalıdır. Bu şekilde yapılan okuma sınavda ya da meslek yaşamında zaman kaybına neden olmaz, aksine zaman kazanılmasını sağlar.

#### **cccc. Olan – Muhtemel – Sorularla Anlama**

Pratik çalışma ya da sınavdaki olay, olay talimatı/sınav talimatı ile birlikte okunmalı ve değerlendirilmelidir; zira bu talimatlar olayın bütünüdür<sup>29</sup>.

Pratik çalışma ya da sınavdaki sorunun ne olduğu bilinmeden olayın belirlenmesi ve anlaşılması mümkün değildir. Eğer olayda sorulan soru dışında, başka muhtemel soruların cevapları aranır, sorunun dışında farklı bir cevap verilmiş olur; bu cevap da not değerlendirmesinde dikkate alınmaz. Sorunun cevabı yanında başka yanlış bilgilere yer verilmesi de doğru cevabın sorgulanmasına sebep olacaktır. Her sorunun cevabı kendi sorusunda cevaplanmalıdır. Sorular, olayın anlaşılması ve doğru cevaba ulaşılması için bazen yönlendirici olabilir, ipucu niteliğinde ifadeler barındırabilir. Bazı durumlarda akıllıca sorulan soru, karmaşık bir sorunun anahtarı olabilir.

Uygulamada ise meslek sahibi hukukçulara sorular verilmez. Meslek hayatında hukukçular genelde dinlediklerini yorumlayarak ya da yazılan metinleri okuyarak olayı ve olayın olgularını tespit etmeye, değerlendirmeye ve anlamaya çalışırlar. Hukukçu bu aşamada, hukuki uyumsuzluğu çözüme ilişkin soruları kendisine sorar.

28 ZEVKLİLER, s. 399.

29 ZEVKLİLER, s. 400.

Bunun için olayın özünün anlaşılması, o uyuşmazlığın çözümüne ilişkin soruların ne olması gerektiğinin belirlenmesi lazım gelir<sup>30</sup>. Bu sorular, hukuki olayın ne sıfatla cevaplanacağına göre değişir. Örneğin, bir hukuki uyuşmazlıkta cevabı arayan davacının soracağı sorularla, davalının soracağı sorular farklılık arz eder. Her dava tarafı karşı tarafın soracağı soruları ve bunların cevap ve çözümlerini sorgulamalıdır. Taraf vekilinin davadaki başarısı da sadece kendisinin sorduğu sorulara bağlı değildir, karşı tarafın sorduğu sorulara verebildiği cevaplara da bağlıdır. Hukuki uyuşmazlığı çözen hakimin soracağı sorular ise farklıdır. Hakim, dava taraflarının verdikleri cevaplar ve sundukları çözümlerin yanında, yargı kararı için gerekli kendi çözümü sağlayacak sorular da sormalıdır. Hukukçunun başarısı maddi olayı sorularla sorgulamasına bağlıdır.

Hukukçunun olayı anlama faaliyeti, kişisel yetenek ve becerisine bağlı olduğu kadar, fakültede aldığı metodik bilgi ve uygulama derslerinde yaptığı faaliyetlere de bağlıdır. Uygulama dersleri öğrenciyi meslek yaşamına hazırlamakta, onun mesleğine uygun olarak yetişmesine hizmet etmektedirler.

Hukuk öğrencileri, gelecekteki meslek faaliyetlerinde bir olayda hangi olgular üzerinde durulması gerektiğini, bu olguların hangi hukuk kuralının olgusuna karşılık teşkil ettiğini, iddia ve savunmada olayın hangi olgularının kullanılacağını, bunlardan hangisinde ispat yükünün kendisinde, hangisinde karşı tarafta olduğunu, bu maddi olguların ispat edilip edilemediğinin tespit ve değerlendirmesini, lisans bilgilerine göre öğretim üyesinin gözetiminde ya da değerlendirmesiyle yapar. Meslek hukukçusu ise olayın ve olguların tespitini ve değerlendirmesini kendi başına yapmak durumundadır.

#### ***dddd. Şema, Taslaklarla ve Zamansal Çizelge ile Olayı Anlama***

Şema, taslaklar ve zamansal çizelge, maddi olayı anlamaya yardımcı olduğu üzerinde durmuş idik, kısaca hatırlarsak<sup>31</sup>:

Olayların şemasının yapılması, olayın doğru ve tam olarak anlaşılmasını sağlayabilir. Çok uzun ve çok karmaşık, anlaşılması zor olayları içeren metinler tüm yönleriyle bir küçük şemada özetlenebilir. Karışık ve anlaşılmaz ayrıntılı ilişkilerin olduğu olaylar bir şemada basit ve özetlenmiş şekliyle kolay anlaşılabilir hale gelebilir. Olay şema ile daha hızlı hatırlanır, ana hatlarıyla anlaşılır hale gelir.

Okunan ya da dinlenen uzun, karmaşık ve zor bir olayın temel noktalarının kısa notlar halinde önem ve tarihsel süreci içinde özetlenmesi olayı anlamada yardımcı olur. Taslak mümkün olduğunca özlü ve kısa ve de önemli olayları ortaya koyacak şekilde olmalıdır.

Olay sorularının cevapları için taslak hazırlanması ve sonrasında bu taslakların düzgün bir dille tekrar sınav kağıdına aktarılması bazen sınav süresinin yeterli olmaması sebebiyle cevapların sınav kağıdına aktarılamaması sonucunu doğurabilir. Bazen de taslağın cevaba göre özet niteliğinde olmasından ötürü, cevabı tam olarak karşılayamaması tehlikesi söz konusudur.

30 HİRŞ, s. 11.

31 KARAYALÇIN, Yaşar/ YONGALIK, Aynur, Hukukta Öğretim – Kaynaklar – Metod: Problem Çözme, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2020, s. 266 vd; ZEVKLİLER, s. 402.

**cccc. Maddi Olayların Doğruluğunu ve Gerçekliğini Anlama, Tespit Etme ve İnceleme****aaaaa. Genel Olarak**

Olay sorusunu hukukçunun tam anlamıyla kendisine mal edebilmesi için onu bir bütün olarak dikkatlice okuması – ya da dinlemesi – yeterli değildir; hukukçu soruyu doğru anlamalıdır. Metni doğru okuyan, ama yanlış anlayan öğrencinin cevabı da doğal olarak yanlış olacaktır. Olay doğru değerlendirilmeli ve ayrıca sorular da doğru anlaşılmalıdır. Metinde verilen olayların doğru anlamlandırılması, doğru anlaşılmiş sorularla doğru ve anlamlı cevapları sağlar; soruları doğru gerektelendirmeyi sağlar.<sup>32</sup>

Okunan metnin dildeki anlamı yanında hukuk dilindeki anlamını da dikkate almamız gerekir.

Bir metnin okumadaki anlamının kime göre gerçek ya da doğru olduğunu hukuk metodolojisi ortaya koyar. Kural olarak maddi olayın doğruluğu, zamanına uygun objektif yaşamın gerçekliğine uygun doğruluktur. Bir maddi olgunun doğruluğunun ispatını ise yargılama hukuku belirler.

**bbbbb. Değerlendirme Unsurları**

Maddi olayın doğruluğu ve gerçekliği anlayabilmek için aşağıdaki unsurlar değerlendirilir<sup>33</sup>:

- o Amaç (hedef),
- o Davranış alternatifleri (aksiyonlar/alternatifler),
- o Çevresel (toplumsal yaşam) etkiler (durum, yaşamsal durum),
- o Amaç (karar) kriterleri (nitelik ve özellikler),
- o Amaca (sonuca) varma kriterleri.

**B. HUKUKU UYGULAMAK: HUKUKU OKUMAK**

Hukukun uygulanması bu çalışmanın kapsamını aşmakla birlikte hukuk metodolojisi kitabımızda verdiğimiz bilgilerden hareketle hukukun okunması metodunu aşağıdaki şekilde özetleyebiliriz<sup>34</sup>:

**1. İLKE 3: Hukuki Soruna İlişkin Çözümün Temel Amacının (Hedefin) Belirlenmesi**

Bu kapsamda,

- a. Sorun alanına ilişkin temel amaç yapısının belirlenmesi,
- b. Hedef (amaç) yapının operasyonlaştırılması: Değerlendirme ölçütlerine uygun sıralama yapılmalıdır.

32 ZEVKLİLER, s. 401.

33 SCHNEIDER/ SCHNEIDER/ BRAUER, s. 10

34 Geniş bilgi için bkz. ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 389 vd.

## **2. İLKE 4: Hukuki Çözümler ve Gereçlendirme İçin Hukuki Bilginin Hukuk Kaynaklarından Belirlenmesi (Hukukun Kaynakları<sup>35</sup>)**

### **a. Asli Kaynak: Kanun Normu/ Kuralı/ Hükmü (Kanun Hukuku<sup>36</sup>)**

Bir kanun normunun uygulanabilir olabilmesinin (kümülatif) şartları şunlardır:

- Geçerli olması,
- Maddi bir olaya veya maddi bir duruma ilişkin kural talebi olması,
- Uygulanabilir olması.

### **b. Birinci Yardımcı Kaynak: Örf ve Adet Normu/Kuralı (Örf ve Adet Hukuku<sup>37</sup>)**

Bir örf ve adet normunun birincil yardımcı kaynak olarak uygulanabilme şartı, maddi olaya uygulanabilir kanun normunun olmamasıdır (Kanun Boşluğu) (TMK m.1/II).

Bir örf ve adet normunun uygulanabilir olabilmesinin (kümülatif) şartları:

- Objektif unsur: Toplumda **sürekli** uygulanma,
- Sübjektif unsur: Toplumsal **inanç**,
- Hukuki Unsur: Yaptırım (Tartışmalı).

### **c. İkincil Yardımcı Kaynak: Hakimin Yarattığı Norm/Kural (Hakimin Hukuku<sup>38</sup>)**

Hakim yarattığı hukukun uygulanabilmesinin şartı, maddi olaya uygulanabilir kanunun ve örf ve adet normunun olmamasıdır (Kanun boşluğunun örf ve adet kuralı ile doldurulamaması) (TMK m.1/II).

Hakim, “kanun koyucu gibi” hukuk kuralı yaratır (TMK m.1/II).

### **d. Hukukun Uygulanmasında Yardımcı Kaynaklardan Yararlanma (TMK m.1/II)**

aa. Hukuk Doktrininden Yararlanma<sup>39</sup>

bb. Yerleşmiş Yargı Kararlarından Yararlanma<sup>40</sup>

35 Geniş bilgi için bkz. ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 517 vd.

36 Geniş bilgi için bkz. ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 537.

37 Geniş bilgi için bkz. ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 729 vd.

38 Geniş bilgi için bkz. ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 765 vd.

39 Geniş bilgi için bkz. ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 1608 vd.

40 Geniş bilgi için bkz. ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 1663 vd.

### **3. İLKE 5: Uyuşmazlık Konusu Maddi Olayın Çözümü İçin Hukukun Uygulanması**

#### **a. Asli Hukuk Kaynağı Olan Kanun Normunun Uygulanması**

##### **aa. Kanun Normunun Uygulanma Şekilleri<sup>41</sup>**

Normların birlikte uygulanabilmesi şekilleri:

- aaa. Normların **Kümülatif** Uygulanması
- bbb. Normların **Alternatif** Uygulanması
- ccc. Normların **Paralel** Uygulanması (**Normların yarışması**)

Normların uygulanamaması, **normların çatışması** halidir.

##### **bb. Kanun Normlarının Uygulanma Boyutları<sup>42</sup>**

aaa. Kişi Boyutunda Uygulama Alanı

bbb. Mekansal Boyutta Uygulama Alanı

aaaa. Uluslararası Boyutta Uygulama Alanı

bbbb. İkincil Milli Boyutta ve Federal Boyutta Uygulama Alanı

cccc. Milli Boyutta Uygulama Alanı

ccc. Yatay ve Dikey İlişkide Uygulama Alanı

aaaa. Dikey (Alt-Üst) İlişkide Uygulama Alanı (Hukuk Kaynaklarının Hiyerarşisi)

bbbb. Yatay İlişkide Uygulama Alanı (Özellik İlişkisi)

ddd. Niteliklerine Göre Uygulama Alanı (Kanun Normlarının Kombine Edilmesi)

aaaa. Emredici Hukuk Kuralları

bbbb. Tanımlayıcı Hukuk Kuralları

cccc. Yorumlayıcı Hukuk Kuralları

dddd. Tamamlayıcı Hukuk Kuralları (Atıf)

eeee. Modifiye Edici Hukuk Kuralları

ffff. Takviye Edici (Destekleyici) Hukuk Kuralları

eee. Zamansal Boyutta Uygulama Alanı

fff. Anlamsal Boyutta Uygulama Alanı: Kanunun Yorumlanması ve Gerekçelendirilmesi

41 Geniş bilgi için bkz. ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 612 vd.

42 Geniş bilgi için bkz. ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 1739 vd.

#### **4. İLKE 6: Kanunun Yorumlanması, Geliştirilmesi (Tamamlanması ve Düzeltilmesi) ve Gerekçelendirilmesi (Anlamsal Boyutta Uygulama Alanı)**

##### **a. Kanunu Yorumla (Gerekçelendir) <sup>43</sup>**

-Yargı kararını yorum elemanları ile gerekçelendirir.

-Kanun metnini amacındaki değere uygun gerekçelendirir.

-Gerekçelendirmede özel hukukta TMK m.1/I'de ifade edildiği şekliyle “*Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır.*” hükmünden hareketle gerekçelendir: Kanunun terim ve metnini amaca uygun olarak subjektif yorumu temel al; bunu önce sözel elemanla ve sonra diğer yorum elemanları ile gerekçelendirir.

-Yorum ilkeleri ile gerekçelendirir.

-Kanunun amacına uygun olarak kanun hükmünü amaçsal olarak daraltılmış ya da genişletilmiş şekliyle uygula.

##### **aa. Kanunun Terimlerini Yorumla <sup>44</sup>**

##### **bb. Kanun Metnini Amaca Uygun Yorumla <sup>45</sup>**

aaa. Temel Yorum Elemanı: Sübjektif Amaçsal Yorum Elemanı

bbb. Yardımcı Birinci Yorum Elemanı: Sözel Eleman

ccc. Diğer Yorum Elemanları

aaaa. Sistematiik Eleman

bbbb. Mantıki Eleman

cccc. Tarihi Eleman

##### **cc. Yorum İlkelerinden Yararlan <sup>46</sup>**

aaa. Hukukun Genel İlkelerine (Kanun Prensiplerine) Uygun Yorum: Dürüstlükce Güven İlkesine Uygun Yorum

bbb. Temel Hak ve Özgürlere Uygun Yorum İlkesi

ccc. Yorumla Kamusal Yetki Yaratılmaması İlkesi

ddd. Kamusal Yetkilerin Dar Yorumlanması İlkesi

eee. Yorumla İstisna Getirilmemesi İlkesi

fff. İstisnaların Dar Yorumlanması İlkesi

43 Geniş bilgi için bkz. ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 2131 vd.

44 Geniş bilgi için bkz. ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 2390 vd.

45 Geniş bilgi için bkz. ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 2449 vd.

46 Geniş bilgi için bkz. ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 2787 vd.



ggg. Sistemsel Yorum İlkelerinin Uygulanması

aaaa. Kanunun Amacı (Özü) ile Kanun Metninin (Sözünün) Çatışmasında, Kanunun Amaca Uygun Yorumlanması İlkesi

bbbb. Anayasaya Uygun Yorum İlkesi.

cccc. Avrupa Birliği Hukukuna Uygun Yorum İlkesi

dddd. Hukukun Genel İlkelerine (Kanun prensibine) Uygun Yorum İlkesi

eeee. Yerleşmiş Yargı Uygulamasına Uygun Yorum İlkesi

**dd. Diğer Gereçlendirme Metotlarından Yararlan**

aaa. Topik (İlke) Metodu

bbb. Tipiklik Metodu

**ee. Amaçsal Daraltma ve Amaçsal Genişletmeyle Yorumlama<sup>47</sup>**

Metodu: Objektif Yorum

**b. Hukukun Geliştirilmesi (Hakimin Hukuku)**

**aa. Kanunun Tamamlanması<sup>48</sup>**

Metodu: Sübjektif Yorum

**bb. Kanunun Düzeltmesi<sup>49</sup>**

Metodu: Objektif Yorum + Hukuk idesi: Adalet

Kanunu Düzeltme Şekilleri:

aaa. Amaçsal Düzeltme (Amaca Uygun Düzeltme)

bbb. İlkesel Düzeltme (Hukukun Genel İlkesine Uygun Düzeltme)

ccc. Normların Çatışmasının Düzeltilmesi

**cc. Hukukun Somutlaştırılması<sup>50</sup>**

Metotları:

aaa. Karşılaştırma (Olay/Dava) Yöntemi

bbb. Hareketli Sistem

47 Geniş bilgi için bkz. ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 1554 vd.

48 Geniş bilgi için bkz. ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 589.

49 Geniş bilgi için bkz. ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 590.

50 Geniş bilgi için bkz. ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 3068 vd.

Uygulama Alanı:

- Genel (içi boş) kavramların somutlaştırılması (Örneğin takdir yetkisinin somutlaştırılması),
- Genel hukuk ilkelerinin (hukuk prensiplerinin) somutlaştırılması (Örneğin, anayasal ilkelerin somutlaştırılması).

### **5. İLKE 7: Mantıksal İşleme (Dedüksiyonla) Maddi Olaya Kanun Normunun Hukuki Olgularının Uygulanması<sup>51</sup>**

### **6. İLKE 8: Hukuki Çözümün (Yargı Kararının) Aranması**

Hukuki sorunun çözümü söz konusu olduğunda, farklı çözüm imkanları vardır. Hukuk doktrini ve yerleşmiş yargı uygulaması ile hukuki çözüm imkanları tespit edilir, geliştirilir ve tartışılır; genellikle doğru hukuki çözüm konusunda bile bir hukuki tartışma vardır<sup>52</sup>. Sınavda öğrencinin olaya ilişkin hukuki çözüme uygun farklı hukuki görüşleri tartışması beklenir.

Hukuki soruna farklı şekillerde hukuki çözüm getirilebilir<sup>53</sup>. En doğru hukuki çözümün seçilmesi önem taşır. Bu noktada iyi gerekçe ile desteklenen çözüm alternatifi tercih edilmelidir. Bununla birlikte, her durumda, söz konusu olası hukuki çözümlerin bağımsız gerekçeler yardımı ile çözülmesi önem taşır<sup>54</sup>.

Olayın çözümünün doğruluğu ve tutarlılığı yanında gerekçenin kalitesi, hukuki sorunların çözümde önemlidir. Bir gerekçelendirme, tek taraflı yürütülmez, daha ziyade “artılar”ı (Pro) destekleyen ve aleyhtekileri (Con) çürüten “karşılıklı” (Contra) ifadeler üzerine oluşturulur<sup>55</sup>. Buna ek olarak, gerekçelerin ifadelerle yeniden üretilmesi yerine gerçekten anlaşılıp açıklanması önemli fark yaratır.

- a. Hukuki çözüme ve gerekçelendirmeye ilişkin çözüm alternatiflerinin aranması,
- b. Hukuki çözüm alternatiflerinin gerekçelerinin belirlenmesi,
- c. Hukuki çözüm alternatiflerinin hukuki sonuçlarının tespit edilmesi,
- d. Hukuki çözüm alternatiflerinin ve onun gerekçelerinin ve hukuki sonuçlarının değerlendirilmesi önem arz eder.

### **7. İLKE 9: Hukuki Çözümün (Yargı Kararının) Belirlenmesi: Amaca Uygun Hukuki Sonuç Beklentisinin (Yargı Kararının) Seçilmesi**

- Temel (önemli) sonuç beklentisi için olasılık tahmini,
- Belirli maddi olgu ve belgelere göre hukuki sonuçlar içinde temel (önemli) sonucun değerlendirilmesi,

51 Geniş bilgi için bkz. ANTALYA, HBK C. I: HT, N. 2791 vd.; ANTALYA, HBK C. II: HM, N. 2073 vd.

52 CZERNY, Olivia/ FRIELING, Tino, “Meine erste Zivilrechts-Klausur: Die vier Phasen der Klausurerstellung”, JuS, 2012, ss. 877-883.

53 KERBEIN, Björn, “Darstellung eines Meinungsstreits in Klausuren und Hausarbeiten”, JuS, 2002, H. 4, s. 353; PIEPER, Jan/ STENMANS, Jens, “Darstellung von Streitständen und Standardmuster juristischer Argumentation”, Ad Legendum, 2011, s.276.

54 WIEDUWILT, Hendrik, “Die Sprache des Gutachtens”, JuS, 2010, H. 4, s. 288.

55 CZERNY/FRIELING, s. 883.

- Belirsiz olan maddi olgu ve belgelere göre hukuki sonuçlar içinde temel (önemli) sonucun değerlendirilmesi önem arz eder.

### **8. İLKE 10: Yargı Kararı Stratejisinin Belirlenmesi ve Bu Stratejinin Sonuçlarının Değerlendirilmesi**

### **9. İLKE 11: Yargı Kararının ve Onun Hukuki Sonucunun ve de Uygulanabilirliğinin Kontrol Edilmesi**

Bu Kapsamda,

- Hukukilik (yasallık) kriterleriyle denetlenmesi,
- Hukukun gerçekliğine uygunluğun denetlenmesi,
  - Mantıksal işlemle (endüksiyonla) denetlenmesi,
  - Hükmün sonuç merkezli değerlendirilmesi,
  - Hükmün yerleşmiş yargı uygulamasına uygunluğunun denetlenmesi,
- Hukuk idesine uygunluğun denetlenmesi,
  - Dar anlamda hukukun idesi: Adaletle denetleme (hakkaniyet kontrolü),
  - Hukuk güvenliği yönünden denetlenmesi,
  - Eşitlik ilkesi yönünden denetlenmesi,
- Duyarlılık testiyle<sup>56</sup> denetlenmesi,
- Fonksiyonluluk (işlevsellik) kriterleriyle denetlenmesi,
- Çözümün uygulanabilirliğinin, benimsenebilirliğinin (kabul edilebilirliğinin) denetlenmesi önem arz eder.

### **10. İLKE 12: Seçilen Hukuki Çözümün (Yargı Kararının) Yerine Getirilmesi (Yargı Kararını ve Bunun Gerekçesini Açıklamak ya da Yazmak)**

*Mevlana Celaleddin*'in söylediği üzere, “*Ne kadar bilersen bil; anlatabildiğin, karşındakinin anlayabildiği kadardır.*” Onun için doğru ve haklı sonucun, – öğrencinin doğru çözümünün-, açıklık, kısalık ve bütünlük içinde ortaya konulamaması halinde, varılan sonuç başarılı olmaz, en azından sonucun başarı gücü gölgelenir<sup>57</sup>. *Hırş*'in ifade ettiği gibi, “*Uyuşmazlığı tam olarak açıklıyoruz, fakat kısa kesin. Dış görünüşe de önem veriniz*”<sup>58</sup>.

Doğru sonucu yazma, kişinin yeteneğine bağlı değildir. Yazma zevk ve alışkanlığına sahip olan, yazma tekniğini ve dil kurallarını bilen, plân ve paragrafların oluşmasıyla ilgili gerekli deneyimi

56 Duyarlılık testi, tek tek parametrelerin bir sonucu nasıl etkilediğini belirleyen bir nicel analiz yöntemidir.

57 Bu konuda bkz. ZEVKLİLER, s. 421; HİRŞ, s. 92; KARAYALÇIN/YONGALIK, s. 272.

58 HİRŞ, s. 95.

bulunan herkes, zamanla başarıya ulaşır. Bunun için kişinin kendini yetiştirmesi, geliştirmesi ve düzeltmesi gerekir<sup>59</sup>.

### **a. Açıklık**

Dava dilekçelerinde – iddia ve savunmada – ileri sürülen hukuki yargının, ve bunların sonucunda varılan yargı kararının – öğrencinin çözümünün – açık, kısa, net ve anlaşılabilir sözlerle ortaya konulması gerekir<sup>60</sup>. Ortaya konulan ifadede duru (berrak) bir şekilde günlük yaşam dili tercih edilmeli<sup>61</sup>, mümkün olduğunca kanun metninde kullanılan terim ve cümlelerle uzmanlık dili kullanılmalıdır. Özellikle, hukuk terimleri ilgili hukuk bilim dilindeki ve kanundaki anlamıyla kullanılmalıdır.

İfadenin açık olabilmesi için aşağıdaki nitelik ve özelliklere sahip cümleler kullanılmalıdır:

#### **aa. Basit, Yalın ve Kolay Cümleler Kullanılmalı**

Hukuki görüş ve iddialarla varılan yargı kararı – öğrencinin çözümü – ifadeleri basit, kolay ve anlaşılabilir olmalıdır. Dolambaçlı ve ağdalı ifadelerden kaçınılmalıdır. Cümledeki ifade gereksiz yere uzatılmamalı, gereksiz ayrıntılara yer verilmemelidir. Özellikle dolambaçlı ya da ağdalı hukuki çözüm veya iddia ifadeleri, muhatabını, olay çözümünü denetleyen öğretim üyesini, yargılamada hakimin vereceği kararı olumsuz etkiler. Bu dolambaçlı ya da ağdalı ifadeler öğrencinin bilgisizliğini ya da iddianın sahibinin haksızlığını örtme ya da işi saptırma çabası olarak algılanabilir.

Güzel söz yazma ya da söyleme (hitabet) sanatı elbette en uygun ifade tarzıdır, ancak bunun kötüye kullanılmaması gerekir. Kötüye kullanma, olayın gerçeğini gizleme, saklama, saptırma ya da yargılamayı uzatma, akıl karışıklığına sebep olma vb. şekilde olabilir. Güzel söz söyleme iddianın ya da savunmanın ya da verilen kararın anlaşılmasını kolaylaştırır ve bunları basitleştirir. İfadeler mümkün olduğunca basitleştirmeli, duru bir Türkçe kullanılmalıdır.

İddia ya da verilen yargı kararı, – öğrencinin çözümü – makul ve haklı olduğu konusunda ikna edici olmalıdır. İfadede kullanılan kelime ve cümleler ne kadar basit olursa o kadar kolay anlaşılabilir olacaktır.

#### **bb. Düzgün Cümleler Kullanılmalı**

İddiadaki, savunmadaki ve de bunların sonucundaki yargı kararındaki cümlelerde – öğrenci çözümü-, kapsam ve içerik düzgün bir şekilde ortaya konulmalıdır. Cümle içindeki ifadeyle amaçlanan anlama

59 KANTEMİR, Enise, Yazılı ve Sözlü Anlatım, Engin Yayınevi, Anka, 1997, s. 114-116.

60 Üslupta açıklık ve objektiflik için bkz. HİRŞ, s. 123 vd.

61 ZEVKLİLER, arı Türkçe kullanılmasını tavsiye etmektedir. (s.93).

uygun kelimeler seçilmeli; yani kim, kime, neyi, niçin, nasıl, nerede, ne zaman, hangi vb. şeklindeki bilgiler, net olarak düzgün ifadelerle ortaya konulmalıdır.

Düzgün ifade düzgün cümlede, düzgün anlamı açıklar. Devrik cümle kullanmaktan kaçınmak gerekir.

İddia ya da savunma, olay ve kurala uygun şekilde doğrudan ifade edilmelidir; dolaylı ifadelerinden, özellikle karşıt kavram kanıtı şeklindeki ifadelerden kaçınılmalıdır.

#### **cc. Kısa ve Öz Cümleler Kullanılmalı**

Anlaşılabilir ifade en iyi kısa cümlelerle ifade edilir; bunun için de uzun ve birleşik cümlelerden kaçınılmalıdır. En zor ifade kısa olarak ifade edilendir. Aynı cümle ya da paragraf içinde birbiriyle çelişkili ve çarpışık ifadeler kullanılmamalıdır. Cümle içinde cümle kullanılmamalıdır. Uzun cümleler içinde anlatmak istenilen ifade kaybolmamalı, cümlelerin içinde muhatap kaybolmamalıdır.

Güzel sözler kısa ve özlü olur. Pascal'ın yazdığı üzere “*Bu mektubu her zamaninkinden uzun yazıyorum çünkü kısa yazacak kadar vaktim yok*”.

#### **dd. Münasebetsiz Cümleler Kullanılmamalı**

Hukukçu ve hukukçu adayının kullandığı cümle üsluba uygun olmalı, münasebetsiz ifadeler içermemelidir. Resmi makamlara ve yargılama organlarına verilen dilekçelerde, özlü ve resmi bir üslup kullanılmalıdır.

HMK m.32/2'de “*Okunamayan veya uygunsuz yahut ilgisiz olan dilekçenin yeniden düzenlenmesi için uygun bir süre verileceği ve bu dilekçenin dosyada kalacağı, verilen süre içinde yeni bir dilekçe düzenlenmezse, tekrar süre verilmeyeceği*” düzenlemiştir<sup>62</sup>. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, nezaket ve saygı kuralları içerisinde kalınarak icapsız sözlere yer verilmeyen ve hukuk kuralları dışına çıkan münasebetsiz temyiz evrakının yeniden düzenlenmesi halinde inceleneceğine karar vermiştir<sup>63</sup>.

#### **ee. Dil Bilgisine Uygun Cümleler Kullanılmalı**

Cümle dil bilgisi (yazım) kurallarına uygun bir şekilde düzenlendiğinde, yazıda ifade edilmek istenenin yanlış anlaşılması engellenir; ifade anlaşılır olur. Özellikle özne yüklem ve tümleş ilişkisine dikkat edilmelidir. Yazım kurallarına uyma, iletişimi kolaylaştırma ve yazmada birliği sağlamaya hizmet eder<sup>64</sup>.

62 Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 2011/8814 Esas 2011/11780 sayılı kararında “davalı vekilinin karar düzeltme dilekçesinde, yerel mahkeme hakimine yönelik olarak savunma sınırlarını aşan icapsız sözlerin yer aldığı görülmüştür. Bu haliyle karar düzeltme dilekçesinin münasebetsiz evrak niteliğinde olduğunun kabul” etmiştir.

63 <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=59896> (Erişim Tarihi: 04.03.2021)

64 KAVCAR, Cahit/ OĞUZKAN, Ferhan/ SEVER, Sedat, Türkçe Öğretimi, Engin Yayınevi, Ankara, 2001.

Cümle içinde ya da cümleler arasında kullanılan bağlaçlar, anlamlarına ve dil bilgisi kurallarına uygun olarak kullanılmalıdır.

Dil bilgisi kurallarına dahil olan noktalama işaretlerine dikkat edilmelidir.

### ***b. Konuya Uygun Kısalık***

İfade amaca ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır, ne eksik ne de fazla cümleyle oluşturulmalıdır. İfade amaca uygun kapsam ve içeriği, saf özü ifade eden kısalıkta olmalıdır<sup>65</sup>.

İfadede tekrardan kaçınılmalı, gereksiz uzun cümlelere yer verilmemelidir. İfadelerde ilgisi olmayan şeylere yer vermemeli, gereksiz ayrıntıya girilmemeli, karmaşaya yer vermemelidir. İfadede konu dışına çıkılmamalıdır<sup>66</sup>.

Kısa ve özlü ifadeler, ilgisinin konuyu sıklımadan dikkatine vererek okumasına, anlatılanı anlamasına ve anlatılanı izlemesine yardımcı olur.

Öğrenci, sınav süresi sınırlı olduğundan, bu süreyi akılcı kullanmak zorundadır. Bu sebeple soruyu yeterli özde ve kısalıkta cevaplamak durumundadır. Soru dışında akla gelen muhtemel sorunları tartışmak ve bunları cevaplamak, kısıtlı süre içerisinde mümkün değildir. Öğrenci ayrıntılarda boğulmamalı ve ayrıntıda kaybolmamalıdır. Sorunun özünü kaybetmeden, cevabı temel esasları kapsayacak şekilde kısa ve öz bir biçimde vermelidir. Uсталık, sorunun cevabını, kapsamlı ancak özlü bir şekilde kısaca vermektir.

Zamanla ve uygulamayla kazanılan bu özlü ve kısa anlatım ustalığı, sadece öğrencinin değil, hukukçunun en önemli yeteneğidir. Uygulamada avukatların uzun dilekçelerinde, uzun anlatımlarında ara özetlere yahut dilekçenin sonunda bir kısa özete yer vermelerinde yarar bulunmaktadır.

### ***c. Bütünlük***

Öğrencinin cevabı, davada tarafların iddiası ya da yargı kararında metin, aynı anlam etrafında toplanan, biçimce de birbirine bağlanan fikirlerden, mantıki bütünlük taşıyan cümlelerden meydana gelir. Demek ki paragrafın yapısını belirleyen temel öge olan cümleler belli bir mantıki sıralama içinde bir bütünlük taşımalıdır.

Metin ve onu oluşturan paragraflara ilişkin cümleler arasında, metnin kendine özgü yapısı içinde düşünsel ve sistematik bir bütünlük bulunmalıdır<sup>67</sup>.

Doğru anlatımlı bir paragrafta her cümle kendinden önceki cümlelerin devamı, kendinden sonraki cümlelerin ise hazırlayıcısıdır. Bunun için de cümleler arasındaki dil ve anlatım ilişkisi bir bütünlük

65 ZEVKLİLER, s. 429 vd.

66 HİRŞ, s. 96.

67 ZEVKLİLER, s. 432 vd.

içinde ortaya konulmalıdır. Çünkü bu bütünlük olmadan cümleler arasında ilişki oluşturulamaz. Her cümle, kendi içinde taşıdığı anlam ve paragrafta yüklendiği göreviyle metindeki düşünceyi belirgin bir şekilde ortaya koyar.

### **aa. Belirli Bir Düşünsel Sırayla ve SistematiK Sıralamayla İfade**

Doğru yazabilmek için, doğru düşünmek gerekir. Düşündükten sonra da düşünceleri doğru ve amaca uygun düşünsel ve sistematiK sırayla anlatabilmek lazım gelir<sup>68</sup>. Anlatılanlar doğru ve uygun şekilde yazıya dökülmelidir. Düşüncenin nasıl ifade edileceği, bu düşünce yazıya dökülmeden önce planlanmalı ve yapılan plana göre düşünce yazıya geçirilmelidir<sup>69</sup>.

Belirli bir sıra ile ifade, öğrencinin soru sırasına göre cevaplandırma yapması anlamına gelmez; ancak genellikle aynı olaya ilişkin sorular arasında mantiki bir bağ bulunmaktadır. Bu sebeple, zorunlu olmamakla birlikte, olayın soru sırası içinde cevaplanmasında yarar bulunmaktadır.

Olayın gelişiminin değerlendirilmesi, olayların tarih sırasına göre yapılmalı; önceki olayların sonraki olaylarla olan ilişkisi ve etkisi göz ardı edilmemelidir. Ancak kanun hükmünün, değerlendirme yapılırken belirli bir anın esas alınmasını öngörmesi durumunda, bu ana göre tespit ve değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin, miras hukuku değerlendirmelerinde miras bırakanın ölüm tarihi esas alınır.

Olayın çözümünde hukuki olgu olarak önem taşıyan ve hukuki sonucu etkileyen “etkin” hukuki olgular ön planda tutulmalıdır. Olayın olgularından önemli olan önemsiz; değerli olan değersiz tercih edilmelidir. Olayın olguları bu sıralamaya göre incelenmeli ve değerlendirilmelidir; bu sıralama çerçevesinde olgular ifade edilmelidir. Önemsiz olay olgusu önemli olan olgunun önüne çıkmamalı, önemli olguyu örtmemelidir.

Öğrenci sınavı çözerken, “önemli olan ilk intiba” olacağından, olayın önemli can alıcı noktalarını, kendisine puan kazandıracak hususları cevap kağıdında öne çıkarmalıdır. Önemsiz noktalarla uğraşarak puan ve zaman kaybına sebebiyet vermemelidir.

### **bb. İfadeler Arasında Mantiki Bir İlişki Kurulması**

Ortaya konulan anlatımda ifadeler, kendi içinde uyumlu olmalıdırlar, mantıksal olarak birbirlerine uygun olmalıdırlar ve birbirleri ile çelişmemelidirler<sup>70</sup>. Anlatım sadece belirli bir sıra içinde olmamalıdır, aynı zamanda mantıksal bir uyum içinde amaca uygun ifadelerle anlatılmak istenen ortaya konulmalıdır. Anlatımda kullanılan ifadeler, anlatımla arzulanan amaca uygun olarak, çelişkisiz bir şekilde ve mantiki ilişki içinde yazıya aktarılmalıdır.

68 HİRŞ, s. 112; ZEVLİLER, s. 433.

69 HİRŞ, s. 98.

70 HİRŞ, s. 96; ZEVLİLER, s. 434 vd.

## KAYNAKÇA

- ANTALYA**, O. Gökhan, Hukuk Bilimine Katkı Olarak – Hukuk Metodolojisi, C. II, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021. (Kısaltılmışı : **ANTALYA**, HBK C. II: HM).
- ANTALYA**, O. Gökhan, Hukuk Bilimine Katkı Olarak – Hukuk Teorisi, C. I, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020. (Kısaltılmışı : **ANTALYA**, HBK C. I: HT).
- ANTALYA**, O. Gökhan/ **TOPUZ**, Murat, Marmara Hukuk Yorumu – Medeni Hukuk (Giriş Temel Kavramlar-Başlangıç Hükümleri), C. I , 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ANTALYA**, O. Gökhan, Marmara Hukuk Yorumu – Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Temel Kavramlar – Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri), C. V/1,1, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- CZERNY**, Olivia/ **FRIELING**, Tino, “*Meine erste Zivilrechts-Klausur: Die vier Phasen der Klausurerstellung*”, JuS, 2012, ss. 877-883.
- DIEDERICHSEN**, Uwe/ **WAGNER**, Gerhard, Die BGB-Klausur, 9. Auflage, JuS, 1997.
- ENGISCH**, Karl, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Auflage, Heidelberg, 1963.
- GADAMER**, Hans-Georg, Wahrheit und Methode: Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, 5. Auflage, Tübingen, 1986.
- HİRŞ**, Ernst E., Pratik Hukukta Metod, Güncelleşmiş 8. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2017.
- HONSELL**, Heinrich/ **MAYER-MALY**, Theo, Rechtswissenschaft: Die Grundlagen des Rechts, 7. Auflage, 2017.
- KANTEMİR**, Enise, Yazılı ve Sözlü Anlatım, Engin Yayınevi, Ankara, 1997.
- KARAYALÇIN**, Yaşar/ **YONGALIK**, Aynur, Hukukta Öğretim – Kaynaklar – Metod: Problem Çözme, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2020.
- KAVCAR**, Cahit/ **OĞUZKAN**, Ferhan/ **SEVER**, Sedat, Türkçe Öğretimi, Engin Yayınevi, Ankara, 2001.
- KERBEIN**, Björn, “*Darstellung eines Meinungsstreits in Klausuren und Hausarbeiten*”, JuS, 2002, H. 4, ss. 353-355.
- LARENZ**, Karl /**CANARIS**, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin-Heidelberg, 1995.
- OLZEN**, Dirk/ **WANK**, Rolf, Zivilrechtliche Klausurenlehre, 6. Auflage, München, 2010.
- PIEPER**, Jan/ **STENMANS**, Jens, “*Darstellung von Streitständen und Standardmuster juristischer Argumentation*”, Ad Legendum, 2011, ss. 276-281.
- REHBINDER**, Manfred, Rechtssoziologie, 2. Auflage, Berlin, 1989.
- RYLE**, Gilbert, Der Begriff des Geistes, Stuttgart, 1969.
- SCHUSCHKE**, Winfried/ **SATTELMACHER**, Paul/ **SIRP**, Wilhelm/ **DAUBENSPECK**, Hermann/ **LÜTTIG**, Paul/ **BEYER**, Gerhard, Bericht, Gutachten und Urteil, 33. Auflage, München, 2003.
- SCHAPP**, Jan, “*Der Fall in der juristischen Methodenlehre*”, Subsumtion: Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, (Hrsg. **GABRIEL**, Gottfried/ **GRÖSCHNER**, Rolf), Tübingen, 2012, s. 227 ff.
- SCHNEIDER**, Egon/ **SCHNEIDER**, Harald/ **BRAUER**, Helmuth, Der Zivilrechtsfall in Prüfung und Praxis, 7. Auflage, 1988.
- TIEDEMANN**, Klaus, Tatbestandsfunktionen in Nebenstrafrecht, Tübingen 1969.
- VALERIUS**, Brian, Einführung in den Gutachtenstil, 3. Auflage, Berlin, 2009.
- VOGEL**, Ivo, Erfolgreich recherchieren – Jura, 2012.
- WIEDUWILT**, Hendrik, “*Die Sprache des Gutachtens*”, JuS, 2010, H. 4, ss. 288-292.
- ZEVKLİLER**, Aydın, Hukuk ve Öğreti, TBBĐ., 1994/3 (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1994-19943-948>), ss. 375-435.
- ZIMMERMANN**, Walter, Klage, Gutachten und Urteil, eine Anleitung für die zivilrechtlichen Ausbildungs – und Prüfungsarbeiten mit Beispielen, 21. Auflage, 2019.



# Limited Şirket Esas Sermaye Payının İnançlı Temliki: Basel Eyalet Mahkemesinin 3 Şubat 2019 Tarihli Zb.2018.35 Sayılı Kararı Çerçevesinde Bir İnceleme

## Fiduciary Assignment of Limited Company Shares: A Research Regarding The Basel Supreme Court Decision Dated 3 February 2019 Numbered Zb.2018.35

Murat Yusuf Akın\*\* , Emine Develi Ayverdi\*\*\* 

### ÖZ

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun\* ("TTK") 600. maddesi ile limited şirket esas sermaye payının rehni ilk defa açıkça düzenlenmiştir. Ancak rehin hakkının rehin alacaklısına sağladığı hakların kısıtlılığı uygulamada esas sermaye payının inanca temlik konu edilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu noktada inanca temlikin, kanun koyucu tarafından düzenlenmemiş olup doktrin ve uygulama tarafından geliştirilmiş olması, esas sermaye payının inanca işlemle devredilmesi sonucu tarafların hukuki konumu hakkında belirsizliğe yol açmaktadır.

Alacağı teminat altına almak isteyen alacaklı için hem avantajları hem de dezavantajları bulunan bu kurum, beraberinde bilhassa tarafların yetkisine ilişkin birtakım sorunları getirmektedir. Bu çalışmada söz konusu olabilecek sorunlara değinilerek doktrin görüşleri çerçevesinde çözüm getirilmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Limited Şirket Esas Sermaye Payı, İnançlı Temlik, Meşru Hak Sahipliği Görüntüsü Yaratma Amacıyla Devir

### ABSTRACT

Turkish Commercial Code numbered 6102 (TTK) article 600 explicitly regulates the pledge on limited company shares for the first time. However, the limitation of the rights granted to the pledgee brings forth the fiduciary assignment of limited company shares in practice. At this point, since fiduciary assignment is a term promoted by the doctrine and not regulated in law, legal status of the assignee and assigner after the fiduciary assignment of limited company share is blurry.

This institution that brings about both perks and handicaps for assignee causes problems most particularly regarding the authority of parties. In this study it is intended to offer solutions to possible problem with regards to doctrine.

**Keywords:** Limited Company Share, Fiduciary Assignment, Legitimation Transfer

\* RG, 14.2.2011, S. 27846.

\*\* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

\*\*\* Ar. Gör., Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, evelid@sakarya.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6373-3218.

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Murat Yusuf Akın

**E-posta/E-mail:** makin@marmara.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 14.12.2020

**Kabul Tarihi/Accepted:** 24.01.2021

## GİRİŞ

Limited şirket esas sermaye payı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu<sup>1</sup> madde 954 hükmü çerçevesinde “diğer haklar” dan sayılmakta olup, rehni kabil bir hak teşkil eder. Dolayısıyla alacaklı, alacağına teminat olarak borçlunun veya üçüncü kişinin esas sermaye payı üzerinde kendi lehine rehin hakkı tesis etmesini talep edebilir. Bu sayede rehin alacaklısı, rehin hakkı ile teminat altına alınan alacağın ifa edilmemesi halinde rehne konu esas sermaye payını sattırarak alacağına kavuşabilir. Lakin esas sermaye payı üzerinde tesis edilen rehin hakkının sağlamış olduğu teminat, ileride değinileceği üzere, her zaman rehin alacaklısını tatmin konusunda yeterli olmayabilir. Özellikle rehin hakkının ortaksal hakları bahşetmemesi ve değerinde azalma yaşanmasını önleme imkânının rehin alacaklısına tanınmamış olması rehin hakkının teminat sağlama işlevinde yetersiz kalmasına sebep olabilir. Bunun gibi sebeplerden ötürü taraflar esas sermaye payının inanca temlik yoluyla devredilmesine karar verebilir. Tarafların buna karar vermesi halinde inanca temlikin hangi usulde yapılacağı, taraflar arasındaki iç ilişki ve dış ilişki, inanca işlemle devreden borçlunun korunması gibi hususlar büyük önem arz eder. Bunun yanı sıra bu çalışmada özetine yer verilen Basel Eyalet Mahkemesi kararına konu uyuşmazlıkta olduğu üzere, inanca işlem ile devrin esas sermaye payı üzerindeki mülkiyet hakkına etkisi, özellikle devreden bu esas sermaye payından doğan hakları haiz olup olmadığı noktasında, oldukça önemli olup bu konuya yaklaşımlar Türk-İsviçre hukukları ile Alman hukukunda farklılık göstermektedir.

Çalışma, limited şirket esas sermaye payının inanca temlik ile devrini konu almakta olup, diğer hak türleri, özellikle anonim şirket payları kapsam dışında bırakılmıştır. Esas sermaye payının inanca temlike konu olması hususunda özellikle bu devrin esas sermaye payı üzerindeki mülkiyet hakkına etkisi noktasında Türk-İsviçre hukukları ile Alman hukukundaki farklı yaklaşım incelenmek istenmiştir. Çalışmanın kapsamı bakımından Basel Eyalet Mahkemesi kararına konu olaydaki nam-ı müstearın bir inanca işlem türü olup olmadığı tartışmasına da yalnızca işaret edilmiştir.

## I. ESAS SERMAYE PAYININ İNANÇLI TEMLİKE KONU OLMASINA İLİŞKİN AÇIKLAMALAR

### A. GENEL OLARAK

İnanca işlemler (*fiduziarische / treuhänderische Rechtsgeschäfte*), kanunda hiç yer verilmemiş olmasına rağmen<sup>2</sup> uygulamada sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. İnanca işlemlerin bir türü olan ve gizleme, alacaklılardan mal kaçırma, dolambaç, sadeleştirme ve teminat sağlama gibi iktisadi fonksiyonlarından bahsedilen inanca temlik, her ne kadar kanun koyucu bu kurumu göz ardı etmiş olsa da doktrin ve yargı kararları tarafından geçerli kabul edilmektedir. İnanca temlike ilişkin olarak

1 RG, 8.12.2001, S. 24607.

2 Bir taşının mülkiyetini hükmen teslim yoluyla devrini düzenleyen TMK 766 ve emre ve hamiline yazılı senetlerin inanca temlik ile devredildiği halde iflas masasından çıkarılması hakkını düzenleyen İİK 188, dolaylı da olsa inanca temlikli konu alan hükümlere örnek gösterilebilir, bkz. *Altaş, H./ Kurt, L., İnanca İşlemler, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011, C. II, S.II, (s. 1-28) s. 2 dn.1.*

doktrinde farklı tanımlara yer verilmekte olup, bunların birleştiği tüm noktaları kapsayan tanım şu şekildedir: “İnananın bir borca teminat teşkil etmek veya idare olunmak üzere malvarlığına dahil bir şey ya da hakkı, aynı amacı güden olağan hukuki işlemlerden daha güçlü bir hukuki durum yaratmak maksadıyla inanılana ciddi biçimde ve tam olarak kazandıran, sonra da tekrar (geri) devretme yükümlülüğünü içeren işlemdir”<sup>3</sup>.

Tanımda yer verilen unsurların incelenmesinden önce inanç ilişkisinde taraflara ve sözleşmeye ilişkin adlandırmalardan bahsedilmesi yerinde olur. İnançlı temlikte malvarlığındaki malı veya hakkı inançlı devreden kişi “inanan” (*Fiduziant / Treugeber*), malı veya hakkı inançlı devralan kişi ise “inanılan” (*Fiduziar / Treuhänder*), aralarındaki malın veya hakkın inançlı olarak devredilmesine ilişkin anlaşma “inanç anlaşması” (*pactum fiduciae / fiduziarische Vereinbarung / Treuabrede*) olarak adlandırılır. İnançlı temlik işleminin teminat sağlama amacıyla yapılması halinde ise, inanan, aynı zamanda “teminat veren” (*Sicherungsgeber*); inanılan da, “teminat alan” (*Sicherungsnehmer*) olarak nitelendirilir.

İnançlı temlike ilişkin olarak yukarıda verdiğimiz tanım ayrıntılı olarak incelendiğinde inançlı temlikin unsurları ortaya çıkmaktadır. İnançlı temlikten söz edebilmek için öncelikle tarafların esas olarak amaçladıkları hukuki işlemde daha öteye giden bir işlem yapmış olmaları gerekmektedir. Buna örnek olarak, çalışmamızın bu kısmında ele alacağımız üzere, teminat sağlamak amacıyla rehin hakkı tesis etmek yerine mülkiyetin devredilmesi verilebilir. Bir diğer önemli unsur ise, inançlı işlem konusunun ciddi biçimde ve tam olarak inanılana devrinin istenmesidir. Bu unsur inançlı temlik muvazaadan ayırır<sup>4</sup>. Muvazaanın aksine taraflar üçüncü kişilere karşı hakkın devredilmiş görünmesini değil, kendi aralarında da sonuç doğurmak üzere hakkın tam olarak devrini istemektedirler. “Tam hak devri” olarak ifade edilen bu teori Türk-İsviçre hukukunda kabul edilmektedir<sup>5</sup>. O kadar ki, devir

3 Esener, T., Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1956, s.152-155; Esener, Borçlar Hukuku I, s. 107; Tandoğan, H., Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri – Cilt: II, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 543; Aydıncık, Ş., “Bir İnançlı İşlem Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temlik”, İÜHF, C. LXIV, S. 1, 2006, (s. 131-194) s. 131; Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 383; Antalya, G., Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/ 1,1, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, § 15 N 1526; Kılıçoğlu, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 245; Kocayusufpaşaoğlu, N./ Hatemi, H./ Serozan, R./ Arpacı, A., Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, 6. Bası, Filiz Yayınevi, İstanbul 2014, § 35, Nr. 37; Tandoğan, H., “İnançlı İşlemlerde İnananın Korunması Sorunu ve Bu Sorunun Çözümünde BK.393'ten Yararlanma Olanakları”, Temsil ve Vekalete İlişkin Sorunlar, Sempozyum, İstanbul 1977, s. 73; Şafak, A., Teminat Amaçlı Alacağın Temlik, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, 24; Yasaman, H., Hisse Devir İşlemi, Şirketler Hukuku Ve Sermaye Piyasası Hukuku İle İlgili Makaleler, Mütalaalar, Bilirkişi Raporları-II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, (s. 563-586) s. 583; Merz, H., Legalzession und Aussonderungsrecht gemäß Art. 401 OR: ein Beitrag zum Verhältnis von Auftrag und fiduziarischem Rechtsgeschäft, Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Helbing und Lichtenhahn, Basel, 1975, (s. 451-464) s. 451; Schmid, J. (Hrsg.) / Jäggi, P./ Gauch, P./ Hartmann, S., ZK – Zürcher Kommentar: Obligationenrecht: Art. 18 OR – Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2014, Art. 18, N. 190; Guhl, T./ Koller, A./ Schnyder, A./ Druey, J. N., Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2000, § 15, N. 26; BGE 119 II 326; BGE 71 II 99; BGE 117 II 290.

4 Yılmaz, S./ Pınar, H., “İnançlı İşlemlerin Muvazaalı İşlemlerle Karşılaştırılması Üzerinde Bir Değerlendirme”, AÜHF, C. 68, S. 4, Y. 2019, (s. 959 – 998) s. 985.

5 Bkz. Tandoğan, H., Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri – Cilt: II, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 547; Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 385; Esener, Borçlar Hukuku I, s. 109-110; Esener, Muvazaalı Muameleler, s. 150-152; Öztürk, G., İnançlı İşlemler, Yetkin Yayınları, Ankara 1998, s. 60; Özkaya, E., İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 7.

işleminin inançlı işlem olduğunu bilen üçüncü kişilere karşı dahi bu devir ileri sürülebilir<sup>6</sup>. Buna karşın muvazaada taraflar yalnızca dışarıya karşı bir görünüm oluşturmakta, ancak bu durumun iç ilişkide hüküm ifade etmesini istememektedirler. İnançlı temlikte mülkiyetin tam olarak devriyle birlikte inanılan artık devir konusunun tam sahibidir; ancak inanılan bu hakkı inananla aralarında akdettikleri sözleşmeye uygun olarak kullanma yükümlülüğü altındadır<sup>7</sup>. Yine de ifade etmeliyiz ki, bu yükümlülük aralarındaki nispi ilişkiden kaynaklanmakta olup<sup>8</sup>, üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmemektedir. Örneğin, inanç konusunun bu ilişkiden haberdar üçüncü kişiye devri halinde bu devir işlemi, TBK 27 hükmüne aykırılık hali saklı kalmak üzere, geçerli olur.

İnançlı işlemler doktrinde farklı şekillerde tasnif edilmişse de bu ayrımlardan en önemlisi amaç bakımından yapılan ayrımdır. Buna göre inançlı işlemler saf inançlı işlemler (*reine fiduziarische Rechtsgeschäfte / fiduciae cum amico*) ve karma inançlı işlemler (*gemischte fiduziarische Rechtsgeschäfte / fiduciae cum creditore contracta*) olarak ikiye ayrılır<sup>9</sup>. Saf inançlı işlemlerde inanılan, inanç konusunu, sadece inanan veya onun tayin ettiği bir kişi yararına elinde bulundurur ve onun talimatlarıyla bağlıdır<sup>10</sup>. Bu ilişki vekâlet sözleşmesi veya vekâlet benzeri sözleşme olarak nitelendirilir<sup>11</sup> ve en önemli örneğini alacağın tahsili maksadıyla temlik (*Inkassoabtretung*) oluşturur. Bu tür inanç işlemler aynı zamanda gerçek inançlı işlem (*echtes Treuhand*) olarak nitelendirilir. Alacağın tahsili amacıyla temlikine örnek olarak kambyo senedinin tahsil amacıyla ciro edilmesi gösterilebilir<sup>12</sup>.

Karma inançlı işlemler ise inanılanın menfaatinin de göz önünde bulundurulduğu hallerde söz konusu olur. Ancak bu halde dahi malı veya hakkı elinde bulunduran inanılan, kendi menfaatinin üstün tutarken inananın menfaatlerini göz ardı etmemelidir. İnançlı işlemin menfaate göre sınıflandırılmasında kendi yararına (*eigennützige*) inançlı işlem olarak ifade edilen karma inançlı işlemlerde, inanılanın bazı hallerde inananın menfaatine de uygun hareket etmesi beklenir<sup>13</sup>. Bu

Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 60 vd.; *Aydıncık*, s.136 vd.; *Jäggi / Gauch / Hartmann*, Art. 18, N. 204 vd.; *Guhl/ Koller/ Schnyder / Druet*, § 15, N. 28; *Meier-Hayoz*, A. (Hrsg.) / *Kramer*, E. A. / *Schmidlin*, B., BK – Berner Kommentar Band / Nr. VI/1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Stämpfli Verlag AG, 1986, Art. 18, Nr. 119; *Merz*, s. 453; *Aebi-Müller*, R. E. (Hrsg.) / *Müller*, C. (Hrsg.), BK – Berner Kommentar: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen: Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Stämpfli Verlag AG, 2018, Art. 18, Nr. 414-415; BGE 130 III 417; BGE 117 II 463; BGE 113 III; Basel Kantonu Temyiz Mahkemesi ZB. 2018.35 sayılı 03.02.2019 tarihli kararı.

6 *Oktay-Özdemir*, S., Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri, İÜHFİM, C. LVII, S. 1-2, Y. 1999, (s. 265 – 299), s. 270 dn. 12.

7 *Kramer / Schmidlin*, Art. 18, Nr. 119.

8 *Kramer / Schmidlin*, Art. 18, Nr. 123; *Müller*, Art. 18, Nr. 415.

9 *Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı*, § 35, Nr. 42; *Antalya*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/ 1,1, § 15 N 1536 vd.; *Kramer / Schmidlin*, Art. 18, Nr. 120.

10 *Jäggi / Gauch / Hartmann*, Art. 18, N 193.

11 *Özsunay*, E., Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968, s. 45; *Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı*, § 3 5, Nr. 43; *Antalya*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/ 1,1, § 15 N 1545; *Jäggi / Gauch / Hartmann*, Art. 18, N. 209; *Merz*, s. 454 vd.

12 *Özsunay*, İnançlı Muameleler, s. 46; *Tandoğan*, Özel Borç İlişkileri, s. 544.

13 *Özsunay*, İnançlı Muameleler, s. 67.

tür inançlı işlemlere örnek olarak ise mülkiyetin teminat amaçlı devri (*Sicherungsübertragung*) veya alacağın teminat amaçlı devri (*Sicherungszeession*) çıkmaktadır<sup>14</sup>.

Karma inançlı işlemlerin hukuki niteliğinin tespiti saf inançlı işlemlere göre daha zordur. Zira saf inançlı işlemlerde yalnızca inananın menfaati göz önünde bulundurulmakta ve inanılan onun talimatlarıyla bağlı bir konumda bulunmaktadır. Buna karşılık karma inançlı işlemlerde inanılanın menfaatleri ön plana çıkar; inanan inanç konusu üzerinde tasarrufta bulunurken inanılanın menfaatlerini de gözetmelidir<sup>15</sup>. Yine de inananın inanılana talimat vermesi söz konusu değildir<sup>16</sup>. Karma inançlı işlemler özellikle alacak veya mülkiyetin teminat amacıyla inançlı temlikinde karşımıza çıkmaktadır<sup>17</sup>. Bu nedenle karma inançlı işlemlerde uygulanacak hükümler belirlenirken, özellikle teminat amaçlı inançlı temlik halinde vekâlet sözleşmesi hükümlerinden ziyade rehin hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>18</sup>. Rehin hakkı tesis edilmesi halinde rehin alacaklısına rehin konusu üzerinde sınırlı aynı hak tanınmış olmasına karşılık teminat amacıyla inançlı temlikte inanç konusunun mülkiyeti geçirildiğine göre, rehin hükümlerinin inançlı temlike uygulanmasının kıyasen olacağı açıktır.

Türk-İsviçre hukukunda inançlı işlemin amacına göre yapılan bu ayrımın yanı sıra Alman hukukunda inanılanın malı veya hakkı inanan yararına devraldığı ve inanç konusunu inanan yararına idare etmesine yönelik inançlı işlem (*Erwerbstreuhand*); mal veya hak sahibinin inanç sözleşmesi ile bu mal veya hakkı inanan menfaatine idare etmeyi yükümlenmesine yönelik inançlı işlem (*Vereinbarungstreuhand*); son olarak inananın malvarlığındaki malı veya hakkı inanılana devretmesine yönelik inançlı işlem (*Übertragungstreuhand*)'den bahsedilmektedir<sup>19</sup>. Malın veya hakkın teminat amacıyla inançlı temlik ile benzerlik gösteren inançlı devir (*Übertragungstreuhand*) halinde, Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak bu inançlı devir işlemiyle birlikte malın hukuki anlamda malikinin inanılan olduğu ancak iktisadi anlamda mülkiyetin inanan yani devredende kaldığı ifade edilmektedir. Mülkiyetin devrinde bu şekilde bir ayrım hukuk sistemimizde kabul edilmemiş olup, daha sonra inceleneceği üzere, hem doktrin hem de uygulamada inançlı temlikte tam hak devri teorisi neredeyse istisnasız olarak kabul edilmektedir.

14 *Jäggi / Gauch / Hartmann*, Art. 18, N 202; esas sermaye payının teminat amaçlı inançlı temlikinin kendi yararına inançlı işlem teşkil ettiği yönünde bkz. *Mühl*, O., "Der Geschäftsanteil in einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Kreditsicherheit (treuhänderische Übertragung, Verpfändung, Nießbrauch)", *Gesellschaftsanteile als Kreditsicherheit*, Duncker & Humboldt, Berlin 1979, s. 144.

15 *Özsunay*, İnançlı Muameleler, s. 57.

16 Saf inançlı işlemler ile karma inançlı işlemler arasındaki bu farklılık inanç ilişkisinde özellikle inananın korunması ve tarafların iflası noktasında önem arz etmektedir. Bu farklılıklara ilgili başlıklar altında değinilecektir.

17 *Tandoğan*, İnançlı İşlemler, s. 75; *Özsunay*, E., "Saf İnançlı Muamelelerde Vekâlet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulanması", *Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar, Sempozyum*, İstanbul 1977, (s. 99-125) s. 101 vd.; *Altaş / Kurt*, s. 8.

18 *Aydıncık*, s. 171 vd.; *Altaş / Kurt*, s. 9; *Özsunay*, İnançlı Muameleler, s. 137 vd.; *Oktay-Özdemir*, s. 277. Eren, inanç işleminin hukuki niteliğini tespit ederken inançlı işlemler arasında bir farklılığa değinmeksizin tüm inançlı işlemler için inanç anlaşmasının hukuki niteliğinin kendine özgü bir sözleşme olduğunu ifade etmiştir. Bu sözleşmeye vekâlete ilişkin hükümler kıyasen uygulanacaktır. Bkz. *Eren*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 384.

19 *Armbrüster*, C., *Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften*, Carl Heymanns Verlag, 2001, s. 15.

Teminat amaçlı inançlı temlik bir eşyayı konu edinebileceği gibi, bir hakkın da inançlı temlik söz konusu olabilir. Bu durum mülkiyetin teminat amaçlı devri (*Sicherungsübertragung*) ve alacağın teminat amaçlı devri (*Sicherungscession*) olarak ifade edilir<sup>20</sup>. Daha önce bahsedildiği üzere esas sermaye payının rehni bir hak rehnidir; bu nedenle esas sermaye payının inançlı temlikinde de bir hakkın inançlı temlik söz konusu olur<sup>21</sup>. İnançlı temlikin inanç konusunun türüne göre yapılan ayırmada esas sermaye payının inançlı temlik alacağın inançlı temlik olarak ele alınabilirse de alacağın temlikinden ayrılan yanları olduğu; alacağın temlikine ilişkin hükümlerin bu işlemde kıyasen ve bünyesine uygun olduğu ölçüde uygulanması gerektiği ifade edilmelidir<sup>22</sup>.

Limited şirket esas sermaye payının inançlı temlikinde saf inançlı işlemin söz konusu olması mümkündür. Özellikle genel kurulda oy hakkının da kullanılmasını sağlamak için idare amacıyla esas sermaye payının devri mümkündür. Bu durumda inanılan (payı devralan, yeni ortak) inananın (payı devreden, eski ortak) menfaati doğrultusunda işlem yapar ve onun talimatlarıyla bağlıdır. Ayrıca esas sermaye payının bir üçüncü kişi yararına elde bulundurmaya üzere devralınması (*Erwerbshand*) ve limited şirket ortağının üçüncü kişiyle yapacağı inançlı işlemde sonra esas sermaye paylarını o kişi yararına elinde bulundurması (*Vereinbarungshand*) söz konusu olabilir. Ancak çalışmamızda inceleme konusu yapılacak kısım karma inançlı işlem olan esas sermaye payının teminat amaçlı inançlı temlikidir. Bu nedenle esas sermaye payının teminat amaçlı inançlı temlik dışında kalan ve esas sermaye payını konu alan diğer inançlı işlem türleri üzerinde bir inceleme yapılmamıştır.

## I. Esas Sermaye Payının İnançlı Temlikinde Güdülen Amaç

Esas sermaye payının rehni yerine inançlı işlem yoluyla teminat amaçlı devrinin birden fazla sebebi olabilir<sup>23</sup>. Esas sermaye payının rehinde, teminat altına alınan alacağın ödenmemesi halinde esas sermaye payının satılması ve satım bedelinden alacağın tahsil edilmesi söz konusu olmaktadır. Esas sermaye payının teminat amacıyla inançlı temlik bu uzun ve karmaşık sayılabilecek prosedürü ortadan kaldırmaktadır. Esas sermaye payının bu şekilde paraya çevrilmesini, borçlunun aleyhine olabilecek sonuçları engellenmiş olmaktadır. Bu şekilde inanılana, teminat sağlamayı amaçlayan olağan hukuki işlem olan rehinden daha güçlü bir konum sağlanmaktadır<sup>24</sup>. Bu sayede teminat konusunun inançlı temlik sayesinde teminat alan (inanılan) rehin hakkının sağlayacağından daha

20 Kramer/ Schmidlin, Art. 18 Nr. 21; Müller, K./ Gruber, U., Sachenrecht, Vahlen Verlag, 2016, Art. 18, Nr. 411.

21 Serick, R., Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung: Neue Rechtsentwicklungen, 2. Auflage, Heidelberg 1993, s. 26; Altaş / Kurt, s. 4.

22 Alacağın teminat amaçlı inançlı temlikinde üç sözleşme vardır: İlki alacağın devri işlemi (*Abtretungsvertrag*), ikincisi inanç sözleşmesi (*Sicherungsvertrag*), üçüncüsü ise inanç konusu alacağın doğumuna yol açan sözleşme, genelde ödünç veya satım sözleşmesi. bkz. Nörr / Scheyhing / Pöggeler, s. 138. Esas sermaye payının inançlı temlikinde ise alacağın doğumuna yol açan sözleşmeden bahsedilemez; esas sermaye payı hem hak hem de borçları bünyesinde ihtiva eden bir bütündür.

23 Teminat amaçlı inançlı temlikin avantaj ve dezavantajlarına toplu bir bakış için bkz. Oktay-Özdemir, s.267-269.

24 Kocayusufoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, § 35, Nr. 37; Esener, Muvazaalı Muameleler, s. 155; Armbrüster, C., "Treuhandrische GmbH-Beteiligungen (I) Begründung, Übertragung, Umwandlung, Beendigung", GmbHR 2001, (s. 941-950) s. 944; Mühl, s. 144; Baumbach, A. / Hueck, A. / Servatius, W., Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 21. Auflage, C. H. Beck, 2017, § 15, Nr. 49 vd.; Altaş / Kurt, s. 9. Yarg. 14. HD 14.3.2019, E. 2016/16087, K. 2019/2373. Karar için bkz. <http://www.karararama.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 03.12.2019).

geniş bir güvence elde etmekte, rehnin paraya çevrilmesi esnasında karşılaşılabilecek prosedürel zorluklar ve paraya çevirmede meydana gelebilecek değer eksilmesi kural olarak söz konusu olmaz<sup>25</sup>. Ayrıca üzerinde rehin hakkı tesis edilen eşya veya hak, rehin borçlusunun iflası halinde iflas masasına dahil olur, rehin alacaklısı ise eşya veya hakkın satımından elde edilen tutar üzerinde rüçhan hakkını haiz olur. Ancak inanca temlik halinde işlem konusu artık inanılanın malvarlığına dâhil olduğu için, inanan iflas ettiği takdirde rehinli mal/hak iflas masasına dahil olmayacaktır. Dolayısıyla teminat amacıyla inanca temlik uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Limited şirket esas sermaye payının rehni yerine teminat sağlama amacıyla inanca temlikinin tercih edilmesinin en önemli sebebi ise şudur: Esas sermaye payının rehnedilmesi halinde rehin alacaklısı yalnızca rehnin paraya çevrilmesini talep etme hakkını haiz olacaktır. Bunun dışında rehin, rehin alacaklısına bir hak tanımamaktadır. Esas sermaye payının inanca temlik halinde ise inanılan limited şirket ortağı olacaktır. Bu nedenle esas sermaye payından kaynaklanan tüm hakları haiz olacaktır<sup>26</sup>. Bu şekilde inanılan yönetsel hakları kullanmak suretiyle kendi menfaatini korurken mali haklardan istifade suretiyle alacağını da şirketten tahsil edebilir. Esas sermaye payının inanca temlikinin teminat alan açısından bir diğer faydası da artık ortak sıfatını haiz olacağı için oy hakkını onun kullanacak olmasıdır. Elbette ki esas sermaye payı rehninde rehin alacaklısını korumaya yönelik oy sözleşmeleri yapılabilir. Ancak bunlar rehin alanı korumak için yetersiz kalabilmektedir. Rehin veren ortak her zaman genel kurulda alınacak kararlar ile esas sermaye payının değerini düşürmeye yönelik eylemlerde bulunabilir. Her ne kadar bu eylemler bir tazminat yükümlülüğüne yol açacaksa da rehin alacaklısının korunmasının temin edildiği söylenemez. Ayrıca rehin hakkı tesis edilmesi halinde ortağın çıkarılması veya esas sermaye payının itfası hallerinde zarara uğraması ihtimali inanca temlikinden daha yüksektir.

Esas sermaye payının rehni yerine inanca temlikinin tercih edilmesi beraberinde birtakım dezavantajları da getirmektedir. Öncelikle esas sermaye payının inanca temlik yoluyla devralınması esas sermaye payından kaynaklanan yükümlülüklerin de üstlenilmesi anlamına gelmektedir<sup>27</sup>. Bunun yanı sıra esas sermaye payını inanca temlikle devralan inanılan, yeni ortak olarak ticaret siciline tescil ve pay defterine kaydedilmektedir. Bu durum 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun<sup>28</sup> 35 uyarınca amme alacaklarından da sorumlu olması sonucunu doğurur. Devralan ortağın bu sorumluluğu AATUHK 35/II uyarınca devirden önceki dönemi de kapsar; devralan, bu dönem borçlarından devredenle birlikte müteselsilen sorumlu olmaktadır.

25 Rehnin paraya çevrilmesi prosedüründe alacaklının esas sermaye payını belirlenen asgari satış bedeli üzerinden alacağı mahsuben alması ve eksik kalan tutar için borçluyu haciz yoluyla takibe devam etmesi halinde toplam alacağından daha yüksek değerde bir tahsilat yapması mümkündür.

26 *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, s. 39.

27 *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, s. 43; *Fleischer*, H. (Hrsg.) / *Goette*, W. (Hrsg.) / *Reichert*, J. / *Weller*, M. P., Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 2. Auflage, C. H. Beck, 2015, § 15, Rn. 275; *Roth*, H., "Pfändung und Verpfändung von Gesellschaftsanteilen", ZGR 2000, (s. 187-222) s. 219.

28 RG, 28.7.1953, S. 8469.

Esas sermaye payının rehni yerine inançlı temlikinin bir diğer dezavantajı ise, özellikle inanan bakımından doğmaktadır. Devreden, yani inanan, şirketteki ortak sıfatını yitirmektedir<sup>29</sup>. Esas sermaye payı inançlı temlik işlemiyle birlikte artık yeni ortağın malvarlığında yer alacağı için inanılanın alacaklıları bu esas sermaye payı üzerinde haciz işlemi yaptırabilecekleri gibi, inanılanın iflas etmesi halinde esas sermaye payı iflas masasına dâhil olur. Bu durumda inanan devrettiği esas sermaye payını iflas masasından çıkarması mümkün olmaz veya esas sermaye payı üzerinde bir istihkak iddiası ileri süremez.

Esas sermaye payının inançlı temlikinde söz konusu olacak başka bir dezavantaj devir sürecinde ortaya çıkar. Esas sermaye payı üzerinde rehin kurulabilmesi için genel kurulun onayı, ancak bu durum şirket sözleşmesinde öngörüldüyse söz konusu olur (TTK 600/II). Buna karşılık esas sermaye payı devrinde kural genel kurul onayının alınmasıdır; bu onay şartı şirket sözleşmesiyle kaldırılabilir (TTK 595/II). Dolayısıyla esas sermaye payının inançlı temlik ile devrinde, şirket sözleşmesiyle devre ilişkin ayrı bir düzenlemeye yer verilmedikçe, genel kurul onayı aranır ki, bu onayı almak her zaman kolay olmayabilir.

## 2. Esas Sermaye Payının İnançlı Temlik ile Devredilmesine Yönelik İşlemler

### a. İnanç Sözleşmesi

Bir hakkın inançlı temlikine ilişkin inanç sözleşmesinde inanan, hakkın sahipliğini inanılana tam olarak devretmeyi, inanılan da devraldığı hakkı bu sözleşmeye uygun olarak idare etmeyi ve birtakım şartların gerçekleşmesi halinde inananı iade etmeyi yükümlenir<sup>30</sup>. Teminat amacıyla yapılan inançlı işlemde bu şart çoğu zaman teminat altına alınan borcun ödenmesidir. Esas sermaye payının teminat amaçlı inançlı temlik, esas sermaye payı devri teşkil eder ve limited şirket ortaklık yapısında farklılık meydana getirir. Her ne kadar bu işlemin amacı devralana teminat sağlamak olsa da özünde esas sermaye payının devrini teşkil eder. Dolayısıyla bu işlem esas sermaye payının devrini düzenleyen TTK 595 hükmüne uygun olarak gerçekleştirilmelidir.

İnançlı temlik işleminin kendisi bir tasarruf işlemi olmasına rağmen, inançlı temlike dair taahhüt aşaması da mevcuttur<sup>31</sup>. Uygulamada her ne kadar taahhüt ve tasarruf işlemleri aynı anda gerçekleştirilmekteyse de teorik olarak öncelikle taahhüt işleminin incelenmesi doğru olur. Bu aşamada taraflar<sup>32</sup> arasında yapılan sözleşme “inanç sözleşmesi” (*fiduziarisches Grundgeschäft* /

29 Reichert / Weller, MüKoGmbHG, § 15, Rn. 275.

30 Esener, Borçlar Hukuku I, s. 108; Altaş/ Kurt, s. 4; Yarg. 14. HD, 1.3.2007, E. 726/2007, K. 2065/ 2007; HGK, 14.07.2010, E. 14-394/ 2010, K. 395/ 2010; Yarg. 1. HD, 30.10.2000, E. 12988/2000, K. 13223/ 2000; bahsedilen karar için bkz. www.kazanci.com.tr (erişim tarihi: 01.10.2016).

31 Aydıncık, s. 161 vd.; Tandoğan, “İnançlı İşlem”, s. 74; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 85 vd.; Oğuz, A., “Roma Ve Türk Hukukunda İnançlı İşlem Ve Vekalet Sözleşmelerinin Karşılaştırılması”, AÜHFD 1989-1990, S. 1-4, (s. 225-284) s. 239-240; Uygur, A., Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2006, C. X, S. 1-2, (s. 171-195) s. 173; Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 384; Eren, F., Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 224; Esener, Muvazaalı Muameleler, s. 147 vd.; Altaş / Kurt, s. 11-12; HGK, 17.4.2010, E. 14-394/ 2010, K. 395/ 2010. [Kararın kaynağını belirtelim].

32 İnanç sözleşmesi inanan ve inanılan arasında yapılır. Esas sermaye payının başkasının borcu için teminat amaçlı



*Sicherungsabrede*) olarak adlandırılır ve hem inanç konusunun inanılana kazandırılmasının hem de inançlı işlem sona erince inanç konusunun inanana iade edilmesinin hukuki sebebinin teşkil eden<sup>33</sup> bu sözleşme uygulamada taraflar arasında satım, trampa veya bağış sözleşmesi olarak nitelendirilir<sup>34</sup>. TTK 595 hükmü incelendiğinde, esas sermaye payı devri için karşımıza öncelikle esas sermaye payı devri taahhüt işlemi çıkmaktadır. Kanunda esas sermaye payı devrinin taahhüt ve tasarruf işlemi safhalarına ayrıldığı; her iki safhanın da yazılı şekil şartına tabi tutulduğu ve noter onayının arandığı görülmektedir (TTK 595/I.c.1; aynı yönde düzenleme Alman hukukunda GmbHG § 15/III ve IV'te yer almaktadır<sup>35</sup>)<sup>36</sup>.

TTK 595/I'in esas sermaye payı devrinin taahhüdünü dahi yazılı şekil şartı ve noter onayına tabi tutan düzenlemesi göz önüne alındığında taraflar arasındaki inanç sözleşmesinin devir borcu doğuran bir işlem olarak nitelendirilmesi ve şekil şartına tabi olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. Özellikle Alman hukukunda cereyan eden bu tartışmada esas sermaye payı devrinde taahhüt aşamasında ilişkin olarak GmbHG § 15/IV'te öngörülen şekil şartı amaçsal olarak ele alınmış ve esas sermaye payının inançlı temlikinin şekil şartı ile öngörülen amaç kapsamında olup olmadığı irdelenmiştir<sup>37</sup>. Hâkim olan görüşe göre, esas sermaye payının devri usulüyle gerçekleştirilen inançlı işlemlerde taahhüt aşaması da yazılı şekle tabidir<sup>38</sup>. Zira bu halde de esas sermaye payının devri taahhüt

temlikinde de inanç sözleşmesi ortak ve alacaklı arasındadır. Dolayısıyla borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşmenin, inanç sözleşmesi olarak adlandırılacağı görüşüne katılmıyoruz. Bu görüş için bkz. *Mühl*, s. 145.

33 *Özsunay*, “Saf İnançlı Muameleler”, s. 112; *Tandoğan*, *Özel Borç İlişkileri*, s. 546; *Antalya*, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/ 1,1, § 15 N 1533*.

34 *Tandoğan*, *İnançlı İşlem*, s. 76; *Jäggi/ Gauch/ Hartmann*, Art. 18, N. 210-211. İnanç sözleşmesinin bu şekilde nitelendirilmesi, bu sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmayacağı gibi, muvazaalı işlem olduğu anlamına gelmez. Burada tarafların sözleşmeyi yanlış nitelendirmeleri söz konusudur. Bkz. *Jäggi/ Gauch/ Hartmann*, Art. 18, N. 213; *Kramer/ Schmidlin*, Art. 18 Nr. 125 ve 131; *Guhl/ Koller/ Schnyder/ Druey*, § 15, N. 28.

35 BGH, Beschluß vom 8. 5. 2007 – VIII ZR 235/06 (OLG Frankfurt a.M.).

36 Taahhüt işleminin şirket sözleşmesiyle genel kurul onayına bağlanabileceği yönünde bkz. *Verse*, GmbHG § 15, Rn. 124.

37 Belirtilmelidir ki, Alman hukukunda esas sermaye payını konu alan inançlı işlemler, “esas sermaye payının inanan yararına devralınmasına yönelik inançlı işlem” (*Erwerbstreuhand*); “ortağın inanç sözleşmesi ile birlikte bundan sonra esas sermaye payını inanan menfaatine idare etmeyi yükümlendiği sözleşme inançlı işlemi” (*Vereinbarungstreuhand*); son olarak, “ortağın esas sermaye payını inanılana devrettiği inançlı devir” (*Übertragungstreuhand*) olarak üçe ayrılmaktadır. Bahsedilen tartışma bu inançlı işlem türlerinden hangilerinin taahhüt işleminin yazılı şekil şartına tabi olduğuna dairdir. Benzeri bir ayırım Türk-İsviçre hukukunda yapılmadığı için tartışmanın “*Vereinbarungstreuhand*” ve “*Erwerbstreuhand*” işlemlerine ilişkin kısımlarına yer verilmesi gereksiz görülmüştür. Nitekim Alman hukukunda dahi bunların gerçek inanç ilişkisi olmadığı (*unechtes Treuhandverhältnis*) yönünde görüşler mevcuttur. Bu görüş hakkında bilgi için bkz. *Armbrüster*, “Treuhandrische GmbH-Beteiligungen”, s. 941 ve dn.3-5. Yine de bu kapsamda değerlendirilip, aslında bir pay devrinin dahi gerçekleşmediği, mevcut ortağın esas sermaye payını artık üçüncü kişi (inanan) yararına elinde bulundurmayı taahhüt ettiği “*Vereinbarungstreuhand*”da dahi, genel kurul onayının şirkete dışarıdan yapılacak etkileri kontrol altında tutmak olduğu gerekçesiyle genel kurul onayına tabi olduğu ifade edilmiştir. Bkz. *Schmidt*, s. 1045; *Armbrüster*, *Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften*, s. 117 vd.

38 *Lutter*, M. / *Hommelhof*, P. / *Bayer*, W. / *Kleindiek*, D., GmbH-Gesetz, 19. Auflage, Otto Schmidt Verlag, 2016, § 15, Rn. 105; *Michalski*, L. (Hrsg.) / *Heidinger*, A. (Hrsg.) / *Leible*, S. (Hrsg.) / *Schmidt*, J. (Hrsg.) / *Ebbing*, F., Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 3. Auflage, C.H. Beck, 2017, § 15, Rn. 209; *Baumbach/ Hueck/ Servatius*, § 15, Nr. 56; *Reichert/ Weller*, MüKoGmbHG, § 15, Rn. 211 vd.; *Wicke*, H., GmbHG, 3. Auflage, C. H. Beck, 2016, § 15, Rn. 31; *Gehrlein*, M. (Hrsg.) / *Born*, M. (Hrsg.) / *Simon*, S. (Hrsg.) / *Winter*, S., GmbHG-Kommentar, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2017, § 15, Rn. 98; *Bork*, R. (Hrsg.) / *Schäfer*, C. (Hrsg.) / *Brandes*, S., GmbHG – Kommentar zum GmbH-Gesetz, 3. Auflage, Köln 2015, § 15, Rn. 62; esas sermaye payının devrini konu alan inanç sözleşmesinin şekle tabi olduğu, ancak limited şirketin henüz kurulmadığı ve inanç sözleşmesinin şirketin ticaret

edilmiş olmaktadır. Aksi yöndeki görüşe<sup>39</sup> göre ise, esas sermaye payının inançlı temlik halinde esas sermaye payının “hukuki mülkiyeti” inanılana geçmekteyse de “ekonomik mülkiyeti” devredende kalmaktadır<sup>40</sup>. İnanç sözleşmesi kalıcı bir değişikliği amaçlamamaktadır. İnanç sözleşmesi yalnızca hukuki mülkiyet ile ekonomik mülkiyeti birbirinden ayırmaya yarayan bir hukuki araç olup, GmbHG § 15/IV’te taahhüt işlemi için öngörülen şekil şartı yalnızca esas sermaye payının spekülative devrinin önlenmesini amaçlamaktadır<sup>41</sup>. Tasarruf işlemi için öngörülen şekil şartının aksine burada kanun koyucu tarafların korunmasını amaçlamamaktadır. Düzenlemenin spekülative işlemleri engellemeye yönelik amacı ve esas sermaye payının inançlı temlikinin payın ekonomik anlamda sahibini değiştirmeyeceği dikkate alındığında, esas sermaye payının inançlı temlikine yönelik inanç sözleşmesinin GmbHG § 15/IV (TTK 595/I.c.1)’deki şekil şartına tabi olmayacağı sonucuna varılmaktadır.

Yukarıda ifade edilen ikinci görüş Türk hukuku bakımından kabul edilemez. Zira Türk hukukunda mülkiyetin hukuki / ekonomik olarak ayrımı söz konusu değildir<sup>42</sup>. Aynı şekilde hakkın şekli / hukuki veya maddi / iktisadi olarak ayrılması da mümkün değildir. Benzer durum İsviçre hukuku için de geçerlidir<sup>43</sup>. Esas sermaye payının inançlı temlikinde yeni ortak, esas sermaye payını devralan olmaktadır. Esas sermaye payı ve ondan kaynaklanan tüm hak ve yükümlülükler devralana geçmektedir. Devredenin, esas sermaye payı üzerinde devam etmekte olan “ekonomik mülkiyet”inden bahsedilemez. İnanılanın teminat konusu esas sermaye payını elinde bulundurduğu sürece inananın menfaatlerini de göz ardı etmemesi gerektiği ve aralarındaki inanç sözleşmesine uygun hareket etmesi gerektiği aşikârdır. Ancak bu durum devreden inananın esas sermaye payı üzerinde hak sahibi olduğu anlamına gelmez.

siline tescili şartına bağlandığı halde şekil şartı aranmayacağı yönünde karar için bkz. SG Kassel, Urteil vom 17.05.2017 – S 12 KR 436/15, Rn. 32.

- 39 *Lieder, J/ Villegas, D.*, “Treuhänderverträge über GmbH-Geschäftsanteile – eine Frage der Form?“, *GmbHR* 2018, (s. 169-177), s. 170-173; *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 104; *Armbrüster, C.*, “Zur Beurkundungsbedürftigkeit von Treuhänderabreden über GmbH-Anteile – Zugleich ein Beitrag zu den Formzwecken des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG-“, *DNotZ*1997, (s.762-786) s. 779 vd.; *Armbrüster*, “Treuhänderische GmbH-Beteiligungen“, s. 946.
- 40 Esasen bu görüşün sebebi Alman hukukunda inançlı temlik halinde “tam hak devri” teorisinin değil “şekli hukuki durum teorisi” veya “şekli hak sahipliği teorisi”nin kabul edilmesidir. Şekli hukuki durum teorisi, inanç konusu üzerindeki hakkı, hukuki-iktisadi olarak ayırmaktayken, şekli hak sahipliği teorisine göre inançlı temlik halinde hakkın kendisi değil, o hakkı kullanma yetkisi devredilmektedir. Her iki teori de Türk-İsviçre hukukunda kabul görmemiştir. Bkz. *Özsunay*, İnançlı Muameleler, s. 163 vd.
- 41 *Altmepfen / Roth*, § 15, Rn. 66; *Lutter / Hommelhof / Bayer / Kleindiek*, § 15, Rn. 12; *Reichert / Weller*, *MüKoGmbHG*, §15, Rn. 16; *Armbrüster*, “Beurkundungsbedürftigkeit von Treuhänderabreden über GmbH-Anteile“, s. 762, s. 767 vd.; *Baumbach / Hueck / Servatius*, § 15, Nr. 20; *Eckhart, D. (Hrsg.) / Hermanns, M. (Hrsg.)*, *Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht*, Carl Heymanns Verlag, 2017, *KölnerHdbGesR*, § 2, Rn. 871; *Hirte, H.*, *Kapitalgesellschaftsrecht*, 8. Auflage, RWS Verlag, Köln 2016, s. 309, Rn. 4.55; *Winter*, § 15, Rn. 31; *Priester, H. (Hrsg.) / Mayer, D. (Hrsg.) / Wicke, H. (Hrsg.) / Jasper, D. / Wollbrink, S.*, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Band: 3, *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, 5. Auflage, 2018, § 24, Rn. 30.
- 42 *Tandoğan*, “İnançlı İşlem“, s. 81 vd.; *Tandoğan*, *Özel Borç İlişkileri*, s. 550; *Özsunay*, İnançlı Muameleler, s. 163 vd.
- 43 *Tandoğan*, “İnançlı İşlem“, s. 79; *Merz*, s. 457.

Nihayetinde kanaatimizce esas sermaye payının inançlı temlikini konu alan inanç sözleşmeleri de yazılı olmalı ve imzaları noter tarafından onaylanmalıdır<sup>44</sup>. İfade etmeliyiz ki bu hususta Alman doktrininde ileri sürülen şekli / hukuki hak ayırımı kabul etmediğimiz gibi, Yargıtay'ın inanç sözleşmesinin geçerliliği için yazılı delil arayan görüşüne de katılmıyoruz<sup>45-46</sup>. Her ne kadar kanun koyucu inanç sözleşmesini düzenlememiş ve dolayısıyla bir şekil şartı da öngörmemişse de esas sermaye payını konu alan inanç sözleşmesinin onun devri borcunu yüklediği göz önüne bulundurulurken TTK 595/I hükmü uyarınca yazılı ve noter tarafından onaylı olarak akdedilmesi geçerlilik şartı olarak kabul edilmelidir. Nitekim esas sermaye payının devrinin inançlı olarak gerçekleştirilecek olması, bu işlemin esas sermaye payının devri borcunu doğurduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

İnanç ilişkisi kurulduktan sonra inanan, esas sermaye payının iadesine yönelik talep hakkını başkasına devredebilir. Kanaatimizce bu halde de değişikliğe ilişkin işlem şekle tabidir; zira burada

- 44 Arslanlı, H./ Domaniç, H., Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III, Limited Şirketler Hukuku Ve Uygulaması, Hisseli Komandit Şirketler, İstanbul 1989, s. 273. İnanç sözleşmesinin yazılı olması esas sermaye payının inançlı temlik açısından bir geçerlilik şartı olduğu gibi, inanç konusunun böyle bir geçerlilik şartı gerektirmemesi halinde dahi ispat kolaylığı açısından yazılı yapılması faydalı olacaktır. Aynı yönde bkz. *Yasaman*, Hisse Devri, s. 584. HMK 200 uyarınca hukuki işlemin değerinin 2020 yılı itibarıyla 4.486,428 TL'yi aşması halinde senetle ispat zorunluluğu söz konusu olacaktır (VUK Mükerrer 298, Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği Sıra No: 512).
- 45 Kanun koyucu tarafından düzenlenmemiş olan inanç sözleşmesi için bir şekil şartı söz konusu olmamakla birlikte Yargıtay özellikle tapu iptali ve tescile ilişkin uyumsuzluklara dair vermiş olduğu kararlarında inanç ilişkisinin ispatı için yazılı delil aranmakta, yazılı delil mevcut değilse delil başlangıcının varlığı halinde tanık deliline dayanılabileceğini ifade etmektedir. bkz. *Kılıçoğlu*, s. 247. Y. YİBK, 05.02.1947, 20/6; "Uygulamada mesele, 05.02.1947 tarihli, 20/6 sayılı İnançları Birleştirme Kararı ile ilişkilendirilip, bu karar dayanak yapılmak suretiyle çözüme gidilmektedir. İçtihadı Birleştirme kararının sonuç bölümünde ifade olunduğu üzere, inançlı işleme dayalı olup dinlenirliği kabul edilen iddiaların ispatı, şekle bağlı olmayan yazılı delildir. İnanç sözleşmesi olarak adlandırılan bu belgenin, sözleşmeye taraf olanların imzasını içermesi gereklidir." Y. 1. HD, 19.06.2019, E. 8019/2016, K. 3930/ 2019; Y. 1. HD, 25.06.2019, E. 3737/ 2016, K. 4074/ 2019. Yazılı delilin mevcut olmaması halinde (yazılı) delil başlangıcına dayanılabileceği yönünde karar metninin ilgili kısmı şu şekildedir: "Bilindiği üzere; inançlı işlem iddialarının 05.02.1947 tarihli 20/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, şekle bağlı olmayan yazılı delille kanıtlanması gerekeceği; böyle bir belgenin yokluğu sebebiyle inançlı işlem iddiası kanıtlanamıyorsa, delil başlangıcı sayılacak nitelikteki bir olgunun varlığı halinde buna itibar edilmesi gerekeceği tartışmasıdır. Şayet, T.M.K'nun 6. maddesi hükmü uyarınca ispat külfeti kendisinde olan tarafın yazılı bir belgesi yok ise ancak taraflar arasında gerçekleştirilen mektup, banka dekontu, yazışma, gibi birtakım belgeler var ise ancak bunların delil başlangıcı sayılacağı ve iddianın tanık dahil her türlü delille kanıtlanmasının olanaklı hale geleceği açıktır. Eğer böylesi bir delil başlangıcı sayılacak bir olgu da bulunmuyor ise iddia sahibinin son başvuracağı delilin karşı tarafa yemin teklif etme hakkı olduğu şüphesizdir." Yarg. 1 HD, 18.04.2019, E. 1073/ 2019, K. 2827/ 2019; Yarg. 14. HD, 2.4.2019, E. 16634/ 2016, K. 2997/ 2019; Yarg. 14. HD, 3.12.2018, E. 9912/ 2016, K. 8503/ 2018; Yarg. 14. HD, 18.12.2018, E. 3145/ 2018, K. 9161/ 2018; Yarg. 14. HD, 25.3.2019, E. 5707/ 2018, K. 2692/ 2019; Yarg. 14. HD, 6.2.2019, E. 11260/ 2016, K. 991/ 2019; Yarg. 14. HD, 22.1.2019, E. 5500/ 2016, K. 658/ 2019; Yarg. 14. HD, 19.12.2018, E. 10116/ 2016, K. 9215/ 2018; Yarg. 14. HD, 17.12.2018, E. 9895/ 2016, K. 9067/ 2018; Yarg. 14. HD, 26.11.2018, E. 8996/ 2016, K. 8242/ 2018; bahsedilen kararlar için bkz. <http://www.karararama.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 03.12.2019).
- 46 Yargıtay İBK kararıyla aynı doğrultuda vermiş olduğu bir kararda, esas sermaye payının inançlı temlikine ilişkin borçlandırıcı işlemin noter onaylı olmaması nedeniyle geçersiz olduğu yönündeki ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Yarg. 11. HD, 21.02.2017, E. 1835 / 2016, K. 986 / 2017 (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bankası, erişim tarihi: 3.12.2019; Karar ayrıca BATİDER, 2017, C. XXXIII, S. 2, s. 288'de yayınlanmıştır.). Kanunda öngörülen şekle uygun yapılmayan inanç sözleşmesini takiben gerçekleştirilen esas sermaye payı devrinde, devredeninin inanç sözleşmesinin geçersizliğini bilseydi devir işlemini gerçekleştirilmeyeceğine ilişkin iddiasının dinlenmeyeceği yönünde karar için bkz. BGH, Urt. v. 22.9.2016 – III ZR 427/15 (OLG Schleswig).

devir borcu doğuran bir işlem söz konusudur<sup>47</sup>. Aksi kabul, TTK 595/I ile önlenmek istenen esas sermaye payının devri taahhüdünün şekle tabi olmaksızın gerçekleştirilebilmesine yol açar.

### **b. Devir İşlemi**

Esas sermaye payının devri vaadi niteliğindeki inanç sözleşmesinin kanunda öngörülen şekle uygun yapılmasından sonra devreden, yani inanan ortağın esas sermaye payını devretme borcu doğar. Bu borcun yerine getirilmesi için gerçekleştirilecek esas sermaye payı devri tıpkı normal bir esas sermaye payı devri ile aynı usule tabidir, bir farklılık arz etmez<sup>48</sup>. Bu nedenle esas sermaye payının devri şirket sözleşmesiyle yasaklanmışsa bu yasak esas sermaye payının inançlı temlik için de geçerlidir<sup>49</sup>. Esas sermaye payı üzerinde rehin hakkı tesis edilmesinin genel kurul onayına tabi kılınmadığı ve devir işleminin inançlı temlik niteliğinde olduğu gerekçesiyle genel kurul onayı aranmayacağı savı yerinde olmaz.

Esas sermaye payı üzerinde tasarruf işlemini gerçekleştirmek için yazılı devir sözleşmesinin noter tarafından imzalarının onaylanması gerekir. Ardından şirket sözleşmesinde aksi düzenlenmedikçe bu devir için genel kurulun onayı gerekir. Esas sermaye payını devreden ortak da bu toplantıya katılıp oy kullanabilir<sup>50</sup>.

Aynı usul inanç ilişkisinin sona ermesinin ardından esas sermaye payının eski ortağa iadesinde de geçerlidir. Esas sermaye payının ilk devrinde genel kurul onay verirken bu devrin inanç sözleşmesi nedeniyle gerçekleştirildiği bilse dahi iade esnasında tekrar genel kurul onayı alınması gereklidir<sup>51</sup>. Genel kurulun devre onay vermemesi halinde o ana kadar askıda olan devir işlemi kesin hükümsüz olur<sup>52</sup>. Genel kurulun ret kararına karşı iptal davası açılması mümkündür. Nitekim her ne kadar genel kurul ret için haklı sebep göstermek zorunda değilse de (TTK 595/III) bu kararın eşitlik ilkesi

47 Alman hukukunda inanılan değişikliği sonucunu doğuran devrin şekle tabi olmadığı görüşü hakimdir. Bkz. *Altmeyden / Roth*, § 15, Rn. 48; *Verse*, GmbHG § 15, Rn. 121; *Winter*, § 15, Rn. 101; *Lutter / Hommelhof / Bayer / Kleindiek*, § 15, Rn. 108; *Michalski / Heidinger / Leible / J. Schmidt / Ebbing*, § 15, Rn. 213; *Wicke*, § 15, Rn. 31.

48 İnanç sözleşmesinin şeklinin hakkın konusu olan şeyin şekline tabi olduğu yönünde bkz. *Antalya*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V / 1,1, § 15 N 1541.

49 *Brandes*, § 15, Rn. 61. Örneğin BRAO § 59e/III ile avukatlık ortaklığında inançlı temlik yasaklanmıştır. Benzer bir hükme avukatlık ortaklığının düzenlendiği 1136 sayılı Avukatlık Kanunu (RG, 19.3.11969, S. 13168) 44/ IV'te yer verilmemiştir. İnançlı işleme konu olan hakkın, kendi konusuna uygun olarak devredilmesi gerektiği yönünde bkz. *Antalya*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V / 1,1, § 15 N 1530.

50 *Şener*, O. H., Limited Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 278, s. 337.

51 Alman doktrininde ise devir esnasında onay verilirken inançlı işlem biliniyorsa bu onayın iade işlemi de kapsadığı ifade edilmektedir. Bkz. *Wicke*, § 15, Rn. 31; *Winter*, § 15, Rn. 98; *Verse*, GmbHG § 15, Rn. 123; *Lutter / Hommelhof / Bayer / Kleindiek*, § 15, Rn. 107; *Reichert / Weller*, MüKoGmbHG, § 15 Rn. 219; ilk devre verilen onayın iade için geri alınmaz nitelikte olduğu yönünde bkz. *Altmeyden / Roth*, § 15, Rn. 50.

52 İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. *Handschin, Lukas*, Geellschaftsanteile und Gesellschafterversammlung – die Willensbildung in der GmbH – die Konzernleitung der GmbH, Das neue Recht der Schweizer GmbH-Recht, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2006., s. 80; *Bügler, Reto*, Der GmbH-Anteil Insbesondere dessen Erwerb, Übertragung und Verlust (de lege lata et ferenda), Zürich, 2004, s. 121. Alman hukukunda aynı yönde bkz. *Reichert / Weller*, MüKoGmbHG, § 15, Rn. 406; *Lutter / Hommelhof / Bayer*, § 15 Rn. 89; *Winter*, § 15, Rn. 69; *Michalski / Heidinger / Leible / Schmidt / Ebbing*, § 15, Rn. 156; *Raiser / Veil*, § 40, Rn. 15; *Wicke*, § 15, Rn. 26.

gözetilerek alınması gereklidir<sup>53</sup>. Genel kurulun ret yönündeki kararının iptaline ilişkin mahkeme kararı bozucu yenilik doğuran bir hüküm olup geçmişe etkilidir<sup>54-55</sup>

### c. İnançlı Temlik İşleminin Geçersizliği

Esas sermaye payının inançlı temlik bahsedilen şekle uygun yapılmadığı takdirde geçersiz olacaktır<sup>56</sup>. Ayrıca esas sermaye payının alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla inançlı temlik edilmesi halinde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu<sup>57</sup> 280/I uyarınca ilgili hükümdeki şartların da

53 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. HD esas sermaye payı devrinde alınan genel kurul kararına ilişkin bir kararında “Bu durumda ...ın pay devrine onay verilirken, aralarındaki 19.11.2015 tarihli karara dayanılarak davacının pay devrine onay verilmemesinin eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği kabul edilemez, zira her iki ortağın hisse devri sırasındaki şartlar aynı değildir, bu durumda 7 nolu kararın iptali de doğru olmamıştır.” ifadesine yer vererek eşitlik ilkesinin uygulanması için devir işlemleri sırasındaki şartların aynı olmasını aramıştır. İstanbul BAM 12 HD, T. 3.10.2019, E. 2018/1399 K. 2019/1214. (Karar için bkz. Lexpera İçtihat Bankası, erişim tarihi: 3.12.2019)

54 *Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu*, Ortaklıklar I, N 750; *Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin*, Ortaklıklar Hukuku II, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017, N 1715; *Moroğlu, Erdoğan*, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 327; *Bahtiyar, Mehmet*, Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 14. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2020, s. 216; *Kırca, İsmail/ Şehirali-Çelik, Feyzan Hayal/ Manavgat, Çağlar*, Anonim Şirketler Hukuku, C. II/II, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017, s. 254 vd. *Bühren, Simon/ von der Crone, Hans Caspar*, Positive Beschlussfeststellungsklage, SZW 86 (2014), (s. 564-572), s. 569.

55 Devir sözleşmesinin onayı için yapılan talebin reddine ilişkin kararın iptali, tarafları genel kurul kararının öncesindeki duruma götürür. Bir önerinin reddi şeklinde alınan limited ve anonim şirket genel kurul kararlarının iptaline dair genel bir sonuç olan bu durum taraflar açısından tatmin edici değildir. Bir önerinin genel kurul tarafından reddi hukuki durumda bir değişikliğe yol açmamakta, dolayısıyla ret kararının iptali de durumu değiştirmemektedir. İptal davası sonucunda inşai nitelikte bir hüküm kurmak mümkün olmadığından iptal kararı ile davacıya yalnızca aynı konuda ikinci bir genel kurul kararı alınması sağlanmakta ve yeni karar alındığında davacının menfaati geçen süreden ötürü zedelenmiş olabilmektedir. Buna karşın önerinin kabulüne ilişkin genel kurul kararı yeni bir hukuki durum oluşturmakta ve iptal kararı bu yeni hukuki durumu ortadan kaldırmaktadır. Bu sonucun olduğu gibi kabul edilmesi, bir önerinin reddi kararının (örneğin devrin onaylanması talebinin reddi) iptalinde menfaati bulunan ortağı, olumlu bir kararın (örneğin yönetim kurulu üyesinin seçimi) iptalinde menfaati olan ortağın bir önerinin onaylanmasında menfaati olan ortağa nazaran hukuki korumadan yoksun bırakmaktadır. Bu durumda çözüm olarak anonim şirket bağlı nama yazılı paylarının devrinde onay yetkisinin genel kurula verildiği takdirde genel kurulun hukuka aykırı kararına karşı iptal ve ifa davası açılabilceği ifade edilmektedir. Bu suretle onay kararının yönetim kurulu tarafından alındığı şirketler ile genel kurul tarafından alındığı şirketlerde pay devri açısından haksız bir fark oluşması önlenmiş olur. *Akın, Murat Yusuf*, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 50 vd. Aynı sonuç esas sermaye payının devrinde genel kurul kararına ilişkin olarak da kabul edilebilir. Ayrıca Alman ve İsviçre hukukunda uygulanan, Türk hukuk doktrininde de Kırca tarafından kabul edilen “olumlu kararın tespiti davası” (positive Beschlussfeststellungsklage) açılması mümkün görülmelidir. Olumlu karar tespiti davasında mahkeme, oyların yanlış sayılması, yetkisiz kişilerin oy kullanması, öngörülenden daha yüksek nisap aranması, sadakat yükümlülüğüne aykırı oy kullanılmış olması gibi oy hesabına ilişkin hukuka aykırılıklar nedeniyle alınan ret kararı yerine, sadece matematiksel bir hesap yapmak suretiyle bu hukuka aykırılık olmasaydı şüpheye yer bırakmayacak şekilde alınacak “gerçek karar”ı belirlemektedir. Bu sayede genel kurulun olumlu kararları ile olumsuz kararlarının iptaline söz konusu olan hukuki korumanın eksikliği giderilmiş olmaktadır. Olumlu kararın tespiti davasına ilişkin olarak Alman hukukunda *Goette, Wulf (Hrsg.)/ Habersack, Mathias (Hrsg.)/ Hüffer/ Schäfer*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, C.H. Beck, 4. Auflage, 2016, § 246 Rn. 85. İsviçre hukukunda *Bühren/ von der Crone*, s. 569. Olumlu tespit davasının Türk hukukunda kabul edilmesine bir engel olmadığı yönünde bkz. *Kırca (Şehirali-Çelik/Manavgat)*, s. 171.

56 *Reichert / Weller*, MüKoGmbHG, § 15 Rn. 219.

57 RG,19.6.1932, S. 2128.

sağlanması halinde iptal edilebilir. Bir diğer geçersizlik hali ise bu işlemin kanunun dolanılması amacıyla gerçekleştirilmesidir<sup>58</sup>.

Borçlunun aczinden veya iflasından önceki bir sene içerisinde gerçekleştirdiği bir borcu temin için yapılan rehinlerin batıl olduğu İİK 279'da düzenlenmiştir. Bu hüküm esas sermaye payının teminat amaçlı inanca temlikinde kıyasen uygulanmalı<sup>59</sup> ve eski ortağın aczi veya iflasından önceki bir yıl içinde gerçekleştirdiği inanca temlik geçersiz sayılmalıdır.

### 3. Esas Sermaye Payının İnançlı Temlikinin İç ve Dış İlişki Bakımından Sonuçları

#### a. Esas Sermaye Payının İnançlı Temlikinin Sözleşmenin Tarafları Arasındaki İlişki (İç İlişki) Bakımından Sonuçları

Esas sermaye payının inanca temlik ile artık esas sermaye payı devralan-inanılanın malvarlığına dâhil olacaktır. Devralan ortak sıfatını kazanacak ve bu sıfattan kaynaklanan tüm hak ve yükümlülükler sahip olacaktır<sup>60</sup>. İnanç konusunu teşkil eden esas sermaye payı üzerinde tek hak sahibi devralandır. Bu şahıs, esas sermaye payını dilediği gibi kullanabilir, üzerinde tasarrufta bulunabilir; esas sermaye payı üzerindeki hâkimiyeti diğer ortaklarınkinden farklılık göstermez. Dış görünüşte durum böyle olmakla birlikte taraflar arasında iç ilişkiyi düzenleyen bir inanca sözleşmesinin mevcut olduğu ve devrin bu sözleşme gereği gerçekleştirildiği unutulmamalıdır<sup>61</sup>. Taraflar aralarındaki bu sözleşmeye ahde vefa gereği uygun davranmak yükümlülüğü altındadırlar<sup>62</sup>. Ayrıca devralan, inanca ilişkisinin devamı boyunca esas sermaye payının değerini düşürecek, ona zarar verecek işlemlerden kaçınmak zorundadır. İşte bu yükümlülük devralanın hâkimiyet alanı ile mezuniyet alanı arasında farklılığın sebebi olup, aykırılık sebebiyle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>63</sup> 112 uyarınca tazminat yükümlülüğü doğar<sup>64</sup>. Ancak bu durum sözleşmeye aykırı işlemlerin geçerliliğini etkilemez. İnanılan tarafından gerçekleştirilen tasarruf işlemi tasarruf işlemi taraflarının (inanılan ve üçüncü kişi) kötüniyetli olması – ve diğer şartların da mevcudiyeti – halinde haksız fiil teşkil edebilir<sup>65</sup>. Bu durumda inanan,

58 Bormann, M. (Hrsg.) / Kauka, R. (Hrsg.) / Ockelman, J. (Hrsg.) / Schulze Steinen, M., Handbuch GmbH-Recht, 3. Auflage, Zap Verlag, 2015, § 9, Rn. 169.

59 Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 217.

60 Arslanlı/ Domaniç, s. 271; Arslanlı, Limited Şirketler II, s. 191; Reichert / Weller, MüKoGmbHG, § 15, Rn. 223. Anonim şirket payını inanca devralan inananın bu paylardan kaynaklanan rüçhan hakkının sahibi olduğu yönünde bkz. Yasaman, Hisse Devri, s. 586.

61 Arslanlı/ Domaniç, s. 271; Mühl, s. 144.

62 Kılıçoğlu, s. 249; Aydınçık, s. 132; Altaş/ Kurt, s. 3; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 150-151, 173; Parlak-Börü, Ş., Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşlem Devri, TBB Dergisi 2017, C. 128, (s. 231 – 272), s. 242; Arslanlı / Domaniç, s. 271; Y. 14. HD, 4.3.1986, E. 5103/ 1985, K. 1412/ 1986; Jäggi / Gauch / Hartmann, Art. 18, N. 204; Winter, § 15, Rn. 94; Kramer / Schmidlin, Art. 18, Nr. 119; Guhl / Koller / Schnyder / Druey, § 15, N. 26; BGE 119 II 326, BGE 72 II 275; BGE 119 II 326, 328.

63 RG, 4.2.2011, S. 27836.

64 Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 385-386; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 151; Oktay-Özdemir, s. 270; Tandoğan, İnançlı İşlem, s. 83; Merz, s. 457; Müller, Art. 18, Nr. 414; Guhl / Koller / Schnyder / Druey, § 15, N. 29; Reichert / Weller, MüKoGmbHG, § 15, Rn. 231.

65 Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 179.

işlemin diğer tarafından da TBK 49 hükmü uyarınca uğradığı zararın giderilmesi hakkını haiz olur<sup>66</sup>. İstisnai olarak özellikle esas sermaye payının inananın zarar vermek kastıyla kötüniyetli üçüncü kişiye devrinde işlemin ahlaka aykırı olması nedeniyle geçersizliğinden söz edilebilir<sup>67</sup>, ancak bunun ispatı oldukça güçtür.

Esas sermaye payını inanca olarak devralanın mezuniyet alanı yani yetkileri, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek şekilde sınırlandırılmaz. Eşya hukukunda tipiklik ilkesi ve borçlar hukukunda sözleşmelerin nispliliği ilkesi sınırlılık ilkesi buna engeldir. Dolayısıyla taraflar arasındaki sözleşmede yer alan kısıtlamalar dış ilişkiye yansıtılamaz<sup>68</sup>.

Esas sermaye payının teminat amaçlı inanca temlikinin kendi yararına inanca işlem olduğu göz önüne alındığında inananın menfaatinin inananınkinden daha üstün tutulması gerekir. Bununla birlikte inanca temlikte inanan, inananına talimat verebilir<sup>69</sup>. Yeni ortak bu talimatlara inanca sözleşmesinin amacına uygun olduğu ve kendi menfaatlerine zarar vermediği ölçüde uymak zorundadır<sup>70</sup>. Yani devreden talimat verme yetkisinin sınırını inanca temlik işleminin amacı çizmektedir<sup>71</sup>. Ayrıca inanan talimat verirken ortağın şirkete karşı sadakat yükümünü de göz önünde bulundurmak zorundadır. İnanan vermiş olduğu talimatlara aykırı iş ve işlemlere karşı bu işlemlerin geçersizliği sonucunu doğurmaya yönelik bir müdahalede bulunamaz<sup>72</sup> ve talimata aykırılık bu işlemin geçersizliği sonucunu doğurmaz<sup>73</sup>. Örneğin devralan yeni ortak, oy hakkını devreden verdiği talimata aykırı şekilde kullanırsa bu oyun geçersizliğinden söz edilemez<sup>74</sup>.

İnanca ilişkisi devamı boyunca özellikle kâr payı gibi malvarlıksal haklar esas sermaye payından kaynaklanan hak ve borçlar ortağa ait olduğu için inananındır<sup>75</sup>. Bununla birlikte taraflar inanca sözleşmesiyle bu esastan ayrılan bir düzenleme yapabilir. Malvarlıksal hakların, bunlar muaccel olduktan sonra ayrı bir alacak hakkı niteliğine bürünmelerinden ötürü inananın ivazsız temlik edilmesi mümkündür. Buna karşın esas sermaye payından doğan yönetsel hakların ortak sıfatını haiz olmayan inanan tarafından icra edilmesi, oy hakkında temsil yetkisi tanınması hali dışında, söz konusu değildir.

66 *Altaş / Kurt*, s. 19.

67 Ahlaka aykırılık sebebini belirtmemekle birlikte aynı sonuca varan görüş için bkz. *Mühl*, s. 146.

68 *Reichert / Weller*, MüKoGmbHG, § 15, Rn. 224; *Jäggi / Gauch / Hartmann*, Art. 18, N. 204.

69 *Poroy, R. / Tekinalp, Ü. / Çamoğlu, E.*, Ortaklıklar Hukuku I, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, Nr. 772f. Talimat verme yetkisinin inanca sözleşmesinde yer alması bile vekilin talimata aykırı hareketlerinin hukuki sonucunun düzenlendiği BGB § 665'ten bu sonucun çıktığı ifade edilmektedir; bkz. *Reichert / Weller*, MüKoGmbHG, § 15, Rn. 230. Özellikle esas sermaye payı devrinin ortakların onayına bağlandığı halde devredene sınırsız talimat verme yetkisi tanıyan sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu yönünde bkz. *Kraus*, Münch.Hdb. GesR III, § 26, Nr. 45.

70 *Mühl*, s. 146.

71 *Özsunay*, İnançlı Muameleler, s. 153.

72 *Özsunay*, İnançlı Muameleler, s. 172.

73 *Reichert / Weller*, MüKoGmbHG, § 15, Rn. 227

74 Talimata aykırı kullanılan oy hakkından dolayı inananın tazminat hakkına sahip olduğu yönünde bkz. *Kraus*, Münch. Hdb. GesR. III, § 26, Nr. 45.

75 İnananın bu yönde nispi bir talep hakkı olacağı ifade edilmişse de biz bunun için geçerli bir gerekçe görmemekteyiz. Talimata aykırı kullanılan oy hakkından dolayı inananın tazminat hakkına sahip olduğu yönünde bkz. *Kraus*, Münch. Hdb. GesR. III, §26, Nr. 45.

İnanılanın bir diğer yükümlülüğü borcun tamamen ödenmesi halinde inanca konusunu inanana iade etmektir. Bu iade yükümlülüğü derhal doğmaktadır. Bu halde inananın iadeyi talep hakkı (*Anspruch auf Rückübertragung*) vardır, ancak bu hak nispi niteliktedir<sup>76</sup>.

Esas sermaye payının inanca temlikinde tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri tespit edilirken bu ilişkinin rehin tesisi yerine tercih edildiği unutulmamalıdır. Yukarıda da ifade edildiği üzere uygulanacak hükümlerde boşluk olması halinde öncelikle hak rehnine ilişkin hükümler, ardından sırasıyla taşınır rehni ve taşınmaz rehnine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanmalıdır<sup>77</sup>. Buna ilaveten ifade etmeliyiz ki inanca ilişkisi, daha önce belirtildiği üzere, bir inanca anlaşmasına dayanır. Sözleşmenin nispiyeti ilkesi gereği inanca sözleşmesinden doğan talepler de nispi niteliği haizdir. Bu taleplere aynı hakka yakın bir nitelik tanımak kanaatimizce mümkün değildir<sup>78</sup>.

### **b. Esas Sermaye Payının İnanca Temlikinin Dış İlişki Bakımından Sonuçları**

İnanca temlikte tam hak devri teorisinin benimsenmesi sonucu inanılan artık hakkın tek başına sahibidir. Bu nedenle inanılan, esas sermaye payı üzerinde dilediği tasarruflarda bulunma yetkisini haizdir. Bu tasarruflar tarafların arasındaki inanca sözleşmesine aykırı olsa dahi geçerlidir. İstisnai olarak özellikle esas sermaye payının inanana zarar vermek kastıyla kötü niyetli üçüncü kişiye devrinde işlemin ahlaka aykırı olması nedeniyle geçersizliğinden söz edilebilir<sup>79</sup>. İnanca işlem diğer ortaklarca bilinmesine rağmen esas sermaye payının devrine olumlu oy vermelerinin, inanana karşı devam etmekte olan sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil edeceği ve onay talebinin reddedilmesi gerektiği ifade edilmekteyse de, inanan artık ortak sıfatını haiz olmadığı için diğer ortakların ona karşı sadakat yükümü altında olduklarından bahsedilemez<sup>80</sup>.

İnanca işlem sayesinde inanılan hem şirket hem de üçüncü kişilere karşı tam hak sahibi ve yükümlü ortak olur. Esas sermaye payından kaynaklanan haklar ve yükümlülükler onundur<sup>81</sup>. Türk-İsviçre hukuklarında kabul edilen ve tam hak teorisi olarak adlandırılan teori uyarınca inanca temlikte devredilen esas sermaye payı üzerindeki mülkiyet inanılanın geçmekte olup, inananın bu esas sermaye payı üzerinde devam eden bir hak sahipliği söz konusu değildir. İnanca temlikte konu olan esas sermaye payının, yalnızca şekli mülkiyetinin geçtiği, gerçek hak sahibinin devreden olduğu söylenemez. Bir diğer ifadeyle inananın hala inanca konusu üzerinde bir çeşit mülkiyet hakkı sahibi

76 Özsunay, İnanca Muameleler, s. 172; Arslanlı / Domaniç, s. 271

77 Arslanlı / Domaniç, s. 272.

78 Alman hukukunda özellikle inananın korunması amacıyla inanca ilişkisinin aynı hak benzeri sonuçları olduğu ifade edilmektedir. Bkz. *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, s. 49.

79 Ahlaka aykırılık sebebinin belirtmemekle birlikte aynı sonuca varan görüş için bkz. *Mühl*, s. 146.

80 Mühl tarafından ileri sürülen görüş, inanca temlikte inananın aslında hala ortak olduğu anlayışıyla uyumlu olsa da Türk hukuku açısından kabul edilmesi mümkün değildir. Aktarılan görüş için bkz. *Mühl*, s. 146.

81 *Schulze Steinen*, Hdb. GmbH, § 9, Rn. 173. Her ne kadar Alman hukukunda bazı yazarlar eski ortak için geçerli olan oy yasağının yeni ortak için de geçerli olduğunu, sadakat yükümlülüğünün inanan için devam ettiğini ileri sürmekteyse de bu çıkarımlar Türk hukuku açısından doğru olmayacaktır. Zira bu görüşlerin temelinde de mülkiyet hakkının ikileştirildiği teoriler yer almaktadır. Bu görüş için bkz. *Raiser*, T. / *Veil*, R., Recht der Kapitalgesellschaften, 6.Auflage, 2015, § 40, Rn. 5.



olduğu iddiasına gerekçe olarak gösterilen, inançlı temlik ile devredilen esas sermaye payı üzerinde inananın ekonomik mülkiyet sahibi olduğu, inanılanın ise sadece şekli hak sahibi olduğu düşüncesi yerinde değildir. Alman hukuku doktrininde savunulan ve yukarıda ifade edilen bu görüşler, Türk – İsviçre hukuklarında kabul görmemiştir. Bundan ötürü inanılan esas sermaye payından doğan hak ve borçların tek sahibidir. Taraflar arasındaki inanç sözleşmesinde mali hakların inanana ait olacağı yönündeki anlaşma özünde müstakbel alacağın temlikine yönelik bir taahhüt olup ancak bu halde inanan şirketten muaccel olan kâr payı alacağının kendisine ödenmesini talep edebilir. Yönetmel haklar ise inanılana aittir. Şirketin idaresinden doğan bir zarar söz konusu olduğunda müdürlerin sorumluluğuna ilişkin davayı da ancak inanılan ortak sıfatıyla ikame edebilir. Türk-İsviçre ve Alman hukukları arasındaki bu farklılık özellikle inançlı işlem konusunun hacze konu olması yahut iflas masasına dâhil olması halinde bunun üzerinde istihkak iddiasına bulunulması ve iflas masasından çıkarılmasının talep edilmesi çerçevesinde değerlendirilmiştir. Çalışmanın devamında incelenecek olan Basel Eyalet Mahkemesinin kararı da bir açıdan bu esası ele almakta ve İsviçre hukukunda inançlı temlikin inanç konusu esas sermaye payının yalnızca şekli mülkiyetini naklettiği savına karşı çıkmaktadır.

Devreden inananın şirkette söz hakkı sahibi olmak için esas sermaye payını oysuz olarak devretmesi, yani oy hakkını elinde tutması mümkün değildir. Bunun yerine inanan ile inanılan arasındaki inanç sözleşmesi uyarınca oyda temsil hakkı tanınabilir yahut oy sözleşmesi yapılabilir. Oy sözleşmesi yapılması suretiyle talimata aykırı kullanılan oyun geçersiz olmayıp sadece tazminat yükümlülüğü doğurması karşısında inanana bir güvence sağlanmış olur<sup>82</sup>. Oy hakkının inanılan tarafından kullanılmasında önem arz eden bir diğer husus ise, oydan yoksunluk hallerinin inanan nezdinde doğmuş olmasıdır. Oydan yoksunluğa ilişkin düzenlemenin amacının menfaat çatışmalarını önlemek olduğu gerekçesiyle, oydan yoksunluk hallerinin inananın nezdinde doğmuş olmasının yeterli olacağı ileri sürülmektedir<sup>83</sup>. Lakin inanılan ortağın sadakat yükümü göz önüne alındığında ortak sıfatını haiz olmayan inananın nezdinde doğan hallerin inanılanın oydan yoksunluğuna yol açmayacağı kanaatindeyiz. Her ne kadar inanılanın, inanç sözleşmesi gereğince inananın menfaatini gözetmesi gerekse de şirkete karşı olan sadakat yükümlülüğü daha baskın olup bu ikisi arasında çatışma olması halinde her zaman şirketin menfaatini üstün tutmalıdır. Dolayısıyla inananın nezdinde doğan oydan yoksunluk hallerinde inanılanın şirketin menfaatleri doğrultusunda hareket etmesi gerekmekte olup bu yükümlülüğe aykırı hareketi TTK 613 hükmü çerçevesinde değerlendirilir.

#### 4. İnançlı Temlik Edilen Esas Sermaye Payının Hacze Konu Olması ve İnananın İflası

Esas sermaye payı inançlı temlik işlemiyle birlikte artık yeni ortağın malvarlığında yer almaktadır. Bu nedenle inanılanın alacaklıları bu esas sermaye payı üzerinde haciz işlemi yaptırabilecekleri gibi, inanılanın iflas etmesi halinde esas sermaye payı iflas masasına dâhil olacaktır. Bu durumun inanana, yani eski ortağa zarar verdiği düşüncesiyle ve hakkaniyeti sağlamak amacıyla Alman hukukunda çeşitli teoriler ileri sürülmüş, bunlardan “şekli durum teorisi” (*formale Rechtsstellung*) ve “şekli hak

82 Mühl, s. 149.

83 Mühl, s. 149.

sahipliği teorisi” (*Legitimationstheorie*) Alman yargısında ve doktrininde benimsenmiştir. Bu teori uyarınca inanç konusu üzerindeki mülkiyet şekli / hukuki veya maddi / iktisadi olarak ayrılmakta ve gerçek hak sahibi olarak inanan görülmektedir. Buradan hareketle inananın esas sermaye payının iflas masasından çıkarılmasını talep hakkı (*Aussonderungsrecht*) tanınmaktadır<sup>84</sup>. Aynı şekilde inanç konusunun inanılanın alacaklılarından biri tarafından haczedilmesi halinde inananın bu kişilere karşı bir istihkak iddiasında bulunabileceği kabul edilmektedir<sup>85</sup>. Ancak Alman hukuk doktrininde ileri sürülen bu gerekçe Türk hukuku bakımından kabul edilemez. Daha önce belirtildiği üzere, inançlı temlik bir tam hak devridir. Bu nedenle kanaatimizce inananın yalnızca şekli hak sahibi olduğu gerekçesiyle iflas masasından çıkarmayı talep etme hakkı yoktur<sup>86</sup>. İnançlı temlik halinde inananın iflas masasından çıkarma hakkı tanıyan İİK 188 hükmü hamiline ve emre yazılı senetlere özgü olup kıyas yolu ile tüm inançlı temlik hallerine uygulanamaz.

Türk hukuku bakımından yapmış olduğumuz bu tespit, inanılanın iflas etmesi halinde teminat altına alınan alacağı ifa etmiş olan inananın inanç konusunu, inanç sözleşmesi uyarınca adi iflas alacaklısı olarak masadan talep edemeyeceği sonucunu doğurmaktadır<sup>87</sup>. Ancak bu çıkarım, temelinde inanılanın teminat sağlama amacı güden inançlı temlik ilişkisinde hakkaniyete aykırı bir duruma sebebiyet vermektedir. Bilhassa teminat altına alınan alacağın ifa edilmesine rağmen inanılanın inanç konusunun iflas masasınca paraya çevrilmesine katlanmak zorunda bırakılması, uygulamadaki ihtiyacın doğurduğu bu hukuki ilişkinin özüne aykırıdır. Kanaatimizce, doktrinde Antalya tarafından da savunulduğu üzere, teminat amacıyla inançlı temlik ilişkisinin gayesi göz önüne alınarak, inananın iflası halinde borcun ödenmiş olması koşuluyla inanç konusunun iflas masasından çıkarılmasını talep hakkının tanınması daha adil bir sonuç meydana getirecektir<sup>88</sup>.

84 *Altmeppen / Roth*, § 15, Rn. 46; *Kraus*, Münch. Hdb. GesR. III, § 26, Nr. 49; Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Özsunay*, İnançlı Muameleler, s. 194 vd. Teminat amaçlı inançlı temlikte inananın iflası halinde inanç konusu iktisadi olarak onun malvarlığında olduğu için, inanç konusu da iflas masasına dâhil olacağı, inanılanın bu halde iflas masasından çıkarma hakkının değil, (İİK 185 anlamında) bir rüçhan hakkı olduğu yönünde bkz. *Reichert / Weller*, MüKoGmbHG, § 15, Rn. 236; *Kraus*, Münch. Hdb. GesR. III, § 26 Nr. 50.

85 *Reichert / Weller*, MüKoGmbHG, § 15, Rn. 238; *Kraus*, Münch. Hdb. GesR. III, § 26, Nr. 51.

86 *Özsunay*, İnançlı Muameleler, s. 173; *Eren*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 386; *Tuncer-Kazancı*, İ., İnançlı İşlemlerde İşlemin Taraflarının İflası ve İflasın İnançlı İşleme Etkisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Armağan, DEÜHFD, C. 18, Özel Sayı 2014, (s. 2811 – 2834) s. 2825. *Oğuz*, A., s. 254. İsviçre Hukukunda aynı yönde bkz. *Merz*, s. 457; *Müller*, Art. 18, Nr. 414; *Jäggi / Gauch / Hartmann*, Art. 18, N. 214; *Guhl / Koller / Schnyder / Druey*, §15, N. 30.

87 *Tuncer-Kazancı*, s. 2825. Saf inançlı işlemlerde ise vekâlete ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması kabul edilmektedir. Bu nedenle esas sermaye payının saf inançlı işleme konu olduğu hallerde inananın TBK 509/I’de öngörülen kanuni temlikten yararlanması hem Türk hem de İsviçre hukukunda (OR Art. 401/I) kabul edilmektedir. Bkz. *Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı*, § 35, Nr. 47 vd.; *Tuncer-Kazancı*, s. 2829; *Merz*, s. 458; *Jäggi / Gauch / Hartmann*, Art. 18, N. 215; *Guhl / Koller / Schnyder / Druey*, §15, N. 30. Aksi yönde bkz. *Özsunay*, İnançlı Muameleler, s. 207-208. Bu hükmün hem saf hem karma inançlı işlemlerde uygulanabileceği yönünde ise bkz. *Altaş / Kurt*, s. 20. Kanaatimizce TBK 509/I hükmü sadece vekâlete ilişkin hükümlerin kıyasen uygulandığı saf inançlı işlemlerde uygulama alanı bulabilir. Bu nedenle teminat amacıyla inançlı temlikte bahsedilen hükme dayanılarak inananın korunması söz konusu olmaz. Nitekim teminat amaçlı inançlı temlikte inanç sözleşmesinin temelinde inanılanın menfaatini gözetme amacını içeren bir vekâlet ilişkisi değil, inananın teminat sağlamayı amaçlayan bir rehin ilişkisi yer almaktadır.

88 İnanç sözleşmesinin gereği yerine getirildikten sonra inanılanın iflas etmesi halinde, inananın inanç konusu şeyin iflas masasından çıkarılmasını talep edebileceği yönünde bkz. Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V / 1,1, § 15 N. 1548.

Bu kabul ile Alman hukukunda hakkaniyeti sağlama çabasının bir ürünü olan mülkiyetin şekli – ekonomik ayırımına gidilmesi gerekliliği de ortadan kalkacaktır.

İnananın iflas etmesi halinde ise, İİK 195 uyarınca tüm borçları muaccel olur. Buna inanca temlik ile temin edilen borcu da dâhildir. İnananın alacaklıları inanca temlikten doğan iade borcuna el atabilir<sup>89</sup>. Bu durumda iflas masası inanca konusunu paraya çevirebilir<sup>90</sup>, artan kısmı masaya iade etmekle yükümlüdür; eksik kalan kısım için adi iflas alacaklısı olarak masaya başvurur. İflas anında borcun ödenmiş olması veya iflas açıldıktan sonra iflas masası tarafından borcun ödenmesi halinde esas sermaye payının iadesini talep hakkı iflas masasına aittir<sup>91</sup>.

## 5. Taraflar Arasındaki İnanç İlişkisinin Sona Ermesi

Taraflar arasındaki inanca işlem, sürenin sona ermesi, belirlenen şartın gerçekleşmesi, borcun ifa edilmesi gibi sebeplerle sona erebilir. Borcun tam olarak ifası ile sona erme halinde inanan esas sermaye payını inana iade etmekle yükümlüdür<sup>92</sup>. İnananın iadeye ilişkin talep hakkı aynı değil şahsî bir hak olduğu için istihkak davası açması söz konusu değildir<sup>93</sup>. Nitekim inanca konu üzerinde hak sahipliği inandıradır. Burada inanan ancak TBK 112 uyarınca aynen ifa davasıyla iadenin gerçekleştirilmesini<sup>94</sup> yahut aralarındaki inanca sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmediği gerekçesiyle zararının giderilmesini talep edebilecektir<sup>95</sup>. Yukarıda da belirtildiği üzere inanca temlik amacıyla esas sermaye payının devrinde genel kurul tarafından bu amaç bilinenek onay verilse dahi iade işlemi esnasında tekrar genel kurul onayı alınması zorunludur.

Teminat altına alınan borcun ödenmemesi halinde ortağın nasıl hareket edeceği inanca sözleşmesiyle kararlaştırılabilir<sup>96</sup>. Ortak (inanan), esas sermaye payını paraya çevirip alacağını oradan

89 *Tuncer-Kazancı*, s. 2821.

90 *Tuncer-Kazancı*, s. 2823. Paraya çevirme işleminin inanan tarafından gerçekleştirileceği yönünde bkz. *Özsunay*, İnanca Muameleler, s. 212.

91 *Reichert / Weller*, MüKoGmbHG, § 15, Rn. 237.

92 *Poroy/ Tekinalp/ Çamoğlu*, Ortaklıklar I, Nr. 772f; *Arslanlı/ Domaniç*, s. 271. Alman hukukunda kabul gören inanca işlemin bozucu şarta bağlı bir işlem olduğu, bu nedenle borcun ödenmesiyle inanca işlem konusunun mülkiyetinin inana kendiliğinden döneceği görüşü hukukumuz bakımından kabul edilemez. Zira Tandoğan'ın da belirttiği üzere, taşınmazlarda şarta bağlı tescil yapılamayacağı gibi, taşınırlarda da bozucu şart gerçekleşse bile (geriye) devir şarttır. Bkz. *Tandoğan*, İnanca İşlem, s. 80. Aynı sonuca inanca işlemin, rehinden farklı olarak fer'i bir hak doğurmadığından da ulaşılabılır; bkz. *Altaş / Kurt*, s. 8. İnanca sözleşmesinden doğan taleplerin ileri sürülmesi için on yıllık zaman aşımı süresinin uygulanacağı yönünde bkz. *Kılıçoğlu*, s. 249.

93 *Antalya*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/ 1,1, §15 N 1547.

94 Buna ilişkin bir kararında Yargıtay aynen şu ifadelerle yer vermiştir: “İnanca işlem, kazandırmayı yapan kişiye yani inana belirli şartlar gerçekleşince, kazandırmamın iadesini isteme hakkı sağlayan bir sözleşmedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde bunun dava yoluyla hükmen yerine getirilmesi istenebilir.” Yarg. 14. HD, 26.11.2018, E. 8996/ 2016, K. 8242/ 2018; karar için bkz. <http://www.karararama.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 03.12.2019).

95 *Arslanlı*, Limited Şirketler II, s. 192; *Arslanlı / Domaniç*, s. 271; *Özsunay*, İnanca Muameleler, s. 151, s. 190-191; *Antalya*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/ 1,1, § 15 N 1546; *Altaş / Kurt*, s. 18.

96 “...davacının %25 payını teminat amaçlı olarak devrettiği anlaşılmaktadır. Anılan protokolde teminat amaçlı olarak devir edilen bu payların hangi koşullarda davacıya iadesi belirtilmiş, bir hesaplama tarzı kararlaştırılmıştır... Mahkemece bozmaya uyulmasına rağmen gereğinin yapılmaması, davacıya iade edilecek payın miktarının protokolün 6. Maddesine ve bozma ilamındaki açıklamaya göre tespit edilmesi gerekirken...” Yarg. 11. HD, 09.12.2014, E. 4201/ 2014, K. 19353/ 2014.

karşılabilir. Bu satış esnasında TMK 2 hükmüne uygun hareket edilmeli ve inananın menfaati de gözetilmelidir. Bu yükümlülük açıkça inanç sözleşmesinde düzenlenmemiş olsa bile hem rehin hukukuna ilişkin kuralların kıyasen uygulanmasından hem de TMK 2'den<sup>97</sup> doğar. Ancak ortak (inanılan), inanç konusunu paraya çevirmek zorunda değildir, zira lex commissoria yasağı inançlı temlik halinde söz konusu olmaz<sup>98</sup>.

Bu nedenle taraflar inanç sözleşmesiyle borcun ödenmemesi halinde ortak sıfatının inanılında kalacağı hususunu kararlaştırabilir.

## II. BASEL EYALET MAHKEMESİ'NİN 3 ŞUBAT 2019 TARİHLİ ZB.2018.35 SAYILI KARARININ ÖZETİ

### A. OLAYIN ÖZETİ

Davacı C ile davalı A arasında 14.9.2013 tarihinde akdedilen “Tohum Alımına İlişkin Yatırım Anlaşması”na aykırılık hasebiyle ilk derece mahkemesinde görülen uyuşmazlıkta mahkeme, A'yı bir miktar tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. Bu karara karşı eyalet (istinaf) mahkemesine itiraz eden A, babası L'nin C'den olan alacağını kendisine temlik ettiği ve bu iki alacak kalemi arasında takas yapılması gerektiği iddiasında bulunmuştur. Eyalet (istinaf) mahkemesinin kararı L'nin C'den gerçekten bir alacağı olup olmadığına ilişkin olup, bu çerçevede mahkemece L ve C arasında var olduğu iddia edilen inanç sözleşmesi değerlendirilmiştir.

### B. L VE C ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

2005 yılında L, C ve C'nin iş ortağı I “üzerinden” E GmbH, F GmbH, G GmbH ve H GmbH olmak üzere dört adet limited şirket kurmuştur. Taraflar arasında akdedilen inanç sözleşmesi uyarınca E GmbH'nin yöneticisi C; F GmbH'nin yöneticisi C ve I; G GmbH'nin yöneticisi C ve I; H GmbH'nin

Karar için bkz. [www.kararara.com](http://www.kararara.com) (erişim tarihi: 11.11.2020)

97 Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 151.

98 Cansel, Menkul Rehni, s. 189 – 190; Köprülü, B./ Kaneti, S., Sınırlı Aynı Haklar, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul 1982-1983, s. 462; Nomer, H., Teminat Amaçlı Vefalı Satışlar ile İnanç Sözleşmeleri ve Lex Commissoria Yasağı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHFD, C. 22, S. 3, s. 2014; Esener, Muvazaalı Muameleler, s. 160-161; Özsunay, İnançlı Muameleler, s. 139-140; Kuntalp, E., Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı, İnan Kırışa Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul 1994, (s. 151 – 162) s. 159 – 160. Kuntalp'ın belirttiği üzere, bu halde teminat konusunun değerinin teminat altına alınan alacağı aşması halinde aşan kısım teminat konusunu açık artırma veya serbestçe satıp satış bedelinden alacağını alabileceği görüşündedir. Bu yönde kararlar için bkz. Yarg. 14 HD, 14.3.2019, E. 16087/ 2016, K. 2373/ 2019; Yarg. 1 HD, 19.06.2019, E. 8019/2016, K. 3930/ 2019; bahsedilen kararlar için bkz. <http://www.karararama.yargitay.gov.tr> (erişim tarihi: 03.12.2019). İsviçre Federal Mahkemesi de aynı görüştedir. Bkz. BGE 56 II 444. Bkz. Arslanlı, H., Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İkinci Kitap – Yedinci Fası, Limited Şirketler (Madde 503-556), İkinci Kısım (Limited Şirketler (m.518-535)), Fakülter Matbaası, İstanbul 1963, s. 192; Aydınçak, s. 138, özellikle dn. 35; Helvacı, İ., Türk Medeni Kanunu'na Göre Lex Commissoria Yasağı, Doktora Tezi, İstanbul 1997, s. 113; Mühl, s. 154; Tuncer-Kazancı, s. 2824; Makaracı – Başak, s. 286; Parlak-Börü, s. 263; Dereli, Z., Lex Commissoria Yasağı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 72 vd.; Oktay-Özdemir, S., “Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri”, İÜHF, C. LVII, S. 1-2, Y. 1999, s. 280.

yöneticisi İdir<sup>99</sup>. Ayrıca inanç sözleşmesinin 6. maddesinde C'ye hizmetleri karşılığı her ayın başında vergi ve masraflar hariç 523 € ödenmesi kararlaştırılmıştır.

Şirketlerin yönetim yapılarına ilişkin olarak belirtilmesi gereken bir diğer husus ise A'nın annesi ve L'nin eşi olan J'nin F GmbH; A'nın kardeşi ve L'nin oğlu olan K'nın G GmbH'nin yöneticilerinden olduğudur.

## **C. TARAFLARIN L VE C ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİYE DAİR İDDİA VE SAVUNMALARI**

### **I. A'nın İddiaları**

Babası L'nin C'den olan alacağını devralan A; L ile C'nin arasındaki hukuki ilişkiye dair birtakım iddialarda bulunmuştur. Bunların ilki, L ile C arasında mevcut olan ve limited şirket esas sermaye payının devrini konu aldığı iddia edilen inanç sözleşmesinin esas sermaye payı üzerindeki mülkiyet hakkına yaptığı etkiye ilişkindir. Bir diğer iddiası ise, daha sonradan C'nin ödemelik def'i olarak ileri sürdüğü ücretin çoğunlukla hiç ödenmemesine ilişkin olarak, C'nin ücret hakkından feragat ettiğine ilişkindir.

#### **a. Limited Şirket Esas Sermaye Payını Konu Alan İnanç Sözleşmesinin Mülkiyet Hakkına Etkisi Yönündeki İddia**

A'nın iddiası, L'nin kendisine devrettiği alacağın kaynağını ortaya koymaya yöneliktir. Nitekim L, C'den olan alacağının aralarındaki inanç sözleşmesinden doğduğunu ifade etmiştir. Buna göre L, limited şirketlerdeki esas sermaye payının gerçek sahibidir ve C'nin bu şirketlerin gelirinin azalmasına sebep olmasından ötürü zarara uğradığını ileri sürmektedir.

A bu iddiasını temellendirmek için inançlı sözleşmenin türlerine göre bir ayırım yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre inançlı temlik, meşru hamil görüntüsü sağlayan devir (*Legitimationsübertragung*) ve inançlı mülkiyet devri (*fiduziarische Eigentumsübertragung*) olarak ikiye ayrılmaktadır. İnançlı mülkiyet devri halinde inanılan, belirli bir süre için ortaklıktan doğan tüm hak ve yükümlülüklerin sahibi olur, yani tam yetkilidir. Bu güçlü konum sözleşmenin taraflarının bu yönde açık iradelerinin olmasıyla sağlanır. Buna karşın meşru hamil görüntüsü sağlayan devir, esas sermaye payının mülkiyetinin geçmesi sonucunu doğurmaz. Bu devir, devralanı yalnızca dışarıdan hak sahibi kılmaya yöneliktir. Bu durumda devralanın iç ilişkideki durumu ile dış ilişkideki durumu birbirinden farklılık göstermektedir.

A, bu beyanlarının ardından L ve C arasındaki inanç sözleşmesinde L'nin esas sermaye paylarının %100 sahibi olduğunun beyan edildiğini ve sözleşmenin lafzının inançlı mülkiyet devri neticesini imkânsız kıldığını ifade etmiştir. Dolayısıyla A, L'nin başından beri şirketin kurucu ortağı olduğunu, dış ilişkide C'nin ortak olarak görüldüğünü, ancak iç ilişkide L'nin ortak olduğunu iddia etmiştir.

99 A, H GmbH'nin yöneticileri arasında C'nin de bulunduğunu iddia etmişse de bunu ispatlayamamış; bu husus ayrıca mahkemece önemli görülmemiştir. p. 3.2.

## ***b. C'nin Sözleşmeden Doğan Ücret Alacağından Feragat Ettiği Yönündeki İddia***

A, C'nin sözleşmeden doğan bir ücret alacağı olmasına rağmen C'nin bu hakkından feragat ettiğini ileri sürmüştür. A'nın iddiasına göre C, şirketler aracılığıyla işletilmekte olan biyogaz işletmesinin kâr elde etmesi için tam kapasite çalışması gerektiğini bildiğini, bundan ötürü şirketler kâr elde etmeye başlayana kadar ücret alacağından vazgeçip onun yerine kâr elde edildikten sonra bu kârdan pay almayı kabul ettiğini ve bu anlaşmaların sözlü gerçekleştirildiğini ileri sürmüştür. Ayrıca J ve K de şirketten olan huzur hakkı alacaklarından şirketler kâr edinceye kadar vazgeçmişlerdir. A, bu iddialarına tanık olarak babası L, annesi J ve kardeşi K'yi göstermiştir. Buna ek olarak feragat iddiasına bir sebep daha olarak A, L aleyhine yürütülen iflas işlemlerinden haberdar olup, bu nedenle alacağından vazgeçtiğini de ileri sürmüştür. Bu iddia çerçevesinde A en son olarak C'nin ücret alacağına binaen hiçbir zaman fatura göndermediğini de ifade etmiştir.

## ***2. C'nin Savunmaları***

Kararda A'nın 1. başlıkta aktarılan iddialarına karşılık C'nin savunmasına yer verilmemiştir. C'nin savunmaları ziyadesiyle 2. başlık çerçevesinde şekillenmiştir. Bu kapsamda C, inanc sözleşmesinden doğan ücret alacağından feragat ettiğine ve kârdan pay alacağına yönelik bir sözlü anlaşma gerçekleştirildiğine dair iddiaya itiraz etmiştir. C, şirketi yönetmek üzere anlaştıklarını; biyogaz piyasası ve işletmenin işleyişine dair daha önceden bir bilgisi olmadığını; J ve K'nin aynı ailenin birer üyesi olmalarından ötürü şirketten şu an alacaklarını tahsil etmemede büyük çıkarları olduğunu, ancak kendisinin aile üyesi olmadığını ve şirkete sunmuş olduğu hizmetin karşılığını talep ettiğini ifade etmiştir. Bunu yanı sıra C, L'nin iflas yoluyla takip edildiğini şirketin kurulmasından çok sonra öğrendiğini, ancak bunu başından itibaren biliyor olsa dahi bu durumun ücret alacağından vazgeçtiği anlamına gelmeyeceğini ileri sürüyor. Bu savunmalar kapsamında dosyaya sunulan ve C tarafından L'ye gönderilen bir e-postanın içeriği ise şu şekildedir: “*Şirketin iyi işletilmesine rağmen likidite sıkıntısı olmasını her zaman anlayışla karşıladım ve bu nedenle hep çok sabırlıydım. Ancak giderek anlamakta zorlandığım husus faturaların ödenmesinde her zaman en son sırada yer almam ve diğer herkesin benden önce gelmesi. 2.300 İsviçre Frangı tutarındaki muhasebe işleri ve huzur hakkı ödemesi gerçekten bir sorun olmazdı ve bunlar her zaman ödenseydi şu an bu sorun yaşanmazdı*”.

## ***D. EYALET (İSTİNAF) MAHKEMESİNİN DEĞERLENDİRMESİ***

### ***1. L ve C Arasındaki İnanç Sözleşmesi'nin Esas Sermaye Payı Üzerindeki Mülkiyet Hakkına İlişkin Değerlendirmeleri***

Eyalet (İstinaf) Mahkemesi ilk olarak L'nin şirkette hiçbir zaman ortak sıfatını haiz olmadığını tespit etmiştir. Bundan ötürü A'nın iddiasının aksine, L'nin esas sermaye paylarını meşru hamil görüntüsü oluşturmak amacıyla C'ye devretmiş olmasının mümkün olmadığı sonucuna varmıştır.

Bu tespitin ardından Eyalet (İstinaf) Mahkemesi bu çalışmanın sebebini teşkil eden bir konuya değinmiş ve taraflar arasındaki inanc sözleşmesinin esas sermaye payı üzerindeki mülkiyet hakkını

nasıl etkilediğini değerlendirmiştir. Bu çerçevede Eyalet (İstinaf) Mahkemesince ilk tespit edilen husus, inanç sözleşmesine uygulanması gereken hukukun İsviçre hukuku olduğudur. Bu tespit birazdan yer verilecek değerlendirmelerin, çalışmamızın devamında ele alınacak olan Alman hukukundan ayrıldığını belirlememiz için önem arz etmektedir.

İnanç sözleşmesine İsviçre hukukunun uygulanacağını tespit eden Eyalet (İstinaf) Mahkemesi ardından inanç ilişkisinin inanılanın inanç konusunu tam yetkili olarak iktisap ettiğini, ancak inanç konusu üzerindeki hakkını inanç sözleşmesine uygun olarak kullanması ve/veya devretmesi gerektiğini ifade etmiştir. İnanç ilişkisinin ayırt edici özelliklerinden biri, inanılanın iktidar alanının yetkilerinden daha geniş olmasıdır. Bu sözleşme ile öngörülen tasarruf yetkisi kısıtlamaları yalnızca nispi etkiyi haiz olup taraflar arasında sonuç doğurmaktadır. Eyalet (İstinaf) Mahkemesi İsviçre hukukunda inanç ilişkisinin temelinde “tam hak teorisi”nin (*Vollrechtstheorie*) yattığını vurgulamıştır. Alacak hakkı ve esas sermaye payı gibi diğer haklar üzerinde gerçekleştirilecek olan inanç işlemlerinde geçerli olan tam hak teorisi nedeniyle, mülkiyetin iç ve dış ilişkide ayrılması yahut ekonomik mülkiyet/hukuki mülkiyet veya şekli mülkiyet/gerçek mülkiyet gibi ayrımlara yer yoktur. Şirketin kurucusu olan inanılan hem şirkete hem de üçüncü kişilere karşı ortak ve esas sermaye payının sahibidir. Alman hukukunda kabul edilen yetkilendirme amacıyla inançlı işlem (*Ermächtigungstreuhand*) kural olarak İsviçre hukukunda geçerli değildir. Bu nedenle A'nın inançlı sözleşme dolayısıyla L'nin esas sermaye payının gerçek sahibi olduğu yönündeki iddiası İsviçre hukuku bakımından kabul edilebilir değildir. Buna ek olarak ortaklıklar hukukunda hamile yazılı pay senetleri açısından mümkün olabilecek meşru hamil görüntüsü yaratmak amacıyla pay sahipliği sıfatı devredilmeksizin senet zilyetliğinin devri mümkünken, bu uygulamanın nama yazılı senetler açısından doktrinde de hâkim olan güncel görüş tarafından reddedildiği ifade edilmiştir. Bu nedenle limited şirket esas sermaye payının yalnızca meşru hamil görüntüsü yaratmak amacıyla devredilmesi mümkün değildir.

Eyalet Mahkemesi bu değerlendirmeleri sonucunda ilk derece mahkemesiyle aynı yönde, L'nin hiçbir zaman ortak sıfatını haiz olmadığı, dolayısıyla şirketin gelirlerindeki azalmadan ötürü bir zarara uğramasının söz konusu olmadığı neticesine ulaşmıştır.

## **2. C'nin Sözleşmeden Doğan Ücret Alacağından Feragat Ettiği İddiasına İlişkin Değerlendirmeleri**

Eyalet (İstinaf) Mahkemesi, C'nin inanç sözleşmesinden doğan bir alacağın varlığı kabul edilse dahi bunun kendisine ileri sürülemeyeceği, zira ücret alacağının kendisine ödenmediği yönündeki savunmasını haklı görmüştür. Yazılı olarak gerçekleştirilen hiçbir inanç sözleşmesinde ücret alacağından feragate ve/veya kârdan pay almaya yönelik bir düzenlemeye yer verilmediği, bu durumun sebebinin ise A tarafından ortaya konulmadığı, bu nedenle feragate ilişkin iddianın inandırıcı olmadığı ifade edilmiştir.

A'nın biyogaz işletmesinin giderlerinin ilk yıllarda gelirlerini aştığının taraflarca bilindiğine ilişkin iddiasına ilişkin tek delilinin L'nin tanıklığı olduğu, ilk derece mahkemesinin bu hususta A'nın ispat yükümlülüğünü yerine getirmedeği çıkarımının yerinde olmadığı belirtilmiştir. Eyalet

(İstinaf) Mahkemesi bunu, A'nın bir avukat tarafından temsil edilmiyor olmasına rağmen ilk derece mahkemesinin iddianın neden kabul edilmediğine ilişkin olarak yalnızca halin şartlarını gösterip daha fazla gerekçe sunulmaması şeklinde gerekçelendirmiştir. Bununla birlikte, bu tespitin sonuç açısından önemli olmadığı da ifade edilmiştir.

L aleyhine yürütülen iflas takibinin, ücret alacağından feragat edilmesi sonucunu doğurmayacağı, en fazla (e-postadan da anlaşıldığı üzere) ödemede bir gecikmeye neden olabileceği vurgulandıktan sonra, A'nın beyanları arasında L aleyhine yürütülen iflas işlemlerinin feragat anı itibarıyla sona erdiği şeklinde bir ifadeye verildiği ve A'nın beyanları arasında çelişki olduğu da belirtilmiştir.

Eyalet Mahkemesi, C'nin iddia edilen feragatine ilişkin olarak A tarafından tanık gösterilen L, J ve K arasındaki sıkı ailevi, ticari ve menfaat bağı hasebiyle L, J ve K'nin beyanları ile A'nın beyanı arasında ispat gücü bakımından bir farklılık olmadığı; 4.5.2016 tarihinde şirket yöneticisi olarak alınan M'nin ise işe alınma tarihi itibarıyla sözlü feragat tanık olamayacağı nedeniyle feragat iddiasının ispatlanamadığı sonucuna varmıştır.

### 3. SONUÇ

Eyalet (İstinaf) Mahkemesi sonuç itibarıyla L'nin hiçbir zaman ortak sıfatını kazanmadığını; esas sermaye payının mülkiyetinin ona ait olmadığını ve dolayısıyla uğradığı bir zarardan bahsedilemeyeceğini; A'nın L'den devraldığı alacak geçerli olmadığı ve bozmayı da gerektiren başkaca bir sebep bulunmadığı için itiraz reddedilmiştir.

## III. BASEL EYALET MAHKEMESİ KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda özetine yer verilen Basel Eyalet (İstinaf) Mahkemesinin kararında, esas sermaye payının inançlı temlike konu olması açısından iki esas ele alınmıştır. Bunlar;

- Bir ticari işletme işletmek amacıyla limited şirket kurulmasına ilişkin inanç sözleşmesi esas sermaye payının inançlı temlike anlamına gelir mi?
- Esas sermaye payının inançlı temlike konu olması halinde inanan, şirketin kurucu ortağı ve yöneticilerinden biri olan inanılanın şirkete zarar verdiği gerekçesiyle inanç sözleşmesinin ihlal edildiğini ileri sürebilir mi?

Ticari işletme işletmek amacıyla limited şirket kurulmasına ilişkin inanç sözleşmesinin esas sermaye payının inançlı temlike anlamına gelip gelmediğinin değerlendirilebilmesi için ilgili inanç sözleşmesinin konusu ve taraflarına bakılması gerekir. Esas sermaye payının inançlı temlikine yönelik inanç sözleşmesi, hem bu çalışmanın başında inançlı temlike ilişkin genel açıklamalarda hem de Basel Eyalet Mahkemesi'nin kararında ifade edildiği üzere, ortak ile devredilen arasında akdedilmektedir. Noter tarafından onaylanan bu sözleşmenin ardından devrin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için şirket sözleşmesinde aksi yönde bir düzenlemeye yer verilmedikçe genel kurulun



onayı alınır. Devre ilişkin sözleşmenin taraflarından birinin ortak sıfatını haiz olması zorunluluğu ve devir için genel kurul onayının aranması, esas sermaye payının inanca temlike konu olması halinde devreden mevcut bir şirkette ortak olmasını zorunlu kılmaktadır<sup>100</sup>. Ayrıca olayda akdedilen inanca sözleşmesi, aleyhinde iflas takibi yapılan bir kişinin şirket kurmaktan kaçınması nedeniyle bu işlemin bir başkası üzerinden gerçekleştirilmesine yöneliktir. Buna karşın karara konu olayda dört adet limited şirketin kurulması ve yönetilmesine dair bir inanca işlem gerçekleştirilmiş olup, bir mal veya hakkın devri söz konusu değildir<sup>101</sup>. Dolayısıyla mahkemenin, Lnin ne kuruluşta aslen ne de sonradan devren ortak sıfatını haiz olduğu, bu nedenle esas sermaye payının inanca temlik edilmesinin mümkün olmadığı yönündeki değerlendirmesi yerindedir.

Esas sermaye payının inanca temlike konu olması halinde inananın, şirketin kurucu ortağı ve yöneticilerinden biri olan inananın şirkete zarar verdiği gerekçesiyle inanca sözleşmesinin ihlal edildiğini ileri sürmesine ilişkin olarak yapılacak değerlendirmede ise, bir inanca temlikin mevcut olduğu varsayımından hareket edilmelidir. Bir diğer ifadeyle, olayda esas sermaye payının inanca temlik söz konusu olsaydı dahi inananın, şirketin uğramış olduğu zarardan ötürü tazminat hakkı olup olmadığı incelenmelidir. Olayda L, bu şirketin gerçek ortağının kendisinin olduğunu ve şirkete zarar verilmesinin inanca sözleşmesinin ihlali anlamına geldiğini iddia etmektedir. İnanca temlike ilişkin açıklamalarımızda da yer verdiğimiz üzere, inanca temlikte inanan inananın menfaatlerini de gözetmekle yükümlü olup, inanca konusunu sözleşmeye uygun kullanmakla mükelleftir. İnanca temlikin ardından şirketin gelirlerinin azalması tek başına inananın inanca sözleşmesine aykırı hareket ettiği anlamına gelmeyecek olup, yönetici sıfatını haiz olan inananın tedbirli bir yönetici olarak karar verip vermediği incelenmeli, şirket genel kurulunda alınan kararlarda ise, inananın etki oranı (örneğin hâkim pay sahibi olup olmadığı) değerlendirilmelidir. Tüm bu değerlendirmelerden sonra inananın bu zararın oluşmasında kusuru olduğu tespit edilebiliyorsa, bu halde inanan, inanca sözleşmesine aykırı hareket edildiği iddiasını başarıyla ileri sürebilir. Bu çerçevede dikkat edilmesi gereken husus, inananın, inananın müdürün sorumluluğu kapsamında dava açamayacağıdır; zira daha önce ifade edildiği üzere inanan, sorumluluk davası açılması için aranan pay sahibi sıfatını (TTK 553/1 ve 555) haiz değildir. Benzer şekilde yöneticinin şirkete vermiş olduğu zararın inanca temlik yapısı ile şirket yerine ortağa ödenmesi de söz konusu olmaz. Bu halde inanan, inanca sözleşmesine aykırılıktan ötürü kendisinin uğramış olduğu zararın yine kendisine ödenmesini talep edebilir.

100 Belirtmeliyiz ki inananın bir şirket kurup paylarını bir müddet elinde tuttuktan sonra inananın devretmesi amacını güden bir inanca temlik de yapılabilir. Bu durumda saf inanca işlemden söz edilecek olup, çalışmamızın başında kısaca yer verdiğimiz ve Alman hukuk doktrinde inanca işlemlerin tasnifinde başvurulan “Erwerbstreuhand” yahut “Vereinbarungstreuhand” söz konusu olur.

101 İnanananın inanca konusunu inananın değil de başka bir kişiden edindiği durum için nam-ı müstear terimi kullanılmaktadır. Bu halde inanca işlemin söz konusu olup olmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş olup, bu çalışmanın kapsamını aşacağı için sadece tartışmaya işaret etmekle yetiniyoruz. Doktrin ve Yargıtay’ın bu konudaki görüşleri ve ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. *Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı*, § 35, Nr. 60 vd.

## KAYNAKÇA

- Aebi-Müller, Regina E. (Hrsg.) / Müller, Christoph (Hrsg.)**, BK – Berner Kommentar: Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen: Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Stämpfli Verlag AG, 2018.
- Akın, Murat Yusuf**, Anonim Ortaklıkta Bağlı Nama Yazılı Hisseler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Altaş, Hüseyin/ Kurt, Leyla Müjde**, “İnançlı İşlemler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, S.II, Y. 2011, s. 1-28.
- Altmeppen, Halger/ Roth, Günther H.**, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 9. Auflage, C.H. Beck, 2019.
- Antalya, Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. V/ 1,1, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019. (C. V/1, 1)
- Armbrüster, Christian**, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, Carl Heymanns Verlag, 2001.
- Armbrüster, Christian**, “Treuhänderische GmbH-Beteiligungen (I) Begründung, Übertragung, Umwandlung, Beendigung”, GmbHHR 2001, s. 941-950. (Anılış: Treuhänderische GmbH-Beteiligungen (I))
- Armbrüster, Christian**, “Zur Beurkundungsbedürftigkeit von Treuhandabreden über GmbH-Anteile – Zugleich ein Beitrag zu den Formzwecken des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG-”, DNotZ1997, (s.762-786). (Anılış: Beurkundungsbedürftigkeit von Treuhandabreden über GmbH-Anteile)
- Arslanlı, Halil**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İkinci Kitap – Yedinci Fesil, Limited Şirketler (Madde 503-556), İkinci Kısım (Limited Şirketler (m.518-535)), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1963.
- Arslanlı, Halil/ Domaniç, Hayri**, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. III, Limited Şirketler Hukuku Ve Uygulaması, Hisseli Komandit Şirketler, İstanbul 1989.
- Aydıncık, Şirin**, “Bir İnançlı İşlem Olarak Alacağın Teminat Amacıyla Temliki”, İÜHFİM, C. LXIVS.1, 2006, s. 131-194.
- Bahtiyar, Mehmet**, Ortaklıklar Hukuku, Güncellenmiş 14. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2020.
- Baumbach, Adolf/ Hueck, Alfred/ Servatius, Wolfgang**, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 21. Auflage, C. H. Beck, 2017.
- Bork, Reinhard (Hrsg.) / Schäfer, Carsten (Hrsg.)**, GmbHG – Kommentar zum GmbH-Gesetz, 3. Auflage, Köln 2015. İçinde: Brandes, Stephan.
- Bormann, Michael (Hrsg.) / Kauka, Ralf (Hrsg.) / Ockelman, Jan (Hrsg.)**, Handbuch GmbH-Recht, 3. Auflage, Zap Verlag, 2015. İçinde: Schulze Steinen, Mathias.
- Bügler, Reto**, Der GmbH-Anteil Insbesondere dessen Erwerb, Übertragung und Verlust (de lege lata et ferenda), Zürich, 2004.
- Bühren, Simon/ von der Crone, Hans Caspar**, “Positive Beschlussfeststellungsklage”, SZW 86 (2014), s. 564-572.
- Dereli, Zeliha**, Lex Commissoria Yasağı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.
- Eckhart, Dirk (Hrsg.) / Hermanns, Marc (Hrsg.)**, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, Carl Heymanns Verlag, 2017. (KölnerHdbGesR)
- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018. (Anılış: Borçlar Hukuku Genel Hükümler)
- Eren, Fikret**, Mülkiyet Hukuku, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2016. (Anılış: Mülkiyet Hukuku)
- Ergüne, Mehmet Serkan**, Taşınır Mülkiyeti, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

- Esener, Turhan**, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1956. (Anılış: Muvazaalı Muameleler)
- Esener, Turhan**, Borçlar Hukuku I, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları No:246, Ankara 1969. (Anılış: Borçlar Hukuku I)
- Fleischer, Holger (Hrsg.) / Goette, Wulf (Hrsg.)**, Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 2. Auflage, C. H. Beck, 2015. (MüKoGmbHG) İçinde: Reichert, Jochem/ Weller, Mark Philippe.
- Gehrlein, Markus (Hrsg.) / Born, Manfred (Hrsg.) / Simon, Stefan (Hrsg.)**, GmbHG-Kommentar, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2017. İçinde: Winter, Stephan.
- Goette, Wulf (Hrsg.) / Habersack, Mathias (Hrsg.)**, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, C. H. Beck, 4. Auflage, 2016. İçinde: Hüffer/ Schäfer
- Guhl, Theo/ Koller, Alfred/ Schnyder, Anton K./ Druet, Jean Nicholas**, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels – und Wertpapierrechts, 9. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2000.
- Gürsoy, Kemal Tahir/ Eren, Fikret/ Cansel, Erol**, Türk Eşya Hukuku, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1984.
- Handschin, Lukas**, Gesellschaftsanteile und Generalversammlung – die Willensbildung in der GmbH – die Konzernleitung der GmbH, Das neue Recht der Schweizer GmbH-Recht, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich-Basel-Genf 2006.
- Helvacı, İlhan**, Türk Medeni Kanunu'na Göre Lex Commissoria Yasağı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1997.
- Hensler, Martin (Hrsg.) / Strohn, Lutz (Hrsg.)**, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, C. H. Beck, 2016. İçinde: Verse, Dirk A.
- Hirte, Heribert**, Kapitalgesellschaftsrecht, 8. Auflage, RWS Verlag, Köln 2016
- Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 23. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- Kırca, İsmail/ Şehirli-Çelik, Feyzan Hayal/ Manavgat, Çağlar**, Anonim Şirketler Hukuku, C. II/II, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, 1. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017.
- Kocayusufoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir**, Borçlar Hukuku Genel bölüm, C.I, 6. Bası, Filiz Yayınevi, İstanbul 2014.
- Köprülü, Bülent/ Kaneti, Selim**, Sınırlı Aynî Haklar, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul 1982-1983.
- Kuntalp, Erden**, “Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı”, İnan Kırça'ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul 1994, s. 151 – 162.
- Lieder, Jan/ Villegas, Diego**, “Treuhandverträge über GmbH-Geschäftsanteile – eine Frage der Form?“, GmbHR 2018, s. 169-177.
- Lutter, Marcus/ Hommelhof, Peter/ Bayer, Walter/ Kleindiek, Detlef**, GmbH-Gesetz, 19. Auflage, Otto Schmidt Verlag, 2016.
- Makaracı-Başak, Aslı**, Taşınır Rehni Sözleşmesi, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Meier-Hayoz, Arthur (Hrsg.) / Kramer, Ernst A./ Schmidlin, Bruno**, BK – Berner Kommentar Band/ Nr. VI/1/1, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Stämpfli Verlag AG, 1986.
- Merz, Hans**, “Legalzession und Aussonderungsrecht gemäß Art. 401 OR: ein Beitrag zum Verhältnis von Auftrag und fiduziarischem Rechtsgeschäft, Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts”, Helbing und Lichtenhahn, Basel 1975, s. 451-464.

- Michalski, Lutz (Hrsg.) / Heidinger, Andreas (Hrsg.) / Leible, Stefan (Hrsg.) / Schmidt, Jessica (Hrsg.) /** Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 3. Auflage, C.H. Beck, 2017. İçinde: Ebbing, Frank.
- Moroğlu, Erdoğan,** Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Mühl, Otto,** “Der Geschäftsanteil in einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Kreditsicherheit (treuhänderische Übertragung, Verpfändung, Nießbrauch)”, Gesellschaftsanteile als Kreditsicherheit, Duncker & Humboldt, Berlin 1979.
- Müller, Klaus/ Gruber, Urs,** Sachenrecht, Vahlen Verlag, 2016.
- Nomer, Haluk Nami,** “Teminat Amaçlı Vefalı Satışlar ile İnanç Sözleşmeleri ve Lex Commissoria Yasağı”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHFD, C. 22, S. 3, s. 2007 – 2015.
- Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe,** Eşya Hukuku, 21. Bası, Filiz Kitabevi, Ekim 2018.
- Oktay-Özdemir, Saibe,** “Teminat Amaçlı Alacak Devri ve Toptan Temlik Sözleşmeleri”, İÜHFM, C. LVII, S. 1-2, Y. 1999, s. 265 – 299.
- Özkaya, Erarslan,** İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Özsunay, Ergun,** Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968.
- Özsunay, Ergun,** “Saf İnançlı Muamelelerde Vekalet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Uygulanması”, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar, Sempozyum, İstanbul 1977, s. 99-125. (Anılış: Saf İnançlı Muameleler)
- Öztürk, Gülay,** İnançlı İşlemler, Yetkin Yayınları, Ankara 1998.
- Parlak-Börü, Şafak,** “Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşleme Devri”, TBB Dergisi 2017, C. 128, s. 231 – 272.
- Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal/ Çamoğlu, Ersin,** Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019. (Ortaklıklar Hukuku I)
- Ortaklıklar Hukuku II, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019. (Ortaklıklar Hukuku II)
- Priester, Hans-Joachim (Hrsg.) / Mayer, Dieter (Hrsg.) / Wicke, Hartmut (Hrsg.),** Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band:3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 5. Auflage, 2018. İçinde: Jasper, Dieter/ Wollbrink, Stephan ve Kraus, Martin.
- Raiser, Thomas/ Veil, Rüdiger,** Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Auflage, 2015.
- Roth, Herbert,** “Pfändung und Verpfändung von Gesellschaftsanteilen”, ZGR 2000, s. 187-222.
- Schimansky, Herbert. (Hrsg.) / Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.)/ Lwowski, Hans Jürgen (Hrsg.),** Bankrechts-Handbuch, 5. Auflage, 2017. İçinde: Merkel, Helmut.
- Schmid, Jörg (Hrsg.) / Jäggi, Peter/ Gauch, Peter/ Hartmann, Stephan,** ZK – Zürcher Kommentar: Obligationenrecht: Art. 18 OR – Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2014.
- Schwerdtfeger, Armin (Hrsg.),** Gesellschaftsrecht Kommentar, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2015. İçinde: Buß, Thomas.
- Serick, Rolf,** Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung: Neue Rechtentwicklungen, 2. Auflage, Heidelberg 1993.
- Sirmen, Lale,** Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2018.
- Şafak, Ali,** Teminat Amaçlı Alacağın Temliki, 2. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Şener, Oruç Hami,** Limited Ortaklıklar Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

- Tandoğan, Haluk**, “İnançlı İşlemlerde İnananın Korunması Sorunu ve Bu Sorunun Çözümünde BK.393’ten Yararlanma Olanığı”, Temsil ve Vekaletle İlişkin Sorunlar, Sempozyum, İstanbul 1977, s. 73-98. (Anılış: İnançlı İşlemler)
- Tandoğan, Haluk**, Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri – Cilt: II, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010. (Anılış: Özel Borç İlişkileri)
- Tuncer-Kazancı, İdil**, “İnançlı İşlemlerde İşlemin Taraflarının İflası ve İflasın İnançlı İşleme Etkisi”, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, DEÜHFD, C. 18, Özel Sayı 2014, s. 2811 – 2834.
- Uygur, Atiye**, “Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.X, S.1-2, 2006, s. 171-195.
- Vardar-Hamamcıoğlu, Gülşah**, Medeni Hukuk’ta Tasarruf İşlemi Kavramı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Wicke, Harmut**, GmbHG, 3. Auflage, C. H. Beck, 2016.
- Yasaman, Hamdi**, “Hisse Devir İşlemi”, Şirketler Hukuku Ve Sermaye Piyasası Hukuku İle İlgili Makaleler, Mütalaalar, Bilirkişi Raporları-II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 563-586.
- Yılmaz, Süleyman/ Pınar, Hamdi**, “İnançlı İşlemlerin Muvazaalı İşlemlerle Karşılaştırılması Üzerinde Bir Değerlendirme”, AÜHFD, C. 68, S. 4, Y. 2019, s. 959 – 998.

**KISALTMALAR**

AATUHK	: 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun
Abs.	: Absatz
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	: Artikel
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.	: Bakınız
BGE	: Bundesgerichtsentscheidungen
BRAO	: Bundesrechtsanwaltsordnung
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
eTMK	: 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi
GmbH	: Gesellschaft mit beschränker Haftung
GmbHG	: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränker Haftung
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Hrsg.	: Herausgeber
İİK	: 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
N	: Numara
Nr.	: Numara
p.	: paragraf
RG	: Resmi Gazete
Rn.	: Reihennummer
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGR	: Zeitschrift für Unternehmens – und Gesellschaftsrecht

# Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Kira Sözleşmelerinin Tahkime Elverişliliği

## Arbitrability of Tenancy Contracts within the Scope of the International Arbitration Act

Hatice Selin Pürselim \* 

### ÖZ

Genel hatlarıyla tahkim, irade serbestisi prensibine yer veren, devlet mahkemelerinde görülen yargılamaya kıyasen daha hızlı ilerleyen, gizlilik ilkesine hizmet eden, ihtilafın o alandaki uzman kişilerce nihayete erdirilmesini hedefleyen bir yargılama usulüdür. Tahkim yargılamasının yapılabilmesi için asli unsurlardan biri uyumsuzluğun tahkime elverişli olmasıdır. Tahkime elverişlilik, ilgili ülkelerin milli hukuklarına göre değişiklik göstermektedir. Tahkime elverişlilik hususu sadece konu itibarıyla sınırlı değildir; fakat çalışmamızın kapsamı nedeniyle elverişlilik kavramı sadece uyumsuzluğun konusu açısından ele alınacak ve burada da bir sınırlamaya gidilerek kira sözleşmelerinin bu çerçevede değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılacaktır. Zira 4686 sayılı ve 21.06.2001 kabul tarihli Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) md. 1/4'te Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyumsuzluklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyumsuzluklarda tahkime gidilemeyeceği düzenlenmiştir. Şayet kira sözleşmesi MTK md. 1/4 kapsamında tahkime elverişli değilse kararın MTK md. 15/A/2/a uyarınca iptali söz konusu olacağından bu tespitin önem taşıdığı kanaatindeyiz. Çalışmada kira sözleşmesinin niteliği üzerinde durularak ilgili Yargıtay kararlarına ve doktrin tartışmalarına yer verilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Tahkim, Tahkim yeri, Kira sözleşmesi, Tahkime elverişlilik, Milletlerarası Tahkim Kanunu

### ABSTRACT

Arbitration, in general terms, is a dispute resolution mechanism which places emphasis on party autonomy, provides for quicker proceedings compared to state courts, attaches importance to preserving confidentiality and aims for resolution of disputes by arbitrators competent in the relevant field. One of the main prerequisites of arbitration is that the dispute should be capable of being settled by arbitration. Law systems have different approaches with regard to arbitrability. Arbitrability is not limited to the nature of the disputes. However, in our study, we will only be discussing arbitrability with regard to the nature of the dispute and within this context, we will be limiting this study to the question of whether tenancy agreements are arbitrable. Under Article 1/4 of the Turkish International Arbitration Act (MTK) numbered 4686 and dated 21.06.2001, it is stipulated that disputes arising from rights in rem in immovables that are located in Turkey and disputes that are not within the parties' disposal cannot be resolved by way of arbitration. If a tenancy dispute is not arbitrable pursuant to Article 1/4 of MTK, then the arbitral award shall be subject to annulment in accordance with Article 15/A/2/a of MTK. For this reason, determining the arbitrability of tenancy disputes is important. In this study, the legal nature of tenancy contracts as well as the relevant Court of Cassation decisions and scholarly discussions in this field will be examined.

**Keywords:** Arbitration, Seat of arbitration, Tenancy contracts, Arbitrability, International Arbitration Act

\* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Hatice Selin Pürselim

**E-posta/E-mail:** hselinpurselim@marmara.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 01.04.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 08.05.2021

## I. GENEL OLARAK

Milletlerarası ticaret yaşamının ihtiyaçları, ilerlemesi ve potansiyel ihtilaflar karşısında, milletlerarası tahkim sınırlar ötesi ticarete ortaya çıkan uyuşmazlıkların nihayete kavuşturulmasında önemli bir çözüm yoludur<sup>1</sup>. Yabancılık unsuru taşıyan<sup>2</sup>, tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya 4686 sayılı ve 21.06.2001 kabul tarihli Milletlerarası Tahkim Kanunu<sup>3</sup> (MTK) hükümlerinin taraflar veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklarda milletlerarası tahkimin esaslarını ve usulünü düzenleyen MTK uygulanacaktır; ancak Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşma hükümleri her hâlükdârda saklı tutulacaktır (MTK md. 1). MTK şüphesiz ki son yıllarda Türk hukuk uygulamasında önemli bir yere sahiptir. Ancak milletlerarası tahkim uygulamaları tüm dünyada olduğu gibi Türk hukukunda da belirli noktalarda tartışmalı meseleleri barındırmaktadır. Yargıtay, kira sözleşmelerine dair uyuşmazlıklarda zayıf tarafın korunması ilkesinden hareket etmektedir. Çalışmamızın amacı, kira sözleşmesiyle zayıf tarafın korunma hakkının barınma hakkı kapsamında değerlendirildiğinde tahkime elverişli olup olmadığını tartışmaya açmaktır.

## II. TAHKİM TANIMI

Tahkim doktrinde farklı şekillerde tanımlanmıştır. Ancak hemen her tanımında yer alan karakteristik unsurlar kapsamında genel bir tanım yapılırsa, tahkimin, tarafların kendi rızalarıyla aralarındaki uyuşmazlığı kesin ve bağlayıcı olarak nihayete erdirmeleri için hakem yargılamasına başvurmaları ve bu yol vasıtasıyla çözüm aramaları olduğunu söyleyebiliriz. Doktrinde yapılan detaylı tanımlara baktığımızda tahkimin, kanunun tahkim yoluyla çözümlenmesine müsaade ettiği konular kapsamında olmak şartıyla, iki veya daha fazla şahısın arasında, bir hak üzerinde doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların mahkeme yerine hakem adı verilen kimseler aracılığı ile kesin ve bağlayıcı şekilde çözümlenmesi konusunda tarafların anlaşmaları şeklinde tanımlandığı görülmektedir<sup>4</sup>.

- 1 Tanrıbilir, Feriha Bilge/Şit, Banu, Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu, MHB, Yıl 22, 2002, s. 821.
- 2 Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2017, s. 583; Öztekin Gelgel, Günseli, Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Getirmiş Olduğu Önemli Yenilikler, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, 2003, s. 1081 vd.; Özdemir Kocasakal, Hatice, Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 346 vd.; Aybay, Rona/Dardağan, Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, İstanbul 2008, s. 333; Nomer, Ergin, Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2018, s. 266 vd.; Çelikel, Aysel/Erdem, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2020; Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Figanmeşe, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2021, s. 768.
- 3 RG. 05.07.2001/24453.
- 4 Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1960, s. 404; Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s. 4; Akıncı, Ziya, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2020, s. 3 vd.; Özel, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008, s. 31; Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M.Kâmil/Deren Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s.596; Şanlı, Cemal, Milletlerarası Hakem Kararı-Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule Uygulanacak Hukuk Tarafların Tahkim Hukukunu Seçme Yetkisi-Hakem Kararının İptali Davasının Tenfize Etkisi – Tahkim Yeri ve Mahalli Mahkemeler Arasındaki İlişkiler, MHB, Cilt 3, Sayı: 1, 1983, s. 25; Tekinalp, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, İstanbul 2020, s. 445; Doğan, Vaht, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2020, s. 163; Güngör, Gülin, Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Ankara 2021, s. 305; Çelikel/Erdem, s. 816; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 758; Şanlı, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2016, s. 292; Postacıoğlu, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, s. 1026; Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt



Tahkimin amacı, uzman kişi olan hakemlerin söz konusu uyuşmazlığı hızlı, ihtiyaçlara uygun ve gizlilik içerisinde çözmeye çalışmalarıdır<sup>5</sup>. “Anlaşanların”, diğer bir ifadeyle, tahkim anlaşmasına taraf olan kişilerin, söz konusu ilişkiye dair tahkimin kapsamına giren bir ihtilafın ortaya çıkması halinde prensip olarak tahkim yargılamasına katılmaları gerekecektir. Tarafların tahkime gideceğine dair yapılan kararlaştırma ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabilir veyahut esas sözleşmeye tahkim şartı şeklinde eklenebilir. Tahkimin incelememiz açısından önem arz eden noktası, esas sözleşmenin içinde yer alan tahkim şartı veya esas sözleşmeden ayrı olarak hazırlanan tahkim sözleşmesi kapsamında kira sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olup olmadığıdır.

### III. TAHKİME ELVERİŞLİLİK

Her uyuşmazlık birbirinden farklı bir hukuki yapıya sahiptir. Bu nedenle hangi uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözüleceğine hangilerinin çözülemeyeceğine tahkime elverişlilik şemsiyesi altında karar verilmektedir. Tahkime elverişli olan ihtilaflar tahkim yoluyla çözülebilirken, bu şemsiye altına giremeyen ihtilaflar için tahkim yolu mümkün görünmemektedir. Tahkime elverişlilik, genel olarak bir uyuşmazlığın/konunun tahkim yargılamasında görülüp görülemeyeceğini ifade etmektedir; diğer bir ifadeyle bu kavram “ne için” tahkim yargılaması yapılıp yapılamayacağını işaret etmektedir<sup>6</sup>.

Tahkime elverişliliğin tespitinde ihtilafa hangi hukukun uygulanacağı önem arz eder<sup>7</sup>. İncelememizin kapsamına girmediği için kısaca belirtmek isteriz ki tahkime elverişliliğin muhtemel tenfiz ülkesi dikkate alınarak tespit edilmemesi gerektiğini savunan görüşe katılmaktayız; aksi halde tahkim yeri hukuku uyarınca tahkime elverişli olan bir uyuşmazlık, muhtemel tenfiz ülkesi hukuku uyarınca tenfize elverişli değilse hakemler uyuşmazlığı çözmekten imtina edeceklerdir<sup>8</sup>. Tarafların hakemlere verdiği yetki dikkate alındığında bu halin bir çelişki yarattığı fikrine katılmaktayız<sup>9</sup>. Tahkime

VI, İstanbul 2001, s. 5875; Tiryakioğlu, Bilgin, Yatırım Tahkiminde Konu ve Kişi Bakımından Yetki, Ed. Süral Efeçinar, Ceyda/Ömeroğlu, Ekin/Uyanık, Ece, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Üçüncü Kişi Finansmanı, Ankara, 2018, s. 11; Nomer, Ergin, Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği, MHB, Cilt 10, Sayı: 1-2, s. 130 vd.; Erkan, Mustafa, Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, 2013/ 1-2, s. 536; Hamann, Hartmut/Lennarz, Thomas, Schiedsverfahren oder staatliche Gerichtsverfahren – Was ist besser?, Stuttgart JA, 2012, s. 801 vd.

5 Giray, Faruk Kerem, Milletlerarası Tahkimde Gizlilik, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, S. 2015/2, s. 65 vd.; Çelikel/Erdem, s. 816.

6 Özel, s. 38; Özel, Sibel, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması, MÜHF – HAD, C. 23, S. 1, s. 317; Huysal, Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010, s. 12 vd.; Esen, Emre, Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan), 2011, s. 355 vd.; Özkan, Işıl/Tütüncübaşı, Uğur, Uluslararası Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 269.

7 Özel, s. 39. Tahkime elverişliliğe uygulanacak hukukla ilgili tartışmalar için bkz. Tüysüz, Cemre, Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflas Hukukundaki Davalar, İstanbul 2017, s. 26 vd.

8 Özel, s. 58. Ayrıca bkz. Doğan, Vahit, Tahkime Elverişlilik Bağlamında Yabancı Unsur, Ed. Doğan, Vahit/Yılmaz, Alper Çağrı/İzmirli, Lale Ayhan, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2019, s. 449 vd.

9 Özel, s. 58.

elverişsiz bir konuda verilen hakem kararının iptali gündeme gelebileceğinden, bu meselelerde tahkime gidilmesinin zaman ve masraf kaybına neden olacağı düşünülmektedir<sup>10</sup>.

Mahalli hukuklar tahkime elverişlilik ile ilgili sınırlamalarını kendileri koymaktadır. Mahalli hukukların bu sınırlamaları koyarken milletlerarası sözleşmeleri dikkate alarak ve usul hukukuna hâkim temel ilkeler ışığında taraf iradelerine sınırlı sayıdaki emredici kurullarla müdahale ettiği bilinmektedir<sup>11</sup>. Tarafların kendi iradesine tabi olan ve onların üzerinde kabul/sulh yoluyla serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli kabul edilmektedir<sup>12</sup>. Tahkime elverişli uyuşmazlıkların konu bakımından sınıflandırılması objektif tahkime elverişlilik (*ratione materiae*); ehliyet ve temsil yönünden sınıflandırılması ise subjektif tahkime elverişlilik (*ratione personae*) denilmektedir<sup>13</sup>. Objektif tahkime elverişlilik kamu düzeni kavramı ile somut hale gelebileceğinden, objektif tahkime elverişlilik kavramı kamu düzeninin “ikiz kız kardeşi” olarak tanımlanmaktadır<sup>14</sup>.

Hukuk sistemlerinde tahkime elverişliliğin tespiti için farklı usuller belirlenmiştir. Tahkime elverişliliğin tespiti için ekonomik faaliyetlerle sınırlandırma yapılmış veya tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri haklara dair bir sınır çizilmiş veyahut tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri haklara dair bir belirleme yapılarak istisnalar açıkça zikredilmiş olabilir<sup>15</sup>. Tahkime elverişliliğin belirlenmesinde şüphesiz ki o devletin siyasi, sosyal ve ekonomik durumu önemli rol oynamaktadır. Devletlerin siyasi, sosyal ve ekonomik durumlarının da zaman içerisinde gelişeceği ve değişeceği unutulmamalıdır. Bu nedenle, tahkime elverişlilik de zaman içerisinde kendini yenileyecek, günümüzde tahkime elverişli kabul edilmeyen konular ileride elverişli kabul edileceği gibi tahkime elverişsiz kabul edilen konular da tahkime elverişli hale gelebilecektir<sup>16</sup>. Sonuç olarak, tahkime elverişlilik konusunda milli hukuklarda öngörülen sınırlamaların gerekçeleri, kanun koyucunun tahkim yargılamasına bakış açısına, kendi sosyal ve ekonomik sistemine ve kamu düzeni anlayışına göre değişmektedir<sup>17</sup>.

10 Akıncı, Ziya, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, BATİDER 18/4, 1996, s. 109. Ayrıca bkz. Nomer, s. 588 vd. Tiryakioğlu, Bilgin, Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarının İptali, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2016, s. 301 vd., Liebscher, Christoph, Objektive Schiedsfähigkeit-Eine Skizze, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekanteze Armağan, 2015, s. 1625; Nomer, Usul, s. 272 vd.

11 Şanlı, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 123 vd.

12 Şanlı, Ticari Akitler, s. 467; Doğan, s.180; Özdemir Kocasakal, Hatice, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001, s. 179.

13 Özel, s. 38; Liebscher, s. 1625 vd.; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 767 vd.; Erkan, Mustafa, Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Ankara 2013, s. 75; Huysal, s. 14; Özkan/Tütüncübaşı, s. 242 vd.; Tüysüz, s. 12 vd.; Ersen Perçin, Gizem, MTK Tahkiminde İptal Davalarına İlişkin Bir Değerlendirme, PPIL 40/2, (Cemal Şanlı Armağanı), 2020, s. 1068; Münch, Joachim, in: Münchener Kommentar zur ZPO, München 2017, Rn. 11; Wächter, Vincent, Die Schiedseinrede bei Auslandsberührung, Tübingen 2020, s. 64-65.

14 Liebscher, s. 1634 vd.

15 Özel, s. 51 vd.; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 758; Şanlı, Ticari Akitler, s. 468; Poloni, Flore, Tahkim Talebine Cevap, Ed. Akıncı, Ziya/Greineder, Daniel/Yasan Tepetaş, Candan, Tahkimde Davanın Açılması: İlk Dilekçeler ve Hakem Seçimi, İstanbul 2020, s. 15 vd.; Özkan/Tütüncübaşı, s. 281.

16 Aynı yönde bkz. Tüysüz, s. 19; Erkan, Yetki, s. 75; Takavut, İbrahim Doğan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, İstanbul 2018, s. 79 vd.

17 Şanlı, Ticari Akitler, s. 468.

## IV. MTK KAPSAMINDA TAHKİME ELVERİŞLİLİĞİN KİRA SÖZLEŞMELERİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. İNCELEMENİN KAPSAMI

MTK md. 1'de Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara dair uyumsuzluklar ile iki tarafın iradesine tabi olmayan uyumsuzlukların tahkime elverişli olmadığı yer almaktadır.

Bu madde uyarınca, Türkiye'de bulunan taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyumsuzluklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan meselelerde tahkime gidilemeyecektir. Belirli ihtilafların tahkim yargısına kapatılması kamu düzenini koruma düşüncesine dayanmaktadır<sup>18</sup>. Taşınmazın aynına ilişkin olmayan kira sözleşmelerinde tahkime gidilip gidilemeyeceği tartışmalıdır<sup>19</sup>. Kira sözleşmesi rızai ve tam iki taraf borç yükleyen, günlük hayatta sıklıkla karşılaştığımız bir sözleşme tipidir. Bu sözleşme tipi acaba işçiyi ve tüketiciyi koruma amacıyla tahkime izin verilemeyen yani zayıf tarafın korunduğu sözleşmeler grubuna dahil midir? Tahkim şartı konulmuş kira sözleşmesinden doğan ihtilaf sebebiyle zayıf konumda olduğu kabul edilen kiracının tahkime başvurması tahkime elverişliliği sağlayacak mıdır? Kira sözleşmelerinde Yargıtay'ın benimsediği tacirler arası kira sözleşmeleri/tacir olmayanlar arası kira sözleşmeleri şeklinde bir ayırımın yapılması zorunlu mudur? Kira sözleşmesinden doğan ihtilafların tahkime elverişli olup olmadığı bir bütün halinde ele alınabilir. Ancak bu anlayış kira sözleşmesinden doğan ihtilafların aynı nitelikte kabul edilmesine hizmet edebilir. Bu yöntem yerine talepler tahliye, kira bedelinin tespiti ve kira alacağının tahsili şeklinde üçe ayrılarak her bir talebin ayrı ayrı tahkime elverişliliği incelenebilir. Kira sözleşmesinin bir bütün halinde ele alınması mı yoksa ihtilaf konusuna göre sınıflandırılarak tahkime elverişliliklerinin araştırılması mı tercih edilmelidir? Aşağıda bu hususlar tartışmaya açılarak doktrindeki tartışmalara ve Yargıtay kararlarına yer verilecektir.

### B. KİRA SÖZLEŞMESİNİN NİTELİĞİ

Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 299 kira sözleşmesini düzenlemektedir. TBK md. 299 uyarınca, kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Rızai ve sürekli borç doğuran bir sözleşme olan kira sözleşmesinin tam iki tarafa borç yüklenme vasfı nedeniyle, kiraya veren kiralananı kiracıya kullanıma elverişli bir şekilde teslim etme ve kira süresi boyunca bu durumda bulundurma borcu altındadır; kiracı ise kira konusunu kullanımı karşılığında kira bedelini ödeme yükümlüğü taşımaktadır<sup>20</sup>. Sözleşme herhangi bir şekilde tabi değildir;

18 Şanlı, Ticari Akitler, s. 469.

19 Özel, s. 53.

20 Akartepe, Alpaslan, Türk Borçlar Kanunu'nun 315. Maddesi Çerçevesinde Kiracının Kira Bedelini Ödemede Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları, MÜHF – HAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı, C: 22, S: 2016/3, s. 85; Kırmızı, Mustafa, 6098 Sayılı Yasada Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları, Ankara 2013, s. 39; Kaynar, Muhammet, Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi, İstanbul 2014, s. 4; Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2015, s. 48 vd.; Münch, Rn. 29.

zımni olarak dahi yapılsa geçerli olduğu ifade edilmektedir<sup>21</sup>. Şüphesiz ki kira bedeli sözleşmenin asli edimlerinden biridir ve taraflar irade serbestisi gereği bu bedeli özgürce kararlaştırabilir<sup>22</sup>. Kiracı, aksine sözleşme ve yerel adet olmadıkça, kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri, her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlü olacaktır (TBK md. 314).

Kiraya veren ve kiracı arasındaki ilişkide, prensip olarak kiraya verenin üstün durumda olduğu kabul edilerek, zayıf tarafın korunması hedeflenmiştir<sup>23</sup>. Örneğin, kiracının zayıf konumda olmasından hareketle TBK'nın kiracıyı koruma vasfı taşıyan kira bedelinin belirlenmesine ilişkin hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir ve bu nedenle TBK'nın kira bedelinin belirlenmesine dair 344. ve 345. maddelerinin ivedilikle yürürlüğe girdiği ve hatta TBK yürürlüğe girmeden önce kurulmuş olan sözleşmelere de uygulandığı ifade edilmiştir<sup>24</sup>.

Kullandırma amacı güden kira sözleşmesinden kaynaklanan ihtilaflar; alacağın tahsili, kira bedelinin tespiti ve tahliye taleplerinden doğmaktadır<sup>25</sup>. Kira bedelinin tespitinde kiraya veren ile kiracı arasında adil bir dengenin sağlanması, yararlar dengesine uygun bir çözüm bulunması önerilmektedir; her ne kadar kira bedeli taraflarca serbestçe tayin edilse de sözleşmenin yapılmasından sonra kiraya verenin kötü niyetle hareket etmesi mümkündür<sup>26</sup>. Kiracının baskı altında kalarak kişisel veya ailevi veyahut iş piyasasındaki zorluklar nedeniyle sözleşme yapması muhtemeldir<sup>27</sup>. Anayasa Mahkemesi'nin mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 2. ve 3. maddelerini kira bedelinin kamu yararına uygun olarak sınırlanabileceği görüşüne dayanarak iptal etmesinin<sup>28</sup> devamında ortaya

21 Tunaboşlu, Müslim, Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, Ankara 2013, s. 155 vd.

22 Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2017, s. 320; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 381 vd..

23 Eren, s. 393; Yavuz/Acar/Özen, s. 591; Akyiğit, Ercan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 139.

24 Kılıç Öztürk, Gamze, Kira Tespit Davası ve Esasları, TBB Dergisi, 2017/129, s. 12.

25 Kira sözleşmesiyle ilgili detaylı bilgi için bkz. Acar, Faruk, Kira Hukuku Şerhi, (TBK m. 299-321), Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2015, md. 299/ 54 vd.; Koç, Nevzat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1 (1), Bahar 2014, s. 10; İnceoğlu, M. Murat, Kira Hukuku, İstanbul 2014, s. 8 vd.; Gümüş, M. Alper, 6098 Sayılı Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul 2011, s. 26 vd..

26 Kılıçoğlu, Ahmet M., Kira Bedellerinin Dondurulması Yasası ve Eleştirisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2000/2, s. 409.

27 Kılıçoğlu, Ahmet M., s. 407.

28 AYM 26.03.1963 tarihli E. 1963/3, K. 1963/67 (RG. 31.05.1963/11416); "(...) Anayasa'nın 36 ncı maddesinde, herkesin mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu, bu hakların, ancak kamu yararı amacı ile kanunla sınırlanabileceği, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı, yazılıdır. Bu suretle Anayasa, mülkiyet hakkının, kanunla ve kamu yararı amacı ile sınırlanabileceği esasını koymuş bulunmaktadır. Bununla beraber, yine temel hak ve hürriyetlerin Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabileceğini ve kanunun kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik sebepleri ile de olsa bir hakkin ve hürriyetin özüne dokunamayacağını emreden Anayasa'nın 11 inci maddesinin, mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında da gözönünde bulundurulması zorunluluğu vardır. (...) Gayrimenkullerin, mesken ve iş yeri olarak çeşitli yönler toplumu ilgilendiren büyük önemi vardır. Bu yönlerden birisi de iktisadi alandır. Mesken ve iş yeri darlığının bulunduğu memleketlerde, Devletçe tedbir alınmadığı takdirde, talebin fazlalığı dolayısıyla kiralar anormal şekilde yükselir. Bu yükseliş istihlak maddelerinin fiyatları üzerinde de etkilerini gösterir ve hayat pahalılığına sebep olur. Bu gerçek birçok yabancı memleketlerde de kabul edilmiş ve kira konusunda çeşitli tedbirler alınmıştır. Memleketimizde de ilk defa Milli Korunma Kanunu'nda yer alan 30. madde ile kiralar dondurulmuş, sonradan bu maddenin ihtiyacı karşılayamadığı görülerek değişiklikler yapılmış ve son olarak 1/6/1955 gününde yürürlüğe giren 6570 sayılı kanun kabul edilmiştir. Hayat pahalılığı, toplumda huzursuzluk yaratan bir olaydır. Toplum bu buna karşı korumak amacı ile Devletçe tedbir alınmasının kamu yararına

çıkan ve kira sözleşmelerinde kira bedelinin belirlenmesi konusunda 1963 yılından itibaren Yargıtay kararlarıyla doldurulmaya çalışılan boşluk TBK md. 344<sup>29</sup> ile giderilmeye çalışılmıştır<sup>30</sup>. Uygulamada tespit davası olarak bilinen, kira bedelinin belirlenmesi davasının açılma süresi ve mahkemece belirlenen kira bedelinin hangi tarihten itibaren kiracıyı bağlayıcı etkisinin olacağına ilişkin olarak önceki BK'da ve mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun 2. ve 3. maddelerinin iptalinden sonra da yasal bir düzenleme konusu yapılmadığı; mevcut TBK'nın 345. maddesinde bu meselenin de çözüme erdirildiği ifade edilmektedir<sup>31</sup>. Ayrıca TBK'nın 346. maddesinde düzenlenen kiracı aleyhine düzenleme yasağının kiracının korunması ilkesine uygun olduğu savunulmaktadır<sup>32</sup>: TBK md. 346 uyarınca, kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemeyecektir; özellikle, kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde ceza koşulu ödeneceğine veya sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmalar geçersiz olacaktır. TBK md. 346 düzenlemesiyle, Yargıtay'ın, kira sözleşmelerine konulan muacceliyet kaydının geçerli olduğunu kabul eden içtihadının 1 Temmuz 2012 tarihi itibarıyla geçerliliğini yitirdiği ifade edilmektedir<sup>33</sup>.

### C. KIRA SÖZLEŞMESİNİN TAHKİME ELVERİŞLİĞİNE DAİR TARTIŞMALAR

MTK md. 1/4 uyarınca Türkiye'de bulunan taşınmazın aynına dair uyuşmazlıklar Türk hukuku açısından tahkime elverişli değildir. Akıncı, yabancı ülkede bulunan taşınmazla ilgili uyuşmazlığın niteliği, kararın tenfiz edileceği yani taşınmazın bulunduğu ülke hukuku bakımından tahkime elverişli sayılıyorsa tahkim şartını geçersiz kılmak için bir sebep olmadığını ve uyuşmazlığın tahkime elverişli kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>34</sup>. Yazar, Türkiye'deki taşınmazların aynı ile ilgili uyuşmazlıkların tahkime elverişsiz olmasını Türk kamu düzeni kapsamında izah etmektedir;

bir müdahale teşkil ettiğinden şüphe edilemez. Aynı amaçla, kiralardan kontrol altına alınması da kamu yararına olan tedbirler cümlesinden sayılmak icap eder. Devletin bu konudaki müdahalesi, mülkiyet hakkının kamu yararı amacı ile sınırlanabileceğini ön gören Anayasa'nın 36 ncı maddesinin kapsamına girer. Bu sebepler gözönünde tutularak, memleketimizde gayrimenkul darlığı devam ettiği sürece, ka – nun koyucunun, kira konusunu düzenlemesinin ve bu alanda sınırlama yapmasının, mülkiyet hakkının özüne dokunmamak şartı ile, caiz bulunduğu ve bu müdahalenin kamu yararına olduğu hususunda görüş birliğine varılmıştır (...)."

29 TBK md. 344: "Tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla geçerlidir. Bu kural, bir yıldan daha uzun süreli kira sözleşmelerinde de uygulanır. Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapılmamışsa, kira bedeli, bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla hâkim tarafından, kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenir. Taraflarca bu konuda bir anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli, hâkim tarafından üretici fiyat endeksindeki artış oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak hakkaniyete uygun biçimde belirlenir. Her beş yıldan sonraki kira yılında bu biçimde belirlenen kira bedeli, önceki fıkralarda yer alan ilkelere göre değiştirilebilir. Sözleşmede kira bedeli yabancı para olarak kararlaştırılmışsa, beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz. Ancak, bu Kanunun, "Aşırı ifa güçlüğü" başlıklı 138 inci maddesi hükmü saklıdır. Beş yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesinde, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önünde tutularak üçüncü fıkraya hükmü uygulanır".

30 Koç, s. 25; Kılıç Öztürk, s. 7.

31 Koç, s. 26; Kılıç Öztürk, s. 10; Gökyayla, Emre, Konut ve Çatılı İş yeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK md. 339), Prof. Dr. Aydın Zevkiler'e Armağan, Cilt: 2, İzmir 2013, s. 1218.

32 Koç, s. 27.

33 Koç, s. 27.

34 Akıncı, s. 353 vd.

bu nedenle, yabancı ülkedeki taşınmazların aynına dair ihtilafların Türk kamu düzeni ile ilgili olmadığını belirtmektedir<sup>35</sup>.

Yargıtay, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde tahkim şartı içeren sözleşmeye dayanarak yapılan tescil başvurularının tahkime elverişsiz olduğunu; kat karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan cezai şart taleplerinin ise tahkime elverişli olduğunu kabul etmektedir<sup>36</sup>. Taşınmazlarla ilgili meselelerde tahkime gidilebileceğini belirten 31.05.1979 tarihli Yargıtay kararı uyarınca, taşınmaz mal payının geri verilmesi amacıyla tapu sicilinde yapılması gerekli olan düzeltme işlemine dair dava, tarafların serbestçe gerçekleştirebilecekleri işlemlerden olması sebebiyle ve kamu düzenine ilişkin bir husus söz konusu olmadığından tahkim yoluyla çözülebilecektir<sup>37</sup>. Kira sözleşmeleriyle ilgili kararlara

35 Akıncı, s. 353.

36 Şanlı, Ticari Akitler, s. 313 ve s. 470; “Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2010/1581 K. 2010/1652, Mahalli mahkemeye verilen hükmün temyizen tetkiki davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dosyadaki kağıtlar okundu, gereği konuşulup düşünüldü: Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan gecikme tazminatı ve kira bedeli istemine ilişkin olup, mahkemeye tahkim şartı nedeniyle dava dilekçesinin görev yönünden reddine dair verilen karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Taraflar arasında imzalanen 16.04.1993 tarihli 12477 yevmiye sayılı “Düzenleme Şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi ve Daire Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin 13/2. maddesinde, sözleşmeden doğan ihtilafların halli için tahkim şartı kararlaştırılmasına karşın; davacı davasını mahkemede açmış olduğu gibi, davalı yüklenici şirket de aynı sözleşmeye dayanarak davacı M ile diğer arsa sahipleri hakkında açtığı Antalya Asliye Birinci Ticaret Mahkemesi’nin 2008/257 Esas sayılı davasında cezai şartın tahsilini talep etmiştir. Görüldüğü üzere, davacı M tarafından açılan işbu temyize konu davada “tahkim” itirazında bulunan davalı yüklenici şirket, sözleşmedeki tahkim şartını dikkate almadan kendi davasını genel mahkemede açmıştır. Geçerli tahkim sözleşmesi veya şartına rağmen sözleşmenin taraflarının davalarını hakem yerine mahkemelerde açmış olmaları durumunda tahkim sözleşmesinin veya şartının uygulanmasından vazgeçmiş olduklarının kabulü gerekir. Zira Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesi uyarınca herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Taraflar sözleşmede kararlaştırılan tahkim şartının uygulanması olanağını ortadan kaldırmışlardır. Açıklanan bu sebeplerle davalılarca yapılan tahkim itirazı kabul edilemez. Mahkemeye işin esasına girilerek uyumsuzluk çözüme bağlanmalıdır. Yukarıda açıklanan nedenlerle kararın bozulması uygun bulunmuştur. Sonuç: Yukarıda açıklanan sebeplerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüne ve kararın davacı yararına (BOZULMASINA), ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, 23.03.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi” (<https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=222&t=246314>, 04.03.2021); Yargıtay 15. HD. E. 2004/1798 E., K. 2004/5076, “Hakem tayini talep dilekçesinde, diğer taraf aleyhine hakem kurulunda açılacak davada, taraflar arasındaki gayrimenkul inşaat ve satış vaadi sözleşmesinin feshi ile tapu kaydı üzerindeki şerh ve takyidatların kaldırılması istemiyse dava açılacağından HUMK.nun 520. maddesi hükmüne karşı taraf hakeminin tayinine karar verilmesi istenilmiştir. Görülüyor ki, hakemde açılacak davada tapu kütüğündeki şerh ve takyidatların kaldırılmasının da istenileceği açıklanmıştır. Her ne kadar taraflar arasındaki sözleşmenin 10. maddesinde, bu sözleşmeyle ilgili ihtilafların tahkim yolu ile halledileceği kabul edilmiş ise de, tapu kütüğündeki şerh ve takyidatların terkinin işlemi kamu düzeniyle ilgili olduğundan açılacak davada hakemlerin görevli olduğu kabul edilemez. Ancak genel mahkemelerde dava açılabilir. O halde hakem tayini isteminin reddi yerine görevli olduğunu kabul eder biçimde atama yapılması usul ve yasaya aykırıdır. Kararın bu nedenlerle bozulması gerekir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davalının temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davalıya geri verilmesine, 13.10.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi” (Erişim: 04.03.2021, <https://www.kararara.com/yargitay/yhdk8/yrtyk17398.htm>).

37 Yargıtay 15. HD. T. 31.5.1979, E. 1979/1195, K. 1979/1330, Yargıtay Kararları Dergisi, S. 1981/3, s. 342-343. Ayrıca bkz. Akıncı, s. 354 vd. Yargıtay 19 HD. 25.10.2018, E. 2016/19635, K. 2018/5253, “Taraflar arasındaki hakem kararının iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü. KARAR: Davacı vekili, davacı ile davalı arasında gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi akdedildiğini, davalının sözleşmede belirtilen süre içerisinde gayrimenkulün fiilen teslim edilmediği gerekçesiyle tahkim yoluna başvurduğunu, yapılan yargılamada hakem kurulunun davalı lehine kira kaybı nedeniyle tazminata hükmettiğini, ancak hakem kurulunun inşaatın iskan

bakıldığında, Yargıtay'ın kira sözleşmesinde kiracının zayıf konumda olması veyahut kamu düzenini korumak gayesiyle muayyen borç ilişkileri alanında tahkime gidilmesini engellediği görülmektedir<sup>38</sup>. Yargıtay, zayıf konumda olan kiracının korunması nedeniyle bu tür uyuşmazlıkların mahkeme yoluyla çözüme bağlanması gerektiği düşüncesindedir<sup>39</sup>. Akıncı kira sözleşmelerinin tahkime elverişli olduğu kanaatinde; zira burada MTK'nın ilgili maddesinin aksinden hareket edildiğini yani kira sözleşmelerinin taşınmazın aynına dair olmadığı noktasının üzerinde durulduğunda bu hususta bir engel olmadığını belirtmektedir<sup>40</sup>. Yazar, Türkiye'de bulunan bir taşınmazla ilgili olup, taşınmazın aynına dair olmayan ihtilaflarda (örneğin bir taşınmazın inşası ile ilgili eser sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık halinde) tahkime gidilebileceğini ifade etmektedir<sup>41</sup>. Özkan/Tütüncübaşı da kira sözleşmesinin taşınmazın aynına ilişkin olmamasından hareketle, bu sözleşme tipi için tahkim yoluna başvurulabileceği görüşündedir<sup>42</sup>. Ancak yazarlar, tapu iptal ve tescil davalarının kamu düzenini ilgilendiren davalar olmasının üzerinde durarak, bu davaları tahkime

ruhsatının alınmasının mücbir sebepler nedeniyle gecikmesi yönünde inceleme yapmadığını, sözleşme ile vaat edilen 24 ay içerisinde gayrimenkullerin fiilen teslim edildiğini ve ... yerlerinin kullanılmaya başlandığını, bu nedenle kira alacağı kaybının olmasının mümkün olmadığını ileri sürerek hakem kararının iptalini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, hakem kararına konu olan uyuşmazlığın taşınmazın geç teslimi sebebiyle talep edilen kira kaybı alacağına ilişkin olduğunu, bu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olduğunu ve verilen kararın kamu düzenine uygun olduğunu, kanunda sınırlı şekilde sayılan iptal şartlarının gerçekleşmediğini, mahkemenin uyuşmazlığı esastan incelemeyeceğini, ayrıca davacı şirketin olağan genel kurul toplantılarında inşaatların kendi kusurlarından geciktirildiğini kabul ederek gecikme tazminatı ödemeyi açıkça kabul ettiğini belirterek davanın reddini istemiştir. Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre, hakem heyetinin seçimine ilişkin iptal sebebine dayanılmadığı, kararın tahkim süresi içerisinde verildiği, geç teslimde dayalı kira alacağı istemine konu olan uyuşmazlıkta kira alacağı belirlenmesinin sözleşmeye uygun olmadığı ve mücbir sebep olgularının dikkate alınmadığı yönündeki iddianın sınırlı sayma yöntemi ile iptal sebeplerini düzenleyen HMK'nın 439. maddesi kapsamına uymadığı, hakem kararının kamu düzenine de aykırılık oluşturmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. Dava, hakem kararına yönelik iptal davasıdır. Mahkemece, HMK 439. maddesi uyarınca hakem kararının iptaline ilişkin sebeplerin bulunmadığı belirtilerek davanın reddine karar verilmiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık gayrimenkul satış vaadi ve alıcı kredisi temini sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Sözleşmenin 21.maddesinde taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için tahkim şartı öngörülmüş ise de tapuda kayıtlı bir taşınmazın satış vaadi sözleşmesinin geçerli olabilmesi için noterde (resmi şekilde) yapılması gerektiğinden, somut olayda da söz konusu sözleşme noterde yapılmadığından geçersizdir. Taraflar arasındaki sözleşme tarihi 02.04.2009 olup 818 sayılı BK'nun yürürlükte olduğu dönemde imzalanmıştır. 6098 sayılı TBK 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 6101 sayılı TBK'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanununun 2. maddesinde, TBK'nun kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kurallarının gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın bütün fiil ve işlemlere uygulanacağı, 7. maddesinde ise derdest davalara da uygulanacağı hükme bağlanmış da bu düzenlemeler kamu düzenine ve genel ahlaka yönelik kurallara ilişkin olup somut olayda uygulama yeri bulunmamaktadır. Bu nedenle TBK'nun 412/4. maddesindeki "tahkim sözleşmesine karşı asıl sözleşmenin geçerli olmadığı itirazında bulunulamaz" hükmü somut olayda uygulanamaz. Bu durumda gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi resmi şekilde yapılmadığından geçersiz olup, sözleşmedeki tahkim şartının da geçersiz olduğu gözetilmeden mahkemece yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir. SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde temyiz eden davacıya iadesine, 25/10/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi" (Erişim: 04.03.2021, www.legalbank.net).

38 Şanlı, Ticari Aktiller, s. 315. Ayrıca bkz. Akıncı, s. 357 dn. 481, 482 ve 483'te yer alan Yargıtay kararları.

39 Yargıtay 4. HD., T. 11.11.1965, E. 1965/7792 K.1965/5764; Yargıtay 4. HD. 13.9.1965, E.1965/6722, K. 1965/4090; Yargıtay 6. HD. 10.7.1970, E. 1970/3032, K. 1970/3170; Yargıtay 4. HD. 05.11.1966 E. 1966/9110, K. 1966/9554; kararlar için bkz. Akıncı, s. 357, dn. 481 vd.

40 Akıncı, s. 356. Aynı yönde bkz. Ömeroğlu, Ekin, Taşınmazların Kiralanmasına İlişkin Sözleşmelerin Uygulanacak Hukuk, Milletlerarası Yetki ve Milletlerarası Tahkim Bakımından Türk Hukukundaki Yeri, TBB Dergisi 2016 (127), s. 392.

41 Akıncı, s. 356.

42 Özkan/Tütüncübaşı, s. 243.

elverişli görmemektedir<sup>43</sup>. Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, Türk hukukunda tahkime elverişliliğin kriteri olarak tarafların serbestçe tasarruf edebilmesi prensibi belirlenmişken, taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişli sayılmamasının çelişkili olduğunu; bu tür uyuşmazlıklarda da tarafların karşılıklı anlaşarak sulh olabileceğini, birbirlerini ibra edebileceğini işaret etmektedir<sup>44</sup>.

Ömeroğlu, aynı hakka ilişkin olmayan kira bedelinin tespiti gibi hususlarda tahkime elverişsizlik sonucuna varılmasını MTK md. 1'e aykırılık olarak değerlendirmektedir<sup>45</sup>. Yargıtay'ın taşınmaz kirasında kira bedel tespitine dair ihtilafın tahkime elverişli olmadığı yönündeki kararında<sup>46</sup>, tarafların kira bedelini ancak belirli sınırlamalar dahilinde kendi rızalarıyla kararlaştırmalarının mümkün olduğu, bu yönüyle kira bedel tespitinin kamu düzeninden sayıldığı yönünde karar verilmiştir. Yılmaz/Çavuşoğlu, kira bedelinin tespitine dair uyuşmazlıklarda Yargıtay'ın tahkime gidilemeyeceğine karar vermesini taşınmazın aynına dair olmayan ve kanun metnini aşan bir uygulama olarak kabul edip eleştirmektedir<sup>47</sup>. Yargıtay, iki tarafın da tacir olduğu bir tahliye davasında ise, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkime elverişli olduğu yönünde karar vermiştir<sup>48</sup>. Bu karardan, Yargıtay'ın tacir ve tacir olmayan ayırımına önem verdiği anlaşılmaktadır. Ömeroğlu, Yargıtay kararlarını tahkime elverişlilik konusunda kamu düzeninin sınır teşkil etmemesi sebebiyle eleştirmekte; hakem yargılamasında kira bedelindeki sınırlamalara uygun bir artış oranına hükmedilmesi halinde kamu düzenine aykırılığın ortadan kalkabileceğini ifade etmektedir<sup>49</sup>. Bununla birlikte, kira bedelindeki artışın Türk hukukunda emredici hükümlerle düzenlenmiş, olmasının tahkime elverişlilik açısından belirleyicilik getirmediği düşüncesi de mevcuttur<sup>50</sup>. Takavut, taşınmazların kira tespiti ve tahliyesi için Yargıtay kararlarında ve uygulamada genel bir anlayışın kabul edildiğini fakat konut ve iş yeri ayırımı yapılarak farklı bir değerlendirilme olması gerektiğini

43 Özkan/Tütüncübaşı, s. 243.

44 Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 771, dn. 628.

45 Ömeroğlu, s. 393.

46 Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 2.12.2004, 13018/13409 (Erişim: 04.03.2021, www.kazanci.com).

47 Yılmaz, Süleyman/Çavuşoğlu, Gökçe Filiz, Türk Hukukunda Tahkime Elverişlilik Kavramı ve Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkimde Görülmesi, İnÜHFD (10/2), 2019, s. 602; Ömeroğlu, s. 393.

48 Yargıtay 19. HD. 16.12.2004, E.2004/5413, K.2004/12656 (Erişim: 04.03.2021, www.legalbank.net); "Davacı D. A.Ş. ile davalı A. Dış Tic. A.Ş. aralarındaki hakem tayini davası hakkında hakem heyetince verilen 28.1.2003 gün ve 1503-7 sayılı kararın davalı vekili tarafından temyiz edilmesi ve dosyanın İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesince Dairemize intikal ettirilmesi üzerine dosya dosya incelendi, gereği konuşuldu. KARAR: Davacı vekili, taraflar arasında imzalanan 25.6.2001 tarihli sözleşmenin 8.maddesinde sözleşmenin uygulanmasından doğabilecek ihtilafların hakemde görüleceğinin hükmüne bağlandığını, ihtilaf çıkması üzerine müvekkilinin ve davalının hakemlerini seçtiğini, üçüncü hakem üzerine de anlaşamadıklarını ileri sürerek üçüncü hakem tayinine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili cevabında, taraflar arasındaki sözleşmenin sona ermesi nedeniyle hakeme gidilemeyeceğini, uyuşmazlığın tahliyeden kaynaklandığını, tahliye davasında tahkim yoluna başvuramayacağını belirterek talebinin reddini istemiştir. Mahkemece, sözleşmenin feshinin haklı olup olmadığı ve oluşan zararın ne miktar olduğunun belirlenmesi yönündeki ihtilafın hakemde çözüleceği, üçüncü hakemin mahkemece belirleneceği gerekçesiyle 25.6.2001 tarihli sözleşme uyarınca üçüncü hakem olarak B'un atanmasına karar verilmiş, karar davalı vekilince temyiz edilmiştir. SONUÇ: Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerekçeleri, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı vekilinin yerinde görülmeden bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, 16.12.2004 gününde oybirliği ile karar verildi".

49 Ömeroğlu, s. 393.

50 Huysal, s. 132-134; Ömeroğlu, s. 393.



ifade etmektedir<sup>51</sup>. Yazar, zayıf tarafı koruma amaçlı getirilen düzenlemelerde hangi tarafın tahkime gittiğine bakılması gerektiğini, eğer zayıf taraf tahkime gidiyorsa ihtilafın tahkime elverişli kabul edilmesi gerektiğini, seçilecek hukuklardan gelen korumalar söz konusuysen tahkim yargılamasına izin verilmemesinin anlam ifade etmediğini izah etmektedir<sup>52</sup>. Albayrak Ceylan, zayıf tarafın tahkim yoluna başvurduğu hallerin istisna kılınarak kira sözleşmelerinde tahkim şartlarının geçersiz kabul edilmesini; bu alanları koruyan kanun düzenlemelerinin amacına uygun olarak ilgili hususlarda tahkime elverişsizliğin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>53</sup>.

Doktrindeki görüşler ışığında kira sözleşmesinin genellikle tahkime elverişlilik başlığı altında incelendiği görülmektedir. Bu çatı altında inceleme yapan yazarlar, kira sözleşmesine dair Yargıtay'ın zayıf tarafı koruma düşüncesinden yola çıktığını belirten, sosyal ve ekonomik gerekçelerle tahkime elverişsizlik ilkesine vurgu yapan genel bir kanaat bildirmektedir<sup>54</sup>.

## V. DEĞERLENDİRMELER

Kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği meselesinde ilk olarak taşınmazın Türkiye'de bulunup bulunmadığı ayrımı üzerinden bir değerlendirme yapmak gerekir. MTK md. 1'den yola çıktığımızda, taşınmazın Türkiye'de bulunan bir taşınmaz olduğu anlaşılmaktadır; bu durumda yabancı ülkedeki bir taşınmaz madde kapsamına girmemektedir. Bu konuda doktrinde bir tartışma bulunmamaktadır. MTK md. 1'in yabancı ülkelerde yer alan taşınmazlar üzerindeki aynı haklara dair uyuşmazlıkların MTK kapsamında tahkime elverişsiz kabul edilmesi, maddenin lafzının aşılmasına neden olacaktır. Maddenin konuluş amacına baktığımızda, Türkiye'deki taşınmazları dikkate aldığı çok açıktır. Bu nedenle, lafzın aşılması yoluyla taşınmazlara dair evrenselleştirilmeye gidilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Hukuk devletinde temel hak ve özgürlükler insan haklarına dayanmakta, insan hakları ise Anayasa ve yasalarca bireylere tanınan temel hak ve özgürlüklerin de ötesinde arzulan ve ulaşılması gereken hak ve özgürlükleri ifade etmektedir<sup>55</sup>. Eşitlik ilkesiyle tanımlanan özgürlük sadece kişilere hukuk normlarıyla tanınan haklar vasıtasıyla anlam kazanamaz<sup>56</sup>. Locardaire'in “zengin ve yoksul karşı karşıya kaldığında özgürlük ezer, yasa ise kurtarıcı olur” sözünden hareketle bir yasanın zayıf taraftakini kurtarabilmesi için sosyal devlet ilkesinin tam anlamıyla benimsenmiş olması gerekmektedir<sup>57</sup>. Kira sözleşmelerine dair ihtilaflarda Yargıtay'ın zayıf tarafı koruma saikiyle verdiği tahkime elverişsizlik kararlarını bahsedilen sosyal devlet ilkesi kapsamında anlamaktayız. Sosyal devlet ve hukuk devleti ilkeleri gereğince barınma en temel haklardan biridir; bu kapsamda kişilerin hayatlarını sürdürmek için barındıkları yerlere ait kira sözleşmelerinin barınma hakkı

51 Takavut, s. 94 vd.

52 Takavut, s. 94 vd.

53 Albayrak Ceylan, Nazlı, Uluslararası Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi, İstanbul 2016, s. 115.

54 Özel, s. 49; Özdemir Kocasakal, Sözleşmeler, s. 265; Erkan, Yetki, s. 75 ve 77.

55 Sezer, Abdullah/Kırt, Emrah/Boyar, Oya, Hukuk Devleti, İstanbul 2003, s. 45.

56 Sezer/Kırt/Boyar, s. 44 vd.

57 Sezer/Kırt/Boyar, s. 45.

temel alınarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu nedenle, doktrinde ve Yargıtay kararında yer alan tacirler arasındaki ve tacir olmayanlar şeklinde yapılan ayrıma katılmamaktayız. Zira burada taraflardan ziyade taşınmazın kullanım amacı önem taşımaktadır. Yabancı ülkelerde sıklıkla gördüğümüz üzere, konut olarak kullanılan taşınmazı kiraya veren bir şirket olabilir. Bu halde, taşınmazın Alman hukukunda kabul edilen anlayış benimsenerek ne niyetle kullanıldığına, diğer bir ifadeyle kullanım amacına bakılması gerektiği kanaatindeyiz. Alman hukukunda konut kira sözleşmelerinin tahkime elverişsiz olduğu kabul edilmektedir (ZPO § 1030)<sup>58</sup>. Alman medeni usul hukukundaki düzenlemeye göre, konut kirasından kaynaklanan ihtilaflarda tahkime gidilemez; şayet gidilmişse tahkime elverişsizlik olduğu kabul edilir. Kiraya verene karşı sosyal koruması olmayan konut kiracısı devletin hukuk vasıtalarıyla korunmalıdır<sup>59</sup>; aksine bir düzenleme vatandaşın sosyal korunması kavramının “kağıttan bir kaplana” benzetilmesine yol açacaktır<sup>60</sup>. Alman Medeni Usul Kanunu’ndaki bu düzenlemenin çekirdeği devlet kontrolünün engelleyici fonksiyonunun kullanılmasıdır<sup>61</sup>. Kanun’da yer alan konut kavramının tanımı için Alman Medeni Kanunu’ndan hareket edilmektedir; kira sözleşmesine konu olan taşınmazın düzenli olarak oturlan, kiracının hayat ilişkisini devam ettirdiği ve yaşamak amacıyla kiralanan bir yer olması aranır<sup>62</sup>. Alman Usul Kanunu bu noktada kira sözleşmesinin taraflarına değil, sözleşmesinin konusuna odaklanmaktadır; bu nedenle tahkime elverişlilikte konut tanımı önem taşımaktadır<sup>63</sup>. Bu noktada şu noktayı aydınlatmak gerekir: Tahkime elverişsiz kabul edilen konut için coğrafi sınırlama getirilmiştir; sadece Almanya’da bulunan konutlara dair yapılan kira sözleşmeleri objektif anlamda tahkime elverişsiz<sup>64</sup> sayılmaktadır<sup>65</sup>. Alman doktrini, konut olarak kullanılan yerlerle ilgili kira sözleşmelerinin tahkime elverişsiz olması hususunda bir tartışma içerisinde değildir; aksine kiracının devlet mahkemelerinin denetiminden yoksun kalması halinde, kiraladığı konutu kaybetme riskinin oluşacağını; konutun bulunduğu yer mahkemesinin bu davalara bakması ve ihtilafı denetlemesi gerektiğini, başta tahliye davası olmak üzere bu bakış açısının taraflar arasında konut kirası sözleşmesinden doğan diğer ihtilaflarda da geçerli kabul edildiğini izah etmektedirler<sup>66</sup>. Geçerli bir konut kirası sözleşmesinin tarafı olan kiracının, tahkim yargılamasında baskı altına alınacağı da ileri sürülmektedir<sup>67</sup>.

58 Rauscher, Thomas, in: Münchener Kommentar zur ZPO, München 2020, Rn. 72.

59 Münch, Rn. 3

60 Münch, Rn. 25.

61 Münch, Rn. 2.

62 Wendt, Stephan, Die einstweilige Räumungsverfügung des § 940a Abs. 2 ZPO, Tübingen 2015, s. 203; Münch, Rn. 30.

63 Münch, Rn. 30; von Bary, Christiane, Schiedsfähigkeit und Bindungswirkung bei einseitigen Schiedsanordnungen im Erbrecht unter Berücksichtigung der internationalen Perspektive, ZEV 2019, s. 322.

64 Tahliye davasının tahkime elverişsizliği ile ilgili olarak bkz. AG Münster Urt. v.23.07.2008, 49 C 5632/07 (Erişim: 04.03.2021, [https://www.jusmeum.de/urteil/ag\\_muenster/6cb7bcf99aa36828353b985cc3df4bfd80253eec6ba3e15fbcc15bfd9ad3b273](https://www.jusmeum.de/urteil/ag_muenster/6cb7bcf99aa36828353b985cc3df4bfd80253eec6ba3e15fbcc15bfd9ad3b273)).

65 Vincent, s. 66.

66 Vincent, s. 66 vd.; Münch, Rn. 25; von Bary, s. 322 vd.

67 Vincent, s. 67. İsviçre Hukuku’na baktığımızda, İsviçre Mahkemesi’nin 2015 yılında verdiği karar uyarınca, kira uyumsuzluklarında tahkim yargılmasına gidilemez; zira bu uyumsuzluklar tahkime elverişli değildir. Kararda, konut kirası uyumsuzluklarında kiracının korunmasının gerektiğini belirtilerek, dava konusu on odalı lüks villa tipi konutların da aynı kapsamda değerlendirildiği ifade edilmektedir; BGE 141 III 201/2015; (Erişim: 04.03.2021, [http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F141-III-201%3Ade&lang=de&type=show\\_document](http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F141-III-201%3Ade&lang=de&type=show_document))

Türk yargılamasında kira sözleşmesinin tahkime elverişliliği üç farklı yönden değerlendirilebilir. Yargıtay; tahliye<sup>68</sup>, kira bedelinin tespiti<sup>69</sup> ve kira alacağının tahsiline<sup>70</sup> dair uyuşmazlıklarda ayırım yapmaktadır. Alacağa dair uyuşmazlıklarda tahkime elverişliliğe olumlu bakılırken, kira bedelinin

68 Yargıtay 6. HD. 10.07.1970, E. 1970/3170, K. 1970/3032; İBD 1971/I-II, s. 144 vd.

69 Yargıtay 3. HD. 02.12.2004, E. 2004/13018, K. 2004/13409, (Erişim: 04.03.2021, www.legalbank.net): “ÖZETİ: Kamu düzenini ilgilendiren kira tesbit uyuşmazlıklarının çözümü hakkındaki tahkim şartı HUMK.nun 518. maddesi hükmü gereğince geçersiz olacağından dava konusu kira uyuşmazlığının hakem heyeti tarafından görülmesi doğru değildir. Dava dilekçesinde taşınmazın yıllık kira parasının net 300.000.000 liradan az olmamak üzere hakem heyeti tarafından tesbiti masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın kısmen kabulü, kısmen reddi cihetine gidilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Temyiz isteminin süresi içinde olduğu anlaşıldıktan sonra dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği düşünüldü: Davacı vekili dilekçesinde, taşınmazın yıllık kirasının net 300.000.000 TL’den az olmamak üzere hakem heyeti tarafından tesbitine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Hakem heyeti tarafından yıllık kiranın 120.000.000 TL olarak tesbitine karar verilmiştir. HUMK.nun 518. maddesi gereğince, tahkim sözleşmesi yalnız tarafların arzularına tabi olan uyuşmazlıklar hakkında mümkündür. Bundan maksat, tarafların konusu üzerinde serbestçe tasarruf yetkilerinin bulunduğu uyuşmazlıklardır. Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı gidermek için serbestçe anlaşma yapabiliyorlar ve bu anlaşma mahkemenin kararına gerek olmaksızın geçerli ise, o uyuşmazlık hakkında tahkim sözleşmesi (ya da tahkim şartı) yapılabilir. İki tarafın arzusunun tabi olmayan ...tahkim cereyan etmez. Yani tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerde tahkim caiz değildir. Yargıtay’ın yerleşik uygulamalarına göre, kira bedelinin tesbiti davalılarında tahkim yoluna başvurulamaz. Kira tesbiti hususu kamu düzenini ilgilendirdiği için, tarafların serbest iradeleri ile kira parasını karşılaştırmaları ancak belli ölçüler ve sınırlar dahilinde mümkündür. Dolayısıyla bu hususta tarafların tasarruf yetkileri sınırsız değildir. Kaldı ki kiracı, kiralayanın talep ettiği kira bedelini de ödemek zorunda değildir. O halde kamu düzenini ilgilendiren kira tesbit uyuşmazlıklarının çözümü hakkındaki tahkim şartı HUMK.nun 518. maddesi hükmü gereğince geçersiz olacağından dava konusu kira uyuşmazlığının hakem heyeti tarafından görülmesi doğru değildir. SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.nun 428. maddesi gereğince BOZULMASINA ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 2.12.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”.

70 Yargıtay 6. HD. 30.01.2013, E. 2012/9581, K. 2013/1334, “ÖZETİ: Gerek davacının dayandığı 01.08.2005 tarihli sözleşmenin 11. maddesinde, gerekse de davalının dayandığı 01.10.2005 başlangıç tarihli kira sözleşmesinin 7. maddesinde ihtilaf halinde Ticaret Odası’ndan ve Esnaf Odası’ndan 2’şer kişinin hakemliğine başvurulacağı kararlaştırılmıştır. Davalı taraftan yasal süresi içerisinde verilen cevap dilekçesinde, taraflar arasındaki ihtilaflarda hakeme başvurulacağı hususunu bildirerek itirazda bulunmuştur. Öncelikle kira sözleşmesindeki tahkime dair hüküm ve davalının bu yöndeki itirazının 1086 Sayılı HMUK’nun 516 vd. maddeleri ve 6100 Sayılı HMK’nun 412 vd. maddeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirken, davalının bu yöndeki ilk itirazları değerlendirilmeden davanın esası hakkında karar verilmesi doğru değildir. Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan alacak davasına dair karar; davalı ve davacı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla, dosyadaki bütün kağıtlar okunup gereği görüşülüp düşünüldü: KARAR: Dava, kira alacağının tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, hüküm davalı ve davacı tarafından temyiz edilmiştir. Davacı, dava dilekçesinde 01.08.2005 başlangıç tarihli kira sözleşmesine istinaden kira alacağı talebinde bulunmuştur. Davalı yasal süresi içerisinde verdiği cevap dilekçesinde, taraflar arasında geçerli olan sözleşmenin davacının dayandığı sözleşme değil, 01.10.2005 tarihli kira sözleşmesi olduğunu, kira borcunun bulunmadığını, ayrıca kira sözleşmesinde, Ticaret Odası’nın hakemliğinin kararlaştırıldığını, davacının bu hususu nazara almadığını belirterek davanın reddini savunmuştur. Gerek davacının dayandığı 01.08.2005 tarihli sözleşmenin 11. maddesinde, gerekse de davalının dayandığı 01.10.2005 başlangıç tarihli kira sözleşmesinin 7. maddesinde ihtilaf halinde Ticaret Odası’ndan ve Esnaf Odası’ndan 2’şer kişinin hakemliğine başvurulacağı kararlaştırılmıştır. Davalı tarafından yasal süresi içerisinde verilen cevap dilekçesinde, taraflar arasındaki ihtilaflarda hakeme başvurulacağı hususunu bildirerek itirazda bulunmuştur. Öncelikle kira sözleşmesindeki tahkime dair hüküm ve davalının bu yöndeki itirazının 1086 Sayılı HMUK’nun 516 vd. maddeleri ve 6100 Sayılı HMK’nun 412 vd. maddeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirken, davalının bu yöndeki ilk itirazları değerlendirilmeden davanın esası hakkında karar verilmesi doğru değildir. Hüküm bu sebeple bozulmalıdır. SONUÇ: Yukarıda yazılı sebeplerle davalının temyiz itirazlarının kabulüyle 6100 Sayılı HMK’ya 6217 Sayılı Kanunla eklenen geçici 3. madde hükmü gözetilerek HUMK’nun 428. maddesi uyarınca hükmün BOZULMASINA, bozma nedenine göre davacı ve davalının sair temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, istenmesi halinde peşin alınan temyiz harcının temyiz edenlere iadesine, 30.01.2013 tarihinde oybirliği ile karar verildi” (Erişim: 04.03.2021, www.legalbank.net).

tespiti ve tahliye davalarında tahkim yoluna başvurmanın mümkün olmadığı görülmektedir. Buradan yola çıkılarak kira alacağına dair ihtilafların tahkime elverişliliği düşünülebilir mi? Bu hususta, yukarıda Alman hukukunda savunulan düşünceye katılıyoruz. Konut için yapılan kira sözleşmelerini bir bütün olarak değerlendiriyor ve bu hususta tahkime elverişsizlik bulunduğunu düşünüyoruz. İş yerleri için yapılan kira sözleşmelerinin ise tahkime elverişli olduğu kanaatindeyiz.

## SONUÇ

MTK md. 15/A/2/a uyarınca hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlık Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı takdirde kararının iptal edilmesi ihtimali gündeme gelebileceğinden, kira sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkime elverişliliği önem arz eden bir meseledir. Çalışmamızda MTK kapsamında kira sözleşmelerinin tahkime elverişlilik durumu incelenmiştir. Kanun koyucu MTK düzenlemesinde taşımazlar üzerindeki aynı hakları tahkime elverişsiz kabul ederken elbette ki kira sözleşmelerini kastetmemektedir; bu sözleşme tipinin taşınmazın aynına dair olmadığı bilinmektedir. Ancak burada daha farklı bir bakış açısı söz konusu olabilir.

Beslenme ve barınma insanın en temel ihtiyaçlarından biridir; insanların hayatlarının her anında hissettikleri bu iki ihtiyacın asgari seviyede de olsa giderilmesi; hayatta kalabilmelerinin, sağlıklı bir hayat kurabilmenin koşuludur<sup>71</sup>. Ülkemizde barınma sorunu gelir düzensizlikleri, nüfus artışı, hızlı kentleşme süreçleri gibi nedenlerle artış göstermektedir<sup>72</sup>. Kira sözleşmesinin tarafları olan kiraya veren ve kiracı tahkim yargılamasında aralarındaki ihtilafı neticelendirmeye çalışacaktır. Taraflardan birinin zayıf konumda olduğu sözleşmelerden biri kabul ettiğimiz kira sözleşmesinde, tahkime elverişliliğin mukayeseli hukuktaki anlayışla konut üzerinden tespit edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Buradan hareketle, kiracının barındığı, düzenli olarak yaşadığı ve hayatını idame ettirdiği konutla ilgili ihtilafın MTK kapsamında tahkime elverişli olmadığı; iş yeri olarak kullanılan yerlerde kira sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda ise tahkime elverişlilik olduğu kanaatindeyiz. Şayet kira sözleşmesi tahkime elverişlilik kapsamında değerlendirilemeyecekse, MTK md. 15/A/2/a uyarınca hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı belirlenerek hakem kararının iptal edilmesi yoluna gidileceğinden bu hususun önem arz ettiğini düşünmekteyiz.

## KAYNAKLAR

- Acar, Faruk, Kira Hukuku Şerhi, (TBK m. 299-321), Yenilenmiş, ve Genişletilmiş, 2. Baskı, İstanbul 2015.
- Akartepe, Alpaslan, Türk Borçlar Kanunu'nun 315. Maddesi Çerçevesinde Kiracının Kira Bedelini Ödemede Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları, MÜHF – HAD, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı, C: 22, S: 2016/3.

71 Akalın, Mehmet, Kiralık Sosyal Konutlar: Türkiye'de Barınma Sorununun Çözümü İçin Yeni Bir Yöntem, ÇAKÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi/ Journal of Institute of Social Sciences Cilt/Volume: 9, Sayı/Number:1, (Nisan/April 2018), s. 88.

72 Akalın, s. 89.

- Akalın, Mehmet, Kiralık Sosyal Konutlar: Türkiye'de Barınma Sorununun Çözümü İçin Yeni Bir Yöntem, ÇAKÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi/ Journal of Institute of Social Sciences Cilt/Volume: 9, Sayı/Number:1, (Nisan/April 2018).
- Akıncı, Ziya, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2020.
- Akıncı, Ziya, Milletlerarası Ticari Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları, BATİDER 18/4, 1996, (kısaltma: BATİDER).
- Akyiğit, Ercan, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi, İstanbul 2012.
- Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973.
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, M.Kâmil/Deren Yıldırım, Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları İstanbul 2009.
- Albayrak Ceylan, Nazlı, Uluslararası Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi, İstanbul 2016.
- Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1960.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2015.
- Aybay, Rona/Dardağan, Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, İstanbul 2008.
- Çelikel, Aysel/Erdem, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2020.
- Doğan, Vahit, Tahkime Elverişlilik Bağlamında Yabancı Unsur, Ed. Doğan, Vahit/Yılmaz, Alper Çağrı/İzmirli, Lale Ayhan, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Meseleler Sempozyumu, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2019.
- Doğan, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2020.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2017.
- Erkan, Mustafa, Tahkim Şartının Ayrılabilirliği Prensibinin Asıl Sözleşmenin Yokluğu Durumunda Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVII, 2013/ 1-2.
- Erkan, Mustafa, Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları, Ankara 2013 (kısaltma: Yetki).
- Ersen Perçin, Gizem, MTK Tahkiminde İptal Davalarına İlişkin Bir Değerlendirme, PPIL 40/2, (Cemal Şanlı Armağanı), 2020.
- Esen, Emre, Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan), 2011.
- Giray, Faruk Kerem, Milletlerarası Tahkimde Gizlilik, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, S. 2015/2.
- Güngör, Gülin, Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Ankara 2021.
- Gökyayla, Emre, Konut ve Çatılı İş yeri Kiralarına İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı (TBK md. 339), Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Cilt: 2, İzmir 2013.
- Gümüş, M. Alper, 6098 Sayılı Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul 2011.
- Hamann, Hartmut/Lennarz, Thomas, Schiedsverfahren oder staatliche Gerichtsverfahren – Was ist besser?, Stuttgart JA, 2012.
- Huysal, Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010.
- İnceoğlu, M. Murat, Kira Hukuku, İstanbul 2014.
- Kaynar, Muhammet, Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kira Bedelinin Belirlenmesi, İstanbul 2014.
- Kılıç Öztürk, Gamze, Kira Tespit Davası ve Esasları, TBB Dergisi, 2017/129, s. 7.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Kira Bedellerinin Dondurulması Yasası ve Eleştirisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2000/2.
- Kırmızı, Mustafa, 6098 Sayılı Yasada Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları, Ankara 2013.
- Koç, Nevzat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Kira Sözleşmesine İlişkin Olarak Yapılan Yeni Düzenlemelerin Genel Değerlendirmesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1 (1), Bahar 2014.

- Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt VI, İstanbul 2001.
- Liescher, Christoph, Objektive Schiedsfähigkeit – Eine Skizze, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2015.
- Münch, Joachim, in: Münchener Kommentar zur ZPO, München 2017.
- Nomer, Ergin, Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği, MHB, Cilt 10, Sayı: 1-2.
- Nomer, Ergin, Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2018 (kısaltma: Usul).
- Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2017 (kısaltma: Devletler Hususi).
- Ömeroğlu, Ekin, Taşınmazların Kiralanmasına İlişkin Sözleşmelerin Uygulanacak Hukuk, Milletlerarası Yetki ve Milletlerarası Tahkim Bakımından Türk Hukukundaki Yeri, TBB Dergisi 2016 (127).
- Özdemir Kocasakal, Hatice, Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi, Prof. Dr. Özer Selici'ye Armağan, Ankara 2006.
- Özdemir Kocasakal, Hatice, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001 (kısaltma: Sözleşmeler).
- Özel, Sibel, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008.
- Özel, Sibel, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Engel Bir Durum: Tahkim Sözleşmesinin Geçersiz Olması, MÜHF – HAD, C. 23, S. 1 (kısaltma: MÜHF-HAD).
- Özkan, Işıl/Tütüncübaşı, Uğur, Uluslararası Usul Hukuku, Ankara 2017.
- Öztekin Gelgel, Günseli, Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Getirmiş Olduğu Önemli Yenilikler, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, 2003.
- Poloni, Flore, Tahkim Talebine Cevap, Ed. Akıncı, Ziya/Greineder, Daniel/Yasan Tepetaş, Candan, Tahkimde Davanın Açılması: İlk Dilekçeler ve Hakem Seçimi, İstanbul 2020.
- Postacıoğlu, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 2015.
- Rauscher, Thomas, in: Münchener Kommentar zur ZPO, München 2020.
- Sezer, Abdullah/Kırıt, Emrah/Boyar, Oya, Hukuk Devleti, İstanbul 2003.
- Şanlı, Cemal, Milletlerarası Hakem Kararı-Milletlerarası Ticari Tahkimde Usule Uygulanacak Hukuk Tarafların Tahkim Hukukunu Seçme Yetkisi-Hakem Kararının İptali Davasının Tenfize Etkisi – Tahkim Yeri Ve Mahalli Mahkemeler Arasındaki İlişkiler, MHB, Cilt 3, Sayı: 1, 1983.
- Şanlı, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2016 (Kısaltma: Ticari Akitler).
- Şanlı, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986 (kısaltma: Ticari Tahkim).
- Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Figanmeşe, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2021.
- Takavut, İbrahim Doğan, Milletlerarası Ticari Tahkimde Doğrudan Uygulanan Kurallar, İstanbul 2018.
- Tanrıbilir, Feriha Bilge/Şit, Banu, Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu, MHB, Yıl 22, 2002.
- Tekinalp, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, İstanbul 2020.
- Tiryakioğlu, Bilgin, Yatırım Tahkiminde Konu ve Kişi Bakımından Yetki, Ed. Süral Efeçınar, Ceyda/Ömeroğlu, Ekin/Uyanık, Ece, Uluslararası Yatırım Tahkimi ve Üçüncü Kişi Finansmanı, Ankara, 2018.
- Tiryakioğlu, Bilgin, Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarının İptali, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2016.
- Tunaboşlu, Müslim, Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, Ankara 2013.
- Tüysüz, Cemre, Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflas Hukukundaki Davalar, İstanbul 2017.
- Wächter, Vincent, Die Schiedseinrede bei Auslandsberührung, Tübingen 2020.

- Wendt, Stephan, Die einstweilige Räumungsverfügung des § 940a Abs. 2 ZPO, Tübingen 2015.
- von Bary, Christiane Schiedsfähigkeit und Bindungswirkung bei einseitigen Schiedsanordnungen im Erbrecht unter Berücksichtigung der internationalen Perspektive, ZEV 2019.
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.
- Yılmaz, Süleyman/Çavuşoğlu, Gökçe Filiz, Türk Hukukunda Tahkime Elverişlilik Kavramı ve Taşınmazın Aynına İlişkin Uyuşmazlıkların Tahkimde Görülmesi, İnÜHFD (10/2), 2019.

## **KISALTMALAR**

AG	Amtsgericht
AYM	Anayasa Mahkemesi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BK	Borçlar Kanunu
bkz.	bakınız
C.	Cilt
ÇAKÜ	Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
E.	Esas
Ed.	Editörler
HD.	Hukuk Dairesi
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İNÜHFD	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
JA	Juristische Arbeitsblätter
K.	Karar
md.	madde
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MTK	Milletlerarası Tahkim Kanunu
MÜHF – HAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
PPIL	Public and Private International Law Bulletin
RG.	Resmî Gazete
Rn.	Randnummer
s.	sayfa
S.	Sayı
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	Türk Borçlar Kanunu
Urt.	Urteil
v.	von
vd.	ve devamı
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZPO	Zivilprozessordnung

## MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi Ve Babalık Davalarına Etkileri

### The Effect of the Post-Marital Waiting Period on Action For Denial of Lineage and Paternity Suit Within the Context of the Turkish Pila

Hatice Selin Pürselim \*\* 

#### ÖZ

İddet müddeti, çağlardan beri hukuk sistemlerini meşgul etmiştir. Bunun nedeni doğacak çocuğun yüksek menfaatini koruyabilmek ve toplumun çekirdeğini oluşturan aile kavramının zarar görmesini engellemektir. Evliliğin sona ermesinden sonra kadının hamile olup olmadığının bilinmeden yeniden evlenmesi halinde, doğacak çocuğun kime ait olduğu meselesi kocayı manevi ve maddi olarak etkilemektedir. Türk kanun koyucu, mülga Medeni Kanun düzenlemesinde ve yürürlükteki Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) bu hususun üzerinde durmuş; kadının belirli bir süre beklemesi şartıyla yeniden evlenebileceğini düzenlemiştir. TMK md. 132 uyarınca, evlilik sona erdiğinde kadın evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün geçmedikçe evlenemeyecektir ve bu süre her halükârda doğumla sona erecektir. İddet müddetinin kaldırılması davası açılarak kadının hamile olmadığı tespit edildiği takdirde, yeniden evlenmek için bu sürenin tamamlanması aranmaz. Yabancılık unsuru taşıyan evlenme söz konusu ise acaba iddet şartının dikkate alınması gerekecek midir? Türk vatandaşı kadın için bu soruya olumlu cevap verilmesi gerekirken yabancı ülke vatandaşı kadın için bu cevap kadının milli hukukuna göre tayin edilecektir. Zira evlenme ehliyet ve şartları Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) md. 13 uyarınca tarafların milli hukukuna tabidir. Mevzuatımız uyarınca, yabancı ülke vatandaşı kadının milli hukukunda bekleme süresi öngörülmemişse, evlendirme memurluklarınca bu süre dikkate alınamayacaktır. Çalışmamızda, Türk vatandaşı kadının yabancı ülke vatandaşı erkekle evliliği ve yabancı ülke vatandaşı kadının Türk vatandaşı erkekle evliliği kapsamında iddet müddetine dair evlenme engeli incelenmiştir. Türk vatandaşı kadından aranan iddet müddeti şartı birden fazla vatandaşlığa sahip olması yönünden tartışılırken, yabancı kadından aranmayan bu şartın neticeleri üzerinde durulmaya çalışılmıştır. Yabancı ülke vatandaşı kadının yabancı ülke vatandaşı biyolojik babadan hamile olarak iddet müddeti şartına tabi kalmadan Türk vatandaşı erkekle evlenmesi ihtimalinde, soybağının reddi davası ve babalık davası açılabilir. Çalışmamızda her iki dava için yetkili mahkeme ve uygulanacak hukuk tespit edilmeye çalışılmıştır. İki dava da kapsamı itibarıyla çok detaylı ve kapsamlı konuları içerdiklerinden, maddi hukuk meselelerine sadece MÖHUK çerçevesinde incelediğimiz noktalarda yer verilmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Soybağının Reddi, Babalık Davası, Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalar, Soybağında Uygulanacak Hukuk, Soybağının Reddine Uygulanacak Hukuk, Babalık Davasına Uygulanacak Hukuk

\* Doç. Dr. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

\*\* Makalenin hazırlanmasında manevi desteğini esirgemeyerek verimli bir ortamda çalışmamı sağlayan sevgili kardeşim Halide Tuğçe Pürselim Tansuk'a şükranlarımla...

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Hatice Selin Pürselim

**E-posta/E-mail:** hselinpurselim@marmara.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 01.04.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 01.06.2021



**ABSTRACT**

The concept of the waiting period has always been a talking point for legal systems for many centuries. The main reason of this concept is to protect the best interests of the child to be born and to prevent harm to the family, a concept that constitutes the core of society. In case the woman remarries after the end of marriage without knowing whether she is pregnant, the problem of determining the father of the child may arise and such a problem can both materially and morally affect the husband of the dissolved marriage. The Turkish legislator put an emphasis on this matter in both the promulgated Civil Code and the Turkish Civil Code (TCC), which is currently in effect, and stipulated that a woman can only remarry after waiting for a certain period. Pursuant to Article 132 of the TCC, a woman cannot remarry for three hundred days starting from the end of the previous marriage and in any case, this period will end with birth. In case an action is initiated for the removal of the waiting period, and it is proved in this action that the woman is not pregnant, then the completion of this period will not be deemed necessary to remarry. In the case of a marriage that involves a foreign element, will it be necessary to take into account the said waiting period? For a Turkish woman, the answer will be positive. If the woman holds the citizenship of a foreign country, the answer will be determined according to her national law. This is because the legal capacity to marry and the conditions thereof are governed by the respective national laws of the parties pursuant to Article 13 of the Act on Private International and Procedural Law. Pursuant to our law, if the national law of the foreign woman does not provide for a waiting period, this such period cannot be taken into account by marriage officers. In our study, we will be discussing the concept of the waiting period within the context of the marriage of a Turkish woman and a foreign man as well as that of a foreign woman and a Turkish man. We will also be discussing whether having multiple citizenships will have any impact on a Turkish woman and what consequences this will have on this condition. Moreover, we will be examining the consequence of this condition when it is not deemed necessary for foreign women. In the event that a foreign woman marries a Turkish man when she was pregnant from her previous marriage with a foreign man without having to wait for a certain period, it is possible to initiate an action for denial of lineage as well as a paternity suit. In our study, we will be trying to determine the competent court and the applicable law for both types of actions. As both these actions consist of highly detailed matters, we will be mentioning their substantive aspects only within the context of the points that will be raised in the study.

**Keywords:** Denial of Lineage, Paternity Suit, Actions Concerning the Personal Status of Turkish Citizens, Law Applicable to Lineage, Law Applicable to the Denial Of Lineage, Law Applicable to Paternity Suit

**I. TÜRK HUKUKUNDA GENEL OLARAK EVLENME ENGELLERİ**

Evlenme ile ortaya çıkan hukuki durumu mümkün olduğu kadar ayakta tutma prensibinin tarihçesi, kilise ve İslam hukukuna kadar gitmektedir<sup>1</sup>. Ancak bu anlayış her ne olursa olsun evliliğin devam etmesi anlamına gelmemektedir; evliliğin devamı değer yargılarından yoksun olarak bireylere ve topluma fayda yerine zarar veriyorsa, bu evliliğin geçerli bir evlilik olarak sürdürülmesinde yarar görülemeyecektir<sup>2</sup>. Bu halde, evlenmenin kuruluşu, devamı ve sona ermesinde taraf iradesinin rolü önem arz etmektedir.

1 Öztan, Bilge, Batıl Evlenmelerde Eşlerin Durumu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 26/1-2, 1969, s. 193.

2 Öztan, Batıl Evlenme, s. 194.

Türk hukukunda, evlenme için öncelikle tarafların özgür iradeleriyle, içlerinden birinin oturduğu yer evlendirme memurluğuna birlikte başvurmaları gerekir (TMK md. 134). Başvuru aşamasında, tarafların evlenme engeli oluşturacak hal ve şartlarının bulunmaması aranmaktadır. TMK'nın ikinci kısmı, bahsedilen evlenme ehliyeti ve engellerini düzenlemiştir. Evlenme sözleşmesini kesin hükümsüz kılan evlenme engelleri, kesin evlenme engelleri olarak anılmaktadır. Eşlerden birinin evlenme sırasında evli olması<sup>3</sup> veya sürekli sebeple ayırt etme gücüne sahip olmaması veyahut evlenmeye engel olacak kadar akıl hastalığı bulunması ile hısımlık mutlak butlana neden olan evlenme engellerindedir<sup>4</sup>. Kanunumuz uyarınca, erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş, olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir (TMK md. 129). Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar, yasal temsilcisinin izni olmayan küçükler ve kısıtlılar evlenemez (TMK md. 125, 126). Yasal temsilci haklı bir sebep olmadan evlenmeye izin vermiyorsa, bu noktada hâkimin yasal temsilciyi dinledikten sonra başvuran küçük/kısıtlının evlenmesine izin verebilir. TMK'da evlenme engelleri başlığı altında kimlerin hangi nedenlerle evlenemeyeceği belirtilmiştir. Düzenlememiz uyarınca hısımlık bir evlenme engelidir. Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında hısımlık sebebiyle evlenme engeli bulunmaktadır. Aynı şekilde, kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında evlenme engeli bulunmaktadır. Hısımlık sebebiyle evlenme engeli sayılan son hal ise, evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasındaki evlenme engelidir (TMK md. 129). Böyle bir evlilik mümkün kılınmış ise, evlatlık ilişkisi korunacak fakat evlenme

- 3 Yargıtay 2. HD., E. 2002/2458, K. 05.03.2002, "4721 sayılı Medeni Kanun'un 147/son maddesi; evliyen yeniden evlenen bir kimsenin önceki evliliği mutlak butlan kararı verilmeden önce sona ermişse ve ikinci evlenmeden diğer eş iyi niyetli ise bu evlenmenin butlanına karar verilemeyeceğini hükme bağlamıştır. Davalılardan F. ilk eşi A. dan Köln Mahkemesinin 17.3.1999 tarihli kararı ile boşanmış, bu karar Bakırköy 5. Asliye Hukuk Mahkemesinin 18.10.2001 günlü kararı ile tenfizine karar vermiş ve bu karar 21.12.2001 de kesinleşmiştir. F.'nin ilk evliliği bu kararla sona ermiştir. Davalılardan H.'nin ikinci evliliğin yapılmasında kötü niyetli olduğu da isbat edilmemiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddi gerekirken yazılı şekilde iptal kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır", (Erişim: 04.03.2021, www.legalbank.net).
- 4 Öztan, Batıl Evlenme, s. 210; Öztan, s. 585; Gayretli Aydın, Seda, Kadın ve Kanuni Bekle Süresi, TBB Dergisi 136/2018, s. 274 vd.. Umumi Hıfzısıhha Kanunu (RG.06.05.1930/1489) md. 123 uyarınca frengi, cüzzam gibi hastalıklara yakalanmış kişilerin evlenmesi yasaklanmıştır; bu düzenlemenin niteliği için bkz. Tanrıbilir, Feriha Bilge, Yabancıların Türk Yetkili Makamları Önünde Evlenmesi ve Kamu Düzenine Aykırılık Meselesi, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, (Ed. Tiryakioğlu, Bilgin/Aygün, Mesut/ Altıparmak, Kübra, Ankara 2016, s. 460 vd. Yargıtay 2. HD. E. 2010/4833, K. 13.07.2011, "Dava, Cumhuriyet Savcısı tarafından davanameyle açılan, davalı kocanın evlilik tarihi itibarıyla evlenmeye engel olacak derecede akıl hastası olması sebebine dayalı (T.M.K. madde 145/3) evliliğin mutlak butlan sebebiyle iptali istemine ilişkindir. Dosya içerisindeki belgelerden, davalı kocanın akıl hastası olduğu gerekçesiyle kendisine Almanya'da vasi atanmış anlaşılmaktadır. Yabancı mahkemece verilmiş bulunan "vasi atanmasına" dair karar Türkiye'de geçerlilik kazanmadığından sonuç doğurmaz (H.G.K.'nun 8.7.2009 tarihli 2009/2-280esas, 2009/326 karar sayılı kararı. Davalı kocanın, resmi sağlık kurulu raporuyla evliliğin yapıldığı tarihte akıl hastası olduğunun tespiti halinde davalıya vasi atanması konusunda vesayet makamına bildirimde bulunulması, vesayet makamı tarafından atacak olan vasiye davanın yöneltmesi, gösterdiği takdirde delillerinin toplanması ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir. Kamu adına mutlak butlan sebebine dayalı olarak evliliğin iptali isteminde bulunan Cumhuriyet Savcısının (TMK madde 146/1) duruşmalara katılımı sağlanmadan yargılamaya devamla yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Temyiz edilen hükmün yukarıda 1. ve 2. bentlerde gösterilen sebeplerle bozulmasına, bozma nedenine göre diğer temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının istenmesi halinde yatırana iadesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 13.07.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi" (Erişim: 07.03.2021, www.legalbank.net).

geçersiz kabul edilecektir<sup>5</sup>. Taraflardan biri daha önce evlenmiş ise, bu evliliğin sona erdiğinin ispat edilmesi gerekmektedir (TMK md. 130). İlk evlilik, ölüm veya boşanma gibi sebeplerden biriyle sona ermiş olabilir. Daha önce evlenmiş olan taraf, bu evliliğinin sona erdiğini kanıtlamak suretiyle yeniden evlenebilecektir. Eşlerden biri gaip ise ve gaip olan kişinin eşi başka bir kişiyle evlenmek istiyorsa, mahkeme ilk evlilikle ilgili olarak evliliğin feshine karar vermedikçe bu kişi ikinci evliliğini yapamayacaktır (TMK md. 131). Kanun koyucu gaibin eşine bir imkân sağlamıştır: Gaip olanın eşi, gaiplik başvurusuyla birlikte evliliğin feshini de talep edebilecektir. Ancak ayrıca bir dava açarak evliliğin feshini de isteyebilir. Şayet ayrı bir dava açılması suretiyle evliliğin feshi talep edilecekse, bu davanın davacının yerleşim yeri mahkemesinde açılması gerekmektedir (TMK md. 131). Akıl hastalığı bulunan bir kimsenin evlenmesi prensip olarak evlenme engeli olarak kabul edilmiştir. Bu kişilerin evlenmelerinde tıbbi bir sakınca olmadığının sağlık kurulu raporuyla açıklanması gerekmektedir. Resmi sağlık kurulu raporuyla kişinin evlenebilir olduğu anlaşılmadıkça, bu kimseler evlenmez (TMK md. 133). Akıl sağlığı konusunda, evlenme anındaki sağlık dikkate alınacaktır; evlenme anında evlenme engeli oluşturacak bir hal söz konusu ise, evlenme batıl kabul edilmektedir<sup>6</sup>. Çalışmamız için önem arz eden iddet müddetinden doğan evlenme engeli TMK md. 132'de düzenlenmiştir ve kanımızca tüm bu sayılan evlenme engellerinden farklıdır. Çünkü yukarıda bahsedilen evlenme engelleri her iki taraf için de geçerliken, iddet müddeti sadece kadına yönelik bir düzenlemedir<sup>7</sup>. Kadının tekrar evlenebilmesi için aranan bu sürenin amacının soybağının tespitine dair olduğu bilinmektedir. Diğer bir tartışma, iddet müddeti düzenlemesinin İslam hukukunun TMK üzerindeki etkisi olup olmadığı yönünde olabilir. Aşağıda yapılan incelemeler ışığında bu düşünceye olumsuz yanıt vermek gerekecektir. Bu kapsamda belirtmek isteriz ki, çalışmamızda bilinçli olarak iddet müddeti kavramını tercih ettik. Zira uygulamada, Yargıtay kararlarında ve doktrinde kanuni bekleme süresi yerine sıklıkla iddet müddeti kavramının kullanıldığı görülmektedir<sup>8</sup>.

## II. EVLENME ENGELİ OLARAK İDDET MÜDDETI

### A. Türk Medeni Kanunu Kapsamında

Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi md. 95 iddet müddetini düzenlemektedir. Bu düzenleme uyarınca, kocasının vefatı veya boşanma sebebiyle dul kalan yahut evliliğinin butlanına hükmedilen kadın vefattan, boşanmadan veya butlan hükmünden itibaren üç yüz gün geçmedikçe tekrar evlenememekte; süre ancak doğurmakla sona ermektedir. Kadının hamile kalması mümkün değilse

5 Uludağ, Sabiha Nur, Evlenmenin Hükümsüzlüğü Sebepleri, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Aralık 2019, s. 72.

6 Yargıtay 2. HD., E. 2009/5045, K.08.06.2010; (Erişim: 04.03.2021, www.legalbank.net)

7 TMK kadın erkek eşitliği konusunda başarılı bir kanun olmasına rağmen kadının soyadı ve iddet müddetine dair tartışmalı hükümler içermesi eleştirilmektedir; bkz. Gayretli Aydın, s. 263. Ayrıca bkz. Pürselim Arning, Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad, – Ada, Ad Değiştirme Davasına, Kayıt Düzeltme Davasına Uygulanacak Hukuk ve Tanıma Usulü-, Ankara 2014, s. 72, s. 237 vd.

8 Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İstanbul 2013, s. 291. Gayretli Aydın, s. 265. İddet kelimesi, İslam hukukunda “saymak, sayılan şeyin miktarı, adet” anlamına gelmektedir ve evliliğin herhangi bir sebeple sona ermesi durumunda kadının yeni bir evlilik yapabilmek için beklemek zorunda olduğu süreyi ifade eder; <https://islamansiklopedisi.org.tr/iddet> (Erişim: 04.03.2021).

veya boşanma ile ayrılmış olan karı ve koca tekrar birbirleriyle evlenmek istedikleri takdirde, hâkim bu müddeti kısaltabilirdi. Düzenleme yürürlükteki Medeni Kanun'da da benzer şekilde yer almaktadır. TMK md. 132 uyarınca düzenlenen iddet müddetine dair evlenme engeli şüphesiz ki kadınların hamilelik süreci esas alınarak düzenlenmiştir. Evlilik sona ermişse, kadın evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün geçmedikçe evlenemez. Bu süre, kadının doğum yapmasıyla – mahkeme kararına gerek olmaksızın – sona erecektir.

Çocuğun ölü doğması veyahut düşük yapılması halinde de doğum gerçekleşmiş kabul edilecektir<sup>9</sup>. Üç yüz günlük süre, bir hamileliğin tamamlanmasındaki azami süre olarak kabul edilmiş ve böylelikle kanun koyucu tarafından soybağının karışması engellenmeye çalışılmıştır<sup>10</sup>. Ancak kadının hamile olmama ihtimalinin de değerlendirilmesi gerekir. Kadının önceki evliliğinden hamile olmadığına anlaşılması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbirleriyle evlenmek istemeleri halinde mahkeme süreyi kaldıracaktır (TMK md. 132). Mülga Kanun'da "kısaltılabilir" denirken TMK md. 132'de "kaldıracaktır" kelimesinin kullanılması bilinçli bir tercihtir; zira kadının hamile olmadığına anlaşılması halinde veya eşlerin tekrar evlenmesi durumunda hâkimin takdir yetkisi yoktur ve süreyi kaldırması gerekmektedir<sup>11</sup>. TMK md. 154 uyarınca, iddet müddeti kesin evlenme engeli olmadığından, kadın bu süreyi beklemeden evlendiğinde evliliği geçersiz sayılmayacaktır. Ancak bu evlilik nasıl gerçekleşecektir? Zira uygulamada iddet müddetinin fonksiyonunun daha farklı olduğunu ve süre dolmamışsa evlendirme memurlarınca bu sürenin dikkate alındığını fark etmekteyiz. Dolayısıyla, iddet müddetinin dolmamasının uygulamada evlenme engeli olarak değerlendirildiğini görmekteyiz<sup>12</sup>. Zira evlendirme memuru, başvuruları Evlendirme Yönetmeliği md. 23 uyarınca incelemek zorundadır. Yönetmelik md. 23 uyarınca, dosyayı inceleyen evlendirme memuru, incelemesi sonucunda evlenme engellerinden herhangi birinin varlığını tespit ettiği takdirde, evlilik başvurusunu reddedecektir ve bu hususu gerekçeli ve yazılı olarak taraflara derhal duyuracaktır. Tespit edilen evlenme engelini mevcut olmadığı belgelerle ispatlanmadığı sürece veyahut evlenme engeli, nüfus kütüklerindeki bir işlem eksikliği sebebiyle ortaya çıkmışsa, bu eksiklik tamamlanmadıkça evlenme gerçekleştirilemeyecektir. Tereddüdümüz, süre tamamlanmadığı için kesin olmayan evlenme engeli yaratan iddet müddeti hangi gerekçeyle evlendirme memurunca süre dolmuş gibi kabul edilebileceği noktasında doğmaktadır<sup>13</sup>.

Kadının iddet müddeti sona ermeden yeni bir evlilik yapacak olması ihtimalinde, evlenme engelini aşılması için TMK md. 132/III uyarınca iddet müddetinin kaldırılması davası açılması gerekir. Hasımsız olarak açılan davanın amacı, hamileliğin oluşmadığının tespiti ve gerçekleşecek

9 Öztan, Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 154.

10 Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya, Medeni Hukuk, İstanbul 2016, s. 156.

11 Gayretli Aydın, s. 276.

12 Aynı yöndeki eleştiri için bkz. Gayretli Aydın, s. 276.

13 Gayretli Aydın, s. 276. Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E. 2017/14034, K.13.12.2017, "Temyiz dışı sanık ...'un katılan ... ile resmi olarak evli olduğu ancak boşanma davası devam ettiği, süreç içinde sanık ... ile gayri resmi birliktelik yaşadığı, boşanmanın 25.01.2012'de kesinleştiği, 20.04.2012 tarihinde ... isminde bir çocuğun dünyaya geldiği, çocuğun babası ... olmasına rağmen iddet müddeti içinde doğan ...'ın evlilik birlikteliği içinde doğmuş gibi nüfusa baba hanesi ... olarak kayıt edilmesinden ibaret eylemde; sanık ...'in, ... yeni boşandığı ve kanunun aradığı süreyi doldurmadığı için resmi nikah yapamadıklarını..." (Erişim: 04.03.2021, www.legalbank.net)

yeniden evlenme nedeniyle bir çocuk doğması halinde, bu çocuğun boşanılan eşin soybağına dair bir karışıklık yaratmamasıdır<sup>14</sup>. Ancak boşanılan eş ile tekrar evlenilmesi amacıyla da bu dava açılabilir<sup>15</sup>. İddet müddeti, evlilik boşanma ile sona ermişse boşanma kararının kesinleştiği tarihte başlayacaktır ve tespiti ilişkin bu davada yetkili ve görevli mahkeme kadının yerleşim yerindeki Aile mahkemesidir<sup>16</sup>; bu mahkemenin olmadığı yerlerde dava Asliye hukuk mahkemesinde açılacaktır<sup>17</sup>. Uygulamada iddet müddeti davasının hastane tespiti süreci çağımıza uymayan bir yapıya sahiptir. Davanın açıldığı mahkemenin belirlediği devlet hastanesine gidilmesi gerekmekte, ancak hastaneye gidilmeden önce mahkemede kadının bileğine mühür vurulmaktadır. Mühür kadının bileğinden silinmeden hastaneye başvurularak tetkik yapılması gerekmektedir. Tetkik neticesinde hastane kapalı zarf içerisindeki sonucu kadına vermektedir; kadının bu zarfı açmadan mahkemeye teslim etmesi gerekmektedir. Zarfın içindeki neticeyi kadından önce mahkemenin açıp okuması ve kadına bunu bildirmesi usulü uygulanmaktadır. Uygulamadan edinilen bilgiye göre bu usulün sebebi, mahkemeye başvuru yapan kadınla hastaneye giden kadının aynı kişi olduğunun tespitinin sağlanmasıdır. Ülkemizde yeknesak olarak uygulanan bu usulün yazılı olduğu yasal düzenlemeyi tespit edemedik. Ancak teknoloji ve bilim bu kadar ilerlemişken, hukukun temel prensiplerinin ve bireyin kişisel haklarının korunması neredeyse 2020’li yılların hedefi haline gelmişken bir insanın kimlik tespiti için bileğine mühür vurularak hastaneye gönderilmesi usulünü eleştirmekte ve bu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) md. 8 kapsamında düzenlenen özel hayat saygı ilkesine aykırılık oluşturacağı kanaatindeyiz.

## **B. İslam Hukuku Kapsamında İddet Müddeti**

İslam dininin aile yapısına ve ailenin sürdürülmesine dair birçok düzenlemesi vardır. İslam hukukunda evlenme ve boşanma kurumlarına dair detaylı hükümlerin olması, İslam’ın aileye bakış açısını yansıtmaktadır<sup>18</sup>. Hz. Peygamber’in Allah katında en sevilmeyen helal boşanmadır hadisi, bu durumu daha da iyi ifade etmektedir<sup>19</sup>. Buradan ailenin korunmasının gerektiği ve boşanmanın son çare olarak sunulduğu anlaşılmaktadır. Şiddetli geçimsizlik ve benzeri sebepler evliliğin devamını imkânsız kılıyorsa ve evliliği sona erdirmek zorunlu bir hal alıyorsa boşanma mübah kabul edilmektedir<sup>20</sup>.

14 Gençcan, Ömer Uğur, Aile Hukuku, İstanbul 2011, s. 303.

15 Helvacı, İlhan, Gerekeçli Karşılaştırmalı İçtihatlı Türk Medeni Kanunu Cilt II, Aile Hukuku, İstanbul 2013, s. 59.

16 Hasımsız davalar sulh mahkemesinde açılmaktadır; ancak 4787 sayılı (RG.18.01.2003/24997) Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun md. 4 uyarınca iddet müddetinin kaldırılması davası aile mahkemesinde açılacaktır.

17 Gayretli Aydın, s. 278, 279.

18 Cin, Halil, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara 1974, s. 6 vd.; Dağcı, Şamil, İslam Aile Hukukunda Evlenme Engelleri I (Sürekli Evlenme Engelleri), Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 39-I/1999, s. 176, Aydın, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2010, s. 264; Görgülü, Ülfet, İslam Aile Hukukunda Bid’i Talak Meselesi, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 30/2017, s. 337.

19 Görgülü, s. 338; Erdem, s. 72 ve orada dipnot 3’te anılan yazarlar.

20 Görgülü, s. 337 vd.; Dağcı, Şamil, İslam Aile Hukukunda Evlenme Engelleri II (Geçici Evlenme Engelleri), Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: XLI, 2000, s. 166 dipnot 111’de anılan eserler, “İbnü’l-Hümmam. III/22; Karfal eş – Şaşi, VII/ 19,20; İbn Abidin, II/427; Ömer Nasuhi Bilmen, “Müslümlantıkla İftirak-ı Zevceyn “, Sebilürreşad

İslam aile hukukunun değişime en az açık olan alanlardan bir tanesi olduğu, İslam hukukunun uygulandığı ülkelerde bu alanda yapılan değişikliklerin aile hukukunun özünden veya maddi aile hukukundan ziyade usule dair olduğu (boşanmada şahit aranması veyahut boşanmanın mahkeme yoluyla yapılması gibi) ifade edilmektedir<sup>21</sup>. Kaynağını Roma hukuku sistematiğinden alan Kıta Avrupası hukukunda kamu ve özel hukuk ayrımı yapılarak, aile hukuku medeni hukuk meseleleri içerisinde dahil edilmektedir; İslam hukuku ise dini karakteri gereği modern hukukun tasnif dışı tuttuğu ibadet ilişkisini fıkıhın bir bölümü olarak ele almakta, kamu hukuku-özel hukuk ayrımı yerine dünyevi hükümleri de münakahat, muamelat ve ukubat şeklinde ayrı bir değerlendirmeye tabi tutmaktadır<sup>22</sup>. Evlenme, boşanma, miras, süt, soybağı, vasiyet, nafaka gibi meseleler ahvalü-ş-şahsiye kavramı altında yer almaktadır; ahvalü-ş-şahsiye kavramı ise, Kıta Avrupası hukukundaki personal status (statut personnel) kavramına karşılık gelmektedir<sup>23</sup>. İslam aile hukukunun etkisinde kalarak yirminci yüzyılda hazırlanmış kanunların iddet müddetine geniş yer verdikleri; 1917 tarihli Osmanlı Hukuk-i Aile Kararnamesi'nde iddet müddeti ile ilgili on bir maddenin yer aldığı; bunun haricinde 1951 tarihli Ürdün, 1959 tarihli Irak Kanunları ile Fas, Tunus, Suriye Kanunlarında da iddetin klasik İslam hukuku kapsamında tanzim edildiği doktrinde ifade edilmiştir<sup>24</sup>.

İddet müddeti, nikahın etkilerinin tamamen sona ermesi için belirlenmiş bir süre olup, böylelikle tarafların pişman olmaları halinde evliliğe geri dönmeleri; kadın hamile ise soybağının tespiti veya vefat söz konusu ise kocasını kaybeden kadının bu sayede yas tutabilmesi amaçlanmıştır<sup>25</sup>. İslam hukukunda iddet, evliliğin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde (ölüm, boşanma veya fesih) nikah kaidelerinin tamamen ortadan kalkması ve kadının yeni bir evlilik yapabilmesi için beklemesi gereken süreyi tanımlamaktadır<sup>26</sup>. İddet müddeti, detaylı tasniflere tabi tutulmuştur. Doktrinde, boşanma veya vefat iddeti olarak ikiye ayrılabilceği gibi süreli veya süresiz iddetler olarak da nitelendirildiği görülmektedir; örneğin boşanmanın şekline göre (talaktaki boş ol beyanının kaç defa dendiğine göre) boşanma iddeti, hamile kadının iddeti, kocası kaybolmuş kadının iddeti ayrı ayrı incelenmiştir<sup>27</sup>. Hamilelerin iddet müddeti doğumla sona ermektedir<sup>28</sup>. İslam hukukunda iddetin tek amacı soybağı karışıklığının önlenmesi değildir; kadının eşinin ölümünden duyduğu üzüntü ve kederini yas tutarak geçirmesi vefat iddeti (örneğin kocasıyla ayrı yaşamak zorunda kalmış kadının eşinin hatırasına saygı olarak bu süreye uyması gerekmektedir) olarak tanımlanmaktadır<sup>29</sup>.

Mecmuası, Cilt: XXII, Sayı: 579, s.103; Ahmed İbrahim s. 76; Hallaf, s. 146,147; el-Hafif, s.14,15; Ahmed Muhammed Zeki, s. 147 vd., Seydişehir, s. 270; Mahmasani, Turasu'l Hulefa, s. 421, 450".

21 Dağcı, s. 191.

22 Dağcı, s. 175 ve dipnot 1'de anılan "Mecelle-i Ahkamı Adliyye Mazbatası; Hoca Emin Efendizade Ali Haydar Efendi, Düreru'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkam, Matbaa-i Tevsii Tibliat, İstanbul 1330,1/3,15,16; Ziyaettin Fahri Fındıkoğlu, Aile Hukukumuzun Tedvini Meselesi, Ebu'l-ula Mardin'e Armağan, Kenan Matbaası, İstanbul 1944, s. 689".

23 Dağcı, s. 176.

24 Cin, s. 122.

25 Erdem, s. 92; Dağcı, Geçici Evlenme Engelleri, s. 172 vd.

26 Cin, s. 117; Erdem, Suat, İslam Hukukuna Göre İddet ve İddet Bekleyen Kadının Nikahı, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, Sayı: 2, 2013, s. 71, 76.

27 Erdem, s. 79.

28 Talak 65/4; Erdem, s. 76.

29 Cin, s. 120; Erdem, s. 78.

İddet müddetinin dolmasını bekleyen kadına açık evlilik teklifinde (“*seninle evleneceğim*” şeklinde bir teklif) bulunmak yasaktır<sup>30</sup>. Örneğin rac’at karısını rac’i talakla boşanmış kocanın yeni bir nikah yapmadan ve karısının rızasını almadan iddet müddeti içinde karısına geri dönmesi anlamına geldiğinden, rac’i talaktan dolayı iddet müddeti bekleyen kadına açık ve kapalı evlilik teklifi yapılamayacağı kabul edilmektedir<sup>31</sup>. Vefat iddetinde ve bain talak (üç defa boş ol denilen ayırıcı talak, bu talaktan sonra tekrar evlilik yapılması gerekmektedir)<sup>32</sup> iddetinde ise üstü kapalı evlilik teklifi (“*seninle evlenmeyi arzuluyorum*” şeklinde bir teklif) yapılabilir<sup>33</sup>. Boşanmış kadının iddet müddeti üç ay olarak tanımlanmaktadır<sup>34</sup>. İddet müddeti beklenmeden yapılan evliliğin iptal edilmesi gerektiği, aksi halde haram olacağı belirtilmekte; iddet müddetinin dolması halinde tarafların yeniden evlenip evlenmeyecekleri ise tartışmalı kabul edilmektedir<sup>35</sup>. Kocanın ölümü halinde iddet müddeti dört ay on gün olarak belirtilmiştir; ancak evlenme hangi sebeple sona ererse ersin kadın hamile ise bu sürenin çocuk doğuncaya kadar devam edeceği ifade edilmektedir<sup>36</sup>. Evlilik dışı hamile kalan kadının evliliği ise iddet müddetine tabi tutulmamaktadır<sup>37</sup>. İddet müddetinin dolaylı olarak kocayı da etkilediği, örneğin dört eşinden birini boşanmış erkeğin, iddet müddeti dolmadan beşinci kadınla evlenemeyeceği veyahut boşandığı kadının iddet müddeti sona ermedikçe onun kız kardeşi ile evlenemeyeceği ileri sürülmektedir<sup>38</sup>.

### C. Mukayeseli Hukuk Kapsamında İddet Müddeti

Roma hukukunda iddet müddeti eşlerden birinin ölümü nedeniyle kalan eşin beklemesi gereken süre olarak tanımlanabilir. Roma hukukunda yer alan bu düzenleme, aşağıda kısaca yer vereceğimiz mukayeseli hukuk kaidelerinde de yer bulmaktadır. Roma hukukunda eşi ölen kadınların yeniden evlenebilmesi dördüncü yüzyılın sonunda yeniden düzenlenmiştir<sup>39</sup>. Bu düzenleme uyarınca iddet müddeti bir yıl olup, bu süreye uymayan kadın şeref ve haysiyet yoksunu kabul edilmekteydi<sup>40</sup>. İddet müddetine uymayan kadına mirastan pay hakkı verilmiyordu<sup>41</sup>.

Kıta Avrupası’nda iddet müddetiyle ilgili olan – tespit ettiğimiz – düzenlemelerin yürürlükten kaldırıldığı ve bu hususta olumlu veya olumsuz doktrinsel bir tartışmaya yer verilmediği görülmektedir. O nedenle, mülga Kanun düzenlemelerine kısaca yer vereceğiz. 1900 yılında yürürlükte olan Alman Medeni Kanunu (§§ 1309 BGB 1311) evliliğin sona ermesinden (butlan, ölüm ve boşanma) itibaren

30 Erdem, s. 90.

31 Erdem, s. 84 ve 88; Cin, s. 121; Ansay, Sabri Şakir, Hukuk tarihinde İslam Hukuku, Ankara 1958, s. 208.

32 Cin, s. 115; Dağcı, Geçici Evlenme Engelleri, s. 171.

33 Erdem, s. 90; Cin, s. 122; Dağcı, Geçici Evlenme Engelleri, s. 173.

34 Bakara, 2/228 ve Erdem, s. 90; Cin, s. 120 vd.; Dağcı, Geçici Evlenme Engelleri, s. 176.

35 Erdem, s. 91.

36 Ansay, s. 14; Cin, s. 119; Dağcı, Geçici Evlenme Engelleri, s. 174 vd.

37 Cin, s. 120.

38 Dağcı, Geçici Evlenme Engelleri, s. 172; Cin, s. 122.

39 Saar, Stefan Chr., Ehe, Scheidung, Wiederheirat: zur Geschichte des Ehe – und des Ehescheidungsrecht im Frühmittelalter (6.-10. Jahrhundert), (Ed.; Holzhauser, Heinz/Roth, Andreas, Ius Vivens Band: 6, Münster 2002, s. 76.

40 Saar, s. 76.

41 Saar, s. 76.

kadına yönelik on ay iddet müddeti öngörmekteydi; fakat bu süreye uymak zorunlu değildi<sup>42</sup>. Evliliğin sona ermesinden itibaren kadının on ay beklemesinin soybağını kurmakta kesin bir ispat vasıtası olmayacağı; zira dünyaya gelecek olan çocuğun evlilik içi olsa da başka bir erkekten olabileceği düşüncesiyle 1998 tarihli Evlenme Hukuku Kanunu (EheschlRG) ile iddet müddetine dair hüküm yürürlükten kaldırılmıştır<sup>43</sup>. 1811 yılında yürürlükte olan Avusturya Medeni Kanunu hamile olmayan kadın için iddet müddetini altı ay olarak belirlemiştir. Bu süre dolmadan yapılan bir evlilik geçerli olmakla beraber, yeni evlilikle kadın eski eşine mirasçı olamıyordu. 1945 yılında yürürlüğe giren yeni Kanun'da iddet müddetine yer verilmemiştir. Mülga İsviçre Medeni Kanunu md. 103'te evliliğin sona ermesinden itibaren kadının 300 gün beklemesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenleme 01.01.2000 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır<sup>44</sup>. Mülga düzenlemede, soybağının tespiti için evliliğin batıl olmasından veya sona ermesinden itibaren kadınların iddet müddetini beklemesi gerektiği fakat boşanılan eşle tekrar evlenilmesi halinde hâkimin bu süreyi kısaltabileceği düzenlenmiştir<sup>45</sup>. Mülga düzenleme uyarınca, süre, her halükârda doğumla sona ermekteydi.

İddet müddetine İslam hukuku ve Roma hukuku kaynaklarında erişilmesi, bu düzenlemenin sadece Kıta Avrupası ile sınırlı olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Tayland'da kadınların 310 günlük bir iddet müddeti söz konusu iken, bu sürenin Japonya'da – 2016 yılında tamamen kaldırılması yönündeki eleştirilere rağmen – 100 günle sınırlandırılmıştır<sup>46</sup>. Hinduların boşanma sonrası iddet müddeti 300 gün, ABD eyaletlerinde ise çiftlerin karşılıklı olarak birkaç gün beklemeleri gerektiği düzenlenmiştir<sup>47</sup>.

### III. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA İDDET MÜDDETİNİN SOYBAĞINA YANSIMALARI

Çalışmamızın sistematik bir şekilde ilerleyebilmesi için bu kısımda, Türk vatandaşı olan ve yabancı ülke vatandaşı olan kadınlar arasında bir ayırım yapılmıştır. İlk olarak Türk vatandaşı kadının yabancı ülke vatandaşı erkekle evliliği üzerinde kısaca durulacaktır. Türk vatandaşı kadınlar için TMK kapsamında iddet müddeti evlenme engeli sayılacağından, bu şart evlenmeden önce aranacaktır. Ancak Türk vatandaşı kadının birden fazla vatandaşlığa sahip olması MÖHUK md. 13'te yer alan evlenme ehliyet ve şartlarına dair bağlama noktasını etkileyeceğinden, bu noktada MÖHUK md. 4'ten doğan tartışmalara yer verilecektir. İkinci başlık altında, yabancı ülke vatandaşı kadının iddet müddetine tabi kalmadan evlenmesi sebebiyle ortaya çıkacak ihtilaflara ağırlık verilmiştir. Yabancı

42 Rauscher, Thomas, Familienrecht, München/Heidelberg 2008, s. 101, 102; Beitzke, Günther, Familienrecht: ein Studienbuch, München 1985, s. 54.

43 Rauscher, s. 121.

44 Kanun için bkz. <https://www.vfst.de/apps/elbib/A153> ve ayrıca bkz. <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/ZGB1907.htm> (Erişim: 04.03.2021).

45 Stehlin, Philipp, Das Personen – und Familienrecht des ZBG von 1912: Eine inhaltliche Untersuchung der Gesetzeskommentare des August Egger (1875-1954), Bern 2018, s. 116.

46 Paksoy Erbaydar, Nüket/Balseven Odabaşı, Aysun, Medeni Kanunun Bekleme Süresi (İddet Müddeti) İle İlgili 132. Maddesinin Kadın Hakları ve Modern Tipteki Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi, Fe Dergi 10/2108, s. 113-114'te anılan kaynaklar.

47 Paksoy Erbaydar/Balseven Odabaşı, s. 113-114'te anılan kaynaklar.



ülke vatandaşı kadının iddet müddetine uymadan evlenmesi halinde açılması muhtemel davalar olan soybağının reddi davası ve babalık davası MÖHUK kapsamında değerlendirilecektir. İncelenen hususlara bir başlık altında yer verilmişse, tekrardan kaçınmak amacıyla diğer başlık altında bu hususlar değerlendirilmeyecektir.

## **A. Türk Vatandaşı Kadının Yabancı Ülke Vatandaşı Erkekle Evliliği**

### **I. Genel Olarak**

Yabancılık unsuru taşıyan evliliklerde, MÖHUK md. 1 uyarınca uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekmektedir. Evliliğin gerçekleşebilmesi için aranan şartlara uygulanacak hukuku belirlemede sunulan görüşler, evlenmeyi yapan kişiler ve evlenme işlemi açısından iki farklı esasa dayanmaktadır<sup>48</sup>. Evlenmenin yapılmasındaki maddi şartlar ise evlenme iradesi, ehliyet ve evlenme engelleri olarak üç başlık altında değerlendirilmektedir<sup>49</sup>.

MÖHUK md. 13 uyarınca, evlenme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlenme anındaki milli hukukuna tabidir. MÖHUK md. 2/III uyarınca evlenme ehliyet ve şartları belirlenirken atfın dikkate alınması gerekmektedir. Atıf, hem evlenme ehliyeti hem de evlenme şartları açısından uygulama alanı bulacaktır<sup>50</sup>. Yetkili hukuk olan milli hukuk, örneğin yerleşim yeri hukukuna gönderme yapıyorsa, yerleşim yeri hukukunun maddi hükümleri dikkate alınacaktır<sup>51</sup>. Türk vatandaşı kadın ve yabancı ülke vatandaşı erkeğin evlenme ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukuk MÖHUK md. 13 uyarınca evlenme anı dikkate alınarak belirlenecektir<sup>52</sup>. Yabancı ülke vatandaşı erkek için evlenme ehliyeti ve

48 Sayman, Yücel, Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982, s. 9.

49 Tekinalp, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, İstanbul 2020, s. 133.

50 Çelikel, Aysel/Bahadır, Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2020, s. 233.

51 Güngör, Gülin, Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Ankara 2021, s. 136.

52 Yargıtay 2. HD. E. 2007/6488, K. 17.03.2008, "Tarafların Almanya'da Alman Hukukuna uygun olarak resmi memur önünde evlendikleri, bu evliliğin Alman Nüfusunda kayıtlı olduğu ancak; davacı Ahmet'in Alman vatandaşı karısının soyadını alması nedeniyle Türkiye'deki Ahmet'in nüfusuna kaydının yapılmadığı hususlarında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Davacı, Ahmet, Alman eşinden Alman Mahkemesinin kararıyla boşandığını belirterek bu kararın tanınmasını istemiş, yerel mahkeme; "Tarafların evliliğinin Türk yasaları çerçevesinde geçerli olmadığından nüfusa kaydedilmediğini, bu nedenle de tanıma isteğinde bulunulmayacağı" gerekçesiyle isteği reddetmiş karar davacı tarafından temyiz olunmuştur. Davacının, daha sonra evlendiği Türk vatandaşı karısını Almanya'ya götürmek istediği ancak Almanya'da verilen boşanma kararı tanınmadığından bunun mümkün olamaması nedeniyle temyize konu davayı açtığı anlaşıldığından; davanın görülmesinde hukuki yararının bulunduğu hususu sabittir. Evlenme tarafların evlendirme memuru huzurunda evlenme iradelerini açıklamalarıyla oluşur. (TMK. m. 142). Evlenme iradesinin olumlu şekilde evlendirme memuru önünde açıklanmasıyla oluşan evlenme aktinin; nüfus siciline kaydedilmemiş olması, akti geçersiz kılmaz. (YİBK, 14.6.1965 t, 3/3). Evlenme ehliyet ve şartları, taraflardan her birinin evlenme anındaki milli hukukuna tabidir. Evliliğin şekline yapıldığı ülke hukuku uygulanır. (5718 s. MÖHUK. m. 13) Yurt dışında yabancı yetkili makamlar önünde Türk Vatandaşlarının yaptığı evlenmeler 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine uygun olmak ve butlanla batıl olmayı gerektiren bir sebep bulunmamak kaydıyla geçerlidir. Evlenmekle Türk vatandaşlığını kazanan kadın, kocasının hanesine tescil edilir. (5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 24, 25) Davacının Almanya'da Alman vatandaşıyla yaptığı evlilik akdi şekil yönünden 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Usulleri Kanununun madde 13/2'ye uygun olup " evlenme akdi" gerçekleşmiştir. Davacının Alman eşinin soyadını alması nedeniyle bu şekilde kaydının Türk nüfusuna yapılmaması (TMK: m. 187) bu evliliğin geçersiz kalmaz ve yok sayılmasını gerektirmez. O halde isteğin 5718 sayılı Milletlerarası Özel hukuk Usulleri Kanununun maddi 53, 54, 58. hükümleri çerçevesinde incelenip bir

şartları kendi milli uyarınca; Türk vatandaşı kadın için Türk hukuku uyarınca belirlenecektir. Özetle, taraflardan biri için aranan koşullar diğerinin de milli hukukunda aynı şekilde yer almadıkça karşı taraftan aranmayacaktır<sup>53</sup>. Bir görüş, evlenme engellerini iki taraflı ve tek taraflı evlenme engelleri şeklinde ayırmaktadır; tek taraflı evlenme engelleri hangi tarafın milli hukukunda düzenlenmiş ise onun evlenmesini engellerken, iki taraflı evlenme engelleri her iki tarafı da etkilemektedir<sup>54</sup>. Savunulan görüş, evlenme engellerinin iki taraflı ve tek taraflı evlenme engeli olmasından hareketle, bu engellerin sadece bir tarafın milli hukukunda yer alsa bile her iki taraf için de aranması gerektiğini, aksi takdirde evlenmenin geçersiz olacağını ifade etmektedir<sup>55</sup>. Bu görüş uyarınca örneğin, evlenme yaşı tek taraflı evlenme engeli olarak nitelendirilirken, birden fazla evliliğin söz konusu olma hali – iki tarafı da etkilediğinden – iki taraflı evlenme engeli olarak değerlendirilmektedir<sup>56</sup>. MÖHUK md. 13/İ'de yer alan evlenme ehliyet ve şartlarından yakın hısımlığın, mevcut evliliğin, akıl hastalığının, bulaşıcı hastalığın ve eşlerin aynı cinsten olmasının iki taraflı evlenme engeli olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade eden görüşe<sup>57</sup> katılmamaktayız. Kanaatimizce, hem maddenin lafzından ve ruhundan bu sonuca ulaşamamaktayız hem de bu gibi hususlar Türk kamu düzenine açık aykırılık yaratacağından MÖHUK md. 5 uyarınca engellenebilecektir<sup>58</sup>. Bu noktada, evlenmek isteyen kişiden, müstakbel eşinin milli hukukunda bulunan evlenme koşul ve engellerine uymasını aramak beklenmeyeceği düşüncesinden hareket etmekteyiz<sup>59</sup>. Evlenecek kişi zaten evli ise, akıl hastalığı veya bulaşıcı bir hastalığı varsa, taraflar arasında yakın hısımlık söz konusu ise veyahut taraflar aynı cinsten ise iki taraflı evlenme engeli olarak nitelendirilen bu hallerde zaten MÖHUK md. 5 kapsamında yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açık aykırı olması halinde uygulanacaktır<sup>60</sup>.

## ***1. Evlenme Ehliyet ve Şartları Yönünden Vatandaşlık Bağlama Noktasına Dair Düşünceler***

### ***a. MÖHUK md. 4/İ-b'nin Uygulanmasına Dair Düşünceler***

Vatandaşlık günümüze dek aile hukuku, kişiler hukuku ve miras hukuku alanlarında gücünü hissettiren bir bağlama noktasıdır<sup>61</sup>. Tarafların milli hukuku, evlenme ehliyet ve şartlarına

karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde reddine hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Sonuç: Temyiz olunan kararın açıklanan sebeple bozulmasına, bozma sebebine göre diğer yönlerin incelenmesine yer olmadığına, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere oyçokluğuyla karar verildi, (Erişim: 07.03.2021, www.legalbank.net).

53 Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Fıganmeşe, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2021, s. 149 vd.; Aybay, Rona/Dardağan, Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, İstanbul 2008, s. 200.

54 Tekinalp, s. 133.

55 Tekinalp, s. 133; Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2017, s. 239-245; Çelikel/Erdem, s. 233 vd., Akıncı, Ziya/Gökyayla Demir, Cemile, Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010, s. 18 vd.

56 Tekinalp, s. 133; Nomer, s. 245.

57 Tekinalp, s. 133; Çelikel/Erdem, s. 234; Nomer, s. 239; Akıncı/Gökyayla Demir, Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010, s. 19.

58 Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 150 vd; Doğan, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2020, s. 322; Aybay/Dardağan, s. 201; Can, Hacı/Token, Ali Gümrah, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2016, s. 196.

59 Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 150-151.

60 Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 150-151.

61 Basedow, Jürgen, Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union, IPRax 2011, s. 109.

uygulanacak hukukun tespitinde önem arz etmektedir. Yeniden evlenecek olan Türk vatandaşı kadının Türk hukuku uyarınca evlenme ehliyet ve şartlarını taşıması gerekmektedir. İddet müddetine riayet de bunlardan biridir. İddet müddetinin kaldırılması davasıyla kadının hamile olmadığı tespit edilmiş olacağından, bu evliliklerde soybağının tespiti yönünden bir ihtilaf yaşanmayabilir. Ancak Türk vatandaşı kadının birden fazla vatandaşlığı olabilir. Bu halde, MÖHUK md. 4/I-b uyarınca birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları halinde Türk hukukunun uygulanması gerektiğini, “Kanun’da aksi öngörülmedikçe” ifadesinin kişinin Türk vatandaşlığını etkilememesi gerektiğini düşünmekteyiz<sup>62</sup>. Bu aşamada, bir kişinin birden fazla vatandaşlığı olup aynı zamanda Türk vatandaşı olması halinde en sıkı ilişkili hukukun uygulanıp uygulanmayacağı tartışmasına kısaca yer vermek gerekir. Çünkü bu ihtimalde, Türk vatandaşı kadın sıkı ilişkili hukuk sayesinde yabancı hukukun tesiri altında kalacak; iddet müddeti engelinden muaf olarak evlenebilecektir. Sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına dair bir görüş, kişinin vatandaşlığını taşıdığı ülkelerden hangisi ile daha sıkı bağı varsa, o ülke hukukunun esas alınması gerektiğini savunmaktadır<sup>63</sup>. Bu görüş uyarınca, kişinin şahsi statüsü hakkında yetkili hukukun tespitini gerektiren vakıanın, vatandaşı olduğu ülkelerden birinin resmi merci huzurunda gerçekleşmiş olması doğrudan bu ülkenin hukukunun uygulanması sonucunu doğurmamalıdır<sup>64</sup>. Türk vatandaşının birden çok vatandaşlığı varsa ve de örneğin sosyal ve iş hayatını idame ettirdiği ülkenin vatandaşlığına, Türk vatandaşlığına nazaran daha sıkı bir şekilde bağlıysa, buna rağmen bu kişinin Türk vatandaşlığının esas alınmaması düşüncesine katılmamaktayız<sup>65</sup> ve bu düşüncemizi şu şekilde gerekçelendirmekteyiz: Türk vatandaşının örneğin evlenme sırasında sıkı ilişki nedeniyle X ülkesi vatandaşlığı kapsamında evlenme ehliyet ve şartlarına bakılırken, aynı kişi Türkiye’de taşınmaz almak istediğinde X ülkesi vatandaşlığını mı kullanacaktır yoksa mevzuatın kendisine sağladığı haklardan yararlanmak amacıyla Türk vatandaşlığının esas alınmasını mı isteyecektir? Bu düşünceden hareketle, MÖHUK kapsamında “ tarafların müşterek milli hukuklarının” arandığı maddelerde de kişinin vatandaşlıklarından bir tanesi Türk vatandaşlığı ise, bu kişinin sadece Türk vatandaşlığının esas alınması gerektiği kanısındayız; zira bu kişi X ülkesi hukukuna göre X ülkesi vatandaşıyla nişanlandığında nişanlanmanın hüküm ve sonuçlarına müşterek milli hukukları olan X hukuku uygulanırken, aynı kişi çalışma hayatına atılmak istediğinde Türk vatandaşlığını kullanarak Türk hukuku uyarınca Türklere mahsus mesleklerde çalışabilecektir. Hukuki ihtilafa göre, kişinin

62 Nomer, s. 115; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 37; Çelikel/Erdem, s. 67; Nomer, Ergin, Türk Devletler Özel Hukukunda Çifte Vatandaşlık, MHB, 14/I-II, 1994, s. 35 vd; Martiny, Dieter, Probleme der Doppelstaatsangehörigkeit im deutschen Internationalen Privatrecht, JZ, 23/1993, s. 1145 vd. Ayrıca bkz. Berki, Şakir, Evlenmenin Asli Şartlarından Doğan Kanun İhtilafları ve Türk Hukukundaki Tatbikatı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 1951, s. 613. “Tarafların Türk vatandaşlığı dahil birden çok müşterek vatandaşlığı, bir başka ifadeyle birden çok müşterek milli hukuku varsa veya taraflar Türk vatandaşı olmayıp birden çok müşterek yabancı vatandaşlığa sahip ise sorunun halli md. 4/1-b ve c işletilmeden mümkün görünmemektedir. Bu itibarla fikrimizce bu iki bend tekil ve paylaşılmalı bağlama içeren bağlama kurallarının yanı sıra müşterek bağlama kabul etmiş bağlama kurallarının sırasında da işlevseldir”, Güngör, s. 54.

63 Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, s. 213.

64 Doğan, s. 213. Yazar, “birden fazla ülkeye vatandaşlık bağı ile bağlı olan kişi, aynı zamanda hakim in ülkesinin de vatandaşlığına sahip ise hakim in ülkesinin vatandaşlığı esas alınacak, şahsi statü hakim in hukukuna tabi olacaktır” şeklindeki görüşün pozitif düzenlemelerde de kabul edilen görüş olduğunu ve bu görüşün Türk hukukunda da kabul edildiğini ayrıca belirtmektedir; ayrıntılı bilgi için bkz., s. 213 vd.

65 Pürselim Arning, Hatice Selin, Temel Kavramlar Işığında Mülteci Hukukunun Gelişimi, (Ed. Öner, Aslı Şirin/Ihlamur Öner, Suna Gülfer) Uluslararası İlişkilerde Göç, İstanbul 2018, s. 222.

farklı vatandaşlıklarını kullanarak kendi menfaatine göre çözüme ulaşma anlayışının MÖHUK'un amacına ve diğer kanunlarla arasındaki ahenge zarar vereceğini düşünmekteyiz.

### ***b. MÖHUK md. 4/I-c'nin ve md. 4/I-a'nın Uygulanmasına Dair Düşünceler***

Yabancı devlet vatandaşı evlenecek olan erkeğin birden fazla vatandaşlığı olması halinde MÖHUK md. 4/I-c uygulanacaktır<sup>66</sup>. Böyle bir durumda, birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olan, ancak Türk vatandaşlığı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki halinde buldukları devlet hukukuna bakılması gerekmektedir. Sıkı ilişki halinde bulunulan devlet hukuku tanımının hukuk sosyolojisi alanına girdiği; sıkı ilişkili vatandaşlığın tespiti için etkili<sup>67</sup> ve gerçek bağa<sup>68</sup> bakılması gerektiği, vatandaşlık hukuku kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği; yaşanan yer, mutad mesken, iş yeri, okul ve sosyal çevre, kişinin konuştuğu lisan gibi faktörlerin beraber dikkate alınabileceği ileri sürülmektedir<sup>69</sup>. Ayrıca, son kazanılan vatandaşlığın sıkı ilişkide önemli olduğunu üzerinde durmakta, örneğin çocuk evlat edinme yoluyla vatandaşlık kazanmışsa ve bundan sonraki yıllarda kendi iradesiyle başka bir vatandaşlık daha edinmişse bu aşamada sıkı ilişki tespiti için geniş bir perspektifle karar verilmesinin önemli olduğu ifade edilmektedir<sup>70</sup>. Kanımızca kişinin kazandığı vatandaşlığa bağlı olarak adını değiştirmesi sıkı ilişkinin tespitinde önemli bir ölçüttür<sup>71</sup>.

Yabancı devlet vatandaşı olarak farz ettiğimiz eş, hiçbir ülkeye vatandaşlık bağıyla bağlı olmayabilir veyahut mülteci olabilir<sup>72</sup>. Son zamanlarda dünyada yaşanan olaylar nedeniyle mülteci kavramının genişletilmeye çalışıldığı görülmektedir. Mülteci tanımının 1951 tarihli Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi<sup>73</sup> ve 1967 tarihli New York Protokolü kapsamında belirlenmesi gerektiğini; mevcut ihtilaflara hızlı çözüm bulmak adına benzer durumdaki kişilerin ihtilaflarını Sözleşme kapsamında çözmeye çalışmak yerine, bu kişiler için

66 Milletlerarası sözleşmede bağlama noktası olarak vatandaşlıktan hareket edilmesi halinde uygulanacak hukukun tespitine dair tartışmalar için bkz. Ataman Figanmeşe, İnci, Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK'un 4. maddesinin b ve c Bendlerinin Uygulama Alanı, MHB, Aysel Çelikel'e Armağan, Sayı: 1-2, 1999/2000, s. 102 vd.

67 Etkin (efektif) vatandaşlık kavramını ilk olarak Brocher (1880) ve Neumann (1896) kullanmıştır; detaylı bilgi için bkz. Mansel, Heinz-Peter, Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität, München 1988, Rn. 107. Etketif vatandaşlık kavramı (Alman MÖHK md. 5) Türk doktrininde etkili vatandaşlık ve gerçek bağ oluşturan vatandaşlık şeklinde değerlendirilmektedir, bkz. Nomer, (Çifte Vatandaşlık), s. 58; Çelikel/Erdem, s. 68. Güngör, s. 53.

68 Gerçek bağ kavramına dair açıklamalar için bkz. Mansel, Rn. 174 vd.; Schulze, Reiner, Art. 5 EGBGB, in: Nomos Kommentar BGB I, Baden Baden 2012, Rn. 22; Hailbronner, Kay, Staatsangehörigkeit und IPR, in: Hailbronner, Kay/Maaßen, Hans-Georg/Hecker, Jan/Kau, Marcel, Staatsangehörigkeitsrecht, München 2017, Rn. 5; Angelika Fuchs, Neues Staatsangehörigkeitsgesetz und Internationales Privatrecht, NJW 2000, s. 491.

69 Schulze, Rn. 22; Rentsch, Betina, Die Zukunft des Personalstatut im gewöhnlichen Aufenthalt, ZEuP, 2015, s.288; Martiny, s.1145; Fuchs, s. 491, 492.

70 Lorenz, Stephan, EGBGB Art. 5, in: Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, BeckOK BGB, 2021, Rn. 8, 9.

71 Ayrıca bkz. Pürselim Arning, s. 315.

72 İklim mültecisi, ülkeleri içinde yerinden edilmiş kişiler ve deniz yoluyla gelen sığınmacı kavramlarının mülteci kavramıyla karşılaştırılması açısından bkz. Pürselim, Hatice Selin, Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi'ne Yönelik İki Tartışma: Sözleşme'nin Kapsadığı Kişiler ve Geri Göndermeme İlkesinin Bağlayıcılığı, Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan, (Ed. Erman, Hasan/ Ögüz, Tufan/ Şıpka, Şükran/İnal, Emrehan/ Baysal, Başak), İstanbul 2020, s. 519, 523, 525.

73 RG. 05.09.1961/10898.

ivedilikle özel durumlarına dair ayrı uluslararası çalışmalar yapılması gerektiği düşüncesindeyiz<sup>74</sup>. Bu nedenle, ilgilinin sığınmacı olması halinde, mülteci olarak kabul edilip edilmeyeceği henüz belirli olmadığından ve mültecilik talebi başvuru aşamasında olduğundan, vatansız kavramı altında MÖHUK md. 4 uyarınca uygulanacak hukuk tespit edilebilir<sup>75</sup>. Doktrinde, MÖHUK md. 4/I-a hükmünde yer alan mülteci kavramının kapsamına 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda öngörülen koruma statülerine dahil bütün yabancıların gireceğine dair görüş savunulmaktadır<sup>76</sup>. Bu görüş uyarınca, 1961 Cenevre Sözleşmesi'ne tabi olan mülteciler bakımından konuya dair özel bir düzenleme getirildiği; MÖHUK md. 4/I-a hükmündeki mülteci kavramının geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>77</sup>.

MÖHUK md. 4/I-a'daki mülteci kavramı ise, temel düzenleme olan 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ndeki tanım esas olarak değerlendirilmelidir. Yabancıların vatansız veya mülteci olması halinde MÖHUK md. 4/I-a uyarınca Türkiye'de kaldıkları süre içerisinde yaptıkları veya muhatap oldukları işlemlerde yerleşim yeri, bu yer bulunmadığı hallerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku olarak Türk hukukunun esas alınması; Türkiye'ye gelmeden önce gerçekleştirdikleri işlemlerde ise MÖHUK md. 4/I-a yerine ihtilafın milli hukuklarına göre çözülmesi gerekecektir<sup>78</sup>.

Anayasa md. 90/V ve MÖHUK md. 1/II uyarınca milletlerarası sözleşmelerin uygulama bulduğu alanlarda öncelik sözleşmelerin olacağından, bu hususla ilgili düzenlemelere yer verilmesi gerekir. MÖHUK md. 4/I-a bendi, milletlerarası sözleşmeler kapsamında bulunmayan vatansız ve mültecileri esas almaktadır. Sözleşme kapsamına giren vatansız ve mülteciler için, akid olduğumuz iki milletlerarası sözleşmeye bakılması gerekmektedir. Vatansız Kişilerin Statüsüne Dair Anlaşma md. 12/I<sup>79</sup> uyarınca evlenme ehliyeti yerleşim yeri hukukuna, bulunmaması halinde kişinin oturduğu devletin hukukuna tabi olacaktır<sup>80</sup>. 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi de benzer bir düzenleme içermektedir. Sözleşme md. 12/I uyarınca<sup>81</sup>, evlenme ehliyetine ilgilinin yerleşim yeri hukuku,

74 Pürselim, s. 536 vd.

75 Alman MÖHK'teki benzer düzenlemeye dair aynı yöndeki düşünce için bkz. Hailbronner, Staatsangehörigkeit und IPR, Rn. 10. Yargıtay 2. HD. E. 2009/19552 K. 2010/2037, 08.02.2010 tarihli kararında "Tarafların ikisinin de Afgan uyruklu oldukları, Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğince verilen "mülteci" belgesine istinaden 3.7.2007 tarihinden beri Türkiye'de "sığınmacı" olarak buldukları anlaşılmaktadır. Tarafların "evli" olduklarına ilişkin dosyada bir belge bulunmamaktadır", denilmektedir. Yargıtay kararında bu kişinin mülteci olarak kabul edildiği görülmektedir. Ancak kararda ilgili kişiye Yüksek Komiserlik tarafından mülteci belgesi verildiği ayrıca belirtilmiştir. (Erişim: www.legalbank.net, 04.03.2021).

76 Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2021, s. 35, dn. 63.

77 Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 35, dn. 63; Güngör, s. 53; Çelikel/Erdem, s. 69; Tekinalp, s. 65-66, dn. 25.

78 Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 37; 07.07.2006 tarihli MÖHUK Tasarısı Madde Gereççeleri, <https://www2.tbmm.gov.tr> (Erişim: 04.03.2021).

79 Kişisel Statü başlıklı madde şu şekildedir: "Vatansız bir kişinin kişisel statüsü daimi ikametgahının ait olduğu ülkenin kanununa, ikametgâhı yoksa oturduğu ülkenin kanununa göre düzenlenir (12/I). Vatansız bir kişi tarafından daha önce elde edilen ve kişisel statüye ilişkin olan haklara, özellikle evliliğe bağlı haklara, her Sözleşmeci Devlet tarafından, eğer bu gerekirse, söz konusu devletin yasalarının gösterdiği koşulları yerine getirmek kaydıyla, saygı gösterilir; ancak, söz konusu hakkın, kişi vatansız olmasaydı o devletin yasaları tarafından tanınacak haklar arasında bulunması gereklidir (12/II)".

80 RG. 25.10.2014/29156.

81 Hukuki Statü başlıklı madde şu şekildedir: "Her mültecinin bireysel statüsü daimi ikametgahının bulunduğu ülkenin

bulunmaması halinde, oturduğu devletin hukuku uygulanacaktır. Bu halde, vatansız ve mülteciler için öncelikle Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmeler dikkate alınacak; vatansız ve mülteciler bu sözleşmelerin kapsamında değil ise MÖHUK m.4/I-a bendine bakılacaktır.

### **B. Yabancı Devlet Vatandaşı Kadının Türk Vatandaşı Erkeklerle Evliliğinde İddet Müddeti Unsuru**

Türk vatandaşı erkek ve yabancı devlet vatandaşı kadının evlenmesi halinde evlenme ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukuk MÖHUK md. 13 uyarınca tespit edilecektir. Yabancı devlet vatandaşı kadının evlenme ehliyet ve şartlarını tanzim eden milli hukukunda iddet müddeti düzenlenmemiş olabilir. Yabancı hukukta iddet müddetinin düzenlenmemiş olmasının Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı düşünüldüğünde, bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekecektir<sup>82</sup>. Yabancı hukukun iddet müddetini hiç düzenlememiş veyahut çok kısa düzenlemiş olması MÖHUK md. 5 kapsamına girmeyecektir.

Kaldı ki, Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği'nin<sup>83</sup> 23. maddesi bu hususu ayrıca düzenlemiştir. Yönetmelik md. 23 uyarınca, kadın için üç yüz günlük bekleme süresi, boşanma veya evliliğin iptali kararının kesinleştiği tarihten, kocası ölen kadının iddet müddeti ise kocasının ölüm tarihinden itibaren hüküm ifade edecektir; ancak yabancı devlet vatandaşı kadının milli hukukunda bekleme süresi öngörülmemişse, evlendirme memurluklarınca bu süre dikkate alınamayacaktır. Ancak yabancı devlet vatandaşı olan kadının milli hukukunun iddet müddetini çok uzun bir süreye yaymış olması (veya iddet müddetinin kaldırılması davasının açılmasına imkân verilmeyerek doğum için beklenmesi gereken 300 günlük sürenin tamamlanmasını şart koşmak) kanımızca MÖHUK md. 5'e aykırıdır. Zira bu durum kapsamına giren boşanmış bir kadının, tek taraflı evlenme engeli sebebine istinaden yeniden evlenmesi engellenmiş olmakta, fakat boşandığı kocası hayatını herhangi bir kaideye bağlı kalmadan devam ettirebilmektedir.

Türkiye'de evlenmek isteyen yabancı devlet vatandaşı kadın, Evlenme Ehliyet Belgesi Verilmesine Dair Sözleşme'ye<sup>84</sup> taraf ülkenin vatandaşı ise, kendi ülkesinin resmi makamlarınca hazırlanmış formül B adını taşıyan uluslararası evlenme ehliyet belgesini Türk makamlarına ibraz etmek zorundadır<sup>85</sup>. Evlendirme Yönetmeliği'nin<sup>86</sup> 12. maddesi uyarınca, evlenme ehliyet belgesinin tarafların vatandaşlığı bulunduğu devlet makamlarından bizzat temin edilmesi aranmaktadır;

yasalarına veya eğer daimi ikametgahı yoksa, bulunduğu ülkenin yasalarına tabidir (12/I). Mültecinin önceden kazandığı ve bireysel statüsüyle ilgili haklara, özellikle evliliğe bağlı haklara, her Taraf Devlet tarafından, gerekirse bu devletin yasalarının gösterdiği koşulları yerine getirmek kaydıyla, söz konusu hakkın, kişi mülteci olmasaydı o devletin yasalarına tanınacak haklar arasında bulunması durumunda, saygı gösterilecektir (12/II)".

82 Türk aile hukukundaki her düzenlemenin kanunlar ihtilafı kuralları bakımından emredici olmadığı yönünde bkz. Giray, Faruk Kerem, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda Yer Alan Aile Konutu Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, MHB, 23/1-2, 2003, s. 483; Çelikel/Erdem, s. 236; Tekinalp, s. 140.

83 RG. 09.05.2020/31122.

84 RG. 29.04.1988/19799.

85 05.09.1980 tarihli Evlenme Ehliyet Belgesi Verilmesine Dair Sözleşme'yi imzalayan ülkeler Almanya, Avusturya, Belçika, İspanya, Yunanistan, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Portekiz, İsviçre, Türkiye ve Moldova'dır.

86 RG. 07.11.1985/18921.

bunun mümkün olmaması halinde bu belge evlendirme memurları tarafından Genel Müdürlük aracılığı ile istenebilecektir. Yönetmelik md. 13 uyarınca, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu kapsamındaki yabancılardan ikamet izni dışında Türkiye’de bulunan vatansız, mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma statüsünde bulunanlar ve uluslararası koruma başvuru sahipleri ile geçici koruma kapsamına alınan yabancılardan müracaatları evlendirme memurları tarafından kabul edilecektir; bu kişilerin evlenme engellerinin bulunup bulunmadığı il göç idaresi müdürlüklerince tutulan dosyalarındaki bilgi ve belgelere göre il göç idaresi müdürlüklerince tespit edilerek evlenme ehliyet belgesi düzenlenecektir.

Çalışmamızda esas aldığımız ihtimallere göre, yabancı devlet vatandaşı kadın, süre şartına dâhil olmadan ve hâlihazırda yabancı devlet vatandaşı biyolojik babadan hamile olarak Türk vatandaşı erkekle evlenirse, çocuk evlilik birliği içerisinde dünyaya gelmiş olduğundan Türk vatandaşı kocanın soyuna bağlanacaktır<sup>87</sup>. Bu halde Türk vatandaşı kocanın soybağının reddine dair dava açması mümkün müdür? Şayet bu dava açılıp, koca ve çocuk arasındaki soybağı ilişkisi kesilirse, yabancı devlet vatandaşı ananın babalık davası açması söz konusu olabilir mi? Aşağıda bu iki temel ihtimal üzerinde durularak açılan davalarda yetkili mahkeme ve ihtilafa uygulanacak hukuk tespit edilmeye çalışılacaktır.

## ***1. Türk Maddi Hukukunda Soybağının Reddi ve Yabancılaşma Unsuru Taşıyan Soybağının Reddi Davasında Yetkili Türk Mahkemesi***

### ***a. Türk Medeni Kanunu Kapsamında Soybağının Reddi***

Türk hukukunda, koca ile çocuk arasında babalık karinesi uyarınca kurulan soybağı, gerçeği yansıtmayabilir ve çocuğun biyolojik babası babalık karinesi uyarınca baba sayılan erkek

87 Yargıtay 17. HD., E. 2014/11748, K. 09.07.2014, “Taraflar arasındaki nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin davada ... 4. Asliye Hukuk Mahkemesi ile ... 4. Aile Mahkemelerince ayrı ayrı görevsizlik kararı verilmesi nedeni ile yargı yerinin belirlenmesi için gönderilen dosya içindeki tüm belgeler incelendi, gereği düşünüldü: Dava, davalının nüfus kaydında baba adının düzeltilmesi istemine ilişkindir. Asliye Hukuk Mahkemesi, davanın nesebin düzeltilmesi istemine ilişkin olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. Aile Mahkemesi ise, anne ve baba adının düzeltilmesi talebinin soy bağına ilişkin olmadığı, nüfus kaydının düzeltilmesine ilişkin olduğu gerekçesiyle görevsizlik yönünde hüküm kurmuştur. Aile Mahkemeleri TMK’nun 282 ve devamı maddelerinde sınırlı olarak belirtilen soy bağının reddi (TMK’nun 286. vd.) babalık, tanıma, tanımının iptali gibi davalara bakmakla görevlidir. Somut olayda davaname ile A’nın gayriresmi birlikteliğinden olan oğlu Ş’yi boşandıktan sonra iddet müddeti içerisinde nüfusa kaydettirmesi nedeniyle eski eşi adına nüfusa kaydedildiği, gerçekte babasının A.K. olduğu iddiasıyla Ş’nin nüfus kaydının düzeltilmesini talep edilmiştir. Davanın kabul edilmesi halinde davalının baba adının değiştirilmesinin yanında nüfusta babası ile soy bağı kurulacağından, dava bu niteliği itibarıyla bir nesep davasıdır. Soy bağı hukuku ile ilgili davalar 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin görev ve yargılama usullerine dair kanunun 4. maddesinde gösterilen davalardan olup TMK’nun 282 vd. maddelerinde düzenlenen soy bağı kurulmasıyla ilgili olan bu davanın Aile Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekir; (Erişim: 04.03.2021, www.legalbank.net); Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E. 2017/14034, K. 13.12.2017, “Temyiz dışı sanık ...’ın katılan ... ile resmi olarak evli olduğu ancak boşanma davası devam ettiği, süreç içinde sanık ... ile gayri resmi birliktelik yaşadığı, boşanmanın 25.01.2012’de kesinleştiği, 20.04.2012 tarihinde ... isminde bir çocuğun dünyaya geldiği, çocuğun babası ... olmasına rağmen iddet müddeti içinde doğan ...’ın evlilik birlikteliği içinde doğmuş gibi nüfusa baba hanesi ... olarak kayıt edilmesinden ibaret eylemde; sanık ...’in, ... yeni boşandığı ve kanunun aradığı süreyi doldurmadığı için resmi nikah yapamadıklarını, birlikte yaşadıkları süre içerisinde ... isminde bir çocuklarının olduğunu, çocuğunun rahatsızlandığını, tedavi işlemleri için nüfus cüzdanı gerekli olduğunu, bu nedenle nüfusa ...’ın baba ismini daha sonra değiştirmek üzere ... olarak kaydettirmek zorunda kaldıklarını...”, (Erişim: 04.03.2021, www.legalbank.net).

olmayabilir<sup>88</sup>. Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün içerisinde doğan çocuğun babası kocadır. (TMK md. 285). Çocuğun ana rahmine düştüğü tarih itibariyle taraflar henüz evli olmamakla birlikte doğum zamanında evlenmişlerse, hatta doğum evliliğin hemen öncesinde gerçekleşmiş olsa da çocuğun babasının koca olduğu kabul edilmektedir<sup>89</sup>. Kanun koyucu, çocuğun ana rahmine düştüğü tarihin evliliğin öncesinde veya sonrasında olmasına bakmamış, doğum anında ananın evli olduğu kocayı baba kabul etmiştir<sup>90</sup>. TMK md. 292 uyarınca, tarafların doğumdan sonra evlenmesi halinde ananın evlendiği kişinin çocuğun babası olduğundan hareketle, eşlerin bu konuda yapacağı bildirim çocukla koca arasında soybağının kurulması için yeterli görülmüştür<sup>91</sup>. Dolayısıyla kanun koyucu, çocuğun üstün yararını gözetmiş; biyolojik baba olsun veya olmasın, ananın evli olduğu kocayla çocuk arasında soybağını kurarak çocuğu hukuki ve sosyal yükten kurtarmıştır<sup>92</sup>.

TMK md. 285'te düzenlenen babalık karinesinin ortadan kaldırılması, soybağının reddi davasıyla mümkündür<sup>93</sup>. TMK md. 286 uyarınca, koca ana ve çocuğa karşı soybağının reddi davası açarak babalık karinesini çürütebileceği gibi, çocuk da ana ve kocaya karşı dava açma hakkına sahiptir. Bozucu yenilik doğuran hak niteliğinde olan soybağının reddi ancak dava yoluyla kullanılabilir ve davayı açma hakkı davacı bakımından kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan kabul edilmektedir<sup>94</sup>. Soybağının reddi kararıyla, çocuk ile koca arasındaki soybağı ilişkisi geriye yönelik olarak ortadan kalkacaktır<sup>95</sup>. Soybağının reddi davası hak düşürücü süreye tabidir. Koca, çocuğun kendisinden olmadığını öğrendikten sonra bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde davasını açabilecektir; bu süre içerisinde koca ölürse veya ölüm karinesi söz konusu ise, ölüm tarihinin hak düşürücü süre içerisinde olup olmadığı tespit edilecektir ve diğer ilgililerin dava açma hakkı ölüm tarihi dikkate alınarak başlayacaktır<sup>96</sup>. Çocuk ise ergin olduğu tarihten itibaren başlayarak en geç bir yıl içerisinde dava açmak zorunda olup, haklı bir sebebe dayanan gecikme varsa, bir yıllık süre bu sebebin ortaya kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır (TMK md. 289). Dava neticesinde, biyolojik babaya soybağını kurma imkânı (babalık davası veya tanıma usulü sayesinde) sağlanacaktır<sup>97</sup>.

88 Demirbaş, s. 8; Altın Yolcu, Fatma Zeynep, Soybağının Reddi Davasında Biyolojik Baba, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6/2-2020, s. 251.

89 Kutoğlu, Tuba, Türk Mevzuatında ve İçtihatlarında Babalık Hükmü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, 2010, s. 949.

90 Kutoğlu, s. 949.

91 Kutoğlu, s. 949.

92 Kutoğlu, s. 949.

93 Demirbaş, s. 8; Gümüş, Alper M., Koca, Çocuk ve Ergin Olmayan Çocuğa Atanan Kayyım Dışındaki Diğer İlgililerin (Kocanın Ana ve Babası ile Altsoyunun, Baba Olduğunu İddia Eden Kişinin, Annenin (!)) Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı (TMK md. 291/1), Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 568.

94 Demirbaş, s. 8 vd.; Altın Yolcu, s. 252, 253.

95 Altın Yolcu, s. 257; Öztan, s. 898.

96 Gümüş, s. 575; Altın Yolcu, s. 254.

97 Altın Yolcu, s. 252.



### **b. Yabancılık Unsuru İçeren Soybağının Reddi Davasında Yetkili Mahkemenin Tesisi**

Türk vatandaşı erkek, biyolojik babadan olan çocukla soybağını kesmek için soybağının reddi davası açmak isteyebilir. Soybağının reddi davası Türkiye’de açılacaksa, yabancılık unsuru içeren bu ihtilafta öncelikle yetkili mahkemenin tespit edilmesi gerekmektedir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen genel kural MÖHUK md. 40’ta yer almaktadır. MÖHUK md. 40 uyarınca, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi iç hukukun yetki kaideleri vasıtasıyla belirlenecektir. Bir görüş uyarınca, MÖHUK’ta yer alan özel kuralların varlığı halinde, genel kural olan md. 40’a değil, özel kurala gidilmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>98</sup>. Soybağının reddi davası, Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda yetkiyi tesis eden MÖHUK md. 41’in uygulama alanına girmektedir. MÖHUK md. 41’de dava kelimesi yer alsa da, maddenin kapsamında çekişmesiz yargı işlerinin de gireceğini düşünmekteyiz<sup>99</sup>. MÖHUK md. 41 uyarınca, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye’de yer itibarıyla yetkili mahkemede (TMK md. 283, HMK md. 6, HMK md. 9), bulunmaması halinde ilgilinin sakin olduğu yer, Türkiye’de sakin değilse Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülecektir. MÖHUK md. 41, yer itibarıyla yetki tesisinde iç hukuk kaidelerine atıfta bulunmaktadır; buna göre iç hukukta yetkiyi düzenleyen kurala göre diğer kanunlarda yer alan yetkiye dair hükümler saklı kalmak şartıyla, HMK md. 6, HMK md. 9 ve TMK md. 238’e gidilebilecektir<sup>100</sup>.

Yetkili mahkemenin tayini maddede izlenen basamaklar sayesinde yapılacak; bir basamakta milletlerarası yetkiyi haiz Türk mahkemesinin hazır bulunması halinde bir sonraki basamağa geçilemeyecek<sup>101</sup>, dolayısıyla alternatifli bir usul izlenmeyecektir. Kanun koyucu en son ihtimalde Ankara, İstanbul ve İzmir mahkemelerine gidilebileceğini belirtirken, maddenin kapsamına giren ihtilaflarda Türkiye’de mutlaka yetkili bir mahkemenin bulunmasını hedeflemiştir. Bu sayede, davanın tarafı olan Türk vatandaşının kişi hallerine ilişkin ihtilafının neticelendirilmesi amaçlanmaktadır. MÖHUK md. 41 Türkiye’de yetkili mahkemenin hazır bulunmasını hedeflerken münhasırlık niteliğini de bu kapsamda taşımakta mıdır? Bu soruya olumsuz yanıt verilmelidir; zira madde metninde yabancı ülkede dava açılmasının mümkün olduğu zaten belirtilmektedir<sup>102</sup>. MÖHUK md. 41 uyarınca soybağının reddi davasını Türkiye’de dava açabilmek için yabancı ülke mahkemesinde aynı ihtilafa dair dava açılmamış olması veya yabancı mahkemenin yer itibarıyla yetkisiz olmasından dolayı davanın açılmamış olması gerekir<sup>103</sup>. Bu halde, davanın yabancı mahkemede açılmış olması

98 MÖHUK md. 40’ın yanında düzenlenen özel yetki kurallarının genel kuralın yanında tamamlayıcılık fonksiyonuna dair tartışmalar için bkz. Nomer, s. 473; Özel, Sibel, Yabancılık Unsuru Taşıyan Bireysel İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi: MÖHUK m.44, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 179/2019, s. 1351 vd.; Akıncı/Gökayla, s. 129. Aksi görüş ve gerekçeleri için bkz. Tan Dehmen, s. 188 vd.

99 Aynı yönde Tekinalp, s. 410; Tan Dehmen, Mine, Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK’ta Kabul Edilen Yetki Kuralı, MHB, Cilt:33, Sayı: 1, 2013, s. 174.

100 Özkan, Işıl/Tütüncübaşı, Uğur, Uluslararası Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 82.

101 Erten, Rifat, Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, Ankara 2017, s. 127, 155 vd.; Özkan/Tütüncübaşı, s. 83.

102 Nomer, s. 473 vd.

103 MÖHUK md. 41’in milletlerarası derdestlikle ilgili değerlendirilmesi için bkz. Akıncı, s. 50 vd.; Tiryakioğlu, Bilgin, Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, Tuğrul Arat’a Armağan, Ankara

Türk mahkemelerinin yetkisinin doğmamasına neden olacaktır<sup>104</sup>. Bir görüş uyarınca, derdestlik itirazı yapılabilmesi için davanın yabancı ülkede açılmış ve görülmekte olması yeterli ve gerekli kabul edilmektedir<sup>105</sup>. Diğer görüş, maddenin lafzına bakıldığında, davanın Türk mahkemelerinde görülmesi için yabancı mahkemede açılmış olmasının yeterli olduğunu; halihazırda görülmekte olmasına lüzum olmadığı ifade etmektedir<sup>106</sup>. Kişinin kendi isteğiyle yaşadığı ülkede dava açmaması, açtığı davada ilgili yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz gördüğü için davaya bakmamış olması veyahut başka bir fiili/hukuki imkânsızlık halinde de MÖHUK md. 41'in dava açılmamış olma şartının karşılandığı ileri sürülmektedir<sup>107</sup>.

İhtilafımızda davacı erkek Türk vatandaşıdır; ancak davanın taraflarından herhangi birinin dava açıldığı tarihte Türk vatandaşı olması yeterlidir<sup>108</sup>. Vatansızlar, 5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu<sup>109</sup> md. 28 kapsamındaki ve mülteciler Türk vatandaşı kavramı altında değerlendirilemez<sup>110</sup>.

### ***c. Yabancılık Unsuru İçeren Soybağının Reddi Davasında Uygulanacak Kanunlar İhtilafı Kaidesinin Tespiti***

Soybağının reddi davasında uygulanacak hukuk soybağının kurulması başlıklı MÖHUK md. 16/II uyarınca tespit edilecektir. Davanın kim tarafından kimlere karşı açılacağı, davada ispat yükünün kime ait olduğu gibi hususlar MÖHUK md. 16/II'nin kapsamına girmektedir<sup>111</sup>. MÖHUK md. 16/II uyarınca, soybağı hangi hukuka göre kurulmuşsa iptali de o hukuka tabidir.

MÖHUK md. 16/I uyarınca, soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki milli hukukuna, kurulamaması halinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tabidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki milli hukuklarına, bunlara göre kurulamaması halinde ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tabi olarak kurulacaktır<sup>112</sup>.

2012, s. 1145.

104 Dava açılması tabirinin nasıl yorumlanması konusundaki tartışmalar için bkz. Tan Dehmen, s. 178; Nomer, s. 474 vd.; Akıncı, s. 51; Tiryakioğlu, 1155 vd.; Çelikel/Erdem, s. 617 vd.

105 Nomer, s. 474.

106 Tan Dehmen, s. 178.

107 Özkan/Tütüncübaşı, s. 80.

108 Tiryakioğlu, s. 1145; Nomer, s. 472; Şanlı/Esen/Fıganmeşe, s. 489; Tan Dehmen, s. 172; Aybay/Dardağan, 55; Çelikel/Erdem, s. 617 vd. Davanın tarafının Türk vatandaşlığından başka bir vatandaşlığa daha sahip olması, Türk vatandaşlığının dikkate alınmayacağı anlamına gelmemelidir; bu kapsamda mülga MÖHUK md. 28 bakımından Türk vatandaşlığının nazara alınmasını savunan görüş için bkz. Akıncı, Ziya, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Milletlerarası Derdestlik, Ankara, 2002, s. 48. Aynı yönde bkz. Nomer, s. 472 vd.; Tan Dehmen, s. 173.

109 RG. 12.06.2009/27256.

110 Erten, s. 83, 92 vd.; Tan Dehmen, s. 173; Özkan/Tütüncübaşı, s. 80.

111 Can/Toker, s. 219.

112 Yargıtay 2. HD., E. 2008/4290, K. 02.06.2009, "Soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki milli hukukuna, kurulamaması halinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tabidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki milli hukuklarına, bunlara göre kurulamaması halinde ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tabi olarak kurulur. Soybağı hangi hukuka göre kurulmuşsa iptali de o hukuka tabidir. Soybağı hükümleri, soybağını

MÖHUK md. 16/I düzenlemesinde, çocuğun menfaatine uygun hukukun uygulama alanı bulması hedeflenmiştir<sup>113</sup>. Doğum anındaki hukukun belirlenmesi için çocuğun doğum anında vatandaşlığının olması gerekmektedir; çocuk kan esasına göre vatandaşlık kazanamamış ve toprak esasına göre de bir vatandaşlık bağı kurulamamış ise çocuğun milli hukuku bulunmayabilir<sup>114</sup>. Bir görüş, ilk basamakta yer alan milli hukukun tespiti için soybağının kurulması gerektiğini, soybağının kurulması için de (en azından toprak esasının uygulama alanı bulmadığı hallerde) çocuğun milli hukukunun belirlenmesinin gerektiğini, bu şekilde bir kısır döngüye girildiğini ifade etmektedir<sup>115</sup>. İkinci basamakta çocuğun mutad meskeni hukukunun uygulanması gerektiği düzenlenmiştir. Çocuğun hangi andaki mutad mesken hukukunun dikkate alınacağı madde metninde açıkça zikredilmemiş olsa da, bir görüş burada çocuğun doğum anındaki mutad mesken hukukunun kastedildiği düşünülmektedir<sup>116</sup>; karşı görüş ise MÖHUK md. 3'ten hareketle dava anının esas alınması gerektiğini savunmaktadır<sup>117</sup>. Burada ilk basamakta yer alan zamanı işaret eden ifadenin (çocuğun doğumu anı), ikinci basamağı da kapsayacağından kanun koyucu tarafından tekrar edilmediği düşünülebilir; ancak dava açıldığında tespit edilmesi gereken bu halin MÖHUK md. 3 uyarınca dava anı dikkate alınarak sabitlenmesi fikrine

kuran hukuka tabidir. Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanır. KARAR : Davacı dava dilekçesinde; tarafların Hamburg Asliye Hukuk Mahkemesinin 13.03.2003 günlü kararı ile boşandıklarını, kararın aynı gün kesinleştiğini, kesinleşmeden sonra davacının 02.01.2004 tarihinde Hamburg'da Yağmur Feride'yi doğurduğunu, ancak doğumun boşanmadan sonraki iddet müddeti içinde gerçekleştiğinden, çocuğun babası olarak davacının boşandığı eşi yani davalının gösterildiğini, davacı bu yanlışlığın giderilmesi için Hamburg-St Georg Asliye Hukuk mahkemesinde nesebin reddi davası açtığını, mahkemenin 15.08.2005 tarihinde davanın kabulüne küçük Yağmur Feride'nin davalının çocuğu olmadığına nesebin reddine karar verdiğini, kararın 15.08.2005 tarihinde kesinleştiğini belirterek, kararın tenfizini talep etmiştir. Mahkemece davada küçüğün kayımla temsil edilmediği ve Türk Medeni Kanunu yerine Alman Medeni Kanununun uygulanmasının kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini belirterek talebin reddine karar vermiştir. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanununun 16. maddesi "Soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki milli hukukuna, kurulamaması halinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tabidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki milli hukuklarına, bunlara göre kurulamaması halinde ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tabi olarak kurulur. Soybağı hangi hukuka göre kurulmuşsa iptali de o hukuka tabidir" hükmünü içerdiği gibi 17. madde de ise; "Soybağı hükümleri, soybağının kuran hukuka tabidir. Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanır" hükmünü içermektedir. 5718 sayılı yasanın 7. maddesi ise "Hukuki işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir" demektedir. Açıklanan sebeple davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır. Sonuç: Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple bozulmasına, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, işbu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 02.06.2009 gününde oyçokluğuyla karar verildi. Karşı Oy: Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir yanlışlık görülmemesine göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onanması gerektiği düşüncesiyle sayın çoğunluğun kararına katılmıyoruz", (Erişim: 04.03.2021, www.legalbank.net).

113 Dardağan Kibar, Esra, Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar, GÜHFD, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, 2011/I, s. 543; Doğan, s. 348 vd.

114 Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 172 vd.

115 Dardağan, Kibar, s. 546.

116 Çelikel/Erdem, s. 273; Tekinalp, s. 178. Ayrıca, 5718 sayılı MÖHUK yürürlüğe girdiğinde statü değişikliği halinde çocuğun lehine netice doğuracak eski veya yeni hukukun uygulanmasına imkan tanıyacak düzenleme getirilmesi hakkında bkz. Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer, Yeni MÖHUK'a Göre Soybağı İlişkisine Uygulanacak Hukuk Sorunu, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/2, s. 318-319.

117 Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 174; Güngör, s. 147; Can/Toker, s. 217.

katılmaktayız<sup>118</sup>. Soybağı MÖHUK md. 16'da yer alan bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki milli hukuklarına, bunlara göre kurulamaması halinde ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tabi olarak kurulacaktır. Ana ve babanın çocuğun doğumu anındaki milli hukukları arasında bir öncelik tanınmamış, aksine soybağının kurulması bakımından elverişli olan bağlama kriterinin dikkate alınması tercih edilmiştir<sup>119</sup>. Soybağının en son basamakta yer alan doğum yeri hukukuna göre kurulması hukuki ilişki ile hiçbir bağlantısı olmayan tesadüfi bir hukuka gidilmesi yönüyle eleştirilse de, soybağının kurulması adına bazen bu hukuka dahi gitmede sakınca olmayacağı ifade edilmektedir<sup>120</sup>.

MÖHUK md. 16/II uyarınca ulaşılan MÖHUK md. 16/I, basamaklı bir sistem benimsemiştir. Bir basamak tüketilmeden bir sonraki basamağa geçilemeyecektir; yani ilk basamak uyarınca soybağının kurulması mümkün değilse bir sonraki basamağa geçilmelidir. Kanun koyucunun gayesi şüphesiz ki çocuğun soybağını kurmaktır; ancak kanımızca uygulanacak hukuka basamaklı sistemle erişilmesi elverişsizliğe neden olabilir. Örneğin ana baba bakımından soybağını kuran bir hukukun bulunması halinde, çocuğun anası ve babası bakımından soybağının tek bir hukuk uyarınca kurulması sağlanabilir; böylelikle çocuğun ana bakımından soybağını kuran hukuk ile baba bakımından soybağını kuran hukukun farklı olması ihtimali bertaraf edilebilirdi<sup>121</sup>. Katıldığımız görüş uyarınca, uygulanacak hukuka erişilmesi yolunda basamaklı sistem yerine alternatifli bir seçim hakkı sunulsaydı çocuğun menfaatinin sağlanması için daha uygun olan hukuka ulaşılabilirdi<sup>122</sup>. Böyle bir uygulamayla, ihtilafa uygulanacak hukuka erişilmesinde süre sıkıntısının da önüne geçilebilirdi. Doktrinde, kanunda kabul edilen basamaklı kanunlar ihtilafı kuralı yerine alternatifli kanunlar ihtilafı kuralının kabul edilmesinin soybağının kurulma amacı ile daha uyumlu olacağını savunulması eleştirilmektedir; zira kanunda yer alan düzenlemenin basamaklı veya alternatifli olmasının uygulanacak hukuk açısından önemli olacağı işaret edilmektedir<sup>123</sup>. Bu görüş uyarınca, kanun koyucunun amacı soybağını kurulmaktır; içerik olarak daha elverişli olan bir hukukun soybağının kurulmasında uygulama alanı bulmasını sağlamak değildir<sup>124</sup>. Diğer bir görüş, hükmün esas gayesinin soybağının kurulmasında çocuk lehine en uygun olan hukukun uygulanmasını hedefleyen bir sistem (favor legitimitatis) olduğu sonucuna varmaktadır<sup>125</sup>. Bu düşünce uyarınca, çocuğun menfaati, soybağının kurulmasındadır, ancak bağlanma düzeninde de çocuğun menfaatine

118 Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 174; Güngör, s. 147; Can/Toker, s. 217.

119 Uyanık Çavuşoğlu, s. 317.

120 Öztekin Gelgel, Öztekin Gelgel, Günseli, Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 4/8, 2005/2, s. 121. Çocuğun doğum yeri hukuku yerine lex fori'nin uygulanması düşüncesiyle ilgili tartışmalar için bkz., Uyanık Çavuşoğlu, s. 318.

121 Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 175.

122 Dardağan s. 545. Bu husustaki tartışmalar için bkz. Nomer, s. 271 vd.; Özgenç, Zeynep, Velâyete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kamu Düzeni Müdahalesine İlişkin Değerlendirmeler, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, XXII/ 2018, s. 15; Aybay/Dardağan, s. 219; Doğan, s. 349. Karşı görüş için bkz. Akıncı/Demir Gökyayla, s. 122.

123 Doğan, s. 349.

124 Doğan, s. 349.

125 Nomer, s. 271.

en uygun olan hukukun hedeflendiği sonucuna varılmaktadır<sup>126</sup>. Bu nedenle de, bağlanma noktalarının hangi sırayla dikkate alınması bu görüş uyarınca önem taşımaktadır.

Soybağının reddi davasında, kanun koyucu “soybağının kuruluş anı” ile bağlı kalmaktadır; yani soybağının kurulmasını sağlayan hukuku tespite yarayan bağlama noktası değişmiş bile olsa bu husus soybağının reddi davasında dikkate alınmayacaktır. Bu nedenle örneğin vafını yitirmiş olan ve tarafların ilgisinin kalmadığı müşterek mutad mesken hukuku, soybağının reddi davasında uygulanmak zorunda kalacaktır<sup>127</sup>. Kanun koyucunun endişesi, kuruluş ve iptali aynı hukuk kapsamında tutmak, farklı hukuk sistemlerinin çakışmasını önlemektir. Bu noktada bir tartışma açmak istiyoruz. Dikkat çekmek istediğimiz husus, kanun koyucunun atfı dikkate alıp almadığı meselesidir. Örneğin soybağı ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna göre kurulmuşsa, bu hukuk da Alman hukuku ise soybağının reddi davası Alman hukuku uyarınca nihayete erdirilecektir<sup>128</sup>. Ancak sadece bağlama noktasından hareket ettiğimizde ve maddi hukukta değişiklik yapılmış ise, atfı bizi farklı bir hukuka götürebilir. Bu halde sürprizlere açık bir halde soybağının reddi davasında uygulanacak hukuk tespit edilecektir. Kanımızca, çocuğun üstün yararının korunmasına hizmet açısından soybağı hangi devletin maddi hukukuna göre kurulduysa, red davasında da o devletin maddi hukukunun ihtilafa uygulanması gerekmektedir; örneğin müşterek mutad mesken hukuku işaret ettiği için Yunan hukukuna göre kurulan soybağı, artık müşterek mutad mesken hukuku dikkate alınarak değil, soybağı kurulurken ihtilafa uygulanan hukuk olduğu için soybağının reddi davasında uygulanmalıdır ve soybağının reddi davasında Yunan hukuku uygulanmalıdır.

Doktrinde, MÖHUK md. 16'nın amacının ve kaleme alınış biçiminin, MÖHUK md. 2/III'te yer alan açık hükme rağmen atfı uygulamasına uygun olmadığı savunulmaktadır<sup>129</sup>. Şayet bağlama noktasına göre tespit edilen hukukun maddi hukuk kaidelerine göre istenen sonuç elde ediliyorsa, iade atfın ve devam atfın dikkate alınmamasına ihtiyaç olmadığı, MÖHUK md. 2/III'ün amaçsal yoruma tabi tutulması gerektiği, aksi düşüncenin MÖHUK md. 16'nın kuruluş gayesine aykırı olduğu ifade edilmektedir<sup>130</sup>. Özetle, MÖHUK md. 16 uyarınca soybağı ilişkisini kuracak maddi hukuka erişildiğinde, artık bu hukukun kanunlar ihtilafı kaidelerinin dikkate alınmasının maddenin gayesine uygun düşmeyeceği, bu nedenle iade atfın ve devam eden atfın zımnen reddedildiği ifade edilmektedir<sup>131</sup>. Sunulan gerekçeler ışığında, soybağının kurulmasını ve reddini düzenleyen ihtilaflarda atfın dikkate alınmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Karşıt görüş, soybağına dair kaidelerde atfın dikkate alınması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>132</sup>. Ancak bu görüş uyarınca, üzerinde önemle durulması gereken esas husus soybağına ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının amacıdır<sup>133</sup>. Bu

126 Nomer, s. 271.

127 Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 182; Nomer, s. 280; Aybay/Dardağan, s. 219.

128 Ayrıca bkz. Güngör, s. 148.

129 Güngör, s. 148; Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2016, s. 103.

130 Uyanık Çavuşoğlu, s. 319; Dardağan Kibar, s. 550.

131 Nomer, s. 156; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 65; Doğan, s. 236. Aksi görüş için bkz. Tekinalp, s. 39.

132 Uyanık Çavuşoğlu, s. 319.

133 Uyanık Çavuşoğlu, s. 319.

amaç, çocuğun soybağını kurmayı hedeflemektedir<sup>134</sup>. Kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla tespit edilen yabancı hukuk çocuk ile baba arasında soybağı kurulabiliyorsa, bu durumun dikkate alınması gerektiği; devam eden atıf sonucunda ulaşılan hukuk örneğin baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisini kurmayorsa, dikkate alınmaması gerektiği bu görüş tarafından ileri sürülmektedir<sup>135</sup>.

## 2. Babalık Davası

### a. Türk Medeni Kanunu Kapsamında Babalık Davası

Bilindiği üzere, milletlerarası sözleşmeler ve mevzuatımız kapsamında çocuğun korunmaya muhtaç olduğundan hareket edilerek çocuğun üstün yararı korunmaya çalışılmaktadır<sup>136</sup>. Çocuğun soybağının kurulmasında da aynı ilkeden hareket edilmektedir. TMK md. 295/III, bu ilke kapsamında babalık davasının açılmasının ana kriterini belirlemiştir: “Başka bir erkek ile soybağı bulunan çocuk, bu bağ geçersiz kılınmadıkça tanınamaz”. Anasına soybağı ile bağlı olan çocuk, bir erkeğe soybağı ile bağlıyken başka bir erkeğe soybağı ile bağlanamaz<sup>137</sup>. Bu dava, soybağının doğum anında veya sonradan kurulamamış olması hallerinde açılabilir<sup>138</sup>. Evlilik dışı ilişkiden dünyaya gelen çocuğun babası olduğunu iddia eden erkeğin yenilik doğuran statü niteliğindeki babalık davası açma hakkı olup olmadığı sorusuna olumsuz yanıt vermek gerekecektir<sup>139</sup>; zira TMK kimlerin babalık davasını açabileceğini saymıştır: TMK md. 301 uyarınca, çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesini ana ve çocuk isteyebilecektir<sup>140</sup>. Yabancı devlet vatandaşı kadının açtığı babalık davasında, davalı yabancı devlet vatandaşı erkeğin biyolojik baba olduğunun ispatlanması halinde hâkim ilgilinin baba olduğuna karar verecektir. Dava, çocuğun ana rahmine düşmesinden

134 Uyanık Çavuşoğlu, s. 319.

135 Uyanık Çavuşoğlu, s. 319.

136 Tanrıbilir, Feriha Bilge, Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları, Ankara 2011, s. 51 vd.

137 Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt: 3, Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 471; Oğuzman, Kemal/Dural, Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 2001, s. 337; Demirbaş, Feride, Baba İle Çocuk Arasındaki Soybağına İlişkin Davalarda Davacı Olabilecek Kişiler, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXII, Sayı: 3, 2018, s. 5.

138 Demirbaş, s. 5.

139 Erkeğe babalık davasını açma hakkı verilmemesi bir hak kaybı olarak değerlendirilmemekte; zira babalık davasıyla aynı neticeleri doğuran tanıma kurumu ile aynı neticeye ulaşabileceği belirtilmiştir; Oğuzman/Dural, s. 337, 339; Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Cilt: 2, Aile Hukuku, İstanbul 2006, s. 370, 373. Feyzioğlu, Feyzi Necmettin, Aile Hukuku, İstanbul 1996, s. 549. Yargıtay 2. HD., E. 2012/16001, K.: 01.10.2012, “Davacı evlilik dışı ilişkiden doğan 2009 doğumlu N...in kendi çocuğu olduğunu ileri sürerek soybağının kurulmasını ve çocukla arasında kişisel ilişki tesisini talep etmiş; ilk oturumda, mahkemece çocuğun başka bir erkekle soybağı bulunduğu ve bu geçersiz kılınmadıkça çocuğun tanınamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Mahkemenin ret gerekçesi doğru ise de; davadan önce mevcut soybağı ilişkisini kaldırmaya yönelik olarak baba (koca) tarafından K. 3. Aile Mahkemesinde soybağının reddi davası açıldığı ve halen derdest olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, mahkemece yapılacak iş; belirtilen K. 3. Aile Mahkemesindeki soybağının reddine ilişkin dava sonucunun bekletici sorun yapılması; dava reddedilip kesinleştiği takdirde, bu davanın da reddedilmesi; dava kabul edilip mevcut soybağının reddi kararı kesinleştiği takdirde ise, taraflara delillerini bildirmek için süre verilmesi, gösterdikleri takdirde toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre karar vermek ibarettir. Durum böyleyken; mahkemece açıklanan yönde işlem yapılmadan, eksik incelemeyle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş; bozmayı gerektirmiştir; (Erişim: 04.03.2021, www.legalbank.net)

140 Aynı yönde bkz. mülga TMK 205/II.

itibaren baba olduğu iddia edilen kişiye karşı açılabilir ve mahkemenin verdiği kararlar, baba ile çocuk arasında doğumdan itibaren geçerli bir soybağı kurulabilir<sup>141</sup>. Çocuğun başka bir erkeğe soybağı ile bağlı olması halinde, bu erkeğin sadece soybağının reddi davası açma hakkı vardır; babalık davası açmaya hakkı yoktur<sup>142</sup>. TMK md. 303<sup>143</sup> uyarınca, babalık davası, çocuğun doğumundan önce veya sonra açılabilir; hak düşürücü süreye tabi olan davada ananın dava açma hakkı doğumdan itibaren bir yıl geçmekle düşecektir<sup>144</sup>. Çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisi varsa, bir yıllık süre bu ilişkinin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlayacaktır. Şayet dava açılmamışsa ve bir yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra bu gecikmeyi haklı kılan sebepler varsa, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde dava açılabilir (TMK md. 303). Ayrıca, görülmekte olan bir soybağının reddi davası varsa, babalık davası görülürken bu dava bekletici mesele yapılacaktır<sup>145</sup>. Bu halde, ananın davacı olduğu bu dava, yukarıda bahsettiğimiz soybağının reddi davasına dair kararın kesinleşmesinden sonra açılabilir.

### **b. Yetkili Mahkemenin Tesisi**

Yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalar başlıklı MÖHUK md. 42'de numerus clausus usulü benimsenmiştir ve madde kapsamında yabancıların kişi hallerine dair sınırlı sayıda davalarına yer verilmiştir. Bu madde uyarınca, Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan yabancı hakkında vesayet, kayımlık, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararları ilgilinin Türkiye'de sakin olduğu yer, sakin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesince verilecektir. MÖHUK md. 42'nin içeriğine baktığımızda, çekişmesiz yargı işlerinin de madde kapsamına dahil edildiğini görmekteyiz<sup>146</sup>.

141 Öztan, s. 933; Demirbaş, s. 28 vd.

142 Kutoğlu, s. 960. Bunun diğer bir gerekçesi Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi md. 7/I hükmüdür. Sözleşme md. 7/I uyarınca, çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır. Sözleşme, 27.01.1995 tarihinden itibaren Türkiye'de yürürlüğe girmiştir. RG. 27.01.1995/22184.

143 TMK md. 303'ün ikinci fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin 27.10.2011 tarihli, E.: 2010/71, K.: 2011/143 sayılı kararı ile iptal edilmiştir; o nedenle bu husustaki tartışmalara yer verilmeyecektir.

144 Yargıtay 8. HD. E. 2017/12018, K. 18.05.2017, "Dava dilekçesinde, davacı ...'in gerçek babasının uzun yıllar annesi ... ile evlilik dışı birlikte yaşadığı ... olduğunu, annesinin daha sonra kayden babası olan ... ile evlenmesi ile onun çocuğu olarak nüfusa tescil edildiğini beyan ederek babasının ... olduğunun tespitine karar verilmesini istenmiş, mahkemece ilk önce babalık davası için öngörülen hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesiyle dava reddedilmiş, temyiz üzerine karar (Kapatılan) 18. Hukuk Dairesince, babalığın tespiti davalarında çocuk yönünden hak düşürücü sürenin AYM tarafından iptal edildiği, baba olduğu iddia olunan ...'nin mirasçılarının davaya dahil edilerek taraf teşkilinin sağlanması, iddia hakkında DNA testi yaptırılması ile oluşacak sonuca göre karar verilmesi yönünde bozulmuştur. Bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucu ...'in davacının babası olduğunun tespitine ve nüfusa kayıt ve tesciline karar verilmesi üzerine; hüküm, yasal mirasçı Hazine vekili tarafından temyiz edilmiştir. Bilindiği üzere usul kuralları (görev konusu, hak düşürücü süre, kesin hüküm itirazı, harç ve maddi hata) kamu düzeni ile doğrudan bağlantılı olup, taraflar yararına usulü kazanılmış hak oluşturmamaktadır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.03.1972 gün ve 1968/1-277-176, 01.03.1995 gün ve 1995/7-641-117, 23.01.2002 gün ve 2001/1-1010-2002/1, 12.07.2006 gün ve 2006/4-519-527 sayılı kararları, Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü-2001 Baskı, cilt 5, sayfa 4771 vd.).04.06.1958 ve 15/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı gereğince, maddi olayları açıklamak taraflara ve ileri sürülen olayları hukuken nitelemek ve uygulanacak Kanun hükümlerini tespit etmek ve uygulamak görevi hakime aittir..."; (Erişim: 04.03.2021, www.legalbank.net)

145 Kutoğlu, s. 964.

146 Özkan/Tütüncübaşı, s. 84.

Babalığın tespitine yarayan dava, MÖHUK md. 42'de sayılan davalar arasında yer almamaktadır. Babalık davasının amacı, yukarıdaki örneğimiz uyarınca Türk vatandaşı baba tarafından soybağı reddedilen çocuğun, yabancı devlet vatandaşı erkekle arasında soybağını kurmaktır. Çocuğun Türk vatandaşı olduğunu varsaydığımızda, kişisel hale ilişkin babalık davasında yetkili mahkemenin MÖHUK md. 41 uyarınca belirlenmesi gerektiği düşünülebilir. MÖHUK md. 41 uyarınca, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye'de yer itibarıyla yetkili mahkemede (TMK md. 283, HMK md. 6, HMK md. 9), bulunmaması halinde ilgilinin sakin olduğu yer, Türkiye'de sakin değilse Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülecektir. Yukarıda izah edildiği üzere, bu davanın taraflarından bir tanesinin Türk vatandaşı olması yeterlidir. Yabancı kadının açtığı davada, yabancı devlet vatandaşı biyolojik babaya soybağı ile bağlanmak istenen çocuk şayet Türk vatandaşı değilse, bu halde MÖHUK md. 40'tan hareketle iç hukuka gidilecektir. Bu davalarda kesin yetki söz konusu değildir; o nedenle HMK ve TMK hükümlerine bakılması gerekir. TMK md. 283 uyarınca dava, taraflardan birinin dava veya doğum sırasındaki yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. O halde, yetki tesisi için, çocuğun veya ana babadan hangisiyle arasında ihtilaf varsa o kişinin dava veya çocuğun doğumu anındaki yerleşim yeri mahkemesini tespit etmek gerekecektir<sup>147</sup>. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş , Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun md. 4 uyarınca, babalık davalarında aile mahkemeleri görevlidir. HMK md. 6'da yer alan genel yetki kuralı uyarınca, davalının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi genel yetkiyi düzenlemektedir; davalının Türkiye'de yerleşim yeri bulunmaması halinde ise HMK md. 9 uyarınca Türkiye'deki mutad mesken yeri mahkemesinde dava açılabilir<sup>148</sup>.

### ***c. Babalık Davasında Uygulanacak Hukuk***

Yabancılık unsuru taşıyan babalık davasının açılma şartları, davanın kime karşı açılacağı, dava açma süresi ile sürenin niteliği ve babalık karinesinin şartları MÖHUK md. 16/1'de düzenlenen hukuklara göre tespit edilecektir<sup>149</sup>. MÖHUK md. 16/1'e göre, soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki milli hukukuna, kurulamaması hâlinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tabidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki milli hukuklarına, bunlara göre kurulamaması halinde ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tabi olarak kurulacaktır<sup>150</sup>.

147 Tan Dehmen, s. 189.

148 Aynı yönde bkz. Tan Dehmen, s. 189.

149 Çelikel/Erdem, s. 274; Can/Toker, s. 218.

150 İzmir BAM 2. HD. , E. 2017/519, K. 22.03.2017, "Dava dilekçesindeki iddialardan, davacı küçüğün Rusya'da Türk vatandaşı olan davalıların murisi .....in evlilik dışı ilişkisinden Rusya vatandaşı .....dan dünyaya geldiği, Vatandaşlık Kanununun 7/3 maddesine göre, küçüğün soybağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk Vatandaşlığını kazanacağı, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 16/1. maddesi de "soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki milli hukukuna, kurulamaması halinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tabidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki milli hukuklarına, bunlara göre kurulamaması halinde ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tabi olarak kurulur.", aynı yasanın 2/1. maddesi ise "Hakim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular.



Yukarıda MÖHUK md. 16/I'de basamaklı bir sistemin benimsendiği; bir basamak tüketilmeden bir sonraki basamağa geçilemeyeceği ifade edilmişti. Ancak ilk basamak uyarınca soybağının kurulması mümkün değilse bir sonraki basamağa geçilmektedir. MÖHUK md. 16/I uyarınca ihtilafa yabancı hukuk uygulandığında ortaya çıkan netice Türk kamu düzenine açık aykırılık teşkil ediyorsa, acaba bu tartışmada MÖHUK md. 5 uyarınca Türk hukukuna mı gidilmelidir yoksa MÖHUK md. 16/I'de yer alan bir sonraki basamağa mı geçilmelidir? Bu aşamda, iki görüş sunabiliyoruz. İlk görüş uyarınca, MÖHUK md. 5'e öncelikli olarak etki tanınabilir. Şöyle ki, kanun koyucu MÖHUK md. 16/I'de soybağının "kurulamaması" halinde bir sonraki basamağa geçileceğini ifade etmektedir. MÖHUK md. 5'in fonksiyonu, yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hükmün uygulanmayacağı; gerekli görülen hallerde Türk hukukunun uygulanacağıdır. Dolayısıyla, MÖHUK md. 16/I uyarınca tespit edilen hukuk, Türk kamu düzenine açık aykırılık teşkil ediyorsa bu halde, bir sonraki basamağa geçilmeden MÖHUK md. 5 uyarınca ihtilafa Türk hukuku uygulanabilir. İkinci görüş, MÖHUK md. 5'in istisnai olarak uygulanması gerektiğine hizmet etmektedir, zira MÖHUK md. 5 uyarınca, yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanacaktır. MÖHUK md. 5'in istisnai olarak uygulanması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir<sup>151</sup>. Bu nedenle, ilk basamakta yabancı hukukun ihtilafa uygulanması neticesinde ortaya çıkan sonuç Türk kamu düzenine açıkça aykırı olsa da, MÖHUK md. 5 istisnai olarak uygulanacağından, doğrudan Türk hukukuna gidilemeyecek, bir sonraki basamağa geçilebilecektir. Tartışma kapsamında sunduğumuz iki görüşten ikincisine katıldığımızı belirtmek isteriz. Bu görüş, MÖHUK md. 5'in istisnai olarak uygulanması prensibine daha uygundur. Ayrıca soybağı ile ilgili neticenin soybağına dair düzenlenmiş kanunlar ihtilafı kuralının sunduğu tüm basamaklar tüketilerek uygulanacak hukuka erişilmesinin maddenin konuluş amacına daha uygun olduğunu düşünmekteyiz.

## SONUÇ

Çocuğun soybağının tespiti nesiller boyu hukuk camiasını ilgilendirmiş bir meseledir. Evliliğin boşanmayla sona ermesi ve kadının yeniden evlenmesi halinde kadının hamile olup olmadığının bilinmemesi, kadına yönelik bir evlenme engelinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Çalışmamızda İslam hukukunun yanında mukayeseli hukuka yer vermemizin nedeni, iddet müddeti ile ilgili düzenlemelerin sadece İslam hukukunun tesiri altında kalan ülkelerde değil, birçok farklı hukuk

Hakim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir" hükümlerini içermektedir. Davada yabancılık unsuru bulunmasına göre, mahkemece uygulanması gereken yabancı hukukun; 5718 sayılı Yasanın 2. maddesi ile Türkiye'nin de taraf olduğu Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesinin 1-5. maddeleri uyarınca belirlenmesinden sonra tarafların göstereceği tüm deliller toplanıp, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın kabulü yönünde hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiştir. Babalığın tespitine ilişkin açılan davalar, soybağının doğru olarak tespit edilmesi gerekmektedir, kamu düzenine ilişkin davalar değildir. Anılan eksiklik bu nedenle HMK.355 maddesi uyarınca, istinaf incelemesi sırasında resen gözetilmesi gerektiğinden, bu konuda istinaf başvurusu olmaması sonuca etkili değildir" (Erişim: 04.03.2021, www.legalbank.net)

151 Nomer, s. 162; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 87; Çelikel/Erdem, s. 151; Güngör, s. 103; Doğan, s. 257; Tekinalp, s. 45; Can/Toker, s. 144.

sisteminde de yer aldığını göstermektedir. Ancak 1945’li yıllarda Kıta Avrupası hukuk sisteminde yapılan kanunlaşma çalışmalarında iddet müddetinin yasalardan çıkartıldığını; yabancı doktrinde ise bu konunun artık tartışılmadığını görmekteyiz. Türk hukuk sisteminde iddet müddetine dair düzenlememiz daima muhafaza edilmiştir. Türk vatandaşı kadının yeniden evlenmesi halinde iddet müddetine uyması veyahut bu sürenin kaldırılması için dava açması gerekmektedir. Ülkemizde iddet müddetinin kaldırılması davası sürecinde kadının bileğinin mühürlenmesi uygulamasının yazılı olduğu yasal düzenlemeyi araştırmalarımıza rağmen tespit edemedik; fakat mahkemedan hastaneye sevk sürecinin bir insanın bileğinin mühürlenerek yapılmasının çağımıza uymayan bir yapıya sahip olduğunu ve AİHS md. 8’è aykırılık oluşturduğunu düşünmekteyiz.

Yabancı devlet vatandaşı kadının Türk vatandaşı erkekle yapacağı evlilikte, evlenme ehliyet ve şartları kadının kendi milli hukukuna tabi olacaktır. Bu hukuk iddet müddeti ile ilgili bir düzenleme içermiyorsa, yabancı devlet vatandaşı kadından bu şartın yerine getirilmesi beklenemez. Yabancı devlet vatandaşı kadın, Türk erkekle olan evliliğinden önce yabancı devlet vatandaşı bir erkekten hamile kalmışsa, Türk vatandaşı erkek bu durumu bilmeyerek dünyaya gelen çocuğun kendi çocuğu olduğunu düşünebilir. Bu halde, evlilik içerisinde doğacak olan çocuğun babasının Türk vatandaşı erkek olduğu kabul edilecektir. Bu hususu bilmeden evlenen Türk vatandaşı erkek, babalık karinesinin çürütülmesi amacıyla soybağının reddi davasını açabilir. Bu davada yetkili mahkemenin tesisi MÖHUK md. 41 uyarınca belirlenecektir. Davada uygulanacak hukuk ise MÖHUK md. 16/ II uyarınca soybağının reddine uygulanacak hukuk kapsamında tespit edilecektir. Diğer yandan, yabancı devlet vatandaşı kadın, Türk vatandaşı erkekle soybağı kesilmiş çocuğa dair babalık davası açarak çocuğu yabancı devlet vatandaşı biyolojik babanın soybağına bağlamak isteyebilir. Bu davada yetkili Türk mahkemesi çocuğun vatandaşlığına göre değişecektir; uygulanacak hukuk ise MÖHUK md. 16/I uyarınca tespit edilecektir.

Önemle belirtmek isteriz ki, çalışmamızın amacı iddet müddetinin düzenlenmediği hukuklarda soybağı tespitinde hiçbir sorun olmadığına işaret etmek değildir. Aynı şekilde, iddet müddetinin düzenlendiği devlet hukuklarında bazı problemler yaşanabilir. Zira ailenin esas alındığı bir meselede her toplumun farklı dinamikleri bulunmaktadır. Hukukun kuvveti ise, müstakbel ihtilaflara dair muhtelif çözümler yaratabilmesinden gelmektedir. Çalışmada, iddet müddetinden kaynaklanan bir ihtilaf üzerinde durularak, soybağının reddi ve babalık davalarında uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme tespit edilmeye çalışılmıştır. İncelememizde yer alan MÖHUK’un ilgili maddelerinin vatandaşlık bağlama noktasına önem vermesi nedeniyle, MÖHUK md. 4 üzerinde ayrıca durulmaya çalışılmıştır.

## KAYNAKLAR

- Akıncı, Ziya, Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Milletlerarası Derdestlik, Ankara, 2002.
- Akıncı, Ziya/Gökayla Demir, Cemile, Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010.
- Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Cilt: 2, Aile Hukuku, İstanbul 2006.
- Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İstanbul 2013.

- Altınar Yolcu, Fatma Zeynep, Soybağının Reddi Davasında Biyolojik Baba, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6/2-2020.
- Ansay, Sabri Şakir, Hukuk tarihinde İslam Hukuku, Ankara 1958.
- Ataman Figanmeşe, İnci, Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK'un 4. maddesinin b ve c Bendlerinin Uygulama Alanı, MHB, Aysel Çelikel'e Armağan, Sayı: 1-2, 1999/2000.
- Aybay, Rona/Dardağan, Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, İstanbul 2008.
- Aydın, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 2010.
- Basedow, Jürgen, Das Staatsangehörigkeitsprinzip in der Europäischen Union, IPRax 2011.
- Beitzke, Günther, Familienrecht: ein Studienbuch, München 1985.
- Berki, Şakir, Evlenmenin Asli Şartlarından Doğan Kanun İhtilafları ve Türk Hukukundaki Tatbikatı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1-2, 1951.
- Can, Hacı/Toker, Ali Gümrah, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2016.
- Cin, Halil, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Ankara 1974.
- Çelikel, Aysel/Bahadır, Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2020.
- Dağcı, Şamil, İslam Aile Hukukunda Evlenme Engelleri I (Sürekli Evlenme Engelleri), Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 39-I/1999.
- Dağcı, Şamil, İslam Aile Hukukunda Evlenme Engelleri II (Geçici Evlenme Engelleri), Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2000, Cilt: XLI, 2000 (kısaltma: Geçici Evlenme Engelleri).
- Demirbaş, Feride, Baba İle Çocuk Arasındaki Soybağına İlişkin Davalarda Davacı Olabilecek Kişiler, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXII, Sayı: 3, 2018.
- Doğan, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2020.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt: 3, Aile Hukuku, İstanbul 2005.
- Erdem, Suat, İslam Hukukuna Göre İddet ve İddet Bekleyen Kadının Nikahı, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, Sayı: 2, 2013.
- Erten, Rifat, Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, Ankara 2017.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmettin, Aile Hukuku, İstanbul 1996.
- Fuchs, Angelika, Neues Staatsangehörigkeitsgesetz und Internationales Privatrecht, NJW 2000.
- Gayretli Aydın, Seda, Kadın ve Kanuni Bekle Süresi, TBB Dergisi 136/2018.
- Gençcan, Ömer Uğur, Aile Hukuku, İstanbul 2011.
- Giray, Faruk Kerem, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda Yer Alan Aile Konutu Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, MHB, 23/1-2, 2003.
- Görgülü, Ülfet, İslam Aile Hukukunda Bid'î Talak Meselesi, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 30/2017.
- Güngör, Gülin, Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Ankara 2021.
- Gümüş, Alper M., Koca, Çocuk ve Ergin Olmayan Çocuğa Atanan Kayyım Dışındaki Diğer İlgililerin (Kocanın Ana ve Babası ile Altsoyunun, Baba Olduğunu İddia Eden Kişinin, Annenin (!)) Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı (TMK md. 291/I), Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013.
- Hailbronner, Kay, Staatsangehörigkeit und IPR, in: Hailbronner, Kay/Maaßen, Hans-Georg/Hecker, Jan/Kau, Marcel, Staatsangehörigkeitsrecht, München 2017.
- Helvacı, İlhan, Gerekçeli Karşılaştırmalı İçtihatlı Türk Medeni Kanunu Cilt II, Aile Hukuku, İstanbul 2013.
- Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya, Medeni Hukuk, İstanbul 2016.
- Kutoğlu, Tuba, Türk Mevzuatında ve İçtihatlarında Babalık Hükümü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 12, 2010.

- Lorenz, Stephan, EGBGB Art. 5, in: Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, BeckOK BGB, 2021.
- Mansel, Heinz-Peter, Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität, München 1988.
- Martiny, Dieter, Probleme der Doppelstaatsangehörigkeit im deutschen Internationalen Privatrecht, JZ, 23/1993.
- Nomer, Ergin, Türk Devletler Özel Hukukunda Çifte Vatandaşlık, MHB, 14/I-II, 1994 (kısaltma: Çifte Vatandaşlık).
- Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2017.
- Oğuzman, Kemal/Dural, Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 2001.
- Özel, Sibel, Yabancılık Unsuru Taşıyan Bireysel İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi: MÖHUK m. 44, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 179/2019.
- Özgenç, Zeynep, Velâyete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kamu Düzeni Müdahalesine İlişkin Değerlendirmeler, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, XXII/ 2018.
- Özkan, Işıl/Tütüncübaşı, Uğur, Uluslararası Usul Hukuku, Ankara 2017.
- Öztan, Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2015.
- Öztan, Bilge, s. Batıl Evlenmelerde Eşlerin Durumu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 26/1-2, 1969 (Kısaltma: Batıl Evlenme).
- Öztekin Gelgel, Günseli, Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 4/8, 2005/2.
- Paksoy, Gülnihal, Soybağının Reddi, TBB Dergisi 97/2011.
- Paksoy Erbaydar, Nüket/Balseven Odabaşı, Aysun, Medeni Kanunun Bekleme Süresi (İddet Müddeti) İle İlgili 132. Maddesinin Kadın Hakları ve Modern Tipteki Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi, Fe Dergi, 10/2018.
- Pürselim, Hatice Selin, Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi'ne Yönelik İki Tartışma: Sözleşme'nin Kapsadığı Kişiler ve Geri Göndermeme İlkesinin Bağlayıcılığı, Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan, (Ed. Erman, Hasan/ Ögüz, Tufan/ Şıpka, Şükran/İnal, Emrehan/ Baysal, Başak), İstanbul 2020.
- Pürselim Arning, Temel Kavramlar Işığında Mülteci Hukukunun Gelişimi, (Ed. Öner, Aslı Şirin/Ihlamur Öner, Suna Gülfer) Uluslararası İlişkilerde Göç, İstanbul 2018.
- Pürselim Arning, Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad, – Ada, Ad Değişirme Davasına, Kayıt Düzeltme Davasına Uygulanacak Hukuk ve Tanıma Usulü-, Ankara 2014.
- Rauscher, Thomas, Familienrecht, München/Heidelberg 2008.
- Rentsch, Betina, Die Zukunft des Personalstatuts im gewöhnlichen Aufenthalt, ZeuP, 2015.
- Saar, Stefan Chr., Ehe, Scheidung, Wiederheirat: zur Geschichte des Ehe – und des Ehescheidungsrecht im Frühmittelalter (6.-10. Jahrhundert), (Ed.; Holzhauser, Heinz/Roth, Andreas, Ius Vivens Band: 6, Münster 2002.
- Sayman, Yücel, Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1982.
- Schulze, Reiner, Art. 5 EGBGB, in: Nomos Kommentar BGB I, Baden Baden 2012.
- Stehlin, Philipp, Das Personen – und Familienrecht des ZBG von 1912: Eine inhaltliche Untersuchung der Gesetzeskommentare des August Egger (1875-1954), Bern 2018.
- Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman Figanmeşe, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2021.
- Tan Dehmen, Mine, Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK'ta Kabul Edilen Yetki Kuralı, MHB, Cilt:33, Sayı: 1, 2013.

- Tanrıbilir, Feriha Bilge, Yabancıların Türk Yetkili Makamları Önünde Evlenmesi ve Kamu Düzenine Aykırılık Meselesi, Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu, (Ed. Tiryakioğlu, Bilgin/Aygün, Mesut/ Altıparmak, Kübra, Ankara 2016.
- Tanrıbilir, Feriha Bilge, Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları, Ankara 2011 (kısaltma: Koruma Mekanizmaları).
- Tekinalp, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, İstanbul 2020.
- Tiryakioğlu, Bilgin, Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara 2012.
- Uludağ, Sabiha Nur, Evlenmenin Hükümsüzlüğü Sebepleri, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Aralık 2019.
- Uyanık Çavuşoğlu, Yeni MÖHUK'a Göre Soybağı İlişkisine Uygulanacak Hukuk Sorunu, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/2.
- <https://www2.tbmm.gov.tr> (Erişim: 04.03.2021).
- <https://islamansiklopedisi.org.tr/iddet> (Erişim: 04.03.2021).
- [www.legalbank.net](http://www.legalbank.net) (Erişim: 04.03.2021).
- <https://www.vfst.de/apps/elbib/A153> (Erişim: 04.03.2021).
- <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/ZGB1907.htm> (Erişim: 04.03.2021).

## **KISALTMALAR**

AIHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
BAM	Bölge Adliye Mahkemesi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
bkz.	bakınız
E.	Esas
Ed.	Editörler
EheschIRG	Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts (Eheschließungsrechtsgesetz) v. 4.5.1998 (BGBl. I S. 833)
GÜHFD	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	Hukuk Dairesi
JZ	Juristen Zeitung
K.	Karar
md.	madde
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHK	Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
RG.	Resmi Gazete
s.	sayfa
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TMK	Türk Medeni Kanunu
vd.	ve devamı
ZeUP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht.

## Roma Hukukunda Vasiyetname Şekilleri

### Forms Of Testament In Roman Law

Sevgi Kayak \* 

#### ÖZ

Bu çalışmanın amacı Roma Hukukunda vasiyetname şekillerini genel bir biçimde açıklamaktır. Vasiyetname Roma Hukukunun en önemli hukuki işlemlerinden biridir. Roma Hukukunda vasiyetname kamu hukuku alanında yer alır ve kamusal bir tasarruftur. Bu sebeple Roma Hukukunda vasiyetname şekle bağlıdır ve vasiyetname şekilleri törensel nitelik taşır. Ancak bu zor ve zahmetli şekiller nedeniyle Roma Hukukunda vasiyetname yapmak zordur ve bu şekiller zamanla pratik ihtiyaçlara göre basitleştirilmiştir. Roma Hukukunda başlıca vasiyetname türleri; *testamentum calatis comitiis*, *testamentum in procinctu*, *testamentum per aes et libram*, *testamentum per scripturam*, *testamentum per nuncupationem*'dir.

**Anahtar Kelimeler:** Roma Hukuku, Vasiyetname, Vasiyetname Şekilleri, Yazılı Şekil, Sözlü Şekil

#### ABSTRACT

The aim of this study is to explain the testament forms in general. The testament is one of the most important acts legal of Roman law. In Roman law, testament takes place in the field of public law and the testament is a public law act. Therefore, in Roman Law, the testament depends on the form and these forms have a ceremonial character. It is difficult to make a testament in Roman Law because of these difficult and laborious forms. These forms have been simplified over time to practical needs. *Testamentum calatis comitiis*, *testamentum in procinctu*, *testamentum per aes et libram*, *testamentum per scripturam*, *testamentum per nuncupationem* are the essential forms of testament in Roman Law.

**Keywords:** Roman Law, Testament, Forms of testament, Written Form, Verbal Form

### I. Roma Hukukunda Vasiyetname Kavramı

Roma Hukuku kaynaklarında vasiyetnamenin tanımına biri Ulpianus tarafından *Regulae*<sup>1</sup>'de, diğeri Modestinus tarafından *Digesta*'da olmak üzere iki yerde rastlıyoruz<sup>2</sup>. *Regulae*'de vasiyetname, “ölümümüzden sonra geçerli olması için, irademizin şeklen tespit edilmiş bir ifadesidir (*testamentum est mentis nostrae iusta contestatio, in id sollemniter facta, ut post mortem nostram valeat*)” biçiminde tarif edilmektedir<sup>3</sup>. *Digesta*'da ise vasiyetname, “ölümümüzden sonra gerçekleşmesini istediğimiz irademizin hukuksal şekildeki ifadesidir (*testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de*

\* Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı

1 *Regulae*; hukukun temel ilkelerini kısa ve veciz cümleler halinde bir araya getiren klasik bir eser tipidir. Neratius, Gaius, Pomponius, Saevola, Ulpianus, Paulus, Marcianus ve Modestinus gibi hukukçuların bu tipte eserleri olduğu bilinmektedir (Umur Z., Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983, s. 181).

2 Küçükgüngör E., Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum), Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, s. 99.

3 Ulp. Reg., 20. 1, (çeviri için bkz. Di Marzo, S., Roma Hukuku, Beşinci Tab'ından Çev. Ziya Umur, 2. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959, s. 512).

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Sevgi Kayak

**E-posta/E-mail:** sevgikayak@istanbul.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 15.10.2020

**Kabul Tarihi/Accepted:** 08.05.2021

*eo, quod quis post mortem suam fieri velit*)” olarak tanımlanmaktadır<sup>4</sup>. Her iki tanım birlikte değerlendirildiğinde Roma Hukukunda vasiyetnamenin, *ölüm sonrasına etkili olması istenen bir iradenin şeklen tespiti* biçiminde anlaşıldığı açıktır. Bu tanımlara göre Roma vasiyetnamesinin iki özelliği saptanmalıdır: Birincisi, vasiyetnamenin ölüm sonrasına etki eden bir işlem olup öncesinde hak ya da borç doğurmayacak olması; ikincisi, tek taraflı bir irade açıklaması olup hüküm doğurmak için muhatabın kabul beyanına ihtiyaç göstermeyecek olmasıdır<sup>5</sup>.

Ölüm sonrasına etkili bir işlem olması sebebiyle, vasiyetnamenin, vasiyet edenin ölümü öncesi hak ya da borç doğuracak olması modern hukukta olduğu gibi Roma Hukukunda da kabul edilmemiştir. Vasiyetname düzenleyen kişi bu tasarrufu ile sağlar arası bir borç ya da yükümlülük altına girmediği gibi bu tasarruftan yararlanacak olanlar da sağlar arası, başka deyişle, güncel bir hak ya da menfaat elde etmiş olmazlar<sup>6</sup>. Vasiyetnamenin ölüm sonrasına etkililiği Roma Hukukunda o denli kesin bir dille kabul edilmiştir ki vasiyetnamenin ölüm öncesi hüküm doğurmasını sağlayacak tüm sağlar arası işlemler ahlaka aykırı sayılarak yasaklanmıştır<sup>7</sup>. Ölüm sonrasına etkili bir işlem olarak kabul edilmesinin bir başka sonucu da, vasiyetnamenin, tek taraflı bir irade açıklaması ile sonuçlarını doğuracak olup bu vasiyetnameden bir hak ya da menfaat sağlayacak olan mirasçı, vasiyet alacaklısı ve yüküleme lehdarı gibi muhataplarının kabulüne ihtiyaç göstermeyecek olmasıdır<sup>8</sup>.

Vasiyetname kavramı Roma Hukukunda “*testamentum*” sözcüğü ile ifade edilmiştir. Ancak sözcüğün etimolojik kökeni doktrinde tartışmalıdır. Bu sözcüğün “*testatio*” ve “*mentis*” sözcüklerinin birleşmesinden meydana geldiğini düşündüren kaynaklar bulunduğu gibi<sup>9</sup>, “*contestatio*” ve “*mentis*” sözcüklerinin birleşmesinden meydana geldiğini düşündüren kaynaklar da vardır<sup>10</sup>. Sözlük anlamıyla ele alındığında her iki sözcük kalıbı da birbirinden farklıdır. *Testatio mentis*, “söze tanıklık

4 D. 28. 1. 1, (çeviri için bkz. **Di Marzo S.**, s. 512).

5 **Umur Z.**, Roma Hukuku Ders Notları, Tıpkı 3. Basım, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s. 509; **Günel, N.**, “Roma Miras Hukuku’na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu İle Miras”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, S. 1, 1995, s. 433. Roma hukukunda mirasın kazanılması için mirasçılar tarafından yapılması gerekli bir kabul işlemi vasiyetnamenin hüküm doğurması için değil mirasın kazanılması için gereklidir, vasiyetname mirasbırakanın ölümüyle birlikte kendiliğinden hüküm ifade eder, (vasiyetnamenin açılması hakkında bkz. **Di Marzo S.**, s. 538-539).

6 **Koschaker P./ Ayiter K.**, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993, s. 358-359.

7 Vasiyetnamenin ölüm öncesinde hüküm doğurmasını amaçlayan sağlar arası işlemlerin ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz sayıldığı D. 45. 1. 61 metninden anlıyoruz: “*Stipulatio hoc modo concepta: «si heredem me non feceris, tantum dare spondes?», inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio* («Eğer beni mirasçın olarak atamazsan, bana şu kadar para ödemeyi taahhüt ediyor musun?» şeklinde yapılan stipulatio, ahlaka aykırı olduğu için geçersizdir)”, (çeviri için bkz. **Küçükgüngör E.**, Testamentum, s. 55).

8 **Umur Z.**, Ders Notları, s. 509. Bu noktada belirtilmesi gereken önemli bir husus vardır: Roma Hukuku söz konusu olduğunda mirasın kazanılması aşamasında muhataplar tarafından yapılması gerekli kabul işlemlerinin vasiyetnamenin hüküm doğurmasına bir etkisi yoktur, bu iki durumu birbirine karıştırmamak gerekir. Modern hukukumuzdan farklı olarak Roma Hukukunda mirasın açılması ile mirasın kazanılması aynı anda gerçekleşmez. Miras açıldıktan sonra tereke kendiliğinden mirasçılara (gönüllü mirasçılara) intikal etmeyip bunun için mirasçıların kabul beyanında bulunmalarına ihtiyaç vardır. Ancak bu mirasçılar tarafından yapılacak bir kabul işlemi, yukarıda da belirtildiği üzere, vasiyetnamenin hüküm doğurması açısından değil mirasın kazanılması açısından gereklidir; vasiyetnamenin hüküm doğurması mirasbırakanın ölümüyle kendiliğinden gerçekleşecek olup vasiyetnamenin kabulü işlemine gerek yoktur (**Di Marzo S.**, s. 555 vd.).

9 Örneğin *Ius. Inst.*, 2. 10 pr.

10 Örneğin *Gellius Noctes Atticae* 7 (6). 12. 1. 2 (metin için bkz. **Küçükgüngör E.**, Testamentum, s. 100).

ediyorum” manasında iken; *contestatio mentis*, “iradeyi saptıyorum” manasındadır<sup>11</sup>. Etimolojik köken tartışmasında Schmidlin ve Cannata, *testamentum* sözcüğünün “söze tanıklık ediyorum” manasındaki *testatio* ve *mentis* sözcüklerinin birleşmesinden meydana geldiği fikrindedirler. Yazarlara göre bu anlamıyla *testamentum* teriminin vasiyetname kavramını tam olarak karşıladığı söylenemez fakat sahip olduğu hukuki değer de inkar edilemez, çünkü bu işlemin ağırlığını ve önemini ortaya koyan ölenin son arzularına tanıklık edebilme fikridir ve *testamentum* sözcüğü de bunu vurgulamaya yeter düzeydedir<sup>12</sup>. Bunun yanı sıra *contestatio mentis*’in sadece kelimelerin yer değiştirmesinden ibaret ve anlam bakımından *testatio mentis*’ten farkı bulunmayan bir terim olduğu yolundaki eski bir düşüncüyü de burada anmak gereklidir<sup>13</sup>. Monier ise bu sözcüğün Latinlerin kullandığı “*tristaamentud*” sözcüğünden türemiş olabileceği düşüncesindedir. Yazara göre “*tristaamentud*” zamanla “*tristamentom*”a dönüşmüş, sonrasında “*testamentum*” biçimini alarak teorik bir anlama kavuşmuş olmalıdır<sup>14</sup>. Bizim fikrimize göre, Roma’da ilk vasiyetname şekillerinin törensel olduğu ve tanıklar huzurunda yapılan merasime bağlı niteliği düşünüldüğünde, iradenin tespiti ile iradeye tanıklığın aynı anlama geldiği kabul edilebilir çünkü tanıklar tarafından yapılan iş de nihayetinde son arzuların tespiti işinden başkası değildir.

Roma Hukukunda vasiyetname, mirasbırakanın ölüm sonrasında hüküm doğurmasını istediği tüm ölüme bağlı tasarruflarını kapsayan bir işlem olduğu için şekli anlamda ölüme bağlı bir tasarruftur. Gerçekten vasiyetname, zorunlu içerik olarak mirasçı atama; zorunlu olmayan içerik olarak da vasi tayini, azat etme, belirli mal bırakma, yükleme gibi tasarrufları içine alan çerçeve bir tasarruftur<sup>15</sup>. Roma Hukukunda vasiyetname yukarıda temas ettiğimiz tariflerinde olduğu gibi ölüm sonrasındaki iradenin şeklen tespiti demek olduğuna göre bu iradeyi içine alan çatı veya çerçeve nitelikte bir işlem olup şekli anlamda bir ölüme bağlı tasarruf niteliğindedir<sup>16</sup>.

Roma hukukunda vasiyetnamenin geçerli olması için hem şekle, hem de içeriğe ilişkin şartların tamamlanması icap eder. Şekle ilişkin şartlar bu çalışmanın da konusunu oluşturan şekil şartları yani vasiyetnamenin geçerli biçimde var olabilmesi için aranan törensel nitelikte bazı merasimlerdir. İçeriksel şart ise, maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflardan biri olan mirasçı atanmanın mutlak surette var olması ve vasiyetnamenin en başında yer alması zorunluluğudur<sup>17</sup>; nitekim mirasçı

11 **Di Marzo S.**, s. 512-513 ve s. 512 dn. 2; **Küçükgüngör E.**, Testamentum, s. 99-100.

12 **Schmidlin B./ Augusto Cannata C.**, Droit Privé Romain, II, Obligations – Successions – Procédure, Lausanne, CJR, 1987, s. 210.

13 Bu düşünce için bkz. **Di Marzo S.**, s. 512-513.

14 **Monier R.**, Manuel Elémentaire De Droit Romain, Tome I, Introduction Historique, Les Sources – La Procédure – Les Personnes – Les Droit Réels-Les Successions, 6. éd., Editions Domat Montchrestien, 1947, s. 453.

15 **Söğütü Ö.**, Roma Özel Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 243.

16 Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf-maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf ayrımı için bkz. **İmre Z. / Erman H.**, Miras Hukuku, Yasal Mirasçılık-Ölüme Bağlı Tasarruflar-Mirasın Geçmesi-Mirasın Taksimi, Gözden Geçirilmiş 14. basım, İstanbul, Der Yayınları, 2018, s. 55.

17 Gai. Inst., 2. 116. Roma hukukunda içeriksel şartlar ile ilgili bahsettiğimiz bu kuralların tek istisnası, asker vasiyetnameleridir. Mirasçı atama tasarrufuna yer vermemiş olsa bile asker vasiyetnameleri geçerli kabul edilmiştir, hatta asker vasiyetnameleri sadece bu bakımdan değil, diğer şekli ve içeriksel şartlardan da arındırılmıştır. Bu bakımdan Roma hukukunda vasiyetname serbestisinin tam olarak ancak asker vasiyetnameleri açısından sağlanabildiği kesindir, (asker vasiyetnameleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Küçükgüngör E.**, Testamentum, s. 138 vd.).



atamasını içermeyen bir vasiyetnamenin, şekil şartlarını yerine getirmiş olsa bile, hukuk dünyasında var olduğundan söz edilemez<sup>18</sup>.

Muhtevasında mirasçı atamanın yer almadığı bir vasiyetname yok hükmünde kabul edildiğinden Roma Hukukunda mirasçı atama tasarrufunun vasiyetnamenin kurucu unsuru olduğu açıktır. Roma Hukukunda mirasçı atamanın vasiyetnamenin zorunlu içeriği haline getirildiği Gai. Inst., 2. 229 metninde tespit edilmiştir<sup>19</sup>. Metinde, vasiyetnamenin başı ve temeli olarak kabul edilmesi nedeniyle mirasçı atama işleminden önce yazılan tüm tasarrufların geçersiz olduğuna işaret edilmektedir. Bu da Roma Hukukunda mirasçı atama tasarrufunun vasiyetnamenin kurucu unsuru olarak kabul edildiğinin açık bir göstergesidir. Ölüme bağlı tasarruf iradesi mirasçı atama tasarrufunda somutlaşabileceği için bu iradenin varlığı mirasçı atama iradesinin varlığına bağlanmıştır. Vasiyetname ile mirasçı atama arasındaki bu sıkı bağlılık karşılıklıdır, mirasçı atama vasiyetnamenin kurucu unsuru olduğu kadar vasiyetname de mirasçı atamanın kurucu unsurudur. Mirasçı atamanın bir ölüme bağlı tasarruf olması, bu tasarrufun salt vasiyetnamede açıklanmasını zorunlu kılar aksi halde bu işlem geçersiz olur<sup>20</sup>.

## II. Roma Hukukunda Vasiyetname Şekillerine Bakış

### A. Genel Olarak

Roma hukukunda vasiyetname şekilleriyle ilgili ortaya konması gerekli ilk tespit, bu şekillerin devirlere göre farklılık gösterdiğidir. Roma Hukukunda Eski Hukuk, Klasik Hukuk ve Postklasik Hukukta kabul edilen vasiyetname şekilleri birbirinden farklılık arz eder. Roma'nın bilinen en eski vasiyetname şekillerini Gaius ve Iustinianus'un Institutiones'indeki konuyla ilgili metinlerinden<sup>21</sup> öğreniyoruz. Nitekim "Vasiyetnamelerin Tanzimi" başlıklı 10. kitabının principium'unda<sup>22</sup> Iustinianus'un Institutiones'i, vasiyetnameyi "son arzuların açıklanması" olarak tarif ettikten sonra metnin devamında bu son arzuların nasıl beyan edileceğini açıklamaktadır. Metin şu şekilde kaleme alınmıştır:

18 Modern hukukta ise vasiyetname içeriğinde mutlaka maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların (gerçek anlamda) yer alması gerekmez (**Kocayusufpaşaoğlu N.**, Miras Hukuku, Hiç Değiştirilmemiş 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987, s. 255 vd.). Gerçek anlamda birer maddi ölüme bağlı tasarruf sayılmayacak emir ve isteklerin de vasiyetname bünyesinde yer almasına cevaz verilir ve böyle bir vasiyetnameye de pekala geçerlik tanınır. O halde günümüzde mesela sadece cenaze merasiminin nasıl olması gerektiğine dair bir vasiyetname de yapılabilir, fakat gerçek anlamda maddi ölüme bağlı tasarruf olmayan bu tasarrufun kanuni mirasçılar açısından bağlayıcı olması da beklenemez. Mirasçılar için bağlayıcı olan tasarruflar gerçek anlamda maddi birer ölüme bağlı tasarruf olup, bunlar Türk Medeni Kanununda ve özellikle de miras hukuku kitabında sayılanlardan ibarettir (ayrıca bkz. **Kayak S.**, Roma Hukukunda İkame (Substitutio) ve Türk Hukuku Üzerindeki Etkisi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019, s. 172-173).

19 Gai. Inst., 2. 229: *Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta uim ex institutione heredis accipiunt, et ob id uelut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio* (Bir mirasçı atamasından önce mal vasiyet edilmesi geçersizdir, çünkü vasiyetnameler güçlerini mirasçı atama işleminden alırlar ve buna bağlı olarak mirasçı atama her vasiyetnamenin başı ve temeli olarak kabul edilir), (çeviri için bkz. **Küçükgüngör E.**, *Testamentum*, s. 169 dn. 4).

20 **Kayak S.**, s. 181.

21 Gai. Inst. 2. 101 ve Ius. Inst., 2. 10. 1

22 Ius., Inst., 2. 10 pr

Ius. Inst., 2. 10. 1

Sed ut nihil antiquitatis penitus ignoretur sciendum est, olim quidem duo genera testamentorum in usu fuisse, quorum altero in pace et in otio utebantur, quod *calatis comitiis* appellabatur, altero, cum in proelium exituri essent, quod *procinctum* dicebatur. accessit deinde tertium genus testamentorum, quod dicebatur *per aes et libram*, scilicet quia per *emancipationem*, id est imaginariam quandam venditionem agebatur, quinque testibus et libripende, civibus Romanis puberibus, praesentibus et eo qui *familiae emptor* dicebatur. sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt: quod vero *per aes et libram* fiebat, licet diutius permansit, attamen partim et hoc in usu esse desiit.

Ius. Inst., 2. 10. 1

Eski zamanların hiçbir şeyi bilinmemiş kalmasın diye, bir vakitler iki nevi vasiyetnamenin cari olduğunu bildiriyoruz: bunların birincisi sulh ve sükun zamanlarında kullanılırdı ve buna *calatis comitiis* (halk meclisleri önünde) vasiyetname denirdi; diğer muharebeye hazırlanırken yapılırdı ve *procinctum* (harbe hazır ordu önünde) vasiyetname ismini alırdı. Bilahare bunlara üçüncü bir nevi vasiyetname eklendi ki buna *per aes et libram* (külçe veterazi ile) vasiyetname denildi ve *emancipatio* ile, yani hayali bir alım satımla beş baliğ Roma vatandaşı, libripens (terazi tutan) ve *familiae emptor* (mamelekin alıcısı) denilen kimselelerin huzurunda yapılırdı<sup>23</sup>.

Metinde Roma'nın en eski vasiyetname şekillerinin *testamentum calatis comitiis* ve *testamentum in procinctu* olduğu bildirilmektedir. *Testamentum calatis comitiis*, barış zamanlarında ve günlük hayatın olağan akışı içinde yapılan olağan vasiyetname şekli; *testamentum in procinctu* ise, savaş gibi istisnai hallerde yapılan olağanüstü vasiyetname şeklidir. Zaman içinde pratik ihtiyaçlara bağlı olarak bu vasiyetname şekillerinde değişimler meydana gelerek yeni vasiyetname türleri ortaya çıkmıştır<sup>24</sup>. Nihayet Iustinianus Hukukuna gelindiğinde vasiyetnamenin modern hukuktakine çok benzer biçimde resmi, yazılı ve sözlü vasiyetname olarak üç ayrı şekilde kurulabileceği kabul edilmiştir<sup>25</sup>.

### **B. Eski Hukuk Devrinde Vasiyetname Şekilleri**

Eski Hukuk Devrinin bilinen en eski vasiyetname şeklinin barış zamanlarında *testamentum calatis comitiis*, savaş zamanlarında *testamentum in procinctu* olduğunu yukarıda metnini verdiğimiz Ius. Inst. 2. 10. 1'deki düzenlemeden öğreniyoruz. Iustinianus bu metinde bu vasiyetnamelerden bahsederken bunların en eski vasiyetname şekilleri olduğundan söz açmakta ancak bunlar hakkında

23 Çalışmamızda kullandığımız Iustinianus Institutiones metinlerinin çevirisi **Iustinianus**, Institutiones, Türkçe metin: Ziya Umur, İstanbul, 1984 adlı eserden alınmıştır.

24 **Tahiroğlu B.**, "Quelques Ressemblances et Différences entre Le Droit Romain et Le Droit Moderne Turc Dans Les Droit Des Successions" Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 3, 1988, s. 8

25 **Di Marzo S.**, s. 518-526.

detay vermemektedir. Dolayısıyla bu vasiyetnamelerden açıkça söz eden ilk elden kaynak olduğuna tanık olsak da bu metnin söz konusu vasiyetnamelerin gerçek durumu ve hukuki nitelikleri hakkında bize yeteri kadar bilgi sağladığını söyleyemeyiz<sup>26</sup>. Buna bağlı olarak da Roma'nın Eski Hukuk Devrinde yürürlükte olan bu vasiyetnamelerin şekillerinin ve hukuki niteliklerinin doktrinde daima tartışmalı olduğunu belirtebiliriz.

Olağan zamanlarda cari olan *testamentum calatis comitiis, curia*<sup>27</sup>lara ayrılmış halk meclisleri önünde 24 mart ve 24 mayıs tarihlerinde olmak üzere yılda iki defa düzenlenen merasimlerle yapılan törensel bir işlem den ibarettir<sup>28</sup>. Bu işlem, söz konusu tarihlerde, rahiplerin katılımı ile toplanan halk meclisleri önünde hazır bulunan vasiyet edenin, ölümünden sonra yerine geçecek kişinin kim olacağına dair iradesini açıklaması ile başlar ve bu iradenin rahipler ile halk meclisi tarafından onaylanması ile tamamlanır<sup>29</sup>.

*Testamentum calatis comitiis* merasiminin nasıl yapıldığını gösteren metinler Gellius'a ait *Noctes Atticae* 15. 27. 1-3 arasındır<sup>30</sup>:

Noctes Atticae 15. 27. 1-3

In libro Laelii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum est, Labeonem scribere calata *comitia* esse, quae pro conlegio pontificum habentur aut regis aut flaminum inaugurandum causa. Eorum autem alia esse curiata...; curiata per lictorem curiatum calari, id est convocari. Isdem comitiis, quae calata appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant<sup>31</sup>.

Noctes Atticae 15. 27. 1-3

Elius Felix'in Q. Mucius'a ithaf ettiği eserin birinci kitabında Labeo'nun eserlerinde, *cimitia calata*'nın kral merasimlerinde veya Jüpiter'e ibadetlerde rahipler heyeti huzurunda toplandığının yazılı olduğu söylenmektedir. *Comitiaların* bazıları *calata*'dır... Bunlar *lictor*'lar

26 **Küçükgüngör E.**, *Testamentum*, s. 124.

27 *Curia*; Romulus tarafından oluşturulduğu rivayet edilen ve sadece *patricius*'lardan oluştuğu düşünülen ve idare, seçim, din, askerlik gibi işlerle meşgul olan halk meclisinin en küçük ünitesidir. Eli silah tutan tüm erkek Roma vatandaşlarından oluşan halk meclisinin sosyal, siyasi ve askeri işlerle uğraşmak üzere meydana getirilmiş en küçük biriminin *curia* olduğu düşünülmektedir. Bu ayırım etnik kökenli olmayıp savunma ihtiacını karşılamak üzere savaşı güçlerin gereken yerlere dağıtılması mecburiyetinden doğmuştur (**Söğütlü Erişgin Ö.**, *Roma Kamu Hukukuna Giriş*, Ankara, Seçkin, 2017, s. 26). Üyelerinin *tribus*'lardan seçildiği *curia*'ların sayıları önceleri otuz iken bu sayı sonraları altmışa kadar çıkmıştır. Bu dönemdeki işlevini günden güne yitiren *curia*'ların Son İmparatorluk Dönemine geldiğinde, vergi toplama işiyle meşguliyetten başka bir görevlerinin olmadığı tespit edilir (**Umur Z.**, *Lügat*, s. 53).

28 **Lepointe M.**, *Cours de Droit Romain, rédigé d'après les Notes et avec l'Autorisation, Licence 1 année*, Paris, 1948-1949, s. 789; **Cuq E.**, *Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains*, 2. éd., Revue Et Complétée, Paris, Librairie Plon/ Librairie Générale, 1928, s. 683.

29 **Lambert J. N.**, "La Très Ancienne Succession Romaine Interprétée D'après Le Droit Comparé", *RHD*, 4. serie vol. 31, 1954, s. 500; **Koschaker P./Ayiter K.**, s. 361; **Umur Z.**, "Roma Miras Hukuku'nun Ana Hatları", s. 10; **Küçükgüngör E.**, *Testamentum*, s. 123-124.

30 **Küçükgüngör E.**, *Testamentum*, s. 124.

31 Latince metin için bkz. **Küçükgüngör E.**, *Testamentum*, s. 124.

tarafından davet edilirlerdi ve bu calata dediğimiz *comitia* hem aile ibadetleriyle, hem de vasiyet yapılması ile iştigal ederlerdi<sup>32</sup>.

*Testamentum calatis comitiis*'in hukuki niteliği Romanist doktrinde ciddi ölçüde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, *testamentum calatis comitiis* için öngörülen merasimin Roma Hukukunda bir tür evlat edinme işlemi olan *adrogatio* ile olan benzerliği nedeniyle *testamentum calatis comitiis*'in gelecekteki bir evlat edinme işlemi olduğu yolundadır<sup>33</sup>. Bu görüşe göre aralarındaki benzerlik nedeniyle *testamentum calatis comitiis* aslında mirasçının evlat edinilmesinden başka bir işlem değildir. Burada vasiyetname düzenleyen aslında kendi yerine geçecek bir külli halef tayin etmektedir. Bu işlemin *adrogatio*'dan tek farkı, *adrogatio* gibi sağlar arası bir işlem olmayıp ölüm sonrasına etki edecek olmasıdır<sup>34</sup>.

Ancak bu görüşe karşı çıkan yazarlardan Lambert, ilk biçiminde Roma vasiyetnamesinin bir evlat edinme işlemi olarak kabul edilemeyeceğini zira bunun için kaynaklarda yeterli bir destek bulunmadığını ifade etmektedir<sup>35</sup>. Evlat edinme görüşüne karşı çıkan yazarlardan Appleton daha güçlü bir destek sunar. Yazara göre *testamentum calatis comitiis*'in evlat edinme işlemi olarak kabulünü Roma ailesinin dini gelenekleri engeller. Bu çağda aile kültürünü devam ettirme düşüncesi vardır ve aile kültürünü belirleyen de *sacra* yani dini geleneklerdir. Vasiyetname yoluyla atanmış mirasçı aile kültürünün de devam ettiricisi olacağından başka bir aileye, dolayısıyla *sacra*'ya mensup olan kimsenin, evlat edinilebilse bile, vasiyetname yoluyla mirasçı olarak atanması düşünülemez. Başka bir aileye mensup olan kimsenin evlat edinilerek mirasçı atanması ancak bu kimsenin kendi aile hakimiyetinden çıkıp bu aileye dahil olmasıyla mümkündür; oysaki kaynaklarda bu durumdan açıkça söz eden bir metin ya da bilgiye rastlanmaz<sup>36</sup>.

Bir başka görüşe göre ise *testamentum calatis comitiis*, kamu otoritesinin onayına ihtiyaç göstermesi ve sağlar arası bir işlem olan *adrogatio*'ya benzemesi nedeniyle gerçek anlamda bir vasiyetname olarak nitelendirilmekten çok dinsel ve politik bir kurum gibi ele alınmalıdır. Bu görüşü savunan Boissarie'ye göre, bu işleme hukuksal anlamda bir nitelik vermek gerekirse ona özel hukukta değil kamu hukukunda bir anlam yüklemek ve kamu hukuku alanında da "yasa" mahiyetinde bir nitelik atfetmek gerektir. Açıkçası yazara göre *testamentum calatis comitiis* kamu otoritesinin

32 Metnin çeviri için bkz. Küçükgüngör E., *Testamentum*, s. 124.

33 Cuq E., s. 683; Di Marzo S., s. 519; Koschaker P./Ayiter K., s. 363, ayrıca bkz. Küçükgüngör E., *Testamentum*, s. 125.

34 Koschaker P./Ayiter K., s. 363.

35 Lambert E., *La Tradition Romaine Sur La Succession Des Formes Du Testament Devant L'Histoire Comparative*, Paris, V. Giard & E. Brière Librairies Editions, 1901, s. 25.

36 Appleton Cf., *Le Testament Romain, La Méthode Du Droit Comparé et L'Authenticité Des XII Tables*, 1903, s. 69'dan nakleden: Lévy-Bruhl H., "La Fonction Du Très Ancien Testament Romain", NRHD, vol. 45, 1921, s. 643. Evlat edinme görüşündeki yazarlar bu yöndeki eleştirilere cevap olarak Roma'nın eski vasiyetname şekillerinin mirasçı atama kurumunu içermeyip belirli mal bırakma, azat etme gibi başka düzenlemelere yer vermiş olduğunu gerekçe göstermektedirler. Mirasçı atama, çok sonraları, *mancipatio familiae* ile işlerlik kazanmıştır. Buna en büyük destek On İki Levhada geçen "uti legassit...ita ius esto" (XII Tab., v. 3) cümlesindeki "legare" sözcüğüdür. Teknik anlamda "belirli bir malı vasiyet etmek" anlamına gelen bu sözcükle belirli mal bırakma tasarrufları kastedilmiştir, mirasçı atamadan ise söz edilmemiştir. On İki Levha Kanunlarının kendisinden önceki örf ve adetleri derleyen bir düzenleme olduğu düşünüldüğünde Roma'nın en eski vasiyetname biçimlerinde mirasçı atamaya yer verilmediği açıktır (Cuq E., s. 682).

yasa niteliğindeki bir tasarrufundan ibarettir<sup>37</sup>. Yazar bu görüşüne dayanak olarak pek çok kanıt göstermektedir. Bunların başında Romalıların *testamentum* sözcüğüne yükledikleri anlam gelir, zira yazara göre bu sözcük Roma'nın ilk zamanlarında basit bir tanıklıktan öte bir anlama, enerjik ve güçlü bir anlama sahiptir<sup>38</sup>. İlk zamanlarda Romada, evlat edinme ve *mancipatio* gibi pek çok hukuki işlem için gerekli olan kamusal otoritenin müdahalesi unsuru vasiyetname için de gereklidir. Bunun nedeni, vasiyet edenin, ölüm sonrasındaki arzularına sadık kalınacağına dair mutlak bir teminat elde etmeyi ve bu teminatı sağlayacak olan da halk meclisinin onayı idi. *Comitia*'nın<sup>39</sup> bir tür "oy/rey vermek" olarak nitelendirilebilecek bu onayı işlemin hukuk dünyasında var olmasını sağlıyor ve bu da bu işlemi yasal bir düzenleme seviyesine çıkarıyordu. Başka deyişle *comitia*'nın verdiği her onay, müteveffa tarafından hazırlanan bu vasiyetnamenin herkes için uyulması zorunlu genel geçer nitelikte ve dolayısıyla mutlak anlamda bir düzenlemeye, bir "yasa"ya dönüşmesini sağlıyordu<sup>40</sup>. Boissarie'ye göre ayrıca, On İki Levha Kanunlarından<sup>41</sup> önce örf ve adet hukukunda var olan bu uygulama bu yasalarla yazılı hukuka geçildikten sonra da korunmuştu<sup>42</sup>. Vasiyet edenin bu işlemdeki fonksiyonu "*legare*/vasiyet etmek" olarak isimlendirilerek ve bu düzenlemelerin emredici olduğu kabul edilerek sonradan vasiyet eden tarafından dahi değiştirilmesine izin verilmemiştir. Bu da *testamentum calatis comitiis*'in yasa niteliğinde olduğunun açık bir kanıtıdır<sup>43</sup>. *Testamentum calatis comitiis*'in yasa mahiyetinde bir düzenleme olduğuna başka bir kanıt, ilk dönemlerde görülen katı şekilcilik anlayışının vasiyetname için de geçerli olmasıdır. Formüller, sembolik işlemler ve merasimler vasiyetnameler için de geçerli olup, bu da, bu mahiyetteki bütün işlemlerin yasa niteliğine büründüğünün bir göstergesidir<sup>44</sup>. Yine vasiyetnamede vaat edilen şeylerin devir ve temlik işlemlerine gerek kalmaksızın *ipso iure* kazanılması da Romada vasiyetnamenin ilk şeklinin

37 **Boissarie R.**, Des Formes Du Testament Romain, Paris, L. Larose Et Forcel, 1888, s. 7 vd.

38 **Boissarie R.**, s. 14.

39 Roma Hukukunda halk meclisleri çeşitli türlere ayrılmaktadır. Burada bahsedilen halk meclisi *comitia curiata* olmalıdır (Romada halk meclisleri hakkında bkz. **Türkoğlu, G. H.**, "Roma Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk Dönemlerinin İdari Yapısı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 2, 2009, s. 278-279.

40 **Boissarie R.**, s. 14-16. Aynı yönde **Berki Ş.**, Roma Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1949, s. 181 (Yazar halk meclislerinin onay verme yetkisinin ancak *arrogatio/adrogatio* halinde mevcut olduğuna da ayrıca vurgulamaktadır).

41 On İki Levha Kanunları Roma'nın bilinen ilk kanunlaştırma hareketidir. Cumhuriyet devrinin ilk yıllarında (M.Ö. 451-449) yapıldığı tahmin edilen ve toplam on iki levhadan oluştuğu için Romanist doktrinde bu isimle anılan On İki Levha Kanunları o zamana kadar yazılı olmayan ve daha çok örf ve adet kuralı şeklinde uygulanan kuralları derleyerek yazılı hale getirmiştir. Böylece *pleb* sınıfı da dahil, herkesin hukuk kurallarına ulaşması sağlanmış, *patricius* ve bu sınıfa mensup rahip hukukçuların hukuk kurallarını kendi gizli tekellerinde tutmaları ve bu yolla da, daima kendi lehlerine yorumlamaları büyük ölçüde önlenmiştir. **İpek N.**, "XII Levha Kanunu", **Argumentum**, Yıl: 3, Sayı: 34, s. 609 vd.

42 XII Tab., v. 3: "*Uti legassit...ita ius esto* (nasıl vasiyet ederse ...hukuk öyle olsun)", metin ve çeviris için bkz. **Sandalcı S.**, On İki Levha Yasaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi, 1993, s. 28 ve s. 48.

43 **Boissarie R.**, s. 16. Ancak bu noktada Lambert, On İki Levhada geçen "*uti legassit...ita ius esto*" ifadesinin sadece *pecunia*, yani para ile ölçülebilen bir değeri konu alan belirli mal bırakmalarla ilgili olduğunu söylemektedir. Nitekim yazara göre On İki Levha Kanunları aile kültürünün ve aile malvarlığının bir kül olarak intikali bakımından örf ve adet hukukunda var olan düzeni aynen yürürlükte bırakmıştı (**Lambert E.**, s. 33).

44 Aynı yönde **Accarias C.**, Précis De Droit Romain, Tome I, 4. Édition, Librairie Cotillon, 1886, s. 848. Nitekim yasa olarak kabul edildiği ölçüde vasiyet edenin ölüme bağlı tasarruf özgürlüğü desınırlandırılmış olur (**Accarias, C.**, s. 848). Roma ve Türk hukukunda ölüme bağlı tasarruf özgürlüğü hakkında karşılaştırmalı olarak bkz. **Koca Ö.**, Roma Hukuku'nda ve Türk Hukuku'nda Ölüme Bağlı Tasarruflar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018

yasa olduğuna başka bir kanıttır<sup>45</sup>. Daha güçlü diğer bir kanıt, Romalıların özel hukuk alanındaki işlemlerinin derhal hüküm doğurucu nitelikte kabul edilmesine karşılık vasiyetnamenin ölüm sonrasında hüküm doğuracak surette kabul edilmesidir. Gerçekten de sağlar arasında bir hukuki işlem yapılır yapılmaz hükümlerini doğurmaya başlar, hükümleri geciktirmenin tek yolu şart ya da vade kurumlarından yararlanmaktır. Oysaki vasiyetnamede şart ya da vadeye bağlanmasa da gelecekte hüküm ifade edecek bir karakter vardır. Vasiyetname vasiyet edenin ölümünden sonra hükümlerini doğurmaya başlayacaktır, o zamana kadar askıdadır. Bu da vasiyetnamenin, tıpkı yasa gibi, yapıldığı andan ileriye doğru etki eden bir işlem olduğunu, dolayısıyla da yasa olduğunu gösterir. Yine, Roma hukukunda vasiyetnamenin ve bunun ilk şekli olan *testamentum calatis comitiis*'in yasa olduğunun bir başka kanıtı da, bu düzenlemenin basit bir hukuki işlemden ibaret olmayıp birden fazla hukuki işlemi içine alan bir tasarruf olmasıdır. Gerçekten de vasiyetname çok çeşitli düzenlemeleri içine alabiliyordu; mirasçı atama, vasi tayini, *legatum* bunlardan sadece bazılarıydı<sup>46</sup>.

Bu noktada Boissarie şu soruyu sormaktan kendisini alamadığını da bildirmektedir: Roma halkı neden bu işlemleri ayrı ayrı yapmak yerine bunları adına vasiyetname denen tek bir işlemin çatısı altında birleştirmeyi ve bu şekilde tasarrufta bulunmayı tercih etmişti? Neden tıpkı yasa gibi vasiyetnamede de birden fazla işlem tek bir formun altına sokulmuştu? Yazara göre bunun cevabı şu olabilir: Roma halkı vasiyetname işlemiyle bu işleme basit bir tanıklık yapmaktan daha fazlasını hedeflemekteydi; Roma halkı vasiyet edenin iradesini öğrenmeyi, tartışmayı ve duruma göre kabul veya reddetmeyi arzulamaktaydı<sup>47</sup>.

Biz de *testamentum calatis comitiis*'in kamusal bir işlem niteliğinde olduğu fikrini kabul ediyoruz. Bu noktada vasiyetnamenin ve onun ilk şekli olan *testamentum calatis comitiis*'in bir yasa mahiyetinde olduğu fikri de kabul edilebilir, zira bunun için yukarıda Boissarie tarafından dile getirilen kanıtlar oldukça inandırıcı niteliktedir. Ancak yasa niteliği bu dönemde sadece vasiyetname için değil *adrogatio* gibi halk meclisinin müdahalesini gerektiren tüm hukuki işlemler bakımından geçerli olacaktır. Bu sebeple biz, ilave olarak, bu vasiyetnamenin *adrogatio* kapsamında ele alınan ve onun tamamlayıcısı durumunda bir işlem olduğunu da düşünüyoruz. Çünkü ilk zamanlarda aile reisinin kendi yerine geçecek kişiyi bizzat tayin etmesine lüzum olmayıp en büyük erkek evlat babaya haleftir<sup>48</sup> ve bunun için bir vasiyetname düzenlemeye de lüzum yoktur. Fakat erkek evladı bulunmayan bir aile reisi için aynı şey söylenemez, bu durumdaki aile reisi için ölümünden sonraki halefini belirlemek önemlidir<sup>49</sup> ve böyle bir aile reisi için tek seçenek *sui iuris* bir kimseyi evlat edinmektir<sup>50</sup>. *Adrogatio* yoluyla evlat

45 Boissarie R., s. 17.

46 Boissarie R., s. 17-19.

47 Boissarie R., s. 18. Çok net olmamakla birlikte, yazarın sonraki açıklamalarından, Roma halkının bu arzusunun vasiyetnamenin Roma örf ve adetleriyle uygunluk taşımaya kaygısından doğmuş olabileceği düşüncesinde olduğunu anlıyoruz, (Boissarie, s. 18 vd.).

48 Bu konuda bkz. ayrıntı için Koschaker P./Ayiter K., s. 344; Küçükgüngör E., "Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 45, S. 1, 1996, s. 506.

49 Roma Hukukunda aile kültürünün devamının arz ettiği önem hakkında bkz. Somer, P., "Dar anlamda Aile Hukukunun Esasları", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1 S.2, 2002, s.155 vd.

50 Evlat edinme kurumu Roma toplumunda özellikle doğal üreme oranı düşüklüğünü telafi etmek ve ailenin yok olma tehlikesini bertaraf etmek amacıyla kullanılıyordu (İpek N., "Roma Hukukunda Hısımlık", MÜHF-HAD, C. 21, S. 1, s. 181.

edinme işlemi yapan aile reisi bu suretle kendisine bir evlat edinmekten başka ölümünden sonra yerine geçecek, aile ilişkilerini devam ettirecek bir külli halefi de tayin etmiş olurdu. Koschaker de, burada önce *adrogatio*, sonra *testamentum calatis comitiis* olmak üzere iki ayrı işlem yerine, aynı amaca hizmet eden tek bir işleme, *testamentum calatis comitiis*e başvurulmakla yetinildiğini ve böylece evlat edinme ve külli halef tayininin *testamentum calatis comitiis* bünyesinde birleştiğini tahmin etmekle bizim görüşümüze dayanak oluşturmaktadır<sup>51</sup>.

*Testamentum calatis comitiis* bakımından tartışılan bir başka husus, *pontifex*'in (baş rahip) onayının niteliğinin ne olduğudur. Bu onayın ne anlama geldiği konusundaki bilgilerimiz oldukça yetersizdir. İleri sürülen bir görüşe göre *pontifex*'in onayı bir tür kontrol mekanizmasıdır. Tıpkı *adrogatio*'da olduğu gibi bu hukuki işlemde de *pontifex*, *paterfamilias*'ın bu düzenlemesinin sebep ve şartları bakımından Roma yasalarına bir aykırılığın bulunmadığına, bu sebep ve şartların gerçek olduğuna dair teyitte bulunurdu ve bu suretle vasiyetname metni üzerinde Roma örf ve adetlerine uygunluk bakımından bir denetim sağlanmış olurdu<sup>52</sup>.

Eski Hukuk Devrinde geçerli olan, ancak sadece savaş zamanlarında devreye girmesiyle istisnai bir nitelik taşıyan *testamentum in procinctu* ise bu özelliği ile olağandışı bir vasiyetname türüdür<sup>53</sup>. “Hücumla hazır ordu önünde” anlamına gelen *testamentum in procinctu*, savaşa katılan askerlerin savaşa karar verilmesinden hemen sonra ve birbirleri önünde hiçbir şekilde uyulmaksızın merasimsiz ve sözlü olarak yaptıkları bir vasiyetnamedir<sup>54</sup>. *Testamentum in procinctu* aslında hücumla hazır bir ordu önünde yapılması nedeniyle şekle bağlı olmayan asker vasiyetnamelerinin özel bir türü gibi düşünülebilir. *Testamentum in procinctu*'nun geçerli olmasının tek şartı, askerlerin yaptıkları bu beyanların, onların son arzularını içerdiğinin hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılıyor olmasıdır<sup>55</sup>.

## C. Klasik Hukuk Devrinde Vasiyetname Şekilleri

### I. *Testamentum Per Aes Et Libram Öncesi Dönem*

On İki Levha Kanunlarından beri mevcut bulunan bu iki vasiyetname şekli, Cumhuriyet Döneminin sonlarından itibaren yerlerini giderek başka bir vasiyetname türüne, *per aes et libram testamentum*'a bırakarak zamanla gözden kaybolmuşlardır<sup>56</sup>. *Testamentum per aes et libram*'ın ortaya çıkış nedeni

51 Koschaker P./Ayiter K., s. 363.

52 Lepointe G., *Droit Romain Et Ancien Droit Français, Régimes Matrimoniaux, Libéralités, Successions*, Paris, Editions Montchrestien, 1958, s. 15 N. 23. Lepointe, *comitia*'nın onayını da kamusal bir onay gibi belirlerken bu onayın işlemin daha çok ahlaki nitelmesi bakımından yapıldığını söylemektedir. Bu onay *pontifex*'in onayından farklı olarak bağlayıcı niteliktedir, çünkü düzenlenen vasiyetnamede Roma toplumu ahlaka aykırı bir husus görecekti olursa bu vasiyetnameyi reddederek yürürlüğe girmesini engelleyebilirdi (Lepointe G., s. 15 N. 23). Bu onay unsurunun, gerek *pontifex* gerek halk meclisinin onayı bakımından kurucu mu yoksa tamamlayıcı mı olduğu hususu da yine buna ilave olarak net değildir, (bu konudaki tartışmalar için bkz. Lévy-Bruhl H., s. 636.

53 Accarias C., 849.

54 Boissarie R., s. 36-38; Di Marzo S., s. 518-519; Küçükgüngör E., *Testamentum*, s. 123-124.

55 Umur Z., “Roma Miras Hukuku'nun Ana Hatları” s. 10.

56 Koschaker P./Ayiter K., s. 362 vd.; Umur, “Roma Miras Hukuku'nun Ana Hatları” s. 10.

*testamentum calatis comitiis*'in günlük hayatın pratik ihtiyaçlarına cevap vermedeki yetersizliklerine bağlanmaktadır<sup>57</sup>. Sıkı şekil şartlarına ve merasimlere bağlı oluşu, yılda ancak iki defa yapılabiliyor olması yüzünden süreyi kaçıran ya da ölümü aniden vuku bulup da vasiyetname yapmaya fırsat bulamayan *paterfamilias*'ların terekelerinin *agnatio* hısımlarına ya da başka *gens*'ten olan kimselere kalması gibi sakıncalar *calatis comitiis*'i gözden düşürüyordu. Yine, ticari ilişkilerin artması ve ulaşım olanaklarının da yaygınlaşmasına paralel olarak Roma dışına seyahatlerin başlaması ve uzun yolculuklar nedeniyle *calatis comitiis* vasiyetnamenin tanzim tarihleri olan 24 mart ya da 24 mayıs tarihlerine yetişilemiyor olması da Romalıları yeni vasiyetname biçimleri aramaya yöneltiyordu. Bu arayışların neticesi “*per aes et libram testamentum*” adıyla bilinen yeni bir vasiyetname şekli ortaya çıktı<sup>58</sup>. Oldukça karışık bir usulde olan ve henüz bu iki vasiyetname şekli yürürlükten kalkmadan uygulanmaya başlanan bu vasiyetname şeklinin köklerinin On İki Levha Kanunlarına götürülebileceği de bir görüş olarak ileri sürülmüştür<sup>59</sup>. İlk ortaya çıkış nedeninin *comitia*'ların toplanmasını bekleyemeyecek kadar yaşlı ve hasta olanlara vasiyetname yapma olanağını sağlayabilmek olduğu fakat sonraları Romalılar arasında yaygınlaştığı ve nihayet günümüzün vasiyetnamesi gibi tek taraflı bir işleme dönüştüğü ifade edilmektedir<sup>60</sup>.

Ancak tam bu noktada doktrinde mevcut bir tartışma nedeniyle bir parantez açmak gereklidir. *Calatis comitiis* vasiyetnamenin sakıncalarını gidermek için ortaya çıktığı öne sürülen bu yeni vasiyetname biçimi gerçekten *testamentum per aes et libram* mıdır yoksa ondan çok daha önce *mancipatio familiae* adıyla bilinen bir vasiyetname şekli daha mevcut olmuş mudur? *Mancipatio familiae* bakımından pek çok sorun olmakla birlikte asıl sorun bunun *per aes et libram* vasiyetname ile aynı mı, yoksa ondan farklı mı olduğudur. *Per aes et libram* vasiyetname ile *familiae mancipatio*'yu aynı anlamda ele alan bazı eserlerin varlığı gözden kaçmaz<sup>61</sup>. Bununla birlikte bu iki vasiyetnameyi farklı hukuki işlemler olarak düşünen ve *mancipatio familiae*'in *testamentum per aes et libram* öncesinde mevcut olduğunu kabul edenler daha fazladır<sup>62</sup>. *Mancipatio familiae*'i *per aes et libram*'ın bir parçası ya da başka şekildeki bir ifadesi olarak görmeyip ayrı bir vasiyetname türü olarak ele alan yazarlar bu vasiyetnamenin dayanağını, az sonra açıklayacağımız, Gai. Inst. 2. 102 olarak göstermektedirler<sup>63</sup>. Ancak biz metne baktığımızda *mancipatio familiae* ifadesinin değil *testamentum per aes et libram* tabirinin geçtiğine tanık oluyoruz. Bize göre, salt söze göre bir yorumdan hareket edilecek olursa, her ikisinin de aynı hukuki işlem olduğuna kanaat getirmek daha yerinde olur. Ancak çoğunluk yazar bu iki işlemin arasında farklılık olduğunu Gai. Inst., 103 ve 104 gibi devamı metinleri de dikkate almak suretiyle kabul etmektedirler<sup>64</sup>. Mesela Lévy-Bruhl, *per aes et libram*'daki *familiae emptor*'un artık sıradan bir alıcı olmayıp mirasçı sıfatını taşıdığını ve *mancipatio familiae*'nin ancak bu andan itibaren *per aes et*

57 **Accarias C.**, s. 850. Halk meclisleri önünde yapılan vasiyetnamelerin genel olarak pratik hayattaki eksikyanlarına dair bkz. **Cuq E.**, s. 684.

58 **Boissarie R.**, s. 39-40; **Küçükgüngör E.**, Testamentum, s. 125.

59 Bu konuda bkz. **Umur Z.**, Ders Notları, s. 510.

60 **Umur Z.**, Ders Notları, 510.

61 Örneğin **Lepointe G.**, s. 56 N. 102; **Umur Z.**, Lügat, s. 131-132; muhtemelen **Di Marzo S.**, s. 522.

62 Örneğin **Cuq E.**, s. 684.

63 **Cuq E.**, s. 684.

64 **Cuq E.**, s. 684; **Monier R.**, I, s. 458-459.



*libram testamentum*'a dönüştüğünü ileri sürmektedir<sup>65</sup>. Hakim kanaat kabul edilecek olursa *mancipatio familiae*'i *testamentum per aes et libram*'ın bir aşaması olarak değil ayrı bir vasiyetname şekli olarak görmek gerekecektir.

*Mancipatio familiae* bakımından bir başka tartışma noktası, bu işlemin gerçekten ölüme bağlı bir işlem olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği meselesidir. Bu tartışma aslında bu işlemin ayrı bir vasiyetname türü olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmasına da bağlıdır. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre ise *mancipatio familiae*'da teknik anlamda bir mirasçı ataması yapılmış olmayıp tahta levhalar üzerine yazılan istekler belirli mal bırakmalardan ibarettir, bu nedenle bu işlem ancak bir *legatum* vasiyetnamesi olarak karakterize edilebilir<sup>66</sup>. İleri sürülen bir başka görüş de, burada atanan *familiae emptor*'un mirasçıdan ziyade vasiyeti yerine getirme görevlisi niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Zira *familiae emptor*'a devredilen şey aslında terekenin mülkiyeti değil zilyetliğidir. Benzer durum Alman Hukukundaki "Salman" kurumunda da görülür. Bu bakımdan *familiae emptor* aslında bir vasiyeti yerine getirme görevlisinden başkası değildir<sup>67</sup>. *Mancipatio familiae*'yi ölüme bağlı bir işlem olarak kabul etmeyen Boissarie'ye göre ise, *mancipatio familiae*, her ne kadar bağımsız bir işlem olarak kabul edilirse de ölüme bağlı niteliği asla kabul edilemez, bu, tam anlamıyla sağlar arası bir işlemdir. *Mancipatio familiae*'da vasiyet eden kimse, iradesini ölüm sonrasına etki ettirmek için ölüm sonrasında bu iradenin gereğini yerine getirecek olan kişiye tüm malvarlığını daha şimdiden, ölüm öncesinde devretmek zorundadır<sup>68</sup>. Oysaki vasiyetname dediğimiz işlem Romada daima iki karaktere sahip olmak zorundadır: Külli halefiyet yoluyla intikal sağlaması ve mirasçı atama tasarrufunu mutlak olarak içermesi<sup>69</sup>. *Mancipatio familiae* ise sadece cüzi bir intikal yoludur. Yapılan *mancipatio* işlemi ile *res Mancipi*<sup>70</sup> mallar devredilmekte olup aynı hak ya da alacakların temlik için *mancipatio* merasimleri uygun değildir. Buna bağlı olarak da *mancipatio familiae*'da malvarlığını devralan *familiae emptor* mirasçı sıfatını taşımaz, onun herhangi bir satış sözleşmesindeki herhangi bir alıcıdan bir farkı yoktur<sup>71</sup>. Bu özelliklerine bağlı olarak *calatis comitiis* ölüm sonrası hüküm doğuran bir işlem, dolayısıyla bir vasiyetname olduğu halde, *mancipatio familiae*, sağlar arası hüküm doğuran bir işlemdir. Şu halde *mancipatio familiae*'in *calatis comitiis*'in yerini vasiyetname anlamında dolduran bir işlem olduğunu söylemek çok zordur. O halde *testamentum calatis comitiis*'in sakıncaları yeni bir vasiyetname biçimi yaratmak yoluyla değil, mevcut kurumlardan yararlanmak suretiyle giderilmiş olacaktır. Bu bakımdan bizim de katıldığımız bu kanaate göre *mancipatio familiae*'in *calatis comitiis*'in sakıncalarını giderdiği ve pratik ihtiyaçlara

65 Lévy-Bruhl H., s. 662.

66 Lambert J. N., s. 501-502.

67 Koschaker P./Ayiter K., s. 363. Karşılaştırmalı hukuk açısından bu tartışma için bkz. Lambert E., s. 65. *Mancipatio familiae*'nin Roma Hukukunda miras sözleşmesi fonksiyonunda olduğu hakkında ayrıca bkz. Michaélides-Nouaros G., Contribution A L'Etude Des Pactes Successorax et Droit Byzantin, Justinien et Post-Justinien, Paris, 1937, s. 44.

68 Boissarie R., s. 42. Aynı yönde Lévy-Bruhl H., s. 662.

69 Bu konuda bkz. Günal N., s. 435; Küçükgüngör E., Testamentum, s. 99 vd.

70 *Res Mancipi* mal; İtalya arazisi, İtalya arazisi üzerindeki tarımsal irtifaklar, köleler, yük ve çekihayvanlarıdır (Sögütlü Ö., s. 240 dn. 90).

71 Boissarie R., s. 47.

cevap verdiği söylenebilir ancak *calatis comitiis*'i yürürlükten kaldırıp onun yerine geçen ölüme bağlı bir işlem olduğu söylenemez<sup>72</sup>.

*Mancipatio familiae*'da *familiae emptor* bir mirasçı konumunda değildir, zira o, vasiyet edenin malvarlığını kendi mülkiyetinde daimi olarak muhafaza amacıyla değil, *mancipans* tarafından irade edilen kişilere dağıtmak amacıyla kazanır. Gai. Inst. 2. 102 ve 103'ten anlaşılıyor ki bu kişi malvarlığının kendisine emanet edildiği güvenilir bir kişi, emin bir dosttan başkası değildir<sup>73</sup>. *Familiae emptor* bir alıcı konumunda olmakla birlikte *legatum*, azat etme, vasi tayini gibi yükümlülüklerle de kayıtlanabilir. Bununla birlikte bu yükümlülüklerin mirasçıya yüklenen bir borç niteliğinde olduğunu kabul oldukça zordur zira *familiae emptor* bu yükümlülükleri yerine getirmek istemediği zaman onu ifaya zorlayacak bir mekanizma yok gibidir. Gai. Inst., 2. 102'de “*rogabat* (rica ediyorum)” ve 103'te de “*mandabat* (talimat veriyorum)” sözcükleri geçmektedir. *Rogabat/rogare* ifadesi dikkate alındığında *mancipans*'ın iradesinin *familiae emptor* için bağlayıcı olmadığı, bu iradenin gereğini yerine getirip getirmemekte serbest olduğu sonucu çıkar ki şu durumda *mancipans*'ın istekleri sadece bir ricadan ibarettir. “*Mandabo/mandare*” sözcükleri dikkate alındığında ise, ilk etapta *familiae emptor*'un kendisine *mancipans* tarafından bir talimat verildiğini ve bu talimat ile bağlandığını düşünmek haklı olabilirse de buradaki “*mandare*” sözcüğünün vekalet sözleşmesindeki teknik anlamının dışında kullanıldığını kabul daha uygun düşer, çünkü Roma Hukukunda ölüm sonrası vekalet (*mandatum post mortem*) kaide olarak geçersizdir<sup>74</sup>.

## 2. Testamentum Per Aes Et Libram

*Testamentum per aes et libram* ile ilgili bilgileri asıl olarak Gai. Inst., 2. 102 ve 103'ten öğreniyoruz. Metinler şu şekilde kaleme alınmıştır:

Gai. Inst., 2. 102

Accessit deinde tertium genus testamenti, quod *per aes et libram* agitur: qui enim neque *calatis comitiis* neque *in procinctu testamentum* fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque *rogabat*, quid cuique post mortem suam dari uellet. quod *testamentum* dicitur *per aes et libram*, scilicet quia per *mancipationem* peragitur.

Gai. Inst., 2. 102

Daha sonra külçe ve terazi ile yapılan üçüncü bir vasiyetname türü tanındı. *Comitia calata* önünde veya savaşa girmeden önce vasiyetname yapmamış olan kişi, ani bir ölüm endişesi içinde olduğunda, malvarlığını *mancipatio* ile bir arkadaşına devreder ve bu arkadaşından, ölümünden sonra kendi talimatına göre belirlediği kişilere bu malları dağıtmasını isterdi

72 Boissarie R., s. 39-59.

73 Boissarie R., s. 44.

74 Boissarie R., s. 44-45. Roma Hukukunda ölüm sonrası vekalet hakkında ayrıntı için bkz. Karagöz H., “Roma Hukukunda Mandatum Post Mortem (Ölümden Sonra Vekalet)”, Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul, 1999, s. 165-178.

(rica ederdi). Bu tür vasiyetnameye, *mancipatio* ile yapıldığı için *testamentum per aes et libram* (külçe ve terazi ile vasiyetname) adı verilir<sup>75</sup>.

Gai. Inst., 2. 103

Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc uero solum, quod *per aes et libram* fit, in usu retentum est. sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat; namque olim *familiae emptor*, id est, qui a testatore familiam accipiebat *mancipio*, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari uellet; nunc uero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicitur gratia propter ueteris iuris imitationem *familiae emptor* adhibetur.

Gai. Inst., 2. 103

Bununla birlikte önceki iki vasiyetname şekli uygulamadan kalkmış, geride sadece *testamentum per aes et libram* kalmıştır. Ancak şu andaki usul, eski dönemlerden oldukça farklıdır. Zira önceleri *familiae emptor*, yani malvarlığını vasiyetnameyi yapan kişiden *mancipatio* ile devralan kişi mirasçı konumunda olur ve böylece vasiyet eden, ölümünden sonra malvarlığını dağıtması konusunda oma talimat verirdi. Buna karşılık günümüzde bir başka kimse, vasiyetname ile mirasçı atanır ve bu kişi *legatum*'ların gereğini yapmakla yükümlü olur. Bu kişi sadece isim olarak, eski hukukun taklidi anlamında *familiae emptor* olarak nitelendirilir<sup>76</sup>.

*Testamentum per aes et libram*, mirasbırakanın malvarlığını sembolik bir rakam karşılığında bir bütün olarak ve ölümünden sonraki son arzularına uygun şekilde dağıtılması talimatını vererek güvendiği bir kişiye *mancipatio* ile devretmesi ve devralanın da (*familia emptor*) *nuncupatio*<sup>77</sup> denen bir işlemle bu malvarlığını mirasbırakanın son arzularına uygun şekilde dağıtacağını taahhüt ederek devralması suretiyle meydana gelen bir işlemdir<sup>78</sup>. Vasiyet eden, fiil ehliyetine sahip beş Roma vatandaşı ile bir *libripens* (terazi tutan) önünde durur ve “*bu malları bu tahta ve mum üzerinde yazılı olduğu şekilde sana veriyorum/bırakıyorum/vasiyet ediyorum*” der ve tanıklara dönerek “*Quirites! siz de buna tanık olunuz*” diye bağırır ve tahta levhaları alıcı konumunda olan *familiae emptor*'a teslim ederdi. Alıcı da “*malvarlığımın senin emrin ve benim nezaretim altında olduğunu beyan ediyor, kanuna uygun şekilde vasiyetlerini yerine getirmek için onları bu külçe ile satın alıyorum*” diyerek cevap verir ve bakır külçe ile teraziye vurarak, bakırı da satış bedeliymiş gibi devredene teslim ederdi<sup>79</sup>. Bu merasime ilaveten bazen, bu beş Roma vatandaşı ile *libripens* ve *familiae emptor*'un mumlu tahta parçaları

75 Çeviri için bkz. Küçükgüngör E., *Testamentum*, s. 126.

76 Çeviri için bkz. Küçükgüngör E., *Testamentum*, s. 128.

77 *Nuncupatio*; *per aes et libram, mancipatio, nexum* gibi tasarruf işlemlerinde malı devreden ve devralanın söylemiş oldukları kalıplaşmış sözlerdir (Umur Z., Lügat, s. 143).

78 Gai. Inst., 2. 102-103, ayrıca bkz. Koschaker P./Ayiter K., s. 262; Günel, N., s. 432.

79 Di Marzo S., s. 520. *Familiae emptor*'un devraldığı malların hangileri olduğu açıkça ve teker teker belirtmeye de lüzum görülmemiştir. Zira malların çoğunun taşınmaz olduğu ve dolayısıyla külçe ve terazi ile ölçülmesinin fiilen olanaksız olduğu bir devirde buna gerek duyulmamış olsa gerektir (Boissarie R., s. 43).

üzerine mühürlerini koymaları da istenebilirdi<sup>80</sup>. Görüldüğü üzere *testamentum per aes et libram* vasiyetname, malvarlığını devreden *mancipans*, malvarlığını devralan *familiae emptor* ve terazi tutan *libripens* ile beş tanık huzurunda gerçekleştirilen bir işlemdir.

*Testamentum per aes et libram*'ın hukuki niteliği hukukçular arasında ihtilafıdır. Bir tasarruf işlemi olduğuna kesin gözüyle bakılmakla birlikte nasıl bir tasarruf işlemi olduğu izaha muhtaçtır. Bu konuda akla gelen çeşitli olasılıklar arasında yüklemeli bağışlama, mirasçı atama, ölüm sonrası vekalet, vasiyeti yerine getirme görevlisi tayini gibi işlemler vardır. *Testamentum per aes et libram*'ın ilk şeklini *mancipatio familiae* olarak kabul eden Lévy-Bruhl'a göre, *mancipatio familiae* ilk ortaya çıkışında, tereke mallarının sağlar arası bir işlemle basit bir devrinden ibarettir ve bu nedenle tam anlamıyla bir vasiyetname olarak nitelendirilemez. Zira malvarlığını elde eden kişi başka, mirasbırakanın aile ilişkilerini devam ettirecek kişi başkadır, bu da *familiae emptor*'un teknik anlamda bir mirasçı olmadığına işaret eder. Sağlar arası bir işlem niteliğinde olması sebebiyle *per aes et libram*'ın bir vasiyetname olarak nitelendirilmesi maddeten de imkansızdır. Bu işlem ancak bir mirasçı atama tasarrufunu içerdiği andan itibaren gerçek bir vasiyetnameye dönüşmüş olmalıdır<sup>81</sup>. Cuq, *testamentum per aes et libram*'ı *calatis comitiis* ile *mancipatio familiae*'ın bir karması olarak görmektedir. Bu işlemin mirasçı atamasını içermek zorunda olduğu, başka deyişle, malları devralan kişi mirasçı statüsünde kabul edildiği için *calatis comitiis* karakteri gösterir; malların devir ve temlik işlemleri ile intikalini öngördüğü için de *mancipatio familiae* karakteri gösterir<sup>82</sup>. Bu konuda Di Marzo ise, ilk zamanlarda mülkiyetin *familiae emptor*'a geçtiği ve fakat inanılana olan güvenin yitirmeye başladığı dönemlerden itibaren *familiae emptor*'un mülkiyeti kazanamayan basit bir tanık statüsüne indirildiği fikrindedir<sup>83</sup>. Bu güvenin yitirilmesine bağlı olarak mirasbırakan, malvarlığını inanılana devretmek yerine doğrudan atadığı mirasçıya devretmeye başlamış ve böylece bu işlemin bünyesindeki *mancipatio* da tek taraflı bir işleme dönüşmüştür<sup>84</sup>.

*Per aes et libram* ya da *mancipatio familiae testamentum*'un hukuki niteliği konusunda bizim fikrimiz, bunun ilk ortaya çıktığı an itibariyle gerçekten de bir vasiyetname olarak nitelendirilemeyecek olduğudur. İlk zamanların katı şekilci anlayışı hesaba katıldığında bu görüşümüz haklıdır. Vasiyetnamenin olağan şekli *testamentum calatis comitiis* olup bunun dışındaki bir şekil geçerli değildir. *Mancipatio familiae* ve onun dönüşmüş hali olan *testamentum per aes et libram*, yaşlı ve hasta olan kişileri vasiyetname yapma olanağına kavuşturmak maksadıyla ortaya çıkmış istisnai bir işlemdir. Mirasbırakanın malvarlığının *familiae emptor*'a devrinin henüz sağlıktayken yapılması bu işlemin bir ölüme bağlı tasarruf olarak düşünülmediğini ortaya koymaktadır. Ayrıca, mirasbırakanın malvarlığını devrettiği *familiae emptor* mirasçılardan biri olduğu vakit, *familiae emptor*'un bir vasiyeti yerine getirme görevlisi niteliğinde olduğunu söylemek de zorlaşır. Aynı sonuca *familiae emptor*'un

80 Gai. Inst., 2. 103; ayrıca bkz. **Umur Z.**, Ders Notları, s. 511; **Di Marzo S.**, s. 520; **Boissarie R.**, s. 43; **Küçükgüngör E.**, *Testamentum*, s. 127.

81 **Lévy-Bruhl H.**, s. 637 vd. ile s. 662.

82 **Cuq E.**, s. 685.

83 **Di Marzo S.**, s. 519-520; aynı yönde **Umur Z.**, Ders Notları, s. 511.

84 **Di Marzo S.**, s. 519-520.

mirasçılar arasından seçilmediği durum için de varılmalıdır zira bu durumda da *familiae emptor*'un sıradan bir alıcıdan farkı yoktur ve bu manada bir mirasçı olarak nitelendirilemez<sup>85</sup>.

Bize göre bu işlem ölüm sonrası vekaletin özel bir uygulamasıdır (mandatum post mortem). Mirasbırakan, ölüm sonrası isteklerini yerine getirmesi için *familiae emptor*'a tüm malvarlığını henüz sağlıklıyken devretmekte ve fakat *familiae emptor*'un borçları mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm doğurmaktadır. Katı şekil şartlarından arınmış olması nedeniyle sorunsuz ve zahmetsiz yapılabilen bu işlem, bu özellikleriyle zamanla uygulamada daha yaygın kullanılması ve *familiae emptor*'un mirasçılar arasından seçilmeye başlanmasıyla da malvarlığının devrine gerek kalmayıp sadece tanıklar huzurunda yapılan bir beyanın yeterli görülmesiyle, sağlar arası olmaktan çıkıp ölüme bağlı bir tasarruf niteliğini kazanmış olsa gerektir.

Hukuki niteliği tartışmalı olsa da *per aes et libram*'da *familiae emptor*'un *mancipatio familiae*'da görülenin aksine basit bir alıcıdan ibaret olmadığı kesindir. *Familiae emptor*, müteveffanın son arzularını yerine getirmek ve bunun için malvarlığını devralmak ve devraldığı bu malları müteveffanın son arzuları doğrultusunda dağıtmak durumunda olan bir kişidir; bu kişinin bu işleviyle mirasçıdan bir farkı yoktur<sup>86</sup>.

*Testamentum per aes et libram*'ın şekli şartlarında zaman içinde değişimler olsa da bu vasiyetnamenin yapılmasına tanıkların iştirak etme mecburiyetleri hiçbir zaman ortadan kalkmamıştır. Bununla birlikte herkesin tanıklığı da kabul edilmeyerek vasiyet eden ile *familiae emptor*'un hakimiyeti altında bulunan kimselerin, muhtemelen bu vasiyetnameden hak iktisap edecek durumda olmaları ve bu nedenle işlemin geçerliliği noktasında kendi çıkarlarını korumaya meyledecek olmaları yüzünden, *testamentum per aes et libram*'ın yapılışına tanık olarak katılmaları yasaklanmıştır. Aynı durum *familiae emptor*'un *paterfamilias*'ı için de geçerlidir<sup>87</sup>.

*Testamentum per aes et libram*'ın geçerli olması için, tanıkların vasiyet eden tarafından gösterilen *tabulae* üzerine mühürlerini koymaları ve mührün yanına da isimlerini yazmaları şarttı. *Familiae emptor*'un, *libripens*'in ve bunların dışında beş tanığın daha imzalarını derç etmeleri ile işlemin şekli şartları tamamlanmış olurdu. Bu kişilerin mühür ve isim dercetmek suretiyle koyacakları imza şartı başlangıçta kurucu unsur iken zamanla sadece bir ispat şartına dönüşmüştür. Bu imzaların yer almadığı vasiyetnameler ise ancak vasiyet edenin iradesinin *per aes et libram* bir vasiyetname yapmak olduğu açıkça kanıtlandığı takdirde geçerli sayılmıştır<sup>88</sup>.

*Testamentum per aes et libram*, *mancipatio familiae*'daki olumsuzlukları da ortadan kaldıran ve bu sebeple pratik ihtiyaçlara daha fazla cevap veren bir kurum olmuştur. Zira *testamentum per aes et libram*'daki *familiae emptor* sıradan bir alıcı olmayıp mirasçı yerine geçen (*loco heredis*) bir kişi olup bu durum malvarlığı üzerinde ölüm sonrası etki doğurmak üzere tasarrufta bulunan bir kimsenin

85 *Mancipatio familiae*'in Roma toplumuna özgü bir kurum olmayıp çağdaşı olan başka toplumlarda da benzer kurumlara rastlandığı öne sürülmüştür, mesela Cermen hukukundaki *treuhand* böyledir (ayrıntı için bkz. Lambert E., s. 49 vd.).

86 Boissarie R., s. 61; Cuq E., s. 685.

87 Di Marzo S., s. 521.

88 D. 37. 11. 1. 2; Di Marzo, s. 521; ayrıca bkz. Küçükgüngör E., *Testamentum*, s. 137.

iradesine daha uygundur. Yine *mancipatio familiae*'da devir işlemleri cüzi intikal kurallarına göre gerçekleşmekte iken burada malvarlığı bir küll olarak devredilir. *Mancipatio familiae*'da *familiae emptor* malları kendisine devreden kimsenin iradesine aykırı olarak hareket edecek olursa ona karşı ikame edilebilecek bir dava yoktur. Aynı şekilde tereke alacaklılarının da *familiae emptor*'a karşı bir dava hakları yoktur. *Testamentum per aes et libram*'da ise, *familiae emptor*, *heredis loco* sıfatını taşıdığından bu malvarlığını müteveffanın son arzularına uygun olarak dağıtacağına dair özel bir taahhütte bulunur ve bu taahhüdüne aykırı davranması halinde de bundan sorumlu tutulurdu. Yine *mancipatio familiae*'da bir kimse mallarını çocuklarına doğrudan devredemezdi çünkü birinin diğerinin hakimiyeti altında olduğu iki kişi arasında *mancipatio* geçersiz olurdu. Gerçekten de baba çocuğuna malvarlığını *mancipatio* ile devretmiş olsa dahi bu malvarlığı, aile evlatlarının hak ehliyetleri bulunmadığı için, yine aile reisinin mülkiyetine dahil olacaktı. Oysaki *testamentum per aes et libram*'da *familiae emptor* malların mülkiyetini daimi olarak kazanan bir kişi değildir, bu malları ölenin son arzularına uygun şekilde dağıtmak taahhüdüyle devralmış bir kimsedir, bu nedenle, burada artık bu vasiyetname sadece ölenin irade açıklamasıyla kurulan tek taraflı bir nitelik gösterir<sup>89</sup>.

### 3. Praetor'un Vasiyetname Şekilleri Üzerindeki Etkileri

Eski Hukuk Devrinin *calatis comitiis* ile *in procinctu* vasiyetnamelerinin yerini alan ve Klasik Hukuk Devrinin sonlarına kadar hakimiyetini sürdüren *testamentum per aes et libram*'a zamanla *praetor*'un müdahalesi başlamıştır. Çünkü *testamentum per aes et libram* için aranan şekil şartları her ne kadar *calatis comitiis* vasiyetname ile kıyaslandığında daha basit olsa da, hayatın pratik ihtiyaçları karşısında yine de komplike ve zahmetlidir<sup>90</sup>. *Per aes et libram* vasiyetnameye ait merasimdeki bir özensizlik, mesela formüldeki bir hata ya da sarf edilen sözlerdeki bir yanlışlık, hatta terazideki bir dengesizlik dahi bu vasiyetnamenin geçersiz olmasını sonuçlayabiliyordu<sup>91</sup>. *Praetor* bu sakıncayı giderebilmek için zamanla *per aes et libram* vasiyetnameye müdahale etmeye başlamıştır. Ancak bu müdahale bir kanun koyucu mahiyetinde olmayan<sup>92</sup> *praetor*'un bu vasiyetnameye doğrudan bir geçerlik tanımasıyla olmamıştır. *Praetor* bu müdahaleyi bu vasiyetnameden hak sahibi olacak olan kişilere bir *bonorum possessio*<sup>93</sup> (*possessionem dabo*) tevdi ederek terekenin zilyetliğini vermek suretiyle yapmıştır. İlk etapta terekenin zilyetliğini kazanan *familiae emptor*, bu yolla aynı zamanda zamanaşımı ile iktisap olanağı da kazanır ve zamanaşımı ile iktisap koşullarını sağlar sağlamaz da tam anlamıyla malik olurdu<sup>94</sup>.

89 Cuq E., s. 685; Di Marzo S., s. 519-520; Boissarie R., s. 60 vd.

90 Boissarie R., s. 80; Küçükgüngör E., *Testamentum*, s. 136-137.

91 Boissarie R., s. 76.

92 Ius. Inst., 1. 2. 7.

93 *Bonorum possessio*; *ius civile*'ye göre mirasçı olamayan ancak hakkaniyet gereği mirasçı olması gerektiği düşünülen kimselere *praetorlar* tarafından terekenin zilyetliğinin verilmesi ve bu suretle bu kimselerin mirasçının yararlandığı haklardan yararlandırılmasıdır. Bu kurum *praetorlar* tarafından Roma miras hukukuna getirilmiş önemli bir yenilik olarak görülmektedir (Günel, N., s. 430).

94 Di Marzo S., s. 517-518; Boissarie R., s. 78-79; Küçükgüngör E., *Testamentum*, s. 137-138. Zamanaşımı ile iktisap ihtimalinde elbette kanuni mirasçılardan miras sebebiyle istihkak talepleri saklıydı (Boissarie R., s. 80).

Terekenin zilyetliğini *praetor*'un müdahalesi sayesinde elde eden *familiae emptor per aes et libram* vasiyetname ile öngörülen yükümlülükleri üstlenmiş olacağı için tereke alacaklıları tarafından kendisine karşı açılacak utiles nitelikte davalara katlanmak zorundaydı. Buna karşılık kendisinin de tereke üzerindeki zilyetlikten doğan hakları mevcut olduğundan terekenin korunması için gerekli önlemleri alabilir ve o da tereke borçlularına karşı *actiones utiles* açabilirdi<sup>95</sup>.

*Mancipatio* muameleleri eksik ya da yanlış olan yahut da geçerlik için aranan diğer şartlarından yoksun bulunan *per aes et libram* vasiyetnamenin *praetor* müdahalesiyle geçerli sayılması zamanla bu vasiyetnameyi basit bir yazılı vasiyetnameye dönüştürmüştür. Zira *testamentum per aes et libram* lehdarı kişilerin, bu vasiyetnamenin metni olan ve vasiyet eden ile *libripens* ve beş tanık tarafından imzalanması gereken *tabulae*'ını ibraz etmeleri yeterli görülmüştür, *mancipatio* ile malların devri şartı aranmamıştır. Hatta adı geçen kişilerin imzaları da kurucu unsur ya da sıhhat şartı değil, ispat şartı gibi kabul edilerek vasiyetnamenin varlığının kanıtlanması yeterli görülmüştür<sup>96</sup>. Bu durum *testamentum per aes et libram* vasiyetnameyi aynı zamanda sözlü bir vasiyetnameye de dönüştürmüştür, çünkü *per aes et libram* bir vasiyetnameden söz edebilmek için vasiyet edenin bu şekilde uygun bir vasiyetname yapmak iradesinin bulunduğunu kanıtlamak gerek ve yeterdir<sup>97</sup>.

*Testamentum per aes et libram* vasiyetnameye *praetor*'un müdahalesi konusunda önemle belirtmek gerekir ki bu müdahale bu vasiyetname türünün asli şekil ve özünü kaybetmesine kesin olarak neden olmuştur. Ancak bu müdahale sonrası ortaya çıkan vasiyetnamenin yeni bir vasiyetname şekli olarak kabul edilip “*praetor* vasiyetnamesi” olarak adlandırılması yersiz olur. Zira *praetor* bu yolla yeni bir vasiyetname türü yaratmış ve bunu *ius civile*'ye dahil etmiş demek değildir<sup>98</sup>. Gerçekten de, burada, sadece şekil şartları bakımından geçersiz olan bir ölüme bağlı tasarruf iradesinin yargılama makamı tarafından geçerli bir vasiyetnameye tahvili söz konusudur.

#### D. Postklasik Hukuk Devrinde Vasiyetname Şekilleri

Postklasik Hukuk Devre gelindiğinde ise, *mancipatio*'nun yürürlükten kalkmasına paralel olarak, vasiyetnameler sadece sözlü ya da yazılı şekilde yapılan bir işleme dönüşmüştür ve böylece bu devirde vasiyetnamenin sözlü ve yazılı olmak üzere iki türü ortaya çıkmıştır. “*Testamentum per nuncupationem*” adıyla bilinen sözlü vasiyetname, yedi tanık huzurunda hazır bulunan mirasbırakanın son arzularını açıkladığı ve tanıkların da bu beyanı duyduklarına dair onay verdikleri işlemidir. Tüm safhalarının arka arkaya tamamlanması gereken ve bu nedenle *uno actus* bir işlem olan *testamentum per nuncupationem* bize göre bugünkü resmi vasiyetnameye benzemektedir<sup>99</sup>. *Testamentum per scripturam* adı altındaki yazılı vasiyetname ise, mirasbırakanın yine yedi tanık huzurunda ancak bu defa iradesini yazılı olarak açıklayıp kapalı bir şekilde, mesela iple bağlayarak ya da kapalı bir

95 Boissarie R., s. 80.

96 Ius. Inst., 2. 10.2.

97 Boissarie R., s. 80.

98 Boissarie R., s. 80

99 Ayrıca bkz. Di Marzo S., s. 521.

kutu içinde, metnin kendisine ait olduğunu beyan ederek sunduğu, tanıkların da bu belgenin altına koydukları imza ile tamamladıkları bir usule sahiptir<sup>100</sup>.

*Per aes et libram* vasiyetnamenin etkisiz kalıp yürürlükten kalkmasıyla *familiae emptor* ve *libripens* denen kişilere de ihtiyaç kalmadı. Bu sebeple vasiyet edenin ölüm sonrası hüküm ifade etmesini istediği iradesini beş tanık huzurunda açıklaması ve bu tanıklar tarafından mühür ve imzaların konması yeterliydi<sup>101</sup>. *Per aes et libram*'ın yerini almış olan bu yeni vasiyetname şekli "*ius civile* ve *ius praetorium* mucibince vasiyetname" adıyla bilinmektedir<sup>102</sup>. Iustinianus ise bu vasiyetnameye *testamentum tripartitum* adını vermiştir<sup>103</sup>. Bunun nedeni bu vasiyetname şeklinin oluşmasında hem *ius civile*, hem *praetor* hukuku, hem de imparatorların müdahalesinin söz konusu olmasındandır yani bu vasiyetnamenin her üç kaynaktan da beslendiğini ifade içindir<sup>104</sup>. Nitekim bu vasiyetname, özünde *per aes et libram* olduğu için asıl olarak *ius civile*'den doğmakta, mühür ve imza şartı *praetor* hukukundan gelmekte, sonrasında aranmaya başlanan salt vasiyet eden ile beş tanık tarafından imza şartı ise imparator emirnamelerinden kaynaklanmaktadır<sup>105</sup>.

Posklasik Hukuktan itibaren Roma Hukukunda yazılı vasiyetname şeklinin hakim olduğunu söylemek yanlış olmaz<sup>106</sup>. Yazılı vasiyetname şeklinde vasiyetname metninin vasiyet eden tarafından yazılması esas olmakla birlikte vasiyet edenin iradesine uygun doldurulması kaydıyla bir başka kimse tarafından kaleme alınması da mümkündür<sup>107</sup>. Yazılan metin açık ya da kapalı olarak tanıklara sunulur, vasiyet eden tanıklar huzurunda bu vasiyetnamenin kendisine ait olduğunu beyan eder, imzalar ve nihayetinde tanıklar da aynı anda ve arka arkaya (*uno actus*) mühürleyip imza ederlerdi. Vasiyet edenin okuma yazma bilmeme problemi ise işleme sekizinci bir tanığın dahil edilerek bu kişinin vasiyet eden adına vasiyetname metnini imza etmesinin kabulüyle çözümlenmiştir<sup>108</sup>.

## E. Iustinianus Hukukunda Vasiyetname Şekilleri

Iustinianus hukukuna gelindiğinde tüm bu vasiyetname şekilleri bir araya getirilmiştir. Yazılı şekil için aranan karışık usuller basitleştirilerek vasiyetnameyi düzenleyen kişinin sadece el yazısı yeterli görülmüştür. Vasiyetname iradesinin şehir noteri (tabularius) önünde beyan edilerek

100 Bunların yanında bu dönemde vasiyetnameler için başka şekillerin öngörüldüğü de gözlenir; mesela şehir memurları önünde yapılan *testamentum apud actum conditum*, imparatora teslim edilmek üzere yapılan *testamentum principii oblatum* bu konuda birkaç örnektir (Di Marzo S., s. 523).

101 Di Marzo S., s. 523.

102 Di Marzo S., s. 523.

103 Ius. Inst., 2. 10. 3.

104 Accarias C., s. 852.

105 Ius. Inst., 2. 10. 3, ayrıca bkz. Di Marzo S., s. 523.

106 Küçükgüngör E., *Testamentum*, s. 144-145.

107 C. 6. 23. 21 pr.; ayrıca bkz. Küçükgüngör E., *Testamentum*, s. 144; Di Marzo S., s. 522. Vasiyetnameyi kaleme alan kişi kendi lehine bir hüküm koydurmuş olursa bu hüküm Senatusconsultum Libonianum (MS 16) gereğince batıldır (Di Marzo S., s. 522 dn. 26).

108 Küçükgüngör E., *Testamentum*, s. 145.



kaleme alınmasıyla tespit edildiği bugünkü resmi vasiyetnameye benzeyen bir uygulama da yine bu dönemde yerleşmiştir. Okuma yazma bilmeyenlerin beyanlarını sözlü açıklamak ve okuma yazma bilen bir tanığa imzalatmak suretiyle vasiyetname yapabilecekleri kabul edilerek okuma yazma bilmeyenler için de vasiyetname yapma imkanı getirilmiştir. Eski Hukuk devrinden beri var olan asker vasiyetnamelerinin de yine bu dönem itibarıyla de korunduğu bilinmektedir<sup>109</sup>.

Iustinianus Hukukunda getirilen tüm bu yenilikleri dikkate aldığımızda, bu dönemde üç ayrı vasiyetname şeklinin kabul edilmiş olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bunlar, yazılı vasiyetname, sözlü vasiyetname ve resmi vasiyetnamedir<sup>110</sup>. Yazılı vasiyetnameye ilişkin düzenlemeleri Ius. Inst. 2. 10. 12'den öğreniyoruz.

Ius. Inst., 2. 10. 12

Vasiyetnamenin tahta parçaları, kağıt, deri veya herhangi bir madde üzerine yazılmış olmasının bir önemi yoktur.

Bu metinde vasiyetname metninin üzerine yazıldığı materyalin bir öneminin olmadığı belirtilmek suretiyle yazılı vasiyetnameden söz edilmektedir. Gerçekten de vasiyetname metni tahta levha, deri, kağıt gibi herhangi bir materyal üzerine yazılabilir. Metinde dikkati çeken husus ise, vasiyet eden ya da tanıklar tarafından imza edilmesi şartına hiç değinilmemiş olmasıdır. Ancak unutmamak gerekir ki yukarıda da temas ettiğimiz üzere *per aes et libram* vasiyetnamenin şekli basitleştirilerek sadece vasiyet eden ve tanıkların imzasını içeren bir vasiyetname şekline dönüşmüş olduğu için tanıkların imzası şartını açıkça anmaya gerek kalmamaktadır. Başka ifadeyle, Iustinianus'tan daha önce zaten bir yazılı vasiyetname mevcuttu ve Iustinianus bu vasiyetnamenin şekil şartlarını basitleştirerek yine aynıısını yürürlüğe koymuştu.

Iustinianus, yazılı vasiyetname için önceden aranan vasiyet edenin imzası zorunluluğunu vasiyet edenin kendisinin kaleme aldığı vasiyetnameler için kaldırmıştır. Buna göre vasiyet eden tarafından kaleme alınmış vasiyetnameler, sadece tanıklar tarafından imzalanarak; vasiyet eden tarafından değil başkası tarafından kaleme alınan vasiyetnameler ise, hem vasiyet eden hem tanıklar tarafından imzalanarak geçerli olabiliyordu<sup>111</sup>.

Pratik ihtiyaçlara göre yazılı vasiyetnamenin değişik şekillerine de rastlanmaktadır. Köylerde ikamet eden ve okuma yazma bilmeyenler için beş tanık huzurunda iradelerini açıklamaları ve bu iradenin kaleme alınarak tanıklar tarafından imzalanması suretiyle bu kişilerin de vasiyetname yapabilecekleri kabul edildi.<sup>112</sup>

109 Di Marzo S., s. 524-525; Küçükgüngör E., *Testamentum*, s. 144 vd.

110 Ius. Inst., 2. 10. 4; C. 6. 23. 21. 4; C. 6. 23. 19.

111 Bu hususu C. Iust. 6. 23. 28'den anlıyoruz: "Eğer bir kimse bütün vasiyetnameyi veya *codicillum*'u kendi eliyle yazmışsa ve bunu vasiyetnamede açıkça belirtmişse, bütünüyle elle yazılmasının yeterli olacağı kabul edilir ve vasiyet edenin ve onun yerine bir başkasının vasiyetnameyi imzalaması gerekmez", (Çeviri için bkz. Küçükgüngör E., *Testamentum*, s. 146).

112 C. 6. 23. 19, aynı yönde bkz. C. Ius. 6. 23. 31.

Sözlü vasiyetnameye ise Ius. Inst. 2. 10. 14'de atıf yapılmaktadır:

Ius. Inst., 2. 10. 14

Bütün bu kaideler yazılı olarak tanzim edilen vasiyetnameler içindir. Şayet bir kimse, yazılı olmaksızın, yedi şahit çağırıp onların önünde iradesini beyan ederek ius civile mucibince vasiyette bulunmak isterse bu da ius civile'ye uygun ve emirnamelerimiz tarafından teyit edilmiş tam ve muteber bir vasiyetname teşkil eder.

Yine C. Ius. 6. 23. 21. 4'de de *per nuncupationem* yani sözlü vasiyetnamenin ne zaman geçerli olacağından bahsedilmektedir:

C. Ius. 6. 23. 21. 4

Per nuncupationem quoque, hoc est sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus, nisi septem testes, ut supra dictum est, simul uno eodemque tempore collecti testatoris voluntatem ut *testamentum* sine scriptura facientis

C. Ius. 6. 23. 21. 4

Sözlü yani yazılı olmayan vasiyetnamenin, yukarıda belirtildiği gibi, tek ve aynı anda yedi tanığın çağrılmaması ve vasiyet edenin yazılı olmayan bir vasiyetname yapma yönündeki iradesini duymamaları durumunda, geçerli olmayacağına hükmederiz<sup>113</sup>.

Bu metne göre sözlü vasiyetname yedi tanık huzurunda ve vasiyet edenin sözlü vasiyetname yapma yönündeki iradesinin varlığı ve bu iradesini yedi tanık huzurunda açıkça beyan etmesi suretiyle geçerli olabilecektir.

Vasiyet edenin son arzularını şehir memurları ya da yargılama makamı önünde yaptığı bir açıklama ile yahut da imparatora bildirmek suretiyle düzenleyebilmesi de mümkün kılınmıştır. *Testamentum apud acta conditum*<sup>114</sup> ve *testamentum principi oblatum* isimleriyle anılan<sup>115</sup> bu vasiyetname şekilleri<sup>116</sup>, bize göre, günümüz resmi vasiyetnamesine benzemektedir.

## Sonuç

Bu çalışmada ulaştığımız tespitlerden ilki, Romalıların vasiyetname işlemini daima şekle bağlı bir hukuki işlem olarak kabul ettikleri ve vasiyetname için özel şekiller tayin ettikleridir. Roma Hukukunun bilinen en eski vasiyetname şekilleri; barış zamanlarında cari olan olağan vasiyetname

113 Çeviri için bkz. **Küçükgüngör E.**, *Testamentum*, s. 147.

114 Bu konuda bkz. **Günel N.**, s. 434.

115 **Di Marzo S.**, s. 523; **Küçükgüngör E.**, s. 148.

116 Bu vasiyetnamelerin şekilleri hakkında bkz. **Sütken E.**, Roma Hukuku'nda Şekil, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2010.

türü *testamentum calatis comitiis* ve diğeri de, savaş zamanlarında yapılabilen ve bu nedenle istisnai nitelik taşıyan olağandışı vasiyetname türü *testamentum in procinctu*'dur. Olağan vasiyetname şekli olan *testamentum calatis comitiis*, 24 mart ve 24 mayıs olmak üzere yılda iki defa ve rahiplerin katılımı ile toplanan halk meclisleri önünde hazır bulunan vasiyet edenin, ölümünden sonra yerine geçecek kişinin kim olacağına dair iradesini açıklaması ile başlayıp rahipler ile halk meclisinin bu iradeyi onaylamasının ardından tamamlanan bir işlemdir. *Testamentum calatis comitiis*'in merasimleri bakımından dikkati çeken, bu vasiyetnamenin kalabalık bir halk kitlesi önünde kuruluyor olmasıdır. Bu da bize Romalılar tarafından ilk zamanlarda vasiyetname işleminin salt kişiyi ilgilendiren bir tasarruf olarak görülmeyip kamusal bir tasarruf olarak kabul edildiğini göstermektedir. Başka deyişle Romalılara göre ilk zamanlarda vasiyetname bir özel hukuk işlemi değil kamu hukuku işlemidir. Her iki vasiyetname şeklinin gerek merasime bağlı oluşu, gerek yıl boyu ancak iki defa yapılabiliyor olması, zamanla *testamentum per aes et libram* adıyla bilinen ve pratik ihtiyaçlara daha iyi cevap veren yeni bir vasiyetname tipini ortaya çıkarmıştır. Bu vasiyetname türü vasiyet edenin malvarlığını sağlar arası bir işlemle güvenilir bir kişiye devrederek ona kendi ölümünden sonra bu malvarlığının son arzularına uygun olarak dağıtılmasını yüklemesi ile meydana gelen bir işlemdir. Bu nedenle ölüme bağlı tasarruftan çok sağlar arası bir işlem niteliği göstermektedir. Ancak zamanla bu işleme ölüme bağlı bir tasarruf niteliği atfedilmiştir. Klasik hukukta hakim olan *testamentum per aes et libram*'ın ardından *praetor* ve imparatorların müdahaleleri ile yeni vasiyetname türleri ortaya çıkmıştır.

Iustinianus Hukukuna gelindiğinde eski dönemlerin karmaşık şekil ve kalıpları terk edilerek yazılı, sözlü ve resmi vasiyetname olarak üç ayrı vasiyetname şeklinin kabul edildiği gözlemlenir. Buna bağlı olarak çalışmamızda ulaştığımız son bir tespit ise, Roma Hukukunda başlangıçta karmaşık surette başlayan vasiyetname şekillerinin giderek basitleştirildiği ve vasiyetnamenin bağlanacağı şekil şartlarının tespitinde artık pratik ihtiyaçlara daha fazla önem atfedilerek düzenlemeler yapıldığıdır.


## KAYNAKLAR

- Accarius C.**,Précis De Droit Romain, Tome I, 4. édition, Librairie Cotillon, 1886.
- Appleton Cf.**,Le Testament Romain, La Méthode Du Droit Comparé Et L'Authenticité Des XII Tables, 1903.
- Berki Ş.**,Roma Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1949.
- Boissarie R.**,Des Formes Du Testament Romain, Paris, L. Larose Et Forcel, 1888.
- Çuq E.**,Manuel Des Institutionis Juridiques Des Romains, 2. éd., RevueEt Complétée, Paris, Librairie Plon/ Librairie Générale, 1928.
- Di Marzo, S.**,Roma Hukuku, Beşinci Tab'ından Çev. Ziya Umur, 2. Baskı,İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1959.
- Günel, N.**,“Roma Miras Hukuku'na Genel Bir Bakış ve Vasiyet Yolu İleMiras”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, S.1, 1995, s. 425-442.
- Iustinianus** Institutiones, Türkçe metin: Ziya Umur, İstanbul, 1984.
- İmre Z. / Erman H.**,Miras Hukuku, Yasal Mirasçılık-Ölüme Bağlı Tasarruflar- Mirasın Geçmesi-Mirasın Taksimi, Gözden Geçirilmiş 14.basım, İstanbul, Der Yayınları, 2018.
- İpek N.**, “XII Levha Kanunu”, **Argumentum**, Yıl: 3, Sayı: 34
- İpek N.**,“Roma Hukukunda Hısımlık”, MÜHF-HAD, C. 21, S. 1, s. 167-203.

- Karagöz H.**, “Roma Hukukunda Mandatum Post Mortem (Ölümden Sonra Vekalet)”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul, 1999, s. 165- 178.
- Kayak S.**, Roma Hukukunda İkame (Substitutio) ve Türk Hukuku Üzerindeki Etkisi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2019.
- Koca Ö.**, Roma Hukuku’nda ve Türk Hukuku’nda Ölümüne Bağlı Tasarruflar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Kocayusufpaşaoğlu N.**, Miras Hukuku, Hiç Değiştirilmemiş 3. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987.
- Koschaker P./ Ayiter K.**, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1993.
- Küçükgüngör E.**, “Roma ve Türk Hukukunda Muayyen Mal Vasiyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 45, S. 1, 1996, s. 505-531.
- Küçükgüngör E.**, Roma Hukukunda Vasiyet (Testamentum), Ankara, Yetkin Yayınları, 2007, (Kısaltma: Testamentum)
- Lambert E.**, La Tradition Romaine Sur La Succession Des Formes Du Testament Devant L’Histoire Comparative, Paris, V. Giard & E. Brière Librairies Editions, 1901.
- Lambert J. N.**, “La Très Ancienne Succession Romaine Interprétée D’Après Le Droit Comparé”, RHD, 4. série vol. 31, 1954.
- Lepointe G.**, Droit Romain Et Ancien Droit Français, Régimes Matrimoniaux, Libéralités, Successions, Paris, Editions Montchrestien, 1958, s. 15 N. 23.
- Lepointe M.**, Cours de Droit Romain, rédigé d’après les Notes et avec l’Autorisation, Licence 1 année, Paris, 1948-1949.
- Lévy-Bruhl H.**, “La Fonction Du Très Ancien Testament Romain”, NRHD, vol. 45, 1921, s. 634-669.
- Monier R.**, Manuel Élémentaire De Droit Romain, Tome I, Introduction Historique, Les Sources – La Procédure – Les Personnes – Les Droits Réels – Les Successions, 6. éd., Editions Domat Montchrestien, 1947.
- Sandalcı S.**, On İki Levha Yasaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi, 1993.
- Schmidlin B./ Augusto Cannata C.**, *Droit Privé Romain, II, Obligations-Successions- P r o c é d u r e*, Lausanne, CJR, 1987.
- Somer, P.**, “Dar anlamda Aile Hukukunun Esasları”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1 S.2, 2002, s.155-180.
- Söğütlü Ö.**, Roma Özel Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2020.
- Söğütlü Erişgin Ö.**, Roma Kamu Hukukuna Giriş, Ankara, Seçkin, 2017.
- Sütken E.**, Roma Hukuku’nda Şekil, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2010.
- Tahiroğlu B.**, “Quelques Ressemblances et Différences entre Le Droit Romain et Le Droit Moderne Turc Dans Les Droit Des Successions” Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 3, 1988, s. 5-23.
- Türkoğlu, G. H.**, “Roma Cumhuriyet ve İlk İmparatorluk Dönemlerinin İdari Yapısı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S. 2, 2009, s. 251-289.
- Umur Z.**, Roma Hukuku Ders Notları, Tıpkı 3. Basım, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010 (Kısaltma: Ders Notları)
- Umur Z.**, Roma Hukuku Lügati, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1983 (kısaltma: Lügat)
- Umur, Z.**, Roma Miras Hukukunun Ana Hatları, İÜHFİM, C. XXXI, Sayı: 1-4’den ayrı bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1966.

# Roma Yazınında ve Hukukunda, Roma'nın Temel Erdemlerinden Biri: *Pietas*

## One of the Principal Roman Virtues: Pietas in Roman Literature and Roman Law

Nurcan İpek \* 

### ÖZ

Augustus'un siyasi slogan olarak seçtiği "*pietas*" kavramı, klasik hukukçular tarafından adalet idealini gerçekleştirmek amacıyla diğer temel erdemler ve etik değerlerle birlikte kullanılmıştır. Roma yazınında da sıkça kullanılan "*pietas*" terimi Roma geleneğinde önemli bir yer tutar. Başlangıçta dini bir çağrışım içeren "*pietas*" kavramı cumhuriyet devrinin sonlarından itibaren kültürel unsurları da ihtiva eden bir anlam içermeye başlamıştır. Roma hukuk metinlerinin çoğunda, "*pietas*" akrabalar arasında, özellikle de çocuk ile ebeveyn arasında, karşılıklı görev ve uygun davranışa işaret eder. Sözleşmeye dayanan ilişkilerde ise "*pietas*", bazen "sözüne bağlılığı" bazen de "dürüst bir şekilde hareket etmeyi" hedef almaktadır.

Bu çalışmada Roma hukukunda ve yazınında dikkate değer bir şekilde ele alınan Roma'nın temel erdemlerinden "*pietas*" kavramı açıklanacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Roma Hukuku, *Pietas*, Erdem, Sadakat, Saygı, Görev Bilinci

### ABSTRACT

The concept of "*pietas*", chosen by Augustus as a political slogan, was used by classical jurists to realize the ideal of justice together with other basic virtues and ethical values. The term "*pietas*", which is also frequently used in Roman literature, has an important place in the Roman tradition. The concept of "*pietas*", which initially had a religious connotation, started to have a meaning which also includes cultural elements as from the end of the republican era. In most Roman legal texts, "*pietas*" refers to mutual duty and appropriate behavior between relatives, especially between the child and its parent. In contractual relations, "*pietas*" is sometimes aimed at "devotion to one's word" and sometimes "acting in an honest way". In this study, the concept of "*pietas*", one of the basic virtues of Rome, which is significantly handled in Roman law and literature, will be explained.

**Keywords:** Roman Law, *Pietas*, Virtue, Fidelity, Respect, Duty

\* Dr. Öğretim Üyesi, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Nurcan İpek

**E-posta/E-mail:** nurcan.ipek@marmara.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 20.10.2020

**Kabul Tarihi/Accepted:** 07.04.2021

## I. Genel Olarak

M.S.1.yy.-3.yy. arasında yaşamış klasik hukukçular ile onların eserleri, *praetor*'ların<sup>1</sup> yargı alanındaki faaliyetleri<sup>2</sup> yanında, Roma hukukunun gelişimine katkıda bulunan en önemli kaynaklardır<sup>3</sup>. Klasik hukukçular sayesinde, *praetor*'ların faaliyetleri henüz sona ermeden<sup>4</sup> Roma hukuku bilimsel bir nitelik kazanmaya başlamıştır. Bu nedenle imparator (*princeps*) tarafından hukuk oluşturmaları önlenmek istenen *praetor*'lar, *edictum perpetuum* ile önemlerini kaybetse de; onların, danıştıkları hukukçular, hukukun daha sonraki gelişiminde de etkili olmuşlar, eserleriyle klasik hukukun unutulmamasını sağlamışlardır.

M.S.3.yy.da yaşamış klasik hukukçu Pomponius, dar anlamıyla *ius civile*'nin kanunlar ve usul hukukunun dava şekilleriyle değil, hukukçuların eserleriyle oluştuğunu belirtmiştir<sup>5</sup>. Faaliyetleriyle (*interpretare, cavere, respondere* kapsamında), *ius civile*'nin yaratılmasında etkili olan hukukçular, kaleme aldıkları eserleri “gerçek hayatın gözlemlerinden, sosyal grupların tabii yapılarından, Roma kavminde mevcut olan iş ilişkilerinden, hısımlık ve komşuluk ilişkilerinden, örf ve âdetlerinden, ahlak kurallarından veya kendiliğinden oluşan usul hukuku kurallarından almışlardır”<sup>6</sup>. Çünkü klasik hukukçular, pozitif hukukun (*lex, plebiscitum, senatus consultum, constitutum*) ötesinde daha adil, daha iyi hukuki çözüm yollarına ulaşmayı hedeflemişlerdir.

Klasik hukukçular, cumhuriyet dönemindeki öncelleri gibi kazüistik yöntemi kullanmış olmakla beraber, bu yöntemi sistematikleştirme yolunu tercih etmişlerdir. Bunun için, gerçek veya kurgusal olaylarla, daha sonra karara bağlanmış olayları karşılaştırmışlardır. Bunu gerçekleştirirken bir taraftan kanunlar ve hukuk kurallarından yararlanmışlar diğer taraftan bu kuralların sertliklerini gidermek

- 1 *Praetor*'lar, hukuk eğitimi almış olsalar bile hukukun entelektüel ve bilimsel gelişimiyle esas olarak ilgilenmiyorlardı. *Praetor*'lara hukuki yenilikleri ortaya koymak için gerekli olan teknikleri, genellikle hukukçulardan (*iuris consulti* veya *iuris prudentes*) oluşan *consilium* (danışma kurulu) gösteriyordu. Bu nedenle Roma hukukunu, zamanın ihtiyaçlarına uydurmak için yeni koruma imkânlarının ortaya çıkarılmasında, *praetor*'lar üzerinde danışma kurulunun etkisi çok büyük olmuştur. **Tahiroğlu B./Erdoğan B.**, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2012, s. 61; **Kütükçü D.**, Batı Hukuku Geleneğinin Oluşumu, Ankara 2017.
- 2 Roma hukukunun temeli usul hukukuna dayanmaktadır. Roma hukukunun gelişiminde davalar (*actiones*) önemli bir rol oynar. Roma hukukunda, maddi hukuk ile usul hukuku birbirinden ayrılmaz bir şekilde iç içe geçmiştir. Diğer bir anlatımla hak ile bu hakkı koruyan dava arasında sıkı bir ilişki vardır. Romalılara göre dava varsa; bu, korunmaya değer bir hakkın varlığına işaret eder.
- 3 M.S. 3.yy'a kadar hukuk, “bilimsel olarak” kavranıldığı halde M.S. 3.yy'dan Iustinianus'a kadar “politik otoritenin bir ürünü” olarak kabul edildi. İlk aşamada kanunlar (*leges*) ve örf-âdetler (*mores*) hukukçuların mantıkî-spekülatif faaliyetlerinin temel iki kaynağı iken, ikinci aşamada imparatorun iradesi dışında bir meşruiyet kaynağı kabul edilmediğinden, hukukçular sadece otoriter biçimde konan kurallardan yararlanıyor ve bunları uyguluyordu. Dolayısıyla Roma hukukunun esaslı gelişimi, hukukçuların yaratıcı düşüncelerini ortaya koymalarına imkân veren M.S. 3.yy'a kadar geçen süreçte gerçekleşmiştir. **Corbino A.**, Romada Arkaik ve Cumhuriyet Dönemleri'nde, Anayasal-Politik Dengeler-Hukuksal Gelişim, Hukukçuların Hukuk Yaşamındaki Rollerini, çev. Özcan Çelebician, AÜHFD, C. 44, S. 1-4, 1995, s. 61-62.
- 4 Hukuki uyumsuzlukların incelenmesi ve hâkime gönderilmesinde görev alan, özel hukuk alanında özellikle de usul hukuku alanında önemli koruma tedbirlerini (def'i, eski hale iade vb.) benimseyen *praetor*'ların faaliyetleri, yayınladıkları emirnamenin kesin hale getirilmesiyle M.S.130 yılında (imparator Hadrianus zamanında) durmuştur.
- 5 D.1.2.2.12
- 6 **Valley M.**, Roma Hukuku Güncelliği, çev. Tahiroğlu B., İstanbul 1985, s.61.

amaçlı normatif standartlar (sadakat, dürüstlük gibi) benimsemişlerdir<sup>7</sup>. Roma cumhuriyetinin son yüzyılından başlayarak imparatorluk döneminde, hukuki yeteneklerini Yunan felsefesi (özellikle Stoacı ahlak felsefesinin) ilkeleri ile birleştiren ve hukuk pratiğine ilgi gösteren klasik hukukçular, Roma özel hukukunun her alanında önemli dönüşümlere tesir etmişlerdir.

Klasik hukukçular, manevi ilke olarak kabul ettikleri “adalet” (*iustitia*) idealini gerçekleştirmek için hukuki kurumları ve onları oluşturan yürürlükte bulunan hukuk kurallarını yorumlarken “temel erdemlere”, “değerlere” ve “etik standartlara” bağlı kalmışlardır<sup>8</sup>. Klasik hukukçuların etkisi altında kaldıkları bu temel erdemlerin başında aşağıda ayrıntısıyla açıklanacağı üzere *pietas* (kişinin tanrılara, vatanına ve ailesine olan bağlılığı ve görev bilinci; atalarının geleneklerine saygı) ve *humanitas* (insan onuruna saygı)<sup>9</sup> gibi değerler gelmektedir. Klasik hukukçuların etkilendikleri bu “değerler sistemi”, sosyal düzenin önemli bir parçası olmuştur. Böylece Roma hukuku, modern hukuka sadece hukuki düzenlemeleriyle (kanunlar, *senatus* kararları ve imparator emirnameleri) değil, klasik hukukçuların atıfta bulunduğu “erdemler” ve ortaya koydukları “değerler” ve “etik standartlar” ile etki etmiştir<sup>10</sup>.

Roma hukuku, klasik hukukçular sayesinde bilimsel bir nitelik kazanmış ve günümüz medeni hukukunun şekillenmesinde önemli bir paya sahip olmuştur. Diğer bir anlatımla Roma hukukunun kurallarıyla birlikte, bu “temel erdemler” ve “değerler sistemi”; Avrupa’da ortaya çıkan hukuk kültürüne tesir etmiştir<sup>11</sup>.

Bu çalışmamızda klasik hukukçular tarafından benimsenen, dolayısıyla Roma hukukunu etkileyen ve Roma yazın alanında da ele alınan Roma'nın temel erdemlerinden “*pietas*” açıklanacaktır.

## II. Roma Geleneğinde “*Pietas*”

Klasik hukukçular tarafından benimsenen temel erdemlerin, değerlerin kökeni aslında başlangıç tarihi kesin olarak belli olmayan çoktanrıci Roma dinine dayanır. Başka bir ifadeyle klasik döneme kadar bu değerler, “dini bir çağrışım” içerir<sup>12</sup>.

7 Klasik hukukçular, bu şekilde, bir taraftan *ius civile*'yi korumaya çalışırken diğer taraftan öğretilerini ve benimsedikleri standartları tatmin edici bir şekilde uygulamanın yeni yollarını keşfederek *ius civile*'ye destek oluyor ve onu geliştiriyorlardı. **Kütükçü D.**, s. 160-162.

8 Bu konuya ilişkin açıklama için bkz. **Villey M.**, s. 33-34.

9 “*Humanitas*, etik bir emir olarak insani eğilim, başkaları için hayırsever bir düşünce” anlamına gelir. **Berger A.**, s. 489. Roma’da kamu yararı düşüncesiyle sınırlandırılmış olan *humanitas*; başkalarına, insan ırkından gelen herhangi bir kişiye ya da gruba zarar verecek şekilde davranmaktan kaçınmak olarak tanımlanabilir. **Türkoğlu H. G.**, Roma Hukukunda Humanitas İle Maiestas Populi Romani Arasındaki Bağlantı, TBB Dergisi, 2011 (96), s. 231.

10 M.S. 3.yy’a kadar hukukun bilimsel olarak kavranması düşüncesi çerçevesinde Romalı hukukçular iki temel kaynağa dayanıyordu: i) Kanunlar (*leges*) ii) Örf ve adetler (*mores*). Aralarında çelişki olmayan bu iki kaynak, hukukçuları somut olaylarda uygulanacak kuralı belirlemede yönlendiriyordu. **Corbino A.**, s. 61-63.

11 **Villey M.**, s. 7-11; 66-67. Ayrıca batı hukuku kültürünün Avrupa üniversitelerindeki kökeni hakkında bkz. **Kütükçü D.**, s.342-364.

12 *Pietas* kavramının Roma’da “tanrılara bağlılık” olarak dinsel yönde gelişiminde, Yunan felsefesinin etkisi göz ardı edilemez. Hatta bu kavramın Yunan dünyasındaki yaygın kullanımı, Roma’dan farklı olarak tamamen dinsel nitelik taşımaktadır. **Menziçioğlu F. Ç.**, Roma’da *Pietas* Kavramı, Felsefe Arkivi, İstanbul 2008, s.71, 74.

Büyülerin etkin olduğu ilkel evre bir tarafa bırakıldığında, onu takip eden Latium yerli halklarının dini, aileye bağlılık ve sadakat üzerinde temellenmiştir. Ailenin devamlılığı için ata tarafından alevlenmiş ateş (ocak), evde hiç sönmeden yanmalı; bunu, evin genç kızları sağlamalıdır. Ayrıca ölü atanın ihtiyaçları, geride kalan aile fertleri tarafından temin edilmelidir<sup>13</sup>. Ölen ataya, aile fertleri tarafından gösterilen saygı ve sadakate karşılık; ölü ata da aile fertlerini korumaktadır, dolayısıyla, o, adeta bir tanrıdır<sup>14</sup>. Aile kültüründe, tanrıların uygulamalarına uygun olan tapım biçimleri ve bunların aile bireyleri tarafından yerine getirilmesi oldukça önemlidir. Romalılar, tanrıların törelerine uygun dinsel törenler, bayramlar ve kurban törenleri yaparak onların huzurunu ve yatışmasını sağlamayı amaç edinmeli; bu amaca sadakatle bağlı kalmalıdır. Bir başka anlatımla, gerekli ritüeller yerine getirilmediğinde, tanrılar insanlara zarar verebileceğinden; Romalı aileler, tanrıların iyi niyetini kazanmak için bu konuda üzerlerine düşen görevleri en iyi koşullarda ifa etmelidir<sup>15</sup>. Kısaca “Romalılar, tanrılarına sadakatle bağlı kalmalıdır ki; tanrılar da onları mükâfatlandırın”. Dolayısıyla, özellikle tanrıların gazabına uğramak istemeyen Romalılar, cumhuriyetin sonlarına kadar hem düşünsel hem de eylemsel anlamda, “iyi insan olma”, “iyi işler başarma” duygusuna sahip olmayı istemişler ve bu duyguyu gerçekleştirmek için tanrıların törelerine uygun dinsel törenleri ifa etmişler, bayramları kutlamışlar ve ölen ata ruhlarının ihtiyaçlarını temin etmişlerdir<sup>16</sup>. Bu nedenle cumhuriyet dönemi sonlarına kadar, dini içeriğe sahip görev bilincinden (*pietas*) söz edilir. Aslında bu bağlılık, aile fertlerinin yakın birlikteliğini göstermekte ve nihayetinde sonradan gelen siyasi birliğin parçası olan ailenin sağlam yapılmasına işaret etmektedir<sup>17</sup>.

Augustus dönemi önemli ozanlarından biri olan Publius Ovidius Naso, *Fasti* adlı eserinde, Roma takviminde yer alan dinsel törenler, ayınlar ve festivaller hakkında bilgi verirken ölülerin ruhlarının (*manes*) huzura kavuşturulması için pahalı hediyelere gerek olmadığını, onların hoşuna gidenin “vefa” (*pietas*) olduğunu söyler<sup>18</sup>. Ölü ata ruhlarını memnun etmek için yapılan ritüeller de görev bilincinin (*pietas*) dışı vurumdur ve dini içerik taşımaktadır.

- 13 İnsanın öldükten sonra *manes* adlı bir yığına katıldığına ve bu yığınla beraber yaşadığına inanan Romalılara göre, bu yığına katılanlar bireysel özelliklerini kaybederek tanrısalılığı paylaşıyorlardı. Yaşayan insanlar tarafından bir takım törenler düzenlenerek *manes* rahat ettirilmeliydi. *Manes*'in huzurunun sağlanması dinsel bir görevdi ve bu görevin yerine getirilmemesi durumunda *manes*'e katılan ölü ata geri gelir ve görevini yerine getirmeyeni cezalandırır, kendisine karşı saygıda kusur etmeyi ise mükâfatlandırır. Bir tanrı olarak görülen ataya, saygı göstermeli ve kendisinden korkulmalıydı. Kısaca, ölen ataya karşı, korkuyla karışık bir saygı söz konusuydu. **Dürüşken Ç.**, *Antik Çağ'da Yaşamın ve Ölümün Bilinmezine Yolculuk*, Roma'nın Gizem Dinleri, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul 2000, s. 48.
- 14 Roma dininin temel anlayışına göre ölen ata için, geride kalan aile fertlerinin son görevlerini (*pietas*) yapma imkanı sağlayan her türlü ritüel; bir taraftan ölülerin ruhlarını tanrılar önünde huzura kavuşturmakta diğer taraftan hayatta kalanların huzur ve esenliğini sağlamaktadır. Aile fertleri, dini görevlerine saygısız davranır (*impius*); diğer bir anlatımla ölüyü gömme işleminden önce, gömme işlemi sırasında veya sonrasında üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmezse (yapılacak işlemler yasal düzenlemelerle standart bir hale getirilmiştir) tanrılar tarafından cezalandırılabilir. **Bailey C.**, *Antik Roma'nın Dini*, çev. Peren Gülmez, İstanbul 2018, s.21; **Akçay T.**, *Yunan ve Roma'da Ölü Kültü*, Ankara 2017, s. 120.
- 15 **Dürüşken Ç.**, *Roma'nın Gizem Dinleri*, s. 22-23; **Dürüşken Ç.**, *Roma Dini*, *Türk Eski Çağ Bilimleri Enstitüsü Yayınları*: 19, İstanbul 2003, s. 1.
- 16 **Dürüşken Ç.**, *Gizem Dinleri*, s. 36; s. 16.
- 17 **Couch J. A.**, *Roma'nın Eski Hukuk Döneminde Kadın*, çev. İpek Sevdâ Söğüt, Prof. Dr. Ali Güzele Armağan, C.II, İstanbul 2010, s. 1492.
- 18 Ovidius, *Fasti* II, 535 – 542: “*Est honor et tumulis, animas placare paternas, parvaque in exstructas munera fere pyras parva petunt manes: pietas pro divite grata est munere; non avidos Styx habet ima deos tegula porrectis satis est velata*



Aile içinde benimsenen bu genel düzen, şehirleşmenin getirdiği değişim sonucunda öncelikle devlet düzenine yansımış; ailenin benimsediği ritüeller, devletin tapım törenleri olarak resmileşmiştir. Bu durum dini törenleri düzenleyecek ve denetimini sağlayacak ruhban sınıfının (*pontifex/rahip*) ortaya çıkmasına neden olmuştur<sup>19</sup>. Aynı zamanda yargılamada hâkim rolü üstlenen bu ruhban sınıfı, Roma hukukunun şekillenmesine de etki etmiştir. Bundan ötürü, eski Roma hukuku “dini fikir ve değerlere dayanan bir toplumsal kaynaşmayla belirlenir”<sup>20</sup>, ifadesi, tartışmasız doğrudur.

Krallık döneminden başlayarak cumhuriyet döneminde de günlük yaşamın önemli bir parçası olan ve dini çağrışım içeren gelenek ve görenekler, *mores maiorum* (dededen ve atadan kalan örf ve adet, usuller) olarak adlandırılır. Romalıların itaat ettiği *mores maiorum* “herkesin bilmesi ve gözlemlemesi gereken değerler, davranış modelleri ve sosyal uygulamalardır”<sup>21</sup>. Atadan gelen örf ve adetlere bağlı kalmak, Romalıları nitelendiren bir özelliktir. Örf ve adetlerin Romalıların günlük hayatında önemli bir yer tutması, özel hukuk alanında kendisini daha da fazla göstermektedir.

Hukukçular, insanların davranış modellerini (yeminini yerine getirme/getirmeme, sözünü tutmak/tutmamak, eşine sadık kalmak/kalmamak, yardıma muhtaç ebeveyne veya hâkimiyetten çıkarılmış aile evladına yardım etmek/etmemek vb.) incelediğinden; *mores* (örf ve adetler) onların gözlem alanını oluşturur. Bu nedenle Roma'nın temel erdem ve etik değerlerinin belirlenmesinde, öncelikle, dini unsurlar içeren bu örf ve adetler etkili olmuştur. Başlangıçta ekonomisi tarıma dayanan, ticaret yapmayan, neredeyse zanaatkâr olmayan savaşçı Roma toplumu için “dayanıklılık” ve “yiğitlik” zorunlu hale gelmiş ve bu erdemler; kişinin, tanrılara, vatana, ebeveynine ve diğer akrabalarına karşı duyduğu saygıdan ayırt edilememiştir<sup>22</sup>. Nitekim tanrılara, vatana, ebeveyne ve diğer akrabalara karşı saygı gösterme (*pietas*) Romalının tipik tavrı olarak kabul edilmiştir. Diğer bir anlatımla, Roma toplumunun, aile kurumunda olduğu gibi devlet yapısında da sadakat<sup>23</sup> üzerine inşa edildiği, kabul edilmektedir<sup>24</sup>.

*coroniset sparsae fruges parcaque mica salis, inque mero mollita Ceres violaeque*

*solutae: haec habeat media testa relicta via. 540 Nec maiora veto, sed et his placanilis umbra est: adde preces positis et sua verba fociis:* “ Küçük şeyler ister, ölülerin ruhları; **vefa** hoşlarına gider, pahalı hediyeler yerine; açgözlü tanrılar yoktur aşağıdaki Styx'te (ölüler diyarının ırmağı). Yeterlidir, uzun çelenklerle mezarların kaplanması; yeterlidir, saçılan meyveler ve küçük tuz zerrelere hem şarapta ıslatılmış ekmeğe hem kökünden koparılmış menekşelere: Koy bunları bir vazoya ve yol ortasında bırak. Karşı çıkıyor değilim daha pahalı hediyelere, ama bunlarla kolayca yatışabilir ölümlerin ruhu, ekle dualarını ve münasip sözlerini ocaklar kurulduktan sonra”. **Publius Ovidius Naso**, *Fasti* (I-VI), Roma Takvimi ve Festivaller, çeviren ve yorumlayan Asuman Çoşkun Abuagla, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2016, s. 104.

19 **Dürüşken Ç.**, *Roma Dini*, s. 11-12.

20 **Georges V. A.**, *Roma Hukuku ve Modern Dünya Düşüncesi*, çev. Bülent Tahiroğlu, İHFM, C. XLII, S. 1-4, Ayrı Bası, s. 7. Nitekim “*ius*” (hukuk), “Göklerin Hakimi ve Roma Tanrılarının Hükümranı” olan İuppiter'den ismini alıyordu.

21 **Kranjc J.**, “Virtues in the Law: The Case of *Pietas*”, *The Joseph And Gwendolyn Straus Institute For The Advanced Study of Law & Justice Professor J.H.H. Weiler, NYU School of Law, NewYork 2012*, s. 5.

22 **Montesquieu**, *Romalıların Yücelik ve Çöküşünün Nedenleri Üzerine Düşünceler*, çev. Berna Günen, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2019, s.5-6.

23 Montesquieu'ya göre Romalılar yemin tutma konusunda dünyanın en “sadık” halkıydı. Savaşlar sonrasında ortaya konan ganimetin askerler arasında dağıtılması sırasında hiçbir şeyin kaybolmama sebebi, savaşa gitmeden önce her bir askerinin kendisine bir şey ayırmayacağına dair yemin etmesiydi. **Montesquieu**, s. 5.

24 **Saller R.**, *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family*, Cambridge 1994, s. 105.

Roma geleneğinde *pietas*'ın sembolü Troialı Aeneas'tır. Augustus dönemi şairlerinden Vergilius (M.Ö. 70 – M.Ö. 19), Romulus ve Remus'tan da önceye giderek Roma soyunun köklerini ortaya çıkarmak, Roma'ya bir aidiyet duygusu vermek amacıyla Troialı Kahraman Aeneas'ın maceralarını "Aeneis" adlı eserinde anlatmıştır. Vergilius böylelikle Romalılara milli bir destan kazandırmıştır. Söz konusu destanda Troialı Aeneas, Yunanlar tarafından yakıp yıkılan ülkesi Troia'yı terk ederek vatani adına üstlendiği yeni görevin ilk adımını atmıştır : "Yok olan Troia'nın başka topraklarda daha güçlü bir şekilde yeniden doğması uğruna Troia'yı terk etmek". Bunu yaparken Aeneas, ev ve aile tanrılarını (*penates*)<sup>25</sup> yanında götürür. Bu, tanrılara karşı *pietas*'ı (*pietas erga deos*) ifade eder<sup>26</sup>. Aeneas'ın Troia'yı terk ederken yaşlı babasını sırtında taşıması<sup>27</sup>, oğlu ile yan yana yürümesi ve onları arkadan takip eden karısını göremeyince, onu aramak için geri dönmesi ise ailesine karşı *pietas*'ı (*pietas erga parentas*) içermektedir<sup>28</sup>. Bu yolculuk sırasında Kartaca'ya kadar gelen ve Kartaca kraliçesi Dido'ya âşık olan Aeneas tanrısal bir görev ("İtalya topraklarına giderek orada yeni bir Troia kurmak") üstlenmesi nedeniyle *pietas* (*pietas erga patria*) duygusuna sahip bir Romalı olduğundan, bu görevi yerine getirmelidir. Bu nedenle Aeneas, Kartaca kraliçesi Dido'yu terk ederek yoluna devam etmeyi seçer. Aeneas'ın bu seçimi; "tanrıların buyruğuna uymayı, vatan sevgisini ve vatanına karşı yürekten duyumsadığı *pietas*'ın, kendisi için ne kadar büyük bir önem taşıdığını, gösterir"<sup>29</sup>. Aeneas, serüvenli yolculuğunun ardından Tiber ırmağının kıyısındaki Latium'a gelerek ülkenin kralı Latinus'un kızı Lavinia ile evlenir, böylelikle Troialı'lar ile Latinler birleşmiş olur. Roma şehrinin ilk kralı Romulus da Aeneas soyundan gelenlerden biridir<sup>30</sup>. Aeneas destanında, Augustus'un siyasi bir slogan olarak seçtiği "*pietas*" kavramını, Aeneas'ın kişiliğinde incelerken<sup>31</sup> Vergilius'un asıl amacı, Aeneas'ın kişiliğini yücelterek Roma'nın büyüklüğünü ve Augustus'un ululuğunu sergilemektir.

Aeneas'ın tanrılara gösterdiği saygı (*pietas erga deos*), onun dindarlığını ortaya koymaktadır. Publius Ovidius Naso da, *Fasti* adlı eserinde ölü ruhların yatıştırılması için gerçekleştirilen ritüel geleneğinin, "*pietas*'ın" (dindarlığın) koruyucusu Aeneas tarafından getirildiğini belirtir. Naso ayrıca, Aeneas'ın, babası Anchises'in koruyucu ruhuna mütevazı hediyeler sunduğunu, halkın da kutsal ayinleri bu şekilde Aeneas'dan öğrendiğini ifade eder<sup>32</sup>.

25 Ev tanrılarının en önemli işleve sahip olanlarından biri, *penates* idi. *Penates*, kileri koruyan ve bereketlendiren ruhlardı. Ev tanrılarının seçiminde ailenin, klanın ya da bölgenin gelenekleri etkili olurdu. Diğer bir anlatımla seçim keyfi değildi. Bailey C., s. 56.

26 Menzilioğlu F. Ç., s.81.

27 Ovidius, *Fasti* adlı eserinde Aeneas'ın *pietas* duygusuna sahip olduğunu belirtirken bunun kanıtı olarak, Troia yanarken alevlerin içinden kutsal emanetleri ve omuzlarında başka bir kutsal emanet olarak babasını taşıdığını ifade etmektedir. (Ovidius, *Fasti* IV, 37–38: *hinc satus Aeneas; pietas spectata per ignes sacra patremque umeris, altera sacra, tulit*). Ovidius, s. 173. Aeneas'ın kişiliğinin *pietas* ile yüceltilmesi için ayrıca bkz. Ovidius, s. 214 (*Fasti* IV, 799 – 780).

28 Menzilioğlu F. Ç., s.88.

29 Menzilioğlu F. Ç., s.85.

30 Atayman Erçelik P., Roma'nın Kuruluş Efsaneleri, Doğu-Batı Düşünce Dergisi, Romalılar II, Akademik Kitap Kulübü, 1. Baskı, S.50, s. 15-19.

31 Vergilius, Aeneas'ın kişiliğini ortaya koyarken saygın ve yiğit oluşu yanında sıklıkla "dindar" oluşunu vurgulamak için de *pietas* kelimesini kullanmıştır. Bkz. Vergilius, Aeneas 1, 5; 1, 151; 1, 545; 6, 403-404; 6, 769; 11, 292 Bkz. Vergilius, Aeneas, çev. İsmet Zeki Eyuboğlu, 4. Bası, İstanbul 2019, s. 27, 32, 44, 168, 179, 300.

32 Ovidius, *Fasti* II, 543 – 548 : *hunc morem Aeneas, pietatis idoneus auctor, attulit in terras, iuste Latine, tuas. ille patris Genio sollemnia dona ferebat: hinc populi ritus edidicere pios...* Bu geleneği dindarlığın koruyucusu Aeneas getirdi usule uygun biçimde, ey adil Latinus senin topraklarına. Babasının koruyucu ruhuna mütevazı hediyeler getirdi

Cumhuriyet dönemi sonlarından itibaren ilk imparatorluk döneminde (*principatus*) Romanın temel erdemlerindeki “dini unsurlar” yerini “kültürel unsurlara” bırakmıştır. Diğer bir anlatımla, klasik hukuk devrinden itibaren bu döneme ait hukuk metinlerinde, *pietas*, dinsel bir çağrışım içermez. Laik klasik hukukçuların faaliyetleri<sup>33</sup>, bunda etkilidir. Laik hukukçular sayesinde, dini unsurların yerini artık hukuksal ya da kültürel unsurlar almıştır: Bir zamanlar tanrıların gazabından duyulan korku sonucunda oluşan “iyi insan olma”, “iyi işler başarma” isteği; artık, adalet ve iyiniyetin, yükümlülükleridir<sup>34</sup>. Bir başka ifadeyle, önceleri “tanrıların gazabı olabilecek şey”, Cumhuriyetin son yıllarından itibaren “bunun böyle olması gerektiğine, çünkü doğrunun bu olduğuna yönelik inanca dönüşmüştür”. Dolayısıyla daha Cumhuriyet döneminde, *pietas*’ın dini doğası, giderek daha fazla arka planda kaybolmuştur<sup>35</sup>. Ancak Roma imparatorluk döneminin başlangıcı olan Octavius, eski Roma yaşamının dayanağı olan dini öğeleri ön plana çıkarmak istemiş, onun döneminde yapmacık bir biçimde “dindarlık” (*pietas*), vatandaşlık erdemlerinin en önemlisi olarak kabul edilmiştir. Roma’nın yeni yönetim biçimi, şehrin yeniden kuruluşu olarak yansıtılmış, Roma’nın kuruluş efsanesinin kahramanı Aeneas, Augustus’un kişiliğine bürünmüştür. Böylelikle Aeneas’ın kendisiyle özdeşleştirilen “*pietas*” kavramı, Roma dininde en önemli kavramlardan biri haline gelmiştir<sup>36</sup>. Nitekim M.Ö.27’de İmparator ve Augustus (kutsal) ünvanları kendisine verilen “Octavius’un evinin kapısı iki defne dalı ile meşe yapraklarından yapılmış bir çelenk (*corona civica*) ile süslenmiş, üzerinde imparatorun dört önemli erdemi yani *virtus* (cesaret), *clementia* (merhamet), *iustitia* (adalet) ve *pietas* (dindarlık) sözcüklerinin kazınarak yazılmış olduğu altın bir kalkan da Senatus’a ithaf edilmiştir<sup>37</sup>. Octavius’un bu şekilde ödüllendirilmesinin nedeni “cumhuriyeti tekrar işler hale getirmesiydi”<sup>38</sup> 39. İktidara geldiğinde Augustus’un ilk hedefi, Caesar’ın intikamını almaktır. Nitekim Publius Ovidius Naso, Fasti adlı eserinde; Caesar’ın suikastçılarının (Brutus ve Cassius) öldürdüklerini, böylelikle Augustus’un, vatanına ve atalarına duyduğu saygı (*pietas erga patria* ve

o, bundan öğrendi halklar kutsal ayinleri...” Ovidius, Fasti, s. 104.

33 M.Ö.2. yy.dan itibaren klasik hukukçuların öncülleri olarak adlandırılan eski hukukçular hukuki problemleri laik bir anlayışla değerlendiriyorlar ve bir hukuk kuralının anlamı tam olarak anlaşılıyorsa, yorumlarını hukuk kuralının gerçek anlamını tespit etmek için yapıyorlardı. Metne ve şekle bağlı yorum yapmak yerine amaca göre yorum yapıyorlardı. **Tahiroğlu B. – Erdoğmuş B.**, s. 63. Adalet duygusu ile hüküm kuran klasik hukukçular metinlerinde genellikle gerekçe yer vermezlerdi. **Seidl E.**, Romalı Hukukçuların Metodlarına Dair, çev. Belgin Erdoğmuş, İÜHFİM, C. XXXV, S. 1-4, Ayır Bası, s. 1.

34 **Kranjc J.**, s.7-8.

35 **Kranjc J.**, s.7.

36 **Dürüşken Ç.**, Roma’nın Gizem Dinleri, s. 36.

37 **Tekin O.**, Eski Yunan ve Roma Tarihine Giriş, [https://books.google.com.tr/books?id=sAKcDwAAQBAJ&pg=PT188&dpq=PT188&dq=Roma+yaz%C4%B1n%C4%B1nda+pietas&source=bl&ots=8jLyrQwoD5&sig=ACfU3U1M4\\_U9m0sE4-wd8z5A6fRDyeJ6OQ&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwiWsNn38b\\_qAhXhxaYKHdI9BBQQ6AEwAAnoECAoQAQ#v=onepage&q=Roma%20yaz%C4%B1n%C4%B1nda%20pietas&f=false](https://books.google.com.tr/books?id=sAKcDwAAQBAJ&pg=PT188&dpq=PT188&dq=Roma+yaz%C4%B1n%C4%B1nda+pietas&source=bl&ots=8jLyrQwoD5&sig=ACfU3U1M4_U9m0sE4-wd8z5A6fRDyeJ6OQ&hl=en&sa=X&ved=2ahUKEwiWsNn38b_qAhXhxaYKHdI9BBQQ6AEwAAnoECAoQAQ#v=onepage&q=Roma%20yaz%C4%B1n%C4%B1nda%20pietas&f=false)

Demiriş, Augustus’un otoritesini (*auktoritas*) Roma’nın geleneksel değerleri (*virtus*/üstün ve erdemli olmak, *clementia*/ yüce gönüllü olmak, *iustitia*/hak tanır olmak, *pietas*/görev bilincine sahip olmak, *gravitas*/ağır başlı olmak) üzerine kurduğunu, belirtir. **Demiriş B.**, Roma’nın Yurtsever Tarihçisi Titus Livius, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul 1998, s.5. Bir Roma vatandaşının tanrılarına, vatanına ve ebeveynine hatta diğer akrabalarına karşı saygı göstermesi, onlara karşı görev bilincinde (*officium pietatis*) olması, dinine bağlılığıyla açıklanmaktadır. **Saller R.**, s.110.

38 Octavius (Augustus), yeni rejime geçilmediğini, cumhuriyet kurumlarının korunduğunu belirtse de, vatandaşların önde geleni, ilki (*princeps*) sıfatıyla Roma devletini tek başına yönetmiştir. **Tahiroğlu B./ Erdoğmuş B.**, s. 22-23.

39 Türkoğlu H. G., Humanitas, s.261.

*pietas erga parentas*) nedeniyle ilk hedefinin gerçekleştiğini, vurgular<sup>40</sup>. Eski törelerin yaşatılmasıyla ilgilenen Augustus, bununla ilişkili olarak eski tapınakları onartmış veya yenilerini yaptırmıştır<sup>41</sup>. Bunun nedeni, vatana duyulan saygıya, dini bir içerik (*pietas erga patria*) katmaktır.

Klasik sonrası hukuk ise Hıristiyan kilise doktrininden etkilenmiş ve o dönem hukukçularının anlam ve hukuki etki vermek istedikleri yeni değerler ve/veya eski değerlere verilen yeni anlamlar ortaya çıkmıştır<sup>42</sup>. Bu nedenle çalışmamızda, Roma hukukunda ve Roma yazınında *pietas* kavramını incelenirken özellikle eski hukuk devri ve klasik hukuk devriyle sınırlı kalmıştır.

### III. Roma Yazınında *Pietas*

Augustus, Roma dünyasının refahı ve zenginliği için bir taraftan bozulan ekonomiyi düzeltmek amacıyla tarıma önem verilmesini, tarımın yeniden canlandırılmasını özendirmiş diğer taraftan bunun, ancak Romalılar'a ve İtalyalılar'a, kökenlerinin ve geleneklerinin anımsatılması, geleneklere uygun bir yaşam sürmelerinin sağlanması yoluyla yapılabileceğine, dikkat çekmiştir. Augustus kendi idaresinde amaçladığı hedefleri gerçekleştirmek için de Romalılar'ın felsefe ve şiirle eğitilmelerinin gerekliliği üzerinde durmuştur. Bu nedenle Augustus'un edebiyata büyük önem verdiği yazılır<sup>43</sup>. Augustus'un yaşadığı dönem, Roma yazınının altın çağı olarak adlandırabileceğimiz döneme rastlamaktadır. Roma yazınının en güzel örnekleri bu dönemde kaleme alınmıştır. Dolayısıyla *pietas* kavramının, Roma yazınında kullanılışı hakkında açıklama yaparken, bu dönemdeki yazarların ve şairlerin eserleri üzerinde durulacaktır.

Romalı şair ve yazarlar, *pietas* kavramını hukuki metinlerden farklı olarak daha geniş anlamda kullanmışlardır. *Pietas*, kişilerarası ilişkilerin farklı yönlerini içeren ve yöneten ahlaki bir tutumdur: Ebeveyn otoritesine saygı, eşlerin karşılıklı sadakati, cumhuriyete karşı saygılı ilişki ve tanrılara bağlılık. Nitekim Roma yazınında ilişkilerin ve ahlaksız davranışların farklı yönleri ve özellikleri ifade edilirken genellikle *pietas* terimine başvurulmuştur<sup>44</sup>.

Roma'ya özgü bir kavram olan *pietas*, Roma yazınında özellikle efsanevi hikâyelerde öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki ve en önemlisi, Roma şehrinin kuruluşuyla ilgili olan Vergilius'un Aeneis destanıdır. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere *pietas*, devlete, tanrılara ve aileye karşı görevin yanı sıra, onlara bağlılığı ifade eden Romalılara özgü bir erdemdir. Bu erdem, destanda, Aeneas'ın kişiliğinde incelenmiştir. Diğer hikâye kahramanlarını şu şekilde sıralayabiliriz: 1-) Homeros'un Odyseia'sında

40 Ovidius, Fasti III, 705 – 710: *at quicumque nefas ausi, prohibente deorum numine, polluerant pontificale caput, morte iacent merita: testes estote, Philippi, et quorum sparsis ossibus albet humus. hoc opus, haec pietas, haec prima elementa fuerunt Caesaris, ulcisci iusta per arma patrem:* "Ama bu suçta cüret edenlerden her biri, tanrıların isteği dışında başrahibin (Caesar) canına kastettikleri için kendilerine layık bir ölümlerle telef oldular. Tanık ol ey Philippi (Philippi Makedonya'da bir şehirdir) ve hainlerin saçılan kemikleriyle aklaşan toprak! Bu iş, bu *pietas*, bu Caesar'ın (Augustus'un) ilk hedefiydi, adil silahlarla babasının öcünü almak için." Ovidius, Fasti, s. 158.

41 Diakov V. – Kovalev S., İlkçağ Tarihi, C. 2, Roma, çev. Özdemir İnce, Yordam Kitap, Birinci Basım, İstanbul 2008, s.221.

42 Georges V. A., s.8.

43 Demiriş B., s. 5-6.

44 Kranjc J., s. 10.

yer alan, Latin yazınına da aktarılan iffet ve sadakat örneği Penelope 2-) Romalı bir kadın figür Veturia.

Yunan yazınından Roma yazınına aktarılan Homeros'un *Odysseia*'sındaki Penelope karakteri; Troia Savaşına giden kocası Ithaca kralı Odysseus'u yirmi yıl boyunca sabır ve sadakate beklemiş, bu arada çıkan taliplerini oyalayarak sabrının ve sadakatının mükâfatını kocasına kavuşarak almıştır. Homeros sonrasında Penelope'nin adı Yunan yazınında farklı eserlerde de geçmiştir. Bütün bu eserlerde, Homeros'taki Penelope karakter tasvirine (*pudicitia et pietas*) sadık kalınmıştır<sup>45</sup>. Yunan destanından Latin yazınına aktarılan, "iffet ve sadakat" örneği olarak gösterilen Penelope'nin bu özelliği, M.Ö. 1.yy.da yaşamış Latin elegeia şairleri tarafından da benimsenmiştir<sup>46</sup>. Augustus dönemi önemli ozanlarından biri olan Publius Ovidius Naso'nun (M.Ö.27 – M.S. 14), *Ars Amatoria* (Aşk Sanatı) adlı eserinde; her kadının, kendi değer yargılarından sorumlu olduğunu düşünmeleri öğütlenirken, iffetsizliği ile ünlenen kadınların yanında, yıllarca savaşan ve yıllarca da yollarda savrulan kocasına sadık kalan Penelope gibi kadınların da varlığı hatırlatılır<sup>47</sup>. Burada şair, aile içi ilişkiye odaklanarak eşlerin karşılıklı sadakati bakımından "*pietas*" kavramına yer vermiştir.

*Parcite paucarum diffundere crimen in omnes;  
Spectetur meritis quaeque puella suis.*

.....

*Est pia Penelope lustris errante duobus,  
Et totidem lustris bela gerente viro...*

"Sakın ha bütün kadınlara yüklemeye birkaçının suçunu;  
Bırak, her kadın da hak ettiği cezayı kendisi çeksin.

.....

Ama hep **sadık** kaldı Penelope, kocası on yıl dolanırken avare,  
Ve bir on yıl da savaşırken daha önce..."<sup>48</sup>

Publius Ovidius Naso, sürgün sonrasında<sup>49</sup> yazdığı *Tristia* (Hüzün Şiirleri) adlı eserinde de kendisinin sürgünde olması nedeniyle karısına, zorluklar karşısında verilen mücadelenin ve dayanma gücünün; kişiye, ahlaki (*mores*) açıdan sahip olduğu tevazu (*pudicitia*), cesaret (*virtus*), namusluluk (*probitas*) ve sadakat (*fides*) gibi nitelikleri sergileme ve ün kazanma fırsatı sunduğunu belirtir; örnek olarak da, Ulysses'in karısı Penelope'yi gösterir<sup>50</sup>.

45 Penelope'yi sadakatsiz olarak gösteren kaynaklar için bkz. **Kalaycıoğulları S.**, *Klasik Dönem Yunan ve Roma Yazınında Penelope: Homeros'tan Ovidius'a Penelope Betimi ve Heroides 1*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2016, (2), s. 98.

46 **Kalaycıoğulları S.**, s.96.

47 **Kalaycıoğulları S.**, s. 100.

48 **Publius Ovidius Naso**, *Aşk Sanatı*, çev. Çiğdem Dürüşken, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, VI. Basım, İstanbul 2020, s. 73-74.

49 Ovidius'un kesin kanıtlar bulunmadığı halde imparator Augustus tarafından M.Ö. 8 yılında Romanya'nın Tomis şehrine sürgün edildiği ve ölene kadar da ülkesine dönmesinin yasaklandığı belirtilmektedir. **Ovidius**, *Aşk*, s.vi.

50 **Kalaycıoğulları S.**, s. 101.

Publicius Ovidius Naso, Epistulae ex Ponto (Karadeniz'den Mektuplar) adlı eserinde de *pietas* kavramını aileye bağlılık, vatana bağlılık ve sadakat anlamlarında kullanmıştır<sup>51</sup>.

M.Ö. 84 – 54 yılları arasında yaşamış cumhuriyet rejimine bağlı Romalı şair Gaius Valerius Catullus da bir şiirinde Penelope'nin oğlu Telemachos'a, erdemli annesinden kalan ünü, şiirinde konu yapmıştır (Catullus (61, 226 – 230)

*talus illius a bona  
matre laus genus approbet,  
qualis unica ab optima  
matre Telemacho manet  
fama Penelopeo*

“Erdemli annesinden dolayı  
soyunca böyle bir övgü yakışsın,  
çok erdemli biricik annesinden  
Penelope'nin oğlu Telemachos'a  
kalan ün gibi”<sup>52</sup>.

Roma'ya özgü bir kavram olan “*pietas*”, Roma tarihinde önemli bir kadın figür olan Veturia ile oğlu Coriolanus arasında geçen dialogda da öne çıkarılmıştır. Veturia figürünün gerçekliği tartışmalıdır. Ancak Roma'daki toplumsal bütünlüğü pekiştirmek için hayati bir olay kapsamında, Veturia, ele alınmaktadır<sup>53</sup>.

51 Publius Ovidius Naso, Epistulae ex Ponto (Karadeniz'den Mektuplar) 1, 7: *Quaeque tua est pietas, ut te non excolat ipsum, ius aliquod tecum fratris amicus habet*: “İşte bu senin **saygılığın**, kendine bir onur bahşetmesen de, biraderinin dostunun sana ilişkin bir yargısı var”; Publius Ovidius Naso, Epistulae ex Ponto 2, 2: *...quaeque tua est pietas in totum nomen Iuli, te laedi, cum quis laeditur inde, putas*: Iulus adını taşıyan herkese öyle **bağlısın** ki bu adı taşıyan biri zarar gördüğünde, senin de zarar gördüğünü düşünüyorsun”; Publius Ovidius Naso, Epistulae ex Ponto 2, 11: *Nominis ante mei uenient obliuia nobis pectore quam pietas sit tua pulsa meo,...*: “Kendi adımla unutturum da sana olan **sadakatimi** yüreğimden silmem...”; Publius Ovidius Naso, Epistulae ex Ponto 3, 2: *Non illis pietas, non officiosa uoluntas defuit: aduersos extimere deos*: “**Vefasız** değildi bunlar, görevlerini de aksatmazlardı ama, düşman tanrılardan çok çekindiler”; Publius Ovidius Naso, Epistulae ex Ponto 4, 6: *Quae prosit pietas utinam mihi sitque malorum iam modus et sacrae mitior ira domus!*: “ Keşke gösterdiğim bu **saygı** bana yarar sağlasa, ve kederim bir son bulsa, o kutsal evin öfkesi daha yumuşasa ” Publius Ovidius Naso, Epistulae ex Ponto 4, 8: *Inpetus iste tuus longum modo duret in aeuum, neue malis pietas sit tua lassa meis! Ius aliquod faciunt adfinia uincula nobis, quae semper maneant inlabefacta precor. Nam tibi quae coniunx, eadem mihi filia paene est, et quae te generum, me uocat illa uirum*: “ Yeter ki o dürtün uzun yıllar sürüp gitsin, **sadakatın** benim kederimle bozulmasın. Aramızda akrabalık bağları bazı haklar talep eder, dilerim bunlar kopmadan ömür boyu sürer. Çünkü senin karın, benim üvey kızım; sana damadım diyen de, bana kocam diyen kadın ”; Publius Ovidius Naso, Epistulae ex Ponto 4, 8: *Sed qui quam potuit dat maxima, gratus abunde est et finem pietas contigit illa suum*: “ Ama elinden gelenin en fazlasını sağlayan O, çok cömerttir, böyle yaparsa **vatanına sadakatini** de amacına ulaşır ”; Publius Ovidius Naso, Epistulae ex Ponto 4, 9: *quaeque est in uobis pietas, alterna feretis gaudia, tu fratris fascibus, ille tuis. Sic tu bis fueris consul, bis consul et ille, inque domo binus conspicietur honor*: “ Sizin ikinizde de olan bu **sadakat**, karşılıklı olarak sizleri sevindirecek, sen kardeşinin görevinden, o ise senin görevinden sevinç duyacak. Böylece sen iki kez konsül olacaksın, o da iki kez konsül olacak, ev halkınız çifte onur yaşayacak ”. **Publius Ovidius Naso**, Karadeniz'den Mektuplar, çev. Çiğdem Dürüşken, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1999, s. 42, 54, 75, 85, 113, 117, 121.

52 **Catullus**, Bütün Şiirleri, çev. Çiğdem Dürüşken – Erdal Alova, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1997, s. 153.

53 **Kalaycıoğulları Serap G. – Cemil Koyuncu**, Coriolanus ve Vox Matronarum, Dört Öge, Yıl 5, sayı 10, Ekim 2016, s. 145

İlk imparatorluk döneminin en önemli tarihçisi Titus Livius, Roma'nın kuruluşundan başlayarak gelişmesini anlattığı “ab urbe condita” (şehrin kuruluşundan itibaren) adlı eserinde Veturia-Coriolanus olayından bahsetmektedir<sup>54</sup>. *Pietas* örneği (*exemplum pietatis*) olarak anlatılan olay; Roma'nın, Latium bölgesindeki İtalik halklardan (Volsklar ve Aequuslar<sup>55</sup>) Volsklar'a karşı yaptığı savaşta, düşman tarafına geçen Veturia'nın oğlu Coriolanus<sup>56</sup> ile onu, belagat yeteneği sayesinde savaştan vazgeçiren annesi arasında gerçekleşmektedir. Romalıların yüce erdemlerinden vatanseverlik, görev bilinci ve bağlılık (*pietas*), anne Veturia'da ve onunla birlikte yola çıkan kadınlarda kişilik bulmuştur<sup>57</sup>.

Veturia, Romalılar ile Volsklar arasındaki savaşa son vermek amacıyla yanına gelini Volumnia başta olmak üzere Roma'nın onurlu, erdemli evli ve çocuklu kadınlarını alarak, yanlarında vasileri<sup>58</sup> olmadan, zamanında erkeklerin silahlarıyla savunamadıkları şehri duaları ve gözyaşlarıyla cesurca savunmak için düşman ordugâhına gitmiştir<sup>59</sup>. Ana oğlun karşılaşmasının ardından, yalvarışları öfkeye dönüşen Veturia'nın yaptığı konuşma sonucunda, Coriolanus'un<sup>60</sup>, ordusunu Roma topraklarından dışarı sevk ettiği, böylelikle Roma'nın büyük bir tehlikeden kurtulduğu, belirtilmektedir<sup>61</sup>. Romalılar ve Volsklar arasında gerçekleşen savaşlar kapsamında anlatılan bu olayda gerek Veturia gerekse Coriolanus'un kişiliklerinde vatana, aileye bağlılık ve görev bilinci belirlemektedir. Romalı anne Veturia, vatanının çıkarlarını oğlunun çıkarlarından üstün tutarak, vatanına duyduğu saygı ve görev bilinciyle (*pietas erga patria*) hareket ederken, oğlu Coriolanus ise kendisini doğuran ve besleyen kişiye duyduğu saygı ve görev bilinciyle (*pietas erga parentas/pietas erga matrem*) hareket etmiştir.

Roma toplumunun zamanla yozlaşması sonucunda, önem atfedilen *pietas* başta olmak üzere, temel erdemlerin eski önemini yitirdiği ve bu durumun sosyal ilişkileri olumsuz etkilediği de zaman zaman Roma yazınında dile getirilmiştir. Catullus, onun zamanının Roma'sında *pietas*'ın terk edildiğini, hor görüldüğünü belirttikten sonra *pietas* ihlallerini sıralamıştır (Catullus 64, 397 – 408):

- 54 **Titus Livius**, Roma Tarihi, Kitap I, çev. Sabahat Şenbark, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul 1992, s. 70-74 (Titus Livius, II, 39-40)
- 55 Aequuslar ile yapılan savaşta, diktatör Cincinnatus toprağıyla uğraşırken, senatonun, Roma ordularının başına geçmesi istemiyle, toprağını terk etmiş ve kendisine verilen bu görevi çok kısa sürede başarıyla yerine getirdikten sonra yeniden işine dönmüştür. Romalıların en yüce erdem olarak gördükleri, “ihtiyaç duyulduğu anda bütün işlerini bırakıp vatana hizmet etme bilinci (*pietas*)” Cincinnatus'ta kişilik bulmuştur. **Kalaycıoğulları Serap G. – Cemil Koyuncu**, s. 145.
- 56 Zamanında Roma ordusunun başında olup özellikle de Volsklar'a karşı önemli başarılar göstermiş olan Coriolanus, bir taraftan *pleb*'lere karşı *patricius*'ların yanında yer aldığı ve kıtlık sebebiyle zor günler geçiren halka, dışarıdan gelen tahıl yardımının bedava dağıtılmasına razı olmadığı, diğer taraftan da *tribunus* olma yetkisinin *pleb*'lerin elinden alınması konusunda *senatus*'da kışkırtıcı konuşmalar yaptığı için Roma'dan sürgün edilince Volsklar'ın tarafına geçmiş ve gücünü Roma'ya karşı onlarla birleştirmiştir. **Kalaycıoğulları Serap G. – Cemil Koyuncu**, s. 145.
- 57 **Kalaycıoğulları Serap G. – Cemil Koyuncu**, s. 145.
- 58 Eski hukuk devrinde ve kısmen klasik hukuk devrinde babasının veya kocasının hâkimiyeti altında bulunmayan (*sui iuris*) Roma'lı kadınlara özellikle malvarlıklarının aile yararına korunması amacıyla vasi atanmakta idi. Kadınlar üzerindeki vesayet M.S. 3. yy.dan itibaren ortadan kalkmıştır.
- 59 **Kalaycıoğulları Serap G. – Cemil Koyuncu**, s. 147.
- 60 Coriolanus'un yaşanan olayın ardından öldüğü söylenir. Coriolanus'un sonu hakkındaki farklı anlatılar için bkz. **Kalaycıoğulları Serap G. – Cemil Koyuncu**, s. 149, dn. 10.
- 61 **Titus Livius**, s. 73 (Titus Livius II, Caput 40).

*sed postquam tellus scelere est imbuta nefando,  
iustitiamque omnes cupida de metne figarunt,  
perfidere manus fraterno sanguine fratres  
destitit extinctos gnatus lugere parentes,  
optavit genitor primaevi funera nati,  
liber ut innuptae poteretur flore novercae,  
ignaro mater substernens se impia nato  
impia non verita est divos scelerare penates:  
omnia fanda nefanda malo permixta furore  
iustificam nobis mentem avertere deorum.*

“Ama toprak iğrenç bir günahla lekelenince,  
herkes adaleti açgözlü ruhundan kovunca,  
kardeşler ellerini kardeş kanına bulayınca, oğul ölüp giden anne babasına ağlamayı kesince,  
baba en küçük oğlunun ölüm törenini isteyince  
özgürce elde etsin diye henüz gerdeğe girmemiş taze gelini,  
günahkâr anne cahil oğluyla yatıp  
ev tanrılarına karşı günah işlemekten korkmayınca;  
işte o zaman bütün sevaplarla günahlar  
iğrenç bir çılgınlıkla birbirine girdiler...”<sup>62</sup>.

Catullus’un bu şiirinde sıraladığı *pietas* ihlalleri, adaletsizlik ve aç gözlülüğün büyümesi, kardeş katiliği, ebeveyne saygı göstermemek ve ensest ilişkilerdir<sup>63</sup>. Catullus’un *pius* kullanımı yanında *impius* (günahkâr, tanrıya karşı saygısız) kullanımı birbiriyle oldukça tutarlıdır<sup>64</sup>. Catullus ayrıca önemli erdemlerden sadakatin (*fides*) de, tanıdığı dünyadan yok olmuş gibi göründüğünü, belirtmektedir<sup>65</sup>. Özellikle bir adamın sosyal hayatta arkadaşlarıyla olan ilişkilerinde de *pietas*’ın önemine vurgu yapan Catullus, sadece metresi Lesbia’nın kendisine karşı sadakatsiz olduğundan değil<sup>66</sup>, aynı zamanda arkadaşlarının da onu terk ettiğinden yakınmaktadır<sup>67</sup>. Eski Romalıları düşünen Catullus, onların, sadece erdemli olmadığını; aynı zamanda başkalarının da erdemli oluşunun sebebini teşkil ettiklerini, belirtmektedir<sup>68</sup>.

Cicero’nun (M.Ö. 106 – M.Ö. 43) eserlerine baktığımızda, *pietas*’ın, diğer temel erdemlerin arasına yerleştirildiği görülmektedir. Cicero, özellikle sosyal etkileşimler üzerinde tesiri olan temel erdemleri

62 Catullus, s. 197.

63 Henry H. M., *Pietas and Fides in Catullus*, Dublin 1950, s. 66.

64 Catullus’un *impius* kullanımı için bkz. Catullus, 23, 10; 30, 4; 64, 403-404; 67, 25; 68, 123; 90, 4.

65 Henry H. M., s. 64.

66 Catullus’un metresinin adı Clodia olmasına rağmen Catullus ona Lesbia adıyla seslenmeyi uygun bulmuştur. Lesbia, sadakat dolu bir kadın değildir; hatta şairin arkadaşıyla gönül eğlendirmesi, Catullus’un bir taraftan Lesbiadan nefret etmesine diğer taraftan sevgilisini elinden aldığı için arkadaşı Rufus’la aralarının bozulmasına neden olmuştur. Catullus, s. 8-11.

67 Henry H. M., s. 64-65.

68 Henry H. M., s. 67.



sayarken *pietas*'a da yer verir. Cicero'ya göre aslında erdem, farklı durumlarda ve belirli şekillerde kendini gösterir<sup>69</sup>. Cicero, *pietas* terimini önceleri ebeveyne, akrabalara ve vatana duyulan saygı olarak kullanırken<sup>70</sup>, M.Ö. 40'lı yıllardaki siyasi olayların etkisiyle<sup>71</sup> Roma Cumhuriyeti'nin fiilen sona ermesinin ardından (M.Ö.46 yılında), daha ziyade tanrılarla ilgili olarak kullanmıştır<sup>72</sup>. Cicero özellikle De Natura Deorum (Tanrıların Doğası) adlı felsefi eserinde, *pietas* kavramını, "dine bağlılık", diğer bir anlatımla "tanrılara saygı" şeklinde öne çıkarmaktadır. Bu eserde, Epikuros felsefesini din hakkındaki görüşleri sebebiyle eleştiren Cicero, tanrıların, insan işlerine karışmadığını düşünen filozofların varolduğuna işaret ederken, bunun doğru olması ihtimalinde dine bağlılığın (*pietas*) nasıl gerçekleşeceğini, sorgulamaktadır<sup>73</sup>. Cicero, bu eserde yer alan daha pek çok metinde *pietas*'ı dine bağlılık, tanrılara bağlılık anlamında kullanmaktadır:

69 Cicero'nun eserlerinde, üzerinde durduğu bu erdemler; adalet (*iustitia*), din (*religio*), şefkat (*pietas*), iyilik (*bonitas*), sadakat (*fides*), lütuf (*lenitas*) ve dostluk (*amicitia*) olarak sıralanır. Cicero bunları şöyle tanımlar: İki varlık arasında uygulanan erdem bölünmesine adalet (*iustitia*), tanrılara karşı uygulandığında din (*religio*); kişinin ilişkilerine uygulandığında şefkat (*pietas*); tüm dünyaya karşı sergilendiğinde iyilik (*bonitas*); birine emanet edilen şeylerde sergilendiğinde, sadakat (*fides*); ıhlmlı bir ceza olarak sergilendiğinde lütuf (*lenitas*); kendini bir bireye karşı iyi niyetle geliştirdiğinde dostluk (*amicitia*) olarak sıralanmıştır. **Kranjc J.**, s. 24-25.

70 Cicero, Oratio Philippica, 5, 39: ...*Quodsi eadem ratio Caesaris fuisset in illo taetro miseroque bello, ut omittam patrem, duos Cn. Pompei, summi et singularis viri, filios incolumis haberemus, quibus certe pietas fraudi esse non debuit...*: "Caesar da o korkunc ve yürek parçalayan savaşta aynı mantığı yürütseydi, çok büyük ve eşsiz adam Cn. Pompeius'un iki oğlu – babalarını bir yana bırakayım – sağ esen aramızda olurdu, kuşkusuz **babalarına duydukları bağlılık** onlara zarar vermemeliydi...". **Cicero**, Philippicae Söylevleri I (1-6. Kitaplar), Latince'den çeviren F. Gül Özaktürk, Öteki Yayınevi, Ankara 1998, s. 180.

Cic. De Officiis 2, 46: *Prima igitur commendatio proficiscitur a modestia, tum pietate in parentes, in suos benivolentia*: Cicero Yüklümlülükler Üzerine 2, 46: "...İnsan özellikle de alçakgönüllüğünden, anne babasına **saygısından** ve ailesiyle birlikte dostlarına karşı iyiniyetinden ötürü takdir görür". **Cicero**, Yüklümlülükler Üzerine, çev. C. Cengiz Çevik, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, III. Basım, İstanbul 2016, s. 89.

71 Iulius Caesar'ın yönetiminden hoşnut olmayan Cicero, devletin tek kişinin yönetimine geçmesi sebebiyle siyasi yaşamdan uzak kalmış ve bu dönemde felsefeyle ilgilenmiştir. Gerek Epikuros gerekse Stoa felsefi görüşlere hâkim olan Cicero, M.Ö. 44 yılında Iulius Caesar'ın öldürülmesine kadar felsefi eserler ortaya koymuştur. **Cicero**, Yüklümlülükler, s.xii-xiii.

72 **Kranjc J.**, s. 23.

73 Cicero De Natura Deorum 1, 2, 3-4: *Sunt enim philosophi et fuerunt, qui omnino nullam habere censerent rerum humanarum procuracionem deos. Quorum si vera sententia est, quae potest esse pietas, quae sanctitas, quae religio? Haec enim omnia pure atque caste tribuenda deorum numini ita sunt, si animadvertuntur ab is et si est aliquid a deis immortalibus hominum generi tributum; sin autem dei neque possunt nos iuvare nec volunt nec omnino curant nec, quid agamus, animadvertunt nec est, quod ab is ad hominum vitam permanere possit, quid est, quod ullos deis immortalibus cultus, honores, preces adhibeamus? In specie autem fictae simulationis sicut reliquae virtutes item pietas inesse non potest; cum qua simul sanctitatem et religionem tolli necesse est, quibus sublatis perturbatio vitae sequitur et magna confusio; (4) atque haut scio, an pietate adversus deos sublata fides etiam et societas generis humani et una excellentissima virtus iustitia tollatur*: "Nitekim tanrıların insan işlerine hiç karışmadığını düşünen filozoflar olmuştu, günümüzde de vardır. Bunların düşüncesi doğruysa, **dine bağlılık**, kutsallık ve din nasıl olabilir? Tanrılar insan işleriyle ilgileniyorlarsa insan soyu için bir şey yaptılarsa, tüm bu şeyler tanrılara içtenlikle ve kötü niyet olmadan aynı biçimde geri verilmelidir. Tanrılar ne bize yardım ediyor ne de yardım etmek istiyorlarsa, ne tümüyle bize özen gösteriyor ne de yaptığımız işle ilgileniyorlarsa ve tanrıların insan yaşamına bir katkıları yoksa, o halde, ölümsüz tanrılara tapmamızın, sunular sunmamızın ve yakarlarda bulunmamızın nedeni nedir? Öbür erdemler gibi **dindarlık** da yapmacık bir davranış ve gösterişle bağdaşmaz, dindarlığın yanı sıra kutsala saygının ve dinin de ortadan kalkması gerekir; bunlar ortadan kalkarsa, ardından yaşam allak bullak olur ve büyük bir karışıklık ortaya çıkar. (4) **Tanrılara duyulan bağlılığın** yok edilmesiyle insan soyunun güveni ve sosyal birliğinin yanı sıra en büyük erdem olan adaletin de ortadan kalkıp kalkmayacağını bilmiyorum". **Cicero**, Tanrıların Doğası (De Natura Deorum), Latince Aslından Çeviren F. Gül Özaktürk-Fafo Telatar, Dost Kitabevi Yayınları, Anka 2006, s. 26-27.

Cic. De Natura Deorum 2, 41, 116: ...*Quae porro pietas ei debetur, a quo nihil acceperis, aut quid omnino, cuius nullum meritum sit, ei deberi potest? Est enim pietas iustitia adversum deos;*...

“...Dahası, insan karşılık göremeyeceği birine neden **bağlılık** duymalı? Ya da hiçbir şey hak etmeyene insanın ne borcu olabilir? **Tanrılara bağlılık** bir hak mıdır?”<sup>74</sup>.

Cic. De Officiis 2, 11: *Deos placatos pietas efficiet et sanctitas; proxime autem et secundum deos homines hominibus maxime utiles esse possunt.*

Cicero Yükümlülükler Üzerine 2, 11: “...**Sadakat** (*pietas*) ve kutsala tapım tanrıların hoşuna gider, yine insanların tanrılara yakınlığı, insanlara ziyadesiyle fayda sağlar”<sup>75</sup>.

“Cicero’ya göre *pietas* ve diğer erdemlerin kökenleri, doğa ve tanrıların bilgisinde yatar. Doğa bilimi, tek başına “adaleti teşvik etmede; dostluğu ve diğer duyguları sürdürmede doğanın gücü hakkında bir fikir verebilir. Doğanın açıklaması olmadan, tanrılara olan dindarlığı veya onlara karşı borçlu olduğumuz minnettarlığın derecesini anlayamayız. Adaletin ve tüm erdemlerin temeli doğadır”<sup>76</sup>.

Cic. De Legibus 1, 15, 43: *Atqui si natura confirmatura ius non erit, uirtutes omnes tollantur. Vbi enim liberalitas, ubi patriae caritas, ubi pietas, ubi aut bene merendi de altero aut referendae gratiae uoluntas poterit existere? Nam haec nascuntur ex eo quod natura propensi sumus ad diligendos homines, quod fundamentum iuris est. Neque solum in homines obsequia, sed etiam in deos caerimoniae religionesque tollentur, quas non metu, sed ea coniunctione quae est homini cum deo conseruandas puto. Quodsi populorum iussis, si principum decretis, si sententiis iudicum iura constituerentur, ius esset latrocinari, ius adulterare, ius testamenta falsa supponere, si haec suffragiis aut scitis multitudinis probarentur.*

Cicero Yasalar Üzerine 1, 15, 43: “ Dahası, hukuk doğa tarafından onaylanmazsa bütün erdemler anlamını yitirecektir.<...> Nerede var olabilecek cömertlik, nerede vatan sevgisi, nerede dindarlık (*pieta*), nerede başkasına iyi davranma ve minnet duygusu? Zira bütün bunlar doğadan ötürü insanlara değer vermeye yönlendirildiğimiz için vardır, bu da hukukun temelidir. Sadece insanlara duyduğumuz hoşgörü değil, aynı zamanda tanrılara yönelik seremonilerimiz ve inançlarımız da bozulacaktır; zira onları korkudan değil, insanın tanrıyla olan bağından ötürü korumamız gerektiğini düşünüyorum. Eğer hukuku halkların buyrukları, liderlerin kararları ve hâkimlerin hükümleri inşa etseydi, çoğunluğun oyları ve buyrukları onaylıyor madem, çalmak, tecavüz ve yalan tanıklık etmek hak olurdu”<sup>77</sup>.

Cicero’ya göre tanrı kavramının oluşmasıyla ortaya çıkan inancın, adalet ve *pietas* ile arasında sıkı bir bağ vardır<sup>78</sup>.

74 Cicero, Tanrıların Doğası, s. 66.

75 Cicero, Yükümlülükler, s. 75.

76 Kranjc J. s. 26.

77 Cicero, Yasalar Üzerine, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Latince Aslından Çeviren C. Cengiz Çevik, İstanbul 2017, s.23.

78 Cicero De Natura Deorum 2, 61, 153: *Quae contuens animus accedit ad cognitionem deorum, e qua oritur pietas, cui coniuncta iustitia est reliquaeque uirtutes,* “ Bunlar akılla gözlemlendiğinde, insanın kafasında tanrı kavramı oluşur; böylece, **inanç** ortaya çıkar, **adalet** ve öbür **erdemler**le bu inanç arasında sıkı bir bağ vardır.” Cicero, Tanrıların Doğası,

Cic. Legibus 2, 11, 28: *Bene vero quod Mens, Pietas, Virtus, Fides consecrantur humanae, quarum ommum Romae dedicata publice templa sunt, ut illas qui habeant — habent autem omnes boni — deos ipsos in animis suis conlocatos putent.*

Cicero Yasalar Üzerine 2, 11, 28: “ Gerçekten de Zihin, **adanmışlık** (*pieta*), erdem ve inanç da iyi bir şekilde kutsanmalıdır, nitekim insanlar bunlara sahip olan kişilerin (bütün iyi insanlar sahiptir) ruhlarında bizatihi tanrılarla bir olduklarını düşünsünler diye, bunların hepsine Roma'da halka açık tapınaklar adanmıştır ”<sup>79</sup>.

Cicero gibi bir tek felsefi akıma bağlı kalmayan Seneca (M.Ö. 4 – M.S. 65) Epistulae Morales (Ahlaki Mektuplar) adlı eserinde sıkça *pietas*'tan bahsetmektedir. Bunun en önemli nedeni imparator Neron zamanında (M.S. 37 – M.S. 68), köleler yanında Roma soylularının da insanlık dışı muamelelere maruz kalmasıdır. Neron zamanında, özellikle kendisinin de başına geldiği gibi sürgün, ölüm cezası gibi cezalarla karşılaşma korkusu, onu da etkilemiştir. Bu dönemde işlenen suçları (soylu Romalıların intihara zorlanması gibi) açıkça *pietas* ihlali olarak gören Seneca, *pietas* kavramını bu kapsamda ele almıştır:

Seneca, Epistulae Morales XIV, 90, 3: *Huius opus unum est de divinis humanisque verum invenire; ab hac numquam recedit religio, pietas, iustitia et omnis alius comitatus virtutum consertarum et inter se cohaerentium...*

“ Felsefenin tek görevi, tanrıların, insanların gerçeğini bulmaktır. Din, **görev**, adalet duyguları hiç ayrılamaz ondan, onlar erdemlerin birleşmiş, birbirine kenetlenmiş yoldaşlarıdır... ”<sup>80</sup>

Seneca, Epistulae Morales VII, 66, 37 : *Duo illa bona superiora diversa sunt: prima enim secundum naturam sunt, gaudere liberorum pietate, patriae incolumitate; secunda contra naturam sunt, fortiter obstare tormentis et sitim perpeti morbo urente praecordia*

“ O iki üstün iyilik, birbirine karşıttır. Birinciler doğaya uygundur, **çocukların bağlılığından**, yurdun selâmetinden sevinç duymak gibi; ikinciler doğaya aykırıdır,

işkencelere yiğitçe karşı koymak, bağırı cayıır cayıır yansa da, susuzluğa katlanmak gibi ”<sup>81</sup>.

#### IV. Roma Hukukunda *Pietas*

Roma hukuk metinlerinde, edebi metinlerden farklı ve/veya yeni bir anlam taşımayan “*pietas*”; sübjektif anlamda kişinin görevine bağlı düşünce biçimini, objektif anlamda iki veya daha fazla kişi arasında bu şekildeki düşünce tarzına ve onun gerçekleştirilmesine ihtiyaç duyulan ilişkiyi

s. 125. Cicero bu metinde *pietas*'ı yine “dine bağlılık” (inanç) anlamında kullanmıştır.

79 Cicero, Yasalar, s. 47.

80 Seneca Ahlaki Mektuplar, Epistulae Morales, (Kitap I-XX), çev. Türkân Uzel, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1999, s. 225.

81 Seneca, s. 153.

ifade eder<sup>82</sup>. Burada öncelikle Digestadaki hukuki metinler kapsamında *pietas*'ın subjektif anlamı üzerinde durulacak, ardından objektif anlamı ele alınacaktır.

Papinianus'a ait bir metin (D.28.7.15:.....*nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est* : ...Dürüst davranışlarımıza (*pietas*), itibarımıza (*existimatio*), ahlaki değerlerimize (*verecundia*) ve genel olarak konuşmak gerekirse, geleneklerimize (*boni mores*) aykırı olan eylemleri gerçekleştiremeyeceğimiz kabul edilmelidir<sup>83</sup> yoğun bir şekilde eleştirilmesine ve sık sık Iustinian'ın derleyicilerine atfedilmesine rağmen, geç dönem klasik hukuk fikrini ortaya koyar<sup>84</sup>. Söz konusu metinde belirtildiği gibi “iyi bir Romalıdan beklenilmesi gereken dürüst davranış (*pietas*)” ahlaki ve yasal bir zorunluluk olarak değil, belirli bir uzlaşmayı gerektiren daha geniş bir değerle ilgili müzakereler dizisi olarak görülür<sup>85</sup>.

### A. Pietas Kavramının Subjektif Anlamda Değerlendirilmesi

Roma hukuk metinlerinin çoğunda *pietas*, akrabalar arasında özellikle de çocuk ile ebeveyn arasında karşılıklı görev ve uygun davranışa işaret eder. Roma toplumunda *pietas*, aile içinde nesiller arasındaki ilişkileri ideal olarak yöneten bazı iddiaları ortaya koymuştur: Ebeveynin çocukları doğurması, yetiştirmesi ve eğitmesi, torunları da dâhil olmak üzere onlara maddi ve psikolojik destek vermesi ve bunun karşılığında çocukların ebeveynini onurlandırması, onlara itaat etmesi, yaşlılıklarını

82 Kranjc J., s. 34.

83 *Pietas*, tek taraflı itaat yükümlülüğü yüklememektedir. İnsanın tanrıya, oğlun veya kızın babasına veya annesine, bir kölenin efendisine, bir vatandaşın devlete, bir tebaanın imparatoruna yakınlığını ifade eden *pietas*, aynı zamanda tam tersi durumda da önem kazanmaktadır: Tanrının insana, babanın ya da annenin oğluna ya da kızına, kardeşlerin birbirlerine, bir hükümdarın eş-yöneticisine karşı saygılı davranışı gibi. Kranjc J., s. 13; Saller R., s.110-111. Yaşları ne olursa olsun oğul veya kız, aileye karşı görev duygusu (*pietas*) içinde hareket etmelidir. Buna karşılık ebeveyn de, *pietas* gereği; evlatlarından, etik ve ahlaki değerlere, geleneklere aykırı olan taleplerde bulunmamalıdır. Aksi durumda, oğlun veya kızın, babanın iradesine uyması beklenemeyecek; babanın isteği, onlar tarafından geri çevrilebilecektir. Kranjc J., s. 57. Miras hukukunda geçerli olan “miras bırakanın iradesine öncelik tanımak” ilkesi gereği ölüme bağlı tasarruflarda tartışmalı olmakla birlikte ahlâka aykırı şartların yok farz edilerek hukuki muamelenin geçerli sayıldığı görülmektedir (D.35.171.1, Gai.I.3.98) (bkz. Tahiroğlu/Erdoğan, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2012, s.193, dipnot 136). D.28.7.15, senato veya imparator'un onaylamayacağı bir şartla, babası tarafından mirasçı olarak atanan hâkimiyet altındaki bir oğlun davasıyla ilgilidir. Bu metne göre baba, hâkimiyeti altındaki oğlunu senato veya imparatorun onaylamayacağı (etik ve ahlaki değerlere karşı gelen, şanı şöreti zedeleyen, geleneklere aykırı olan) bir şarta bağlı olarak mirasçı atarsa; oğul, babasının vasiyetini uyulamazmış gibi, geri çevirebilir ( *Filius, qui fuit in potestate, sub condicione scriptus heres, quam senatus aut princeps improbant, testamentum infirmat patris, ac si condicio non esset in eius potestate: nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est*). Bu nedenle metinde yer alan “senato veya imparatorun (ahlaki değerlere, geleneklere aykırı olduğu düşüncesiyle) onaylamayacağı bir şartla” ifadesinin sebebi; **ahlâka ve geleneklere aykırı şartları içermesine rağmen geçerli sayılan vasiyetlerin, hukuku yaratan kaynak olarak imparatorun veya senatonun iradesine üstünlük tanınarak, atanan mirasçı tarafından, geri çevrilmesi gerektiğini ortaya koymak içindir**. D.28.7.15'te, böyle bir durumda, babanın iradesinin geçersiz olduğu, açıkça ifade edilmiştir. Metnin devamında, “herhangi bir eylemin dürüst davranışlara, itibara, ahlaki değerlere ve genel olarak geleneklere aykırı olduğu durumlarda, bunların gerçekleştirilemeyeceğinin, kabul edilmesi gerektiği”, belirtilmiştir

84 Berger A., s. 630.

85 Kranjc J., s.35.

rahat geçirmelerini sağlaması ve onlar için cenaze töreni yapması gibi<sup>86</sup>. Dolayısıyla Roma ailesinin erdemi olan *pietas*; yalnızca evladın, itaati değil, aynı zamanda tüm aile üyeleri arasında geniş şefkatli bir bağlılıktır<sup>87</sup>. Diğer bir anlatımla hukuki metinlerde *pietas*, kural olarak aile üyeleri arasındaki ilişkilerle sınırlı olarak, daha dar anlamda kullanılmıştır.

D.37.15.1.1'de Ulpianus, aynı efendinin azatlıları arasında yer alan anne ve oğlun ilişkisi, *pietas* dikkate alınarak doğal hukuka göre devam ettirilmelidir, görüşündedir<sup>88</sup>. Yine Ulpianus'a ait 37.15.1 pr'da ebeveyne gösterilen evlat sevgisinin (*pietas*), askerler tarafından da gösterilmesi gerektiği, bu nedenle asker olan bir oğlun, babasına karşı herhangi bir uygunsuz davranışında, suçu oranında cezalandırılması gerektiği, belirtilmiştir<sup>89</sup>. Roma imparatorluğunda birçok ayrıcalıktan yararlanan askerlerin bile ebeveynine karşı *pietas* ile bağlılıktan muaf tutulmadıkları, görülmektedir.

Ulpianus'a atfedilen diğer bir metinde (D.37.15.1.2) oğul, taciz edici bir dil kullanarak, saygı duymakla yükümlü olduğu babasına veya annesine hakaret ederse ya da bunlardan herhangi birine saygısızca şiddet uygulanırsa, bu, kamu *pietas*'ına ait (*ad publicum pietatem pertinens*)<sup>90</sup> bir suç olduğundan, şehir valisinin, suçu, ağırlığıyla orantılı olarak cezalandıracağı, belirtilmiştir<sup>91</sup>.

Roma hukukunda bir mirasçı, miras malları üzerinde faaliyette bulunduğu (*gestio pro herede*) mirasçı olma iradesini belirtmiş olurdu<sup>92</sup>. Ölen kişinin malını kullanmışsa, ona ait malları satmış veya kiraya vermişse, onun borçlarını ödemişse veya alacağını talep etmişse “mirasçı olarak hareket ettiği” kabul edilirdi<sup>93</sup>. Diğer bir anlatımla mirasın, zımnen kabul edildiği sonucuna varılırdı. Bu durumda mirası kabul etmiş (*heredes domestici*) veya mirasçı sayılan (*heredes extranei*) kişi, mirası reddetme (kabulden kaçınma ya da mirastan vazgeçme) hakkını kaybederdi. Bununla birlikte, önceden, tanıkların önünde ve fiilleriyle açıkça, mirasın kabulünü ima etmediğini, ancak ölen kişinin mirasının, düzgün bir şekilde

86 Dixon S., *The Roman Family*, London 1992, s. 157.

87 Saller R., s. 131.

88 D.37.15.1.1: Et inter collibertos matrem et filium pietatis ratio secundum naturam salva esse debet.

89 D.37.15.1 pr.: Etiam militibus pietatis ratio in parentes constare debet: quare si filius miles in patrem aliqua commisit, pro modo delicti puniendus est.

90 Kamu *pietas*'ının ne anlama geldiği açık olmamakla beraber bu konuda farklı görüşler vardır. Bazı yazarlar bunu “yasal olarak korunan *pietas*” şeklinde ifade ederken, diğerleri “vatandaşlar arasındaki *pietas*” olarak benimserler. “Ad publicum pietatem pertinens”in genel ahlak anlayışına atıfta bulunması daha yerinde görülmektedir. Yazarların görüşleri hakkında bkz. Kranjc J., s. 37.

91 D.37.15.1.2: Si filius matrem aut patrem, quos venerari oportet, contumeliis adfcit vel **impias** manus eis infert, praefectus urbis delictum ad publicam **pietatem** pertinens pro modo eius vindicatur.

92 Miras bırakanın hâkimiyeti altında iken onun ölümü ile *sui iuris* hale gelen mirasçı (*heres suus*) ,mirası, kural olarak intikal anında edinmiş olurdu. Mirasın borca batık olması durumunda ise Roma hukuku, mirası reddetmek değil, fakat mirası kabulden kaçınma imkânını (*beneficium abstinendi*) mirasçıya tanımıştır. Ancak ergin mirasçı, miras mallarını kendisinin gibi kullanırsa, bu hakkı kaybederdi. Diğer taraftan vasiyetnameyle mirasçı olarak atanan vasiyet mirasçıları (*heredes extranei*) da mirası kabul edebilecekleri gibi vazgeçebilirlerdi. Bu durumda mirasın kabulü ya klasik devirde şekle bağlı (Iustinianus devrinde ise şekle bağlı olmayan basit bir beyanla-*aditio*-) bir hukuki muamele (*cretio*) ile ya da mirasçı gibi hareket ederek, gerçekleşirdi. İhtiyari mirasçılar (*heredes voluntarii*) olarak da tanımlanan vasiyet mirasçıları, basit bir beyanla ya da mirasçılığı kabul etmediklerini gösteren hareketlerle, mirastan vazgeçebilirlerdi. **Umur Z.**, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999, s. 531-532. Ayrıca *heres suus*, *heredes extranei* ve *heredes voluntarii* için bkz. **Umur Z.**, Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1975.

93 Kranjc J., s. 51.

yönetilmemesi durumunda meydana gelebilecek zararları önlemeyi amaçladığını, beyan ederse; bu tür sonuçlardan kaçınılabirdi. Dolayısıyla, D.29.2.20'de Ulpianus, mirasçı sıfatıyla miras malları üzerinde her şeyi yapma hakkına sahip olan kişinin, mirasçı olarak hareket etmekle yükümlü olduğunu, genel olarak Iulianus'un da belirttiği gibi, miras mallarıyla ilgili herhangi bir işi sırf "görev bilinciyle" (örneğin miras malı taşınmazın mülkiyetini korumak için), "ebeveyne saygı" (*pietas*) kapsamında yaptıysa, mirasçı olarak hareket etmiş olduğu, kabul edilmezdi<sup>94</sup>.

*Pietas*, özellikle karşılıklı ihtiyaç halinde; ebeveyni ve çocukları, birbirlerine yardım etmek zorunda bırakmıştır<sup>95</sup>. Bu nedenle nafaka yükümlülüğü kapsamında da *pietas* kavramı, önem kazanmaktadır. Ulpianus'a ait bir metinde (D.25.3.5.15)<sup>96</sup>, para sahibi olduğu sürece diğer bir anlatımla imkân olduğu takdirde askerdeki evladın, ebeveynini desteklemesi, onlara bakması bir görev (*pietas*) olarak kabul edilmiştir<sup>97</sup>. Ulpianus, bir evladın ölmesi halinde, evlat hayatta olsaydı, evlatlık görevi (*pietas*) sebebiyle yoksulluk içinde bulunan babasına sağlayacağı yardımı; onun varislerinin, kendi istekleri dışında, baba çok fakir olmadığı sürece, yapmak zorunda olmadıklarını, belirtmektedir<sup>98</sup>. Diğer bir anlatımla, ölen evladın mirasçıları, yoksulluk içinde bulunan babaya, yardım etme yükümlülüğü altında iken; babanın yardıma muhtaç olmaması halinde, bu yönde, herhangi bir yükümlülükleri doğmayacağı kabul edilmiştir. Ancak ölen evladın mirasçıları, isterlerse, babanın fakir olmaması durumunda dahi ona yardım edebilirler.

Diğer taraftan, *negotiorum gestio* (vekâletsiz iş görme) başlığı altında yer alan D.3.5.26 pr'da, Modestinus'a atfedilen bir metinde, verimsiz bir araziye müştereken malik olan biri ergin, diğeri ergin olmayan iki erkek kardeşten ağabeyin; babalarının ikametgâhının bulunduğu verimsiz bir araziye, büyük binalar inşa etmek suretiyle, araziyi iyileştirdiği iddiasıyla, müşterek araziye paylaştıklarında, harcadığı paranın kendisine ödenmesini, kardeşinden (bu arada zaman geçti ve kardeş de büyüdü) talep edip edemeyeceği, üzerinde durulmaktadır. Herennius Modestinus, harcama, zorunluluk sebebiyle değil de sadece zevk uğruna yapıldığında, söz konusu masraflar için dava açma hakkının olmadığı yönünde, cevap vermiştir<sup>99</sup>.

94 D.29.2.20 pr.: *Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres. Et generaliter Iulianus scribit eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit: pro herede autem gerere non esse facti quam animi: nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres. Ceterum si quid pietatis causa fecit, si quid custodiae causa fecit, si quid quasi non heres egit, sed quasi alio iure dominus, apparet non videri pro herede gessisse.*

95 Saller R., s.111.

96 D.25.3.5.15: *A milite quoque filio, qui in facultatibus sit, exhibendos parentes esse pietatis exigit ratio.*

97 İpek N., Roma Hukukunda Yardım Nafakası Yükümlülüğü, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2013, C. 19, S. 3, s. 282.

98 D.25.3.5.17: *Item rescriptum est heredes filii ad ea praestanda, quae vivus filius ex officio pietatis suae dabit, invitos cogi non oportere, nisi in summam egestatem pater deductus est.*

99 D.3.5.26 pr.: *Ex duobus fratribus uno quidem suae aetatis, alio vero minore annis, cum haberent communia praedia rustica, maior frater in saltu communi habentes habitationes paternas ampla aedificia aedificaverat: cumque eundem saltum cum fratre divideret, sumptus sibi quasi re meliore ab eo facta desiderabat fratre minore iam legitimae aetatis constituto. Herennius Modestinus respondit ob sumptus nulla re urgente, sed voluptatis causa factos eum de quo quaeritur actionem non habere.*

Bu metni takip eden diğer bir metinde de<sup>100</sup> Modestinus; Titius, yeğenini, kız kardeşine karşı duyduğu saygı (*pietas*) sebebiyle yetiştirirse, ona karşı bir davaya sahip olmadığı yönünde görüş bildirmiştir. Burada da *pietas*, kız kardeşe duyulan saygı anlamında kullanılmıştır.

Akıl hastalarına ve ergin küçüklere kayyım atanmasına ilişkin D.27.10.4'te Ulpianus, akıl hastası anneye, oğlunun kayyım olarak atanmasının, yetkileri aynı olmasa da ebeveyne saygı (*pietas*) gereği, adil bir karar olduğunu belirtmiştir<sup>101</sup>. Burada *pietas* kavramı, oğlun, güçleri eşit olmasa da her iki ebeveynine, eşit olarak saygı gereği borçlu olduğunu, belirtmek için kullanılmıştır.

Vasi ve kayyımlara karşı, görevleri sebebiyle yapılan suçlamalar hakkında<sup>102</sup> Ulpianus, kadınların bile suçlamada bulunmalarına, *praetor* tarafından izin verileceğini, belirttikten sonra; bu kadınların, kimler olduğunu sayarken, *pietas* kelimesini sıklıkla kullanmıştır. Metne göre anne, sütanne, büyükanne gibi şefkat/*pietas* göstermeye teşvik edilenler; hatta kızkardeş, ayrıca şefkatli/*pietas* olduğunu bildiği, cinsiyetinin alçak gönüllülüğünü ihlâl etmeyen ve korumaya saygı duyan/*pietas*, vesayet altındakine zarar verilmesine dayanamayan, başka herhangi bir kadın da, onun korunması amacıyla, vesayeti kötüye kullanan vasiye karşı, suçlama yöneltebilirdi<sup>103</sup>.

D.37.12.5'te Papinianus'a atfedilen bir metinde; İmparator Traianus'un<sup>104</sup>, oğluna kötü davranan bir babayı; oğlunu, *emancipatio* ile hâkimiyetten çıkarmaya zorlamasının<sup>105</sup> sonuçları üzerinde durmuştur. Babanın sonradan ölen oğlunun bıraktığı malların tamamının veya bir kısmının zilyetliğine (*bonorum possessio*) sahip olması, Neratius Priscus ve Aristo'nun tavsiyesi üzerine,

100 D.3.5.26.1: *Titium, si pietatis respectu sororis aluit filiam, actionem hoc nomine contra eam non habere respondi.*

101 D.27.10.4: *Furiosae matris curatio ad filium pertinet: pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequa debebitur.*

102 Vasinin, vesayeti kötü kullandığına yönünde bir şüphe doğarsa, vasiyetname ile belirlenen vasiye karşı, üçüncü kişi tarafından *accusatio suspecti tutoris* (idareden elçektirme davası) açılabilirdi. Ceza davası niteliğindeki bu davayla, vasinin, vasilik sıfatı kalmasına rağmen; vasi, idareden alıkonabilmekteydi. Vesayet altındaki kişi bu davayı açamazdı; ancak üçüncü kişi ile anlaşarak, davayı ona açtırabilirdi. **Güneş Ceylan S.**, Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Ankara 2004, s. 136-138.

103 D.26.10.1.7: *Quin immo et mulieres admittuntur, sed hae solae, quae pietate necessitudinis ductae ad hoc procedunt, ut puta mater. Nutrix quoque et avia possunt. Potest et soror, nam in sorore et rescriptum exstat divi Severi: et si qua alia mulier fuerit, cuius praetor perpensam pietatem intellexerit non sexus verecundiam egredientis, sed pietate productam non continere iniuriam pupillarum, admittet eam ad accusationem.*

104 M.S.53 – 117 yılları arasında yaşayan Traianus imparatorluğu sırasında fakirlere ve çocuklara özellikle de terk edilmiş çocuklara yardım kapsamında düzenlemeler yapmıştır. Bkz. **İpek N.**, Arkaik ve Klasik Dönem Roma Ailesinde Çocuk ve Yeni Doğan Bebeğin Terk Edilmesi Meselesi, MÜHF-HAD, C. 23, Yıl 2017, S.2, s. 350-352.

105 Roma hukuku, babalara *patria potestas* kapsamında olağanüstü güçler veriyse de hukukun diğer yönleri ve sosyal adalet bu yetkilerin etkisini yumuşattı. Hatta bazı imparatorlar, aile reisinin, *patria potestas* kapsamında sahip olduğu bazı hakların – özellikle *ius vitae ac necis*'i (yaşam ve ölüm üzerindeki hak) – keyfi kullanımını engellemek amaçlı çeşitli sınırlamalar getirdiler. **İpek N.**, Çocuk, s. 339. Hadrianus zamanında, oğlunu öldüren bir baba hakkında suçlamalar (oğlunun üvey annesi olan babanın karısıyla zina) ve gerekçeler belirtilmemiş olsa da babanın, bu fiili nedeniyle ceza aldığı bilinmektedir (bkz. dn.103). Constantinus zamanında, baba hâkimiyeti altında bir çocuğun öldürülmesi, *parricidium* kapsamında kabul edildi, ancak Constantinus'a kadar bu gücün kapsamının ve sınırlarının gelişimi hakkında kesin bir fikrimiz yoktur. Tarihsel örnekler, Roma'nın erken dönemlerinden efsanevi hikayelere dayandığından, güvenilir değildir. Tarihten kayda değer bir örnek, Catilina'nın isyancı ordusuna katılmaya çalışan oğlunu öldüren senatör A. Fulvius'a işaret etmektedir. **Saller R.**, s. 115.

reddedilmiştir. Bunun nedeni ise babanın, babalık şefkatinin (*pietas*) gösterdiğinin aksine hareket etmesi, oğluna kötü davranmasıdır<sup>106</sup>.

D.37.15.10'da Tryphoninus'a atfedilen bir metinde, bir babanın hâkimiyeti altından çıkardığı çocuklarına hiçbir şey dayatamayacağını; hâkimiyeti altından çıkarması (*sui iuris* hale getirmesi) sebebiyle, oğluna herhangi bir borç yükleyemeyeceğini; hiç kimsenin, babasına yemin ederek, ona bağlı olduğunu (bir azatlının eski efendisine olduğu gibi), söyleyemeyeceğini; zira çocukların, ebeveynine şefkat (*pietas*) borçlu olduğunu, hizmet borçlu olmadığını, belirtilir<sup>107</sup>.

Augustus zamanında *quaestio perpetua*<sup>108</sup> denilen mahkemeler zina davalarına bakmakla görevliyken, imparatorlukla birlikte ceza mahkemelerinin yapısı değişmiş ve bu özel mahkemeler zamanla kullanılmaz hale gelmiştir. İmparatorlukla birlikte *praetor*'un yerini imparatorlar almıştır. Bazı imparatorların zina davalarına baktıkları belirtilmektedir<sup>109</sup>. Nitekim Marcianus, imparator Hadrianus'un, üvey annesiyle zina yapan oğlunu avlanırken öldüren bir babanın, adaya sürülmesi yönünde, karar verdiğini; baba hâkimiyetinin (*patria potestas*) zulümden çok şefkatten, sevgiden (*pietas*) etkilenmesi gerektiğini, oysa ki söz konusu olayda, babanın, oğlunu öldürdüğünü, söylemektedir<sup>110</sup>.

Papinianus, D.48. 5. 22. 4'te Augustus yasaları (*lex Iulia*) kapsamında zinanın cezalandırılmasına ilişkin olarak, kocaların elinden alınan<sup>111</sup> kadını ve âşığı öldürme hakkının<sup>112</sup> (*ius occidendi*) belli

106 D.37.12.5: Divus Traianus filium, quem pater male contra pietatem adficiabat, coegit emancipare. Quo postea defuncto, pater ut manumissor bonorum possessionem sibi competere dicebat: sed consilio Nneratii Prisci et Aristonis ei propter necessitatem solvendae **pietatis** denegata est.

107 D.37.15.10: Nullum ius libertatis causa impositorum habet in mancipato filio, quia nihil imponi liberis solet. Nec quisquam dixit iureiurando obligari filium patri manumissori ut libertum patrono: nam **pietatem** liberi parentibus, non operas debent.

108 Özel bir *praetor*'un başkanlık ettiği ceza mahkemesine verilen isim. Bu mahkemeler otuz ya da daha fazla üye hâkimden oluşurdu. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Türkoğlu H. G.**, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Güncellenmiş İkinci Baskı, Ankara 2017, s. 199-205; **Kayak S.**, Roma Ceza Yargılama Hukukunda Sorgulama ve Cezalandırma, Prof. Dr. Belgin Erdoğan, Prof. Dr. Belgin Erdoğan, Derleyen Doç. Dr. M. Murat İnçeoğlu, Der Yayınları, İstanbul 2011, s. 163-165.

109 Kural olarak imparatorların yasalara bağlı olmasalar da yasalara uydukları; imparatorların yargı alanındaki şeklen düzenlenmeyen faaliyetlerinin geleneklerle ortaya çıktığı hatta imparatorların karar verirken hukukçular tarafından yönlendirildikleri belirtilmektedir. **Tamer D.**, Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteriis Coercendis, İstanbul 2007, s. 128.

110 D.48.9.5: Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris iure eum interfecit: nam patria potestas in **pietate** debet, non atrocitate consistere.

111 Augustus'un zina ve tecavüzlere ilişkin düzenlemesi (*lex Iulia*) kapsamında koca, karısını ancak belli şartların varlığı halinde öldürme hakkına sahip olabilirdi. Bu şartlar zinanın kocanın evinde gerçekleşmesi, âşıkların suçüstü yakalanması ve karısının sevgilisinin kadın taciri, aktör, şarkıcı, dansöz bir aileden gelmiş olması veya azatlı olmasıdır. Kanun tarafından belirlenen bu şartlar dışında kocanın öldürme yetkisi yoktur. Bu kuralların amacının, öldürme hakkının kullanılmasının mümkün olduğunca engellemek olduğu, kabul edilebilir. Zaten sonraki dönemlerde eğilim, zinadurumunda verilen cezaları hafifletmek yönündedir. Örneğin imparator Caracalla zinayı tamamen cezasız bırakmıştır. **Tamer D.**, s. 141-148.

112 Yukarıdaki dipnotta açıkladığımız üzere, *lex Iulia*'ya göre ancak belirli şartların gerçekleşmesi halinde kocaya tanınan zina yapan karısını öldürme hakkının, bazı yazarlar tarafından klasik hukukta kabul edilmediği, belirtilmektedir. Kadının suçüstü yakalanması, katil kocanın cezalandırılmasında sadece bir hafifletici sebep olarak görülmekte; koca, ağırlaştırılmış ölüm cezası yerine devamlı zorunlu çalıştırmaya veya sürgüne mahkûm edilmektedir. **Gaudemet J.**



şartlar altında niçin babaya tanındığını<sup>113</sup> açıklamaya çalışır<sup>114</sup>. Papinianus'a göre kadını ve onunla zinada yakalanmış erkeği öldürme hakkının, babaya tanınmasının sebebi, genel olarak babalık sevgisinin (*pietas*), çocukların çıkarlarını gözetmesindedir. Bu nedenle babanın kendisine tanınan bu hakkı daha dikkatli kullanacağı düşünülmüştür<sup>115</sup>; oysa ki koca çabuk karar verir, kocanın kızgınlığı ve aceleciliği kontrol altına alınmalıdır.

Klasik hukukta *dos*<sup>116</sup> verme genel olarak manevi yükümlülük, ahlâki borç anlamında kullanılmaktadır. Nitekim, *dos* vermenin bu anlamda kullanıldığını gösteren D.38.5.1.10'da, kızına *dos* veren bir azatlıdan, söz edilmektedir. Ulpianus'a göre, azat edilmiş birisinin, kızı için *dos* vermesi; efendisinden mal kaçırdığı, diğer bir anlatımla efendisini aldattığı anlamına gelmemelidir<sup>117</sup>. Azatlının, kızı için çeyiz yoluyla verdiği miktar, *pietas*'la (baba sevgisiyle) açıklanabilir. Dolayısıyla, azatlı, efendisini dolandırmış sayılmayacaktır. Ulpianus'a göre baba şefkati, baba sevgisi ayıplanmamalıdır<sup>118</sup>.

### B. *Pietas* Kavramının Objektif Anlamda Değerlendirilmesi

Roma hukukunda özellikle klasik hukukçuların faaliyetleri çerçevesinde benimsenen etik değerler, tarihsel bakımdan önem taşımakla birlikte bugün de pozitif hukuk üzerinde tesirini sürdürmektedir. Roma dininde önemli bir kavram olan; kişinin tanrılara, vatanına, ailesine bağlılığını ifade eden "*pietas*", sözleşmeye dayanan ilişkilerde "*fides*" (sözüne bağlılık, kendi beyanına bağlı hissetmek) anlamında kullanılmıştır<sup>119</sup>.

Hatta hukukçular rızai sözleşmeleri iyiniyet, *bona fides* fikri ile özdeşleştirmişlerdir. Dolayısıyla bu durumda *bona fides*'ten sorumluluk, artık sadece "sözünü tutmayı" değil, "namuslu insanların karakter

Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu, çev. Bülent Tahiroğlu, İÜHFMDAD, İstanbul 1972, Ayrı Bası, s. 215; **Tamer D.**, s. 144. Bazı yazarlar tarafından da klasik hukuk devrinde kocanın zina yapan karısını öldürme hakkının kısıtlandığı (*lex Iulia* kapsamında) hatta sona erdirildiği, bu hakkın sadece babaya bırakıldığı, ifade edilmektedir. **Kranjc J.**, s. 42.

113 *Lex Iulia*'ya göre, bir *pater familias* baba (*pater familias* hâkimiyetindeki babanın, kızını öldürme hakkı yoktur), hâkimiyeti altındaki (*potestas*) kızını, kendi evinde veya damadının evinde suçüstü yakaladığında, öldürebilir. Ayrıca baba, kızını ve onun aşığını aynı anda öldürmüş olmalıdır. **Tamer D.**, s.139. Papinianus'a göre, babanın eski hukuktan gelen öldürme hakkının, *lex Iulia*'da yeniden düzenlenmesinin nedeni, babayı, kızının aşığını öldürdüğünde, kızını da öldürmeye zorlamaktır. Oysa ki, baba, bir taraftan aile fertleri üzerinde hâkimiyet sahibi iken diğer taraftan görev bilinci (*pietas*) içinde, özellikle, çocuklarına öğütler veren, onlara sevgiyle yaklaşan kişidir. Bu nedenle "öldürme hakkı" babaya tanınarak, bu hakkın aşırı uygulanmasının önüne geçilmesi, umulmuştur. **Tamer D.**, s.144.

114 D.48.5.22.4: *Ideo autem patri, non marito mulierem et omnem adulterum remissum est occidere, quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit: ceterum mariti calor et impetus facile decernentis fuit refranandus.*

115 **Tamer D.**, 147.

116 *Dos*, kadının babası, kadın veya üçüncü kişi tarafından kadının ev masraflarına katılması için kocaya verilenlerdir. Önceleri kocanın *dos* üzerindeki yetkileri adeta sınırsızken klasik hukuk devrinde birtakım sınırlamalar getirilmiştir.

117 **Ayiter K.**, Klasik Roma Hukukunda "Dos" un Tesisi, Ankara 1958, s. 52.

118 D.38.5.1.10: *Sed si libertus filiam dotavit, hoc ipso, quod dotavit, non videtur fraudare patronum, quia pietas patris non est reprehendenda.*

119 **Uçaryılmaz T. Ş.**, Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi, TBB Dergisi 2018 (135), s.337.

ve adetleri kapsamında dürüst bir şekilde hareket etmeyi” hedef almaktadır. Bu da bir anlamda “bağlılık” (sadakat) olmakla birlikte, “kendi sözüne bağlılıktan” farklıdır<sup>120</sup>. Herkesten beklenen ve objektif dürüstlük yükümlülüğü olarak kabul edilen bu doğruluk kuralı, Roma geleneğinde de yer alan, sosyal ahlak değerine dayanmaktadır<sup>121</sup>. Diğer taraftan aynı haklar bakımından da *fides*, zilyetlik ve kazandırıcı zamanaşımıyla edinme hallerinde, zilyetliği devreden kişiyi malik zannetmek ya da kişi malik değilse bile malikten böyle bir yetkiyi almış bulunduğu kanaatinde olmak, kısaca malike zarar verildiğini bilmemek, anlamına gelmektedir<sup>122</sup>. Bu şekilde *pietas* gibi, uygun davranışa ilişkin pek çok toplumsal nosyonun bir dizi yolla çok yavaş ve düzensiz bir şekilde hukuka dâhil edildiği görülmektedir<sup>123</sup>.

İyiniyet sözleşmeleri olarak kabul edilen satış (*emptio-venditio*), kira (*locatio conductio rei*), eser (*locatio conductio operis*), iş (*locatio conductio operis*), şirket (*societas*) sözleşmeleri daha Cumhuriyet devrinde bilinen sözleşmelerdi. Geçerli bir şekilde meydana gelen bu sözleşmeler iki taraf (bu sözleşmelerde ya iki taraf da her zaman borçlu ya da bir taraf her zaman borçlu iken diğeri bazı hallerde borçlu olur) için de bağlayıcı olup, taraflar tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeden dönme imkânına sahip değildi<sup>124</sup>. Özellikle satış sözleşmesine konan şekilsiz *pactum*’larla taraflardan birine diğer tarafın sözleşmeden doğan borcunu ifa etmemesi veya belli şartların varlığı halinde sözleşmeden dönme imkânının tanındığı, bu durumlar dışında tarafların kanuni dönme hakkına sahip olmadıkları Roma hukukunda kabul edilmiştir<sup>125</sup>. Diğer bir anlatımla “kanuni dönme hakkı” Roma hukukuna tamamen yabancıdır<sup>126</sup>. Bu durum yine sadakat (*fides*) ilkesi ile açıklanabilir. Benzer durum kira sözleşmesinde de geçerliydi. Kiraya verenin de kiracının da klasik hukuk devrinde feshi ihbar hakkı yoktu. Örneğin kiraya veren, kiralananı ihtiyacı bulunduğu talebiyle, kiracı da kiralananın kullanımına devam etmesinin kendisi için katlanılmaz bir hal aldığı iddiasıyla feshi ihbar hakkına sahip değildi<sup>127</sup>; iki tarafın da söylediği olmalı, iki taraf da verdiği söze bağlı kalmalıydı.

*Pietas*’ın, *fides* anlamı dışında; ebeveyn ile çocuk ya da efendi ile köle arasında karşılıklı görev ve uygun davranışa işaret eden haliyle dikkate alınması, sözleşme hükümleri üzerinde de sonuçlar doğurabiliyordu. Örneğin birkaç kölenin satış sözleşmesine konu olması durumunda özellikle hepsi için yalnızca bir satış bedeli ödenmişse; bu tek bir satış olarak kabul edilirdi. Böyle bir durumda

120 Schulz F., Roma Hukukunun Prensiplerinden Sadakat, çev. Belgin Erdoğmuş, İÜHFİM, C. XLVIII, S. 1-4, 1983, s.392.

121 Tahiroğlu B., Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2016, s. 116.

122 Umur Z., Lügat, (Bona Fides).

123 Dixon S., s. 58.

124 İyiniyet sözleşmelerinden sadece vekâlet sözleşmesinde taraflara feshi ihbar hakkı tanınmıştır. Bunun nedeni bu sözleşmenin bir taraftan karşılıklı güvene dayanması diğer taraftan vekilin ücret almamasıydı. Müvekkil (vekâlet veren), vekilin sadakatsiz bir hareketini gördüğünde vekili görevden alabilir ya da müvekkilin işini gören vekil işi ücretsiz takip ettiği için gördüğü lüzum üzerine (onu zarara sokan, onun için tehlike arz eden bir işin takibi söz konusu ise) istifa edebilirdi. Schulz F., s. 392; Savaş A., Roma ve Türk Hukukunda Vekâlet Sözleşmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2000, C. 8, S. 1-2 (Milenyum Armağanı), s. 607.

125 Tahiroğlu B., Borçlar, s.223-224.

126 Schulz F., s. 391.

127 Kiraya verene ve kiracıya söz konusu sebeplere dayanarak feshi ihbar hakkı postklasik hukuk devrinde verilmiştir. Tahiroğlu B., Borçlar, s.228, 230; Schulz F., s. 391.

kölelerden herhangi birinin ayıplı çıkması (hastalıklı, sağlıksız olması gibi) halinde, bütün köleler iade edilirdi (*actio redhibitoria*). Her bir köle için ayrı fiyat belirlenmiş olsa bile tarafların niyetinin hepsini birlikte satın almak veya satmak olduğu anlaşıldığında (kölelerin aktör olduğu durumda sık sık meydana geldiği ya da dört atlı takımın veya bir çift katırın satıldığı durumlarda olduğu gibi) da bu geçerliydi<sup>128</sup>. Sağlıklı kölelerin hastalıklı olanlardan ayrılmasının güçlük arzettiği veya *pietas*'ın dikkate alındığı durumlarda alıcının sağlıklı olanları hastalıklı olanlarla birlikte iade edeceği, kardeşler ve aralarında karı koca ilişkisi olan köleler (*contubernium*) için de aynı kurala uyulması gerektiği belirtilirken, aynı aileye dâhil kişilerin birbirinden ayrılmasının *pietas*'a aykırı olduğu kabul edilmiştir<sup>129</sup>.

Roma hukukunda vekâlet (*mandatum*), saklama (*depositum*) ve kullanım ödücü (*commodatum*) gibi eksik iki taraflı iyiniyet sözleşmelerinin dostluk ve güven üzerine inşa edilmesi; kamu hukukuna özgü olduğu söylenebilecek *fides* (sadakat), *pietas* (sorumluluğunu bilme durumu)<sup>130</sup> ve *amicitia* (dostluk) gibi sosyal normların, özel hukuk alanında da taşıdığı önemi ortaya koymaktadır<sup>131</sup>. Romalılar, dostlarının işlerini görmenin ve birbirine yardım etmenin bir görev olduğunu düşünmüşlerdir<sup>132</sup>. Örneğin vekil, dostunun (müvekkilinin) işlerini takip eder ve karşılık (ücret) almaz, bir kimse (saklayan) kendisine güvenen arkadaşının (saklatanın) taşınır bir malını muhafaza eder ve karşılık (ücret) almaz ya da dayanışma içinde bulunan komşular birbirlerine ihtiyaçları olan malzemeyi ödünç verir ve karşılık (ücret) almazlar.

Roma hukukunun eski devirlerinden itibaren oldukça geniş uygulama alanı bulan kefalet (*sponsio*), yabancıların da yapabilmesine imkân sağlamak için *fidepromissio* (şeref üzerine vaad etmek anlamında iki kelimeden meydana gelir: *fides*/şeref, bağlılık, sadakat + *promittere*/ vaad etmek) ismini alarak sadakat kavramına dayandırılmıştır<sup>133</sup>. Ayrıca klasik hukuk devrinde kefilin borcu birinci derecedeydi ve alacaklı, kefilin ödeme gücünün elverişli olması halinde onu seçerek, takibi ona karşı gerçekleştirebiliyordu. Bununla beraber, *mores maiorum* kapsamında, esas borçlu borcunu

128 D.21.1.34 pr.: *Cum eiusdem generis plures res simul veneant, veluti comoedi vel chorus, referre ait, in universos an in singulos pretium constituitur, ut scilicet interdum una, interdum plures venditiones contractae intellegantur: quod vel eo quaeri pertinere, ut, si quis eorum forte morbosus vel vitiosus sit, vel omnes simul redhibeantur.*D.21.1.34.1: *Interdum etsi in singula capita pretium constitutum sit, tamen una emptio est, ut propter unius vitium omnes redhiberi possint vel debeant, scilicet cum manifestum erit non nisi omnes quem empturum vel venditurum fuisse, ut plerumque circa comoedos vel quadrigas vel mulas pares accidere solet, ut neutri non nisi omnes habere expedit.*

129 D.21.1.35: *Plerumque propter morbosa mancipia etiam non morbosa redhibentur, si separari non possint sine magno incommodo vel ad pietatis rationem offensam. Quid enim, si filio retento parentes redhibere maluerint vel contra? Quod et in fratribus et in personas contubernio sibi coniunctas observari oportet.*

130 Genelde “dindarlık” olarak çevrilen *pietas*,” sorumluluğunu bilme” anlamında da kullanılmaktadır. **Çevik Cengiz C.**, Ciceron’un Devlet’i, De Re Publica Yazıları, Yapı Kredi Yayınları, Birinci Baskı, İstanbul 2017, s. 94, dipnot 92.

131 “Roma toplumunda Tanrılarla ilişki adli bir anlaşma üzerine kurulmuş gibidir, buna bağlı olarak bir vatandaşın diğer vatandaşlarla ilişkisi de bir yasal/ilahi güvence altına alınmış olur”. **Çevik Cengiz C.**, s. 94-95.

132 **Tahiroğlu B.**, Borçlar, s. 243.

133 En eski kefalet sözlü akitle yapılan *sponsio*’dur. Ancak *sponsio* sadece Roma vatandaşlarına özgüdür, bunu yabancılar yapamaz. *Sponsio*’da alacaklı kefile “aynı şeyi vermeyi taahhüt ediyor musun (*idem dari spondes*)?” diye sorar, kefil de “taahhüt ediyorum (*spondeo*)” diye cevap verir. Yabancılar *praetor*’luğunun (*praetor peregrinus*) kurulmasının ardından *fidepromissio* adıyla bir kefalet şekli benimsenmiştir. Burada alacaklının “aynı şeyi şerefine üzerine vaad ediyor musun (*idem fidepromittis*)?” sorusuna kefil “şerefim üzerine vaad ediyorum (*fidepromissor*)” şeklinde cevap verirdi. **Tahiroğlu B.**, Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet; İHFM, C. XLII, S. 1-4, Ayrı Bası, İstanbul 1977, s. 6.

ödemeye hazırken; alacaklı, kefil takip ediyorsa, borçlunun şerefine tecavüz edildiği kabul edilir ve borçlu, şahsiyetine tecavüz edildiği iddiasıyla borçluya karşı şahsiyete tecavüz davası (*actio iniuriarum*) açabilirdi<sup>134</sup>. Roma hukukunda şahsi teminat şekli olan kefaletin aynı teminata nazaran daha ön planda olması, özellikle de taşınmaz rehninin çok yetersiz kalışı Roma toplumunda sadakat ilişkilerinin çokluğu ile açıklanabilir<sup>135</sup>.

*Fides* (sözleşmelere sadakat) ya da *pietas* (tanrılara, vatana, aileye sadakat) “başlangıçta söylenenin dışına çıkmamayı”, “boyun eğmeyi” gerektirir. Ayrıca bu tek taraflı bir itaat yükümlülüğü de yüklemeyiz; gerek sözleşmelerde gerekse diğer durumlarda her iki taraf da sadakat yükümlülüğü altındadır. Sözleşme kapsamında karşılıklı olarak taahhütte bulunan taraflar, söz konusu taahhütlerini yerine getirmelidirler, “*fit quod dicitur*” (söylenen olmalıdır). Hâkim de iyiniyet sözleşmelerinden doğan uyumsuzlukları çözüme bağlarken, somut olayı ve şartları dikkate alarak, “dürüst” bir kişinin nasıl hareket etmesi gerektiğini düşünür ve “iyiniyet gereğince” (*ex bona fide*) hüküm kurardı.

Roma usul hukukunda, tarafların iddia ve savunmalarında ispata yarayan deliller arasında önemli bir yer tutan gerek tanık yemini gerekse taraf yemini sözleşmelere sadakat yanında üzerinde durulması gereken bir konudur. Nitekim Roma usul hukukunda tanıklar, tarafların kendilerine yönelttiği sorulara yemin ederek cevap verirlerdi. Eski devirlerde yalan yere yemin eden tanık ilahların gazabına maruz kalır, ayrıca Tarpeia<sup>136</sup> kayalıklarından atılırdı<sup>137</sup>. Yalan yere yemin eden tanrıların gazabından korkmasa bile, sözüne bağlı olmamanın olumsuz sonuçlarıyla karşılaşır. Dolayısıyla *fides*, onun üzerinde etkili olurdu<sup>138</sup>. Bu dönemlerde ispat bakımından yazılı belgelerin tanıklık karşısında bir üstünlüğü yoktu. Ayrıca *formula* usulü denilen yargılama sisteminde hâkim, bir kanaate varamadığı durumda, olayın kendisi için açık olmadığına ilişkin yemin ederek karar vermektan kaçınılabildi<sup>139</sup>. Hatta bu usulünde hâkim, *formula* denilen ve bizzat *praetor* tarafından düzenlenen yazılı belgeye de sadık kalmak zorunda idi.

*Pietas* kapsamında davranma yükümlülüğüne işaret eden bir başka metin de yine usul hukukuna ilişkindir. Paulus’a atfedilen bu Digesta metninde, baba hâkimiyeti altında olan bir erkek çocuğun, *alieni iuris* olduğunu reddetmesi durumunda; *praetor*’un, çocuğu, önce iddiasını kanıtlaması için yönlendirmesi gerektiği ve bu kuralın babaya gösterilmesi gereken saygı (*pietas*) nedeniyle ihdas

134 Tahiroğlu B., Kefalet, s.14.

135 Schulz F., s. 396.

136 Adını Tarpeia adlı bir Romalı kızdan alan kayalıkların efsanevi öyküsünde, “vatana itaatsizliğin” yani “sadakatsizliğin” sonucu işlenmektedir. Titus Livius’un da anlattığı (1. Kitap, Caput 11) öyküye göre; kral Romulus’un Roma’yı yönettiği dönemde Romalılar tarafından kaçırılan kızlarını geri almak için Roma’ya saldıran Sabin’lerin kralı ve komutanı Titus Tattius, Roma kalesininin kumandasını elinde bulunduran Spurius Tarpeius’un genç kızına (Tarpeia’ya), silahlı Sabinli’lerin kaleye alınması için rüşvet olarak altın verir. Ordusuyla kaleye giren Tattius; Tarpeia’nın onlardan silahlarını da istemesi üzerine, onun güvenilmez bir hain olduğunu anlamış ve onu öldürmüştür. Bu konuya ilişkin farklı efsanevi öyküler de anlatılmaktadır. Bkz. <http://semasandalcı.blogspot.com/2016/03/roma-yasamndan-esintiler-tarpeia.html>. Ancak anlatılan öykü “Halicarnassus’lu Dionysus’a göre, L. Calpurnius Piso tarafından verilen bir tercüme şekliydi. Tarpeia hakkında en iyisini Propertius yazmıştır”.Titus Livius, s. 117, dn. 44.

137 Umur Z., Ders Notları, s.241.

138 Schulz F., s. 392.

139 Umur Z., Ders Notları, s. 266.

edildiği, belirtilmiştir. Dolayısıyla baba hâkimiyeti altında olmadığını, iddia eden herkesin, ilk olarak bunu ispatlaması emredilmiştir<sup>140</sup>.

Tüm bu açıklamalar kapsamında Roma'nın sosyal ve siyasi hayatında önemli bir yer tutan *pietas* kavramının; sübjektif ve objektif anlamda değerlendirilerek hukuki sonuçlar doğurduğunu ve Roma hukukuna dâhil olduğunu söylemek, abartı olmayacaktır.

## KAYNAKÇA

- Akçay T.**, Yunan ve Roma'da Ölü Kültü, Ankara 2017.
- Atayman Erçelik P.**, Roma'nın Kuruluş Efsaneleri, Doğu-Batı Düşünce Dergisi, Romalılar II, Akademik Kitap Kulübü, 1. Baskı, S.50, s. 15-22.
- Ayiter K.**, Klasik Roma Hukukunda "Dos" un Tesisi, Ankara 1958.
- Bailey C.**, Antik Roma'nın Dini, çev. Peren Gülmez, İstanbul 2018.
- Berger A.**, Encyclopedic Dictionary Of Roman Law, Philadelphia 1953.
- Corbino A.**, Roma'da Arkaik ve Cumhuriyet Dönemleri'nde, Anayasal-Politik Dengeler-Hukuksal Gelişim, Hukukçuların Hukuk Yaşamındaki Roller, çev. Özcan Çelebican, AÜHFD, C. 44, S. 1-4, 1995, s.61-78.
- Couch J. A.**, Roma'nın Eski Hukuk Döneminde Kadın, çev. İpek Sevda Söğüt, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C. II, İstanbul 2010, s. 1491-1504.
- Çevik Cengiz C.**, Ciceron'un Devlet'i, De Re Publica Yazıları, Yapı Kredi Yayınları, Birinci Baskı, İstanbul 2017.
- Demiriş B.**, Roma'nın Yurtsever Tarihçisi Titus Livius, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul 1998.
- Diakov V. – Kovalev S.**, İlkçağ Tarihi, C. 2, Roma, çev. Özdemir İnce, Yordam Kitap, Birinci Basım, İstanbul 2008.
- Dixon S.**, The Roman Family, London 1992.
- Dürüşken Ç.**, Roma Dini, Türk Eski Çağ Bilimleri Enstitüsü Yayınları: 19, İstanbul 2003 (Roma Dini)
- Dürüşken Ç.**, Antik Çağ'da Yaşamın ve Ölümün Bilinmesine Yolculuk, Roma'nın Gizem Dinleri, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul 2000 (Roma'nın Gizem Dinleri).
- Gaudemet J.**, Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu, çev. Bülent Tahiroğlu, İÜHFHAD, İstanbul 1972, Ayrı Bası.
- Georges V. A.**, Roma Hukuku ve Modern Dünya Düşüncesi, çev. Bülent Tahiroğlu, İHFM, C. XLII, S. 1-4, Ayrı Bası.
- Güneş Ceylan S.**, Roma Hukukundan Günümüze Velayet-Vesayet Hukuku, Ankara 2004.
- Henry H. M.**, *Pietas* and *Fides* in Catullus, Dublin 1950.
- İpek N.**, Arkaik ve Klasik Dönem Roma Ailesinde Çocuk ve Yeni Doğan Bebeğin Terk Edilmesi Meselesi, MÜHF-HAD, C. 23, Yıl 2017, S.2, s.295-360 (Çocuk).
- İpek N.**, Roma Hukukunda Yardım Nafakası Yükümlülüğü, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2013, C. 19, S. 3, s. 277-290.
- Kalaycıoğulları S.**, Klasik Dönem Yunan ve Roma Yazınında Penelope: Homeros'tan Ovidius'a Penelope Betimi ve Heroides 1, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C.7, S.2, 2016, s. 95-112.

140 D.22.3.8: Si filius in potestate patris esse neget, praetor cognoscit, ut prior doceat filius, quia et pro *pietate* quam patri debet praestare hoc statuendum est et quia se liberum esse quodammodo contendit: ideo enim et qui ad libertatem proclamat, prior docere iubetur.

- Kalaycıoğulları Serap G. – Cemil Koyuncu**, Coriolanus ve Vox Matronarum, Dört Öge, Yıl 5, sayı 10, Ekim 2016, s. 143-157.
- Kayak S.**, Roma Ceza Yargılama Hukukunda Sorgulama ve Cezalandırma, Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, Derleyen Doç. Dr. M. Murat İnceoğlu, Der Yayınları, İstanbul 2011, s. 155-185.
- Kranjc J.**, "Virtues in the Law: The Case of *Pietas*", The Joseph And Gwendolyn Straus Institute For The Advanced Study of Law & Justice Professor J.H.H. Weiler, NYU School of Law, New York 2012.
- Kütükçü D.**, Batı Hukuku Geleneğinin Oluşumu, Ankara 2017.
- Menzilcioğlu F. Ç.**, Roma'da *Pietas* Kavramı, Felsefe Arkivi, İstanbul 2008.
- Montesquieu**, Romalıların Yücelik ve Çöküşünün Nedenleri Üzerine Düşünceler, çev. Berna Günen, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2019.
- Saller R.**, Patriarchy, Property and Death in the Roman Family, Cambridge 1994.
- Savaş A.**, Roma ve Türk Hukukunda Vekâlet Sözleşmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2000, C. 8, S. 1-2 (Milenyum Armağanı), s. 583-613.  
<http://semasandalci.blogspot.com/2016/03/roma-yasamndan-esintiler-tarpeia.html> (son erişim tarihi 30.05.2021)
- Schulz F.**, Roma Hukukunun Prensiplerinden Sadakat, çev. Belgin Erdoğan, İÜHF, C. XLVIII, S. 1-4, 1983, s.389-396.
- Seidl E.**, Romalı Hukukçuların Metodlarına Dair, çev. Belgin Erdoğan, İÜHF, C. XXXV, S. 1-4, Ayrı Bası.
- Tahiroğlu B. – Erdoğan B.**, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2020.
- Tahiroğlu B.**, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2016 (Borçlar).
- Tahiroğlu B.**, Roma Hukukunda Borcun Teminatlarından Kefalet; İHF, C. XLII, S. 1-4, Ayrı Bası, İstanbul 1977.
- Tamer D.**, Augustus Çağında Cinsel Suçlar ve Lex Iulia De Adulteriis Coercendis, İstanbul 2007.
- Tekin O.**, Eski Yunan ve Roma Tarihine Giriş, [https://books.google.com.tr/books?id=sAKcDwAAQBAJ&pg=PT188&lpg=PT188&dq=Roma+yaz%C4%B1n%C4%B1nda+pietas&source=bl&ots=8jLyrQwoD5&sig=ACfU3U1M4\\_U9m0sE4-wd8z5A6fRDyeJ6OQ&hl=en&sa=X&ved=2ahUKewiWsNn38b\\_qAhXhxaYKHdI9BBQQ6AEwAnoECAoQAQ#v=onepage&q=Roma%20yaz%C4%B1n%C4%B1nda%20pietas&f=false](https://books.google.com.tr/books?id=sAKcDwAAQBAJ&pg=PT188&lpg=PT188&dq=Roma+yaz%C4%B1n%C4%B1nda+pietas&source=bl&ots=8jLyrQwoD5&sig=ACfU3U1M4_U9m0sE4-wd8z5A6fRDyeJ6OQ&hl=en&sa=X&ved=2ahUKewiWsNn38b_qAhXhxaYKHdI9BBQQ6AEwAnoECAoQAQ#v=onepage&q=Roma%20yaz%C4%B1n%C4%B1nda%20pietas&f=false) (son erişim tarihi 06/12/2020).
- Türkoğlu H. G.**, Roma Hukukunda Humanitas İle Maiestas Populi Romani Arasındaki Bağlantı, TBB Dergisi, C. Eylül-Ekim 2011, S. 96, s. 229-268.
- Türkoğlu H. G.**, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Güncellenmiş İkinci Baskı, Ankara 2017.
- Uçarıılmaz T. Ş.**, Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi, TBB Dergisi 2018 (135), s.335-382.
- Umur Z.**, Roma Hukuku Ders Notları, 3. Baskı, İstanbul 1999.
- Umur Z.**, Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1975 (Lügat).
- Villey M.**, Roma Hukuku Güncelliği, çev. Tahiroğlu B., İstanbul 1985.

### **Antik Kaynaklar**

- Catullus**, Bütün Şiirleri, çev. Çiğdem Dürüşken – Erdal Alover, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1997.
- Cicero**, Yükümlülükler Üzerine, Latince Aslından Çeviren: C. Cengiz Çevik, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, III. Basım, İstanbul 2016.

- Cicero**, Tanrıların Doğası (De Natura Deorum), Latince Aslından Çeviren F. Gül Özaktürk-Fafo Telatar, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2006.
- Cicero**, Philippicae Söylevleri I (1-6. Kitaplar), Latince'den çeviren F. Gül Özaktürk, Öteki Yayınevi, Ankara 1998.
- Cicero**, Yasalar Üzerine, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Latince Aslından Çeviren C. Cengiz Çevik, İstanbul 2017.
- Publicius Ovidius Naso**, Aşk Sanatı, çev. Çiğdem Dürüşken, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, VI. Basım, İstanbul 2020 (Aşk).
- Publius Ovidius Naso**, Fasti (I-VI), Roma Takvimi ve Festivaller, çeviren ve yorumlayan Asuman Çoşkun Abuagla, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2016 (Fasti).
- Publius Ovidius Naso**, Karadeniz'den Mektuplar, çev. Çiğdem Dürüşken, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 1999.
- Seneca** Ahlaki Mektuplar, Epistulae Morales, (Kitap I-XX), çev. Türkân Uzel, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara 1999.
- Titus Livius**, Roma Tarihi, Kitap I, çev. Sabahat Şenbark, Arkeoloji ve Sanat Yayınları, İstanbul 1992.
- Vergilius, Aeneas**, çev. İsmet Zeki Eyuboğlu, 4. Bası, İstanbul 2019.

#### ***Yardımcı Kaynaklar***

- Digesta Mommsen/Krüger, Berolini 1965.
- Kabaağaç S. /Alova E., Latince Türkçe Sözlük, İstanbul 1995.

# Milletlerarası Ticari Tahkimde Hibrit Tahkim Klozlarının Geçerliliği\*

## Validity of Hybrid Arbitration Clauses in International Commercial Arbitration

Ebru Şensöz Malkoç \*\* , Müge Değirmencioğlu \*\*\* 

### ÖZ

Tarafların aralarında doğacak uyuşmazlığın belirleyecekleri kişi veya kişiler tarafından çözümlenmesi konusunda anlaşmaya vardıkları tahkim anlaşmaları, taraf iradelerinde bir sakatlık olmasa dahi, tahkim anlaşmasındaki hata veya çelişkiler nedeniyle geçersiz hale gelebilir. Tarafların birden fazla uyuşmazlık çözüm yolu ile tahkimi ya da mahkemeler ile tahkimi birlikte yetkilendirdiği veya bir tahkim merkezi ile başka bir tahkim merkezinin kurallarını birlikte yetkilendirdiği iki farklı unsuru sentezleyerek oluşturdukları hibrit tahkim anlaşmalarının geçerliliği sorunu da içerdiği çelişkiler nedeniyle ortaya çıkabilir. Çalışmamızda hibrit tahkim anlaşmalarının türleri ile birlikte bu türden tahkim anlaşmalarına uygulanacak hukuk ve geçerlilikleri incelenecektir. Özellikle bir tahkim merkezi bünyesinde başka bir tahkim merkezinin kurallarının uygulanmasının kararlaştırıldığı hibrit tahkim anlaşmalarının Türk tahkim hukuku açısından geçerliliği değerlendirilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği, Patolojik Tahkim, Kusurlu Tahkim, Kademeli Tahkim Anlaşmaları, Med-Arb, Arb-Med, Medola, Arb-Med-Arb, Arb-Med-Opt-Out, Hibrit Tahkim Anlaşmaları

### ABSTRACT

Arbitration agreements, in which the parties agree to settle their dispute between them by the person or persons they will determine, even if there is no injury in the will of the party, may be invalid due to errors or contradictions in the arbitration agreement. The validity of hybrid arbitration agreements, which are formed by synthesizing two different elements; like the parties authorize arbitration through more than one dispute resolution, or the courts and arbitration together or choose different arbitration institution for administering and rules, may be invalid too. In our study, the types of hybrid arbitration agreements will be analyzing and summarizing and then the applicable law to these arbitration agreements and the validity of these type of arbitration agreements will be examined. Most especially, the arbitration agreements' validity which applies the rules of one arbitral institution but which is administered by a different institution, which has not yet been raised before Turkish courts, will be examined under the Turkish law.

**Keywords:** Validity of Arbitration Agreements, Pathological Arbitration, Defective Arbitration, Multi-Tier Dispute Resolution, Combined Processes, Hybrid Processes, Med-Arb, Arb-Med, Medola, Arb-Med-Arb, Arb-Med-Opt-Out, Hybrid Arbitration

\* İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Yüksek Lisans Programında 2020-2021 Güz Döneminde ilk yazar danışmanlığında savunulacak olan "Milletlerarası Ticari Tahkimde Patolojik Tahkim Anlaşmaları ve Hibrit Tahkim Klozları" başlıklı yüksek lisans tez çalışmasının bir ürünüdür.

\*\* Doç.Dr., İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

\*\*\* İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, musedegirmencioğlu@gmail.com,

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Ebru Şensöz Malkoç

**E-posta/E-mail:** esensoz@ticaret.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 12.01.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 27.01.2021



## GİRİŞ

Tahkim, devlet yargılamasına alternatif özel bir yargılama biçimidir. Yapılan yargılama neticesinde nihai bir karara varılması ve varılan bu kararın bağlayıcı nitelikte olması nedeniyle, tahkim yargılamasının diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden ayrıldığı kabul edilmektedir.

Tahkim anlaşmaları, irade sakatlıkları barındırması, anlaşmada hata veya çelişki bulunması gibi nedenlerle kusurlu duruma gelebilir. Tahkim anlaşmasının kusurlu olması, literatürde tahkim anlaşmasının patolojik olduğu şeklinde ifade edilmektedir. Belirtmek gerekir ki, her patolojik tahkim anlaşması geçersiz değildir. Tahkim anlaşmasının patolojik olduğu yargılamaların farklı aşamalarında ve farklı makamlar önünde ileri sürülebilir. Birden fazla unsurun sentezlenmesi nedeniyle hibrit olarak ifade edilen tahkim anlaşmaları da, geçerliliklerinin tartışmalı olması nedeniyle, patolojik tahkim anlaşmaları içinde değerlendirilmektedir.

Çalışmamızda, öncelikle tahkim anlaşmalarının geçersizliğinin hangi makamlar önünde, hangi aşamalarda ileri sürülebileceği incelenecek, ardından tahkim anlaşmalarının geçersizliğine uygulanacak hukuk tespit edilecektir. İkinci bölümde, patolojik tahkim anlaşmalarının çerçevesi belirlendikten sonra, özellikle hibrit tahkim anlaşmaları incelenecektir. Hibrit tahkim anlaşmaları, çalışmamız kapsamında; (1) tahkim ile birlikte başkaca alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin sentezlendiği ya da tahkim ile birlikte mahkemelerin öncelik sonralık ilişkisi ile yetkilendirildiği anlaşmalar ve (2) kurumsal bir tahkim merkezinin bir başka kurumsal tahkim merkezinin kurallarını uygulamak şartı ile yetkilendirildiği anlaşmalar olarak iki ayrı başlık altında ele alınacaktır.

Birden fazla uyuşmazlık çözüm yönteminin sentezlendiği hibrit tahkim anlaşmalarının birçok görünüş biçimi olmasına karşın, bu türden anlaşmalar sıklıkla, tarafların önce arabuluculuk sonra tahkim öngördüğü *med-arb*, tarafların aralarında yalnızca bir tahkim anlaşması bulunan hallerde arabuluculuğa gitmeyi kararlaştırmaları ile fiili olarak oluşacak *arb-med-arb*, tarafların arabuluculuk ve tahkimi birlikte öngördükleri ancak hakemlerin yetkisini yalnızca kendi önerileri ile sınırlandırdığı *medola* ya da tarafların tahkim anlaşmasında hakemler henüz kararını açıklamadan önce son bir şans olarak arabulucuya gitmelerini öngören *arb-med* olarak karşımıza çıkabilmektedir. Bu tür tahkim anlaşmalarının geçerliliği ve tahkim öncesi aşamalar tüketilmeden tahkim yargılamasına başvurulup başvurulamayacağı çalışmamızda değerlendirilecektir.

Hibrit tahkim anlaşması niteliğinde olması nedeniyle, devlet mahkemelerinin kademeli olarak öncelik-sonralık ilişkisi içinde tahkim mahkemeleri ile birlikte yetkilendirildiği tahkim anlaşmalarının geçersizliği konusu da çalışmamız kapsamında incelenecektir. Ancak, tahkim yargılaması ile birlikte bir öncelik-sonrası ilişkisi barındırmadan devlet mahkemelerini yetkilendiren tahkim anlaşmaları, hibrit özellik göstermemeleri nedeniyle çalışmamız kapsamında ele alınmamıştır. Zira hibrit kavramı bir “sentezleme” ifade ederken, tahkim ve devlet mahkemelerinin birlikte yetkilendirildiği ya da “veya” ibaresi ile alternatifli olarak yetkilendirildiği tahkim anlaşmaları, bir iş bölümü ve sentez içermemektedir.

Bir kurumsal tahkim merkezinin bir başka kurumsal tahkim merkezinin kurallarını uygulamak şartıyla yetkilendirildiği hibrit tahkim anlaşmalarının geçerliliği de tartışma yaratmaktadır. Bu türden hibrit tahkim anlaşmalarının, ‘tahkim kurumu kurallarının, yalnızca onu hazırlayan tahkim kurumuna uygun olacağı’ gerekçesiyle geçersiz olacağı ifade edilmektedir. Bu nedenle, üçüncü bölüm altında, bir kurumsal tahkim merkezinin bir başka kurumsal tahkim merkezinin kurallarını uygulamak şartıyla yetkilendirildiği hibrit tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin olarak verilmiş mukayeseli hukukta yer alan yargı kararları incelenecek ve yapacağımız tespitler çerçevesinde, bu türden hibrit tahkim anlaşmalarının genel olarak ve Türk hukuku bakımından geçerliliği üzerine bir değerlendirme yapılacaktır.

## I. TAHKİM ANLAŞMASININ GEÇERSİZLİĞİ VE PATOLOJİK TAHKİM ANLAŞMALARI

Tahkim, devlet yargısına alternatif özel bir yargılama biçimidir. Taraflar aralarında yaptıkları geçerli bir tahkim anlaşması ile bu anlaşmada gösterdikleri belirli bir hukuki ilişkiden doğmuş ya da doğacak uyuşmazlıkların tamamının veya bir kısmının çözümü için tahkim mahkemesini yetkili hale getirirler. Ancak, taraflar arasındaki tahkim anlaşması, kimi zaman iradelerindeki muğlaklık, kimi zamansa, tahkim anlaşmasındaki hatalar veya çelişkiler nedeniyle kusurlu, başka bir ifadeyle patolojik hale gelebilir. İfade etmek gerekir ki, her patolojik tahkim anlaşması geçersiz değildir<sup>1</sup>. Ancak, her geçersiz tahkim anlaşması, patolojik bir tahkim anlaşmasıdır.

Bir tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin itiraz, devlet mahkemelerinde ileri sürülebileceği gibi, *kompetenz-kompetenz* (*competence-competence*) prensibi gereğince, hakem mahkemeleri önünde de ileri sürülebilir.

Yine, tahkim anlaşmasının geçersizliği itirazı, hakem kararı verilmeden önce ileri sürülebileceği gibi; karar verildikten sonra da ileri sürülebilir<sup>2</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, karar verildikten sonra tahkim anlaşmasının ilk kez ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu ifade edilmektedir<sup>3</sup>.

Sonuç olarak, tahkim anlaşmasının geçersizliği itirazı; (1) hakem heyeti önünde, (2) mahkeme önünde bir davada tahkim itirazına karşı, (3) mahkeme önünde iptal davası aşamasında, (4) yabancı bir hakem kararı mevcut ise, mahkeme önünde tenfiz davası aşamasında ileri sürülebilir<sup>4</sup>.

- 1 Duarte G Henriques, ‘Pathological Arbitration Clauses, Good Faith and The Protection of Legitimate Expectations’ (2015) 31(2) Arbitration International 349, 353 naklen Frédéric Eisemann, ‘La clause d’arbitrage pathologique’ (1974) c.3 l’arbitrage international Essais in memoriam Eugenio Minoli, C. 3, Milano, 129.
- 2 Ece Selin Tekin, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğe Uygulanacak Hukuk* (1st edn, On İki Levha 2019), 124.
- 3 Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019) 427; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat 2020) 402-403; Sibel Özel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Kuralları* (1st edn, Legal 2008) 86; Fatih Aydemir, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi* (1st edn, On İki Levha 2017) 388, 394; Esen Aydın, ‘Milletlerarası Ticari Tahkimde Patolojik Tahkim Şartı ve Sözleşmesi’ (LL.M. thesis, İstanbul Üniversitesi 2018) 55,59; Tekin (n 2) 167, 169.
- 4 Özel (n 3) 79; Hüseyin Afşın İlhan, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği* (1st edn, Adalet 2016) 30; Aydemir (n 3) 373; Aydın (n 3) 38; Tekin (n 2) 85,124.

## A. TAHKİM ANLAŞMASININ GEÇERSİZLİĞİNİN İLERİ SÜRÜLMESİ

### 1. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Hakem veya Hakem Heyeti Önünde İleri Sürülmesi

Tahkim yargılamasında, en geç cevap dilekçesine kadar, davalının tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna ilişkin itirazı neticesinde, *komptenz-kompetenz* prensibi gereği, hakemler tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda, başka bir ifadeyle, kendi yetkileri konusunda karar verirler<sup>5</sup>. Nitekim, hakemlere sahip olduğu yetkileri veren de sınırlayan da tarafların akdettikleri tahkim anlaşmasıdır.

Tahkim anlaşması ile bir kurumsal tahkim merkezinin yetkilendirildiği durumlarda, henüz bir yargılama başlamadan da, tahkim kurumu bünyesinde *prima facie* bir incelemeyle tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verilebilirken<sup>6</sup>, *ad hoc* bir tahkim öngörülmüşse, ancak, tahkim mahkemesi kurulduktan sonra tahkim anlaşmasının geçerliliği değerlendirilebilecektir<sup>7</sup>. Kurumsal ya da *ad hoc* tahkim fark etmeksizin, tahkim yargılaması başladıktan sonra, tarafların tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin itirazları, hakemler tarafından bir ara karar ile sonuca bağlanır.

Tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda genel bir kabul olmamakla birlikte<sup>8</sup>, genellikle, taraflara, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuku seçme imkânı

5 Aydemir (n 3) 378-380.

6 Aydın (n 3) 53; Banu Şit, *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (1st edn, İmaj 2005) 48.

7 Aydın (n 3) 53.

8 Doktrinde tahkim anlaşmasının hukuki niteliği konusunda bir görüş birliği olmamakla birlikte, dört farklı teori ortaya atılmıştır. Bu teorilerden ilki olan maddi hukuk görüşü, tahkim anlaşmasının bir borçlar hukuku sözleşmesi olması nedeniyle, uygulanacak hukukun taraf iradelerine tabii olduğunu savunur ( Bkz Erol Ertekin and İzzet Karataş, *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması* (1st edn, Yetkin 1997) 419, 422-423; Özel (n 3) 32; İlhan (n 4) 9; Tekin (n 2) 21-23; Nazlı Töre, *Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı Geçerliliği ve Etkileri* (1st edn, Turhan 2019) 39-48; Begüm Gedik, *Milletlerarası Tahkim Kararlarının İptal Edilme Nedenlerinden Tahkim Anlaşmasının Geçersiz Olması* (1st edn, Seçkin 2020) 68-69; Gülgün Ildır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü-Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler* (1st edn, Seçkin 2003) 57-58). İkinci teori olan usul hukuku görüşü ise, yargı yetkisi kendinde olan devletin, tahkim anlaşması yapma yetkisini, taraflara usul kanunlarında tanıdığını ve bu nedenle tahkim anlaşmasının bir usul hukuku sözleşmesi olduğunu savunur (bkz Ertekin and Karataş (n 8) 419, 423-424; Özel (n 3) 33; İlhan (n 4) 9 – 11; Tekin (n 2) 23-28; Töre (n 8) 48-55; Gedik (n 8) 70-71; Ildır (n 8) 58). Bu teoriye göre, tahkim yargılamasının da devlet yargısının bir parçası olması nedeniyle, hakem de hâkim gibi *lex fori*'yi uygular (Bkz Töre (n 8) 52). Üçüncü bir teori ise karma teoridir, karma teori tahkim anlaşmasının kurucu unsurlarının maddi hukuka yönelik, sonuçlarının ise usul hukukuna yönelik olduğunu ifade ederek; tahkim anlaşmasının maddi hukuk ve usul hukuku sözleşmelerinin birleşiminden oluştuğunu savunmaktadır ( Bkz Ertekin and Karataş (n 8) 419, 425; Özel (n 3) 33; İlhan (n 4) 11; Tekin (n 2) 28-30; Töre (n 8) 55-58; Gedik (n 8) 71-72; Ildır (n 8) 58). Son olarak bağımsız teori, milletlerarası tahkimin milli hukuklardan bağımsız ele alınması gerektiğini savunmaktadır ( Bkz Ertekin and Karataş (n 8) 419,425-426; Özel (n 3) 33-35; İlhan (n 4) 12; Tekin (n 2) 30-34; Töre (n 8) 58-62; Gedik (n 8) 72-73).Bağımsız teoriyi savunular, tahkim yeri ile tahkimin bağıni zayıflatarak, mahkemelerin, tahkim yargılaması üzerindeki rolünün de azalmasını amaçlamaktadır ( Bkz Ertekin and Karataş (n 8) 419,425-426; Özel (n 3) 33-35; İlhan (n 4) 12; Tekin (n 2) 30-34; Töre (n 8) 58-62; Gedik (n 8) 72-73). Tarafların tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmak üzere bir hukuk seçmiş olmaları durumunda, tahkim anlaşmasının geçerliliğine seçilen bu hukuk uygulanacaktır. Taraflarca böyle bir hukuk seçimi yapılmamış olması durumunda ise, farklı devlet hukuklarında farklı yaklaşımlar uygulandığı görülmektedir (Bkz Özel (n 3) 79). Taraflarca bir seçim yapılmadığı durumlarda tahkim anlaşmasının geçerliliğine bazı hukuklarda tahkim yeri hukuku uygulanırken (İsveç, Belçika, Hollanda ve İtalyan mahkemelerinin aynı yönde birçok kararı mevcuttur. Bkz Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern and Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration Student Version* (6th edn, Oxford 2015) 162 ff; Milo Molfa, 'Pathological Arbitration Clauses and The Conflict of Laws' (2007) 37(1) Hong Kong Law Journal 161, 169) Ayrıca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmak

tanınmaktadır. Taraflarca bu yönde bir seçim yapıldığı durumda, hakemler, tahkim anlaşmasının geçerliliğini, tarafların seçtiği hukuka göre değerlendirir<sup>9</sup>. Tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda bir hukuk seçimi yapılmamışsa, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun tespiti, farklı devlet hukuklarında farklı şekillerde düzenlenmiştir. Bazı hukuklarda tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda, tahkim anlaşmasının geçerliliğine tahkim yeri hukukunun uygulanacağı düzenlenmişken, bazı hukuklarda esas sözleşmeye uygulanacak hukukun, bazı hukuklarda, tahkim kurumunun kurallarının ya da genel hukuk prensiplerinin uygulanacağı, bazı hukuklarda ise, nadiren de olsa, tenfiz yeri hukukuna göre geçerliliğin değerlendirileceği kabul edilmektedir<sup>10</sup>.

Türk hukukunda, Milletlerarası Tahkim Kanunu<sup>11</sup> (MTK)'nın uygulama alanına giren<sup>12</sup> uyuşmazlıklarda; tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk; MTK m. 4/f.3 “...*Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir*” hükmü uyarına; taraflarca bir hukuk seçimi yapılmışsa bu hukuk, bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukudur. Ancak, Türk hukukunda, MTK'nın uygulama alanına girmeyen uyuşmazlıklarda tahkim anlaşmasının geçerliliğine hangi hukukun

üzere tahkim yeri hukukunun uygulanmasının nedeni, en azından icra edilebilir bir karar ortaya çıkarmaktır. Bkz Tekin (n 2) 108-109), bazı hukuklarda esasa uygulanacak hukukun (bkz Özel (n 3) 84-85; Tekin (n 2) 94, 112, 114. Örneğin İngiliz Hukukunda tarafların esas sözleşmeye uygulanmak üzere bir hukuk seçmeleri durumunda, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk seçilmemişse, geçerliliğe de bu hukukun uygulanacağı karinesi kabul edilmektedir. Bkz Molfa (n 8)167; Hong Kong Mahkemeleri de İngiliz Mahkemelerinde olduğu gibi, tahkim anlaşmasının geçerliliğine esas sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanacağına ilişkin kararlar vermektedir. Bkz Molfa (n 8) 169. *Beyond the Network Ltd v Vectone Ltd* [2005] HKEC 2075. Aynı yönde Amerikan Mahkemelerinde de tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapılmamışsa, esas sözleşmenin geçerliliğine uygulanacak hukuka göre değerlendirme yapılması yerleşmiş bir içtihatır. Bkz Molfa (n 8) 168 Ancak Birleşik Krallık yüksek krallık mahkemesi 09.09.2020 tarihli yeni bir kararında, kararın 170. Paragrafında; tahkimin anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuka ilişkin prensipleri yeniden değerlendirmiştir. Karara göre, esasa uygulanacak hukuk, kural olarak tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmalıdır. Tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk, taraflarca seçilen bir hukuk yoksa, tahkim anlaşması ile en sıkı ilişkili olan hukuk olmalıdır. Eğer taraflarca seçilen bir tahkim yeri varsa, bu hukuk en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilir ancak, taraflarca tahkim yeri seçilmemişse, taraflarca esasa uygulanmak üzere seçilen hukuk en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilmelidir. Bkz. <https://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2020/38.html> (Erişim tarihi: 12.12.2020). Bazı hukuklarda ise, uluslararası hukukun genel prensiplerinin (ancak genel kabul görmüş bir “uluslararası hukukun genel prensibi” kavramı olmaması nedeniyle, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uluslararası hukukun genel prensipleri uygulaması yaygın şekilde gözlemlenmemektedir. Bkz Özel (n 3) 84; Tekin (n 2) 120) ve nadiren de olsa bazı hukuklarda tenfiz yeri hukukunun (Tenfiz yeri hukukunun yaygın olarak kullanılmamasının nedeni doktrinde; tenfiz yeri hukukunun önceden belli olmaması nedeniyle, bu hukuka göre değerlendirme yapılmasının hakemlerin önceden kanaat belirtmiş izlenimi yaratacağı olduğu ifade edilmektedir. Bkz Tekin (n 2) 97, 120, 121.) uygulandığı görülmektedir. Fransız Yüksek Mahkemesi ise, diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak, (tahkim anlaşmasının Fransız Hukukunun emredici kurallarına ve milletlerarası kamu düzenine aykırı olması durumları hariç) tahkim anlaşmasının geçerliliğinin hiçbir hukuka atıf yapılmadan değerlendirileceğini kabul etmektedir ( Bkz Blackaby, Partasides, Redfern and Hunter (n 8)164; Aydın (n 3) 49; Tekin (n 2) 97).

9 Özel (n 3) 83; Aydın (n 3) 54; Tekin (n 2) 86, 88.

10 Özel (n 3) 84-85; Tekin (n 2) 93-94, 97, 120-121. Ayrıca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk hakkında bkz I. B. Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk.

11 Milletlerarası Tahkim Kanunu Kanun Numarası: 4686 Kabul Tarihi: 21/6/2001 RG 05.07.2001/ 24453.

12 MTK m.1 f.2 “*Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.*”

uygulanacağı düzenlenmemiştir. Bu noktada kanunda bir boşluk bulunduğu ifade edilmektedir<sup>13</sup>. Gereçleri farklı olmakla birlikte, bazı görüşler MTK m. 4 f.3'ün kıyasen uygulanması ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine Türk Hukuku'nun uygulanması gerektiğini savunurken<sup>14</sup>, bazı görüşler ise yine farklı gereçler sunmakla birlikte, tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiğini<sup>15</sup> savunmaktadır. MÖHUK m.62/f.1 hükmü ile Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmelerin içerdiği hükümler (NYS m.V/1/a ve Avrupa Cenevre Sözleşmesi m. 6/f.2) dikkate alındığında, Türk hukukunda, MTK'nın uygulama alanına girmeyen uyuşmazlıklarda, tahkim anlaşmasının geçerliliğine kanaatimizce de tahkim yeri hukuku uygulanmalıdır. Ancak tahkim yargılaması henüz başlamamış ve tahkim anlaşmasının geçersizliği itirazı devlet mahkemesinde tahkim itirazı üzerine inceleniyorsa ve tahkim anlaşmasında tahkim yeri belli değilse, bu durumda tahkim anlaşmasını geçerliliğine uygulanacak hukuk noktasında yine bir belirsizlik doğacaktır. Bu durumda, MTK m. 5 hükmü çerçevesinde Türk mahkemesinde tahkim itirazı yapıldığında, MTK m. 4/f.3, mevcut kanun boşluğu nedeniyle kıyasen uygulanarak, taraflarca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk seçimi yapılmamış ise, Türk hukukuna göre tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı değerlendirilmelidir.

## **2.Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Devlet Mahkemesi Önünde Tahkim İlk İtirazına Karşı İleri Sürülmesi**

Taraflar arasında bir tahkim anlaşması bulunmasına karşın, taraflardan biri devlet mahkemeleri önünde dava açmışsa, diğer taraf tahkim 'ilk itirazı'nda bulunabilecektir. Türk hukukunda hem 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 5 hem de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>16</sup> (HMK) m. 413 hükümlerinde taraflar arasında bir tahkim anlaşması bulunması durumunda, devlet mahkemelerinde dava açılmışsa, davalıya tahkim itirazında bulunma hakkı tanınmaktadır<sup>17</sup>.

13 Şanlı ( n 3), 356-357.

14 MTK m.4 f.3'ün herhangi bir kıstas belirlemeden Türk hukukunu işaret etmesi nedeniyle Türk hukukunun uygulanması gerektiği yönünde bkz Özel (n 3) 81. Kanun boşluğunun kıyasen MTK m.4/f.3 uygulanarak doldurulması ve Türk hukuku uygulanması gerektiği yönünde bkz Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk (8th edn, Beta 2020) 692-693 dn. 586; (ancak ifade etmek gerekir ki, *Esen*, ikili bir ayırım yapmakta ve, tahkim ilk itirazı olduğu hallerde kıyasen uygulama gerektiği görüşünü savunmaktadır. Aşağıda ayrıca ifade edileceği üzere, ikinci ihtimal olarak MTK'nın özel kanun, MÖHUK'un genel kanun olması nedeniyle, özel kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerinin uygulanması yoluyla çözümlenir. Emre Esen, 'Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' (2017) 2017(2)UTTDER 75, 94-96.

15 MÖHUK hükümlerince en sıkı ilişkili hukuk olması nedeniyle tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiği yönünde bkz Esen, 'Mevcut veya Belirli' (n 14) 96-97; New York Sözleşmesi kapsamında tahkim anlaşmasının geçerliliğine tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiği yönünde bkz A. İpek Sarıöz Büyükalp, 'Uluslararası Tahkimde "Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkansız Olması" Kavramları' (2014), 16 (Özel Sayı) DEÜHFD in Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan 2015, 2030; uyuşmazlığın Cenevre Konvansiyonu kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından, Konvansiyon kapsamında taraflarca seçilen bir hukuk yoksa tahkim yeri hukukunun, eğer tahkim yeri hukuku da belirlenmiyorsa Türk hâkiminin kendi kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması gerektiği yönünde bkz Aydın (n 3) 47.

16 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Kanun Numarası: 6100 Kabul Tarihi: 12/1/2011 RG 04.02.2011/ 27836.

17 Hakan Pekcanitez and Ali Yeşilirmak, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C III* (15th edn, On İki Levha 2017) 2664; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5th edn, Savaş 2019) 158; Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017) 790; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 584; Berk Demirkol,

Tahkim ilk itirazı neticesinde, mahkemeler, geçerli bir tahkim anlaşmasının mevcut olup olmamasına göre bir değerlendirme yapacaktır. 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi<sup>18</sup> (NYS) m. II/f. 3<sup>19</sup> hükmü, tahkim itirazı neticesinde, mahkemenin, tahkim anlaşmasının ‘hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız’ olup olmadığına değerlendirilmesi gerektiğini hükme bağlanmıştır. HMK m.413 hükmü de New York Sözleşmesi gibi, mahkemenin, tahkim itirazı üzerine yapacağı incelemede “*tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz, uygulanması imkânsız*” olup olmadığını tespit edileceğini hükme bağlamıştır. MTK m.5, “*tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder*” hükmünü havi olup, tahkim itirazı üzerine mahkemece yapılacak incelemede, “*tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz, uygulanması imkânsız*” olup olmadığına incelenmesine ilişkin bir ifade bulunmamaktadır. Bununla birlikte doktrinde, *Balkar Bozkurt*, mahkemenin tahkim itirazı üzerine yapacağı incelemede, “*tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz, uygulanması imkânsız*” olup olmadığına tespit edilmesi gerektiğine ilişkin hükmün, böyle bir hüküm içermeyen MTK m.5 hükmünün uygulanmasında da dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir<sup>20</sup>. Ancak ne NYS’de ne de HMK’da yapılacak değerlendirmenin sınırları net bir şekilde çizilmemiştir. Mahkemenin yapacağı bu değerlendirmenin *prima facie* bir inceleme mi yoksa derinlemesine bir inceleme mi olacağı tartışmalıdır<sup>21</sup>.

Doktrin bu konuda genel olarak iki görüş üzerinde durmaktadır: bir görüş, mahkemenin *prima facie* bir inceleme ile geçerlilik değerlendirmesini hakemlere bırakması gerektiği yönündeyken<sup>22</sup>, diğer bir görüş ise, incelemenin derinlemesine yapılarak, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin de mahkemece değerlendirilmesi gerektiği yönündedir<sup>23</sup>.

‘Mutlak Olmayan Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği’ (2017) 16(2) GÜHFD 325, 345; Aydemir (n 3) 373 – 374; Aydın (n 3) 38.

18 Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi, Kanun Numarası: 3731, Kabul Tarihi:08.05.19911, R.G. 21.05.1991/20877.

19 NYS m. II f. 3 “*Bir Äkit Devlet mahkemesi, tarafların, işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir konu ile ilgili uyuşmazlıklarına el koyduğu takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları, birinin talebi üzerine, hakemliğe sevkeder.*”

20 Süheyla Balkar Bozkurt ‘Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları’ (Mayıs-Haziran 2015), 10 (129-130) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 121, 198, 202.

21 Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 3) 182-183; Bilgehan Yeşilova, ‘Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler’ (2008), 76 TBB 83, 123; Emre Esen, ‘Uluslararası Tahkime Tabi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensibi’ (2011) 10(1) GSÜHFD in Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan 355, 356; Cansu Yener Keskin, *Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi* (1st edn, On İki Levha 2017) 241; Töre (n 8) 86; Aydın (n 3) 41; Hatice Özdemir Kocasakal, ‘Yargıtay 15.Hukuk Daire’sinin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere De Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği ve Bu Geçerliliğin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılmayacağı’ (2017) On İki Levha Prof.Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, 509, 515.

22 Esen, ‘kompetenz kompetenz’ (n 21) 377, 380; Ali Yeşilırmak, ‘Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir mi?’ (2011) 96 TBB Dergisi 205, 208, 210; Mustafa Erkan, Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları (1st edn, Yetkin 2013) s. 96; A. İpek Sarıöz Büyükalp, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı ile Karşılaşan Türk Hâkiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları (Eylül Ekim 2014) 9 (121-122) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 195, 212-213; Tekin (n 2) 161; Aydın (n 3) 41. Zira MTK m. 7/H’de Tahkim mahkemesine anlaşmanın geçerliliği ve hatta hakemlerin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisinin hakemlerde olduğunu belirtmiştir.

23 Nuray Ekşi, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim* (2nd edn, Beta 2019), 28; Nomer (n 17) 585; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe, (n 14) 693; Çelikel and Erdem (n 17) 790; Aydemir (n 3) 374; Özel (n 3) 80.

Başka bir görüş ise, mahkemenin değerlendirmesini tahkim yargılamasının başlamış olup olmamasına göre derecelendirmiş, eğer tahkim yargılamasına başlanmışsa mahkemelerin derinlemesine bir inceleme yapmasının *kompetenz-kompetenz* prensibine ayrılık oluşturacağını, ancak henüz tahkim yargılamasına başlanmamış ise, mahkemenin, derinlemesine bir inceleme yapmasının yerinde olacağını ifade etmektedir<sup>24</sup>.

Doktrinde *Erkan* ise, tahkim anlaşmasının geçersizliği iddiası ile yokluğu iddiasının ayrı kavramlar olduğu kanaatindedir<sup>25</sup>. *Erkan*, devlet mahkemesinin, tahkim anlaşmasının yokluğu ya da varlığını tespit edebilecek bir yargılama yürütmesi gerektiğini, tahkim anlaşmasının geçersizliği konusunda ise *prima facie* bir inceleme gerçekleştirmesinin yeterli olacağını ifade etmektedir<sup>26</sup>. Hatta tahkim anlaşmasının geçersizliği konusundaki incelemenin hakem heyetince yapılması gerektiğini belirtmektedir<sup>27</sup>.

Türk hukukunda, bu konuda kabul görmüş bir uygulama mevcut değildir. Yargıtay bazı kararlarında *kompetenz-kompetenz* ilkesine vurgu yaparak mahkemenin *prima facie* bir inceleme yapması gerektiğine hükmetmiş<sup>28</sup>; bazı kararlarında ise, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin mahkemece incelenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir<sup>29</sup>.

Kanaatimizce, tahkim anlaşmasının devlet mahkemesi önünde derinlemesine bir incelemeye tabii tutulması, tahkim anlaşmasının devlet mahkemelerince denetlenmesi sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle, devlet mahkemelerinin *prima facie* bir inceleme yapması daha yerindedir. Zira, taraflar, tahkim anlaşmasının geçersizliğini hakem mahkemesi önünde ileri sürebilecekleri gibi, iptal davası aşamasında ve tenfiz davası aşamasında da mahkeme önünde ileri sürebileceklerdir<sup>30</sup>. Başka bir

24 Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 3) 184-189; Yener Keskin (n 21) 245-248; Töre (n 8) 88-89. *Kompetenz-Kompetenz* (Yetki-Yetki) prensibinin olumlu ve olumsuz etkisi, İsviçre ve Fransız hukukunda uygulaması hakkında bkz. Özdemir Kocasakal (n 21) 526-527. Yetki-yetki prensibinin olumlu etkisi, hakem heyetinin kendi yetkisi hakkında öncelikli olarak kendisinin karar vermesidir. Olumsuz etkisi ise, mahkemelerin, bir tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında, o anlaşma ile kendisine yetki verilen hakem heyetinden önce karar vermemesini ifade etmektedir. Fransız hukukunda, HMK m.1448 bu prensibin olumsuz etkisini kabul etmiş ve tahkim anlaşmasına konu uyumsuzluk, mahkemeye intikal ettirilirse, bir istisnai durum hariç, mahkemenin yetkisizlik kararı vereceği kabul edilmiştir. Bu istisnai durum, henüz uyumsuzluğun hakem heyetine intikal ettirilmediği durumlara münhasırdır. Buna göre, henüz uyumsuzluk hakem heyetine intikal ettirilmemişse ve tahkim anlaşması açıkça geçersiz ve uygulanamaz ise mahkeme yetki konusunda karar verebilir. Yapılacak inceleme *prima facie* bir inceleme olup, inceleme sonucunda mahkeme geçerli bir tahkim anlaşmasının olduğu sonucuna varır ise, yetkisizlik kararı verir. Demek ki, dava, hakem heyetinde açılmışsa, sonra mahkemede açılmışsa, mahkeme, *prima facie* da olsa, hiçbir şekilde tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyemez.

25 Erkan (n 22) 96.

26 Erkan (n 22) 96.

27 Erkan (n 22) 97. Karşı Yönde bkz Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 3) 183-189.

28 Yargıtay 13 HD, 5227/1333, 06.02.2019: "...Bu kapsamda somut uyumsuzluk ele alındığında, yukarıda tam haliyle aktarılan tahkim şartının, davacı bakımından tesirsiz veya uygulanmasının imkansız olduğu sonucuna varılmakta olup, mahkemece, tahkime yönelik itirazın reddi ile işin esasının incelenmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın usulden reddine karar verilmiş olması bozmayı gerektirir." Yargıtay 9 HD, 13952/27947, 24.09.2007; Yargıtay 9 HD, 25759/109, 22.01.2007.

29 Yargıtay 15 HD, 3330/4607, 01.07.2014: "Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle sözleşmedeki tahkim şartının geçerli olup olmadığına karar verme yetkisinin görev ve yetkili hakem kuruluna ait olduğunun anlaşılmasına göre yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün ONANMASINA, ... oyçokluğuyla karar verildi." Yargıtay 15 HD, 2145/4389, 27.06.2007.

30 Esen, 'kompetenz kompetenz' (n 21) 358-359.

ifadeyle, itiraz aşamasında derinlemesine bir inceleme yapılmaması, yargılama açısından bir eksiklik doğurmayacaktır. Zira, tahkim anlaşmasının geçerlilik denetimi, yukarıda da bahsettiğimiz üzere, (1) *kompetenz-kompetenz* prensibi gereği, hakem mahkemesi nezdinde, (2) ardından hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna karar verip, tahkim yargılamasına devam etmesi ihtimalinde; verilecek nihai kararın iptali davasında ve (3) nihayetinde, tanıma tenfiz ülkesinde açılacak tenfiz davasında devam edecektir. Bu durumda, henüz tahkim yargılamasına başlamadan, tahkim ilk itirazı aşamasında, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin mahkemece derinlemesine denetlenmesi, tahkimin amacına uygun olmayıp, tahkimden beklenen faydaların elde edilmesine mâni olacak ve tahkim sürecine zarar verecek niteliktedir. Hele hele tahkim yargılaması başladıktan sonra, hakemlerin *kompetenz-kompetenz* yetkisine rağmen, mahkemece derinlemesine bir inceleme yapılması, tahkimin amacına aykırı olup, kanaatimizce, tahkim hukuku ile bağdaşmamaktadır.

Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verip veremeyecekleri meselesi, tüm hukuk sistemlerinde uzun süre tartışılmış bir meselesidir. 4686 sayılı MTK'dan evvel, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)<sup>31</sup> yürürlükte iken, Türk hukukunda hakemlerin kendi yetkileri, başka bir ifadeyle, tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında karar verebilmeleri HUMK m. 519<sup>32</sup> hükmü nedeniyle kabul edilmiyordu. Zira, HUMK 519 hükmünde, bir ihtilafın hakemler huzurunda halledilip halledilemeyeceği meselesine ancak, mahkemece karar verilebileceği belirtilmekteydi<sup>33</sup>. Uygulamada da tahkim prosedürünü uzatmak isteyen taraf, hemen her zaman, HUMK m. 519 uyarınca hakemlerin yetkisine mahkeme nezdinde itiraz etmekle ve bu konuya ilişkin karara karşı temyiz yoluna başvurmakla tahkim sürecini mahkemelerde cereyan eden dava sürecinden daha uzun hale getirebilmekteydi<sup>34</sup>. HUMK m.519 hükmünde yer alan, tahkim anlaşmasının geçersizliği dahil hakemlerin yetkisizliği hakkında mahkemeye başvurulması imkanının kaldırılma sebebi; tahkim anlaşmasının geçerliliğinin ve dolayısıyla hakemlerin ihtilafı çözmekte yetkili olup olmadıklarının, mahkemelerce değil, hakemlerce incelenmesinin, tahkimin amaç ve ruhuna, dolayısıyla, modern tahkim sistemlerinde kabul edilen *kompetenz kompetenz* prensibine uygun olmasıdır. MTK m. 7/H bendi ile, akabinde HMK m. 422 hükmünde, hakem veya hakem kurulunun, tahkim sözleşmesinin mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dâhil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında

31 Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Kanun Numarası: 1086 Kabul Tarihi: 18/6/1927 RG 18.06.1927/622, 623, 624.

32 “Bir nizam hakemler vasatısıyla halledilip edilemeyeceği hususunda tevellüt eden ihtilaflar mahkemece seri usulü muhakeme ile hallolunur.”

33 Ebru Şensöz, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolları, Hakem Kararlarının İptali, (L.L.M. thesis Galatasaray Üniversitesi 2005) 96-97, 115. Buna karşın, doktrinde, *Karayalçın*, hakemlerin yetkisiz olduğuna ilişkin itirazda bulunan tarafa hakem/hakem kurulu tarafından mahkemede dava açmak için süre verildiği halde, davalı bu yolu tercih etmez ise, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebileceğini ifade etmekteydi. Yargıtay'ın da uzun süreden beri, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar verebilmelerine cevaz verdiği de belirtilmekteydi. Doktrinde, çoğunluk görüşünden farklı olarak, *Üstündağ'a* göre, hakemlere *kompetenz-kompetenz* yetkisi tanınmakla tahkimin süruncemede bırakılması ihtimali ortadan kaldırılmış olup, *kompetenz-kompetenz*in tanınması durumunda, gerek hakemlerin ihtilafı görmeye yetkili olmadığı veya tahkim anlaşmasının geçerli olmadığına dair itirazın, gerekse de hakemlerin yetkisini aştığına dair itirazın belli bir usul kesiti içinde ileri sürülmesine gerek bulunmamaktadır (Tartışmalar için bkz. “Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi? II. Tahkim Haftası, Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997”, Ankara 1997, 259).

34 Şanlı (n 3) 1st ed, 234; Şensöz (n 33) 115; Esen, 'kompetenz kompetenz' (n 21) 377-378.



karar verebileceği kabul edilerek, bu sakıncalı durum MTK'nın kabulü ile milletlerarası tahkimde 2001 yılında ve HMK'nın kabulü ile milli tahkimde 2012 yılında önlenmiştir.

Tahkimin amacına, ruhuna, özüne uygun yasal düzenlemelerin yer aldığı, modern tahkim sistemlerindeki *kompetenz-kompetenz* prensibinin kabul edildiği Türk tahkim hukukunda, mahkemece, yapılacak tahkim ilk itirazında derinlemesine inceleme yapılarak karar verilmesi yönteminin benimsenmesi kanaatimizce uygun değildir. Ancak, uygulamada nadiren de olsa görüldüğü gibi, tahkim anlaşmasının salt varlığı durumunda mahkemelerin *prima facie* bir inceleme dahi yapmadan davayı usulden reddi de yerinde olmayacaktır. Bu durumda da, baştan itibaren açık bir geçersizliği bulunan tahkim anlaşmasına dayanılarak yapılan tahkim yargılaması, zaman ve ekonomik kayba neden olacaktır<sup>35</sup>. Zira, kanaatimizce, Kanun'da, "tahkim itirazının kabulü halinde" denilmekle, mahkemenin davaya bakmasını engelleyecek nitelikte "kabul edilebilir"<sup>36</sup> bir tahkim anlaşmasının bulunması aranmalıdır. Doktrinde *Balkar Bozkurt* tarafından da ifade edildiği gibi, mahkemenin tahkim itirazı üzerine yapacağı incelemede, "tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz, uygulanması imkânsız" olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğine ilişkin hükümlerin (NYS m.II/f.3 ve HMK m. 413), böyle bir hüküm içermeyen MTK m.5 hükmünün uygulanmasında da dikkate alınması gerekir. Ancak, doktrinde *Erkan*'ın da ifade ettiği üzere, bu yönde bir inceleme yaparken dahi, devlet mahkemesi, ilk aşamada mutlaka tahkim anlaşmasının yokluğu ya da varlığını tespit edebilecek bir yargılama yürütmelidir. Tahkim anlaşmasının esas kurucu unsuru, tahkim iradesinin varlığıdır. Eğer tarafların tahkim anlaşması kurmaya yönelik bir iradesi var ise, bu durumda tahkim anlaşmasının geçersizliği konusunda mahkemenin *prima facie* bir inceleme gerçekleştirilmesi yeterli olacaktır.

Uygulamada, mahkeme nezdinde *prima facie* bir inceleme veya derinlemesine bir inceleme yapılarak karar verilse dahi, tahkim anlaşmasının geçersizliğine dair mahkemece verilen karar, kesin hüküm niteliğinde değildir<sup>37</sup>; bu karar bağlayıcı olmayacaktır<sup>38</sup>. Mahkemenin verdiği karar bağlayıcı olmadığından, tarafların aynı anda tahkim yoluna başvurması da mümkündür. Bu ihtimalde, tahkim yargılamasında hakem ya da hakem kurulu tahkim anlaşmasının geçerliliğine karar verdiği takdirde, paralel davalar<sup>39</sup> gündeme gelecektir. Mahkeme ve tahkim arasında, aynı taraflar, aynı konu ve aynı sebebe dayanan derdestlik durumunu önleyecek bir milletlerarası derdestlik doktrini kabul edilmediğinden, bu iki dava aynı anda devam edecek ve ilk verilen nihai kararın hakem kararı olması durumunda, önce iptal davasında ve sonra tenfiz davasında; mahkeme kararı olması durumunda ise, önce kanun yollarına başvuru aşamasında, tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı denetimi mahkemelerce yapılacaktır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Türk hukukunda, MTK'nın uygulama alanına giren uyuşmazlıklarda; tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk; MTK m. 4/f.3 "... *Tahkim anlaşması, tarafların*

35 Erkan (n 22) 96.

36 Şensöz (n 33) 97. Bu konuda bkz. I. C. Patolojik Tahkim Kavramı.

37 Erkan (n 22) 97.

38 Esen, 'kompetenz kompetenz' (n 21) 380.

39 Paralel davalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, 'Milletlerarası Tahkimde Paralel Davalar (Parallel Litigation)' 2013 2 (2) UTTDER 15, 16 ff.; Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, *Milletlerarası Usul Hukukunda Paralel Davalar*, (1st edn, Yetkin 2016) 27 ff.

*tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir”* hükmü uyarınca; taraflarca bir hukuk seçimi yapılmışsa bu hukuk, bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukudur. MTK'nın uygulama alanına girmeyen uyuşmazlıklarda ise, bazı görüşler MTK m. 4 f.3'ün kıyasen uygulanması ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine Türk Hukuku'nun uygulanması gerektiğini savunurken<sup>40</sup>, bazı görüşler ise yine farklı gerekçeler sunmakla birlikte, tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiğini<sup>41</sup> savunmaktadır.

MÖHUK m.62/f.1 hükmü ile Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmelerin içerdiği hükümler (NYS m.V/1/a ve Avrupa Cenevre Sözleşmesi m. 6/f.2) dikkate alındığında, Türk hukukunda, MTK'nın uygulama alanına girmeyen uyuşmazlıklarda, tahkim anlaşmasının geçerliliğine kanaatimizce de tahkim yeri hukuku uygulanmalıdır. Ancak tahkim yargılaması henüz başlamamış ve tahkim anlaşmasının geçersizliği itirazı devlet mahkemesinde tahkim itirazı üzerine inceleniyorsa ve tahkim anlaşmasında tahkim yeri belli değilse, bu durumda tahkim anlaşmasını geçerliliğine uygulanacak hukuk noktasında yine bir belirsizlik doğacaktır. Bu halde, Cenevre Konvansiyonu m. 6/f.2, yargılamayı yürüten mahkemenin kanunlar ihtilafı gereğince yetkili olan kanun hükümlerine göre değerlendirilme yapılması gerektiğini düzenlemektedir. Bu durumda kanaatimizce, MTK m. 5 hükmü çerçevesinde, Türk mahkemesinde tahkim itirazı yapıldığında, MTK m. 4/f.3, mevcut kanun boşluğu nedeniyle kıyasen uygulanarak, taraflarca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk seçimi yapılmamış ise, Türk hukukuna göre tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Görülüyor ki, tahkim anlaşmasının geçersizliğinin devlet mahkemesi önünde tahkim ilk itirazına karşı ileri sürmesi halinde de MTK'nın uygulama alanına giren hallerde, MTK m. 4/f.3 hükmüne göre, taraflarca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk seçimi yapılmış ise, seçilen hukuk; yapılmamış ise, Türk hukukuna göre tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığı değerlendirilmelidir.

### **3. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Mahkeme Önünde İptal Davasında İleri Sürülmesi**

Tahkim yargılaması sonunda verilen nihai karar, taraflardan birinin açtığı iptal davasında, tahkim anlaşmasının geçerliliği de dâhil olmak üzere (HMK m. 439 / (2) (a) ve MTK m.15 (A) (1) (a)), ilgili kanunda sayılı sınırlı iptal sebepleri bakımından incelemeye tabii tutulur ve iptal sebeplerinin varlığı

40 MTK m.4 f.3'ün herhangi bir kıstas belirlemeden Türk hukukunu işaret etmesi nedeniyle Türk hukukunun uygulanması gerektiği yönünde bkz Özel (n 3) 81. Kanun boşluğunun kıyasen MTK m.4/f.3 uygulanarak doldurulması ve Türk hukuku uygulanması gerektiği yönünde bkz Şanlı, Esen and Ataman Fıganmeşe, (n 14) 692-693 dn. 586; Esen, 'kompetenz kompetenz' (n 21) (ancak ifade etmek gerekir ki, Esen, ikili bir ayırım yapmakta ve, tahkim ilk itirazı olduğu hallerde kıyasen uygulama gerektiği görüşünü savunmaktadır. Aşağıda ayrıca ifade edileceği üzere, ikinci ihtimal olarak MTK'nın özel kanun, MÖHUK'un genel kanun olması nedeniyle, özel kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerinin uygulanması yoluyla çözümlenir. Esen, 'Mevcut veya Belirli (14) 94-96.

41 MÖHUK hükümlerince En sıkı ilişkili hukuk olması nedeniyle tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiği yönünde bkz Esen, 'Mevcut veya Belirli' (n 14) 96-97; New York Sözleşmesi kapsamında tahkim anlaşmasının geçerliliğine tahkim yeri hukukunun uygulanması gerektiği yönünde bkz Sariöz Büyükalp, (n 15) 2030; uyuşmazlığın Cenevre Konvansiyonu kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından, Konvansiyon kapsamında taraflarca seçilen bir hukuk yoksa tahkim yeri hukukunun, eğer tahkim yeri hukuku da belirlenemiyorsa Türk hâkiminin kendi kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması gerektiği yönünde bkz Aydın (n 3) 47.

halinde, karar iptal edilir. Tahkim anlaşmasının geçersizliği, hakem kararının iptali sebeplerinden biridir.

Tahkim anlaşmasının geçerliliğinin taraflarca bir hukuk seçilmişse seçilen hukuka göre, böyle bir hukuk seçimi yoksa, davanın açıldığı devlet mahkemesinin hukukuna göre değerlendirileceği genellikle kabul edilir<sup>42</sup>. Başka bir ifadeyle, Türk mahkemesinde iptal davası açıldığında taraflarca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk seçimi yapılmamışsa, bu tahkim anlaşmasının geçerliliği, Türk hukukuna göre değerlendirilmelidir. Türk hukukunda da, MTK m.4/f.3 hükmünde<sup>43</sup>, taraflara tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuku seçme imkânı tanınmış, böyle bir seçim olmaması durumunda ise, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin Türk Hukuku'na göre değerlendirileceği hükme bağlanmıştır.

Doktrinde, tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ilk kez iptal davası aşamasında ileri sürülmesinin, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağı kabul edilmektedir<sup>44</sup>. Şöyle ki, tahkim yargılaması esnasında geçersizlik itirazında bulunmamasına karşın; hakem seçmiş, tahkim yargılamasına katılmış tarafın, iptal davası aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ilk kez ileri sürmesi, iyi niyet kurallarına aykırıdır<sup>45</sup>.

Gerçekten de, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu<sup>46</sup> m. 2 hükmü aynen, “*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır (f.1). Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz (f.2)*” şeklindedir. 6100 sayılı HMK m.29 hükmüne göre de, “*Taraflar dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar*”. HMK md. 29/1 ile TMK m.2 hükmünde yer alan dürüstlük kuralı açıkça medeni usul hukukuna dâhil edilmiş ve tarafların usul hukuku çerçevesinde de dürüstlük kuralına uygun davranma zorunlulukları düzenlenmiştir<sup>47</sup>. Madde gerekçesinde, dürüstlük kuralına aykırı olması halinde işlemin hukuki sonuç doğurmasının mahkemece önleneyeceği ifade edilmiştir. İptal davasında, tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi de bir “usuli itiraz”, “usuli bir hakkın kullanılması”dır. O halde, dürüstlük kuralına aykırı olarak tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin usuli itirazın ilk kez iptal davasında ileri sürüldüğünü tespit eden hâkimin, bu itirazı dikkate almama ve bu itiraza hukuki sonuç bağlamama imkânı vardır. Zira, bu durumda kanaatimizce de, tahkim yargılaması esnasında geçersizlik itirazında bulunmamasına karşın; hakem seçmiş, tahkim yargılamasına katılmış tarafın, iptal davası aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliğini ilk kez ileri sürmesi dürüstlük kuralının ihlali ve hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir. Tahkim anlaşmasının geçersizliğini ilk kez

42 Özel (n 3) 85; Fatih Işık, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve Bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk* (1st edn, On İki Levha 2015) 122; Aydın (n 3) 55; Tekin (n 2) 166.

43 MTK m. 4 f.3 “*Tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir.*”

44 Şanlı (n 3) 427; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 3) 402-403; Aydemir (n 3) 388; Aydın (n 3) 55; Tekin (n 2) 167.

45 Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 3) 402-403; Özel (n 3) 86; Tekin (n 2) 167-168.

46 Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22/11/2001, RG 8.12.2001/24607.

47 6100 sayılı HMK öncesinde yürürlükte olan 1086 sayılı HUMK'nun uygulandığı dönemde de usuli hakların kötüye kullanılmasını yaptırma bağlayan özel hükümler yer almakla birlikte, TMK m.2 hükmünde yer verilen dürüstlük kuralına benzer bir genel kural HUMK'da yer almamaktaydı bkz Emre Esen, ‘Yabancı Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasına Dayanan Yetki İtirazının Değerlendirilmesinde Dürüstlük Kuralının Etkisi ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 6.3.2009 tarihli İçtihadının Eleştirisi’ (2011) 31 (1) MHB 191, 204.

iptal davası aşamasında ileri süren tarafın iddiası, bu aşamada kabul edilirse, tahkim yargılaması tamamen boşa gidecektir.

#### 4. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Kararın Tanınması ve Tenfizi Aşamasında İleri Sürülmesi

NYS m. V/1/a hükmü<sup>48</sup>, geçersiz bir tahkim anlaşması neticesinde verilen hakem kararının tenfiz edilemeyeceğini hükme bağlamıştır.

Tenfiz aşamasında geçerliliği incelenen tahkim anlaşması da, taraflarca bir hukuk seçilmişse bu hukuka göre değerlendirilir<sup>49</sup>. Böyle bir hukuk seçimi olmadığı durumlarda ise, genellikle tahkim yeri mahkemesi hukukuna göre değerlendirme yapılacağı kabul edilir<sup>50</sup>. Aynı yönde 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 62/f. 1 hükmü, “*Mahkeme ... (e) Tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise,... yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder*” hükmü ile, Türk hukuku açısından da, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin, taraflarca seçilen hukuka, böyle bir hukuk seçimi yoksa, kararın verildiği yer hukukuna (tahkim yeri hukuku) göre geçerli olmaması halinde, tanınması veya tenfizinin mümkün olmayacağını düzenlemiştir.

NYS’de de “*tahkim anlaşması taraflarca seçilen hukuka, böyle bir seçim yapılmamışsa tahkim yeri hukukuna göre esas bakımından geçerli olmalıdır*”<sup>51</sup> şeklindeki m. V/1/a hükmü ile taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamış olması durumunda tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk tahkim yeri hukuku olarak belirlenmiştir.

Doktrinde, tenfiz davası aşamasında da, iptal davasında olduğu gibi, icraya ilişkin hareketlerde bulunmuş tarafın, tahkim anlaşmasını geçersizliğini ilk kez ileri sürmesinin, hakkın kötüye kullanılması olacağı ifade edilmektedir<sup>52</sup>. Yargıtay’ın da tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ilk kez tenfiz aşamasında ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiğini ifade ettiği bir kararı mevcuttur<sup>53</sup>. Kanaatimizce, bu karar, tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ilk kez iptal davası

48 New York Sözleşmesi m. V /1/a “*Aleyhine hakem kararı dermeyan edilen tarafların talebi sekbetmez ve mumaiyleh, kararın tanınması ve icrası istenen memleketin salahiyetli makamı huzurunda aşağıdaki hususları ispat etmez ise hakem kararının tanınması ve icrası talebi reddolunamaz; (a) II. maddede derpiş olunan anlaşmayı akdeden taraflar, haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olur yahut da mezkur anlaşma taraflarca tabi kılındığı kanuna ve bapta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği mahal kanununa göre hükümsüz bulunur ise; veya...*”

49 Özel (n 3) 68; Işık (n 42) 122; Tekin (n 2) 169.

50 Özel (n 3) 68; Işık (n 42) 122; Tekin (n 2) 169.

51 “*Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or.*”

52 Özel (n 3) 86; Aydemir (n 3) 394; Aydın (n 3) 59; Tekin (n 2) 169.

53 Yargıtay 11 HD, 6774/3751, 09.04.2004: “...ancak, her ne kadar davalı adına tahkim şartını da içeren sözleşmeyi imzalayan vekile verilen vekâletnamede tahkim şartı veya sözleşmesi imzalanma yetkisi mevcut değil ise de, davalı hakemde görülen davada kendisine defalarca yapılan tebligata rağmen tahkim şartının kendisi yönünden bu nedene dayalı olarak geçersiz olduğu yolunda bir itirazda bulunmamıştır. Şayet davalı hakem yargılaması sırasında böyle bir savunmada bulunsaydı

aşamasında ileri sürüldüğü durumlarda da uygulanabilir bir karardır; bu kararda ifade edilen, “Tahkim şartını içeren sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesinden sonra ve tahkim yargılaması sırasında böyle bir savunmada bulunmayan davalının hükmün kesinleşmesini müteakip tenfiz davası sırasında böyle bir savunmada bulunması M.K.nun 2.maddesinde yazılı iyiniyet kurallarına aykırıdır” görüşüne MK m.2 hükmü ve HMK m.29/1 hükmü çerçevesinde aynen katılmaktayız.

## B. PATOLOJİK TAHKİM KAVRAMI

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, doktrinde *Eisemann* bir tahkim anlaşmasında (i)  *taraflar açısından bağlayıcı sonuç doğurabilme*, (ii)  *en azından hakemler tarafından hüküm verilene kadar devlet mahkemesinin uyumsuzluğun çözümüne müdahalesini engelleme*, (iii)  *uyumsuzlukların çözümünde hakemlere taraflar aleyhine hüküm verme yetkisi tanıma*, (iv)  *cebri icraya konu olabilecek bir hükmün verilmesine elverişli bir prosedürün uygulanması*, temel işlevlerinin bulunması gerektiğini ifade etmektedir<sup>54</sup>.

“Patolojik tahkim” kavramı da, sayılan bu dört temel işlevden birinde veya birkaçında eksiklik bulunan tahkim anlaşmalarını ifade etmek için, ilk kez *Eisemann* tarafından kullanılmıştır<sup>55</sup>. Patolojik tahkim ile eş anlamlı olarak kullanılan “*defective*” Türkçe ifadeyle “kusurlu tahkim” kavramı ise ilk kez *Schmitthoss* tarafından kullanılmıştır<sup>56</sup>. Patolojik tahkimin genel kabul görmüş bir tanımı mevcut değildir. Basitçe; eksiklikler içeren bir tahkim anlaşması olarak ifade edilebilir<sup>57</sup>.

Doktrinde, *Özdemir Kocasakal*, patolojik tahkim anlaşmasını, “tahkim anlaşmasının zorunlu unsurlarının<sup>58</sup> tutarlı bir şekilde ifade edilmediği veya bu unsurları muğlak veya çelişkili hale getiren

*o takdirde davacıya bu savunmayı yerinde görerek uyumsuzluğun mahkemede çözümlenmesi cihetine gidecek veya da tahkim şartının geçerli olduğu yolunda bir tesbit davası açarak gereksiz zaman ve masraf kaybını önlemiş olacaktır. Tahkim şartını içeren sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesinden sonra ve tahkim yargılaması sırasında böyle bir savunmada bulunmayan davalının hükmün kesinleşmesini müteakip tenfiz davası sırasında böyle bir savunmada bulunması M.K.nun 2.maddesinde yazılı iyiniyet kurallarına aykırıdır. Bu itibarla mahkemeye yabancı hakem kararının tenfizine karar verilmeğe gerekirken, anılan husus gözden kaçırılarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmektedir”.*

54 Benjamin G Davis, ‘Pathological Clauses: Frederic Eisemann’s Still Vital Criteria’ (1991) 7(4) *Arbitration International* 365-388, 365-366; Kasparas Tolkuşinas, ‘Defective Arbitration Clauses in International Commercial Contracts’ (Mater Thesis, Mykolas Romeris University 2010)13; Harout J. Samra and Ramya Ramachanderan, ‘A Cure for Every Ill? Remedies for “Pathological” Arbitration Clauses’ (2020) 74(4) *University of Miami Law Review* 1110, 1111; Aydın (n 3) 30 naklen *Eisemann* (n 1) 130.

55 Davis (n 54) 365; Molfa (n 8) 162; Paul Comşa, ‘At A Crossroads: The Case of “Pathological Arbitration Clauses” Which Determine A Jurisdictional Fight’ (2018) 25(2) *Lex ET Scientia International Journal* 47, 48-49 Andrew Tweeddale and Keren Tweeddale, *Arbitration of Commercial Disputes International and English Law and Practice* (1st edn, Oxford University Press 2005) 117 dn. 95; Samra and Ramachanderan (n 54)1111; Jiangtao Qian and Liang Guo, ‘The Validity and Remedy of the Pathological International Commercial Arbitration Agreement’ (2019), 2(5) *International Law School of Northwest University of Political Science and Law* 109, 109; Alok Jain, ‘Pathological Arbitration Clauses and Indian Courts’ (2008) 25(4) *Journal of International Arbitration* 433, 433; Aydın (n 3) 30.

56 Tolkuşinas (n 54) 3.

57 Tweeddale and Tweeddale (n 55) 117.

58 Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan (TBK m.1) sözleşmenin kurulmuş sayılması için, tarafların sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmış olmalıdır (TBK m.2). Tarafların uyumsuzluğun çözümü

ifadeler barındıran, bu nedenle, tahkim yargılamasının işlemlerine engel olabilecek nitelikte bir tahkim anlaşması” olarak tanımlanmaktadır.<sup>59</sup>

Tahkim anlaşması farklı sebeplerle patolojik hale gelebilir<sup>60</sup>. Tahkim anlaşmasının patolojik olarak nitelendirilmesinin başlıca sebepleri NYS m. II/f. 3<sup>61</sup> ve UNCITRAL Model Kanun m. 8/f.1<sup>62</sup>de ifade edilen, tahkim anlaşmasının “hükümden düşmüş (*inconsistency*)”, “tesirsiz (*uncertainty*)” ve “tatbiki imkânsız (*inoperability*)” olmasıdır<sup>63</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, eksiklik içeren her tahkim anlaşması hükümsüz ya da tatbiki imkânsız hale gelmez<sup>64</sup>.

O halde denilebilir ki; tahkim anlaşmasının patolojik veya başka bir ifadeyle kusurlu olmasının, tahkimin geçerliliğine etkisi; temel işlevlerini yerine getirip getirmediğine göre ya da NYS m. II f.3'te sayılan tahkime havale şartlarının gerçekleşmemiş olmasına göre her somut olayca ayrıca değerlendirilmelidir. Patolojik tahkim anlaşmaları bazı durumlarda geçersiz kabul edilse de, bazı durumlarda tarafların tahkim iradesini korumak için mahkemece yorumlanarak geçerli kabul edilebilir<sup>65</sup>.

*Patolojik tahkim anlaşmalarının bir tanımı yapılması gerekirse; kanaatimizce patolojik ya da kusurlu tahkim anlaşmaları, tahkim iradesinde sakatlıklar bulunan veya tahkim anlaşmasının icrasını olumsuz etkileyen eksiklikler ya da hatalar barındıran ve Eisemann tarafından ifade edildiği gibi, tahkim anlaşmasının “(i) taraflar açısından bağlayıcı sonuç doğurabilme, (ii) hakemler tarafından hüküm verilene kadar devlet mahkemesinin uyuşmazlığın çözümüne müdahalesini engelleme, (iii) uyuşmazlıkların çözümünde hakemlere taraflar aleyhine hüküm verme yetkisi tanıma, (iv) cebri icraya konu olabilecek bir hükmün verilmesine elverişli bir prosedürün uygulanması” işlevlerinden birinde veya birkaçında eksiklik bulunan tahkim anlaşmalarıdır. Patolojik tahkim anlaşmasının tüm bu unsurlarını içine alan, daha öz bir tanım ise, doktrinde Özdemir Kocasakal tarafından yapılmıştır.*

konusunda devlet yargısını bertaraf etmesi ve uyuşmazlığın bağlayıcı bir hakem kararı ile çözümünün kararlaştırılması ile hangi uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümleneceğinin belirlenmiş olması, tahkim anlaşmasının zorunlu iki unsurudur. Bkz. Özdemir Kocasakal (n 21) 515.

59 Özdemir Kocasakal (n 21) 513; Hatice Özdemir Kocasakal, “Tahkim Şartı ile İlgili İptal Sebepleri” (2014) ICC Türkiye Yayını, XI. Milletlerarası Tahkim Semineri, 14 Nisan 2014, Ankara, 37, 62-63; Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard and Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international* (Litec 1996) 283; Gabrielle Kaufmann-Kohler and Antonio Rigozzi, *Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP* (1st edn, Editions Weblaw 2006) 65; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe, (n 14), 694-695

60 Tweeddale and Tweeddale (n 55) 117; Molfa (n 8) 163; Margaret L Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (2nd edn, Cambridge 2012) 43; Jain (n 55) 434.

61 NYS m. II f. 3 “Bir Akit Devlet mahkemesi, tarafların, işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir konu ile ilgili uyuşmazlıklarına el koyduğu takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları, birinin talebi üzerine, hakemliğe sevkeder.”

62 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Article 8 /1 “(1) A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.” <[https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955\\_e\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf)> Erişim Tarihi: 07.08.2020.

63 Blackaby, Partasides, Redfern and Hunter (n 8)135 dn. 305; Molfa (n 8) 163 dn. 5.

64 Tweeddale and Tweeddale (n 55) 117.

65 Moses (n 60) 33.

Çalışmamızın konusu olan hibrit tahkim anlaşmaları da uygulamada bazı sorunlar doğurması nedeniyle, patolojik olarak nitelendirilen tahkim anlaşmalarındanır. Hibrit tahkim anlaşmalarını incelemeyen önce hibrit kelimesinin kökünü inceleyecek olursak; hibrit Eski Yunancada *ἕβρις ὑβρις* yani “ölçüyü aşma” anlamında Latince *hybrida* yani “melez” ve Fransızca *hybride* veya İngilizce *hybrid* olarak aynı anlamda kullanılmaktadır<sup>66</sup>. Türkçede ise hibrit kelimesi “İki tür arasında yapılan birleştirmeler sonucu elde edilen yavru, iki farklı güç kaynağının bir arada bulunması<sup>67</sup>” anlamında kullanılmaktadır. Çalışmamızın ana konusunu oluşturan hibrit tahkim anlaşmaları da, kelime kökeninde olduğu gibi birden fazla bileşen sentezlenerek oluşturulan tahkim anlaşmalarını ifade eder.

Hibrit tahkim anlaşmalarının evrensel kabul görmüş bir biçimi ve tanımı mevcut değildir<sup>68</sup>. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, iki farklı hibrit tahkim anlaşması bulunmaktadır; (1) iki farklı uyumsuzluk çözüm yoluna atıf yapılmak suretiyle kurulan hibrit tahkim anlaşmaları ve (2) bir tahkim merkezinin farklı bir tahkim merkezi kurallarına atıf yapılmak suretiyle yetkilendirilmesi şeklinde kurulan hibrit tahkim anlaşmaları.

## II. TAHKİM İLE BİRLİKTE BAŞKACA ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMLERİNE ATIF YAPILAN HİBRİT TAHKİM ANLAŞMALARI

Bir tahkim anlaşmasının temel kurucu unsuru olan tahkim iradesi, açık ve kesin olmalıdır<sup>69</sup>. Ancak uygulamada, tarafların, tahkim anlaşmasında, tahkim ile birlikte başka alternatif uyumsuzluk çözüm yollarına da atıf yaptığı<sup>70</sup> ya da devlet mahkemelerini de yetkilendirdiği görülmektedir<sup>71</sup>.

Tarafların tahkim yargılaması ile birlikte başka alternatif uyumsuzluk çözüm yollarına başvuruyu öngördüğü tahkim anlaşmaları, kombine “combined processes” ya da karma tahkim anlaşmaları “hybrid proses” olarak adlandırılmaktadır<sup>72</sup>. Benzer ifade ile, tarafların tahkim yargılaması ile birlikte

66 <<https://www.nisanyansozluk.com>> Erişim tarihi: 03 February 2020

67 Türk Dil Kurumu (TDK) Sözlüğü <<https://sozluk.gov.tr>> Erişim tarihi: 03 February 2020.

68 Yasunobu Sato, ‘Hybrid Dispute Processing in Japan: Linking Arbitration with Conciliation’ Vijay K. Bhatia, Christopher N. Candlin, Jan Engberg and Jane Lung (eds), *Legal Discourse across Cultures and Systems* (Kluwer Academic 2008) 56.

69 Ertekin and Karataş (n 8) 65-66; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 3) 133,134-148; Töre (n 8) 8; Ekşi, HMK (n 23) 73-74; Gedik (n 8) 92. Yargıtay 15 HD 1438/2153, 13.04.2009: “Kişiler arasında çıkan ihtilafların kural olarak mahkemeler eliyle çözülmesi gerekir ise de, taraflar imzaladıkları sözleşmede ihtilafların hakemler eliyle çözümlenmesini (tahkim şartı) kararlaştırabilecekleri gibi, asıl sözleşmeden müstakil olarak hakem sözleşmesi de imzalayabilirler. HUMK’nın 518. Maddesi uyarınca, iki tarafın arzularına tabi olmayan mesailde tahkim mesailde tahkim cereyan etmeyeceğinden, bunun dışında kalan ihtilaflar için davanın hakemde görülmesi kararlaştırılabilir. Ancak, tahkim iradesi hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olmalı, tarafların ihtilafların hakemde görülmesi iradesi kararlı bulunmalıdır. Her ne kadar davaya esas sözleşmenin 15. Maddesinde, uyumsuzluk halinde ihtilafların hakem kurulunda çözümlenmesi öngörülmüşse de, aynı maddenin sonunda, ihtilaflar halinde İstanbul Mahkemelerinin yetkili bulunduğu kabul edilmiştir. Bu durumda kesin bir tahkim iradesinden söz edilemeyeceğinden ve kural olarak mahkemelerin ihtilafları çözmesi gerektiğinden, mahkemece tahkim itirazının reddi ile işin esasının incelenip davanın sonuçlandırılması yerine, dava dilekçesinin görev yönünden reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.”

70 Moses (n 60) 14; Didem Kayalı, ‘Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Dispute Clauses’ (2010) 27(6) *Journal of International Arbitration* 551, 552.

71 Bilgehan Yeşilova, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (1st edn, Güncel 2008) 523.

72 Nuray Ekşi, *Tahkim Öncesi Uyumsuzluk Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları*

kademeli olarak devlet mahkemelerini de yetkili kıldıkları durumlarda da *hibrit* tahkim anlaşması düzenlenmiş olacaktırlar<sup>73</sup>.

## A. TAHKİM ÖNCESİ AŞAMALAR

Taraflar, uyuşmazlıklarının, tahkime gitmeden önce, müzakere veya arabuluculuk gibi uyuşmazlık çözüm yollarıyla, sonuç elde edilememesi halinde tahkim yoluyla kademeli olarak çözülmesini öngörebilir<sup>74</sup>. Tarafların en az iki farklı uyuşmazlık çözüm yolu öngördüğü tahkim anlaşmaları “çok katmanlı – çok aşamalı<sup>75</sup>” tahkim anlaşmaları olarak adlandırılmaktadır<sup>76</sup>.

Tarafların birden fazla uyuşmazlık çözüm yolunu öngördüğü tahkim anlaşmaları, klasik bir tahkim anlaşmasından farklı olarak, tarafların spesifik ihtiyaçlarına göre düzenlenir<sup>77</sup>. Bu tür anlaşmalarda taraflar, bir önceki adımda sonuca ulaşamamaları durumunda, uyuşmazlıklarını bir sonraki adımdaki çözüm yolu önüne getirirler<sup>78</sup>. Kademeli tahkim anlaşmalarında genellikle tahkim son basamak olarak belirlenir<sup>79</sup>. Çoğunlukla, kademeler ilerledikçe, tarafların çözüm üzerindeki iradesi azalacak şekilde bir düzenleme gerçekleştirilir<sup>80</sup>.

Hibrit tahkim ile ifade edilmek istenen; tahkim ve başkaca çözüm yollarının birlikte sentezlenerek kullanılmasıdır<sup>81</sup>. O halde, benzer şekilde, tahkim yargılamasından sonra, son kademe olarak devlet yargısı öngörüldüğü hallerde de hibrit bir tahkim anlaşması akdedilmiş olur<sup>82</sup>.

Bu tür “kademeli” tahkim anlaşmalarının, taraflara (1) uzun süreli ticari ilişkilerde aralarındaki sözleşmenin uygulanmaya devam etmesinin sağlanması<sup>83</sup>, (2) ilerideki iş ilişkilerinin olumsuz etkilenmemesi<sup>84</sup>, (3) tahkime gidecek kadar büyük bir uyuşmazlık olmaması durumunda

(1st edn, Beta 2015) 4.

73 Deyan Draguiev, ‘Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability’ (2014) 31(1) *Journal of International Arbitration* 19, 20.

74 Blackaby, Partasides, Redfern and Hunter (n 8) 100; Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 15, 18; Kayalı (n 70) 551; Moses (n 60) 14; Yeşilova, Mahkemelerin Yardımı (n 71) 523; Mine Tan Dehmen M, Tahkim Öncesi Müzakere Ya Da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi (2011) 25(1-2) *PPIL* 451, 457; Demirkol (n 17) 328; Aydın (n 3) 104.

75 “*multi-tier arbitration clauses*”.

76 Blackaby, Partasides, Redfern and Hunter (n 8) 100; Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 17.

77 Kayalı (n 70) 551.

78 Kayalı (n 70) 552.

79 Kayalı (n 70) 552.

80 Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 18; Wian Erlank W, Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses (SSRN, 9 September 2002) <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1491027](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1491027)> Erişim tarihi 5 June 2020, 8-9.

81 H William Ross and Donald E Conlon , ‘Hybrid of Third-Party Dispute Resolution: Theoretical Implications of Combining Mediation and Arbitration’ (2000), 25(2) *The Academy of Management Review* 416, 416.

82 Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 19.

83 Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 19.

84 Kayalı (n 70) 552-553.



zaman ve maliyet kaybının önüne geçilmesi<sup>85</sup> ve (4) tahkim öncesi aşamanın bir soğuma süresi sağlaması<sup>86</sup> gibi nedenlerle avantaj sağladığı belirtilmektedir. Kademeli tahkim anlaşmalarının dezavantajlarının ise, (1) uyumsuzluk çözüm yolunun sonuca ulaşamaması durumunda tahkim yargılamasının gecikecek hatta engellenecek olması<sup>87</sup>, (2) taraflara bir sonraki kademede verilecek karar konusunda bir fikir oluşturması<sup>88</sup> ve (3) tahkim anlaşmasının düzenlenmesinde dikkat edilmemesi durumunda tahkim anlaşmasını icra edilemez hale getirebilmesi<sup>89</sup> olduğu ifade edilmektedir.

## I. Med-Arb

En bilinen kademeli hibrit tahkim prosedürü, *med-arb* başka bir ifadeyle arabuluculuk – tahkimdir<sup>90</sup>. Kademeli hibrit tahkim anlaşmalarından *med-arb* da arabuluculuğun dostane niteliği ve tahkimin bağlayıcılık niteliği birleştirilir<sup>91</sup>.

Med-Arb prosedüründe, öncelikli olarak arabuluculuk çözüm yolu tüketilir, bu yol ile çözüme ulaşılamaması halinde, tahkim yoluna gidilir<sup>92</sup>. Hakem olarak seçilen kişi, öncelikle arabuluculuk yapar, arabuluculuğun başarısız olması durumunda ise tahkim aşamasına geçilir<sup>93</sup>. Hakem ve arabulucuların aynı kişi olması tartışmalı bir konu olmasına karşın, hakem ve arabulucunun aynı kişi olması önünde engel yoktur<sup>94</sup>. Bu doğrultuda arabulucunun otomatik olarak hakem olmasının, hızlı bir çözüm sunduğunu ancak yine de arabuluculuk aşamasında hakemlerin önyargısı olacağını ifade eden bir görüş olmakla birlikte<sup>95</sup>, diğer bir görüş ise, aksi kararlaştırılmadıkça, arabulucunun hakem olmayacağını savunmaktadır<sup>96</sup>. Gerçekten de bir önceki basamakta arabuluculuk yapan

85 Erlank (n 80) 9.

86 William W Park, 'Arbitration of International Contract Disputes' (1984) 39(4) The Business Lawyer 1783, 1788.

87 Blackaby, Partasides, Redfern and Hunter (n 8) 101; Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 19.

88 Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 19.

89 Kayalı (n 70) 552.

90 Ross and Conlon (n 81) 417.

91 Cemile Demir Gökyayla, 'Arabuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu' (2019) 77 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 575, 580-581; Berk Demirkol and Ural Aküzüm, *Türkiye'de Med-Arb (Arabuluculuk-Tahkim) Yapısı, Mevzuatı & Uygulanması* (1st edn, On İki Levha 2020) 4.

92 Mauro Rubino Sammartano, *International Arbitration Law and Practice* (2nd edn, Kluwer Law International 2001)19; Ross and Conlon (n 81) 417; Sato (n 68) 61; Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 4-5; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 3)19; Demir Gökyayla (n 91) 579; Demirkol and Aküzüm (n 91) 57.

93 Rubino Sammartano (n 92) 19; Ross and Conlon (n 81) 417; Sato (n 68) 61; Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 4-5; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 3)19; Demir Gökyayla (n 91) 579; Demirkol and Aküzüm (n 91) 57.

94 Ross and Conlon (n 81) 417; Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 5; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 3) 22; Ildır (n 8) 100; Demirkol and Aküzüm (n 91) 67; Haig Oghigian, 'The Mediation/Arbitration Hybrid' (2003), 20(1) *Journal of International Arbitration* 75, 76. Türk hukuku açısından MTK, HMK ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)'da arabulucuların hakem olmasını yasaklar hükümler bulunmamaktadır. Bkz Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 3) s.22; Demir Gökyayla (n 91) 592-593.

95 Sato (n 68) 61; Ildır (n 8) 102; Demirkol and Aküzüm (n 91) 68. Bu eleştirileri ortadan kaldırmak için (*Arb-Med-Opt-Out*) Med-Arb devre dışı bırakma sistemi önerilmektedir. *Arb-Med-Opt-Out* sistemi, arabulucunun yargılamayı tahkime çevirmesi üzerine, taraflara veto yetkisi vermektedir. Bkz Sato (n 68) 61.

96 Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 3) 22; Demirkol and Aküzüm (n 91) 69-70.

kişinin aynı uyuşmazlık için hakem olması, hakemlerin arabuluculuk sırasında öğrendiklerinin etkisinde karar vermesi ihtimali ortaya çıkacak, hakemlerin tarafsız kalarak karar veremeyeceği endişesi ve arabulucuların hakem olma gücüne sahip olması nedeniyle tarafları sulh olmaya zorlaması gibi sakıncalar meydana gelebilecektir<sup>97</sup>. 2018 tarihli UNCITRAL Uluslararası Ticari Arabuluculuk ve Arabuluculuk Sonucu Elde Edilen Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Model Kanun<sup>98</sup> ve 2019 yılında İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) bünyesinde yayınlanan Med-Arb kuralları<sup>99</sup> da bu görüş çerçevesinde taraflar aksini kararlaştırmadıkça, arabulucunun hakem olarak görev yapamayacağını kabul etmiştir<sup>100</sup>. Taraflar ve arabulucular için bağlayıcı nitelikte olan Türkiye Arabulucular Etik Kuralları<sup>101</sup>nin “Menfaat İlişkisi ve Çatışması” başlıklı 4 (6) maddesi uyarınca da arabulucu, ancak taraflar açık ve yazılı onayları ile birlikte talep ederlerse, açılan tahkim yargılamasında hakemlik yapabilir.

## 2. Arb-Med-Arb

*Arb-Med-Arb* prosedürü ise, *Med-Arb*'in başka bir varyasyonu olarak karşımıza çıkmaktadır. Tarafların aralarında, yalnızca tahkim anlaşması bulunduğu durumlarda, tarafların uyuşmazlıklarını arabuluculuğa götürme noktasında anlaşmaları ile *Arb-Med-Arb* prosedürü oluşur<sup>102</sup>. Taraflar, tahkim yargılaması başlamadan önce, arabulucuya gitme noktasında anlaşabilecekleri gibi; yargılama başladıktan sonra, yargılamaya devam edilirken de arabulucuya gitmeyi kararlaştırabilirler<sup>103</sup>. Doktrinde, bu durumda, fiili olarak kurulan bir *Arb-Med-Arb* anlaşması oluştuğu ifade edilmektedir<sup>104</sup>.

97 Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 3) 21-25; Demir Gökyayla (n 91) 595-599; Oghigian (n 94) 77.

98 [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex\\_ii.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/annex_ii.pdf) (Erişim Tarihi: 03.08.2020).

99 <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/ISTAC-Arabuluculuk-Tahkim-Kurallari-Med-Arb.pdf> (Erişim Tarihi: 03.08.2020).

100 UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation Article 13, “Unless otherwise agreed by the parties, the mediator shall not act as an arbitrator in respect of a dispute that was or is the subject of the mediation proceedings or in respect of another dispute that has arisen from the same contract or legal relationship or any related contract or legal relationship.” ISTAC Med-Arb Kuralları m. 5 f. 1, “Arabuluculuk-tahkim veya arabuluculuk süreçlerinde arabulucu olarak görev yapan kişi, tarafların açık ve yazılı onayı olmaksızın, aynı uyuşmazlık hakkındaki tahkim yargılamasında hakem olarak görev yapamaz.”

101 [https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik\\_kurallar.html](https://adb.adalet.gov.tr/Sayfalar/Teskilat/mevzuat/etik_kurallar.html). Madde 4 (6) “Arabulucu, bu sıfatla görev yaptığı uyuşmazlık ile ilgili olarak açılan davada, daha sonra, avukat olarak görev üstlenemez. Ancak, taraflar açık ve yazılı onayları ile birlikte talep ederlerse, açılan tahkim yargılamasında hakemlik yapabilir”.

102 Rubino Sammartano (n 92)19; Demir Gökyayla (n 91) 591; Demirkol and Aküzüm (n 91) 58-59.

103 Rubino Sammartano (n 92)19; Demir Gökyayla (n 91) 591; Demirkol and Aküzüm (n 91) 58-59.

104 Demirkol and Aküzüm (n 91) 58-59

### 3. MEDOLA

Med-arb'ın görünüş şekillerinden biri de *MEDOLA*'dır<sup>105</sup>. *MEDOLA*, arabuluculuk ile *last-offer arbitration*<sup>106</sup> sistemlerinin hibrit olarak sentezlenmesi şeklinde karşımıza çıkar<sup>107</sup>. Arabuluculuk ve "*last-offer arbitration*" sistemlerinin birleşiminden oluşan medola sisteminde, taraflar arabuluculuğun başarısız olması halinde, tahkim yargılamasında hakeme son tekliflerini sunarlar ve hakem, bu teklifler arasında bir seçim yaparak çözüme ulaşılır<sup>108</sup>. Kavramı ortaya atan *Coulson*, *Medola* sisteminde, tahkim yargılaması aşamasında hakemlerin tarafların teklifleri ile bağlı olması nedeniyle, arabuluculuk aşamasında tarafların aralarında özgürce müzakere gerçekleştirebilmelerinin mümkün kılındığını ifade etmektedir<sup>109</sup>. Başka bir ifade ile, *Medola* sistemi, tarafların, tahkimden önce gerçekleştirdikleri müzakerelerinin, ileride aralarında başlayacak tahkim yargılamasını etkilemeyecek şekilde gerçekleştirebilmeleri bakımından *Med-Arb* sisteminden ayrılmaktadır<sup>110</sup>.

### 4. Arb-Med

**Arb-Med** (*arbitration-mediation*) tahkim-arabuluculuk ise, kademeli hibrit tahkim anlaşmalarının diğer bir görünüş biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır. *Arb-Med* usulünde, tahkim yargılamasında hakem karar verdikten sonra ancak kararını henüz açıklamadan önce, taraflar son bir şans olarak arabuluculuğa başvururlar<sup>111</sup>. Arabuluculuk faaliyetinden sonuç alınamaması üzerine, hakem, önceden varmış olduğu kararı taraflara açıklar<sup>112</sup>. *Arb-Med* usulünün, hakemin kararının arabuluculuk aşamasından önce vermiş olması yönüyle, *Med-Arb* usulünden ayrıldığı ifade edilmektedir<sup>113</sup>. Ancak bu sistem, tahkim yargılamasında bir karar verildikten sonra arabuluculuğa gidilmesi nedeniyle, tahkimin hızlı ve masrafsız bir çözüm sunması beklentisini ortadan kaldıracağı eleştirisine maruz kalmaktadır<sup>114</sup>.

105 Rubino Sammartano (n 92) 20.

106 "*last-offer arbitration*"da; taraflar, son tekliflerini sunarak, arasında seçim yaparak karara varması için bir kişi yetkilendirirler. Bkz Robert Coulson, 'MEDALOA: A Practical Technique for Resolving International Business Disputes' (1994) 11(2) Journal of International Arbitration, 111, 111.

107 Coulson (n 106) 111.

108 Coulson (n 106)111; Rubino Sammartano (n 92) 20; Sato (n 68) 61.

109 Coulson (n 106) 112.

110 Coulson (n 106) 112.

111 Ross and Conlon (n 81) 418; Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 5; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 3) 27-28; Demir Gökyayla (n 91) 601.

112 Ross and Conlon (n 81) 418; Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 5; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 3) 27-28; Demir Gökyayla (n 91) 601.

113 Demir Gökyayla (n 91) 602.

114 Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 3) 28.

## 5. Tahkim Öncesi Kademeli Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği

Doktrinde, kademeli hibrit tahkim anlaşmalarında tarafların tahkim iradesi konusunda bir tartışma bulunmamakta ve kademeli hibrit tahkim anlaşmaları geçerli kabul edilmektedir<sup>115</sup>. Buna karşın, kademeli tahkim anlaşmalarında, uyuşmazlık çözüm yöntemleri için bir süre şartı belirlenmesi, tahkim öncesi aşamaların zorunlu olup olmadığı, tahkim öncesi aşamanın tüketilmediği durumlarda tahkime başvuru engelinin bulunup bulunmadığı gibi konuların ayrıntılı şekilde düzenlenmesinin oldukça önemli olduğu ifade edilmektedir. Zira, çelişki veya anlam karmaşası oluşması durumunda, kademeli tahkim anlaşmaları patolojik hale gelebilecektir<sup>116</sup>. Türk hukukunda da, Yargıtay'ın, bu tip kademeli tahkim anlaşmalarını geçerli kabul ettiği kararları mevcuttur<sup>117</sup>.

Kademeli tahkim anlaşmaları konusunda incelenmesi gereken bir başka husus ise, anlaşmada belirlenen diğer alternatif çözüm yollarına başvurmadan, doğrudan tahkim yargılamasına gidilip gidilemeyeceği, başka bir ifadeyle tahkim öncesi belirlenen alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tüketilmesi gerekip gerekmediğidir<sup>118</sup>. Bu noktada doktrinde, tahkim anlaşması öncesi öngörülen aşamaların zorunlu ya da ihtiyari olmasına göre bir ayırım yapılmaktadır<sup>119</sup>.

Doktrinde *Akıncı*, tahkim öncesi aşamanın zorunlu ya da ihtiyari olmasına bakılmaksızın, tüketilmemesinin tek istisnasını taraflardan birinin çaba sarf etmesine karşın, diğer tarafın katılım sağlamaması olarak ifade etmektedir<sup>120</sup>. Bu istisna hariç, taraflarca tahkim öncesi aşamanın zorunlu ya da ihtiyari olarak kararlaştırılmış olmasına bakılmaksızın tüketilmesi gerekmektedir.

115 Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 47; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 3)146-147; Demirkol (n 17) 329; Park (n 86) 1788; Tan Dehmen (n 74) 458.

116 Blackaby, Partasides, Redfern and Hunter (n 8) 101-102; Febie Yudistiana, "The Extent To Which Hybrid Arbitration Clauses Apply To Advance Investor-State Arbitration In The International Centre For Settlement Of Investment Disputes (ICSID)" (LLM thesis, Kingston University London, 2015) 55; Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 23; Aydın (n 3) 116. İngiliz Mahkemeleri tahkimden önce arabuluculuk öngörülmüş olan *Sulamerica* davası (*Sulamerica CIA Nacional De Seguros SA & Ors v Enesa Engenharia SA & Ors [2012] EWHC 42 (Comm)* <[http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Comm/2012/42.html&query=\(Sulamerica\)](http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Comm/2012/42.html&query=(Sulamerica))> Erişim Tarihi: 31.07.2020 ve tahkimden önce iki aşamalı öngörülmüş olan *Wah (Aka Alan Tang) & Anor v Grant Thornton International Ltd* davasında (*Wah (Aka Alan Tang) & Anor v Grant Thornton International Ltd & Ors [2012] EWHC 3198 (Ch)* <[http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2012/3198.html&query=\(Wah\)+AND+\(\(aka\)+AND+\(Tang\)\)](http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2012/3198.html&query=(Wah)+AND+((aka)+AND+(Tang)))> Erişim Tarihi: 31.07.2020 tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna hükmetmiştir.

117 Yargıtay 15 HD, 1854/4946, 15.09.1994: "Taraflar arasındaki sözleşmenin 67. Maddesinde açıkça bu sözleşmeden uygulanmasından doğacak her türlü uyuşmazlıkların hakemde çözüleceği kararlaştırılmıştır. Hakeme başvurmadan önce taraflardan birisinin sözleşmenin icrasından doğacak anlaşmazlıklar için önce mühendise başvurulacağına dair hüküm hakem şartını geçersiz kılmaz. Çünkü öncelikle taraflar veya bunlardan birisi mühendise başvursun veya vurmasın sonuçta uyuşmazlığın hakemde çözülmesi gerekir. Hakemden önce mühendise başvurulması prosedürü ve mühendisin vereceği karar tarafları bağlayıcı değildir. Bu nedenle sözleşmedeki bu hüküm hakem şartını geçersiz kılmayacağından ve dairemizin emsal kararları da bu yönde olduğundan mahkemenin hakem şartının geçersiz olduğuna ilişkin kararının bozulması gerekmiştir." Bkz. Ertekin and Karataş (n 8) 55-56, 72.

118 Demirkol (n 17) 329 dn 12.

119 Tan Dehmen (n 74) 459; Aydın (n 3) 110. Taraflar tahkim öncesi aşamayı ihtiyari olarak öngörebilecekleri gibi, zorunlu bir aşama olarak da anlaşmalarına ekleyebilirler. Bkz. Tan Dehmen (n 74) 459; Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 28; Demir Gökyayla (n 91) 586; Demirkol and Aküzüm (n 91) 63.

120 Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri* (1st edn, Dokuz Eylül Üniversitesi, 1996) 138.

Doktrinde *Özbek* de aynı yönde, tahkim öncesi aşamaların zorunlu olması ya da olmaması ayrımı yapmadan tüketilmesi gerektiği görüşündedir<sup>121</sup>. Bu nedenle, tarafların aralarında yapacakları tahkim anlaşmasında, tahkim öncesi aşama tüketilmeden davaya geçilemeyeceği konusunda açık hüküm getirmesinin yerinde olacağını ifade etmektedir<sup>122</sup>.

Aksi yönde bir görüş ise, tahkim öncesi aşamanın zorunlu ya da ihtiyari olmasına bakılmaksızın, tüketilmemesinin, tahkim yargılamasını etkilemeyeceğini savunmaktadır<sup>123</sup>. Doktrinde *Yeşilirmak*, arabuluculuk ve müzakerenin Türk hukukunda “*taraf iradesine bağlı dostane uyumsuzluk çözüm yolları*” olduğunu ve Türk hukuku açısından, tarafların bu usullere başvurmaya zorlanamayacakları görüşündedir<sup>124</sup>. Ancak *Yeşilirmak*, bu değerlendirmenin her tahkim yeri hukuku bakımından ayrıca yapılması gerektiğini de ifade etmektedir<sup>125</sup>.

Doktrinde genel kabul ise, tahkim öncesi aşama zorunlu tutulduğunda tüketilmesi gerektiği, ihtiyari tutulduğunda ise tahkime başvuru için tahkim öncesi aşamanın tüketilmesinin aranmayacağı, bu hususun taraflara bırakıldığı yönündedir<sup>126</sup>. Bu kabule göre, tahkim öncesi aşama zorunlu tutulmuşsa, tüketilmesi gerekir<sup>127</sup>. Tahkim öncesi alternatif uyumsuzluk çözüm yolları ihtiyari tutulmuş ise, ilk kademe olan alternatif uyumsuzluk çözüm yollarının tüketilmemesi, tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemeyecektir<sup>128</sup>.

Doktrinde *Şanlı* da, tahkim öncesi aşamanın zorunlu tutulduğu hallerde dahi, tüketilmemesinin tahkim anlaşmasını geçerliliğini etkilemeyeceğini belirtmektedir<sup>129</sup>. Zira, *Şanlı*'ya göre, tahkim öncesi zorunlu aşamanın tüketilmemesi, yalnızca tahkim yoluna başvuruyu engellemekte, tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilememektedir<sup>130</sup>.

Doktrinde *Tan Dehmen* ise, taraf iradelerinin hiçe sayılarak bağlayıcı sonuçlar doğurmasının engellendiği gerekçesiyle, tahkim öncesi aşamalar tüketilmeden tahkime gidilmesinin yerinde

121 *Özbek* M, *Alternatif Uyumsuzluk Çözümü* (3rd edn, Yetkin 2013.) 703.

122 *Özbek* (n 121) 703.

123 Bkz *Ekşi*, *Tahkim Öncesi* (n 72) 46; *Kayalı* (n 70) 552; ancak görüşü savunan yazar konusunda ilgili kaynaklarda bir açıklık mevcut değildir.

124 Yazar İngiltere ve İsviçre'yi örnek vererek, tahkim yerinin İngiltere ya da İsviçre seçildiği tahkim yargılamalarında, bu hukuklarda dostane çözüm yollarının ön şart olarak kabul edilmesi sebebiyle, tarafların dostane çözüm yollarına başvurması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz *Ali Yeşilirmak*, *ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması* (1st edn, On İki Levha 2018) 31.

125 Yazar İngiltere ve İsviçre'yi örnek vererek, tahkim yerinin İngiltere ya da İsviçre seçildiği tahkim yargılamalarında, bu hukuklarda dostane çözüm yollarının ön şart olarak kabul edilmesi sebebiyle, tarafların dostane çözüm yollarına başvurması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz *Yeşilirmak*, *ICC* (n 124) 31.

126 *Ekşi*, *Tahkim Öncesi* (n 72) 55; *Tan Dehmen* (n 74) 463; *Şanlı* (n 3) 411-413; *Erlank* (n 80) 46; *Kayalı* (n 70) 572-573; *Didem Özdemir Kayalı* D, 'Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Basamaklı Uyumsuzluk Çözüm Şartları' (2009) *Haluk Konuralp'in Anısına Armağan C. I*, 499, 514-515.

127 *Şanlı* (n 3) 411-413; *Ekşi*, *Tahkim Öncesi* (n 72) 50; *Tan Dehmen* (n 74) 464; *Erlank* (n 80) 46; *Kayalı* (n 70) 572-573; *Özdemir Kayalı* (n 126) 514-515.

128 *Ekşi*, *Tahkim Öncesi* (n 72) 55; *Tan Dehmen* (n 74) 459-460; *Demirkol and Aküzüm* (n 91) 63.

129 *Şanlı* (n 3) 447.

130 *Şanlı* (n 3) 447.

olmadığını belirtmiştir<sup>131</sup>. *Tan Dehmen*'e göre, böyle bir durumunda, tahkim mahkemesinin, uyuşmazlığın esasına girmeyi reddederek, tahkim öncesi müzakerelerin bitmesini beklemesi yerinde olacaktır<sup>132</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, *Tan Dehmen*, aşağıda inceleneceği üzere *Ekşi*'nin aksine, ancak bir itiraz olursa tahkim öncesi aşamaların tüketilip tüketilmediği incelemesi yapılabileceği görüşündedir<sup>133</sup>.

*Sarıöz Büyükalp*, tahkim öncesi aşama öngörülüp, tüketilmediği durumlarda, hakemlerin yetkisizlik kararı vermesi gerekeceğini, bu nedenle tahkim anlaşmasının icrasının imkânsız hale geleceğini ifade etmektedir<sup>134</sup>.

Doktrinde *Ekşi* de, tahkim öncesi aşamaların zorunlu tutulup tutulmaması noktasında bir değerlendirme yapmaktadır. *Ekşi*, tahkim öncesi zorunlu aşamanın tüketilmemiş olması halinde, tahkim anlaşmasının uygulanması için aranan şartın gerçekleşmemiş olacağını ve bu durumun hakemlerin yetkisine etki edeceğini ifade etmiştir<sup>135</sup>. Ayrıca, tahkim öncesi aşamaların tüketilmesinin hakemlerin yetkisine etki etmesi nedeniyle, *Ekşi*'ye göre, *kompetenz-kompetenz* prensibi gereği, hakemlerin tahkim öncesi aşamaların tüketilip tüketilmediğini re'sen inceleme yetkisi bulunmaktadır<sup>136</sup>.

1996 tarihli İngiliz Tahkim Kanunu, tahkim anlaşmasında, tahkim öncesi başvurulması gereken aşamalar kararlaştırılmışsa, bu aşamalar tüketilmeden tahkime ardından da mahkemeye başvurulup başvurulamayacağını düzenlemiştir. İngiliz Tahkim Kanunu m. 9/ f. 2 hükmünce<sup>137</sup>, taraflar tahkim ya da tahkim öncesi aşamaları tüketmeden mahkemeye başvurmuşlarsa, karşı tarafın 'itirazı üzerine' mahkeme yargılamayı durduracaktır<sup>138</sup>. İngiliz Kanunlarına göre tahkim öncesi aşamaların tüketilmemesi durumunda, hakem ya da mahkemenin bunu re'sen gözetemeyeceği ifade edilmektedir<sup>139</sup>.

Doktrinde *Ekşi*'nin aksine, *Tan Dehmen*<sup>140</sup> gibi, *Yeşilova* da, tahkim aşamalarının tüketilmemesinin bir itiraz olarak ileri sürülmesi gerektiği kanaatindedir. *Yeşilova*'ya göre, tahkim itirazında olduğu gibi, tahkim öncesi aşamaların tüketilmediği itirazının da bir ilk itiraz olarak belirli bir süreye

131 *Tan Dehmen* (n 74) 464.

132 *Tan Dehmen* (n 74) 465.

133 *Tan Dehmen* (n 74) 465.

134 *Sarıöz Büyükalp* (n 15) 2054.

135 *Ekşi*, Tahkim Öncesi (n 72) 50 aynı yönde bkz *Tan Dehmen* (n 74) 464; *Sarıöz Büyükalp* (n 15) 2054.

136 *Ekşi*, Tahkim Öncesi (n 72) 46.

137 Arbitration Act 1996 article 9/2 "An application may be made notwithstanding that the matter is to be referred to arbitration only after the exhaustion of other dispute resolution procedures." Bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents> (Erişim Tarihi: 03.05.2020)

138 *Ekşi*, Tahkim Öncesi (n 72) 29-30.

139 Aynı yönde, *Tan Dehmen* (n 74) 465.

140 *Tan Dehmen* (n 74) 465.

bağlı kalınarak ileri sürülmesi gerekir<sup>141</sup>. Bu görüşe göre, mahkemeler, tahkim öncesi aşamaların tüketilmemesini re'sen gözetemeyecektir<sup>142</sup>.

*Demir Gökyayla*, tahkim öncesi aşamanın zorunlu olarak düzenlendiği hallerde ortaya çıkacak tahkime başvuru engelini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) başvurmadan önce iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliğine benzetmektedir<sup>143</sup>. *Demir Gökyayla*, tahkim öncesi aşamanın tüketilmemesi halinde, davalının tahkime taraf olma yükümlülüğünün henüz doğmamış olacağını ve dolayısıyla tahkim davasını hakem heyetinin göremeyeceğini ifade etmektedir<sup>144</sup>.

*Demirkol/Aküzüm* ise, bir tahkim anlaşması ile Med-Arb anlaşması arasında fark olması gerektiğini, bu nedenle tahkim anlaşmasına tahkim öncesi bir aşama eklenmişse artık bu tahkim öncesi aşamaların tüketilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>145</sup>. Aynı yönde *Kayalı* da, tahkim öncesi aşamaların zorunlu tutulup tutulmamasına göre bir ayırım yaparak tahkim öncesi aşama zorunlu ise, bu usule uyulmasının gerektiğini ifade etmektedir<sup>146</sup>.

Tüm bu tartışmalarla birlikte, istisnai durumlarda tahkim öncesi aşamanın tüketilmesinde fayda bulunmuyorsa, ön aşamalar tüketilmeden tahkime geçilmesi gerekebilir<sup>147</sup>. Taraflardan biri, tahkim öncesi öngörülen alternatif uyuşmazlık yöntemine başvurmuş ve diğer taraf katılmamışsa, artık bu şartın tahkim yoluna başvuruyu engelleyici niteliğini yitireceği doktrinde genel olarak kabul edilmektedir<sup>148</sup>.

ISTAC Med-Arb Kurallarında da bu durum açık şekilde düzenlenmiş; *taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözülmesinin artık olanaksız olması, taraflardan en az birisinin uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözülmesinde haklı bir beklentisinin kalmaması, taraflardan birinin iflası gibi karşı tarafı zor duruma sokabilecek hallerin bulunması ve son olarak taraflardan birinin arabuluculuk talebine karşı diğer tarafın süresi içinde cevap vermemesi veya geçerli bir mazereti olmaksızın arabuluculuk toplantılarına üst üste iki defa katılmaması durumlarında*, arabuluculuk süreci sona ermeden önce, doğrudan tahkim davası açabileceği düzenlenmiştir<sup>149</sup>.

141 Yeşilova, Mahkemelerin Yardımı (n 71) 529-530.

142 Yeşilova, Mahkemelerin Yardımı (n 71) 528-530. Aynı yönde, Tan Dehmen (n 74) 465.

143 Demir Gökyayla (n 91) 586.

144 Demir Gökyayla (n 91) 585-586; aynı yönde bkz Demirkol and Aküzüm (n 91) 63-63.

145 Demirkol and Aküzüm (n 91) 62.

146 Kayalı (n 70) 572-573.

147 Demirkol and Aküzüm (n 91) 67.

148 Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 28; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 3) 16; Aydın (n 3) 111.

149 ISTAC Med-Arb Kuralları m. 4 f. 7, "Aşağıdaki hallerde, taraflardan biri arabuluculuk sürecini başlatmadan veya arabuluculuk süreci sona ermeden önce doğrudan tahkim davası açabilir: a. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözülmesinin olanaksız olduğunu gösteren hallerin bulunması; b. Taraflardan en az birisinin uyuşmazlığın arabuluculuk yöntemiyle çözülmesinde açık sebeplerden ötürü haklı bir beklentisinin kalmamış olması; c. Taraflardan birinin iflası gibi karşı tarafı zor duruma sokabilecek hallerde, taraflardan birinin doğrudan tahkim sürecini başlatıp ivedi bir karara ulaşmak istemesi; d. Taraflardan birinin arabuluculuk talebine karşı tarafın İstanbul Tahkim Merkezi Arabuluculuk Kurallarının 7. maddesi uyarınca süresi içinde cevap vermemesi veya taraflardan birinin geçerli bir mazereti olmaksızın arabuluculuk toplantılarına üst üste iki defa katılmaması."

Fransız Mahkeme içtihatları incelendiğinde, **Fransız hukukunda** da, mahkeme veya tahkim öncesi zorunlu aşamalar tüketilmeden, mahkeme ya da tahkime gidilemeyeceği kabul edildiği görülmektedir<sup>150</sup> Mahkeme öncesi veya tahkim öncesi aşama tüketilmeden, mahkeme veya tahkim yargısına başvurulması durumunda, davalının, tahkim öncesi aşamanın atlandığı itirazında bulunma hakkı doğacaktır<sup>151</sup>.

İsviçre hukukunda ise, İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında; tahkim öncesi aşamaların 'ihtiyari olduğuna ilişkin' bir ifade bulunmaması nedeniyle, bu aşamaların zorunlu olduğuna hükmetmiş ve anlaşmada belirtilen istisnalar hariç, tahkim öncesi aşamalar tüketilmeden, tahkime başvurulamayacağını kabul etmiştir<sup>152</sup>.

Türk hukukunda ise, Yargıtay, tarafların akdettiği tahkim anlaşmasında, tahkim öncesi aşamalar öngörülmüş ise, bu aşamaların tüketilmesi gerektiği görüşündedir<sup>153</sup>.

Kanaatimizce, tahkim öncesi aşamalar, zorunlu tutuldukları durumlarda tüketilmesi gereken basamaklar olarak karşımıza çıkarlar. Bu aşamaların tüketilmemesi, bir tahkime başvuru engeli niteliğinde olup, tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemeyecektir. Ancak, zorunlu aşamalar tüketilmeden tahkime başvurulması halinde, her ne kadar bu durum hakem heyetinin yetkisine etki edecekse de; hakemlerin yetkisinin kaynağı ve sınırı taraflar olduğu için, taraflar itiraz etmedikçe, hakem heyetinin bu zorunlu aşamaların tüketilip tüketilmediğini re'sen incelenmesine gerek yoktur. Kanaatimizce, taraflar tahkim öncesi aşamaların tüketilmediği itirazında bulunmadıkça, tarafların iradesinin artık bu aşamalardan feragat ettikleri yönünde olduğu kabul edilmelidir.

150 "...Taraflar, sadece zorunlu bir dostane çözüm yolu için bir usul öngörmüşlerse hakim bu itirazı dikkate almalıdır. Tarafların uyuşmazlıkları için sadece dostane çözüm yolunu deneme zorunluluğundan bahseden bir şart böyle bir usul öngörmediği için hakimin dostane çözüm yolu itirazına uyması zorunlu değildir..." Karar için bkz Ebru Ay Chelli, 'Fransız Yargıtay'ının Zorunlu Olmayan Uzlaşma Şartı Tüketilmeden Dava Açılabileceğine İlişkin 29 Nisan 2014 Tarihli Kararının Tercümesi' (2015) 4(2) UTDER 233, 235 dn. 4.

151 Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 40.

152 Swiss Federal Court 4A\_124/2014, A... SA v. B...SA, 07.07.2014 Bkz <<http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/7%20juillet%202014%204A%20124%202014.pdf>> Kararın çevirisi için bkz Baran Yılmaz, 'İsviçre Federal Mahkemesi'nin Tahkim Öncesi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Klozu'nun Bağlayıcılığı Konusundaki 7 Temmuz 2014 Tarihli Kararının Tercümesi' (2015) 4(2) UTDER 261-284. Karar hakkında değerlendirmeler için bkz Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 52-53, 90 – 93.

153 Yargıtay 11 HD, 2157/ 6343, 25.05.2009: "Davacı, hırsızlık teminatı içerir sigorta poliçesi ile sigortalı işyerinde 26.03.2006 tarihinde gerçekleşen hırsızlık sonucu oluşan zararın bir kısmının ödenmediğini ileri sürerek, 24.600,00.-TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, poliçe genel şartı uyarınca uyumsuzluğun çözümü için hakem-bilirkişi tayininin gerektiğini ve davacı tazminat talebinin fahişi olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporuna ve dosya kapsamına göre, sigortalı işyerinde meydana gelen hırsızlık olayının sigorta poliçe kapsamında olduğu ve taraflar arasındaki "tahkim" sözleşmesinin açıklık ve kesinlik unsuru taşımadığından geçerli bulunmadığı gerekçesiyle 7.368,00 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Dava, hırsızlık teminatı içerir işyeri sigorta poliçesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki akdi ilişkiyi düzenleyen Hırsızlık Sigortası Genel Şartlarının hasar tespitine ilişkin B.3. maddesinde hasar miktarı konusunda tarafların anlaşamamaları halinde uyumsuzluğun hakem bilirkişi aracılığıyla çözümü gerektiği hükmüne bağlanmış bulunmaktadır. Sözleşmenin bu hükmü, HUMK'nın 287. Maddesinde düzenlenen bir delil sözleşmesi niteliğinde olduğundan tarafları bağlar. Somut olayda, taraflar arasındaki sözleşme hükmünün hakem bilirkişi tayinine ilişkin olmasına rağmen mahkemece, sözleşmenin "tahkim" anlaşması niteliğinde olduğu ve sözleşmenin C.9. maddesindeki yetki anlaşmasının tahkim anlaşmasında bulunması gereken kesinlik unsurunu kaldırdığı gerekçesiyle hakem bilirkişi talebinin reddedilmesi doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir" Bkz Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 51-52.



Tahkim öncesi aşamaların tüketilmediği itirazı ancak, davalı tarafından bir dava açma engeli olarak, ilk itiraz biçiminde ileri sürülürse, hakem heyeti bu aşamaların zorunlu aşamalar olarak öngörülüp öngörülmediğinin incelemesini yapmalıdır. Eğer tahkim öncesi ihtiyari aşamalar olduğu açıkça belirtilmemişse veya aşamaların ihtiyari olduğu tereddütsüz bir biçimde anlaşılmıyorsa, tahkim öncesi aşamaların tüketilmesinin taraflar açısından bağlayıcılığı olduğu, başka bir ifadeyle, tahkim öncesi aşamaların zorunlu olduğu kabul edilmelidir. Böyle bir durumda, tahkim mahkemesi, uyuşmazlığın esasına girmeyi reddetmeli ancak yetkisizlik kararı da vermemelidir. Bu durumda hakemler, tahkim öncesi zorunlu aşamaların tüketilmesi için taraflara süre vermeli, bu konuyu bekletici mesele yaparak tahkim yargılamasını diğer aşamalar tüketilene kadar bekletmeli, bu aşamalar sonucu bir çözüme ulaşamaması durumunda ise tahkim yargılamasına devam etmelidirler<sup>154</sup>.

Verilen süre içinde, dostane çözüm yoluna davalının başvurmasına da bir engel bulunmamaktadır. Tahkim davasının davacısı ya da davalısı, tahkim öncesi öngörülen alternatif uyuşmazlık yöntemine başvurmuş, ancak diğer taraf katılmamışsa, artık bu şart tahkim yoluna başvuruyu engelleyici niteliğini yitirecektir<sup>155</sup>. Zira, dostane çözüm yollarına başvurmanın zorunlu tutulması, bu müzakerelere katılma zorunluluğunu beraberinde getirmez.

Tüm bu tartışmalarla birlikte, istisnai durumlarda, tahkim öncesi aşamanın tüketilmesinde fayda bulunmuyorsa, ön aşamalar tüketilmeden tahkime geçilmesi gerekebilir<sup>156</sup>. Taraflardan birinin çaba sarf etmesine karşın diğer tarafın hiçbir şekilde görüşmek istememesi, görüşmelere katılım sağlamaması bu duruma örnek olarak gösterilebilir<sup>157</sup>. Kaldı ki, doktrinde, *Yeşilirmak*'ın da ifade ettiği üzere, arabuluculuk ve müzakere Türk hukukunda "*taraf iradesine bağlı dostane uyuşmazlık çözüm yolları*"dır ve Türk hukuku açısından, taraflar bu usullere başvurmaya zorlanamazlar; elbette her tahkim yeri hukuku için bu değerlendirmenin ayrı ayrı yapılması gerekmektedir<sup>158</sup>. Bu görüşe katılmamak da mümkün değildir. Ancak, taraf beyanlarına bağlayıcılık katarak *pacta sunt servanda* ilkesine bağlı kalmak da gerekmektedir. Bu nedenle, dostane çözüm yollarına başvurmanın kendisi için bağlayıcı olmasını istemeyen taraf, sözleşmeye tahkim öncesi aşamalar yazmamalı ya da bu aşamaların ihtiyari olduğunu belirtmelidir. Tahkim öncesi ihtiyari aşamaların tüketilmemesi ise, tahkime başvuru engeli (tahkimde dava engeli) olarak kabul edilmemelidir.

Doktrinde, *Ekşi*, tahkim öncesi aşamalar tüketilmeden verilen hakem kararlarının iptal davasına konu olması halinde, zorunlu tahkim öncesi aşamanın tüketilmemiş olmasının "*hakemlerin taraflarca kararlaştırılan usule uymaması*" ya da "*hakemlerin yetkisiz olması veya yetkisini aşması*" iptal sebepleri kapsamında değerlendirilerek iptal edilebileceğini, hatta; iptal sebeplerinin kanunda tahdidi olarak sayılması sebebiyle, tahkim öncesi aşamaların tüketilmemesinin de iptal sebepleri arasına eklenmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>159</sup>.

154 Tan Dehmen (n 74) 465.

155 Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 28; Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 3) 16; Aydın (n 3) 111.

156 Demirkol and Aküzüm (n 91) 67.

157 Akıncı, 'İnşaat sözleşmeleri' (n 120) 138.

158 Yeşilirmak, ICC (n 124) 31.

159 Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 56.

İngiliz Yüksek Adalet Mahkemesi'nin 14.11.2012 tarihli kararı<sup>160</sup>, tahkim öncesi usulün açık ve kesin olmaması sebebiyle, bu usul tüketilmeden verilen kararların iptal edilemeyeceğine karar vermişken, Mahkeme 14.07.2014 tarihli kararında<sup>161</sup> ise, 'tahkime gidilmeden önce kararlaştırılan aşamaların tüketilmesi gerektiği, aksi durumda kararın iptal edileceğini' ifade etmiş ancak somut davada, tahkim öncesi aşamaların tüketilmiş olması sebebiyle, iptal talebinin reddine karar vermiştir<sup>162</sup>.

Taylandlı iki farklı şirket ile Singapur'a kayıtlı bir şirket arasında imzalanan bilgi ve bilgisayar teknolojileri servisi sözleşmesinde, tahkim öncesi başvurulması öngörülen aşamalar içeren bir tahkim anlaşması yer almaktadır<sup>163</sup>. Singapur Temyiz Mahkemesi önüne gelen davada verdiği 19.10.2013 tarihli kararında; sözleşmede tahkim öncesi aşamalar düzenlendiğini ve bu aşamalar tüketilmeden yürütülen tahkim yargılaması neticesinde verilen kararın iptaline karar vermiştir<sup>164</sup>.

Bununla birlikte, tahkim anlaşmasında tahkim öncesi aşamalar öngörülmesine karşın, bu aşamalar tüketilmeden verilen tahkim kararının tenfiz davasına konu olması halinde, tahkim öncesi aşamaların tüketilmemesi hakemlerin yetkisine etki ettiğinden, tahkim öncesi aşamalar tüketilmeden verilen hakem kararlarının tenfizinin "hakemlerin taraflarca kararlaştırılan usule uymaması" ya da "hakemlerin yetkisiz olması veya yetkisini aşması"<sup>165</sup> nedenleriyle (NYK m. V/f.1/c ve d, MÖHUK m.62/1/ f ve g) reddedilebileceği de doktrinde ifade edilmektedir<sup>166</sup>.

## B. MAHKEME ÖNCESİ AŞAMALAR: Devlet Mahkemelerine Başvurudan Önce Kademeli Olarak Tahkim Yargılamasına Gidilmesi Öngörülmesi Anlaşmalar

Taraflar, birden fazla alternatif uyuşmazlık çözüm yolunu hibrit şekilde sentezleyebileceği gibi, devlet mahkemesi ile birlikte tahkim mahkemesini de yetkili hale getirebilir. Devlet mahkemelerine 'başvurudan önce' kademeli olarak tahkim yargılamasına gidilmesi öngörülen tahkim anlaşmaları, hibrit nitelikleri nedeniyle çalışmamızda ele alınacaktır. Ancak bir öncelik sonralık ilişkisi barındırmayan yetki şartı ve tahkim şartının birlikte yer aldığı tahkim anlaşmaları ve tahkimi, "veya"

160 *Wah (Aka Alan Tang) & Anor v Grant Thornton International Ltd & Ors* [2012] EWHC 3198 (Ch) (14.11.2012) <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2012/3198.html> (Erişim Tarihi: 05.06.2020). Karar hakkında değerlendirme için bkz. Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 59-60.

161 *Emirates Trading Agency Llc v Prime Mineral Exports Private Ltd* [2014] EWHC 2104 (Comm) (01.07. 2014) <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2014/2104.html> (Erişim Tarihi: 05.06.2020). Karar hakkında değerlendirme için bkz. Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 60-64.

162 Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 59-64.

163 Tahkim şartı metni şu şekildedir: "All disputes arising out of this Cooperation Agreement, which cannot be settled by mediation pursuant to Clause 37.2, shall be finally settled by arbitration to be held in Singapore in the English language under the Singapore International Arbitration Centre Rules ("SIAC Rules")..." bkz. *International Research Corp PLC v Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd and another* [2013] SGCA 55 art. 7.

164 *International Research Corp PLC v Lufthansa Systems Asia Pacific Pte Ltd and another* [2013] SGCA 55 <https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2013-sgca-55.pdf> (Erişim tarihi 04.06.2020). Karar hakkında değerlendirmeler için bkz. Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 64-65.

165 Şanlı (n 3) 447; Tan Dehmen (n 74) 465; Aydın (n 3) 111 – 112.

166 Tan Dehmen (n 74) 465; Ekşi, Tahkim Öncesi (n 72) 65. Tahkim öncesi aşamalar zorunlu tutulmasa dahi, tüketilmesi gerektiği görüşü doğrultusunda, tahkim öncesi aşamalar tüketilmeden verilen hakem kararının iptalinin ya da tenfizinin reddinin mümkün olduğu hakkında bkz. Özbek (n 121) 702-703.

ibaresi ile düzenleyerek, başka bir ifadeyle, tahkim ile devlet mahkemesini sentezlemeden, devlet mahkemesi ile birlikte yetkili kılan tahkim anlaşmaları, hibrit nitelik barındırmamaları nedeniyle çalışmamız kapsamında incelenmeyecektir.

“Anlaşmazlığın tahkimde çözümlenememesi durumunda devlet mahkemelerinin yetkili olacağını” düzenleyen tahkim anlaşmalarının geçerliliği tartışma konusudur<sup>167</sup>.

**İngiliz hukukunda**, İngiltere Teknoloji ve İnşaat Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, devlet mahkemelerine başvurudan önce kademeli olarak tahkim yargılamasına gidilmesi öngörölmüş olan tahkim anlaşmalarında, sorunun mahkeme öncesi aşamanın zorunlu olup olmadığı noktasında toplandığı ifade edilmiş, mahkeme öncesi aşama tüketilmeden mahkemelere başvurulamayacağına hükmedilmiştir<sup>168</sup>. Doktrinde *Ekşi* de tahkim öncesi ve mahkeme öncesi aşamaların ihtiyari olduğu durumlarda, tahkim öncesi ya da mahkeme öncesi aşamaların tüketilmemesinin sözleşmenin ihlali sonucunu doğurmayacağını ancak önceki aşamalar zorunlu tutulmuşsa, bu aşamalar tüketilmeden, bir sonraki aşamaya geçilemeyeceğini belirtmiştir<sup>169</sup>.

Türk hukukunda, doktrinde, *Demirkol*, ‘*uyuşmazlığın tahkimde çözümlenememesi durumunda devlet mahkemelerine gidileceği*’ şeklinde düzenlenen tahkim anlaşmalarının bağlayıcı etki doğurmaması sebebi ile geçerli olmayacağını ifade etmektedir<sup>170</sup>.

Yargıtay’ın ise, mahkeme öncesi tahkim yargılamasının yetkilendirildiği, başka bir ifadeyle, *uyuşmazlığın tahkimde çözümlenememesi halinde devlet mahkemelerinde çözümleneceği*” şeklindeki tahkim anlaşmalarına ilişkin farklı kararları mevcuttur. Yargıtay’ın bu türden tahkim anlaşmalarının (1) tarafların tahkim iradelerinde tereddüt oluşması nedeniyle geçersiz olacağına ilişkin kararları<sup>171</sup> mevcut olmakla birlikte, (2) uyuşmazlık halinde tarafların ortak iradesi ile hakemin seçilememesi veya hakem heyetinin oluşturulamaması halinde, devlet mahkemelerinin yetkili olacağı şeklinde kademeli tahkim anlaşmalarının geçerli kabul edileceğine ilişkin eski tarihli bir kararı da mevcuttur<sup>172</sup>.

Yargıtay’ın, “*uyuşmazlığın tahkimde çözümlenememesi halinde devlet mahkemelerinde çözümleneceği*” şeklinde düzenlenen bir tahkim anlaşmasını geçersiz kabul ettiği, 15 HD, 2198/2758, 22.05.2015

167 Aydemir (n 3) 165-166; Aydın (n 3) 105.

168 *Peterborough City Council v Enterprise Managed Services Ltd* [2014] EWHC 3193 (TCC) (10 Oct.2014) <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/TCC/2014/3193.html>> Erişim Tarihi: 05.06.2020.

169 *Ekşi*, Tahkim Öncesi (n 72) 55.

170 *Demirkol* (n 17) 350.

171 Yargıtay 15 HD, 2198/2758, 22.05.2015; Yargıtay 15 HD, 769/769, 13.03.2007; Yargıtay 11 HD, 1050/3012, 31.03.2003; Yargıtay 15 HD, 3203/3914, 17.09.2002; Yargıtay 15 HD, 1134/1163, 18.05.1981; Yargıtay 15 HD, 247/438, 29.01.1996.

172 Yargıtay 15 HD, 3643/4505, 17.12.1987 “...*Taraflar arasındaki 04.01.1986 tarihli sözleşmenin 6.4 maddesinde “anlaşmazlıklar halinde önce her iki tarafın kabul edeceği bir hakeme başvurulur. 30 gün içinde bir sonuç alınmaması halinde Ankara Mahkemelerini yetkili olduğu kabul edilecektir” hükmü yazılıdır. Burada sözü edilen yetki sözcüğü hakemin ya da mahkemenin görevini saptamak için kullanıldığı kuşkusuzdur. Davacı, dava dilekçesinde davalı ile bir araya gelerek tanınan süre uzatımına rağmen tarafların hakem tayini konusunda anlaşamadıklarını bildirmiş olduğundan ve ibraz edilen ihtarname belge ve tutanaklar bu iddiayı doğruladığından yukarı metni aynen belirtilen sözleşme hükmüne göre tahkim şartının ortadan kalktığı kabulü gerekir. Diğer bir deyimle, tarafların bu açık kabulü karşısında hakem tayininde irade uyumu sağlanamaması olması itibariyle esasa ilişkin uyuşmazlığın mahkemece çözümlenmesi gerekmektedir. O halde davanın bu nedenle reddine karar verilmek üzere hüküm davalı yararına bozulmalıdır”.* Bkz Ertekin and Karataş (n 8) 71-72.

kararı, “Eldeki davada kararlaştırılan tahkim şartında 30 gün içinde bu yolla (tahkim) anlaşma sağlanamaması halinde ihtilafların hallinde İstanbul mahkemeleri ve icra dairelerinin yetkili olacağı belirtildiği, bu şekilde uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem heyeti kabul edilmediği, mahkemede de dava açma yetkisi verildiği, tahkim iradesi açık ve kesin olmadığından geçersizdir. Bu durumda mahkemece tahkim şartının geçersiz olması sebebiyle tahkim ilk itirazı reddedilerek, işin esasına girilip taraf delilleri toplandıktan sonra sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken bu husus gözden kaçırılarak davanın görev yönünden reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur” şeklindedir. Kanaatimizce, Yargıtay’ın bu kararında, ‘uyuşmazlığın çözümünde tarafların 30 gün içinde tahkimde anlaşamaması halinde mahkemeye başvuracağı’ yönündeki tahkim anlaşmasını geçersiz sayması son derece yerindedir, zira, tahkim tarafların anlaşmaya varacağı bir uyuşmazlık çözüm yöntemi değil, kanunen devlet yargısına alternatif olarak öngörülen özel bir yargılama usulüdür. Tahkim yargılaması neticesinde verilen karar nihai ve kesindir. Tarafların tahkim iradesi açık ve kesin olmalı, uyuşmazlığın çözümünde tahkim yolunun seçildiğinde tereddüt bulunmamalıdır.

Yargıtay, mahkeme öncesi hakem-bilirkişiye başvuruyu öngören bir anlaşmadaysa; “...hakem bilirkişiye müracaat etmeyi kararlaştırdıkları ve kabul ettikleri, poliçede yer alan hakem bilirkişiye müracaat yolunun tahkim şartı niteliği taşıdığı” gerekçesiyle, tarafların bu ön aşamayı atlayarak mahkemeye başvurması durumunda, davanın usulden reddi değil, taraflara süre verilmesi gerektiği, taraflar bu sürede bir hakem-bilirkişi seçmezlerse, hakem-bilirkişinin mahkemece seçileceği ve hakem-bilirkişi raporunun bekletici mesele yapılacağı yönünde karar vermiştir<sup>173</sup>.

Kanaatimizce, taraf iradelerinin açık olması durumunda “uyuşmazlığın tahkimde çözümlenememesi halinde devlet mahkemelerinde çözümleneceği” şeklinde düzenlenen anlaşmalar geçerli kabul edilmelidir. Çünkü, zaten tahkim yargılaması, tahkim anlaşmasının geçersizliği veya tahkime elverişli olmayan bir konuda düzenlenmiş olması gibi bir nedenle gerçekleşemez ise, tarafların en nihayetinde başvuracakları makam devlet mahkemeleri olacaktır.

Yine, tarafların anlaşması, uyuşmazlığın tahkimde çözümlenememesi halinde çözümleneceği yetkili devlet mahkemesinin belirlenmesine yönelikse, bu anlaşma geçerli kabul edilebilir.

Ancak, tahkimin – devlet yargısına alternatif özel bir yargılama usulü olması, tahkim neticesinde tarafları ve üçüncü kişileri bağlayıcı karar verilecek olması gibi – özellikleri göz ardı edilerek, tahkimin mahkeme öncesi başvurulacak bir uzlaşma makamı gibi belirlendiği tahkim anlaşmaları,

173 Yargıtay 17 HD, 20147/8921, 03.06.2014:“...Mahkemece tarafların poliçenin B.2 maddesi ile hakem bilirkişiye müracaat etmeyi kararlaştırdıkları ve kabul ettikleri, poliçede yer alan hakem bilirkişiye müracaat yolunun tahkim şartı niteliği taşıdığı ve cevap süresi içerisinde davalı tarafa ilk itiraz yoluyla ileri sürüldüğü gerekçesiyle davanın usulden reddine karar verilmiş ise de poliçenin B.2 maddesindeki hakem bilirkişiye müracaat koşulu, bir dava koşulu olmayıp HMK’nın 193. maddesinde yer alan bir delil anlaşmasıdır. Buna göre hakem-bilirkişi HMK 412.maddesinde tanımlanan hakem sıfatını taşımadığından mahkemece öncelikle taraflara hakem-bilirkişilerini seçmesi için mehil verilmeli şayet taraflar kendilerine verilen mehil içinde hakem-bilirkişilerini seçemedikleri takdirde uyuşmazlığın mahkemece seçilecek bilirkişi tarafından düzenlenecek rapor dikkate alınarak genel hükümler çerçevesinde davanın sonuçlandırılması gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir...”.

hukuken bir tahkim anlaşması olma vasfını taşımayacaktır. Bu anlaşmaların, tahkim anlaşması olduğu kabul edilse dahi, geçersiz bir tahkim anlaşması akdedilmiş olacaktır.

### III. KURUMSAL BİR TAHKİM MERKEZİNİN BİR BAŞKA KURUMSAL TAHKİM MERKEZİNİN KURALLARI İLE YETKİLENDİRİLDİĞİ HİBRİT TAHKİM ANLAŞMALARI

#### A. KURUMSAL BİR TAHKİM MERKEZİNİN BİR BAŞKA KURUMSAL TAHKİM MERKEZİNİN KURALLARI İLE YETKİLENDİRİLDİĞİ TAHKİM ANLAŞMALARININ PATOLOJİK OLARAK NİTELENDİRİLMESİ

Hibrit tahkim kavramı, bünyesinde bir sentez barındıran tahkim anlaşmaları için kullanılmaktadır. Dolayısıyla hibrit tahkim kavramı, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri ile birlikte tahkime atf yapan tahkim anlaşmaları için kullanıldığı gibi, bir tahkim merkezi ile birlikte farklı bir tahkim merkezi kurallarına atf yapan tahkim anlaşmaları için de kullanılmaktadır<sup>174</sup>. Hibrit tahkim doktrinde özellikle, ICC gibi bir tahkim merkezi kuralları uygulanarak, başkaca bir tahkim merkezi bünyesinde yürütölen tahkim yargılamaları için kullanılmaktadır<sup>175</sup>. Ancak, bir tahkim merkezi bünyesinde UNCITRAL tahkim kuralları gibi ad hoc tahkim kurallarının uygulanması da hibrit tahkimdir.

Genellikle, taraflar bir tahkim merkezi seçtiklerinde, tahkim yargılamasına uygulanacak kulların da bu tahkim merkezinin kuralları olduğu kabul edilmektedir<sup>176</sup>. Ancak, taraflar aralarında düzenledikleri tahkim anlaşmasında, tahkimi yürütecek merkezi seçmekle birlikte, tahkim yargılamasına uygulanacak kuralları başkaca bir tahkim merkezinin kuralları olarak kararlaştırabilirler<sup>177</sup>. Birden fazla uyuşmazlık çözüm yolunun kademeli olarak belirlendiği hibrit tahkim anlaşmalarında olduğu gibi, bir kurumsal tahkim merkezi ile birlikte başka bir tahkim merkezi kurallarına atf yapılan tahkim anlaşmalarında da, tahkim iradesinde bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, kurumsal bir tahkim merkezi ile birlikte başka bir tahkim merkezi kurallarına atf yapılan hibrit tahkim anlaşmalarında, uyuşmazlığın hangi tahkim kurumu bünyesinde, hangi kurallar çerçevesinde ve hangi sınırlar dâhilinde çözüleceği gibi hususların net olarak belirlenmesi gerekmektedir. Aksi halde, sınırlar net belirlenmediği için, tahkim anlaşması ‘uygulanacak kuralların belirsizliği’ nedeniyle, patolojik hale gelebilir<sup>178</sup>.

Bu türden tahkim anlaşmalarına, tarafların belirli bir tahkim kurumu seçerek sağladıkları ‘kuralların belirliliği avantajı’ nı bertaraf ettiği gerekçesiyle eleştiri getirilebilir. Ancak ifade etmek gerekir ki, taraflar kendilerine başkaca bir kurumun tahkim kurallarını seçerek bu faydayı sürdürmektedirler.

174 Davis (n 54) 377; Yudistiana (n 116) 21; Ulrich G Schroeter, ‘Ad Hoc or Institutional Arbitration — A Clear-Cut Distinction? A Closer Look at Borderline Cases’ (2017) 10(2) Contemporary Asia Arbitration Journal 141, 178.

175 Anthony Cheah Nicholls and Christopher Bloch, ‘ICC Hybrid Arbitrations Here to Stay: Singapore Courts’ Treatment of ICC Rules Revisions in Articles 1(2) and 6(2)’ (2014) 31(3) Journal of International Arbitration 393, 393.

176 Qian and Guo (n 55) 116.

177 Nicholls and Bloch (n 175) 393; Aydın (n 3) 139.

178 Aydın (n 3) 137, 139.

Hatta denilebilir ki, tarafların, salt kurum seçmeyip, başkaca bir tahkim kurumunun kurallarına atıf yapması, kendileri için daha uygun ve özellikli kuralları inceleyerek seçtikleri anlamına gelecektir. Başka bir ifadeyle, taraflar, ‘kuralların belirliliği avantajı’<sup>179</sup> nı seçtikleri diğer tahkim kurumu kuralları ile sağlamaya devam ederler. Bu bakımdan, bu türden bir hibrit tahkimin bir dezavantaj sağlamadığı da söylenebilir.

Ancak, hibrit tahkim anlaşmalarının, NYS m. II/f.3 kapsamında incelendiğinde hem *tesirsiz* hem de *icradan kabiliyetsiz* olarak değerlendirilmesi ihtimali vardır. Ancak Singapur Mahkemeleri, aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, taraflar arasında “*uyuşmazlıklar ICC kuralları çerçevesinde, Singapur’daki tahkim komitesinde çözülür*” şeklinde düzenlenen bir tahkim şartına istinaden, tarafların, “*Singapur’da bulunan herhangi bir tahkim merkezinde, ICC kuralları çerçevesinde yargılama sürdürülebileceği*” sonucuna varmıştır<sup>179</sup>. Ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, bu konuda karar veren İsviçre, ABD, Avusturya ve Çin mahkemeleri de hibrit tahkim anlaşmalarını geçerli kabul etmektedir.

Kanaatimizce de, tahkim kurallarının *ad hoc* şekilde ya da bir tahkim merkezinde başka kurumsal tahkim merkezleri tarafından kullanılması yasaklanmayan bir kurumsal tahkim merkezinin kuralları<sup>180</sup> uygulanarak tahkim yargılaması yürütülmesini öngören tahkim anlaşmaları, tahkimde belirsizlik yaratmayacak, tartışmaya yer vermeyecek şekilde net bir biçimde düzenlenmişse, geçerli olacaktır. Zira, seçilen tahkim kuralları, bu durumu yasaklamıyorsa, tahkim anlaşmasının geçerliliği tehlikeye düşmez. Kanaatimizce, seçilen tahkim kuralları, bu kuralların *ad hoc* veya başka kurumsal tahkim merkezleri tarafından kullanılmasını yasaklarsa dahi sonuç değişmeyecektir. Ancak, seçilen tahkim merkezinin, seçilen tahkim kurallarını uygulamaması, tahkim anlaşmasının geçerliliğine değil, icra edilebilirliğine etki edecektir.

## **B. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KURUMSAL BİR TAHKİM MERKEZİNİN BİR BAŞKA TAHKİM MERKEZİNİN KURALLARI İLE YETKİLENDİRİLDİĞİ TAHKİM ANLAŞMALARINA İLİŞKİN KARARLAR**

‘ICC 2012 tahkim kuralları’, m.1/f.2 “*Divan uyuşmazlıkları kendisi çözmez. Divan, uyuşmazlıkların hakem kurulu tarafından MTO tahkim Kurallarına (“Kurallar”) göre çözülmesini yönetir. Kurallar uyarınca Divan, Kurallara göre verilmiş hakem kararlarının incelenmesi ve onayı dahil olmak üzere tahkim yönetimi konusunda yetkilendirilmiş tek kuruluştur...*”<sup>181</sup> hükmü ve bu hükmü destekler nitelikte m.6/f.2 “*Bu kurallar çerçevesinde yargılamayı kabul eden taraflar, yargılamanın divan*

179 Blackaby, Partasides, Redfern and Hunter (n 8) 136 dn 310.

180 Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere ICC tahkim kuralları, kuralların *ad hoc* ya da başkaca kurumsal tahkim merkezleri tarafından kullanılmasını yasaklamaktadır.

181 ICC 2017 Rules 1(2) “*The Court does not itself resolve disputes. It administers the resolution of disputes by arbitral tribunals, in accordance with the Rules of Arbitration of the ICC (the “Rules”). The Court is the only body authorized to administer arbitrations under the Rules, including the scrutiny and approval of awards rendered in accordance with the Rules. It draws up its own internal rules, which are set forth in Appendix II (the “Internal Rules”).*” <[https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article\\_1](https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_1)> Erişim Tarihi: 03.05.2019. Kuralların çevirisi için bkz Yeşilirmak, ICC (n 124) 163 ff.

tarafından yürütüleceğini kabul etmiş olurlar<sup>182</sup>” hükmü ile, tarafların, hibrit bir seçim yaparak, başka bir makam önünde ICC tahkim kuralları çerçevesinde yargılama yürütmesi kural olarak engellenmek istenmiştir. Belirtmek gerekir ki, 2017 tarihli tahkim kurallarında olduğu gibi, ICC 2021 tahkim kurallarında da bu hükümlerini korumuştur<sup>183</sup>.

Her ne kadar, tahkim yargılama usulünde taraf iradesine üstünlük tanınmakta ve tarafların kendi tahkim kurallarını seçmelerine olanak tanınmakta ise de, ICC 2012 tahkim kuralları, tarafların hibrit prosedürü kabul etmesini, kural olarak, engellemeyi amaçlamaktadır<sup>184</sup>.

Bu kural değişikliği ile, 2012 ve sonrası düzenlenen ICC tahkim kuralları, ad hoc tahkim için ya da başka bir kurumsal tahkim merkezi tarafından yürütülecek yargılamalar için uygulanabilir olmaktan çıkartılmıştır. ICC tahkim kuralları çerçevesinde başka bir merciin tahkimi yönetmesi için yapılan herhangi bir girişim, istenmeyen davalara, önemli zaman ve maliyet kayıplarına yol açabilecektir. Daha da önemlisi, böyle bir girişim sonucu verilecek kararların, icra edilebilirliği ciddi şekilde tehlikeye girebilir. Verilecek kararlar iptal edilebileceği gibi, tenfiz edilmeme ihtimali de doğabilir.

ICC'nin, hibrit tahkimi yasaklar bu hükümleri, Singapur Yüksek Mahkemesi'nin 2009'da, Singapur Uluslararası Tahkim Divanı (SIAC) bünyesinde, ICC 1998 tahkim kuralları çerçevesinde yürüttüğü *Insigma Technology Co. Ltd. v. Alstom Technology Ltd.* kararına karşılık olarak eklediği düşünülmektedir<sup>185</sup>. İlgili hükümlerin hibrit tahkimi engelleme noktasında etkili olup olmayacağı ise tartışmalıdır. Zira, birçok ülke mahkemesinin, önüne gelen bu türden hibrit tahkim anlaşmalarının geçerliliğini aşağıda verilen kararlarda da inceleneceği üzere kabul ettiği görülmektedir.

Ancak yabancı doktrinde bazı yazarlar, *ICC tahkim kuralları uyarınca yürütülen ancak ICC bünyesinde olmayan tahkim Mahkemesi tarafından yönetilen bir tahkim yargılamasının, artık ICC tahkim olmayacağını;* *ICC tahkimin önemi ve faydalarının, sadece Tahkim Kurallarının içeriğinden değil, aynı zamanda ICC'nin Kurallarının nasıl uygulayacağı ve tahkim yargılamalarının nasıl yönetileceği deneyimi ve teknik bilgisine sahip Mahkemesinden, Sekreteryası ve personelinin kalitesi ile birlikte ICC nezdinde yürütülen tahkime güvenden doğduğunu ifade etmektedir*<sup>186</sup>. Yazar, ayrıca, kurumsal tahkim merkezi kurallarının, ad hoc tahkim için uygun olmadığını; taraflarca, ad hoc tahkim için özel olarak tasarlanmış UNCITRAL Model Kanun gibi kuralların tercih edilmesinin daha yerinde olacağını savunmaktadır<sup>187</sup>. Her tahkim merkezi kuralının, o kurumun yapısı, deneyimi ve özellikleri için özel olarak tasarlandığını ve bu nedenle, başkaca kurum tarafından uygulanması yerine, taraflarca,

182 ICC 2017 Rules 6(2) “By agreeing to arbitration under the Rules, the parties have accepted that the arbitration shall be administered by the Court.” <[https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article\\_6](https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/#article_6)> Erişim Tarihi: 03.05.2019.

183 ICC 2021 Tahkim kuralları ile 2017 tahkim kurallarının karşılaştırması için bkz <https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-rules-2017-and-2021-compared-version/?dm=bypass> (Erişim Tarihi: 20.01.21)

184 Nicholls and Bloch (n 175) 393; Jason Fry, ‘HKL Group Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. and HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.’ (2013) 30(4) Journal of International Arbitration 453, 460.

185 Nicholls and Bloch (n 175) 394.

186 Nicholls and Bloch (n 175) 397; Fry (n 184) 460.

187 Nicholls and Bloch (n 175) 397.

kurumların kendi kurallarının tercih edilmesinin, tahkim yargılamasının yürütülmesi açısından daha işlevsel olacağını ifade etmektedir<sup>188</sup>.

## I. Insigna Technology Co Ltd v Alstom Technology Ltd Kararı<sup>189</sup>

Singapur Mahkemeleri önüne gelen bir davada, taraflar “herhangi bir ihtilaf halinde uyuşmazlıklarının Singapur Uluslararası Tahkim Divanı (SIAC) önünde, ICC tahkim kuralları çerçevesinde çözüleceği”ne ilişkin bir tahkim şartı<sup>190</sup> kabul etmişlerdir<sup>191</sup>.

Uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra, *Alstom Teknoloji Limited Şirketi*, SIAC’ın ön kabulü ile ICC Paris’ten, yargılamanın SIAC tesislerinde gerçekleştirileceği bir ICC tahkim başvurusunda bulunmuştur<sup>192</sup>. *Insigna Teknoloji Limited Şirketi* ise, tarafların, SIAC tarafından – ICC kuralları çerçevesinde – yürütülecek bir tahkim noktasında anlaşıklarını ve böyle bir anlaşma gerçekleştirmelerinin nedenin de, SIAC’ın düşük tahkim ücretlerinden yararlanmak olduğunu ifade ederek, itirazda bulunmuştur<sup>193</sup>.

*Alstom Teknoloji Limited Şirketi*, tarafların hakemlerini seçmesine karşın henüz ICC tarafından tahkim mahkemesi oluşturulmamışken, SIAC ile irtibata geçerek, uyuşmazlıkları konusunda yargı yetkisini kabul edip etmediklerini danışmışlardır<sup>194</sup>. SIAC, her ne kadar tahkim anlaşmasında iki farklı tahkim kuruma atıf yapılmışsa da, ICC tahkime üstünlük tanınması gerektiğini ve SIAC bünyesinde, ICC kuralları çerçevesinde bir tahkim gerçekleştirebileceğini ifade etmiştir<sup>195</sup>. Tarafların kararı ile, ICC’de yürütülen tahkimden vazgeçilmiştir<sup>196</sup>. Ardından, SIAC bünyesinde kurulan tahkim mahkemesi, ICC 1998 tahkim kuralları çerçevesinde tahkim yargılamasının yürütülmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>197</sup> ve Uluslararası Singapur Tahkim Merkezi SIAC tarafından da, tahkim mahkemesinin bu yaklaşımı kabul edilmiştir.

*Insigna Teknoloji Limited Şirketi*, tahkim yargılamasında, bir ön sorun olarak, tahkim anlaşmasının ‘hem ICC hem de SIAC’a atıf yapması’ nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürmüştür<sup>198</sup>. Kurulan tahkim

188 Nicholls and Bloch (n 175) 397-398.

189 *Insigna Technology Co Ltd v Alstom Technology Ltd* [2008] SGHC 134 <<https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2008-sghc-134.pdf>> Erişim Tarihi: 01.04.2020.

190 “...Any and all such disputes shall be finally resolved by arbitration before the Singapore International Arbitration Centre in accordance with the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce then in effect and the proceedings shall take place in Singapore and the official language shall be English.” *Bkz Insigna Technology Co Ltd v Alstom Technology Ltd* [2008] SGHC 134 article 3 (c).

191 Nicholls and Bloch (n 175) 394; Klaus Peter Berger, ‘Institutional Arbitration: Harmony, Disharmony and the “Party Autonomy Paradox”’ (XI Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje, Madrid 2018), 10-11.

192 Nicholls and Bloch (n 175) 394.

193 Nicholls and Bloch (n 175) 394-395.

194 Nicholls and Bloch (n 175) 395.

195 Nicholls and Bloch (n 175) 395.

196 Nicholls and Bloch (n 175) 395.

197 Nicholls and Bloch (n 175) 395.

198 Nicholls and Bloch (n 175) 395.



mahkemesi ise, tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna karar vermiştir<sup>199</sup>. SIAC, *mutatis mutandis*<sup>200</sup> prensipleri çerçevesinde, kendi organlarının ICC muadillerini belirleyerek ICC Kuralları uyarınca bir dava yürütülebildiğinden, tahkim anlaşmasının tatbiki imkânsız olmadığını ifade etmiştir<sup>201</sup>.

*Insignia Teknoloji Limited Şirketi*, mahkemenin bu kararına itiraz etmiştir<sup>202</sup>. Singapur Yüksek Mahkemesi; bu itiraz neticesinde, tarafların, “*ICC Kuralları uygulanarak SIAC tarafından yönetilecek bir ‘hibrit ad hoc tahkim’ için anlaşığma*” hükmetmiştir<sup>203</sup>. Singapur Yüksek Mahkemesi, tahkim anlaşmasını ‘hybrid ad hoc tahkim’ olarak nitelendirmiştir<sup>204</sup>. Yüksek mahkeme, tarafların iradelerinin, uyuşmazlıklarını davadan ziyade tahkim yoluyla çözüme noktasında açık olduğu sürece, taraf iradelerinin kurumsal çıkarları gölgede bırakması gerektiğini ifade edilmiştir.

Ancak, ICC kuralları uygulanarak SIAC bünyesinde yürütülen yargılama neticesinde verilen kararın tanınması ve tenfizi, 2011 yılında, Çin Halk Cumhuriyeti Hangzhou (Intermediate) Halk Mahkemesi tarafından reddedilmiştir<sup>205</sup>. Reddin sebebi, SIAC tarafından yürütülen tahkim prosedüründe, tahkim mahkemesinin oluşturulma sürecinin tahkim anlaşmasına uygun olmaması ve hakemlerin ICC kurallarından ziyade SIAC kurallarına göre atanması olarak ifade edilmiştir<sup>206</sup>. Görüldüğü üzere, hakem kararının tenfizinin reddi, hibrit tahkim anlaşmasının geçersizliği değil, SIAC’ın ICC kurallarını uygularken hakem seçiminde yaptığı hatalı uygulamadır.

## 2. HKL Group Co. Ltd. V. Rizq International Holdings Pte. Ltd. Kararları<sup>207</sup>

ICC tahkim kurallarının 2012 değişikliğinden sonra, *HKL Group Co. Ltd. V. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* arasında kurulan sözleşmede, “*ICC kuralları çerçevesinde, Singapur’daki tahkim komitesi*”<sup>208</sup> ifadesi ile kurdukları tahkim şartının geçerliliği ihtilafa yol açmıştır. Bu ihtilaf nedeniyle, taraflar, 2013 yılında Singapur Yüksek Mahkemesine başvurmuşlardır<sup>209</sup>.

199 Nicholls and Bloch (n 175) 395.

200 Bir yerden yasa ithal edildiğinde o yasada değişiklikler yapmak gerekebilir. Bu değişiklikler iki ülke arasındaki kültürel farklar ya da başka nedenler dolayısıyla kaçınılmaz olabilir. Bir yasa için *mutatis mutandis* uygulanabilir deniliyorsa o yasanın olduğu gibi uygulanamayacağı, ancak ve ancak uyum sağlamaya yönelik değişiklikler yapıldıktan sonra uygulanabileceği, yaşama geçirilebileceği anlatılmak istenir.

201 Nicholls and Bloch (n 175) 395.

202 *Insignia Technology Co Ltd v Alstom Technology Ltd* [2008] SGHC 134 Article 25.

203 *Insignia Technology Co Ltd v Alstom Technology Ltd* [2008] SGHC 134 Article 25.

204 Schroeter (n 174) 180.

205 Nicholls and Bloch (n 175) 396.

206 *Insignia Technology Co Ltd v Alstom Technology Ltd* [2008] SGHC 134 Article 31 “*There is also no reason the arbitration cannot in fact be administered by the SIAC in accordance with the ICC Rules.*”. Bkz Nicholls and Bloch (n 175) 396.

207 *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 5, karar metni için bkz <<https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2013-sghcr-5.pdf>> Erişim Tarihi: 01.04.2020.

208 Tahkim şartı İngilizce metinde şu şekildedir: “*Arbitration committee at Singapore under the rules of International Chamber of Commerce.*”

209 *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 5, karar metni için bkz <<https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2013-sghcr-5.pdf>> Erişim Tarihi: 01.04.2020.

*Rizq International Holdings Pte. Ltd.*, tahkim şartı kusurlu olsa dahi, tarafların tahkim iradesinin açık olduğunu, uyuşmazlığın çözümünde, tarafların, ICC kurallarınca SIAC bünyesinde yürütülecek ad hoc bir tahkim için yönlendirebileceğini beyan etmiştir<sup>210</sup>. *HKL Group Co. Ltd.* ise, tahkim sözleşmesinin *tatbiki imkânsız* derecede kusurlu olduğunu ve “*Singapur’daki tahkim komitesi*” ifadesiyle, mevcut olmayan bir tahkim kurumuna atıf yapıldığını iddia etmiştir<sup>211</sup>.

Yüksek Mahkeme, öncelikle, Singapur’da “tahkim komitesi” adını taşıyan bir kurum olmaması sebebiyle, tahkim şartının patolojik olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini, mevcut olmayan bir tahkim kurumuna atıf yapılmış olması bakımından incelemiştir<sup>212</sup>. Yüksek Mahkeme, SIAC tarafından, ICC Kuralları uygulanarak tahkim yürütülmesinin olağan bir davranış olmaması nedeniyle, tahkim şartında yer alan “tahkim komitesi” terimindeki benzerliklere ve “Singapur Uluslararası Tahkim Merkezi”nde geçen “tahkim merkezi” kelimelerine rağmen; tahkim şartının SIAC’a atıfta bulunduğu sonucuna varılamayacağına karar vermiştir<sup>213</sup>. Mahkeme yine de, tahkim şartının (1) *tarafların herhangi bir anlaşmazlığı tahkim yoluyla çözüme niyetlerini açıkça ortaya koyması*, (2) *bir anlaşmazlık çıktığında tahkime gidilmesine zorunlu sonuçlar bağlaması*, (3) *tahkim yeri olarak Singapur’u belirtmesi ve son olarak*, (4) *tahkimin belirli bir kurallar dizisi – ICC kuralları – çerçevesinde yönetilmesini sağlaması* nedenleriyle, geçerli ve icra edilebilir olduğu kanaatine varmıştır<sup>214</sup>. Singapur Yüksek Mahkemesi, tahkim şartının Singapur Milletlerarası Tahkim Kanunu<sup>215</sup> çerçevesince de geçersiz, yok ya da icrası imkânsız olmadığını belirtmiştir<sup>216</sup>. Bu şartlar altında, Yüksek Mahkeme, seçilen tahkim kurumu belirsiz olsa dahi, tahkim iradelerinin açık olması sebebiyle, tarafların, Singapur’da ICC kurallarını uygulayarak uyuşmazlıklarını çözecek herhangi bir tahkim merkezini seçme noktasında serbest olduğu kanaatini beyan etmiştir<sup>217</sup>.

Özetle, verilen ilk kararda, Singapur Yüksek Mahkemesi, uyuşmazlığın hibrit tahkim şeklinde ICC kuralları uygulanarak SIAC veya başkaca bir kurumsal tahkim merkezi bünyesinde görülmesi konusunda bir geçersizlik bulunmadığı kanaatindedir<sup>218</sup>. Ancak Mahkeme, hibrit tahkimin pratikte oluşturacağı zorluklardan kaçınmak için, taraflara, (1) aralarında yeni bir anlaşma yaparak doğrudan

210 *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 5 article 9.

211 *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 5 article 11 “*In response, HKL argued that the arbitration clause was so defective as to be inoperable because it refers to a non-existent entity.*”.

212 *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 5 article 2.

213 *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 5 article 26.

214 *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 5 article 27 “*Nonetheless, in my view, the arbitration clause is operative and workable for the following reasons. First, it clearly evinces the intention of the parties to resolve any dispute by arbitration. Second, it provides for mandatory consequences in that if a dispute arises, the matter has to be referred to arbitration. Third, it states the place of the arbitration, namely, Singapore. Fourth, it provides that the arbitration is to be governed by a particular set of rules, namely, the ICC rules.*”.

215 International Arbitration Act rev. ed. 2002 bkz <<https://sso.agc.gov.sg/Act/IAA1994>>

216 *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 5 article 29.

217 Her ne kadar böyle bir tahkim merkezi bulmak zor olsa da önceki davalarda, SIAC’ın hibrit tahkimleri kabul ettiği bilinmektedir. Bkz *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 5 article 28.

218 *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 5 article 37-38; Bkz Fry (n 184) 455.

bir tahkim kurumu seçmek ya da (2) ICC kuralları uygulayarak yargılama yapacak bir tahkim kurumunu kabul etmek gibi iki farklı seçenek sunmuştur<sup>219</sup>.

Görüldüğü gibi, ICC tahkim kurallarının 2012 değişikliğinden sonra da Singapur Yüksek Mahkemesinde açılan *HKL Group Co. Ltd. V. International Holdings Pte. Ltd.* davasında, mahkeme, hibrit tahkim sözleşmelerinin geçerliliği yönündeki kararını sürdürmeye devam etmiştir.

Ardından, Mahkeme, aynı davaya ilişkin **ikinci karar**<sup>220</sup>ında da tarafların irade serbestilerine ve sözleşme yapma özgürlüklerine vurgu yapmaya devam etmiştir<sup>221</sup>. Mahkeme, anlaşmazlık çözümüne giden yolun patolojinin yarattığı engellerle dolu olduğunu, ancak, tahkim iradeleri açık olduğu sürece, patolojinin çözümü için taraflara daha fazla seçenek sunulması gerektiğini ifade etmiştir<sup>222</sup>. Bu kapsamda, Yüksek Mahkeme, tarafların “tahkim komitesi” ifadesinin herhangi bir kuruma direkt atfının kabul edilemediği durumlarda, – yani seçilen kurumsal tahkim merkezinin mevcut ya da belirli olmaması durumlarında – tarafların anlaşmazlığı çözmedeki seçeneklerini sınırlandırır bir yorum getirilmesinin gereksiz olduğunu, taraflara daha fazla seçenek sunulması gerektiğini hükmüne eklemiştir<sup>223</sup>.

Ayrıca mahkeme, her ne kadar, ICC tahkim kurallarının m.1/f.2 nedeniyle, ICC'nin, ICC tahkimlerini yönetme yetkisinin tek başına kendi uhdesinde olduğunu iddia etse de, ilgili hükmün, tarafların Singapur'da bir ICC tahkim konusunda anlaşmalarını ve mahkemenin bu şartı geçerli kılmasını engellemeyeceğine vurgu yapmıştır<sup>224</sup>.

Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme, hibrit tahkim yolunun açık bırakılmasının yalnızca patolojik tahkim şartını geçerli hale getirmek için çözümün bir parçası olarak sunulduğunu, hibrit tahkimi yasal olarak onaylamak anlamına gelmeyeceğini, tarafların hibrit tahkimden kaçınması gerektiğini de kararına eklemiştir<sup>225</sup>.

Karardan anlaşıldığı üzere; taraflar mahkemenin bir önceki kararındaki önerisine uyararak, hibrit tahkimden vazgeçmiş ve doğrudan SIAC tahkime gitme noktasında anlaşmışlardır<sup>226</sup>.

Singapur Yüksek Mahkemesi, *Inigma Technology Co. Ltd. V. Alstom Technology Ltd.* kararında, doğrudan hibrit tahkimin geçerliliğini tartışarak, hibrit tahkim anlaşmalarını geçerli kabul etmiş; *HKL Group Co. Ltd. V. International Holdings Pte. Ltd.* kararında ise, ICC tahkim kuralları

219 *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 5 article 37-38; Bkz Fry (n 184) 455.

220 *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 8, Karar metni için bkz <<https://www.supremecourt.gov.sg/docs/default-source/module-document/judgement/2013-sghcr-8.pdf>> Erişim Tarihi: 01.04.2020.

221 *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 8 article 1.

222 *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 8 article 9.

223 *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 8 article 9.

224 *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 8 article 10.

225 *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 8 article 11.

226 *HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.* [2013] SGHCR 8 m. 4.

uygulanarak, belirli olmayan bir tahkim merkezi bünyesinde gerçekleştirilecek tahkim şartının geçerliliği değerlendirilmiş ve yine anlaşmanın geçerli olacağı kanaatine varmıştır<sup>227</sup>.

### 3. INVISTA Technologies Sàrl vs. Zhejiang Yisheng Petrochemical Co. Ltd.<sup>228</sup>

Çin Mahkemeleri önüne gelen bir davada da, taraflar aralarında 'CIETAC bünyesinde UNCITRAL kurallarınca bir tahkim'<sup>229</sup> öngörmüşlerdir<sup>230</sup>. 2012 yılında, INVISTA Technologies Sàrl, Yisheg Co., CIETAC bünyesinde UNCITRAL kuralları uyarınca bir tahkim yargılaması başlatmış, ancak, Yisheng Co., tahkim anlaşmasının geçersizliği itirazı ile Çin Devlet Mahkemelerine başvurmuş ve tahkim mahkemesinin yetkisine itiraz etmiştir<sup>231</sup>.

Çin Tahkim Kanunu m. 16<sup>232</sup> ve m. 18<sup>233</sup>, tahkim anlaşmalarının geçerli olabilmesi için, taraflarca bir tahkim merkezinin seçilmesini şart koşmaktadır; başka bir ifadeyle, ad hoc bir tahkim öngörülmesi, tahkim anlaşmalarının geçersizliği ile sonuçlanır<sup>234</sup>. Yisheng Co., aralarındaki tahkim anlaşmasında, (1) Tahkim Kanunu'nun bahsettiği anlamda bir kurumsal tahkim merkezine atıf yapılmadığı, (2) UNCITRAL Tahkim Kurallarını seçerek, tipik bir ad hoc tahkim anlaşması gerçekleştirildiği ve (3) hakemlerce baştan itibaren izlenen prosedürün ad hoc tahkime uygun şekilde ilerlediği gerekçeleri ile, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğunu iddia etmiştir<sup>235</sup>.

Mahkeme, kararında, yukarıdaki üç gerekçeden ilkinde yoğunlaşarak, tahkim şartının gerçekten CIETAC'ta gerçekleştirilecek ad hoc bir UNCITRAL tahkimi ihtiva edip etmediğini ele almıştır ve tahkim şartının kurumsal bir tahkimi öngördüğü sonucuna varmıştır. Ancak mahkeme kurumsal bir tahkimin mevcudiyetine karar vermesine karşın, tahkim şartının hibrit nitelikli olması noktasında

227 Fry (n 184) 459.

228 <https://cgc.law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/2/2016/11/B-and-R-TC6-English.pdf>

229 "[t]he arbitration shall take place at China International Economic Trade Arbitration Centre [sic] (CIETAC), Beijing, PR China and shall be settled according to the UNCITRAL Arbitration Rules as at present in force" Bkz. James Rogers, Cao Lijun and Matthew Townsend, 'Legality of 'Hybrid' Arbitration Clauses Upheld in China' (2014), 6(3) Asian Dispute Review 146, 147; Jane Willems, Chapter 38: The Arbitrator's Jurisdiction at Risk: The Case of Hybrid and Asymmetrical Arbitration Agreements in Pierre A. Karrer, Patricia Shaughnessy, Sherlin Tung (eds), *The Powers and Duties of an Arbitrator, Liber Amicorum Pierre A. Karrer* (Kluwer Law International BV 2017) 408.

230 Rogers, Lijun and Townsend (229) 147; Willems (229) 408.

231 Rogers, Lijun and Townsend (229) 147; Willems (229) 408.

232 Arbitration Law of the People's Republic of China art. 16 "An agreement for arbitration shall include the arbitration clauses stipulated in the contracts or other written agreements for arbitration reached before or after a dispute occurs. An arbitration agreement shall contain the following: 1. The expression of application for arbitration. 2. Matters for arbitration. 3. The arbitration commission chosen." <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201312/201.312.00432698.shtml> (Erişim Tarihi: 17.12.2020).

233 Arbitration Law of the People's Republic of China art. 18 "Whereas an agreement for arbitration fails to specify or specify clearly matters concerning arbitration or the choice of arbitration commission, parties concerned may conclude a supplementary agreement. If a supplementary agreement cannot be reached, the agreement for arbitration is invalid" <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/Businessregulations/201312/201.312.00432698.shtml> (Erişim Tarihi: 17.12.2020).

234 Rogers, Lijun and Townsend (229) 146, 147; Giovanni Pisacane, Lea Murphy and Calvin Zhang, *Arbitration in China – Rules & Perspectives* (1st edn, Springer 2016) 13, 56; Moses (n 60) 9.

235 Rogers, Lijun and Townsend (229) 148.

bir yorumda bulunmamıştır. Sonuç olarak, Çin Mahkemeleri, *Yisheng Co.*'nin tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna ilişkin itirazını reddetmiştir<sup>236</sup>.

Belirtmek gerekir ki, Çin Mahkemeleri, bu yaklaşımını, önüne gelen diğer uyuşmazlıklarda da korumuş, başkaca bir tahkim merkezi bünyesinde uygulanmak üzere UNCITRAL kurallarının ve hatta ICC kurallarının seçtiği tahkim anlaşmalarını da geçerli kabul ettiği kararlar vermiştir<sup>237</sup>. Dolayısıyla denilebilir ki, Çin Hukuku bakımından, hibrit tahkim anlaşmaları geçerli kabul edilmektedir<sup>238</sup>.

#### 4. Exxon Neftegas Ltd. v. WorleyParsons Ltd. Kararı <sup>239</sup>

New York Yüksek Mahkemesi de tarafların, aralarında akdettikleri sözleşmenin 10.3 maddesine; *'American Arbitration Association (AAA) bünyesinde, ICC kuralları çerçevesinde yürütülecek bir tahkim'* şartı koyarak, hibrit bir tahkim anlaşması akdettiği bir anlaşmayı geçerli kabul etmiştir<sup>240</sup>. Tarafların aralarındaki tahkim anlaşmasına rağmen, *Exxon Neftegas Ltd.* devlet mahkemesinde dava açmıştır<sup>241</sup>. New York Mahkemesi de, Singapur mahkemelerinde olduğu gibi, bu tip hibrit bir tahkim anlaşmalarını geçerli kabul etmiştir<sup>242</sup>.

Ancak Singapur Mahkemesi'nin *Inigma Teknoloji* kararının aksine, New York Yüksek Mahkemesi, tahkimin ad hoc ya da kurumsal olması noktasında bir değerlendirme yapmamıştır<sup>243</sup>. Yüksek Mahkeme, tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmettikten sonra, AAA'nın tahkim yargılamasını ICC tahkim kuralları bünyesinde gerçekleştirmeyi reddetmesi ya da gerçekleştirememesi durumunda, *"ICC tahkim kuralları uygulanır"* hükmünün anlaşmadan ayrılacağı ve tahkim yargılamasının artık AAA tahkim kuralları bünyesinde yürütüleceğine hükmetmiştir<sup>244</sup>.

236 Rogers, Lijun and Townsend (229) 148; Willems (229) 408.

237 UNCITRAL kurallarının seçtiği bir tahkim anlaşmasının geçerli kabul edildiğine ilişkin; *Shanghai 2nd Intermediate People's Court*, 23.01.2015, [2013], *Hu Er Zhong Min Ren (zhongcai) No.1* Yayınlanmamış karar bkz. Willems (229) 409. SIAC bünyesinde ICC kuralları uygulanmasına ilişkin bir tahkim anlaşmasının geçerli kabul edildiğine ilişkin; *Top Gains Minerals Macao Commercial Offshore Ltd. v. TL Resource Pte Ltd.* [2015], *HKCFI 2101*; *HCMP 1622/2015* (18.11.2015) bkz. Willems (229) 406.

238 Willems (229) 409-410.

239 *Exxon Neftegas Ltd. v. WorleyParsons Ltd.*, New York Supreme Court [2014] WL 9873313, case number 654405/2013. <<https://www.kirkland.com/news/in-the-news/2015/05/exxon-worleyparsons-agree-to-78m-oil-rig-settlement>> Erişim Tarihi: 23.09.2020.

240 "10.3 Dispute Resolution. The parties agree to resolve all differences arising out of or relating to this Agreement or any Order through binding arbitration before three arbitrators pursuant to the Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce (ICC Rules). The place of arbitration shall be Houston, Texas, and the language of the arbitration shall be English. The American Arbitration Association shall administer the arbitration, and also act as the appointing authority when the ICC Arbitration Rules call for an appointing authority to act..." Bkz <<https://iapps.courts.state.ny.us/nyscef/ViewDocument?docIndex=HV5w5zvWEWH73xIQdMrTxQ==>> Erişim tarihi:23.09.2020; Berger (n 191) 13.

241 Schroeter (n 174) 181.

242 Berger (n 191) 19.

243 Schroeter (n 174) 181.

244 Bkz <<https://iapps.courts.state.ny.us/nyscef/ViewDocument?docIndex=6vY9seJhoreau8MhwAr9Jw==>> Erişim tarihi:23.09.2020.

New York Yüksek Mahkemesi verdiği karar ile, tahkimi yönetmesi için seçilen tahkim kurumuna, başka bir kurumun kuralları uyarınca bir tahkim yürütmeyi kabul edip etmemek konusunda karar hakkı tanımıştır<sup>245</sup>. *Schroeter* New York Yüksek mahkemesinin verdiği bu karar ile, tahkim yargılamasında kural seçiminden ziyade, kurum seçimine üstünlük tanıdığını ifade etmektedir<sup>246</sup>.

Bu kararı yorumlamak gerekirse; AAA'nın, ICC tahkim kuralları çerçevesinde tahkim yargılaması yürütmek istememesi durumunda, tahkim anlaşması yine geçerli olacak, ancak AAA nezdinde, AAA kuralları çerçevesinde tahkim yargılaması yürütülecektir.

## 5. I.M. Baldprim S.R.L. vs. The Government of Russian Federation Kararı <sup>247</sup>

İsveç Svea Temyiz Mahkemesi de, “*Stockholm Ticaret ve Sanayi Odası (SCC) tarafından ICC Kuralları uygulanarak yürütülmesi konusunda anlaşılan*” bir hibrit tahkim şartını geçerli kabul etmiştir. Moldovyalı şirket *I.M. Badprim S.R.L. (Baldprim)* ve Rusya Federasyonu *Custom Office*, aralarında çıkacak uyuşmazlıklara, SCC bünyesinde ICC tahkim kuralları uygulanmasını kararlaştırılarak, hibrit bir tahkim anlaşması gerçekleştirmişlerdir. Taraflardan *Baldprim*, aralarında çıkan uyuşmazlık neticesinde, Rusya Federasyonu ve Rusya Federasyonu *Custom Office* aleyhine tahkim yargılamasına başvurmuştur ve Rusya Federasyonu Hükümeti, hakemlerin yetkisine itiraz etmiştir. Tahkim mahkemesi bu itiraz neticesinde kendini yetkili kabul etmiş, yargılamayı tamamlayarak bir hüküm tesis etmiştir. Rusya Federasyonu Hükümeti, verilen kararın iptali için Svea Temyiz Mahkemesine başvurmuştur.

Rusya Federasyonu Hükümeti, Rus Hukuku altında *Custom Office* ile Hükümetin ayrı tüzel kişilikleri olduğunu, *Badprim* ile sözleşme imzalayanın *Custom Office* olduğunu, dolayısıyla verilen kararın geçerli bir tahkim anlaşmasına dayanmadığını iddia etmiştir. Rusya Federasyonu Hükümeti, Svea Mahkemesi'nin, Rusya Federasyonu Hükümeti'nin tahkim anlaşmasına taraf olduğu sonucuna varması durumunda da tahkim anlaşmasının geçersizliğine değinerek; tarafların SCC bünyesinde ICC tahkim kuralları uygulanarak bir tahkim yargılaması öngörmelerinin pratikte uygulanabilir olmadığını ve tahkim anlaşmasının uygulanamaz, dolayısıyla geçersiz olduğunu itirazlarına eklemiştir. Ardından son argüman olarak, tahkim anlaşması geçerli kabul edilse dahi, tahkim anlaşmasına taraf olmamaları nedeniyle, SCC'nin yetkili olmadığını ve yetkili kabul edilse dahi, SCC'nin ICC Tahkim Kurallarını uygulamak için gerekli organizasyon yapısının ve deneyiminin olmadığını iddia etmiştir.

*Baldprim* ise, Rus hukukuna göre *Custom Office*'in hükümet adına hareket ettiği ve bu nedenle Rusya Federasyonu Hükümeti'nin de sözleşme ile bağlı olacağı, tarafların SCC bünyesinde ICC tahkim

245 *Schroeter* (n 174) 181.

246 *Schroeter* (n 174) 181.

247 *I.M. Baldprim S.R.L. vs. The Government of Russian Federation* [2015] Svea Court Of Appeal, T 2454-14 <<https://www.arbitration.sccinstitute.com/views/pages/getfile.ashx?portalId=89&docId=2281406&propId=1578>> Erişim Tarihi: 01.04.2020.

kuralları ile yürütülmesini kararlaştırdıkları tahkim anlaşmasının geçersiz olmadığı savunmasında bulunmuştur.

Svea Temyiz Mahkemesi, tahkim anlaşmasında çelişen veya belirsiz bir ifade olduğunda, bu ifadenin yorumlanarak tahkim anlaşmasının uygulanması yoluna gidilmesi gerektiğini ifade ederek, genel yönelimlerinin tahkim yanlısı bir yaklaşım olduğunu ortaya koymuştur. Somut olay için de Temyiz mahkemesi, taraf iradelerinin, uyuşmazlığın SCC bünyesinde çözülmesi noktasında açık olduğunu ancak bununla birlikte, SCC'nin, ICC tahkim kurallarına uygun bir tahkimi yönetmek için gerekli organizasyon yapısından yoksun olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme tahkim anlaşmasının bu açıdan tutarsız başka bir ifadeyle çelişkili sayılabileceğini belirterek, sorunun, 'SCC'nin, ICC tahkim kurallarına uygun bir tahkimi yönetmek için gerekli organizasyon yapısından yoksun olmasının anlaşmanın geçerliliği üzerinde ne gibi bir etkiye sahip olduğu' noktasında toplandığını da hükmüne eklemiştir.

Sonuç olarak, Temyiz mahkemesi; tahkim anlaşmasından taraflar arasındaki uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümlenmesi ve bu tahkimin de SCC nezdinde Stockholm'de yapılması gerektiğinin anlaşıldığı kanaatine varmıştır. Tüm bu tartışmalar neticesinde, Temyiz mahkemesi, tahkim anlaşmasının uygulanabilir ve geçerli olduğuna hükmetmiştir.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, mahkeme, tahkim anlaşmasını geçerli kabul ederken, Singapur Yüksek Mahkemesi'nin *Insigma Teknoloji Limited Şirketi v. Alstom Teknoloji Limited şirketi* kararındaki gibi, bu türden hibrit tahkim anlaşmalarının ad hoc nitelik taşıdığına ilişkin bir çıkarım yapmamıştır<sup>248</sup>.

## 6. Avusturya Yüksek Mahkeme Kararı<sup>249</sup>

21 Ağustos 2018 tarihinde Avusturya Yüksek Mahkemesi de, incelediğimiz tüm diğer ülke mahkemelerine paralel şekilde, 'Viyana Uluslararası Tahkim Merkezi (VIAC) bünyesinde ICC kuralları uygulanması' noktasında anlaşılan bir hibrit tahkim klozunun geçerliliği yönünde karar vermiştir. Taraflar arasındaki tahkim klozu "*işbu sözleşmeye ilişkin ortaya çıkacak tüm anlaşmazlıklar ... ICC tahkim kuralları çerçevesinde tahkim yolu ile çözümlenecektir ... tahkim yargılaması VIAC bünyesinde, Viyana'da gerçekleştirilecektir*" şeklinde düzenlenmiştir<sup>250</sup>.

248 Berger (n 191)18-19.

249 21.08.2018 karar tarihli 18OCg1/18y Karar no.lu <<https://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Arbitration-ADR/Austria/Graf-Pitkowitz-Rechtsanwalte-GmbH/Supreme-Court-evaluates-hybrid-arbitration-agreement#dec>> Erişim Tarihi: 27.08.2020. <[https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Justiz/JJT\\_20180821\\_OGH0002\\_018OCG00001\\_18Y0000\\_000.pdf](https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Justiz/JJT_20180821_OGH0002_018OCG00001_18Y0000_000/JJT_20180821_OGH0002_018OCG00001_18Y0000_000.pdf)> Erişim Tarihi: 27.08.2020.

250 "Every dispute arising out of or in connection with this contract that cannot be solved amicably within 60 days shall be decided by an arbitral tribunal in accordance with the arbitration rules of the International Chamber of Commerce that were in force when this contract was signed. The tribunal shall consist of three arbitrators appointed according to these rules. The arbitral award shall be final and binding to the parties. The arbitral proceeding, including oral hearings and the issuance of the award shall take place at the Vienna International Court of Arbitration in Vienna, Austria."

Taraflardan biri, tahkim mahkemesi kararının iptali talebi ile Avusturya Mahkemelerine başvurmuştur. Yüksek mahkemede görülen davada, davacı, tahkim anlaşmasının çelişkili ve belirsiz olması sebebiyle geçersiz olduğunu; tahkim anlaşmasının, tahkimin VIAC kurallarınca gerçekleştirilmesi şeklinde düzenlendiğini ancak kurulan tahkim mahkemesinde ICC hükümlerinin uygulandığı itirazında bulunmuştur.

Mahkeme, kararında, tahkim anlaşmasının çelişkili mi yoksa belirsiz mi olduğunu ele almış, neticeten, (1)  *tarafların uyuşmazlıklarını tahkim yolu ile çözüme noktasında anlaştığı*, (2)  *tahkim mahkemesinin üç hakemden oluşacağı ve ICC tahkim kuralları uyarınca oluşturulacağı*, (3)  *yargılamanın VIAC bünyesinde gerçekleştirileceği* kanaatine varmıştır. Mahkeme, “ICC Kurallarına göre bir tahkim mahkemesinin oluşturulması ve ardından davanın VIAC bünyesinde yürütülmesinin mümkün olması” nedeniyle çelişki iddialarının bertaraf edildiği kanaatindedir. “Belirsizlik” iddiaları noktasında ise, Mahkeme, belirsizliğin, yargılamanın ICC Kuralları uyarınca mı yoksa VIAC kuralları uyarınca mı yapılacağı noktasında toplandığını ancak tahkim kararının ICC kuralları uyarınca oluşturulacak bir hakem heyeti tarafından verilmesi gerektiğinin açık olduğunu ifade etmiştir. Avusturya Yüksek Mahkemesi bu belirsizliklerin yorum yolu ile çözülebilecek belirsizlikler olduğuna ve kararın iptalini gerektirecek bir belirsizlik bulunmadığına hükmetmiştir.

Görüldüğü üzere diğer ülke mahkemeleri gibi Avusturya Yüksek Mahkemesi de hibrit tahkim anlaşmasının geçerliliğini kabul etmiştir. Avusturya Yüksek Mahkemesi de, tahkim iradesinin açık olduğu ve anlaşmada belirsizlik oluşturan noktaların, yorum yolu ile giderilebileceği kanaatindedir.

### **C. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN KURUMSAL BİR TAHKİM MERKEZİNİN BİR BAŞKA TAHKİM MERKEZİNİN KURALLARI İLE YETKİLENDİRİLDİĞİ TAHKİM ANLAŞMALARININ GEÇERLİLİĞİ**

Yukarıda da ayrıntılı olarak incelendiği üzere, Türk hukukunda, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk; HMK'nın uygulama alanına giren iç tahkimde Türk hukuku ve HMK hükümleri iken, MTK'nın uygulama alanına giren<sup>251</sup> yargılamalarda ise MTK m. 4'e göre, taraflar tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçmişse bu hukuk, böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukudur.

Türk yargısı önünde görülecek bir tahkim kararının iptali davasında, tahkim anlaşmasının 'hibrit' nitelik göstermesi nedeniyle geçersiz olduğu iddiaları ileri sürüldüğünde, Türk mahkemeleri, tahkim anlaşmasının geçerliliğini, MTK m.4/f.3 kapsamında taraflarca tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanmak üzere seçilmiş bir hukuk varsa bu hukuka göre, böyle bir hukuk seçimi yapılmamışsa Türk hukukuna göre değerlendirilecektir<sup>252</sup>.

251 MTK m.1/f.2 “*Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.*”

252 Sözleşmenin geçerliliğine uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı inceleme için bkz I/B. Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk.



Türk hukukunda, iptal sebepleri kanunda sınırlı olarak sayılmıştır<sup>253</sup>. Bu sebepler arasında, tahkim anlaşmasının hibrit nitelikte olması sayılmaması nedeniyle; Türk hukukunda bir tahkim kararı, yalnızca hibrit nitelik taşıdığı gerekçesiyle iptal edilemeyecektir. Ancak, MTK m. 15/A/1 “(a)... tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olması” hükmü ile, tahkim anlaşmasının geçersiz olmasını, kararın iptal nedenlerinden biri olarak saymıştır, dolayısıyla hibrit tahkim anlaşmalarının geçersizliği durumlarında, hakemlerce verilen kararlar iptal edilebilir hale gelebilecektir.

Kanaatimizce, Türk hukukunda, hibrit tahkim anlaşmalarını yasaklar nitelikte bir hüküm bulunmaması nedeniyle, tahkim iradesinin açık olduğu hibrit tahkim anlaşmaları, tatbik edilebilir ve geçerli kabul edilmelidir. Bir tahkim anlaşmasının hibrit nitelik göstermesi, iptal sebebi olarak kabul edilemez. Hatta denilebilir ki, MTK m. 15/A/1 hükmü gereğince “(f) Tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına” uygun yürütülmemesi kararın iptali sebebi olarak sayıldığından, tarafların hibrit bir tahkim kararlaştırmaları durumunda, hakemlerin seçilen kurallara göre değil, kendi tahkim merkezi kurallarına göre karar vermeleri, tahkim anlaşmasının iptali sonucunu doğurabileceği gibi tenfizinin reddine de neden olabilir. Başka bir ifadeyle, tahkim anlaşmasının salt hibrit nitelik taşıması, verilen kararın iptalini veya tenfizinin reddini<sup>254</sup> gerektirmeyecek, buna karşın hakemlerin hibrit tahkim yürütmeyerek tarafların seçtiği tahkim kurumunun kurallarını uygulamaması, kararın iptali veya tenfizinin reddi sonucunu doğurabilecektir.

Türkiye’de bir tahkim kurumu bünyesinde, ICC kuralları uygulanarak tahkim yargılaması yapılmasını öngören hibrit bir tahkim anlaşmasıyla karşılaştığımızda, Türk hukukuna göre, HMK ya da MTK hükümleri çerçevesinde hibrit tahkim anlaşmasının geçerliliği değerlendirildiğinde, kanaatimizce, Türk hukukunda hibrit tahkimi engeller nitelikte bir hüküm bulunmaması sebebiyle, hibrit tahkim anlaşmalarının geçerli kabul edilmesi gerekmektedir.

Bu tür hibrit tahkim anlaşmalarında, tarafların tahkim iradeleri açık ve kesindir. O halde, Türk hukukunda sıklıkla tahkim anlaşmalarını geçersiz kılan sebeplerden; “tahkim iradesinin açık ve kesin olmaması” hibrit tahkim anlaşmalarında geçersizlik sebebi olarak ileri sürülemez.

253 Akıncı, *Milletlerarası Tahkim* (n 3) 334 dn 451; Nomer (n 17) 588. MTK m. 15/A “.. Hakem kararları aşağıdaki hallerde iptal edilebilir: 1. Başvuruyu yapan taraf; a) Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu, b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmadığını, c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmediğini, d) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar verdiğini, e) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiğini veya istemin tamamı hakkında karar vermediğini ya da yetkisini astığını, f) Tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmediğini ve bu durumun kararın esasına etkili olduğunu, g) Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmediğini, İspat ederse veya, 2. Bölge adliye mahkemesince; (1) a) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyumsuzluğun Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığı, b) Kararın kamu düzenine aykırı olduğu Tespit edilirse...”

254 Yabancı bir tahkim kararı tenfiz için Türk mahkemeleri önüne geldiğinde ise tahkim anlaşmasının geçerliliği Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 62 f. 1 “Mahkeme ... (e) Tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ilke hukukuna göre hükümsüz ise,... yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder.” hükmü nedeniyle, taraflarca geçerliliğe uygulanmak üzere seçilen hukuka, eğer bir hukuk seçilmemişse kararın verildiği hukuka göre geçerli olmaması durumunda tenfiz edilebilecektir.

Kanaatimizce, hibrit tahkim anlaşmaları tahkim iradesindeki sakatlıklar nedeniyle değil ancak, ‘tatbiki imkânsız’ olması nedeniyle sakat hale gelebilir. Bu durum, genel bir kabul değil, somut olaylarda ayrıntılı olarak değerlendirilmesi gereken bir husustur.

Tahkimi yönetmesi için seçilen tahkim merkezi, diğer tahkim merkezinin tahkim kurallarını *mutatis mutandis* ilkesi çerçevesinde uyarlayarak uygulayabilir. Ancak istisnai durumlarda, tahkime uygulanması için seçilen tahkim merkezi kuralları, tahkimi yönetmesi için seçilen tahkim kurumu tarafından uygulanamaz nitelikteyse ya da tahkim kurumu bu kuralları uygulamayı kabul etmezse, tahkim anlaşmasında bir “icra edilemezlik” durumu meydana gelecektir. Peki bu türden “icra edilemezlik” tahkim anlaşmasını geçersiz kılacak mıdır? Zira, NYS m. II/f. 3<sup>255</sup> hükmünde, tahkim itirazı neticesinde mahkemenin, tahkim anlaşmasının hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız olup olmadığını değerlendirmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. HMK m. 413 hükmünde de mahkemenin tahkim itirazı üzerine yapacağı incelemede “tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz, uygulanması imkânsız” olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. MTK m.5, “tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder” hükmünü havi olup, tahkim itirazı üzerine mahkemece yapılacak incelemede, “tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz, uygulanması imkânsız” olup olmadığının incelenmesine ilişkin bir ifade bulunmamakla birlikte, doktrinde, mahkemenin tahkim itirazı üzerine yapacağı incelemede “tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz, uygulanması imkânsız” olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>256</sup>. Bir anlamda burada tahkim anlaşmasının geçersiz olup olmadığı tespit edilmektedir. Yine, HMK “İptal davası” başlıklı m. 439 / (2) (a) hükmü<sup>257</sup> ve “İptal davası ve hakem kararlarının icra edilebilir hâle gelmesi” başlıklı MTK m.15 (A) (1) (a) hükmünde<sup>258</sup>, tahkim anlaşmasının geçersiz olmasını bir iptal sebebi olarak öngörülmüştür. Diğer taraftan, hakem kararının tenfizi aşamasında da tahkim anlaşmasının geçersizliği tenfizin reddine sebep olmaktadır (NYS m. V/ 1 /a hükmü<sup>259</sup> ve MÖHUK m.62/f.1 (e)<sup>260</sup>).

255 Bu konuda açıklamalar için bkz. I, A, 2. Tahkim Anlaşmasının Geçersizliğinin Tahkim İlk İtirazı Neticesinde Devlet Mahkemesi Önünde İleri Sürülmesi.

256 Balkar Bozkurt (n 20) 198, 202.

257 HMK. m. 439, “(1) Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası, tahkim yeri bölge adliye mahkemesinde açılır; öncelikle ve ivedilikle görülür. (2) (a) Tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olduğu, b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, sözleşmede belirlenen veya bu Kısımda öngörülen usule uyulmadığı, ...”

258 MTK. Madde 15 – “A) Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. (Değişik ikinci cümle: 28/2/2018-7101/53 md.) İptal davası, 3 üncü madde uyarınca yetkili asliye hukuk mahkemesinin bulunduğu yer yönünden yetkili bölge adliye mahkemesinde açılır, öncelikle ve ivedilikle görülür. Hakem kararları aşağıdaki hallerde iptal edilebilir: I. Başvuruyu yapan taraf; a) Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunu, ...”

259 New York Sözleşmesi m. V/1/a – “Aleyhine hakem kararı dermeyan edilen tarafların talebi sekbetmez ve mumâileyh, kararın tanınması ve icrası istenen memleketin salahiyyetli makamı huzurunda aşağıdaki hususları ispat etmez ise hakem kararının tanınması ve icrası talebi reddolunamaz; (a) II. maddede derpiş olunan anlaşmayı akdeden taraflar, haklarında tatbiki gereken kanuna göre ehliyetsiz olur yahut da mezkur anlaşma taraflarca tabi kıldığı kanuna ve bapta sarahat mevcut değilse hakem kararının verildiği mahal kanununa göre hükümsüz bulunur ise; veya...”

260 MÖHUK m. 62/f. 1 hükmü, “Mahkeme ... (e) Tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kıldığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise, ... yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder.”

O halde, tahkim anlaşmasının bu haliyle uygulanamaz olmasını, “icra edilemez bir tahkim anlaşması” olarak nitelendirmek, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu sonucunu beraberinde getirmektedir. Ancak, tahkim anlaşmasının bu haliyle uygulanamaz olmasından dolayı, böyle bir tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu sonucuna varabilmek için, tahkim anlaşmasının tatbikinin imkânsız olması gerekir. Bu durumda böyle bir imkânsızlık söz konusu mudur? Tahkim anlaşmasının “uygulanmasının imkânsız” olduğunun tespitinde, başka bir ifadeyle, tahkim anlaşmasının geçersizliği sonucuna varılmasını gerektirecek derecede “icra edilemez” olduğunun tespitinde; tahkim anlaşmalarını mümkün olduğunca geçerli kılmaya yönelik yorum tercih edilmelidir. Böyle bir durumda, tahkim anlaşmasını tümünden geçersiz kılmak yerine, icra edilebilir hale getirecek yorumlar yapılması yerinde olacaktır, zira tarafların tahkim iradesi tüm icra güçlüklerine karşın devam eder. Kanaatimizce, bu durumda, Türk hukukunda da, Singapur Yüksek mahkemesinin içtihatlarındaki gibi, seçilen kurumun tahkimi fiilen yönetecek kurum olarak dikkate alınarak, tarafların tahkim iradesi açık olduğundan, taraflarca kararlaştırılan tahkimin *ad hoc* tahkim olarak kabul edilmesi ve tarafların tahkim iradesinin bağlayıcılığının ayakta tutulması gerekmektedir. Zira, tahkimde önemli olan, tarafların tahkime yönelik iradesinin varlığı ile tahkim yargılamasına uygulanmak üzere taraflarca seçilen usul hukukunun bu tahkim yargılamasında uygulanmasıdır. Önerdiğimiz bu çözüm, seçilen tahkim kurumuna değil, taraflarca seçilen usul hukukunun tahkim yargılamasında uygulanmasına üstünlük tanımaktadır. Zira, tahkim yargılaması neticesinde verilecek kararın iptali ya da tenfizinin reddine sebep olacak neden, seçilen kurumun tahkimi gerçekleştirmemesi değil, seçilen usul kurallarının uygulanmamasıdır.

Sonuç olarak, tarafların, tahkimin başkaca bir kurum ya da *ad hoc* şekilde ICC kuralları – ya da başka bir kurumsal tahkim merkezi kuralları – çerçevesinde yürütülmesini kararlaştırması durumunda, tahkim anlaşmasının geçersiz olduğu yönünde bir yorum yapmak, tahkimin taraf iradelerine üstünlük tanıyan yapısına ve tahkimi ayakta tutmaya yönelik yoruma ters düşecektir. Bu türden tahkim anlaşmalarının, tarafların tahkim iradeleri açıkken, tahkim anlaşmasının geçerliliği önünde bir engel teşkil edecek şekilde yorumlanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Singapur Yüksek Mahkemesi'nin de belirttiği gibi, her ne kadar hibrit tahkim birçok sorun ve yargılama bakımından engeller taşısa da, tarafların tercihi bu yönde olduğunda, tahkim anlaşmasının esaslı unsurlarında belirlilik ve netlik olduğu kabul edilerek, anlaşma geçerli kabul edilmelidir.

## SONUÇ

Birden fazla unsurun sentezlenerek oluşturulduğu tahkim anlaşmaları hibrit tahkim anlaşması olarak adlandırılmaktadır ve hibrit tahkim anlaşmalarının iki farklı görünüş biçimi bulunmaktadır: (1) İki farklı çözüm yoluna atıf yapılmak suretiyle kurulan tahkim anlaşmaları ve (2) bir tahkim merkezi ile birlikte farklı bir tahkim merkezi kurallarına atıf yapılmak suretiyle kurulan tahkim anlaşmaları.

İki farklı çözüm yolunun sentezi şeklinde, farklı çözüm yollarına birlikte atıf yapılarak kurulan tahkim anlaşmaları, tahkim anlaşması öncesi kademeli olarak diğer alternatif uyumsuzluk çözüm

yöntemlerinin öngörülmesi şeklinde kurulabileceği gibi, devlet mahkemelerine başvurudan önce kademeli olarak tahkim yargılamasının öngörülmesi şeklinde de gerçekleştirilebilecektir.

Tahkim öncesi başkaca alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına gidilmesini öngören kademeli hibrit tahkim anlaşmaları konusunda tartışmalı olan husus, tahkim öncesi başvurulması öngörülen aşama tüketilmeden tahkim yargılamasına gidilip gidilemeyeceği üzerinde toplanmıştır. Zira, tarafların böyle bir niyeti yoksa, tahkim anlaşmalarına bir başka alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemini eklememeleri daha yerinde olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, tahkim öncesi aşamaları tüketmemek, tahkim anlaşmasını geçersiz hale getirmez. Kanaatimizce tahkim öncesi aşamalar tüketilmeden tahkime gidilmesi durumunda, itiraz halinde tahkim mahkemesi bu durumu bekletici mesele yaparak aşamaların tamamlanmasını beklemeli, yargılamayı sonlandırmamalıdır. Tahkim öncesi aşamaların başarılı olması durumunda, artık ortada bir uyuşmazlık kalmaması nedeniyle dava konusuz kalacağından tahkim mahkemesi davayı reddetmeli; tahkim öncesi aşamalar başarısız olursa, yargılamaya devam etmelidir.

Devlet mahkemeleri ile birlikte tahkime başvuruyu öngören anlaşmalar, aslında, ‘uyuşmazlığın tahkimde çözümlenememesi halinde hangi devlet mahkemelerinde çözümleneceğini belirterek yetkili devlet mahkemesi belirlemesine yönelikse’, bu anlaşma geçerli kabul edilebilir. Ancak tahkimin devlet yargısına alternatif özel bir yargılama usulü olması, tahkim neticesinde tarafları ve üçüncü kişileri bağlayıcı karar verilecek olması özellikleri göz ardı edilerek, tahkimin mahkeme öncesi başvurulacak bir uzlaşma makamı gibi belirlendiği tahkim anlaşmaları, hukuken bir tahkim anlaşması olmamakla birlikte, tahkim anlaşması olduğu kabul edilse dahi geçersiz bir anlaşma olacaktır.

ICC’nin kendi kuralları çerçevesinde başka bir tahkim kurumu bünyesinde tahkim yargılaması yapılmasını yasaklar nitelikte getirdiği kuralları neticesinde ortaya çıkan, bir tahkim merkezi ile birlikte, farklı bir tahkim merkezinin kurallarına atıf yapılan hibrit tahkim anlaşmalarının ise, incelediğimiz Singapur, Avusturya, İsveç, Amerika ve Çin mahkemeleri kararlarında da kabul edildiği üzere geçerli olduğu kanaatine varılmıştır. Her ne kadar, incelendiğinde, mahkemelerin sunduğu çözümler farklılık gösterse de, tahkim anlaşmalarını geçersiz kabul eden bir yaklaşımla karşılaşmamaktadır.

Singapur Yüksek Mahkemesi *Insigma Teknoloji v Alstom Teknoloji* kararında, hibrit tahkimi bir ad hoc tahkim olarak kabul ettiği gibi, kanaatimizce, bir tahkim merkezi ile birlikte farklı bir tahkim merkezinin kurallarına atıf yapılan hibrit tahkim anlaşmalarının, Türk Hukuku açısından da ad hoc tahkim olarak kabul edilmesi daha yerinde olacaktır. Ancak, bu yönde genel bir kabul, ad hoc tahkimin mümkün olmadığı ülkeler bakımından tahkim anlaşmasının geçersizliği ve bu nedenle iptali ve hatta tenfizinin reddine neden olabilecektir. Bu hususlar dikkate alınarak, bu türden bir tahkimi genel bir kategoriye koymak yerine, her devlet kendi hukukuna göre bir değerlendirme yapmalı ve tahkim anlaşmasının geçersizliğine neden olacak bir değerlendirme yapmaktan kaçınmalıdır.

Tarafların tahkimin başkaca bir kurum ya da ad hoc şekilde ICC kuralları – ya da başka bir kurumsal tahkim merkezi kuralları – çerçevesinde yürütülmesini kararlaştırması durumunda, tahkim

anlaşmasının geçersiz olduğu yönünde bir yorum yapmak, tahkimin taraf iradelerine üstünlük tanıyan yapısına ve tahkimi ayakta tutmaya yönelik yoruma ters düşecektir. Bu türden tahkim anlaşmalarında, tarafların tahkim iradeleri açıkken, tahkim anlaşmasının geçerliliği önünde bir engel teşkil edecek şekilde yorumlanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Singapur Yüksek Mahkemesi'nin de belirttiği gibi, her ne kadar hibrit tahkim birçok sorun ve yargılama bakımından engeller taşısa da, tarafların tercihi bu yönde olduğunda, tahkim anlaşmasının esaslı unsurlarında belirlilik ve netlik olduğu kabul edilerek, anlaşma geçerli kabul edilmelidir.

Hibrit bir tahkim anlaşmasının geçerliliği Türk hukukuna göre HMK ya da MTK hükümleri çerçevesinde değerlendirildiğinde; Türk hukukunda hibrit tahkimi engeller nitelikte bir hüküm bulunmaması sebebiyle ve tahkim iradesinin açık olması nedeniyle, kanaatimizce geçerli kabul edilmelidir.

## KAYNAKÇA

- Akıncı Z, *Milletlerarası Tahkim* (5th edn, Vedat 2020).
- Akıncı Z, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri* (1st edn, Dokuz Eylül Üniversitesi, 1996).
- Ay Chelli E, 'Fransız Yargıtay'ının Zorunlu Olmayan Uzlaşma Şartı Tüketilmeden Dava Açılabileceğine İlişkin 29 Nisan 2014 Tarihli Kararının Tercümesi' (2015) 4(2) UTDER 233-237.
- Aydemir F, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi* (1st edn, On İki Levha 2017).
- Aydın E, 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Patolojik Tahkim Şartı ve Sözleşmesi' (LL.M. thesis, İstanbul Üniversitesi 2018).
- Balkar Bozkurt Süheyla, 'Milletlerarası Tahkimde Yargılama Masraflarının Hak Arama Özgürlüğüne Etkisi ve Sonuçları' (Mayıs-Haziran 2015), 10 (129-130) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121-222.
- Bayraktaroğlu Özçelik G, *Milletlerarası Usul Hukukunda Paralel Davalar* (1st edn, Yetkin 2016).
- Berger KP, 'Institutional Arbitration: Harmony, Disharmony and the "Party Autonomy Paradox"' (XI Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje, Madrid 2018 ).
- Blackaby N, Partasides C, Redfern A and Hunter M, *Redfern and Hunter on International Arbitration Student Version* (6th edn, Oxford 2015).
- Comşa P, 'At A Crossroads: The Case of "Pathological Arbitration Clauses" Which Determine A Jurisdictional Fight' (2018) 25(2) Lex ET Scientia International Journal 47-55.
- Coulson R, 'MEDALOA: A Practical Technique for Resolving International Business Disputes' (1994) 11(2) Journal of International Arbitration, 111-113.
- Çelikel A and Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk* (15th edn, Beta 2017).
- Davis BG, 'Pathological Clauses: Frederic Eisemann's Still Vital Criteria' (1991) 7(4) Arbitration International 365-388.
- Demir Gökyayla C, 'Arbuluculuk ve Tahkimi Bir Arada İçeren Uyuşmazlık Çözüm Yolu' (2019) 77 (2) İstanbul Hukuk Mecmuası 575-616.
- Demirkol B and Aküzüm U, *Türkiye'de Med-Arb (Arbuluculuk-Tahkim) Yapısı, Mevzuatı & Uygulaması* (1st edn, On İki Levha 2020).
- Demirkol B, 'Mutlak Olmayan Milletlerarası Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' (2017) 16(2) GSÜHFD 325-254.

- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (5th edn, Savaş 2019).
- Draguiev D, 'Unilateral Jurisdiction Clauses: The Case for Invalidity, Severability or Enforceability' (2014) 31(1) *Journal of International Arbitration* 19-46.
- Eisemann F, 'La clause d'arbitrage pathologique' *l'arbitrage international* (1974), C.3 Arbitrage commercial/ Commercial Arbitration, *Essais in memoriam Eugenio Minoli*, 129-161.
- Ekşi N, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim* (2nd edn, Beta 2019).
- Ekşi N, *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları* (1st edn, Beta 2015).
- Ekşi N, "Milletlerarası Tahkimde Paralel Davalar (Parallel Litigation)" (2013) 2 (2) *UTTDER* 15-51.
- Erkan M, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları* (1st edn, Yetkin 2013).
- Erlank W, *Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses (SSRN, 9 September 2002 2002)* <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1491027](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1491027)> Erişim tarihi 5 June 2020.
- Ertekin E and Karataş İ, *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması* (1st edn, Yetkin 1997).
- Esen E, 'Uluslararası Tahkime Tâbi Bir Uyuşmazlığın Devlet Mahkemelerine Götürülmesi Halinde Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine İlişkin İtirazların İncelenmesi ve Kompetenz-Kompetenz Prensipleri' (2011) 10(1) *GSÜHFD Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan* 355-380.
- Esen E, 'Yetkili Kılınan Tahkim Kurumunun Mevcut veya Belirli Olmadığı Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği' (2017) 2017(2) *UTTDER* 75-148.
- Esen E, 'Yabancı Mahkeme Lehine Yapılan Yetki Anlaşmasına Dayanan Yetki İtirazının Değerlendirilmesinde Dürüstlük Kuralının Etkisi ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 6.3.2009 tarihli İçtihadının Eleştirisi' (2011) 31 (1) *MHB* 191-207.
- Fouchard P, Gaillard E and Goldman B, *Traité de l'arbitrage commercial international* (Litec 1996).
- Fry J, 'HKL Group Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd. and HKL Group Co. Ltd. v. Rizq International Holdings Pte. Ltd.' (2013) 30(4) *Journal of International Arbitration* 453-462.
- Gedik B, *Milletlerarası Tahkim Kararlarının İptal Edilme Nedenlerinden Tahkim Anlaşmasının Geçersiz Olması* (1st edn, Seçkin 2020).
- Henriques DG, 'Pathological Arbitration Clauses, Good Faith and The Protection of Legitimate Expectations' (2015) 31(2) *Arbitration International* 349-362.
- İldır G, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü-Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler* (1st edn, Seçkin 2003).
- İşık F, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşması Yapma Yetkisi ve bu Yetkiye Uygulanacak Hukuk* (1st edn, On İki Levha 2015).
- İlhan HA, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği* (1st edn, Adalet 2016).
- Jain A, 'Pathological Arbitration Clauses and Indian Courts' (2008) 25(4) *Journal of International Arbitration* 433-448.
- Kayalı D, 'Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Dispute Clauses' (2010) 27(6) *Journal of International Arbitration* 551-577.
- Kaufmann-Kohler G and Rigozzi A, *Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP* (1st edn, Editions Weblaw 2006).
- Molfa M, 'Pathological Arbitration Clauses and The Conflict of Laws' (2007) 37(1) *Hong Kong Law Journal* 161-184.
- Moses ML, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (2nd edn, Cambridge 2012).

- Nicholls AC and Bloch C, 'ICC Hybrid Arbitrations Here to Stay: Singapore Courts' Treatment of ICC Rules Revisions in Articles 1(2) and 6(2)' (2014) 31(3) *Journal of International Arbitration* 393-412.
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017).
- Oghigian H, 'The Mediation/Arbitration Hybrid' (2003), 20(1) *Journal of International Arbitration* 75-80.
- Özbek M, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü* (3rd edn, Yetkin 2013).
- Özdemir Kocasakal H, 'Yargıtay 15.Hukuk Daire'sinin Bir Kararı Çerçevesinde Mahkemelere De Yetki Veren Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliği ve Bu Geçerliliğin Tespitinin Mahkemeler Tarafından Yapılıp Yapılmayacağı' (2017) On İki Levha Prof.Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, 509-535.
- Özdemir Kocasakal H, 'Tahkim Şartı ile İlgili İptal Sebepleri' (2014) ICC Türkiye Yayını, XI. Milletlerarası Tahkim Semineri, 14 Nisan 2014, Ankara, 37-84.
- Özdemir Kayalı D, 'Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Basamaklı Uyuşmazlık Çözüm Şartları' (2009) Haluk Konuralp'in Anısına Armağan C. I, 499-515.
- Özel S, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Kuralları* (1st edn, Legal 2008).
- Park WW, 'Arbitration of International Contract Disputes' (1984) 39(4) *The Business Lawyer* 1783-1799.
- Pekcanitez H and Yeşilirmak A, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku C III* (15th edn, On İki Levha 2017).
- Qian J and Guo L, 'The Validity and Remedy of the Pathological International Commercial Arbitration Agreement' (2019), 2(5) *International Law School of Northwest University of Political Science and Law* 109-119.
- Pisacane G, Murphy L and Zhang C, *Arbitration in China – Rules & Perspectives* (1st edn, Springer 2016).
- Rogers J, Lijun C and Townsend M, 'Legality of 'Hybrid' Arbitration Clauses Upheld in China' (2014), 6(3) *Asian Dispute Review* 146-149.
- Ross HW and Conlon DE, 'Hybrid of Third-Party Dispute Resolution: Theoretical Implications of Combining Mediation and Arbitration' (2000), 25(2) *The Academy of Management Review* 416-427.
- Rubino Sammartano M, *International Arbitration Law and Practice* (2nd edn, Kluwer Law International 2001).
- Samra HJ and Ramachanderan R, 'A Cure for Every Ill? Remedies for "Pathological" Arbitration Clauses' (2020) 74(4) *University of Miami Law Review* 1110-1123.
- Sarıöz Büyükalp A İ, 'Uluslararası Tahkimde "Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olması" Kavramları' (2014), 16 (Özel Sayı) *DEUHFİD in Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan* 2015-2061.
- Sarıöz Büyükalp Aİ, 'Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkim İtirazı ile Karşılaşan Türk Hâkiminin Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğine Dair Yapacağı İncelemenin Kapsamı ve Sonuçları' (Eylül Ekim 2014) 9 (121-122) *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 195-224.
- Sato Y, 'Hybrid Dispute Processing in Japan: Linking Arbitration with Conciliation' Vijay K. Bhatia, Christopher N. Candlin, Jan Engberg and Jane Lung (eds), *Legal Discourse across Cultures and Systems* (Kluwer Academic 2008).
- Schroeter UG, 'Ad Hoc or Institutional Arbitration — A Clear-Cut Distinction? A Closer Look at Borderline Cases' (2017) 10(2) *Contemporary Asia Arbitration Journal* 141-199.
- Şanlı C, Esen E and Ataman Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (8th edn, Beta 2020).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7th edn, Beta 2019).
- Sensöz E, 'Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda Hakem Kararlarına Karşı Başvuru Yolları, Hakem Kararlarının İptali, (L.L.M. thesis Galatasaray Üniversitesi 2005).
- Şit B, *Kurumsal Tahkim ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi* (1st edn, İmaj 2005).

- Tan Dehmen M, *Tahkim Öncesi Müzakere Ya Da Uzlaştırma Yollarının Tüketilmiş Olmasının Tahkim Yargılamasına Etkisi* (2011) 25(1-2) PPIL 451-472.
- Tekin ES, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliğe Uygulanacak Hukuk*, (1st edn, On İki Levha 2019).
- Tolkuşinas K, 'Defective Arbitration Clauses in International Commercial Contracts' (Mater Thesis, Mykolas Romeris University 2010).
- Töre N, *Milletlerarası Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Varlığı Geçerliliği ve Etkileri* (1st edn, Turhan 2019).
- Tweeddale A and Tweeddale K, *Arbitration of Commercial Disputes International and English Law and Practice* (1st edn, Oxford University Press 2005).
- Willems J, Chapter 38: The Arbitrator's Jurisdiction at Risk: The Case of Hybrid and Asymmetrical Arbitration Agreements in Pierre A. Karrer, Patricia Shaughnessy, Sherlin Tung (eds), *The Powers and Duties of an Arbitrator, Liber Amicorum Pierre A. Karrer* (Kluwer Law International BV 2017).
- Yener Keskin C, *Milletlerarası Tahkim Anlaşmasının Kurulması ve Etkisi*, (1st edn, On İki Levha 2017).
- Yeşilırmak A, 'Geçerli Bir Tahkim Anlaşmasının Varlığına Rağmen Genel Haciz Yoluyla Takip Yapılabilir mi?' (2011) 96 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 205-228.
- Yeşilırmak A, *ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması* (1st edn, On İki Levha 2018).
- Yeşilova B, 'Milletlerarası Tahkimin Hukuki Niteliği Üzerine Düşünceler ve Güncel Gelişmeler' (2008), 76 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 83-164.
- Yeşilova B, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi* (1st edn, Güncel 2008).
- Yılmaz B, 'İsviçre Federal Mahkemesi'nin Tahkim Öncesi Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Klozu'nun Bağlayıcılığı Konusundaki 7 Temmuz 2014 Tarihli Kararının Tercümesi' (2015) 4(2) UTTER 261-284.
- Yudistiana F, 'The Extent to Which Hybrid Arbitration Clauses Apply To Advance Investor-State Arbitration In The International Centre For Settlement Of Investment Disputes (ICSID)' (LLM thesis, Kingston University London 2015).
- Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi? II. Tahkim Haftası, Sempozyum-Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997", Ankara 1997.



# İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutmanın Hukuka Aykırılığı

## The Illegality of Intimidation of Defective Intention

Mehmet Özgür Avcı \* 

### ÖZ

Korkutmanın varlığı açısından öncelikle iradesi sakatlanan kişi tehdide uğramış olmalıdır. Tehdidin hukuka aykırılığından anlaşılması gereken kişinin karar verme özgürlüğüne müdahale etmenin hukuka aykırı olmasıdır. Bir hakkın veya kanundan doğan yetkinin kanunun öngördüğü kapsam ve yöntemle kullanılması durumunda hukuka aykırılık söz konusu olmaz. Bir hakkın veya kanundan doğan yetkinin kullanılacağı tehdidin bu tehdit altında sözleşmeyi yapan kişinin kendisine yöneltilmiş olması gerekir. Bir hak ya da kanundan doğan yetkinin kullanılmasının hukuka aykırılığa neden olan husus tehdit edenin aşırı menfaat sağlamasıdır. Tehdit eden, tazminat borcundan kurtulmak suretiyle de aşırı menfaat sağlayabilir.

**Anahtar Kelimeler:** Tehdit, Hukuk Aykırılık, Hak, Kanundan Doğan Yetki, Aşırı Menfaat

### ABSTRACT

In terms of the existence of intimidation, first of all, the person whose will is injured must have been menaced. What should be understood from the illegality of the menace is that it is unlawful to interfere with the freedom of decision of the person. If a right or legal authority is used with the scope and method stipulated by the law, there will be no illegality. The menace of exercising a right or a legal authority must be directed against the person making the contract under this menace. What causes the illegality of exercising a right or legal authority is the excessive benefit of the minatory. The minatory can also benefit excessively by getting rid of the debt of compensation.

**Keywords:** Menace, Illegality, Right, Legal Authority, Excessive Benefit

## I. Giriş

Türk Borçlar Kanununda (TBK) “irade bozuklukları” başlığı altında düzenlenen “korkutma” kişinin sözleşme yapma hususundaki iradesinin özgür bir şekilde oluşmasına engel olan durumlardan biridir. TBK m. 37’de korkutmanın hüküm ve sonuçlarına; TBK m. 38’de ise korkutmanın şartlarına yer verilmiştir.

TBK m. 38’e göre, korkutulan, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna

\* Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Mehmet Özgür Avcı

**E-posta/E-mail:** mavci@marmara.edu.tr,

**Geliş Tarihi/Received:** 01.04.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 09.05.2021

inanmakta haklı ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır (f.1). Bir hakkın veya kanundan doğan bir yetkinin kullanılacağı korkutmasıyla sözleşme yapıldığında da bu hakkı veya yetkiyi kullanacağını açıklayanın, diğer tarafın zor durumda kalmasından aşırı bir menfaat sağlamış olması halinde, korkutmanın varlığı kabul edilmektedir (f.2).

Bu maddenin ilk fıkrasında korkutmanın genel şartları düzenlenmiş; ikinci fıkrasında ise bir hakka ya da kanundan doğan yetkinin kullanılmasına dayanan korkutmanın özel şartlarına işaret edilmiştir.

Korkutma sebebiyle sözleşmeyle bağlı olmadığını iddia eden kişinin korkutmanın şartlarının varlığını ispat etmesi gerekir. Bu şartlardan biri de korkutmanın hukuka aykırı olmasıdır. Bu çalışmada korkutmanın hukuk aykırı olması şartı, TBK m. 38/f.1 ve TBK m. 38/f.2 hükümleri açısından, konuya ilişkin yargı kararlarına da yer verilmek suretiyle incelenmiştir.

## II. Korkutma Kavramı

Korkutma, sözlük anlamı itibariyle, bir kimseyi istediği şeyi yapmamaya, yapmamak istediği şeyi yapmaya korkutarak zorlamak<sup>1</sup>, bir hukuki muamele icrası zımında bir kimsenin iradesi üzerine cebren tesir yapmak<sup>2</sup> anlamlarına gelmektedir. TBK m. 37'de korkutmanın hüküm ve sonuçları, TBK m. 38'de korkutmanın şartları düzenlenmiş ancak korkutmanın tanımı yapılmamıştır<sup>3</sup>.

Öğretide ve yargı kararlarında korkutma, genel olarak hukuka aykırı bir şekilde yapılan tehdit ile bir kişide bir kötülüğe uğrayacağı kanaati uyandırılarak, onun sözleşme yapmasının sağlanması olarak tarif edilmektedir<sup>4</sup>.

1 **Yılmaz, Ejder**, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2006, s. 305.

2 **Türk Hukuk Lugatı**, 3. Bası, Ankara 1991, s. 154-155.

3 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 29-31'de "ikrah" terimi kullanılmıştır. "İkrah", cebir ve tehdit kullanarak kişiyi rıza göstermeyeceği bir söz veya davranışa zorlamak anlamında kullanılan bir fıkıh terimidir., <https://islamansiklopedisi.org.tr/ikrah>; "Sözlükte istememek, rıza göstermemek anlamındaki kürh (kerh) kökünden türeyen ikrah, kişiyi razı olmadığı bir işi yapmaya zorlamak manasına gelir. Hatta kelimenin kök anlamında bir ayırım yapılarak kürhün insanın kendi tab'ından veya aklından kaynaklanan bir hoşlanmama, kerhin ise hariçten gelen bir zorlamanın yol açtığı meşakkat anlamı taşıdığı, sonradan dini bir terim haline gelen "mekruh'un birinci anlama, ikrahın da ikinci anlamla daha sıkı bağının olduğu belirtilir. Dini literatürde de ikrah bu çerçevede terim anlamı kazanmış, kelimde iman veya inkara zorlanmanın dini hükmü, fıkıhta da bir kimseyi, serbest kaldığında razı olmayacağı ve istemeyeceği bir işi yapmaya zorlamanın dini ve hukuki sonuçları tartışılırken sıkça kullanılan bir terim olmuştur. Zorlayana mükrih, zorlanan kimseye de mükreh denilir.", **Bardakoğlu, Ali**, "İkrah", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, 22. Cilt, İstanbul 2000, s. 30.

4 **von Tuhr, Andreas/Peter, Hans**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I (mit Supplement) 3. Auflage, Zürich 1984, s. 325; **Etter, Josef**, Die Furchterregung nach schweizerischem Obligationenrecht, Freiburg 1954, s. 35; **Bucher, Eugen**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 1988, s. 225; **Schmidlin, Bruno**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses, Art. 23-31 OR, 2. Auflage, Bern 2013, Art. 29/30, N. 3 vd.; **Basler Komm. OR I/Schwenzer**, Honsell, Heinrich/Vogt, N. Peter/Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007, Art. 29, N. 3; **Gauch, Peter/Schlupe, Walter R./Schmid, Jörg**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Auflage, Zürich 2014, s. 200, N. 874; **Schwenzer, Ingeborg**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Bern 2016, N. 38.14; **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara 2020, s. 453, N. 1234; **Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Güncellenip, Genişletilmiş 18. Bası, İstanbul 2020, s. 119, N. 364; **Tekinay, S. Sulhi/ Akman, Sermet/Burcuoğlu**,

TBK m. 38/f.1'de bir sözleşmenin korkutmanın etkisi altında yapıldığının kabulü için gerekli olan şartlar belirtilmiştir. Bu hükme göre, "Korkutulan, içinde bulunduğu durum bakımından kendisinin veya yakınlarından birinin kişilik haklarına ya da malvarlığına yönelik ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise, korkutma gerçekleşmiş sayılır".

Bu fıkrada belirtilen korkutmanın şartlarına kısaca bakılacak olursa, sözleşmenin geçerliliğini etkileyen bir korkutmadan bahsedebilmek için öncelikle iradesi sakatlanan tarafın bir tehdide uğramış olması gerekir. İrade beyanında bulunmadığı takdirde kötülüğe uğrayacağı kanısını bir kimsede uyandırmak için söylenen sözler ve davranışlar tehdit teşkil eder<sup>5</sup>. Yapılan tehdit, ağır ve yakında gerçekleşecek bir tehlikenin mevcut olduğu kanısını uyandırmalıdır. Önemsiz veya ileride gerçekleşecek tehlikelere ilişkin tehditler korkutma teşkil etmez ve sözleşmenin geçerliliğini etkilemezler. Tehditte belirtilen tehlike karşı tarafın şahsına veya yakınlarına yönelik olmalıdır. Tehlike, kişinin veya yakınlarının kişilik haklarına (hayatına, vücut tamlığına, namusuna) veya malvarlığına yönelik olabilir. Tehdit hukuka aykırı olmalıdır. Bir hakkın veya kanuni yetkinin kullanılması söz konusu olmadıkça tehdit hukuka aykırı olduğu gibi bir hakkın veya kanuni yetkinin kullanılacağı tehdidin tehdit olunan için yarattığı güç durumdan aşırı menfaat elde etmek üzere yararlanılmışsa yapılan tehdit gene hukuka aykırıdır (TBK m. 38/2). Sözleşme, tehdidin yarattığı korku sonucu yapılmış olmalıdır. Bu korku yaratılmasaydı tehdide uğrayan taraf sözleşmeyi hiç yapmayacak idiyse veya sözleşmeyi başka şartlarda yapacak idiyse bu illiyet bağının varlığı kabul edilir<sup>6</sup>.

**Haluk/Altıp, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s. 449; **Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Bası'dan 7 inci Tıpkı Bası, İstanbul 2017, s. 473, N. 1; **Antalya, O. Gökhan**, Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,1, Temel Kavramlar Sözleşmeve Doğan Borç İlişkileri, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2019, s. 406, N. 1765; **Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 2020, s. 286, N. 893; Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 17. Bası, İstanbul 2020, s. 104, N. 67; **YHGK, E. 2004/3-192, K. 2004/174, T. 31.3.2004**, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; **Yarg. 3. HD, E. 2000/10569, K. 2000/10864, T. 16.11.2000**, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

- 5 **Oğuzman/Öz**, s. 120, N. 366; **Yavuz, Nihat**, Borçlar Hukuku El Kitabı, Ankara 2018, s. 196. Tehdit, korkutulmak istenen kişinin iradesinin baskı altına alınmasında kullanılan bir araçtır. Tehdit eden kişinin amacı, karşı tarafın iradesinin oluşum sürecine etki ederek, onun kendi istediği sonuca göre iradesini açıklaması ve bu iradeye göre sözleşmenin kurulmasını sağlamaktır., **Demirbaş, Harun**, Türk Borçlar Kanunu'nda Korkutmanın (İkrahın) Şartları ve Sonuçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İÜSBE, İstanbul 2012, s. 5.
- 6 Korkutmanın şartlarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Demirbaş**, s. 37 vd.; **Köroğlu, Emre**, Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma, İstanbul 2020, s. 80 vd.; "... Bilindiği üzere, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 37. (818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 29.) maddesine göre, bir kimse karşı tarafın veya üçüncü bir kişinin kendisi veya yakınlarının maddi veya manevi varlığına yönelik hukuka aykırı ve esaslı korkutması sonucu yaptığı sözleşme ile bağlı sayılamaz. TBK'nın 38. (BK'nın 30.) maddesinde belirtildiği gibi, korkutmadan(ikrah-tehdit) söz edilebilmesi için, korkutmanın sözleşmeyi yapan kimsenin veya yakınlarının kişilik haklarına veya mal varlıklarına yönelik olması, korkutmaya maruz kalanın subjektif durumuna göre ağır ve derhal meydana gelebilecek nitelik taşıması, haksız(hukuka aykırı) sayılması, illiyet bağının bulunması yani sözleşmenin korkunun yarattığı etki sonucu yapılması zorunludur. Bu koşulların varlığı halinde iradesi sakatlanan taraf, isterse iptal hakkını kullanmak suretiyle hukuki ilişkiyi geçmişe etkili(makable şamil) olarak ortadan kaldırılabilir. Hemen belirtmek gerekir ki, iptal hakkının kullanılması hiçbir şekilde bağlı değildir. Korkunun kalktığı tarihten itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde sözleşme karşı tarafa yöneltilecek tek tarafı sarih ve zımni bir irade açıklaması ile feshedilebileceği gibi def'i veya dava yoluyla da kullanılabilir(TBK'nın 39. md).", **Yarg. 1. HD, E. 2016/3874, K. 2019/3862, T. 17.6.2019**, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Korkutmaya bağlantılı bir kavram olan “cebir (zorlama)”, bir kişinin iradesi dışında bir şey yapmaya ya da yapmamaya zorlanmasıdır<sup>7</sup>. Korkutmada kişiye istemediği, arzu etmediği halde bir şey yapması hususunda baskı yapılması söz konusudur. Cebir, maddi cebir ve manevi cebir olarak ikiye ayrılır<sup>8</sup>. Maddi cebirde kişinin iradesi tamamen devre dışı bırakılmakta onun yerini cebir kullanan kişinin iradesi almaktadır. Cebirde bulunan kişi, karşı tarafın davranışlarını kontrol altına alarak onu istediği gibi yönlendirmektedir. Örneğin, bir kişinin eli tutularak senet imzalatılmasında ya da parmağının imza yerine bastırılmasında maddi cebir vardır. Maddi cebire maruz kalan kişinin irade beyanı yok hükmündedir, sözleşme kurulmamıştır<sup>9</sup>. Bu sebeple, maddi cebir uygulanarak yapılmış olan sözleşmeler açısından TBK m. 37 ve 38 hükümleri uygulama alanı bulmaz<sup>10</sup>.

Manevi cebirde ise kişinin iradesi bulunmakla birlikte uygulanan baskı ile onun istenilen şekilde davranması sağlanmaktadır<sup>11</sup>. Örneğin kişinin başına silah dayayarak ya da yakınlarının tehlikeye maruz kalacağını belirterek, onu sözleşme yapmaya zorlamada kişi arzu etmediği halde bir sözleşme yapmaktadır<sup>12</sup>.

Manevi cebirde maddi cebirden farklı olarak kişide “eylem iradesi” bulunmaktadır. Cebir uygulayan kişinin davranışının zorlayıcı etkisi karşı tarafın kararını ortadan kaldırmamakta, manevi cebre uğrayan kişinin sözleşme kurmaya yönelik irade açıklaması bu kararın neticesi olarak ortaya çıkmaktadır<sup>13</sup>. TBK m. 37 ve 38 hükümleri manevi cebirin uygulandığı hallerle sınırlı olarak uygulanır<sup>14</sup>.

7 **Yılmaz**, s. 119; **Köroğlu**, s. 50.

8 **Saymen, Ferit H./ Elbir, Halid K.**, Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, C. I, İstanbul 1958, s. 274; **Eren**, s. 453, N. 1237; **Esener, Turhan/Gündoğdu, Fatih**, Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m.1-48), İstanbul 2017, s.163.

9 **von Tuhr/Peter**, s. 325; **Bucher**, s. 224; **Etter**, s. 30; **Basler Komm. OR I/Schwenzer**, Art. 29, N. 1; **Akyol, Şener**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, İstanbul 1995, s. 302; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 473, N. 2; **Saymen/Elbir**, s. 275; **Antalya**, s. 406, N. 1766; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 449; **Esener/Gündoğdu**, s. 163-164; **Eren**, s. 453-454, N. 1237; **Özkaya, Eraslan**, Yanılma-Aldatma-Korkutma Davaları (Hata-Hile-İkrah Davaları), Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2019, s. 392.

10 **Schmidlin**, Art. 29/30, N. 4; **Schwenzer**, s. 298, N. 38.14.

11 **von Tuhr/Peter**, s. 325; **Saymen/Elbir**, s. 275; **Akyol**, s. 298; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 449.

12 Maddi ve manevi cebirde kişinin bir davranışta bulunmaya zorlanması, onun bedeni üzerindeki fiziksel temasa dayanabilir. Bu durumda bir ayırım yapılırken, kişinin davranışının kendi iradesine dayanıp dayanmadığı dikkate alınır. Fiziksel güç uygulanarak ya da söz söylenmesi, yazı, resim veya işaret gösterilmesi vb. şekillerde korkutulan kişi istememesine rağmen kendisi bir irade beyan ediyorsa manevi cebir, kişinin bedeni üzerinde salt fiziksel güç kullanılmak suretiyle onun irade beyan etmesi sağlanıyor ise maddi cebir söz konusudur. Maddi cebirde kişinin davranışı kendi iradesinin sonucu değildir, **Demirbaş**, s. 7.

13 **von Tuhr/Peter**, s. 325; **Basler Komm. OR I/Schwenzer**, Art. 29, N. 1; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 449; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 473, N. 1; **Schwenzer**, s. 298, N. 38.14; **Özkaya**, s. 392-393.

14 **Schwenzer**, s. 298, N. 38.14; **Eren**, s. 453, N. 1237; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 473, N. 2; **Antalya**, s. 406, N. 1766; **Akyol**, s. 300; **İstanbul Şerhi/Kurşat**, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt – 1 (Madde 1-82), İstanbul 2019, m. 38, N. 8; **Köroğlu**, s. 51. TBK m. 38/f.1’de “...ağır ve yakın bir zarar tehlikesinin doğduğuna inanmakta haklı ise...” ve TBK m. 37/f.1’de “tarafardan biri... sözleşme yapmışsa...” ifadeleri yer almaktadır. Bu ifadelerle göre, tehlikeye uğrayacağı tehdidiyle korkutulan kişi üzerinde oluşturulan psikolojik baskıyla sözleşmenin kurulması durumunda korkutmadan söz edilir. Bu psikolojik baskıdan bir sözleşmenin kurulmasında araç olarak yararlanılması, bu baskı ve zorlamanın maddi değil, manevi olduğunu göstermektedir, **Demirbaş**, s. 10.

Bu açıklamalar çerçevesinde korkutma, bir kişiye hukuka aykırı ve kasten manevi bir baskı uygulamak suretiyle, onun ya da yakınlarından birinin kişilik hakkına ya da malvarlığı değerlerine yönelik ağır ve yakın bir tehlikeye maruz kalacağına açık ya da örtülü biçimde bildirilerek, o kişinin sözleşme yapmasını sağlamak olarak tanımlanabilir<sup>15</sup>.

### III. Korkutmanın Hukuka Aykırı Olması

OR Art. 29 Abs. 1'de korkutmanın hukuka aykırı olması gerektiği açıkça belirtilmiş olmakla birlikte, TBK m. 37 ve m. 38'de hukuka aykırılık şartına yer verilmemiştir. Ancak öğretilerde, korkutulanın sözleşmeyle bağlı olmaması için korkutmanın hukuka aykırı olması gerektiği kabul edilmektedir<sup>16</sup>. Korkutmanın haklı bir sebebe dayanması halinde, korkutmanın varlığından bahsedilemez<sup>17</sup>.

Kanunkoyucu, korkutmanın şartlarını düzenleyen TBK m. 38'de ikili bir ayrıma gitmiştir. TBK m. 38/f.1'de tehdidin ne zaman korkutma sayılacağına ilişkin genel şartlara yer verilmiş; TBK m. 38/f.2'de ise bir hak ya da kanundan doğan yetkinin kullanılacağı bildirilerek yapılan korkutmanın özel şartları düzenlenmiştir<sup>18</sup>. Korkutmanın hukuka aykırılığı konusu kanunun bu sistematığına uygun olarak önce TBK m. 38/f.1 hükmü, sonra da onun özel bir görünümü olan TBK m. 38/f.2 hükmü ele alınarak incelenmiştir<sup>19</sup>.

#### A. Bir Hakka ya da Kanundan Doğan Yetkinin Kullanılmasına Dayanmayan Korkutmanın Hukuka Aykırı Olması (TBK m. 38/f.1)

Bir kişiyi belirli bir yönde irade açıklamasında bulunmaya sevk etmek için mevcut bir hakkın veya yetkinin kullanılması durumunda yapılan irade açıklaması hüküm ve sonuç doğurur. Kişinin bir takım sebeplerle irade açıklamasına sevk edilmiş olması, açıklamanın tehdit sonucu yapıldığını göstermez. Burada önemli olan husus, irade açıklamasında bulunmaya yönelik karar verme özgürlüğünün hukuka aykırı biçimde sınırlandırılmış olup olmadığıdır. Bu sebeple, tehdidin hukuka aykırılığından anlaşılması gereken kişinin karar verme özgürlüğüne müdahale etmenin hukuka aykırı olmasıdır<sup>20</sup>.

15 **Bucher**, s. 225; **Demirbaş**, s. 5; **Antalya**, s. 406, N. 1765.

16 **Etter**, s. 66; **von Tuhr/Peter**, s. 326; **Gauch/Schlupe/Schmid**, s. 201, N. 880; **Schmidlin**, Art. 29/30 N. 35; **Präjudizienbuch OR/Bernhard**, Gauch, Peter/Aeppli, Viktor/Stöckli, Hubert (Hrsg), Präjudizienbuch OR Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), 9. Auflage, Zurich 2016, Art. 29, N. 2; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 451; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 477, N. 9; **Eren**, s. 456, N. 1246; **Kılıçoğlu**, s. 284; **İstanbul Şerhi/Kurşat**, m. 38, N. 9; **Esener/Gündoğdu**, s. 168; **Günergök, Özcan/Kayıhan, Şaban**, Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), İstanbul 2020, s. 143.

17 **Gauch/Schlupe/Schmid**, s. 201, N. 880; **Schmidlin**, Art. 29/30, N. 33; **Etter**, s. 66; **Schwenzer**, s. 299, N. 38.20; **Oğuzman/Öz**, s. 121, N. 370; **Köroğlu**, s. 133.

18 *“Borçlar Kanununun 30. maddesinin 2. fıkrası hükmünce yasaya uygun bir yetkinin kullanılacağı tehdidi altında yapılmış bir tasarrufun iptali için aynı maddenin birinci fıkrasında gösterilen genel unsurların da olayda gerçekleşmesi gerekir.”*, **Yarg. 4. HD, E. 1967/2642, K. 1967/3792, T. 2.5.1967**, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

19 **Etter**, s. 77; **Demirbaş**, s. 71; **Köroğlu**, s. 134. TBK m. 38/f.1 hükmü ana kural, TBK m. 38/f.2 hükmü ise yan kural niteliğindedir, **Schmidlin**, Art. 29/30, N. 34.

20 **Akyol**, s. 313; **Demirbaş**, s. 66.

Sözleşmenin kurulmasından önce taraflar arasında bir müzakere süreci vardır. Bu müzakere sürecinin başarıya ulaşması halinde sözleşme kurulur. İşte bu süreçte taraflar arasında edimden bağımsız bir borç ilişkisi doğar. Taraflar birbirlerini korumak ve zarar verebilecek davranışlardan kaçınmak yükümlülüğü altındadırlar<sup>21</sup>. Bu ilişkinin kaynağı TMK m.2'de yer alan dürüstlük kuralıdır<sup>22</sup>. Müzakere sürecinde gerçekleşen tehdit fiilinde, tehdit eden diğer tarafın menfaatlerini koruma yükümlülüğünü ihlal etmektedir. Sözleşme tarafının ya da üçüncü kişinin yukarıda belirtilen unsurları taşıyan tehdit fiili, karşı tarafın sözleşmenin kurulmasına ilişkin karar verme özgürlüğüne etki ederek, onun iradesini baskı altına almakta böylece ona zarar vermektedir. Bu şekilde koruma yükümlülüğünü ihlal eden ve diğer tarafa zarar veren tehdit eden culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında sorumlu olur<sup>23</sup>.

Korkutma, TBK m. 37 ve 38'de sözleşmenin kurulması esas alınarak düzenlenmiş olsa da, sözleşmenin kurulmasından sonra da korkutma söz konusu olabilir. Örneğin, kurulmuş olan sözleşmedeki şartlar değiştirilmediği takdirde ifanın yapılmayacağı; haklı bir sebep olmaksızın ek ödeme yapılmadığı takdirde sözleşme konusu şeyin teslim edilmeyeceği şeklindeki fiiller de hukuka aykırıdır<sup>24</sup>. Bu gibi fiillerle karşılaşan alacaklının borçlunun borca aykırı davranışı sebebiyle borca aykırılık sorumluluğu çerçevesinde onun sorumluluğuna gidebilmesi mümkündür. Ancak, bazı durumların varlığı halinde borcun ifa edilmemesi alacaklının büyük bir zarara uğramasına neden olabilir<sup>25</sup>. Bu gibi durumlarda alacaklının menfaatinin korunması gerekmekte olup, borca aykırı davranan borçlu alacaklıyı ekonomik olarak zor duruma sokmakla tehdit ederek, onun yeni bir sözleşme yapmak konusunda serbestçe karar verememesine neden olmaktadır<sup>26</sup>.

Tehdit bir haksız fiilin unsurlarını taşıyabileceği gibi, kanunda öngörülen suç tiplerinden birine uygun bir fiil de olabilir<sup>27</sup>. Kişinin kendisinin ya da yakınlarının öldürüleceği, yaralanacağı, malvarlığına

21 **Serozan, Rona**, “Culpa in Contrahendo”, “Akdin Müsbet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İÜMHAD, C. 2, S. 3, 1968, s. 117 vd.; **Ergüne, Mehmet Serkan**, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 112 vd.; **Gezder, Ümit**, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009, s. 155-156.

22 **Serozan**, s. 117; **Ergüne**, s. 115.

23 **Demirbaş**, s. 68; **Nomer**, s. 105, N. 68.2.

24 **von Tuhr/Peter**, s. 326; **Gauch/Schluemp/Schmid**, s. 201, N. 880; **Bucher**, s. 226; **Schwenzer**, s. 299, N 38.20; **Demirbaş**, s. 69; **Köroğlu**, s. 48; **Eren**, s. 456, N. 1246. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda borç olarak verilen 9.000 TL'nin yarısından vazgeçilmediği takdirde ödemedede bulunulmayacağı tehdidinin kokutma sayılmayacağını belirtmiştir., **Yarg. 4. HD, E. 1967/8417, K. 1968/5402, T. 25.06.1968**, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Bu kararın isabetsiz bir karar olduğuna ilişkin bkz. **Köroğlu**, s. 136; **Demirbaş**, s. 69, dn. 213.

25 Yabancı bir ülkeden mal satın alan ve malların son teslimatının yapılmasından önce borçlu tarafından satım bedelinin artırılması, aksi takdirde teslimatın yapılmayacağı tehdidi ile karşılan alacaklının, söz konusu ücret artırımını reddederek, teslimatın gerçekleşmemesi halinde yabancı bir ülkede tazminat davası yürütmenin zorluğundan çekinmesi sebebiyle ek ücret ödeme taahhüdünde bulunması ve teslimatın yapılmasından sonra bu beyanını iptal etmesi kokutma nedeniyle haklı görülmelidir., BGE 32 II 641.

26 **Schmidlin**, Art. 29/30, N. 36. Alacaklı da sözleşmeden doğan borcunu ifa etmeyeceğini bildiren borçluyu alacağını elde etmek amacıyla tehdit edebilir. Bu ihtimalde, alacağını hukuk dışı yollarla elde eden alacaklının korunmaması gerektiği, borç konusu şeyi tehdit edilmesi sebebiyle vermek zorunda kalan borçlunun korkutma sebebiyle vermiş olduğu şeyin iadesini talep edebilmelidir., **Akyol**, s. 324-325; **Demirbaş**, s. 70.

27 **von Tuhr/Peter**, s. 326; **Gauch/Schluemp/Schmid**, s. 201, N. 880; **Basler Komm. OR I/Schwenzer**, Art. 29, N. 7; **Bucher**, s. 226; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 451; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 477, N. 9; **Akyol**, s.

zarar verileceği tehdidi hem haksız fiile hem de suça ilişkin unsurları ihtiva etmekte olup, hukuka aykırı olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, sözleşmenin yapılmasına neden olan tehdit, zorunluluk hali, meşru müdafaa gibi hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde hukuka aykırı olmayacaktır. Korkutmanın varlığının kabulü açısından tehdidin mutlaka bir haksız fiil veya suç teşkil etmesi zorunlu değildir. Korkutmanın hukuka aykırılığı açısından tehdit edenin bu tehdidin korkutma teşkil ettiğini bilmesi yeterlidir. Tehdit edilenin fiilin hukuka aykırı bir nitelik taşıdığını bilmesi aranmaz<sup>28</sup>.

### **B. Bir Hakkın veya Kanundan Doğan Yetkinin Kullanılacağı Korkutmasının Hukuka Aykırı Olması (TBK m. 38/f.2)**

Bir kişi, bir hakkın veya kanundan doğan yetkinin kullanılacağı bildirimini üzerine sözleşme yapmak zorunda kalmış ise kural olarak bu sözleşme geçerli bir sözleşmedir ve bunun bağlayıcı olmadığı ileri sürülemez<sup>29</sup>. Örneğin, alacağını elde etmek isteyen alacaklının borç ifa edilmediği takdirde icra takibine girişeceği, dava açacağı, sözleşmeyi sona erdireceği beyanı hukuka aykırı olmayıp, sadece bir hak ya da kanundan doğan yetkinin kullanılacağını bildirilmesidir. Burada haklı bir sebebe (alacağını elde etmek) dayanan alacaklı, kanunun çizdiği sınırlar içinde borçluyu ifada bulunması için zorlamaktadır. Bir hakkın veya kanundan doğan yetkinin kanunun öngördüğü kapsam ve yöntemle kullanılması durumunda hukuka aykırılık söz konusu olmaz. Anayasa m. 36'da hak arama özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Bu maddeye göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. TBK m.38/f.2'de bir hak ya da kanundan doğan yetki bir sözleşmenin yapılmasında tehdit aracı olarak kullanılmaktadır<sup>30</sup>.

Bir hak ya da kanundan doğan yetkinin kullanılacağı tehdidiyle karşılan tarafın bu tehdit sebebiyle zor durumda kalması neticesinde sözleşmeyi yapmak zorunda kalması durumunda, bu sözleşme tehdit eden için aşırı bir menfaat sağlıyorsa bu tehdit hukuka aykırı olur. Bu durumda hak ya da kanundan doğan yetki, hukuk düzeninin korumadığı menfaatlerin elde edilmesi amacıyla kullanılmaktadır<sup>31</sup>.

314; Özkaya, s. 394; Demirbaş, s. 67.

28 Schmidlin, Art. 29/30, N. 38; Yavuz, s. 197; Köroğlu, s. 135.

29 Etter, s. 73; von Tuhr/Peter, s. 327; Schmidlin, Art. 29/30, N. 42; Bucher, s. 226; Basler Komm. OR I/Schwenzer, Art. 30, N. 8; Schwenzer, s. 299, N. 38.21; Eren, s. 456, N. 1246; Kılıçoğlu, s. 284; Antalya, s. 409, N. 1756; Nomer, s. 104, N. 67.1; Esener/Gündoğdu, s. 168; Günergök/Kayhan, s. 143; Demirbaş, s. 70-71; Özkaya, s. 424; "...Öte yandan, kural olarak yasal bir hakkın kullanılacağını bildirmek dava açılacağı, icra takibi yapılacağı, iflasın isteneceği tehditlerini ileri sürmek, ya da yasal bir hakkı kullanmak ikrah sayılamaz.", Yarg. 1. HD, E. 2018/2470, K. 2018/13056, T. 3.10.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

30 Kılıçoğlu, s. 286; "...tacirlerin, yargıya ihbar ve şikayet edileceği tehdidiyle sözleşmeye razı edildiği durumlarda ikrah söz konusu değildir. İhbar ve şikayet, gerçeği yansıtıyorsa anayasal hakkın kullanılması olur; değilse onu yapan sonuçlarına katlanır.", Yarg. 19. HD, E. 2002/2827, K. 2002/7580, T. 29.11.2002, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

31 Saymen/Elbir, s. 277; Köroğlu, s. 138.

## 1. Hak ya da Kanundan Doğan Yetkinin Kullanılacağıın Bildirilmesi

TBK m. 38/f.2'ye göre, kokutmanın hukuka aykırılığında söz edilebilmesi için öncelikle bir hakkın veya kanundan doğan yetkinin bulunması gerekir<sup>32</sup>. Sözleşmeden doğan haklar ile Türk Borçlar Kanunundan ve mevzuattan kaynaklanan hak ve yetkiler bu kapsamda yer alır<sup>33</sup>. Hak ya da kanundan doğan yetki, bunların kullanılacağı tehdidinde bulunulduğu an itibariyle mevcut olmasa dahi, yakın sayılabilecek bir zaman diliminde doğacak bir hakkın veya kanundan doğan yetkinin kullanımı tehditleri de korkutma sayılabilir<sup>34</sup>.

Bir hak ya da kanundan doğan yetki bulunmamasına rağmen bu hak ya da yetki varmış gibi bildirim yapılması durumunda tehdit edilenin hak ya da kanundan doğan yetkinin bulunmadığını bildiği ya da somut durumun şartları çerçevesinde bilebilecek durumda olduğu söylenebiliyorsa kokutmanın hukuka aykırılığında bahsedilemez<sup>35</sup>. Tehdit edilen, gerçekte bulunmayan bir hakkın veya kanundan doğan yetkinin bulunduğu iyiniyetli olarak inanmış ise şartları varsa TBK m. 38/f.1 hükmüne dayanarak hukuka aykırılık iddiasında bulunabilir<sup>36</sup>.

Bir hakkın veya kanundan doğan yetkinin kullanılacağı tehdidinin bu tehdit altında sözleşmeyi yapan kişinin kendisine yöneltilmiş olmasıdır. Başka bir kişiye yapılan bu şekildeki bir tehdit sebebiyle sözleşme yapılmak zorunda kalınmış ise somut olayın şartları çerçevesinde sözleşme yapanın yakınlarına yönelik bir tehdit sebebiyle (TBK m. 38/f.1) korkutmanın gerçekleştiği kabul edilebilir<sup>37</sup>.

Tehdit edilen kişi gerçek kişi olabileceği gibi bir tüzel kişi de olabilir. Tüzel kişi iradesini organları aracılığıyla açıkladığından tehdit tüzel kişinin temsile yetkili organında yer alan gerçek kişi ya da

32 **Schmidlin**, Art. 29/30, N. 47; **Kılıçoğlu**, s. 284; **Özkaya**, s. 425; **Demirbaş**, s. 71; "Bundan başka ( bir hakkın veya kanuni salahiyetin ) kullanılacağı da ileri sürülmüş olmak gerekir. Bu durumda hak niteliğinde olmayan bir şeyin istenilmesi veya kanuna aykırı bir işlemin yapılacağıın söylenmesi, bu hükme uygun bir tehdidin ve ikrahın var sayılmasını gerektirmez. Davacı, Hazirandan Kasıma kadar belediyenin kendisine kiraladığı gazinoyu boşaltma yükümlülüğünü kabul etmedikçe işletme ruhsatı verilmeceği bildirildiğinden, bu tehdit altında verilmiş 16.7.1963 günlü yükümlülük belgesinin geçersiz sayılmasına karar verilmesini istemiştir. Oysa ki belediyenin ileri sürdüğü bildirilen ruhsatname vermeme durumu, belediye için ne bir hak ne de yasaaya uygun yetkidir. Bir gazinonun belediye yönetmelikleri hükümlerine uygun durumda bulunması halinde, başvurma üzerine, belediye ruhsatname vermeğe mecburdur. Bu durumda olan bir gazino için, ruhsatname vermeme keyfiyeti, belediyenin keyfi bir davranışı olması bakımından buna karşı her zaman iptal ve tazminat davası açılabilir. O halde de yasanın geçersizlik için aradığı hak veya kanuni salahiyetin kullanılması unsurları olayda gerçekleşmiş sayılmaz. Bu yolla belediyenin olumsuz davranışı giderilebileceğine göre, mal varlığı için derhal gerçekleşecek bir tehlikeden ve ağırlığından söz dileyemez. İptal için yasanın aradığı şartların gerçekleştiği düşünülemezğinden davanın reddedilmemiş bulunması bozmayı gerektirir.", **Yarg. 4. HD, E. 1967/2642, K. 1967/3792, T. 2.5.1967**, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

33 **Köroğlu**, s. 140.

34 **Demirbaş**, s. 71, dn. 219.

35 **Etter**, s. 77; **Demirbaş**, s. 71; **Köroğlu**, s. 140.

36 **Etter**, s. 78-79; **Schmidlin**, Art. 29/30, N. 47; **Demirbaş**, s. 71-72; **Köroğlu**, s. 141.

37 **Demirbaş**, s. 71, dn. 219; "Davacının dava dilekçesinde dayandığı olayları nitelemek ve bu tavsife uygun yasa maddelerini tespit edip uygulamak HUMK.nun 76. maddesi gereğince hakimın görevi gereğidir. Davacı dava dilekçesinde damadı Ersin'in borcundan dolayı davalı alacaklının icra memuru ile birlikte, borçlu Ersin'le birlikte oturduğu eve hacze geldiklerini, kızına çeyiz olarak verdiği eşyaların haczedileceği sırada Ersin'in borcunu kabul ederek 100.000 lira para ile dava konusu iki çeki davalıya bu müzayaka durumundan dolayı verdiğini ileri sürmüştür. Böylece, BK.nun 30/2. maddesine dayanmaktadır. Burada, borçlu davacı olmadığı gibi haczedilen mallar da kendisine ait bulunmamaktadır. Bu itibarla bir hakkın veya kanuni salahiyetin kullanılacağı tehdidi ile müzayakaya dışarı olduğu kabul edilemez. Bu nedenle olaya uygun düşmeyen gerekçe ile hüküm tesisi bozmayı gerektirir." **Yarg. 13. HD, E. 1988/4352, K. 1998/5649, T. 24.11.1988**, Legalbank.



kişilerin iradesine etki yapmaktadır<sup>38</sup>. Temsile yetkili organ tek kişiden oluşuyor ise bu kişinin tehdide maruz kalması, tüzel kişinin korkutulması anlamına gelir. Organın birden fazla kişiden oluşması durumunda ise sözleşmenin yapılıp yapılmayacağına ilişkin karar verilirken karar çoğunluğunun sağlanmasında tehdit edilen üyenin/üyelerin etkisi bulunup bulunmadığı belirlenmelidir. Tehdit edilen üye/üyelerin katılımıyla karar alınmış ve sözleşme yapılmış ise, tüzel kişi korkutma sebebiyle sözleşmeyle bağlı olmadığını ileri sürebilir. Temsile yetkili olmayan organa yönelen tehdit ise korkutma teşkil etmez<sup>39</sup>.

Hak ya da kanundan doğan yetkinin kullanılması birçok sebepten kaynaklanabilir. Alacaklının alacağını tahsil etmeye yönelik ifa talebi, dava açması, icra takibine başlaması, takip sürecinde haciz ya da satış talebi tehdit konusu olabilir<sup>40</sup>. Alacak hakkı dışında kalan diğer kişisel hakların özellikle yenilik doğuran haklar ile def'i haklarının kullanılacağı da bildirilebilir<sup>41</sup>.

Aile ve miras hukukundan doğan hakların kullanılacağı tehdidiyle de bir kişinin sözleşme yapması sağlanabilir<sup>42</sup>. Ayrıca, suç işleyen bir kişinin bu suçun ihbar veya şikâyet edileceği tehdidi ile sözleşme yapmaya zorlanması da söz konusu olabilir<sup>43</sup>.

38 **Gauch/Schlupe/Schmid**, s. 200, N. 876; **Schmidlin**, Art. 29/30, N. 28; **Basler Komm. OR I/Schwenzer**, Art. 30, N. 4-5; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 449; **Antalya**, s. 406, N. 1764; **İstanbul Şerhi/Kurşat**, m. 38, N. 6, dn. 72; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 475, N. 6; **Oğuzman/Öz**, s. 120, N. 366, dn. 361; **Demirbaş**, s. 47; **Özkaya**, s. 393. Tüzel kişiyi temsile yetkili organlar her bir tüzel kişi için ilgili kanunlarda düzenlenmiştir. Bkz. TMK m. 84, 109, TTK m. 223, 318, 365, 623, Kooperatifler Kanunu m. 56.

39 **Köroğlu**, s. 96-97.

40 **von Tuhr/Peter**, s. 327; **Etter**, s. 80; **Bucher**, s. 226; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 451; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 477, N. 9; **Akyol**, s. 316.

41 **Etter**, s. 80; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 451; **Demirbaş**, s. 142. Tehdit edenin sözleşmeyi feshedeceğini, önalım hakkını kullanacağını, kendisine yapılan bir başka teklifi kabul edeceğini bildirmesi örnek verilebilir, **Köroğlu**, s. 142.

42 **Etter**, s. 80; **Köroğlu**, s. 142. Eşlerden biri istediği bedel ödenmedikçe boşanmaya razı olmayacağını diğer eşe mirasbirakan belirli bir kişiyle evlenmediği takdirde mirasından mahrum bırakacağını mirasçısına bildirdiğinde muhatabını zor durumda bırakmaktadır, **Demirbaş**, s. 73.

43 Kural olarak, kanunda suç olarak düzenlenmiş olan bir fiili işleyen kişiye işlediği suçun yetkili makamlara ihbar ya da şikâyet edileceğini bildirmek hukuka aykırı bir netelik taşımaz., **Etter**, s. 81; **Schmidlin**, Art. 29/30, N. 44; **Demirbaş**, s. 73; bkz. **BGE 125 III 353**. Yapılması istenen sözleşme ile işlenen suç arasında objektif bir bağlantı varsa yani sözleşme işlenen suçun sonuçları ile ilgiliyse ve suç ihbarında veya şikâyetinde bulunulacağı tehdidi suç işleyen zor durumda kalması sebebiyle aşırı bir menfaat elde edilmesini sağlıyor ise, bu tehdit hukuka aykırıdır. Aşırı menfaat sağlanması söz konusu değilse tehdidin hukuka aykırılığında bahsedilemez., **von Tuhr/Peter**, s. 328; **Basler Komm. OR I/Schwenzer**, Art. 30, N. 9; **Präjudizienbuch OR/Bernhard**, Art. 30, N. 4; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 477, N. 10; **Antalya**, s. 410, N. 1788; **Köroğlu**, s. 143; **BGE 125 III 353**; bkz. **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 287, N. 896. Örneğin, A'nın aracına 5.000 TL zarar veren B'ye karşı 10.000 TL ödemediği takdirde bu suçun ihbar veya şikâyet edileceği tehdidinde bulunması durumunda, A, B'nin zor durumunda kalmasından aşırı menfaat elde ettiğinden, bu tehdit hukuka aykırı olur. A'nın 5.000 TL talep etmesi durumunda ise ödemeyi yapan B, tehdidin hukuka aykırı olduğunu ileri süremez. Yapılması istenen sözleşme ile işlenen suç arasında herhangi bir bağlantı yoksa, örneğin aracı hasara uğrayan A, hasar tutarı ödenmediği takdirde B'nin daha önce işlemiş olduğu suç teşkil eden bir fiili ihbar veya şikâyet edeceğini bildirmişse şartları varsa TBK m. 38/f.1 uygulanır., **Basler Komm. OR I/Schwenzer**, Art. 30, N. 9; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 478, N. 10; **Antalya**, s. 410, N. 1788; **Köroğlu**, s. 144; **Demirbaş**, s. 76; "Bu cümleden olarak bir hakkın veya kanuni yetkinin kullanılmasız sözkonusu olmadıkça tehdit hukuka aykırı olduğu gibi, bir hakkın veya kanuni yetkinin kullanılacağı tehdidinin tehdit olunan için yarattığı güç durumdan aşırı menfaat elde etmek üzere yararlanılmışsa yapılan tehdit yine hukuka aykırıdır. (BK.Mad.30/II) Örneğin,... bir ceza davası açma tehdidi ile aşırı menfaat sağlayacak bir sözleşmenin yapılması böyledir.", **Yarg. 3. HD, E. 2000/8427, K. 2000/9776, T. 12.10.2000**, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Tehdit edenin serbest tasarrufunda olan (tehdit edilenin kabulüne veya iznine ihtiyaç duyulmayan) işlemleri aleyhe kullanacağını bildirerek tehdit edilenden aşırı bir menfaat elde etmesi de mümkündür<sup>44</sup>.

## 2. Korkutulanın Zor Durumda Kalmasından Aşırı Bir Menfaat Sağlanması

### a. Genel Olarak

Bir hakkın veya kanundan doğan yetkinin kullanılacağı bildirim tehdit edilenin zor durumda kalmasından dolayı bildirimde bulunana aşırı bir menfaat sağlamış olmalıdır. Bu şart açısından “zor durumda kalma” ve “zor durumda kalmadan kaynaklı aşırı menfaat sağlama” unsurları birlikte gerçekleşmedikçe korkutmanın varlığından bahsedilemez.

Öğretide bir görüşe göre<sup>45</sup>, tehdit edilenin zor durumda kalması unsurunun ayrıca belirtilmesine ihtiyaç yoktur. Tehdit edilenin zor durumda kalması ile kastedilen, tehdit sonrası tehdit edilenin içerisine düştüğü durumdur ve bu tehdidin genel şartlarını düzenleyen TBK m. 38/f.1 hükmünde de aranmaktadır. Bu sebeple, TBK m. 38/f.2 hükmünün uygulanabilmesi açısından önemli olan unsur tehdit edenin aşırı bir menfaat sağlamasıdır.

Tehdit edilen zor durumda kalsa da bir hakkın veya kanundan doğan yetkinin kullanılması tehdit eden açısından aşırı bir menfaat sağlamıyor ise ortada hukuka aykırı bir durum bulunmayacağından dolayı kokutma söz konusu olmaz<sup>46</sup>.

44 Yargıtay vermiş olduğu bir kararda bir avukatın tutuklu müvekkilinin bu durumundan faydalanarak davaya devam etmeyeceği ve bu durumda işlerin çok daha kötü olacağı tehdidiyle müvekkilini kendisine ödünç para verdiği yönünde irade açıklamasında bulunmaya sevketmesinin korkutma olduğuna hükmetmiştir., **Yarg. 4. HD, E. 1969/148, K. 1969/1698, T. 4.11.1969**, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Arabasının kendisine vermediği takdirde boşanma davası açacağını bildiren kocanın bu tehdidi karşısında arabanın devrini gerçekleştiren eş açısından sözleşme bağlayıcı değildir., **Yarg. 2. HD, E. 1997/7595, K. 1997/8078, T. 9.7.1997**, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Kiralayanın kira sözleşmesini fesih hakkını kullanacağını bildirerek, kiracının aşırı bedel ile sözleşmeyi yenilemesini sağlamasında da kiralayan fesih hakkını bir tehdit olarak kullanmaktadır., **YHGK, E. 2004/3-192, K. 2004/174, T. 31.3.2004**, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

45 **Tunçomağ, Kenan**, Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, Altıncı Bası, İstanbul 1976, s. 365-366.

46 **Köroğlu**, s. 145; **Antalya**, s. 409, N. 1787; **Esener/Gündoğdu**, s. 168-169; **Özkaya**, s. 424; “İkrah olunan taraf, hal ve mevkiine nazaran kendisinin yahut yakın akrabasından birinin hayat veya şahıs veya namus yahut malları ağır ve derhal vukubulacak bir tehlikeye maruz olduğuna kanaat getirdiği takdirde ikrah, muteber addolunur. Bir hakkın veya kanuni salâhiyetin isteneceği ve kullanılacağı tehdidi ile müzayakaya dıçar olan kimsenin yaptığı akit, tehdit eden için fahiş menfaatler temin etmiyorsa; bu tehdit, ikrahı muteber addolunmaz. Fakat fahiş menfaatler istihsali için tehdit olunan tarafın müzayaka halinde bulunmasından istifade olunmuş olursa bu korku nazara alınır.”, **Yarg. 11. HD, E. 2005/13977, K. 2007/1287, T. 5.2.2007**, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; “İkrahın koşulları B.K.nun 30.maddesinde belirtilmiş olup, aynı maddenin 2.fıkrasında bir hakkın veya kanuni yetkinin isteneceği veya kullanılacağı tehdidi ile müzayakaya dıçar olan kimsenin yaptığı akdin, tehdit eden için fahiş menfaatler temin etmemesi halinde tehdidin ikrah teşkil etmeyeceği hükmü getirilmiştir. Olayda davacı şirket ve ortakları ile yetkililerinin hayat, namus, mal ve hürriyetine yönelik bir tehdidin varlığı ileri sürülüp kanıtlanmış değildir. Davalı idarenin bağlı bulunduğu bakanlığın başında bulunan bakanın, keşif artışı ile ilgili işleri 2001 yılı fiyatları ile yapmayı kabul ettiğine dair taahhütname vermemesi halinde keşif artışı imzalamayacağı, sözleşmeyi feshedeceği ve hakediş ödemesini geciktireceğine dair beyanı, taahhütname tarihi itibarıyla keşif artışının iş bedelinin %30'unu aşması nedeniyle keşif artışını imzalamama ve sözleşmeyi fesih yetkisi bulunduğundan kanuni yetkinin kullanılacağını bildirme niteliğindedir. Davası için %30 keşif artışı dışında kalması nedeniyle bu işin yapılması ayrı bir sözleşme konusu olup davalı idarenin yeniden ihale yaparak işi aynı veya daha düşük bedelle başka bir yükleniciye vermesi ihtimali gözden uzak tutulamayacağından idarenin fahiş menfaat temin ettiğinden söz etmek mümkün değildir. Bunun yanında idarenin ne şekilde fahiş menfaat temin ettiği

Öğretide TBK m. 28'de düzenlenen aşırı yararlanmanın şartlarından olan zor durumda kalma ve yararlanma şartlarının TBK m. 38/f.2 için de aynen aranması gerektiği kabul edilmektedir<sup>47</sup>.

Bununla birlikte her iki düzenleme arasında farklar da bulunmaktadır. TBK m. 38/f.2'de belirtilen zor durumda kalma, tehdit edenin bir hak ya da kanundan doğan yetkinin kullanılacağı bildiriminden sonra ortaya çıkmaktadır<sup>48</sup>. TBK m. 28'de düzenlenen aşırı yararlanma durumunda ise kişi sözleşme yapılmadan önce olumsuz bir durum içinde bulunmakta, bu durumun elverişsiz koşullarından kurtulmak amacıyla sözleşme yapmaktadır. Burada tehdit kastıyla hareket edilerek, bir kişinin sözleşme kurmaya sevk edilmesi söz konusu değildir<sup>49</sup>. Ayrıca, TBK m. 38/f.2'de belirtilen zorda kalma durumu, sözleşmenin tarafı dışında bir üçüncü kişinin tehdidiyle de ortaya çıkabileceğinden TBK m. 28 hükmünden farklılaşmaktadır<sup>50</sup>.

### **b. Korkutulanın Zor Durumda Kalması**

TBK m. 38/f.2'ye göre, korkutmanın varlığının kabul edilebilmesi için, bir hakkın veya kanundan doğan yetkinin kullanılacağı tehdidi karşı tarafın zor durumda kalmasına neden olmalıdır.

Zor durumda kalmadan anlaşılması gereken tehdit edilenin sözleşmeyi kurarken maddi ya da manevi açıdan şiddetli bir sıkıntı ve çaresizlik hissetmesidir<sup>51</sup>. Zor durumda kalma genellikle mali ya da ekonomik bir sıkıntı içine girme şeklinde karşımıza çıkmaktadır<sup>52</sup>.

Bir hak ya da kanundan doğan yetkinin kullanılacağı tehdidi ile karşı karşıya kalan kişinin bu tehditten önceki durumu bu tehdit ile sarsılmakta, kendisinin tehdit edenin aşırı bir menfaat sağlayacağı bir sözleşme yapmak ya da bu tehdidin olumsuz sonuçlarına maruz kalma dışında başka bir seçeneği bulunmamaktadır. Tehdit edilen kişi, tehdit fiilinin gerçekleşmesi sonucunda karşılaşacağı olumsuz sonuçların sözleşme kurmaya göre daha ağır ve tehlikeli olacağını düşünerek, sözleşmeye yapmayı tercih etmektedir<sup>53</sup>. Borcu sebebiyle hakkında icra takibine başlanacağı beyanıyla karşılaşan borçlunun, bu takip sebebiyle çok daha fazla zarara uğrayacağı düşüncesiyle taşınmazını değerinden düşük bir bedelle satmayı kabul etmesi bu duruma örnek verilebilir.

*de somut delillerle kanıtlanamamıştır. Kaldı ki davacı müzayaka halinde olması nedeniyle taahhütnameyi verdiğini ispat edemediği gibi keşif artışları dahil tüm iş bedeli dikkate alındığında müzayaka halinde bulunduğu kabulü de mümkün değildir.*, Yarg. 15. HD, E. 2004/4318, K. 2005/2091, T. 7.4.2005, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

47 **Etter**, s. 84, **von Tuhir/Peter**, s. 327, dn. 47; **Präjudizienbuch OR/Bernhard**, Art. 30, N. 4; **Antalya**, s. 409, N. 1787; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 477, dn. 18; **Köroğlu**, s. 146; **Demirbaş**, s. 77, dn. 242.

48 **Etter**, s. 79 vd..

49 **Demirbaş**, s. 77, dn. 242.

50 **Belser, Eva Maria**, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Freiburg (Schweiz) 2000, s. 341, **Demirbaş**, s. 77, dn. 242'den naklen.

51 **Berner Komm. OR/Kramer**, Meier-Hayoz Artur (Hrsg.), Berner Kommentar, Band VI, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-20 OR, Bern 1991, Art. 21, N. 36; **Antalya**, s. 419, N. 1840; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 489, N. 16; **Köroğlu**, s. 147; **Kılıçoğlu**, s. 291-292; **Oğuzman/Öz**, s. 143, N. 431.

52 **Antalya**, s. 419, N. 1840; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 489, N. 16.

53 **Oser/Schönenberger**, Art. 30, N. 13; **Demirbaş**, s. 77; **Köroğlu**, s. 148.

Zor durumda kalma halinin süreklilik göstermesi zorunlu değildir. Önemli olan sözleşmenin kurulması anında tehdit edilenin zor durumda kalmasıdır<sup>54</sup>.

Örneğin, A şirketi ile S şirketi arasında akdedilen bir satış sözleşmesinde A'ya teslim ettiği ürünlerin ayıplı olduğunu kabul eden S'nin, bu ürünlerin ve A'nın sipariş aşamasında yaptığı ön ödeme ile satış tutarının kalan kısmı için teminat olarak verdiği teminat mektubunun iadesinin sözleşme gereği kendisinin ibra edilmesi şartıyla mümkün olabileceğini A'ya bildirmesinin TBK m. 38/f.2 anlamında bir korkutma sayılabilmesi için bu bildirim üzerine A'nın zor durumda kalması ve S'nin aşırı menfaat sağlamış olması gerekir. Bu örnekte, ayıplı ifadan doğan zararlarını da talep eden ancak bu talebi satıcı tarafından kabul edilmeyen alıcı şirket ön ödemenin ve teminat mektubunun iadesi gerçekleşmediği takdirde mali ya da ekonomik açıdan zorda kalacağı düşüncesiyle ibra sözleşmesi yapmak zorunda kalabilir. Bu durumda, zorda kalma halinin varlığı açısından alıcı şirketin mali verilerinin incelenmesi, sözleşmenin yapıldığı tarihteki şirketin kısa vadeli borç ödeme gücünün tespit edilmesi gerekir. Borç ödeme gücünün belirlenebilmesi için de likidite oranı ve nakit oranı hesaplanmalıdır<sup>55</sup>. Bu oranların düşük seviyelerde<sup>56</sup> kalması durumunda ise şirketin kısa vadeli borçlarını ödemediği bu bağlamda zorda kalma halinin gerçekleştiği kabul edilebilir.

### c) Aşırı Menfaat Sağlanması

Bir hak ya da kanundan doğan yetkinin amacına uygun kullanılması halinde hukuk düzenine aykırılıktan söz edilemez. Burada hukuka aykırılığa neden olan husus hak ya da kanundan doğan yetki kullanılarak aşırı menfaat sağlanmasıdır<sup>57</sup>. Korkutmanın varlığı açısından aşırı menfaat sağlama olgusu gerçekleşmiş olmalıdır. Bir başka anlatımla, bir hak ya da kanundan doğan yetkinin kullanılacağı tehdidine maruz kalan kişi zor durumda kalmış olabilir. Ancak, bu zor durumda kalmadan tehdit eden aşırı bir menfaat elde etmelidir ki korkutma gerçekleşmiş olsun. Tehdit eden aşırı bir menfaat sağlamamış ise karşı tarafın zor durumda kalması tek başına korkutmanın varlığının kabulü için yeterli değildir<sup>58</sup>.

54 **Köroğlu**, s. 148.

55 Likidite oranı, şirketin kısa vadeli borç ödeme gücünü ortaya koymak amacıyla hesaplanır. Likidite oranının temel aldığı veriler; aktifte yer alan dönen varlıklar ve pasifte yer alan kısa vadeli borçlardır. Likidite Oranı (Asit-Test Oranı) = (Dönen Varlıklar – Stoklar) / Kısa Vadeli Borçlar şeklinde formüle edilir. Nakit oran, ticari alacaklar tahsil edilmeksizin ve stoklar paraya çevrilmeksizin bir başka deyişle nakit girişi olmaksızın şirketin kısa vadeli borçlarını ödeme gücünü gösterir. Nakit oranın çok düşük olması, şirketin nakit sıkıntısı içerisinde olduğuna işaret etmektedir. Nakit Oran = Hazır Değerler / Kısa Vadeli Borçlar şeklinde formüle edilir, **Gümüüş, Umut, Tolga/Şakar, Zekayi/Akkn, Gürkan/Şahin, Mustafa**, “Finansal Analizde Kullanılan Oranlar ve Firma Değer İlişkisi: BİST’de İşlem Gören Çimento Firmaları Üzerine Bir Analiz”, Karadeniz Sosyal Bilimler Dergisi, C. 9, S. 16, 2017, s. 4 vd.; **Yenisu, Ersin**, “Finansal Tabloların Oran Analizi İle İncelenmesi: Adese Örneği”, Aksaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 3, S. 1, 2019, s. 25-26.

56 Uygulamada likidite oranının 1 ile 1,5 arasında hesaplanması normal kabul edilmekte, söz konusu oranın 1’in altında olması yetersiz likit varlık olduğu izlenimi vermektedir. Nakit oranın ise 0,20 olması normal kabul edilmektedir., **Tenker, Nejat/Akdoğan, Nalan**, Finansal Tablolar ve Mali Analiz Teknikleri, 13. Baskı, Ankara 2010, s. 649; **Tekin, İbrahim**, Finansal Analiz Teknikleri ve Finansal Analiz Üzerine Bir Uygulama, Adıyaman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017, s. 41 vd.; **Yenisu**, s. 25-26.

57 **Bucher**, s. 226; **Gauch/Schlupe/Schmid**, s. 201, N. 880; **Basler Komm. OR I/Schwenzer**, Art. 30, N. 8; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 451; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 477, N. 9; **Hatemi/Gökyayla**, s. 94.

58 **von Tuhr/Peter**, s. 327; **Basler Komm. OR I/Schwenzer**, Art. 30, N. 8; **Kılıçoğlu**, s. 287; **Esener/Gündoğdu**, s. 168-169;

Aşırı menfaat sağlamak amacıyla bir hakkın veya kanundan doğan yetkinin kullanılacağı tehdidinin sözleşmenin karşı tarafı ya da üçüncü kişi tarafından yapılması açısından bir fark bulunmamaktadır. Ancak, üçüncü kişi tarafından yapılan tehdit sonucunda yapılan sözleşmenin bu kişi açısından aşırı menfaat sağlaması gerekir. Sözleşme üçüncü kişiye aşırı bir menfaat sağlamıyor ise TBK m. 38/f.1 kapsamında hukuka aykırılık gerçekleşmiş olur<sup>59</sup>.

Tehdit edenin aşırı bir menfaat sağlayıp sağlamadığını takdir edecek olan hâkimdir. Hâkim, hakkın veya kanundan doğan yetkinin kullanılmasyla elde edilebilecek menfaati önemli ölçüde aşan bir menfaat sağlandığına kanaat getirmiş ise korkutma gerçekleşmiştir<sup>60</sup>. Aksi durum, hak ya da kanundan doğan yetkinin kullanılacağı tehdidinin korkutma sayılmasına engeldir<sup>61</sup>.

Özkaya, s. 426.

59 **Demirbaş**, s. 80.

60 **Etter**, s. 83; **Bucher**, s. 226; **Schmidlin**, Art. 29/30, N. 50; **Präjudizienbuch OR/Bernhard**, Art. 30, N. 4; **Özkaya**, s. 426; **Köroğlu**, s. 149-150. İşverenin işyerindeki mallara zarar veren işçiye 10.000 TL'lik bir senet imzalamadığı takdirde iş akdine son vereceğini bildirmesi durumunda işçinin verdiği zararın miktarı dikkate alınacaktır. Zarar tutarı senette belirtilen tutar kadar ise hukuka aykırılık söz konusu değildir. Ancak zarar tutarı daha az ise iş akdine son verileceği bildiriyle zor duruma düşen işçinin bu durumundan yararlanılarak, aşırı bir menfaat elde edildiği kabul edilebilecektir., **Demirbaş**, s. 78-79. Tahliye davasını kazanan kiraya verenin, mevcut kiranın üç katını vermesi koşuluyla yeni bir sözleşme yaparak dairede oturmaya devam edebileceğini kiracıya bildirmesi durumunda, kiraya verenin talep ettiği yüksek kira bedelinin aynı konumdaki bir daireye göre aşırı bir farklılık gösterip göstermediği araştırılarak sonuca varılacaktır., **Kılıçoğlu**, s. 287-288. "Bir hakkın kullanılacağı tehdidi ile düzenlenen borç belgesi, yalnız bu tehdit yüzünden geçersiz sayılmaz. Belgenin geçersizliği için, borçlananın müzayakaya düşüp elde edilen faydanın fahiş olması gerekir. Davalının kardeşi ve kardeşinin çocuğu olan davacıardan aldığı 1673 liralık borç belgesi gerçekten çalınan eşyaya ilişkin ise, belge tehdit veya müzayaka ile elde edilse bile, iptal gerekmez. Çünkü, yalnız bu halde, faydanın fahiş olması değil, zararın giderilmesi söz konusudur. O halde, bu nitelikteki bir uyumsuzlukta, Borçlar Kanununun 30. maddesinin son fıkrası hükmünce, geçersizliğe karar verilmesi için aranan diğer iki şartın olayda var olup olmadığı yönünün incelenmemiş olması usul ve kanuna aykırıdır.", **Yarg. 4. HD, E. 1964/9295, K. 1965/6717, T. 2.12.1965**, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

61 "Davacıların kiralanda otururlarken ve Yasanın korunması altında buldukları esnada verdikleri tahliye taahhütleri geçerlidir. 6570 sayılı Ka. Mad. 7/a ). Olayda davalının aldığı bu tahliye taahhüdünü tahliye konusunda bir tehdit ve baskı aracı olarak kullanmak suretiyle kira bedellerini aşırı arttırdığı veya başkaca toplu paralar aldığı ve böylece fahiş menfaat elde ettiği iddia edilmediğine göre sonraki yıllarda alınan ve önceki tahliye taahhüdünü izleyen tahliye taahhütleri de geçerlidir. Çünkü Borçlar Kanunu'nun 31. maddesinin 2. fıkrası gereğince bir hakkın veya kanuni yetkinin kullanılacağı tahdidi, fahiş menfaatler elde edilmemiş ise hukuka aykırı sayılmaz ve böyle bir ikrah işlemi geçersiz hale getirmez. Öte yandan davalı kiralayanın sadece birden çok tahliye taahhüdü alması kötü niyetli olduğunun kabulüne neden teşkil etmez. Davalının geçerli bir tahliye taahhüdüne rağmen, kira sözleşmesini tekrar tahliye taahhüdü ararak yenilemesi ve başkaca aşırı bir yarar elde etmemesi kiracının da yararına uygundur.", **YHGK, E. 1990/13-352, K. 1990/447, T. 3.10.1990**, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; "Borçlar Kanununun 30. maddesinde ikrahın şartları açıklanmıştır. Buna göre, bir hakkın veya kanuni yetkinin talep ve kullanılması tehdidi ile müzayakaya duçar olan kimsenin yaptığı akit, tehdit eden için fahiş menfaatler temin etmiyorsa bu tehdit muteber addolunamaz. Fakat, tehdit olunan taraftan fahiş menfaatler istihali için kendisinin hali müzayakada bulunmasından istifade olunmuş olursa, bu korkunun göz önünde tutulması gerekmektedir. Olayda ise, sözü geçen kolektif şirketin tehdidi altında fahiş menfaatlerin temin edilmiş olduğunu göstererek bir halin mevcudiyeti ispat edilmiş değildir. Zira, dosyadaki belgelere ve bilirkişi raporundaki açıklamalara göre; alacağın esas 80.000 liradan ibarettir. Geri kalan 20.000 liranın ise cezai şart olduğu anlaşılmaktadır. 80.000 liralık alacak karşılığında, davalıya 100.000 liralık emre muharrer senet verilmiş ve davalı bu senede dayanarak kolektif şirket hakkında icra takibine geçmiştir. Bu arada, şirketin 3. kişilerdeki alacakları üzerine ihtiyati haciz konulmasına dair karar alınmış ve Tarsus Çimento T.A.Ş'deki alacaklar üzerine de haciz konulmuştur. Tarsus Çimento Şirketinden başka bir üçüncü kişide alacak bulunduğu dair dosyada her hangi bir belge mevcut değildir. Bu bakımdan borçlu kolektif şirketin borca batık olduğu ve icradaki itiraz üzerine davalının alacağının tahsilinin imkansız hale geldiği ve bu yüzden davalının müzayakaya düşürüldüğü ve borçlunun tehdidi ile alacağından (30.000) lirasını feragate zorlandığı iddiaları da, ispat edilememiştir.", **YHGK, E. 1970/84, K. 1971/2, T. 13.1.1971**, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Örneğin, ön ödemenin ve teminat mektubunun iadesini sağlamak amacıyla ibra sözleşmesi yapmak zorunda kalan alıcı, ayıplı ifa sebebiyle TBK m. 229 kapsamında uğradığı zararlarını – bir başka sözleşme yapma fırsatını kaçırmaması sebebiyle kar kaybı, ürünün iadesi sebebiyle liman, gümrük vb. masraflar – talep etmekten mahrum kaldığında, bu zararları ibra sözleşmesi sayesinde tazmin borcundan kurtulan satıcı açısından da aşırı bir menfaat sağlama şartı gerçekleşmiş olur.

Yargıtay aşırı menfaat sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesine ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararda<sup>62</sup> 500.000 TL alacak için başlatılan takipte haczin durdurulması için fazladan verilen 250.000 TL'lik senette aşırı menfaat olgusunun gerçekleştiğine işaret etmiştir. Öğretide bir görüş<sup>63</sup> bu karara da atıf yapmak suretiyle, normal şartlarda elde edilecek menfaatten %50 ve daha fazlası oranında menfaat edilmesi durumunda aşırı menfaat şartının gerçekleştiğinin ayrıca hâkim tarafından bir değerlendirme yapılmasına gerek olmaksızın kabul edilmesi gerektiğini, zira böyle bir durumda aşırı menfaatin gerçekleştiği hususunda tereddüt bulunmadığını, hâkimin elde edilecek menfaatin %50 oranını aşmadığı durumlarda takdir hakkını kullanabileceğini belirtmektedir.

Bir hakkın veya kanunundan doğan yetkinin tehdit olarak kullanılmasıyla, bir kişi kefil olma, vakıf kurma, mirasın reddi gibi tek tarafa borç yükleyen bir hukuki işlem yapmaya sevk edilmiş ise sağlanan menfaatin aşırı olduğu kabul edilmeli, bu hususta hâkimin bir değerlendirme yapmasına ihtiyaç olmamalıdır<sup>64</sup>.

## SONUÇ

Korkutmanın varlığı açısından öncelikle iradesi sakatlanan kişinin bir tehdide maruz kalmış olması gerekir. Bir hakkın veya yetkinin kullanılması söz konusu değilse tehdit hukuka aykırıdır. Tehdidin hukuka aykırılığından anlaşılması gereken kişinin karar verme özgürlüğüne müdahale etmenin hukuka aykırı olmasıdır. Bir hakkın veya kanundan doğan yetkinin kanunun öngördüğü kapsam

62 “Davacı, davalıya tapulu taşınmazını haricen satmayı taahhüt ederek 500.000 lira kapora aldığını, sonra bu taşınmazını tapu ile başkasına sattığı için davalının verdiği kapora parasının tahsili için ihtiyati haciz kararı alarak infaz ettirmek üzere davacının evine gidildiğinde davacının borcunu kabul ederek ödeme teklifinde bulunduğu, ancak vaktin geç olması nedeniyle ertesi günü ödemek üzere 500.000 liralık çek vermeyi teklif ettiği ancak alacaklı tarafın bunu kabul etmeyerek daha fazla çek verilmediği takdirde haczi tatbik ettirerek eşyaları birlikte getirdiği hamallarla alıp götüreceklerini bildirmesi üzerine davacının da olayı, o sırada evde bulunmayan annesinin ve komşuların duymaması ve itibarının zedelenmemesi için 250.000 liralık daha çek verdiği, davalı tarafın bu çekleri ertesi gün bankadan tahsil ettiği dosyadaki belgeler ve dinlenen tanık beyanları ile sabit olmuştur. Davacı, davalının kendisinden fazla olarak alınan paradan 247.500 liranın ikrar nedeniyle geri verilmesi için bu davayı açmıştır. Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiş, hüküm süresinde davalı tarafından temyiz edilmiştir.

BK. m. 30/2'ye göre bir hakkın veya kanuni salahiyetin isteneceği ve kullanılacağı tehdidi ile müzayakaya duçar olan kimsenin yaptığı akit, tehdit eden için fahiş menfaatler temin etmiyorsa bu tehdit ikrahi muteber addolunamaz. Fakat fahiş menfaatler istihsalı için tehdit olunan tarafın müzayaka halinde bulunmasından istifade olunmuş olursa bu korku nazara alınır.

Somut olayda yasanın öngördüğü bu koşullar gerçekleşmiş bulunmaktadır. Davalı, davacının içinde bulunduğu maddi ve manevi müzayaka halinden yararlanarak ondan fahiş menfaat etmiştir. Öyle ise bu sözleşme B.K. m. 30/2'ye göre geçersiz olup davalı aldığını iade etmek zorundadır.”, **Yarg. 13. HD, E. 1982/4652, K. 1982/6044, T. 19.10.1982**, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; bkz. **BGE 84 II 621**.

63 **Köroğlu**, s. 155.

64 **Etter**, s. 84; **Demirbaş**, s. 80.

ve yöntemle kullanılması durumunda hukuka aykırılık söz konusu olmaz. Bir hak ya da kanundan doğan yetkinin kullanılmasının hukuka aykırılığından söz edilebilmesi için öncelikle kullanılacağı belirtilen bir hak veya kanundan doğan bir yetki bulunmalıdır.

Bir hakkın veya kanundan doğan yetkinin kullanılacağı tehdidi, bu tehdit altında sözleşme yapan kişinin kendisine yönelmiş olmalıdır. Tehdit edilen gerçek kişi olabileceği gibi bir tüzel kişi de olabilir.

TBK m. 38/f.2'ye göre, korkutmanın varlığının kabul edilebilmesi için, bir hakkın veya kanundan doğan yetkinin kullanılacağı tehdidi karşı tarafın zor durumda kalmasına neden olmalıdır. Zor durumda kalmadan anlaşılması gereken tehdit edilenin sözleşmeyi yaparken maddi ya da manevi açıdan şiddetli bir sıkıntı ve çaresizlik hissetmesidir. Zor durumda kalma genellikle mali ya da ekonomik bir sıkıntı içine girme şeklinde ortaya çıkar. Bir şirketin zorda kalıp kalmadığı mali verilerinin incelenmesiyle sözleşmenin yapıldığı tarihteki kısa vadeli borç ödeme gücünün tespit edilmesiyle mümkün olabilir.

Bir hak ya da kanundan doğan yetkinin kullanılmasının hukuka aykırılığa neden olan husus tehdit edenin aşırı menfaat sağlamasıdır. Tehdit edenin aşırı bir menfaat sağlayıp sağlamadığını takdir edecek olan hâkimdir. Aşırı menfaat sağlama, tehdit edenin tazminat borcundan kurtulması şeklinde de gerçekleşebilir.

## KAYNAKÇA

- Akyol, Şener**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler I, İstanbul 1995.
- Antalya, O. Gökhan**, Marmara Hukuk Yorumu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1,1, Temel Kavramlar Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2019.
- Bardakoğlu, Ali**, “İkrah”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, 22. Cilt, İstanbul 2000, s. 30-37.
- Bucher, Eugen**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 1988.
- Demirbaş, Harun**, Türk Borçlar Kanunu'nda Korkutmanın (İkrahın) Şartları ve Sonuçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İÜSBE, İstanbul 2012.
- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara 2020.
- Ergüne, Mehmet Serkan**, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.
- Esener, Turhan/Gündoğdu, Fatih**, Borçlar Hukuku I, Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m.1-48), İstanbul 2017.
- Etter, Josef**, Die Furchterregung nach schweizerischem Obligationenrecht, Freiburg 1954.
- Gauch, Peter/Aeppli, Viktor/Stöckli, Hubert (Hrsg)**, Präjudizienbuch OR Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), 9. Auflage, Zürich 2016 (Präjudizienbuch OR/Yazar).
- Gauch, Peter/Schluemp, Walter R./Schmid, Jörg**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10. Auflage, Zürich 2014.
- Gezder, Ümit**, Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009.
- Gümüş, Umut, Tolga/Şakar, Zekayi/Akkın, Gürkan/Şahin, Mustafa**, “Finansal Analizde Kullanılan Oranlar ve Firma Değer İlişkisi: BİST’de İşlem Gören Çimento Firmaları Üzerine Bir Analiz”, Karadeniz Sosyal Bilimler Dergisi, C. 9, S. 16, 2017, s. 1-23.
- Günergök, Özcan/Kayhan, Şaban**, Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), İstanbul 2020.

- Honsell, Heinrich/Vogt, N. Peter/Wiegand, Wolfgang (Hrsg.)**, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel 2007 (Basler Komm. OR I/Yazar).
- Kılıçoğlu, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş-Genişletilmiş 24. Bası, Ankara 2020.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Basıdan 7 inci Tıpkı Bası, İstanbul 2017.
- Köroğlu, Emre**, Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma, İstanbul 2020.
- Meier-Hayoz Artur (Hrsg.)**, Berner Kommentar, Band VI, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19-20 OR, Bern 1991 (Berner Komm. OR/Yazar).
- Nomer, Haluk N.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 17. Bası, İstanbul 2020.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-1, Güncellenip, Genişletilmiş 18. Bası, İstanbul 2020.
- Öz, Turgut/Acar, Faruk/Gökyayla, Emre/Develioğlu, H. Murat (Editörler Kurulu)**, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Cilt – 1 (Madde 1-82), İstanbul 2019 (İstanbul Şerhi/Yazar).
- Özkaya, Eraslan**, Yanılma-Aldatma-Korkutma Davaları (Hata-Hile-İkrah Davaları), Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2019.
- Saymen, Ferit H./ Elbir, Halid K.**, Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, C. I, İstanbul 1958.
- Schmidlin, Bruno**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses, Art 23-31 OR, 2. Auflage, Bern 2013.
- Schwenzer, Ingeborg**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Bern 2016.
- Serozan, Rona**, “Culpa in Contrahendo”, “Akdin Müsbet İhlâli” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi, İÜMHAD, C. 2, S. 3, 1968, s. 108-129.
- Tekin, İbrahim**, Finansal Analiz Teknikleri ve Finansal Analiz Üzerine Bir Uygulama, Adıyaman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2017.
- Tekinay, S. Sulhi/ Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993.
- Tenker, Nejat/Akdoğan, Nalan**, Finansal Tablolar ve Mali Analiz Teknikleri, 13. Baskı, Ankara 2010.
- Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 2020.
- Tunçomağ, Kenan**, Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt, Genel Hükümler, Altıncı Bası, İstanbul 1976.
- von Tuhr Andreas/Peter Hans**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I (mit Supplement), 3. Auflage, Zürich 1984.
- Yavuz, Nihat**, Borçlar Hukuku El Kitabı, Ankara 2018.
- Yenisu, Ersin**, “Finansal Tabloların Oran Analizi İle İncelenmesi: Adese Örneği”, Aksaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 3, S. 1, 2019, s. 19-45.
- Yılmaz, Ejder**, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2006.



# Şahsi Hak Sağlayan Ön Ödemeli Devre Tatil Sözleşmesinde Tüketicinin Sözleşmeden (Serbestçe) Dönme Hakkı

## Consumer's Right to Rescission in the Pre-Paid Timeshare Contract Providing Personal Right

Mehmet Özgür Avcı \* 

### ÖZ

Şahsi hak sağlayan ön ödemeli devre tatil sözleşmesinde tüketicinin baştan ödediği bedeli sermaye olarak kullanan satıcı karşısında taşınmazın kullanılmasını talep etme dışında bir hak elde edemeyen finansör tüketici, satıcıya karşı korunmaya muhtaçtır. Tüketicinin hiçbir gerekçe göstermeksizin kullanabileceği dönme hakkı, tüketicinin korunmasına hizmet eden imkânlardan biridir. Bu hakkın hüküm ve sonuçları tüketici açısından titizlikle incelenmeli ve değerlendirilmelidir.

**Anahtar Kelimeler:** Tüketici, Şahsi Hak Sağlayan Ön Ödemeli Devre Tatil Sözleşmesi, Dönme Hakkı, Tazminat, İade

### ABSTRACT

The financier consumer, who cannot obtain a right other than demanding the use of the immovable property against the seller who uses the price paid by the consumer as capital in the pre-paid timeshare contract providing personal rights is in need of protection against the seller. The right of rescission, which the consumer can use without any justification, is one of the possibilities that serve to protect the consumer. The terms and consequences of this right should be scrutinized and asses from the consumer point of view.

**Keywords:** Cunsomer, Pre-Paid Timeshare Contract Providing Personal Right, The Right of Rescission, Compensation, Restitution

## I. Giriş

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) m. 50'de ve Devre Tatil ve Uzun Süreli Tatil Hizmeti Sözleşmeleri Yönetmeliği (Yönetmelik)<sup>1</sup> m. 4/d'de devre tatil sözleşmesi, bir yıldan uzun süre için kurulan ve tüketiciye bu süre zarfında birden fazla dönem için bir veya daha fazla sayıda gecelik konaklama imkânı veren sözleşmeler olarak tanımlanmıştır. Bu sözleşmede devre tatil

\* Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

1 04.01.2015 tarih, 29236 sayılı Resmi Gazete. "Bu Yönetmeliğin amacı; devre tatil, uzun süreli tatil hizmeti, değişim ve yeniden satış sözleşmelerine uygulanacak usul ve esasları düzenlemektir." (m.1), "Bu Yönetmelik, 07/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 50 ve 84 üncü maddelerine dayanılarak hazırlanmıştır." (m.3).

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Mehmet Özgür Avcı

**E-posta/E-mail:** mavci@marmara.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 01.04.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 12.05.2021

satıcısı/sağlayıcısı<sup>1</sup> sözleşmede belirtilen dönemlerde konaklamanın yapılacağı yeri tüketiciye teslim etmek ve konaklama boyunca hazır bulundurma borcu altındayken tüketici de toplamı belli olan bir ücret ödeme borcu altındadır.

TKHK'da ön ödemeli devre tatil sözleşmesi tanımlanmamış ancak m. 50'de bu sözleşmeye ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Yönetmelik, m. 4/ğ'de ön ödemeli devre tatil sözleşmesi, tüketicinin aynı hakka konu bir taşınmazın satış bedelini veya şahsi hakka konu taşınmazın kullanım hakkı bedelini önceden peşin veya taksitle ödemeyi, satıcının da bedelin tamamen veya kısmen ödenmesinden sonra taşınmazı ya da kullanım hakkını tüketiciye devir veya teslim etmeyi üstlendiği sözleşmeler şeklinde tanımlanmıştır.

Bu tanıma göre, bu sözleşmeyle tüketiciye bir taşınmaz üzerinde aynı ya da şahsi bir hak tanınmakta olup, tüketici tanınan bu hakkın bedelini önceden peşin ya da taksitle ödemeyi, satıcı da bu bedel ödendikten sonra taşınmazı ya da taşınmazın kullanım hakkını devir veya teslim etmeyi taahhüt etmektedir.

TKHK m. 50'nin gerekçesinde de belirtildiği üzere, ön ödemeli konut satışı sözleşmelerinde olduğu gibi devre tatiller de uygulamada maket üzerinden satılabildiğinden hem bu maddede hem de Yönetmelik m. 14-16'da bu sözleşmeye özgü bir takım düzenlemelere yer verilmiştir. Bu sözleşmede tüketici önce sözleşmede kararlaştırılan bedeli ödemekte, daha sonraki bir tarihte ise kendisine tanınan hakka sahip olmaktadır. Ön ödemeli devre tatil sözleşmesinde tüketicinin baştan ödediği bu bedel satıcı açısından sözleşme konusu edimin ifasında sermaye olarak kullanılmaktadır<sup>2</sup>. Tüketicinin baştan ödeme yapmasına rağmen satıcının edimini ifa edememe riskinin varlığı, kanunkoyucunun bu sözleşmeye özgü düzenlemeler getirerek tüketici açısından bir takım güvenceler öngörmesine neden olmuştur<sup>3</sup>.

Bu güvencelerden biri de devre tatile konu taşınmazın devir veya teslim tarihine kadar tüketicinin gerekçe göstermeksizin (serbestçe) sözleşmeden dönebilmesidir (TKHK m. 50/f.9, Yönetmelik m. 14/f.3).

Ön ödemeli devre tatil sözleşmesinin tüketiciye taşınmazın kullanım hakkının sağlanması şeklinde kurulması durumunda tüketici, önceden peşin ya da taksitle ödediği bedel karşılığında yılın belirli dönemleri için kararlaştırılan devrelerde, sözleşme konusu taşınmazdan yararlanma hakkı elde etmektedir. Konusu aynı hak olan ön ödemeli devre tatil sözleşmelerinden farklı olarak, burada tüketiciye tanınan kullanım hakkı bir alacak hakkı niteliğindedir. Tüketiciye bir aynı hak

1 Sağlayıcı, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder (TKHK m. 3/ı). Kelime tekrarıdan kaçınmak adına bundan sonra sadece satıcı ifadesi kullanılacaktır.

2 **Atamer, Yeşim M.**, Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2016, s. 211; **Baş Süzel, Ece**, Tatil Sözleşmeleri, Devre Tatil, Uzun Süreli Tatil, Değişim, Yeniden Satış Sözleşmeleri ve Paket Tur Sözleşmeleri On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 112.

3 **Kara, İlhan**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2021, s. 945.

tanınmamaktadır<sup>4</sup>. Bu çalışmada şahsi hak sağlayan ön ödemeli devre tatil sözleşmesi ile sınırlı olarak tüketiciye tanınan dönme hakkı ve bu hakkın kullanılmasının sonuçları incelenmiştir.

## II. Dönme Hakkının Hukuki Niteliği

TKHK m. 50/f.9 ve Yönetmelik m. 14/f.3'e göre, devre tatile konu taşınmazın ön ödemeli satılması durumunda, tüketici devir veya teslim tarihine kadar herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönebilir. Tüketicie bu şekilde bir dönme hakkının tanındığı bir diğer düzenleme ise ön ödemeli konut satışlarını düzenleyen TKHK m. 45 hükmüdür. Bu hükme göre, ön ödemeli konut satışında sözleşme tarihinden itibaren yirmi dört aya kadar<sup>5</sup> tüketicinin herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır<sup>6</sup>.

Bu düzenlemelerde tüketiciye, kanunun ifadesiyle bir dönme hakkı tanınmıştır. Öğretide bir görüşe göre<sup>7</sup>, hukuki bir sebep gösterilmeksizin sözleşmeden dönülebilmesi ancak bu hakkın sözleşme ile kararlaştırılmış olmasına bağlıdır. Sözleşmede bu hak tanınmamışsa bir başka ifadeyle dönme hakkı kanundan kaynaklanıyor ise bu hakkın sebebe bağlı yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmesi gerekir. Sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde hiçbir gerekçe gösterilmeksizin dönme hakkının kullanılabilmesi mümkünken taraf iradelerine dayanmayan dönme hakkı kimi durumlarda ahde vefa ilkesinin bir istisnası olarak karşımıza çıkabilir. Taraf menfaatleri dikkate alındığında bu ilkenin sıkı bir şekilde uygulanmasından vazgeçilmesi mümkündür<sup>8</sup>. Özellikle, ekonomik açıdan güçsüz durumda olan tüketicinin bir daha düşünseydi aslında kurmak istemeyeceği bir sözleşmeyi kurması sağlanmış ise ona sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulabilme hakkı tanınmalı, bu hak tanınırken hakkın kullanımı sözleşmenin kurulmasından itibaren kısa bir süre ile sınırlandırılmalıdır<sup>9</sup>.

4 **Çelebi, Funda**, Devre Tatil Sözleşmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul 2006, s. 39-40. Devre tatil alacaklısına dernek üyeliği, şirket ortaklığı tanınarak bir taşınmazdan yararlanma hakkı verilebileceği gibi sadece borç doğuran bir sözleşme ile de devre tatil hakkı verilebilmesi mümkündür., **Yağcıoğlu, Burcu**, "Periyodik Süreli Tatil Sözleşmeleri", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S.1, 2014, s. 203. Şahsi hak sağlayan ön ödemeli devre tatil sözleşmesinde tüketiciye kat irtifakı veya kat mülkiyeti tapusu verilmesi söz konusu değildir., **Kara**, s. 949. Aynı hak sağlayan devre tatil sistemleri için bkz. **Yağcıoğlu**, s. 198-203; **Koç, Öykü**, Türk Hukuku'nda Devre Mülk ve Devre Tatil Sözleşmeleri, Ankara 2021, s. 62-64. Yönetmelik, m. 3'e göre, devre mülk, dönem mülk, paylı mülkiyet, hisseli gayrimenkul satışı ve benzeri isimler altında yapılan ve tapu tesciline konu edilen satışlara ilişkin sözleşmeler, bir yıldan uzun süre için kurulması ve tüketiciye bu süre zarfında birden fazla dönem için bir veya daha fazla sayıda gecelik konaklama imkânı tanınması halinde devre tatil sözleşmesi olarak kabul edilir. Bu maddede belirtilen sözleşmelere konu taşınmazların ön ödemeli satışı, konusu aynı hak olan ön ödemeli devre tatil sözleşmesi olarak nitelendirilmelerine neden olur (Yönetmelik m. 15). Devre tatil sözleşmesi, devre mülk sözleşmesini de kapsamına almakla birlikte, devre tatil ve devre mülk haklarının farkları için bkz. **Aslan, İ. Yılmaz**, Tüketici Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 8. Baskı, Bursa 2021, s. 242.

5 (Değişik: 2/1/2017-KHK-684/8 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7074/8 md.).

6 Devre mülk sözleşmesi açısından da böyle bir sınırlandırmanın yerinde olacağı yönünde bkz. **Atamer**, s. 244; **Baş Süzel**, s. 120.

7 **Buz, Vedat**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 209 vd..

8 **Saraçoğlu, Simge**, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Madde 45 Kapsamında Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Sözleşmeden Dönme ve Dönmeye Bağlanan Tazminat Yapıtırımı", ÇÜHFHD, C. 5, S. 1, 2020, s. 2721.

9 **Serozan, Rona**, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 369.

Bu amaca uyum olarak TKHK'da tüketiciye cayma hakkı tanınmıştır. Öğretide, TKHK'da tüketiciye tanınan cayma hakkının bir geri alma hakkı olduğu belirtilmektedir<sup>10</sup>. TKHK m. 50/f.6'da devre tatil sözleşmesi, Yönetmelik m. 7'de de özel olarak ön ödemeli devre tatil sözleşmesi açısından tüketicinin cayma hakkı düzenlenmişken, TKHK m. 50/f.9 ve Yönetmelik m. 14/f.3'de ayrıca dönme hakkına yer verilmiştir.

TKHK m. 45'de de yer alan dönme hakkının hukuki niteliği konusunda öğretide yer alan görüşlerden birine göre<sup>11</sup>, her ne kadar madde lafzında dönme denmişse de sözleşmeden dönme borca aykırılık durumunda ortaya çıkarken cayma hakkında böyle bir durum söz konusu değildir. Burada tüketiciye tanınan bu imkân cayma hakkı niteliğindedir<sup>12</sup>.

Diğer görüş<sup>13</sup>, TKHK m. 45'in gerekçesinde İsviçre Borçlar Kanununun 227. maddesine atıf yapıldığını; bu maddede kanunkoyucunun amacının fesih imkânı tanımak olduğunu; ön ödemeli sözleşmelerde hem tasarruf sözleşmesinin hem de satış sözleşmesinin bulunduğu, tasarruf sözleşmesinin vekâlet hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini ve bu sözleşmenin her zaman sona erdirilmesinin “feshinin” mümkün olduğunu belirterek, dönme hakkından anlaşılması gerekenin fesih olduğuna işaret etmektedir<sup>14</sup>.

Bir başka görüş<sup>15</sup>, bu hakkı keyfi dönme hakkı olarak nitelendirmekte, bu hakkın sözleşmeden dönme niteliği taşıdığını belirtmektedir.

Bir diğer görüş ise<sup>16</sup> TKHK m. 43'de düzenlenen cayma hakkının geri alma hakkı niteliğinde olduğunu; TKHK m. 45'de düzenlenen dönme hakkının bu geri alma hakkının devamı niteliğinde kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

- 10 **Zevkliler, Aydın/Özel, Çağlar**, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016, s. 218; **Sirmen, Lale**, “Tüketici Hukukunda Taşınmazlarla İlgili Sözleşmeler Bakımından Cayma Hakkı ve Değişken Faize İlişkin Sorunlar”, Tüketici Hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015, (Editör Hüseyin Can Aksoy), Ankara 2016, s. 388; **Akipek Öcal, Şebnem/Öcal, Levent**, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Ön Ödemeli Konutların Değerlemesi”, TBB Dergisi, S. 144, 2019, s. 289, dn. 13; **Ayan, Serkan**, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Alıcının Sözleşmeden Cayma Hakkı”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 3, 2019, s. 57. Geri alma beyanı henüz sözleşmenin kurulmadığı dönemdeki irade beyanını geri alınması anlamında cayma ise kurulmuş olan sözleşmedeki bağlayıcılığı sona erdirmek için kullanılmaktadır, **Baysal, Başak**, “Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri, İÜHFİM, C. LXXV, S. 1, 2017, s. 274, dn. 2. Tüketiciye tanınan bu hak, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanlarının hüküm doğurmasına engel olabileceği gibi hüküm ve sonuçlarıyla ayakta olan bir sözleşmenin çözülmesini de sağlayabilir, **Özel, Çağlar**, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999, s. 100. Hüküm ve sonuç doğuran bir iradenin geri alınması durumunda bu geri alma hakkı dönme gibi bir işleve sahiptir, **Özel**, s. 106.
- 11 **Gümüş, Alper**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1, (m.1-46), İstanbul 2014, s. 270-271; **Makaracı, Aslı**, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı”, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, (Derleyen M. Murat Inceoğlu), İstanbul 2015, s. 258, dn. 28.
- 12 Aynı yönde **Aydoğdu, Murat/Kahveci Nalan**, Tüketici Hukuku, Ankara 2021, s. 434; **Yağcıoğlu**, s. 236. Tüketiciye tanınan dönme hakkı ikinci bir cayma hakkı olup, bu iki hak arasında sadece tazminat açısından farklılık bulunmaktadır, **Çabri, Sezer**, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016, s. 229.
- 13 **Atamer**, s. 243.
- 14 Ani edimli bir sözleşme niteliği taşıyan ön ödemeli konut satışı sözleşmesi için fesih teriminin kullanılmasının yerinde olmadığı, maddedeki iade yükümlülüklerinden tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasıyla sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığının anlaşıldığı görüşü için bkz. **Saraçoğlu**, s. 2712 – 2713.
- 15 **Özmen, Ethem Saba/Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmeleri, İstanbul 2016, s. 79.
- 16 **Saraçoğlu**, s. 2713.

Ön ödemeli devre tatil sözleşmesinde tüketicinin yaşayabileceği mağduriyetlerin önüne geçilmesi adına tüketiciye hem cayma hakkı hem de sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Tüketiciye tanınan dönme hakkı bir geri alma hakkı olarak nitelendirilebilirse de her iki hak açısından farklı esaslar kabul edilmiştir.

Ön ödemeli devre tatil sözleşmelerinde tüketici, sözleşmenin kurulmasından itibaren on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin cayma hakkını kullanabilir<sup>17</sup>. Cayma hakkı, sözleşmenin kurulmasından itibaren çok sınırlı bir süre içinde kullanılabilir. Cayma hakkını kullanan tüketicinin bir tazminat sorumluluğu yoktur. Bozucu yenilik doğuran bu hakkın kullanılmasıyla ön ödemeli devre tatil sözleşmesi baştan itibaren kesin hükümsüz hale gelir<sup>18</sup>. Sözleşmede bu hakkın kullanılmasının cezai şart ödenmesine bağlı kılınması zorunlu kısmi butlan yaptırımına tabidir<sup>19</sup>.

Satıcı sözleşmeden dönme hakkını sözleşme süresinin sonuna kadar kullanılabilir. Ancak, gerekçe göstermeksizin bu hakkı kullanabilecek olan tüketici kural olarak satıcıya tazminat ödemekle yükümlüdür. Öğretide bir görüşe göre<sup>20</sup>, dönme hakkı on dört günlük cayma süresinin dolmasından sonra doğan bir haktır. Bu sebeple henüz cayma süresi dolmadan önce on dört günlük süre içinde tüketici sözleşmeden döndüğünü beyan etmiş olsa dahi TBK m. 19 uyarınca tüketicinin cayma hakkını kullandığı kabul edilmelidir. Dönme hakkının doğumunun cayma süresine bağlı olmadığı, sözleşmenin yapılmasıyla birlikte bu hakkın doğduğu düşünülse dahi dönme durumunda tüketicinin kural olarak tazminat ödemek zorunda kalacak olması, cayma süresi içinde yapılan dönme beyanının tüketici açısından hiçbir yaptırımı olmayan cayma hakkının kullanılması olarak nitelendirilmesini haklı kılar.

### III. Sözleşmenin Geçerli Şekilde Kurulmuş Olması

Tüketicinin dönme hakkını kullanabilmesi için öncelikle geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşmenin varlığı aranır. TKHK m. 50/f.5 ve Yönetmelik m. 6/f.3 uyarınca ön ödemeli devre tatil sözleşmesinin yazılı veya mesafeli satış yöntemiyle kurulabilmesi mümkündür. Yazılı olarak kurulan sözleşmeler açısından geçerlilik şartı olarak nitelikli yazılı şekil şartı aranmıştır<sup>21</sup>. Tüketici kendi el yazısıyla sözleşme tarihini yazmalı ve sözleşmeyi imzalamalıdır. Mesafeli satış yöntemiyle kurulan ön

17 Bu maddede “bu Yönetmelik kapsamında düzenlenen sözleşmelerin...” ifadesine yer verilerek suretiyle, devre tatil, uzun süreli tatili, değişim ve yeniden satış sözleşmelerinde de tüketicinin cayma hakkı bulunduğu işaret edilmiştir. Cayma hakkı tüketiciye karmaşık yapıdaki bu sözleşmeleri zaman baskısı olmadan ve psikolojik etki altında kalmadan inceleme fırsatı vermektedir, **Çabri**, s. 814-815; **Baş Süzel**, s. 91; **Özen, Burak**, Editörler Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem, Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2016, Madde 4, s. 69.

18 **Sert Sütçü, Selin**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı, Ankara 2016, s. 8; **Zevkliler /Özel**, s. 218. Cayma hakkının kullanılmasının sözleşmenin kurulmamış sayılmasına neden olacağı görüşü için bkz. **Karakocalı, Ahmet/Kurşun, Ali Suphi**, Tüketici Hukuku, İstanbul 2015, s. 174.

19 Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 27/f.2 uyarınca şart geçersizken sözleşme ayaktadır, **Baş Süzel**, s. 101.

20 **Çabri**, s. 823; **Baş Süzel**, s. 243.

21 **Kara**, s. 926; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 428; **Yağcıoğlu**, s. 218; **Çabri**, s. 814; **Baş Süzel**, s. 84; **Koç**, s. 91. TKHK m. 50/f.5 hükmünde belirtilen şeklin ispata ilişkin bir şart olduğu yönünde bkz. **Çınar, Ömer**, Editörler Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem, Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2016, Madde 50, s. 827, dn. 2336.

ödemeli devre tatil sözleşmelerinde ise nitelikli yazılı şekil şartı aranmamaktadır. Zira bu yöntemle kurulan sözleşmede tüketicinin kendi el yazısıyla sözleşme tarihini yazma ve imzalama olanağı bulunmamaktadır<sup>22</sup>. Ancak, tüketicinin kendi el yazısıyla olmasa da Yönetmelik m. 6/f.1 gereği sözleşme tarihinin mesafeli satış yöntemiyle kurulan ön ödemeli devre tatil sözleşmesinde bulunması zorunludur<sup>23</sup>.

Yönetmelik m. 6/f.1'in son cümlesine göre, sözleşmenin geçersizliğinin<sup>24</sup> sonradan satıcı tarafından tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Geçersizlik sadece tüketici tarafından ileri sürülebilir<sup>25</sup>. Hâkim, bu durumu tüketici lehine resen dikkate alabilir<sup>26</sup>.

Tüketicinin dönme beyanını mahkeme yoluyla ileri sürmesi durumunda öncelikle geçerli şekilde yapılmış bir sözleşmenin bulunup bulunmadığı araştırılacaktır. Geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşmenin varlığı tespit edilemediği takdirde hâkim şekle aykırılık sebebiyle tarafların verdiklerinin iadesine karar vermelidir.

#### IV. Dönme Hakkının Kullanılma Şekli

TKHK m. 50'de dönme hakkının kullanılması herhangi bir şekle bağlı tutulmasa da Yönetmelik m. 14/f.3'de bu beyanın şahsi hakka konu ön ödemeli devre tatil sözleşmeleri için yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile aynı hakka konu ön ödemeli devre tatil sözleşmeleri için ise noterlikler aracılığıyla satıcıya yöneltilmiş olması gerektiği belirtilmiştir.

Öğretide bir görüşe göre<sup>27</sup>, kanunda dönme hakkının kullanılması için bir şekil öngörülmemişken, ön ödemeli devre tatil sözleşmesinin her iki türü açısından da bu şekilde bir düzenleme getirilmiş olması yerinde olmamıştır. TBK'da da dönme hakkının kullanılması bir şekle bağlanmamışken maddi açıdan zayıf olan tüketiciye masraf yaptırılması, özellikle noter giderlerine katlanmak zorunda bırakılması TKHK'nın amacına ve tüketiciyi koruma düşüncesine aykırılık teşkil eder. Bu sebeple, dönme hakkının kullanılmasına ilişkin bu şekil kuralını ispata ilişkin olarak anlamak ve uygulamak gerekir.

22 Aydoğdu/Kahveci, s. 429; Zevkliler/Özel, s. 348; Yağcıoğlu, 218.

23 Aynı hak sağlayan ön ödemeli devre tatil sözleşmelerinde ise "Daha ağır şekil şartları öngören kanun hükümleri saklıdır." ifadesi gereği resmi şekil şartı aranacaktır., Milli Şerh/Çınar, Madde 50, s. 827-828; Aydoğdu/Kahveci, s. 429; Atamer, s. 227-229.

24 Ön ödemeli devre tatil sözleşmelerine ilişkin ön bilgilendirme formunda (Ek-5) yer alan bilgilerle birlikte tüketicinin adı, soyadı, açık adresi ve diğer iletişim bilgileri ile tarafların sözleşmeyi imzaladığı yer ve tarihe ilişkin bilgiler ön ödemeli devre tatil sözleşmesinin zorunlu içeriğini oluşturur. Sözleşmenin en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade, okunabilir bir şekilde düzenlenmesi zorunludur. Ayrıca, sözleşmenin bir örneğinin kağıt ortamında veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi gerekir (Yönetmelik m. 6). Zorunlu içeriğe riayet edilmemesi, sözleşmenin belirtilen şekilde düzenlenmemesi veya sözleşmenin bir örneğinin verilmemesi, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez., Gümüş, s. 36; Milli Şerh/Özen, Madde 4, s. 71 vd.; Aydoğdu/Kahveci, s. 294-295.

25 Karakocalı/Kurşun, s. 172; Kara, s. 925, dn. 20.

26 Baş Süzel, s. 85.

27 Milli Şerh/Çınar, Madde 50, s. 831, dn. 2347.

Diğer görüş<sup>28</sup>, dönme hakkının şekline ilişkin bu düzenlemenin cayma hakkının kullanılması şekline ilişkin Yönetmelik m. 8/f.1 de öngörülen düzenleme ile aynı olduğunu, tüketicinin hiçbir gerekçe göstermeksizin kullanabileceği bu dönme hakkının TBK'nın genel hükümler bölümünde düzenlenen dönme hakkı olmadığını, bu hakkın tüketiciye tanınan ek bir hak olduğunu ifade etmektedir. Bu durumda bu hakkın kullanılmasının bir şekle bağlanması ve bu şeklin de geçerlilik şekli olarak nitelendirilmesi, bu hakkın kullanılıp kullanılmadığı hususunda tereddütleri ortadan kaldırmak açısından tüketiciye güvence sağlayacaktır. Tüketicinin kendisi açısından çok elverişli olan bu hakkı kullanabilmesi için bazı masraflara katlanacak olması makul görülebilir<sup>29</sup>.

Kanaatimizce kanunda dönme hakkının kullanımına ilişkin bir şekil şartı öngörülmemişken, Yönetmelik ile getirilen şekil şartı geçerlilik şartı olarak kabul edilmemelidir<sup>30</sup>. Tüketici dönme hakkını satıcıya dilediği yöntemle bildirebilmelidir. Tüketici, noter ihtarı, kayıtlı elektronik posta, telefon, faks, iadeli taahhütlü mektup gibi araçlarla bildirimde bulunabilir. Elbette, bu araçların bazıları dönme bildirimini yapıldığını ispat yükü altında olan tüketici için elverişli olmaz. Bu sebeple, dönme beyanının yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile yapılması tüketici açısından ispat kolaylığı sağlar<sup>31</sup>.

## V. Dönme Hakkının Teslim Tarihine Kadar Kullanılabilmesi

Tüketici, dönme beyanını devre tatile konu taşınmazın teslim tarihine kadar satıcıya yöneltebilecektir. Şahsi hakkı konu edinen ön ödemeli devre tatil sözleşmelerinde geçerli bir teslimden bahsedilebilmesi için taşınmazın kullanıma elverişli bir şekilde tüketiciye sunulması gerekir (Yönetmelik m. 16/f.2). Taşınmazın zilyetliğinin devri teslimin gerçekleştiğinin kabulü açısından yeterli değildir. Sözleşme konusu taşınmazın zilyetliği tüketiciye devredilse bile taşınmazın kullanımına engel olan durumların bulunmaması gerekir. Örneğin, taşınmazın elektriği veya suyu yoksa teslimin yapılmadığı kabul edilir<sup>32</sup>.

TKHK m. 50/f.10'da ve Yönetmelik m. 16/f.2'de teslim süresi sınırlandırılmış, teslim için azami bir süre öngörülmüştür. Bu süre sözleşme tarihinden itibaren otuz altı ayı geçemeyecektir. Bu sınırlandırmayla önceden ödeme yapan tüketicinin hiçbir edim elde edememesi ihtimalinin önüne geçilmek istenmiştir<sup>33</sup>. Sözleşmede kararlaştırılan sürenin otuz altı aydan fazla olması durumunda, dikey kısmi hükümsüzlük yaptırımı sebebiyle sözleşme süresi otuz altı ay olarak kabul edilecektir<sup>34</sup>.

Teslim için sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim yapılmadıkça tüketici sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Örneğin, sözleşmenin yapılmasından itibaren otuz altı ay içinde teslimin

28 Baş Süzel, s. 121.

29 Baş Süzel, s. 121.

30 Ön ödemeli konut satışı sözleşmelerinde cayma hakkının kullanılma şekline ilişkin aynı yöndeki görüşler için bkz. Sert Sütçü, s. 105; Özmen/Vardar Hamamcıoğlu, s. 106; Atamer, s. 239; Ayan, s. 67.

31 Kara, s. 947.

32 Kara, s. 949.

33 Aslan, s. 228.

34 Baş Süzel, s. 116.

gerçekleştirileceği kararlaştırılmış ise tüketici bu azami süre içinde teslim gerçekleşmedikçe her zaman sözleşmeden dönebilir. Ancak, sözleşmede kararlaştırılan bu sürenin dolmasından sonra tüketicinin dönme hakkını kullanabilmesi mümkün değildir. Tüketici genel hükümler çerçevesinde borçlu temerrüdünün sonuçlarından yararlanabilir<sup>35</sup>.

Dönme hakkının kullanılabilmesi teslimin henüz gerçekleşmemiş olması şartına bağlıken tüketicinin cayma hakkını süresinde kullandığını ispat edememesi durumunda da sözleşme konusu taşınmaz tüketiciye teslim edilmemiş ise tüketici sözleşmeden dönebilir<sup>36</sup>. Hâkim, süresi içinde cayma hakkını kullandığını ispat edemeyen tüketicinin iade talebini bu gerekçeyle reddetmemeli, tüketicinin gerekçe göstermeksizin sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğunu dikkate alarak, bu beyanı sözleşmeden dönme olarak nitelendirmeli ve şartları varsa bu talebi kabul etmelidir.

## VI. Dönme Hakkını Kullanan Tüketicinin Tazminat Yükümlülüğü

### A. Genel Olarak

Kanunkoyucu, TKHK m. 50/f.9'da tüketicinin dönme hakkını kullanması durumunda satıcının ondan tazminat talep edebileceğini belirtmiştir. Yönetmelik m. 14/f.4a'da da satıcının bu tazminat hakkına işaret edilmiştir. Tüketicinin sözleşmeden dönmesi durumunda satıcı, sözleşme bedelinin yüzde ikisine kadar tazminat talep edebilecektir. Satıcının talep edebileceği tazminat için bir üst sınır öngörülmüştür.

35 Satıcı sürenin dolmasıyla kendiliğinden (bir ihtara gerek olmaksızın) temerrüde düşer., **Milli Şerh/Çınar**, s. 832; **Karakocalı/Kurşun**, s. 176. Otuz altı aylık bu üst sınır, kanundan doğan bir kesin vadedir. Tüketici temerrüden doğan seçimlik haklarını kullanırken mehil vermek zorunda değildir., **Baş Süzel**, s. 116.

36 **Kara**, s. 946. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda "*Mahkemece, 6502 Sayılı Kanun'un 50/6. maddesine göre tüketici devre tatil sözleşmesinden 14 gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezaî şart ödemeksizin cayma hakkına sahip olduğu, davacının 22/07/2015 tarihli dilekçesi ile cayma hakkını davalı şirkete bildirdiği her iki tarafın da kabulünde olup, süresinde cayma hakkı kullanılmış olduğundan, davanın kabulüne, taraflar arasında imzalanmış 10/07/2015 tarihli ve 100121 Sayılı devre tatil üyelik sözleşmesinin iptaline, 5.000,00-TL'nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, sözleşme gereğince davacı tarafından verilen 05/02/2016 ödeme tarihli ve 1.200,00-TL bedelli senedin iptaline, davacı ... açısından geçersiz olduğuna karar verilmiştir. Sözleşmenin imzalandığı tarihte yürürlükte olan 6502 Sayılı TKHK'nun 50/9. maddesinde, "Devre tatile konu taşınmazın ön ödemeli satılması durumunda, devir veya teslim tarihine kadar tüketicinin herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkı vardır." şeklinde yer alan düzenlemeyle devri ve teslim edilene kadar geçen sürede sözleşmenin askıda olduğu belirtilmiştir. Yine, tüketici teslim ve devir edilene kadar herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden döndüğüne ilişkin bilgi olmadığına göre bu durumda davacının herhangi bir gerekçe göstermeden dönme hakkı bulunduğu değerlendirilerek kabul kararı verilmesi gerekirken mahkemece tebliğ edilip edilmediği belli olmayan 22.07.2015 tarihli yalnızca davacının imzasının bulunduğu yazılı belgeye göre süresinde cayma hakkını kullandığı kabul edilerek hatalı gerekçe ile kabul kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." sonucuna varmıştır., **Yarg. 13. HD, E. 2016/25993, K. 2019/12165, T. 5.12.2019**, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Tüketicinin sözleşmenin kurulması sırasında ödemiş olduğu bedelin ve vermiş olduğu senedin iadesi taleplerinin Yönetmelik m. 9/f.1'de düzenlenen "önceden ödeme yapma yasağı" kapsamında değerlendirilmesi ve iadesi gerektiği; kararda belirtilen hükümlere atf yapılmasına ihtiyaç bulunmadığı, yönünde bkz. **Korun, Ceren**, "Y. 13. Hukuk Dairesi T. 5.12.201 E. 2016/25993, K. 2019/12165 Sayılı Karar İncelemesi", Prof. Dr. Ebru Ceylan Tüketici Hukukunda Seçilmiş Yargı Kararları, Ankara 2021, s. 273-280.*



Öğretide bir görüşe göre<sup>37</sup>, satıcıya tanınan bu imkân, satıcının uğramış olduğu zararın tazminine ilişkin olup, bir masraf değildir. Bu bedel, ön bilgilendirme formunda ya da sözleşmede belirtilmemiş olsa dahi satıcı tarafından istenebilir. Satıcının uğradığı zarar yüzde iki oranından daha fazla olsa bile, o bu oran ile yetinmek zorundadır. Zarar, bu oranın altında ise satıcı ancak zararı kadar talepte bulunabilecek, zararı yoksa tazminat talep edemeyecektir.

Diğer görüş<sup>38</sup>, sözleşme bedelinin yüzde ikisi oranındaki tazminat hakkının cezai şart niteliğinde olduğuna ve satıcının zararı olmasa dahi sözleşmede öngörülen bu tutarı (yüzde iki oranını geçmemek kaydıyla) talep edebileceğine işaret etmektedir.

Bir diğer görüş ise<sup>39</sup>, burada bir dönme cezası bulunduğunu belirtmektedir.

TKHK'nın kabul edilip yürürlüğe girmesinden önce TBMM'ye sunulan ilk metinde TKHK m. 50/f.8,9,10 hükümleri yer almamaktaydı. 26.06.2013 tarihli alt komisyon raporunda "Devre tatile konu olan taşınmazın maketten yapılmak suretiyle ön ödemeye konu edilmesi halinde, ön ödemeli konut satışlarında olduğu gibi burada da teminat ve sözleşmeden dönmeye ilişkin hükümlerin düzenlenmesi faydalı olacağından, devre mülk veya devre tatil satışlarında konutun zamanında teslim edilmemesi halinde tüketicilerin korunması ve sözleşmeden dönme hakkının getirilerek olası tüketici mağduriyetlerinin önlenmesi amacıyla maddeye (7) numaralı fıkrasından sonra gelmek üzere üç yeni fıkranın (8), (9), (10) numaralı fıkralar olarak metne eklenmesi ve diğer fıkraların buna göre teselsül ettirilmesine" karar verilmiştir.

Alt Komisyon bu kararı alırken, ön ödemeli konut satışı sözleşmesindeki teminat ve sözleşmeden dönmeye ilişkin hükümleri esas almıştır. Ön ödemeli konut satışını düzenleyen TKHK m. 45 hükmünün gerekçesi şu şekildedir:

"İsviçre Borçlar Kanununun 227/f maddesi örnek alınarak tüketiciye tanınan diğer bir imkân, konutun devir ve teslim edilmesine kadar herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkıdır. Kuşkusuz bu hallerde satıcıyı korumak açısından tüketicinin bir dönme cezası ve konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masrafları ödemesi sözleşme ile kararlaştırılabilir. Fakat kararlaştırılacak olan dönme cezası en fazla toplam satış bedelinin yüzde ikisi oranında<sup>40</sup> istenebilecektir".

37 Çabri, s. 824; Baş Süzel, s. 120.

38 Milli Şerh/Çınar, s. 831.

39 Zevkliler/Özel, s. 353.

40 "7/11/2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 45 inci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde ve aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer alan "doksan gün" ibaresi "yüzseksen gün" şeklinde değiştirilmiştir. "(1) Ön ödemeli konut satışında sözleşme tarihinden itibaren yirmidört aya kadar tüketicinin herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkı vardır. Sözleşmeden dönülmesi durumunda satıcı; konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile sözleşme tarihinden itibaren ilk üç ay için sözleşme bedelinin yüzde ikisine, üç ila altı ay arası için yüzde dördüne, altı ila oniki ay arası için yüzde altısına ve oniki ila yirmidört ay arası için de yüzde sekizine kadar tazminatın ödenmesini isteyebilir." (2/1/2017-KHK-684/8 md., Aynen kabul: 1/2/2018-7074/8 md.).

Gerekçede satış bedelinin en fazla yüzde ikisi oranındaki bedelin satıcıyı korumak amacıyla tüketicinin ödemesi gereken bir dönme cezası olduğu ve sözleşmede kararlaştırılabileceği belirtilmiştir.

Ön ödemeli devre tatil sözleşmesinde satıcının talep edebileceği bu bedele sözleşmede yer verilmesi gerekip gerekmediği hususunda kanunda ve yönetmelikte bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konu, TKHK m. 45 kapsamında ön ödemeli satış sözleşmesi açısından öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bir görüşe göre<sup>41</sup>, bu bedelin istenebilmesi ancak sözleşmede kararlaştırılması halinde mümkündür. Çünkü Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m. 7/f.1'e göre, sözleşmeden dönme hakkının kullanılma şartları, süresi, usulü ile tazminata ilişkin bilgiler sözleşmenin zorunlu içeriğinde bulunması gereken hususlardır. Diğer görüş<sup>42</sup>, bu bedelin istenebilmesi için sözleşmede kararlaştırılmış olmasını aramamaktadır.

Yönetmelik m. 5 uyarınca sözleşmenin kurulmasından önce tüketicie verilmesi gereken ön bilgilendirme formunda ön ödemeli devre tatil sözleşmeleri için Ek-5'te yer alan bilgilerin bulunması gerekmektedir.

Ön ödemeli devre tatil sözleşmelerine ilişkin ön bilgilendirme formunda (EK-5) tüketicinin sözleşmeden dönme hakkı ve bu hakka ilişkin bilgiler ile sözleşmeden dönülmesi durumunda, sözleşme bedelinin yüzde ikisine kadar tazminat ödenmesi haricinde tüketiciden herhangi bir isim altında bedel talep edilemeyeceğine ilişkin bilginin yer alması gerekmektedir.

Sözleşmenin esaslı unsuru olmayan ancak Yönetmelik gereği sözleşmenin zorunlu içeriğinde yer alması gereken bu bilgilerin sözleşmede yer almaması sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecek; bu bilgide yer alan hakkın kullanılmasına da engel olmayacaktır<sup>43</sup>. Bu sebeple, satıcı sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile söz konusu bedeli talep edebilecektir. Talep edilebilecek bu bedel için bir üst sınır getirilmiş olduğu için sözleşmede kararlaştırılsın ya da kararlaştırılmasın satıcı bu sınırın üzerinde bir bedel isteyemez.

Kanunkoyucu tüketicie hiçbir gerekçe göstermeksizin sözleşmeden dönme hakkı tanırken, satıcının uğrayabileceği zararları düşünerek onu korumak adına söz konusu bedelin talep edilebileceğini öngörmüş, böylece tarafların menfaatlerini dengelemeyi amaçlamıştır. TKHK m. 50/f.9 hükmünün lafzına bakıldığında "yüzde ikisine kadar tazminat" ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Alt komisyon kararında ön ödemeli konut satışı sözleşmesine yapılan atıf gereği, ön ödemeli devre tatil sözleşmesinde dönme hakkını kullanan tüketiciden satıcının talep edebileceği bu bedelin hukuki niteliğinin TKHK m. 45 hükmünün gerekçesinde belirtilen dönme cezası olduğu düşünülebilir. Ancak, TKHK m. 45'de bedelin "yüzde ikisi kadar" değil de "yüzde ikisine kadar" denildiği için bu

41 **Atamer**, s. 244. Ön ödemeli devre tatil sözleşmesinde yüzde ikiyi aşmamak kaydıyla hangi oranda dönme (cayma) tazminatı isteneceğinin kararlaştırılmış olması gerektiği, aksi takdirde satıcının dönme tazminatı talep edemeyeceği yönünde bkz. **Aydoğdu/Kahveci**, s. 435.

42 **Çabri**, s. 231; **Özmen/Vardar Hamamcıoğlu**, s. 92, **Doğar, Mehmet**, Ön Ödemeli Konut Satışı, Doktora Tezi, KHÜSBE, İstanbul 2017, s. 264.

43 **Milli Şerh/Özen**, Madde 4, s. 73; **Akipek Öcal/Öcal**, s. 288-289; **Saraçoğlu**, s. 2718, dn. 71.

bedelin tazminat niteliğinde olduğu ve satıcının bu miktara kadar olan zararını ispat etmesi gerektiği de öğretilmektedir<sup>44</sup>.

Öğretilen bir görüşe göre<sup>45</sup>, bu bedel dönme hakkını kullanan tüketici karşısında zarara uğrayacağı konusunda hemen hemen şüphe bulunmayan satıcının zararının giderilmesi, böylece tarafların menfaatlerinin dengelenmesi amacına yöneliktir. Belli bir miktar ya da oran yerine bir üst sınır öngörülmesi, bu bedelin zararlar ilişkilendirildiğini göstermektedir<sup>46</sup>. Bu bedelin sözleşmede kararlaştırılmaması ve satıcının uğradığı zararın üst sınırdan daha az olması durumunda hukuki niteliği, kanun tarafından üst sınırı belirlenen kısmen nispi kanundan doğan bir götürü tazminat olarak kabul edilmelidir. Satıcı üst sınırdan tazminat talep edebilmek için zararın varlığını ispat etmek zorunda değildir. Satıcının bu talebi karşısında tüketici zararın daha az olduğunu ispat ederek daha az tazminata hükmedilmesini sağlayabilir. Söz konusu bedelin sözleşmede belli bir miktar olarak kararlaştırılması durumunda bu bedelin hukuki niteliğinin dönme cezası olarak kabul edilebilmesi mümkündür. Zira bu durumda tüketici kendi iradesine de uygun olarak belirlenen söz konusu bedeli dönme hakkını kullandığı takdirde satıcıya ödeyeceğini kabul etmektedir. Bu bedeli ödeyeceğini kabul eden tüketici satıcının uğramış olduğu zararın daha az olduğu gerekçesiyle söz konusu bedelden daha azına hükmedilmesini sağlayamaz. Kararlaştırılan bu bedel, tarafların bir risk ve menfaat dağılımı yaptıklarını göstermektedir. Satıcı, zararın kararlaştırılan bedelden daha az olması riskini, sözleşmede kararlaştırılan bu bedel sayesinde kanunun dönme hakkı tanıyarak ve zarar için bir üst sınır getirerek koruduğu tüketiciye yükleyebilmelidir.

Dönme cezası, sözleşme taraflarından birinin sözleşmede kendisine tanınan dönme hakkını kullanması durumunda karşı tarafa ödeyeceği bir bedeldir. Kusur ve zarar şartlarından bağımsızdır<sup>47</sup>. Karşı taraf hiçbir zarara uğramamış olsa bile dönme cezasına hak kazanırken, uğramış olduğu zarar ceza tutarından fazla olsa bile ceza tutarı ile karşılanamayan bu zararı (aşkın zarar) için kural olarak tazminat talebinde bulunamaz<sup>48</sup>. Sözleşmede bu talebin saklı tutulabilmesi mümkündür<sup>49</sup>.

44 **Öz, Turgut**, “Konusu Taşınmaz Olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık”, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, (Editörler Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim), Ankara 2015, s. 155.

45 **Saraçoğlu**, s. 2720-2721.

46 Tazminat sorumluluğu açısından hukuka aykırı bir fiil (borca aykırı davranış) ve tazminat yükümlüsünün kusurunun veya kusursuz sorumluluk hallerinden birinin varlığı aranır. Oysa ki, burada tüketici kanunun kendisine verdiği bir hakkı kullanmakta, borca aykırı bir davranışta bulunmamaktadır. Buna bağlı olarak tüketicinin kusurundan bahsedilebilmesi de mümkün değildir. Ancak, bu durum söz konusu bedelin tazminat olarak nitelendirilmesine engel değildir. TBK m. 512’den hareketle, bu bedel kanun tarafından öngörülen ve sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğranılan menfi zararın tazminine yöneliktir., **Saraçoğlu**, s. 2720.

47 **Kapanıcı, Berk**, “Dönme Cezası (TBK m. 179 f.3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma”, MÜHF-HAD, C. 22, S.2, 2016, s. 257. Dönme cezasını ödeyerek sözleşme ilişkisinden kurtulmak isteyen borçlu bu hakka sahip olduğunu ispatlamalıdır. Borçlu bu hakka sahip olduğunu alacaklı ile yaptığı sözleşmeye dayanarak ispatlayabilir., **Kılıçoğlu, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş-Genişletilmiş 24. Bası, Ankara 2020, s. 992.

48 **Tunçomağ, Kenan**, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963, s. 122; **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara 2020, s. 1318, N. 3703; **Kılıçoğlu**, s. 992; **Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, İstanbul 2020, s. 554, N. 1624. **Erdem, Mehmet**, “Pey Akçesi – Pişmanlık Akçesi – Dönme Tazminatı”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, İstanbul 2009, s. 678.

49 **Kocağa, Köksal**, Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), Ankara 2018, s. 148; **Kapanıcı**, s. 257-258; **Erdem**, s. 678.

Dönme cezası, ceza koşulu başlığı altında TBK m. 179/f.3'de düzenlenmiş olsa da ceza koşulunda esas amaç alacaklının elini güçlendirmek, onun ifa menfaatini güvence altına almaktır. Dönme cezasında ise borçluyla ilişkiden sıyrılmak noktasında bir ferahlık sağlanmakta, o bir ceza bedeli ödemek suretiyle sözleşmeden kurtulmaktadır<sup>50</sup>. Öğretide bir görüşe göre,<sup>51</sup> dönme cezası olarak kararlaştırılan bedelin çok yüksek olduğu ileri sürülerek TBK m. 182/f.3 uyarınca indirilmesi talep edilemez. Ayrıca dönme cezası yerine getirilmesi gereken edimin tutarı açısından belli bir miktarı ifade etmekte olup, alt ve üst sınırlar olmaz<sup>52</sup>.

Tüketicinin sözleşmeden dönme hakkı ve bu hakka ilişkin bilgilerin ön ödemeli devre tatil sözleşmelerine ilişkin ön bilgilendirme formunda (EK-5) yer alması ve bu formun Yönetmelik m. 6 uyarınca ön ödemeli devre tatil sözleşmesinin zorunlu içeriği olması sebebiyle söz konusu bedelin belirlenmemiş olması çok düşük bir ihtimaldir. Ayrıca satıcı, kanunun kendisine verdiği bu hakkı üst sınırdan (yüzde iki) belirlemek isteyecek, satıcının belirlemek istediği oranın aslında bir üst sınır olduğu ve daha düşük bir oran üzerinden bedelin kararlaştırılabileceği bilincinde olmayan birçok tüketici bu oran üzerinden belirlenen bedeli kabul etmek zorunda kalacaktır. Bu şekilde tüketicinin sözleşmeden dönmesi durumunda satıcıya belli bir miktar ödeyeceği kararlaştırılmış ise bu bedelin dönme cezası olarak kabul edilebilmesi mümkündür.

Düşük bir ihtimal olsa da bedelin kararlaştırılmadığı durumlarda “yüzde ikisine kadar” ifadesi kanundan doğan bir götürü tazminat olarak nitelendirilebilecekse de bu durumda zararın varlığını ve miktarını ispat etmekten kurtulan satıcı karşısında satıcının uğradığı zarar miktarının daha az olduğunu ispatlaması neredeyse imkânsız olan tüketici, hâkimin satıcının üst sınırdan talep ettiği bedele hükmetmesine engel olamayacaktır. Bu sebeple, söz konusu bedelin sözleşmede kararlaştırılmış olması ya da olmaması arasında tüketicinin sözleşmeden dönmesi durumunda satıcının elde edeceği bedel açısından çoğu zaman bir farklılık olmayacaktır.

## **B. Tazminat İstenemeyecek Haller**

Satıcı, yükümlülüklerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmemiş ise dönme hakkını kullanan tüketici bu bedeli ödemekten kurtulabilir. TKHK m. 50/f.9 ve Yönetmelik m. 14/f.4'da satıcının yükümlülüklerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmezse tüketiciden herhangi bir bedel talep edemeyeceği düzenlenmiş, satıcının yükümlülükleri ifadesinden anlaşılması gerekenin ne olduğuna ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Tüketici ile satıcı arasındaki sözleşme ilişkisi dikkate alındığında satıcının sözleşmeden doğan yükümlülüklerini hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi söz konusu bedeli talep etmesine engel olacaktır. Ancak, satıcının yükümlülükleri ifadesini sadece

50 **Serozan**, s. 221; **Eren**, s. 1316-1317, N. 3698; **Kılıçoğlu**, s. 991-992; **Oğuzman/Öz**, s. 550, N. 1610.

51 **Tunçomağ**, s. 142; **Oğuzman/Öz**, s. 551, N. 1614; **Eren**, s. 1319, N. 3706; **Erdem**, s. 678. Dönme cezasının indirilebileceği yönünde bkz. **Serozan**, s. 222-228; **Tekinay, S. Sulhi/ Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s. 353. Satıcı üst sınırdan talepte bulunduğu dönme cezasının indirilebileceği görüşü kabul edilse dahi bu indirim için sadece zararın üst sınırdan daha az olması yeterli olmayacaktır., **Saraçoğlu**, s. 2721.

52 **Kapancı**, s. 261; **Saraçoğlu**, s. 2721.

sözleşmeden doğan yükümlülükler ile sınırlamak ön ödemeli devre tatil sözleşmesi sebebiyle uygulamada birçok mağduriyet yaşayan tüketiciler açısından isabetli olmayacaktır. Bu sebeple kanunkoyucunun ön ödemeli devre tatil sözleşmesinde tüketiciyi korumak adına bu sözleşmeye özgü olarak satıcı açısından öngörmüş olduğu yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olmasının da satıcının tazminata hak kazanmasına engel olacağı kabul edilmelidir.

### ***1. Sözleşmenin Hiç ya da Gereği Gibi İfa Edilmemesi***

Satıcının sözleşme konusu edimin ifasında gecikmesi ya da gecikmesinin muhtemel olması ya da ayıplı ifada bulunacağına ilişkin anlaşıldığı hallerde tüketici satıcıdan herhangi bir bedel talep edemez<sup>53</sup>. Ön ödemeli devre tatil sözleşmesinde teslim süresi sözleşme tarihinden itibaren otuz altı ayı geçemeyecektir. Sözleşmede bir süre kararlaştırılmış ise bu süre sonunda kararlaştırılmamış ise otuz altı ayın sonunda satıcının teslimi gerçekleştiremeyeceği somut durumun şartları çerçevesinde söylenebiliyorsa satıcı tazminat talebinde bulunamaz. Maketten satışlarda belirtilen özelliklerin mimari projeye göre teslim ya da devir anında bulunmayacağına ilişkin anlaşılması da tazminat talebine engeldir.

### ***2. Satıcının Ek Bilgilendirme Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesi***

Yönetmelik m. 14/f.1 uyarınca, şahsi hakka konu taşınmazın kullanım hakkının ön ödemeli satılması durumunda, satıcı tarafından, Ek-5'te yer alan bilgilere ek olarak bağımsız bölüm planı, vaziyet planı, kat planı ve mahal listesinin tüketiciye verilmesi zorunludur. Bu bilgilerin sözleşmenin kurulmasından en az bir gün önce yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi gerekir (Yönetmelik m. 5). Yönetmelik m. 14/f.8, satıcının söz konusu bilgileri tüketiciye verme yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlaması gerektiğini belirtmiştir. Bu hususu ispatlayamayan satıcı, dönme hakkını kullanan tüketiciden tazminat talep edememelidir.

### ***3. Yapı Ruhsatının Alınmaması***

Satıcının tüketiciyle ön ödemeli devre tatil sözleşmesi yapmasının ön şartı, sözleşmeye konu taşınmazın inşa edileceği arsa üzerinde yapı ruhsatının alınmış olmasıdır (TKHK m. 50/f.2, Yönetmelik m. 14/f.7). Yapı ruhsatı ile kastedilen inşaatın yapılması için yetkili makamdan alınan izni içeren belgedir (inşaat ruhsatı)<sup>54</sup>. Tüketicinin yaptığı ön ödeme ile finansman sağlayan satıcının özellikle maket üzerinden satış yaparken taşınmazın inşa edileceği arsanın sahibi olmadığı, henüz arsa sahibi ile anlaşmadığı<sup>55</sup> ya da arsanın makette görüldüğü şekilde inşaat yapımına uygun olmadığı durumlarda sözleşme konusu taşınmazın inşa edilememesi ya da tüketiciye tesliminin

53 **Milli Şerh/Çınar**, s. 831-832.

54 **Aydoğdu/Kahveci**, s. 432; **Çabri**, s. 822; **Zevkliler/Özel**, s. 351; **Baş Süzel**, s. 114. İnşaat ruhsatını verecek yetkili makam ilgili belediye veya Çevre Şehircilik Bakanlığıdır.

55 **Baş Süzel**, s. 114, dn. 347.

gecikmesi tehlikesi, satıcının sözleşme yapılmadan önce yapı ruhsatı alması şartının getirilmesiyle ortadan kaldırılmak istenmiş, böylece tüketiciye bir koruma sağlanmıştır<sup>56</sup>.

#### 4. Projede Değişiklik Yapıldığının Bildirilmemesi

Öğretide, ön ödemeli devre tatil sözleşmesinin eser sözleşmesinden farklı ve karma bir yapıya sahip olması sebebiyle, satıcının tüketicinin onayı olmaksızın proje değişikliği yapabileceği kabul edilmektedir<sup>57</sup>. Bu sözleşmede, TBK m. 470 anlamında tüketici iş sahibi değildir. Proje sahibi inşaatı yapan satıcıdır<sup>58</sup>. Yönetmelik m. 14/f.6 uyarınca, satıcı ön ödemeli devre tatil sözleşmesine konu taşınmazın yer aldığı projede sonradan değişiklik yapması durumunda bu değişikliği tüketiciye yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirmek zorundadır<sup>59</sup>. Bu bildirim öngörülen şekilde yapmayan satıcı dönme hakkını kullanan tüketiciden tazminat talebinde bulunamamalıdır.

#### 5. Sigorta Yapılmaması veya Teminat Verilmemesi

TKHK m. 50/f.8'e göre, Bakanlıkça belirlenecek büyüklüğün üzerindeki projeler için satıcının ön ödemeli devre tatile konu taşınmazın satışına başlamadan önce bina tamamlama sigortası yaptırması<sup>60</sup> veya Bakanlıkça belirlenen diğer teminatları sunması gerekmektedir. Projenin büyüklüğü projedeki devre sayısı ya da projenin toplam bedeli kriterlerine göre belirlenir.

Yönetmelik m. 14/f.2'de projenin büyüklüğünü belirleme açısından projenin toplam bedeli kriteri<sup>61</sup> benimsenmiş ve proje toplam bedelinin bir milyon Türk Lirasını aştığı projeler için, 27/11/2014 tarihli ve 29188 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında

56 **Millî Şerh/Çınar**, Madde 50, s. 825; **Karakocalı/Kurşun**, s. 170.; **Çabri**, s. 822; **Aydoğdu/Kahveci**, s. 432; **Yağcıoğlu**, s. 234.

57 **Atamer**, s. 248; **Gökyayla, Emre**, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009, s. 58 vd..

58 **Atamer**, s. 248.

59 Bu bildirim üzerine proje değişikliğinden haberdar olan tüketici proje değişikliğini kabul etmiyor ise bildirim kendisine ulaşmasından itibaren bir ay içinde dönme beyanını satıcıya yöneltmelidir. Bir aylık süre içinde dönme beyanında bulunulması yeterlidir. Beyanın bu süre geçtikten sonra satıcıya ulaşması dönme beyanının hüküm ve sonuç doğurmasına engel olmaz. Dönme beyanı üzerine, satıcı tüketiciden vergi, harç, masraf, tazminat ve benzeri adlar altında hiçbir talepte bulunamaz. Tüketicinin hiçbir bedel ödemeksizin dönem hakkını kullanabilmesi proje değişikliğinin yasal zorunluluklardan veya mücbir sebeplerden kaynaklanmaması hali için söz konusudur. Bir başka anlatımla satıcının iradesine dayalı olarak projede yapılan değişiklikler sebebiyle sözleşmeden dönen tüketici hiçbir bedel ödemeye zorlanamaz. Ancak, değişiklik örneğin, imar mevzuatından kaynaklanan bir sebeple zorunlu olarak yapılmış ise tüketici yine de bu değişikliği kabul etmek zorunda değildir ve bu durumda da dönme hakkını kullanabilir. Ancak bu ihtimalde satıcının sözleşme bedelinin yüzde ikisine kadar kesinti yapabilmesi mümkündür. Yönetmelik m. 14/f.6'da tüketiciye tanınan dönme hakkı, proje değişikliğinin onun tarafından kabul edilmemesi şartına bağlı bir haktır.

60 Bina tamamlama sigortasının kapsamı, koşulları ve uygulama esasları Hazine Müsteşarlığınca belirlenir. Bina tamamlama sigortası kapsamında sağlanan tazminat, teminat ve benzeri güvenceler iflas veya tasfiye masasına dâhil edilemez, haczolunamaz, üzerlerine ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz konulamaz (TKHK m. 50/f.8). Bu sayede verilen güvencelerin tüketiciler için kullanılabilmesi sağlanmıştır., **Zevkliler/Özel**, s. 352; **Baş Süzel**, s. 117-118. Satıcıların basiretsiz davranarak ya da bazen de anlaşmalı olarak borç altına girerek, mallarına haciz getirmek suretiyle tüketicileri mağdur etmelerinin önüne geçilmiştir., **Aydoğdu/Kahveci**, s. 433.

61 Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m. 12'de yer alan konut adedi kriteri ön ödemeli devre tatil sözleşmesi açısından uygulanmayacaktır., **Millî Şerh/Çınar**, Madde 50, s. 831.

Yönetmeliğin “Teminat” başlıklı beşinci bölümü hükümleri çerçevesinde teminat sağlanması gerektiği belirtilmiştir<sup>62</sup>.

## VII. Tarafların İade Borcu

Yönetmelik m. 14/4b ve 14/4c’de tarafların iade borcu düzenlenmiştir<sup>63</sup>. Bu hükümler incelendiğinde iade borcunun ifası açısından önceliğin satıcıya verildiği görülmektedir. Satıcı, tüketicinin dönme hakkını kullanması durumunda tüketicinin o ana kadar yapmış olduğu ödeme tutarını ve tüketiciyi borç altına sokan her türlü belgeyi iade etmelidir.

İadenin dönme bildirimiminin satıcıya ulaştığı tarihten itibaren en geç doksan gün<sup>64</sup> içinde yapılması gerekir. Tüketici de alınan bedelin ve kendisini borç altına sokan her türlü belgenin satıcı tarafından kendisine iade edildiği tarihten itibaren on gün içinde kazanımlarını iade edecektir. Satıcı iade konusu edimlerini eksiksiz olarak ifa etmedikçe tüketicinin iade borcu muaccel olmaz.

Satıcının iade borcu, doksan günün geçmesiyle muaccel olur. Muaccel bir borcun borçlusu, kural olarak alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer (TBK m. 117/f.1). Ancak, borcun ifa edileceği gün taraflarca belirli vade şeklinde belirlenmiş ise ihtara gerek yoktur. Satıcının iade borcu açısından öngörülen süre, tarafların iradesinden değil Yönetmelikten kaynaklanmaktadır. Bu sebeple, satıcının iade borcunda temerrüde düşmesi tüketicinin ihtarına bağlıdır. Satıcının temerrüdü halinde tüketici kendisine ödenmesi gereken tutarı temerrüt faiziyle birlikte satıcıdan talep edebilir<sup>65</sup>.

Tüketicinin iade borcunda temerrüdünden bahsedebilmek için de ihtar şarttır. Ancak ön bilgilendirme formunda (Ek-5) ya da sözleşmede satıcının dönme beyanının kendisine ulaşmasından itibaren doksan gün içinde iade borcunu yerine getirmesi gerektiği, tüketicinin de satıcının iade borcunu tam olarak ifa etmesi üzerine 10 gün içinde kazanımlarını iade edeceği şeklinde bir düzenleme varsa her iki taraf açısından da ihtar şartı aranmaz.

62 Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m. 12’de, öngörülen teminat usulleri, kredi teminat mektubu, hakediş sistemi, bağlı kredi ile teminat. Yönetmelik m. 14-16’da düzenlenen bu usullerle ilgili detaylı açıklama için bkz. **Atamer**, s. 232; **Milli Şerh/Çınar**, Madde 50, s. 830-831. Satıcının bu yükümlülüğüne aykırı davranışı sözleşmenin geçerliliğini etkilemez, **Makaracı**, s. 244; **Baş Süzel**, s. 118. TKHK m. 77/f.8 uyarına satıcıya bir aylık süre verilir. Bu sürede aykırılığın giderilmemesi halinde idari para cezası uygulanır., bkz. 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 77. Maddesine Göre 2021 Yılında Uygulanacak Olan İdari Para Cezasına İlişkin Tebliğ, 26.12.2020 tarih, 31346 sayılı RG.

63 Tüketicinin dönme hakkını kullanmasıyla sözleşme ilişkisi baştan itibaren hükümsüz hale geleceğinden taraflar ifa etmiş oldukları edimleri sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep edebileceklerdir.

64 Kanunun satıcıya bu şekilde uzun bir süre tanıması yerinde olmamıştır. Cayma hakkına ilişkin on dört günlük sürenin burada da uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Milli Şerh/Çınar**, Madde 50, s. 832.

65 Satıcının tacir olması durumunda TTK m. 3 ve 19 uyarınca tüketicinin avans faizi talep edebilmesi mümkündür. “*Davacı, dava dilekçesinde alacağına avans faizi uygulanmasını talep etmiştir. Davalı yüklenici tacir olup, taraflardan biri için ticari sayılan iş diğer taraf içinde ticari sayılır. Bu nedenle, mahkemeye hükmedilen alacağına avans faizi uygulanması gerekirken, yasal faiz uygulanmış olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.*”, **Yarg. 13. HD, E. 2019/6303, K. 2019/13140, T. 25.12.2019**, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

Tüketici satıcıya senet vermiş ise satıcının bu senetleri iade etmesine veya senetler üçüncü kişilerde ise bedelini nakit olarak tüketiciye ödemesine gerek yoktur. Zira, TKHK m. 4/f.5'e göre, tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir. Bu hükme aykırı olarak düzenlenen senetler tüketici yönünden geçeriz olacaktır.

Senet, nama düzenlenmiş ise tüketici senedin düzenlenmesine esas olan ön ödemeli devre tatil sözleşmesinden (temel ilişkidен) kaynaklanan savunmaları senedi devralan kişiye karşı da ileri sürebilir<sup>66</sup>. Dönme sebebiyle borcun sona erdiği savunması da bu kapsamda yer alır. Senedin emre yazılı olarak düzenlenmesi durumunda ise anılan hüküm gereği senet tüketici açısından geçersiz olduğundan tüketici senet tutarını ödemek zorunda kalmayacaktır.

### VIII. Dönme Hakkının Kullanılmasının Bağlı Krediyeye Etkisi

Ön ödemeli devre tatil sözleşmesinde tüketici sözleşme bedelinin bir kısmını ödemek için kredi kullanabilir. Kullanılan bu kredi bir bağlı kredi ise<sup>67</sup> Yönetmelik m. 14/f.5 hükmü uygulama alanı bulur. Bu hükümde satıcı ile bağlı kredi veren açısından önce ifa yükümlülüğü öngörülmüştür<sup>68</sup>. Tüketicinin dönme beyanı kendisine ulaşan satıcı, bağlı krediyi verene bu durumu derhal bildirmek zorundadır<sup>69</sup>.

Dönme bildirimini bağlı kredi verene bildirme yükümlülüğü altında olan satıcı ayrıca tüketicinin ödediği satış bedelini dönme bildiriminin kendisine ulaştığı tarihten itibaren en geç doksan gün içinde bağlı kredi verene iade etmelidir. Satıcının tüketicinin ödediği satış bedelinden Yönetmelik m. 14/f.4'da belirtilen tazminat tutarını düşme hakkı bulunmaktadır<sup>70</sup>. Satıcının bağlı kredi verene ödeyeceği tutar, tüketicinin kullandığı kredi tutarı ile sınırlıdır. Örneğin, tüketici sözleşme bedelinin 20.000,00 TL'sini peşin ödemiş geri kalan 10.000,00 TL için kredi kullanmış ise satıcının bağlı kredi verene ödeyeceği tutar 10.000,00 TL'dir. 20.000,00 TL ise tüketiciye iade edilir.

Satıcının iade yükümlülüğünü yerine getirmesinden sonra bağlı kredi veren, tüketicinin o ana kadar yaptığı ödemeleri derhal tüketiciye geri ödeyecektir. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden dönme

66 **Milli Şerh/Özen**, Madde 4, s. 107. Devralanın iyiniyet iddiası korunmaz.

67 Bağlı kredi sözleşmesi, tüketici kredisinin münhasıran belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşmenin finansmanı için verildiği ve bu iki sözleşmenin objektif açıdan ekonomik birlik oluşturduğu sözleşmedir. Ekonomik birliğin varlığı, satıcı veya sağlayıcının tüketici için krediyi finanse ettiği; üçüncü bir tarafça finanse edilmesi durumunda, kredi verenin kredi sözleşmesinin imzalanması veya hazırlanması ile ilgili olarak satıcı veya sağlayıcının hizmetlerinden yararlandığı; belirli bir mal veya hizmetin verilmesinin kredi sözleşmesinde açıkça belirtildiği, durumlarından en az birinin varlığı hâlinde kabul edilir (TKHK m. 30).

68 **Baş Süzel**, s. 122.

69 Tüketici cayma beyanını hem satıcıya hem de bağlı kredi verene bildirmek zorundayken (Yönetmelik m. 11) dönme beyanının satıcıya bildirilmesi yeterlidir. Satıcının bu bildirim yapmamasının hukuki sonucunun ne olduğu hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ön ödemeli konut satışı sözleşmesi açısından bu ihtimalde satıcının bu yükümlülüğüne aykırı davranması sebebiyle tüketicinin uğrayacağı zararı tazmin etmesi gerektiği kabul edilmektedir, **Çabri**, s. 709; **Doğar**, s. 273.

70 Alıcının ön ödemeli konut satışı sözleşmesinden dönmesi durumunda satıcı tazminat yanında masrafları da bağlı kredi verene iade edeceği tutardan düşebilir (Ön Ödemeli Konut Satışları Hakkında Yönetmelik m. 9/f.2).



durumunda TKHK m. 37/f.2 gereği bağlı kredi veren erken ödeme tazminatı kesintisi yapabilirken, burada Yönetmelik m. 14/f.5 hükmünde TKHK m. 27'ye yapılan atıf sebebiyle erken ödeme indirimi yapmak zorundadır. Bağlı kredi veren geri ödemeyi derhal ifa etmez ise tüketicinin ihtarı ile temerrüde düşer. Bu durumda tüketici temerrüt faizi talep edebilir.

Satıcının iade yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde tüketicinin bağlı kredi verene yapmış olduğu ödemeleri ondan talep edebilmesine imkân tanıyan bir düzenleme kanunda ve yönetmelikte bulunmadığı gibi, dönme hakkını kullanan tüketici henüz ödemediği kredi taksitlerini bağlı kredi verene ödemeye devam etmek zorunda kalacaktır. Satıcının iade yükümlülüğünü yerine getirmemesinin ortaya çıkardığı bu olumsuz sonuçların önüne geçilebilmesi kanun koyucunun bu konuda bir irade ortaya koyması ile mümkün olabilir.

## SONUÇ

Ön ödemeli devre tatil sözleşmesinde tüketiciye tanınan güvencelerden biri olan dönme hakkı, hukuki olarak bir geri alma hakkı olarak nitelendirilebilirse de hüküm ve sonuçları bakımından tüketiciye tanınan bir diğer hak olan cayma hakkından farklıdır. Her iki hakkın kullanılması açısından tüketicinin bir gerekçe göstermesi aranmazken, dönme hakkını kullanan tüketici kural olarak tazminat ödemekle yükümlüdür. Dönme hakkının on dört günlük cayma süresinin dolmasından sonra doğduğunun kabul edilmesi, bu süre içinde dönme hakkını kullandığını beyan eden tüketicinin bu beyanının cayma olarak nitelendirilmesiyle tüketiciyi tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtarır.

Tüketicinin dönme beyanını mahkeme yoluyla ileri sürmesi durumunda hâkim öncelikle geçerli bir sözleşmenin bulunup bulunmadığını tespit etmelidir. Geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşme yok ise tüketicinin iade talebinin kabulünün gerekçesi, geçerli bir sözleşmenin bulunmaması olmalıdır. Dönme hakkının kullanılabilmesi ve buna bağlı olarak iade talebinin kabul edilebilmesi için geçerli bir sözleşmenin varlığı aranır.

TKHK'da dönme hakkının kullanımına ilişkin bir şekil şartı öngörülmediği için Yönetmelik ile getirilen şekil şartı geçerlilik şartı olarak kabul edilmemelidir. Tüketici dönme hakkını satıcıya dilediği yöntemle bildirebilir. Ancak bu beyanının yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile yapılması tüketici açısından ispat kolaylığı sağlar.

Tüketici, dönme hakkını teslim tarihine kadar kullanabilir. Sözleşmede teslim tarihi en fazla otuz altı ay olarak kararlaştırılabilir. Sözleşmede kararlaştırılan sürenin dolmasından sonra tüketicinin dönme hakkını kullanabilmesi mümkün değildir. Bu durumda tüketici genel hükümler çerçevesinde borçlu temerrüdünün sonuçlarından yararlanabilir.

Cayma hakkını süresi içinde kullandığını ispat edemeyen tüketicinin bu hakka dayalı iade talebi, hâkim tarafından bu gerekçeyle reddedilmemeli, tüketicinin teslim tarihine kadar sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu dikkate alınarak, henüz teslim gerçekleşmemiş ise tüketicinin cayma beyanı sözleşmeden dönme olarak nitelendirmeli ve iade talebi şartları varsa kabul edilmelidir.

Dönme hakkını kullanan tüketici kural olarak sözleşme bedelinin yüzde ikisine kadar tazminat ödemekle yükümlüdür. Bu tazminatın hukuki niteliği konusunda öğretilerde farklı görüşler bulunmakla birlikte, satıcının her koşulda bu tazminata üst sınırdan hak kazanmak isteyecek olması sebebiyle bu tazminat bedelinin ön ödemeli devre tatil sözleşmesinde kararlaştırılmış olması ile olmaması arasında satıcının elde edeceği bedel açısından çoğu zaman bir farklılık olmayacaktır.

Satıcının yükümlülüklerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi tazminat alacağına hak kazanmasına engel olur. Satıcının yükümlülükleri ifadesi sadece sözleşmeden doğan yükümlülükler ile sınırlandırılmamalı, ön ödemeli devre tatil sözleşmesinde tüketiciyi korumak adına bu sözleşmeye özgü olarak satıcı açısından getirilmiş olan diğer yükümlülükleri de yerine getirmeyen satıcı tazminata hak kazanmamalıdır.

Satıcı, dönme hakkını kullanan tüketiciye o ana kadar yapmış olduğu ödeme tutarını ve onu borç altına sokan her türlü belgeyi iade etmelidir. Tüketicinin satıcıya vermiş olduğu senetlerin iade edilmemesi tüketici açısından bir sorun teşkil etmez. Senetler nama düzenlenmişse tüketicinin dönme sebebiyle borcun sona erdiği şeklindeki temel ilişkiden kaynaklanan savunması senedi devralan (iyiniyetli) üçüncü kişilere karşı da sonuç doğurur. Senedin emre yazılı olarak düzenlenmesi ise TKHK m. 4/f.5'e göre tüketici açısından geçersizdir.

Tüketici, sözleşme bedelini ödemek için bağlı krediden faydalanmış ise dönme halinde satıcının iade yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda tüketicinin bağlı kredi verene yapmış olduğu ödemeleri ondan talep edebilmesine imkân tanıyan bir düzenleme bulunmadığı gibi tüketici henüz ödemediği kredi taksitleri varsa bunları bağlı kredi verene ödemeye devam edecektir. Satıcının iade yükümlülüğünü yerine getirmemesinin ortaya çıkardığı bu olumsuz sonuçlar, kanunkoyucunun bu konuda bir düzenleme yapmasına ihtiyaç bulunduğunu göstermektedir.

## KAYNAKÇA

- Akipek Öcal, Şebnem/Öcal, Levent**, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Ön Ödemeli Konutların Değerlemesi”, TBB Dergisi, S. 144, 2019, s. 277-298.
- Aslan, İ. Yılmaz**, Tüketici Hukuku Dersleri, Güncellenmiş 8. Baskı, Bursa 2021.
- Atamer, Yeşim M.**, Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2016.
- Ayan, Serkan**, “Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Alıcının Sözleşmeden Cayma Hakkı”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 3, 2019, s. 53 – 96.
- Aydoğdu, Murat/Kahveci Nalan**, Tüketici Hukuku, Ankara 2021.
- Baş Süzel, Ece**, Tatil Sözleşmeleri, Devre Tatil, Uzun Süreli Tatil, Değişim, Yeniden Satış Sözleşmeleri ve Paket Tur Sözleşmeleri On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Baysal, Başak**, “Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri”, İÜHF M C. LXXV, S. 1, 2017, s. 273-292.
- Buz, Vedat**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- Çabri, Sezer**, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016.
- Çelebi, Funda**, Devre Tatil Sözleşmesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, MÜSBE, İstanbul 2006.
- Çınar, Ömer**, Editörler Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem, Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2016 (Milli Şerh/Çınar)

- Doğar, Mehmet**, Ön Ödemeli Konut Satışı, Doktora Tezi, KHÜSBE, İstanbul 2017.
- Erdem, Mehmet**, “Pey Akçesi – Pişmanlık Akçesi – Dönme Tazminatı”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, İstanbul 2009, s. 663-684.
- Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara 2020.
- Gökyayla, Emre**, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009.
- Gümüş, Alper**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1, (m.1-46), İstanbul 2014.
- Kapancı, Berk**, “Dönme Cezası (TBK m. 179 f.3) ve Cayma Parası (TBK m. 178) Kavramları Arasında Kısa Bir Karşılaştırma”, MÜHF-HAD, C. 22, S. 2, 2016, s. 247-270.
- Kara, İlhan**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Hazırlanmış Tüketici Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2021.
- Karakocalı, Ahmet/Kurşun, Ali Suphi**, Tüketici Hukuku, İstanbul 2015.
- Kılıçoğlu, Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş-Genişletilmiş 24. Bası, Ankara 2020.
- Kocağa, Köksal**, Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), Ankara 2018.
- Koç, Öykü**, Türk Hukuku’nda Devre Mülk ve Devre Tatil Sözleşmeleri, Ankara 2021.
- Korun, Ceren**, “Y. 13. Hukuk Dairesi T. 5.12.201 E. 2016/25993, K. 2019/12165 Sayılı Karar İncelemesi” Prof. Dr. Ebru Ceylan Tüketici Hukukunda Seçilmiş Yargı Kararları, Ankara 2021, s. 273-280.
- Makaracı, Aslı**, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı”, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, (Derleyen M. Murat İnceoğlu), İstanbul 2015, s. 241-263.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt-2, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, İstanbul 2020.
- Öz, Turgut**, “Konusu Taşınmaz Olan Tüketici Sözleşmelerinde Geçerlilik ve Borca Aykırılık”, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2014-2015, Editörler: Tokbaş, Hakan/Üçışık, Fehim, Ankara 2015, s. 138-160.
- Özen, Burak**, Editörler Tokbaş, Hakan/Tüzüner, Özlem, Milli Şerh, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, İstanbul 2016 (Milli Şerh/Özen).
- Özer, Çağlar**, Mukayeseli Hukuk İşığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999.
- Özmen, Ethem Saba/Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Ön Ödemeli Konut Satışı Sözleşmeleri, İstanbul 2016.
- Saraçoğlu, Simge**, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Madde 45 Kapsamında Ön Ödemeli Konut Satış Sözleşmesinde Sözleşmeden Dönme ve Dönmeye Bağlanan Tazminat Yaptırımı”, ÇÜHFD, C. 5, S. 1, 2020, s. 2703-2727.
- Serozan, Rona**, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2007.
- Sert Sütçü, Selin**, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı, Ankara 2016.
- Sirmen, Lale**, “Tüketici Hukukunda Taşınmazlarla İlgili Sözleşmeler Bakımından Cayma Hakkı ve Değişken Faize İlişkin Sorunlar”, Tüketici Hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015, (Editör Hüseyin Can Aksoy), Ankara 2016, s. 379-393.
- Tekinay, S. Sulhi/ Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993.
- Tunçomağ, Kenan**, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.
- Yağcıoğlu, Burcu**, “Periyodik Süreli Tatil Sözleşmeleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1, 2014, s. 193-250.
- Zevkiiler, Aydın/Özel, Çağlar**, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016.

# Within the Scope of Right to Fair Trial the Principle of “Forum Necessitatis” and Its Effect on Turkish International Jurisdiction Rules

## Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında “Forum Necessitatis” İlkesi ve Türk Milletlerarası Yetki Kurallarına Etkisi

Gizem Ersen Perçin \* 

### ABSTRACT

As a human right, the right of access to court is within the scope of the right to a fair trial and limited by the decisions of the European Court of Human Rights. In private law disputes involving foreign element, the negative conflict of international jurisdiction rules of the state's results in the plaintiff's inability to find a court to open her/his case. Also in the cases lack of jurisdiction agreement, the plaintiff whose right of access to the court is violated, can only access a court with the initiation of the principle of forum necessitatis. In order to have a court involving international jurisdiction by the application of the principle of forum necessitatis, it must be impossible to file the case in another state and there must be a reasonable link between the state applying the principle of the forum necessitatis and the dispute. The broad interpretation of the exceptional principle of forum necessitatis will cause the states to apply exorbitant jurisdiction rules. This situation may prejudice the defendant's right to defence as well as preventing the recognition and enforcement of the decisions given by the courts having exorbitant jurisdiction. It is crucial to determine the boundaries of the principle of forum necessitatis in order to avoid experiencing mentioned negativities. In this study, the decisions of the European Court of Human Rights applying the forum necessitatis principle will be examined. Also the provisions of the European Union regulations and the law of some countries which regulate the principle of forum necessitatis will be mentioned. Finally, by explaining the judicial decisions on the subject in Turkish Law, it will be tried to determine whether there is a reflection of this principle on Turkish international jurisdiction rules.

**Keywords:** Right of Access to Court, Forum Necessitatis, Right to Fair Trial, European Court of Human Rights, International Jurisdiction

### ÖZ

Mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan ve sınırları Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile belirlenen bir insan hakkıdır. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda devletlerin milletlerarası yetki kurallarının olumsuz çatışması, davacının davasını açacak bir mahkemeyi bulamaması sonucunu doğurur. Tarafların anlaşarak yetki sözleşmesi de yapmadığı bir durumda, mahkemeye erişim hakkı ihlal edilen davacı ancak forum necessitatis ilkesinin devreye girmesi ile milletlerarası yetkili bir mahkemeye ulaşabilir. Forum necessitatis ilkesinin uygulanması ile bir devlet mahkemesinin yetkilendirilebilmesi için bir başka devlette uyuşmazlık konusu davanın açılmasının imkansız olması ve forum necessitatis ilkesine başvuracak devlet ile uyuşmazlık arasında makul bir bağlantının bulunması gerekmektedir. İstisnai nitelik taşıyan forum necessitatis ilkesinin geniş yorumlanması devletlerin aşkın yetki kurallarına başvurmasına sebep olacaktır. Bu durum ise, davalının savunma hakkına zarar

\* Asst. Prof. Dr. İstanbul Aydın University Law Faculty Private International Law Department. This study is created by the authors oral presentation named “Adil Yargılanma Hakkı Kapsamında Forum Necessitatis İlkesi ve Türk Milletlerarası Yetki Kurallarına Etkisi”, which took place in “Milletlerarası Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisine İlişkin Güncel Tartışmalar” Symposium in Marmara University Law Faculty on 20.02. 2021.

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Gizem Ersen Perçin

**E-posta/E-mail:** gizempercin@aydin.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 01.04.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 25.05.2021

verebileceği gibi bu tür mahkemelerden verilen kararların tanınması ve tenfizine de engel olacaktır. Söz konusu olumsuzlukların yaşanmaması bakımından forum necessitatis ilkesinin sınırlarının dikkatlice çizilmesi büyük önem arz etmektedir. Bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin forum necessitatis ilkesini incelediği kararları irdelenecek, Avrupa Birliği düzenlemeleri ve bazı ülke hukuklarındaki konuya ilişkin hükümlere değinilecektir. Son olarak Türk Hukuku'nda konuya ilişkin yargı kararları açıklanarak, milletlerarası yetki kurallarında bu ilkenin yansımaları olup olmadığı tespit edilmeye çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Mahkemeye Erişim Hakkı, Forum Necessitatis, Adil Yargılanma Hakkı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Milletlerarası Yetki

## I. INTRODUCTION

In private law disputes involving foreign element, each state determines whether it has international jurisdiction by applying its national procedural law regulations. This situation causes conflicts of jurisdiction between states. The situation where more than one states perceive themselves to be authorized for the same dispute due to this conflict of jurisdiction is called positive conflict of jurisdiction. A positive conflict of jurisdiction allows the plaintiff to file her/his case by choosing one of the state courts which have international jurisdiction. The situation where none of the states have international jurisdiction under their national regulations, is called negative conflict of jurisdiction. A negative conflict of jurisdiction causes the result that the plaintiff cannot sue his /her dispute before the court of any state. Unless the parties agree on a jurisdiction agreement, this situation will cause the violation of the plaintiff's "right of access to court".

In order to prevent the violation of the right of access to court, the principle of "forum necessitatis" is put forward by the international doctrine. The application area of this principle should be kept limited; otherwise it causes exorbitant jurisdiction and indirectly the refusal of recognition and enforcement of the judicial decisions. So, it is crucial to determine the boundaries of the principle of "forum necessitatis".

In this study, first of all, the limits of the right of access to court will be tried to be drawn. Later on, the decisions of the European Court of Human Rights in which the principle of forum necessitatis is interpreted will be mentioned in order to prevent the violation of this right. As giving examples of European Union regulations involving the principle of forum necessitatis, the regulations in the domestic laws of some countries will be also mentioned. Finally, by explaining the judicial decisions on the subject in Turkish Law, it will be tried to determine whether there is a reflection of this principle on Turkish international jurisdiction rules.

## II. THE RIGHT OF ACCESS TO COURT AS A PART OF THE RIGHT TO A FAIR TRIAL IN SCOPE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND TURKISH CONSTITUTION

Right to a fair trial is regulated in Article 6 of European Convention on Human Rights<sup>1</sup>. Although right of access to court is not regulated in the same article, it is declared as a part of right to fair trial on many decisions of the European Court of Human Rights. The right of access to court can be defined as having the necessary opportunities to file a lawsuit before a judicial body.

In decision of *Golder v. United Kingdom* (Application No. 4451/70), which was given by the European Court of Human Rights on 21 February 1975, was for the first time stated that the right of access to court is precondition of the right to a fair trial<sup>2</sup>. The decision of Home Secretary preventing Golder from contacting a solicitor, is accepted as a breach of the right of access to court which causes a violation of the right to a fair trial<sup>3</sup>. The aforementioned decision is crucial in terms of considering the right of access to court as a precondition of the right to a fair trial.

The paragraph 1 of Article 36 of 1982 Constitution of Turkey, titled “A. Freedom to claim rights”, did not directly mention the right of access to the court by making a statement – «*Everyone has the right of litigation either as plaintiff or defendant and the right to a fair trial before the courts through legitimate means and procedures.*» However, in the decisions of the Constitutional Court, assessments were made regarding the right of access to the court.

In Sener Berçin decision of the Constitutional Court numbered 2013/5516 and dated 22.01.2015<sup>4</sup>, the right of access to court, which is accepted as one of the fundamental elements of the right to a fair trial, is explained being able to bring a dispute to court and ask for the dispute to be resolved effectively (parg 52). In the relevant decision, it is emphasized that the European Court of Human Rights accepts the right of access to court as one of the basic elements of the “rule of law principle.” In order to use the right of access to court effectively; there must be a consistent system of applying to the court and those who wish to file a lawsuit must have clear, practical and effective opportunities for access to the court. Therefore, in situations where legal or factual uncertainties damage the access of the parties to the court, decisions may be concluded that this right has been violated<sup>5</sup>.

1 It is an international convention to protect human rights, which is drafted by Council of Europe in 1950 and entered into force on in 1953. Turkey is a party of European Convention of Human Rights since 18 May 1954. For English version of this Convention, see, [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf) (31.03.2021)

2 For English version of full text, see, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57496> (31.03.2021)

3 For more information about this decision, see, Gökhan Çayan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (28), 2016, p. 237,239.

4 Full text of this decision; see; <https://cdn.istanbul.edu.tr/statics/idarehukuku-hukuk.istanbul.edu.tr/wp-content/uploads/2017/01/Anayasa-Mahkemesi-%C5%9Eener-Ber%C3%A7in-Karar%C4%B1.pdf> (31.03.2021)

5 *Geffre v. France*, Application No: 51307/99, 23/1/2003, parg. 34.

### III. THE Characteristics of THE RIGHT OF ACCESS TO THE COURT

Before mentioning the characteristics of the right of access to court, the term of "court" should be defined for determining the scope of this right. In the doctrine<sup>6</sup>, the court is qualified as «*The authority that resolves the dispute that comes before it by making a proper settlement on matters falling under its jurisdiction*» in accordance with Article 6 of the European Court of Human Rights. In that case, the following criteria should be sought by the decision-making authority in order to be qualified as a court;

- 1-) The parties should have procedural guarantees
- 2-) The court should be independent and impartial
- 3-) The court's decision should be based on the rule of law
- 4-) The decisions can be enforceable by public authority<sup>78</sup>

Therefore, although the authority that made the decisions meeting these criteria is not a state court, it should be accepted that the right of access to court is not prejudiced. For this reason, if the decisions made as a result of arbitration or mediation, meet the criteria mentioned above, it cannot be claimed that the right of access to court is violated.

In many decisions<sup>9</sup> of the European Court of Human Rights, the right of access to court has been defined as a "concrete and effective" right. For the right of access to court to be concrete and effective, the plaintiff should have a clear and concrete opportunity to object for a transaction that constitutes an interference with her/his right<sup>10</sup>. The concrete and effective use of this right will serve the legal principle of clarity and definiteness<sup>11</sup>.

The situations such as excessive court costs, short term of litigation, excessively stringent burden of proof requirements are described as practices undermining the concrete and effective character of the right of access court in the European Court of Human Rights decisions<sup>12</sup>.

6 Hakan Pekcanitez, Medeni Yargıda Adil Yargılama, İzmir Barosu Dergisi, April 1997, p. 39.

7 Ayşe İpek Sarıöz Büyükalp, Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri, On İki Levha, 2018, p. 111.

8 Also, the foreign court decisions lacking of these criteria, cause the refusal of recognition and enforcement. See, Faruk Kerem Giray, Tenfize İlişkin Üç Soru: Tenfize Konu Yabancı İlämin Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi? Yabancı Mahkemen Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi?, MHB, (32), 2, 2019, p. 626-627 and 640.

9 For example, Bellet v. France parg. 38 ( 04.12.1995 dated and Application No: 23805/94) and Zubac v. Croatia parg. 76-79 ( 05.04.2018 dated and Application No:40160/12).

10 Bellet v. France parg. 36.

11 Işıl Özkan Adil Yargılanma Hakkının Uluslararası Özel Hukuka Etkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaşa Armağan, (19), Special Edition, 2017,p.1777.

12 Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to Fair Trial parg 97. – (Updated: 31 August 2019).

#### IV. THE BOUNDARIES OF RIGHT OF ACCESS TO THE COURT

The first decision of European Court of Human Rights determining the criteria that states should comply with in limiting the right of access to court, is *Ashingdane v. United Kingdom* (dated 28.05.1985 and Application No: 8225/78). According to that decision, the limits of judicial discretion of the states are as followed;<sup>13</sup>

- 1-) Limitations should not restrict the right to a degree that would prejudice its cause.
- 2-) Limitations must pursue a legitimate purpose.
- 3-) There should be a reasonable link of proportionality between the means used in restrictions and the intended purpose.

Jurisdictional immunity of states which is foreseeing the principle that a state should not be sued before another state court has been accepted by the European Court of Human Rights as “a legitimate purpose” in limiting the right of access to court. In the case of *Cudak v. Lithuania* Application No: 15869/2 and dated 23.03.2010<sup>14</sup> it is stated that the application of the principle of state immunity from jurisdiction restricts the exercise of the right of access to a court. “*The Court must ascertain whether the circumstances of the case justify such restriction*” (parg 59).

The “*cautio judicatum solvi*” which is a payment of security for legal costs made by a foreigner who does not have a habitual residence in the place of jurisdiction<sup>15</sup>, has been accepted by the European Court of Human Rights as a «serving a legitimate purpose» limitation, but it has been stated that this guarantee can be applied in accordance with the principle of «proportionality». Especially in the case of *Tolstoy Milloslavsky v. United Kingdom*, dated 13 July 1995 and Application No: 18139/91<sup>16</sup>, European Court of Human Rights mentioned that “*the security for costs order clearly pursued a legitimate aim.... to protect L.A from being faced with an irrecoverable bill for legal costs if the applicant were unsuccessful in the appeal*”. Afterwards, since the lack of prospects of success of the applicant’s appeal, the impose in the interests of a fair administration of justice should be discussed by taking into account of the principle of proportionality.

In the *Zubac v. Croatia* decision<sup>17</sup> of European Court of Human Rights, it is emphasized that determining the monetary value of the case sought for the application to the Supreme Court being too high can be considered within the scope of “restriction at a level that will prejudice the cause of the right”. In the same decision, it is stated that having excessively formalist regulations in procedural law provisions may cause a violation of the proportionality principle.

13 Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to Fair Trial p.26-30. – (Updated: 31 August 2019) and Çayan, p.252.

14 For English version of full text, see, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97879> (31.03.2021)

15 For more information about the term of “*cautio judicatum solvi*” and its use in Turkish Private International Law, see, Zeynep Çalışkan, *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat*, Vedat, 2013, p. 33 etc.

16 For English version of full text, see, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57947> (31.03.2021)

17 Overview of European Court of Human Rights Case-Law, 2018 p. 33.



In the *Kurşun v. Turkey* decision of European Court of Human Rights dated 30 October 2018 and Application No: 22677/10<sup>18</sup>, the applicant filed a claim for compensation against Tüpraş due to the damage to his property as a result of the explosion, however, her/his request was rejected by the Supreme Court on the grounds that he did not comply with the one-year prescription period for filing a case against the person who committed the tortious act. However, just a few months before the rejection of the applicant's request, another department of the Supreme Court examined the compensation claims against Tüpraş by other victims of the same explosion. This department constructed the prescription period in favour of the victims, although their claims were not brought forward within one – year after the explosion occurred. While making this comment, it emphasized that the one-year period of prescription should start from the date the injured person learns about the responsible persons. The department which rejected the application did not give a sufficient reason for its decision. The European Court of Human Rights has found the interpretation and application of the prescription period by the relevant department of Supreme Court extremely formal and ruled that the right of access to court had been violated on the ground that this would be contrary to the principle of proportionality.

## V. THE RIGHT OF ACCESS TO COURT AND PRINCIPLES OF FORUM OF NECESSITY

The right of access to the court creates a multi-dimensional structure due to the international jurisdiction rules of more than one state in private law disputes involving foreign elements. Beside the "positive conflict of jurisdiction" which arises as a result of more than one state court having international jurisdiction in the same dispute, a "negative conflict of jurisdiction" that arises as a result of none of state court has international jurisdiction. Even if there is a legally competent court, the failure to access this court due to extraordinary reasons such as war, natural disaster, epidemic etc. should also be evaluated within this scope<sup>19</sup>. Additionally, in the doctrine, it is stated that there are legal impossibilities in cases where the applied foreign court giving a decision of rejection of international jurisdiction or the parties cannot benefit from a fair trial or rejection of the recognition and enforcement of foreign court decisions and these situations are characterized as absence of an available court<sup>20</sup>.

The principle of forum necessitatis has been developed in order to prevent the violation of right of access to court causes from negative conflict of jurisdiction. The purpose of this principle is to make the court which doesn't have international jurisdiction into a competent one in order to exercise the right of access to the court. However, it is necessary to draw the lines of this principle carefully, which constitutes an exceptional rule. Otherwise, a court decision made in line with the principle of forum

18 For English version of full text see, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-187482> (31.03.2021)

19 Özkan, p. 1795 and Aysel Çelikel/ B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Beta, 15th ed, 2016, p. 546 and İlyas Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi*, Adalet, 2019, p.370.

20 Sarıöz Büyükalp, p. 314-319.

necessitatis may be considered within the scope of exorbitant jurisdiction and its enforcement in other states can be prevented<sup>21</sup>.

At the source of forum necessitatis principle there is the doctrine of denial of international justice<sup>22</sup>. The purpose of this doctrine, for which there is no consensus in the international doctrine about its content and definition, provides the plaintiff with access to court in the absence of a competent court by the way does not oblige the defendant to defend herself/himself before a court unrelated to the dispute. At this point, it is frequently stated in both doctrine and practice that there should be a certain degree of connection<sup>23</sup> between the court and the dispute when using the principle of “forum of necessity” to balance the justice between the plaintiff’s right of access to court and the defendant’s right to defence being damaged by exorbitant jurisdiction rules.

Moreover, in Admissibility Criteria Guide of European Court of Human Rights updated on 31 December 2018<sup>24</sup>, it has been stated that these applications will be rejected due to incompatibility in terms of *ratione loci* if they are related to events occurring outside the territory of the contracting state and there is no link between these events and any authority within the jurisdiction of the contracting state. In order for a state court to consider itself competent despite the lack of reasonable connection with the dispute, the rule governing international jurisdiction must be an exorbitant jurisdiction rule<sup>25</sup>. It is stated in the doctrine that this line should be drawn and the concrete event should be examined in order to determine a reasonable link<sup>26</sup>. International jurisdiction of a court on the basis of presence or nationality of the defendant or presence in the forum state of the defendant’s property is accepted as a reasonable link<sup>27</sup>.

21 Johannes Weber, Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation, *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 75-3, July 2011, p.642.

22 Sarıöz Büyükalp, p. 285-296. Also in Turkish doctrine it is claimed that, as a party of European Convention on Human Rights, Turkey should apply the principle of forum necessitatis. See. Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, Yetkin, 2021, p. 242.

23 Paul David Mora, Universal Civil Jurisdiction and Forum Necessitatis: The Confusion of Public and Private International Law in *Nait – Liman v. Switzerland*, p. 179.

24 [https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility\\_guide\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_TUR.pdf) (31.03.2021)

25 For more information about the term of “exorbitant jurisdiction” and its boundaries , see, Esra Dardağan, *Milletlerarası Usul Hukukunda Aşkın Yetki Kavramı*, Ankara, 2005, p.73, Nuray Ekşi; *Devletler Özel Hukukunda Aşırı Yetki Kuralları*, Prof. Dr. S. Sulhi Tekinay’a Armağan, İstanbul, 1999, p. 247-258 and Begüm Süzen, *Tanıma Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi*, Oniki Levha, 2016.

26 Burak Huysal, *Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar ile Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi*, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, I, 2011, p. 487.

27 Rolf Stürner, *The Principles of Transnational Civil Procedure: An Introduction to Their Basic Conceptions*, *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 69 – 2, April 2005, p.217.

### **A. Banković and Others v. Belgium and Other NATO Member States**

The European Court of Human Rights Grand Chamber decided inadmissibility on the case of Banković and Others v. Belgium and Other NATO Member States dated 12 October 2001 and Application No: 52207/99<sup>28</sup>.

The subject of the decision is about one of the air strikes carried out by NATO between 24 March – 8 June 1999 during the clashes between Serbian and Kosovo Albanian forces in Kosovo in 1998-1999. Radio Televizije Srbije (RTS), which was in Belgrade was struck by NATO aircrafts at 02.00 am on 23 April 1999. As a result of the missile fired from NATO aircrafts, two floors of the building collapsed and the control room was destroyed. Some of the applicants' children and one's husband lost their lives during the attacks. Afterwards, the applicants who filed a lawsuit at the European Court of Human Rights, claimed that the NATO Member States had a «ratione loci» over the airstrike in the Socialist Federal Republic of Yugoslavia. Thereupon, Grand Chamber examined Article 1 of European Convention on Human Rights, which also refers to the geographical limits of the member states responsibility arising from the convention. In the draft text written by Advisory Council, the article 1 was arranged as «*Member States undertake to ensure the rights ... of all persons residing on their territory.*» The Expert Intergovernmental Committee aimed to expand the responsibilities of the member states by replacing the phrase «*all persons living on its territory*» with «*those within jurisdiction*» in the text. Thus, Article 1 of the European Convention on Human Rights, titled «*Obligation to respect Human Rights*» has been changed as «*The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.*»

In its assessment, Grand Chamber stated that the «ratione loci» covers the states territory as a rule. So, «extra territorial jurisdiction» has an exceptional nature. The consulate buildings, sea and air vehicles carrying the flag of the state can be given as examples of this exception.

In terms of the decision examined, it has been determined that the responsible state should have an «*effective and comprehensive control*» on the place arising dispute in order to apply for extra territorial jurisdiction (parg 71). As an example of effective and comprehensive control, the military occupations, the exercise of all or part of the sovereignty by another state upon the approval, consent or invitation of the administration of the current state are shown. In its examination, Grand Chamber often has made reference to Loizidou v. Turkey decision (dated 18 December 1996 and Application No: 15318/89)<sup>29</sup>. In that case, European Court of Human Rights determined that Turkey has effective and comprehensive control in the place where the immovable in dispute is located in the island of Cyprus. Therefore Turkey is responsible for the actions and policies in that region. In fact, in the decision, it was stated that the Turkish local administration in the island survive because of Turkey's support.

However, in the case of Banković and Others v. Belgium and Other NATO Member States, Grand Chamber found that the responsible states had limited control over the airspace. For this reason,

28 For English version of full text see, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-22099> (31.03.2021).

29 For English version of full text see, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58007> (31.03.2021).

stating that the acts of the responsible states which causes the disputes, cannot be associated with their contractual responsibilities, Grand Chamber decided inadmissibility of the case in terms of *ratione loci*.

### ***B. Markoviç and Others v. Italy and Other NATO Member States***

In the case of *Markoviç and Others v. Italy and Other NATO Member States* (dated 14 December 2006 and Application No: 1398/03)<sup>30</sup>, the European Court of Human Rights Grand Chamber decided that the case is admissible and there is no violation of Article 6 of the European Court of Human Rights.

The subject of this decision is the same as the subject in the case of the *Bankoviç and Others v. Belgium and Other NATO Member States*. However in this issue, unlike the *Bankoviç* decision, Grand Chamber found a jurisdictional link between the dispute and Italy. Although Italian Court of Appeal denied to have international jurisdiction in this case, applicants based their claims on the organization of the aforementioned air strike within the territory of Italy and the use of Italy's national airspace to carry out the attacks. Grand Chamber found these claims acceptable and decided that the case is admissible, because Italy has a jurisdictional link with the dispute.

### ***C. Nait – Liman v. Switzerland***

Another decision in which the principle of the *forum necessitatis* discussed is European Court of Human rights Grand Chamber's decision of *Nait – Liman v. Switzerland* (dated 15.03.2018 and Application No: 51357/07)<sup>31</sup>.

In the incident subject to the decision, a Tunisian citizen applicant named Abdennacer Nait-Liman was arrested in Italy and extradited to Tunisia in 1992. The applicant, who claimed that he was physically tortured in Tunisia with the order of the Minister of Internal Affairs A.K., fled in 1993 and applied for political asylum in Switzerland. Switzerland accepts the request in 1995. The applicant, who learned that A.K. was being treated in Switzerland in 2001, filed a criminal complaint against A.K., but the investigation was dropped when A.K. left the country. In 2005, the applicant brought a claim for non-pecuniary damage in Switzerland against the Tunisian State and A.K.. The first instance court decided that it does not have international jurisdiction and rejects the case procedurally. Upon the decision in the same direction from the Court of Appeal, the Swiss Federal Supreme Court; rejected the case on the grounds that there is no «*reasonable link*»<sup>32</sup> between the subject matter of the case and Switzerland, because the events take place within the sovereignty of the Tunisian State mentioning the principle of jurisdictional immunity of the states. Upon this, Nait-Liman applied to the European Court of Human Rights and claimed that the crime

30 For English version of full text see, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78623> (31.03.2021).

31 For English version of full text see <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181789> (31.03.2021).

32 It was stated in the decision that the current residence of the applicant as an asylum seeker in Switzerland does not mean that there is sufficient connection between the event and Switzerland.

of torture should be outside the scope of the jurisdictional immunity of the states and that the right of access to the court was violated within the scope of Article 6 of the European Convention on Human Rights.

In that decision, the issue discussed before the European Court of Human Rights is whether the domestic courts are obliged under international law to accept the actions for compensation filed by victims of torture committed by a third State abroad or committed within the jurisdiction of a third State<sup>33</sup>. Upon the applicant’s claim that Switzerland, which is a party to the Convention against Torture, has universal civil jurisdiction within the scope of Article 14, Grand Chamber stated that the regulation in question *«even if it encourages States to do so, cannot be concluded that neither the findings of the Committee against Torture and the discourse of article 14, nor the preparatory work required a State to recognize its universal jurisdiction»*. It was also stated in the decision that “Aside from the establishment of an international customary that would oblige the Swiss courts to decide that they have jurisdiction to examine the applicant’s case, it’s not enough yet to show that it has emerged.” Nevertheless, Grand Chamber emphasized that the States do not question “be encouraged to recognize impact to this right by granting their court’s jurisdiction to examine such claims, including where claims for damages are based on facts that took place outside their boundaries”<sup>34</sup>.

Grand Chamber emphasized that Swiss Federal Supreme Court did not consider itself having international jurisdiction by using the principle of *«forum necessitatis»* in Chapter 3 of the Swiss Federal Code on International Private Law, and gave a definition regarding the concept in question. According to this; the principle of *forum necessitatis* is the principle which *«ensures the exceptional jurisdiction adopted by the civil courts of a State in cases where proceedings are impossible or excessively and unreasonably difficult to carry out abroad»*. While explaining the reason for not applying the principle of *forum necessitatis*, the Swiss Federal Supreme Court stated that this principle is a part of private international law, not a part of international law, so an international customary rule cannot be established in the application of the *forum necessitatis* principle<sup>35</sup>.

## VI. EXAMPLES OF FORUM NECESSITATIS IN EUROPEAN UNION LAW

The principle of *forum necessitatis* is arranged as a general provision in some of the European Union regulations. For example; Regulation (EU) No 4/2009 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations on 18 December 2008, in the article 7<sup>36</sup>, *«Where no court of a Member State has jurisdiction pursuant to Articles 3, 4, 5 and 6, the courts of a Member State may, on an exceptional basis, hear the case if proceedings cannot*

33 Overview of European Court of Human Rights Case-Law, 2018 p. 29.

34 For criticism of the decision, see Mora, p.167 etc.

35 Mora, p. 180 etc.

36 For detailed information about the jurisdiction system accepted on this regulation, see, Maire Ni Shúilleabháin, Ten Years of European Family Law: Retrospective Reflections from a Common Law Perspective, The International and Comparative Law Quarterly, 2010, Vol. 59, No. 4 (October 2010), p. 1047.

*reasonably be brought or conducted or would be impossible in a third State with which the dispute is closely connected. The dispute must have a sufficient connection with the Member State of the court seised.»*

The principle of forum necessitatis is regulated with the same expressions in Articles 11 regarding the following; – Regulation (EU) No 650/2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession on 4 July 2012 and Regulation (EU) No 2016/1103 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes on 24 June 2016 and Regulation (EU) No 2016/1104 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships on 24 June 2016.

## VII. EXAMPLES OF FORUM NECESSITATIS IN FOREIGN COUNTRY LAWS

In Article 3 of Switzerland’s Federal Code on Private International Law in 18 December 1987<sup>37</sup>, it is required that “A. *When this Act does not provide for jurisdiction in Switzerland and proceedings in a foreign country are impossible or cannot reasonably be required, the Swiss judicial or administrative authorities at the place with which the case has a sufficient connection have jurisdiction.*”

In accordance with Article 11 of Belgian Code of Private International Law on 16 July 2004<sup>38</sup>, the forum necessitatis may be applied “ *when the matter presents close connections with Belgium and proceedings abroad seem impossible or when it would be unreasonable to demand that the action be brought abroad*”.

In Dutch law, if the foreign court doesn’t provide the conditions of fair trial, the forum necessitatis rule can be applied in accordance with article 9 paragraph c of the Dutch Code of Civil Procedure<sup>39</sup>. However, even in such a case, the existence of sufficient connection with Dutch Law must be proven in order to refer to the principle of forum necessitatis.

Since there is a flexible jurisdiction system<sup>40</sup> in terms of the international jurisdiction of courts in English Law, a general principle of “forum necessitatis” is not envisaged. However, it is available in practice. The first decision to apply the principle of forum necessitatis was Mark and Mark 2004 (EWCA)<sup>41</sup>. In the incident subject to the decision, the Nigerian woman filed a divorce suit against her husband in England, however, the first instance court ruled that it doesn’t have international jurisdiction, by reason of the domicile of the woman. She was staying in England until one year before the case filed but it was unlawful according to the Immigration Law of 1971. The Court of

37 For English translation of this code, see, [https://www.unine.ch/files/live/sites/florence.guillaume/files/shared/publications/pil\\_act\\_1987\\_as\\_from\\_1\\_1\\_2017.pdf](https://www.unine.ch/files/live/sites/florence.guillaume/files/shared/publications/pil_act_1987_as_from_1_1_2017.pdf) (31.03.2021).

38 For English translation of this code, see, <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/belgica-the-code-of-private-international-law-2004.pdf> (31.03.2021)

39 For English translation of this code, see, <http://www.dutchcivillaw.com/civilprocedureleg.htm> (31.03.2021)

40 For more information about the forum shopping principle used in English Courts, see, Shúilleabháin, p.1031-1036

41 See <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed452>

Appeal ruled that the decision of the first instance court prevented the right of access to court under Article 6 of the European Court of Human Rights and this situation was contrary to public order.

In American Law, although there isn't any rule directly regulating the principle of “forum necessitatis”, it is stated that the doctrine of “forum non conveniens”, which enables the court to decide that it does not have international jurisdiction if a foreign court has more closely connection with the dispute, indirectly provides the application of the principle of forum necessitatis<sup>42</sup>. Because due to the doctrine of forum non conveniens, the American courts will consider themselves have international jurisdiction in any case where there is no foreign state court having more closely connection with the dispute.

## VIII. THE FORUM NECESSITATIS IN TURKISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW

### A. Legal Regulations

In Turkish Private International Law, the international jurisdiction of Turkish courts is regulated among articles 41-46 of Act on Private International and Procedural Law numbered 5718 and by the reference of article 40 of this regulation on other national acts about jurisdiction. None of these regulation has a general provision regarding the principle of “forum necessitatis”. Also there wasn't any direct provision about this principle on the repealed acts on private international and procedural law dated 1915 and 1982.

There is only a provision in Article 41 of Act on Private International and Procedural Law numbered 5718 that provides the establishment of international jurisdiction of Turkish courts for Turkish citizens who cannot file a lawsuit in a foreign country. In accordance with this provision; « *If lawsuits concerning the personal status of Turkish citizens who do not have a domicile in Turkey are not or cannot be filed in the foreign state where they have their domicile and if there is no competent court in Turkey, the lawsuit shall be filed at the place of such citizen's habitual residence; or if the person does not have a habitual residence in Turkey, it shall be filed at his/her last domicile in Turkey. In the absence of a last domicile in Turkey, it shall be filed with the courts of Istanbul, Ankara, or Izmir.* »

In the doctrine it is mentioned that, whether the parties don't file lawsuit in a foreign court or the lawsuit could not be filed in a foreign court due to a legal or de facto impossibility, it will be possible for the case to be heard in Turkish courts if it is concerning personal status of a Turkish citizen<sup>43</sup>. Herein, it is aimed to compose a competent Turkish court which is always ready in terms of cases regarding the personal status of Turkish citizens whether they are plaintiff or defendant<sup>44</sup>.

42 Cemal Şanlı/ Emre Esen/ İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8th ed, Vedat, 2020, p. 368 and Nuray Ekşi, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2nd ed., Beta, 2000, p. 62 and Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Vedat, 2020, p. 115.

43 Mine Tan Dehmen, *Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Yetki*, MHB (33), 1, s.177 Rifat Erten, *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, Yetkin, 2017, p. 123-125. Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6th ed, Savaş, 2020, p. 69

44 In Turkish doctrine it is argued that whether this provision creates exorbitant jurisdiction or not. According to an opinion, because this case can be also filed by a foreigner and international jurisdiction of other states are not denied, this provision doesn't create exorbitant jurisdiction. Bilgin Tiryakioğlu, *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, Tuğrul Arat'a Armağan, Yetkin, 2012, p. 1152 etc. But in the doctrine, it is claimed that the last sentence which provides international jurisdiction to İstanbul, Ankara or İzmir courts, creates exorbitant jurisdiction. Nuray Ekşi,

In my opinion, it is possible to claim that international jurisdiction of Turkish courts according to the article 41 constitutes from the principle of forum necessitatis. Because, considering the above-mentioned international regulations and acts of foreign countries, it is obvious that, two basic criteria must be present for the existence of forum necessitatis principle. The first one is; it should be impossible to file the case in another state court and the second one is; there should be a reasonable link between the state applying the principle of forum necessitatis and the dispute. In the article 41, the failure to file a lawsuit in a foreign state due to a legal or de facto impossibility should be accepted as an indication of the existence of the first criteria. The second criteria, which is a reasonable link between the state that will apply the principle of forum necessitatis and the dispute, is provided by the fact that the plaintiff or defendant is a Turkish citizen.

### ***B. Judicial Decisions***

Although Turkish courts did not have international jurisdiction according to the provisions in force at that time, exceptionally there were some contrary decisions ruled by Turkish Supreme Court. For example, in the decision of Supreme Court of Appeals 2nd Circuit dated 04.06.1945, the divorce case of German spouses, had become impossible to file outside of Turkey, due to the cut of their diplomatic relations with Germany. The Supreme Court established the international jurisdiction of the Turkish courts due to the «de facto impossibility»<sup>45</sup>.

Another decision in which the international jurisdiction of Turkish courts has been established exceptionally is the decision of Supreme Court of Appeals 2nd Circuit dated 02.07.1973. In the incident subject to the decision, a custody dispute related to a foreign child in Turkey was accepted as «public order» and established the international jurisdiction of the Turkish court exceptionally in the case of cancelling the custody between foreign mother and father<sup>46</sup>. In spite of the fact that statements referring to the principle of «forum necessitatis» are not included in these decisions, it is obvious that this principle was applied.

However there are exceptional court decisions mentioned above, in Turkish Law the establishment of a principle of forum necessitatis through judicial decisions, will cause a violation of the provision of 1982 Constitution of Turkish Republic. Because Article 142 paragraph 1 of 1982 Constitution states that the jurisdiction of the courts will only be exist by law. Thus, contrary to common law system, in Turkish Law it is impossible to claim that the international jurisdiction of Turkish court constitutes from judicial decisions.

---

Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Beta, 2013, p. 269-270. Another opinion in this subject, is to decide whether this provision creates exorbitant jurisdiction or not according to the characteristics of each case. Erten, p. 179.

45 Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, 22nd ed, Beta, 2020, p. 481 and Çelikel/Erdem, p.547.

46 Nomer, p.480 and Çelikel /Erdem, p. 546.



## IX. CONCLUSION

A general provision on the principle of forum necessitatis is not included among the Turkish international jurisdiction rules. However, two basic criteria must be present in order to mention the existence of forum necessitatis principle. These are; the impossibility to file the case in another state court and the existence of a reasonable link between the state applying the principle of the forum necessitatis and the dispute. The provision regulating the international jurisdiction of Turkish courts in the cases regarding the personal status of Turkish citizens in Article 41 of Act on Private International and Procedural Law numbered 5718 is involving both of these criteria. Therefore, it should be possible to claim that there is a principle of forum necessitatis in the Turkish international jurisdiction system limited by the cases of Turkish citizens regarding their personal status.

Unlike the states having common law system, in Turkish Law the establishment of a principle of forum necessitatis through judicial decisions, will cause a violation of the provision of 1982 Constitution of Turkish Republic. Because Article 142 paragraph 1 of 1982 Constitution states that the jurisdiction of the courts will only be exist by law. However it is obvious that, Turkey, as a party of European Convention on Human Rights, has the responsibility to check whether the plaintiff has the possibility to file a lawsuit in another state court before it makes a decision of rejection of jurisdiction<sup>47</sup>. Thus, it will be able to avoid the European Court of Human Rights decisions regarding a violation of the right of access to court against Turkey. In order to achieve this, it would be appropriate to include a general provision on the principle of forum necessitatis among the Turkish international jurisdiction rules. By this way, exceptional international jurisdiction of Turkish courts will be exist by law according with the Constitution.

## REFERENCES

- AKINCI, Ziya, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Vedat, İstanbul, 2020.
- ARSLAN, İlyas, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuka Etkisi*, Adalet, Ankara, 2019.
- ÇALIŞKAN, Zeynep, *Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat*, Vedat, İstanbul, 2013.
- ÇAYAN, Gökhan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mahkemeye Erişim Hakkı*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (28), 2016, p. 235 – 271.
- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B. Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 15<sup>th</sup> ed. Beta, İstanbul, 2018.
- DARDAĞAN, Esra, *Milletlerarası Usul Hukukunda Aşkın Yetki Kavramı*, Ankara, 2005.
- DOĞAN, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6<sup>th</sup> ed, Savaş, Ankara, 2020.
- DEHMEN TAN, Mine, *Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Yetki*, MHB (33), 1, 2013, p. 169-211.
- EKŞİ, Nuray: *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 2<sup>nd</sup> ed. Beta, İstanbul, 2000.
- EKŞİ, Nuray, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, Beta, İstanbul 2013.
- EKŞİ, Nuray, *Devletler Özel Hukukunda Aşırı Yetki Kuralları*, Prof. Dr. S. Sulhi Tekinay'a Armağan, İstanbul, 1999, p. 247-258.

47 Louwrens Rienk Kiestra, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Asser Press, Netherlands, 2014, p. 48.

- ERTEN, Rifat, *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, Yetkin*, Ankara, 2017.
- GİRAY, Faruk Kerem, *Tenfize İlişkin Üç Soru: Tenfize Konu Yabancı İlâmın Hukuk Devletinden Sadır Olması Gerekir Mi? Arabuluculuk Neticesinde Yapılan Sulh Anlaşması Tenfiz Edilebilir Mi? Yabancı Mahkemeden Sadır Ödeme Emri Kararı Tenfiz Edilebilir Mi?*, MHB, (32), 2, 2019, p. 609-643.
- GÜNGÖR, Gülin, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Yetkin*, Ankara, 2021.
- HUYSAL, Burak, *Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar ile Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi*, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, I, 2011, p. 467-502.
- KIESTRA, Louwrens Rienk, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Asser Press, Netherlands, 2014.
- MORA, Paul David, *Universal Civil Jurisdiction and Forum Necessitatis: "The Confusion of Public and Private International Law in Nait – Liman vs. Switzerland"*, Netherlands International Law Review, 65 (2), 2018, p. 155-183.
- NOMER, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 22rd ed., Beta, İstanbul, 2020.
- ÖZKAN, Işıl, *Adil Yargılanma Hakkının Uluslararası Özel Hukuka Etkisi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, (19), Special Edition, 2017, p. 1777-1834.
- PEKCANITEZ, Hakan, *Medeni Yargıda Adil Yargılama*, İzmir Barosu Dergisi, (2) 1997, p. 35-55.
- SARIÖZ BÜYÜKALP, A. İpek, *Adil Yargılanma Hakkının Türk Milletlerarası Usul Hukuku Üzerindeki Etkileri, On İki Levha*, İstanbul, 2018.
- SHUILLEABHAIN Ni, Maire, *Ten Years of European Family Law: Retrospective Reflections from a Common Law Perspective*, The International and Comparative Law Quarterly, 2010, Vol. 59, No. 4 (October 2010), p. 1021-1053.
- STURNER, Rolf, *The Principles of Transnational Civil Procedure: An Introduction to Their Basic Conceptions*, The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, 69 – 2, April 2005, p. 201-254.
- SÜZEN, Begüm, *Tanıma Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi*, Oniki Levha, 2016.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8th ed, Beta, İstanbul, 2020.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin, *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, Tuğrul Arat'a Armağan, Yetkin*, Ankara, 2012, p. 1141-1165.
- WEBER, Johannes, *Universal Jurisdiction and Third States in the Reform of the Brussels I Regulation*, The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, 75-3, July 2011, p. 619-644.

### **EUROPEAN COURT OF JUSTICE DECISIONS:**

- Ashingdane v. United Kingdom (Application No: 8225/78, 28/5/1985)
- Bankoviç and Others v. Belgium and Other NATO Member States (Application No: 5220/99, 12/10/2001)
- Bellet v. France (Application No: 23805/94, 04/12/1995)
- Cudak v. Lithuania, (Application No: 15869/2, 23/03/2010)
- Geffre v. France, (Application No: 51307/99, 23/1/2003)
- Golder v. United Kingdom (Application No: 4451/70, 21/02/1975)
- Kurşun v. Turkey (Application No: 22677/10, 30/10/2018)

Loizidou v. Turkey (Application No: 15318/89, 18/12/1996)

Marković and Others v. Italy and Other NATO Member States (Application No: 1398/03, 14/12/2006)

Nait – Liman v. Switzerland (Application No: 51357/07, 15/03/2018)

Tolstoy Milloslavsky v. United Kingdom, (Application No: 18139/91, 13/07/1995)

Zubac v. Croatia (Application No: 40160/12, 05/04/2018)

## Covid-19 Aşısının İş İlişkilerine Etkileri

### The Effects of Covid-19 Vaccines on the Employment Relationships

Canan Ünal Adınır 

#### ÖZ

Covid-19 pandemisi, modern iş hukukunun dinamiklerini değiştirmekte, iş ilişkileri bakımından öncesinde karşılaşmadığımız yeni hukuki sorunları doğurmaktadır. Çalışmamızın konusunu oluşturan Covid-19 aşılı, pandemi ile mücadelede etkin bir araç olarak görülmektedir. Ancak aşılardan uygulanmaya başlaması, işverenlerin işçiyi aşı olmaya zorlayıp zorlayamayacakları, aşılanmayan işçinin iş sözleşmesini feshedip edemeyecekleri, aşığı teşvik için neler yapabilecekleri ile işçi ve işçi adayının aşı durumunu nasıl işleyebilecekleri gibi yanıtlanması güç sorular yöneltmelerine neden olmuştur. Çalışmamız ile amaçlanan bu soruların yabancı hukuktan da yararlanarak tartışılmasıdır.

**Anahtar Kelimeler:** Covid-19 Pandemisi, Aşı, Zorunlu Aşı, Teşvik, Aşı Durumuna İlişkin Sorular

#### ABSTRACT

The Covid-19 pandemic has changed the dynamics of modern employment law, by creating new legal problems in terms of employment relationships. Although the Covid-19 vaccines are seen as an effective tool in combating the pandemic, employers face a new set of challenges about vaccination of the employees. Here we will discuss whether employers are entitled to force the worker to be vaccinated or terminate the employment contract of the unvaccinated employee, how they can promote the vaccine, and process the health data of employees or candidate.

**Keywords:** Covid-19 Pandemic, Vaccine, Mandatory Vaccine, Promotion, Questions About Vaccine

## GİRİŞ

2019 yılında Çin'in Vuhan şehrinde başlayıp 2020 yılı Mart ayında ülkemizde de vakaların yaşanmaya başladığı Covid-19 hastalığı, Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) tarafından 11 Mart 2020 günü pandemi (küresel salgın) ilan edilmiştir<sup>1</sup>. Bu makalenin yazımı aşamasında, pandemi ile bir yıldan uzun süredir mücadele edilmesine rağmen dünyada olduğu gibi ülkemizde de vakalar artarak devam etmektedir. Nitekim ülkemizde 3 Nisan 2021 tarihinde günlük vaka sayısı 44.756, hasta sayısı 1.483 ve vefat sayısı 186 olarak duyurulmuştur<sup>2</sup>.

\* Doktor Öğretim Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

1 Dünya Sağlık Örgütü'nün Covid-19 (yeni koronavirüs) salgımına karşı yaklaşımına ilişkin takvim için bkz. <https://www.who.int/news-room/detail/29-06-2020-covid19-timeline> (Erişim tarihi: 18.03.2021).

2 Bkz. TC Sağlık Bakanlığı Covid-19 Aşısı Bilgilendirme Platformu, Genel Koronavirüs Tablosu, <https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66935/genel-koronavirus-tablosu.html> (Erişim tarihi: 04.04.2021). "Vaka sayısı" ile kastedilen, hasta sayısı üzerine semptomsuz olduğu halde PCR testi pozitif çıkanlar eklenmiş sayıdır. "Hasta sayısı" ise sadece semptomlu vakalara yapılan test sonuçlarını ifade etmektedir.

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Canan Ünal Adınır

**E-posta/E-mail:** canan.unal@marmara.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 01.04.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 07.06.2021

Aşı, tüm dünyada, Covid-19 pandemisi ile mücadelede etkin bir araç olarak görülmektedir. Ülkemizde de Sağlık Bakanlığı tarafından “*pandemiye yanıt vermek amacıyla planlanan müdahalelerden biri*” olarak kitlesel Covid-19 aşılması planlanmıştır<sup>3</sup>. Bu plan doğrultusunda aşılama, 13 Ocak 2021’de başlamış<sup>4</sup> olup 4 Nisan 2021 tarihi itibarıyla iki doz aşı uygulanan kişiler, toplam ülke nüfusunun ancak % 8,5’ini oluşturmaktadır<sup>5</sup>.

Covid-19 aşısının uygulanmaya başlaması, tüm dünyada hukuki tartışmaları beraberinde getirmiştir. Bu makale ile amaçlanan, Covid-19 aşısının iş ilişkilerine mevcut ve olası etkilerini değerlendirmek; daha doğru bir ifadeyle, değerlendirmeye başlamaktır. Zira, aşıya erişimin yaygınlaşması ile tartışmalar da derinleşecektir. Aşağıda; işveren tarafından işçinin aşılmasına yönelik zorunluluk öngörülüp öngörülemeyeceği (III), aşılınmayan işçilerin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilip feshedilemeyeceği (IV), aşılınmayı teşvik için işverenler tarafından nelerin yapılabileceği (V); işçinin (ve işçi adayının) aşı durumunun sorular ile veri koruma hukuku kapsamında nasıl işlenebileceği (VI) tartışılacaktır. Ancak öncesinde, ülkemizde uygulanan Covid-19 aşıları ve bu aşıların etkililiğine ilişkin bilgilere (I) yer verilip Sağlık Bakanlığının aşı uygulama yetkisinin dayanak ve esasları (II) izah edilecektir.

## I. COVID-19 AŞILARI VE ETKİLİLİĞİ

1 Nisan 2021 tarihi itibarıyla DSÖ tarafından değerlendirmeye alınmış on sekiz adet Covid-19 aşısı bulunmaktadır<sup>6</sup>. Ülkemizde uygulanan ilk aşı, Sinovac tarafından üretilen “SARS-CoV-2 (Vero Cell)” aşısı olup 25 Mart 2021 tarihinden itibaren Pfizer ve Biontech tarafından üretilen “Comirnaty” aşısı da uygulanmaya başlamıştır<sup>7</sup>.

DSÖ tarafından yapılan açıklamalarda, bazı Covid-19 aşılarının yüksek düzeyde etkinliğe sahip olduğunu gösteren çalışmalar olmasına rağmen Covid-19 aşılarının %100 etkili olmayacağına yer verilmiştir. Buna ek olarak DSÖ Covid-19 aşılarının son aylarda geliştirilmiş olması nedeniyle aşının koruma süresinin bilinmesi için henüz erken olduğunu vurgulamış, aşıların koruma sürelerine ilişkin

- 3 TC Sağlık Bakanlığı Covid-19 Aşısı Ulusal Uygulama Stratejisi, <https://covid19asi.saglik.gov.tr/TR-77706/covid-19-asisi-ulusal-uygulama-stratejisi.html> (Erişim tarihi: 04.04.2021)
- 4 Sağlık Bakanı tarafından 13.01.2021 tarihinde paylaşılan tweet, <https://twitter.com/drfahtretinkoca/status/134.940.8226450804740> (Erişim tarihi: 04.04.2021).
- 5 4 Nisan 2021 tarihi itibarıyla toplam 16.794.025 doz aşı uygulanmış olup birinci doz aşı uygulanan kişi sayısı, 9.650.769, ikinci doz aşı uygulanan kişi sayısı 7.143.256’dır. Bkz. TC Sağlık Bakanlığı Covid-19 Aşısı Bilgilendirme Platformu, Türkiye Aşı Tablosu, 04 Nisan 2021, Pazar: 20:14, <https://covid19asi.saglik.gov.tr> (Erişim tarihi: 04.04.2021). Hesaplama kullanılan toplam nüfus, 31.12.2020 verisi olup 83.614.362’dır. Bkz. TÜİK, Adrese Dayalı Nüfus Kayıt Sistemi Sonuçları, <https://web.archive.org/web/202.102.04112703/https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Adrese-Dayali-Nufus-Kayit-Sistemi-Sonuculari-2020-37210> (Erişim tarihi: 04.04.2021).
- 6 Covid-19 aşılarının DSÖ değerlendirme sürecindeki durumuna ilişkin tablo için bkz. [https://extranet.who.int/pqweb/sites/default/files/documents/Status\\_COVID\\_VAX\\_01April2021.pdf](https://extranet.who.int/pqweb/sites/default/files/documents/Status_COVID_VAX_01April2021.pdf) (Erişim tarihi: 04.04.2021).
- 7 Sağlık Bakanı tarafından 25.03.2021 tarihinde paylaşılan tweet, <https://twitter.com/drfahtretinkoca/status/137.517.1865342308353> (Erişim tarihi: 04.04.2021). Ayrıca Sağlık Bakanı tarafından yapılan açıklama ile bu aşılar yanında farklı üreticiler ile de görüşüldüğü beyan edilmiştir. Sağlık Bakanı tarafından 25.03.2021 tarihinde paylaşılan tweet, <https://twitter.com/drfahtretinkoca/status/137.517.7288212418562> (Erişim tarihi: 04.04.2021).

olarak belirsizliğin söz konusu olduğunu ifade etmiştir. DSÖ, mevcut verilerin Covid-19 hastalığını geçiren çoğu kişinin enfeksiyona karşı en azından bir süre koruma sağlayan bir bağışıklık tepkisi geliştirdiğini göstermesinin cesaret verici olduğunu; ancak bu korumanın ne kadar güçlü olduğunun ve sürdüğünün hala bilinmediğini ifade etmiştir<sup>8</sup>.

Aşının koruma süresi ve etkililiğine ilişkin belirsizliklere rağmen aşılanmış kişilerin her halükârda daha az bulaştırıcı olduğu kabul edilmektedir. Nitekim DSÖ de Covid-19 aşısı ile sağlanan bağışıklık sonucunda hastalığın gelişim riski ile etkilerinin azalacağını belirtmiş ve aşılanan kişinin etrafındakileri enfekte etme ihtimalinin daha düşük olduğunu açıklamıştır<sup>9</sup>.

## II. ÜLKEMİZDE COVID-19 AŞILARININ UYGULANMASINDA HUKUKİ DAYANAK VE ESASLAR

### A. KANUNLA ZORUNLU COVID-19 AŞISI ÖNGÖRÜLMEMİŞTİR.

Bireylerin kendi bedenleri üzerinde tasarrufta bulunma ve karar verme hakkı söz konusu olup aşı uygulaması, vücut bütünlüğüne tıbbi bir müdahaledir<sup>10</sup>. Anayasamızın 17. maddesinin ikinci fıkrası, tıbbi müdahalelere sınırlı hallerde cevaz vermektedir. Söz konusu hükme göre, “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*” Bu düzenleme gereği, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında tıbbi bir müdahale olan aşının zorunlu uygulaması yasak<sup>11</sup> olup kişinin tıbbi müdahaleyi ret hakkı bulunmaktadır<sup>12</sup>.

Hukukumuzda aşığı düzenleyen tek kanun, 1930 yılında kabul edilen 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu’dur<sup>13</sup>. Bu Kanun ile sadece çiçek aşısı için zorunlu aşılama öngörülmüş, bunun dışında aşılar için ise bir zorunluluk getirilmemiştir<sup>14</sup>. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, Umumi Hıfzıssıhha

8 WHO, “Coronavirus disease (COVID-19): Vaccines”, 28.10.2020, updated on 19.02.2021, [https://www.who.int/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-\(covid-19\)-vaccines](https://www.who.int/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-(covid-19)-vaccines) (Erişim tarihi: 19.03.2021).

9 WHO, “Coronavirus disease (COVID-19): Vaccines”, Questions & Answers, 19.02.2021, [https://www.who.int/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-\(covid-19\)-vaccines?adgroupsurvey=%7Badgroupsurvey%7D&gclid=CjwKCAjwjbCDBhAwEiwAiudBy96Qajg54qTkuAIZKLxgPy12-iPEGb16sxAZmRZIUcrkhECck2fSaRoC0aoQAvD\\_BwE](https://www.who.int/news-room/q-a-detail/coronavirus-disease-(covid-19)-vaccines?adgroupsurvey=%7Badgroupsurvey%7D&gclid=CjwKCAjwjbCDBhAwEiwAiudBy96Qajg54qTkuAIZKLxgPy12-iPEGb16sxAZmRZIUcrkhECck2fSaRoC0aoQAvD_BwE) (Erişim tarihi: 04.04.2021).

10 Anayasa Mahkemesi tarafından “*hastalıklara karşı bağışıklık sağlamak için o hastalığın mikrobuyla hazırlanmış eriyik olarak tanımlanan maddelerin vücuda verilmesi şeklindeki aşı uygulamasının da müdahalenin boyutundan bağımsız olarak vücut bütünlüğüne bir müdahale oluşturduğu*” ifade edilmiştir. AYM, *Halime Sare Aysal* (Başvuru No. 2013/1789), 11.11.2015, para. 52; aynı yönde bkz. AYM, *Muhammed Ali Bayram* (Başvuru No. 2014/4077), 29.06.2016, para. 55

11 Anayasa Mahkemesi’ne göre, “*Tıbbî müdahalelere ilişkin gerek ulusal gerek uluslararası alandaki mevzuat hükümleri rıza unsurunu temel şart olarak öngörmekte... ve rıza şartına istisna getirilebilecek hâller genel olarak acil durumlar bağlamında tıbbî zorunluluk hâlleri ile kanunda belirtilen durumlara sınırlandırılmaktadır (§§ 15, 20-26).*”, AYM, *Halime Sare Aysal* (Başvuru No. 2013/1789), 11.11.2015, para. 55.

12 AYM, *Muhammed Ali Bayram* (Başvuru No. 2014/4077), 29.06.2016, para. 54.

13 RG 06.05.1930, 1489.

14 Kanunda zorunlu olmasa da aşı uygulaması kapsamına alınan hastalıklar bulunmaktadır. Gerçekten, Kanun’un m. 72 hükmü ile hastalara ve hastalığa maruz bulunanlara aşı uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak 72. madde ile her hastalık değil “*57 nci maddede zikredilen hastalıklar*” ile sınırlı aşı uygulamasına imkân verilmiştir. 57. maddede sınırlı sayıda sayılan hastalıklar ise; “*kolera, veba (Bübon veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayi tiroidi)*”

Kanunu'nun 57. maddesinde sınırlı sayıda sayılan belirli hastalık türleri için 72. madde ile aşı uygulaması tedbirini ve 88-94. maddelerde zorunlu çiçek aşısına ilişkin düzenlemeleri izah ettikten sonra şu değerlendirmeyi yapmıştır: “*Bunun dışındaki aşı uygulamasının Bakanlığın ilgili Genelgesi kapsamında ve belirlenen program çerçevesinde yapıldığı görülmekle birlikte genel ve zorunlu aşı uygulamasına dayanak oluşturacak bir kanun hükmünün mevcut olmadığı anlaşılmaktadır.*”<sup>15</sup>.

Covid-19 aşısı ise, ne Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda ne de başka bir kanunda zorunlu aşı olarak öngörülmüştür. Bunun da sonucunda Covid-19 aşısı hukukumuzda ancak rızaya dayalı olarak uygulanabilir<sup>16</sup>. Aksinin kabulü, yani kişiye rızası dışında Covid-19 aşısı uygulanması, Anayasa ile korunan vücut bütünlüğü dokunulmazlığı hakkının, bu bağlamda da maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlalidir<sup>17</sup>. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru üzerine 11 Kasım 2015 tarihinde verdiği kararda<sup>18</sup>, velayeti altında bulunan başvuru çocuğa velisinin rızası olmaksızın aşı uygulanmasında kanunilik şartını sağlamadığı için Anayasa'nın 17.

*daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi – paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) – bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayı dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tıfli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması”*dır. Bu maddede sayılı olmayan hastalıklar için ise aşı uygulaması, aynı Kanun'un 64. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, “*57 nci maddede zikredilenden başka her hangi bir hastalık*” için hastalığın salgın haline gelmesi veya böyle bir tehlikenin baş göstermesi koşuluyla aşı da dahil Kanun'da yer alan tedbirleri almaya Sağlık Bakanlığı yetkili kılınmıştır.

- 15 AYM, *Halime Sare Aysal* (Başvuru No. 2013/1789), 11.11.2015, para. 71-72; AYM, *Muhammed Ali Bayram* (Başvuru No. 2014/4077), 29.06.2016, para. 79.
- 16 Doktrinde kanun değişikliği ile Covid-19 aşısının zorunlu kılınması önerilmektedir. Akbulut, tıbbi bir müdahale olan aşının zorunlu uygulamasının ancak kanunla açıkça düzenlenmesi halinde anayasa ve insan hakları sözleşmeleri kaynaklı haklar ile uyumlu olacağını; bunun için de Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda salgın hastalıklar ve aşı bakımından ortaya çıkan boşluğu Covid-19 aşısı bakımından dolduracak düzenleme yapılması gerektiğini savunmuştur. Yazar aşının açıkça zorunlu aşilar kapsamına alınmasını ve kanuni düzenlemede aşı olmaya yönelik zorunlu tedbirlere yer verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. **Akbulut**, Olgun: “Covid-19'a Karşı Türkiye'de Zorunlu Aşı Mümkün müdür?”, *İstanbul Politik Araştırmalar Enstitüsü*, [https://d4b693e1-c592-4336-bc6a-36c134d6fb5e.filesusr.com/ugd/c80586\\_029a2dded4164c6ea81d94e2810b9e73.pdf](https://d4b693e1-c592-4336-bc6a-36c134d6fb5e.filesusr.com/ugd/c80586_029a2dded4164c6ea81d94e2810b9e73.pdf) (Erişim tarihi: 18.03.2021), 4. Dönmez ve Güllü de Covid-19 pandemisi ile mücadelede zorunlu aşı uygulaması için ayrı bir kanuni düzenleme yapılması gerektiğini ileri sürmekte olup bu kanuni düzenlemenin toplu alanlara girmek için aşı belgesi gösterilmesi, belirli işkollarındaki veya belirli yaşlardaki kişilerin aşılınması ve aşılınmama halinde uygulanacak yaptırımların belirlenmesi şeklinde olabileceğini savunmaktadırlar. **Dönmez**, Ünsal/**Güllü**, Gözdenur: “Covid 19 Gelişmeleri Karşısında Zorunlu Aşı Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler”, *COVID-19 Küresel Salgısının Hukuktaki Yansımaları* (ed. Kemal Şenocak), Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları-I, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, 973.
- 17 **Akbulut**, Zorunlu Aşı, 2-3; krş. **Dönmez/Güllü**, Zorunlu Aşı, 973; Alman hukukuna ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Fuhlrott**, Michael/**Fischer**, Katharina: “Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?”, *NJW*, 2021, 658; **Wittek**, Wolfgang: “COVID-19 Impfpflicht im Arbeitsverhältnis”, *Arbeitsrecht Aktuell*, 2021, 62; **Stück**, Volker: “Abmahnung und Kündigung im Zusammenhang mit Corona”, *Arbeitsrecht Aktuell*, 2021, 72.
- 18 AYM, *Halime Sare Aysal* (Başvuru No. 2013/1789), 11.11.2015, para. 53, 75. Anayasa Mahkemesi kararının değerlendirmesi ve zorunlu aşı öngörülebilmesi için aranan koşulların detaylı olarak izahı için bkz. **Kanadoğlu**, Korkut: “Zorunlu Aşının Anayasallığı”, *Lexpera Blog*, 20.02.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/zorunlu-asinin-anayasalligi/#fnref8> (Erişim tarihi: 04.04.2021).

maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali sonucuna ulaşmıştır<sup>19,20</sup>.

## **B. SAĞLIK BAKANLIĞINCA RIZAYA DAYALI COVID-19 AŞISI UYGULANMAKTADIR.**

Covid-19 hastalığı, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 57 hükmünde bulaşıcı hastalıklar arasında sayılmamıştır. Ancak Kanun'un 64. maddesi ile, 57. maddede sayılmayan hastalıklar bakımından da hastalığın salgın hal alması durumunda kanunda yer alan önlemleri almaya ve uygulamaya Sağlık Bakanlığı yetkili kılınmıştır.

Dayanağı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun m. 57 ve 64 hükümleri olan Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği<sup>21</sup> uyarınca bildirim zorunlu bulaşıcı hastalıklar listesine 1 Mart 2020 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere Covid-19 hastalığı eklenmiştir<sup>22</sup>. Bu yönetmelik ile, salgınların saptanması ve kontrolü için gerekli olan müdahale yöntemlerinin belirlenmesi, hastalıklara özgü programlar geliştirilmesi amaçlanmaktadır.

Covid-19 bulaşıcı hastalığı ile mücadelede Sağlık Bakanlığı, kanundan kaynaklanan yetkisi gereği, "*pandemiye yanıt vermek amacıyla planlanan müdahalelerden biri*" olarak kitlesel aşılama planlanmıştır<sup>23</sup>. Ulusal aşı programı ile Covid-19 aşısı, aşı takvimine dahil edilmiştir. Ancak zorunlu aşılama öngörülmemiş olması sonucunda, kişinin kendi iradesiyle aşığı onaylama ve reddetmesine imkân verilmektedir<sup>24</sup>.

19 Karar metninde belirtildiği üzere Anayasa m. 148/3 ile 6216 sayılı Kanun m. 15/1 hükümleri gereği, Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasada güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerin kapsamına girmesi gerekir (para. 42) ki özel hayat alanına dâhil olan tüm hukuksal çıkarlar Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'nin (AİHS) 8. maddesi kapsamında güvence altına alınmıştır (para. 47). "*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*" başlıklı maddeye göre; "*Herkes özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir (f. 1). Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir (f. 2).*" Söz konusu kararda zorunlu aşı uygulamalarının AİHS'nin bu maddesi kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadına da konu edildiği ve AİHM tarafından uygulanan tıbbi müdahalenin boyutuna bakılmaksızın söz konusu müdahalenin fiziksel bütünlük hakkına bir müdahale teşkil ettiği tespitine yer verildiğine işaret edilmiştir (para. 54).

20 AİHM'nin zorunlu aşıya ilişkin bir kararında, "*Zorunlu aşı - gönüllü olmayan bir tıbbi tedavi olarak - m. 8/1'de güvence altına alınan kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsayan kişinin özel yaşamına saygı hakkının ihlali anlamına gelir. Mahkeme, somut olayda başvuranın özel hayatına müdahale olduğunu tespit eder. Mahkeme ayrıca, bu tür bir müdahalenin açıkça kanuna dayandığını ve sağlığın korunması meşru amacına yöneldiğini belirtir. Bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı incelenecektir.*" ifadelerine yer verilmiştir. AİHM, *Solomakhin v Ukraine*, (Application no. 24429/03), 15.03.2012, final 24.09.2012, para. 33-35.

21 RG 30.05.2007, 26537.

22 Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, RG 22.04.2020, 31107.

23 TC Sağlık Bakanlığı Covid-19 Aşısı Ulusal Uygulama Stratejisi, <https://covid19asi.saglik.gov.tr/TR-77706/covid-19-asisi-ulusal-uygulama-stratejisi.html> (Erişim tarihi: 04.04.2021)

24 TC Sağlık Bakanlığı Covid-19 Aşısı Bilgilendirme Platformu'nda "Sıkça Sorulan Sorular" arasında yer alan "Aşı yaptırmak zorunlu olacak mı?" sorusu "*Türkiye'de çocukluk aşıları dahil, aşı uygulaması zorunlu değildir.*" yanıtı verilmiştir. Bkz. <https://>



Aşılama programında Covid-19 hastalığına maruz kalma, hastalığı ağır geçirme ve bulaştırma riskleri ile hastalığın toplumsal yaşamın işleyişi üzerindeki olumsuz etkisi değerlendirilerek gruplar tespit edilmiştir. Belirlenen gruplar, aşamalı olarak sıralanmıştır; birinci aşamada yer alan gruplar aşılandıktan sonra ikinci aşamaya geçilecek, sırasıyla üç aşama da tamamlandıktan sonra ise dördüncü aşamada, aşılanma sırası geldiği halde zamanında aşı yaptırmayanlar aşılanabilecektir. Bakanlıkça belirlenen dört aşamalı aşı sırasına aşağıda yer verilmiştir<sup>25</sup>:

Aşama	Gruplar	Sıra	Alt Gruplar
1. AŞAMA	A. Sağlık kurumunda çalışanlar (kamu, özel, üniversite, vakıf vb. tıp fakültesi ve diş hekimliği fakültesi stajyer öğrencileri dahil), tüm (kamu, serbest) eczane çalışanları (eczacı ve kalfaları dahil)	A	
	B. Yaşlı, engelli, koruma evleri gibi yerlerde kalan ve çalışanlar	B	
	C. 65 yaş ve üstü bireyler	C1	90 yaş ve üzeri
		C2	85-89 yaş arası bireyler
		C3	80-84 yaş arası bireyler
		C4	75-79 yaş arası bireyler
		C5	70-74 yaş arası bireyler
C6	65-69 yaş arası bireyler		
2. AŞAMA	A. Hizmetin sürdürülmesi için öncelikli sektörler	A1	Milli Savunma Bakanlığı
		A2	İçişleri Bakanlığı
		A3	Kritik görevlerdeki kişiler
		A4	Zabıta, özel güvenlik
		A5	Adalet Bakanlığı
		A6	Cezaevleri
		A7	Eğitim sektörü (öğretmenler ve öğretim üyeleri)
		A8	Gıda sektörü (SGK kayıtlarına göre) çalışanların (fırın, yemek fabrikaları, gıda imalathaneleri, ambalajlanmış su üreticileri vb.)
		A9	Taşımacılık (SGK kayıtlarına göre) sektörde çalışanlar
B. 50-64 yaş arası bireyler	B1	60-64 yaş arası bireyler	
	B2	55-59 yaş arası bireyler	
	B3	50-54 yaş arası bireyler	
3. AŞAMA	A. Kronik hastalığı olanlar	A1	40-49 yaş arası bireyler
		A2	30-39 yaş arası bireyler
		A3	18-29 yaş arası bireyler
	B. Diğer gruplar	B1	40-49 yaş arası bireyler
		B2	30-39 yaş arası bireyler
		B3	18-29 yaş arası bireyler
4. AŞAMA	Aşılanma sırası geldiği halde zamanında aşı yaptırmayanlar		

covid19asi.saglik.gov.tr/TR-77694/sikca-sorulan-sorular.html (Erişim tarihi: 04.04.2021). Rızaya dayalı aşıya ilişkin bkz. **Kasapoğlu Turhan**, Mine: "İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1, 2019, 4; **Kale Özçelik**, Fatmagül: "Hakların Çatışması ve Dengelenmesi Bağlamında Çocuklara Yönelik Zorunlu Aşı Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Bir İnceleme)", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, 2020, 53; **Gökcan**, Hasan Tahsin: "Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması", *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (eds. Özge Yücel, ve Gürkan Sert), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, 169-170.

25 TC Sağlık Bakanlığı Covid-19 Aşısı Bilgilendirme Platformu, Aşı Uygulanacak Grup Sıralaması, <https://covid19asi.saglik.gov.tr/TR-77707/asi-uygulanacak-grup-siralaması.html#> (Erişim tarihi: 04.04.2021).

İlk aşama, 16 Şubat 2021 tarihinde tamamlanmıştır<sup>26</sup>. Bu makalenin yazıldığı sırada aşı uygulaması ikinci aşamada devam etmektedir. 27 Mart 2021 tarihinde Sağlık Bakanı tarafından 60 yaş üzeri vatandaşların ve eşlerinin aşılanacağı duyurulmuştur<sup>27</sup>.

Bakan tarafından aynı gün yapılan duyuruda, bu aşamada yer alan gruplar arasında bulunmamasına rağmen risk grubunda olmaları sebebiyle bazı hasta ve engellilerin *öncelikli aşı* uygulamasından yararlanabileceği belirtilmiştir. *Öncelikli aşı* olmak için sisteme tanımlandıkları duyurulan kişiler, “*Risk grubunda olan morbid obez, malign tümörü olan kanser ve diyaliz hastaları, Down sendromu olan vatandaşlarımız ve immuno supresif tedavi alanlar*”dır<sup>28</sup>.

### III. İŞVERENİN AŞI ZORUNLULUĞU ÖNGÖRÜP ÖNGÖREMEYECEĞİ

#### A. GENEL OLARAK

Ulusal aşılama programının başlaması ile birlikte, işverenin aşı yükümlülüğü öngörüp öngöremeyeceği tartışma konusu olmuştur<sup>29</sup>. Aşılanmanın yaygınlaşması ve özellikle de çalışma yaşındakilere aşı sırasının gelmesi ile tartışmanın alevlenmesi muhtemeldir. Bu tartışmalar kapsamında, işyerinde zorunlu aşı uygulamasının hukukiliğinin değerlendirilmesi için aşının işverenin işçinin kişiliğini koruma borcu ve yönetim hakkı ile ilişkisi ortaya konmalıdır.

#### B. AŞI VE İŞVERENİN İŞÇİNİN KİŞİLİĞİNİ KORUMA BORCU

İşverenin işçinin kişiliğini koruma borcu, Türk Borçlar Kanunu’nun<sup>30</sup> (TBK) 417 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. TBK m. 417 hükmünün ilk fıkrasına göre, “*İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla... yükümlüdür.*”. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, “*İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksatsız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.*”. Bu madde

26 Sağlık Bakanı tarafından 16.02.2021 tarihinde paylaşılan tweet, <https://twitter.com/drfaqhrettinkoca/status/136.175.5312307503120> (Erişim tarihi: 04.04.2021).

27 Sağlık Bakanı tarafından 27.03.2021 tarihinde paylaşılan tweet, <https://twitter.com/drfaqhrettinkoca/status/137.584.5271914090505> (Erişim tarihi: 04.04.2021).

28 Sağlık Bakanı tarafından 27.03.2021 tarihinde paylaşılan tweet, <https://twitter.com/drfaqhrettinkoca/status/137.584.5413174050816> (Erişim tarihi: 04.04.2021).

29 Konuya ilişkin gazete haberleri için bkz. “İşveren çalışanına aşı olma zorunluluğu getirebilir mi?”, *Hürriyet*, 16.03.2021, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/6-soru-6-yanit-isveren-calisanina-asi-olma-zorunlulugu-getirebilir-mi-41760688> (Erişim tarihi: 04.04.2021); “Patronlar Covid-19 aşısını zorunlu tutabilir mi?”, *Sözcü*, 09.12.2021, [https://www.sozcu.com.tr/2020/ekonomi/patronlar-covid-19-asisini-zorunlu-tutabilir-mi-6159925/?utm\\_source=dahafazla\\_haber&utm\\_medium=free&utm\\_campaign=dahafazlahaber](https://www.sozcu.com.tr/2020/ekonomi/patronlar-covid-19-asisini-zorunlu-tutabilir-mi-6159925/?utm_source=dahafazla_haber&utm_medium=free&utm_campaign=dahafazlahaber) (Erişim tarihi: 04.04.2021); “Aşığı reddeden işinden atılabilir mi?”, *NTV*, 28.12.2020, <https://www.ntv.com.tr/ekonomi/asiyi-reddeden-isinden-atilabilir-mi,1tjPx2tZNUyYGMUyYJaoOw> (Erişim tarihi: 04.04.2021).

30 RG 04.02.2011, 27351.

yanında 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu<sup>31</sup> ile işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü somutlaştırılmıştır<sup>32</sup>.

Bu düzenlemeler gereği, işveren işyerinin sağlık ve güvenliğinden sorumlu olup<sup>33</sup> Covid-19 pandemisinde de işverenin işçinin kişiliğini korumak için, kendi işyeri ve işçileri bakımından gerekli her türlü önlemi alması gerekmektedir<sup>34</sup>. Bu amaçla işverenlerin pandemi sürecinde işçilere koruyucu ekipman ve malzeme sağladığı; vardiya sistemlerinde değişiklik yaptığı, uzaktan çalışma yaptırdığı, çalışma sürelerini azalttığı, hatta işyerlerinin geçici olarak kapatmak da dahil operasyonel değişiklikler yaptıkları gözlenmiştir.

Açıktır ki, işçinin kişiliğini koruma borcu kapsamında işverenden pandemiye çare bulması beklenmemektedir<sup>35</sup>. Kanun koyucunun aşı zorunluluğunu öngörmediği bir hukuk sisteminde, işyerindeki tüm işçilerin istisnasız aşılmasını sağlamak da işverenin işçinin kişiliğini koruma borcu gereği alması gerekli bir önlem olarak değerlendirilemeyecektir. Dolayısıyla, zorunlu aşı uygulaması, işverenin işçinin kişiliğini koruma borcunun gereği olmadığı gibi bu borcun kapsamında da değildir.

### C. AŞI VE İŞVERENİN YÖNETİM HAKKI

İşverenin yönetim hakkı, TBK m. 399 hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre, “İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.”

İşverenin yönetim hakkı, birçok sınırlamaya tabi olup bu sınırlardan biri, işçinin kişilik haklarıdır<sup>36</sup>. Yukarıda izah edildiği üzere aşı ise, işçinin vücut bütünlüğüne tıbbi bir müdahale<sup>37</sup> olup kişilik haklarına saldırı teşkil etmektedir. Bu saldırının hukuka uygun olması için, Türk Medeni Kanunu<sup>38</sup> m. 24/2 hükmünde yer alan ve kişilik haklarına saldırıyı hukuka uygun hale getiren nedenlerin varlığı gerekir<sup>39</sup>. Söz konusu fıkraya göre, “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.” Bu düzenleme uyarınca,

31 RG 30.06.2012, 28339.

32 Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul: Beta, 2020, 394.

33 Akın, Levent: “Covid-19’un İş İlişkilerine Olası Etkileri”, *Çimento İşveren*, C. 34, S. 3, Mayıs 2020, 18.

34 Akın, Covid-19, 18.

35 Akın, Covid-19, 18.

36 Taşkent, Savaş: *İşverenin Yönetim Hakkı*, İstanbul: İTÜ Yayınları, 1981, 89; Süzek, Sarper: *İş Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020, 83; Güzel, Ali: “İş Hukukunda ‘Yetki’ ve ‘Özgürlük’”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Turan Esener’e Armağan, C. 15, S. 1, 2016, 99; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 276; Sur, Melda: “İşverenin Yönetim Hakkının Çağdaş Sınırlamaları ve Sosyal Diyalog”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, 2285; Dursun Ateş, Sevgi: *İşverenin Yönetim Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019, 463; Adımr, Kaptan Merter: *İşverenin Yönetim Hakkı*, İstanbul: On İki Levha, 2019, 11.

37 Bkz. yukarıda II, A.

38 RG 08.12.2001, 24607.

39 Dönmez/Güllü, Zorunlu Aşı, 965-966.

zorunlu aşı uygulanması, yani işçinin rızası dışında aşılmasına ilişkin talimatların geçerli olması için “üstün nitelikli kamusal yarar” ya da “kanunun verdiği yetki”nin mevcudiyeti düşünülebilir<sup>40</sup>.

Üstün nitelikli kamusal yarar, her ne kadar toplumun sağlığı için kişilerin vücut bütünlüğüne müdahale edilebileceği gibi bir görünüm yaratsa da doktrinde Dönmez ve Güllü tarafından da savunulduğu üzere, bu şekilde geniş ve soyut bir kavram, tıbbi bir müdahale olan aşı ile kişilerin vücut bütünlüğü ihlalini meşrulaştıramaz<sup>41</sup>. Belirtmek gerekir ki, aşıya ilişkin düzenlemeler ile idareye yetki veren kanuni düzenlemelerin öngörülmesi nedeni, üstün nitelikli kamu yararı olsa da hukuka aykırılığı kaldıran neden, kanunun verdiği yetkidir<sup>42</sup>. Başka bir ifadeyle, kamu sağlığının korunması amacıyla kişilerin vücut bütünlüğüne yapılan müdahalelere katlanma yükümlülüğünün dayanağını TMK m. 24/2 hükmü yanında başka özel kanuni düzenlemeler oluşturmaktadır<sup>43</sup>.

Özetle, zorunlu aşı uygulaması ile kişilik haklarına saldırının hukuka uygun olması ancak kanunun verdiği yetki ile mümkün olabilir<sup>44</sup>. Zorunlu aşının sadece kanun ile öngörülmesinin Anayasa m. 17 hükmünün de gereği olduğu yukarıda izah edilmiştir<sup>45</sup>. Yürürlükteki hukukta Covid-19 hastalığına karşı kanun ile zorunlu aşı öngörülmemesi sonucunda ise, işçinin aşı olup olmaması kural olarak kişisel yaşamına ilişkin bir karar olup<sup>46</sup> işverenin yönetim hakkı kapsamı dışında kalmaktadır<sup>47</sup>.

Aynı sonuca, işverenin yönetim hakkının kendi amacı ile sınırlandırılmış olması gerekçesiyle de ulaşılmaktadır. TBK m. 399 hükmü uyarınca işverenin yönetim hakkı, işçinin iş görme ediminin

40 “Üstün nitelikli özel yarar”, doktrinde TBK m. 64/1 hükmünde hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenen haklı savunmanın söz konusu olduğu hallerde kabul edilmektedir. Bkz. **Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019, 153, 154; **Helvacı**, Serap: *Gerçek Kişiler*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017, 152; **Turan Başara**, Gamze: *Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazanım İadesi*, Ankara: Turhan Yayıncılık, 2018, 74; ayrıca bkz. **Kara Kılıçarslan**, Seda: *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015, 37, 76. Dolayısıyla haklı savunma halinin ortaya çıkmayacağı aşı uygulamalarının değerlendirildiği bu makalede “üstün nitelikli özel yarar” incelenmeyecektir. Benzer şekilde, **Dönmez/Güllü**, Zorunlu Aşı, 953 vd.

41 **Dönmez/Güllü**, Zorunlu Aşı, 968, 974.

42 **Dönmez/Güllü**, Zorunlu Aşı, 967; benzer yönde, **Helvacı**, 153-154; **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020, 234; **Turan Başara**, 76; **Kasapoğlu Turhan**, Zorunlu Aşı, 24.

43 **Kara Kılıçarslan**, 119.

44 Dönmez ve Güllü, de Covid-19 aşısına ilişkin zorunlu uygulama için kanuni düzenleme yapılması gerektiğini ve kişilerin aşılmasının sağlanmasını önermişlerdir. **Dönmez/Güllü**, Zorunlu Aşı, 974-975; anayasal zorunluluk gereği zorla tıbbi müdahalenin sadece kanun ile yapılabileceği yönünde, **Hakeri**, Hakan/**Söğüt**, İpek Sevdâ: “Tıp Hukuku Açısından Bulaşıcı Hastalıklar”, *Adalet Dergisi*, S. 64, 60; **Kanadoğlu**, Zorunlu Aşı; ayrıca zorunlu aşıya ilişkin kanuni düzenlemenin açık ve ayrıntılı olması gerektiği yönünde, **Kanadoğlu**, aynı yer; **Kasapoğlu Turhan**, Zorunlu Aşı, 36.

45 Bkz. yukarıda II, A.

46 Nitekim Sağlık Bakanlığınca uygulanan ulusal aşılama programında aşılama randevu ile gerçekleşmekte olup randevu almayan kişilerin aşılmasını zorunlu kılan bir uygulama bulunmamaktadır. Bkz. TC Sağlık Bakanlığı Covid-19 Aşılama Süreci, Önce Kayıt Sonra Aşı, [https://covid19asi.saglik.gov.tr/Eklenti/40457/0/8adimdanasilolurumafis50x70cmpdf.pdf?\\_tag1=91A6ACDDAB290ECAAA57A927362AB87B4C090400](https://covid19asi.saglik.gov.tr/Eklenti/40457/0/8adimdanasilolurumafis50x70cmpdf.pdf?_tag1=91A6ACDDAB290ECAAA57A927362AB87B4C090400) (Erişim tarihi: 04.04.2021).

47 Alman hukukunda benzer yönde, **Fuhlrott/Fischer**, Impfpflicht, 659, para. 13; **Wittek**, Impfpflicht, 62; **Naber**, Sebastian/**Schulte**, Willem: “Können Arbeitnehmer zu einer Corona-Impfung oder einem Impfnachweis verpflichtet werden?“, *NZA*, 2021, 84; **Benkert**, Daniel: “Wege aus der Pandemie – Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?“, *NJW-Spezial*, 2021, 50; **Stück**, Corona, 72-73.

somutlaştırılması ve işyerindeki davranışlarının düzenlenmesine hizmet etmektedir<sup>48</sup>. Bu amaç dışında kalan işçinin aşı olmasına ilişkin kişisel yaşamına ilişkin talimatlar ise, işverenin yönetim hakkının kapsamı dışında kalmaktadır<sup>49</sup>.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında aşı zorunluluğu öngörememesinin bir diğer gerekçesi de ölçülülük ilkesidir. İşverenin talimatlarının yönetim hakkı kapsamında olması için işverenin meşru bir amaca dayanması, karşılıklı menfaat dengesini gözetmesi, hedeflediği meşru amacın işçinin haklarına yapılan kısıtlama ile orantısız olmaması gerekmektedir<sup>50</sup>.

İşverenin işyerinde Covid-19 hastalığının bulaşma riskini azaltma yönündeki amacı meşru bir amaç olarak değerlendirilebilse de bu amacın zorunlu aşı talimatı dışında başka araçlar ile sağlanması mümkündür. Bu araçlar yerine zorunlu aşı ile işçilerin kişilik haklarına yapılan müdahale, amacı sağlamakta orantısızdır. Başka bir anlatımla, daha müdahaleci bir yol olan zorunlu aşı uygulamasını tercih etmesi, “gerekli” olmayıp gerekli olanın ötesinde, orantısız bir müdahaledir. Nitekim, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının resmi internet sayfasında İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü tarafından işverenin işyerinde Covid-19’a maruziyet riskini azaltmak için alabileceği önlemler sayılmış<sup>51</sup> olup bu önlemler, zorunlu aşuya nazaran daha az müdahaleci niteliktedir. Dolayısıyla

48 Adınır, 124-125.

49 Taşkent, 103; Süzek, 82; Güzel, Yetki ve Özgürlük, 114.

50 Bkz. Ugan Çatalkaya, Deniz: *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019, 62; Süzek, 83.

51 Önlemler şu şekilde sıralanmıştır:

- “İşyerinde birden fazla işverenin bulunması durumunda birlikte hareket edilmesi gerekmektedir.
  - Mevcut acil durum planları ve risk değerlendirmeleri güncellenmeli, ayrıca salgına karşı bir eylem planı geliştirilmelidir. Bu planda hazırlık ekibinde görevli çalışanlar ile sorumlulukları belirlenmelidir.
  - İşyerine ziyaretçi giriş çıkışlarını kısıtlanmalıdır.
  - Aciliyeti olmayan etkinlikler iptal edilmelidir.
  - Toplantılar sınırlandırılmalı ve kalabalık düzenlenmemelidir.
  - Toplantılarda sosyal mesafeye dikkat edilmeli, asgari sayıda kişi ile yapılmalıdır. Mümkün olduğunca çevrimiçi veya konferans görüşmesi yoluyla toplantı yapılmalıdır.
  - Çalışanların giydikleri vs. kıyafetler hijyen kurallarına göre yıkanmalı ve havalandırılmalı, iş kıyafetleri ile gündelik kıyafetler ayrı tutulmalıdır.
    - Çalışan sayısı, sosyal mesafeyi koruyacak şekilde mümkün olan en az sayıda tutulmalıdır.
    - Evden çalışma imkânı olan personel evden çalışmaya yönlendirilmelidir.
    - Çalışanların molaları ve yemek araları sosyal mesafeyi koruyacak şekilde düzenlenmelidir.
    - Büyük çalışma ekiplerinin daha küçük gruplar şeklinde düzenlenmesi önemlidir. Bu kapsamda vardiya usulü çalışmaya geçilmesi veya vardiya sayılarının artırılması önerilmektedir.
    - Çalışma proseleri ve teknik kontrol önlemleri, biyolojik etkenlerin ortama yayılmasını önleyecek şekilde düzenlenmelidir.
    - İşyerinde hijyen önlemleri alınmalı, çalışanların kişisel hijyenlerini sağlamaları için yeterli ve gerekli malzeme ve ekipmanlar temin edilmelidir.
    - Öncelikle ziyaretçi veya müşteri potelsiyeli bulunan işletmelerde bunlarla ilk önce muhatap olan bütün çalışanlar, COVID-19 enfeksiyonu salgını ve bunlardan doğan risklere karşı alınmış ve alınacak tedbirler hakkında derhal bilgilendirilmelidir.
    - Ziyaretçiler ve müşteriler de işyerinde COVID-19 enfeksiyonu salgınına dair alınan ve uyulması gereken kurallar hakkında bilgilendirilmelidir.
- Atıkların, toplanması, depolanması ve işyerinden uzaklaştırılması konularında çalışanlar bilgilendirilmelidir.” Bkz. “İşyerinde Covid-19 ile Mücadele” başlığı altında “Sıkça Sorulan Sorular” <https://ailevecalisma.gov.tr/covid19/sikca-sorulan-sorular> (Erişim tarihi: 30.03.2021).

da daha az müdahaleci yöntemler yerine işverenin işçileri aşı olmaya zorlaması, ölçülülük ilkesine aykırıdır; işverenin yönetim hakkı kapsamı dışında kalmaktadır.

Belirtelim ki, işverenin aşı zorunluluğu öngörüp öngöremeyeceğine ilişkin tartışmalar, Avrupa ülkelerinin de gündemindedir. Son dönemde ulusal hukuklarda belirli çalışan grupları için aşı zorunluluğu öngören yasal düzenlemeler yapılmaya başlanmışlardır. Örneğin İtalya'da 1 Nisan 2021 tarihinde yürürlüğe giren karar<sup>52</sup> ile, sağlık çalışanlarının aşılınması zorunlu kılınmıştır. Aşının sağlık çalışanlarının mesleğinin icrası için esaslı gereklilik olduğu belirtilen kararda, çalışanın aşı olmayı reddetmesi halinde, hastalığın bulaşma riskinin olmadığı başka bir işte çalıştırılabileceği veya geçici olarak ücretsiz izne çıkarılabileceğine yer verilmiştir.

Birleşik Krallık da yaşlı bakım evlerinde çalışanlara ilişkin benzer önlemler almayı planlamaktadır. Sağlık ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı 14 Nisan 2021 tarihinde resmi sayfasında yaptığı duyuru ile<sup>53</sup>, yaşlı bakım evlerinde sadece aşılınmış çalışanların görevlendirilmesine ilişkin bir mevzuat değişikliği yapma niyetini kamuoyu ile paylaşmıştır.

Benzer düzenlemelerin hukukumuzda da öngörülmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Bu amaçla, icrasında Covid-19 aşısının esaslı gereklilik oluşturduğu meslekler için aşı zorunluluğu getiren kanuni değişiklik yapılmalıdır. Kanun koyucu ölçülülük ilkesini de gözeterek bulaşıcı hastalıkları önleme amacı ile vücut bütünlüğünün korunması hakkı arasında uygun bir denge kurmalıdır<sup>54</sup>. Örneğin, koruma ihtiyacı gereği ulusal aşılama programında ilk aşamada ve ilk sırada aşı uygulanan sağlık kurumlarında çalışanlar (Birinci Aşama/A grubu) ile yaşlı, engelli ve koruma evleri gibi yerlerde çalışanlar (Birinci Aşama/B grubu) bakımından kanun ile aşı zorunluluğu öngörülmesi düşünülebilir<sup>55</sup>.

52 Decreto-Legge 1° aprile 2021, n. 44, <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/04/01/21G00056/sg> (Erişim tarihi: 05.04.2021).

53 Department of Health and Social Care, Open Consultation, Making vaccination a condition of deployment in older adult care homes”, 14 April 2021, <https://www.gov.uk/government/consultations/making-vaccination-a-condition-of-deployment-in-older-adult-care-homes/making-vaccination-a-condition-of-deployment-in-older-adult-care-homes> (Erişim tarihi: 25.04.2021).

54 **Kanadoğlu**, Zorunlu Aşı.

55 Alman hukukunda 8 Şubat 2021 tarihli Koronavirüs Aşı Düzenlemesi §2 hükmünde yer alan mesleki faaliyet gereği ayrıcalıklı olarak aşı hakkı olan belirli meslek sahibi işçiler bakımından bu işçilerin temas halindeki kişilerin de daha az ayrıcalıklı olmaması kaydıyla, işverenleri tarafından aşı zorunluluğu öngörülebileceğine ilişkin, **Fuhlrott/Fischer**, Impfpflicht, 659, para. 16-17; ayrıca, **Naber/Schulte**, Corona-Impfung, 83. Krş. **Wittek**, Impfpflicht, 62. Yazar, Alman hukukunda da kanunla aşı zorunluluğu öngörülmediği için işverenin aşya ilişkin talimatının hukuka aykırı olacağını savunmaktadır.

#### IV. AŞILANMAYAN İŞÇİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNİN İŞVEREN TARAFINDAN FESHİNİN HUKUKİLİĞİ

Yürürlükteki hukukumuz bakımından Covid-19 aşısı olmamak, çalışma engeli oluşturmamaktadır<sup>56</sup>. Kanun ile aşı zorunluluğu öngörülmemiş olduğu da düşünüldüğünde, aşı olmayı reddetmek, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi için haklı neden veya geçerli neden oluşturmayacaktır.

İşverenin işçiyi aşı olmasını zorlayan talimatlarının söz konusu olması halinde de durum değişmeyecektir. Zira, işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu, işverenin yönetim hakkının karşılığı olup bu borcun sınırları da doğal olarak, yönetim hakkının sınırlarıdır<sup>57</sup>. Yukarıda izah edildiği üzere, işçinin aşı olup olmaması yönetim hakkı kapsamı dışında kaldığından<sup>58</sup> işverenin işçiyi aşı olmaya zorlayan talimatları, işçinin kişilik haklarını ihlal eder. İşçinin bu nevi talimatlara uyma borcu bulunmadığı<sup>59</sup> gibi işveren, aşı talimatına uymadığından bahisle işçinin iş sözleşmesini feshedemez<sup>60</sup>.

Belirtelim ki, belirli meslekleri icra edenler bakımından temas halindeki kişilerin korunma ihtiyaçlarının yoğunluğu, farklı ve istisnai bir değerlendirmeyi gerekli kılabilir. Nitekim sağlık kuruluşları ile yaşlı, engelli ve koruma evlerinde çalışan sağlık çalışanları bakımından kanun ile aşı zorunluluğu öngörülmesi yönündeki görüşümüzü de yukarıda izah etmiş idik<sup>61</sup>. Kanun değişiklik ile sağlık çalışanları için aşı zorunluluğu getirilmesi ihtimalinde, aşı olmayı reddeden işçinin uyarılmasına rağmen aşı olmamakta ısrar etmesi, iş sözleşmesini haklı fesih nedenidir. Zira, bu durum İş Kanunu m. 25/2, (h) bendi uyarınca “İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi” anlamına gelecektir<sup>62</sup>.

Kanuni bir zorunluluk bulunmasa dahi, aşı olmayı reddeden kişinin mesleğinin niteliği dikkate alındığında, başkaları için işçi olarak çalıştırılmayacak kadar tehlike oluşturduğunun kabulü halinde de, istisnai olarak, iş sözleşmesinin işverence fesih hakkı düşünülebilir<sup>63</sup>. Örneğin, hasta, yaşlı, engelli gibi özel koruma ihtiyacı olan kişiler ile temas halinde mesleğini icra eden hemşire ve hasta bakımının aşı olmayı reddetmeleri, iş sözleşmelerinin işveren tarafından feshi için geçerli neden oluşturabileceği kanaatindeyiz<sup>64</sup>.

56 Alman hukuku için aynı yönde, **Fuhlrott/Fischer**, Impfpflicht, 659-660, para. 20; aşı olmanın işgörmeye ediminin düzgün ifası için ön koşul olmadığı yönünde, **Naber/Schulte**, Corona-Impfung, 83; **Benkert**, Impfpflicht, 50.

57 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 276, 313; **Mollamahmutoğlu**, Hamdi/Astarlı, Muhittin/ **Baysal**, Ulaş: *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku*, Ankara: Lykeion Yayınları, 2020, 160-161.

58 Bkz. yukarıda III, C.

59 İşverenin işçinin kişilik haklarını ihlal eden talimat veremeyeceği; aksi takdirde işçinin bu nevi talimatlara uymak zorunluluğu olmadığına ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 9. HD 20.01.2020, E. 2019/6407, K. 2020/678; Yargıtay 9. HD 25.11.2019, E. 2019/3669, K. 2019/20770; Yargıtay 9. HD 21.10.2019, E. 2019/2687, K. 2019/18483.

60 Kişilik haklarına aykırı talimatlara uymayan işçiyi yaptırım uygulanamayacağı yönünde, **Süzek**, 85; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 276, 314 ayrıca **Akyiğit**, Ercan: *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020, 181-182; **Dursun Ateş**, 150.

61 Bkz. yukarıda III, C.

62 Alman hukukunda aynı yönde, **Stück**, Corona, 72.

63 **Witteck**, Impfpflicht, 62-63. i

64 Alman hukuk öğretisinde hasta ve yaşlılar bakımından enfeksiyon riskinin ölümcül sonuçlara yol açma ihtimalinin

Yargıtay'a göre de, "İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerin iş sözleşmesinin geçerli feshi imkânını bahşetmesi için, işçinin kişisel yetenek ve özellikleri itibariyle, fesih anında iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükleri tamamen veya kısmen ifa edemeyecek durumda olması şarttır."<sup>65</sup>. Hemşire veya hasta bakımının aşı olmadığı için iş sözleşmesinin yetersizliğinden kaynaklı feshi için somut olayın özellikleri dikkate alınarak mesleğini gereği gibi ifa edemediği tespit edilmelidir.

Geçerli nedenin varlığının kabulü halinde, işveren ayrıca, feshine son çare olarak yaklaşmalı ve ölçülülük ilkesine uyarak öncesinde işçiye ihtarında bulunmalıdır.<sup>66,67</sup> "Ölçülülük ilkesinin ihtardan başka diğer bir aracı da çalışma yerinin değiştirilmesidir. Çalışma yerinin değiştirilmesi feshine oranla daha hafif çare olarak gündeme gelen bir araçtır."<sup>68</sup>. Örneğin aşı olmayan hemşire, bakımından fesih hakkının doğumu için işverenin aşı olmayan tüm işçileri hasta teması olmayan pozisyonlara taşıyamıyor olması gerekmektedir<sup>69</sup>. Ayrıca işveren, fesih yerine daha hafif başka bir çare olarak ücretsiz izin uygulamasını da değerlendirmelidir. Aksi takdirde, fesih geçersiz feshin sonuçlarını doğuracaktır.

Son olarak dikkat çekelim ki, makalenin yazım aşamasında ulusal hukuklarda ve Avrupa Birliği hukukunda "aşı pasaportu" olarak nitelendirilen sertifikalara ilişkin hukuki düzenlemeler yapılmaya başlamıştır<sup>70</sup>. Benzeri sertifikaların ülkemizde de uygulanması ile aşığı reddeden işçilerin iş

yüksek olması nedeniyle hastane ve bakım evlerinde müşterilerin aşılınmış çalışan beklentisinin aşılınmayan işçiler bakımından işveren için geçerli neden oluşturabileceği savunulmuştur. Baskı feshi olarak nitelendirilen feshine ilişkin bkz. **Stück**, Corona, 73; ayrıca yiyecek ve içecek dağıtım hizmetlerinde görevli olup aşığı reddeden işçiler bakımından iş sözleşmelerinin baskı feshine ilişkin tartışmalar için bkz. **Fuhlrott/Fischer**, Impfpflicht, 660, para. 22.

65 Yargıtay 9. HD 21.06.2010, E. 2019/22987, K. 2010/19429, Kazancı İçtihat Bankası.

66 "Eğer işçinin yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınma olanağına sahip olduğu tespit edilirse fesihden önce işçiye ihtar verilip verilmeyeceği, ihtarla rağmen davranışını tekrar etmesi halinde İş Kanunu'nun 19. Maddesi uyarınca savunması alınarak iş sözleşmesinin feshedilip edilmediğine bakılacaktır.", Yargıtay 9. HD 25.11.2019, E. 2019/3669, K. 2019/20770, Kazancı İçtihat Bankası.

67 "...iş görme edimini yerine getirmek istememek ile yerine getirememek arasında sınırı çizmek çoğu kere zordur. İlk hal, İş Kanunu'nun 18'nci maddesi anlamında, işçinin davranışına dayanan süreli fesih nedeni iken, ikinci hal işçinin yetersizliğinden kaynaklanan süreli fesih nedenidir. Bununla birlikte, işçinin iş görme edimini yerine getirmek istememesi hâlinde, işçiye ihtar edilmesi ve ihtarında işçiye iş sözleşmesinin feshedileceği tehdidinde bulunulması, olumlu etki yaratabilir. Bu sebeple, her iki halde de işçiye ihtarın yapılması zorunlu olmalıdır. Zira, ihtar, iş görme edimini hiç yerine getirmek istemeyen veya eksik yerine getirmek isteyen işçi karşısında olumlu etki doğurabilecek iken; iş görme açısından fiziki yeterliliğe hiç ya da eksik sahip olan işçi karşısında her hangi bir olumlu etkiye bulunmayacaktır. Bu suretle, İş Kanunu'nun 18. maddesinde belirtilen işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesih nedeni ile Gerekeçde söz edilen ve işçinin davranışına nedeniyle iş sözleşmesini fesih hakkı veren işin yetersiz olarak yerine getirmesi arasında bir ayırım yapma olanağına sahip olunur. Böylece, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan bir fesih sebebinin varlığından bahisle ihtar gerek olmadığına inanarak iş sözleşmesini fesheden işveren, gerçekte işçinin davranışına dayanan bir fesih sebebinin varlığının tespiti sonucunda, ihtar yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan geçersiz feshin sonuçları ( işe iade ) ile karşılaşmak tehlikesinden kurtulur.", Yargıtay 9. HD 01.07.2019, E. 2017/12550, K. 2019/14617, Kazancı İçtihat Bankası.

68 Bu yönde karar örnekleri için bkz. Yargıtay 9. HD 20.01.2020, E. 2019/6407, K. 2020/678, Kazancı İçtihat Bankası; Yargıtay 9. HD 04.02.2019, E. 2018/11210, K. 2019/2604, Kazancı İçtihat Bankası; Yargıtay 9. HD 10.12.2018, E. 2018(3767, K. 2018/22771, Kazancı İçtihat Bankası.

69 **Witteck**, Impfpflicht, 63.

70 Avrupa Komisyonu, Covid-19 pandemisi sırasında Avrupa Birliği içinde AB vatandaşı ve vatandaş olmasa da oturma izni olanların güvenli serbest dolaşımı kolaylaştırmak için Dijital Yeşil Sertifika Tüzük Teklifi hazırlamıştır. Bu sertifikada esas itibarıyla üç çeşit alt sertifika bulunmaktadır. Bunlar; kişinin Covid-19 aşısı olup olmadığına ilişkin (aşı sertifikası), negatif test sonucu olup olmadığına ilişkin (test sertifikası) ve hastalığı geçirdiğine ilişkindir (iyileşme sertifikası).



sözleşmelerinin feshine ilişkin tartışmaların yoğunlaşmasını beklemekteyiz. Örneğin uluslararası havacılık şirketlerinde çalışan pilot ve kabin personelinin aşığı reddetmesi halinde iş görme edimini tamamen veya kısmen yerine getiremeyeceğinden iş sözleşmeleri feshedilebilecektir.

## V. İŞVERENİN AŞIYI TEŞVİKİ

İşverenin Covid-19 hastalığına karşı aşılanmayı teşvik etmesi kural olarak mümkündür. Bu amaçla işverenler aşığı ilişkin işçileri bilgilendirerek olumsuz algının ortadan kaldırılması sağlanabilecekleri gibi aşığı randevusu olan işçilere ücretli izin de verebilirler.

İşverenlerin “aşığı ikramiyesi”, “aşığı primi” veya “aşığı bonusu” gibi isimlerle aşığı olan işçilere ek ödemeler yaparak mali teşvikler sağlayıp sağlayamayacağı ise detaylı bir incelemeyi gerekli kılmaktadır. Zira, bu durumda aşığı olmadığı için ek ödeme alamayan işçilere, aşığı olan işçilere nazaran olumsuz bir işlem söz konusudur. İşverenin ise işçilere eşit davranma borcu bulunmaktadır.

Öncelikle hatırlatalım ki, işverenin eşit davranma borcu, birbiri ile ilişkili iki bileşenden oluşmaktadır; bunlardan ilki, İş Kanunu m. 5 hükmü ve 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu Kanunu’nda<sup>71</sup> korunan ayırmacılık temellerine dayalı olarak işçiler arasında farklı işlem ve etki yasağı olarak tanımlanan “ayırmacılık yapmama borcu”dur. İkinci bileşen ise, kaynağını Anayasa m. 10 hükmünden alan<sup>72</sup> işverenin ayırmacılık temellerine dayanmaksızın aynı ve benzer işçilere eşit davranma yükümlülüğü olup “dar anlamda eşit davranma borcu” olarak nitelendirilmektedir<sup>73</sup>. Konumuz kapsamında işverenin işçiyeye ek ödemeyi yapmaması, aşığı olmaması nedeniyle olup “aşığı”, korunan ayırmacılık temelleri arasında değildir. Dolayısıyla, aşığı olmayanlara ek ödeme yapılmamasına yönelik olumsuz işlem, kural olarak, dar anlamda eşit davranma borcu kapsamında değerlendirilmelidir.

Teklifte aşığı olmayanlara –örneğin tıbbi nedenlerle, aşının tavsiye edildiği hedef grubun içinde olmadığından, henüz aşığı erişemediğinden veya aşığı olmamayı tercih ettiğinden – ayırmacılığın önlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bunun sonucu olarak da, bir aşığı sertifikasına sahip olmamak ya da belirli bir aşığı gösterir aşığı sertifikasına sahip olmamanın özellikle de başka yollardan kanuni ve toplum sağlığı ile ilgili koşulları sağladıklarını gösterdikleri takdirde AB içinde serbest dolaşımına engel olmayacağı belirtilmektedir (para. 26). Dijital Yeşil Sertifika Tüzük Teklifi tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021PC0130> (Erişim tarihi: 24.04.2021). Kamuoyu açıklaması için bkz. “Coronavirus: Commission proposes a Digital Green Certificate”, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_21\\_1181](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_1181) (Erişim tarihi: 04.04.2021).

71 RG 20.04.2016, 29690.

72 **Süzek**, 455; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 437; **Doğan Yenisey**, Kübra: “İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayırmacılık Yasağı”, *Çalışma ve Toplum*, 2006, C. 4, S. 11, 66; **Yıldız**, Gaye Burcu: *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2008, 64-65; **Ünal**, Canan: *İş Hukukunda Yaş Ayırmacılığı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, 104; **Kandemir**, Murat/**Yardımcıoğlu**, Didem: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 2014, C. 19, S. 30-31, 8; **Ugan Çatalkaya**, Deniz: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayırım Yasağı”, *Çalışma ve Toplum*, 2021, C. 2, S. 69, 864.

73 **Doğan Yenisey**, Eşitlik İlkesi, 66; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 437 vd.; **Yıldız**, 64; **Ertürk**, Şükran/**Gürsel**, İlke, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, *Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan*, C. 1, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011, 429; **Yuvalı**, Ertuğrul: *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu*, Ankara: Turhan Yayıncılık, 2012, 47; **Ünal**, 54-55; **Kandemir/Yardımcıoğlu**, Eşitlik İlkesi, 9; **Ugan Çatalkaya**, İki Bileşen, 861 vd.

İşverenin aşı olmayan işçilere yönelen olumsuz işleminin dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaması, meşru bir amacın varlığına, bu amaca uygun ve orantılı davranılmasına ve farklılığın haklı bir gerekçeye dayanmasına bağlıdır. İşverenin işyerinde Covid-19 hastalığının bulaşma riskini azaltma yönündeki amacı, meşru bir amaç olup ek ödeme bu amacı sağlamakta, kanaatimizce uygun ve orantılıdır<sup>74</sup>. Ek ödemeye hak kazanmak için öngörülen aşı koşulu ise, haklı ve nesnel bir gerekçedir. Dolayısıyla bu gerekçeye dayalı yapılan ek ödeme, dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacaktır<sup>75</sup>.

Ek ödemeye hak kazanmak için aşı koşulu, tarafsız bir ölçüt olarak tüm işçilere uygulanabilir. Ancak aşı koşulunun görünüşte tarafsız olması, dini, inancı, sağlık durumu veya hamileliği nedeniyle bazı işçilerin olumsuz etkilenmesini engellemeyebilir. Örneğin işçi, inancı gereği tıbbi müdahalelere karşı olabilir yahut alerjisi bulunduğu için aşı olması tehlikeli olabilir ya da hamile olduğu için aşığı reddedebilir. Bu ihtimallerde işçinin aşı olmaması ve sonucunda ek ödemeden yararlanamaması, kanunlarda korunan ayırmıcılık temelleri ile bağlantılıdır. Gerçekten, gerek İş Kanunu m. 5 hükmü gerekse de 6701 sayılı Kanun, “din”, “inanç”, “sağlık durumu” ve “cinsiyet” temelinde ayırmıcılığı yasaklamıştır.

İşçilerin aşı olmayı dini, inancı, sağlık durumu veya hamileliği gerekçesiyle reddettiği ihtimallerde, ek ödemeden yararlanamaması, kanunlarda korunan ayırmıcılık temelleri dayalı olumsuz işlem değil; korunan ayırmıcılık temelleri ile bağlantılı olumsuz bir etkidir. Dolayısıyla, bu şekilde bir uygulama doğrudan ayırmıcılık değil, diğer bir ayırmıcılık türü olan dolaylı ayırmıcılık oluşturabilecektir. Dolaylı ayırmıcılık, “*Bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayırmıcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanunda sayılan ayırmıcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulması*” anlamına gelmektedir (6701 sayılı Kanun m. 2/1, e)<sup>76</sup>.

Kanuni tanımdan da anlaşıldığı üzere, işçilerin aşı olmayı dini, inancı, sağlık durumu veya hamileliği gerekçesiyle reddettiği ihtimallerde, görünüşte tarafsız olan aşı koşulu sonucunda bu işçiler bakımından ortaya çıkan olumsuz etkinin dolaylı ayırmıcılık oluşturması, “*nesnel olarak haklılaştırılmama*”sına bağlıdır. Başka bir ifadeyle, aşı koşulunun uygulanması sonucu belirli gruplardaki kişiler bakımından ortaya çıkan olumsuz etki ancak nesnel olarak haklı kılınmadığı takdirde dolaylı ayırmıcılık oluşturacaktır. Olumsuz etkinin nesnel olarak haklı kılınıp kılınmadığının tespitinde ise, 6701 sayılı Kanun’un m. 7 hükmünde “ayırmıcılığın ileri sürülemeyeceği haller” dikkate alınabilir<sup>77</sup>. İlgili maddenin (a) bendi esas alınarak aşı koşulunun mesleğin icrası için önemli ve belirleyici bir gereklilik oluşturup oluşturmadığı incelenmelidir<sup>78</sup>.

74 Aynı yönde, **Witte**, Impfpflicht, 63; aksi yönde, **Naber/Schulte**, Corona-Impfung, 85.

75 Aşı teşviklerini, spor salonlarına üyelik hakkı ve sigara içmeyenlere prim verilmesi ile kıyaslama için bkz. **Fuhlrott/Fischer**, Impfpflicht, 660, para. 25; ayrıca **Benkert**, Impfpflicht, 51.

76 Dolaylı ayırmıcılığın tanımı ve unsurları hakkında detaylı bilgi için bkz. **Ünal**, 120 vd.

77 Söz konusu maddede sayılanlar, doğrudan ayırmıcılığın ortaya çıkmasını engelleyen haklı kılma nedenleri olmakla birlikte dolaylı ayırmıcılığın olumsuz koşulu olan “*nesnel olarak haklılaştırılmama*” koşulunun tespitinde de dikkate alınabilir, **Ünal**, 184.

78 6701 sayılı Kanun m. 7/1, (a) bendine göre, “*İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı*

Belirtelim ki, dolaylı ayırıcılığın ortaya çıkmasını engelleyen haller, temel hakkı sınırlandırdığından buna ilişkin kanuni düzenlemeler dar yorumlanmalıdır<sup>79</sup>. Dolayısıyla, çoğu meslek için aşı koşuluna dayalı ek ödemeler ile belirli inanç sahipleri, alerjileri olanlar ve hamileler bakımından ortaya çıkan olumsuz etkinin mesleki gereklilik ile nesnel olarak haklılaştırılması mümkün değildir.

Hasta, yaşlı, engelli gibi özel koruma ihtiyacı olan kişiler ile yakın temas halinde icra edilebilen hemşirelik, hasta bakıcılık gibi meslekler bakımından ise, aşının önemli ve belirleyici bir gereklilik oluşturabileceği kanaatindeyiz. Zira, aşı olan hemşire, aşı olmayana göre mesleğini daha düzgün şekilde icra edebilecektir<sup>80</sup>. Bu gerekçeler ile, dini, inancı, sağlık durumu, hamileliği nedeniyle de olsa aşı olmayan hemşirenin ek ödmeden yararlanmaması, kanaatimizce ayırıcılık oluşturmayacaktır.

İşverenlerin aşı olan işçilere teşvik amaçlı ek ödemelerinin hukukiliği, veri koruma hukukuna uygun olmasına da bağlıdır. Zira, kimliği belirli bir kişiye ilişkin aşı durumu, sağlık verisi<sup>81</sup> olup ek ödmeden yararlanmak isteyen uygulamada işçinin aşı durumuna ilişkin kanıt sunması gerekecektir. İşverenin bu kapsamda veri işleminin hukuka aykırı olmaması için 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'ndan<sup>82</sup> (KVKK) kaynaklanan aydınlatma yükümlülüğü (m. 10) özel önem taşımaktadır. Nitekim Kişisel Verileri Koruma Kurumu'nun kamuoyu duyurusunda<sup>83</sup> da Covid-19 ile mücadele sürecinde işlenen kişisel veriler ile ilgili aydınlatma yükümlülüğü hatırlatılmaktadır; “*Bu anlamda, kişisel verileri işleyen veri sorumluları, kişisel verilerin toplanma amacı ve ne kadar süreyle saklanacağı hususu da dahil olmak üzere, uyguladığı önlemler konusunda şeffaf olmalıdır.*” Veri sorumlusu olan işveren, işçilerin aşı olup olmadıklarına ilişkin sağlık verisini elde ettiği sırada işçiyi aydınlatmakla yükümlülüğü kapsamında kişisel verisini hangi amaçla işlediğini, işlenen kişisel verisini kimlere ve hangi amaçla aktarabileceğini, işçinin veri sahibi olarak hakları konusunda işçilere bilgi

*hâlinde* amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele” ayırıcılık oluşturmaz. Bu benette yer alan “zorunlu mesleki gereklilik” ifadesi ile “olmazsa olmaz” mesleki bir gereklilik kastedilmediği, maddenin mehz düzenlemesi olan Avrupa Birliği'nin 2000/78 sayılı İş ve Meslekte Eşit İşlem Direktifi m. 4/I hükmü ışığında yorumlanması; farklı işlemin haklı kılınması için önemli ve belirleyici bir mesleki gerekliliğin varlığının gerekli ve yeterli olduğu yönünde, **Ünal**, 281-282.

79 Aynı yönde, **Thüsing**, Gregor: “Zulässige Ungleichbehandlung weiblicher und männlicher Arbeitnehmer-Zur Unverzichtbarkeit i.S. des § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB”, *RdA*, 2001, 320; **Joannidis**, Aris Ilias: *Das Verbot der Altersdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht*, Tübingen: Köhler, 2011, 139; **Bertelsmann**, Klaus: *Altersdiskriminierung im Arbeitsrecht*, 27.04.2005, 4; **Ünal**, 154; ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları için bkz. ABAD, *Tanja Kreil v. Bundesrepublik Deutschland* (C-285/98), 11.01.2000, para. 20; ABAD, *Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* (C-222/84), 15.05.1986, para. 36; ABAD, *Angela Maria Sirdar v. The Army Board and Secretary of State for Defence* (C-273/97), 26.10.1999, para. 23; ABAD, *Domnica Petersen v. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe* (C-341/08), 12.01.2010, para. 60,

80 Önemli ve belirleyici mesleki gerekliliğin tespitine ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Ünal**, 282 ve dn. 487'deki yazarlar.

81 İşçinin sağlık verilerine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **Ünal**, Canan: “İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler”, *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III* (ed. Tankut Centel), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 7, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, 261-318, 261 vd.; **Alp**, Mustafa/**Gürsel**, İlke: “COVID-19 Pandemisinde İşçilere Ait Sağlık Verilerinin İşlenmesi”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2020, S. 44, 12-13; Belçika Veri Koruma Otoritesi'nin Covid-19 ile mücadelede aşı verilerinin işlenmesine ilişkin 29 Ocak 2021 tarihli açıklaması, bkz. <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/citoyen/themes/covid-19/vaccination> (Erişim tarihi: 31.03.2021).

82 RG 07.04.2016, 29677.

83 “Covid-19 ile Mücadele Sürecinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Bilinmesi Gerekenler” başlıklı 27 Mart 2020 tarihli kamuoyu duyurusu için bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6721/KAMUOYU-DUYURUSU-Covid-19-ile-Mucadele-Surecinde-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Kapsaminda-Bilinmesi-Gerekenler> - (Erişim tarihi: 04.04.2021); ayrıca bkz. **Alp/Gürsel**, Sağlık Verileri, 28.

vermesi gerekmektedir. Ayrıca, işçinin aşı durumuna dayalı kanıtı, işveren tarafından ancak açık rıza ile işlenebilecek olup işçi verisini paylaşmadığı takdirde ek ödeme almamak dışında bir müeyyide ile karşılaşmayacağını bilmelidir.

## VI. İŞVERENİN İŞÇİ VE ADAYA AŞI DURUMU HAKKINDA SORU SORMA HAKKI

### A. PANDEMİ VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Covid-19 hastalığının pandemiye dönüşmesi ile, kamu sağlığının korunması amacı ön plana çıkarken işçi ve işçi adaylarının sağlık verilerinin işlenmesine duyulan ihtiyaç da artmıştır<sup>84</sup>. Ancak hukuk sistemleri, verilerin işlenmesi bakımından pandemi gibi olağanüstü durumları öngörmemiş; pandemi süresince kişisel verilerin işlenmesine ilişkin özel düzenlemelere yer vermemişlerdir<sup>85</sup>. Bu durum ise uygulamada hukuki belirsizlikleri beraberinde getirmiştir.

Avrupa Veri Koruma Kurulu 19.03.2020 tarihli açıklaması<sup>86</sup> ile, pandemi ile mücadelede alınan önlemlerin Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün (GDPR) uygulanmasına engel olmadığı, bu süreçte de veri işleyen kişilerin GDPR kuralları ile bağlı olduğunu hatırlatmıştır.

Ülkemizde de Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından 27 Mart 2020 tarihinde benzer bir kamuoyu duyurusu<sup>87</sup> yayımlanmıştır. Bu duyuru ile, kamu sağlığının korunmasının esas olduğu bu süreçte dahi kişisel veri işleme faaliyetlerinin KVKK'de yer alan usul ve esaslara uygun şekilde yürütülmesi gerektiğini belirtmiştir.

### B. AŞI DURUMUNA İLİŞKİN SORULAR İLE VERİ İŞLEMENİN HUKUKİLİĞİ

İşçi veya işçi adayına aşı olup olmadığına ilişkin soru yöneltilmesi ve cevap alınması, doğrudan işçinin/adayın kendisinden bilgi toplanması şeklinde gerçekleştirilen sağlık verisi işleme faaliyetidir<sup>88</sup>. Hukukumuzda, işçi ve işçi adayının aşı durumuna ilişkin soruların hukukiliği, KVKK'de yer alan

84 **Alp/Gürsel**, Sağlık Verileri, 11.

85 Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğüne ilişkin benzer tespitler için bkz. **Wünschelbaum**, Markus: "Covid-19: Pandemiebewältigung und Datenschutz", NZA, 2020, 616. Toplu iş sözleşmeleri, işyeri yönergeleri ile Covid-19 ve gelecekte karşılaşılabilecek pandemiler ile mücadelede etkin ve güvenli veri koruma yöntemlerinin tasarlanmasına ilişkin öneri için bkz. **Wünschelbaum**, Pandemiebewältigung, 616.

86 Avrupa Veri Koruma Kurulu'nun Covid-19 salgınında kişisel verilerin işlenmesine ilişkin 19 Mart 2020 tarihli açıklaması için bkz. [https://edpb.europa.eu/system/files/2021-03/edpb\\_statement\\_art\\_23gdpr\\_20200602\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2021-03/edpb_statement_art_23gdpr_20200602_en.pdf) (01.04.2021).

87 "Covid-19 ile Mücadele Sürecinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Bilinmesi Gerekenler" başlıklı 27 Mart 2020 tarihli kamuoyu duyurusu için bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6721/KAMUOYU-DUYURUSU-Covid-19-ile-Mucadele-Surecinde-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Kapsaminda-Bilinmesi-Gerekenler> - (Erişim tarihi: 04.04.2021); ayrıca bkz. **Alp/Gürsel**, Sağlık Verileri, 28.

88 Soru sorulması şeklinde veri işleme hakkında bilgi için bkz. **Gürsel**, İlke: *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, 204; **Güven**, Ercan/**Aydın**, Ufuk: *Bireysel İş Hukuku*, Eskişehir: Nisan, 2017, 149; **Ünal**, Sağlık İlişkin Veriler, 274 vd.

usul ve esaslara uygun olması yanında işverenin işçinin kişisel verilerini koruma borcunu düzenleyen TBK m. 419 hükmüne aykırı olmamasına bağlıdır<sup>89</sup>.

İşveren, işçinin aşı durumuna ilişkin verilerini ölçülülük ilkesine uygun olmak kaydıyla işleyebilir<sup>90</sup>. Zira, KVKK m. 4 hükmünde ölçülülük ilkesi kişisel verilerin işlenmesinde genel ilkeler arasında sayılmış; kişisel verilerin işlenmesinde “*işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma*” ilkesine uyulması zorunlu kılınmıştır (f. 2, ç bendi). Ölçülülük ilkesinin iş ilişkileri bakımından somutlaşmış hâli ise TBK m. 419 hükmü olup<sup>91</sup> söz konusu maddeye göre “*İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığı ile ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanılabilir* (f. 1).”.

İşçi ve işçi adayına, Covid-19 aşısını olup olmadığına ilişkin soru yöneltilmesi, kural olarak işçinin işe yatkınlığı ile ilgili değildir; zira, yukarıda izah ettiğimiz üzere, hukukumuzda Covid-19 aşısı olmamak çalışma engeli teşkil etmemektedir<sup>92</sup>. Söz konusu sorular iş sözleşmesinin ifası için de zorunlu değildir. İşverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlem alma borcu bulunmakla birlikte işçinin aşı olmasını sağlamak işverenin bu kapsamda bir yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>93</sup>.

İş ilişkisinde işçi ve işçi adayının aşı durumunun işlenmesi ayrıca ölçülülük ilkesi gereği, “işyeri ile ilgili” olma amacı ile sınırlandırılmıştır. Oysa aşı olmak, işçinin kişisel yaşamına ilişkin bir konudur<sup>94</sup>. Dolayısıyla, uygulamada işverenlerin hastalanma ve hastalığın bulaşma ihtimalinin yüksekliğine ilişkin bilimsel olmayan bir öngörü edinme amacıyla işçi veya işçi adayına aşı durumuna ilişkin soru sormaları, TBK m 419 ve KVKK m. 4 hükmüne aykırılık oluşturacaktır<sup>95</sup>.

Belirtelim ki, istisnai de olsa bazı işverenlerin işçisine aşı durumuna ilişkin soruları, işe yatkınlık ve iş sözleşmesinin ifası için gerekli olduğu kabul edilebilir. Örneğin mesleğinin icrası için hastalar ile

89 İş görüşmelerinde adaya aşuya ilişkin soru sorulmuş ama bunu veri kayıt sistemine yani belirli kriterlere göre yapılandırılan bir sisteme kaydetmemiş ise söz konusu veri işlemesi, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda (KVKK) yer alan hükümlere tabi değildir (RG 07.04.2016, 29677). Zira KVKK’nin kapsama ilişkin 2. maddesi gereği, bu yönde sorular Kanun’un uygulama alanı dışında kalmaktadır. Ancak bu durum, söz konusu sorular ile veri işlenmediği veya verilerin hukuken korunmadığı anlamına gelmez. İş ilişkilerinde veri işlemlerinde her halükarda TBK m. 419/I hükmü uygulama bulacak olup işleminin hukuka uygun olması için işyeri ile ilgili bir amaç kapsamında olması gerekir. Bkz. Ünal, Sağlık İlişkin Veriler, 274.

90 Nitekim Kurum’un kamuoyu duyusunda da veri minimizasyonu ilkesini açıklanmıştır; “*Herhangi bir veri işleme faaliyetinde olduğu gibi, COVID-19 virüsünün yayılmasını önleme amacına yönelik gerçekleştirilen veri işleme faaliyetleri de amaçla bağlantılı ve sınırlı ölçüde gerçekleştirilmeli, gereğinden fazla kişisel veri işlenmesinden kaçınılmalıdır. Hedeflenen amaca ulaşmak için imkân dâhilindeki en müdahaleci olmayan yolun tercih edilmesi gerekmektedir.*”.

91 Ünal, Sağlık İlişkin Veriler, 268; Develioğlu, Hüseyin 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 Yayıncılık, 2017.

92 Bkz. yukarıda IV.

93 Bkz. yukarıda III, B.

94 Bkz. yukarıda III, C.

95 Hukuka aykırı soruya işçi ve işçi adayının doğru cevap verme zorunluluğu olmadığı yönünde açıklamalar için bkz. Ünal, Sağlık İlişkin Veriler, 277 ve dn. 60. Uluslararası Çalışma Örgütü de, veri işlemeye ilişkin ilkelere aykırı soru sorulması hâlinde çalışanın bu sorulara eksik cevap vermesinin işten çıkarma veya disiplin cezası verilmesine imkân vermediğini belirtmiştir. Bkz. ILO, Protection of Workers’ Personal Data 1997, 3, (6.8).

yakın temas halinde olan hemşire ve hasta bakıcılara aşı durumuna ilişkin soru sorulması, işyeri ile ilgili bir amaca yönelik olup bu şekilde veri işlenmesi, ölçülülük ilkesine uygundur<sup>96</sup>.

İşçi veya işçi adayının aşı durumuna ilişkin verisinin işlenmesine KVKK m. 6 ancak açık rızanın varlığı halinde cevaz vermektedir<sup>97,98</sup>. Açık rızanın geçerlilik kazanabilmesi için ise kişinin yaptığı davranışın bilincinde ve kendi kararı sonucunda olması; açık rızanın özgür iradeyle açıklanması gerekmektedir<sup>99,100</sup>.

İşçi ve işçi adayına rıza göstermeme imkânının etkin bir biçimde sunulmaması halinde ise rıza, geçerli bir açık rıza beyanı olarak değerlendirilemez<sup>101</sup>. Aşı olmadığını açıklarsa, işçinin iş ilişkisinin olumsuz etkileneceği veya işçi adayının işe alınmayacağı ihtimallerde, Covid-19 aşısını olup olmadığına ilişkin verisinin işlenmesinde açık rızanın geçerli olduğunu savunmak güçtür. Belçika Veri Koruma Otoritesi de Covid-19 ile mücadelede aşı verilerinin işlenmesine ilişkin 29 Ocak 2021 tarihli açıklamasında, işçi-işveren ilişkisinde işçinin rızasının nadiren özgür olabildiğine, işçinin rıza vermesi için baskı uygulanabildiğine işaret etmiş ve işverenin işçiden aşı kanıtı isteyemeyeceğini belirtmiştir<sup>102</sup>.

Belçika Veri Koruma Otoritesi'ne göre, işveren işyeri hekimine de işçilerin Covid-19 aşısı olup olmadığına soramaz. Otorite tarafından aksi durumun işçinin kişisel verisinin korunması hakkını ihlal ettiği gibi hekimin sır saklama yükümlüğüne aykırılık olduğu belirtilmiş ve açık rızanın da bu

96 Aynı yönde, **Delventhal**, Marlene: "Corona-Shutz vor Datenschutz? – Impfungen und die Verarbeitung personenbezogener Daten", *Newsdienst ZD-Aktuell*, 05053.

97 Belçika Veri Koruma Otoritesi'nin Covid-19 ile mücadelede aşı verilerinin işlenmesine ilişkin 29 Ocak 2021 tarihli açıklamasına göre, aşı verisi ancak kanun veya açık rıza ile işlenebilir. Bkz. <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/citoyen/themes/covid-19/vaccination> (Erişim tarihi: 31.03.2021).

98 Covid-19 virüsü ile bir araya gelmesi halinde hastalığın daha ağır seyretmesine yol açacak kronik rahatsızlık ya da daha önce geçirilen hastalık bilgilerinin işyerindeki organizasyonel önlemlerin planlanması ile sınırlı olmak ve işçilerden açık rızaları alınmak suretiyle işyeri hekimi tarafından toplanabileceğine ilişkin bkz. **Alp/Gürsel**, Sağlık Verileri, 27, 29.

99 Kişisel Verileri Koruma Kurulu 20.05.2020 tarihli ve 2020/404 numaralı kararı, <https://kvkk.gov.tr/Icerik/6913/2020-404> (Erişim tarihi: 30.03.2021).

100 Kişisel Verileri Koruma Kurulu da 20.05.2020 tarihli ve 2020/404 numaralı kararında "açık rızanın özgür iradeyle açıklanması gerektiğinden, herhangi bir hususun ilgili kişi tarafından açık rıza verilmesi şartına bağlanmaması, tarafların eşit konumda olmadığı veya taraflardan birinin diğeri üzerinde etkili olduğu durumlarda rızanın özgür iradeyle verilip verilmediğinin dikkatle değerlendirilmesi gerektiği"ni ifade etmektedir. Bu bağlamda da Kurul işçi-işveren ilişkisini örnek vermiş ve "işçiye rıza göstermeme imkânının etkin bir biçimde sunulmadığı veya rıza göstermemenin işçi açısından muhtemel bir olumsuzluk doğuracağı durumlarda, rızanın özgür iradeyle dayandığının kabul edilemeyeceği"ni belirtmiştir. 95/46 sayılı Direktif m. 29 gereği kişisel verilerinin işlenmesinde bireylerin korunması amacıyla kurulan Veri Koruma Çalışma Grubu da, işçinin rızası ile veri işlemenin ikincil karakterine işaret etmekte ve açık rıza ile işlemenin ancak diğer hukuka uygunluk sebeplerinin gerçekleşmemesi halinde uygulanabilir olduğunu vurgulamaktadırlar. 2/2017 sayılı işte veri işlenmesine dair görüş, 08.06.2017, WP249, 23.

101 Kişisel Verileri Koruma Kurulu da 20.05.2020 tarihli ve 2020/404 numaralı kararında, "veri sorumlusu tarafından açık rıza metninin onaylanması için çalışanlara e-postalar gönderildiği, metni imzalamayan çalışanların listesinin tutulduğu, bu listelerin başkaca çalışanlara gönderilmesi suretiyle metni imzalamayan çalışanların metni imzalamalarının sağlanmasının talep edildiğinin anlaşıldığı, bununla birlikte çalışan tarafından onayın verilmemesi sebebiyle özlük dosyasının tamamlanmamış kabul edildiği durumlarda; işçiye rıza göstermeme imkânının etkin bir biçimde sunulmamasından ötürü verilen rızanın, geçerli bir açık rıza beyanı olarak değerlendirilemeyeceği" sonucuna ulaşmıştır.

102 Bkz. <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/citoyen/themes/covid-19/vaccination> (Erişim tarihi: 31.03.2021).

ihlalleri ortadan kaldıramayacağı ifade edilmiştir. Otorite'ye göre, rıza işçi-işveren ilişkisinde özgür olmadığı gibi özgür olduğu da kabul edilse hekimin sır saklama yükümlülüğünün istisnası değildir<sup>103</sup>.

Hukukumuzda da açık rıza olmaksızın sağlık verilerinin işlenmesi şartı, KVKK m. 6/3 hükmü ile, “*kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından*” işlemeyebilir. Bu işleme şartının varlığı için kanunda yazılı amaçlardan biri ve kanunda sayılmış kişi ve kurum ile kuruluşlarca yapılmalıdır. İşyeri hekimi, sır saklama yükümlülüğü altında iken işverenin böyle bir yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>104</sup>. Dolayısıyla işyeri hekiminin işçinin aşı durumuna ilişkin verisini işlemesi, kanunda yer alan diğer usul ve ilkelere uyması kaydıyla hukuka uygundur. Ancak işyeri hekiminin işçinin söz konusu sağlık verisini işveren ile paylaşması, KVKK m. 6/3 hükmünde yazılı amaçlar dışında kalmakta olup hukuka aykırı işlemeyebilir. Öte yandan bu ihtimalde, hekimin sır saklama yükümlülüğüne aykırılık da ortaya çıkmaktadır<sup>105</sup>.

Görüldüğü üzere, hukukumuzda mevcut olan veri koruma esas ve usulleri, işçinin aşı durumuna ilişkin verisinin işveren tarafından öğrenilmesine imkân vermemektedir. Oysa aşı durumu, iş sözleşmesinin kurulması, türünün ve çalışma koşullarının belirlenmesi bakımından önemlidir. Alman kanunkoyucu bu ihtiyacı gözeterek işverenin Covid-19 aşısına ilişkin soru sorma hakkını kanun ile düzenlemiştir. Gerçekten, Enfeksiyona Karşı Koruma Kanunu §23a hükmüne göre<sup>106</sup>, “*Bulaşıcı hastalıklarla ilgili olarak Bölüm 23 (3) kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerektiği ölçüde, işveren, iş ilişkisinin kurulması veya türüne karar vermek için işçinin aşı hakkında kişisel verilerini işleyebilir.*” Benzer bir kanun hükmüne mevzuatımızda yer verilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz<sup>107</sup>.

## SONUÇ

Ülkemizde Covid-19 aşısına erişim, sağlık çalışanları ve risk grubunda olanlar dışındakiler için uzun süre alacağı benzenmektedir. Zira, Sağlık Bakanlığınca belirlenen ve yukarıda yer verilen dört aşamalı aşı sırasında, belirli sektörler dışında (eğitim, gıda, taşımacılık sektörü gibi) yaş grupları

103 Bkz. <https://www.otoriteprotectiondonnees.be/citoyen/themes/covid-19/vaccination> (Erişim tarihi: 31.03.2021).

104 Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu madde hükmününün anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan davada verdiği karara göre “*Sır saklama yükümlülüğü altında olan kişiler avukat, hekim veya mali müşavir gibi kendi kanunlarında görevleri dolayısıyla edindikleri bilgileri zamanla sınırlı olmaksızın açığa vurmaları yasak olan ve bu yasağın ihlali halinde hukuki ve cezai sorumluluğu olan kişilerdir.*” AYM 28.09.2017, E. 2016/125, K. 2017/143, RG 23.01.2018, 30310, para. 78; ayrıca bkz. Ünal, Sağlık İlişkin Veriler, 305-306.

105 İşyeri hekiminin sağlık verilerini işveren ile paylaşımına ilişkin açıklamalar için bkz. Ünal, Sağlık İlişkin Veriler, 272-274.

106 Bkz. Çalışma ve Sosyal İşler Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığının 29 Mayıs 2020 tarihli açıklaması, [https://www.baua.de/DE/Aufgaben/Geschaeftsfuehrung-von-Ausschuessen/AfAMed/pdf/Stellungnahme-Infektionsschutzgesetz.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.baua.de/DE/Aufgaben/Geschaeftsfuehrung-von-Ausschuessen/AfAMed/pdf/Stellungnahme-Infektionsschutzgesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (Erişim tarihi: 05.04.2021).

107 Belçika Veri Koruma Otoritesi de kişilerin aşı durumuna ilişkin verisini talep yasağının kanun ile kaldırılabileceğini belirtmiştir Bkz. <https://www.otoriteprotectiondonnees.be/citoyen/themes/covid-19/vaccination> (Erişim tarihi: 31.03.2021).

esas alınmıştır. Makalenin yazımı sürecinde, toplam ülke nüfusunun ancak % 8,5'inin ikinci doz aşısı olmuş ve 60-64 yaş arası kişilerin (B1 grubu) aşıları tamamlanmış olduğuna ilişkin bilgiler de dikkate alındığında<sup>108</sup>, çalışma hayatındaki kişilerin çoğunun aşısı henüz erişemediği söylenebilir.

Makalemiz ile Covid-19 aşısının iş ilişkilerine etkisi tartışmaya açılmış olup aşısı erişimin artması ile birlikte tartışmaların yoğunlaşmasını beklemekteyiz. Beklentilerimiz gerçekleşerek ihtilaflar yargıya taşınmadan karşılaştırmalı hukuka ilişkin incelemelerimiz sonucu önerdiğimiz kanuni değişikliklerin yapılması faydalı olacaktır.

## KAYNAKÇA

- Admır**, Kaptan Merter: *İşverenin Yönetim Hakkı*, İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Akbulut**, Olgun: "Covid-19'a Karşı Türkiye'de Zorunlu Aşı Mümkün müdür?", *İstanbul Politik Araştırmalar Enstitüsü*, [https://d4b693e1-c592-4336-bc6a-36c134d6fb5e.filesusr.com/ugd/c80586\\_029a2dded4164c6ea81d94e2810b9e73.pdf](https://d4b693e1-c592-4336-bc6a-36c134d6fb5e.filesusr.com/ugd/c80586_029a2dded4164c6ea81d94e2810b9e73.pdf) (Erişim tarihi: 18.03.2021) (Zorunlu Aşı).
- Akın**, Levent: "Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri", *Çimento İşveren*, Mayıs 2020, C. 34, S. 3, 16-71 (Covid-19).
- Akyiğit**, Ercan: *Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2020.
- Alp**, Mustafa/**Gürsel**, İlke: "COVID-19 Pandemisinde İşçilere Ait Sağlık Verilerinin İşlenmesi", *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2020, S. 44, 11-32 (Sağlık Verileri).
- Benkert**, Daniel: "Wege aus der Pandemie – Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?", *NJW-Spezial*, 2021, 50-51 (Impfpflicht).
- Bertelsmann**, Klaus: *Altersdiskriminierung im Arbeitsrecht*, 27.04.2005.
- Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat: *İş Hukuku Dersleri*, İstanbul: Beta, 2020.
- Delventhal**, Marlene: "Corona-Shutz vor Datenschutz? – Impfungen und die Verarbeitung personenbezogener Daten", *Newsdienst ZD-Aktuell*, 05053.
- Develioğlu**, Hüseyin 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 Yayıncılık, 2017.
- Doğan Yenisey**, Kübra: "İş Kanunu'nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", *Çalışma ve Toplum*, 2006, C. 4, S. 11, 1-43 (Eşitlik İlkesi).
- Dönmez**, Ünsal/**Güllü**, Gözdenur: "Covid 19 Gelişmeleri Karşısında Zorunlu Aşı Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler", *COVID-19 Küresel Salgısının Hukuktaki Yansımaları* (ed. Kemal Şenocak), Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları-I, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021, 953-978 (Zorunlu Aşı).
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.
- Dursun Ateş**, Sevgi: *İşverenin Yönetim Hakkı*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2019.
- Ertürk**, Şükran/**Gürsel**, İlke, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", *Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan*, C. 1, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2011 (Eşit Davranma İlkesi).
- Fuhlrott**, Michael/**Fischer**, Katharina: "Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?", *NJW*, 2021, 657-661 (Impfpflicht).

108 Sağlık Bakanı tarafından 27.03.2021 tarihinde paylaşılan tweet, <https://twitter.com/drfrhrettinkoca/status/137.584.5271914090505> (Erişim tarihi: 04.04.2021).



- Gökcan**, Hasan Tahsin: “Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması”, *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları* (eds. Özge Yücel, ve Gürkan Sert), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, 155-192.
- Gürsel**, İlke: *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Güven**, Ercan/**Aydın**, Ufuk: *Bireysel İş Hukuku*, Eskişehir: Nisan, 2017.
- Güzel**, Ali: “İş Hukukunda ‘Yetki’ ve ‘Özgürlük’”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Turan Esener’e Armağan, C. 15, S. 1, 2016, 93-126 (Yeki ve Özgürlük).
- Hakeri**, Hakan/**Söğüt**, İpek Sevda: “Tıp Hukuku Açısından Bulaşıcı Hastalıklar”, *Adalet Dergisi*, S. 64, 2020, 57-85 (Bulaşıcı Hastalıklar).
- Helvacı**, Serap: *Gerçek Kişiler*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017.
- Joannidis**, Aris Ilias: *Das Verbot der Altersdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht*, Tübingen: Köhler, 2011.
- Kale Özçelik**, Fatmagül: “Hakların Çatışması ve Dengelenmesi Bağlamında Çocuklara Yönelik Zorunlu Aşı Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ekseninde Bir İnceleme)”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, 2020, 47-77 (Zorunlu Aşı).
- Kanadoğlu**, Korkut: “Zorunlu Aşının Anayasallığı”, *Lexpera Blog*, 20.02.2020, <https://blog.lexpera.com.tr/zorunlu-asinin-anayasalligi/#fnref8> (Erişim tarihi: 04.04.2021) (Zorunlu Aşı).
- Kandemir**, Murat/**Yardımcıoğlu**, Didem: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 2014, C. 19, S. 30-31, 1-44 (Eşitlik İlkesi)
- Kara Kılıçarslan**, Seda: *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Kasapoğlu Turhan**, Mine: “İdari Kolluk Yetkisi Bağlamında Zorunlu Aşı Uygulaması”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1, 2019, 1-40 (Zorunlu Aşı).
- Mollamahmutoglu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/ **Baysal**, Ulaş: *İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku*, Ankara: Lykeion Yayınları, 2020.
- Naber**, Sebastian/**Schulte**, Willem: “Können Arbeitnehmer zu einer Corona-Impfung oder einem Impfnachweis verpflichtet werden?”, *NZA*, 2021, 81-86 (Corona-Impfung).
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe: *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.
- Stüeck**, Volker: “Abmahnung und Kündigung im Zusammenhang mit Corona”, *Arbeitsrecht Aktuell*, 2021, 71-73 (Corona).
- Sur**, Melda: “İşverenin Yönetim Hakkının Çağdaş Sınırlamaları ve Sosyal Diyalog”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, 2281-2308 2285.
- Süzek**, Sarper: *İş Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Taşkent**, Savaş: *İşverenin Yönetim Hakkı*, İstanbul: İTÜ Yayınları, 1981.
- Thüsing**, Gregor: “Zulässige Ungleichbehandlung weiblicher und männlicher Arbeitnehmer-Zur Unverzichtbarkeit i.S. des § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB”, *RdA*, 2001 (Ungleichbehandlung).
- Turan Başara**, Gamze: *Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi*, Ankara: Turhan Yayıncılık, 2018.
- Ugan Çatalkaya**, Deniz: “İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrım Yasağı”, *Çalışma ve Toplum*, 2021, C. 2, S. 69, 859-898 (İki Bileşen).
- Ugan Çatalkaya**, Deniz: *İş Hukukunda Ölçülülük İlkesi*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.

- Ünal**, Canan: “İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler”, *İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III* (ed. Tankut Centel), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No. 7, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018, 261-318 (Sağlığa İlişkin Veriler).
- Ünal**, Canan: *İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Witteck**, Wolfgang: “COVID-19 Impfpflicht im Arbeitsverhältnis”, *Arbeitsrecht Aktuell*, 2021, 61-64 (Impfpflicht)
- Wünschelbaum**, Markus: “Covid-19: Pandemiebewältigung und Datenschutz”, *NZA*, 2020, 612-616 (Pandemiebewältigung).
- Yıldız**, Gaye Burcu: *İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu*, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2008.
- Yuvalı**, Ertuğrul: *İşçinin Kişisel Özellikleri Bakımından İşverenin Eşit Davranma Borcu*, Ankara: Turhan Yayıncılık, 2012.

# Amerikan Hukukunda Evlat Edinmeye Bir Bakış: Vermont Eyaleti Örneği

## A Perspective on Adoption in American Law: The Example of the Vermont State

Gözde Çağlayan Aygün <sup>\*</sup> 

### ÖZ

Evlat edinme kurumu eski hukuk sistemlerinden günümüze kadar değişik düzenlemelere uğrayarak gelmiştir. Elbette her ülke hukuku evlat edinmeyi kabul etmemiştir. Ancak kabul eden ülke hukukları bakımından da farklılıklar içermektedir. Bu farklılıklar ülke hukuklarının birbirinden farklı sistemlerle işleminin de bir sonucudur.

Anglo Sakson hukukunun etkisiyle ancak ondan farklı olarak Amerikan hukukunda da evlat edinme kurumu kabul edilmiştir; bu hususta pek çok düzenleme mevcuttur. Amerikan hukuk sisteminin Kıta Avrupası hukuk sisteminden farklı olması, evlat edinme başvuru sürecinin, başvurunun değerlendirilmesinin ve evlat edinmeye karar verilmesinin daha esnek ve değişik olmasını da beraberinde getirmektedir.

Evlat edinmenin Amerikan hukukunda ortaya çıkış gerekçeleri tarihsel gelişmeleri ile önem taşımaktadır. Bugünkü düzenlemelere hangi süreçlerden geçilerek ulaşıldığı incelenmeye değer durumdadır.

Evlat edinme hem eyaletlerin yetkili kıldığı kamusal kurumlar hem de özel bazı kuruluşlar aracılığıyla gerçekleştirilmekte; hatta evlat edinme işlemine aracılık eden web siteleri bulunmaktadır. Bu husus evlat edinmenin hem ne kadar çok yönlü hem de ne kadar yaygın olduğunu gösterir niteliktedir.

Amerikan hukukunda federal devlet yapısı dolayısıyla hem federal bir düzenleme bulunmakta hem de eyaletlerin kendi kanunlarında da evlat edinmeye ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Eyalet hukukları farklılıklar gösterdiği için çalışmamızda federal düzenlemeyi benimseyen Vermont eyaletinin hukuki düzenlemesine yer vererek evlat edinme kurumunu inceleyeceğiz.

**Anahtar Kelimeler:** Evlat Edinme, Vermont Hukuku, Evlat Edinme Sistemleri, Abd Hukuku, Evlat Edinmenin Sonuçları

### ABSTRACT

The adoption institution has come under various regulations from the old legal systems until today. Of course, not every country has agreed to adopt the law. However, it also contains differences in terms of the laws of the accepting countries. These differences are also a result of the country's laws functioning with different systems.

With the influence of Anglo Saxon law, but differently from it, the institution of adoption was also accepted in American law; There are many regulations in this regard. The fact that the American legal system is different from the Continental European legal system makes the adoption application process, the evaluation of the application and the decision for adoption more flexible and different.

The reasons for adoption in American law are important with their historical developments. It is worth examining through which processes the current regulations were reached.

Adoption is carried out through both public institutions authorized by the states and some private organizations; there are even websites that mediate the adoption process. This point shows how versatile and widespread adoption is.

Due to the federal state structure in American law, there is both a federal regulation and regulations regarding adoption in the laws of the states. Because state laws differ, we will examine the adoption agency by including the legal regulation of the state of Vermont, which adopts federal regulation.

**Keywords:** Adoption, Vermont Law, Adoption Systems, US Law, The Results of Adoptions

\* Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Gözde Çağlayan Aygün

**E-posta/E-mail:** gozdecaglayanaygun@anadolu.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 31.03.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 16.04.2021

## GİRİŞ

Amerika'da evlat edinmeyi düzenleyen modern anlamdaki ilk kanun 1851 tarihli *Massachusetts Evlat Edinme Kanunu*'dur.<sup>1</sup> Bu Kanunla evlat edinme hâkim kararıyla kurulan bir kurum olarak kabul edilmişti; hâkim evlat edinmeye karar vermeden önce evlat edinecek ailenin çocuğu büyütme kabiliyetine sahip olup olmadığını göz önünde bulundururdu.<sup>2</sup> Bu tarihten sonra pek çok eyalette evlat edinme düzenleme altına alınmıştı; 1929 yılında ise tüm eyaletlerde kabul edilmiştir.<sup>3</sup>

Ancak Amerika federal bir devlet olduğu için eyaletler arasında hukuk uyumu yaratmak adına 1953 yılında federal düzeyde bir yasal düzenleme olan *Uniform Adoption Act* için çalışmalara başlanmış ve 1971 yılında bu çalışmalar tamamlanmıştır.<sup>4</sup> Bu Act'in 1994 yılında *American Bar Association* (Amerikan Barolar Birliği) ve *American Academy of Adoption Attorneys* (Amerikan Evlat Edinme Akademisi Avukatları) tarafından üzerinde çalışılan bir versiyonu önerilmiştir.<sup>5</sup>

Önerilen bu versiyon sadece *Vermont* eyaletinde kabul edilmiştir.<sup>6</sup> *Uniform Adoption Act* evlat edinmenin şartlarını, yargılama sürecini ve evlat edinmenin kişisel sonuçlarını içermekte; bu hususları detaylandırma, genişletme işini ise eyaletlerin kanunlarına bırakmaktadır.<sup>7</sup> Dolayısıyla aslında *Uniform Adoption Act* bir model kanun niteliğindedir. Bu federal düzenleme dışında yine federal düzeyde olan bazı kanunlar da bulunmaktadır. Bunlara *Indian Child Welfare Act of 1978*, *Adoption Assistance and Child Welfare Act of 1980*, *Intercountry Adoption Act of 2000* ile *the Child Citizenship Act of 2000* kanunları örnek gösterilebilir. Yine özellikle miras hukukuna ilişkin olarak

- 1 RAPKE, D.R. (1999). *A Critical History Of American Adoption Law*. 102 W. Va. L. S. 459-461; C.R.Mabry ve L.Kelly (2006). *Adoption Law: Theory, Policy, and Practice*, Buffalo, NY, s. 3; L. Kuntz (2013). *Das gesetzliche Erbrecht des Adoptivkindes in den USA*. München: Carl Heymanns Verlag, s. 45; R.A.W.Howe (1983). *Adoption Practice, Issues, and Laws, 1958-1983. Family Law Quarterly* Vol. 17, No. 2, s. 173-197, American Bar Association, s. 175.
- 2 Bu Kanunla aslında çocuğun yararı ilkesi kabul edilmişti. Çocuğun eğitim, bakım ve büyümesi için bu evlat edinme faydalı olacaksa hâkim ancak o zaman evlat edinmeye izin vermektedir. Bu husus Kanunun ana metninde İngilizce haliyle şu şekildedir: "If, upon such petition, so prented and consented to as aforesaid, the judge of probate shall be satisfied of the identity and relations of the persons, and that the petitioner, or, in case of husband and wife, the petitioners, are of sufficient ability to bring up the child, and furnish suitable nurture and education, having reference to the degree and condition of its parents, and that it is fit and proper that such adoption should take effect, he shall make a decree setting forth the said facts, and ordering that, from and after the date of the decree, such child should be demeed and taken, to all legal intents and purposes, the Child Of The Petitioner Or Petitioners".
- 3 H.D.Krause, L.D.Elrod, M.Garrison ve J.T.Oldham (2003). *Family Law. Cases, Comments, and Questions*. Minnesota, s. 316 (Kis. Krause); Kuntz, 2013, a.g.k., 46.
- 4 Kuntz, 2013, a.g.k., 49. Bu *Uniform Adoption Act* kısmen de olsa 6 eyalette kabul edilmişti. Bu eyaletler ise, *Alabama*, *Arkansas*, *Montana*, *North Dakota*, *Ohio* ve *Oklohoma* idi.
- 5 Kuntz, 2013, a.g.k., 50-51. Ayrıca bkz. <https://www.loc.gov/law/help/adoption-law/unitedstates.php> (Erişim tarihi: 27.02.2019).
- 6 Kuntz, 2013, a.g.k., 51. *Vermont* eyaleti bu düzenlemeyi aynen kabul etmiş ve ekstra bir iki düzenleme ekleyerek evlat edinmede bu düzenlemeyi esas almıştır. Eyaletin bu düzenlemesi için bkz. <https://legislature.vermont.gov/statutes/title/15A> (Erişim tarihi: 27.02.2019).
- 7 Her eyaletin kendine özgü evlat edinme kuralları bulunmaktadır. Bu eyaletler ve kurallar için bkz. [https://www.law.cornell.edu/wex/table\\_adoption](https://www.law.cornell.edu/wex/table_adoption) (Erişim tarihi: 27.02.2019).

evlatlığın haklarını ilgilendiren model kanun niteliğinde olan *Uniform Probate Code* da önemli federal düzenlemelerden biridir.<sup>8</sup>

## I. EVLAT EDİNMENİN TARİHSEL GELİŞİMİNE BİR BAKIŞ

Evlat edinme gerçeği Amerikan toplumunun her alanında görülen mevcut bir sosyal olgudur ve biyolojik ve evlat edinme yolu ile oluşan ve gözle görülmeyen, düşündüğümüzden daha fazla kişiyi ilgilendiren bir konudur.

Amerikan tarihi boyunca, evlat edinme alt bir aile ilişkisi olarak görülmüş ve ulusun biyolojik akrabalık ilişki anlayışının bağlayıcılığıyla, 17. ve 18. Yüzyıldaki ilkel yasal ve çevresel etkilerin sonuçları, 19. Yüzyıldaki hastalıklar, iç savaş, endüstrileşme, şehirleşme ve göçlerce, 20. Yüzyıldaki büyük buhran ve 2. Dünya savaşı ve cinsellik anlayışındaki değişimlerce şekillendirilmiştir. Amerikan tarihindeki bu yükselişler çocuk merkezci devlet anlayışını ve evlat edinmeyi düzenleyen federal yasaları doğurmuş, evlat edinme uygulamalarının profesyonelleşmesine ve standartlaşmasına sebep olmuş, çok katı örtüşme kriterinden uzaklaşılmasına, “evlat edinilebilir” çocuklar tanımının genişlemesine ve evlat edinme kayıtlarının sıkı saklanmasına karşı protestoların doğması sonucunu doğurmuştur.

Sömürge döneminde Birleşik devletler kültürünü ve hukukunu İngiltere’den almış olsa da evlat edinme noktasında İngiliz uygulamalarını terk etmişlerdir. İngiliz müşterek hukuk yasaları evlat edinmeyi tanımamaktaydı. Evlat edinmeye İngilizlerin yasal olarak karşı olması, miras kalması, gayri meşruluğa karşı olumsuz ahlaki bakış ve gönüllü nakil ve çırak verme gibi evlat edinmeye eşdeğer diğer bazı konuların dikkate alınması ve kan bağı akrabalarının mülkiyet haklarını koruma arzusundan kaynaklıydı. Bunun sonucu olarak İngiltere 1926 yılına kadar evlat edinme yasası çıkarmadı.<sup>9</sup> Tam tersi Amerikan tarihindeki evlat edinme konusuna yönelik burada vurgulanması gereken nokta şudur; başlangıçta sömürgeci güçler biyolojik akrabalığın önceliği ile pek meşgul olmamakta, sınırlı ölçüde evlat edinme uygulaması ve daha sonra koruyucu aile olarak adlandırılacak olan çocuğun çırak verilmesi uygulamasına yöneleceklerdir. Sömürge döneminde Birleşik Devletler’de bu soydaş ve soydaş olmayan aileler arasındaki geçişken sınır bazı durumlarda çocukların resmi olmayan kanalları ile evlat edinilmesini doğurmuş, özellikle tutucu Massachusetts ve Alman kökenli New York’ta durum bu yönde gelişmiştir.<sup>10</sup>

19. yüzyılın ortasında, resmi kanallar ile evlat edinme sayısı artmıştır ama tabii ki bu artışın ne kadar olduğunu tam olarak bilmek mümkün olmamıştır. Bu evlat edinmelerin birçoğu çocukları için isim değişikliği talebinde bulunan ailelerin isteği üzerine parlamentodan geçen özel kanunlar yolu ile

8 Kuntz, 2013, a.g.k., 51; A. Güvercin (2005). *Yabancıların evlat edinmelerinin Uluslararası Hukuk açısından incelenmesi ve Türk Hukuku ile Amerikan Hukukunda evlat edinmeye ilişkin düzenlemeler*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 83. G.P.Ahlers (2014). Adoption Law In The United States: A Pathfinder. *Child And Family Law Journal*, Vol:2:21, s. 21.

9 G.K. Behlmer (1998). *Friends of the Family: The English Home and its Guardian*. Chap. 6, Stanford University Press, Stanford; C.M.A. McCauliff (1986). The First English Adoption Law and Its American Precursors, *Seton Hall Law Review*, 16:656-77.

10 J. Demos (1970). *A Little Commonwealth: Family Life in Plymouth Colony*. New York University Press, New York, s. 89.

gerçekleşmiş. Massachusetts'te 1781 ile 1851 yılları arasında, eyalet meclisi 101 isim değişikliği vakası görülmüştür ki bu bir önceki yüzyıl için geçerli olan 4 rakamı ile karşılaştırıldığında dramatik bir artış anlamına gelmektedir.<sup>11</sup>

Resmi çocuk evlat ediniminin yasallaştırılmasına yönelik özel yasa çıkarımının artması Amerikan toplumunda, özellikle kuzeyde büyük sosyal değişikliklerin olduğunun bir yansımasıdır. 19. Yüzyılın ortalarına kadar, büyük çaplı göçler, şehirleşme ve fabrikalaşmanın ortaya çıkması ve maaşlı işçilik sömürge döneminde Birleşik Devletlerin kompakt, sabit, tarıma dayalı toplum yapısını, kalabalık, genişleyen kıyı şehirlerine dönüşmeye itmiştir. Bu zorlu ekonomik ve sosyal dönüşümlerin doğurduğu bir sonuç ise kırsal ve şehirsiz fakirliğin bir problem haline dönüşmesi olmuştur. Bunun sonucunda, tüm Amerikâda ki insani ve dini çocuk korumasını önceleyen reformistler büyük ölçekli kurumlara dönüşmüşlerdir; yaşlılar evi ve özel yetimhaneler gibi.

Takip eden on yıllarda, çocuk yardımlaşma reformcuları ciddi şekilde yaşlı bakım evlerini ve yetimhaneleri pahalı olmalarından, katı disiplin, katı kurallar ve bağımsız ve çalışkan çocuk yetiştirmede başarısız olmalarından dolayı eleştirmiştir. John Locke ve Horace Bushnell gibi çocuk gelişimi teorisyenlerinin etkisiyle, bu reform hareketleri “Tanrının yetimhanesi” olarak adlandırdıkları aile kurumunu yüceltmişler ve ilgili kurumların suni ortamlarını eleştirmişlerdir ve aynı zamanda aileyi biraz pahalıda olsa, sosyal, bağımsız ve çalışkan çocuklar yetiştirme yeteneği olan kurumlar olarak adlandırmışlardır.<sup>12</sup> Yeni eve yerleştirme hareketinde en etkili olan kurum ise 1853 yılında din adamı olan, New England tan taşınan ve Yale İlahiyat Fakültesi mezunu olan Charles Loring Brace tarafından kurulan New York's Children's Aid Society (CAS)'dir (New York Çocuklara Yardım örgütü).

Büyük oranda CAS taklit edilerek gerçekleştirilen bu büyük çaplı yerleştirme hareketi evlat edinme tarihinde önemli sonuçlar doğurmuştur. Amerikâ'nın evlat edinme yasasının kökeninin, ailelerine yeni bireyler eklemenin yasallaştırılmasını arzulayan orta sınıf çiftçilerin sayısında ki artışa dayandığı ifade edilebilir.<sup>13</sup> 20. Yüzyılın ortalarına kadar, eyalet parlamentoları, ilkel evlat edinme yasalarının ortaya çıkardığı yükü almak ve miras haklarını netleştirmek için ilk evlat edinme yasalarını parlamentodan geçirmeye başladılar. Bu genel evlat edinme yasaları, ki ilki 1846 yılında Mississippi'de ve 1850 yılında Texas'ta yasa olarak geçti (Her ikisi de geçmişlerinde İspanya ve Fransa yönetimine maruz kalmışlardır) Napolyon Kanununda düzenlenen sivil hukuk geleneklerinden etkilenmişlerdir. Ama her nasılsa, bu kanunlar “özel evlat edinme anlaşmalarını düzenlemek ve kaydını tutmak” için sadece basit bir hukuki prosedür geliştirmiştir, aynen bir tarla parçasının tapu kanalı ile kayda alınması örneğinde olduğu gibi.<sup>14</sup>

11 Evlat edinmenin özel bir sözleşmeden yasal bir kuruma nasıl gittiğine dair kısa bir açıklama için bkz. E.A. Hoyt/M. Sherman (1996). *Adoption and the Law in Vermont, 1804-1863: An Introductory Essay*. *Vermont History* 64: 159-173.

12 B. Wishy (1967). *The Child and the Republic: The Dawn of Modern American Child Nurture*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia, cahs. 2-3.

13 S. B. Presser, The Historical Background of the American Law of Adoption, *Journal of Family Law* 11 (1971-72): 443-516.

14 M. Grossberg (1985). *Governing the Hearth: Law and the Family in Nineteenth-Century America*. University of North Carolina Press, s. 271.

Tapu yolu ile evlat edinilmesine ilave olarak, eyalet parlamentoları ikinci tip bir genel evlat edinme yolunu yasalaştırmıştır. Kanun yapıcılar aile hukukunda meydana gelen büyük çaplı değişikliklerden etkilenmiştir, özellikle çocuk velayeti yasalarından. Devrim sonrası yargısal takdir hakkı ile birleştirilen ailelere karşı ortaya çıkan eşitlik düşüncesi Anglo-Amerikan yasalarca belirli bir temele oturtulmuş ataerkil velayet kurallarına zarar vermiştir, ki bu ataerkil kurallara göre hak kendisine verilmiş olan kişi yasal olarak kendisinde olan çocuk üzerinde neredeyse sınırsız hakka sahipti. Artan bir şekilde, ataerkil velayet yasalarının önceliği yargı tasarruflarınca sekteye uğratılmış ve bayanlar ahlaki ve dini liderlik ve çocuk yetiştirmede özel bir kapasiteye sahip bireyler olarak görülmüştür.<sup>15</sup> Bu çocuk velayeti ve anne baba arasındaki hukuki eşitliğe yönelik çağdaş yasaların gelişmesinde iki en önemli elementlerden birinin ortaya çıkması ile sonlanmıştır.<sup>16</sup> İkinci önemli dogmatik gelişme ise “çocuğun yüksek yararı” standartlarının 1840larda kanunlaşmasıdır, ki bu kanunları eyalet hakimleri velayet uyumsuzluklarını çözmekte yaygın şekilde kullanmışlardır. Dört prensip bu çocuk koruma doktrini ile ilişkilendirilmektedir. İlki “çok küçük yaş” ya da “sağlıklı yaş” velayette dikkat edilmelidir.<sup>17</sup> İkincisi ise daha büyük yaştaki oğlan çocukları ise babaların bakımına verilmelidir.<sup>18</sup> Üçüncüsü ise mahkeme çocuğun oluşun duygusal bağlarına saygı duyup gözetmelidir. Dördüncüsü ise mahkeme eğer çocuk takdir kullanma yetisine sahipse, çocuğun arzularını dikkate alarak karar vermelidir.<sup>19</sup>

Bu yeni ortaya çıkan çocuk velayetine yönelik fikirler, 1851 yılında Massachusetts parlamentosunca “Çocuk evlat edinme yasası” adı altında yeni genel evlat edinme yasalarına monte edilmiştir. Evlat edinme tarihinde bir dönüm noktası rolü üstlenen bu yasa, çocuğun menfaatine ve hakimlere evlat edinecek aday ailenin çocuk için uygun olup olmadığının kararını vermesi inisiyatifli bırakarak Amerika'nın ebeveynlik ve çocukluk anlayışı noktasında edindiği yeni perspektifi yansıtmaktadır. Buna ek olarak, yasa evlat edinen anne babası ve çocuk arasında var olan yasal bağı güçlendirmiştir ve böylece çocuğu orijinal ailesine karşı olan yasal zorunluluklardan koparmıştır.<sup>20</sup> Massachusetts Adoption Act (Massachusetts Evlat edinme Yasası), sıklıkla bu isimle çağrılmaktadır, Amerikan toplumu ve ailesi tarihinde bir set görevi görmüştür. Anne baba-çocuk ilişkilerini sadece kan bağı yönünden tanımlamanın yerine, bir biyolojik anne babanın duygusal ve sorumluluklarının varlığını kabul ederek yasal olarak bir aile oluşturmanın artık mümkün olduğunu ortaya koymuştur.<sup>21</sup> 1853'te benzer bir çocuk merkezli evlat edinme yasasını parlamentosundan geçiren Pennsylvania eyaleti mahkemeleri çocuğun olası bir evlat ediniminin çocuğun menfaatine olacağını temin etmesini zorunlu kılmıştır.<sup>22</sup> Sonraki 25 yıl boyunca, Massachusetts Adoption Act (Massachusetts Evlat Edinme Yasası) bir model olarak düşünülmüş ve 24 eyalet benzer yasaları parlamentosundan geçirmiştir.<sup>23</sup>

15 Grossberg, s. 238.

16 J.S. Zainaldin (1979). *The Emergence of a Modern American Family Law: Child Custody, Adoption, and the Courts, 1796-1851*. Northwestern University Law Review 73, s. 1038.

17 Zainaldin, s. 1072.

18 Zainaldin, s. 1073.

19 Zainaldin, s. 1073-1074.

20 Zainaldin, s. 1074-1085.

21 Zainaldin, s. 1085.

22 Grossberg, s. 272.

23 H.L. Witmer (1963). *Independent Adoptions: A Follow-up Study*. Russell Sage Foundation, New York, s. 30-31.

Victoria döneminde İngiltere’de evlat edinme uygulamalarında meydana gelen reformlar Amerika Birleşik Devletlerindeki evlat edinme reformlarıyla örtüşmektedir. CAS bu değişimlerde aracı bir rol üstlenmiştir, her ne kadar böyle bir niyeti olmasa da. Brace ’in bu katı çocuk yerleştirme sistemi (bunun en temel özelliği biyolojik ailelerin parçalanmasıdır) Amerika’nın yüksek bebek ölüm oranları ile birleşince (kalabalık şehirlerde hijyen yoksunu ortamlar ve tıbbi bilgi eksikliği) Progressive Era (1900–1917) olarak bilinen ve tutucu çocuk koruma kurumlarının büyümesini ve sosyal hizmetler çalışanlarının profesyonelleşmesini ve evlat edinme süreçlerinin standartlaşmasını sağlayan dönemin başlamasına yardımcı oldu ve evlat edinme süreçlerinin düzenlenmesinde eyaletlerin rollerini genişletti.<sup>24</sup> Bu hareketin amaçlarının hayata geçirilmesi, yani orijin aileleri birlikte tutmak, aile bağlarının kopmasında biyolojik ailenin rızasının alınmasının temin edilmesi, evlat edinme izni öncesi evlat edinecek ailelerin ve yuvanın iyice araştırılması ve üçüncü taraf ve bağımsız evlat edindirmelerin engellenmesi (doktor yada avukat yolu ile evlat edindirilmesi uygulaması) profesyonel sosyal hizmetler çalışanlarının varlık sebebi haline gelmiştir.<sup>25</sup>

Progressive Era (İlerlemeci Dönem) Katolik liderleri bağımlı çocuklar yaratma noktasında evlat edinmeyi kabullenmede yavaş davranmalarına rağmen, bu dönem evlat edinme tarihinde ikinci mihenk taşı rolü üstlenmiştir çünkü konu ilk defa popüler gündemin bir parçası haline gelmiştir. “Rescue a Child and Save the Nation: The Social Construction of Adoption in the Delineator, 1907–1911” (Bir çocuk kurtar ve Ulusu Koru: 1907-1911 dönemi evlat edinmenin Sosyal İnşası) isimli eserinde, Julie Berebitsky popüler bir kadın dergisi olan *Delineator*’ın nasıl başarılı bir çocuk koruma kampanyası yürüttüğünü ele almıştır ki bu o dönemde evlat edinmeyi popüler hale getirmiş ve üvey anneliğin tanımını genişletmiştir.<sup>26</sup>

20. yüzyılında başlarında, çocuk yardım reformistleri eyaletlerin yasama kurumları bünyesinde lobi faaliyetlerine başladılar. Evlat edinme yönünde, en önemli yasama sonuçlarından bir tanesi 1917 yılındaki Children’s Code of Minnesota’dır, ki bu kurum sonraki 20 yıldan fazla bir dönemde eyalet yasaları için bir model olmuştur. Minnesota eyaleti önerilen evlat edinme adayı ailenin çocuk için uygun olup olmadığının araştırılmasını zorunlu kılan ilk eyalet olmuştur. Eyalet denetim kurulu evlat edinme dilekçelerini incelemekten sorumluydu ve tüm evlat edinme dosyalarına yönelik mahkemelere tavsiye yazmaktan sorumlu bir kuruldu. Yasa ayrıca çocuklar için evlat edinen ailenin evinde 6 aylık bir deneme amaçlı ikamet olanağı sağladı. Dahası, evlat edinme sürecinde doğrudan yer alanların, evlat edinilen kişiler, evlat edinen anne babalar ve biyolojik annelerin kayıtlara erişebilmesine rağmen, ilgili yasa evlat edinme dosyalarını kamunun erişimine kapattı. Bu nokta, Amerikan evlat edinme tarihi boyunca eyalet yasaları üçlü grup üyelerinin evlat edinme kayıtlarına erişimi engel olduğuna yönelik yaygın inanişe rağmen, önemlidir.<sup>27</sup> Çocuk koruma reformcuları Minnesota’nın çocuk yasasını model bir yasa olarak adlandırmışlardır.<sup>28</sup> Sonraki 20 yıl boyunca, evlat

24 E. Wayne Carp (2002). *Adoption in America: A Historical Overview of American Adoption*, University of Michigan Press, s. 7.

25 Carp, s. 7-8.

26 Carp, s. 7-8.

27 Carp, s. 7-8.

28 G.F.D. Ma (1948). *One Hundred Years of Public Services for Children in Minnesota*. University of Chicago Press, Chicago.



edinme reformcuları çabalarını eyalet yasa yapıcıları üzerinde lobi faaliyetlerine yoğunlaştırdılar ve süreçte rol alan herkesin belirli koruma statüsüne sahip olmasını sağlamayı amaçlamışlardır; mesela rızaya karar verme, sosyal araştırma, deneme süresi ve kayıtların gizliliği gibi.<sup>29</sup>

Progressive Era dönemi sosyal hizmetler uzmanları hem üniversite hem de ulusal kurumlardaki reform çabalarını hem halka açık hem de özel olacak şekilde devam ettirmişlerdir. Birçok yükseköğretim kurumunda Yüksek Lisans enstitüleri kurulmuştur ve buna Chicago üniversitesi dahildir. Böylece sosyal hizmetler uzmanlarının profesyonelleşmesi hedeflenmiştir.<sup>30</sup> Birleşik Devletler Çocuk Bürosu 1912 kuruldu ve toplumu evlat edinme noktasında bilgilendirmede öncü bir kurum haline geldi. 2 Dünya savaşı boyunca, evlat edinme ajanslarına yönelik standartların belirlenmesinde, eyalet yasa yapıcıları, sosyal hizmetler uzmanlarını, araştırmacıları yönlendirmede, aracı bir rol oynadı ve halkı evlat edinmeye yönelik her konuda bilgilendirdiler. 1921'de, kâr amacı gütmeyen özel bir kurum olan Child Welfare League of America (CWLA) (Amerikan Çocuk Koruma Ligi) kuruldu. Hem halk hem özel ajanslar için evlat edinmeye yönelik standartlarında belirlenmesinde artan bir öneme sahip oldu.<sup>31</sup>

Evlat edinme uygulamalarının karşısında bir argüman olarak sunulan ise Amerikan kültüründe akrabalığın kana dayalı bir esasa göre tanımlanmış olması gelmektedir, bundan dolayı evlat edinme sosyal olarak kabul edilmeyen bir olgu olarak görülmüştür. Sosyal hizmet uzmanları olası bir çocuğun evlat olarak bir eve alınmasının anormal bir şey olmadığı noktasında ikna etmek için evlat edinmeye karşı var olan yaygın önyargularla baş etmek zorunda kaldılar. 19. Yüzyılın sonlarında 20. Yüzyıla başlarında, Amerikan halkının büyük bir kısmı evlat edinmenin yapay ya da ikinci sınıf bir aile yaratan suni bir eylem olduğuna inanmaktaydı. Bu noktada kullanılan dil evlat edinmenin doğasına vurgu yaptı ve evlat edinen ailelerin her zaman doğal ve normal olduklarına vurgu yaptı.<sup>32</sup> Ayrımcı yasalar evlat edinme ilişkisinin doğası gereği zararlı olduğu düşüncesine vurgu yapmıştır. Miras davalarında, mesela, jüriler sıklıkla evlat edinmenin kan bağı prensibini ihlal ettiğine yönelik kararlar almışlardır. Böylece, evlat edinilen çocuk biyolojik çocuklar kadar mirastan hak alma ayrıcalığına sahip değillerdi. Evlatlıkların konu olduğu vesayet ihtilafları içeren diğer davalarda hem mahkemeler hem parlamentolar biyolojik anne babanın çocuklarının koruma haklarını alma yönünde karar alma eğilimi göstermişlerdir.<sup>33</sup>

1929 yılında büyük ekonomik buhranın başlamasından hemen sonra, eşi benzeri görülmemiş bir işsizlik, evsizlik, açlık ve sefalet çocuklara uygulanan yasalar üzerinde ekstra bir etki yarattı çünkü yerel hükümetler ve özel ajanslar bu büyük işsizlik oranları ve yarattığı etki ile mücadele etmeye çalışıyorlardı. 1933 yılında Franklin Roosevelt tarafından yasa haline getirilen Federal Emergency Relief Act (Federal Acil Rahatlama Yasası) ve 1935 yılındaki the Social Security Act (Sosyal Güvenlik

29 E. W. Carp (1998). *Family Matters: Secrecy and Disclosure in the History of Adoption*. Harvard University Press, Cambridge (Family Matters), s. 21-25.

30 R. Muncy (1991). *Creating a Female Dominion in American Reform, 1890-1935*. chap. 2. Oxford University Press, New York.

31 Carp, Family Matters, s. 22-28.

32 R. L. Jenkins (1935). *On Adopting a Baby: Rules for Prospective Adoptive Parents*, Hygeia 13, s. 1068.

33 P. Romanofsky (1969). *Early History of Adoption Practices, 1870-1930*. University of Missouri at Columbia, s. 67-69.

Yasası) çocuk koruması için çok ihtiyaç duyulan fonu sağladı. Bu federal yasalar ile ortaya çıkan etki mevcut evlat edindirme programlarını güçlendirdi ve yetkilerini genişletti ve aynı zamanda o ana kadar mevcut olmayan yeni eyalet koruma departmanlarının oluşumunu sağladı. 1937 yılının sonuna doğru, 44 eyalet ya yeni bir evlat edindirme yasası çıkardı ya da mevcut olanı revize etti ve bu çıkarılan yasaların birçoğu, çocuk aday ailelere mahkeme tarafında verilmeden önce eyalet koruma departmanlarının iyi bir araştırma yapmasını ya da lisanslı bir evlat edindirme ajansının aracı olmasını zorunlu kıldı.<sup>42</sup>

1930'lu yılların sonlarına doğru, CWLA, üye toplumların ticari evlat edindirme ajanslarının ve kadın sığınma evlerinin uygulamaları hakkında ilettikleri şikayetlerin sonucu olarak evlat edinme standartlarını incelemeye başladı. Bu tarz kötü üne sahip olan the Cradle Society, the Willows ve the Veil Maternity Home gibi kurumlar evlat edinen ailelerden ücret aldılar ve yaygın kabul gören sosyal hizmetler uygulamalarını ihmal ettiler ve evlat edindirme sürecine doğrudan müdahil olan taraflara yönelik yeterli güvenlik sağlayamadılar. CWLA'ye üye ajanslar doktorlar tarafından gerçekleştirilen bağımsız evlat edindirme uygulamalarına yönelik endişeleri vardı.<sup>43</sup> 1940'larda, the Children's Bureau (Çocuk Bürosu) Birleşik Devletlerdeki evlat edindirmelerin yarısından biraz fazlasının lisanslı ajansların alanı dışında gerçekleştiğini tahmin etmekteydi. Profesyonel sosyal hizmetler uzmanları uygun bir sosyal araştırmanın yapılmamasının sıklıkla trajedilere sebep olduğuna yönelik artan bir inanca sahipti.

Uygunsuz işleyen evlat edinme sosyal çalışma faaliyetlerine ve artan bağımsız evlat edindirmelere bir tepki olarak, 1938'deki CWLA tek bir sayfada özetlenebilecek olan kendi evlat edinme standartlarını belirledi.<sup>34</sup> Bu standartlar çocuklara yönelik güvenlik standartları, evlat edinen ailelere yönelik standartlar ve eyalete yönelik standartlar olmak üzere gruplandırıldı. Çocuklara yönelik koruma standartları aynı zamanda biyolojik anne babalara yönelik güvenlik standartları olarak isimlendirilebilir; yani bu standarda göre çocuk kan bağı olan kişilerden zorunlu olmadıkça ayrılmamalıdır. Profesyonel sosyal hizmetler uzmanları hala çocuğu mümkünse biyolojik ailesi ile birlikte bir arada tutmanın en arzulanen yöntem olduğunu ifade etmektedirler. İkinci ve üçüncü koruma standartları ise evlat edinen ailelere yönelik olan standartlardır, yani onların motivasyonlarının korunması ve evlat edinmeye yönelik uygunluklarının saptanmasına yöneliktir. Evlat edinen aileler tam olmayan ailelerinin çocuk evlat edinerek tam bir aile haline dönüşebileceklerini, iyi bir aile ortamına ve yaşamına sahip olmayı ve birbirleriyle uyum temelinde evlat edinmeyi arzulanmaktadır. Ayrıca aday ailelerin birbirlerini sevmeye, destekleme ve evlat edinilen çocuğu eğitmeye yönelik arzuları olmalıdır. Evlat edinen aile iyi bir çocuk edindirme ajansından kendi bilgilerini biyolojik ailelerden gizli tutacaklarından, fiziksel ve zihinsel olarak evlat edinilen çocuğun evlat edinen ailenin beklentilerini karşılamasını ve evlat edinme sürecini gereksiz ifşalardan kaçınarak yürütmesini beklemektedir. Son olarak, eyalet kendi menfaatine ve çocuğun çıkarına evlat edinmenin sonlanmasından önce bir deneme süresi uygulamalı ve evlat edinilen çocuğun doğum kayıtlarını olası gayrimeşruluğun utanç konusu olmaması için uygun şekilde değiştirmelidir. İlgili standartlar en iyi sonuç için hem biyolojik

34 Detaylı bilgi için bkz. <https://pages.uoregon.edu/adoption/people/cwla.html>

hem de evlat edinen aileler iyi bir çocuk edindirme kurumundan danışmanlık hizmeti almalıydılar.<sup>35</sup> CWLA çocuk edindirme kurumlarına yönelik model evlat edinme standartları sunmuştur. CWLA standartlarına uymamak ilgili ligden çıkarılmayla sonuçlanmıştır.<sup>36</sup>

2. Dünya savaşı öncesi on yılda, hem çocuk bürosunun evlat edinmeye yönelik artan ilgisi ve CWLA'nın evlat edinme standartları, gelecekteki olası evlat edindirme reformlarının ve uygulamalarının başladığına dair bir işaret. Eski düzenin değiştiğine dair ilk işaret evlat edinilen çocuğun çevresindeki öjenik yaftalamanın 1920 ve 1930'larda azalmaya başlamasıdır. Çünkü yapılan araştırmalar evlat edinmenin başarılı sosyal uyumunu ortaya koydukça, tıbbi uzmanlar öjenik alanını bir bilim olarak tanıdılar ve evlat edinme ajansları ve popüler medya evlat edinen anne babaları evlat edinmenin olası tehlikelerinin elde edilen bilimsel gelişmeler sayesinde büyük oranda giderildiği noktasında teminat vermişlerdir. Evlat edinme uygulamalarının değiştiğine yönelik ikinci işaret ise sosyal uzmanların ve eyalet bürokratlarının git gide evlat edinmeyi gizlemeye yönelik artan eğilimleridir. Bunun birçok sebebi vardır; evlat edinme sürecini savunmaya yönelik arzu, çalışanların güç ve etkilerinin artırılması ve müşterileri psikoanalitik teoriye göre davranarak sosyal hizmetler uzmanlarının profesyonelleşmelerine destek olmak. Bunun sonucunda, evlat edinmede gizlilik 2. Dünya savaşı sonrası yaygınlık kazandı ve doğrudan evlat edinmenin taraflarının özel hayatlarına erişim noktasında sınırlamalar getirmiştir.<sup>37</sup>

1940'tan sonra, demografik değişiklikler, evlat edinilebilir çocukların sayısında artış gibi, evlat edinme uygulamalarında değişimlere hız vermiştir. Ölüm, boşanma ve terk etmelerden kaynaklı parçalanmış ailelerin sayısında devam eden artışa ilaveten, nikâh dışı doğan çocukların sayısı dramatik bir şekilde artış yaşanmıştır. Savaş zamanı sosyal bağlarda yaşanan gevşemelerle birlikte, gayrimeşruluk oranında artış yaşanmıştır, özellikle beyaz ırk dışındakiler arasında ve bu sonraki kırk yıl boyunca durum böyle devam etmiştir.<sup>38</sup>

Soğuk savaş boyunca çocuksuz ailelerin bebeğe yönelik talepleri geleneksel evlat edinme uygulamalarında yaşanan radikal değişimlere götüren ilave bir faktör olmuştur. 1940larda başlayarak ve 1950lerde zirveye ulaşarak, evliliklerde ve doğum oranlarında yaşanan baby boom era (bebek patlaması) döneminin yükselmesi, evlat edinmeye yönelik çocuğa olan talepte artıştan sebep oldu ve bu durum evlat edindirme ajanslarına yönelik çocuk için inanılmaz bir talep artışıyla sonuçlandı. Ebeveynlik vatanseverliğin bir gerekliliği haline geldi. Medya bebekleri romantikleştirdi, anneliği yüceltti ve babalığı erkeklikle ve iyi vatandaşlıkla özdeşleştirdi. Tarihçi Elaine Tyler May'e göre, bu durum çocuksuz aile olmayı eşi görülmemiş bir şekilde marjinalleştirdi. Çocuksuz olmanın ve toplum baskısının yarattığı huzursuzlukla, kısırlıklarının kendilerine yüklediği "utanç" tan kurtulmak için inanılmaz sayıda çift evlat edinmenin yollarını aramaya başladılar.<sup>39</sup> Evlat edinme ajansları büyük bir çocuk talebiyle karşılaştılar. Evlat edinme başvurusunda bulunan sayısı inanılmaz çocuksuz çiftlere

35 "Minimum Safeguards in Adoption," Nov. 5, 1938, CWLA Records, box 15, folder 5.

36 Z. R. Turitz, (1967). *Development and Use of National Standards for Child Welfare Services*, *Child Welfare* 46, s. 246-48

37 Carp, *Family Matters*, chap. 4.

38 Carp, s. 12.

39 E. T. May (1995). *Barren in the Promised Land: Childless Americans and the Pursuit of Happiness*. Basic Books, New York, s. 127ve s. 156

katkı sunmak için yeni tıbbi tedavi araçları kullanıma sokuldu; meni incelemesi, tüp açıklığı testi ve endometriyal biyopsi, ki bu yöntemler doktorların üreme için evliliğin daha başlarında çiftlerin fiziki sağlıklarına yönelik teşhis koymalarını olanaklı kılmıştır. Böylece, evlat edinme çocuksuz kısır çiftler için şartı bir hizmet haline geldi.<sup>40</sup>

Bu faktörler, savaş zamanı koşullarıyla birleşince, evlat edinme başvurularında önemli bir artışa sebep oldu. 1937 ile 1945 yılları arasında, evlat edinme oranı üç kat artış kaydetti, 16.000'den 50.000 gibi bir yıllık rakama ulaştı. On yıl sonra, evlat edinmelerin sayısı neredeyse iki misline çıkmıştı, 93.000 gibi ve 1965'e kadar, 142.000 rakamına ulaştı, bu rakamın 1/3' ile yarısına kadarı akrabalara evlatlık verilme şeklindeydi.<sup>41</sup> 30 yıldan daha az bir zaman diliminde, evlat edinmelerin sayısı neredeyse 9 kat artış kaydetti. Alınan başvuruların sayısından şakına dönen ve katı kurallardan bunalan evlat edindirme ajansları çocuksuz çiftler arasında husumet ve dargınlıklar doğurdu.<sup>42</sup>

2. Dünya savaşının sonlanmasıyla, ilk defa ülkeler arası evlat edinme süreci başlamış oldu.<sup>43</sup> 1946 ve 1953 yılları arasında, Amerikan vatandaşları ve örgütleri, International Social Services, American Branch gibi, Birleşik devletlere evlat edindirmek üzere 5814 yurt dışı doğumlu ve terkedilmiş çocuk getirdi ve bunların birçoğu savaşın gerçekleştiği alanlar olan Yunanistan, Almanya ve Japonya'dandı. Araştırmacılar Howard Altstein ve Rita J. Simon'ın ülkeler arası evlat edinme sürecinin ikinci aşaması diye adlandırdığı aşama 1953 Kore savaşının sonlanması ile 1962 yılı arasındır. Bu dönemde, "tarihte ilk defa, büyük sayıda batılı çift, çoğunluğu Amerikada, kendilerinden ırk ve kültür olarak farklı çocukları evlat ediniyorlardı". Bu dönemde evlat edinilen 15.000 çocuğun üçte biri Asya (Kore Cumhuriyeti) kökenliydi ve 32.000 yabancı ülke doğumlu olan ve 1966 ile 1976 yılları arasında Amerikalılarca evlat edinilen çocukların %65'i yine benzer şekilde Kore Cumhuriyeti kökenliydi. Bunun sonucu, Koreli çocuklar Birleşik Devletlerde en büyük oranda evlat edinilmiş çocuk grubu oldu ve ülke dünyanın önde gelen evlatlık yabancı çocuk alıcısı haline geldi.<sup>44</sup>

1970'lerden 1990'lara, Amerikan toplumundaki öngörülemez irksal, cinsel, anayasal ve demografik değişiklikler evlat edinme tarihindeki dördüncü eşiği daha derinleştirerek beşinci eşiği başlattı, ki bu eşik açık evlat edinme ve evlat edinme hakları hareketi ile öne çıkmıştır. Yeni enerji ile yola devam eden bu trend özel ilgiye muhtaç çocukların evlat edindirilmesine odaklandı, özellikle Afro-amerikan kökenlilerin. 1967'de, CWLA Adoption Resource Exchange of North America (Kuzey Amerika Evlat Edinme Kaynak Değişimi) isimli evlat edindirilmesi zor çocuklar için bağımsız bir ulusal takas odası kurdu ve bu oda yılda fiziksel, duygusal ve zihinsel olarak özürsüz iki yüz çocuğa yuva buldu.<sup>45</sup> 1969 yılına kadar, kamu ve özel evlat edindirme ajanslarının azımlık çocukları için yuva bulmaya yönelik çabalarının birleşmesi 19.000'den fazla çocuğun yuva bulması ile sonuçlandı. Bu yıl evlat edinilen 171.000 çocuktan, 14.000'i (Yüzde 8) Afroamerika kökenliydi.<sup>46</sup> Bu bahsi geçen

40 R. Frank (1956). What the Adoption Worker Should Know about Infertility, *Child Welfare* 35, s. 1-5.

41 Carp, s. 13.

42 Carp, *Family Matters*, s. 29-31.

43 Carp, s. 14-15.

44 H.Altstein/R.J. Simon (1990). *introduction to Intercountry Adoption: A Multinational Perspective*, New York, s. 3.

45 CWLA, Adoption Resource Exchange of North America (New York: CWLA, 1968).

46 U.S. Department of Health, Education, and Welfare, National Center for Social Statistics, Adoptions in 1969, supp.to

programlara rağmen, hala yerleştirilmeyi bekleyen on binlerce yaşlı, azınlıklara ait ve fiziksel ve zihinsel yönden özürülü çocuk bırakmıştır.

Sosyal hizmetler uzmanları özel- ilgiye muhtaç evlat edindirmelerin sayısının artırılması için birçok farklı yönteme başvurmuştur.<sup>47</sup> Ajansların yoğun çabalarıyla, beyaz ailelerin siyah çocuk evlat edinmeyi tercih etmeye başladığı görülmüştür veya kendilerine uzmanlarca bir siyah çocuk önerildiğinde kabul ettikleri görülmüştür. 1965 yılına kadar, ırklar arası evlat edinme küçük bir devrim niteliğindedi çünkü ülkedeki neredeyse tüm ajanslar beyaz ailelere siyah çocuk evlatlık vermekteydi.<sup>48</sup> Dört sene sonra, CWLA yeni uygulamayı daha iyi yansıtmak için standartlarını revize etti, ırksal geçmişin evlat edinmede belirleyici olamayacağını ifadeye ekledi ve ajanslara farklı ırklardan çocuk evlat edinmeyi isteyen ailelerin isteklerini karşılama noktasında hazır olmaları tavsiyesinde bulundu.<sup>49</sup>

Profesyonel sosyal hizmetler uzmanları baş döndürücü bir esneklik ile evlat edinmenin tanımını liberalleştirmiş, 1960lı yılların şaşalı olayları bu tarz çabaların önüne geçmiştir. İşin esasında, sosyal hizmetler uzmanları 1960lı yılların radikalizminin en sonunda evlat edinme uygulamalarını ve politikalarını etkileyeceğini tahmin edemediler. Resmi makamlar ve sosyal hizmetler görevlileri hem meslek içi hem meslek dışından olan kilise muhalifleri 1970lerde inançlara meydan okudukları zaman büyük bir sürprizle karşılaştılar. İlk memnuniyetsizlik manifestosu 1972 yılında siyah güç hareketinden ve onun ırk ayrımcılığı üzerindeki etkisinden etkilenen siyah sosyal hizmetler uzmanları ırklar arası evlat edinmeyi bir tür kültürel soykırım olarak adlandırdılar.<sup>50</sup> National Association of Black Social Workers (Siyah Sosyal Hizmetler Çalışanları Ulusal Örgütü)nün ırklar arası evlat edinmeye karşı mücadelesi dikkat çekiciydi. 1972'de ırklar arası evlat edinme yüzde 39 düştü ve 1569 olarak gerçekleşti ve üç sene sonra, sadece 831 ırklar arası evlat edinme gerçekleşti.<sup>51</sup>

Sosyal hizmetler uzmanları ayrıca sağlıklı beyaz çocukların evlat edinmeye yönelik elde edilebilirliğindeki radikal düşüşü öngörmekte başarısız oldular, ki bu durum evlat edinme politikalarında çok önemli değişimlerin ortaya çıkmasına sebep oldu. Bunun birçok sebebi vardır; 1960lı yıllardaki cinsel devrim, doğum kontrol olanakları, Yargıtay'ın Roe v. Wade (1973) evlat edinmeyi yasallaştırması ve evli olmayan annelerin bebeklerinin evlat edinilmesine yönelik haklarından vazgeçmede gösterdikleri isteksizlik. Amerikan toplumundaki bu kültürel, sosyal, legal ve demografik değişikliklerin sonucu, evlat edinmenin sayısı önemli oranda düştü. Amerika'da akraba olmayanlar arası evlat edinme 1970'te 89.200 gibi rekor sayıdan 1975 yılında 47700'e düşmüştür. Bu sayı 1982 yılında biraz yükselmiş ve 50720'ye yükselmiştir ve sonraki on yıl boyunca bu değerlerde kalmıştır.<sup>52</sup> 1975 yılına kadar, bazı ajanslar sağlıklı beyaz çocuğa yönelik evlat edinme taleplerini geri

Child Welfare Statistics—1969 (Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1969).

47 H. Fradkin (1958). Adoptive Parents for Children with Special Needs. *Child Welfare* 37, s. 1–6.

48 B. Q. Madison/M. Schapiro (1973). Black Adoption—Issues and Policies: Review of the Literature. *Social Service Review* 47, s. 531–60.

49 CWLA, Standards for Adoption Service, rev. ed. (New York: CWLA, 1968), 34.

50 A.J.Matusow (1984). *The Unraveling of America: A History of Liberalism in the 1960s*. Harper and Row, New York.

51 H. Altstein/R. J. Simon (1977). Transracial Adoption: An Examination of an American Phenomenon. *Journal of Social Welfare* 4, s. 65.

52 National Committee for Adoption, Adoption Factbook (Washington, D.C.: National Committee for Adoption, 1985), 14.

çevirdiler. Sosyal hizmetler uzmanları sıklıkla aday ailelere bu tarz bir çocuk için 3 ile 5 yıl arasında beklemek zorunda kalacakları yönünde bilgilendirme yaptı.<sup>53</sup>

1970'lerin doğurduğu ikinci bir sonuç ise evlat edinilebilir çocuk nüfusu tanımının yenilenmesiydi ve böylece daha kapsayıcı ama çocuğun fiziki, zihinsel, ırksal ve dini özelliklerinin aday aile ile eşleşmesi noktasına daha az önem verir bir hal aldı. Evlat edinilebilir nüfus artan bir şekilde yaşı ileri çocuklardan, azınlık grupların çocuklarından ve özel ilgiye muhtaç çocuklardan oluşmaktaydı. 1990'larda, uyuşturucuya maruz kalmış bebekler, AIDS'li çocuklar ve HIV pozitif doğan çocuklar bu bahsi geçen özel ilgiye muhtaç kategorisine eklenmiştir. Evlat edinecek bir aile bulamayan ya da evlat edinilmeden yasal olarak muaf olan bu çocukların yaklaşık yüz bini koruyucu aile sisteminde sabit olarak kaldı ve koruyucu aileler arasında dolaştırıldı. Bu durum kongrenin 1980 yılında the Adoption Assistance and Child Welfare Act (Evlat Edinme Yardımı ve Çocuk Koruma Yasası) yasasını geçirmesine sebep oldu ki bu yasa çocuk evlat edinme işine yönelik çıkan ilk federal yasadır. Kongrenin bu yasası çocuk koruma ajanslarının yerleştirme öncesi engelleyici hizmetler sunmalarını, çocukların biyolojik aileleriyle tekrar birleşmelerini sağlayıcı adımlar atmalarını ve uzun dönemli koruyucu ailelerde bırakılan çocukların durumlarının periyodik olarak değerlendirilmesini zorunlu kıldı. Kalıcılığın planlanması yasası ki daha sonra bu isimle adlandırılacaktır, çocukları sabit evlere yerleştirmenin yollarını aramıştır, bunu ya çocukları orijinal ailelerine göndererek veya evlat edinen ailelere göndererek yapmışlardır. Adoption Assistance and Child Welfare Act (Evlat Edinme Yardımı ve Çocuk Koruma Yasası) yasası ayrıca eyaletlerden özel ilgiye muhtaçların evlat edinilmesine yönelik evlat edindirme ödeneği oluşturmalarını teşvik etmişlerdir ve hükümetler evlat edinme giderlerinin yüzde 50 sini karşılamışlardır. Bu amaçla, 1993 yılına kadar, federal hükümet 40 eyalete yüz milyon dolara yakın bir para dağıtmıştır.<sup>54</sup>

1997 yılında, iki partili kongre Adoption and Safe Families Act (ASFA) (Evlat edinme ve Güvenli Aileler Yasası) çıkarmıştır ve bu yasa 1980 yılında çıkan the Adoption Assistance and Child Welfare Act yasasını tadil ederek düzenlemiştir. ASFA Amerika'nın koruyucu aile sistemindeki krize bir tepkiydi. 1996 yılında, yasa yapıcılar koruyucu ailelerdeki çocukların sayısının ikiye katlanarak 500.000'e ulaştığını görerek orijinal yasanın başarısızlığını tespit ettiler ve ilk yasanın birincil amacı olan koruma altındaki çocukların evlat edinen ailelere geçişini sağlayamadığı fark ettiler. ASFAnın bir başka amacı çocukların güvenli olmayan yuvalara yerleştirilmelerini engel olmaktı. 1980 yasasına benzer şekilde, ASFA evlat edinmeyi teşvik için eyaletlere federal fonlar ayırdı. Bu yasa federal politikaların, ailelerin birleştirilmesi ve korunmasından çocuklar için yeni evlat edinecek aileler yaratmaya geçişin bir simgesiydi.<sup>55</sup>

53 A. Kadushin (1980). *Child Welfare Services*, 3d ed., Macmillan, New York, s. 470.

54 Richard P. Barth, "A Decade Later: Outcomes of Permanency Planning," in *The Adoption Assistance and Child Welfare Act of 1980 (Public Law 96-272): The First Ten Years* (St. Paul, Minn.: North American Council on Adoptable Children, 1990); Barth, "Adoption," 51-52.

55 R. Gordon (1999). *Drifting Through Byzantium: The Promise and Failure of the Adoption and Safe Families Act of 1997*. *Minnesota Law Review* 83, s. 637-701; N. R. Cahn (1999). *Children's Interest in a Familial Context: Poverty, Foster Care, and Adoption*. *Ohio State Law Journal* 60, s. 1189-1190.

Evlat edinilebilir çocuk sayısında ki düşüşün dördüncü sebebi tartışmalı bir yenilik olan açık evlat edinmedir. Biyolojik annelerin çocukları üzerindeki haklarından feragat etmelerini teşvik etmek amacıyla, sosyal hizmetler uzmanları hamile bayanların doğum sonrası çocuğa kimin annelik yapacağına karar vermeleri uygulamasını başlattı. Sonuç ise açık evlat edinmeydi, bu tür evlat edinmede biyolojik anne ile evlat edinen ailenin kimlik bilgileri değiştirildi ve iki taraf arasında bir kontratın imzalanması sağlandı. 1980lerin ortasına kadar, açık evlat edinme biyolojik anneler ile evlat edinen aileler arasında devamlılık arz eden etkileşim haline dönüştü ve çocuğun büyümesinde iki taraf pay sahibi oldu. Açık evlat edinme artan derecede popülerleşti ve evlat edinmede önemli bir uygulama haline geldi.<sup>56</sup> Yerleştirme işleminden 2 sene sonra, 1988-1989 yılları boyunca Kaliforniya'daki evlat edinen ailelerin yaklaşık yüzde 55'i çocuklarının biyolojik anneleri ile kontrat imzalamıştı.<sup>57</sup>

İdeolojik koruma açık evlat edinmenin başlangıcını işaret etmiştir. Bu tarz evlat edinmenin önde gelenlerinden Reuben Pannor ve Annette Baran geleneksel kapalı evlat edinmelerin, ki bu evlat edinmelerde biyolojik ve evlat edinen aileler birbirlerinden gizlenmiştir, evlatlık çocuklar üzerinde psikolojik problemler doğurduğunu ileri sürmüşlerdir. Evlat edinme hakkı savunucularının önde gelenleri, kapalı evlat edinme sistemlerinin sonunun gelmesi gerektiğini savunmuşlardır.<sup>58</sup> Açık evlat edindirmeye karşı olanlar onun çocuk üzerinde ne tür etkilerinin olduğunu bilmenin mümkün olmadığını savunmuşlar ve çocukların ideolojik sebeplerden dolayı denek haline getirildiklerini savunmuşlardır. Diğerleri ise iki aile arasında devam eden bir kontratın, çocuğun evlat edinen ailesi ile olan ilişkilerini bozabileceğini iddia etmişler ve ergenler için bağlayıcı kimlik oluşturmalarını zorlaştırdığını savunmuşlardır.<sup>59</sup> Son dönemde yapılan araştırmalar, çok az sayıda açık evlat edinmenin her iki aileyi de devamlı bir kontrat yoluyla ön plana çıkardığını ve açık evlat edinmenin çocukların sağlıklı psikolojik gelişimlerinde çok az zarara sebep olduğunu savunmaktadırlar.<sup>60</sup>

Evlat edinme hareketinin ortaya çıkışı 1970'de beyaz evlatlık çocuk sayısında düşüşü beraberinde getirdi. Bu hareketin kökleri 1950'lere dayansa da iki defa evlat edinilen eski bir sosyal hizmetler uzmanı Jean M. Paton evlat edinilen çocukların sesi olmaya ömrünü adanmış ama evlat edinmeye yönelik haklar 20 sene sonrasına kadar sosyal bir konu haline gelememiştir. Hareketin en sesi çıkan üyesi olan ve New Yorklu bir inşaatçı olan Florence Fisher, 20 yılını biyolojik annesini aramakla geçirmiş ve sonunda onu bulmuştur ve sonra 1971 yılında Adoptees' Liberty Movement Association (ALMA) (Evlatlık Çocukların Özgürlüğü Hareketi Örgütü) örgütünü kurmuştur. Yetişkin yaşlarda olan evlat edinilmiş ama biyolojik ailesini arayan bireylere yardım için, ALMA'nın birincil amacı kapalı kayıtların gizli tutulmasına bir son vermek olmuştur ve yaşı 18'e gelen ve ne sebeple olursa olsun geçmişini öğrenmeyi isteyen her evlatlığa kayıtlarının açılmasını temin etmiştir. Popüler bir kitap olan *The Search for Anna Fisher* (1973) biyolojik ailesi ile yeniden birleşen bir evlatlığın dramatik hikâyesini ele almıştır ve Fisher bu akımın tartışmasız lideri olmuştur. Böylece ülkede

56 Carp, *Family Matters*, chap. 7.

57 Barth, s. 55.

58 R. Pannor/A. Baran (1984). Open Adoption as Standard Practice. *Child Welfare* 63, s. 245–250.

59 Carp, *Family Matters*, s. 214–215.

60 Barth, s. 55

evlatlıkların haklarını savunmada en etkili kurum haline gelmiştir. ALMA'nın başarısı Birleşik Devletlerde, Kanada'da ve Birleşik Devletlerde benzer diğer yüzlerce örgütün kurulmasının yolunu açmıştır. 1978 yılına kadar, evlatlık çocukları arama gruplarının çoğalmış olması ulusal bir çatı örgütün ortaya çıkmasını doğurmuştur ve adı Amerikan Evlat Edinme Kongresidir.<sup>61</sup>

Evlat edinme aktivistleri, ki bunlar genelde yetişkin yaşa gelmiş evlatlık kişiler ve biyolojik annelerdir, kendilerinin evlat edinme kayıtlarının ortaya çıkarılmasına rızalarının olduğunu ifade etmişlerdir. Mahkeme kararları, eyaletlerin yasal reformları ve eyalet inisiyatifleri yoluyla evlat edinme kayıtlarını gizleyen yasaları kaldırarak kendi ajandalarını takip ettiler.<sup>62</sup> Eyaletler biyolojik annelerin ki bazılarına gizlilik noktasında söz verilmiştir ve evlat edinilme süreçlerine yönelik kayıtlara erişime sınırsız erişim isteyen yetişkin yaşa erişmiş evlatlıkların kaybedilmekte olan haklarını düzenlemeye çalıştılar. Bunun sonucunda 1990ların ortasına kadar, 17 eyalet mahkemelerin atadığı aracılardan kayıtlara erişmesine, biyolojik annelerin yerlerinin tespitine ve onların haklarından feragat ettikleri ve evlatlık verdikleri çocukları ile yeniden bir araya gelmeye ilgilerinin olup olmadığını araştırmalarına izin verdi. Dahası, 19 eyalet formal karşılıklı evlat edinme rıza formu oluşturdu. Böylece hem biyolojik anne hem de evlat edinen aileler isimlerini kaydedebilme şansı verildi: Her iki taraf kayıt olursa, kendileri olası rıza uyumundan haberdar edilir ve böylece bir buluşma organize edilir. 6 eyalet ise herhangi bir kayıt işlemine gerek olmaksızın hem evlat edinilen kişi ile hem de biyolojik annenin rızası alınarak kayıtlardaki bilgilerin paylaşılmasına izin verdi.<sup>63</sup> Gelişmeler evlat edinenlerin ilgili kayıtlara erişmesine doğru bir değişime doğru giden bir yolu işaret etmektedir. Oregon, Tennessee, Delaware ve Alabama eyaletleri evlat edinilen kişilerin orijinal doğum sertifikalarına erişimlerine izin verme konusunda Kansas ve Alaska eyaletlerine katıldılar ve CWLA'nın 2000 evlat edindirme standardı üye ajanslara yetişkin yaşa ulaşmış evlatlık çocuklara evlat edinilme süreçleri ve biyolojik annelerine ulaşmaları noktasında destek sunmalarını tavsiye etmektedir.<sup>64</sup>

## II. EVLAT EDİNMENİN GENEL OLARAK DÜZENLENMESİ

Amerikan hukukunda evlat edinmeye ilişkin bazı özel hususlar mevcuttur. Bunlardan biri "*equitable adoption*" olarak ifade edilen hukuksal yöntemdir.<sup>65</sup> Birçok eyalette bu yöntem kabul görmüştür. Bu tür evlat edinme, Alman ve İsviçre hukuklarında ve Türk hukukunda yer almayan, tamamen *common law* etkisiyle kabul edilen bir evlat edinme türüdür. Bu evlat edinme yönteminde, aslında evlat edinmeye ilişkin yasal şartlar yerine getirilmeksizin mahkeme tarafından ana ve baba ile çocuk arasında kurulan ilişkinin evlat edinme olarak nitelendirilmesi ve buna ilişkin bazı sonuçlar

61 Carp, *Family Matters*, s. 214–215.

62 Carp, *Family Matters*, s. 214–215.

63 J. H. Hollinger, "Aftermath of Adoption: Legal and Social Consequences," in *Adoption Law and Practice*, 1995 supp., ed. Hollinger et al. (New York: Matthew Bender, 1995), 2:51, app. 13-A.

64 CWLA, *Standards of Excellence for Adoption Services*, rev. ed. (Washington, D.C.: CWLA, 2000), 89.

65 Kuntz, 2013, a.g.k., 113; Güvercin, s. 107. Bu evlat edinme yöntemi "*de facto adoption*," "*virtual adoption*" olarak da ifade edilmektedir. R.C.Bell (1999). *Virtual Adoption: The Difficulty of creating an exception to the Statute Scheme*. *Stetson Law Review*. Vol. XXIX, s. 416.



ortaya çıkarması söz konusudur.<sup>66</sup> Dolayısıyla mahkeme içtihadına dayalı olarak kurulan bir ilişki mevcuttur.

*Equitable adoption* yönteminde, aralarında evlat edinme ilişkisi kuran bir mahkeme kararı bulunmayan anne ve baba ile çocuğun, sanki çocuk kendilerinin çocuğuymuş gibi davranmaları söz konusudur.<sup>67</sup> Mahkeme bu tür evlat edinmeye karar verirken, kararını ya sözleşme teorisine ya da *estoppel* teorisine dayandırmaktadır. Sözleşme teorisinde, mahkeme, evlat edinenin çocuğu aralarındaki sözleşmeyle resmi olarak etkili bir şekilde evlat edinmeyi kabul ettiğini varsaymaktadır.<sup>68</sup> *Equitable adoption* ancak evlat edinenin ölümünden sonra ileri sürülebilir.<sup>69</sup> Sözleşme teorisi, çocuğun sözleşme yapan taraf olup olmadığı veya doğal ebeveynler (ana-baba) ile evlat edinilenler arasında yapılan sözleşmenin üçüncü taraf lehtarlığı olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir.

*Estoppel* teorisi ise, *equity* hukukundan doğan bir kurumdur ve taraflardan birinin diğerini yanlış söz ve davranışlarla etkileyerek belirli bir harekette bulunmasını sağlayarak fayda elde etmesini önlemektedir.<sup>70</sup> *Estoppel* doktrini, *equitable adoption*'ın inkâr edilmesi halinde, çocuğun evlat edinildiğinin iddia etmek amacıyla tanınmış bir hukuki çaredir.<sup>71</sup>

*Equitable adoption*, resmi şekilde kurulan evlat edinmeyle aynı sonuçları doğurmamaktadır.<sup>72</sup> Doğurduğu sonuçlardan biri, çocuk kendisini evlat edinen kişinin yasal mirasçısı gibi onun mirasına hak kazanır. Bu kurumda asıl özellik arz eden durum, vasiyetname bırakmaksızın ölen evlat edinene, tamamen yabancı olan (akrabalık ilişkisi bulunmayan) bir kişinin tıpkı yasal bir mirasçı gibi mirasçı olmasıdır.<sup>73</sup> Bu tür evlat edinmede çocuk ile onu kabul eden yani bir anlamda evlat edinen kişi arasında ebeveyn-çocuk ilişkisi kurulmaz. Bunun dışında, evlat edinilen çocuk ile öz ailesi arasındaki hısımlık ilişkisi devam etmektedir.

Evlat edinmeyi düzenleyen federal model yasada, evlat edinme aracı kuruluşlar eliyle gerçekleştirilebileceği<sup>74</sup> gibi evlat edinecek aile ile çocuğunu evlatlık alacak ailenin karşılıklı olarak aracı kurum olmaksızın evlat edinme işlemini gerçekleştirebilecekleri<sup>75</sup> ifade edilmektedir. Bunun dışında ülkelerarası evlat edinmeye (*intercountry adoption*) de izin verilmektedir.<sup>76</sup>

66 Kuntz, 2013, a.g.k., 113 vd.; Güvercin, s. 107.

67 Bell, 1999, a.g.k., 416.

68 J.E.Rein (1984). *Relatives by Blood, Adoption, and Association: Who Should Get What and Why (The Impact of Adoptions, Adult Adoptions, and Equitable Adoptions on Instate Succession and Class Gifts)*. 37 *Vanderbilt Law Review*. 711, s. 770; Kuntz, 2013, a.g.k., 114. Taraflar arasındaki bu sözleşme açık ya da zımnî şekilde gerçekleştirilebilmektedir.

69 Kuntz, 2013, a.g.k., 114.

70 B.A.Garner (2009). *Black's Law Dictionary*, s. 629-630; Kuntz, 2013, a.g.k., 115; Güvercin, s. 109-110.

71 Güvercin, s. 110; Kuntz, 2013, a.g.k., 116. *Estoppel* genellikle çocuğu bakıp gözetken kişinin ölmesinden sonra ortaya çıkar. Böyle bir durumda bakılmış olan çocuğun miras hakkından yoksun bırakılmasının önüne geçilmiş olmaktadır. *Equitable adoption*'ı kabul eden eyaletler, *Alabama, Alaska, Arizona, Kansas, Washington DC*'dir.

72 W.M.McGovern, S.F.Kurtz ve J.E.Rein (1988). *Wills, Trusts, and Estates. Including Taxation and Future Interests*. St. Paul, Minnesota, s. 56; Kuntz, 2013, a.g.k., 121.

73 Bu etkisiyle bu kurumun tamamen çocuğun lehine sonuç çıkardığını söylemek mümkündür. Kuntz, 2013, a.g.k., 121.

74 Buna *Domestic agency adoption* adı verilmektedir.

75 Bu tür evlat edinme işleminde *domestic independent (non-agency) adoption* kavramı kullanılmaktadır.

76 Güvercin, s. 75; Kuntz, 2013, a.g.k., 141 vd.

Amerikan evlat edinme hukukunda *open adoption* (açık evlat edinme) ile *closed adoption* (kapalı evlat edinme) ayrımı da bulunmaktadır. Açık evlat edinmede, doğum yapan anne yani doğal anne çocuğunu evlatlık olarak vereceği kişiyi ya da aileyi seçme hakkına sahiptir.<sup>77</sup> Kapalı evlat edinmede ise, doğum yapan anne yani biyolojik anne evlat edinme sürecini yönetemez; çocuğu üzerindeki tüm hakları kaybeder ve çocukla ilgili tüm süreç artık yetkili kamu kuruluşunun bünyesinde gerçekleştirilmektedir. Bu tür evlat edinmede biyolojik anne ile müstakbel evlat edinen kişi ya da aile arasında hiçbir etkileşim bulunmamaktadır.<sup>78</sup>

### III. VERMONT EYALETİNİN EVLAT EDİNMEYE İLİŞKİN GETİRDİĞİ DÜZENLEME

Amerika Birleşik Devletleri'nin *Vermont* eyaletinin evlat edinmeye ilişkin düzenlemeleri *Uniform Adoption Act*'i anlamak bakımından önem taşımaktadır; çünkü bu *Act*'i kabul eden tek eyalettir. 15A maddesi, *Adoption Act*'te evlat edinme kurumu düzenlenmiştir. Kanunun birinci bölümü genel hükümlerden oluşmaktadır. Öncelikle Kanunda geçen ifadelerden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak "Tanımlar" kısmı yer almaktadır.<sup>79</sup>

77 L. Gaddie (2009). Open Adoption. *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*. Vol. 22, s. 501 vd.; E.Gray (2009). Open versus Closed Adoption. *The Journal of Undergraduate Nursing Writing*. Volume 3, Number 1, s. 27. Ayrıca genel bilgi için bkz. <https://www.law.cornell.edu/wex/adoption>

78 Gray, s. 28. Bu konuda bkz. <https://americanpregnancy.org/adoption/closed-adoption-advantages/>

#### 79 **Bölüm 1: Genel Hükümler**

##### **§ 1-101. Tanımlar**

Bu başlıkta kullanıldığı gibi:

- 1) Evlatlık, evlat edinilen veya evlat edinilecek kişi anlamına gelir.
- 2) Yetişkin, 18 yaşını doldurmuş kişi demektir.
- 3) Ajans(acente), evlat edinilmeleri için küçükleri yerleştiren, eyalet tarafından lisanslı "Department" veya özel ve kamu çocuk yerleştirme kurumu anlamına gelir.
- 4) Çocuk; doğumla veya evlat edinmeyle, küçük veya yetişkin, oğul veya kız anlamına gelir.
- 5) Özel ihtiyaçları olan çocuk; etnik yapı, azınlık veya kardeş grubun üyesi olma, sağlık durumu veya fiziksel-zihinsel-duygusal engel gibi durumlar da dahil olmak üzere özel koşullara sahip olan ve bu nedenle sağlıksal veya evlat edinmeye ilişkin yardım sağlamadan evlat edinmenin yanına yerleştirmenin makul olmayacağı çocuktur.
- 6) "mahkeme", bu eyaletin mahkemesine atfla, yüksek mahkemenin ölümden sonraki hukuki prosedürleri(vasiyetname gibi) inceleyen bölümdür.
- 7) "Department", çocuk ve aileler departmanı anlamına gelir.
- 8) Önceki ana-baba(parent), iradi veya irade dışı şekilde hakları sona erdirilen, evlat edinilenin ana-baba(parent)idir.
- 9) "Vasi" başka bireyler için ana-baba(parent) gibi hareket eden ve mahkeme tarafından evlat edinilmeleri için küçükleri yerleştiren, özel olarak yetkilendirilmiş ana-baba(parent) dışındaki kişidir.
- 10) "tanımlayıcı bilgi", eski ana-baba(parent)inin veya aile üyesinin, tam isim, doğum yeri ve tarihi, son bilinen adresi de dahil olmak üzere mevcut-güncel yerini belirleyebilecek herhangi bilgi anlamına gelir.
- 11) "Yasal Velayet"(Yasal koruma) hukuken izin verildiği şekilde küçüğün genel denetimini devam ettiren hak ve görev anlamına gelir. "yasal velayet"; küçüğü koruma, eğitime, terbiye etme ve küçüğe yemek, kıyafet, barınma, sağlıksal bakım ve destekleyici çevre sağlama hak ve görevlerini de içerir.
- 12) Küçük, henüz 18 yaşını doldurmamış kişidir.
- 13) Ana-baba(parent), bu belgenin 2-401(a)(1)-(4) veya 6 alt bölümü uyarınca küçüğün evlat edinilmesi için rızası gereken veya hukuken ana veya baba olarak tanınan kimsedir.
- 14) Fiziksel velayet(fiziksel kısıtlılık), küçüğün fiziksel denetimi ve fiziksel bakımı anlamına gelir.
- 15) "evlatlık verilme üzere yerleştirme" (place for adoption) küçüğü evlat edinecek müstakbel-olasi evlat edinecek ana-baba(parent)i seçmek ve evlat edinene küçüğün fiziksel velayetini müstakbel-olasi evlat edinene transfer etmek anlamına gelir.
- 16) "kayıtlar", evlat edinmeye karar verilmesinden önce veya sonra toplanan, evlat edinme ile ilgili bütün belge, kanıt-

Bu Kanun uyarınca, çocukla ana ve baba arasında ilişki kurmak amacıyla herkes evlat edinebilir ve başkası tarafından evlat edinilebilir. Bir aile, eğer bir ana/baba ve onun partnerinden oluşuyorsa ve evlat edinme çocuğun üstün yararına hizmet edecekse, partner durumundaki kişi diğerinin çocuğunu evlat edinebilir.<sup>80</sup>

Evlat edinme, mahkeme kararı ile gerçekleşmektedir. Evlatlığın evlat edinmeden sonra adının ne olacağı hususunda mahkeme kararında belirtilen hususlar geçerli olacaktır. Dolayısıyla evlat edinme kararında eğer evlatlığın adının değişeceği hükmü yer almışsa bu hüküm uygulanacak; aksi takdirde evlatlığın adı aynı kalacaktır. Evlat edinme kararının verilmesiyle birlikte evlatlık ile evlat edinen arasında nasıl bir hukuki ilişki meydana geleceği Kanunun §1-104. maddesinde düzenlenmiştir. Evlat edinme hükmünün kesinleşmesiyle evlat edinilen çocukla evlat edinen arasında tıpkı ana-baba ile çocuk arasında mevcut olan ilişki gerçekleşmektedir. Evlat edinen ile evlatlık arasında, miras hakkı, birbirlerine halef olma ve hısımlık ilişkisi doğmaktadır. Evlat edinen ana babanın sahip olduğu hak ve yükümlülükler sahip olmaktadır.

Evlat edinmeye ilişkin mahkeme kararı kesinleştiğinde; çocuk desteği için vadesi gelmiş ödemeleri yapma görevi hariç – miras hakkı ve vasiyetname yapmadan ölen evlatlığa mirasçı olma hakkı da dâhil olmak üzere velayete ilişkin bütün haklar ve görevler, her bir eski veli için, sona erer.<sup>81</sup> Eski ana baba velayet hakkının sürdürülmesini talep etmek isterse, Kanunun §1-110 – maddesi uyarınca bazı şartları yerine getirmek zorundadır. Buna göre, herhangi bir zamanda, bu eyalette doğmuş

gösterge ve bilgilerdir.

17) "Sicil", departman tarafından yürütülen evlat edinme sicilidir.

18) "akraba"; yakınlık, tam veya yarım kan evlat edinmeyle kişiye bağlı olan; kişinin büyükanne, büyükbaba, büyükbüyük anne-baba, kardeş, ilk derece kuzenler, hala, teyze, büyük hala, büyük teyze, yeğenidir. Üvey ana-baba, akraba değildir.

19) "feragat etme-vazgeçme", küçüğün ana-baba(parent) veya vasisi tarafından, küçüğün evlat edinilmesi amacıyla, yasal ve fiziksel velayeti de dahil olmak üzere küçük ile ilgili olarak ana-baba(parent) ve vasi haklarının bir ajansa gönüllü olarak teslim etme anlamına gelir.

20) "Kardeş" tam veya yarım(kan) erkek kardeş veya kız kardeşidir.

21) "State", Amerika Birleşik Devletleri, Columbia Bölgesi, Porto Riko Ulusu veya Amerika Birleşik Devletleri'nin yargı yetkisine tabi herhangi bölge veya bağımsız yer anlamına gelir. 22. alt başlık 1 Temmuz 2019'a kadar geçerlidir; ayrıca 22.alt başlığa bakınız.

22) Üvey ana-baba; çocuğun ana-baba(parent)inin eşi veya sağ kalan eşi olan ama çocuğun ana-baba(parent)i olmayan kişidir. 22. alt başlık 1 Temmuz 2019'a kadar geçerlidir; ayrıca 22.alt başlığa bakınız.

23) State sicil memuru ve hayati-önemli kayıtların sicil memuru; Sağlık Departmanı'ndaki Hayati Kayıtlar Ofisi'nin denetmenidir. 23. alt başlık 1 Temmuz 2019'a kadar geçerlidir; ayrıca 23.alt başlığa bakınız.

24) Hayati-önemli kayıtların denetmeni, Sağlık Departmanı'nın hayati kayıtlarının denetmenidir. 23. alt başlık 1 Temmuz 2019'a kadar geçerlidir; ayrıca 23.alt başlığa bakınız.

25) Üvey ana-baba, bir çocuğun ana-baba(parent)inin eşi veya hayatta kalan; ancak çocuğun ana-baba(parent)i olmayan kişidir.

80) Burada bahsedilen İsviçre, Alman ve Türk hukuklarında da kabul edilen üvey evlat edinmedir.

81) 1) Bir evlatlığın her bir vasiyetname yapmadan ölen eski veliye mirasçı olma hakkı ve her bir eski veliye kan hısımlığı sona erer ve

2) Doküman aşağıdakileri içermedikçe; evlat edinilen eski ana-baba'nın çocuğu, altsoyu, mirasçısı değildir.

A) Açıkça aksi yönde irade bildirirse veya

B) Evlatlığı ismen veya onu tanımlayan başka yollarla içerirse.

Ayrıca eğer bağışlama belgesi (3)(B) bölümünün (a) fıkrasındaki gibi bir evlatlık içeriyorsa, evlat edinmeye ilişkin kamusal vasi(saklayan), evlatlığın yerinin ve kimliğinin tespitine yardım etmek için, bilgileri, Yüksek Mahkeme'nin ölümüne bağlı tasarruflarla ilgili dairesine gönderme yetkisi vardır.

çocuğa velisi veya velisi olduğu iddia edilen kişi; velayet haklarının devamı iradesi bildirim için, bu eyaletteki Yüksek Mahkeme'nin herhangi ölüme bağlı hukuki sonuçlarla ilgilenen dairesine talepte bulunabilir (dava açabilir).<sup>82</sup>

Kanun ikinci bölümüyle küçüklerin evlat edinilmesini düzenlemiştir. Küçüklerin evlat edinilmesinde bu küçüklerin evlat edinilmeleri amacıyla onları evlat edinmek isteyen kişi ya da kişilerin yanına yerleştirilmesi söz konusu olmaktadır. Bu yerleştirmenin altında yatan temel neden ise, yanına müstakbel evlatlık yerleştirilen kişilerin evlat edinmeye uygun olup olmadığının, çocukla ebeveyn ilişkisi içine girip giremeyeceğinin tespitini yapmaktır. Yapılan yerleştirme sonunda bu tespit gerçeğe dönüşmesi için bir değerlendirici atanır ve ondan görüş istenir. Değerlendiricinin yapması gereken evlat edinmek isteyen kişinin bir ebeveyn olarak uygun olup olmadığını değerlendirmek ve buna ilişkin bir rapor hazırlamaktır. Bu rapor ilgili bölüme ve yanına yerleştirme yapılan kişiye verilmektedir. Evlat edinmek isteyen kişinin bu rapora (değerlendirmeye) itiraz etme hakkı mevcuttur.<sup>83</sup>

Küçüklerin evlat edinilmesinde, evlat edinmeye rızası aranan bazı kişiler bulunmaktadır. Buna göre,

- çocuğu doğuran kadının
- ana tarafından ya da mahkemede başka yollarla tespit edilen biyolojik babanın
- Bir küçük eğer evlilik içinde veya evliliğin sona ermesinden itibaren ya da mahkemeye ayrılığa hükmedilmesinden itibaren 300 gün içinde doğmuş ise, ana ve babanın
- Vasinin
- mevcut evlat edinenin veya yasal olarak tanınan diğer anne ve küçüklerin babasının

rızası aranmaktadır. Rızası aranan kişiler nasıl hüküm altına alınmışsa, evlat edinmeye izni aranmayanlar da yasal olarak düzenlenmiştir. Bunlar, evlat edinme hakkını içeren ebeveyn (ana ve baba) haklarını veya vesayet yetkisini, bu maddenin bu kısmına göre bir ajansa bırakanlar; küçükle ebeveyn ilişkisi hukuki olarak sonlandırılmış veya var olmayacağına karar verilen bir kişilerdir.

Bir ebeveyn (ana baba) veya vasi tarafından istenen bir rıza veya vazgeçme, tamamen İngilizce olarak veya veli veya velisinin anadili İngilizceden farklı bir dil ise, o dilde yazılı olmalı ve bazı bilgi ve belgeleri içermelidir.<sup>84</sup>

82 Yüksek Mahkemenin ölüme bağlı işlerle ilgilenen her bölümü; (a) alt başlığı altında bu mahkemeye sunulan bildirim, bu tür bütün bildirimler için merkezi muhafaza deposu gibi hizmet verecek Chittenden Bölgesi'nde bulunan Yüksek Mahkeme'nin ölüme bağlı işlemlerle ilgilenen bölümüne iletilecektir. Bu eyalette bir küçükü evlat edinme dilekçesi verilirse, Yüksek Mahkeme'nin ölüme bağlı hukuki sonuçlarla ilgili bölümünün sicili, bu bölüme göre çocuğun evlat edinilmesine ilişkin bildirimde bulunulup bulunulmadığını dilekçe tarihinden itibaren belirleyecektir.

83 § 2-206. Review of evaluation

(a) Within 90 days after a person receives a preplacement evaluation with a finding that he or she is not suited to be an adoptive parent, the person may petition the probate division of the superior court for review of the evaluation. (Bir kişi, evlat edinen bir ebeveyn olmaya uygun olmadığını belirten bir ön değerlendirme değerlendirmesini aldıktan sonraki 90 gün içinde, değerlendirmenin gözden geçirilmesi için üst mahkemenin vekil bölümüne vekâlet edebilir).

84 2-406. Rıza veya vazgeçme içeriği

(a) Bu başlık altındaki bir ebeveyn veya vasi tarafından istenen bir rıza veya vazgeçme, tamamen İngilizce olarak veya veli

Kanunun beşinci bölümünde yetişkinlerin ve özgür bireylerin<sup>85</sup> evlat edinilmesi düzenlenmiştir. Buna göre yetişkin bir birey başka yetişkin bir bireyi ya da özgür bir bireyi evlat edinme hakkına sahiptir. Bu tür evlat edinmelerde bazı kişilerin evlat edinmeye rızası aranmaktadır. Özgür bir bireyin veya yetişkinin evlat edinilmesine dair rıza sadece koruyucu anne ve babaların eşlerinden alınmaktadır, yasal olarak ayrı olmadıkları sürece veya mahkeme eşin rızasının alınmasının mümkün olmadığı kanaatine varır ise veya rıza hakkını saklı tutarak evlatlığın veya evlat edinen koruyucu ailenin çıkarlarını kollayarak bu kararı verebilir. Evlat edinme adayı bir anne/baba ve evlatlık birlikte evlat edinmeye yönelik bir dava başvurusunda bulunabilir. Dava dilekçesi her bir davacı tarafından imzalanmalı, tasdik edilmelidir.<sup>86</sup>

Dava açıldıktan sonra makul bir gerekçe olmadığı sürece, her iki davacı da şahsen mevcut olmak durumundadırlar. Daha sonraki süreçte davacılara ayrı ayrı veya birlikte bildirimde bulunulabilir ve bildirim yetkili bir avukatın eşliğinde tutanak altına alınmalıdır. Bildirim telefon ya da başka elektronik araçla ya da yapılabilmektedir. Mahkeme, davacıları veya davacıların bulunmadığı durumlarda yetkili avukat kanalı ile inceleyecek veya eğer aşağıda verilen şu koşulları tespit ederse evlat edinme yönünde karar verecektir:

veya velisinin anadili İngilizce'den farklı bir dil ise, o dilde yazılı olmalı ve içermelidir: (1) rıza veya fesih işlemi yapan bireyin adı, doğum tarihi ve mevcut posta adresi; (2) doğum tarihi ve küçük evlat edinenin adı; (3) bir rıza, rızayı yürüten bireyin reşit olmayana evlat edinmeye yerleştirmek veya yerleştirmek niyetinde olan müstakbel evlat edinen ebeveyni temsil eden avukatın adı, adresi ve telefon numarası; (4) vazgeçilmesi halinde, reşit olmayan görevlinin görevden alındığı kurumun adı, adresi ve telefon numarası; (5) rızanın veya vazgeçilmenin nasıl iptal edileceği ve bir kenara bırakma eyleminin nasıl başlatılacağına ilişkin özel talimatlar; (6) evlat edinme dilekçesinin verildiği ya da sunulacağı ya da eğer bilmediği hallerde, mahkemenin adı ve adresi, ya da eğer bilinmiyorsa, dolandırıcılık veya zorlama durumlarında harekete geçilecek bir mahkemenin adı ve adresi

85 “*Emancipated*” ifadesini özgür birey olarak çevirmeyi doğru bulduk. Bu ifade çocukların ebeveynlerinin otoritesinden serbest bırakılıp önemli yasal amaçlarla yetişkin sayılmasını karşılamaktadır. Aslında tam karşılığı olmasa da Türk hukukundaki erginlik yaşını doldurmaksızın (aslında hala yaş bakımından küçük olan) mahkeme kararı ile ya da evlenme ile erginliğin kazanılmasından sonra kişilerin ergin sayılarak yapacakları işlemlerde serbest olmaları durumuna yaklaşık bir durum söz konusudur. Bu hususta şu tanıma bakılabilir: [https://www.law.cornell.edu/wex/table\\_emancipation](https://www.law.cornell.edu/wex/table_emancipation) (Erişim tarihi: 01.03.2019).

86 Dava dilekçesi her bir davacı tarafından imzalanmalı, tasdik edilmeli ve dilekçede

- (1) tam isim, doğum tarihi, her bir davacının ikameti yeri ve ikamet etme süreleri belirtilmeli;
- (2) her davacının mevcut medeni durumları, evlenme yerleri ve evlenme tarihleri kapsayacak şekilde, eğer evliler ise, belirtilmelidir;
- (3) evlatlığa yönelik bilinen tam isim daha söz konusu ise;
- (4) evlat edinilen birey ile olası evlatlık edinme adayı anne/aba arasındaki ilişkinin doğası ve süresi belirtilmeli;
- (5) Evlat edinme adayı anne/baba ve evlat edinilenin yasal anne çocuk ilişkisi talebi ifade edilmeli ve bu ilişkinin doğasının doğurduğu tüm haklara yönelik talepler ifade edilmelidir;
- (6) Evlatlığın mevcut bir anne baba var ise onunla olan ilişkilerinin ve bağlarının ortadan kalması sonucunu doğuracağını anladığını ifade etmesi, fakat evlat edinen aile eğer evlatlığın üvey anneleri ise evlat edinme işleminin evlatlığın üvey annenin eşi olan anne/baba ile olan ilişkisini etkilemeyeceğini fakat evlatlığın diğer anne/babası ile olan ilişkisini ortadan kaldıracağını anladığını ifade etmesi gerekmektedir, bu anne/babadan veya o anne/baba yolu şile miras hakları hariç.
- (7) evlatlık ile evlat edinme adayı anne/baba evlat edinme işleminin sonuçlarının mülkiyet ve miras haklarına yönelik bazı sonuçlar doğurabileceğini kabul eder veya;
- (8) rızası gereken her hangi bir bireyin bilinen en son adresi ve ismi ifade edilmeli;
- (9) evlat edinme adayı anne/babanın her hangi bir çocuğunun bilinen son adresi ve ismini, hatta daha evvelen aday anne/baba tarafından evlat edinilmiş çocuğun bilgileri veya eşinin bilgileri, evlat edinme yeri ve yılı belirtilmelidir ve;
- (10) evlat edinilen kişinin çocuğu veya hayatta olan anne/babasının bilinen son adresi, adı ve yaşı belirtilmelidir.

- (1) evlat edinme davasının taraflara bildirilmesinin üzerinden en az 30 gün geçmiş ise
- (2) davaya yönelik rızanın 5-103 maddeye göre alınması gereken kişilere bildirim yapıldığının tespit edilmesi;
- (3) tarafların rızası, feragati veya gerekli tüm belgelerin, yargılamaya yönelik tüm evrakların mevcut olduğunun ve dosyaya konulduğunun tespit edilmesi durumunda;
- (4) evlat edinmenin davacılar arasında anne/baba çocuk ilişkisinin yaratılması amaçlı olduğunun görülmesi ve davacıların kurulacak bu ilişkinin doğuracağı sonuçları anladıklarının görülmesi durumunda ve
- (5) Bu yasa maddesine yönelik bir uyumun söz konusu olduğunun görülmesi durumunda.

Gerek ergin olmayanların gerekse ergin ve özgür bireylerin evlat edinilmesinde, aranan şartların sağlanmış olması ve evlat edinecek kişi ya da ailenin evlat edinmeye uygun olduğunun anlaşılması ile mahkeme tarafından evlat edinmeye karar verilmektedir.

Evlat edinme bakımından pek çok eyalette ortak olan genel bazı kurallar da bulunmaktadır. Genel olarak eyaletler hukukunda evli olmayan kişilerin ile evli eşlerin birlikte evlat edinmesine izin verilmiştir. Evlat edinebilecek olanlar ise, eyaletler bakımından genelde çocuklardır. Erginlik yaşı ise eyaletlere göre değişmekte olsa da genelde 18 yaşından küçüklerin çocuk sayıldığı görülmektedir. Ancak yaş sınırı olmaksızın pek çok eyalette kişilerin evlat edinilmesi mümkündür. Evlat edinme amacıyla kişinin yerleştirilmesinde ise bazı eyaletlerde aracı kurum yetkili iken, bazı eyaletlerde hem aracı kurum hem kişinin anne babası, bazı eyaletlerde ise sadece ana baba yetkili olarak kabul edilmiştir.<sup>87</sup>

Evlat edinme kararını verme hususunda hangi mahkemelerin görevli olduğu ise, her eyalet kanunu düzenlemesine göre değişmekte; görevli olan mahkemeler ise eyaletlere göre şu şekilde adlandırılmakta ve belirtilmektedir<sup>88</sup>:

- Circuit Court
- District Court (Bölge mahkemesi)
- Superior Court (Temyiz mahkemesi)
- Probate Court (Mirasla ilgili olan mahkeme)<sup>89</sup>
- Family Court (Aile mahkemesi)
- Juvenile Court (Çocuk mahkemesi)

87 Güvercin, s. 88. Ayrıca bkz. <https://www.childwelfare.gov/pubpdfs/jurisdiction.pdf>

88 Bunun için bkz. <https://www.childwelfare.gov/pubpdfs/jurisdiction.pdf>

89 Veraset mahkemesi olarak çeviren yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Güvercin, s. 90. Ancak bu mahkeme sadece veraset işleri ile ilgilenen bir mahkeme olmadığı için mirasla ilgili işlere bakan mahkeme olarak çevirmeyi daha doğru bulduk.

Evlat edinme kararı vermeye yetkili olan mahkeme ise, genelde evlat edinme başvurusu yapan kişi ya da kişilerin oturduğu yer veya evlatlık alınacak çocuğun ikamet ettiği yer yahut çocuğun yerleştirildiği kuruluşun bulunduğu yer mahkemesidir.<sup>90</sup>

Evlat edinmeye rızası aranan kişilerin başında çocuğun biyolojik ana babası ile çocuğun kendisi gelmektedir.<sup>91</sup> Rızanın verilme zamanına ilişkin eyaletlerde ortak süreden bahsedilemez. Yaklaşık 47 eyalette çocuğun öz ana babasının evlat edinmeye verecekleri rıza için belirli süre öngörülmüştür.<sup>92</sup> Vermont eyaletinde bu süre 36 saat olarak kabul edilmiştir.<sup>93</sup>

Verilecek rızanın şeklinin nasıl olacağı sorusunun cevabı her eyalet bakımından kendi yasalarında ayrıca düzenlenmiş olsa da birçok eyalette rızanın yazılı olarak tanıklar ve/veya noter önünde verilmesi gerekmektedir.<sup>94</sup>

Evlat edinme için aranan tüm şartların gerçekleşmesiyle mahkeme evlat edinmeye karar vermektedir. Burada hâkimin takdir yetkisi Türk hukukundan farklı olarak daha geniş olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>95</sup> Hâkim evlat edinme kararı vermeden önce yaptığı duruşmayla evlat edinmek isteyen kişinin ya da eşlerin bir çocuğu yetiştirmeye elverişli yapıda olup olmadığını inceler.<sup>96</sup> Yapılan inceleme sonunda hâkim ya evlat edinme talebini reddeder ya da kabul ederek evlat edinmeye karar verir.

Evlat edinme kararı verilmesiyle ana ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler artık evlat edinene ait olmaktadır. Pek çok eyalette evlatlık, evlat edinme kararı sonrasında evlat edinenin soyadını alabilmektedir. Ancak evlat edinenler çocuğun öz ana ve babasının soyadını taşımaya devam etmesini isteyebilirler; böyle bir durumda da bu hususta mahkemeden karar almaları gerekmektedir. Bunun dışında eyaletlerin birçoğunda evlatlık evlat edinene mirasçı olmakta; Türk hukukundan

90 Venue refers to the geographic location of the court that will hear the case. Most states, Puerto Rico, and the Virgin Islands maintain courts of all types located in counties or districts throughout the state or territory.10 Petitions for adoption are filed in the type of court that has the appropriate jurisdiction at the location (or venue) that is convenient to the parties involved in the case. In many cases, there is a residency requirement. In many states, venue options include the county in which the person seeking to adopt (petitioner) resides or is in military service, where the child to be adopted resides, or where the child-placing agency is located. Other venue options include the county where parental rights were terminated (Louisiana and New York) or the county in which the placing birth parent(s) lived when the placement agreement was signed, the child was freed for adoption, or the adoption petition was filed (California). Bkz. <https://www.childwelfare.gov/pubpdfs/jurisdiction.pdf>

91 <https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/consent.pdf#page=2&view=Who%20must%20consent?> Yaklaşık 25 eyalette ve Virjinya Adalarında 14 yaşındaki çocukların evlat edinmeye rıza göstermeleri gerekmektedir. 19 eyalette ve Amerikan Samoa ve Guam'da bu yaş sınırı 12 olarak kabul edilmiştir.

92 Birçok eyalette rızanın verilebilmesi bakımından bekleme süresi öngörülmüştür. Bu bekleme süresi pek çok eyalette 72 saat veya 3 gün olarak belirtilmiştir. En kısa bekleme süresinin 12 (Kansas) ve 24 saat (Utah); en uzun bekleme süresinin 10 (Virjinya ve Washington) ve 15 gün (Rhode Island) olarak kabul edildiği görülmektedir. Detaylı bilgi için bkz. <https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/consent.pdf#page=2&view=Who%20must%20consent?>

93 <https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/consent.pdf#page=2&view=Who%20must%20consent?>

94 Yaklaşık 21 eyalette, Amerikan Samoa, Guam, Virjinya Adalarında, Kuzey Mariana Adalarında ve Porto Rico'da bu husus geçerlidir. Bkz. <https://www.childwelfare.gov/pubPDFs/consent.pdf#page=2&view=Who%20must%20consent?>

95 Y. Altuğ (1957). Türk ve Birleşik Amerika Devletleri Hukukunda Evlat Edinme Üzerinde Bir İnceleme. *İÜHFD*, 22(1-4). İstanbul, s. 246.

96 Bu inceleme genellikle kapalı oturumda ya da bizzat hâkimin kendi odasında yapılır. Bu konuda bkz. Altuğ, s. 246.

farklı olarak ise bazı eyaletlerde evlat edinmenin de evlatlıktan miras almasına imkân tanınmaktadır.<sup>97</sup> Yine Türk hukukundan farklı bir düzenleme olarak, genellikle evlatlığın öz ana ve babasından miras alamaması durumunda söz konusu olabilmektedir.<sup>98</sup> Türk hukukuyla ortak olan durum ise evlatlığın sadece evlat edinene mirasçı olması hususudur.

## SONUÇ

Amerikan evlat edinme uygulamaları geçmiş 250 yılda radikal şekilde değişmiştir. İlk başlarda informal olarak başlayan ve acemilik aşamalarından geçen evlat edinme uygulamaları 50 farklı eyalette hükümetlerce yönetilen ve federal katılım giderek arttığı yasal bir kurum haline gelmiştir. Geçen yüzyılda, sosyal hizmetler uzmanları profesyonelleşmiş ve Birleşik Devletler Çocuk Bürosu ve CWLA evlat edinmeyi düzenlemek için tekdüze standartlar oluşturmuşlardır. 2. Dünya savaşından beridir, evlat edinme, yabancı, azınlık, yaşlı, fiziksel ve zihinsel engellilerin ve HIV pozitif olan çocukların evlat edinilmesini sınırlayan elitist bir kurumdan dönüşerek mevcut halini almıştır. Dahası, geçmişteki 50 yıllık süreç gizli evlat edinme uygulamasından açık evlat edinme sistemine ve aynı zamanda evlat edinilen çocukların biyolojik aileleriyle birleştirilmesine yönelik bir eğilim almıştır. İnternet son yıllarda evlat edinilmiş çocukların biyolojik aileleriyle birleşmesini sağlamış ve evlat edinmeyi kolaylaştırmıştır. Tüm bu değişikliklere rağmen, Birleşik Devletler kan bağına yönelik kültürel önyargısını korumuştur ve hala birçok kişi evlat edinmeyi ikinci sınıf bir aile bağı oluşumu olarak görmektedir. Bu eğilimler, federal yasalar, özel ihtiyaçlar, ırklar arası ve ülkeler arası evlat edinme, evlat edinme süreçlerinde açıklık, evlat edinme kayıtlarının açılması üzerine devam eden ihtilaf ve evlat edinen aileye yönelik damgalama gibi, sona erecek gibi durmamaktadır. Bu faktörler gelecekte de Birleşik Devletlerdeki evlat edinmeyi etkileyen faktörler olarak kalmaya devam edecek gibi durmaktadır.

Amerikan hukukunda da evlat edinme kurumu kabul edilmekle birlikte, *Anglo sakson* hukukunun özelliklerini taşıdığı için çalışmamızda incelediğimiz ülke hukuklarına göre bazı farklılıklar içermektedir. Bu farklılıklardan biri "*Equitable adoption*" olarak ifade edilen ve mahkeme içtihatlarına dayanan bir evlat edinme türünün kabul edilmiş olmasıdır. *Equitable adoption* yönteminde, aralarında evlatlık ilişkisini kuran bir mahkeme kararı bulunmayan anne ve baba ile çocuğun, sanki çocuk kendilerinin çocuğuymuş gibi davranmaları söz konusudur. Bu tür evlat edinmenin esas özelliği, vasiyetname bırakmaksızın ölen evlat edinene, tamamen yabancı olan (akrabalık ilişkisi bulunmayan) bir kişinin tıpkı yasal bir mirasçı gibi mirasçı olmasıdır. Dolayısıyla *equitable adoption* sadece evlat edinenin ölümünden sonra ileri sürülebilen bir hak sağlar. Amerikan evlat edinme hukukunda *open adoption* (açık evlat edinme) ile *closed adoption* (kapalı evlat edinme) ayrımı da bulunmaktadır. Açık evlat edinmede, doğum yapan anne yani doğal anne çocuğunu evlatlık olarak alacak kişiyi ya da aileyi seçme hakkına sahiptir. Kapalı evlat edinmede ise, doğum yapan anne yani biyolojik anne evlat edinme sürecini yönetemez; çocuk üzerindeki tüm hakları kaybeder ve çocukla ilgili tüm süreç artık yetkili kamu kuruluşunun bünyesinde gerçekleştirilmektedir.

97 Altuğ, s. 249.

98 Ancak yukarıda incelediğimiz *Vermont* eyaleti bu kuralın istisnasını düzenlemiş ve evlatlığın öz ana ve babasına da mirasçı olabileceğini kabul etmiştir.



Amerika'da federal düzeyde geçerli olan bir *Uniform Adoption Act* bulunmakta; eyaletler ise bu *Act* çerçevesinde kendi evlat edinme yasalarını uygulamaktadırlar. Dolayısıyla her eyaletin aradığı şartlar birbiriyle aynı olmamaktadır. Amerika'nın *Vermont* eyaleti, *Uniform Adoption Act*'i birebir uygulanan tek eyalettir.

*Vermont* eyaletinde evlat edinme, diğer ülke hukuklarının pek çoğunda olduğu gibi küçüklerin evlat edinilmesini esas almıştır. Ancak sadece küçüklerin değil, eyalet kanununda aranan bazı şartların da oluşmasıyla erginlerin yani yetişkin bireylerin de evlat edinilmesi mümkün olmaktadır. Önemli olan kanun tarafından aranan şartların sağlanması ve bu konuda yetkili mahkemenin evlat edinmeye karar vermesidir.

Küçüklerin evlat edinilmesinde, uluslararası bir ilke olan “çocuğun yüksek yararı”nı benimsemiştir. Dolayısıyla bir küçüğün evlat edinilebilmesi, ancak onun yararının bulunduğu durumlarda söz konusu olabilmektedir. Evlat edinme ise bir mahkeme kararı ile gerçekleşmektedir. Evlat edinme kararı verilirken ise, öncelik her ne kadar çocuğun yararı olsa da hâkimin geniş bir takdir hakkı bulunmakta ve hâkim evlat edinmek isteyen kişilerin bir çocuğu bakıp büyütme, onu eğitmek konusunda yani doğru ebeveynlik yapmak bakımından yeterli olup olmadığını da göz önünde bulundurmaktadır. Bu husus da hâkime pek çok ülke hukukunda olmayan bir yetki olarak tanınmaktadır.

Evlat edinmeye karar verilmesiyle birlikte, evlat edinilen ile evlat edinen/edinenler arasında bir soybağı ilişkisi kurulmakta; bunun bir sonucu olarak da öz anne ve babaya ait hak ve yükümlülükler evlat edinen kişi ya da kişilere geçmektedir.

## KAYNAKÇA

- A. Güvercin (2005). *Yabancıların Evlat Edinmelerinin Uluslararası Hukuk Açısından İncelenmesi ve Türk Hukuku ile Amerikan Hukukunda Evlat Edinmeye İlişkin Düzenlemeler*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli: Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü
- A. J. Matusow (1984). *The Unraveling of America: A History of Liberalism in the 1960s*. Harper and Row, New York.
- A. Kadushin (1980). *Child Welfare Services*, 3d ed., Macmillan, New York.
- B. A. Garner (2009). *Black's Law Dictionary*.
- B. Q. Madison/M. Schapiro (1973). Black Adoption—Issues and Policies: Review of the Literature. *Social Service Review* 47, s. 531–560.
- B. Wishy (1967). *The Child and the Republic: The Dawn of Modern American Child Nurture*. University of Pennsylvania Press, Philadelphia.
- C. R. Mabry/L.Kelly (2006). *Adoption Law: Theory, Policy, and Practice*, Buffalo, NY
- D. R. Rapke (1999). *A Critical History Of American Adoption Law*. 102 W. Va. L. S.
- E. A. Hoyt/M. Sherman (1996). Adoption and the Law in Vermont, 1804-1863: An Introductory Essay. *Vermont History* 64: 159-173.
- E. Gray (2009). Open versus Closed Adoption. *The Journal of Undergraduate Nursing Writing*. Volume 3, Number 1, s. 27
- E. W. Carp (1998). *Family Matters: Secrecy and Disclosure in the History of Adoption*. Harvard University Press, Cambridge.

- E. W. Carp (2002). *Adoption in America: A Historical Overview of American Adoption*, University of Michigan Press.
- E. T. May (1995). *Barren in the Promised Land: Childless Americans and the Pursuit of Happiness*. Basic Books, New York.
- G-F.D. Ma (1948). *One Hundred Years of Public Services for Children in Minnesota*. University of Chicago Press, Chicago.
- G. K. Behlmer (1998). *Friends of the Family: The English Home and its Guardian*. Chap. 6, Stanford University Press, Stanford.
- G. P. Ahlers (2014). Adoption Law In The United States: A Pathfinder. *Child And Family Law Journal*, Vol:2:21
- H. Altstein/R. J. Simon (1990). *introduction to Intercountry Adoption: A Multinational Perspective*, New York.
- H. Altstein/R. J. Simon (1977). Transracial Adoption:An Examination of an American Phenomenon. *Journal of Social Welfare* 4, s. 65.
- H. D. Krause/L. D. Elrod/M. Garrison/J. T. Oldham (2003). *Family Law. Cases, Comments, and Questions*. Minnesota.
- H. Fradkin (1958). Adoptive Parents for Children with Special Needs. *Child Welfare* 37, s. 1-6.
- H. L. Witmer (1963). *Independent Adoptions: A Follow-up Study*. Russell Sage Foundation, New York
- J. Demos (1970). *A Little Commonwealth: Family Life in Plymouth Colony*. New York University Press, New York
- J. E. Rein (1984). Relatives by Blood, Adoption, and Association: Who Should Get What and Why (The Impact of Adoptions, Adult Adoptions, and Equitable Adoptions on Instate Succession and Class Gifts). *37 Vanderbilt Law Review*. s. 711 – 770.
- J. H. Hollinger (1995). “Aftermath of Adoption: Legal and Social Consequences,”in *Adoption Law and Practice*, 1995 supp.,ed.Hollinger et al.(New York: Matthew Bender, 1995), 2:51, app. 13-A.
- J.S. Zainaldin (1979). The Emergence of a Modern American Family Law: Child Custody, Adoption, and the Courts, 1796–1851. *Northwestern University Law Review* 73, s. 1038-1089.
- L. Gaddie (2009). Open Adoption. *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*. Vol. 22, s. 501.
- L. Kuntz (2013). *Das gesetzliche Erbrecht des Adoptivkindes in den USA*. München: Carl Heymanns Verlag.
- M. Grossberg (1985). *Governing the Hearth: Law and the Family in Nineteenth-Century America*, University of North Carolina Press
- McCauliff(1986). The First English Adoption Law and Its American Precursors, *Seton Hall Law Review*,16:656-77.
- N. R.Cahn (1999).Children’s Interest in a Familial Context: Poverty,Foster Care, and Adoption. *Ohio State Law Journal* 60, s. 1189–1190.
- R. P. Barth,“A Decade Later: Outcomes of Permanency Planning,”in *The Adoption Assistance and Child Welfare Act of 1980 (Public Law 96-272): The First Ten Years* (St. Paul, Minn.: North American Council on Adoptable Children, 1990);
- P. Romanofsky (1969). *Early History of Adoption Practices, 1870–1930*. University of Missouri at Columbia,
- R. A. W. Howe (1983). Adoption Practice, Issues, and Laws, 1958-1983. *Family Law Quarterly* Vol. 17, No. 2, s. 182.
- R. C. Bell (1999). Virtual Adoption: The Diffuculty of creating an exception to the Statuary Scheme. *Stetson Law Review*. Vol. XXIX.
- R. Frank (1956). What the Adoption Worker Should Know about Infertility, *Child Welfare* 35, s. 1-5.
- R. Gordon (1999). Drifting Through Byzantium: The Promise and Failure of the Adoption and Safe Families Act of 1997. *Minnesota Law Review* 83, s. 637–701

- R. L. Jenkins (1935). *On Adopting a Baby: Rules for Prospective Adoptive Parents*, *Hygeia* 13, s. 1068 vd.
- R. Muncy (1991). *Creating a Female Dominion in American Reform, 1890–1935*. chap. 2. Oxford University Press, New York.
- R. Pannor/A. Baran (1984). Open Adoption as Standard Practice. *Child Welfare* 63, s. 245-250.
- S. B. Presser, The Historical Background of the American Law of Adoption, *Journal of Family Law* 11 (1971–72): 443–516.
- W.M.Mcgovern, S.F.Kurtz ve J.E.Rein (1988). *Wills, Trusts, and Estates. Including Taxation and Future Interests*. St. Paul, Minnesota.
- Y. Altuğ (1957). Türk ve Birleşik Amerika Devletleri Hukukunda Evlat Edinme Üzerinde Bir İnceleme. *İÜHFD*, 22(1-4). İstanbul,
- Z. R.Turitz,(1967). *Development and Use of National Standards for Child Welfare Services*,”*Child Welfare* 46, s. 246-248.

# Komisyon'un COM (2020) 64 Final Raporu Işığında Yapay Zekânın Hatalı İşleyişi İle İlgili Ürün Sorumluluğu Hukukuna İlişkin Düşünceler\*

Von RA Prof. Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln\*\*

İpek B. Aldemir Toprak\*\*\* 

Avrupa Komisyonu'nun 19 Şubat 2020 tarihli "Yapay Zekâ, Nesnelerin İnterneti ve Robotiklerin Güvenlik ve Sorumluluk Bakımından Etkileri"<sup>1</sup> konulu raporunu yakın bir incelemeye tabi tutmak, en azından güncel durumlar için ilgi çekicidir. Bununla birlikte, söz konusu araçların kullanımında "güvenliğin" nasıl sağlanabileceği sorusu, yasal koşulların ağırlık noktasını oluşturmamalıdır. Zira bu yasal koşullar, yalnızca belirli (tamamlanmamış) bir bölüme kadar mevcuttur. Yapay zekânın – aynı zamanda nesnelerin interneti veya robotiğin – hatalı işleyişi ve bir zarara yol açtığı durumlar için öngörülen kavramsal hukukî esaslara dikkat etmek, tercihe şayan görünmektedir. Bununla birlikte, bu araçların kullanımında "güvenliğin" nasıl sağlanabileceğine dair yasal önkoşullara vurgu yapılmamalıdır, çünkü bunlar sadece belirli (eksik) bir dereceye kadar mevcuttur.

## A. Örüntünün Tanımlanması

### 1. Yapay Zekâ (KI), Nesnelerin İnterneti (IoT) ve Robotik İçin

Komisyon'un, aşağıdaki ifadesinde yer verdiği önemli özellikler, burada yapılacak değerlendirmeler<sup>2</sup> için belirleyici niteliktedir:

"Yapay zekâ, nesnelerin interneti ve robotik birçok ortak özelliğe sahiptir. Bu özellikler, görevleri insanın hiç sevk ve idaresi veya denetimi olmadan ya da bunun çok azı ile yerine getirmek için **bağlanabilirlik (Konnektivität)**, **otonomi (Autonomie)** ve **veri bağımlılığını (Datenabhängigkeit)** birbiriyle ilişkilendirir. Ayrıca yapay zekâ destekli sistemler, kendi deneyimlerinden öğrenmek suretiyle performanslarını iyileştirebilirler. Bu sistemlerin **karmaşıklık (Komplexität)**, hem **tedarik zincirinde (Lieferkette)** yer alan ekonomik aktörlerin çeşitliliğinde hem de birlikte yeni teknolojik ekosistemler oluşturan bileşenlerin, parçaların, yazılımların, sistemlerin veya hizmetlerin çok sayıda

\* Makale, "Produkthaftungsrechtliche Erwägungen beim Versagen Künstlicher Intelligenz (KI) unter Beachtung der Mitteilung der Kommission COM (2020) 64 final" başlığı ile VuR 2020, 248'de Almanca olarak yayınlanmış olup yazarın izni ile Türkçe'ye çevrilmiş ve yayınlanmıştır.

\*\* Avukat.

\*\*\* Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı

<sup>1</sup> COM (2020) 64 Final Raporu.

<sup>2</sup> Bu konuda ve Komisyon'un (COM 2020) 66 Beyaz Kağıt Raporu için bkz. Ebers, VuR 2020, 121; ayrıca Lachenmann, ZD-aktuell 2020, 07021; Yapay zekânın kullanımında ortaya çıkan geniş sorumluluk sorunları ile ilgili Komisyon'daki tartışmanın genel durumu hakkında en güncel bilgi için bkz. Seehafer/Kohler, EuZW 2020, 213 (217 f.).

olmasında kendini gösterir. Buna ek olarak, söz konusu teknolojilerin piyasaya sürülmesinden sonra güncelleştirme ve iyileştirmeler için **açıklık (Offenheit)** bulunur. İlgili verilerin büyük miktarda olması, algoritmaların kullanımı ve yapay zekânın karar alma süreçlerinin **şeffaf olmayışı (Opazität)**, yapay zekâ destekli bir ürünün davranışını öngörmeyi ve zararı ortaya çıkaran potansiyel nedenleri anlamayı zorlaştırmaktadır. Nihayetinde, **bağlanabilirlik (Konnektivität)** ve **açıklık (Offenheit)**, yapay zekâ ve nesnelerin interneti ürünlerini siber tehditlere açık hale getirebilir<sup>3</sup>.

Komisyon'un, burada bahsi geçen önemli terimlerin bazılarını, sonraki ifadelerinde daha geniş tanımlandığı vurgulanmalıdır<sup>4</sup>.

## II. Otonomi

Komisyon, yapay zekânın soyut özelliklerinin içeriğini anlamak için gerekli olan otonomi kavramını şu şekilde tanımlamaktadır: "Otonomi, yapay zekânın temel özelliklerinden biridir. Yapay zekâdan kaynaklanan istenmeyen sonuçlar, kullanıcılara ve tehlikeye maruz kalan kişilere zarar verebilir"<sup>5</sup>.

Komisyon, bir yapay zekânın kendi kendine öğrenmesinin ("derin öğrenme") genellikle geliştiricilerin kavramsal olarak önceden belirlediği ölçütlere göre gerçekleştiğini vurgulasa da<sup>6</sup>; sonuç itibarıyla şu hususu göz önünde bulundurarak görüşünü değiştirmeyi düşünmelidir: Yapay zekânın "kendi kendine öğrenme etkisi" nedeniyle "bir makine şartlara bağlı olarak üreticilerin başlangıçta amaçladığından ve bunun sonucunda kullanıcıların beklediğinden farklı kararlar alabilir"<sup>7</sup>. Bu konu, yapay zekânın başlangıçta yapılan tanımında detaylı olarak zaten ele alınmaktadır. Şöyle ki, bu tanımda, – özellikle "kendi kendine öğrenme etkisi" nedeniyle-, yapay zekânın görevleri "ya insanın sevk ve idaresi veya denetimi olmadan ya da yalnızca bunun çok azı" ile yerine getirmesinden bahsedilmektedir<sup>8</sup>. Komisyon, aynı zamanda "Avrupa Birliği'nin, mevcut ürün güvenlik düzenlemelerinde kendi kendine öğrenen yapay zekâ ürünleri ve sistemleri ile ilgili olarak insan denetimini açıkça ele almadığını" da belirtmektedir<sup>9</sup>.

3 COM (2020) 64 Final Raporu, 2 (Orijinal metindeki kalın yazı tipi ile yazılmış kısım).

4 Yapay zekânın hatalı davranması halinde ortaya çıkan farklı sorumluluk meseleleri ve uygun reform önerileri için bkz. *Rott*, (Bilirkişi Raporundan Alıntı), erişim adresi: [https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/04/gutachten\\_handlungsbedarf\\_im\\_haftungsrecht.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2018/05/04/gutachten_handlungsbedarf_im_haftungsrecht.pdf); Avrupa Tüketicinin Korunması Birliği (BEUC)'nin görüşü için bkz. *Schmon*, IWRZ 2018, 254 ff.

5 COM (2020) 64 Final Raporu, 8.

6 COM (2020) 64 Final Raporu, Fn 34: "Yapay zekâ destekli ürünler, çevrelerini algılayarak ve önceden belirlenmiş talimatlara riayet etmeden otonom bir şekilde hareket edebilirler. Ancak bu ürünlerin davranışları, belirlenen amaç ve geliştiricilerinin ilgili diğer kavramsal kararları ile sınırlıdır."

7 COM (2020) 64 Final Raporu, 9.

8 COM (2020) 64 Final Raporu, 2.

9 COM (2020) 64 Final Raporu, 9.

## B. Ürün Hatası Kavramına İlişkin Etki

### I. Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun İlkeleri

-Yapay zekâ, nesnelerin interneti veya robotiğin hatalı işleyişinden kaynaklanan sorumluluk risklerini – kişinin yaralanması, ölümü veya mala verilen zararı – BGB Art. 823 Abs. 1'den ortaya çıkarılan genel davranış yükümlülüğü kavramı<sup>10</sup> gibi – yeterince kapsayan daha geniş uyumlaştırmalar yapılmalıdır. Bu uyumlaştırmalar olmadan ulusal haksız fiil hukuku ve dolayısıyla kusura bağlı sorumluluk sistemlerinin uygun olmayacağı açıktır. Bu sebeple, Komisyon'un – yapay zekâ, nesnelerin interneti ve robotiğin tanımına ilişkin ele alınması gereken diğer düşünceleri de dâhil – ulusal haksız fiil hukukunda değişiklik yapılmasının ne ölçüde uygun ve gerekli olduğu sorusu cevaplandırılmalıdır. Komisyon tarafından ortaya atılan bu sorunun cevaplandırılması için<sup>11</sup> 1985/374 sayılı Üreticinin Sorumluluğuna İlişkin Avrupa Konseyi Direktifi'nin<sup>12</sup> hükümlerine başvurulması gerekir<sup>13</sup>. Zira, bu Direktif'te hatalı ürünlerden doğan sorumluluk ile tüketicinin haklarının korunması için yasal bir tehlike sorumluluğu yani: üreticinin, kısmî üreticinin ve son olarak da nihaî dağıtıcının kusursuz sorumluluğu öngörülmektedir. Dolayısıyla, yapay zekâ, nesnelerin interneti ve robotiğin hatalı bir davranışı için daha geniş mülahazaların temeli olarak sadece bu unsurdan yola çıkılması güvenilirdir<sup>14</sup>. Bu çıkış noktası, aşağıda yer alan diğer düşüncelere yol açmaktadır:

### I. Ürün Olarak Yazılım

Almanya'da Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun 2. maddesine<sup>15</sup> ilişkin yorumlar, sürekli olarak “yazılımın” da bu düzenleme anlamında ürün olarak<sup>16</sup> nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>17</sup>. Fakat Komisyon, haklı olarak yazılımın – cismanî olmayan – ürün veya hizmet olarak sınıflandırılmasının göz önünde bulundurulması gerektiği görüşündedir<sup>18</sup>. Komisyon'a göre: “Cismanî bir ürünün sevk ve idaresini kontrol etmek için oluşturulan yazılım, her ne kadar bu ürünün parçası veya bütünüyleyi parçası olarak kabul edilebilecekse de; bağımsız yazılımın kendine özgü bazı formlarını

10 Bu konuda ayrıca bkz. *Foerste*, in: *Foerste/Graf von Westphalen*, *Produkthaftungs-Handbuch*, 3. Aufl. 2012, § 24 Rn. 3 ff.

11 Bu Direktif'in yorumundan ortaya çıkan yapay zekânın hatalı davranışından doğan sorumluluğa ilişkin sorular için bkz. *Seehafer/Kohler*, *EuZW* 2020, 213 ff.; *de Meuss*, *EuCML* 2019, 149 (153); *Riehm/Meier*, *EuCML* 2019, 161 (164 ff.); otonom sürüş sorunlarına dair güncel bilgi için bkz. *Teichmann/Falker*, *CCZ* 2020, 89 vd.; temel hakların, özellikle de insan onurunun güvence altına alınmasıyla ilgili olağandışı zor sorular hakkında kapsamlı bilgi için bkz. *Geminn*, *DÖV* 2020, 172 ff.; AB Dijital Temel Haklar Şartı'na duyulan ihtiyaç için bkz. *Graf von Westphalen*, *BB* 2018, 899 ff.

12 *ABl.* 1985, L210/29, 07.08.1985.

13 Kapsamlı antoloji için bkz. *Lohsse/Schulze/Staudenmayer*, *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, 2019, Eserin muhtelif yerlerinde.

14 COM (2020) 64 Final Raporu, 14.

15 “Bu kanun anlamında ürün, başka bir taşınır veya taşınmaz eşyanın parçası olsa bile, taşınır bir eşya ve elektriktir.”

16 *Rott*, *Bilirkişi Raporu* (Fn 4), 15 ff.

17 *MünchKommBGB/Wagner*, 7. Aufl. 2017, *ProdHaftG*, § 2 Rn. 20; *BeckOGK/Rebin*, Stand: 01.03.2020, § 2 *ProdHaftG* Rn. 54; *Graf von Westphalen*, in: *Foerste/Graf von Westphalen* (Fn.10), § 47 Rn. 40 ff.; standart yazılım ile ilgili olarak bkz. *Taschner/Frietsch*, *Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungs-Richtlinie*, 2. Aufl. 1990, Art. 6 Rn. 28; güncel bilgi için bkz. *Wagner*, *AcP* 217 (2017), 708 (717 f.).

18 COM (2020) 64 Final Raporu, 17.

sınıflandırmak çok zor olabilir”<sup>19</sup>. Ürünler ve hizmetler, giderek daha fazla birbirine bağlanmakta ve etkileşime girmektedir. Bundan dolayı, Komisyon haklı olarak karmaşıklık yönünü vurgulamaktadır. Zira yapay zekâ uygulamaları, sıklıkla “birçok farklı ağa bağlı cihazların ve hizmetlerin etkileşime girdiği karmaşık nesnelerin interneti çevrelerine entegre edilir”<sup>20</sup>.

## 2. Yapay Zekânın Karmaşıklığı Yönü

Daha da gelişecek karmaşıklık düşüncesi, zarar görenin belirli bir ürün hatası dolayısıyla ispat etmekle yükümlü olduğu ürün sorumluluğu hukukuna ilişkin nedensellik sorunlarını açıkça etkiler. Burada Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan “ürün” tanımı dikkate alındığında, Komisyon'un – yapay zekâ, nesnelerin interneti ve robotiklerin sorumluluğu ile ilgili olarak – her durumda yazılıma özgü hizmetleri<sup>21</sup> ve dolayısıyla neden olunan hatalardan sorumluluğu kapsayan yeni bir tanım denemekten kaçınmayacağına dikkat çekilmelidir.

Bununla birlikte, daha yakından bakıldığında Komisyon'un derinlemesine incelenmesi gereken ifadesinin biraz şifreli olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki, Komisyon'a göre: “Ürün Sorumluluğu Direktifi'nde “ürün” kavramı geniş ele alınmaktadır. Buna rağmen, yeni teknolojilerin karmaşıklığını daha iyi hesaba katmak ve hatalı ürünlerin yazılım veya diğer dijital özellikler nedeniyle yol açtıkları zararların daima tazminini sağlamak için bu kavramın uygulama alanı, daha da açıklığa kavuşturulabilir”<sup>22</sup>.

Öyleyse tazminat sorumluluğunun tespit edildiği merkezî kavram, “ürün” değil, bilakis öncelikle “hatalı” üründür. Böylece Komisyon'un söz konusu ifadeleri-(kendi kendine öğrenen) bir yapay zekânın hatalı davranması hali de dâhil – tüm hukukî sorumluluk meselelerinin “ürünün” bir hatasının varlığına bağlı olduğu temel düşüncesini belirleyici bir şekilde doğrulamaktadır. Bununla birlikte, görüleceği gibi her şey otonom çalışan bir yapay zekâda böyle bir hatayı tespit etmeye bağlıdır<sup>23</sup>. Bu, kilit noktayı oluşturmaktadır<sup>24</sup>.

## II. Ürün Hatası – Yapay Zekânın Otonom Davranışları

### 1. Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun 3. Maddesine Göre Çıkış Noktası

Bu noktada zarlar atılıyor<sup>25</sup>. Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun 3. maddesine göre, ürün hatasının (şu ana kadar ki) tanımı, zarara yol açan bir ürün hatasının – ideal – kullanıcının haklı

19 Ibid.

20 Ibid.

21 Aynı şekilde bkz. *Rott*, Bilirkişi Raporu (Fn 4), 17 f.

22 COM (2020) 64 Final Raporu, 17.

23 Ayrıntılı olarak bkz. *Wagner*, AcP 2017 (217), 708 (724 ff.).

24 Ayrıca ayrıntılı olarak bkz. *Borghetti*, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Fn. 13), 63 ff; ayrıca *Wagner*, AcP 2017 (217), 708 (724).

25 *Seehafer/Kohler*, EuZW 2020, 213 (214); *Rott*, Gutachten (Fn. 4), 23 ff.

güvenlik beklentilerine aykırı olduğuna dayanmaktadır<sup>26</sup>. Bu açıdan bakıldığında “hata” kavramı salt sebebe bağlı sorumluluktan kaçınmak için ek bir sorumluluk şartı<sup>27</sup> olarak anlaşılmalıdır<sup>28</sup>. Şöyle ki, sorumluluğu oluşturan bu unsurdan vazgeçilirse, ispat sorunu ağırlaştırılmış sebebe bağlı sorumluluk kapsamında belirleyici hâle gelecektir: Zarar gören daha sonra “sadece”, ürünün amaçlanana uygun<sup>29</sup> veya öngörülebilir; ancak belirlenenin aksine kullanımı sırasında<sup>30</sup> zarara uğradığını kanıtlamak zorunda kalacaktır. Bu ispat edildiği takdirde, söz konusu “ürünün” hatalı olduğu ve kullanıcı için bütün koşullar dikkate alındığında<sup>31</sup> – sosyal uygunluk bakımından – beklenebilecek güvenliğin sağlanmadığı da kanıtlanmış olur (§ 3 Abs. 1 ProdHaftG).

## 2. Komisyon’un İmaları: Yapay Zekânın Kullanılması Hâlinde Sebebe Bağlı Sorumluluk

Komisyon özellikle yapay zekânın kullanılması hâlinde sebebe bağlı sorumluluğu, onun hatalı davranışından doğan sorumluluğun özelliklerini dikkate alarak daha açık bir dille şöyle anlatmaktadır: “Karmaşık bir ekosistemde farklı dijital bileşenlerin kombinasyonu” şekillenen ve “katılımcı aktörlerin çeşitliliği” ile karakterize olan yapay zekânın hatalı davranışı üstesinden gelinmesi gereken sıkıntıdır<sup>32</sup>. Bu sebeple, Komisyon, – bir ürünün birleştirildiği veya bir hizmet olarak piyasaya sürüldüğü yazılımlar da dâhil olmak üzere – “ürün” terimini açıklığa kavuşturmaya çalışmaktadır. Tekrarlamak gerekirse, “yazılım veya diğer dijital özelliklerden kaynaklanan hatalı ürünlerin neden olduğu zararların daima tazmin edilmesini sağlamak” hukuk politikasının amacıdır<sup>33</sup>.

## 3. Özel Problem: Yapay Zekânın Sonraki Değişiklikleri

a) *Mevcut Hukuki Durum* Yapay zekânın hatalı davranışları ve bunun sonucunda ortaya çıkan zarar için sebebe bağlı sorumluluk düşüncesi takip edilirse, Komisyon’un başlangıçta yapay zekâyı karakterize etmek için kullandığı “açıklık” kavramının devreye sokulması gerekir. Komisyon raporunda, “bu teknolojilerin piyasaya sürülmesinden sonra, güncellemeler ve iyileştirmeler için açıklık olduğunu” ifade etmektedir<sup>34</sup>. Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu’nun 1. maddesinin şu ana kadarki anlayışından hareket ederek üreticinin, ürettiği ve aynı zamanda piyasaya sürdüğü bir ürünün objektif olarak gerekli ve kendisinden beklenen güvenlik kurallarına riayet edip etmediği ve uygun önlemleri alıp almadığı sorusu değerlendirilirken, yalnızca piyasaya sürme ânı esas alınır. Piyasaya sürülme ânında, ürün hatasının mevcut olması gerekir<sup>35</sup>. Bu ise zarar gören tarafından ispat

26 BeckOGK/Goehl, Stand: 01.06.2019, § 3 ProdHaftG Rn. 17; Graf von Westphalen, in: Foerste/Graf von Westphalen (Fn. 10), § 49 Rn. 10 ff.

27 MünchKommBGB/Wagner (Fn. 17), § 3 ProdHaftG Rn. 1.

28 Graf von Westphalen, in: Foerste/Graf von Westphalen (Fn. 10), § 48 Rn. 1.

29 BGH NJW 1988, 2611 – Patlayan limonata şişesi kararı.

30 MünchKommBGB/Wagner (Fn. 17), § 3 ProdHaftG Rn. 23.

31 BeckOGK/Goehl (Fn. 26), § 3 ProdHaftG Rn. 33 ff.

32 COM (2020) 64 Final Raporu, 17.

33 Ibid.

34 COM (2020) 64 Final Raporu, 2 (Orijinal metindeki kalın yazı tipi ile yazılmış kısım).

35 Özellikle ayrıntılı olarak bkz. Graf von Westphalen, in: Foerste/Graf von Westphalen (Fn. 10), § 46 Rn. 33 ff.



edilmelidir<sup>36</sup>. Dolayısıyla, ürün kullanıcısının (haklı) güvenlik beklentilerinin garantörü, geliştirme, tasarım<sup>37</sup>, üretim ve talimat sırasında borçlanılan güvenlik önlemlerinin uyumlu hale getirilmesi gereken bilim ve teknolojinin o anki durumudur (§ 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG)<sup>38</sup>.

BGB Art. 823 Abs. 1'de düzenlenmiş olan haksız fiil hukuku iki özellik ile karakterize edilir: Bunlardan ilki, Alman Federal Mahkemesi'nin kararına göre, – zarar gören rolüyle de – bir tüketicinin mutlak güvenlik bekleyemeyeceğidir<sup>39</sup>. Alman Federal Mahkemesi vermiş olduğu karar ile bir ürünün üreticisinin yerine getirmesi gereken güvenlik gereklerini, orantılılık esası ile uyarlayarak şu ilkeyi doğrulamaktadır: Ürün ne kadar tehlikeli olursa, güvenlik gerekleri de hem borçlanılan genel davranış yükümlülüklerinin objektif bakımdan yerine getirilmesi için hem de beklenebilirlik unsuru açısından o kadar yüksek olur<sup>40</sup>. – İkinci olarak – üretici, bir ürünün piyasaya sürülmesinden sonra – beklenmeyen ve öngörülmeven bir hatanın bulunduğu bilgisini elde ederse, BGB § 823 Abs. 1 kapsamında, tehlikeyi önleme yükümlülüğünü – ürün gözlem yükümlülüğünü<sup>41</sup> – bir uyarı<sup>42</sup> veya ürünün geri çağırılması şeklinde yerine getirir. Ürünün geri çağırılması, özellikle ürün güvenliği hukuku kapsamında – aynı zamanda resmî bir düzenlemenin temeli (§ 26 Abs. 2 Nr. 7 ProdSG)<sup>43</sup> – olarak kabul edilir<sup>44</sup>.

b) *Komisyon'un Değerlendirmeleri* Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu hükümleri, herhangi bir ürün gözlemeleme yükümlülüğü<sup>45</sup> öngörmemektedir<sup>46</sup>. Bu husus dikkate alındığında, Komisyon'un haklı olarak kullanmaya başladığı yapay zekâ sistemlerinin “açıklığı”, bir ürünü “piyasaya sürme” kavramının zararın ortaya çıkması halinde artık sorumluluğu belirleyici bağlama noktası olarak ele alınmamasına yol açmaktadır. Komisyon bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: “Ürünlerin değişebileceği ve değiştirilebileceğini göz önünde bulundurmak için, Ürün Sorumluluğu Direktifi'nde kullanılmakta olan ‘piyasaya sürme’ terimi, Avrupa Birliği'nin ürün güvenliği kapsamında yer alan

36 İspat yükü özellikle de Direktif'e göre bir sorumluluk kapsamında yer alan ispat derecesi ile ilgili çeşitli sorunlar için bkz. *Rott, Gutachten* (Fn. 4), 26 ff.

37 § 1 f. 2/5 ProdHaftG yalnızca bu hata kategorisinde uygulanır. Zira bu hüküm, sadece gelişim riskleri ile ilgilidir. Bu yüzden bir fabrikasyon hatasının varlığı halinde bu hükmeye başvurulmaz. Bkz. BGH NJW 1995, 2162 (2163) – Geri dönüşümlü cam şişe kararı.

38 BeckOGK/Seibl, Stand: 01.02.2020, § 1 ProdHaftG Rn. 121; *Wagner*, AcP 217 (2017), 708 (724 ff.); Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGH NJW 2009, 2952 (2955) – Hava yastığı kararı.

39 Ayrıntı olarak bkz. *Wagner*, AcP 217 (2017), 708 (728 f.).

40 BGH NJW 2009, 1669, Rn. 8 ff. – Kiraz vadisi kararı; ürün sorumluluğu dışında, fakat § 823 Abs. 1 BGB kapsamında ayrıca bkz. BGH NJW 2013, 48, Rn. 7 f. – Dal kırılması kararı.

41 Kapsamlı bilgi için bkz. *Foerste*, in: *Foerste/Graf von Westphalen* (Fn. 10), § 24 Rn. 372 ff.

42 Temel karar BGH NJW 2009, 1080 – Bakım yatakları kararı; ayrıca *Klindt*, BB 2009, 792; *Molitoris*, NJW 2009, 1049; Avrupa Adalet Divanı Kararı için de bkz. VersR 2015, 900 – Boston bilimsel kararı; bunu takiben BGH VersR 2015, 1038; ayrıntılı olarak bkz. *Koch*, VersR 2015, 1467 ff.

43 Bu konuda bkz. *Schucht*, in: *Klindt, Produktsicherheitsgesetz*, 2. Aufl. 2015, § 26 ProdSG Rn. 155 ff.

44 Ayrıca bkz. *MünchKommBGB/Wagner* (Fn. 17), § 823 Rn. 841 ff.

45 Pasif ve aktif yükümlülük arasındaki fark için bkz. *Kullmann*, NZV 2002, 1 (6); *Foerste*, in: *Foerste/Graf von Westphalen* (Fn. 10), § 24 Rn. 376.

46 *Graf von Westphalen*, in: *Foerste/Graf von Westphalen* (Fn. 10), § 46 Rn. 69; ayrıca: BGH BB 1970, 1414 – Bremsen; ayrıca kapsamlı olarak bkz. BGH NJW 2009, 1080 – Bakım yatakları kararı.

ilgili değişikliklerle sıkı bir uyum içinde revize edilebilir. Ayrıca bu, bir ürünlerdeki değişikliklerden kimin sorumlu olduğunu açıklığa kavuşturmaya da katkıda bulunabilir”<sup>47</sup>.

Komisyon bu bakış açısını, piyasaya sürülecek bir yapay zekânın gerekli risk değerlendirmesi bağlamında benimser ve üreticinin ürünü gözleme yükümlülüğü olduğunu esas alır. Komisyon’a göre: “Ürünün piyasaya sürülmesinden önce yapılan risk değerlendirmesine ek olarak, kullanım süresi boyunca esaslı değişikliğe uğrayan ürünlere yeni bir risk değerlendirme yöntemi uygulanabilir. Üreticinin başlangıçtaki risk değerlendirmesinde öngöremediği bir değişikliğin ürünün işleyişinde ortaya çıkması esaslı değişikliğe örnek teşkil eder. Bu risk değerlendirme, otonom davranışın ürünün tüm kullanım süresi boyunca güvenlik üzerindeki etkilerine odaklanmalıdır. Söz konusu değerlendirme, ilgili ekonomik aktör tarafından yerine getirilmelidir. Ayrıca, Avrupa Birliği’nin ilgili hukukî düzenlemeleri, üreticilere kullanıcılar için ürün kullanım talimatları ve uyarılar sunmalarına ilişkin daha sıkı şartlar getirebilir”<sup>48</sup>.

Ancak bu ifadenin önemli noktası, – kendi kendine öğrenen – bir yapay zekânın en ileri görüşlü güvenlik ve risk testlerinin bile, “tüm kullanım süresi boyunca” yapay zekânın davranışının otonom olması ilkesinden kaynaklanan değişiklikleri hesaba katamamasıdır.

### ***C. Özel Yöneler: Yapay Zekânın Otonom Olması ve Kendi Kendine Öğrenme Etkisi***

#### ***I. Konu***

Bir ürün kullanıcısı, esasen Alman Federal Mahkemesi’nin içtihadı anlamında piyasaya sürülen bir ürünü amacına uygun kullandığı takdirde kişi varlığı haklarının zarar görmeyeceğine ilişkin bir beklentiye sahiptir veya böyle bir beklentiye sahip olabilir. Yapay zekâ, nesnelerin interneti veya robotiğin kullanımında da – doğal olarak – bundan yola çıkılması gerekir<sup>49</sup>. Komisyon da “piyasaya sürülen bütün ürünlerin, kullanım süresi boyunca ve makul olarak beklenebilecek kullanım için güvenli olduğu” çıkış noktasını kabul etmektedir<sup>50</sup>.

Bu iyi gerekçelendirilmiş bakış açısı kendi kendine öğrenen yapay zekânın etkilerine dair bir ikileme yol açar. Zira yapay zekânın kendi kendine öğrenme etkisi, özelliklerini değiştirmesini ifade eder. Komisyon raporunda şu ifadeler yer vermektedir: “Otonomi, – güvenlik özellikleri de dâhil – ürünün özelliklerini önemli ölçüde değiştirebildiği için bir ürünün güvenliğini olumsuz etkileyebilir”<sup>51</sup>.

Bu düşünce, yapay zekânın otonom yapısı ve kendi kendine öğrenme etkisi sebebiyle oluşan kullanıcının güvenliği için zararlı değişiklikleri, üreticinin bilim ve teknolojinin durumuna göre (§ 1 Abs.

47 COM (2020) 64 Final Raporu, 19.

48 COM (2020) 64 Final Raporu, 9.

49 BGH NJW 1990, 906 – At nakil vagonu kararı.

50 COM (2020) 64 Final Raporu, 19.

51 COM (2020) 64 Final Raporu, 19.

2 Nr. 5 ProdHaftG) engelleyip engelleyemeyeceğine<sup>52</sup> ve sonuç olarak öngörüp öngöremeyeceğine<sup>53</sup> kaçınılmaz bir şekilde yol açar. Burada gelecekteki sorumluluk kuralının önemli bir noktası yer almaktadır. Zech'in temel düşüncelerine<sup>54</sup> riayet edilirse, kendi kendine öğrenen yapay zekânın belirli bir hata marjının bulunduğu ve zarara yol açmasının, -“doğasında yer alan bir davranış” olduğu – hesaba katılmalıdır<sup>55</sup>. Bu durum, yapay zekânın temelinde yatan (matematiksel) aksiyomun bir sonucudur. Söz konusu olgu, – ön değerlendirmede – zarara neden olan yapay zekâ davranışının öngörülebilirliğinin sınırlı olmasına yol açar. Ancak – nihai değerlendirmede – bu durum, zararın gerçek sebebinin sınırlandırılmış bir şekilde “aydınlatılmasını” ve “açıklanmasını” sağlar<sup>56</sup>.

Zarar görenin ispat yükünü ağırlaştırılan problemler ayrıca ele alınacaktır. Bununla birlikte, öncelikle hukuk politikası açısından çözülmesi gereken temel bir soru ön plâna çıkmaktadır. Bu soru kendi kendine öğrenen ancak zarara yol açan bir yapay zekânın artık risklerinin, zarar görene mi yüklenmek isteneceği; yoksa zarara neden olan hatalı davranışı için sebebe bağlı sorumluluk kurmaya yönelik çözüm yaklaşımının mı tercih edileceğidir. İkinci yol benimsenecek olursa, üreticinin mi yoksa yapay zekâ işleteninin mi sorumlu tutulduğunun yeniden açıklanması gerekir. İşletenin sorumlu tutulması, – motorlu araç işletenin ağırlaştırılmış sorumluluğunda olduğu gibi – üreticinin sorumluluğunu hafifletir<sup>57</sup>. Yapay zekânın ortaya çıkardığı zarar verici durumları – motorlu aracın malî mesuliyet sigortasına benzer şekilde – zorunlu sigorta ile “herkesin omzuna yüklemek” alternatif bir yoldur<sup>58</sup>. Bu husus da ele alınacaktır.

## II. Yapay Zekânın Kendi Kendine Öğrenme Etkisinin Olası Sonuçları

Komisyon'un ifadesi benimsenirse, – otonom olması ve “kendi kendine (derin) öğrenmesi” nedeniyle – bir yapay zekâ, “üreticilerin başlangıçta amaçladığı ve bunun neticesinde kullanıcıların beklediğinden farklı” kararlar alabilir<sup>59</sup>. Fakat o zaman da “insan kontrolüne” ilişkin bir soru ortaya çıkar ve bununla da Komisyon'un da ifade ettiği gibi, insanın “seçtiği hedeflere ulaşmak için kararlar almayı, yapay zekâ ürünlerine ve sistemlerine devretmesine”<sup>60</sup> hukuk düzeninin (temel hakların vazgeçilemez koruması nedeniyle de) cevaz verip vermeyeceği sorusu daha da genişler. Bu durum, – belirtildiği üzere – yapay zekânın öngörülemeyen hatalı davranışları nedeniyle, doğası gereği kusurlu olduğunu ifade eder. Komisyon'a göre: “Otonom hareket eden yapay zekâ uygulamaları, önceden

52 Ayrıntılı bilgi için bkz. Avrupa Adalet Divanı v. 29.05.1997, Rs. C-300/95 – *Kommission/Vereinigtes Königreich*, ECLI:EU:C:1997:255, BeckRS 2004, 76148 – Art. 7 lit. e ilişkin ulusal mahkemenin üstesinden gelmesi gereken yorum zorlukları; ayrıca gelişim risklerinden doğan sorumluluğun istisnasına ilişkin olarak bkz. *Rott*, Gutachten (Fn. 4), 35 f.

53 COM (2020) 64 Final Raporu, 19.

54 *Zech*, Liability for Autonomous Systems: Tackling Specific Risks of Modern IT, in: Lohsse/Schulze/ Staudenmayer (Fn. 13), 187 (192 f.).

55 *Zech*, ZfPW 2019, 198 (205).

56 *Ibid.*

57 Ayrıntı ve rücu aracı olarak ürün sorumluluğu” düşüncesi (otonom sürüş) için bkz. *Wagner*, AcP 217 (2017), 708 (759 f.).

58 Bunun için ayrıca bkz. *Borges*, New Liability Concepts: the Potential of Insurance and Compensation Funds, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Fn. 13), 145 ff.

59 COM (2020) 64 Final Raporu, 9.

60 *Ibid.*

herhangi bir adım tespit edilmeksizin bir görev icra ederler ve insanlar tarafından çok az miktarda idare edilip denetlenebilir veya sonuç itibarıyla hiç sevk ve idare edilmez ya da denetlenmezler”<sup>61</sup>. Komisyon’un bu ifadesi, insanoğlunun sorumluluk hukuku bakımından mesul tutulmaktan ne kadar çok kurtulması gerektiğini açıklığa kavuşturmaktadır.

Ancak burada sorumluluk hukuku bakımından, – şahsî kusur kavramından bağımsız olarak – yapay zekânın, insan tarafından artık sevk ve idare edilmeyen veya denetlenmeyen davranışı ve bu şekilde neden olunan zarar için karar verilmelidir. Zarar görenin, yapay zekâyı amacına uygun veya öngörülebilir biçimde belirlenenin aksine kullanması halinde uğradığı zarar ile yalnız bırakılmaması, sadece hukuk politikasına ilişkin temel bir talep olarak kabul edilebilir<sup>62</sup>.

### **III. Yapay Zekânın Veri Miktarının Olası Sonuçları**

Komisyon’un düzenleyici açıklamaları gereği yapay zekânın hatalı davranışından doğan ağırlaştırılmış sorumlulukta – ve bunun sonucunda kullanıcının maruz kaldığı zararda – dikkate alınması gereken şartları açıklığa kavuşturmak için başka bir husus daha hesaba katılmalıdır. Komisyon’a göre yapay zekâ tarafından desteklenen tüm ürün ve sistemlerin bir özelliği de “verilere bağımlılıktır”<sup>63</sup>. Üretim sürecinin parçası olarak işlenen ve “derin öğrenmeye” uygun olarak sürekli işlenecek büyük veri miktarları karşısında Komisyon, “yapay zekâ destekli sistemlerin ve ürünlerin, üreticinin amaçladığı kararları almasını sağlamak için verilerin doğruluğunun ve konuya olan ilgisinin büyük önem taşıdığını” tespit etmektedir<sup>64</sup>.

Komisyon bu noktada yapay zekânın veri miktarından da kaynaklanan olası hatalı davranma riskini doğrudan hedef almamaktadır. Fakat Avrupa Birliği’nin güvenlik düzenlemelerinde mevcut olan eksikliği, “Avrupa Birliği’nin ürün güvenliği düzenlemelerinde hatalı verilerden kaynaklanan güvenlik riskleri açıkça ele alınmamaktadır.” diyerek vurgulamaktadır<sup>65</sup>.

Ancak burada, şu temel gerçek dikkate alınmalıdır: Avrupa Birliği hukukundaki belgelerin kabulü tecrübelerle göre en az beş yıllık bir süre gerektirir. Bir yapay zekânın, aynı zamanda nesnelerin interneti ve robotiklerin gelişim ve yenilenme döngüsü ise kural olarak bir yıldan çok daha az bir zaman almaktadır. Bu durum tıpkı bir kirpi ve tavşan arasındaki yarışa benzer. Dolayısıyla, Komisyon’un ileri sürdüğü “Avrupa Birliği’nin ürün güvenliği düzenlemelerinin, tasarı aşamasında hatalı verilerden kaynaklanan güvenlik risklerini dikkate almak için özel gereksinimleri ve yapay zekâ ürün ve sistemlerinin bütün kullanım süresi boyunca, veri kalitesinin korunması için mekanizmaları içermesinin gerekip gerekmediği” sorusu<sup>66</sup>, neredeyse ıssız ormanda çaresizce bağırarak gibi okunabilir.

61 COM (2020) 64 Final Raporu, 18.

62 BGH VersR 1972, 1075 – Estil kararı– Olay başlangıcı: Doktor, enjeksiyon esnasında damar ve arteri karıştırır-Sonuç: Kol kaybı.

63 COM (2020) 64 Final Raporu, 10.

64 Ibid.

65 Ibid.

66 COM (2020) 64 Final Raporu, 11.

#### IV. Algoritmaların Şeffaf Olmamasının Olası Sonuçları

Komisyon haklı olarak yapay zekânın – ve zararın ortaya çıkması halinde onun açıklanamayan ve aydınlatılmayan hatalı davranışının – önemli özelliklerinden birisinin, işleyişinin esasını oluşturan algoritmaların sıkı bir şekilde korunan ticarî sır olduğu gerçeğine dayandığını vurgulamaktadır<sup>67</sup>. Komisyon burada “şeffaf olmamadan” yani opaklıktan, kullanılan algoritmaların açık olmayışından söz etmektedir. Bu terminolojinin merkezinde, genellikle “yapay zekânın kara kutusu (Black-Box-KI)” bulunduğuna ilişkin tespit yer alır<sup>68</sup>. Bu bulgu yani yapay zekânın kara kutusu, bir zararın ortaya çıkması durumunda zarar görenin – sorumluluk hukuku anlamında kullanılan ve işlenen veri miktarlarından mesul belirli bir üreticiye veya işleyene ilişkin – nedenselliği gerçekten kanıtlanma şansının olmamasına neredeyse kaçınılmaz olarak yol açar.

Dolayısıyla Komisyon'a göre: “Avrupa Birliği'nin ürün güvenliği düzenlemelerinde, algoritmaya dayanan sistemlerin şeffaf olmayışından kaynaklanan risklerin artışı açıkça ele alınmamaktadır. Bu sebeple, algoritmaların şeffaflığının yanı sıra sağlamlığı, hesap verilebilirliği, gerektiği takdirde insan gözetimine olan gereklilik test edilmelidir. Ayrıca sonradan uygulama mekanizması ve bu teknolojilerin kullanımında güven tesis etmek için özellikle önemli olan sarıh sonuçlar incelenmelidir. Bir kaza durumunda algoritmaların geliştiricilerini, veri kümelerinin tasarım parametrelerini ve meta verilerini açıklamakla yükümlü tutmak, bu zorluğun üstesinden gelmenin bir yolu olabilir”<sup>69</sup>.

Burada arka plânda Komisyon'un yapay zekânın “karmaşıklığına” dayandırılan bilgisi yer alır. Ancak bu bilgi Komisyon'un “yukarıda ele alınan karmaşıklığa ek olarak, bazı yapay zekâ sistemlerinde bulunan kara kutu etkisi nedeniyle, otonom yapay zekâ uygulamalarının yol açtığı zararların tazmin edilmesi zorlaşabilir”<sup>70</sup> açıklaması ile daha da artmaktadır.

#### V. İspat Sorunları

Sorumluluk hukukunun özünde var olan tüm bu güçlükler dikkate alındığında<sup>71</sup>, ispat sorunlarının<sup>72</sup> üstesinden gelinmesi için yapay zekâ, nesnelerin interneti ve robotiğin bilhassa iki özelliği bulunmaktadır. Sorumluluk hukukunun dilsel kullanımına göre zarar görenin meselesi olan ispat yükü sorunlarına yönelindiğinde, ki bu gereklidir, söz konusu özellikler Komisyon'un yapay zekâyı tanımlaması temelinde göze çarpar<sup>73</sup>. Bununla birlikte 85/374 sayılı Üreticinin Sorumluluğuna

67 COM (2020) 64 Final Raporu, 11.

68 Ibid. – “Kara Kutu Etkisi”; *Käde/von Maltzan*, CR 2020, 66 ff. – Şeffaflık talebi; bu konuda ayrıca bkz. *Zech*, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Fn. 13), 187, 192 f.

69 COM (2020) 64 Final Raporu, 11.

70 COM (2020) 64 Final Raporu, 18.

71 Bu konuda bkz. *Rott*, Gutachten (Fn. 4), 37 ff.

72 Avrupa Adalet Divanı'nın ispat yüküyle ilgili ürün sorumluluğu hukukuna dair kararı için bkz. EuGH v. 21.06.2017, Rs. C-621/15 – *Sanofi Pasteur* kararı, ECLI:EU:C:2017:484, NJW 2017, 2739; EuGH v. 20.02.2014, Rs. C-313/13 – *Novo Nordisk Pharma* kararı, ECLI:EU:C:2014:166, NJW 2015, 927; ayrıca bkz. *Rott*, Gutachten (Fn. 4), 26 f.

73 İspat yükünün değişmesi için ayrıca bkz. *de Meuss*, EuCML 2019, 149, 152 f., aksi yönde bkz. *Seehafer/Kohler*, EuZW 2020, 213 (216).

İlişkin Avrupa Konseyi Direktifi'nin nedensellik meselelerini, ulusal hukuklara devrettiği dikkate alınmalıdır. Bu açıdan Komisyon'un şu iki ifadesi yol göstermektedir: "Yapay zekânın **karmaşıklık**ı hem **tedarik zincirinde** yer alan ekonomik aktörlerin çeşitliliğinde hem de birlikte yeni teknolojik ekosistemler oluşturan bileşenlerin, parçaların, yazılımların, sistemlerin veya hizmetlerin çok sayıda olmasında kendini göstermektedir. Ayrıca, bu teknolojilerin piyasaya sürülmesinden sonra güncellemeler ve iyileştirmeler için **açıklık** vardır"<sup>74</sup>.

### 1. Karmaşıklık

BGB Art. 249 anlamında uygun nedenselliğin hukuk figürüne bağlı olan tüm mülahazaları unutmak için az önce açıklanan "şeffaf olmama" kavramına özel olarak bir kez daha değinmeden, "tedarik zinciri"nin "karmaşıklık"ına, bileşenlerin, parçaların, yazılımların, sistemlerin ve hizmetlerin<sup>75</sup> "çeşitliliğine", – özellikle – de yapay zekânın piyasaya sürülmesinden sonra otonom güncelleme/iyileştirmelerine işaret etmek yeterlidir. Yapay zekânın, otonom davranışının sonucu olarak bir zarara yol açan hatalı davranışı söz konusu olduğunda, zararın tazminin – yapay zekâyâ özgü – hukukî dayanağı çoklu nedensellik olgusu<sup>76</sup> ya da BGB Art. 830 f. 1 c.2'den türetilen alternatif nedensellik<sup>77</sup> ile açıklanabilir. Bu kısmen makul; ama pratik olarak da kullanışlı sebep olunan nedensellik modelini tanımlamak için gereklidir. Zech'e göre bir yapay zekâ ve işlevlerinin analizi, en iyi ihtimalle korelasyonlar hakkındaki bilgileri ortaya çıkarır<sup>78</sup>. Ancak bu analiz tek nedensellik olarak beliren illiyet zincirinin kesin çizgilerini oluşan zarara kadar aydınlatmaz. Son olarak, Zech'in bu temel düşüncesi dikkate alınmalıdır.

### 2. Yanıt

Bundan sonuçlar çıkarılırsa şu hükümden kaçınılması pek mümkün olmayacaktır: Kanun koyucu isterse illiyeti ispat araçları ile – ne ilk görünüşte ne de emarelerle ispat şeklinde – zarar görenin ispat zorluğunu yeterince güvenilir bir biçimde giderebilir. Komisyon bir yapay zekânın "birçok farklı bağlı cihaz ve hizmetin etkileşime girdiği karmaşık nesnelere interneti ortamlarına entegre edildiği" özel sorununu ele alırken bu bulguyu tam olarak dikkate alır<sup>79</sup>.

Zira Komisyon'a göre şu gerçekler dikkate alınmalıdır: "Karmaşık bir ekosistemdeki farklı dijital bileşenlerin kombinasyonu ve katılımcı aktörlerin çeşitliliği, hangi durumda potansiyel bir zarara yol açıldığını ve bu zarardan kimin sorumlu olduğunu değerlendirmeyi zorlaştırabilir. Bu teknolojilerin karmaşıklık"ı sebebiyle, sorumlu kişiyi tespit etmek ve başarılı bir talep için ulusal hukukun gerektirdiği

74 COM (2020) 64 Final Raporu, 2 (Orijinal metindeki kalın yazı tipi ile yazılmış kısım).

75 Ayrıca bkz. *Rott*, Gutachten (Fn. 4), 39 – Birden fazla ürünün hatalı olması.

76 Bu konuda bkz. *Zech*, ZfPW 2019, 198 (207).

77 *Zech*, ZfPW 2019, 198 (208).

78 *Zech*, içerisinde: Lohsse, Schulze ve Staudenmayer (Fn 13), 185, 193.

79 COM (2020) 64 Final Raporu, 17.

tüm koşulları kanıtlamak mağdur için çok zor olabilir. Delil sunmanın maliyeti ekonomik olarak katlanılmaz olabilir ve mağdurun tazminat talep etmesini engelleyebilir”<sup>80</sup>.

Komisyon'un sorumluluk hukuku bakımından yanıtlanması gereken ispat sorusuna nasıl bir cevabın verilebileceğine ilişkin sıkıntısı, bu cümlelerde ortaya çıkmaktadır. Bu sıkıntı, Komisyon'un tavsiyesi okunduğunda, daha iyi anlaşılır. Şöyle ki, Komisyon pratikte “yapay zekâ uygulamalarının çalışmasından kaynaklanan” zararların giderilmesi söz konusu olduğunda, “karmaşıklığın sonuçlarını” uygun ispat kurallarıyla azaltmanın nasıl mümkün olabileceğine dair üye devletlerin “görüşlerini” almak istemektedir<sup>81</sup>.

### **3. Siber Güvenlik ve Yapay Zekânın Saldırlara Karşı Açık Olması**

Ancak bir yapay zekânın, nesnelerin internetinin veya robotiğin karmaşıklığından ortaya çıkan hukukî sorunlar hali hazırda Avrupa kanun koyucusunun yeni sorumluluk düzenlemelerine dair üstesinden gelmesi gereken son mesele değildir. Bilakis, talep edilecek siber güvenlik ile ilgili yapay zekânın “bağlanabilirlik ve açıklığından” kaynaklanan özellikle zor bir soru ortaya çıkar. Burada üreticinin, bir bilgi teknolojisini piyasaya sürmeden önce yükümlü olduğu güvenlik gereklerinden; – hackerlar tarafından bulunan ve kullanılan – “zayıf bir noktanın” yapay zekânın işletilmesinden sonra ortaya çıkması halinde cevaplandırılması gereken güvenlik problemlerinden; kullanıcının, emniyetine ilişkin güncellemeleri kanunen veya sözleşme gereği yapmakla yükümlü olup olmadığı ve yükümlüyse de bunun kapsamının ne olduğuna kadar bir dizi soru bulunur<sup>82</sup>.

Henüz tamamen çözülememiş bu soru manzumesi, yapay zekânın hatalı davranışı nedeniyle somut zarar görenin nihayetinde zarara katlanacağı endişesini beraberinde getirir<sup>83</sup>. Bununla birlikte, Alman Federal Mahkemesi'nin kredi kartlarının kötüye kullanılması halinde bankanın sorumluluk hukuku alanında yerine getirmesi gereken güvenlik gereklerini çok yüksek tuttuğu unutulmamalıdır. Mahkeme, bilindiği üzere ilk görünüş delilinin kullanıcının aleyhine uygulanabilmesi için ödeme hizmeti sağlayıcısının kanıt sunmasını talep etmektedir. Bu kanıtla “güncel kararlara dayanarak uygulanan güvenlik yönteminin, somut olayda genel pratik aşılmazlığı ile bunun usulüne uygun kullanımı ve hatasız çalıştığı” ispatlanmalıdır<sup>84</sup>.

-İlgili risk ve zarar potansiyelinden bağımsız olarak – bir yapay zekânın (güvenli bir şekilde) çalışması için de bu gereklerin talep edilip edilemeyeceği şüphelidir. Fakat Alman Federal Mahkemesi'nin bu kararına yapılan atıf, yapay zekânın üretici/işletenin sağlaması gereken siber güvenlik açısından doğası gereği saldırılara açık olmasının, zarar görenin aleyhine ortaya çıkmasını engellemek için en azından hangi yönde düşünülmesi gerektiğine dair bir işaret olarak hizmet edebilir.

80 Ibid.

81 COM (2020) 64 Final Raporu, 17.

82 Ayrıca bkz. yeni Mal Satış Direktifi (AB) 2019/771'in (m 7) (4).

83 COM (2020) 64 Final Raporu, 18.

84 BGH NJW 2016, 2024 – 1. Düstür.

#### D. Yapay Zekâ İşleteninin Zorunlu Olarak Sigortalanması Düşüncesi

Özellikle bir motorlu araç işleteninin, aracı kullanırken üçüncü kişilere verdiği zararın giderilmesi için kanunen zorunlu sigorta yaptırması gerektiği göz önüne alındığında, bu düşünce yapay zekâ operatörü için de verimli hale getirmek mümkündür<sup>85</sup>. Bu hukuk politikası yaklaşımı hakkında kesinlikle tartışılması gereken çok şey olacaktır. Ayrıca riske ve zarara daha az eğilimli yapay zekâlar için illiyetin kanıtlanması alanında zarar gören lehine ispat yükününün tersine çevrilmesiyle ve ağırlaştırılmış sorumluluk ile yetinilip yetinilmeyeceğinin de düşünülmesi gerekir. Bununla birlikte, bu kuramsal bakış açısı, ikna edici özellikte değildir. Çünkü bir yapay zekânın tehlike derecesine göre sınıflandırılması amaca uygun olmaz. İster görkemli bir SUV ister göz bebeği gibi bakılan ve sadece yavaş sürülen klâsik bir araba olsun bir araç, zorunlu malî sorumluluk sigortası kapsamında her zaman bir araçtır.

#### E. Sonuç

“Yapay Zekâ, Nesnelerin İnterneti ve Robotiğin Güvenlik ve Sorumluluk Bakımından Etkileri” konulu yayınıyla Komisyon, Avrupa hukuku düzeyinde hangi yolun izlenmesi gerektiği hususunda çok yönlü tartışmalara yol açmak için suya bir taş atmıştır. Böylelikle, Komisyon’un haklı olarak ifadelerinin merkezine yerleştirdiği yapay zekâ, nesnelerin interneti ve robotiğin önemli özellikleri, ulusal (kusura bağlı) sorumluluk hukuku için ve 85/374 sayılı Üreticinin Sorumluluğuna İlişkin Avrupa Konseyi Direktifi’nde öngörülen ağırlaştırılmış sorumluluğun yenilenmesi gerekliliği için büyük bir patlayıcı güce sahiptir<sup>86</sup>.

Burada yapay zekâ, nesnelerin interneti ve robotiğin engel olarak tanımlanan ancak karakteristik özelliği olan kavramları odak noktayı oluşturmaktadır. Bunlar otonom olma, karmaşıklık, verilere bağımlılık, şeffaf olmama ve siber suçların oluşturduğu tehditlere karşı ele alınması – ancak ilk olarak oluşturulması – gereken güvenlik kurallarıdır. Söz konusu kavramlar, özellikle bu sistemin diğer karakteristik özelliklerinden yani açıklık ve bağlanabilirlikten kaynaklanabilir. Bu özelliklerin – sadece tüketicinin değil – zarar görenin lehine de adil bir sorumluluk düzenlemesi anlamında hukuk politikası bakımından ve nihayetinde de kanunen ele alınması, Avrupa hukuk sisteminden erken bir cevap verilmesini gerektirir.

85 *Borges*, in: Lohsse/Schulze/Staudenmayer (Fn. 13), 145, 148 ff.; aynı şekilde bkz. NJW 2018, 977 (982); *Graf von Westphalen*, ZIP 2019, 889 ff.

86 Daha fazla yol gösterici hukuki bilgi ve talep için bkz. *Ebers*, VuR 2020, 121 (122); buna karşın oldukça ihtiyatlı değerlendirme için bkz. *Seehafer/Kohler*, EuZW 2020, 213 (218) – Sadece bir ürün gözleme yükümlülüğünün yerine getirilmesi ile ilgili değişiklik.



# Kendi Paylarını İktisap Eden Anonim Şirketlerde Yedek Akçe Ayırma Uygulamasının Bir Değerlendirmesi

## An Evaluation of Reserve Allocation Practice in Joint-Stock Companies Acquiring Their Own Shares

Raziye Aksu Özkan \* 

### ÖZ

Anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi birçok riski içinde barındırır. Bunlar şirket malvarlığının azalması, şirketin likiditesinin zayıflaması, bu durumun sermayenin iadesi yasağına aykırılık oluşturması ve satın alınan payların değerinin düşmesi sebebiyle şirketin zarara uğramasıdır. Bu sebeple, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu madde 520/1 ile kendi paylarını iktisap eden şirketlere yedek akçe ayırma yükümlülüğü getirilerek, payın iktisap değeri kadar tutarı genel kurulun kullanmasını önlemek amaçlanmıştır. Bu çalışmada, anonim şirketin iktisap ettiği kendi payları için ayrılan yedek akçeler incelenmiş ve bunların ayrılmasının gerekli olup olmadığı değerlendirilmiştir. Buna göre, öncelikle şirketin kendi paylarını iktisap etmesi kavramı ele alınmıştır. Ardından iktisap edilen bu paylar için yedek akçe ayrılmasına ilişkin düzenlemeler incelenmiştir. Bu kısımda yedek akçe ayırmakla yükümlü şirkete ve ayrılacak yedek akçe tutarına yer verilmiştir. Daha sonra ayrılan yedek akçenin çözülmesine ve yedek akçe ayırma yükümlülüğüne aykırı davranışın hukuki sonuçlarına değinilmiştir. Son olarak şirketin iktisap ettiği payları için ayrılan yedek akçenin muhasebeleştirilmesi ele alınmıştır. Muhasebeleştirilmeye uygulanacak kuralların belirlenmesiyle görevli Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun düzenlemeleriyle şirketin iktisap ettiği payların raporlama şekli değiştirilmiştir. Buna göre, şirketin iktisap ettiği kendi payları, bilançonun aktifinde finansal bir varlık olarak raporlanamaz. Bunun yerine, bu paylar özkaynaktan düşülür. Bu değişiklik sebebiyle, şirketin iktisap ettiği kendi payları için yedek akçe ayırmasının gerekli olup olmadığı değerlendirilmiştir.

**Anahtar Kelimeler** Anonim Şirket, Kendi Payını İktisap, Şirketin İktisap Ettiği Kendi Payları İçin Ayrılan Yedek Akçe, Bilanço, Özkaynaktan İndirme Yöntemi

### ABSTRACT

The acquisition of its own shares by a joint stock company involves many risks. These are the decrease in the company's assets, the weakening of the company's liquidity, this situation creates a violation of the prohibition of capital return and the loss of the company due to the decrease in the value of the purchased shares. For this reason, with the article 520/1 of the Turkish Commercial Code numbered 6102, companies that acquired their own shares were obliged to set aside reserves, and it was aimed to prevent the general assembly from using the amount equal to the acquisition value of the share. In this study, the reserves allocated for its own shares acquired by a joint-stock company are examined and whether it is necessary to separate them or not is evaluated. Accordingly, first of all, the concept of the company acquiring its own shares was discussed. Then, the regulations regarding the allocation of reserve for these acquired shares were examined. In this section, the company obliged to set aside the reserve and the amount of the reserve to be set aside are given. Later, the legal consequences of the act contrary to the resolution of the reserves and the obligation to set aside reserves were mentioned. Finally, the accounting of the reserves allocated for the shares acquired by the company was discussed. With the regulations of the Public Oversight, Accounting and Auditing Standards Authority in charge of determining the rules to be applied to accounting, the reporting method of the shares acquired by the company has been changed. Accordingly, the shares acquired by the company will not be reported as an asset in the balance sheet. Instead, if the company re-acquires its equity instruments, those instruments are deducted from equity. Due to this change, it has been evaluated whether it is necessary for the company to reserve for its own shares acquired.

**Keywords:** Joint-Stock Company, Acquisition of Own Shares, The Reserve Allocated for its Own Shares Acquired By Company, Balance Sheet, Equity Deducting Method

\* Ar. Gör. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Raziye Aksu Özkan

**E-posta/E-mail:** raziyeaksu@akdeniz.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 26.03.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 21.04.2021

## Giriş

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde 379 ilâ 389'da, şirketin kendi paylarını iktisabı durumu düzenlenmiştir. Şirket, kendi paylarını çeşitli sebeplerle iktisap edebilir. Örneğin şirket bu yola pay sahiplerine nakit aktarmak, sinyal etkisi yaratmak<sup>1</sup>, şirketin finansal oranlarını iyileştirmek, kontrolünü rakiplere kaptırmamak ve payları belli pay sahiplerinde toplamak amacıyla veya kâr payı ödemesinin bir alternatifi olarak<sup>2</sup> başvurabilir<sup>3</sup>. Amacı her ne olursa olsun, ivazlı iktisaplarda payın iktisabı ile şirket malvarlığından pay bedeli ödemesi sebebiyle belirli bir tutar çıkar. Buna karşılık, pay edinimiyle şirket gerçek bir değer elde etmez ve bu paylar hâkimiyetinde bulunduğu sürece şirkete ortaksal veya mali bir hak kazandırmazlar (TTK m. 389). Dolayısıyla bu durum, şirket malvarlığını azaltır<sup>4</sup>. Keza kendi paylarının şirket tarafından iktisabı şirketin likiditesini de zayıflatacaktır<sup>5</sup>. Ayrıca bu durum, pay bedellerinin iktisap değerinden daha düşük bir fiyatla elden çıkarılması veya pay bedellerinin şirketin bağlı malvarlığından karşılanması durumunda sermayenin iadesi yasağına aykırılık oluşturur<sup>6</sup>. Bu sakıncalar sebebiyle şirketin kendi paylarını iktisabı kural

- 1 Şirketin paylarını geri alması, piyasadaki yatırımcılarda payların piyasada gerçek değerinin altında kaldığı algısı oluşturur. Bu algı (sinyal) da piyasaya olumlu yansır ve yatırımcıları pay almaya teşvik eder (Ahmet Gökgöz, 'Hisse Senedi Geri Alımı ve Muhasebesi' (2014) 7(2) Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi 1, 4). Bu etki, kaldıraç etkisi yaratarak, payların değerlerinin artmasına neden olabilir. Böylelikle şirketin finansal durumu daha güçlenebilir. Bkz. Christian Lenz ve Andreas von Planta, 'Art. 659-659b' iç Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Rolf Watter (edr), *Basler Kommentar Obligationenrecht II Art. 530-964 OR* (5. Bası, Helbing Lichtenhahn 2016) Art. 659 N 11; Alihan Aydın, *Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi* (Vedat 2008) 78; Ali Murat Sevi, 'Anonim Ortaklığın Kendi Payını Devralması Üzerine Bir İnceleme' (2003) 22(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 239, 246; Beşir Fatih Doğan, *Der Erwerb eigener Aktien im deutschen und türkischen Recht im Hinblick auf europäisches Recht* (Kovac 2004) 45-46.
- 2 Şirketlerin kendi paylarını satın almasıyla piyasadaki pay miktarı azalmakta ve pay başına düşen gelir artmaktadır. Bunun sonucunda da, payların piyasa fiyatı artmakta ve pay sahipleri nakit kâr payı yerine, sermaye kazancı elde etmektedirler. Bkz. Lukas Handschin (ed), *Zürcher Kommentar Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659b OR* (2. Bası, Schulthess 2016) Art. 659 N 8; Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I* (14. Bası, Vedat 2019) 656; Fatih Coşkun Ertaş ve Serdar Karaca, 'Kâr Dağıtımının İlanı ve Gerçekleşmesi Arasında Geçen Sürenin Firma Değerine Etkisi' (2010) (47) Muhasebe ve Finansman Dergisi 58, 64; Gökgöz (n 1) 3.
- 3 Gökgöz (n 1) 3-5; Mehmet Özdamar, *Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmesi (TTK md. 329)* (Yetkin Yayınları 2005) 57 vd; Aydın (n 1) 66 vd; *Türk şirketin kendi paylarını edinmeye yönelten sebepleri*, "ekonomik ve sosyal nedenler" ile "hukuksal nedenler" şeklinde ikiye ayırarak ele almıştır. Bkz. Ahmet Türk, *Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatına Göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi* (Adalet 2016) 79-94.
- 4 Peter Forstmoser, Arthur Meier Hayoz and Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht* (2. Bası, Stämpfli 1996) § 50 N 131; Hans Rudolf Trüeb, 'Art. 659 – 659a' iç Vito Roberto ve Hans Rudolf Trüeb (edr), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, Art. 530-771 OR – VegüV* (3. Bası, Schulthess 2016) Art. 659 N 3; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi C. 3* (3. Bası, Adalet 2018) 2376; Türk (n 3) 95; Aydın (n 1) 100; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku* (4. Bası, Seçkin 2019) 395; Gül Okutan Nilsson, 'Anonim Şirketlerin Kendi Hisselerini İktisabı Bağlamında Finansal Yardım Yasağı', *Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler Türk – Alman Uluslararası Sempozyumu* (İstanbul Borsası 2011), 90; Fikret Otlu, İsmail Bekçi ve Nilüfer Özlem Karataş, 'TTK'ya göre Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi ve Muhasebeleştirilmesi' (2014) 4(1) Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 283, 287.
- 5 Forstmoser, Meier Hayoz ve Nobel (n 4) § 50 N 133; Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht* (4. Bası, Schulthess 2009) § 4 N 197; Handschin (n 2) Art. 659 N 9; Hans Christoph Grigoleit ve Richard Rachlitz, iç Hans Christoph Grigoleit (ed), *Aktiengesetz Kommentar* (2. Bası, C.H. Beck 2020) § 71 N 10; Trüeb (n 4) Art. 659 N 4; Türk (n 3) 95; Okutan Nilsson (n 4) 90; Otlu, Bekçi ve Karataş (n 4) 287.
- 6 Forstmoser, Meier Hayoz ve Nobel (n 4) § 50 N 132; Böckli (n 5) § 4 N 222; Aydın (n 1) 99; Sevi (n 1) 241; Doğan (n 1) 71-73; Okutan Nilsson, s. 90; Otlu, Bekçi ve Karataş, (n 4) 287. Şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin, ekonomik olarak

olarak yasaklanmış (TTK m. 379/1) ve istisnai hâllerde yapılabilecek iktisaba ilişkin hükümler emredici olarak düzenlenmiştir<sup>7</sup>. Bu düzenlemelerden biri de şirketin iktisap ettiği kendi payları için yedek akçe ayrılmasıdır (TTK m. 520/1). Bu yedek akçe ayrımı hem TTK'ye hem de 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa (SerPK) tâbi şirketler açısından zorunludur (SerPK m. 22; Geri Alınan Paylar Tebliği<sup>8</sup> m. 20/2).

TTK m. 520/1'de düzenlenen yedek akçe, şirketin iktisap ettiği kendi payları için ayrılmaktadır. Bu payların muhasebeleştirme şekli, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun (KKG) düzenlemeleri ile değiştirilmiştir. Buna göre, şirketin iktisap ettiği kendi payları artık şirketin bir varlığı olarak bilançonun aktifinde raporlanmayacaktır. Bu değişiklik, şirketin iktisap ettiği kendi payları için yedek akçe ayrılmasının gerekli olup olmadığını sorgulanmasına sebep olmuştur<sup>9</sup>.

Bu bağlamda, bu çalışmada anonim şirketin iktisap ettiği kendi payları için ayırdığı yedek akçe incelenecektir. Bu inceleme esnasında özellikle şirketin iktisap ettiği kendi paylarına ilişkin muhasebeleştirme şeklinin değişikliğinden sonra bunlar için ayrılan yedek akçenin gerekliliği değerlendirilecektir.

## I. Şirketin İktisap Ettiği Kendi Payları İçin Yedek Akçe Ayırması ve Ayrılan Yedek Akçenin Çözülmesi

### A. Genel Olarak

TTK m. 520/1 uyarınca şirket, iktisap ettiği kendi payları için iktisap değerlerini karşılayan tutarda yedek akçe ayırır. Şirketin iktisap ettiği kendi payları için ayırdığı yedek akçe, yedek akçelerin ayrılmalarını öngören veya karara bağlayan kaynak açısından kanuni yedek akçe grubunda yer alır<sup>10</sup>. Kanuni yedek akçeler, kanunun emredici hükümlerine göre ayrılması zorunlu olan yedek akçelerdir<sup>11</sup>. Dolayısıyla kendi payını iktisap eden şirketin buna ilişkin yedek akçeyi ayırması

pay sahiplerine sermayenin geri ödenmesine eş değer olduğu hususunda bkz. Lukas Imark ve Lorenz Lipp, 'Art. 671-671a' iç Vito Riberto ve Hans Rudolf Trüeb (edr), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, Art. 530-771 OR – VegüV (3. Bası, Schulthess 2016) Art. 671a N 1; Şener (n 4) 395.

7 Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Bası, Vedat 2020) 108.

8 Geri Alınan Paylar Tebliği (II-22.1), RG 03.01.2014/28871.

9 İnceleme açısından bkz. II. Şirketin İktisap Ettiği Kendi Paylarının ve Bunun İçin Ayrılan Yedek Akçenin Muhasebeleştirilmesi.

10 Bu ayırım açısından yedek akçeleri "kanuni, esas sözleşmesel ve genel kurul kararı ile ayrılan yedek akçeler" şeklinde üçe ayrılır. Bkz. Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku II* (14. Bası, Vedat 2019) 324-325; Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku* (14. Bası, Beta 2020) 300; Şener (n 4) 493; Pulaşlı (n 4) 2369; *Karayalçın yedek akçeleri kanuni ve ihtiyari yedek akçe olarak ikiye ayırmaktadır*. İhtiyari yedek akçe, statü hükümlerine göre veya genel kurul kararı ile ayrılan yedek akçelerdir. Bkz. Yaşar Karayalçın, *Muhasebe Hukuku* (2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1988) 114. İsviçre Hukuku'nda aynı ayırım için bkz. Forstmoser, Meier Hayoz ve Nobel (n 4) § 50 N 7 ve devamı; Markus R. Neuhaus ve Patrick Balkanyi, 'Art. 671-671a' iç Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Rolf Watter (edr), *Basler Kommentar Obligationenrecht II* Art. 530-964 OR (5. Bası, Helbing Lichtenhahn 2016) Art. 671 N 4a; Imark ve Lipp (n 6) Art. 671 N 1.

11 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II* (n 10) 324; Güzin Üçışık ve Aydın Çelik, *Anonim Ortaklıkta Finansal*

zorunludur. Keza şirketin kendi paylarına ilişkin yedek akçeler, esas sözleşme veya genel kurul kararı ile ortadan kaldırılamaz ve sınırlandırılmazlar<sup>12</sup>.

## B. Düzenlemenin Amacı

Şirketin kendi paylarını iktisabıyla şirket varlığı azalmakta ve şirket bedelini ödediği paylardan ekonomik anlamda faydalanamamaktadır<sup>13</sup>. Özellikle de payların değerinden çok düşük bir bedelle elden çıkarılması veya payların elden çıkarılmaksızın şirketin iflas ederek tasfiye sürecine girmesi gibi durumlarda, paylar için harcanan bedelin kısmen veya tamamen karşılığı da elde edilememektedir<sup>14</sup>. Dolayısıyla şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, şirketin zarara uğrama riskini de içinde barındırmaktadır. Bu sebeple, şirketin iktisap ettiği kendi payları için yedek akçe ayrılması yükümlülüğü ile iktisap bedeli kadar şirket malvarlığının koruma altına alınması amaçlanmıştır<sup>15</sup>. Nitekim TTK m. 520/1 uyarınca şirketin kendi payları için ayırdığı yedek akçeler, anılan paylar devredilmedikçe veya yok edilmedikçe çözülemeyecektir. Böylece şirketin kendi paylarını iktisap için harcadığı tutar kadar varlığın, genel kurul tarafından kullanılması<sup>16</sup> ve özellikle bunun pay sahiplerine dağıtılması engellenecektir<sup>17</sup>. Başka bir deyişle, bağlı yedek akçelere dâhil olan bu fon, payların değerinin düşmesi hâlinde ortaya çıkan zararın telafisi için bir tampon işlevi görmekte ve esas sermayenin karşılıksız kalmasını önlemektedir<sup>18</sup>. Bu sayede, geri alım nedeniyle döner değerleri azalmış olan ve/veya borcu artmış olan şirketin kâr olarak dağıtacağı tutar azaltılarak nakit pozisyonunun daha fazla kötüleşmemesi sağlanacaktır<sup>19</sup>.

*Tablolar Yedek Akçeler ve Kâr Dağıtımını* (On İki Levha 2018) 222; Pulaşlı (n 4) 2372; Bahtiyar (n 10) 300; Veysi Naci Tanış, *Genel Muhasebe İlkeler ve Uygulamalar* (9. Bası, Karahan 2016) 280; Neuhaus ve Balkanyi (n 10) Art. 671 N 9; Imark ve Lipp (n 6) Art. 671 N 5. Bu sebeple *Karayalçın* kanuni yedek akçeleri, mecburi yedek akçe olarak da adlandırmaktadır. Bkz. *Karayalçın* (n 10) 114.

12 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar II* (n 10) 324.

13 Özge Ayan, 'Anonim Şirketin Genel Kuru Kararı ile Kendi Paylarını İktisap Etmesi veya Rehin Almasının Koşulları' (2013) XVII(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 185, 192; Türk (n 3) 96; Aydın (n 1) 99.

14 Forstmoser, Meier Hayoz ve Nobel (n 4) § 50 N 131; Böckli (n 5) § 4 N 197-199; Trüeb (n 4) Art. 659 N 5; Türk (n 3) 95-96; Özdamar (n 3) 75-76; Aydın (n 1) 109-110; Ayan (n 13) 195; Doğan (n 1) 71-73. Kriz dönemlerinde payların değersiz olduğu yönünde bkz. Grigoleit ve Rachlitz (n 5) § 71 N 10.

15 Bu sebeple öğretide, kendi payları için yedek akçe ayrılması yükümlülüğünün öngörülmesi sermayenin korunması ilkesine dayandırılmaktadır [Bkz. Neuhaus ve Balkanyi (n 10) Art. 671a N 2; Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri* (4. Bası, Seçkin 2018) 87]. Bu ilke öğretide malvarlığının korunması ilkesi şeklinde de adlandırılmaktadır. Buna karşılık, *Türk*, bunlar yerine, "bağlı malvarlığının korunması ilkesi" ifadesinin kullanılmasını gerektiğini ileri sürmektedir. Zira TTK'nin bazı hükümleri, bilançonun aktifinde bulunan tüm değerleri değil, sadece sermaye ile şirketin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği yedek akçelerin karşılığını oluşturan varlıkları korumaktadır. Bu ilke yerine malvarlığının korunması ilkesi, kavramı olduğundan daha geniş; sermayenin korunması ilkesi ise daha dar ifade etmektedir. Bkz. Türk (n 3) 108

16 Imark ve Lipp (n 6) Art. 671a N 2.

17 Lukas Handschin, 'Eigene Aktien im Konzern' (2013) (8) Der Schweizer Treuhänder 485, 485; Trüeb (n 4) Art. 659a N 12; Böckli (n 5) § 8 N 323; Gökçen Turan, *Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisabının Genel Esasları* (Yetkin 2018) 42; Ali İhsan Karacan ve Esra Erişir Karacan, *Halka Açık Şirketlerin Kendi Paylarını Geri Alımı* (Legal 2015) 159.

18 Türk (n 3) 98.

19 Karacan ve Erişir Karacan (n 17) 159.

## C. Şirketin İktisap Ettiği Kendi Payları İçin Yedek Akçe Ayırması

### I. Şirketin Kendi Paylarını İktisap Etmesi

TTK m. 520/1 uyarınca yedek akçe ayrılması zorunluluğu, şirketin kendi paylarını iktisabı ile doğar<sup>20</sup>. Şirket, kendi paylarını hem ivazlı hem de ivazsız olarak iktisap edebilir (TTK m. 379 ve 383). Bununla birlikte, yedek akçe ayırma yükümlülüğü ivazlı iktisap durumunda söz konusu olacaktır<sup>21</sup>. Nitekim hükümde açıkça payların iktisap değerlerini karşılayan tutarda yedek akçe ayrılacağı öngörülmüştür (TTK m. 520/1). Başka bir deyişle, kendi payları için yedek akçe oluşturma yükümlülüğü, ancak riski şirketin kendisine ait olmak üzere payların geri alınması durumunda geçerlidir<sup>22</sup>. TTK m. 520/1'de, şirketin iktisap ettiği payları için yedek akçe ayrılacağı düzenlenmiş; ancak bu iktisabın amaçları açısından herhangi bir ayırma gidilmemiştir. Bununla birlikte, öğretide bir görüş bu yedek akçenin, payların TTK m. 379/1 ve 2 uyarınca iktisabı hâlinde değil, paylar ne suretle olursa olsun anonim şirket tarafından satın alınması durumunda ayrılacağı yönündedir<sup>23</sup>. Diğer bir görüşe göre, paylar sermayenin azaltılması amacıyla alınıyorsa yedek akçe ayrılmasına gerek yoktur<sup>24</sup>. Zira bunlar cari veya sabit varlıklar değildir. Bu paylar artık TTK m. 379 anlamı dâhilinde şirketin gerçek payı olarak nitelendirilemez. İmha amacıyla satın alınan paylar, satın alma fiyatı üzerinden özkaynaktan düşülmelidir. Kanaatimizce de şirket kendi paylarını genel kurulun sermaye azaltımı kararı üzerine satın alıyorsa, yedek akçe ayrılmasına gerek yoktur. Zira yedek akçe ayrılması ile iktisap bedeli kadar şirket malvarlığının koruma altına alınması amaçlanmıştır. Oysa edinilen paylar sermaye azaltımı ile yok edileceği için, yedek akçe ayırmanın amacı kalmayacaktır. Keza TTK m. 520/1 uyarınca söz konusu yedek akçenin çözülebileceği hâllerden birinin, iktisap edilen payların yok edilmesi olması da bu görüşümüzü desteklemektedir.

Şirketin kendi paylarının iktisabına ilişkin hükümler, ana şirketin paylarının yavru şirket tarafından iktisabı hâlinde de uygulanır (TTK m. 379/5). Ana şirket yavru şirket ilişkisi, TTK'de şirketler topluluğuna ilişkin hükümler altında düzenlenmektedir. Bu toplulukta hâkim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır (TTK m. 195/4). TTK m. 379/5 sadece TTK m. 195 vd anlamında hâkim şirket bağlı şirket ilişkisinin bulunduğu hâllerde uygulanır. Karşılıklı iştirak, hâkim şirket-bağlı şirket ilişkisi doğurmuyorsa, TTK m. 379/5 uygulanmaz<sup>25</sup>. Öğretide hüküm bağlamında, yavru şirket tarafından iktisap edilen paylar için yedek akçe ayrılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>26</sup>.

20 Anonim şirket payının iktisabı "aslen ve devren" iktisap şeklinde gerçekleşmekle birlikte, şirketin kendi payını iktisap etmesi, ancak payın devren iktisabı ile gerçekleşir. Devren iktisap halinde, bir kişiye ait halen mevcut olan bir payın bir başkasının mülkiyetine geçmesi söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Türk (n 3) 27; Sevi, *Pay* (n 15) 40 vd.

21 Türk (n 3) 280; Turan (n 17) 41; Böckli (n 5) § 4 N 237 ve § 8 N 324; Handschin (n 2) Art. 659 N 24; Trüeb (n 4) Art. 659a N 14; Walter G Paefgen, iç Martin Henssler ve Lutz Strohn (edr), *Gesellschaftsrechts* (5. Bası, C.H. Beck 2021) § 71 N 40.

22 Böckli (n 5) § 4 N 263.

23 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) 662; Türk (n 3) 280.

24 Böckli (n 5) § 8 N 275; Peter Böckli, *OR-Rechnungslegung* (2. Bası, Schulthess 2019) § 4 N 398; Paefgen (n 21) § 71 N 40.

25 Türk (n 3) 152. Ayrıntılı inceleme için bkz. Kadir Baş, 'Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Şirketin Paylarının Yavru Şirketi Tarafından İktisap Edilmesi: Sorunlar, Saptamalar ve Öneriler', iç Murat Alışkan, Bilge Utkan Mersin, Sinan Sarıkaya (edr), *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Tebliğler-Tartışmalar, 19 Haziran 2019)* (On İki Levha 2020) 124 vd.

26 Türk (n 3) 283; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) 663; Karacan ve Erişir Karacan (n 17) 160; Ayan (n 13) 216; Baş (n 25)

Kanaatimizce de yavru şirketin ana şirketin paylarını iktisabı hâlinde de yedek akçe ayrılmalıdır. Zira TTK m. 520/1 de, anonim şirketin kendi paylarını iktisabına ilişkin hükümler arasındadır. Bunun yanı sıra, GAPM m. 20’de geri alınan payların geri alım bedeli kadar yedek akçe ayrılması gerektiği düzenlenmiştir. Geri alınan paylar, şirketin kendisi veya bağlı şirketleri tarafından satın alınan kendi paylarını ifade etmektedir (GAPM m. 4/1-f). Dolayısıyla GAPM’de yavru şirket tarafından ana şirketin paylarının iktisabı durumunda yedek akçe ayrılacağı açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte, kanaatimizce bu durumun ve ayrıntılarının Tebliğ yerine TTK’de açıkça düzenlenmesi kanun yapıcılığı açısından daha yerinde olacaktır.

## 2. Yedek Akçe Ayrılması

### a. Genel Olarak

TTK m. 520/1’de şirketin iktisap ettiği kendi payları için iktisap değerlerini karşılayan tutarda yedek akçe ayıracağı öngörülmüştür. Bununla birlikte öğretide bu yedek akçenin ayrılmasının pay iktisabının koşulu olup olmadığına ilişkin bir tartışma mevcuttur. Bir görüş TTK m. 520/1 bağlamında yedek akçe ayrılmamasının pay iktisabını geçersiz kılmayacağı yönündedir<sup>27</sup>. Zira yedek akçe ayrılması zorunluluğu, şirketin kendi paylarını edinmesinin bir koşulu olmayıp sonucudur<sup>28</sup>. Bu görüşte bulunan yazarlardan birine göre GAPM’de yer alan, geri alım için ayrılan fonun toplam tutarı ve kaynağının da geri alım programında belirtilmesini öngören düzenleme de varılan sonucu değiştirmeyecektir (Tebliğ, m. 8/1-f). Zira aksini kabul etmek, TTK m. 379’da getirilen koşullara ek bir koşul getirilmesi anlamına gelir. Oysa tebliğ hükmüyle bu yapılamaz. Bunun yanı sıra TTK m. 379/2-son uyarınca, yönetim kurulu her izin talebinde kanuni şartların gerçekleştiğini belirtecektir. Buna göre, yönetim kurulunca kanuni şartların her bir edinim öncesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Yoksa (yetki için izin istendiği/veya geri alım programı hazırlandığı) sırada koşulların tümü gerçekleştiği hâlde, payların edinildiği sırada, örneğin pay bedelini karşılayacak kadar özkaynak mevcut olmayabilir. Bunun tam tersine, şirketin elde etmesi kuvvetle muhtemel bir gelir beklentisi varsa, geri alım programında yeterli ölçüde fon ayrılması mümkün değilken, sonradan payların programa göre geri satın alınması mümkün olabilecektir. Bu nedenle söz konusu koşulu esnek değerlendirmek, mutlaka daha başlangıçta program için gerekli olan tutarda yedek akçe ayrılması gerektiği şeklinde anlamamak doğru olur<sup>29</sup>. Diğer bir görüşe göre anonim şirket bu yedek akçeyi ayırabilecek durumda değilse, – diğer şartları karşılayabilecek olsa bile – kendi paylarını satın alamaz<sup>30</sup>. Bu sebeple, söz konusu özel yedek akçe de bir anonim şirketin kendi paylarını satın alabilmesinin finansal koşullarındandır.

151; Oruç Hami Şener, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku* (Seçkin 2017) 163.

27 Sevi, *Pay* (n 15) 87; Türk (n 3) 280; Baş (n 25) 151; Lukas Glanzmann, ‘Die Bilanzierung des Eigenkapitals im Einzelabschluss von Kapitalgesellschaften’ *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht* (2017) 289 <<https://www.alexandria.unisg.ch/257247/1/SZW%20Bilanzierung%20des%20EK.pdf>> erişim tarihi 22.03.2021.

28 Türk (n 3) 280.

29 Türk (n 3) 438.

30 Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) 662. Yazarlar ayrıca bu akçeyi ayırmanın, iktisabın geçerlilik koşulu olmasa bile, işlemi yapabilmeyen finansal koşulu olduğunu aksi hâlde yönetim kurulunun sorumlu olacağını ifade etmiştir [Bkz.

Kanaatimizce iktisap edilen paylar için yedek akçe ayrılması, şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesinin geçerlilik koşulu değil, bu iktisabın hukuki sonucudur. Zira TTK m. 520/1'de açıkça, yedek akçenin şirketin iktisap ettiği kendi payları için ayrılacağı düzenlenmiştir. Yoksa hükümde şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesi için yedek akçe ayırması gerektiği düzenlenmemiştir. Keza GAPT m. 20'de de aynı düzenleme tarzı bulunmaktadır. Hüküm uyarınca geri alınan payların geri alım bedeli kadar yedek akçe ayrılarak özkaynaklar altında kısıtlanmış yedek olarak sınıflandırılır. Bunun yanı sıra, şirket payının ivazlı şekilde iktisabına ilişkin kural TTK m. 379/3'te yer almıştır. Burada sadece iktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra, kalan şirket net aktifinin, en az esas veya çıkarılmış sermaye ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı kadar olması gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla şayet yedek akçe ayırmanın bir koşul olarak düzenlenmesi isteniyorsa bunun açıkça yapılması gerekir. Nitekim Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu [Aktiengesetz (AktG)] § 71/2'de açıkça, şirketin payları iktisabına ancak iktisap değeri tutarında yedek akçe oluşturabiliyorsa izin verileceği ifade edilmiştir<sup>31</sup>. Ayrıca TTK m. 379'a aykırı bir şekilde iktisap edilen payların iktisap tarihinden itibaren en geç altı ay içinde elden çıkarılacağını düzenleyen TTK m. 384'te bu görüşümüzü desteklemektedir. Zira hüküm bağlamında, TTK m. 379'a aykırılık dahi iktisabı geçersiz kılmamakta sadece şirkete bunları elden çıkarma veya yok etme zorunluluğu getirmektedir. Dolayısıyla pay iktisabı için şirketin malvarlığının yeterli düzeyde olmaması dahi yapılan iktisabı geçersiz kılmıyorsa, yedek akçe ayırma yükümlülüğünün de geçersiz kılmaması gerekir. Son olarak, şirketin iktisap ettiği kendi payları için yedek akçe ayrılmasının sebebi, serbest özkaynaktan iktisap tutarı kadar bedeli çıkartarak bunu bağlı malvarlığı hâline getirmek ve genel kurulun bunlar üzerinde tasarrufunu engellemektir. Oysa şirketin yedek akçe ayıracak kadar bile serbest özkaynağı olmadığı için, şirketin özkaynağında genel kurulun kullanabileceği bir kalem de bulunmamaktadır. Dolayısıyla vardığımız bu sonuç, iktisap edilen paylar için yedek akçe ayrılması yükümlülüğünün amacıyla da çelişmemektedir. Bununla birlikte, yedek akçe ayırmak şirketin kendi paylarını iktisabının sonucu olduğu için, şayet yedek akçe ayıracak kadar malvarlığı bulunmuyorsa bu yönetim kurulunun sorumluluğunu gündeme getirecektir. Zira yönetim kurulu şirketin kendi paylarını iktisabı ile görevlendirilmiştir (TTK m. 379/2).

### **b. Yedek Akçe Ayırmakla Yükümlü Şirketin Belirlenmesi**

Kendi paylarını iktisap eden anonim şirketin, bu iktisabın sonucu olarak yedek akçe ayırması gerekir. Bununla birlikte, ana şirket yavru şirket ilişkisi olduğunda kimin yedek akçe ayırması gerektiğine ilişkin TTK'de bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide bir görüş yedek akçeyi yavru şirketin

Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) 660]. *Turan*, eserinde öncelikle iktisap tutarı değerinde yedek akçe ayırmasını şirketin kendi paylarını iktisap edebilmesinin diğer bir koşulu olarak göstermiştir. Bununla birlikte, yazar daha sonra TTK m. 520/1 uyarınca yedek akçe ayrılmasının, şirketin kendi paylarını edinmesinin bir şartı olmayıp, sonucu olduğunu ve bu sebeple, yedek akçe ayrılmasının iktisabın geçerliliğine etki etmeyeceğini belirtmiştir. Bkz. *Turan* (n 17) 41-42.

31 Bununla birlikte, AktG § 71/4 c.1'de ikinci fıkranın ihlalinin iktisabın geçerliliğini etkilemeyeceği düzenlenmiştir. Buna karşılık, § 71/4 c. 2 uyarınca bu ihlal, pay alımına ilişkin borçlandırıcı işlemi geçersiz kılacaktır. Bu sebeple, yedek akçe ayıracak kadar serbest malvarlığı olmamasına rağmen şirket kendi paylarını iktisap etmişse, pay iktisabı geçerli olmakla birlikte buna ilişkin borçlandırıcı işlem geçersiz olacaktır. Bkz. *Grigoleit ve Rachlitz* (n 5) § 71 N 150; *Uwe Hüffer ve Jens Koch*, iç *Uwe Hüffer ve Jens Koch* (edr), *Aktiengesetz* (15. Bası, C.H. Beck 2021) § 71 N 21a; *Paefgen* (n 21) § 71 N 45.

ayırması gerektiği yönündedir<sup>32</sup>. Zira payları edinen yavru şirket olduğundan, ana şirketin yedek akçe ayırması muhasebe tekniği açısından mümkün değildir. Alman Hukuku'nda da uygulama bu yöndedir<sup>33</sup>. Buna göre, iktisap edilen paylar bağlı şirketin varlık kısmında raporlanacak ve buna karşılık özkaynakta yedek akçe yaratılacaktır<sup>34</sup>. Buna karşılık öğretilerde başka bir görüş, ana şirketin yedek akçe ayırmakla yükümlü olduğu yönündedir<sup>35</sup>. Zira payları iktisap edilen yavru şirket değil, ana şirkettir. Keza yavru şirketin bir anonim şirket olmak zorunda olmaması da bu sonu haklı kılar. Bunun yanı sıra öğretilerde, bağlı şirket tarafından ana şirketin paylarının devralınmasına, yalnızca, ana şirketin AktG § 71/2 uyarınca bu paylar için yedek akçe yaratabilecek kadar serbest özkaynağı bulunması durumunda izin verileceği ifade edilmektedir<sup>36</sup>. Bununla birlikte, İsviçre Hukuku'nda İsviçre Borçlar Kanunu (Obligatioenenrecht – OR-) Art. 659b/3'te açıkça çoğunluğa<sup>37</sup> sahip olan ana şirketin yedek akçe ayırması gerektiği düzenlenmiştir. Bu sebeple öğretilerde, ana şirketin yedek akçe ayırması gerektiği; çünkü kanunen payı kendi almış gibi görüldüğü ifade edilmektedir. Buna karşılık, yavru şirketin yapmış olduğu bu alım sebebiyle yedek akçe ayırması gerekmez<sup>38</sup>. Bu sayede, yedek akçe ana şirketin kârından karşılanacak ve ana şirketin bu tutarı kâr olarak dağıtması engellenecektir<sup>39</sup>. Bunun yanı sıra, öğretilerde bağlı şirketin ana şirketin paylarını, amaçlanan elde tutma süresine bağlı olarak dönen varlıklar veya sabit varlıklar olarak raporlayacağı ifade edilmektedir<sup>40</sup>.

TTK açısından değerlendirildiğinde, TTK ve KGK düzenlemelerinde kimin yedek akçe ayıracağına ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte, Büyük ve Orta Boy İşletmeler İçin Finansal Raporlama Standardı<sup>41</sup> (BOBİ FRS) m. 9.69'da bağlı şirketin elinde bulundurduğu işletmenin payları

32 Türk (n 3) 283; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) 663; Karacan ve Erişir Karacan (n 17) 160; Ayan (n 13) 216.

33 Bir işletmenin, kendisine hâkim veya kendisinde çoğunluk paya sahip işletmenin paylarını edinmesi durumunda, yedek akçe ayırmaya ilişkin AktG § 71/2'ye uyulacaktır (AktG § 71d). Bunun yanı sıra, bilançonun yapısını düzenleyen Alman Ticaret Kanunu [Handelsgesetzbuch (HGB)] § 266'da bilançonun pasifinde özkaynak grubunun altında hâkim veya çoğunluk paya sahip işletme için yedek akçe kalemi bulunmaktadır [HGB § 266/3A(3-2)]. Ayrıca özkaynağa ilişkin HGB § 272'de ise, hâkim veya çoğunluk paya sahip bir işletmedeki paylar için yedek akçe ayrılacağı açıkça düzenlenmiştir (HGB § 272/4).

34 Bruno Kropff, iç Joachim Hennrichs, Detlef Kleindiek ve Christoph Watrin (edr), *Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Band 2, §§ 238–342e Handelsgesetzbuch* (C.H. Beck 2013) § 272 N 207; Moritz Pöschke, iç Martin Henssler, Carsten Herresthal, Marian Paschke (edr), *beck-online.Grosskommentar zum Bilanzrecht, §§ 238 – 342e Handelsgesetzbuch* (C.H. Beck 2020) § 272 N 218; Robert Winnefeld, *Bilanz-Handbuch* (5. Bası, C.H. Beck 2015) Kapitel D, N 1850.

35 Baş (n 25) 152. Limited şirketler açısından aynı yönde bkz. Şener, *Limited* (n 25) 163.

36 Pöschke (n 34) § 272 N 219; Kropff (n 34) § 272 N 208.

37 OR Art. 659b/3'te sadece çoğunluk kavramı geçmektedir. Bu sebeple İsviçre öğretilerinde, bunun sermayenin mi yoksa oyların çoğunluğu mu olduğu tartışmalıdır. İnceleme için bkz. Lenz ve von Planta (n 1) Art. 659b N 3; Handschin (n 2) Art. 659 N 153 vd.

38 Forstmoser, Meier Hayoz ve Nobel (n 4) § 50 N 182; Neuhaus ve Balkanyi (n 10) Art. 671a N 5d, 10a; Lukas Glanzmann, 'Das neue Rechnungslegungsrecht' iç Peter V Kunz, Oliver Arter ve Florian Jörg (edr), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII (Stämpfli 2013)* 289; Lenz ve von Planta (n 1) Art. 659b N 9; Christian Haas, 'Eigene Aktien und Kapitalverlust' (2013) (12) *Der Schweizer Treuhänder* 921, 926; Böckli, *Rechnungslegung* (n 24) § 4 N 486; Handschin, 'Aktien' (n 17) 488; Imark ve Lipp (n 6) Art. 671a N 8.

39 Handschin (n 2) Art. 659 N 166.

40 Neuhaus ve Balkanyi (n 10) Art. 671a N 5d; Lenz ve von Planta (n 1) Art. 659b N 9; Imark ve Lipp (n 6) Art. 671a N 8. Diğer görüşe göre bağlı ortaklık, iktisap edilen payları özkaynağı azaltıcı şekilde raporlamalıdır. Bkz. Handschin, 'Aktien' (n 17) 487-488; Glanzmann, 'Bilanzierung' (n 27) 288.

41 "Büyük ve Orta Boy İşletmeler İçin Finansal Raporlama Standardı Hakkında Tebliğ" in ekinde yayınlanmıştır. Bkz. RG 29.07.2017/30138 mük.



konsolidasyon sırasında, varsa kontrol gücü olmayan paylara isabet eden tutarlar da dahil olmak üzere, tamamıyla elimine edileceği ve karşılığında da özkaynak tutarının azaltılacağı yer almıştır. Buna göre, ana şirket konsolide finansal tablosunu hazırlarken, bağlı şirketin edinmiş olduğu payları bilançonun özkaynak grubunda, özkaynak tutarını azaltacak şekilde raporlayacaktır. Bunun için de, finansal tablolarda özel bir raporlama şekli oluşturulmuştur. Şirketin kendi edindiği paylar, “Geri Alınmış Paylar” hesabında raporlanırken, bağlı şirket tarafından edinilen paylar “Karşılıklı İştirak Sermaye Düzeltmesi” hesabında raporlanır<sup>42</sup>. Dolayısıyla BOBİ FRS bağlamında, bağlı şirket tarafından iktisap edilen hakim şirket payları, hakim şirketin hazırlamış olduğu konsolide finansal tablolarda raporlanacaktır. Buna karşılık yedek akçeyi kimin ayırması gerektiğine yönelik herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Kanaatimizce bu sorun yavru şirket tarafından ana şirketin paylarını iktisabının ana şirketin kendi paylarını iktisabına eşdeğer görmemizin nedeni ekseninde çözümlenmelidir<sup>43</sup>. Buna göre, TTK m. 379/5 ile ana şirketin sermayesi ile oy dengelerini korumak ve yavru şirketler aracılığıyla payların yasağa aykırı iktisabını engellemek amaçlanmaktadır<sup>44</sup>. Dolayısıyla ana şirket, kendi paylarını iktisabına rağmen kâr payı dağıtımına devam etmek için yavru şirket aracılığıyla kendi payını iktisap edebilir. Buna karşılık, yavru şirkette ana şirketteki payların bulunması, bir şirketin kendi paylarını doğrudan iktisabında olduğu gibi, kâr payı ödemesinde sermayenin geri ödemesi riskini içermez<sup>45</sup>. Bu sebeple, kanaatimizce ana şirket yedek akçe ayırmakla yükümlü olmalıdır. Nitekim BOBİ FRS’de yavru şirket tarafından edinilen payların konsolide finansal tabloda gösteriliş biçimi de bu görüşümüzü desteklemektedir. Zira bu paylar ana şirket tarafından hazırlanan konsolide bilançoda raporlanarak, ana şirketin serbest özkaynak tutarı azaltılmıştır. Ayrıca uygulamada da bağlı şirket tarafından yapılan alımlar, ana şirketin hazırladığı konsolide bilançoda geri alınmış paylara ilişkin yedek hesabında gösterilmektedir<sup>46</sup>. Yavru şirket ise, edindiği payları varlık olarak raporlayacaktır<sup>47</sup>. Son olarak kanaatimizce muhasebeleştirilmeye ilişkin kuralları da etkileyecek bu durumun TTK’de açıkça düzenlenmesi gerekir.

### c. Yedek Akçe Olarak Ayrılacak Tutar

Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi durumunda, şirketin ayıracağı yedek akçe tutarı iktisap değerindedir (TTK m. 520). Bu tutar, satın alma fiyatına karşılık gelir<sup>48</sup>. Bunun yanı sıra, payın

42 Finansal Tablo Örnekleri ve Kullanım Rehberi (FTÖKR) 62. Rehber için bkz. RG 07.06.2019/30794.

43 Kendi hisselerinin satın alınması ile ilgili olarak, grup tarafından tek bir işlem vardır. Kuralın amacı, grup şirketlerinin aracılığı tarafından kendi hisselerinin satın alınmasına ilişkin kuralların atlanmasını önlemektir. Handschin (n 2) Art. 659 N 152.

44 Tekinalp, *Sermaye* (n 7) 123; Kropff (n 34) § 272 N 206; Pöschke (n 34) § 272 N 217; Böckli (n 5) § 4 N 327-332; Baş (n 25) 123.

45 Lenz ve von Planta (n 1) Art. 659b N 9.

46 Lokman Hekim Engürü Sağlık, Turizm, Eğitim Hizmetleri ve İnşaat Taahhüt A.Ş. genel kurulu yapmış olduğu geri alım programında, 01.04.2018 tarihinden sonra paylarının bağlı şirketi tarafından satın alacağını belirlemiştir. Program kapsamında Lokman Hekim Van Sağlık Hizmetleri İnşaat Taahhüt ve Ticaret A.Ş. geri alımda bulunabilecek bağlı şirketlerindedir. Şirketin yapmış olduğu alm için ana şirketin konsolide finansal tablosunda yedek akçe ayrılmıştır. Bkz. <file:///C:/Users/Bahattin%20Çamcı/Downloads/Lokman%20Hekim%20122020%20BDR.pdf>; 2018 yılında yapılan alımlar için bkz. <https://lokmanhekim.com.tr/finansal-tablo-ve-dip-notlar/> erişim tarihi 22.03.2021.

47 Yavru şirketin iktisap ettiği ana şirketin paylarını ne şekilde raporlayacağını incelemesi için bkz. II. B. Şirketin İktisap Ettiği Kendi Payları Açısından.

48 Neuhaus ve Balkanyi (n 10) Art. 671a N 11; Böckli (n 5) § 8 N 324.

nominal/itibari değerinin iktisap tutarından farklı olması, ayrılacak yedek akçe tutarını etkilemez<sup>49</sup>. Örneğin Aksu Gıda anonim şirketi 5.000 TL nominal değerli kendi payını, pay sahibi Adan 10.000 TL karşılığında satın almıştır. Bu durumda şirketin kendi payları için oluşturacağı yedek akçe tutarı 10.000 TL olacaktır.

Yedek akçe olarak ayrılacak tutar, şirketin serbestçe kullanılabilen özkaynağından karşılanır<sup>50</sup>. Serbestçe kullanılabilen özkaynaktan kasıt, TTK, esas sözleşme veya genel kurul kararıyla kullanımı herhangi bir şekilde kısıtlanmamış şirket kaynağıdır. Buna ilk olarak serbest yedek akçeler dâhildir<sup>51</sup>. Serbest yedek akçeler, genel kanuni yedek akçelerin sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşan kısmı (TTK m. 519/3), belirli bir amaca tahsis edilmeden, esas sözleşme gereği ayrılan yedek akçeler (TTK m. 521) ve genel kurulca ayrılmasına karar verilen (TTK m. 523/2) yedek akçelerdir<sup>52</sup>. TTK m. 519'da genel kanuni yedek akçenin, dört farklı kaynaktan oluştuğu düzenlenmiştir. Buna göre, yıllık kârın yüzde beşi, ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşmaya kadar genel kanuni yedek akçeye ayrılır (TTK m. 519/1). Bu ayırım yapıldıktan sonra pay senedi ihraç primleri, pay senedi iptal kârları ve kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak tutarın yüzde onu genel kanuni yedek akçeye eklenir [TTK m. 519/2(a-c)]. Bu dört kaynağın sermayenin yarısını aşması durumunda, aşan kısım serbest yedek akçe olarak nitelendirilir. Bunun yanı sıra, bilançoda bulunan geçmiş yıllar kârı hesabında<sup>53</sup> bulunan tutar da, şirketin serbest kaynakları arasındadır. Ayrıca şirketin ilgili faaliyet yılında elde edilmiş ve gerekli ayrımlar yapılmış dönem net kârı hesabı da yedek akçe ayırmak için kullanılabilir<sup>54</sup>. Bu yedek akçenin payların anonim şirket tarafından iktisabı tarihinde ayrılması gerekir<sup>55</sup>. Aksi hâlde yönetim kurulu sorumlu olur.

### 3. Ayrılan Yedek Akçenin Çözülmesi

#### a. Genel Olarak

TTK m. 520/1 uyarınca şirketin kendi payları için ayırdığı yedek akçeler, anılan paylar devredildikleri veya yok edildikleri takdirde iktisap değerlerini karşılayan tutarda çözülebilirler. Hükümde öngörülen durumlar oluşmadıkça, şirket kendi paylarına ilişkin yedek akçeleri üzerinde tasarruf edemez. Örneğin

49 Tekinalp, *Sermaye* (n 7) 110; Turan (n 17) 41.

50 Neuhaus ve Balkanyi (n 10) Art. 671a N 5c; Böckli (n 5) § 8 N 326; Handschin (n 2) Art. 659 N 71; Imark ve Lipp (n 6) Art. 671a N 2; Türk (n 3) 281; Can Sözer, *Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisabının Vergisel Sonuçları* (2. Bası, İstanbul 2014) 137; Ayan (n 13) 213.

51 Neuhaus ve Balkanyi (n 10) Art. 671a N 5c; Böckli (n 5) § 8 N 326; Handschin (n 2) Art. 659 N 71; Türk (n 3) 281; Ayan (n 13) 213.

52 Veliye Yanlı, 'Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı' (2014) XXX(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 5, 8.

53 Bu hesap, geçmiş faaliyet dönemlerinde ortaya çıkan ve pay sahiplerine dağıtılmamış kârlardan ilgili yedek hesaplarına alınmayan karların izlenmesinde kullanılır. İnceleme için bkz. Raziye Aksu Özkan, *Finansal Tabloların Tutulması ve Hukuksal Sonuçları* (On İki Levha 2019) 284; Erhan Bayazıtılı, Orhan Çelik ve Kadir Gürdal, *Genel Muhasebe* (Siyasal 2016) 502.

54 Böckli (n 5) § 8 N 326; Handschin (n 2) Art. 659 N 71; Türk (n 3) 281.

55 Neuhaus ve Balkanyi (n 10) Art. 671a N 10; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) 662; Türk (n 3) 281; Sözer (n 50) 137.

bilanço zararının ilgili yedek akçe ile kapatılmasına izin verilmez<sup>56</sup>. Keza bu yedek akçeler sermaye artırımında kullanılamayacağı gibi kâr payı olarak pay sahiplerine de dağıtılamaz<sup>57</sup>. Bununla birlikte, kanaatimizce hükümdeki “çözülebilirler” ifadesi, söz konusu durumlar gerçekleştiğinde genel kurula takdir hakkı verildiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Kanunda sayılan hâller gerçekleştiğinde, iktisap için ayrılan yedek akçe de çözülmelidir<sup>58</sup>. Zira yedek akçe ayırmanın sebebi ortadan kalkmıştır. Söz konusu durumlar gerçekleşmişse, kendi payları için ayrılan yedek akçeden serbest bırakılan tutar serbest yedeklere aktarılmalıdır<sup>59</sup>. Buna göre, çözülen tutar serbestçe kullanılabilir. Örneğin kâr olarak dağıtılabılır veya sermayeye eklenebilir<sup>60</sup>.

### **b. Çözülebileceği Hâller**

Şirketin kendi payları için ayırdığı yedek akçelerin çözülebileceği ilk hâl, anılan payların devredilmesidir (TTK m. 520). Devredilme, üçüncü kişilere kendi paylarının satışını veya satışla aynı ekonomik etkiye sahip hukuki bir işlemi içerir. Örneğin bağış, alacaklının iddiasına karşı mahsup etme gibi<sup>61</sup>. Bununla birlikte, TTK’de ana şirketin iktisap ettiği kendi payını, bağlı şirkete devretmesi hâlinde ne yapılacağı düzenlenmemiştir. İsviçre öğretisinde bir görüş ana şirketin sahip olduğu kendi paylarının bir bağlı şirkete satışını, yedek akçenin çözümlenmesini gerektirecek bir satış olarak nitelendirmemektedir. Bu durumda da, ana şirketin kendi payları için yedek akçe ayırması gerekir<sup>62</sup>. Bununla birlikte, bağlı şirketin ana şirketteki payları üçüncü kişilere satması farklıdır. Bu, ana şirketteki kendi payları için ayrılan yedek akçenin serbest bırakılmasına yol açar<sup>63</sup>. Bunun yanı sıra, şirketin kendi payları için ayırdığı yedek akçeler, anılan paylar yok edildikleri takdirde de çözülebilir (TTK m. 520). Payların yok edilmesi sermayenin azaltılması yoluyla TTK m. 473 ve 475 çerçevesinde gerçekleştirilecektir.

### **c. Çözülecek Tutar**

TTK m. 520/1 uyarınca, çözülecek yedek akçe tutarı, devredilen veya yok edilen payların iktisap değerlerini karşılayan tutardır. Dolayısıyla şirketin iktisap ettiği payları iktisap değerinden daha fazla veya azı tutarında elden çıkarmış olması, çözülecek yedek akçe tutarını etkilemeyecektir. Böylece paylar daha yüksek bir bedelle elden çıkarılırlarsa hem yedek akçelerin daha hızlı çözülmesi önlenmek hem de bunun şirket hesaplarını manipüle etmek amacı ile kullanılması engellenmek

56 Böckli (n 5) § 8 N 333; Kropff (n 37) § 272 N 220; Pöschke (n 34) § 272 N 230.

57 Böckli (n 5) § 8 N 333.

58 Kropff (n 34) § 272 N 220; Pöschke (n 34) § 272 N 230.

59 Stephan Dekker, iç Jeannette K. Wibmer (ed), *Aktienrecht Kommentar Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR* (Orell Füssli 2016) Art. 671a N 9; Imark ve Lipp (n 6) Art. 671a N 9; Turan (n 17) 42; Karacan ve Erişir Karacan (n 17) 160.

60 Karacan ve Erişir Karacan (n 17) 160; Otlı, Bekçi ve Karataş (n 4) 289.

61 Dekker (n 59) Art. 671a N 3.

62 ibid Art. 671a N 3.

63 Dekker (n 59) Art. 671a N 3; Imark ve Lipp (n 6) Art. 671a N 9.

istenilmiştir<sup>64</sup>. Satış için zaman açısından belirleyici nokta, elden çıkarma işlemidir; yok etme için ticari siciline kayıttır<sup>65</sup>.

Çözülecek tutarın tespiti, şirketin kendi paylarını farklı fiyatlardan iktisap etmesi durumunda önem arz etmektedir. Buna göre, iktisap edilen kendi payların sadece bir kısmı satılır veya yok edilirse, bu durumda, kendi payları için serbest bırakılacak ilgili yedek akçe tutarını belirlemek için sistematik bir prosedür seçilmelidir<sup>66</sup>. Şirket, düşülecek tutarı belirlemek için LIFO (Last-In First-Out/Son giren ilk çıkar), FIFO (First-In First-Out/İlk giren ilk çıkar) veya ortalama değer yöntemini kullanabilir<sup>67</sup>. Seçilen prosedür, yıllık finansal tablo dipnotlarında açıklanmalı ve tutarlı bir şekilde uygulanmalıdır.

#### 4. Hükme Aykırılığın Sonuçları

TTK m. 520'de şirketin edindiği paylar için yedek akçe ayırma yükümlülüğü düzenlenmekle birlikte, hükme aykırılığın yaptırımını özel olarak düzenlenmemiştir. Bu sebeple, her durum ayrıca değerlendirilmelidir. İlk olarak bu yükümlülüğe aykırı davranış, şirketin kendi paylarını iktisabını geçersiz kılmaz. Zira iktisap edilen paylar için yedek akçe ayrılması, şirketin kendi paylarını edinmesinin koşulu değil sonucudur. İkinci olarak iktisap edilen paylar için yedek akçe ayrılmaksızın hazırlanan yıllık bilançonun geçerliliği farklı ihtimallere göre değerlendirilmelidir. Buna göre şirketin yedek akçe ayıracak kadar serbest özkaynağı bulunmasına rağmen, bu yedek akçe ayrılmaksızın bilanço hazırlanmışsa, bu bilanço denetimden geçemeyecektir<sup>68</sup>. Zira finansal tabloların TTK ve KGK yayınlara uygun şekilde hazırlanması gerekir (TTK m. 398). Bunun yanı sıra, şirketin yedek akçe ayıracak serbest özkaynağı olmaması durumunda da kural olarak aynı sonuca varılmalıdır. Bununla birlikte, kanaatimizce bu durumda yönetim kurulunun bilançoda ayrılması gereken yedek akçe tutarı kadar zarar göstermesi ve bilanço dipnotlarında bunun açıklamasını yapması durumunda farklı bir sonuca varılabilir. Böylece şirket yeniden serbest özkaynak elde edene kadar raporlanan zarar, ileride elde edilecek kârın dağıtımını engelleyecektir<sup>69</sup>. Bu durumda, bilançonun sınırlı olumlu görüş yazısı verilerek denetimden geçirilmesi mümkündür (TTK m. 403/3). Bu görüş yazısında denetçi, olumlu görüşünü sınırlandırmasının sebebi olarak yedek akçe ayrılmamasını açıkça belirtebilir. Üçüncü olarak yedek akçe ayrılmaksızın ve gerekli açıklamalar yapılmaksızın hazırlanan bilanço bir şekilde denetimden geçmiş ve genel kurul bunu onaylamışsa, genel kurulun bilançonun onaylanmasına ilişkin kararı butlanla batıl olacaktır<sup>70</sup>. Keza bu bilançooya dayanılarak alınan kâr dağıtım kararı da butlanla batıldır ve dağıtılan kâr da haksız kâr oluşturur. Son olarak bu yükümlülüğe aykırı davranış TTK m. 553 uyarınca kanuna aykırılık sebebiyle yönetim kurulunun sorumluluğuna sebep

64 Karacan ve Erişir Karacan (n 17) 160.

65 Dekker (n 59) Art. 671a N 8.

66 Dekker (n 59) Art. 671a N 7; Neuhaus ve Balkanyi (n 10) Art. 671a N 17.

67 Dekker (n 59) Art. 671a N 7; Neuhaus ve Balkanyi (n 10) Art. 671a N 17; Glanzmann, 'Bilanzierung' (n 27) 286; Imark ve Lipp (n 6) Art. 671a N 9.

68 Kropff (n 34) § 272 N 220.

69 Winnefeld (n 34) Kapitel D N 1853.

70 Sevi, *Pay* (n 15) 87.

olabilir<sup>71</sup> (TTK m. 553). Bunun için şirketin zarara da uğraması gerekir. Bununla birlikte, TTK m. 520/1 uyarınca yedek akçe ayrılması, sadece özkaynaklarda vasıf değişikliğine yol açtığı için, bu yükümlülüğe uyulmaması tek başına bilanço zararına yol açmaz. Buna karşılık, şirket bağlı yedek akçe ayırmadığı için bu tutar pay sahiplerine kâr olarak dağıtılırken, edinilen paylar da satılmadığı için sermaye azaltımı suretiyle itfa edilirse veya şirket kendi payları satılmadan tasfiyeye girerse bilanço zararı ortaya çıkar<sup>72</sup>.

## II. Şirketin İktisap Ettiği Kendi Paylarının ve Bunun İçin Ayrılan Yedek Akçenin Muhasebeleştirilmesi

### A. Genel Olarak

TTK'de finansal tablolara ilişkin uygulanacak esas kurallar açısından KGK'nin düzenlemelerine gönderme yapılmıştır (TTK m. 88). KGK, bu hususta Türkiye Muhasebe Standartları/Türkiye Finansal Raporlama Standartları (TMS/IFRS), BOBİ FRS ve Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği (MSUGT) şeklinde üç tür mevzuat belirlemiştir<sup>73</sup>. Bu üç mevzuat açısından da şirketin iktisap ettiği paylar ve bunlara ilişkin ayrılan yedek akçe, anonim şirketin bilançosunda muhasebeleştirilir. TTK'de açıkça bilançonun tanımına yer verilmemiştir; ancak TTK m. 68/1'de bilançonun işletmenin varlık ve borçlarının tutarlarının ilişkisini gösteren finansal tablo olduğu yer almıştır. KGK'nin düzenlemelerinde<sup>74</sup> ve öğretilerde bilanço, "hazırlandığı tarih itibarıyla işletmenin varlık, yükümlülük ve özkaynaklarını gösteren tablo" şeklinde tanımlanmaktadır<sup>75</sup>. Finansal raporlamada, şirketin gerçekleştirdiği iktisadi işlemler, niteliklerine göre varlık, yükümlülük veya özkaynak gruplarına aktarılır. Anonim şirketin sahip olduğu varlıklar, ya şirket kurucuları tarafından sağlanmıştır ya da üçüncü kişilere borçlanılarak elde edilmiştir. Bunlardan birinci bölümün kaynağına "Özkaynak", ikinci bölümün kaynağına "Yükümlülükler" denilir (FRKÇ m. 4.1/a). Şirketin kuruluşunda sadece sermayeden oluşan özkaynak grubuna, şirketin faaliyetleri arttıkça farklı hesaplar eklenir<sup>76</sup>.

71 Sevi, *Pay* (n 15) 87; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu (n 2) 662.

72 Türk (n 3) 283.

73 Kurul kararı için bkz. <[http://kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/PDF%20linkleri/RGTMS%20Uygulama%20Kapsam%C4%B1na%20%C4%B0li%C5%9Fkin%20Kurul%20Karar%C4%B1\\_y.pdf](http://kgk.gov.tr/Portalv2Uploads/files/PDF%20linkleri/RGTMS%20Uygulama%20Kapsam%C4%B1na%20%C4%B0li%C5%9Fkin%20Kurul%20Karar%C4%B1_y.pdf)> erişim tarihi 20.02.2021.

74 TMS/IFRS'de de bilançonun tanımı açıkça düzenlenmemiş; ancak KGK tarafından yayınlanan Finansal Raporlamaya İlişkin Kavramsal Çerçeve (FRKÇ) m. 3.3/ada bilançoda varlık, yükümlülük ve özkaynak unsurlarının bulunacağına yer verilmiştir (FRKÇ için bkz. RG 27.10.2018/30578). BOBİ FRS m. 1.29 uyarınca bilanço, işletmenin finansal durumu hakkında bilgi vermek üzere hazırlanan ve işletmenin belirli bir tarihteki varlık, yükümlülük ve özkaynaklarını gösteren tablodur.

75 Orhan Sevilengül, *Genel Muhasebe* (18. Bası, Gazi 2016) 33; Gürbüz Gökçen, *Genel Muhasebe* (Beta 2015) 9; Ahmet Gökgöz, *Genel Muhasebe* (Ekin 2015) 5; Tolga Uysal ve Mehmet Şenlik, *Genel Muhasebe* (Seçkin 2016) 31; Bayazıtlı, Çelik ve Gürdal (n 53) 26; Erhan Yalçın, *Uluslararası Finansal Raporlama* (Seçkin 2015) 214; Aksu Özkan (n 53) 166; *Karayalçın*, bilançonun içeriğinden bahsetmeksizin, bilançoğu işletmenin dönem sonu mali "muvazene=denge"si gösteren belge olarak tanımlamıştır. Bkz. *Karayalçın* (n 10) 40; *Tekinalp*, bilanço için bir tanım vermektan kaçınmaktadır. Yazara göre bunu yapmaya çalışılmak, bilanço gibi zengin içeriğe sahip kavramlar açısından tanıtıcı olmamaktadır. Bu sebeple, bilançonun sonuç açıklama işlevine değinmektedir. Bkz. Ünal Tekinalp, *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri* (2. Bası, Fakülteler 1979) 59-60.

76 Özkaynaklar grubunda, ödenmiş sermaye, sermaye düzeltme farkları, sermaye katkıları, paylara ilişkin primler/ iskontolar, kârdan ayrılan kısıtlanmış yedekler ve fonlar, kâr veya zararda yeniden sınıflandırılmayacak özkaynaklarda kaydedilen birikmiş gelirler (giderler), kâr veya zararda yeniden sınıflandırılacak özkaynaklarda kaydedilen birikmiş

Bunlardan biri de şirketin iktisap ettiği kendi payları için ayrılan kanuni yedek akçeye ilişkin hesaptır. Bunun yanı sıra, bilanço aktif ve pasif taraf ayırımına da tâbi tutulmaktadır. Tablonun sol yanına aktif taraf, sağ yanına da pasif taraf denir<sup>77</sup>. Aktif taraf, o şirketin varlıklarını; pasif tarafı bu varlıkların nasıl finanse edildiğine dair bilgileri içeren yükümlülükleri ve özkaynaklarını gösterir<sup>78</sup>. Bu ayırım kapsamında yedek akçeler, bilançonun pasifinde raporlanır ve bilançonun aktifinde yer alan bir kısım varlığın kaynağını oluşturur. Şirketin iktisap ettiği kendi payları için ayrılan yedek akçe ise, şirketin iktisap ettiği kendi paylarının kaynağı olarak raporlanır. Bu sebeple, şirketin iktisap ettiği kendi payları ve bunun için ayrılan yedek akçenin muhasebeleştirilmesi bu düzenlemeler bağlamında ayrı ele alınacaktır.

### B. Şirketin İktisap Ettiği Kendi Payları Açısından Muhasebeleştirme

KGK tarafından yayınlanan “TMS 32 Finansal Araçlar: Sunum<sup>79</sup>” standardından önce, şirketin iktisap ettiği kendi payları şirketin varlığı olarak bilançonun aktifinde muhasebeleştiriliyordu<sup>80</sup>. Eski sistemde şirketin iktisap ettiği kendi payları, şirket açısından varlık kalemleri arasındaki bir değişimden ibaret olup, şirketin varlık tutarında bir değişikliğe sebep olmuyordu. Örneğin Aksu Gıda A.Ş.’nin esas sermayesi 100.000 TL olup tamamı nakit ödenmiştir. Her bir payın değeri 10.000 TL olup, 10 tane payı vardır. Şirketin 10.000 TL kanuni yedek akçesi ve 40.000 TL’de geçmiş yıllardan aktarılan kârı vardır. Bunların karşılığında, şirketin 150.000 TL nakit parası bulunmaktadır. Bu tutar, bilançonun dönen varlık kısmında nakit hesabında gösterilecektir. Buna ilişkin bilanço, Tablo 1’deki şekilde gösterilecektir:

Tablo 1:

AKSU GIDA ANONİM ŞİRKETİ’NİN 31 ARALIK 2020 TARİHLİ BİLANÇOSU	
VARLIK/AKTİF	KAYNAK/PASİF
Dönen Varlık 150.000 TL Nakit hesabı 150.000 TL	Yükümlülükler 0 Özkaynak 150.000 TL Ödenmiş sermaye 100.000 TL Kârdan ayrılan kısıtlanmış yedek 10.000 TL Geçmiş yıllardan aktarılan kâr 40.000 TL

Aksu Gıda şirketi, 10.000 TL’lik bir payını, pay sahibi P’ye 10.000 TL ödeyerek iktisap etmiştir. Bu durumda, şirketin nakit hesabı 10.000 TL azaltılacak; ancak bunun yerine varlık kısmında iktisap

gelirler (giderler), geçmiş yıllar kârları, geçmiş yıllar zararları ve dönem net kârı (zararı) hesapları bulunur. İnceleme için bkz. Aksu Özkan (n 53) 241-287.

77 Böckli, *Rechnungslegung* (n 24) § 4 N 306; Gökgöz, *Genel* (n 75) 5; Uysal ve Şenlik (n 75) 31; Nihat Küçüksavaş, *Finansal Muhasebe* (14. Bası, Beta 2016) 57; Tanış (n 11) 19; Yalçın (n 75) 214; Bayazıtli, Çelik ve Gürdal (n 53) 26; Tekinalp (n 75) 162.

78 Gökgöz, *Genel* (n 75) 5; Tanış (n 11) 19.

79 Standart ilk defa 01.01.2005 tarihinden sonra başlayan hesap dönemlerinde uygulanmak üzere yayımlanmıştır. Son hâli için bkz. RG 15.01.2019/30656 mükerrer. Aynı düzenleme BOBİ FRS’ye tâbi olan şirketler açısından da geçerlidir (BOBİ FRS m. 9.68).

80 Forstmoser, Meier Hayoz ve Nobel (n 4) § 50 N 159.

ettiği paylar raporlanacaktır. Dolayısıyla şirketin varlık tutarı, iktisap öncesiyle aynı olacaktır. Sadece raporlanan hesaplar farklılaşacaktır. Buna ilişkin bilançonun görünümü – yedek akçe ayrılmaksızın – Tablo 2’deki şekildedir:

**Tablo 2:**

AKSU GIDA ANONİM ŞİRKETİ’NİN 31 ARALIK 2020 TARİHLİ BİLANÇOSU	
VARLIK/AKTİF	KAYNAK/PASİF
<b>Dönen Varlık 150.000 TL</b>	<b>Yükümlülükler 0</b>
Nakit hesabı 140.000 TL	<b>Özkaynak 150.000 TL</b>
Pay senetleri 10.000 TL	Ödenmiş sermaye 100.000 TL
	Kârdan ayrılan kısıtlanmış yedek 10.000 TL
	Geçmiş yıllardan aktarılan kâr 40.000 TL

Yeni sistemde ise, her ne sebeple geri alınmış olursa olsun, bir işletmenin özkaynağına dayalı finansal araçların finansal bir varlık olarak dikkate alınmaz (TMS 32 UR36). Bu değişikliğin sebebi, TMS/TFRS’lerin alındığı Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarında<sup>81</sup> kendi paylarının iktisap edilmesinin pay sahiplerine yapılan katkıların geri ödemesi olduğunu varsaymasıdır<sup>82</sup>. TMS 32 m. 33 uyarınca işletmenin, özkaynağına dayalı finansal araçlarını yeniden edinmesi durumunda, bu araçlar özkaynaktan düşülür. Buna göre, şirketin iktisap ettiği kendi payları, bilançoda özkaynak grubu altında raporlanır. TMS 32 kapsamında işletmenin kendi paylarını alması durumunda, bu paylara ilişkin alım bedelleri özkaynaktan düşülerek “Geri Alınmış Paylar (-)” kaleminde gösterilir<sup>83</sup>. Örneğin Aksu Gıda şirketi, 10.000 TL’lik bir payını, tamamını nakit ödeyerek edinmiştir. Eski sistemde ödenen tutar bedelinde şirketin iktisap ettiği paylar, bilançonun varlık kısmında raporlanıyordu. Dolayısıyla varlık tutarı aynı kalmakla birlikte, raporlanan hesaplar değişiyordu. Yeni sistemde, 10.000 TL’lik nakit para hesabının azaltılmasına rağmen, bilançonun varlık kısmına yeni bir hesap eklenmemektedir. Bu ise, şirketin varlıklarını azaltmaktadır. Bu sebeple, hem bilançonun varlık tarafında pay bedeli ödemesi kadar bir azalma olur hem de geri alınan payların özkaynaktan indirilerek gösterilmeleri nedeniyle bilançonun pasif tarafında küçülme olacaktır<sup>84</sup>. Aksu Gıda şirketinin iktisap ettiği kendi payları, özkaynak grubu altında eksi bir değer olarak raporlanır. Bu paylar, eksi bir değer olarak raporlandığı için, özkaynak tutarı hesaplanırken, “Geri Alınmış Paylar” tutarı, özkaynağı azaltacaktır. Olayımız açısından “Ödenmiş Sermaye (100.000) + Kârdan Ayrılan Kısıtlanmış Yedekler (10.000) + Geçmiş

81 Dünya genelinde farklı ülkelerdeki muhasebe uygulamalarının uyumlaştırılması için gerekli, uluslararası geçerliliğe sahip muhasebe standartlarının oluşturulması amacıyla 29 Haziran 1973’te “Uluslararası Muhasebe Standartları Komitesi-International Accounting Standards Committee (IASC)” kurulmuştur. IASC’ın yeniden yapılandırılmasına yönelik çalışmalar sonucu, tüzüğü ve yapısı değiştirilerek 8 Mart 2001’de “Uluslararası Muhasebe Standartları Komitesi Vakfı-International Accounting Standards Committee Foundation (IASCF)” oluşturulmuştur. IASC standart koymak yetkisi de dâhil olmak üzere tüm yetkilerini, IASCF’nin birimlerinden biri olan “Uluslararası Muhasebe Standartları Yönetim Kurulu-International Accounting Standards Board (IASB)”a devretmiştir. IASB, standartlarını “International Financial Reporting Standards (IFRS)” adı altında yayımlamaktadır. İnceleme için bkz. Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar II* (n 10) 287 vd; Aksu Özkan (n 53) 27-20; Yalçın (n 75) 55.

82 Handschin, ‘Aktien’ (n 17) 485; Handschin (n 2) Art. 659 N 3; Marlen Stöckli, ‘Die neue Bilanzierungsmethode eigener Kapitalanteile und deren (ausbleibender) Einfluss auf Art. 725 Abs. 1 OR’ (2016) (2) Quid? *Fribourg Law Review* 6, 8.

83 FTÖKR 62.

84 Karacan ve Erişir Karacan (n 17) 161.

Yıllar Kârı (40.000) – Geri Alınmış Paylar (10.000) = Özkaynak (140.000)” olacaktır. Buna göre, – yedek akçe ayrılmaksızın – bilançonun yeni hâli Tablo 3’teki gibi olacaktır:

**Tablo 3:**

AKSU GIDA ANONİM ŞİRKETİ’NİN 31 ARALIK 2020 TARİHLİ BİLANÇOSU	
VARLIK/AKTİF	KAYNAK/PASİF
<b>Dönen Varlık 140.000 TL</b> Nakit hesabı 140.000 TL	<b>Yükümlülükler 0</b> <b>Özkaynak 140.000 TL</b> Ödenmiş sermaye 100.000 TL Geri alınmış paylar 10.000 TL (-) Kârdan ayrılan kısıtlanmış yedek 10.000 TL Geçmiş yıllardan aktarılan kâr 40.000 TL

Yavru şirket ana şirketin paylarını edinmişse, bu durumda da payların iktisabı söz konusu olmakla birlikte, bunlar için özel bir raporlama şekli kabul edilmiştir. Buna göre bu paylar, “Geri Alınmış Paylar (-)” kaleminde değil, TMS 32 kapsamında “Karşılıklı İştirak Sermaye Düzeltmesi” kaleminde gösterilir. Bu düzeltme de (-) bir kalem olup, özkaynak tutarını azaltır<sup>85</sup>. Bununla birlikte, yavru şirketin ne şekilde raporlama yapacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bu sebeple, yavru şirket tarafından ana şirketin payının iktisabının ne şekilde raporlanacağına ilişkin açık bir düzenleme yapılmalıdır. Bu düzenleme yapılana kadar, kanaatimizce yavru şirket kendi bireysel bilançosundan iktisap etmiş olduğu ana şirketin paylarını finansal varlık olarak raporlayabilir. Zira yavru şirket kendi paylarını iktisap etmediği için, TMS 32 ile öngörülen varlık olarak muhasebeleştirilme yasağı, yavru şirket açısından uygulanamaz.

Özkaynaktan düşürme yönteminde şirketin iktisap ettiği kendi paylarının alışından, satışından, ihracından ya da iptalinden dolayı kâr veya zarara herhangi bir kazanç ya da kayıp yansıtılmaz (TMS 32 m. 33). Buna göre, şirketin iktisap ettiği kendi paylarının değeri, alış fiyatına göre artabilir veya azalabilir. Örneğin itibari değeri 10.000 TL olan ve bu bedel üzerinden satın alınan paylar, 15.000 TL’ye veya 5.000 TL’ye satılabilir. TMS 32 uyarınca alış fiyatı ile satış fiyatı arasındaki bu fark, şirketin finansal tablo çeşitlendirmeden biri olan kâr veya zarar tablosuna yansıtılamayacaktır. Bu sebeple, şirketin iktisap ettiği kendi paylarına ilişkin değer değişiklikleri şirketin ilgili faaliyet yılındaki dönem net kârını veya zararını etkilemez. Bu sayede, şirketin iktisap ettiği kendi paylarının değerinin kâr olarak dağıtılması engellenmiştir. Zira bilançoda dağıtılabilecek kârın hesaplandığı dönem net kârı hesabı, kâr veya zarar tablosunda raporlanan dönem net kârından aktarılmaktadır. Kanaatimizce bu sakınca sebebiyle, şirketin kendi paylarını alış veya satışının kâr veya zarar tablosunda raporlanması istenmemiştir. Bunun yerine, yine özkaynak grubu altında “Paylara İlişkin Primler/İskontolar” kalemi altında raporlanacaktır<sup>86</sup>.

85 FTÖKR 62.

86 FTÖKR 63; Metemtur Otelcilik ve Turizm İşletmeleri Anonim Şirketi’nin geri alınan paylarının piyasa değeri 1.127.468 TL iken 19.06.2020 tarihinde paylarının tamamını 2.194.958,45 TL’ye satmıştır. Bu payların geri alınmasından ve geri alınan payların satışından dolayı kâr ve zarar tablosuna herhangi bir kazanç yahut kayıp yansıtılmamıştır. Geri alınan payların satışından doğan 832.642 TL kazanç tutarı “Paylara İlişkin Primler/İskontolar” hesabına kaydedilmiştir. Şirketin 01 Ocak – 31 Aralık 2020 dönemine ait konsolide finansal tabloları için bkz. <<https://metemtur.com/wp-content/>



Kanaatimizce şirketin iktisap ettiği payların muhasebeleştirilme şeklinde yapılan değişiklik yerinde bir düzenleme olmuştur. Zira özkaynaklarda raporlanan sermaye kendisiyle değil sadece gerçek varlıklar tarafından karşılanmalıdır<sup>87</sup>. Bunun yanı sıra eski sistemde, şirketin iktisap ettiği kendi payları şirketin varlığı olarak sayıldığı için, payların değerinde gerçekleşen değişimler sebebiyle finansal tablo kullanıcıları kolaylıkla yanıltılabilmektedir<sup>88</sup>. Buna göre, gerçekleşen değişimler kâr veya zarar tablosunda gelir veya gider olarak raporlanacak<sup>89</sup> ve bu suretle olmayan kâr dağıtılabilecek veya kâr dağıtılması gerekirken dağıtılmayacaktır. Örneğin şirketin bilançosunda 10.000 TL olarak raporlanan payının değeri 15.000 TL'ye yükselmiştir. 5.000 TL'lik bu fark, kâr veya zarar tablosunda bir gelir olarak gösterilecek ve bu da dönem net kâr tutarını etkileyecektir. Keza şirketin iktisap ettiği kendi payların değerindeki değişimler sebebiyle yedek akçenin de değerinde değişim yapılıp yapılmayacağı sorunu ortaya çıkıyordu<sup>90</sup>. Oysa yeni sistemde paylar varlık olmadığı için yedek akçe tutarı açısından da bir tartışma yapılmasına gerek kalmayacaktır. Ayrıca bu yeni yöntem, şirketin kendi paylarının iktisabından elde edilen finansal sonucun daha şeffaf bir sunumunu sağlar<sup>91</sup>. Zira önceki muhasebe yönteminde kendi paylarının iktisabı bilanço açısından etkisi bulunmazken, yeni yöntem bunların küçülmesine yol açar. Bu sayede satın alma maliyetleri tutarında pay sahiplerine yapılan ödemeden kaynaklanan özkaynaktaki daralma daha açık bir şekilde gösterilecektir<sup>92</sup>.

### C. Yedek Akçe Açısından Muhasebeleştirme

#### I. Genel Olarak

TMS/TFRS'de şirketin kendi paylarının bilançoda ne şekilde yer alacağı belirtilmekle birlikte, yedek akçeler açısından herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, FTÖKR'de ve TFRS Taksonomisinde TTK m. 520/1 uyarınca ayrılan yedek akçelerin, "Kârdan Ayrılmış Kısıtlanmış Yedekler" kaleminde raporlanacağı yer almaktadır<sup>93</sup>. Bunun yanı sıra, BOBİ FRS'de ise açıkça yedek akçe ayrılacağı düzenlenmiştir. Kanaatimizce mevzuat açısından incelendiğinde, TMS/TFRS'ye tâbi olanlar açısından ilgili standartta yedek akçenin bulunmamasının sebebi, bunların öncelikle yayınlanması ve uluslararası standartlardan birebir çeviri olmasıdır. Buna karşılık BOBİ FRS, TMS/TFRS düzenlemelerinden daha sonra yayınlandığı için kısmen de olsa TTK düzenlemeleri de dikkate alınmıştır.

uploads/2021/03/Metemtur-31.12.2020-Konsolide-Finansal-Tablolar.pdf> erişim tarihi 21.03.2021.

87 Handschin (n 2) Art. 659 N 16.

88 Bu yöntem, kendi hisse senetlerinin aktivasyonu değil, aynı zamanda şirketin iktisap ettiği kendi paylarının değeri değiştiğinde ortaya çıkan zorlukları da ortadan kaldırır. Bkz. Handschin, 'Aktien' (n 17) 486.

89 Dekker (n 59) Art. 671a N 5.

90 Böckli (n 5) § 8 N 331.

91 Böckli, *Rechnungslegung* (n 24) § 4 N 469; Imark ve Lipp (n 6) Art. 671a N 3; Haas (n 38) 22.

92 Haas (n 38) 926; Böckli (n 5) § 8 N 335.

93 FTÖKR 74. Kamuyu Aydınlatma Platformu'na finansal tablo bildiriminde bulunmak zorunda olan işletmeler finansal tablolarını, TFRS Taksonomisine göre hazırlayacaklardır. Taksonomi için bkz. <<https://kgk.gov.tr/DynamicContentDetail/5159/TFRS-Taksonomileri>> erişim tarihi 17.09.2020.

Yukarıda verilen örnekten devam edilirse, şirketin iktisap ettiği kendi payları için iktisap değeri olan 10.000 TL tutarında yedek akçe ayırması gerekir. Bu, şirketin geçmiş yıllar kârından karşılanacaktır. Buna göre, geçmiş yıllar kârı 30.000 TL'ye düşecek ve “Kârdan Ayrılan Kısıtlanmış Yedek” hesabının tutarı, 20.000 TL'ye çıkacaktır. Bilançonun dipnotlarında da bu hesaba ilişkin kısımda, şirketin iktisap ettiği kendi payları için 10.000 TL tutarında yedek akçe ayrıldığı açıklanacaktır. Buna ilişkin bilanço görünümü Tablo 4'teki şekilde olacaktır<sup>94</sup>:

Tablo 4:

AKSU GIDA ANONİM ŞİRKETİ'NİN 31 ARALIK 2020 TARİHLİ BİLANÇOSU	
VARLIK/AKTİF	KAYNAK/PASİF
<b>Dönen Varlık 140.000 TL</b> Nakit hesabı 140.000 TL	<b>Yükümlülükler 0</b> <b>Özkaynak 140.000 TL</b> Ödenmiş sermaye 100.000 TL Geri alınmış paylar 10.000 TL (-) Kârdan ayrılan kısıtlanmış yedek 20.000 TL – Yasal yedekler 10.000 TL – Geri alınan paylara ilişkin yedek 10.000 TL Geçmiş yıllar kârı 30.000 TL

Yukarıdaki bilanço incelendiğinde görüldüğü üzere, şirketin iktisap ettiği kendi payları için yedek akçe ayırması bilançonun özkaynak tutarında herhangi bir değişikliğe yol açmaz. Sadece özkaynak grubunda raporlanan serbest özkaynağı, şirketin bağlı malvarlığı hâline getirir. Bununla birlikte, öğretilerde bir görüş bilançoda aynı tutarın hem kendi payları için yedek akçe olarak gösterilmesi hem de eksi kalem olarak kaydedilmesinin mümkün olmadığı yönündedir<sup>95</sup>. Diğer bir görüş ise teorik olarak bir negatif kalem ile bir (pozitif) yedek akçenin aynı anda açıklanması mümkün olacağı yönündedir<sup>96</sup>. Kanaatimizce de bilançonun pasifinde hem şirketin iktisap ettiği kendi paylarının hem de bunlar için ayrılan yedeğin raporlanması mümkündür. Zira şirketin kendi payları için ayırdığı yedek akçe, şirketin serbest özkaynağının bağlı özkaynak hâline getirilmesi olduğu için muhasebeleştirme açısından bir sorun oluşturmaz. Buna karşılık, kanaatimizce burada değerlendirilmesi gereken konu şirketin kendi paylarına ilişkin yeni raporlama şekli sebebiyle şirketin kendi paylarına ilişkin yedek akçe ayırmasının gerekip gerekmeceğidir.

## 2. Yeni Sistemde Yedek Akçe Ayrılmasının Gerekliliğinin Değerlendirilmesi

Kanaatimizce şirketin kendi iktisap ettiği payların muhasebeleştirme şeklinin değişiminden sonra, bu paylar için yedek akçe ayırmaya gerek yoktur<sup>97</sup>. Zira eski sistemde şirketin iktisap ettiği

94 Benzer şekilde uygulamadan örnek için bkz. İttifak Holding Anonim Şirketi ve Bağlı Ortaklıkları'nın 31 Aralık 2019 tarihinde sona eren hesap dönemine ait konsolide finansal tabloları için bkz. <[https://www.ittifak.com.tr/App\\_Assets/Genel/Finans/20379/2019-12-hesap-donemine-ait-konsolide-finansal-tabl.pdf](https://www.ittifak.com.tr/App_Assets/Genel/Finans/20379/2019-12-hesap-donemine-ait-konsolide-finansal-tabl.pdf)> erişim tarihi 20.03.2021.

95 Glanzmann (n 38) 268.

96 Haas (n 38) 922.

97 Aynı yönde bkz. Türk (n 3) 286.

kendi payları için ayrılan yedek akçenin gördüğü işlev, yeni sistemde sadece payların özkaynaktan düşülmesi ile sağlanmaktadır. Buna göre eski sistemde iktisap edilen paylar, şirketin varlığı olarak raporlandığı için bilançoda şirketin bu tutarda malvarlığı olduğu görünmekteydi. Bu payların değerinde yaşanacak değişimlerin taşıdığı riskler sebebiyle payların iktisap değeri kadar yedek akçe bilançonun pasifinde ayrılmaktaydı. Bu sayede, aktifleştirilen paylar nötr hâle getirilerek şirketin, iktisap değeri tutarındaki özkaynağı pay sahiplerine dağıtmaması garanti altına alınıyordu<sup>98</sup>. Buna karşılık yeni sistemde, iktisap edilen paylar aktifte yer almayıp pasifte özkaynağı azaltan bir kalem olarak raporlanmaktadır. Dolayısıyla özkaynaktan düşürme yöntemi, şirketin iktisap ettiği kendi payları için ayrılan kanuni yedek akçe de olduğu gibi, şirketin dağıtım potansiyelinde bir azalmaya neden olur ve böylece sermayeyi korumaya hizmet eder<sup>99</sup>. Bunun yanı sıra, böyle bir değişiklik ödenen pay bedeli ölçüsünde serbest yedek akçenin pay sahiplerine kâr olarak dağıtılmasını önlemek bakımından bir sakınca yaratmaz. Zira sonuçta bu hâlde de serbest yedek akçeler tutarı ödenen pay bedeli ölçüsünde azalır<sup>100</sup>. Dolayısıyla bu durum, yedek akçe ayrılmasıyla aynı işlevi sağlamakta ve yedek akçe ayrılmasının amacını ortadan kaldırmaktadır<sup>101</sup>. Aksi takdirde, özkaynak çifte bloke edilmiş olacaktır<sup>102</sup>.

Bunun yanı sıra şirketin iktisap ettiği kendi payları için yedek akçe ayrılmasını öngören TTK m. 520'nin mehzamını oluşturan OR Art. 671a'da yaşanan değişiklikler de, bu görüşümüzü desteklemektedir. Eski sistemde şirketin iktisap ettiği kendi payları varlık olarak bilançonun aktifinde muhasebeleştiriliyordu<sup>103</sup>. Buna karşı bir kalem olarak, bilançonun pasif tarafında iktisap değerine karşılık gelen bir tutarı yedek akçe olarak gösteriyordu (OR Art. 659a/2). Yeni muhasebe kanununun getirilmesi, şirketin iktisap ettiği kendi paylarının muhasebeleştirilmesi kavramında bir değişikliğe yol açtı<sup>104</sup>. Buna göre, bu paylar artık bilançonun aktifinde varlık olarak kaydedilmeyecek; ancak özkaynakta "negatif kalem" olarak raporlanacaktır [OR Art. 959b/II(3e)]. Bununla birlikte, şirketin, iktisap edilen paylar için ayrı bir yedek akçe oluşturması zorunluluğunu düzenleyen OR Art. 659a/2 ve kendi payları için ayrılan yedek akçenin, bu paylar devredilmedikçe veya yok edilmedikçe çözülemeyeceğini düzenleyen OR Art. 671a hâlâ yürürlüktedir<sup>105</sup>. Öğretilerde OR 659a/2

98 Sevi, *Pay* (n 15) 87; Forstmoser, Meier Hayoz ve Nobel (n 4) § 50 N 41.

99 Böckli, *Rechnungslegung* (n 24) § 4 N 469; Haas (n 38) 922; Glanzmann, 'Bilanzierung' (n 38) 285-286; Stöckli (n 82) 8; Lorenz Lipp, 'Art. 959a' iç Vito Roberto ve Hans Rudolf Trüeb (edr), *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere - Bucheffektengesetz* (3. Bası, Schulthess 2016) Art. 959a N 58a. Özkaynakta eksi tutarın oluşumu, özkaynak dağıtma olasılığını azaltır ve şirketin iktisap ettiği kendi payları için ayrı bir yedek akçe yaratma zorunluluğunun yerine geçer. Bkz. Handschin (n 2) Art. 659 N 20.

100 Türk (n 3) 286; Handschin 'Aktien' (n 17) 486; Lipp (n 99) Art. 959a N 58a; Glanzmann, 'Bilanzierung' (n 27) 285-286.

101 Haas (n 38) 922; Handschin 'Aktien' (n 17) 486.

102 Neuhaus ve Balkanyi (n 10) Art. 671a N 10a; Stöckli (n 82) 9; Handschin 'Aktien' (n 17) 486.

103 Forstmoser, Meier Hayoz ve Nobel (n 4) § 50 N 159; Böckli (n 5) § 8 N 323; Glanzmann, 'Bilanzierung' (n 27) 285; Handschin, 'Aktien' (n 17) 485.

104 İmarık ve Lipp (n 6) Art. 671a N 3; Haas (n 38) 922; Glanzmann (n 38) 267; Böckli (n 5) § 8 N 271, 335; Böckli, *Rechnungslegung* (n 22) § 4 N 506; Handschin, 'Aktien' (n 17) 485.

105 İsviçre Borçlar Kanununun değişikliğine yönelik taslak metinde, OR 671a yürürlükten kaldırılmıştır. Taslak metninin son hâli için bkz. <<https://unternehmerforum.ch/wp-content/uploads/2020/09/2241-Aktienrecht-Obligationenrecht-Stand-19.06.2020>> erişim tarihi 07.03.2021. Kanun değişikliğinin daha önceki taslakları için bkz. <<https://www.parlament.ch/en/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20160077>> erişim tarihi 07.03.2021.

ve 671a hükümleri henüz resmi olarak yürürlükten kaldırılmadığı sürece, yeni muhasebe kanunu ile mevcut şirketler kanunu arasında bir tutarsızlık olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, muhasebe kanunu ile anonim şirketler hukuku arasındaki mevcut çelişki, muhasebe kanununun daha yeni düzenlemesi lehine “*lex posterior derogat legi priori*” (yeni norm eski normdan önceliklidir) ilkesine göre çözümlenmelidir<sup>106</sup>. Keza Alman Hukuku’nda da şirketin iktisap ettiği kendi paylarının muhasebeleştirilme şeklinin değiştirilmesinden<sup>107</sup> sonra, öğretide bu değişikliğin yedek akçe oluşturma yükümlülüğünü ortadan kaldırdığı ifade edilmektedir<sup>108</sup>. Zira şirketin kendi payları bilançonun aktifinde yer almadığı için bu değerın pasifte oluşturan yedek akçe ile nötrleştirilmesine gerek kalmamıştır<sup>109</sup>.

Son olarak bu sistem değişikliği olmaksızın da, bu paylar için ayrılan yedek akçenin düzenlenme amacını tam olarak sağlayamaması buna ilişkin yedek akçenin kaldırılması gerektiği görüşümüzü desteklemektedir. Buna göre şirketin iktisap ettiği kendi payları açısından bu paylar için ayrılan yedek akçenin yalnızca etkin özkaynak üzerinde dağıtımı engelleyici bir etkisi vardır, ancak karşılık gelen özkaynağın kendisini yaratamaz. Varlıkların uzun vadede küçülmesi durumunda, bilançoda muhasebeleştirilebilen mevcut özkaynak, bloke bir alt hesaba kaydedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı ölçüde kaybolur<sup>110</sup>. Dolayısıyla şirketin iktisap ettiği paylar için ayrılan yedek akçe, şirketin finansal durumunun kötüleşmesi durumunda sadece kâğıt üzerinde bir değerden ibaret olacak; ancak şirketin malvarlığında bu tutarda varlık bulunmayacaktır. Bu sebeple, şirketin iktisap ettiği kendi payları için yedek akçe ayrılmasının şirketi koruyucu bir etkisi olmayacaktır.

## Sonuç

TTK m. 520/1 uyarınca kendi paylarını iktisap eden anonim şirket, payların iktisap değeri tutarında yedek akçe ayırmakla yükümlüdür. Bu düzenleme ile payların iktisap bedeli kadar bir tutar şirketin serbest özkaynağından çıkarılacak ve şirketin iktisap ettiği kendi payları için ayrılan yedek akçe

106 Haas (n 38) 922; Imark ve Lipp (n 6) Art. 671a N 6; Neuhaus ve Balkanyi (n 10) Art. 671a N 10a; Trüeb (n 4) Art. 659a N 12; Stöckli (n 82) 8; Forstmoser, Meier Hayoz ve Nobel (n 4) § 50 N 159; Handschin, ‘Aktien’ (n 17) 485-486; Lipp (n 99) Art. 959a N 56.

107 Buna göre, HGB § 272/2’nin ilk hâlinde şirketin iktisap ettiği payların bilançoda varlık olarak muhasebeleştirilmesi; 272/4’te ise bunun için ayrılacak yedek akçe düzenlenmekteydi. Bunun yerine, yeni sistemde şirketin iktisap ettiği paylar bilançonun özkaynak grubunda taahhüt edilen sermaye tutarından indirilerek gösterilmektedir (HGB § 272/2). HGB § 272/4’te ise, sadece hâkim veya çoğunluk paya sahip şirkette pay edinimi için yedek akçe ayrılması yükümlülüğüne yer verilmiştir. Bu değişiklik Alman Ticaret Kanununun bilançoya ait hükümlerinin 2009 yılında Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG) vom 15. Mai 2009 “Bilanço Hukukunun Modernleştirilmesi Hakkında Kanun” ile yapılmıştır. Kanun metni için bkz. [https://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGB1&jumpTo=bgb1109s1102.pdf#\\_bgb1\\_%2F%2F%5B%40attr\\_id%3D%27bgb1109s1102.pdf%27%5D\\_\\_161.521.4609842](https://www.bgb1.de/xaver/bgb1/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGB1&jumpTo=bgb1109s1102.pdf#_bgb1_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgb1109s1102.pdf%27%5D__161.521.4609842) erişim tarihi 08.03.2021.

108 Grigoleit ve Rachlitz (n 5) § 71 N 137; Hüffer ve Koch (n 31) § 71 N 21a; Paefgen (n 21) § 71 N 40; Pöschke (n 34) § 272 N 63.

109 Bununla birlikte şirketin kendi paylarını iktisabının düzenlendiği AktG § 71/2’de şirketin iktisap ettiği paylar için yedek akçe ayırmasına ilişkin düzenleme hala yürürlüktedir. Bu sebeple öğretide yönetim kurulunun, payları iktisap ederken varsayımsal olarak yedek akçe ayırmaya yetecek kadar serbest malvarlığının olup olmadığını kontrol etmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Hüffer ve Koch (n 31) § 71 N 21a; Pöschke (n 34) § 272 N 63.

110 Böckli (n 5) § 4 N 246.

kalemine aktarılacaktır. Bu sayede, şirketin kendi paylarını iktisap için harcadığı tutar kadar varlığın, genel kurul tarafından kullanılması ve özellikle bunun pay sahiplerine dağıtılması engellenir.

Şirketin iktisap ettiği paylar için yedek akçe ayırma yükümlülüğü şirketin kendi payını iktisap etmesiyle doğar. Bununla birlikte, ana şirket yavru şirket ilişkisi olduğunda kimin yedek akçe ayırması gerektiğine ilişkin TTK’de bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu durumda, ana şirket yedek akçe ayırmakla yükümlü olmalıdır. Bu yükümlülüğe aykırı davranış, şirketin kendi paylarını iktisabını geçersiz kılmaz. Buna karşılık, şirketin bilançosunun geçersiz olmasına ve yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilmesine sebep olabilir.

KGK’nin düzenlemeleriyle şirketin iktisap ettiği kendi paylarının muhasebeleştirilme şekli değiştirilmiştir (TMS 32 m. 33). Buna göre, şirketin iktisap ettiği kendi payları şirketin varlığı olarak bilançonun aktifinde raporlanmayacaktır. Bunun yerine, bu paylar özkaynaktan düşülür. Bu değişiklik sebebiyle kanaatimizce bu paylar için yedek akçe ayırmaya gerek yoktur Zira eski sistemde şirketin iktisap ettiği kendi payları için ayrılan yedek akçenin gördüğü işlev, yeni sistemde sadece payların özkaynaktan düşülmesi ile sağlanır.

## KAYNAKÇA

- Aksu Özkan R, *Finansal Tabloların Tutulması ve Hukuksal Sonuçları* (On İki Levha 2019)
- Ayan Ö, ‘Anonim Şirketin Genel Kuru Kararı ile Kendi Paylarını İktisap etmesi veya Rehin Almasının Koşulları’ (2013) XVII(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 185-228
- Aydın A, *Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi* (Vedat 2008)
- Bahtiyar M, *Ortaklıklar Hukuku* (14. Bası, Beta 2020)
- Baş K, ‘Türk Ticaret Kanunu Uyarınca Anonim Şirketin Paylarının Yavru Şirketi Tarafından İktisap Edilmesi: Sorunlar, Saptamalar ve Öneriler’, iç Murat Alışkan, Bilge Utkan Mersin, Sinan Sarıkaya (edr), *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu (Tebliğler-Tartışmalar, 19 Haziran 2019)* (On İki Levha 2020) 119-166
- Bayazıtı E, Çelik O ve Gürdal K, *Genel Muhasebe* (Siyasal 2016)
- Böckli P, *Schweizer Aktienrecht* (4. Bası, Schulthess 2009)
- Böckli P, *OR-Rechnungslegung* (2. Bası, Schulthess 2019) (Rechnungslegung)
- Dekker S, iç Jeannette K. Wibmer (ed), *Aktienrecht Kommentar Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR* (Orell Füssli 2016)
- Doğan BF, *Der Erwerb eigener Aktien im deutschen und türkischen Recht im Hinblick auf europäisches Recht* (Kovac 2004)
- Ertay FC ve Karaca S, ‘Kâr Dağıtımının İlanı ve Gerçekleşmesi Arasında Geçen Sürenin Firma Değerine Etkisi’ (2010) (47) Muhasebe ve Finansman Dergisi 58-68
- Forstmoser P, Meier Hayoz A ve Nobel P, *Schweizerisches Aktienrecht* (2. Bası, Stämpfli Verlag 1996)
- Glanzmann L, ‘Das neue Rechnungslegungsrecht’ iç Peter V Kunz, Oliver Arter ve Florian Jörg (edr), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII* (Stämpfli 2013) 251-289
- Glanzmann L, ‘Die Bilanzierung des Eigenkapitals im Einzelabschluss von Kapitalgesellschaften’ *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts – und Finanzmarktrecht*, 2017 <<https://www.alexandria.unisg.ch/257247/1/SZW%20Bilanzierung%20des%20EK.pdf>> erişim tarihi 01.12.2020 (Bilanzierung)

- Gökçen G, *Genel Muhasebe* (Beta 2015)
- Gökğöz A, 'Hisse Senedi Geri Alımı ve Muhasebesi' (2014) (2) *Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Dergisi* 1-14
- Gökğöz A, *Genel Muhasebe* (Ekin 2015) (Genel)
- Grigoleit HC ve Rachlitz R, iç Hans Christoph Grigoleit (ed), *Aktiengesetz Kommentar* (2. Bası, C.H. Beck 2020)
- Haas C, 'Eigene Aktien und Kapitalverlust' (2013) (12) *Der Schweizer Treuhänder* 921-927
- Handschin L, 'Eigene Aktien im Konzern' (2013) (8) *Der Schweizer Treuhänder* 485-489 ('Aktien')
- Handschin L (ed), *Zürcher Kommentar Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659b OR* (2. Bası, Schulthess 2016)
- Hüffer U ve Koch J, iç Uwe Hüffer ve Jens Koch (edr), *Aktiengesetz* (15. Bası, C.H. Beck 2021)
- Imark L ve Lipp L, 'Art. 671-671a' OR iç Vito Riberto ve Hans Rudolf Trüeb (edr), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, Art. 530-771* (3. Bası, Schulthess 2016)
- Karacan Aİ ve Erişir Karacan E, *Halka Açık Şirketlerin Kendi Paylarını Geri Alımı* (Legal 2015)
- Karayalçın Y, *Muhasebe Hukuku* (2. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 1988)
- Kropff B, iç Joachim Hennrichs, Detlef Kleindiek ve Christoph Watrin (edr), *Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, Band 2, §§ 238–342e HGB* (C.H. Beck 2013)
- Küçüksavaş N, *Finansal Muhasebe* (14. Bası, Beta 2016)
- Lenz C ve von Planta A, 'Art. 659-659b' iç Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Rolf Watter (edr), *Basler Kommentar Obligationenrecht II Art. 530-964 OR* (5. Bası, Helbing Lichtenhahn 2016)
- Lipp L, 'Art. 959a' iç Vito Roberto ve Hans Rudolf Trüeb (edr), *CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz* (3. Bası, Schulthess 2016)
- Neuhaus MR ve Balkanyi P, 'Art. 671-671a' iç Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Rolf Watter (edr), *Basler Kommentar Obligationenrecht II Art. 530-964 OR* (5. Bası, Helbing Lichtenhahn 2016)
- Okutan Nilsson G, 'Anonim Şirketlerin Kendi Hisselerini İktisabı Bağlamında Finansal Yardım Yasağı', *Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler Türk – Alman Uluslararası Sempozyumu* (İstanbul Borsası 2011) 90-100
- Otlu F, Bekçi İ ve Özlem Karataş NÖ, 'TTK'ya göre Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisap Etmesi ve Muhasebeleştirilmesi' (2014) 4(1) *Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 283-298
- Özdamar M, *Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmesi* (TTK md. 329) (Yetkin 2005)
- Paefgen WG, iç Martin Henssler ve Lutz Strohn (edr), *Gesellschaftsrechts* (5. Bası, C.H. Beck 2021)
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I* (14. Bası, Vedat 2019)
- Poroy R, Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku II* (14. Bası, Vedat 2019) (Ortaklıklar II)
- Pöschke M, iç Martin Henssler, Carsten Herresthal ve Marian Paschke (edr), *beck-online.Grosskommentar zum Bilanzrecht, §§ 238 – 342e Handelsgesetzbuch* (C.H. Beck 2020)
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi C. 3* (3. Bası, Adalet 2018)
- Sevi AM, 'Anonim Ortaklığın Kendi Payını Devralması Üzerine Bir İnceleme' (2003) 22(1) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 239-267
- Sevi AM, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri* (4. Bası, Seçkin 2018) (Pay)
- Sevilengül O, *Genel Muhasebe* (18. Bası, Gazi 2016)
- Sözer C, *Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisabının Vergisel Sonuçları* (2. Bası, İstanbul 2014)
- Stöckli M, 'Die neue Bilanzierungsmethode eigener Kapitalanteile und deren (ausbleibender) Einfluss auf Art. 725 Abs. 1 OR' (2016) (2) *Quid? Fribourg Law Review* 6-11

- Şener OH, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku* (4. Bası, Seçkin 2019)
- Şener OH, *Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku* (Seçkin 2017)
- Taniş VN, *Genel Muhasebe İlkeler ve Uygulamalar* (9. Bası, Karahan 2016)
- Tekinalp Ü, *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri* (2. Bası, Fakülteler 1979)
- Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (5. Bası, Vedat 2020) (Sermaye)
- Trüeb HR, 'Art. 659 – 659a' iç Vito Roberto ve Hans Rudolf Trüeb (edr), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, Art. 530-771 OR – VegüV* (3. Bası, Schulthess 2016)
- Turan G, *Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisabının Genel Esasları* (Yetkin 2018)
- Türk A, *Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatına Göre Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi* (Adalet 2016)
- Uysal T ve Şenlik M, *Genel Muhasebe* (Seçkin 2016)
- Üçışık G ve Çelik A, *Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kâr Dağıtımı* (On İki Levha 2018)
- Winnefeld R, *Bilanz-Handbuch* (5. Bası, C.H. Beck 2015)
- Yalçın E, *Uluslararası Finansal Raporlama* (Seçkin 2015)
- Yanlı V, 'Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı' (2014) XXX(1) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 5-32

# Karar İncelemesi: Ticari Dava Niteliğindeki İtirazın İptali Davasının Dava Şartı Arabuluculuğa Tabi Olup Olmadığına İlişkin Uyuşmazlığın Giderilmesine Yönelik Yargıtay 23. Hukuk Dairesi Kararının Değerlendirilmesi

Verdict Analysis: Evaluation of the 23rd Civil Department of the Supreme Court of Appeals Decision for the Resolution of Disputes Whether the Action for Annulment of the Objection for Commercial Disputes is Subject to Mediation as a Cause of Action

Elif Irmak Büyük \* 

## ÖZ

Dava açılmadan önce zorunlu olarak arabulucuya başvurulması öngörülen 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu\*\* m. 5/A kapsamındaki talepleri konu alan itirazın iptali davasının dava şartı (zorunlu) arabuluculuğa tabi olup olmadığı bu zamana kadar tartışmalı bir konu olmuştur. Nitekim farklı bölge adliye mahkemeleri hukuk daireleri bu konuda görüş ayrılığına düşmüş, benzer olaylarda ayrı kararlar verilmeye başlanmıştır. Başvuru üzerine Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, TTK m. 5/A kapsamında olan taleplerin konu edildiği icra takiplerindeki itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu yönde karar vererek daireler arasındaki uyuşmazlığı gidermiştir. Çalışmamızda ilgili mahkeme kararlarına yer verilip konuyla ilgili hukuki sorunlar tespit edilerek Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu kararın değerlendirilmesi yapılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** İtirazın İptali Davası, Dava Şartı Arabuluculuk, Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Dairelerinin Görüş Ayrılıklarının Giderilmesi, İcra Tazminatı

## ABSTRACT

It has been a controversial issue whether the action for annulment of the objection regarding the claims under the Turkish Commercial Code No. 6012 Art. 5/A, which is required to apply to a mediator before the lawsuit is filed, is subject to (mandatory) mediation as a cause of action. As a matter of fact, different civil chambers of regional courts of appeals fell into disagreement on this issue and separate decisions began to be made in similar cases. Upon the application, the 23rd Law Department of the Supreme Court of Appeals decided that the action for annulment of the objection filed for claims under the Turkish Commercial Code No. 6012 Art. 5/A is also subject to (mandatory) mediation as a cause of action and thereby the dispute between the civil chambers has been resolved. In our study, the decision of the 23rd Legal Department of the Supreme Court will be evaluated by including the relevant court decisions and determining the legal problems related to the issue.

**Keywords:** The Action for Annulment of the Objection, Mediation as A Cause of Action, Resolving of Different Decisions of the Civil Chambers of Regional Courts of Appeals, Execution Compensation

\* Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı

\*\* RG 14.02.2011, S. 27846. Çalışmada bundan sonra kısaca "TTK" olarak kullanılacaktır.

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Elif Irmak Büyük

**E-posta/E-mail:** elifirmak.kilic@medeniyet.edu.tr

**Geliş Tarihi/Received:** 24.04.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 02.06.2021



## I. YARGI KARARLARINA KONU EDİLEN UYUŞMAZLIĞIN ÖZETİ

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin kararına konu olan uyuşmazlık, ticari dava niteliğindeki itirazın iptali davasının TTK m. 5/A uyarınca dava şartı arabuluculuğa tabi olan uyuşmazlıklardan sayılıp sayılmayacağına ilişkin çeşitli bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerinin farklı yönde kararlar vermesinden ve fiiliyatta bu konuda iki ayrı uygulamanın ortaya çıkmasından kaynaklanmaktadır. Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu bu konuda uyuşmazlığın giderilmesi için Yargıtay'ın ilgili dairesinden karar alınmasını talep etmiştir. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi ise görüş ayrılıklarını, ticari nitelikteki alacaklar için yapılan takipteki itirazın iptali davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu yönünde gidermiştir.

## 2. MERCİ KARARLARI

### A. SAKARYA BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ 7. HUKUK DAİRESİ'NİN KARARI

Davacının davalı kooperatiften olduğunu iddia ettiği alacağı için yapmış olduğu icra takibine kooperatif tarafından itiraz edilmesi üzerine açılan itirazın iptali davası, davaya bakan ilk derece mahkemesince dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmadığı gerekçesiyle dava şartı yokluğundan reddedilmiş; bu karara karşı davacı tarafından istinafa başvurulmuştur. İtirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığı yönünde karar veren Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi'nin<sup>1</sup> itirazın iptali davasının hukuki niteliği ve zorunlu arabuluculuğa elverişliliğiyle ilgili yapmış olduğu ayrıntılı değerlendirmelerin özeti aşağıdaki gibidir:

- 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun<sup>2</sup> 67/1 maddesindeki davada ne bir şeyin verilmesi veya yapılması, ne de yapılmaması talep edilmektedir. Bu davada, iki husus birden tespit edilecektir. Birincisi, davacının alacağının olduğu, ikincisi ise borçlunun itirazının haksız olduğudur. Burada kanun koyucunun yasallaştırdığı bir "müspet tespit" davası bulunur.
- İtirazın iptali davası açılmasında amaç, itiraz ile kanun gereğince kendiliğinden durmuş olan takibin devamını sağlamaktır. Borçlu tarafından alacaklı aleyhine açılan menfi tespit davası alacaklı lehine sonuçlansa dahi ilamsız takibe devam edilemez.
- Hükmün infazı yönünden de her iki dava [eda (tahsil) ve tespit davaları] arasında farklar vardır. Borçlunun itirazı üzerine takip duracaktır (İİK m. 66). Alacaklı, nasıl ki itirazın kaldırılması için merciye müracaat edip lehine karar aldığı takdirde takibe kaldığı yerden devam edebileceksin (İİK. m. 69/1, m.78/1), itirazın iptaline dair mahkemeden karar alınınca da ilam icra memuruna ibraz edilerek derdest olan ilamsız icra takibine devam olunacaktır. Oysa, tahsile dair ilam alındığı takdirde artık ilamsız takip söz konusu olamayacak, İİK'nın 32 ve devamı maddeleri gereğince ilamların icrası yoluna başvurmak gerekecektir Her iki takip yolu ve usulü değişiktir. Örneğin, birinde ödeme emri, diğerinde icra emri çıkmaktadır. İlamsız takipte borçlu her türlü

1 Sakarya BAM 7. Hukuk Dairesi, E. 2020/808, K. 2020/670, T. 17.6.2020 (bkz: www.lexpera.com. E.T. 02.01.2020).

2 RG 19.6.1932, S. 2128. Çalışmada bundan sonra kısaca "İİK" olarak kullanılacaktır.

itirazı ileri sürebilir; icra emrine karşı ise sadece ödeme, zamanaşımı ve ihmal nedeniyle itiraz edilebilir.

- İtirazın iptali davasını karakterize eden öğeler, borçlunun, itirazının iptaline ve takibin devamına karar verilmesiyle icra inkâr tazminatına çarptırılmasıdır (İİK m. 67). Bu boyutları itibariyle sözü edilen dava, takip prosedürünün bütünü içinde yer alan, esas itibariyle onun ayrılmaz bir parçasını oluşturan ve takibin işleyişini sağlamaya yönelmiş bulunan bir dava konumunda bulunduğu için dava şartı arabuluculuk kurumunun kapsamın dışında kalır.

Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi bu değerlendirmeler neticesinde istinaf başvurusunun kabulüyle ilk derece mahkemesinin kararının 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun<sup>3</sup> 353/1-a-3 ve 4 bentleri gereğince kaldırılmasına, davanın yeniden görülmesi için ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

### **B. ANKARA BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ 23. HUKUK DAİRESİ'NİN KARARI<sup>4</sup>**

Kooperatif aidat alacağının tahsili için başlatılan icra takibindeki itirazın iptaline ilişkin talep ilk derece mahkemesince davanın dava şartı olan arabuluculuğa başvurulmadan açılması gerekçesiyle usulden reddedilmiştir. İstinaf başvurusu üzerine Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi: "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A (Ek: 06/12/2018 – 7155 S.K./20 md.) maddesinin birinci fıkrasında geçen "Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır." hükmünü haiz olup 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 99. maddesinde yer alan "Bu kanunda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticari dava sayılır." hükmü gereğince görülmekte olan kooperatif aidatının tahsili için başlatılan icra takibine itirazın iptali istemli dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartıdır." demek suretiyle istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermiştir<sup>5</sup>.

### **C. YARGITAY 23. HUKUK DAİRESİ'NİN KARARI**

Ticari dava niteliğindeki itirazın iptali davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurma dava şartının uygulanması konusunda çeşitli bölge adliye mahkemeleri tarafından farklı kararlar verildiğinden hareketle Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu tarafından benzer olaylarda bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında uyumsuzluk bulunması hâlinde bu uyumsuzluğun giderilmesi için dosyanın ilgili hukuk dairesi olan Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'ne gönderilmesine karar verilmiştir.

<sup>3</sup> RG 04.02.2011, S. 27836. Çalışmada bundan sonra kısaca "HMK" olarak kullanılacaktır.

<sup>4</sup> Karşıt merci kararı olarak neden yalnızca Ankara BAM 23. Hukuk Dairesi kararına yer verdiğimiz çalışmamızın IV. başlığında incelenmiştir.

<sup>5</sup> Ankara BAM 23. Hukuk Dairesi, E. 2019/2420, K. 2019/1789, T. 6.11.2019 (Yayınlanmamış karar).

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi kararında aşağıdaki değerlendirmelere yer vermiştir<sup>6</sup>:

- Doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte İcra İflas Kanunu'nun 67. maddesinde düzenlenmiş itirazın iptali davası bir para alacağının tahsili için girişilen ilamsız icra takibine karşı itirazda bulunan borçlunun itirazının hükümden düşürülerek, bir başka deyişle itirazın haksız olduğunun tespiti ve alacağın miktarının belirlenmesi suretiyle davacının alacağına kavuşmasını sağlayan takip hukukuna özgü bir tahsil davasıdır.
- İtirazın iptali davasının açılması halinde aynı alacakla ilgili genel hükümlere göre alacak davası açılmasında hukuki yarar olmadığı, itirazın iptali davası süresinde açılmamış ise veya başka bir nedenle alacaklı davaya alacak davası olarak devam etmek istediği takdirde itirazın iptali davasını ıslah suretiyle alacak davasına dönüştürebileceği, itirazın iptaline karar verilmesi halinde ilamın icra dairesine ibrazı suretiyle duran icra takibine devam edilerek alacağın tahsilinin sağlanabileceği gözetildiğinde, itirazın iptali davasının alacağın tahsilini sağlama amacına hizmet ettiği anlaşılabacaktır.
- Yine itirazın iptali davasında alacaklının davadan kısmen veya tamamen feragat etmek suretiyle alacağından vazgeçebileceği, buna karşılık borçlunun yargılama sırasında alacak tutarını kısmen veya tamamen ödemesinin geçerli olduğu, ödeme tutarınca borcun sona ereceği, borçlunun icra takibine yaptığı itirazdan kısmen veya tamamen vazgeçmek suretiyle alacaklının alacağını kısmen veya tamamen kabul edebileceği gözetildiğinde itirazın iptali davasının 6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu'nun aradığı anlamda tamamen taraf iradelerinin hâkim olduğu ve tarafların dava konusu alacak hakkında serbestce tasarrufta bulunabileceği dava türlerinden olduğu herhangi bir kuşku ve duraksamaya yol açmayacak şekilde açıktır.
- Bu nedenlerle ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğu öngören 7155 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle eklenen Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesinin para alacağının tahsilini amaçlayan uyuşmazlıklar hakkında tarafların serbestce tasarruf etme imkanına sahip olduğu gözetilerek bu uyuşmazlıkları bir alternatif çözüm yöntemi olarak arabuluculuk yoluyla çözmeyi amaçladığı, bu şekilde daha az zaman, daha az emek ve masrafla alacağın tahsili amacına ve tarafların alacak miktarı üzerinde serbestçe anlaşabilmelerine ve tasarrufta bulunabilmelerine imkân sağlamak istediği gözetildiğinde, ticari dava niteliğindeki itirazın iptali davalarının zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğu ve bu nedenle başvuru konusu Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri arasındaki içtihat farklılığının ticari nitelikteki itirazın iptali davalarının zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğu ve davadan önce arabulucuya başvurulmasının dava şartı olduğu yönünde birleştirilmesi gerekmiş, bölge adliye mahkemeleri daireleri arasındaki uyuşmazlığın bu şekilde giderilmesine karar verilmiştir.

Yukarıda belirtilen gerekçeler doğrultusunda Yargıtay 23. Hukuk Dairesi bölge adliye mahkemesi hukuk daireleri arasındaki içtihat farklılığını ticari dava niteliğindeki itirazın iptali davalarının

6 Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, E. 2020/1943, K. 2020/4052, T. 04.12.2020. (bkz: www.lexpera.com. E.T: 10.01.2021)

zorunlu arabuluculuğa tâbi olduğu ve davadan önce arabulucuya başvurulmasının dava şartı olduğu yönünde birleştirmiş ve uyuşmazlığın bu şekilde giderilmesine karar vermiştir.

### 3. HUKUKİ SORUN

Yukarıda yer verilen kararları incelediğimizde problemleri iki husus görülmektedir. Ele alınması gereken konular Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin kararının bağlayıcılığı ile ticari dava niteliğindeki itirazın iptali davasının TTK m. 5/A uyarınca<sup>7</sup> dava şartı (zorunlu) arabuluculuğa tabi uyuşmazlıklar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinden ibarettir.

### 4. YARGITAY 23. HUKUK DAİRESİ'NİN KARARININ NİTELİK VE BAĞLAYICILIK YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Uyuşmazlığın esasını değerlendirmeden önce kanaatimizde ilk olarak Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu kararın niteliği ve kapsam bakımından bağlayıcılığı ele alınmalıdır. Bu noktada öncelikli olarak bölge adliye mahkemeleri hukuk daireleri kararları arasında uyuşmazlık çıktığı zaman bu uyuşmazlığın ne şekilde giderileceğini gösteren kanuni düzenlemeler incelenmelidir. Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında 5235 sayılı Kanun<sup>8</sup> m. 35/1-3'te, Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulunun benzer olaylarda bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında ya da bu mahkeme ile başka bir bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında uyuşmazlık bulunması hâlinde bu uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, kendi görüşlerini de ekleyerek Yargıtay'dan bu konuda bir karar verilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir.

Konuyla ilgili olarak 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nda<sup>9</sup> da çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. İstinaf sistemine hazırlık aşamasında yapılan kanuni düzenlemeler çerçevesinde 26.9.2004 tarihinde Yargıtay Kanunu m. 15'te değişiklik yapılmış ve m. 15/1'in 2. bendine yeni bir (a) alt bendi eklenmişti. Bu düzenlemeye göre aynı veya farklı yer bölge adliye mahkemelerinin kesin olarak verdikleri kararlar bakımından hukuk daireleri arasında veya ceza daireleri arasında uyuşmazlık bulunursa, bu hususların Hukuk ve Ceza Genel Kurullarınca *ıçtihatların birleştirilmesi yoluyla* kesin olarak karara bağlanacağı düzenlenmişti. Görüldüğü üzere bu düzenlemeyle bölge adliye mahkemeleri arasında ortaya çıkan ıçtihat farklılıklarının da tıpkı Yargıtay daireleri arasındaki görüş farklılıklarında olduğu gibi ıçtihadı birleştirme yoluyla giderileceği öngörülmekteydi<sup>10</sup>. Buna karşılık 2017 tarihli

7 İlgili madde şu şekildedir: “(1) Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. (2) Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir.”

8 RG 7.10.2004, S. 25606.

9 RG. 08.02.1983, S. 17953.

10 Muhammet Özkes, “İstinaf Sistemiyle Birlikte Hukuk Yargılamasında İçtihat Ayrılıklarının Giderilmesi”, *Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay’ın Rolü Konferansı*, Ankara 2007, s. 147.

696 sayılı OHAL KHK'sının<sup>11</sup> 46. maddesi ile Yargıtay Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasının (2) numaralı bendinin (a) alt bendi yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla "Hukuk ve Ceza Genel Kurullarının görevleri" başlıklı 15. maddenin güncel halinde, yalnızca Yargıtay hukuk daireleri veya ceza daireleri arasında içtihat uyuşmazlıkları bulunması ile Yargıtay dairelerinden birinin yerleşmiş içtihadından dönmek istemesi ya da benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunması durumunda bunların içtihatların birleştirilmesi yoluyla kesin olarak karara bağlanacağı düzenlenmektedir (Yargıtay Kanunu m. 15/2. b-c).

Yargıtay Kanunu m. 15'ten ilgili alt bendi kaldıran 2017 tarihli 696 sayılı OHAL KHK'sının 92. maddesi ile 5235 sayılı Kanun'un m. 35. maddesinin ikinci fıkrasına da bir ekleme yapılmış, yeni düzenlemede benzer olaylarda bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında ya da bu mahkeme ile başka bir bölge adliye mahkemesi hukuk veya ceza dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında uyuşmazlık bulunması ve bu uyuşmazlığın giderilmesinin gerekçeli olarak istenmesi üzerine, bu istemlerin ceza davalarında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na, hukuk davalarında ise ilgili hukuk dairesine iletileceği ve uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin olarak dairece bu fıkra uyarınca verilen kararların *kesin olacağı* düzenlenmiştir. Anlaşıldığı üzere bu düzenlemeyle bölge adliye mahkemeleri daireleri arasındaki uyuşmazlığın nasıl giderileceğiyle ilgili usul Yargıtay Kanunu'ndan alınarak 5235 sayılı Kanun'a dahil edilmiş ve muhtemeldir ki alakalı düzenlemelerin bir arada olması amaçlanmıştır.

Özetle belirtilmelidir ki güncel haliyle bölge adliye mahkemeleri daireleri arasında çıkan uyuşmazlıklar talep üzerine ilgili Yargıtay dairesi tarafından kesin olarak giderilecek; içtihadı birleştirme kararına konu olmayacaktır. Peki bu kesin olarak karara bağlanan uyuşmazlık hangi kapsamda bağlayıcı olacaktır? Konuyu daha açık ele almamız bakımından Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının niteliği ve bağlayıcılık gücüne bakmak gerekir. Yargıtay Kanunu m. 45/5'e göre içtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay genel kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar<sup>12</sup>. Peki bölge adliye mahkemeleri daireleri arasındaki uyuşmazlığın Yargıtay Dairesi tarafından kesin olarak giderilmesi durumunda diğer daireler ve ilk derece mahkemeleri bakımından aynı bağlayıcılıktan söz edebilir miyiz? Bu noktada bölge adliye mahkemeleri daireleri arasındaki görüş uyuşmazlıklarını gidermekle tayin edilen Yargıtay dairelerinin iş bölümü bakımından yalnızca belli bölge adliye mahkemeleriyle sınırlı tutulması, ele alınması gereken bir soru işareti olarak ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, ele aldığımız kararda Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulunca uyuşmazlığın giderilmesi amacıyla Yargıtay'ın ilgili dairesinden karar alınması için yapılan başvuruda karşıt görüş olarak Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi'nin 2019/2420 E. ve 2019/1789 K. sayılı kararının yanında aynı zamanda Adana Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesi 2019/1538 E. ve 2020/234 K.; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 22. Hukuk Dairesi 2020/105 E. ve 2020/494 K.; Trabzon Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi 2020/318 E. ve 2020/316 K.; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 12. Hukuk Dairesi 2019/1376 E. ve 2019/1059 K.; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13. Hukuk Dairesi 2020/39 E. ve 2020/45 K.; İzmir Bölge Adliye

11 RG 24.12.2017, S. 30280.

12 Adliye mahkemeleri kavramını adli yargı mahkemeleri olarak değerlendirerek bu üst başlığın içine hem ilk derece mahkemelerini hem de bölge adliye mahkemelerini dahil etmek gerekir.

Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi 2020/246 E. ve 2020/516 K.; Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi 2019/2035 E. ve 2020/213 K.; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi 2019/2420 E. ve 2019/1789 K. sayılı kararlarında da ticari nitelikteki icra takibinde vaki itirazın iptali istemli davaların zorunlu arabuluculuğa tabi olduğu, bu nedenle TTK'nın 5/A maddesi uyarınca dava açılabilmesi için arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olduğu görüşünün benimsendiği belirtilmiştir. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi ise uyuşmazlığın giderilmesi istemi üzerine başvuruyu yalnızca iş bölümü itibarıyla görevi içerisinde olan ve kooperatifler hukukunu ilgilendiren Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi'nin 2020/808 E. ve 2020/670 K. sayılı kararı ile Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi'nin 2019/2420 E. ve 2019/1789 K. sayılı kararıyla sınırlı bir biçimde incelemiş, Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu'nun başvurusunda zikredilen diğer bölge adliye mahkemeleri kararlarını ise dairenin iş bölümü itibarıyla görevi kapsamında olmadığı için incelemenin kapsamı dışında tutmuştur. Bu aşamada inceleme kapsamı dışında tutulan diğer bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerinin Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin bu konuda verdiği kararla bağlı olup olmayacağı sorusunu sormak gerekir. 5235 sayılı Kanun m. 35/2'te daireler arasındaki uyuşmazlığın *kesin olarak* çözüleceği belirtilmekle birlikte bu kararın diğer bölge adliye mahkemesi hukuk daireleri ve ilk derece mahkemeleri bakımından bağlayıcı olacağıyla ilgili herhangi bir ibareye yer verilmemiştir.

Kanaatimizce Yargıtay Kanunu m. 15'in eski düzenlemesi bölge adliye mahkemeleri daireleri arasındaki uyuşmazlıkların giderilmesi bakımından daha isabetli bir düzenleme teşkil etmektedir. Zira maddenin eski hali Yargıtay dairesi ya da bölge adliye mahkemeleri dairesi fark etmeksizin daireler arasındaki görüş uyuşmazlıklarının içtihadı birleştirme yoluyla çözümlenmesini öngörmekteydi. Eski düzenlemenin kanaatimizce birkaç noktada avantajı bulunmaktadır. İlk olarak bölge adliye mahkemeleri daireleri arasında içtihat farklılığı bulunan konularda uyuşmazlığı giderecek Yargıtay dairesinin kendi iş bölümüyle sınırlı inceleme yapması, diğer bölge adliye mahkemelerinin görüşlerinin değerlendirme harici tutulmasına ve belki de eksik inceleme sonucu karar verilmesine sebep olabilir. Oysa Yargıtay içtihadı birleştirme kararları herhangi bir iş bölümü sınırlamasına tabi olmayan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilmektedir (Yargıtay Kanunu m. 15). Bu sayede görüş ayrılığının giderilmesi istemine konu kararlar bakımından herhangi bir konu sınırlaması yapılmaksızın görüş ayrılığı yaşayan tüm Yargıtay daire kararlarına yer verilmekte ve bu sebeple karara varılırken ulusal boyutta ve kapsayıcı bir değerlendirme yapılmaktadır. Nitekim *Yılmaz* içtihadı birleştirme kararlarında lehte ve aleyhte her türlü görüşe yer verildiğine ve bu görüşlerin geniş katılımla incelendiğine işaret ederek, bu kararların uygulamacılara yol gösteren ve hukuku daha ileri götüren nitelikte olduğunu ifade etmiştir<sup>13</sup>. İkinci olarak içtihadı birleştirme kararlarının tüm mahkemeler bakımından bağlayıcı olduğu ve derhal bütün adliye mahkemelerine ve Cumhuriyet savcılıklarına gecikmeksizin duyurulacağı açıkça kanunen düzenlendiği için (bkz: Yargıtay Kanunu m. 45/6) ilgili kararın uygulanma gücü bakımından herhangi bir tereddüt de ortaya çıkmamaktadır. Son olarak içtihadı birleştirme kurumu ülkemizde hukukun birliğinin sağlanması için uzun yıllardır uygulanan, tanınan ve yerleşmiş uygulaması olan bir kurum olduğu için hukuk sistemimize yeni

13 Ejder Yılmaz, "İçtihadı Birleştirme' veya 'Adaletteki Çelişkiye Son Verme' İhtiyacı", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVIII*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırması Enstitüsü, 2010, s. 17.

dahil olan istinaf aşamasındaki karar uyuşmazlıklarının giderilmesi aşamasında da bu bilindik kuruma başvurulması ortaya çıkabilecek soru işaretlerini önlemekte emin bir araç olacaktır. Zira içtihat birliğinin tereddüte yer kalmayacak bir şekilde sağlanması, tüm ülkede hukuk kurallarının aynı şekilde uygulanması için son derecede önemlidir.

Bu gerekçelerle mümkünse bölge adliye mahkemeleri hukuk daireleri arasındaki görüş ayrılıklarının içtihadı birleştirme yoluyla giderileceğini öngören eski düzenlemeye geri dönülmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. Bu mümkün değilse de 5235 sayılı Kanun m. 35/2’te bir değişiklik yapılarak bölge adliye mahkemesi hukuk ve ceza daireleri arasında çıkan uyuşmazlıkların kesin olarak çözüleceği ibaresinin yanına, bu kararın diğer mahkemeler bakımından da bağlayıcı olacağı eklenmesinin ve uyuşmazlık giderilmesi aşamasında Yargıtay dairelerinin iş bölümüyle sınırlı kalınmaksızın görüş ayrılığına konu olan diğer bölge adliye mahkeme kararlarının da incelenmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

## 5. İTİRAZIN İPTALİ DAVASININ ZORUNLU ARABULUCULUĞA TABİ OLUP OLMADIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. İTİRAZIN İPTALİ DAVASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

İtiraz üzerine duran ilamsız takibe devam edilebilmesi için alacaklıya sunulan imkanlardan biri İİK m. 67’de düzenlenen itirazın iptali davasıdır. Takip talebine itiraz edilen alacaklı, itirazın tebliği tarihinden itibaren bir sene içinde mahkemeye başvurarak genel hükümler dairesinde alacağının varlığını ispat suretiyle itirazın iptalini dava edebilir. Dava şartı arabuluculuğa tabi alacak ve tazminat talepleri için yapılan icra takiplerindeki itirazın iptali davalarının da zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmayacağını değerlendirmek için öncelikli olarak itirazın iptali davasının hukuki niteliğini ele almak gerekir.

İtirazın iptali davasının hukuki niteliği doktrin tarafından görüş birliğine varılamayan ve uygulamada da farklı kararlar çıkmasına sebep olan bir konudur. Bu zamana kadar itirazın iptali davasıyla ilgili birkaç temel yaklaşımın olduğu söylenebilir. Bir görüş, itirazın iptal davasını klasik bir eda davası olarak nitelendirmektedir. Buna göre itirazın iptali davası alacağın tahsili talebini de kapsar. Davacı hem itirazın iptal edilmesini hem de alacağın tahsil edilmesini istediği için bu dava takip hukukunda da sonuç doğuran bir eda davası teşkil eder<sup>14</sup>. Alacaklının alacağına kavuşmak için açacağı eda

14 Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, C. I, 3. Baskı, Evrim Dağıtım, İstanbul 1988; s. 280-281; Necmettin Berkin, *Tatbikatçılar İçin İcra Hukuku Rehberi*, İstanbul 1980, s. 421-422; Burhan Gürdoğan, *İcra Hukuku Dersleri*, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1970, s. 38; İlhan E. Postacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1969, s. 18; İlhan E. Postacıoğlu/Sümer Altay, *İcra Hukuku Esasları*, 5. Baskı, 2010, s. 224-225; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 175 ; Ergun Önen, *İnşai Davalar*, Olgaç Matbaası, Ankara 1981, s. 136; Abdurrahim Karşlı, *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Alternatif Yayınevi, İstanbul 2014, s. 22; Murat Erdem, *İcra ve İflas Hukukunda İtirazın İptali Davası*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2010, s. 21.

davasını ödeme emrine itirazın kendine tebliğinden itibaren bir yıllık süre içerisinde açması durumunda bu dava otomatik olarak itirazın iptali davası adını alır.<sup>15</sup>

Diğer bir görüş itirazın iptali davasını bir tespit davası olarak nitelendirir. *Çağa'ya* göre itirazın iptali davasında mahkeme alacağın sabit olduğunu tespit ederse itirazın iptaline karar verecektir. Duran takibe devam edebilmek için bu kadarı yeterlidir ve davacı mahkemeden yalnızca bu kadarını istemektedir. Davacının ayrıca bir tahsil talebi yoktur. Bu sebeple itirazın iptali kararı alacaklının alacağının varlığını tespit eden müspet bir tespit hükmüdür<sup>16</sup>.

Son olarak bazı yazarlarca itirazın iptali davası spesifik olarak belli bir dava türüne dahil edilmemekle birlikte, icra iflas hukukuna özgü bir dava ya da icra iflas hukukuna özgü bir tahsil davası olarak nitelendirilmiştir. Buna göre itirazın iptali davasının temel amacı itiraz üzerine duran takibe devam edilmesidir ve itirazın iptali halinde alacağın tahsiline ilişkin bir ilam ortaya çıkmamaktadır. İtirazın iptali yanında yargılama giderlerine ve icra inkâr tazminatına hükmedilmesi ise eda hükmü teşkil eder<sup>17</sup>.

İsviçre hukukuna baktığımızda itirazla duran takibe devam edilebilmesi için takibin kesin veya geçici olarak kaldırılması kararı (SchKG<sup>18</sup> Art. 80-84) ya da genel veya idari mahkemede alacağın tahsiline ilişkin bir ilamın alınması gerektiği düzenlenmiştir. Bizdeki itirazın iptali davasına denk gelen SchKG Art. 79'da düzenlenen *Anerkennungsklage*, alacağın tahsiline ve itirazın bertaraf edilmesine yönelik maddi anlamda bir eda davası olarak kabul edilmektedir<sup>19</sup>.

## **B. TTK m. 5/A DÜZENLEMESİNİN KAPSAM BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

İtirazın iptali davasının TTK m. 5/A kapsamında kalıp kalmadığını değerlendirebilmek için öncelikle ilgili maddenin kapsamı ve sınırları ele alınmalıdır. 7155 sayılı Kanun<sup>20</sup> ile TTK m. 5'den sonra

- 15 Ejder Yılmaz, "İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği", *Prof. Dr. Saim Üstündağ Armağanı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 608.
- 16 Tahir Çağa, "Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair", *BATİDER*, Ankara 1976, C. VIII, S. 3, s. 24 vd. Bu yönde diğer görüşler için bkz: Talih Uyar, *İcra Hukukunda İtiraz*, 2. Baskı, Manisa 1990, s. 312-313; Yavuz Okçuoğlu, "İcra Hukukunda İtirazın İptali ve İnkâr Tazminatı", *Bursa Barosu Dergisi*, S.1980/11, s. 10-14.
- 17 Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/ Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 6. Baskı, Oniki Levha Yayınları, 2020, s. 111; Adnan Deynekli/Sedat Kısa, *İtirazın İptali Davaları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 82-83; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku*, C. I, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2013, s. 380; Murat Atalı/ İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 150; Gönen Eriş, "Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve Bazı Sorunlar", *ABD*, Y. 1977, S. 5, s. 822-841; Süha Tanrıver, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", *TBBD*, Y. 2020, S. 147, s. 123; İbrahim Ermenek/Betül Azaklı Arslan, "İcra ve İflas Hukuku Açısından Ticarî Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)", *TBBD*, Y. 2020, S. 148, s. 160.
- 18 İsviçre İcra İflas Kanunu, Alm. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs.
- 19 Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. Auflage, 2017, Art. 79, Rn. 2-3; Dominik Vock/Danièle Meister-Müller, *SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO*, 2. Auflage, 2018, s. 116; Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015, s. 98.
- 20 Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun, RG 19.06.2018, S. 30630.



gelmek üzere eklenen 5/A maddesi: “*Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır*” şeklindedir.

Maddede dava şartı arabuluculuğa tabi tutulacak uyuşmazlıklar için iki ana kritere yer verilmiştir<sup>21</sup>. İlk olarak TTK m. 5/A kapsamı ticari davalarla sınırlı tutulmuştur. Ticari davaların neler olduğuna ise TTK m. 4’te yer verilmiştir. Buna göre her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan hukuk davaları ile tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın TTK’da düzenlenen davalar ile yine anılan maddenin (a) ile (f) bendi arasında bahsedilen hususlardan doğan hukuk davaları ticari dava sayılmaktadır. Tarafların tacir olup olmadığına ve işin bir ticari işletmeyi ilgilendirip ilgilendirmedığıne bakılmaksızın ticari sayılan davalar mutlak ticari davalar olarak adlandırılırken, her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan ve iki tarafı da tacir olan hukuk davaları da nispi ticari davalar olarak kabul edilmektedir<sup>22</sup>. Dava şartı arabuluculuğa tabi tutulma konusunda TTK m. 5/A düzenlemesine bakıldığında mutlak ticari davalar ile nispi ticari davalar arasında fark gözetilmemiştir<sup>23</sup>. Buna karşılık TTK m. 5/A’da yalnızca “ticari davalardan” bahsedildiği için, ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerinin, geçici hukuki koruma tedbirlerinin ve icra takiplerinin madde kapsamına dâhil olmadığı anlaşılmaktadır<sup>24</sup>.

Anılan maddede ikinci olarak ticari davalardan, *konusu* bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri bakımından dava açılmadan önce arabulucuya başvurma zorunluluğunun geçerli olacağı ifade edilmiştir. Görülüyor ki kanun koyucu bu noktada ticari davalarda dava şartı arabuluculuğun kapsamını belirlerken dava konusunu belirleyici faktör olarak ele almıştır. Maddede yer verilen “*konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri*” ile tam olarak neyin kastedildiğini tespit edebilmek için ise öncelikli usul hukukumuzda dava konusu kavramını hangi usul hukuku kurumlarına karşılık geldiği açığa kavuşturulmalı ve devam açıklamalar bu bağlamda yapılmalıdır.

Dava konusu kavramının açıklamak için özellikle karşılaştırmalı hukukta çeşitli teoriler geliştirilmiş ve hukukumuzda bu teoriler çerçevesinde görüş üretilmiştir<sup>25</sup>. Hukukumuzda daha azınlık bir

21 Anılan maddede yer verilen hususlar haricinde doğaldır ki ilgili uyuşmazlıkların 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 1/2 uyarınca arabuluculuğa elverişli olması da gerekir. İlgili madde şu şekildedir: “*Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.*”

22 Levent Börü/İlker Koçyiğit, *Ticari Dava*, 2. Baskı, Ankara 2021, s. 28.

23 Ali Pash, “Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması”, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk* (Editör: Ceyda Süral Efeçinar/ Mehmet Ertan Yardım), Ankara 2019, s. 15.

24 Türkiye Barolar Birliği, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı*, 2019, s. 20 (<https://d.barobirlik.org.tr/2019/ticariuyusmazliklardaarabuluculukelkitabı/18/>, E.T. 20.04.2021); Ermenek/Azraklı Arslan, s. 138-139; Murat Atalı/Ersin Erdoğan, “Türk Ticaret Kanunu’nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2020, C. 5, S. 1, s. 208.

25 Çalışma kapsamımız itibarıyla dava teorisinin tarihi gelişimi ve ortaya atılan teorilere burada yer verilemeyecektir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Ejder Yılmaz, *Medeni Yargılama Hukukunda Islah*, 5. Baskı, Ankara 2021, s. 185 vd.; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, C. I, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 482 vd.

şekilde yer bulan çift unsurlu dava konusu teorisine göre, dava konusu belirlenirken talep sonucuna ve vakialara eşit derece ehemmiyet verilmelidir. Buna göre yalnızca mahkemeden talep edilen şeye göre değil, aynı zamanda o talebi haklı göstermek için ileri sürülen vakialar kompleksi de dava konusu içinde değerlendirilmelidir<sup>26</sup>. Buna karşılık doktrinde ve uygulamamızda hakim görüş olan tek unsurlu dava teorisine göre ise dava konusu tespit edilirken yalnızca talep sonucuna dikkat edilmeli, tarafların ileri sürdüğü vakialar dava konusu kapsamına alınmamalıdır<sup>27</sup>. Nitekim HMK'nın çeşitli düzenlemelerinde de dava konusu olarak doğrudan talep sonucuna işaret edildiği görülmektedir<sup>28</sup>.

Bu açıklamalardan sonra TTK m. 5/A düzenlemesini öncelikli olarak dava konusu olarak talep sonucuyla birlikte vakiaları esas alan çift unsurlu dava teorisi doğrultusunda yorumladığımızda, mahkemeden doğrudan bir miktar paranın ödenmesinin talep edilmediği, örneğin bir hukuki ilişkinin yokluğunun tespit edilmesinin istendiği, ancak dava konusuna vücut veren hayat olayının para alacağını ilgilendirdiği ticari nitelikteki uyumsuzluklar bakımından dava şartı arabuluculuğun geçerli olacağı sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>29</sup>. Başka bir deyişle çift vakia teorisine göre talep sonucuyla birlikte vakiaları da dava konusuna dahil ettiğimiz takdirde, ticari dava niteliğindeki menfi tespit davalarını da dava şartı arabuluculuk kapsamında kalacaktır<sup>30</sup>. Kanaatimizce böyle bir kabul doktrin ve HMK'da tercih edilen ve artık yerleşik hale gelmiş diyebileceğimiz dava konusu sistemine aykırı düşmektedir ve TTK m. 5/A'da yer bulan düzenlemenin lafzını ve amacını adeta zorlayarak genişlettiği için isabetli değildir. Bu noktada usule ilişkin kuralların dar değil, amaca uygun bir şekilde geniş yorumlanması gerektiğini ileri sürerek tespit davalarının da TTK m. 5/A gereğince dava şartı arabuluculuk kapsamına dahil edilmesini savunan görüşe katılamamaktayız<sup>31</sup>.

- 26 Bu teorinin Türk hukukundaki destekçileri için bkz: Yavuz Alangoya/M. Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. Baskı, Beta Basım Yayımı, İstanbul 2009, s. 222; Timuçin Muşul, *Medeni Yargılama Hukukunda Terdit İlişkileri*, 2. Basım, Ankara 2009, s. 102; Hamide Özden Özkaya-Ferendeci, *Kesin Hükümün Objektif Sınırları*, İstanbul 2009, s. 177.
- 27 Kuru, *Usul*, C. V, s. 4987; İlhan E. Postacioğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, İstanbul 1975, s. 232; Necip Bilge/Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 692; Saim Üstündağ, *İddia ve Müdafanın Değiştirilme Yasağı*, 1967, s. 147; Murat Atalı, *Pekcanitez Usul*, C. III, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 2068; Yılmaz, *Islah*, s. 192; Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998; s. 81-83; Tanrıver, *Usul*, s. 491; Emel Hanağası, *Davada Menfaat*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 124; Levent Börü, *Dava Konusunun Devri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 232-233.
- 28 Bkz: sulh hukuk mahkemelerinin görevi başlıklı HMK m. 4/1, dava konusunun devri başlıklı HMK m. 125, ihtiyari dava arkaadışlığının şartlarını düzenleyen HMK m. 57. Yine HMK m. 303'te kesin hükümün unsurlarından bahsederken kanun koyucu 1086 S. HUMK m. 237'de kullanılan müddeabih (dava konusu) kavramı yerine, talep sonucu kavramını tercih etmiş, yine kesin hükümün unsurları olarak "dava konusu" ile "dava sebebi (vakialar)"ı açıkça ayrı iki unsur olarak zikretmiştir. Böylelikle dava sebebini (vakiaları), dava konusundan bağımsız ve ayrı olarak bir kesin hüküm unsuru olarak ifade etmiştir. Bkz: Yılmaz, *Islah*, s. 190; Börü, s. 233.
- 29 Nitekim *Budak* dava konusunu belirlemeye yönelik ileri sürülen çift unsurlu teoriye uygun düşecek bir yorumla TTK m. 5/A'da ifade edilen "alacak ve tazminat taleplerinden" bahsedilirken talep sonucunun değil, dava sebebi (vakiaların) da dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Yazara göre bu doğrultuda ticari uyumsuzluklardaki menfi tespit davaları ile itirazın iptali davaları zorunlu arabuluculuğa tabi olmalıdır ve böyle bir yorum tarzı arabuluculuğu yaygınlaştırma yönündeki iradeye de uygun düşecektir. Bkz: Ali Cem Budak, "Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk", *MİHDER*, Y. 2019, C. 15, S. 42, s. 33.
- 30 Budak, s. 33; Nesibe Kurt Konca, "Ticari Uyumsuzluklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk", *SETA Perspektif*, Y. 2018, S. 225, s. .
- 31 İlker Koçyiğit/Alper Bulur, *Ticari Uyumsuzluklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Ankara 2019, s. 141-142.

Gerçekten de kanun koyucu 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu<sup>32</sup> m. 1/2' de arabuluculuğun uygulama alanının geniş olması için arabuluculuğa elverişli alanları tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları olarak belirtmiş, bilinçli olarak madde kapsamını geniş tutmuştur. Eğer kanun koyucu ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk uygulamasının da daha geniş bir alana yayılmasını istemiş olsaydı, TTK m. 5/A düzenlemesini bu anlayışa uygun bir şekilde kaleme almayı tercih edebilirdi<sup>33</sup>. Maddenin güncel halinden menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuğa tabi tutulacağı gibi bir sonucun çıkarılamayacağı, bu yönde bir irade varsa bu hususla ilgili mutlaka bir kanuni düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz<sup>34</sup>. Yine dava şartı (zorunlu) arabuluculuğun HUAKE m. 3'te belirtilen ve arabuluculuğun temel ilkelerinden olduğu ifade edilen iradilik ilkesine tezat teşkil ettiğini ve bu yönüyle mahkemeye erişim hakkını belli ölçüde sınırlandırdığını düşünürsek, ihtiyari arabuluculuğa nazaran istisnai bir yerde duran dava şartı arabuluculuk düzenlemelerinin geniş değil, bilakis dar yorumlanmasının daha uygun olacağı ifade edilmelidir<sup>35</sup>.

32 RG. 22/6/2012, S. 2833.Çalışmada kısaca "HUAKE" olarak kullanılacaktır.

33 Çiğdem Yazıcı Tıktık, "Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Uygulamasının Temel İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi", *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk* (Editör: Ceyda Süral Efeçinar/Mehmet Ertan Yardım), Ankara 2019, s. 116.

34 Bu yönde bkz: Muhammet Özkes/Pınar Çiftçi, "Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine", *TBBD*, C. 33, S. 148, Y. 2020, s. 127. Nitekim ticaret nitelikteki menfi tespit davalarında 7155 Sayılı Kanunla 6102 Sayılı TTK'na eklenen 5/A maddesi uyarınca arabuluculuğa başvurunun dava şartı olup olmadığı hususunda bölge adliye mahkemeleri hukuk daireleri kararları arasında çelişki bulunduğu belirtilerek bu çerçevede uyuşmazlığın giderilmesi için ilgili Yargıtay Dairesi'ne yapılan başvuru sonucunda, Yargıtay 19. HD tarafından ilgili TTK 5/A maddesinin genişletici bir yoruma elverişli olmadığı, zorunlu ve emredici kuralların dar yorumlanmasının esas olduğu belirtilerek ticari nitelikteki menfi tespit davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa gidilmesinin zorunlu olmadığı yönde uyuşmazlık giderilmiştir: "Bir ticari davanın açılmasından önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı olabilmesi bazı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Buna göre; (a) Öncelikle konusu, bir miktar paranın ödenmesi olmalı, (b) Sonra dava konusu olan bir miktar paranın ödenmesi için yapılan talep, bir alacak veya tazminat talebi olarak ileri sürülmelidir. Bu koşulların bulunması halinde dava açılmasından önce arabulucuya başvurulmuş olması, dava şartı olacaktır. Bu koşulların gerçekleşmediği ticari davalarda davanın açılmasından önce arabulucuya başvurulmuş olması, dava şartı olarak kabul edilmeyecektir. Kanun maddesinin metni ve gerekçesi bu kadar açık ve net olup zorlamayla da olsa genişletici bir yorum yapılmasına elverişli değildir. Zaten ileri ve özgürlükçü hukuk düzenlerinde zorunlu ve emredici kuralların dar yorumlanması esastır. Hal böyle olunca, yukarıda mahiyeti açıklanan menfi tespit davalarının ticari bir dava olduğu için TTK'nun 5/A maddesi kapsamına alınması ve böyle bir davayı açmak isteyen kişinin önce arabulucuya başvurmaya zorlanması, kanuna aykırı olduğu gibi sayısız hukuki sakıncalara da neden olacaktır(...)Bu itibarla kanun hükmünde öngörülen açık ifadelerle rağmen dava şartı arabuluculuğun uygulama alanının genişletilmesi doğru değildir. Böyle bir yaklaşım, özel bir dava şartı olan arabuluculuğa başvuru halini genel bir dava şartı haline getirecektir. HMK'nın 106. maddesinde düzenlenen tespit davasının özel bir şekli olan menfi tespit davası, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat davası olarak nitelendirilemez. Bu dava sonucunda, borçlunun borçlu olmadığına anlaşılması halinde borçlu olunmayan kısım belirtmek suretiyle olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Menfi tespit davasının istirdat davasına dönüştüğü hallerde dahi olumsuz tespit hükmü kurulması gerekmektedir. Başka bir deyişle, menfi tespit davasının niteliği gereği verilen kararlarda, yalnızca davacının borçlu olup olmadığı belirlenmekte, borçlu olmadığı kısma ilişkin olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Bu hüküm, herhangi bir alacağın tahsilini gerektirir nitelikte bir ilam olmadığından esasa yönelik olarak İİK m. 32 uyarınca doğrudan ilamların icrası yolu ile takibe konulamaz. Oysa arabuluculuk sonucu verilen kararlar ilam hükmünde olup, cebri icra yoluna başvurulabilecek niteliktedir. Ancak yukarıda açıklandığı gibi menfi tespit davaları sonucunda verilen hükümler esasa yönelik olarak cebri icraya konu edilip infaz edilemeyeceğinden, ticari davalarda arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak öngören madde hükmünün amaçsal yorumundan Yasa Koyucu'nun bilinçli olarak menfi tespit davalarını arabuluculuk dava şartına tabi tutmadığı anlaşılmaktadır" Yargıtay 19. HD, E. 2020/85 K. 2020/454 T. 13.2.2020. (<http://www.kazanci.com.tr/gunluk/19hd-2020-85.htm>)

35 Ömer Ekmekçi/Muhammet Özkes/Murat Atalı/Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 137 vd.; Muhammet Özkes, "Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve

Buna karşılık bizim de katıldığımız ve hukukumuzda hakim görüş olan tek unsurlu teori doğrultusunda hareket ederek, dava konusu olarak münhasır olarak davacının mahkemeye yönelttiği talep sonucunu esas almak suretiyle TTK m. 5/A düzenlemesi ele alırsak, yalnızca *dava dilekçesinde talep sonucu olarak bir miktar paranın ödenmesinin istenildiği alacak ve tazminat taleplerinin* dava şartı arabuluculuk kapsamında kaldığı anlaşılacaktır. Para alacağı ya da tazminat talep edilen ticari davalarda kaynağın sözleşmeden, sebepsiz zenginleşmeden veya haksız fiilden doğmasının ise bir önemi yoktur<sup>36</sup>. Bu noktada TTK m. 5/A'da ifade edilen kapsama, yalnızca edaya – yani belli bir miktar paranın ödenmesine yönelik taleplerin gireceği, tespite yönelik taleplerin madde kapsamı dışında kaldığı belirtilmelidir<sup>37</sup>. Gerçekten de menfi ya da müspet tespit davalarıyla bir hukuki ilişkinin varlığının, yokluğunun ya da bir senedin sahteliğinin tespit edilmesi talep edilir. Bu dava türünde herhangi bir para alacağının ödenmesi istenmediği için, dava şartı arabuluculuk bu uyuşmazlıklar bakımından geçerli olmamalıdır. Maddeyle ilgili bu tafsilattan sonra aşağıda TTK m. 5/A kapsamındaki ticari alacaklar için yapılan ilamsız takiplerde açılan itirazın iptali davasında önce arabulucuya başvurma zorunluluğunun olup olmadığı Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin gerekçeleriyle özel olarak incelenecektir.

### **C. YARGITAY 23. HUKUK DAİRESİ'NİN GEREKÇELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

#### **1. İTİRAZIN İPTALİ DAVASI BAKIMINDAN**

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin ticari uyuşmazlıklar için yapılan takipte açılan itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuğa tabi olduğu yönündeki gerekçeleri kanaatimizce birçok açıdan yerinde değildir. Öncelikle hangi ticari uyuşmazlıkların dava şartı arabuluculuğa tabi olduğunu belirlemede esas alacağımız TTK m. 5/A düzenlemesinde, yalnızca konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasını gerektiği ifade edilmiştir. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi itirazın iptali davasını, borçlunun itirazın haksız olduğunun tespiti ve alacağın miktarının belirlenmesi suretiyle davacının alacağına kavuşmasını sağlayan, takip hukukuna özgü bir tahsil davası olarak nitelendirmiş ve tahsil amacına hizmet eden bu davanın dava şartı arabuluculuğa tabi olduğunu belirtmiştir. Kanaatimizce ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuğun sınırlarını belirlerken yapılan en önemli hatalardan biri, davanın bir miktar para alacağını ilgilendirmesi durumunda o davayı bir alacak-tahsil davası

Arbuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi-Zorunlu Arbuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Arbuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, 2018, s. 126; Sibel Özel, “Zorunlu Arbuluculuğun Adalet Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi”, *Public and Private International Law Bulletin*, C. 40, S. 2, Y. 2020, s. 873; Atalı/Erdoğan, s. 217; Ermenek/Azıklı Arslan, s. 147-148.

36 Sinan Sarıkaya, “Yeniden Yapılandırma Davalarında (TTK m. 191-192-193) Arbuluculuk Üzerine Düşünceler”, *Legal Hukuk Dergisi*, Y. 2019, C. 17, s. 3874.

37 Aynı yönde bkz: Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven, s. 190-191; Cafer Emimoğlu/Ersin Erdoğan, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arbuluculuk*, Ankara 2020, s. 221; Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arbuluculuk*, 2020, s. 140; Ertan Yardım, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arbuluculuğa Başvuru”, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arbuluculuk* (Editör: Ceyda Süral Efeçinar/Mehmet Ertan Yardım), Ankara 2019, s. 99-100; Ömer Faruk Demir, *İstirdat Davası*, Ankara 2020, s. 168; Paşlı, s. 19; Atalı/Erdoğan, s. 216 vd; Özkes/Çiftçi, s. 122-123; Ermenek/Azıklı Arslan, s. 144-145.

olarak niteleyerek dava şartı arabuluculuğa tabi tutma yönündeki eğilimdir. Oysa bir davanın belli bir paranın ödenmesi istemli açılması başka, davanın genel itibarıyla tahsil amacına yönelmiş olması başka bir durumdur. Belli durumlarda yalnız bir tespit hükmü ya da inşai nitelikte bir hüküm de alacağın tahsilini amaçlayabilir, ama neticede belli bir miktar paranın ödenmesini konu alan bir eda hükmü ortaya çıkmayabilir. İİK m. 68’de düzenlenen itirazın kaldırılması yolu bu noktada örnek gösterilebilir. İtirazın (kesin olarak) kaldırılması yargılamasında davacı haklı bulunduğu alacaklı takibe devam ederek alacağına kavuşma yönünde icra prosedürlerini devam ettirebileceğinden bu dava tahsil amacına yönelir; ancak itirazın kesin kaldırılması kararı belli bir miktar paranın ödenmesini emreden bir eda hükmü değildir.

Karara konu olan itirazın iptali davasını ele aldığımızda kanaatimizce davanın hukuki niteliğiyle ilgili doktrindeki bir grup yazar tarafından ileri sürülen “*icra iflas hukukuna özgü bir tahsil davası*” tanımı yerindedir ve bu tanım Yargıtay 23. Hukuk Dairesi tarafından, itirazın iptali davasının TTK m. 5/A kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bir gerekçe olarak kullanılmıştır. Bu tanımdan ne anlaşılması gerektiğini daha net belirlemek için itirazın iptali davasının ne tür sonuçlar doğurduğuna detaylı bakmak gerekir.

Davaların hukuki niteliğini (ve aynı zamanda dava konusunu) belirleyen temel unsur davacının talebidir. Bu noktada itirazın iptali davasını ele aldığımızda kanaatimizce davacının esas talebi iki noktaya yönelmektedir: takibi durduran itirazın iptal edilmesi ve davacının takip konusu alacağın alacaklısı olduğunun belirlenmesi<sup>38</sup>. Davacının genel hükümlere göre görülen yargılamanın sonunda haklı çıkması durumunda mahkeme hem itirazın iptaline hem de alacaklının alacağının mevcudiyetine karar verecektir. Alacaklının davayı kazanması üzerine itirazın iptal edilmesi inşai nitelik taşır<sup>39</sup>. Zira borçlunun itirazının hükümsüz kılınmasıyla birlikte duran takip alacaklının talebi üzerine ilerlemeye devam edecek ve alacaklı takibin ilerleyen aşamalarına geçerek icra prosedürü dahilinde alacağını elde etmeye yaklaşacaktır. Mevcut takip hukuku ilişkisini değiştiren itirazın iptali kararı, bu yönüyle bozucu nitelikte usuli bir inşai karar olarak değerlendirilebilir. İtirazın bertaraf edilmesinin yanında mahkeme yapmış olduğu muhakeme neticesinde alacaklının haklı olduğunu görürse, alacaklının takibe konu ettiği meblağın gerçekten alacaklısı olduğu yönünde bir tespit kararı verecektir. Bu noktada kanaatimizce itirazın iptali kararında ayrıca alacağın tahsiline de hükmedileceği ve bu hükmün alacağın ödenmesini emreden bir eda hükmü olduğundan bahsedilmesi yerinde değildir. Çünkü eğer itirazın iptali davası sonucunda verilen hükmü bir eda hükmü olarak nitelendirirsek alacaklının o kararla birlikte ilamlı icraya da başvurabileceğini söylemek gerekir. Oysa halihazırda devam eden takipte haciz istenebilecekken alacaklının yeni harçlar ödeyerek icra dairesine başvurması ve borçluya bir icra emrinin gönderilmesini sağlayarak ancak onun üzerine haciz aşamasına gelebilmesinde hukuki yararı yoktur<sup>40</sup>.

38 Davacı ve davalı itirazın iptali davasında kendi lehlerine icra tazminatına hükmedilmesini de isteyebilirler (İİK m. 67/2). İcra tazminatıyla ilgili değerlendirme ileride ayrıca yapılacaktır.

39 Benzer yönde: Ermenek/Azraklı Arslan, s. 156.

40 Yılmaz, *İtirazın İptali*, s. 612.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi tarafından itirazın iptali davasının açılması halinde aynı alacakla ilgili genel hükümlere göre alacak davası açılmasında hukuki yarar olmadığı, bu davanın bir tahsil davası olduğu yönünde ileri sürülen gerekçelerdendir. Anlaşıldığı üzere Yargıtay takip konusu alacak için açılan bir alacak davası ile aynı alacak için yapılan takipte açılan itirazın iptali davasını birbirine denk davalar olarak değerlendirmekte ve bu yönden itirazın iptali davasının alelade bir alacak davasının hükümlerine tabi olması gerektiğini savunmaktadır. Gerçekten de alacaklının başlattığı bir icra takibi itiraz üzerine durmuşken bu itirazın giderilmesi için süresi içerisinde bir itirazın iptali davası açması yerine yeniden bir alacak davası açmasında hukuki yarar yoktur. Zira itirazın iptali davasının alacaklı lehine sonuçlanması durumunda hem takibe devam edilmekte hem de alacağın varlığı kesin olarak tespit edilmektedir. Fakat bu husus aynı zamanda ele alınan iki davanın farklılığını da gösterir. Zira itirazın iptali davası her ne kadar alacağın varlığını genel hükümler çerçevesinde belirlese de bu dava asıl sonuçlarını alakalı olduğu takip bakımından doğurur. Alacaklı, lehine olan itirazın iptali kararıyla, icra dairesinden haciz aşamasına geçilmesini isteyebilir. Oysa ayrı bir alacak davası sonucunda verilen hüküm alacaklının lehine olsa bile, talebin yerine getirilmesi için yeni bir takibe başvurulması gerekir. Dolayısıyla itirazın iptali davası asli sonuçlarını usul hukukunda doğururken klasik bir alacak davası maddi hukuk temelinde etkiler doğurur. Keza hukukumuzda özel bir yaptırım olan icra inkâr tazminatı da ancak itirazın iptali davasıyla talep edilebilirken normal bir alacak davası böyle bir hak tanımaz. Bu sebeple amaç ve fonksiyon yönünden ayrışan bu iki davaya birebir aynı dava gibi muamele edilmemesi, biri üzerinden diğeri için hukuki nitelendirme yapılmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Bahsettiğimiz gerekçelerle kanaatimizce itirazın iptali davası genel çerçevede alacağın takip yoluyla tahsil edilmesine yönelmiş bir dava olmakla birlikte, neticede alacağın tahsil edilmesine hükmedilen klasik bir eda davası değildir. Bilakis bu davanın kabulüyle hem inşai hem de tespit edici nitelik taşıyan karma bir hüküm ortaya çıkar. Alacağın tahsili ise itirazın iptali üzerine takibin ilerlemesi ve haczedilen malların paraya çevrilmesiyle sağlanır. Görüldüğü üzere maddi hukuk bakımından sonuçlar doğursa da bu dava takibi ilerletmeyi ve alacağın başlatılan takip dahilinde elde edilmesini sağlayan bir takip hukuku davasıdır ve temel etkilerini takip hukukunda doğurur. İtirazın iptali kararı icraya uygun olmadığı gibi kararın icraya koyulmasında hukuki yarar da bulunmaz. İtirazın iptaliyle birlikte TTK m. 5/Ada ifade edildiği üzere bir miktar paranın ödenmesini konu eden bir karar ortaya çıkmadığı için bu davanın dava şartı arabuluculuğa tabi olmadığı kanaatindeyiz<sup>41</sup>. Esasen Yargıtay 23. Hukuk Dairesi de bu dava sonucunda bir eda hükmü ortaya çıkacağından ya da davalının takip konusu alacağı ödemeye mahkûm edileceğinden bahsetmemiştir. Aksine itirazın iptali davasının “*itirazın haksız olduğunun tespiti ve alacağın miktarının belirlenmesi*” fonksiyonunu ifa ettiğini belirterek aslında mahkemenin bir tespit faaliyetinde bulunduğunu ifade etmiştir. Buna rağmen

41 Bu yönde görüşü savunanlar için bkz: Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven, s. 197; Pekcanitez/Sungurtekin Özkan/Atalay/Özkes, s. 111; Tanrıver, *Arabuluculuk*, s. 139; Tanrıver, *Dava Şartı*, s. 123; Yardım, s. 103; Nihat Taşdelen, *Ticari Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk*, Ankara 2021, s. 97-98; Ermenek/Arslanlı, s. 160. İtirazın iptali davasının zorunlu arabuluculuğa tabi olması gerektiği yönde bkz: (TTK m. 5/Ada davadaki talep sonucu değil de dava sebebinin dikkate alınması gerektiğini savunan, bu sebeple itirazın iptali davasında arabuluculuğa başvurulmasını zorunlu olduğunu ileri süren) Ali Cem Budak/Varol Karaarslan, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 480; Mahmut Coşkun, *İtirazın İptali – Menfi Tespit ve İstirdat – Tasarrufun İptali – İflas ve İflasın Ertelenmesi – Sıra Cetveline İtiraz Davaları*, 7. Baskı, 2021, s. 87; Koçyigit/Bulur, s. 67; Kurt Konca, s. 5; Pashi, s. 22.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi davanın alacağın tahsilini sağlama amacına hizmet ettiğine vurgu yapmış ve bu amacı geniş yorumlamak suretiyle dava sonucunda esasen belli bir miktar paranın ödenmesine hükmedilmemesine rağmen, davanın TT m. 5/A kapsamına girdiği yönde karar vermiştir.

## 2. İCRA TAZMİNATI BAKIMINDAN

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin kararı, itirazın iptali davasında talep üzerine hükmedilen icra tazminatı<sup>42</sup> yönünden de ele alınmalıdır. İİK m. 67/2'ye göre bu davada borçlunun itirazının haksızlığına karar verirse borçlu, takibinde haksız ve kötü niyetli görülürse alacaklı, diğer tarafın talebi üzerine iki tarafın durumuna, davanın ve hükmolunan şeyin tahammülüne göre red veya hükmolunan meblağın yüzde yirmisinden aşağı olmamak üzere uygun bir tazminata mahkûm edilir. İcra tazminatıyla belli bir miktar paranın ödenmesi talep edildiği için lafzi olarak değerlendirildiğinde ilk bakışta bu tazminatın TTK m. 5/Ada öngörüldüğü üzere "konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri" kapsamına girdiği varsayılabilir. Bu varsayımın geçerli olup olmadığını anlayabilmek için ilk olarak icra inkar tazminatının hukuki niteliğini ele almak gerekir.

Nispeten daha eski bir dönemde savunulan bir görüşe göre icra inkar tazminatı borçlar hukuku anlamında bir tazminattır. Dolayısıyla eğer borçlu tarafından takibe yapılan itirazla takibin durması üzerine alacaklı bir zarara uğramamışsa, alacaklı lehine bir tazminata hükmedilmeyecektir<sup>43</sup>. Buna karşılık bizim de katıldığımız bugünkü hakim görüşe göre ise icra tazminatı borçlar hukuku anlamında bir tazminat türü değildir. Bilakis cebri icra hukukuna özgü, şartları ve hükümleri icra kanunumuzda düzenlenen cezai nitelikte bir yaptırımdır<sup>44</sup>. İİK m. 67/2'de düzenlenen icra inkâr tazminatı, yalnızca itirazın iptali davasıyla birlikte talep edilebildiği için itirazın iptali davası dışında herhangi bir yolla istenmesi ve bu tazminata hükmedilmesi mümkün değildir<sup>45</sup>. Hatta bu sebeple tahkimde görülen itirazın iptali davasında icra inkar tazminatına hükmedilemeyeceği, uyuşmazlığı maddi hukuk

42 İcra ve İflas Kanunu'nun çeşitli maddelerinde takibin hızlandırılması veya kötü niyetle takip yapılmasının önlenmesi amacıyla tarafların ya da ilgililerin haksız ya da kötü niyetli olarak hareket ettiklerinin kabul edildiği bazı durumlarda belli bir miktar icra tazminatına mahkûm edileceği düzenlenmiştir. İtirazın iptali davasında borçlunun ödeme emrine haksız olarak itiraz etmesi halinde ödeyeceğinin öngörüldüğü tazminat, borçlunun takibe konu borcu inkâr etmesi sebebiyle 'icra inkâr tazminatı' olarak isimlendirilirken, alacaklı aleyhine icra tazminatına hükmedilebilmesi için kanunda kötüniyet şartı aranması sebebiyle bu tazminat da doktrinde 'kötü niyet tazminatı' olarak isimlendirilmektedir. Bkz: Ejder Yılmaz, "İcra Tazminatı", *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C. II, Ankara 2009, s. 680; Ayşe Kılınc, "İcra Tazminatına Hükmedilebilmesinde Talep Koşulu ve Taleple Bağlılık İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi", *DEÜHFD*, C. XXI, S. 1, 2019, s. 212. Çalışmamızda her iki taraf lehine de hükmedilecek tazminatı kapsayacak şekilde değerlendirme yapılacağı için, icra tazminatı ifadesi tercih edilmiştir.

43 Mustafa Reşit Belgesay, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi*, C. I, İstanbul 1955, s. 137.

44 Yılmaz, *İcra Tazminatı*, s. 684; Baki Kuru, "İcra İnkâr Tazminatı", *Yargıtay Yüzyüncü Yıldönümü Armağanı*, İstanbul 1968, s. 727-728; Deyneklî/Kısa, s. 217; Kılınc, s. 214-215; Gülcan Sunar, *İcra Hukukunda İcra Tazminatı*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1995, s. 14; Cemre Tüysüz, *Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflas Hukukundaki Davalar*, İstanbul 2017, s. 114; Cenk Akil, "İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, Y. 2012, s. 321.

45 Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 263; Yılmaz, *İcra Tazminatı*, s. 696; Pekcanitez/Sungurtekin Özkan/Atalay/Özekes, s. 114; Hakan Pekcanitez, "Tahkimde Açılan İtirazın İptali Davasında Hakemler İcra ve İnkâr Tazminatına Karar Verilebilir mi?", *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 100, Y. 2018, s. 63; Ermenek/Arslanlı, s. 173.

boyutuyla çözecek olan hakemlerin icra inkar tazminatına karar vermekle yetkili olmadıkları kabul edilmektedir<sup>46</sup>. Bu doğrultuda her ne kadar icra inkâr tazminatıyla belli bir miktar para ödenmesi talep edilse de bu tazminatın cebri icra alanına münhasır olması ve takip hukukundaki davalardan ayrı serdedilememesi sebebiyle dava şartı arabuluculuk kapsamında kalmadığı söylenmelidir<sup>47</sup>. Doğaldır ki itirazın iptali davasında öncelikle arabulucuya gitmesi ve borçlunun haksız olarak takibe itiraz etmiş olması faraziyesinde taraflar anlaşarak alacaklının alacağına geç kavuşmasından kaynaklanan zararının giderilmesini kararlaştırabilirler. Ancak bunun için tarafların anlaşması gereklidir ve bu halde kararlaştırılacak kalem icra inkâr tazminatı değil, olsa olsa müspet zararın giderilmesi olur. Oysa aynı talebin itirazın iptali davası içinde ileri sürülmesi durumunda alacaklının alacağının ve borçlunun haksızlığının tespit edilmesiyle, alacaklının talebi üzerine karşı tarafın rızası olmasa bile icra inkâr tazminatına hükmedilmektedir. Bu değerlendirmeler ışığında denilebilir ki itirazın iptali davasının dava şartı arabuluculuğa tabi tutulması, tarafların elinden icra inkâr tazminatı hakkının alınması sonucunu da doğurabilir. Oysa ki icra inkâr tazminatı takibin gereksiz yere sürüncemede bırakılmasına ya da kötü niyetli olarak takip yapılmasına yönelik davranışları caydırmak, aksi hareketi de cezalandırmak amacıyla getirilen ve kendi hukuk sistemimize mahsus önemli bir yaptırım türüdür. Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin kararı bu yönüyle cebri icra hukukuna özgü yaptırım araçlarının işlevsiz kalmasına sebebiyet verebilecektir.

Son olarak belirtmek gerekir ki itirazın iptali davasından önce tüketilmesi gereken arabuluculuk yolu, ilamsız icranın alacağı hızlı ve pratik bir şekilde ulaşılmasını sağlama özelliğini de zedelemektedir. İtirazın iptali davasının zorunlu arabuluculuğa tabi tutulmasıyla birlikte alacaklının takiple getirilen prosedürlere maruz kalmak yerine doğrudan dava açmayı tercih etmesi, bu doğrultuda ilamsız icranın etkinliğinin azalması muhtemel bir sonuçtur.

## SONUÇ

Karar incelemesi neticesinde varılan sonuçlar aşağıdaki gibi özetlenebilir:

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, bölge adliye mahkemeleri hukuk daireleri arasındaki görüş farklılıklarını gidermek için toplanmış ve iş bölümü alanına giren Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi ile Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 23. Hukuk Dairesi'nin TTK m. 5/A kapsamında kalan talepler için açılan itirazın iptali davasında zorunlu olarak önce arabuluculuğa başvurulacağını, bölge adliye mahkemeleri daireleri arasında görüş farklılıklarının nasıl giderileceğini düzenleyen 5235 sayılı Kanun m. 35/2'e göre kesin olarak karara bağlamıştır. Görüş ayrılıklarını gidermekle görevli Yargıtay Dairesi yalnızca kendi iş bölümüne giren bölge adliye mahkemesi kararları bakımından değerlendirme yapmakta ve kendi iş bölümüne girmeyen diğer bölge adliye mahkemesi kararlarını, farklı görüş bildiren kararlar ortaya koysalar dahi incelememektedir. Kanaatimizce olması gereken hukuk bakımından bölge adliye mahkemeleri daireleri arasındaki görüş farklılıkları, 2017 yılında

46 Pekcamtez, s. 63-64; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 151; Tüysüz, s. 116; Cenk Akil/Mehmet Akif Gül: "Yargıtay'ın Genel Haciz Yoluyla İlamsız Takibe Başvuru Hakkına İlişkin Olarak Vermiş Olduğu Bazı Kararlar Üzerine Düşünceler", *Yargıtay Dergisi*, C. 43, S. 3, Y. 2017, s. 568.

47 Bu yönde bkz: Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, s. 197; Ermenek/Arslanlı, s. 173-174.



696 sayılı OHAL KHK'sıyla Yargıtay Kanunu m. 15'te yapılan değişiklikten önce öngörüldüğü gibi içtihadı birleştirme yoluyla giderilmelidir. Amaç hukukun yeknesak uygulanması ise, diğer dairelerin kararlarının ve gerekçelerinin de görüş aykırılıklarının giderileceği nihai kararın oluşturulması aşamasında ele alınması gereklidir. Yine 5235 sayılı Kanun m. 35/2'de, ilgili Yargıtay Dairesi'nin uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin vereceği kararın kesin olduğu belirtilmekte; ancak bu kararın değerlendirilmeye alınmayan diğer bölge adliye mahkemeleri ya da alt derece mahkemeleri bakımından bağlayıcı olduğuyla ilgili herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Bu gerekçelerle bölge adliye mahkemesi daireleri arasındaki içtihat farklılıklarının hem görüş ayrılığını gideren kararın diğer mahkemeler bakımından bağlayıcılığının açık olması hem de görüş ayrılığının giderilmesi aşamasında iş bölümü ayırımı yapılmaksızın değerlendirme yapılması sebebiyle hukukumuzda uzun yıllardır uygulaması olan içtihadı birleştirme yoluyla giderilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Yargıtay 23. Hukuk Dairesi itirazın iptali davasını takip hukukuna özgü bir tahsil davası olarak nitelendirip dava açılmadan önce TTK m. 5/A kapsamında dava şartı arabuluculuğa tabi olduğuna karar vermiştir. TTK m. 5/A'da yalnızca ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak düzenlenmiştir. Oysa itirazın iptali davasının alacağın tahsiline yönelik bir dava olması, belli bir miktar paranın ödenmesini konu eden alacak veya tazminat davası olduğu anlamına gelmez. İtirazın iptali davasıyla takip konusu paranın tahsil edilmesi değil, alacaklının alacağının tespit edilmesi ve bu doğrultuda takibi durduran itirazın iptal edilmesi amaçlanır. İtirazın iptali hükmün inşai kısmını oluştururken, alacaklı olunan miktarın belirlenmesi ise hükmün tespit bölümünü oluşturur. Bu dava sonucunda alacaklının alacağının olup olmadığı ya da ne kadar olduğu kesin hükümle belirlense de asıl olarak duran takibe devam edilerek alacağın başlatılan takip içerisinde elde edilmesi sağlanır. Dolayısıyla itirazın iptali davası sonucunda takip konusu alacağın tahsiline yönelik bir eda hükmü elde edilmez; bilakis bu kararlar hali hazırda başlamış bulunan takibin ilerlemesi sağlanır. Bu sebeple Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin aksine, itirazın iptali davasının TTK m. 5/A anlamında dava şartı arabuluculuğa tabi davalardan olmadığı kanaatindeyiz.

İtirazın iptali davasında talep üzerine hükmedilecek icra inkâr tazminatlarının da arabuluculuğa elverişli kalemlerden olmadığı kanaatindeyiz. Zira icra inkâr tazminatı borçlar hukuku anlamında bir tazminat değil, itirazın iptali davasına bağlı ve cebri icra sistemine özgü bir cezai yaptırımdır. Arabulucu münhasıran cebri icra sürecindeki davalara özgü bir yaptırıma karar veremeyecektir. Ticari dava niteliğindeki itirazın iptali davasında zorunlu olarak arabuluculuğa başvurulması, tarafların davada hak kazanabilecekleri icra inkâr tazminatından arabuluculuk sürecinde yoksun kalabilmeleri ihtimali sebebiyle de dezavantajlı bir karardır.

Son olarak tarafların alacaklarına daha seri, herhangi bir ek prosedüre ve belgeye gerek duyulmaksızın kavuşabilecekleri ilamsız icra sistemindeki davaların dava şartı arabuluculuğa tabi tutulmasının, bu takipten beklenebilecek menfaatleri önemli ölçüde azaltabileceğini düşünüyor ve Yargıtay 23. Hukuk Dairesi kararını bu yönüyle de takip ekonomisine aykırı buluyoruz.

**KAYNAKÇA**

- Akil, Cenk: “İtirazın İptali Davasında İcra İnkâr Tazminatının Şartı Olarak Borçlunun İtirazının Haksızlığına Karar Verilmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, Y. 2012.
- Akil, Cenk/Gül, Mehmet Akif: “Yargıtay’ın Genel Haciz Yoluyla İlämsız Takibe Başvuru Hakkına İlişkin Olarak Vermiş Olduğu Bazı Kararlar Üzerine Düşünceler”, *Yargıtay Dergisi*, C. 43, S. 3, Y. 2017.
- Alangoya/M. Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, Beta Basım Yayımı Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: *İcra ve İflas Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Atalı, Murat: *Pekcanitez Usul*, C. III, 15. Baskı, İstanbul 2017.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin: *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Atalı, Murat/ Erdoğan, Ersin: “Türk Ticaret Kanunu’nun 5/A Maddesi Çerçevesinde Menfi Tespit Davaları Sorunu”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2020, C. 5, S. 1.
- Belgesay, Mustafa Reşit: *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, C. I, İstanbul 1955.
- Berkin, Necmettin: *Tatbikatçılar İçin İcra Hukuku Rehberi*, İstanbul 1980.
- Börü, Levent: *Dava Konusunun Devri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Börü, Levent/ Koçyiğit, İlker: *Ticari Dava*, 2. Baskı, Ankara 2021.
- Budak, Ali Cem: “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, *MİHDER*, Y. 2019, C. 15, S. 42.
- Budak, Ali Cem/Karaarslan, Varol: *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Coşkun, Mahmut: *İtirazın İptali – Menfi Tespit ve İstirdat – Tasarrufun İptali – İflas ve İflasın Erteleme – Sıra Cetveline İtiraz Davaları*, 7. Baskı, 2021.
- Çağa, Tahir: “Ödeme Emrine İtirazın İptali Davasına Dair”, *BATİDER*, Ankara 1976, C. VIII, S. 3.
- Demir, Ömer Faruk: *İstirdat Davası*, Ankara 2020.
- Deynekli, Adnan/Kısa, Sedat: *İtirazın İptali Davaları*, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- Ekmekçi, Ömer/Özkes, Muhammet/Atalı, Murat/ Seven, Vural: *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- Eriş, Gönen: “Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve Bazı Sorunlar”, *ABD*, Y. 1977, S. 5.
- Erdem, Murat: *İcra ve İflas Hukukunda İtirazın İptali Davası*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2010.
- Ermenek, İbrahim/Azıklı Arslan, Betül: “İcra ve İflâs Hukuku Açısından Ticari Davalarda Arabulucuya Başvuru Zorunluluğu (TTK m. 5/A)”, *TBBD*, Y. 2020, S. 148.
- Eminoğlu, Cafer/Erdoğan, Ersin: *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, Ankara 2020.
- Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden: *Kesin Hükmün Objektif Sınırları*, İstanbul 2009.
- Gürdoğan, Burhan: *İcra Hukuku Dersleri*, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1970.
- Hanağası, Emel: *Davada Menfaat*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Karlı, Abdurrahim: *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Baskı, Alternatif Yayınevi, İstanbul 2014.
- Kılınç, Ayşe: “İcra Tazminatına Hükmedilebilmesinde Talep Koşulu ve Taleple Bağlılık İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi”, *DEÜHFD*, C. XXI, S. 1, İzmir 2019.
- Koçyiğit, İlker/Bulur, Alper: *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Ankara 2019.
- Kren Kostkiewicz, Jolanta /Vock, Dominik: *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. Auflage, 2017.

- Kurt Konca, Nesibe: “Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk”, SETA Perspektif, Y. 2018, S. 225.
- Kuru, Baki: *İcra ve İflas Hukuku*, C. I, 3. Baskı, Evrim Dağıtım, İstanbul 1988.
- Kuru, Baki: *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Kuru, Baki: “İcra İnkâr Tazminatı”, *Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı*, İstanbul 1968.
- Muşul, Timuçin: *İcra ve İflas Hukuku*, C. I, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2013.
- Muşul, Timuçin: *Medeni Yargılama Hukukunda Terdit İlişkileri*, 2. Basım, Ankara 2009.
- Okçuoğlu, Yavuz: “İcra Hukukunda İtirazın İptali ve İnkâr Tazminatı”, *Bursa Barosu Dergisi*, S. 1980/11.
- Önen, Ergun: *İnşai Dava*, Olgaç Matbaası, Ankara 1981.
- Özekes, Muhammet: “İstinaf Sistemiyle Birlikte Hukuk Yargılamasında İçtihat Ayrılıklarının Giderilmesi”, *Türkiye’de İstinaf Mahkemelerinin Kurulmasından Sonra Yargıtay’ın Rolü Konferansı*, Ankara, 2007.
- Özekes, Muhammet: “Zorunlu Arabuluculuğun Hak Arama Özgürlüğü ve Arabuluculuk İlkeleri Bakımından Değerlendirilmesi-Zorunlu Arabuluculuğa Eleştirel Bir Yaklaşım”, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, 2018.
- Özekes, Muhammet/Çiftçi, Pınar: “Menfi Tespit Davalarını Zorunlu Arabuluculuğa Dahil Saymanın Gereksizliği Üzerine”, *TBB D*, C. 33, S. 148, Y. 2020.
- Özel, Sibel: “Zorunlu Arabuluculuğun Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde İrdelenmesi”, *Public and Private International Law Bulletin*, C. 40, S. 2, Y. 2020.
- Paslı, Ali: “Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A maddesinin yorumlanması”, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Editör: Ceyda Süral, Mehmet Ertan Yardım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Pekcanitez, Hakan: “Tahkimde Açılan İtirazın İptali Davasında Hakemler İcra ve İnkâr Tazminatına Karar Verilebilir mi?”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 100, Y. 2018.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet: *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 6. Baskı, Oniki Levha Yayınları, 2020.
- Postacıoğlu, İlhan E.: *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1969.
- Postacıoğlu, İlhan E. /Altay, Sümer: *İcra Hukuku Esasları*, 5. Bası, 2010.
- Postacıoğlu, İlhan E.: *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Baskı, İstanbul 1975.
- Sarıkaya, Sinan: “Yeniden Yapılandırma Davalarında (TTK m. 191-192-193) Arabuluculuk Üzerine Düşünceler”, *Legal Hukuk Dergisi*, Y. 2019, C. 17.
- Sunar, Gülcan: *İcra Hukukunda İcra Tazminatı*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1995.
- Tanrıver, Süha: “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *TBB D*, Y. 2020, S. 147 (Dava Şartı).
- Uyar, Talih: *İcra Hukukunda İtiraz*, 2. Bası, Manisa 1990.
- Tanrıver, Süha: *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, 2020 (Arabuluculuk).
- Tanrıver, Süha: “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *TBB D*, Y. 2020, S. 147 (Dava Şartı).
- Tanrıver, Süha: *Medeni Usul Hukuku*, C. I, 2. Baskı, Ankara 2018 (Usul).
- Tanrıver, Süha: *Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998.
- Tanrıver, Süha: *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*, 2020.
- Taşdelen, Nihat: *Ticari Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk*, Ankara 2021.
- Türkiye Barolar Birliği, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olan Arabuluculukta Taraf Vekilliği El Kitabı*, 2019.

- Tüysüz, Cemre: *Milletlerarası Ticari Tahkim Açısından İcra ve İflas Hukukundaki Davalar*, Beta Yayınevi, İstanbul 2017.
- Üstündağ, Saim: *İddia ve Müdafaa'nın Değiştirilme Yasağı*, 1967.
- Vock, Dominik /Meister-Müller, Danièle: *SchKG-Klagen nach der Schweizerischen ZPO*, 2. Auflage, 2018.
- Yardım/Ertan Mehmet: "Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru", *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Editör: Ceyda Süral, Mehmet Ertan Yardım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Yazıcı Tıktık, Çiğdem: "Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Uygulamasının Temel İlkeler Bakımından Değerlendirilmesi", *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk* (Editör: Ceyda Süral Efeçınar/Mehmet Ertan Yardım), Ankara 2019.
- Yıldırım, Kâmil/Yıldırım, Nevhis Deren, *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2015.
- Yılmaz, Ejder: *Medeni Yargılama Hukukunda Islah*, 5. Baskı, Ankara 2021, (Islah).
- Yılmaz, Ejder: "İtirazın İptali Davasının Hukuki Niteliği", *Prof. Dr. Saim Üstündağ Armağanı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009 (İtirazın İptali).
- Yılmaz, Ejder: "İcra Tazminatı", *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C. II, Ankara 2009 (İcra Tazminatı)
- Yılmaz, Ejder: "İçtihadı Birleştirme" veya "Adalettteki Çelişkiye Son Verme" İhtiyacı", *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XVIII*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırması Enstitüsü, 2010.

### **KISALTIMA CETVELİ**

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
BATİDE	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz	: Bakınız
C	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
MİHDER	: Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Dergisi
OHAL	: Olağanüstü hal
S	: Sayı
SchKG	: Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
TBBDD	:T ürkiye Barolar Birliği Dergisi
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: Ve devamı
Y	: Yıl

## İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşe Bağlı Stres Kavramı

### The Concept of Work-Related Stress Within the Framework of Labour and Social Security Law

Nazlı Elbir \* 

#### ÖZ

İş hukukunun ortaya çıktığı Sanayi Devrimi'nden beri asli amacı, işçinin korunması olmuştur. İşçinin korunmasına ilişkin kuralların ilk görünümü ise işçinin yaşamı ve bedensel bütünlüğünü korumaya yönelik iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasıdır. Ancak zamanla, fabrika tipi çalışma biçimlerinin değişmesi ve hizmet sektöründe çalışan işçilerin, bedenlerinin korunması ötesinde bir korumaya ihtiyaç duymaları, dahası işçinin sadece fiziksel olarak değil ancak bir insan olarak kişiliğinin tüm yönleriyle korunması gerekliliğinin anlaşılması ile hem iş sağlığı ve güvenliği kavramının hem de genel olarak işverenin gözetme borcunun kapsamı genişlemiştir. Bunun sonucunda, işçilerin sağlıklarının zihinsel olarak da korunması gerektiği, çalışma olgusunun işçinin sadece fiziksel değil ancak zihinsel sağlığı bakımından da tehlikeler ve dolayısıyla riskler içerdiği kabul edilmiştir. Böylece, iş sağlığı ve güvenliği kapsamında “psikososyal riskler” kavramı ortaya çıkmıştır. İşçilerin zihinsel sağlıklarının korunmasına ilişkin ilk yaklaşımlar psikolojik taciz (mobbing) üzerine yoğunlaşmıştır. Daha sonra, işçilerin sağlıkları ve genel olarak iyi olma hallerine olumsuz etkisi olan başka bir psikososyal risk olarak “işe bağlı stres” kavramı ortaya çıkmıştır. İşe bağlı stres ve genel olarak psikososyal risklerin multi-disipliner niteliği sonucu, bu kavramlara mutlak sınırlar çizilememektedir. Her ne kadar, işçilerin zihinsel sağlıklarının korunması işverenin gözetme borcuna dahil bir kavram olsa da bu korumanın sağlanıp sağlanmadığının, işverenin bunda ne ölçüde kusurlu olduğunun ve işçilerin zihinsel sağlıklarının zarar görüp görmediğinin kesin biçimde tespitinde zorluklar bulunmaktadır. Bu çalışmada, öncelikle, işverenin gözetme borcu kapsamında işçilerin zihinsel sağlıklarının korunması gerekliliği ve bunun altında yer alan “psikososyal risk” kavramı ele alınacaktır. Daha sonra, psikososyal riskler içinde de çok tartışmalı bir konu olan işe bağlı stres ve bunun iş ve sosyal güvenlik hukuku bakımından sonuçları incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** İşçilerin Korunması, İşverenin Gözetme Borcu, İş Sağlığı ve Güvenliği, Psikososyal Riskler, İşe Bağlı Stres

#### ABSTRACT

The main task of the labour law which emerged during the Industrial Revolution has been the protection of the worker. The first appearance of the norms on workers' protection was on ensuring occupational health and safety towards protecting the worker's life and corporal unity. Gradually, with the changes in the factory style work and the need for workers to gain protection for other issues along side corporal protection and additionally, the recognition that a worker needs not only corporal protection but protection for all the aspects of his/her personality lead to the enlargement of the concepts of occupational health and safety and the employer's duty of care. Consequently the necessity for the protection of the worker's mental health, and that work life created not only physical but mental hazards and risks for the worker came to be accepted. Hence “psychosocial risks” concept developed within the context of occupational health and safety. First attempts towards the protection of the worker's mental health focused on “mobbing” or “psychological harassment”. Later, the concept of work-related stress developed in relation to the negative effects on the worker's health and general well-being at work. Fixed boundaries can not be drawn to the concepts of work-related stress and general psychosocial risks due

\* Dr., Avukat, Ankara Barosu

to their multidisciplinary nature. Although the protection of the worker's mental health is a concept belonging to the employer's duty of care, there occurs some difficulties in the determination of whether this protection has been ensured, how far can the employer be hold responsible for this, and whether the worker's mental health has been impaired or not. This study primarily focuses on the need for the protection of the worker's mental health within the concept of the employer's duty of care and the underlying psychosocial risks concept. Secondly, this study will deal with the work-related stress which is an argumentative issue within the frame of psychosocial risk, and hence, its consequences regarding labour and social security law will be studied.

**Keywords:** Protection of Workers, Employer's Duty of Care, Occupational Health and Safety, Psychosocial Risks, Work-Related Stress

## GİRİŞ

İş hukukunun temel amacı, işçilerin korunmasıdır. Bu korunma, işçilerin yaşamlarının ve sağlıklarının, işlerinin, ücretlerinin, dahası, iş sözleşmesinin kişisel ilişki kuran niteliği gereği bir bütün olarak kişiliklerinin korunmasını kapsar. İş hukukunun bu amacı hem Devlet'in bu hukuk dalına ilişkin öngördüğü kurallar hem de işverenlerin iş ilişkisindeki yükümlülükleri bakımından sonuçlar doğurur: Devlet, işçi-işveren ilişkilerini düzenlerken çoğunlukla emredici ve hatta iş hukukuna özgü nispi emredici kurallarla tarafların – özellikle de işverenin – sözleşme özgürlüğünü kısıtlar. Ayrıca, denetim ve idari para cezaları ile de bu alana önemli derecede müdahale eder. Nitekim öğretilerde “*çalışma yaşamına devletin geniş ölçüde müdahalesi(nin), iş ilişkilerinde işçi ile işveren dışında bir üçüncü unsurun yani devletin varlığının kabulünü kaçınılmaz*” kıldığı ifade edilmiştir<sup>1</sup>. İş ilişkisinin işçinin kişiliğini ön plana çıkaran ve bu nedenle işçinin korunması ihtiyacına yol açan özelliği, işçi ve işverenin iş sözleşmesinden doğan borçları üzerinde de etkilidir. Şöyle ki işverenin işçiyi gözetme borcu, işçinin ise buna karşılık sadakat borcu bulunmaktadır.

İşçinin korunması kapsamında işçinin sağlığı, iş hukukunun ayrı bir hukuk dalı olarak ortaya çıkmaya başladığı zamandan beri önem taşıyan bir konu olmakla birlikte, iş yaşamında işçilerin sadece fiziksel değil ancak zihinsel sağlıklarına yönelik risklerle de karşı karşıya olduklarının kabulü, yeni sayılabilecek bir durumdur. Bu durumun zaman içinde gelişmesinde ve özelliklerle son yıllarda daha açık biçimde gündeme getirilen bir konu olmasında hem sağlık tanımının genel bir “iyi olma hali” olarak kabulü hem de çalışma yaşamındaki değişimler etkili olmuştur. Çalışma yaşamında iş güvencesizliği, artan rekabet ve teknolojik gelişmelerin etkisiyle çalışma yaşamının ritmi günden güne hızlanmakta ve çalışanlardan bu ritme uyum sağlamaları beklenmektedir. Bu durum işçilerin sadece fiziksel değil ancak zihinsel sağlıkları üzerinde de olumsuz etkilere yol açabilmekte, bu durumun etkileri işletmelere mali yükler olarak yansımaktadır. İşçilerin zihinsel sağlıklarının korunması ile ilgili ilk tartışmalar ve düzenlemeler işyerinde psikolojik taciz (*mobbing*) üzerine olmuşsa da zamanla hem *mobbing* hem de işe bağlı stres ile işyerinde şiddeti içeren, psikososyal riskler veya psikososyal tehlikeler veya psikososyal faktörler olarak adlandırılan ve birbirinden kesin çizgilerle ayrılamayan daha geniş bir kavram ortaya çıkmıştır.

1 SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, İstanbul: 19. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2020, s. 3.

Bu çalışmada öncelikle işverenin gözetme borcunun ve bu borç içinde önemli bir yere sahip iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasının kapsamında işçinin zihinsel sağlığının yerine değinilecektir. Daha sonra, birden fazla alanı ilgilendiren ve bu nedenle kesin sınırlar dahilinde tanımlanamayan bir kavram olan psikososyal riskler, iş sağlığı ve güvenliği alanındaki risk kavramıyla ilişkilendirilerek açıklanacaktır. Akabinde hem bir psikososyal risk türü hem de bütün psikososyal riskler bakımından bir üst kavram gibi değerlendirilen “işe bağlı stres” ele alınarak tanımı, özellikleri ve sonuçları açıklanacaktır. Son olarak, işe bağlı stresin işçinin bedensel ve zihinsel sağlığı üzerinde yol açtığı sonuçların iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku bağlamında iş kazası ve meslek hastalığı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ve işçinin iş sözleşmesini fesih hakkı ile çalışmaktan kaçınma hakkı doğurup doğuramayacağı ele alınacaktır.

## I. İŞVERENİN İŞÇİYİ GÖZETME BORCUNUN İŞÇİNİN ZİHİNSEL SAĞLIĞININ KORUNMASI İLE İLİŞKİSİ

İşverenin işçiyi gözetme borcunun kapsamı çok geniş olup işverenin işçinin kişilik hakları değerlerini bir bütün olarak koruyup kollaması, işçinin kişiliğini oluşturan tüm unsurlara zarar gelmesinden kaçınmasını kapsar. Bu durum, iş sözleşmesinin tarafları arasında kişisel ilişki kuran niteliğinin bir gereğidir<sup>2</sup>. Kaldı ki işverenin bu borcunu somutlaştıran genel hüküm niteliğindeki 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun<sup>3</sup> (“TBK”) 417. maddesinin başlığı da “işçinin kişiliğinin korunması”dır. İşverenin gözetme borcunun *dürüstlük kuralından* kaynaklanan bir borç olduğu ve sınırlarının belirlenmesinde de dürüstlük kuralının dikkate alınacağı kabul edilmektedir<sup>4</sup>. Nitekim, Fransız İş Kanunu'nun<sup>5</sup> L. 1222-1 maddesinde yer alan iş sözleşmesinin dürüstlük kuralına uygun ifa edileceği hükmünün de işverene, işçinin kişisel olarak kendisine bağımlılığı karşısında, işçinin

2 SÜZEK, s. 397; EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim/BASKAN, Esra, İş Hukuku, İstanbul: 10. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2020, s. 167; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhtittin/BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara: Güncellenmiş 4. Baskı, Lykeion Yayınları, 2020, s. 201; EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul: 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2020), 290-291; Levent Akın, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat (Ankara: 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2001, s. 57-59; ULUSAN, İlhan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul: 1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990, s. 16-17; AYDIN, Ufuk, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir: 1. Baskı, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2002, s. 3-4 ve 48; SEVİMLİ, Ahmet, “Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, Çalışma ve Toplum, S. 36, 2013, s. 110; SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem, İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezaî Sonuçları, İstanbul: 1. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2015, s. 12-15; BAYRAM, Fuat, Türk İş Hukukunda İşverenin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2003, s. 87; TUNCAY KAPLAN, Emine, “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu-İş, C. 7 S. 2, 2003, s. 2-3; ARICI, Kadir, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Dersleri, Ankara: 1. Baskı, Tes-İş, 1999, s. 104; ŞAHİN EMİR, Asiye, İşyerinde Tehlike Hâlinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukuki Çerçevesi, Ankara: 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 52 vd.

3 RG. 04.02.2011/27836.

4 ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, İstanbul: Yenilenmiş 33. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2020, s. 369; SÜZEK, s. 397; KAPLAN, s. 3; SEVİMLİ, s. 111, ŞAHİN EMİR, s. 56.

5 Code du Travail, www.legifrance.gouv.fr, Erişim Tarihi: 21.01.2021.

kişiliğini maddi manevi unsurlarıyla bir bütün olarak koruma (gözetme) yükümlülüğü yüklediği belirtilmiştir<sup>6</sup>.

Sanayi Devrimi sonucunda fabrikalarda üretim modellerine geçiş, beraberinde işçilerin sağlıkları bakımından pek çok olumsuz koşulu da getirmiş, iş kazaları ve meslek hastalıkları ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla iş hukukunun oluşmaya başladığı dönemden beri, bu hukuk dalının temel kaygılarından biri iş kazaları ve meslek hastalıkları karşısında işçilere koruma ve bunların sonuçlarına yönelik güvence sağlamak olmuştur<sup>7</sup>. Buna göre, işveren, işçiyi gözetme borcu kapsamında öncelikle işçinin yaşamını ve sağlığını koruyup gözetmekle yükümlüdür. Bu nedenle, işverenin gözetme borcunun önemli bir ayağını, iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak oluşturmaktadır. TBK m. 417'nin ikinci fıkrası da bu hususu açıkça düzenlemektedir. Ayrıca, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu<sup>8</sup>, bu konuya ilişkin ve sadece işçileri değil, ancak kamu görevlilerini de konu edinen özel bir kanun niteliğindedir.

Sanayi Devrimi ile, fabrikalarda çalışan işçilerin (bedenen) birer iş aracı olarak kabul edilmeleri ve bu araçların, dolayısıyla işgücünün korunarak üretimin devamlılığının sağlanması düşüncesiyle, önceleri, sadece işçilerin fiziksel sağlıklarının korunması ön planda olmuştur. Ancak zaman içinde, hizmet sektöründe çalışan işçilerin artması ve böylece işçi kavramının fabrika işçileriyle sınırlı olmaktan çıkması, yeni teknolojilerin etkisi ve esnek çalışma biçimlerinin doğumuyla iş ilişkileri dönüşüm geçirmiştir. Bu dönüşüme paralel olarak, işçilerin korunması kavramı da değişmiş, genişlemiş ve işçilere, fiziksel sağlıklarının korunmasının ötesinde bir koruma sağlanması gerekliliği ortaya çıkmıştır<sup>9</sup>. Nitekim, Dünya Sağlık Örgütü'nün ("WHO") Anayasası'nda yer alan *sağlık tanımı*, "*hasta veya engelli olmakla sınırlı olmayan, fiziksel, zihinsel ve sosyal açıdan tam bir iyilik hali*" şeklindedir<sup>10</sup>. Buna göre, sağlık kavramı günümüzde sadece fiziksel olarak değil, genel olarak bir iyi olma hali şeklinde kabul edilmektedir. Bu yaklaşıma uygun olarak, iş sağlığı ve güvenliğinin özünün de "*çalışanların işten ve iş ortamından ve çalışma dolayısı ile karşı karşıya kaldıkları risklere karşı korunması*"ndan oluştuğu belirtilmiştir<sup>11</sup>. Sonuç olarak, işçinin sağlığının korunması sadece bedensel değil, zihinsel sağlığının korunmasını da kapsamaktadır<sup>12</sup>.

6 LEROUGE, Loïc, "Le droit du travail français confortés aux "nouveaux risques". Quelle prise en compte de la santé mentale en droit du travail?", Revue multidisciplinaire sur l'emploi, le syndicalisme et le travail, Vol. 5, No. 2 (2010), <https://doi.org/10.7202/1000018ar>, Erişim Tarihi: 01.02.2021, s. 25.

7 DOCKES, Emmanuel/AUZERO, Giles/BAUGARD, Dirk, Droit du Travail, Paris: 33ème édition, Dalloz, 2019, s. 1133; ARICI, s. 7.

8 RG. 30.06.2012/28339.

9 LEROUGE, s. 22; KOCABAŞ, Fatma/AYDIN, Ufuk/CANBEY ÖZGÜLER, Verda/İLHAN, Mustafa Necmi/DEMİRKAYA, Seher/AK, Nihan/ÖZBAŞ, Cansu: "Çalışma Ortamında Psikososyal Risk Etmenlerinin İş Kazası, Meslek Hastalıkları ve İşle İlgili Hastalıklarla İlişkisi", Sosyal Güvence Dergisi, S. 14, 2018, Erişim Tarihi: 25.01.2021, DOI: 10.21441/sguz.2018.68, s. 41; KANDEMİR, Murat, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Psikososyal Riskler, İstanbul: 1. Baskı, Legal Yayıncılık, 2017, s. 19.

10 WHO, Basic Documents: forty-ninth edition (including amendments adopted up to 31 May 2019), Geneva, 2020, s. 1, Erişim Tarihi: 23.01.2021, [https://apps.who.int/gb/bd/pdf\\_files/BD\\_49th-en.pdf](https://apps.who.int/gb/bd/pdf_files/BD_49th-en.pdf).

11 ARICI, s. 5.

12 ÖZDEMİR, Erdem, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul: 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 16-17; SÜMER, Haluk Hadi, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Ankara: 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 3, LEROUGE, Loïc, Contribution à l'étude juridique des risques psychosociaux au travail. Aspect du droit national, du droit comparé, d'interdisciplinarité



Avrupa Birliği hukukunda iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin temel düzenleme niteliğindeki 89/391/EEC sayılı Çalışanların İşteki Güvenlik ve Sağlıklarının İyileştirilmesine Yönelik Önlemlerin Alınmasına İlişkin Çerçeve Yönerge'de<sup>13</sup> işverenin, *işle ilgili her açıdan* işçilerin sağlık ve güvenliklerini sağlamakla yükümlü olduğu öngörülmüştür (m. 5). Görüldüğü üzere, 89/391 sayılı Çerçeve Yönerge, işverenin işçilerin sağlık ve güvenliklerini koruma borcunun kapsamını fiziksel veya zihinsel sağlık ayrımı gözetmeksizin, işten kaynaklı *her türlü* sağlık tehlikesine karşı olacak şekilde geniş tutmuştur<sup>14</sup>. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün ("ILO") 155 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Sözleşmesi'nde<sup>15</sup> de sağlığın "sadece hastalık veya sakatlığın bulunmaması halini değil, aynı zamanda, sağlığı etkileyen fiziksel ve zihinsel unsurları" kapsadığı belirtilmiş (m. 3, e), 161 sayılı İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin Sözleşme'de<sup>16</sup> ise "iş sağlığı hizmetlerinin, işverenler, işçiler ve temsilcilerine işle ilgili en uygun fiziksel ve zihinsel sağlık koşullarını karşılayacak düzeyde, güvenli ve sağlıklı bir çalışma ortamı oluşturmak için gerekli önlemlerin alınmasında tavsiyede bulunma yükümlülüğünü içerdiği" (m. 1, a) öngörülmüştür. İşçilerin zihinsel sağlığının korunması bazı ülkelerde (örn.: Cezayir<sup>17</sup>, Danimarka<sup>18</sup>, Finlandiya<sup>19</sup>, Belçika<sup>20</sup>) işçilerin iş sağlığı ve güvenliği hukukundan kaynaklanan bir hakları veya işverenlerin genel bir yükümlülüğü olarak düzenlenmiştir<sup>21</sup>. Fransız İş Kanunu'na da 2008 senesinde eklenen L. 4121-1 maddesinde de açıkça "*işçilerin güvenliklerini sağlamak ve fiziksel ve zihinsel sağlıklarını korumak için işverenin gerekli tüm önlemleri alacağı*" belirtilmiştir.

(Université de Bordeaux, 2014, Erişim Tarihi: 01.02.2021, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-01082773>), s. 13-15; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 368. Zihinsel sağlık, ruh sağlığı olarak da ifade edilebilirse de konuyu inceleyen yabancı kaynaklar ve uluslararası kuruluşların çalışmalarında "*mental health/santé mentale*" ifadesinin kullanıldığı dikkate alınarak, makalemizde, bunun birebir karşılığı olan "*zihinsel sağlık*" ifadesi kullanılmıştır.

- 13 Council Directive of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work, 89/391/EEC, OJ L 183/29.6.1989, p. 1, Erişim Tarihi: 23.01.2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:01989L0391.200.81211&from=EN>.
- 14 LEKA, Stavroula/JAİN, Aditya/LEROUGE, Loïc, "Work-Related Psychosocial Risks: Key Definitions and an Overview of the Policy Context in Europe", Psychosocial Risks in Labour and Social Security Law, Aligning Perspectives on Health, Safety and Well-Being, Loïc Lerouge (ed.), Springer International Publishing, 2017, Erişim Tarihi: 01.02.2021, DOI: 10.1007/978-3-319-63065-6\_1, s. 2.
- 15 [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C155](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155), Erişim Tarihi: 23.01.2021.
- 16 [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C161](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C161), Erişim Tarihi: 23.01.2021.
- 17 "İş Hijyeni, Güvenliği ve Sağlığına İlişkin 88-07 Numaralı Kanun"un 12. maddesinde işyerlerindeki sağlık hizmetlerinin tüm meslek dallarında çalışan işçilerin fiziksel ve zihinsel olarak en yüksek iyi olma halini sağlamak ve sürdürmekle görevli olduğu öngörülmüştür, <https://www.mtes.gov.dz/fr/loi-n-88-07-du-26-janvier-1988-relative-a-lhygiene-a-la-securite-et-a-la-medecine-du-travail/>, Erişim Tarihi: 27.02.2021.
- 18 Danimarka İş Ortamı Kanunu işçilerin hem fiziksel hem de zihinsel sağlıklarının korunmasını kapsayan düzenlemeler öngörmektedir, Erişim Tarihi: 27.02.2021, [https://www.ilo.org/dyn/legosh/en/f?p=14100:1100:0::NO:1100:P1100\\_ISO\\_CODE3,P1100\\_YEAR:DNK,2014:NO](https://www.ilo.org/dyn/legosh/en/f?p=14100:1100:0::NO:1100:P1100_ISO_CODE3,P1100_YEAR:DNK,2014:NO).
- 19 Finlandiya 738/2002 Numaralı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun da amacı "çalışma ortamı ve çalışma şartlarını işçilerin çalışma kapasitelerini güvenceye almak ve bunu sürdürmek, iş kazaları ve meslek hastalıklarını önlemek ve işten veya çalışma ortamından kaynaklanan fiziksel ve zihinsel sağlığı tehdit eden diğer tehlikeleri ortadan kaldırmak" şeklinde açıklanmıştır (m. 1), Erişim Tarihi: 27.02.2021, <https://finlex.fi/fi/laki/kaannokset/2002/en20020738.pdf>.
- 20 Eurofound/EU-OSHA, s. 61-62.
- 21 ILO, Workplace Stress: A Collective Challenge, Geneva, 2016, s. 13.

İşçilerin zihinsel sağlıklarının korunması konusunda ilk önemli gelişmeler psikolojik taciz (*mobbing*) kavramının doğuşu ve hukuksal sonuçlara bağlanması olmuştur. Ancak zamanla, işçilerin, psikolojik tacizin yol açtığından daha kapsamlı ve doğrudan iş ortamı veya işin kendisi kaynaklı psikolojik risklerle de karşı karşıya oldukları fikri ortaya çıkmıştır. Nitekim ILO'nun 2002 tarihli ve 194 sayılı Meslek Hastalıkları Listesi Tavsiye Kararına ekli listede<sup>22</sup> de “zihinsel ve davranışsal bozukluklar” başlığı altında “post-travmatik stres bozukluğu ve diğer zihinsel veya davranışsal bozukluklar” yer almaktadır (m. 2. 4).

Hukukumuzda da TBK'nın yukarıda anılan 417. maddesinin ilk fıkrasında genel olarak işçinin kişiliğinin korunmasına yer verilmiş olmasının yanında, zaten kişiliğin korunması kapsamında değerlendirilen psikolojik tacize ayrıca vurgu yapılarak işçinin zihinsel sağlığının korunmasına yönelik bir hususa açıkça yer vermiştir. Ayrıca, İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği'nde (“Yönetmelik”)<sup>23</sup> de “psikososyal tehlike kaynakları” ifadesi kullanılmıştır (m. 8).

İşçilerin zihinsel sağlıklarının korunması, sadece sağlıkları ile ilgili değil, onurlarının korunması ile de ilişkili bir husustur. Başka bir ifadeyle, işçilerin zihinsel olarak iyi olmaları, insan onuruna uygun bir yaşam sürmeleri ve böyle bir ortamda çalışmalarını için de gereklidir. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda<sup>24</sup> işçilerin onurlarının korunması 26. maddede açıkça düzenlenmiştir. Anılan maddede, işçilerin onurlarının korunması ile ilgili olarak genel bir düzenlemeye değil ancak bu amaçla işçilerin psikolojik ve cinsel tacize karşı korunmalarına yer verilmiştir. Yukarıda da değinildiği üzere, işyerinde psikolojik taciz ve ayrıca, cinsel taciz, işçilerin zihinsel sağlıklarının korunması, işyerinde veya işleriyle ilişkili olarak genel bir iyi olma halinde bulunup bulunmamları bakımından da büyük önem taşımaktadır.

## II. PSİKOSOSYAL RİSK KAVRAMI

### A. İş Sağlığı ve Güvenliğinde Risk Kavramı

Fransızca kökenli bir sözcük olan “risk”in (*risque*) sözlük anlamı “gerçekleşmesi muhtemel, az veya çok öngörülebilir tehlike; sağlığa, birinin hayatına, bir mala zarar verebilecek bir olayın gerçekleşme olasılığı”dır<sup>25</sup>. Risk ve risk değerlendirilmesi kavramları, tazmin boyutunun yanında önleme boyutu da bulunan iş sağlığı ve güvenliği alanında büyük öneme sahiptir: “*Risk değerlendirilmesi, önleme ilkeleri hiyerarşisinin en üstünde yer almaktadır*”<sup>26</sup>.

22 [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R194](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R194), Erişim Tarihi: 25.01.2021.

23 RG. 29.12.2012/28512.

24 Conseil de l'Europe, Charte sociale européenne (révisée), Erişim Tarihi: 27.02.2021, <https://rm.coe.int/168007cf94>.

25 Le Robert Micro Dictionnaire de la Langue Française, rédaction dir. par Alain Rey, Deuxième Edition, Dictionnaires Le Robert, Paris 1992, s. 1134.

26 ADAM, Patrice, “La prise en compte des risques psychosociaux par le droit du travail français”, Le Droit Ouvrier, Juin 2008, s. 320; MOUSTIE, Jean-Baptiste, Droit et risques psychosociaux au travail, Université de Bordeaux, 2014, HAL Id: tel-01230639, Erişim Tarihi: 01.02.2021, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01230639>, s. 280.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile iş sağlığı ve güvenliği alanında getirilen önemli bir yenilik, işverenler için, risk değerlendirilmesi yapma yükümlülüğüdür (m. 4/1, c ve m. 10). Risk değerlendirilmesi, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında, özellikle de iş sağlığı ve güvenliği alanında önlemenin önemi dikkate alındığında elzemdir<sup>27</sup>. 6331 sayılı Kanun (m. 3/1, o ve p) ve Yönetmelik'te (m. 4/1, e ve g) risk “*tehlikeden kaynaklanacak kayıp, yaralanma ya da başka zararlı sonuç meydana gelme ihtimali*”, tehlike ise “*işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek, çalışanı veya işyerini etkileyebilecek zarar veya hasar verme potansiyeli*” şeklinde tanımlanmıştır. O halde bir tehlikenin mevcut olması, mutlaka zararın ortaya çıkacağı anlamına gelmez<sup>28</sup>. Tehlikenin zarara yol açma ihtimali risktir<sup>29</sup>. Zararın meydana gelmesi, tehlikenin ortadan kaldırılmasıyla önlenebileceği gibi, bunun mümkün olmadığı durumlarda riskin ortadan kaldırılması veya azaltılması gerekir. Nitekim risk değerlendirilmesi bu yolla, uygun önlemler alınarak, çalışanların sağlıklarına yönelik olumsuz sonuçların ortaya çıkmasını önlemeyi veya etkisini azaltmayı amaçlar<sup>30</sup>. Bu doğrultuda, 6331 sayılı Kanunda işverenlerin “*risklerden kaçınmaları ve kaçınılması mümkün olmayan riskleri analiz etmeleri, risklerle kaynağında mücadele etmeleri ve tehlikeli olanı, tehlikesiz veya daha az tehlikeli olanla değiştirmeleri*” gerektiği (m. 5) öngörülmüştür. Yönetmelik'te ise, öncelikle tehlikelerin tanımlanacağı (m. 8) ve daha sonra, “*tespit edilmiş olan tehlikelerin her biri ayrı ayrı dikkate alınarak bu tehlikelerden kaynaklanabilecek risklerin hangi sıklıkta oluşabileceği ile bu risklerden kimlerin, nelerin, ne şekilde ve hangi şiddette zarar görebileceğinin belirleneceği*” (m. 9) ifade edilmiştir. Ayrıca risk değerlendirilmesi, hem 6331 sayılı Kanun'da (m. 3/1, ö) hem de Yönetmelik'te (m. 4/1, f) “*işyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelerin belirlenmesi, bu tehlikelerin riske dönüşmesine yol açan faktörler ile tehlikelerden kaynaklanan risklerin analiz edilerek derecelendirilmesi ve kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması amacıyla yapılması gerekli çalışmalar*” şeklinde tanımlanmıştır.

Anılan iki tanımdan anlaşılacağı üzere, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü altındaki risk değerlendirme yapma görevinin kapsamı sadece fiziksel veya maddi zararlara yol açabilecek tehlike ve risklerle sınırlı tutulmamıştır. Zira tehlike tanımı yapılırken de bir sınıflandırma veya sınırlı sayma yoluyla tehlike türlerini belirlenmesi tercih edilmemiştir. Öyleyse, işçilere psikolojik zarar verebilecek tehlike ve risklerin de iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında dikkate alınması gereklidir. Kaldı ki, daha önce de yer verdiğimiz gibi, Yönetmelik'te (m. 8, f. 3) “*çalışma ortamında bulunan [...] psikososyal [...] tehlike kaynaklarından oluşan veya bunların etkileşimi sonucu ortaya çıkabilecek tehlikeler*”in belirleneceği ve kayda alınacağı (m. 8, f. 3) ve çalışma ortamındaki psikososyal tehlike kaynaklarıyla ilgili bütün kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmaların yapılacağı (m. 8, f. 4) öngörülmüştür.

27 ALPAGUT, Gülsevil, “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi”, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, Ankara: 1. Baskı, TİSK, 2012, s. 28-29. 6331 sayılı Kanun'la isabetli olarak sonuç değil süreç – dolayısıyla önleme – odaklı bir yaklaşımın benimsendiği öğretilde ifade edilmiştir: ÖZDEMİR, s. 18-25; SÜMER, s. 8; ALPAGUT, s. 23-24.

28 Tehlike kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şahin Emir, s. 43-47.

29 AYDINLI, İbrahim, İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk (Yargı Kararları ve İlgili Mevzuat), Ankara: 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 103; VATANSEVER, Çiğdem, “Risk Değerlendirmede Yeni Bir Boyut: Psikososyal Tehlike ve Riskler”, Çalışma ve Toplum, S. 40, 2014, s. 126.

30 KILKIŞ, İlknur, İş Sağlığı ve Güvenliği, Bursa: 3. Baskı, Dora Basım Yayın Dağıtım, 2018, s. 105; ÖZDEMİR, s. 234-235 ve 240-242; ŞAHİN EMİR, s. 99-100.

## B. Yeni Bir Kavram Olarak Psikososyal Riskler

Konuya ilişkin çalışmalar ve metinler incelendiğinde hem psikososyal risk (*psychosocial risk*) hem de psikososyal tehlike (*psychosocial hazard*) kavramlarının eş anlamlı biçimde kullanıldığı görülmektedir. Dolayısıyla bu çalışma ve metinlerde, yukarıda yer verilen tehlike ve risk ayrımının yapılamadığını, psikososyal risk ve tehlike ifadeleri birbirlerinin yerine ve birbirlerini kapsayacak şekilde kullanıldığını söylemek mümkündür<sup>31</sup>. Bu tür bir kavram kargaşasının yanında, hatta bunun sonucu olarak, psikososyal tehlike veya risk kavramının çerçevesi kesin olarak çizilmiş bir tanımla bulunmamaktadır. Bunun nedeni de konunun yeniliğinin yanında, sadece hukuki değil ancak tıbbi, psikolojik, organizasyonel ve teknik boyutlara sahip disiplinler arası niteliğidir<sup>32</sup>.

Psikososyal tehlike ve psikososyal risklere ilişkin bir tanımda, öncelikle psikososyal faktörler “iş organizasyonu, tasarımı ve yönetimi kapsamındaki ve işte (işçiden) beklentiler, kurumsal desteğin olup olmaması ve işyerinde kişiler arasında ilişkiler” şeklinde açıklanmıştır<sup>33</sup>. Akabinde, bu faktörlerin her durumda olumlu veya olumsuz bir anlama gelmeyeceği, ancak çalışanların sağlık ve güvenliklerine zarar verebilme ve hastalıktan kaynaklanan devamsızlık, üretkenlikte azalma veya çalışırken hatalar yapma gibi olumsuz sonuçlara yol açma potansiyeli taşıdığı ve psikososyal tehlikeler kavramının bu psikososyal faktörlerin bu olumsuz yönünü ifade ettiği belirtilmiştir<sup>34</sup>. Psikososyal riskler ise, psikososyal tehlikelerin zarar verme potansiyeli olarak tanımlanmıştır<sup>35</sup>.

Psikososyal risklerin iki şekilde anlaşılabilceği de ifade edilmiştir: Buna göre, psikososyal risklerin hem işçilerde bedensel değil zihinsel veya psikosomatik<sup>36</sup> rahatsızlıklara yol açan riskler hem de kaynağı fiziksel (kimyasal, biyolojik veya maddi) değil ancak “gerilim” kaynaklı riskler olarak anlaşılması mümkündür. Başka bir deyişle, sonuçları veya kaynağı psikolojik olan risklerin psikososyal riskler olarak adlandırıldığı belirtilmiştir<sup>37</sup>.

ILO, psikososyal tehlikeleri, işin psikolojik veya fiziksel zarar verme potansiyeline sahip tasarımsal, idari, organizasyonel ve sosyal yönleri, “(işin) strese yol açabilecek özellikleri (*stressful characteristics of work*)” olarak tanımlamıştır<sup>38</sup>. Yine ILO’nun Uluslararası Çalışma Ofisi (*International Labour Office/Bureau International du Travail*”BIT”) tarafından hazırlanmış bulunan “İş Sağlığı ve

31 ATALAY, Serde, İş Hukukunda Ofis İşçilerinin Psikososyal Riskler Bağlamında İş Sağlığı ve Güvenliği, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021, s. 97; LEROUGE, Contribution, s. 5-7; KANDEMİR, s. 22-23; VATANSEVER, s. 125; KOCABAŞ/AYDIN/CANBEY ÖZGÜLER/İLHAN/DEMİRKAYA/AK/ÖZBAŞ, s. 41; ILO, s. 3.

32 ADAM, s. 315; LEROUGE, Contribution, s. 21; KOCABAŞ/AYDIN/CANBEY ÖZGÜLER/İLHAN/DEMİRKAYA/AK/ÖZBAŞ, s. 41; KANDEMİR, s. 22-23.

33 LEKA/JAIN/LEROUGE, s. 1.

34 LEKA/JAIN/LEROUGE, s. 1.

35 LEKA/JAIN/LEROUGE, s. 1.

36 Fransızca kökenli bir sözcük olan psikosomatik (*psychosomatique*), “psşik nedenlerden veya psikolojik çatışmalardan kaynaklanan fiziksel hastalıklara ilişkin” olarak tanımlanmıştır, Le Robert Micro Dictionnaire de la Langue Française, rédaction dir. par Alain Rey, Deuxième Edition, Dictionnaires Le Robert, Paris 1992, s. 1033.

37 ADAM, s. 315. Ayrıca bkz. KANDEMİR, s. 30.

38 ILO, s. 3.

Güvenliği Ansiklopedisi”nde<sup>39</sup> de “genel tehlikeler” başlığı altındaki 43. Bölüm’de çalışma saatlerinin, özellikle de gece-gündüz vardiyası şeklindeki çalışma biçimlerinin işçinin biyolojik ritmine uygun ayarlanmamasının, işçide strese yol açabileceği, aile hayatını olumsuz etkileyebileceği, performansında düşüklüğe sebep olabileceği belirtilmiş olmakla birlikte psikososyal risk veya tehlike kavramına yer verilmemiştir<sup>40</sup>. Ancak, yine Ansiklopedi’nin “psikososyal ve organizasyonel faktörler” başlığı altındaki 34. Bölümü’nde 1990’da Kuzey Amerika’daki mesleki hastalıkların %13’ünün işe bağlı stres kaynaklı olduğunun tespit edildiği belirtildikten sonra, işe bağlı strese yol açan koşullar *psikososyal faktörler* olarak tanımlanmıştır<sup>41</sup>.

Avrupa Birliği İş Sağlığı ve Güvenliği Ajansı (“EU-OSHA”) psikososyal risk kavramıyla ilgili şu açıklamaya yer vermiştir: “*Psikososyal riskler kötü iş tasarımı, organizasyonu ve yönetimi ile işteki zayıf sosyal ortamdaki kaynaklanır ve işe bağlı stres, tükenmişlik ve depresyon gibi olumsuz psikolojik, fiziksel ve sosyal sonuçlara yol açar*”<sup>42</sup>. Yine EU-OSHA tarafından oluşturulmuş bir platform olan *OSHwiki*’de<sup>43</sup> çalışmanın bireylere bir amaç, maddi kaynaklar ve kendini tanımlama imkânı sağlayarak ruh sağlıkları üzerinde olumlu etkisi olmasının yanında, ruh sağlıklarının bozulmasında da etkili olabileceği ifade edilmiştir<sup>44</sup>. Nitekim 2020 tarihli bir araştırma sonucunda da strese bağlı zihinsel (psikolojik) bozuklukların sıklıkla görüldüğü ve bunların, işten kaynaklı zihinsel (psikolojik) bozuklukların önemli bir bölümünü oluşturduğu tespit edilmiştir<sup>45</sup>.

1993 senesinde İngiltere’de işe bağlı stres hakkında yürütülen bir çalışmanın sonucunda hazırlanan raporda, işteki psikososyal riskler değil ancak psikososyal tehlikeler on başlık altında gruplandırılmıştır: işin içeriği (tekdüzelik, anlam ifade etmeyen iş, yeteneklerin yeterince değerlendirilememesi), iş yükü (fazla veya yetersiz iş yapılması, mekanikleşmiş çalışma, zaman baskısı, sürekli süreli iş yetiştirme durumu), iş planlaması (vardiyalı çalışma, gece vardiyaları, esnek olmayan çalışma planlaması, uzun veya öngörülemez veya sosyalleşmeye fırsat vermeyen çalışma saatleri), çalışma ortamı ve araç-gereç (yeterli, uygun veya sağlam araç-gereç sağlanmaması, alan veya aydınlatma eksikliği ya da aşırı gürültülü ortam), denetim (işçilerin karar alma sürecine etkin katılmamaları, işin yürütümü konusunda yeterli söz sahibi olmamaları), organizasyonel kültür (iş ortamında iletişim eksikliği, organizasyonel amaçlar konusunda yeterli tanımlama yapılamaması veya uzlaşma sağlanamaması), iş ortamında kişiler arasındaki ilişkiler (sosyal veya fiziksel izolasyon, üstlerle ilişkinin zayıf olması, işyerinde kişiler arası uyumsuzluklar, sosyal destek eksikliği, dışlanma veya psikolojik şiddet),

39 International Labour Office (“BIT”), Encyclopedia of Occupational Health and Safety, 4th Edition, <http://www.ilocis.org/en/contilo.html>, Erişim Tarihi: 25.01.2021.

40 BIT, Chapter 43, Hours of Work, [http://www.ilocis.org/documents/chpt43e.htm#JD\\_Ch43\\_1](http://www.ilocis.org/documents/chpt43e.htm#JD_Ch43_1).

41 BIT, Chapter 34, Psychosocial and Organizational Factors, [http://www.ilocis.org/documents/chpt34e.htm#JD\\_Ch34\\_1](http://www.ilocis.org/documents/chpt34e.htm#JD_Ch34_1).

42 <https://osha.europa.eu/en/themes/psychosocial-risks-and-stress>, Erişim Tarihi: 25.01.2021.

43 *OSHwiki*, EU-OSHA tarafından *Wikipedia* formatında hazırlanmış ve iş sağlığı ve güvenliği alanında, bilgilerin doğruluğunu ve güncelliğini güvence altına almak için sadece akredite yazarlar tarafından hazırlanan bilgilerin yer aldığı bir dijital platformdur.

44 HASSARD, Juliet/COX, Tom, “Mental health at work”, *OSHwiki*, Erişim Tarihi: 20.01.2021, [https://oshwiki.eu/wiki/Mental\\_health\\_at\\_work](https://oshwiki.eu/wiki/Mental_health_at_work), § 2 “Mental health in the workplace”.

45 VAN DER MOLEN, Henk F./NIEUWENHUIJSEN, Karen/FRINGS-DRESEN, Monique H. W./DE GROENE, Gerda, “Work-related psychosocial risk factors for stress-related mental disorders: an updated systematic review and meta-analysis”, *BMJ Open*, 10, 2020, DOI: 10.1136/bmjopen-2019-034849, Erişim Tarihi: 10.02.2021, s. 2.

organizasyonda yer alınan pozisyon (görev tanımında belirsizlik veya çelişki), kariyer gelişimi (işte ilerleyememe veya belirsizlik, yetersiz veya fazla terfi, düşük ücret, iş güvencesi bulunmaması, işin sosyal değerinin düşüklüğü), iş-yaşam dengesizliği (iş yaşamıyla özel yaşam rolleri arasındaki çatışma)<sup>46</sup>.

EU-OSHA tarafından 2009 senesinde Avrupa Birliği üyesi 27 ülke ile Birlik üyesi olmayan Hırvatistan<sup>47</sup>, Norveç, İsviçre ve Türkiye’de psikososyal riskler alanında araştırma yapmak üzere oluşturulan Yeni ve Ortaya Çıkmakta Olan Riskler Hakkında Avrupa İşletmeler Araştırması (*European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks/ “ESENER”*) sonucunda yayımlanan bir raporda, işteki psikolojik tehlikeler ve bunlara bağlı risklerden bahsetmek suretiyle iki ifade arasında farklılık bulunduğu ortaya konmuştur<sup>48</sup>. ESENER raporunda, psikososyal tehlikelerin *işe bağlı strese* yol açmak suretiyle dolaylı veya doğrudan fiziksel ve zihinsel sağlık üzerinde olumsuz sonuçlar doğurduğu ifade edilmiştir<sup>49</sup>.

Bütün bu açıklamalar ışığında şu sonuca varılabilir: Psikolojik tehlike tanımı ve türlerine açıkça yer verilmiş olmakla birlikte psikososyal riskler açıkça tanımlanmaksızın, bu tehlikelerin neden olduğu (işe bağlı) stres sonucunda ortaya çıkan fiziksel ve zihinsel olumsuzluklar şeklinde açıklanmaktadır. Bu durumda, psikososyal risklerin işe bağlı stres ve bunun görünümünü (tükenmişlik, depresyon, travma sonrası stres bozukluğu) kapsayan bir üst kavram olduğunu söylenebilir. Kaldı ki, yukarıda yer verdiğimiz ILO metinlerinde de psikososyal riskler, psikososyal tehlikeler ve bunların neticesi olan işe bağlı stres üzerinden açıklanmıştır<sup>50</sup>. Ancak kanımızca, gerek iş sağlığı ve güvenliği hukukunda önlemeyi öncelikli hale getiren ve bu bağlamda risk ile risk değerlendirmesi kavramlarını ön plana çıkaran yaklaşım gerekse sosyal sigortalar hukukunda “sosyal risk” kavramının<sup>51</sup> önemi dikkate alındığında psikososyal tehlikelerle risklerin birbirinin yerine kullanılmaması gerektiğinin kabulü yerinde olacaktır. Türk iş hukuku öğretisinde işe bağlı psikososyal riskler için *“çalışanların, zihinsel*

46 COX, Tom, “Stress research and stress management: putting theory to work”, report prepared for the Health and Safety Executive, 2014, [https://www.hse.gov.uk/research/crr\\_pdf/1993/crr93061.pdf](https://www.hse.gov.uk/research/crr_pdf/1993/crr93061.pdf), s. 34-50. Ayrıca, aynı grupta, ILO, s. 3-4; VAN STOLK, Christian/STAETSKY, Laura/HASSAN, Emmanuel/WOO KİM, Chong: Management of psychosocial risks at work: An analysis of the findings of the European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks (ESENER), Belgium: Publication Office of the European Union, 2012, DOI: 10.2802/92077, Erişim Tarihi: 10.01.2021, s. 20-25; LEKA, Stavroula/GRİFFİTHS, Amanda/COX, Tom: Work Organization and Stress, Systematic Problem Approaches for Employers, Managers and Trade Union Representatives, Protecting Workers’ Health Series No. 3, France: WHO, 2005, s. 6-7 ile Eurofound/EU-OSHA, Psychosocial risks in Europe: Prevalence and strategies for prevention, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014, Erişim Tarihi: 25.01.2021, <https://osha.europa.eu/en/publications/psychosocial-risks-europe-prevalence-and-strategies-preventions>, s. 18 vd.’nda da yer verilmiştir.

47 Hırvatistan, ESENER’in oluşturulduğu 2009 senesinde Avrupa Birliği üyesi olmasa da 2013 senesinde Birliğe üye olmuştur, [https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries/croatia\\_en](https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries/croatia_en), Erişim Tarihi: 06.04.2021.

48 VAN STOLK/STAETSKY/HASSAN/WOO KİM, s. 14.

49 VAN STOLK/STAETSKY/HASSAN/WOO KİM, s. 21.

50 ILO, s. 3-4. Ayrıca, Dünya Sağlık Örgütü’nün bir çalışmasında da benzer bir sonuca varılarak, çalışma koşullarının çalışanlarda strese yol açabileceği, bu tür çalışma koşullarının psikolojik tehlike arz ettiği ifade edilmiştir, HOUTMAN, Irene/JETTİNGHOFF, Karin/CEDİLLO, Leonor, Raising awareness of stress at work in developing countries, A modern hazard in a traditional working environment, Advice to employers and worker representatives, Protecting Workers’ Health Series No. 6, France: WHO, 2007, s. 17.

51 GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 3-5. TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 8-10; SÖZER, s. 231 vd.; MOUSTIE, s. 144-148.

sağlığına ve fiziksel bütünlüğüne zarar verebilecek mesleki riskler”<sup>52</sup>, “tehlikeden kaynaklanacak psikolojik ve sosyal nitelikli zararlı sonuç meydana gelme ihtimali”<sup>53</sup> tanımları verilmiştir. Kanaatimizce de psikososyal risk kavramı işyeriyle veya işle ilgili, işyerinin veya işin organizasyonel, sosyal, fiziksel veya ergonomik özelliklerinden kaynaklanan tehlikelerin yol açtığı ve çalışanların psikolojik veya fiziksel sağlıkları üzerinde olumsuz sonuçlara sebebiyet veren risk türü şeklinde tanımlanabilir.

Her ne kadar, psikososyal risk kavramı iş sağlığı ve güvenliği ile alakalı olsa da bunun işyerindeki hijyenik ve teknolojik koşullardan daha kapsamlı bir “işyerindeki ortam” kaynaklı mesleki risk alanı oluşturduğunu söylemek mümkündür<sup>54</sup>. Psikososyal risklerin bu şekilde ele alınması, WHO’nun, yukarıda yer verdiğimiz sağlık tanımıyla da uyumlu bir yaklaşım olacaktır. Dahası, ruh sağlığı sorunlarının çoğunlukla tek bir kaynaktan değil biyolojik, psikolojik ve sosyal nedenlerin bir araya gelmesi sonucunda ortaya çıktıkları<sup>55</sup> dikkate alındığında da çalışanların ruh sağlığı bakımından işyerilerindeki sadece fiziksel veya psikolojik etkenlerin değil, ancak işyeri ortamının bir bütün olarak değerlendirilmesi de yerinde olacaktır. Nitekim, psikososyal tehlike kavramı ve bu tehlikelerin gruplandırılması dikkate alındığında da konunun, yapılan iş ve işyerinin tüm koşullarını kapsayan bütüncül bir biçimde incelenmesi gerektiği ortadadır. Dolayısıyla, işyerinin ve işin/işlerin hem fiziksel hem de organizasyonel şartlarının işveren tarafından psikososyal tehlikeler ve buna bağlı riskler gözetilerek belirlenmesi, işverenin işçiyi gözetme borcunun, başka bir ifadeyle işçinin kişiliğinin bir bütün olarak korunmasının bir gereğidir.

### III. BİR PSIKOSOSYAL RİSK TÜRÜ OLARAK İŞE BAĞLI STRES

Psikososyal risk kavramının kesin bir tanımı olmaması karşısında, nelerin psikososyal risk kategorisinde yer alacağını mutlak olarak belirlenmesi de zor görünmektedir. Yukarıda da bahsedildiği üzere yasal zeminde yer bulmuş ilk psikososyal risk türü, işyerinde psikolojik taciz (*mobbing*) olmuştur<sup>56</sup>. Ayrıca işyerinde şiddet de psikososyal risklerin önemli bir ayağını oluşturmaktadır<sup>57</sup>. Çalışmamızın merkezinde yer alan *işe bağlı stres* ise günümüzde en çok tartışılan psikososyal risk türlerinden biridir ve psikososyal risk kavramı açıklanırken çoğunlukla kendisinden yola çıkılmakta – hatta zaman zaman psikososyal risk anlamında kullanılmaktadır<sup>58</sup>.

Bir tanıma göre işe bağlı stres, “*çalışanların, işlerinde, bilgilerine, yeteneklerine veya yeterliliklerine uygun olmayan beklentilerle karşı karşıya olmaları ve bunun yarattığı zorluklarla baş edememe durumunda verdikleri; fiziksel, duygusal, bilişsel veya davranışsal şekillerde ortaya çıkan tepkiler*”dir<sup>59</sup>.

52 KANDEMİR, s. 27.

53 ATALAY, s. 99.

54 Eurofound/EU-OSHA, s. 47-48; LEROUGE, Contribution, s. 27.

55 HASSARD/COX, Mental health, § 5 “Understanding the link between work and mental health”.

56 Fransa’da da öncelikle işyerinde psikolojik ve cinsel tacize ilişkin yasal düzenleme yapılmış olup stres için henüz benzer bir bağlayıcı düzenleme söz konusu değildir, ADAM, s. 317-318.

57 Psikososyal risk türlerine ilişkin benzer ayrımlar için bkz. KANDEMİR, s. 30 vd.; ATALAY, s. 99 ve s. 73 vd.; MOUSTIE, s. 93 vd.; LEROUGE, s. 23.

58 KANDEMİR, s. 23.

59 HOUTMAN/JETTINGHOFF/CEDILLO, s. 13; KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ, s. 902.

Dahası, bu şekilde strese maruziyetin uzun süre devamlılık arz etmesi kas ve iskeletle ilgili (muskuloskeletal) sorunlar veya kardiyovasküler hastalıklara, tükenmişliğe, depresyona ya da metabolizma bozukluklarına (Tip II diyabet gibi) yol açabilmektedir<sup>60</sup>. İşe bağlı strese ilgili bir diğer önemli husus da bunun ortaya çıkmasında işten veya işyerinden kaynaklanan faktörlerle birlikte çalışanın kişisel özelliklerinin de etkili oluşudur. Şöyle ki, çalışanların kişilikleri, değerleri, hedefleri, ailevi durumu ve hatta fiziksel nitelikleri gibi subjektif özellikleri, işteki ve işyerindeki zorluklarla baş etme kabiliyetini belirler. Dolayısıyla, kişisel özellikleri işten veya işyerinden kaynaklanan faktörlerle birleşerek çalışanlarda strese yol açar veya stresin yoğunluğunda belirleyici olur<sup>61</sup>.

OSHWiki'de işe bağlı stres ile "işteki zor görevlerle başa çıkma (*challenge*)" kavramlarının birbiriyle karıştırılabildiği ve iyi stres-kötü stres ayrımı yapılarak iyi stresin işteki zor görevlerle başa çıkma anlamında kullanıldığı belirtilmiştir. Burada, işteki zor görevlerle başa çıkma veya iyi stresle kastedilen, çalışanlar üzerinde, zor bir görevi yapabilmek için oluşan enerjik ve psikolojik olarak iyi olma halidir<sup>62</sup>. Başka bir ifadeyle, işte zorlayıcı bir görevle başa çıkmak için kişinin daha şevkle, enerjik biçimde çalışması halindeki zorlanma/zorlayıcı görev, işe bağlı stresin aksine çalışan üzerinde olumlu bir etkiye sahiptir. Ancak, her ne kadar, çalışma yaşamında zorlayıcı görevlerle uğraşmanın olumlu etkileri olsa da kişisel özelliklerin de bu noktada dikkate alınması gerektiği, bazı kimselerin dayanıklılıkları sayesinde kapasitelerinin çok üstündeki işlerden olumsuz etkilenmemeleri halinin işe bağlı stres oluşturmaya bile bunun etkenlerinden biri olarak kabul edilmesinin yerinde olacağı belirtilmiştir<sup>63</sup>.

2004 senesinde ise Avrupa Birliği'nde sosyal taraflar – Avrupa İşçi Sendikaları Konfederasyonu ("ETUC"), Avrupa Sanayici ve İşverenler Konfederasyonları Birliği ("UNICE" veya güncel adıyla "BUSINESSEUROPE"), Avrupa Zanaatkarlar, Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeler Birliği ("UEAPME") ile Avrupa Kamu İşverenleri ve İşletmeleri Merkezi ("CEEP") – arasında "İşe Bağlı Strese İlişkin Çerçeve Anlaşma"<sup>64</sup> ("Çerçeve Anlaşma") imzalanmıştır. Çerçeve Anlaşma'nın ikinci maddesinde amacı sadece işverenlerin değil ancak işçilerle temsilcilerinin de işe bağlı strese ilişkin farkındalıklarının ve idraklerinin artırılması ile işe bağlı stres sorunlarının belirtisi olan işaretlere dikkatlerini çekmek şeklinde

60 İSGİP, Meslek Hastalıkları ve İşle İlgili Hastalıklar Tanı Rehberi, <https://www.ailevecalisma.gov.tr/medias/4597/rehber20.pdf>, Erişim Tarihi: 01.03.2021, s. 308; İSGM, Psikososyal Risk Faktörleri Bilgilendirme Rehberi, Ankara, 2016, Erişim Tarihi: 10.02.2021, <https://www.ailevecalisma.gov.tr/medias/4595/rehber22.pdf>, s. 10; ILO, s. 6; KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ, Ayşegül, "İşe Bağlı Stres ve Hukuksal Sonuçları", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 19, 2008, s. 905; DİRİK/GÜRSEL, s. 78-79. Stresin yol açtığı olumsuz sonuçlar (veya kişinin strese verdiği tepkiler) da şu şekilde gruplandırılmıştır: Fizyolojik (kalp çarpıntısı, yüksek tansiyon, adale kasılması, terleme, artan adrenalin salgısı, hızlı nefes alıp verme), duygusal (korku, iritasyon, depresif ruh hali, kaygınlık, öfke ve motivasyonda düşüş), bilişsel (dikkat kaybı, algıda daralma, unutkanlık, etkin düşünme becerisinde azalma, sorun çözme kabiliyetinde zayıflama, öğrenme kabiliyetinde zayıflama), davranışsal (üretkenlikte azalma, sigara/alkol/uyuşturucu kullanımı veya kullanımında artış, hata yapma oranında artış, hastalık bildiriminde bulunma); HOUTMAN/JETTINGHOFF / CEDİLLO, s. 15 ve 21-22.

61 HOUTMAN/JETTINGHOFF / CEDİLLO, s. 15-16.

62 HASSARD, Juliet/COX, Tom, "Work-related stress: Nature and management", OSHWiki, § 2 "What is work-related stress?", [https://oshwiki.eu/wiki/Work-related\\_stress:\\_Nature\\_and\\_management](https://oshwiki.eu/wiki/Work-related_stress:_Nature_and_management).

63 HASSARD/COX, § 2.

64 [https://resourcecentre.etuc.org/sites/default/files/2019-09/Work-related%20Stress%202004\\_Framework%20Agreement%20-%20EN.pdf](https://resourcecentre.etuc.org/sites/default/files/2019-09/Work-related%20Stress%202004_Framework%20Agreement%20-%20EN.pdf), Erişim Tarihi: 27.01.2021.



açıklanmıştır. Daha sonra, üçüncü maddede hem stres hem de işe bağlı stres tanımlanmıştır. Buna göre stres “*bireylerde yapmaları gerekenleri veya istenilenleri yapamamaya yol açan fiziksel, psikolojik veya sosyal rahatsızlıklar ya da işlevsizliklere yol açan bir durum*”dur. Ayrıca, stresin bir hastalık olmamakla birlikte, uzun süre strese maruz kalmanın hem işteki verimliliği düşürebileceği hem de sağlık sorunlarına yol açabileceği belirtilmiştir. İş dışından stresin de iş görme faaliyeti üzerinde olumsuz etkisi olabileceğine vurgu yapılarak, işe bağlı stresin iş dışı stresten farklı olarak yapılan işin niteliği, iş organizasyonu, iş ortamı, iş ilişkilerinde iletişimsizlik gibi nedenlerden kaynaklanacağı ifade edilmiştir.

İşe bağlı stres, çalışanların sağlığı üzerinde olumsuz sonuçlara yol açmasının yanında, işyerleri ve işletmelerin işleyişleri ve üretimlerine de zarar vermektedir: Yüksek strese maruz kalan çalışma ortamlarında absenteizmin yaygınlaştığı, çalışma motivasyonu ve kurumsal bağlılığın azaldığı gözlenmiştir<sup>65</sup>. Dolayısıyla, işe bağlı stres, psikolojik ve fizyolojik rahatsızlıklara yol açarak tıbbi masraflara sebebiyet vermesine ilaveten, çalışanların performansına olumsuz etki ederek de işverenler için maddi kayıplar ve maddi yükler doğurmaktadır<sup>66</sup>.

Çerçeve Anlaşma’da işe bağlı stresin önlenmesinin genel olarak iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin risklere benzer bir yaklaşımla ele alındığını söylemek mümkündür: Nasıl ki, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınabilmesi için risk değerlendirmesi yapılması önem taşımaktaysa, işe bağlı stresin tespiti, tespit edildiği takdirde de önlenmesi veya ortadan kaldırılması için de işyerinin organizasyonu (çalışma süreleri, işçilerin özerklik seviyesi, işçilerin kapasiteleriyle yapmaları gereken işlerin niteliklerinin ne ölçüde örtüştüğü, iş yükü vb. hususlar bakımından), fiziksel çalışma koşulları (gürültü, aşırı yüksek sıcaklık vb.) ile işverenlerle işçiler arasında sağlıklı bir iletişim bulunup bulunmadığının işçilerin kişisel özellikleri de dikkate alınarak incelenmesi ve değerlendirilmesi gerektiği öngörülmüştür (m. 4). Hatta, WHO tarafından hazırlanan bir çalışmada da açıkça işe bağlı stres riskleri bakımından risk değerlendirmesi yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bu risk değerlendirmesinin de işçilere doğrudan işle ilgili sorunları bulunup bulunmadığının, sorun varsa bunun/bunların sağlıkları üzerinde nasıl etkileri bulunduğunun, işlerinin olumlu ve olumsuz yönlerinin neler olduğu konusundaki görüşlerinin sorulması, işyerinde ne sıklıkla ve hangi nedenlerle hastalık izni kullanıldığının, işçilerin ne sıklıkla hatalı iş yaptıklarının araştırılması gibi yöntemlerle yapılmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir<sup>67</sup>.

İşe bağlı stresin özel bir türü olarak “post-travmatik stres bozukluğu” da üzerinde durulması gereken bir husustur. Bir duygudurum bozukluğu olan “post-travmatik stres bozukluğu” ile ilgili iki önemli unsur bulunmaktadır<sup>68</sup>: Travma<sup>69</sup> sonrası stres bozukluğu “*olağan insan yaşamında görülmeyen ve hemen herkeste önemli bir sıkıntıya yol açabilecek bir olay*” neticesinde oluşur. Bununla birlikte, kişinin olayı bizzat yaşaması gerekmediği, tanık olmasının da post-travmatik stres bozukluğu yaşaması için

65 KÖKKILINÇ ERALTUĞ, s. 901; LEKA/GRİFFİTHS/COX, s. 9; ILO, s. 9-10.

66 ILO, s. 10; İSGM, s. 16-17. İşe bağlı stresin Avrupa ülkelerine maliyetleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HASSARD/COX, § 4.

67 LEKA/GRİFFİTHS/COX, s. 10-12. Ayrıca bkz. COX, s. 75 vd.

68 İSGİP, s. 313.

69 Travmanın (*trauma*) sözlük anlamı “sarsıntı; bir doku veya organın yapısını, biçimini bozan ve dıştan mekanik bir tepki sonucu oluşan yerel yara, örselenme”dir, TDK, Güncel Türkçe Sözlük, Erişim Tarihi: 15.02.2021, <https://sozluk.gov.tr/>.

yeterli olabileceği gibi böyle bir travma yaşamak veya buna şahit olmak da her durumda tek başına bu tür bir bozukluğa yol açmaz<sup>70</sup>. Bazı durumlarda, kişinin geçmişten gelen psikopatolojik sorunları veya travmaları, sonradan maruz kalınan travmayla birleşerek de post-travmatik stres bozukluğuna sebebiyet verebilir<sup>71</sup>. Post-travmatik stres bozukluğu yaşayan kişinin uyku durumu bozulur, bu kişilerde yaygın anksiyete bozukluğu ve/veya panik bozukluk görülme olasılığı yüksektir, dissosiyatif bozukluk (kişide kimlik, bellek, çevre algısı işlevlerinin bozulması), konversiyon bozukluğu (histeri) ve paranoya da görülebilir<sup>72</sup>. Özellikle iş kazaları veya bazı mesleklerde tanık olunan olaylar travmaya yol açarak bunun akabinde işe bağlı post-travmatik stres bozukluğu meydana gelebilmektedir<sup>73</sup>.

Son olarak, işe bağlı yoğun stres maruziyeti nedeniyle ortaya çıkan güncel bir kavram da tükenmişliktir (*occupational burn-out*). WHO tarafından hazırlanan “Hastalıkların Uluslararası Sınıflandırılması (*International Classification of Diseases*)”nın 11. sürümünde de (“ICD-11”) “işe veya işsizliğe bağlı sorunlar” başlığı altında tükenmişliğe bir hastalık değil ancak sağlık durumunu etkileyen faktörler altındaki sorunlardan biri şeklinde yer verilmiştir<sup>74</sup>. ICD-11’deki tanıma göre tükenmişlik; “*işyerindeki, yönetilemeyen kronik stresten kaynaklanan bir sendrom*” olup “enerji tükenmesi veya aşırı yorgunluk hisleri, kişinin işinden zihinsel olarak gitgide uzaklaşması veya işine olumsuz ya da alaycı hisler beslemeye başlaması ve işe yaramazlık ile başarısızlık duygusuna kapılma” şeklinde üç boyutlu bir özellik arz etmektedir<sup>75</sup>. Yine buradaki tanımlamada tükenmişlik, *mesleki* bir fenomen olarak ele alınmış ve işle ilgili olmayan durumlar için kullanılmaması gereken bir kavram olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, tükenmişlik sendromunun hizmet sektöründe daha yaygın olduğu ifade edilmektedir<sup>76</sup>. Bütün psikososyal riskler gibi tükenmişlik de hem depresyon başta olmak üzere zihinsel<sup>77</sup> hem de fiziksel rahatsızlıklara yol açmaktadır<sup>78</sup>.

## IV. İŞE BAĞLI STRESİN OLUMSUZ ETKİLERİNİN İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BAKIMINDAN SONUÇLARI

### A. İş Kazası Olarak Değerlendirilmesi

İşe bağlı stres, işle ilgili bir nedenle yaşanan post-travmatik stres bozukluğu ve tükenmişlik yukarıda da belirtildiği üzere, muskuloskeletal veya kardiyovasküler hastalıklar, metabolizma hastalıkları ve

70 BECKER, Astrid/GEHRKE, Anne: “Post Traumatic Stress Disorder”, OSHwiki, Erişim Tarihi: 06.04.2021, [https://oshwiki.eu/wiki/Post\\_Traumatic\\_Stress\\_Disorder](https://oshwiki.eu/wiki/Post_Traumatic_Stress_Disorder), § 3.4.

71 BECKER/GEHRKE, § 3.4.

72 İSGİP, s. 313-314.

73 BECKER/GEHRKE, § 3.1.

74 <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http://id.who.int/icd/entity/129180281>, Erişim Tarihi: 10.02.2021.

75 Enerji tükenmesi (*exhaustion*) çok uzun süre boyunca aşırı talepkâr bir iş ortamında bulunmanın sonucu olarak, işe karşı alaycı hisler beslemek (*cynicism*) ise bu tükenmeye karşı geliştirilen savunma mekanizmalarından biri şeklinde açıklanmıştır ve bu ikisinin, tükenmişliğin asli boyutları olduğu ifade edilmiştir, ALOHA, Kirsi, Occupational Burnout and Health, People and Work Research Reports 81, Tampere: 1st Edition, Finnish Institute of Occupational Health, 2007, s. 16-18.

76 İSGİP, s. 315.

77 ALOHA, s. 61-65.

78 ALOHA, s. 65-68.

bunlar gibi çeşitli fiziksel hastalıklara yol açabilir<sup>79</sup>. Bu tür hastalıklar da maddi ve manevi zarara sebebiyet verebilir. Hatta, bunların etkisiyle kalp krizi veya beyin kanaması ya da depresyon sonucu intiharla işçinin ölümü bile söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda, işe bağlı stresin etkisiyle bir iş kazası meydana geldiğinin kabul edilip kabul edilemeyeceği hem iş hukuku hem de sosyal güvenlik hukuku bakımından önemli bir sorundur.

İş kazası, iş hukuku ve sosyal sigortalar hukuku bakımından farklı görünüm arz etmektedir. Bu farklılığın nedeni, sosyal sigorta yardımlarına hak kazandıran anlamda iş kazasının, işverenin hukuki sorumluluğunu doğuran iş kazasından daha geniş kapsamlı olmasıdır<sup>80</sup>. Sosyal sigortalar hukukundaki iş kazası neticesinde sigortalı veya hak sahipleri sigorta yardımlarına hak kazanırken böyle bir iş kazası her durumda işverenin işçiye veya hak sahiplerine tazminat ödemesini gerektirmez. Şöyle ki, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun<sup>81</sup> 13. maddesinde tanımlanan iş kazası *“sigortalının işyerinde bulunduğu sırada veya işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle veya sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle veya bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda veya emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda veya sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olay”*dır. İş hukukuna göre iş kazası ise, 6331 sayılı Kanun'daki tanım uyarınca, *“işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hâle getiren olay”*dır (m. 3/1, g). İş hukuku anlamında iş kazasının varlığı ve işverenin bundan sorumlu olması için ise yapılan işle kaza arasında da *“uygun illiyet bağı”* aranmaktadır<sup>82</sup>. İşverenin sorumluluğunun doğması için yapılan işle kaza arasında uygun illiyet bağı bulunması da yeterli olmayıp bu bağın kesilmemesi de gerekir<sup>83</sup>.

İş hukuku anlamında, başka bir ifadeyle işverenin tazmin yükümlülüğü bulunan bir iş kazasından bahsedilebilmesinin bir diğer koşulu da kazanın meydana gelmesinde işverenin kusurunun bulunmasıdır. Hukukumuzda, işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun niteliği çeşitli

79 Bkz. dn. 60'ta atıf yapılan kaynaklar.

80 GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 360-361; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 390-392; ULUSAN, s. 71; AKIN, s. 44; KILKIŞ, s. 14-15.

81 RG. 26200/16.06.2006.

82 AKIN, s. 47 vd. Uygun nedensellik bağı; *“somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, mahiyeti ve ana temayülü itibarıyla meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağ”*dır, EREN, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 52. Sosyal güvenlik hukukuna – 5510 sayılı Kanun'a – göre bir iş kazasının varlığının, yapılan işle meydana gelen kaza arasında uygun illiyet bağına bağlı olmadığı, 13. maddede belirtilen şekillerde ortaya çıkan her türlü kazanın yapılan işle ilişkisi olsun olmasın iş kazası sayılacağı kabul edilmektedir; GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 366 ve 375-377; SÖZER, s. 338-339 ve 343-344; AKIN, s. 40; ÖZDEMİR, s. 519-522; ULUSAN, s. 75-77; SÜMER, s. 91. Aksi yönde; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 399.

83 Uygun illiyet bağı şu üç durumda kesilir: 1. Kazaya uğrayan işçinin ağır kusuru, 2. Üçüncü kişinin ağır kusuru, 3. Mücbir sebep. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. AKIN, s. 49-54; SÜMER, s. 211-213; SÜZEK, s. 425-426; ÖZDEMİR, s. 522 vd.

tartışmalara konu olmuşsa da baskın görüş ve Yargıtay tarafından, söz konusu sorumluluğun “kusur sorumluluğu” olduğu kabul edilmiştir<sup>84</sup>.

Kalp krizi veya beyin kanaması tamamen fizyolojik nedenlerle meydana gelmişse, başka bir ifadeyle işe bağlı stresin, işçiyi zarara uğratan bu durumlardan birinin meydana gelmesinde hiçbir etkisi olmamışsa, dahası, bu olaylar işveren tarafından ne önlem alınırsa alınsın meydana gelecek idiye bu durumda “kaçınılmazlık” söz konusu olur. Kaçınılmazlık, beklenmeyen (veya umulmayan) hal sonucunda ortaya çıkan hukuka aykırılık olup<sup>85</sup> beklenmeyen hal, “*sorumlu şahsın irade ve davranışından bağımsız olarak, herkese ödev yükleyen genel bir davranış kuralının veya sözleşmeden doğan bir borcun kaçınılmaz surette ihlali sonucunu doğuran olay*”dır<sup>86</sup>. Kaçınılmazlık ve kusurun varlığı birbirini dışlar. Dolayısıyla, kaçınılmazlık nedeniyle hukuka aykırılık meydana geldiğinde kusur sorumluluğunun kusur şartı gerçekleşmemiş olacaktır. Öyleyse, tamamen kaçınılmazlık sonucu bir iş kazası gerçekleştiğinde, işverenin kusurundan ve sorumluluğundan da bahsetmek mümkün olmayacaktır<sup>87</sup>. Ancak, Yargıtay, iş kazasının kaçınılmazlıkla gerçekleştiği durumlarda dahi beklenmeyen halin sonuçlarına tek bir tarafın – ki burada halihazırda zayıf konumdaki işçinin veya ailesinin – katlanmasının hakkaniyete uygun düşmeyeceği fikriyle, işverene tamamen olmasa da bir miktar sorumluluk yüklenmesi gerektiği görüşündedir<sup>88</sup>. Kaldı ki kalp krizinde kişinin kalp

84 BALCI, Mesut/SONER, Birol/AYDOĞAN, Bahri/YENER, Ahmet, İş Kazası ve Meslek Hastalığı, Ankara: 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 927 vd.; AKIN, s. 97-100; ÖZDEMİR, s. 492 vd.; AYDINLI, s. 331-336, SÜMER, s.207; SÜZEK, s. 414-421; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 405; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 420; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 332; SEVİMLİ, s. 126 vd.; “[...] İş kazalarında olay, İş Hukuku ve ... İlkeleri çerçevesinde değerlendirilmeye tabi tutulmalıdır. İşverenin iş kazası sonucu meydana gelen zarar nedeniyle hukuki sorumluluğu, yasa ve içtihatlarla belirlenmiş olan ayırık haller dışında, ilke olarak, iş akdinden doğan işçiyi gözetme (koruma) borcuna aykırılıktan kaynaklanan kusura dayalı sorumluluktur.”, Y21HD, E. 2016/9910, K. 2017/3420, 24.04.2017, www.karartek.com.tr, Erişim Tarihi: 06.04.2021.

85 BALCI/SONER/AYDOĞAN/YENER, s. 941.

86 EREN, s. 139.

87 EREN, s. 140.

88 BALCI/SONER/AYDOĞAN/YENER, s. 943; AKIN, s. 228 vd.; ÖZDEMİR, s. 490-492. “Kaçınılmazlık, hukuksal ve teknik anlamda, fennen önlenmesi mümkün bulunmayan başka bir anlatımla, işverence mevzuatın öngördüğü tüm önlemlerin alınmış olduğu koşullarda dahi önlenmesi mümkün bulunmayan durum ve sonuçları ifade eder. Bir olayın tamamen kaçınılmazlık sonucu meydana geldiğinin saptanması halinde hâkim, işverenin sorumluluğunu, Borçlar Kanunu’nun 43. maddesini göz önünde tutarak hakkaniyet ölçüsünde saptamalıdır. Her iki taraf yönünden %50’er sorumluluğun paylaşılması ilk bakışta uygun görünebilirse de işçi-işveren arasındaki bu tür davalarda tarafların ekonomik ve sosyal durumlarının göz önünde bulundurulması halinde; işverene biraz daha fazla sorumluluk verilmesi; sosyal hukuk devleti ilkesi gereği düşünülebilir. Yargıtay’ın yerleşik uygulaması da bu yöndedir.”, Y21HD, E. 2016/115, K. 2017/2948, 10.04.2017, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 27.02.2021. “İşverenler, çalıştırdığı sigortalıların bedeni ve ruh bütünlüğünü korumak için yararlı her önlem, amaca uygun biçimde almak, uygulamak ve uygulatmakla yükümlüdürler. [...] Diğer yönden kaçınılmazlık olgusu, işçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda geçerli mevzuat hükümleri çerçevesinde doğabilecek olası zararlı sonuçların önlenmesi yönünde, duruma ve koşullara göre ilgililerden beklenebilecek tüm özenli ve dikkatli çabaya karşın sigortalıyı bedence veya ruha arzaya uğratan iş kazasının meydana gelmesi durumudur. Günümüz teknolojisinde birtakım olayların sonuçlarının kısmen kaçınılmazlık/kötü rastlantılarla açıklanması, alınabilecek önlemler düşünüldüğünde olanaksızdır. Kaçınılmazlık/kötü rastlantı olarak adlandırılan olguların birçoğunun temelinde insan yanığı ve savsamarları, özen eksikliği bulunduğu bir gerçektir. Unutulmamalıdır ki, her birey, zararlı sonuçların önlenmesi için durum ve koşulların kendisine yüklediği özen ve dikkat yükümünü göstermek zorundadır. Öngörülebilir sonuçlar karşısında kaçınılmazlık/kötü rastlantı yönünde değerlendirmeye yapılamaz. Ayrıca, kaçınılmazlık, sosyal sigortalı uygulamasında, hukuksal ve teknik anlamda, olayın meydana geldiği tarihte geçerli olan bilimsel ve teknik tüm önlemlere rağmen zararın meydana geldiği ve önlenemediği durumları anlatan bir kavram (Prof. Dr. A.Can Tuncay, Kurumun işverene Rücuu – Olayda Kaçınılmazlık Durumu, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 4, s. 185) olup, bu olgunun kabulününün koşulu, “... vuku bulan olaya karşı koyulmazlık hali ve her türlü tedbirin alınmasına rağmen gerçekleşmesi önlenemeyen

hastalığı veya kalp hastalıklarına fiziksel yatkınlığının bulunması her zaman kaçınılmazlık sonucu doğurmaz, işverenin bu yatkınlığı dikkate almayarak işçinin ağır fiziksel yük veya yoğun stres altında çalışmasına karşı bir önlem almaması işverenin kusurlu davranışını teşkil eder<sup>89</sup>. Nitekim, işçinin işyeri servisi aracında geçirdiği kalp krizi nedeniyle işverenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının tespiti için yapılan işle kalp krizi arasında uygun illiyet bağının varlığının ve işverenin kusurunun araştırılmasıyla ilgili, Yargıtay şu hususları ortaya koymuştur: “[...] kalp krizinde kişinin yaşının, beslenme şekli ve kültürünün, genetik özelliklerinin ve bünyevi yapısının, tütün bağımlılığı, alkol kullanımı, egzersiz durumunun, cinsiyetinin de faktör olduğu, sağlığının çeşitli faktörlerinin bir araya gelmesiyle bozulabileceği, sigortalının bünyevi yatkınlığı ve genel sağlık durumunun bir araya gelerek miyokart enfarktüsünün ortaya çıkabileceği ve bu durumun olayın uygun illiyet bağımlı oluşturabileceği ve kısmi sebebi olabileceği gözetilerek kusurun ağırlığının değerlendirilmesinde dikkate alınması gerektiği ortadadır [...] davacının şahsi sicil dosyasının tümünü getirterek, işverenin sigortalının periyodik sağlık muayenelerini yaptırmayı yaptırmadığı, bu muayenelerde kalp rahatsızlığı ile ilgili bir bulguya rastlanıp rastlanmadığı, şahsi dosyada “kalp rahatsızlığı” nedeniyle alınmış bir istirahat raporunun bulunup bulunmadığı, ölüm olayından önceki tarihlerde sigortalının bünyesini zorlayacak bir çalışma yaptırmayı yaptırmadığı, olay günü sigortalıyı işyerinde rutin dışında bir gerginlik ve stres içine sokacak bir olayın cereyan edip etmediği araştırılmak, işyeri hekimliği, işgücü sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman olan bir kardiyoloğun da yer alacağı bilirkişi heyetinden kusur raporu almak, verilen raporu dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirmek (gerekmektedir)”. Dolayısıyla, kalp krizi veya beyin kanaması gibi hem fizyolojik hem de psikolojik nedenlerin bir araya gelmesiyle ortaya çıkabilecek hastalıklar bakımından işe bağlı stresin işveren bakımından bir kusur olarak değerlendirilmesi mümkündür<sup>90</sup>.

Stresin yol açtığı yaygın ve önemli bir rahatsızlık depresyondur. Yapılan çalışmalar da göstermektedir ki depresyon, intihar vakalarında yaygın olarak görülmektedir; depresyon ve diğer zihinsel rahatsızlıklarla intihara eğilimli vakaların birbiriyle sıkı bağlantısı bulunmaktadır<sup>91</sup>. Dolayısıyla işçinin intiharının iş hukuku bakımından iş kazası olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de psikososyal risklerle, özellikle de işe bağlı stresle ve bunun yol açtığı depresyonla ilgili önemli bir sorundur. İşçinin işyerinde veya iş saatleri sırasında intihar ederek ölümü halinde işverenin hukuki sorumluluğunun doğması bakımından, yukarıda da açıklandığı üzere, bu ölüm olayıyla yapılan iş arasında uygun illiyet bağı ve ayrıca işverenin kusuru bulunmalıdır. Ayrıca söz konusu illiyet bağı kesilmemelidir. Halbuki, intihar eyleminin bizzat işçi tarafından gerçekleştirilmesi, illiyet bağının

*ve objektif bir kaçınılmazlık durumunun söz konusu olmasıdır. Umulmadık bir hal kaçınılmazlık olarak nitelenemeyecektir. Umumamak, ummayı düşünmemek ve zarar verici olay ile karşılaşmak, kaçınılmazlık olarak değerlendirilemez.” şeklinde açıklanmıştır. (Prof. Dr. Berin Engin, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İşverene Rücuyla Nasıl Bakıyor?, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı 4, s. 139)”, Y10 HD, E. 2020/6384, K. 2020/5741, 08.10.2020, Çalışma ve Toplum, S. 68, 2021: 733-738.*

89 Y21HD, E. 2015/3112, K. 2015/12636, 02.06.2015 ve benzer yönde kararlar için bkz. Y21HD, E. 2012/8007, K. 2013/2753, 19/02/2013; Y21HD, E. 2009/2508, K. 2010/2687, 11.03.2010, www.karartek.com.tr, Erişim Tarihi: 28.02.2021.

90 Aynı yönde, DİRİK/GÜRSEL, s. 92-93. Japonya’da 1970’li yıllardan beri uzun süreli, yoğun iş yükü ve işe bağlı stres nedeniyle fiziksel bir rahatsızlık yaşayarak (beyin kanaması, kalp krizi gibi) ölen işçilerin ölümü için “karoshi” ifadesi kullanılmaktadır, Meryem Tekin Epik, “Psikososyal Bir Risk Olarak İşyeri İntiharı”, Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi, C. 12 S. 2, 2020: 181, Erişim Tarihi: 10.02.2021, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1030932>.

91 ILO, s. 7.

zarar görenin (veya destekten yoksun kalma tazminatı alacaklıları açısından üçüncü kişinin) ağır kusuruyla kesilmesini teşkil edebilecektir<sup>92</sup>.

Yargıtay'ın 2009 senesinde verdiği bir karara konu olayda işçi, işyeri dışında (işverenin aleyhinde suç duyurusunda bulunmuş olması nedeniyle gittiği adliyede) intihar etmiştir. Mirasçıları, muris işçinin, işvereni tarafından hırsızlıkla suçlanmasıyla iş sözleşmesinin feshi nedeniyle intihar ettiğini ileri sürerek maddi ve manevi tazminat talep etmişlerdir. Kararda, Yüksek Mahkeme davalı işverenin ölen işçi hakkında suç duyurusunda bulunmasını, hak arama özgürlüğünü kişinin (muris işçinin) aleyhine ve kötüniyetle kullanmak şeklinde yorumlamıştır<sup>93</sup>: *“Ağır sonuçları olan suçlara ilişkin şikâyet ve ihbarın yapılmasında bunu yapanın yeterince ciddi ve inandırıcı kanıtlara sahip olması ve hiçbir zaman böyle kanıtlar olmadan uzak ihtimallere göre ihbar ve şikâyet hakkının kullanılmaması gerekir. Elinde şikâyet ve müracaatı destekleyen bir emare bulunmadan durum şikâyetçi tarafından yeterince araştırılmadan şikâyet ve ihbarda bulunulması halinde bu hareket ihbar ve şikâyetle bulunan bakımından ağır kusur giderek kötü niyet oluşturur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21.09.2005 gün ve 2005/4-468E, 2005/514K sayılı kararları da bu doğrultudadır. Somut olayda 20 yıllık bir işçinin detaylı bir araştırma yapılmaksızın ve özellikle şikâyet konusu olayın geçici görevden döndükten sonra davacılar murisinin çabalarıyla ortaya çıktığı göz ardı edilerek, hırsızlık gibi suçlamayla iş akdinin feshi ile cezai işlemler için de suç duyurusunda bulunulmasının yasal şikâyet hakkının kullanım sınırları içerisinde kalan bir başvuru olmadığı, ihbar ve şikâyetle bulunan bakımından ağır kusur giderek kötü niyet oluşturduğu açık ve seçiktir.”* Kararda kanaatimizce dikkat çekici olan husus, işçinin intiharı olayı açıkça iş kazası olarak nitelendirilmemişse de işverenin işçinin ruh halini olumsuz etkileyen davranışının ağır kusurlu olduğuna vurgu yapılması ve işçinin bu kusurlu davranışla arasında uygun illiyet bağı bulunan ölümü neticesinde işverenin maddi ve manevi tazminattan sorumlu olacağına belirtilmesidir. Öyleyse, işçinin intihar ettiği durumlarda iş kazasının unsurlarının – özellikle de bu olaydaki gibi doğrudan işverenin kusurlu davranışı nedeniyle veya yine işverenin kusuruyla işin kendisi veya işyerinin sebep olduğu bir nedenle hem kusur hem de uygun illiyet bağı şartlarının – oluşup oluşmadığı değerlendirilerek sonuca gidilmelidir. Başka bir deyişle, işçinin ruh sağlığının işle veya işyeriyle ilişkili bir durumun da etkisiyle bozulması ve işverenin bu ruhsal bozukluğa yola açan nedenleri önlemeye/gidermeye yönelik davranışlarda bulunmaması (böylece işçiyi gözetme borcunu ihlal etmesi) sonucunda intiharının iş hukuku anlamında bir iş kazası sayılması mümkündür<sup>94</sup>. Yine Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararında<sup>95</sup> da işçinin geçirmiş olduğu bir iş kazasında işitme yetisini kaybetmesi sonucunda zihinsel bozukluk yaşadığı ve bu ruhsal duruma bağlı olarak intihar etmiş olabileceği, bunun araştırılmaksızın işverenin kusurlu olup olmadığına bilinemeyeceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla anılan kararda, işçinin işe bağlı (iş kazası neticesinde) post-travmatik stres

92 AKIN, s. 50.

93 Y21HD, E. 2008/19259, K. 2009/3019, 03.03.2009, www.karartek.com.tr, Erişim Tarihi: 27.02.2021.

94 Aynı yönde, DİRİK/GÜRSEL, s. 93-94; ÖZDEMİR, s. 524; KANDEMİR, s. 228-229; ATALAY, s. 150. Ayrıca, *“günlük stresler, travma sonrası stres bozukluğuna yol açan üzücü veya şiddet içeren olaylara daha fazla maruz kalma, [...] öldürücü intihar araçlarına erişim kolaylığına bağlı olarak” işle ilişkili intiharların yaygın olduğu meslek grupları da “doktorlar, bazı kimya çalışanları, eczacılar, avukatlar, öğretmenler, danışmanlar, sekreterler, çiftçiler ve bazı polis memurları” olarak sayılmıştır, TEKİN EPİK, s. 183.*

95 Y21HD, E. 2018/5709, K. 2019/4231, 12.06.2019, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 27.02.2021.

bozukluğu yaşamasının intiharına sebep olabileceği ve böyle bir durumda da intiharın iş hukuku bakımından bir iş kazası teşkil edeceği kabul edilmiştir. Benzer bir yaklaşım, Fransız hukukunda da Yargıtay'ın 1982 senelerinde verdiği bir kararda<sup>96</sup> da yer almıştır. Anılan kararda işçinin geçirdiği iş kazası neticesinde ağır bir depresyona girdiği ve buna bağlı olarak intihar ettiği, dolayısıyla işçinin intiharının sebebinin geçirmiş olduğu iş kazası olduğu belirtilmiştir.

Fransız hukukunda 2002 senesinden itibaren, Yargıtay tarafından, işverenin iş kazaları ve meslek hastalıklarından kaynaklanan sorumluluğu bir “(koruma sağlamak bakımından) sonuç borcu veya sonuç yükümlülüğü<sup>97</sup> (*obligation de sécurité de résultat*)” olarak değerlendirilmiştir. Buna göre, işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü her şeyden önce, işçilerin fiziksel ve zihinsel sağlıklarını korumak ve güvence altına almak için gerekli tüm önlemleri almalarını zorunlu kılmakta, bir iş kazası veya meslek hastalığının ortaya çıkması durumunda gerekli bütün önlemlerin alınmamış olması “affedilmez kusur (*faute inexcusable*)” olarak kabul edilmiştir<sup>98</sup>. Aynı kabul, işverenin sadece iş kazaları ve meslek hastalıklarına ilişkin sorumluluğu için değil ancak işyerinde psikolojik tacizden kaynaklanan sorumluluk için de benimsenmiştir<sup>99</sup>. Nitekim, Çerçeve Anlaşma'nın 2008 senesinde kabul edilen İşe Bağlı Strese İlişkin Meslekler Arası Ulusal Anlaşma (*Accord National Interprofessionnel sur le Stress au Travail*)<sup>100</sup> ile iş hukuka aktarıldığı Fransızda Yargıtay, 2012 senesinde verdiği bir kararda<sup>101</sup>, işverenin “işçiye çok fazla ve giderek artan iş yükü yüklemesi, baskıda bulunması, erişilemez hedefler koymasıyla işçinin maruz kaldığı uzun süreli stres sonucunda kalp krizi geçirdiğini ve bu krizin bir iş kazası olduğunu, işverenin sorumluluğunu doğurduğunu” belirtmiştir. Ancak 2015 tarihli *Air France* kararından itibaren, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü bir sonuç borcu değil ancak vasıta borcu (*obligation de moyen*) olarak tanımayla başlanmıştır<sup>102</sup>. Buna göre artık işveren, alması gereken her türlü önlemi aldığı ispatlayarak iş kazası ve meslek hastalıkları hallerinde hukuki sorumluluktan kurtulabilecektir ve bu durum, psikososyal risklerden sorumluluğu bakımından da geçerlidir<sup>103</sup>. İntihar konusunda da Fransız Yargıtayı önceleri hem yukarıda yer verildiği gibi iş kazasına bağlı post-travmatik stres bozukluğu sonucundaki intiharları iş kazası olarak tanımış hem de zamanla, öncesinde bir iş kazasının sebep olduğu post-travmatik stres bozukluğu olsun olmasın, işçinin işyerindeki veya işe bağlı gerginlik veya stresin etkisiyle intihar etmesi hallerinin iş kazası sayılması gerektiğini kabul etmiştir<sup>104</sup>.

96 Cour de Cassation, Chambre sociale, 23 septembre 1982, no. 81-14942, www.legifrance.gouv.fr, Erişim Tarihi: 20.02.2021 ve MOUSTIE, s. 337.

97 DİRİK/GÜRSEL, s. 84.

98 CHAUCHARD, Jean-Pierre/KERBOURC'H, Jean-Yves/WİLLMANN, Christophe, Droit de la Sécurité Sociale, Paris: 8<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2018, s. 504; DOCKÈS/AUZERO/BAUGARD, s. 1142; MOUSTIE, s. 312-315.

99 ADAM, s. 320-321; CHAUCHARD/KERBOURC'H/WİLLMANN, s. 503-504; LEROUGE, Contribution, s. 76-77.

100 [https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Accord\\_stress\\_travail\\_Fr.pdf](https://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Accord_stress_travail_Fr.pdf), Erişim Tarihi: 20.02.2021.

101 Cour de Cassation, Chambre civile no. 2, 8 novembre 2012, no. 11-23.855, www.legifrance.gouv.fr, Erişim Tarihi: 20.02.2021.

102 DOCKÈS/AUZERO/BAUGARD, s.1144.

103 DOCKÈS/AUZERO/BAUGARD, s.1145.

104 CHAUCHARD/KERBOURC'H/WİLLMANN, s. 440-445; MOUSTIE, s. 337; DİRİK/GÜRSEL, s. 82-83 ve 91.

Sosyal güvenlik hukuku bakımından bir olayın iş kazası olarak nitelendirilebilmesi için şu şartların hepsini birden taşıması gerekmektedir<sup>105</sup>: Kazalanan kişi sigortalı olmalıdır (veya bazı sigorta kolları bakımından sigortalı sayılmalıdır), sigortalı 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesinde sayılan hallerden birinde meydana gelmiş bir kazaya uğramış olmalıdır ve bu meydana gelen kaza ile sigortalının zararı arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. O hâlde, iş hukuku anlamındaki iş kazasından farklı olarak burada kaza ile yapılan iş arasında ilişki bulunması gerekmediği gibi, işverenin kusurlu olup olmaması da kazanın iş kazası niteliğini ve dolayısıyla sigortalının sosyal sigorta yardımlarına hak kazanmasını etkilemeyecektir<sup>106</sup>. Bu anlamda, 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesinde sayılan durumlardan biri altında gerçekleşen kalp krizi de iş kazası sayılmalıdır. Dolayısıyla, örneğin işyerinde psikososyal tehlikelerden tamamen bağımsız bir biçimde ortaya çıkan kalp rahatsızlığı veya beyin kanaması ve hatta intihar sonucunda gerçekleşen ölümler sosyal güvenlik hukuku bakımından iş kazası niteliğinde olacaktır. Nitekim gerek öğretideki baskın görüş gerekse yargı kararları bu yöndedir<sup>107</sup>. Dahası, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2016/21 sayılı "Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulama Genelgesi"nde<sup>108</sup> de "sigortalının işyerinde intihar etmesi [...] işyerinde kalp krizi geçirmesi veya benzeri bir olay nedeniyle ölmesi ya da ruhen veya bedenlen hemen veya sonradan engelli hale gelmesi"nin iş kazası olarak nitelendirileceği belirtilmiştir<sup>109</sup>.

## B. Meslek Hastalığı Olarak Değerlendirilmesi

6331 sayılı Kanun'da meslek hastalığı, "mesleki risklere maruziyet sonucu ortaya çıkan hastalık" (m. 3/1, l) olarak tanımlanmışken, 5510 sayılı Kanun'da "sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleri" (m. 14, f. 1) şeklinde daha açıklayıcı bir tanıma yer verilmiştir. O halde, meslek hastalığını herhangi bir hastalıktan ayıran en önemli özelliği yapılan işle ortaya çıkan hastalık arasında mutlaka bir illiyet bağı bulunması gerekmesidir. Bununla birlikte, işten kaynaklanan her türlü hastalık meslek hastalığı sayılmaz<sup>110</sup>: Ancak meslek hastalıkları listesinde yer alan hastalıklar meslek hastalığı sayılır veya Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'na yapılan başvuru

105 GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 362 vd.; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 393 vd.; SÖZER, s. 331 vd.; BALCI/ SONER/ AYDOĞAN/YENER, s. 76 vd.; ULUSAN, s. 71-80; AKIN, s. 23 vd.; AYDINLI, s. 68 vd.

106 Her ne kadar işverenin kusuru, bir olayın sosyal sigortalar hukuku anlamında iş kazası olmasını etkilemese de 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca Sosyal Sigortalar Kurumu'nun sigortalı veya hak sahiplerine yaptığı yardımların rücu edilmesinde dikkate alınır. Dolayısıyla, iş veya işyeri kaynaklı psikososyal risklere bağlı olarak işçilerin sağlık durumlarında bir bozulmaların iş kazası sayıldığı durumlarda, Kurum'un işverene rücu'unda, işçinin örneğin işyerinde geçirdiği kalp krizi neticesinde ölmesinde işverenin kusuru bulunup bulunmadığı dikkate alınacaktır; AYDINLI, s. 361-362; GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 433-436; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 441; ÖZDEMİR, s. 562.

107 GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 365-366; SÖZER, s. 336; ULUSAN, s. 71; AKIN, s. 29 ve 39-40; AYDINLI, s. 59-62; BALCI/SONER/AYDOĞAN/YENER, s. 103 ve burada dn. 62 ve 63'te atıf yapılan Yargıtay kararları; YHGK, E. 2016/21-816, K. 2019/457, 16.04.2019, www.kazanci.com; Erişim Tarihi: 26.02.2021. Karş. TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 395-396.

108 <https://kms.kaysis.gov.tr/Home/Goster/143421?AspxAutoDetectCookieSupport=1> ("Genelge"), Erişim Tarihi: 26.02.2021.

109 Genelge, s. 2-3.

110 Meslek hastalığının tanımı ve unsurları hakkında bkz.: AKDENİZ, Ayşe Ledün, Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine, İstanbul: 1. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2015, s. 42 vd.; GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 382-384; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 416-420; SÖZER, s. 358-360; ULUSAN, s. 81-84.



sonucunda Kurul'un onayı ile listede yer almayan hastalıklar meslek hastalığı olarak tanınabilir (5510 sayılı Kanun m. 14, f. son ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği m. 36, f. 5).

5510 sayılı Kanun'daki meslek hastalıkları tanımında açıkça sadece bedensel değil ancak ruhsal engellilik hallerinin de meslek hastalığı sayılabileceği öngörülmüştür. Öyleyse, işe bağlı stres etkisiyle ortaya çıkabilecek sadece fiziksel değil ancak ruhsal (örneğin depresyon) hastalıkların da meslek hastalığı sayılabileceği düşünülebilir. Ancak, stres kaynaklı zihinsel (*stress-related mental disorders*) ve hatta fiziksel bozuklukların, işe bağlı stresle ilişkili oldukları durumlarda bile meslek hastalığı olarak kabul edilmesi zorluklar içermektedir<sup>111</sup>. Bunun nedeni, yukarıda da vurguladığımız üzere, zihinsel sağlık sorunlarının çoğu zaman tek bir nedene dayanmaması veya bu tür bozuklukların her durumda bir hastalık ağırlığında seyretmemesidir<sup>112</sup>. Daha açık bir ifadeyle, zihinsel rahatsızlıklar çoğu durumda tek bir nedenden kaynaklanmamakta, dolayısıyla, yapılan iş veya işyerindeki ortamın da bu rahatsızlıkların ortaya çıkmasında etkisi bulunsa bile çoğunlukla bu rahatsızlıkların tek veya temel sebebini oluşturmamakta, yapılan işle ortaya (psikososyal risklere bağlı) bir hastalık çıksa bile yapılan işle bu hastalıklar arasında uygun illiyet bağının kurulması zor olmakta veya hastalık ağırlığına ulaşmadığından, bir zarara sebebiyet vermemektedir<sup>113</sup>. Nitekim daha önce de belirtildiği üzere, genel olarak işe bağlı stres değil ancak tükenmişlik sendromu WHO tarafından da bir meslek hastalığı değil, mesleki bir fenomen olarak tanımlanmıştır. Buna karşılık, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından hazırlanan rehberde, psikososyal risk faktörleri hem meslek hastalıkları hem de işle ilgili hastalıklarla ilişkilendirilmiştir<sup>114</sup>.

### **C. İşçinin İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Feshi ve Çalışmaktan Kaçınma Hakkı**

İşe bağlı stresin işçinin sağlığında yarattığı sıhhi bozukluklar karşısında işçinin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun<sup>115</sup> 24/I, a maddesi uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshedip edemeyeceği değerlendirilmelidir. Anılan maddede "*iş sözleşmesinin konusu olan işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olursa*" işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle derhal (bildirim süresine uymaksızın veya sözleşme süresinin bitimini beklemeksizin) feshedebileceği öngörülmüştür. İşçinin bu madde uyarınca fesih hakkını kullanabilmesi şu iki şartın birlikte gerçekleşmesine bağlıdır: İşçinin işi sağlığı veya yaşamı üzerinde tehlike yaratmalı ve bu tehlike, söz konusu işin niteliğinden kaynaklanmalıdır<sup>116</sup>. Böyle bir tehlikenin varlığının tespitinde işçiye ilişkin subjektif unsurlar da incelenmelidir<sup>117</sup> ki bu durum, özellikle işe bağlı stres nedeniyle

111 KÖKKILINÇ/ERALTUĞ, s. 916; DİRİK/GÜRSEL, s. 95 ve ayrıca karşı. AKDENİZ, s. 34-36; ATALAY, s. 155-157. Zihinsel ve strese bağlı hastalıkları meslek hastalığı kabul eden ülkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ILO, s. 14.

112 VAN DER MOLEN/NIEUWENHUIJSEN/FRINGS-DRESEN/DE GROENE, s. 1; HOUTMAN/JETTINGHOFF/CEDILLO, s. 15-16; MOUSTIE, s. 126;

113 KOCABAŞ/AYDIN/CANBEY/ÖZGÜLER/İLHAN/DEMİRKAYA/AK/ÖZBAŞ, s. 57.

114 İSGİP, s. 10'de yer alan "Şekil 2".

115 RG. 25134/10.06.2003.

116 SÜZEK, s. 708; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 660-661.

117 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 250.

yaşanabilecek sağlık sorunlarının tespitinde stresle birlikte işçinin kişisel özelliklerinin de etkili olduğu dikkate alındığında, konumuz bakımından ayrıca önem taşır.

İşçinin iş sözleşmesini, sağlığı ya da yaşayışını tehdit eden işe bağlı stresten kaynaklı bir nedenle derhal feshiyle ilgili Yargıtay'ın 2014 senesinde vermiş olduğu bir karar önemlidir. Karara konu olayda işçinin iş sözleşmesini feshederken gerekçe gösterdiği “tükenmişlik sendromu” yaşadığı uzman psikolog bilirkişi raporuyla ortaya konmuşsa da bu durumun, 24/I, a maddesinin aradığı “işçinin sağlığı veya yaşayışının tehlikede olması” koşulunu sağlamadığı ve dolayısıyla işçinin derhal fesih hakkının bulunmadığına hükmedilmiştir<sup>118</sup>. Yine iş sözleşmesinin işçi tarafından aynı maddeye dayalı olarak feshedildiği bir olaya ilişkin 2020 tarihli bir kararda, davacının sağlık durumu – epilepsi hastası olduğu – dikkate alınarak, çok yoğun bir tempoda çalışmasının sağlığı veya yaşayışına risk teşkil edip etmeyeceğinin çalışma koşulları bir bütün olarak incelenerek belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır<sup>119</sup>. Yine bir Yargıtay kararında<sup>120</sup>, iş sözleşmesini psikolojik taciz (*mobbing*) nedeniyle feshettiği iddiasıyla kıdem tazminatı ve manevi tazminat talebinde bulunan davacının bu talepleri, işyerinde yaşadığı sıkıntıların *mobbing* ağırlığında olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Kararda “*davacıya ait yargılama sırasında alınan sağlık kurulu raporuyla davacıdaki majör depresif bozukluğun işyerindeki çalışma koşullarından oluşup, bu hastalığın davalı işyerinde yapılan işte çalışmasına engel olduğunun belirtildiği, tanık anlatımlarıyla da davacının işyerindeki çalışma koşulları ve baskılar nedeniyle sağlık sorunları yaşadığı*” belirtilmiştir. Burada, işe bağlı stresle ilgili dikkat çekici olan husus, işçinin işe bağlı stres sonucu majör depresif bozukluk geçiriyor oluşunun dosyaya ibraz edilen sağlık kurulu raporu ve tanık beyanlarına rağmen göz ardı edilerek salt işçinin *mobbing* ağırlığında bir durum yaşayıp yaşamadığının karara esas alınmış olmasıdır. Kararda, sırf *mobbing* niteliğinde bir eylem bulunmadığı için, başka bir psikososyal risk olan işe bağlı stres neticesindeki ciddi bir rahatsızlık olarak ortaya çıkmış bulunan majör depresif bozukluk dikkate alınmaksızın hüküm kurulması kanımızca, isabetli olmamıştır.

İşe bağlı strese maruz kalan işçinin, işverenin bu strese maruz kalma durumunda gerekli önlemleri almadığı gerekçesiyle<sup>121</sup>, gözetme borcuna aykırı davrandığı ve bu nedenle de çalışma şartlarının uygulanmadığı iddiasıyla, İş Kanunu'nun 24. maddesinin I bendinin f alt bendi uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesi de mümkündür<sup>122</sup>.

İşçilere iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması halinde 6331 sayılı Kanun'la tanınmış bulunan bir hak da “çalışmaktan kaçınma hakkı”dır (m. 13). Şöyle ki, ilgili maddeye göre; “*ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar*” gerekli önlemlerin alınması için iş sağlığı güvenliği kurulu veya kurul olmayan işyerlerinde işverene başvurarak gerekli önlemlerin alınmasını talep edip, talepleri

118 Y9HD, E. 2012/8871, K. 2014/15070, 08.05.2014, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.02.2021.

119 Y22HD, E. 2016/29903, K. 2020/2152, 11.02.2020, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.02.2021.

120 Y22HD, E. 2017/6719, K. 2020/9153, 08.07.2020, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.02.2021.

121 6331 sayılı Kanun'da da “*İş sözleşmesiyle çalışanlar, talep etmelerine rağmen gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlarda, tabii oldukları kanun hükümlerine göre iş sözleşmelerini feshedebilir*” (m. 13, f. 4) hükmüne yer verilmiştir.

122 Aynı yönde: ATALAY, s. 140; KANDEMİR, s. 185-186. İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmamasına dayanarak, çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle iş sözleşmesinin işçi tarafından feshi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SÜZEK, s. 926-927; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 408-409; ÖZDEMİR, s. 432-433.

kabul edildiği takdirde bu önlemler alınana kadar veya ciddi ve yakın tehlike “önlenemez” nitelikteyse önlem alınma talebinde bulunmaksızın “işyerini veya tehlikeli bölgeyi terk ederek çalışmaktan kaçınma haklarını kullanabilirler. Psikososyal bir riske bağlı olarak bir tehlikeye maruz kalan işçilerin de bu madde uyarınca çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecekleri teorik olarak mümkünse de uygulamada psikososyal risklerin ciddi olsa bile yakın veya önlenemez bir tehdide sebebiyet vermesi zordur. Dolayısıyla kanımızca, psikososyal risklere maruz kalınması halinde 6331 sayılı Kanun’un 13. maddesindeki çalışmaktan kaçınma hakkının uygulanması mümkün olmayacaktır<sup>123</sup>.

## SONUÇ

Çalışma yaşamının dinamik yapısı işgücünün hak ve borçlarını düzenleyen iş hukukunun da dinamik bir yapıda olmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda, iş hukukunda işçinin korunması esas olmakla birlikte bu korumanın kapsamı, içerdiği kavramlar ve yöntemleri zamanla değişmekte ve gelişmektedir. İşverenin işçiyi gözetme borcu da işçinin salt işgücü olarak korunması fikrinden daha geniş bir anlam kazanmış ve gerçek kişi işçinin kişiliğinin bir bütün olarak korunması gerekliliğine evrilmiştir. Buna paralel olarak, işçinin kişiliğinin önemli bir boyutunu oluşturan yaşamı ve sağlığının korunmasına ilişkin iş sağlığı ve güvenliği alanının, işçinin salt fiziksel değil ancak zihinsel sağlığının da korunmasını kapsadığı düşüncesi benimsenmiştir. Bu kabulün ilk yansıması, işyerinde psikolojik taciz (*mobbing*) kavramının ortaya çıkması ve hukuksal sonuçlara bağlanması olmuştur. Ancak zamanla, işçinin zihinsel sağlığının korunmasının, psikolojik tacizden de geniş kapsamlı bir alanı ilgilendirdiği kabul edilerek psikososyal riskler kavramı ortaya çıkmıştır.

İşçinin zihinsel sağlığını etkileyen faktörler ele alınırken, iş sağlığı ve güvenliği alanının temel konularından olan tehlike ve risk kavramlarından yola çıkılarak psikososyal tehlikeler ve psikososyal riskler kavramları ortaya konmuştur. Ancak, bu tür tehlike ve riskler, iş sağlığı ve güvenliği kapsamında irdelenen biyolojik veya kimyasal gibi diğer tehlike ve risklerden farklı olarak işteki ya da işyerindeki organizasyonel, sosyal, fiziksel veya ergonomik özelliklerinden kaynaklanan ve dolayısıyla çok fazla disiplini ilgilendiren özelliktedir. Bu nedenle psikososyal tehlikeler ve bunlara bağlı psikososyal risk türlerinin birbirlerinden mutlak biçimde ayrılması çoğunlukla mümkün olmamaktadır. Ancak, psikososyal risklerin tamamının işçinin sağlığı, hatta genel olarak iyi olma hali üzerinde meydana getirdiği olumsuz sonuçların tamamında en önemli etkenin işçinin maruz kaldığı stres ve baskı olduğu söylenebilir. Bu nedenle, işe bağlı stresin, sıklıkla, psikososyal risk kavramıyla eş anlamlı veya genel olarak psikososyal riskleri kapsayacak bir anlamda kullanıldığı görülmektedir.

İşe bağlı stres ve hatta bunun farklı ve ağır görünümünü oluşturan tükenmişlik sendromu ile post-travmatik stres bozukluğu sadece zihinsel değil, fiziksel rahatsızlıklara da yol açabilmektedir. Ancak işe bağlı stres, strese maruz kalan işçinin kişisel özelliklerinin de etkisiyle, herkeste aynı sonuçlara sebebiyet vermemekte, hatta bazı durumlarda bir hastalık ağırlığında seyretmemektedir. Ayrıca, işe bağlı stresin bir hastalık boyutunda sonuçlar doğurduğu durumlarda da bu hastalıkların tek

123 Aynı yönde: ATALAY, s. 140.

sebebi stres olmayabilmekte, birden fazla unsura stresin eklenmesiyle rahatsızlık meydana gelmiş olabilmektedir.

İşe bağlı stresin işçinin sağlığı üzerindeki olumsuz sonuçlarının, sağlığın “genel iyi olma hali” olarak kabul edildiği de dikkate alındığında, bir hastalık görünümünde olsun olmasın iş sağlığı ve güvenliği anlamında önlemler alınmasını, işverenin gözetme borcu kapsamında sorumluluğunu ve sosyal sigorta yardımlarından yararlanılmasını gerektirecektir. Bu durum da her somut olayın özellikleri dikkate alınarak sonuca gidilmesini gerektirir.

## KAYNAKÇA

- ADAM, Patrice: “La prise en compte des risques psychosociaux par le droit du travail français”, Le Droit Ouvrier, Juin 2008: 313-332.
- AHOLA, Kirsi: Occupational Burnout and Health, People and Work Research Reports 81, Tampere: 1st Edition, Finnish Institute of Occupational Health, 2007.
- AKDENİZ, Ayşe Ledün: Meslek Hastalığı Kavramı Üzerine, İstanbul: 1. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2015.
- AKIN, Levent: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara: 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2001.
- ALPAGUT, Gülsevil: “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi”, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Semineri, Ankara: 1. Baskı, TİSK, 2012: 23-40.
- ARICI, Kadir: İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Dersleri, Ankara: 1. Baskı, Tes-İş, 1999.
- ATALAY, Serde: İş Hukukunda Ofis İşçilerinin Psikososyal Riskler Bağlamında İş Sağlığı ve Güvenliği, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- AYDIN, Ufuk: İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir: 1. Baskı, Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2002.
- AYDINLI, İbrahim: İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk (Yargı Kararları ve İlgili Mevzuat), Ankara: 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- BALCI, Mesut/SONER, Birol/AYDOĞAN, Bahri/YENER, Ahmet: İş Kazası ve Meslek Hastalığı, Ankara: 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020.
- BAYRAM, Fuat: Türk İş Hukukunda İşverenin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2003.
- BECKER, Astrid/GEHRKE, Anne: “Post Traumatic Stress Disorder”, OSHwiki, Erişim Tarihi: 06.04.2021, [https://oshwiki.eu/wiki/Post\\_Traumatic\\_Stress\\_Disorder](https://oshwiki.eu/wiki/Post_Traumatic_Stress_Disorder). (Sayfa numaraları içermediğinden dipnotlarda bu kaynağa yapılan atıflarda, atf yapılan yerin bulunduğu başlık belirtilmiştir.)
- BIT. Encyclopedia of Occupational Health and Safety, 4th Edition, Erişim Tarihi: 25.01.2021, <http://www.ilocis.org/en/contilo.html>.
- CHAUCHARD, Jean-Pierre/KERBOURC’H, Jean-Yves/WİLLMANN, Christophe: Droit de la Sécurité Sociale, Paris: 8é édition, LGDJ, 2018.
- COX, Tom: Stress research and stress management: putting theory to work, report prepared for the Health and Safety Executive, 2014, [https://www.hse.gov.uk/research/crr\\_pdf/1993/crr93061.pdf](https://www.hse.gov.uk/research/crr_pdf/1993/crr93061.pdf), Erişim Tarihi: 25.01.2021.
- ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, İstanbul: Yenilenmiş 33. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2020.

- DİRİK, Deniz/GÜRSEL, İlke: “İş Hukuku Boyutuyla Çalışma Yaşamında İşe Bağlı Stres ve Tükenmişlik”, Örgütsel Davranış ve İş Hukukuna Yansımaları (Editörler: Köse, Sevinç/Alp, Mustafa), Ankara: 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020: 59-104
- DOCKÈS, Emmanuel/AUZERO, Gilles/BAUGARD, Dirk: Droit du Travail, Paris: 33ème édition, Dalloz, 2019.
- EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra: Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul: 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim/BASKAN, Esra: İş Hukuku, İstanbul: 10. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, 2020.
- EREN, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi, Ankara: 1. Baskı, Sevinç Matbaası, 1975.
- Eurofound/EU-OSHA: Psychosocial risks in Europe: Prevalence and strategies for prevention, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014, <https://osha.europa.eu/en/publications/psychosocial-risks-europe-prevalence-and-strategies-prevention>, Erişim Tarihi: 25.01.2021.
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANIKLIOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, İstanbul: Yenilenmiş 18. Bası, Beta Basım Yayın Dağıtım, 2020.
- HASSARD, Juliet/COX, Tom. “Work-related stress: Nature and management”, OSHwiki, Erişim Tarihi: 20.01.2021, [https://oshwiki.eu/wiki/Work-related\\_stress:\\_Nature\\_and\\_management](https://oshwiki.eu/wiki/Work-related_stress:_Nature_and_management). (Sayfa numaraları içermediğinden dipnotlarda bu kaynağa yapılan atıflarda, atıf yapılan yerin bulunduğu başlık belirtilmiştir.)
- HASSARD, Juliet/COX, Tom: “Mental health at work”, OSHwiki, Erişim Tarihi: 20.01.2021, [https://oshwiki.eu/wiki/Mental\\_health\\_at\\_work](https://oshwiki.eu/wiki/Mental_health_at_work). (Mental Health) (Sayfa numaraları içermediğinden dipnotlarda bu kaynağa yapılan atıflarda, atıf yapılan yerin bulunduğu başlık belirtilmiştir.)
- HOUTMAN, Irene/JETTİNGHOFF, Karin/CEDİLLO, Leonor: Raising awareness of stress at work in developing countries, A modern hazard in a traditional working environment, Advice to employers and worker representatives, Protecting Workers’ Health Series No. 6, France: WHO, 2007.
- ILO: Workplace Stress: A Collective Challenge, Geneva, 2016.
- İSGİP: Meslek Hastalıkları ve İşle İlgili Hastalıklar Tanı Rehberi, <https://www.ailevecalisma.gov.tr/medias/4597/rehber20.pdf>, Erişim Tarihi: 01.03.2021.
- İSGM: Psikososyal Risk Faktörleri Bilgilendirme Rehberi, Ankara, 2016, <https://www.ailevecalisma.gov.tr/medias/4595/rehber22.pdf>, Erişim Tarihi: 10.02.2021.
- KANDEMİR, Murat: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Psikososyal Riskler, İstanbul: 1. Baskı, Legal Yayıncılık, 2017.
- KAPLAN, Emine Tuncay: “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu-İş, C. 7 S. 2, 2003: 2-16.
- KILKIŞ, İlknur: İş Sağlığı ve Güvenliği, Bursa: 3. Baskı, Dora Basım Yayın Dağıtım, 2018.
- KOCABAŞ, Fatma/AYDIN, Ufuk/CANBEY ÖZGÜLER, Verda/İLHAN, Mustafa Necmi/ DEMİRKAYA, Seher/AK, Nihan/ÖZBAŞ, Cansu: “Çalışma Ortamında Psikososyal Risk Etmenlerinin İş Kazası, Meslek Hastalıkları ve İşle İlgili Hastalıklarla İlişkisi”, Sosyal Güvence Dergisi, S. 14, 2018: 28-62, Erişim Tarihi: 25.01.2021, DOI: 10.21441/sguz.2018.68
- KÖKKİLİNÇ ERALTUĞ, Ayşegül: “İşe Bağlı Stres ve Hukuksal Sonuçları”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 19, 2008: 901-918.
- Le Robert Micro Dictionnaire de la Langue Française, rédaction dir. par Rey, Alain, Deuxième Edition, Dictionnaires Le Robert, Paris 1992.
- LEKA, Stavroula/GRİFFİTHS, Amanda/COX, Tom: Work Organization and Stress, Systematic Problem Approaches for Employers, Managers and Trade Union Representatives, Protecting Workers’ Health Series No. 3, France: WHO, 2005.

- LEKA, Stavroula/JAÏN, Aditya/LEROUGE, Loïc: “Work-Related Psychosocial Risks: Key Definitions and an Overview of the Policy Context in Europe”, *Psychosocial Risks in Labour and Social Security Law, Aligning Perspectives on Health, Safety and Well-Being*, Loïc Lerouge (ed.), Springer International Publishing, 2017: 1-12, Erişim Tarihi: 01.02.2021, DOI: 10.1007/978-3-319-63065-6\_1
- LEROUGE, Loïc: Contribution à l'étude juridique des risques psychosociaux au travail. Aspect du droit national, du droit comparé, d'interdisciplinarité, Université de Bordeaux, 2014, Erişim Tarihi: 01.02.2021, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-01082773>. (Contribution)
- LEROUGE, Loïc: “Le droit du travail français confrontés aux “nouveaux risques”. Quelle prise en compte de la santé mentale en droit du travail?”, *Revue multidisciplinaire sur l'emploi, le syndicalisme et le travail*, Vol. 5, No. 2, 2010: 21-38, Erişim Tarihi: 01.02.2021, <https://doi.org/10.7202/1000018ar>.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Ankara: Güncellenmiş 4. Baskı, Lykeion Yayınları, 2020.
- MOUSTIÉ, Jean-Baptiste: Droit et risques psychosociaux au travail, Université de Bordeaux, 2014, HAL Id: tel-01230639, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01230639>, Erişim Tarihi: 01.02.2021.
- ÖZDEMİR, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul: 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2014.
- SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem: İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları, İstanbul: 1. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2015.
- SEVİMLİ, Ahmet: “Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, *Çalışma ve Toplum*, S. 36, 2013: 107-147.
- SÖZER, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul: Güncellenmiş 4. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2019.
- SÜMER, Haluk Hadi: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Ankara: 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, İstanbul: 19. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2020.
- ŞAHİN EMİR, Asiye: İşyerinde Tehlike Hâlinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukuki Çerçevesi, Ankara: 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- TEKİN EPİK, Meryem: “Psikososyal Bir Risk Olarak İşyeri İntiharı”, *Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi*, C. 12 S. 2, 2020: 175-197, Erişim Tarihi: 10.02.2021, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1030932>.
- TUNCAY, Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul: Yenilenmiş 20. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2019.
- ULUSAN, İlhan: Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul: 1. Baskı, Kazancı Hukuk Yayınları, 1990.
- VAN DER MOLEN, Henk F./NIEUWENHUIJSEN, Karen/FRINGS-DRESEN, Monique H. W./DE GROENE, Gerda: “Work-related psychosocial risk factors for stress-related mental disorders: an updated systematic review and meta-analysis”, *BMJ Open*, 10, 2020: 1-11, DOI: 10.1136/bmjopen-2019-034849, Erişim Tarihi: 10.02.2021.
- VAN STOLK, Christian/STAETSKY, Laura/HASSAN, Emmanuel/WOO KİM, Chong: Management of psychosocial risks at work: An analysis of the findings of the European Survey of Enterprises on New and Emerging Risks (ESENER), Belgium: Publication Office of the European Union, 2012, DOI: 10.2802/92077, Erişim Tarihi: 10.01.2021.
- VATANSEVER, Çiğdem: “Risk Değerlendirmede Yeni Bir Boyut: Psikososyal Tehlike ve Riskler”, *Çalışma ve Toplum*, S. 40, 2014: 117-138.

**İnternet Siteleri:**

<https://eur-lex.europa.eu>

<https://finlex.fi>

[www.ilo.org](http://www.ilo.org)

[www.karartek.com.tr](http://www.karartek.com.tr)

[www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)

<https://kms.kaysis.gov.tr>

<https://www.legifrance.gouv.fr/>

[www.mtess.gov.dz](http://www.mtess.gov.dz)

<https://osha.europa.eu>

<https://resourcecentre.etuc.org>


<https://sozluk.gov.tr/>

<https://travail-emploi.gouv.fr>

[www.who.int](http://www.who.int)

# Alman Hukuku Uygulamaları Işığında Covid-19 Önlemlerinin İşyeri Kira Sözleşmeleri Bakımından Sonuçları

## Results of Covid-19 Precautions in the Light of German Law Practices in terms of Lease Contracts of Commercial Premises

Çiğdem İleri, LL.M. 

### ÖZ

Covid-19 (yeni tip koronavirüs) salgını, hayatın her alanında olduğu gibi hukuki ve ekonomik açıdan ciddi sonuçlar doğurmaktadır. Salgınla mücadele kapsamında alınan kamusal önlemlerin bilhassa işyeri kira sözleşmeleri ve kira bedelini ödeme borcu altındaki kiracı bakımından hangi sonuçları doğuracağı, kısıtlama ve yasaklamalar dolayısıyla bozulan sözleşmedeki menfaat dengesinin hangi hukuki araçlarla yeniden sağlanabileceği bakımından çeşitli görüşler ileri sürülmekle beraber bunlar arasında en çok sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması talebi ile imkansızlık ve kiralananın ayıplı hale geldiği iddiası gündeme gelmektedir. Konuyla ilgili olarak Almanya'da yürürlüğe giren yasal karine ve mazisi uzun bir geçmişe dayanan emsal yargı kararları da Türk hukuku bakımından yol gösterici olabilecek niteliktedir. Bu kapsamda; aşağıdaki çalışmada, Alman hukukundaki yasal düzenlemeler ile konuya ilişkin yargı kararları ve öğretici görüşleri sunulacak, akabinde mesele Türk hukuku açısından ele alınarak işyeri kira sözleşmelerinin akabeti bakımından bir değerlendirme yapılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Covid-19 salgını, Koronavirüs, İşyeri Kira Sözleşmeleri, İmkânsızlık, Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, Ayıp

### ABSTRACT

The Covid-19 (new type of coronavirus) epidemic has serious legal and economic consequences, as in all areas of life. Various opinions have been put forward regarding the consequences of the public measures taken within the scope of the fight against the epidemic, especially for the lease contracts of commercial premises, and with which legal instruments the balance of interest can be restored due to restrictions and prohibitions. Among these, the most common claims are the demands of adapting the contract to changing conditions, the claim of impossibility, and the claim that the rented property has become defective. Regarding the subject, the new legal presumption, and precedent judgments in Germany, which have a long history, can also be guiding in terms of Turkish law. In the following study, current legal regulations in German law, judicial decisions and opinions on the subject will be presented, and then the issue will be discussed in terms of Turkish law and an evaluation will be made in terms of the fate of rental contracts.

**Keywords:** Covid-19 Pandemic, Coronavirus, Lease Contracts of Commercial Premises, Impossibility, Adaptation of Contracts, Defect

\* Avukat, Bucerius Law School Hamburg Özel Hukuk Doktora Öğrencisi

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Çiğdem İleri

**E-posta/E-mail:** cigdemileri2@gmail.com

**Geliş Tarihi/Received:** 31.03.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 22.05.2021



## GİRİŞ

Covid-19 pandemisi<sup>1</sup> dolayısıyla İçişleri Bakanlığı tarafından yayımlanan genelgeler ile alınan önlemler uyarınca tüm restoranların, barların, gece kulüplerinin ve benzer nitelikteki işletmelerin kapatılmasına ilişkin yasak neticesinde işletme sahiplerinin işyeri kiralalarını ödemeye devam edip etmeyecekleri bu kapsamda akla gelen ilk hukuki sorulardan biri olmuştur. İşyerlerinin kapalı olmasına rağmen kira bedelinin eksiksiz şekilde ödenmesine, ilk bakışta, herhangi teorik ya da teknik bir bilgiye başvurmadan adalet duygusuyla bağdaşmadığından bahisle de karşı çıkılabilir. Bununla birlikte bu durumun (karantinalar ve kapanmalar döneminde hiç çalışmayan ya da sınırlı şekilde çalışan işyerlerinin kiralalarının eksik ödenmesi ya da hiç ödenmemesinin) hukuki gerekçeleri aşağıda açıklanacaktır.

İlk olarak, salgın dolayısıyla alınan önlemlerin işyeri kira sözleşmeleri bakımından (geçici) imkânsızlık teşkil edip etmeyeceği tespit edilerek bu kuruma bağlanan sonuçlar değerlendirilmelidir.

Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 299. maddesine göre; kiracı kararlaştırılan kira bedelini ödemekle, kiraya veren ise 301. madde uyarınca kiralananı kira süresi boyunca kullanıma (sözleşmede öngörülen kullanım amacına) uygun bulundurmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük hem kira konusu eşyanın sözleşmede öngörülen kullanım amacına uygun şekilde kiracıya teslim edilmesini hem de kira süreci boyunca kiralananı kullanıma uygun bulundurma borcunu kapsamaktadır. Pandemi ile mücadele kapsamında alınan önlemler dolayısıyla kapatılan işyerleri bakımından da kiralananın sözleşmeden öngörülen kullanım amacına uygun şekilde işletilemediğinden bahisle kiralanan işyerinin (kira konusunun), ayıplı hale geldiğinden söz edilmesi kural olarak mümkündür.

Bir diğer tarafta, işlem temelinin çökmesi dolayısıyla – bir diğer ifadeyle TBK'nın 138. maddesinin ilk fıkrası uyarınca sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değişirse – sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması gündeme gelebilecektir. Salgın nedeniyle işyerlerinin aylarca kapanması karşısında kiracıların kiranın tamamını aralıksız olarak ödemeye devam edip etmeyeceği sorusuna bu bağlamda bir cevap aranmalıdır çünkü sözleşmenin yapıldığı sıradaki olgular dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu kiracı aleyhine değişmiş olmaktadır. Salgın hastalığın yarattığı koşullar; sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü ve günlük hayatın olağan akışına uymayan olgu ve olaylardır. Böylesi bir durumda kanunun işlem temelinin çökmesi haline ilişkin olarak öngördüğü en hakkaniyetli çözüm, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ve bu kapsamda kira bedelinde indirim yapılması olacaktır.

1 Koronavirüs (COVID-19) Çin'in Vuhan Eyaleti'nde Aralık 2019 sonlarında solunum yolu sıkıntuları gelişen bir grup hastada yapılan araştırmalar sonucunda 13 Ocak 2020'de tanımlanan bir virüs olup virüsün hızla tüm dünyaya yayılması ve küresel çapta salgın haline gelmesi akabinde Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından 11.03.2020 tarihinde pandemi ilan edilmiştir. Bkz. <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-Covid-19---11-march-2020> (Son Erişim Tarihi: 25 Mart 2021)

## I. ALMAN HUKUKU UYGULAMALARI

### A. GENEL OLARAK

2020 yılının bahar aylarında alınan pandemi önlemleri dolayısıyla kira hukuku alanında kiracı ve kiraya verenler arasında yaşanan hukuki açmazlar nedeniyle Almanya'da bu sorunların bir daha yaşanmaması adına bir çözüm arayışına girilmiştir. Meselenin özü kira ödemelerine ilişkin riskin kimin tarafından üstlenileceği olup kiracılar tarafından; özellikle Alman Medeni Kanunu'nun 313. maddesi uyarınca işlem temelinin çökmesi, kiralananın ayıplı hale gelmesi gibi çeşitli hukuki kurumlar ileri sürülmektedir. Kiraya verenler tarafında ise genellikle ortaya çıkan riskin kiracı tarafından üstlenilmesi gerektiği savunulmaktadır.

Aşağıda öncelikle kiracıların taleplerinin temel dayanağını oluşturan kamusal önlemler dolayısıyla kiralananın ayıplı hale geldiği iddiasına ilişkin olarak bu hususta Alman hukukundaki ilgili düzenleme ve görüşler sunulacak, akabinde söz konusu kamusal yasakların işyeri kira sözleşmeleri bakımından işlem temelinin çökmesine yol açacağına ilişkin kanunda öngörülen yeni yasal karine ve konuya ilişkin yargı kararlarından bahsedilecektir.

### B. KİRALANIN AYIPLI HALE GELMESİ DOLAYISIYLA KİRA BEDELİNDE İNDİRİM TALEBİ (MIETMINDERUNG)

Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 536. maddesinin 1. fıkrasına göre; kiralananın kiracıya teslimi anında sözleşmede öngörülen kullanım amacını önemli ölçüde azaltacak ya da ortadan kaldıracak şekilde ayıplı olması ya da söz konusu ayıbın kira süresi boyunca ortaya çıkması durumunda kiracı, kira bedelinde indirim yapmasını talep edebilecektir.

Sübjektif ayıp tanımına göre, kiralananın sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşımaması durumunda kiralananın ayıplı hale geldiği kabul edilmektedir.<sup>2</sup> Bir diğer ifadeyle; kiralananın ayıplı olup olmadığının tespitinde esas alınacak ilk kıstas, kiralananın taşıması gereken özelliklere ilişkin sözleşmede yer alan düzenlemelerdir.<sup>3</sup> Sözleşmede kiralananın niteliğine ilişkin bir düzenleme bulunmuyorsa, bu durumda sözleşmede kararlaştırılan kullanım amacı ve (BGB 242. maddesi uyarınca) dürüstlük kuralı nazara alınarak kiralananın kullanım amacına uygun olup olmadığı ve dolayısıyla ayıplı olup olmadığı tespit edilecektir.<sup>4</sup> Bu bağlamda, – işyeri kiralamaları bakımından – belirli koşullar altında bir alışveriş merkezinde müşteriye erişebilirliğin kiralananın niteliğine ilişkin bir anlaşma teşkil edip etmediğinin ve dolayısıyla getirilen kapatma önlemleri ve kontak sınırlamalarının kiralananı bu kapsamda ayıplı hale getirip getirmediğinin tespit edilmesi gerekir.<sup>5</sup>

2 Norbert Eisenschmid, *Schmidt-Futterer Mietrecht Kommentar*, 14. Auflage 2019, Hrsg. Hubert Blank, § 536 Rn. 19; Martin Häublein, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II*, 8. Auflage 2020, Hrsg. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limperg, § 536 Rn. 3; BGH NZM 2013, 184 – Straßenbaulärm im Mietverhältnis in „Innenstadtlage“.

3 BGH NZM 2009, 855.

4 BGH NZM 2009, 855.

5 Stefan Sentek/ Carsten Ludley, “COVID-19: Die hoheitlich verfügte Ladenschließung als Mietmangel”, NZM 2020, s. 407.

Uygulamada akdedilen işyeri kira sözleşmelerinde, kiralanan işyerinin – özellikle kiracının müşterileri için fiili erişilebilirliği veya müşteri iletişimi gibi – belirli (fiziksel) özellikleriyle ilgili saptamalar genellikle yer almaz.<sup>6</sup> Bunun yerine sözleşme tarafları genellikle sözleşmede işyerinin kullanım amacını (“kiralama amacı”, “amaç” veya “kullanım amacı” başlığı altında) açıkça belirlemektedirler.<sup>7</sup> Öte yandan öğretide, sözleşmede kararlaştırılan kullanım amacının işyeri kiralari bakımından büyük önem arz ettiği, bunun BGB'nin 535. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi uyarınca “sözleşmeye dayalı kullanım amacı ve durumu”nu tespit ettiği ileri sürülmektedir.<sup>8</sup> Buna göre, taraflar sözleşmede kiralanan işyerinin taşıyacağı özellikleri belirlememişlerse sözleşmeye uygunluk meselesi, işyerinin sözleşmeye bağlı olarak kararlaştırılan kullanım amacına tamamen uygun bir durumda olup olmadığına göre belirlenecektir.<sup>9</sup>

Bu bağlamda örneğin bir alışveriş merkezinde faaliyet gösteren bir işyerinin çok sayıda müşteri tarafından erişilebilir olması ve sadece bu amaçla ziyaret edilmesi beklenir bir durumdur.<sup>10</sup> Kiralanan yerin çekiciliği ve buna bağlı olarak kira bedeli de esasen buna göre belirlenmektedir.<sup>11</sup> Merkezi bir alışveriş meydanında bulunan işyeri de, çekiciliğini çok fazla yaya trafiğinin ve muhtemelen aynı zamanda araba trafiğinin yoğun ve dolayısıyla müşteri sirkülasyonunun fazla olması gerçeğinden kazanır.<sup>12</sup> Bu özellikler, bir mağazanın böyle bir konumdaki kullanıma elverişliliğini doğrudan belirlemektedir. Bahsi geçen niteliklerin ve kiralanan işyerinin kullanıma uygunluğunun, doğrudan doğruya hem mekânsal olarak hem de nedensellik açısından etkilendiği açıktır.<sup>13</sup>

Ayıp kavramı ile kanun koyucu tarafından kastedilenin öncelikli olarak kiralanan mülkün kendisiyle doğrudan ilgili koşullar – örneğin kiralananın kullanımı doğrudan bozan ve etkileyen yapısal hatalar – olduğu ileri sürülmektedir.<sup>14</sup> Bir diğer ifadeyle, kiraya verenin kiralanan mülkün fiziksel durumuna ilişkin riskini,<sup>15</sup> kiracının ise kiralananın kullanım riskini üstlendiği kabul edilmektedir.<sup>16</sup> Öte yandan, Alman Federal Mahkemesi (önceki adıyla *Reichsgericht*), “dans lokali” davasından<sup>17</sup> bu yana, kanunda öngörülen maddi ayıp kavramının bazı münferit durumlarda oldukça dar kapsamlı kaldığını, somut olayın şartlarına göre ayıp tanımının kiralananın dışındaki – ancak kiralanan mülkün kullanımını etkileyen, kısıtlayan veya imkansız hale getiren – koşullara da genişletilmesi gerektiğini halihazırda uzun yıllardır kabul etmiş durumdadır.<sup>18</sup>

6 Sentek/ Ludley, s. 407.

7 Peter Günter, *Gewerberaumiete Kommentar*, 2. Auflage 2019, Hrsg. Hartmut Guhling, Peter Günter, § 536 Rn. 74 vd.

8 Günter, § 536 Rn. 75.

9 BGH NZM 2004, s. 736.

10 Sentek/ Ludley, s. 407.

11 Sentek/ Ludley, s. 407.

12 OLG Dresden NZM 1999, s. 317.

13 Peter Kluth/ Julius Böckmann, *Zugangsbeeinträchtigung aufgrund staatlicher Baumaßnahmen – Risikoverteilung bei Gewerberaumiete* NZM 2003, s. 882; OLG Dresden NZM 1999, s. 317.

14 Walter Weidenkaff, *Palandt Kommentar zum BGB*, 78. Auflage 2018, Hrsg. Otto Palandt, § 536 Rn. 16; Jan Hellner, “Pacta sunt servanda – gilt dieser Grundsatz auch für die Miete in Zeiten der COVID-Pandemie?”, *NJOZ* 2020, s. 770.

15 Peter Günter, “Der Einfluss öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen auf mietvertragliche Vereinbarungen”, *NZM* 2016, s. 569; Sentek/Ludley, s. 407–410.

16 Donata Zehner, “Mietrechtliche Neuregelungen in Zeiten der Coronakrise”, *JA* 2020, s. 489.

17 RGZ 87, 277 – III 145/15. Ayrıntılı bilgi için bkz. I.D. bölümü s. 12 vd.

18 Hellner, s. 770. Öğreti ve yargı kararlarında çevresel ayıp olarak nitelendirilen bu ayıp türü ve çevresel ayıba karşı kiraya

Alman Federal Mahkemesi'nin ünlü *Bolzplatz* kararına göre; kiracı, kira sözleşmesi sürdüğü müddetçe, sözleşmenin başındaki mevcut çevresel koşulların sözleşmenin devamı boyunca aynı şekilde kalacağını bekleyemez.<sup>19</sup> Böylesi bir beklenti, yalnızca özel istisnai durumlarda ve her durumda böyle bir anlaşmanın kabulüne ilişkin somut kanıtlar varsa dikkate alınacaktır.<sup>20</sup> Bu nedenle, işyeri kiralari bakımından müşteri erişilebilirliği konusu, kira sözleşmesinin akdedilmesinden önce her iki tarafça da tartışılmış olmalı ve kiraya veren, kiracının müşteri hacmine ilişkin talebini açık ya da zımni şekilde onaylamış olmalıdır.<sup>21</sup> En nihayetinde bir işyeri kira sözleşmesi bakımında kiralanan ile ilişkin bir "müşteri erişimi" özelliği açık ya da zımni şekilde kararlaştırılmışsa, alınan kamusal önlemlerin mevcut olduğu ve kiralananı etkilediği ölçüde BGB'nin 536. maddesi uyarınca onu ayıplı hale getireceği ileri sürülebilir. Öğretide bu kapsamda, kiralananın konumu ve özellikleriyle ilgili olan koşulların, kamu hukukundan doğan sınırlamalar dolayısıyla etkilenebileceğinden bahisle kiralananın ayıplı hale geleceği kabul edilmektedir.<sup>22</sup> Bir diğer ifadeyle; kanunun, kiralananındaki ayıbın mutlak surette kiralananın fiziksel koşullarından kaynaklanmasını şart koşmadığı, çünkü böylesi bir sınırlamanın kiracının menfaatleri ile örtüşmeyeceği ve bunu büyük ölçüde daraltacağı belirtilmektedir.<sup>23</sup>

Bir diğer taraftan ise Alman Hukuku'nda kiralanan taşınmazın doğal afetler nedeniyle maruz kaldığı zararlar bakımından, kiraya verenin bunlara karşı önlem alıp almadığına veya almak zorunda olup olmadığına bakılmaksızın, BGB'nin 536. maddesi anlamında ayıptan söz edileceği kabul edilmektedir.<sup>24</sup> ki Alman Virolog Christian Drosten, Covid-19 salgınına "ağır çekimde gerçekleşen bir doğal afet" olarak nitelendirmektedir.<sup>25</sup> Covid-19 salgınının da kiralık işyerini etkileyen bir doğal afet olarak değerlendirilebileceği, çünkü olağanüstü bir acil durum olarak nitelendirilse bile, bu durumun doğal afetin etki ve sonuçları ile bir tutulabileceği ifade edilmektedir.<sup>26</sup>

Covid-19 salgınının (kapatmalar, kontak ve çıkış kısıtlamaları) bir sonucu olarak öngörülen kamusal kısıtlamalar, kiracının kişisel ve operasyonel koşullarıyla bağlantılı olmayıp öncelikli olarak "sistem açısından kritik bir altyapı" sağlamayı ve virüsün daha fazla yayılmasını önlemeyi amaçlamaktadır.<sup>27</sup> Bununla birlikte – her ne kadar işyeri kapatmaları ve sokağa çıkış kısıtlamaları münferit bir kiracıya yönelik olmasa da-, mevcut kamusal önlemler ile kiralananın kullanılabilirliğinin etkilendiği ve

verenin sorumluluğu bakımından ayrıntılı inceleme için bkz. Çiğdem İleri, "Çevresel Gürültü Nedeniyle Kiraya Verenin Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı: 1, Ocak 2021, s. 461 vd.

19 BGH, Urt. v. 29.04.2015 – VIII ZR 197/14, *NJW* 2015, s. 2179.

20 BGHZ 205, 177, *NZM* 2015, 481.

21 Sentek/ Ludley, s. 408.

22 Günter, s. 570; BGH *NJW-RR* 2014, 264 (265); Häublein, § 536 Rn. 25; Alexander Schall, "Corona-Krise: Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage bei gewerblichen Miet – und Pachtverträgen", *JZ* 2020, s. 388; Hubert Schmidt, *COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise*, 2. Baskı 2020, § 3 Rn. 71; Hans-Michael Krepold, "Gewerbemietverträge in Zeiten der Corona-Pandemie", *WM* 2020, s. 728–734.

23 Arnold Lehmann-Richter, "Einkaufscenter: Beitritt zu Werbegemeinschaftsverein wirksam!", *MietRB* 2016, s. 196-197; Martin Häublein/ Maximilian Müller, "Wer trägt das Pandemierisiko in der Geschäftsraummiete?", *NZM* 2020, s. 489.

24 Häublein, § 536 Rn. 23.

25 <https://www.ndr.de/nachrichten/info/coronaskript122.pdf> (S. 2)

26 Sentek/ Ludley, s. 409.

27 Sentek/ Ludley, s. 408.

sözleşmede öngörülen kullanım amacına hanel geldiği açıktır.<sup>28</sup> En nihayetinde öğretide ve yargı kararlarında; kamu hukuku kısıtlamaları ve kullanım engellerinin, kiralanan mülkün özel niteliği, kullanılabilirliği veya konumundan kaynaklanması ve sadece kiracının kişisel veya operasyonel koşullarından kaynaklanmaması durumunda, kiralananın ayıplı olduğu kabul edilmektedir.<sup>29</sup>

### **C. KIRACI LEHİNE GETİRİLEN KANUNİ KARİNE**

Kira hukuku alanında yaşanan tüm yasal belirsizliklere cevaben ve bunların tekrar ortaya çıkmasını engellemek adına, Federal Meclis (Bundestag) tarafından, 17.12.2020 tarihinde “Borç tasfiye prosedürünün kısaltılması ve şirket, kooperatif, dernek ve vakıflar hukuku ile kira ve patent hukukunda pandemiyle ilgili düzenlemeleri uyarılama hakkında Kanun”<sup>30</sup> kabul edilmiştir. Anılan Kanun’da yapılan ve 31 Aralık 2020 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik ile Covid-19 salgını dolayısıyla gerçekleştirilen işyeri kapatmalarının kira sözleşmesinin tarafları arasında işlem temelinin çökmesine sebebiyet verdiği ve BGB’nin 313. maddesi bağlamında bunun da sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması yoluna kapı araladığı bir kanuni karine olarak kabul edilmiştir. Öte yandan anılan kanun değişikliği uyarınca Covid-19 ile ilgili kira uyarlamaları bakımından başlatılacak yasal işlem ve davalar öncelikli ve ivedi olarak görülecektir. Bununla birlikte Kanun, işyeri kapatmalarına ilişkin kamusal kısıtlamaların BGB’nin 535. maddesi uyarınca ayıp teşkil edip etmediği sorusuna cevap vermemektedir.

Kanun koyucu, Alman Medeni Kanunu’nu Düzenleyici Kanun’un 240. maddesine yeni bir fıkra ekleyerek (§ 7) BGB’nin 313. maddesi (sözleşme koşullarının değişmesi) bakımından işyeri kiralama ilişkin olarak bir kanuni karine eklemiş ve buna göre devletçe öngörülen koronavirüs önlemleri ve kısıtlamalarının kira sözleşmesi akdedilmesinden sonra koşulları önemli ölçüde değiştirecek nitelik taşıdığını ve sözleşmenin uyarlanmasına yol açacağı, bu bağlamda da kira bedelinde bir uyarılama yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

Anılan hükme göre; konut kiralaları dışındaki kiralanan yerler, Covid-19 salgınıyla mücadele bakımından alınan hükümetin önlemleri neticesinde kiracı bakımından işletilemez ya da çok sınırlı şekilde ve üst düzey önlemlerle işletilebilirse, bu durumda işlem temeli çökmüş sayılır ve sözleşmenin yapıldığı sıradaki olguların, kiracıdan ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştiği kabul edilmektedir.

Yeni yasal düzenleme ile Covid-19 salgınıyla mücadele kapsamında alınan bir kamusal önlemin kira ilişkisinin tarafları arasında sözleşme temeline ciddi bir değişikliğe yol açacağı hususunda kiracı lehine bir adi karine öngörülmüş durumdadır. Bununla birlikte, bu karine yalnızca kiralama konusu

28 Sentek/ Ludley, s. 408.

29 Sentek/ Ludley, s. 408; BGH NZM 2014, s. 166.

30 „Gesetz zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Patentrecht“ Bundestag Drucksache 19/25251 – („Gesetzesänderung“), <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP19/2656/265684.html> (Son Erişim Tarihi: 13.03.2021)

işyeri artık kiracı bakımından kullanılamaz hale gelmişse veya yalnızca kamusal önlemler dolayısıyla ancak ciddi/ önemli kısıtlamalarla işletilebiliyorsa geçerlidir.

Kanun koyucu kural olarak perakende satış alanının yalnızca belirli bir bölümünün kullanılması veya belirli bir alanda bulunmasına izin verilen kişi sayısının hükümet eliyle sınırlandırılması durumunda önemli bir kısıtlamadan söz edilebileceğini belirtmiştir. Kanun gerekçesine göre; halka açık bir işletmede, tüketim isteğinin azalması nedeniyle müşteri sirkülasyonu azalmışsa bu durumda önemli bir kısıtlama mevcut değildir.

Öte yandan bahsi geçen yasal karine, otomatik olarak sözleşmenin uyarlanması sonucunu doğurmayacaktır. Bir diğer ifadeyle, kiraya verenin yasal karinenin aksini ispat edebileceği ve sözleşmenin uyarlanması yolunun gündeme gelmeyeceği bazı çıkış noktaları mevcuttur. Örneğin; kira sözleşmesi, SARS-CoV-2 koronavirüsün yayılmasının (yeni bir virüs dalgasının) önceden öngörülebilir olduğu bir zamanda akdedilmişse karine geçerli olmayacaktır. Böylesi bir durumda, kural olarak söz konusu kira sözleşmesinin, her iki tarafça ekonomik hayatta kapsamlı ve büyük ölçekli bir değişikliğine süregeldiği bilgisiyle akdedildiği varsayılabilir.

Öte yandan kiracının sözleşmenin uyarlanması yönündeki talebi ancak BGB'nin 313. maddesinde öngörülen uyarlama şartlarının gerçekleşmesi halinde kabul görebilir. Uyuşmazlık halinde kiracı, kamusal önlem dolayısıyla sözleşmenin mevcut haliyle devam etmesinin kendisinden beklenemeyeceğini ortaya koymalı ve ispat etmelidir. Sözleşme şartlarındaki oransızlığın derecesi, esasen kamusal kısıtlamaların kiralanan işyerinin işleyişini ne kadar yoğun şekilde etkilediğine bağlıdır. Kiracının devletten kira desteği aldığı, kısa çalışmanın geçerli olduğu ya da mal alımını durdurarak harcamalardan tasarruf ettiği durumlarda bahsi geçen oransızlığın söz konusu olmayacağı ve uyarlamanın kural olarak gündeme gelmeyeceği kabul edilmelidir.<sup>31</sup>

Kanun koyucu, kanun değişikliğinin BGB'nin 313. maddesinin uygulanabilirliğine ilişkin mevcut belirsizliğin ortadan kaldırılması amacıyla yapıldığını belirtmekte ve işyeri kiralalarında kiracının müzakere pozisyonunu güçlendirmeyi amaçlamaktadır.

Tüm bunlara rağmen kanun koyucu, kanun gerekçesinde kira hukuku uyarınca ayıptan doğan seçimlik ya da yenilik doğurucu hakların 313. madde karşısında öncelikli olarak uygulanacağını belirtmiştir. Bu durumu destekler şekilde, güncel içtihatlar da, ayıptan doğan hakların sözleşmenin uyarlanması talebini dışladığını ifade etmektedir.

Özet olarak; pandemi yasakları dolayısıyla faaliyetleri kısıtlanan veya askıya alınan işyeri sahipleri bakımından, işyeri kiralalarının indirilmesi talebinin BGB'nin 313. maddesi (sözleşmenin uyarlanması kurumu) kapsamında değerlendirilmesine ilişkin olarak Alman hukukunda yeni bir yasal karine getirilmiştir. Bir diğer ifadeyle, anılan yasa değişikliği ile pandemiyle mücadele kapsamında alınan kamusal önlemlerin sözleşme temelini sarsacağı hususunda kiracı lehine bir adi karine öngörülmüş ve aksini ispat yükü kiraya veren tarafa yüklenmiştir. Bununla birlikte; bahsi geçen yasa değişikliği, kiracıya otomatik olarak sözleşmenin uyarlanması yönünde bir talep hakkı sağlamamaktadır. Aynı

31 Silvio Sittner, "Mietrechtspraxis unter Covid-19", *NJW* 2020, s. 1172.

zamanda kira indiriminin kapsamı, süresi ve oranı da düzenlemede yer almamaktadır. Öte yandan kiracı; 313. maddede öngörülen diğer şartlar bakımından bunların somut olayda gerçekleştiğini – bilhassa sözleşmenin mevcut haliyle sözleşmeye devam etmesinin kendisinden beklenemeyeceğini – ispatla mükelleftir.

Sonuç itibarıyla; anılan yasal karine ile pandemi önlemlerinin kira sözleşmeleri bakımından hukuki sonuçlarına ilişkin olarak tam anlamıyla bir yasal belirlilik oluşmasa da, en azından kiracının kira bedelinin indirilmesi (uyarlanması) talebinin yasal dayanağı bakımından 313. maddenin de masada olduğu ve şartları oluşmuşsa uygulama alanı bulabileceği anlaşılmıştır. En nihayetinde uyarlama şartlarının mevcudiyeti ve uyarlama yapılacaksa kira bedelinin ne oranda indirileceği somut olay düzeyinde incelenecektir.

#### **D. EMSAL YARGI KARARLARI**

Anılan yasal düzenleme ile, Alman hukukunda pandeminin başından beri işyeri kapatmalarının kira hukuku alanında doğurduğu hukuki sorunlar ve sonuçlar bakımından eyalet mahkemelerince birbirinden farklı hukuki değerlendirmeler yapılmakta ve bu doğrultuda kararlar verilmektedir. Belirtmek gerekir ki kararlar arasında şu an için bir yeknesaklık bulunmamaktadır.

Heidelberg Eyalet Mahkemesi'nin 30.07.2020 tarihli kararında;<sup>32</sup> pandemi önlemleri kapsamında işyerlerinin kapatılmasına ilişkin getirilen düzenlemelerin Alman Medeni Kanunu'nun 536. maddesinin 1. fıkrası uyarınca ayıp teşkil etmediği, alınan üstün nitelikli önlemlerin kamuyu koruma amacı taşıdığı ve doğrudan kiralanan mülkün kendisine yönelik olmadığı, yalnızca kiracının işletme faaliyetiyle ilgili bulunduğu kanaatine varılmıştır.

Zweibrücken Eyalet Mahkemesi 11.09.2020 tarihli kararında<sup>33</sup> ve Wiesbaden Eyalet Mahkemesi de 05.11.2020 tarihli kararında<sup>34</sup> işyerlerinin kapatılmasına ilişkin alınan önlemlerin kiralananı ayıplı hale getirmediğini, bunun ötesinde işlem temelinin çökmesinden de söz edilemeyeceğini hükme bağlamıştır.

Aynı yönde Frankfurt Eyalet Mahkemesi'nce verilen bir kararda,<sup>35</sup> salgına karşı alınan kamusal önlemler kapsamında perakende satış yapan mağazaların kapatılmasının kira hukukuna ilişkin hükümler kapsamında ayıp teşkil etmeyeceği ve bu nedenle de kira bedelinde indirim hakkının gündeme gelemeyeceğine hükmedilmiştir. Bu kapsamda ayrıca Mahkeme, şirketin devamlılığına yönelik istisnai bir tehdit olmadığı sürece, işlem temelinin çökmesinden de bahsedilemeyeceğini ve bu nedenle, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının da talep edilemeyeceğini belirtmiştir. Söz konusu davada ünlü bir giyim firmasının şubesini işleten davalı kiracı, salgın önlemleri neticesinde mağazasının 18 Mart – 20 Nisan 2020 tarihleri arasında kapalı kaldığını, satışlarda büyük çapta

32 LG Heidelberg, Urteil vom 30.07.2020 – 5 O 66/20.

33 LG Zweibrücken, Urteil vom 11.09.2020 – HK O 17/20.

34 LG Wiesbaden, Urteil vom 05.11.2020 – 9 O 852/20.

35 LG Frankfurt, Urteil vom 05.10.2020, Az. 2-15 O 23/20.

(geçen yılın mart ayına göre %54 oranında) düşüş yaşandığını, söz konusu gelir kaybı dolayısıyla da nisan ayı kirasının ödenmesinde güçlük yaşandığını, bu durumun da ayıp olarak kabul edilmesi icap ettiğini ileri sürerek kira bedelinde indirim yapılması gerektiğini, her koşulda pandemi krizi dolayısıyla işlem temelinin çöktüğünü ve sözleşmenin uyarlanması gerektiğini savunmuştur.

Eyalet Mahkemesi, davalı kiracının savunmasını yerinde görmeyerek, kamu hukukundan doğan kısıtlama ve yasakların bilhassa ticari amaçla yapılan kira sözleşmeleri bakımından ayıp teşkil edebileceği kabul edilse de, somut olayda ayıptan söz edilemeyeceği kanaatine varmıştır. Mahkemeye göre ayıptan söz edilebilmesi için kamusal yasaklama nedeninin kiralanan mülkün kendisinden kaynaklanması gerekmektedir ki salgın hastalık nedeniyle kapanmaların öngörülmesinde bu durumdan söz edilemez. Mağazaların kapatılmasının ancak mağazadaki insan trafiğinin salgını tetikleyici olmasıyla ilgisi olabilir, bununla birlikte bu durumun kiralananın niteliğiyle doğrudan bir bağlantısı bulunmamaktadır.

Mahkemeye göre, işlem temelinin çökmesinden de söz edilemez. Bir kiracının, öngörülemeyen olayların ortaya çıkması durumunda, üzerinde anlaşmaya varılan kira ödemesinde indirim talep edebileceği kabul edilebilir. Ancak somut olayda mahkemeye göre, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması imkânı ancak “hukuk ve adaletle bağdaşmayan tahammül edilemez bir sonucun ortaya çıkmaması için kaçınılmaz görünüyorsa” gündeme gelebilecektir. Böylesine istisnai bir durum ise ancak ve ancak taraflardan birinin iktisadi varlığına yönelik bir tehdidin varlığı halinde kabul edilebilir. Somut olayda ise mahkemeye göre, davalı giyim firması bakımından böylesi bir ekonomik tehdit söz konusu değildir.

Bir diğer ifadeyle; geçici mali darboğaz, ekonomik varoluş ve devamlılığa ilişkin bir tehdit teşkil etmez. Ayrıca somut olay bakımından davalı giyim firması, kısa süreli çalışmaya geçmiş ve bu sayede tasarruf sağlamıştır ve federal hükümetin pandemiye ilişkin olarak yasada öngördüğü kısa vadeli değişiklikler, Covid19 salgını ile ilgili ödeme zorlukları nedeniyle işten çıkarılmaları engellemiştir.

Öte yandan Münih I Eyalet Mahkemesi, 22.09.2020 tarihli kararında<sup>36</sup> Covid-19 pandemisi dolayısıyla alınan önlemler kapsamında temel ihtiyaçların satıldığı iş yerleri dışında tüm mağazaların kapatılması ya da bunların kullanım alanlarının daraltılması veya müşteri sayısı sınırlaması getirilmesinin ayıp teşkil ettiğini ve bu nedenle kira bedelinde indirim hakkının kullanılabileceğini karara bağlamıştır.

Somut olayda davacı, davalı kiracıya mağaza olarak kullanılmak üzere yaklaşık 3.000 m<sup>2</sup>'lik bir işyerini kiralamıştır. Davalı kiracı, söz konusu işyerinde bir mobilya mağazası işletmektedir. Covid-19 salgını sebebiyle davalı kiracı, 2020 İlkbaharında alınan önlemler kapsamında mağazasını tamamen kapatmak zorunda kalmış ve sonrasında önlemlerin gevşetilmesi ile de işyerinin yalnızca 800 m<sup>2</sup>'lik alanını (her 20 m<sup>2</sup>'ye bir müşteri düşecek şekilde) kullanmasına izin verilmiştir. Bunlardan dolayı kiracı, kiralananın pandemi dolayısıyla ayıplı hale geldiğini ileri sürerek Nisan 2020'den itibaren kira bedelini %100 olacak şekilde indirmiş; bir diğer ifadeyle kira bedelini ödememeye başlamıştır. Bununla birlikte davacı kiraya veren ise kiracının tüm kira bedelinden sorumlu olduğunu ileri

36 LG München I, Urteil vom 22.09.2020 – 3 O 4495/20.



sürerek (kiracı tarafından ödenmeyen) Nisan – Haziran 2020 dönemi için yaklaşık 224.000,00 EUR kira bedelinin tahsili için dava açmıştır.

Kısmen kabul edilen davada Münih Eyalet Mahkemesi, kiracının kısmen ve kademeli şekilde kira bedelinde indirim yoluna gidebileceğine, çünkü kiralananın kullanımını etkileyen mevcut önlem ve kısıtlamaların kiralananı ayıplı hale getirdiğine işaret etmiştir. Kararın gerekçesini Alman Federal Mahkemesi'nin aşağıda değinilen pek çok kararına dayandıran Eyalet Mahkemesi, bilhassa savaş dönemlerinde öngörülen resmi yasakların pek çok işyeri bakımından kiralanan işyerinin sözleşmeye uygun şekilde kullanılmasını imkânsız hale getirdiğine ve bu durumun da ayıp teşkil ettiğine değinmiştir. Öte yandan, kiralanan işyerini ayıplı hale getiren unsurlar üzerinde duran Eyalet Mahkemesi, kamu hukukundan doğan sınırlamaların kiralananın özellik, kullanılabilirlik ve durumunu etkilemesi halinde ayıp teşkil edeceğine vurgu yaparak söz konusu kısıtlamaların somut olarak kiralananın kullanımını etkilemesi gerektiğini belirtmiştir.

Somut olayda taraflar, kiralanan işyerinin mobilya mağazası olarak faaliyet göstereceği hususunda anlaşmış olup söz konusu kullanım amacı, kamu hukukundan doğan pandemi kısıtlamaları nedeniyle etkilenmiş ve hatta kimi zamanlarda tamamen ortadan kalkmıştır. Kaldı ki söz konusu sınırlamalar, kiracının risk alanına dâhil olan (bir diğer ifadeyle kiracıya yüklenebilecek) sebeplerden kaynaklanmamıştır.

Sözleşmede yer alan ve kiracının işletmenin faaliyetlerinin yürütülmesi bakımından gerekli tüm (kamusal) izinleri – tüm sorumluluk kendisine ait olmak üzere – alacağı ve yenileyeceğini öngören sözleşme maddesinin somut olay bakımından bir değişikliğe yol açmayacağı çünkü söz konusu hüküm ile inşaat ya da iş hukukundan doğan izinlerin kastedildiği belirtilmiştir.

Eyalet Mahkemesi'ne göre, mobilya mağazasının kullanılmasının kapsamlı şekilde sınırlandırıldığı dönem için kira bedeli %80 oranında indirilebilir. Mağaza alanının yalnızca %25'inin kullanıldığı ve müşteri trafiğinin oldukça az olduğu Mayıs 2020 bakımından ise %50 indirim yapılması uygun olmakla, mağaza alanının tamamının kullanıldığı ancak sadece müşteri sayısında sınırlama öngörülen Haziran 2020 için ise %15 indirimin gündeme gelebileceği kabul edilmiştir.

Yukarıda özetlenen Münih Eyalet Mahkemesi kararında işaret edilen Alman Federal Mahkemesi'nin (*Reichsgericht*) 1. Dünya Savaşı zamanında yüzyılı aşkın bir süre önce verdiği bazı kararlarında savaş döneminde getirilen dans etme yasağının bu amaçla (dans faaliyetleri) kirallanmış iş yerleri bakımından bir ayıp teşkil ettiğini ve kira bedelinde indirim hakkının kullanılabileceğini hükme bağlamıştır ki benzer bir yaklaşım Covid-19 pandemisi döneminde de salgınla mücadele için alınan önlemler kapsamında kapatılan işyerleri bakımından da benimsenebilir.

1. Dünya Savaşı döneminde Almanya'da bilhassa geceleri çalışan balo ve dans salonları ile gece kulüpleri kapatılmış ya da yalnızca sınırlı şekilde faaliyet gösterebilmiştir. Bunun yanında ayrıca marketler, değirmenler ve birahaneler de kapatılmış ve kira sözleşmesinden doğan çeşitli sorunlar ortaya çıkmıştır.

Alman Federal Mahkemesi 09.11.1915 tarihli “*Tanzlokal*” (dans lokali) kararında,<sup>37</sup> ağırlıklı olarak dans kulübü olarak faaliyet gösteren bir işletme sahibi açısından savaş döneminde öngörülen dans etme yasağı dolayısıyla kira bedelinde indirim hakkının gündeme gelebileceğini belirtmiştir. Anılan kararda öncelikle taraflar arasında kira sözleşmesi olarak adlandırılan sözleşmenin bir leasing anlaşması olduğu tespit edilmiştir. Alman Medeni Kanunu hükümleri uyarınca (§ 581 f. 1 BGB) leasing sözleşmelerine de – bünyesine uygun düştüğü ölçüde – kira sözleşmesi hükümleri uygulandığından, kira sözleşmesine ilişkin düzenlemeler uyarınca kira bedelinde indirim hakkının uygulanabilmesi için sözleşmede öngörülen kullanım amacının etkilenmiş olması gerekmektedir.

Federal Mahkeme, dans işletmeciliğinin sözleşmenin özünü oluşturduğundan bahisle, dans etmenin yasaklanması ile leasing konusu lokalin kullanılamaz hale geldiğini çünkü somut olayda işletme konusu mekânda ağırlıklı olarak dans faaliyeti yapıldığını ve bu durumun yalnızca sözleşmenin akdedilmesinden savaş dönemine kadar geçen süre için geçerli olmadığını, aynı zamanda sözleşmenin kurulmasından önceki 30 yıllık süreçte de söz konusu mekânın adeta bir dans kulübü olarak işletildiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre; sözleşmenin kullanım amacının ortadan kalktığına işaret eden bir başka gösterge ise dans faaliyetinin işletmenin esas gelir kaynağıdır ve işletmedeki yiyecek ve içecek siparişleri yalnızca ya da çoğunlukla dans etmeye gelen müşteriler tarafından verilmektedir.

Federal Mahkeme; risk dağılımına vurgu yaparak, halka açık yerlerde dans etme yasağı getirilmesinin – kiralayandan kaynaklanmayan bir sebeple – yasak boyunca kira konusundan yararlanmayı imkânsız hale getirdiğine işaret etmiştir. Söz konusu yasak, uzun yıllardır dans faaliyeti için kullanılan leasing konusu mülkün kendisine yönelik olup yasakla birlikte söz konusu faaliyet gereği gibi icra edilemediğinden, kiralananın sözleşmede öngörülen kullanım amacına uygun şekilde kullanılması imkânsız hale gelmiş olup bu durumda Medeni Kanun’un § 537 (§ 581 f. 2 atfıyla) hükmünün uygulanabileceği karara bağlanmıştır. Mahkemeye göre; işletmenin dans faaliyetleri için kullanıldığı bilgisinin sözleşmede yer almaması, değerlendirme açısından önem arz etmemektedir çünkü somut olaydan anlaşıldığı üzere; sözleşme tarafları, kiracının söz konusu işletmeyi yalnızca dans faaliyetleri yürütmek amacıyla kiraladığını bilmektedir.

Federal Mahkeme’nin 20.02.1917 tarihli bir başka kararında;<sup>38</sup> yine benzer şekilde, dans yasağı nedeniyle ortaya çıkan durumun BGB’nin § 537 hükmü uyarınca ayıp teşkil ettiği belirlenmiştir. Ancak söz konusu karara konu olan somut olayda; yukarıda anılan karardaki durumdan farklı olarak, sözleşmenin kendisinden açıkça leasing konusu yerin dans faaliyetleri için kiralanmış olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre; kamuya açık yerlerde dans etmenin yasaklanması, sözleşme konusu yerin sözleşmede öngörülen kullanım amacına uygun şekilde işletilmesine engel olmaktadır.<sup>39</sup>

37 RGZ 87, 277 – III 145/15.

38 RGZ 89, 203 – III 384/16.

39 Konu ile ilgili olarak nazara alınabilecek restoranlarda uygulanan sigara içme yasağının ayıp teşkil edip etmediğinin ve kira bedeli üzerindeki etkisinin değerlendirildiği Alman Federal Mahkemesi’nin 13.07.2011 tarihli kararında Mahkeme, söz konusu yasak ile işletmenin faaliyetinin imkânsız hale gelmediğini, bir diğer ifadeyle yasağın işletmenin faaliyeti üzerinde herhangi bir etkisi olmadığını hükme bağlamıştır. BGH, 13.07.2011 – XII ZR 189/09, NJW 2011, s. 3151 vd. Kararla ilgili detaylı inceleme ve görüşler için bkz. Jürgen Hübner, Das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der Covid-19-Pandemie im Geschäftsraummietrecht – nicht mehr als ein erster Schritt, ZfTR 2020, s. 277 vd.; Sittner s. 1171 vd.

Yukarıda değinilen yasal karinenin yürürlüğe girmesinden sonra verilen ilk yargı kararlarından biri olan Münster Eyalet Mahkemesi'nin 19.02.2021 tarihli kararında,<sup>40</sup> koronavirüs ile ilgili öngörülen kamusal kısıtlamaların, kira bedelinde indirim hakkına sebebiyet vermeyeceği, bir diğer ifadeyle ayıp teşkil etmeyeceği, öte yandan BGB'nin 275. maddesi uyarınca da imkânsızlıktan söz edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Mahkemeye göre, BGB'nin 313. maddesinin ve Alman Medeni Kanunu'nu Düzenleyici Kanun'un 240. maddesinin 7. bendinde öngörülen yasal karinenin<sup>41</sup> ilk bakışta somut olay bakımından nazara alınabileceği kabul edilse de, söz konusu karine 313. maddede öngörülen sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması bakımından yalnızca (sözleşme şartlarının değişmesine yönelik) ilk kritere ilişkindir ki uyarlanmanın diğer şartlarına ilişkin olarak herhangi bir karine söz konusu değildir. Bu bağlamda somut olay kapsamında değerlendirme yapan mahkeme, altı hafta süreyle tamamen kapanma ve sonraki dokuz iş günü için geçerli olan işletme kısıtlamalarının ve ayrıca % 10 oranındaki satış kaybının, herhangi bir sözleşme uyarlamasını haklı çıkarmayacağını karara bağlamıştır.

Münih Yüksek Bölge Mahkemesi'nin 17.02.2021 tarihli kararında<sup>42</sup> da pandemideki ilk dalga ve buna bağlı olarak 18.03.2020 – 27.04.2020 tarihleri arasında öngörülen önlemlerin işyeri kira sözleşmeleri bakımından kira bedeline ilişkin bir etkisi olup olmadığı ve kira bedelinin indirimine yol açıp açmayacağı değerlendirilmiştir. Mahkemeye göre; işletme faaliyetine getirilen sınırlamalar bakımından ayıptan söz edilmesi mümkün değildir çünkü BGB'nin ilgili hükümlerine göre ayıbın varlığından bahsedilebilmesi için kiralananın kullanımın kısıtlanması ile kiralık yerin özel niteliği, durumu veya konumu arasında doğrudan bir bağlantı mevcut olmalıdır ki pandemiyle mücadele kapsamında alınan önlemler bakımından böylesi bir bağlantının kurulması mümkün değildir. Bir diğer ifadeyle; kiraya verenin kiralananı teslim ve kira süresi boyunca sözleşmede öngörülen kullanım amacına uygun şekilde bulundurma borcu, kiralananın akla gelebilecek her durum ve koşulda kiralananın (içinde bulunduğu) mevcut durumunu garanti ettiği ve edeceği şeklinde yorumlanamaz.

Mahkemeye göre, pandemi önlemleri dolayısıyla işletme faaliyetlerinin kısıtlanması sebebiyle kira sözleşmesinin uyarlanması ve kira bedelinde indirim yapılması BGB'nin 313. maddesi uyarınca temelde mümkündür. Bir diğer ifadeyle; pandeminin neden olduğu faaliyet yasağının, 313. madde anlamında kira sözleşmesinin temeli haline gelen koşulları ciddi şekilde değiştirdiği ifade edilebilir. Bununla birlikte Senato; ancak sözleşme koşullarındaki önemli nitelikteki değişimlerin sözleşmeye müdahaleyi haklı çıkarabileceğini belirterek, her sözleşme ve her somut durum için, sözleşme koşullarında önemli bir değişikliğin olup olmadığının araştırılması gerektiğine işaret etmiştir. Bu bağlamda; kiracının kiralanan yeri somut kullanım amacına bakılmaksızın bu türden işletmelerin faaliyetini yasaklayan genel bir işletme yasağı getirilmesi durumunda sözleşme koşullarında önemli ölçüde bir değişiklikten söz edilebilir. Öte yandan, Mahkemece belirtildiği üzere, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması bakımından aranan tek şart bu durum değildir.

40 LG Münster, Urteil vom 19.02.2021 – 23 O 18/20.

41 Mahkemeye göre, söz konusu yasal karine geriye dönük olarak 2020'nin ilkbahar aylarında geçerli olan kapanma ve kısıtlamalar bakımından da uygulama alanı bulabilecektir.

42 OLG München, Urteil vom 17.02.2021, 32 U 6358/20.

Karlsruhe Yüksek Bölge Mahkemesi'nin 24.02.2021 tarihli kararında<sup>43</sup> ise Covid-19 salgını ile mücadele kapsamında alınan önlemler sırasında (18 Mart – 19 Nisan 2020 tarihleri arasında) işyerini kapatmak zorunda kalan bir işletme sahibinin kira ödemelerini askıya alamayacağı ya da kira bedelinde indirim talep edemeyeceği hükme bağlanmıştır. Mahkemeye göre salgına karşı öngörülen kamusal yasakların kiralanan işyerini ayıplı hale getirmesi söz konusu değildir. Kiralanan işyerinin mevcut durumu, bir perakende mağazasının sözleşmede öngörülen kullanım amacının gerçekleşmesine (satış ve depolama alanı olarak kullanılmasına) hala imkân tanıdığından, kira ödeme yükümlülüğü bu açıdan da ortadan kalkmamıştır. Bununla beraber Yüksek Mahkeme, işlem temelinin çökmesi ilkesi ekseninde sözleşmede belirlenen kira bedelinin tamamının ödenmesinin kiracı bakımından bir orantısızlık yaratıp yaratmayacağına kural olarak değerlendirebileceğini ifade etmiştir. Sözleşmenin uyarlanmasının ancak istisnai bir durum olarak gündeme gelebileceğini belirten Yüksek Mahkeme, uyarlama talebinin ancak sözleşmeye mevcut haliyle devam etmesinin kiracıya ekonomik açıdan büyük zarar vereceğinin ya da kiracının ekonomik mahvına sebep olacağını kiracı tarafından ispat edilmesi halinde kabul görebileceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, somut olay özelinde değerlendirme yapılması gerekmekte olup anılan şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti bakımından satışlardaki düşüş oranı, e-ticaret veya kamu hizmetleri yoluyla sağlanan gelir düzeyi, örneğin kısa süreli çalışma yoluyla tasarruf edilen harcamalar gibi faktörler bu incelemede nazara alınmalıdır.

## II. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

### A. GENEL OLARAK

Yukarıda Almanya bakımından kapsamlı şekilde ele alındığı üzere; Türkiye'de de Covid-19 pandemisi ile mücadele kapsamında çeşitli alanlarda günlük hayatı ve bu bağlamda günlük hukuki ilişkileri önemli ölçüde etkileyen kararlar ve kamusal önlemler alınmıştır. Bunlar arasında en dikkat çekenlerden biri olan İçişleri Bakanlığı'nın 16.03.2020 tarihli genelgesi ile "81 ilde, tiyatro, sinema, gösteri merkezi, konser salonu, nişan/düğün salonu, çalgılı/müzikli lokanta/kafe, gazino, birahane, taverna, kahvehane, kiraathane, kafeterya, kır bahçesi, nargile salonu, nargile kafe, internet salonu, internet kafe, her türlü oyun salonları, her türlü kapalı çocuk oyun alanları (AVM ve lokanta içindekiler dahil), çay bahçesi, dernek lokalleri, lunapark, yüzme havuzu, hamam, sauna, kaplıca, masaj salonu, SPA ve spor merkezlerinin faaliyetlerinin geçici bir süreliğine durdurulacağı" duyurulmuştur.

Bu çalışmada ele alınan konu özelinde belirtmek gerekir ki 26.03.2020 tarih ve 31080 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7226 Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun<sup>44</sup> ile 7226 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesi ile 01.03.2020 tarihinden 30.06.2020 tarihine kadar geçecek dönemde işyeri kira bedel ve bedellerinin ödenememesinin kira sözleşmesinin feshi ve tahliye sebebi oluşturmayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Buna göre anılan zaman aralığında (01.03.2020

43 OLG Karlsruhe, Urteil vom 24.02.2021 – 7 U 109/20.

44 Resmî Gazete, 26.03.2020, sayı: 31080 (mükerrer).

tarihinden 30.06.2020 tarihine kadar) işleyecek işyeri kira bedelinin ödenememesi durumunda kiraya verence fesih ya da tahliye yolunda gidilemeyecektir.

Türk Hukuku açısından da pandemiyle mücadele önlemleri kapsamında işletmelerin kapatılması durumunda kira bedelinin ödenmesine ilişkin edimin hukuki açıdan akıbeti hususunda uyarılma ve kiralananın ayıplı hale gelmesi ile borcun ifasının imkansızlaşması iddiaları gündeme gelebilir.

### **B. COVID-19 PANDEMİSİNİN MÜCBİR SEBEP NİTELİĞİ**

Pandemi önlemleri kapsamında nazara alınması gereken ilk husus, bir bulaşıcı hastalık olan koronavirüs ve buna bağlı öngörülen önlemlerin bir mücbir sebep teşkil edip etmediğidir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2017/90 E. – 2018/1259 K. sayılı kararında: “Bu noktada “mücbir sebep” kavramı üzerinde kısaca durulmasında fayda vardır. Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır (Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 582). Deprem, sel, yangın, salgın hastalık gibi doğal afetler mücbir sebep sayılır. Yukarıdaki açıklamadan da anlaşılacağı gibi mücbir sebebin birtakım unsurları vardır. Öncelikle mücbir sebep, zorlayıcı bir olaydır. Bu olay doğal, sosyal veya hukuki bir olay olabileceği gibi insana bağlı beşeri bir olay da olabilir. Bu olay, zarar verenin faaliyet ve işletmesi dışında kalan bir olay olmalıdır. Mücbir sebep nedeniyle zarar veren, bir davranış normunu veya sözleşmeden doğan bir borcu ihlal etmiş olmalıdır. Yine mücbir sebep, davranış normunun ihlali ya da borca aykırılığın sebebi olmalı ve kaçınılmaz bir şekilde buna yol açmış olmalıdır. Kaçınılmazlık kavramı, mücbir sebep yönünden karşı konulmazlık ve önlenemezlik kavramını da kapsar. Mücbir sebebin bir diğer unsuru ise öngörülmezliktir...” ifadeleri ile mücbir sebep kavramının tanımı ve kapsamına yer verilmiştir. Öğretide ise mücbir sebep; borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun ya da borcun ihlaline, kaçınılmaz ve mutlak şekilde neden olan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olay biçiminde tanımlanmaktadır.<sup>45</sup>

Türk hukukunda küresel çaptaki bir bulaşıcı hastalığın yarattığı can güvenliği tehlikesi ve salgınla mücadele kapsamında alınan kamusal önlemlerin mücbir sebep olarak kabul edilip edilmediği hususunda tam bir açıklık bulunmamakla birlikte,<sup>46</sup> Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 17.11.2020 tarih ve E. 2020/2910 – K. 2020/6680 sayılı güncel kararında: “Uzun süreli kira sözleşmelerinde edimler arasındaki dengenin aşırı bozulması ve sözleşmenin taraflar açısından çekilmez hale gelmesi halinde kira parasının günün ekonomik koşullarına uyarlanması için her zaman uyarılma davası açılabilir. O halde Mahkemece yapılacak iş; az yukarıda açıklanan uyarılma davalarında uygulanması gereken ilke ve esaslar, belirtildiği şekilde tek tek ortaya konulmalı ve konularında uzman üç kişilik bilirkişi kurulundan, tüm bu veriler, kiralananın niteliği, kullanma alanı, konumu, bölgedeki kira parasını da etkileyecek normalin üstündeki imar ve ticaret değişiklikleri, emsal kira paraları, vergi ve amortisman

45 Eren, s. 582; Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 18. Baskı 2020, s. 418.

46 Arzu Oğuz, “COVID19, Mücbir Sebep ve sözleşmelere Etkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2020, Cilt:15, Sayı:166, s. 1276.

giderlerindeki artışlar, döviz kurlarındaki ani ve aşırı iniş ve çıkışlar ile ülkeyi sarsan ciddi ekonomik kriz veya deprem, sel, yangın, salgın hastalık gibi mücbir sebep sayılan doğal afetlere bağlı ödeme esaslarının yeniden düzenlenmesini gerektirecek olayların varlığı araştırılıp değerlendirilmek suretiyle bir rapor alınmalı ve hasıl olacak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yanılığın değerlendirme ile kira bedelinin tespitine yönelik karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.” ifadelerine yer verilerek salgın hastalık mücbir sebep kapsamında değerlendirilmiştir. Böylece uygulama bakımından yol gösterici olabilecek bir karar ortaya çıkmıştır. Benzer şekilde pandemi döneminde kaleme alınan eserlerde, salgın hastalığın insandan insana bulaşması ve küresel çapta yayılması ile salgınla mücadele kapsamında alınan kamusal önlemlerin ticaret hayatına büyük darbe vurduğu nazara alınarak mücbir sebep olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>47</sup> Mevcut koronavirüs salgınına karşı konulması mümkün olmadığı gibi salgının doğurduğu sonuçlar da öngörülebilir nitelikte değildir.<sup>48</sup> Öte yandan taraflar arasındaki sözleşmede de mücbir sebep durumuna ilişkin olarak bir düzenleme öngörülmüş olması mümkündür. Akdedilen sözleşmede mücbir sebep halleri örnekseyici olarak sayılmış olabilir. Örneğin taraflar arasındaki sözleşmede doğrudan “salgın hastalık”, “bulaşıcı hastalık”, “epidemi/ pandemi” hallerinin mücbir sebep sayılacağı düzenlenmiş olabileceği gibi pandemiyle mücadele kapsamında getirilen kısıtlamaları kapsayacak şekilde “yetkili mercilerin kararları”, “idarenin tasarrufları”, “seyahat yasağı”, “sokağa çıkma yasağı”, “ithalat ve ihracat yasakları” ya da “karantina” gibi ifadeler de sözleşmede mücbir sebep olarak yer alabilir.<sup>49</sup>

### C. İMKÂNSIZLIK

TBK'nın 136. maddesi uyarınca: “Edimin yerine getirilmesi borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hale gelmiş ise borç sona erer.” TBK'nın 27. maddesinin ilk fıkrası uyarınca da başlangıçtaki imkânsızlığın varlığı hâlinde sözleşme kesin hükümsüzdür.<sup>50</sup>

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimin ifası, borç ilişkisinin kurulmasından sonra borçlunun kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmişse bu durumda, TBK 136. maddesi gereğince

47 Oğuz, s. 1276; Abdülkerim Yıldırım, “Koronavirüs Krizinin Özel Hukuk Sözleşmelerine Etkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2020, Cilt:15, Sayı:165, s. 987; Ş. Barış Özçelik, “Covid-19 Salgını Çerçevesinde Alınan Önlemlerin Sözleşme Hukuku ve Mücbir Sebep Kavramı Açısından Değerlendirilmesi”, Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu (ed. Muhammet Özkes), İstanbul 2020, On İki Levha Yayıncılık, ss. 283 – 293, s. 288; Özge Yücel, “Covid-19 Salgınının Borç İlişkilerine Hukuksal Etkileri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 15, Sayı: 166, 2020, s. 1199; Ferhat Kayış, “KOVİD-19 (Koronavirüsü) Nedeniyle İşyeri Kira Sözleşmelerinin Yeni Koşullara Uyarlanması”, *Yaşar Hukuk Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 2 Özel Sayı, 2020, s. 3; Yaşar Can Göksoy, “Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü (TTK m. 18) Bağlamında Covid-19 Pandemisinin Tacirlerin Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri Üzerindeki Etkileri”, *Yaşar Hukuk Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 2 Özel Sayı, 2020, s. 3. Covid-19 salgınının önlenemez ve öngörülemez etkileri nazara alındığında ortaya çıkan mücbir sebep halinin genel anlamda basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü öne sürülerek bertaraf edilemeyeceği yönünde ayrıntılı açıklamalar için bkz. Göksoy, s. 4 vd. Aynı yönde ayrıca bkz. Sinan Sarıkaya, “Basiretli Tacir İlkesi Işığında Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Sözleşmelerdeki Ceza Koşuluna Etkisi”, Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu (ed. Muhammet Özkes), İstanbul 2020, On İki Levha Yayıncılık, ss. 629-645, s. 642.

48 Yıldırım, s. 987.

49 Göksoy, s. 4; Özçelik, s. 291.

50 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2020, 25. Baskı, s. 1329.

borç kendiliğinden sona erecektir.<sup>51</sup> Bir mücbir sebep neticesinde edimin ifası imkânsız hale gelmişse, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlıktan söz edilebilir ki böylece mücbir sebep neticesinde ediminin ifası imkânsız hale gelen borçlu, herhangi bir tazminat ödemeksizin borcundan kurtulur.<sup>52</sup>

Bununla birlikte imkansızlığın borcu sona erdirebilmesi için kalıcı ve kesin olması gerekir ki geçici imkânsızlık borcu sona erdirmemektedir.<sup>53</sup> Geçici ifa imkansızlığı bakımından TBK’da bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğreti ve yargı kararlarında da geçici imkansızlığın hukuki niteliği ve doğuracağı sonuçlar bakımından çeşitli görüşler ileri sürmektedir.<sup>54</sup> Öğretide bazı yazarlar; geçici ifa imkansızlığı durumunda, borçlu temerrüdüne ilişkin düzenlemelerin uygulama alanı bulacağını savunmaktadır.<sup>55</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 28.04.2010 tarih ve 2010/15-193-235 sayılı kararı: “İfa imkânsızlığı borcu sona erdiren nedenlerdendir. Gerçekten BK. md. 117/1’e göre “ borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa borç sakıt olur”. İfa imkânsızlığı ortaya çıkış nedenlerine göre bazı ayırımlara tabi tutulmaktadır. Bu ayırımlardan birisi de objektif imkânsızlık (daimi imkânsızlık)-geçici imkânsızlık ayırımıdır. Şayet ifa imkânsızlığı sadece sözleşmenin tarafları bakımından değil, herkes için söz konusu ise buna objektif imkânsızlık denilmektedir. Objektif imkânsızlıkta sözleşme esasen BK. md.20 uyarınca butlanla batıldır (geçersizdir) ve ayrıca feshi gerekmez. Hâlbuki geçici imkânsızlıkta akdin ifası (icrasının istenmesi) bir hadisenin gerçekleşmesine bağlıdır. Ancak o hadise tahakkuk ederse akdin icrası istenebilir. (...) Şüphesiz geçici imkânsızlığın varlığı, beraberinde tarafların bu sözleşmeyle ne kadar süre bağlı kalacakları sorununu getirir. Bu konudaki kural “ahde vefa=söze sadakat” ilkesi gereği tarafların sözleşmeyle bağlı tutulmasıdır. Ancak bazı özel durumlar vardır ki, tarafları o sözleşmeyle bağlı saymak hem onların ekonomik özgürlüklerini engeller hem de bir başkası ile sözleşme yapma fırsatını ortadan kaldırır. Uygulamada, geçici imkansızlık halinde tarafların o sözleşmeyle bağlı tutulma süresine “akde tahammül süresi” denilmektedir. Bu sürenin gerçekleşip gerçekleşmediğini de her somut olaya göre ve onun çerçevesinde değerlendirmek gerekir” hükmünü haizdir. Buna göre; geçici imkansızlık durumunda, tarafların bir süre daha sözleşme ile bağlı kalması kabul edilerek “akde tahammül süresi”nin beklenmesi, ancak bu süre sonlanmış sayılırsa sözleşmenin artık bağlayıcı

51 Ahmet Kılıçoğlu, Bulaşıcı Hastalığın Borç İlişkilerine Etkisi, Yayınlanmamış Makale <https://www.turkhukukkurumu.org.tr/duyurular/377-bulasici-hastaligin-borc-iliskilerine-etkisi.html>. (Son Erişim Tarihi: 29.03.2021)

52 Oğuz, s. 1277; Eren, s. 1333.

53 Ahmet Kılıçoğlu, Yayınlanmamış Makale; Yıldırım, s. 989.

54 Görüşler ve tartışmalar bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması, TBK m. 138, Aşırı İfa Güçlüğü*, 3. Baskı, İstanbul 2019, N. 622 vd.; Fatih Gündoğdu, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları*, İstanbul 2014, s. 106 vd.

55 Eren, s. 1454; Özçelik, s. 288. Konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz. ve karşı. Melek Bilgin Yüce, “Koronavirüs Salgını Nedeniyle Hükümet Kararıyla Kapatılan İşyerlerinin Kira Sözleşmelerinin Akibetinin Değerlendirilmesi”, Yayınlanmamış Makale, *Lexpera*, <https://blog.lexpera.com.tr/koronavirus-salgini-nedeniyle-hukümet-kararıyla-kapatılan-isyerlerinin-kira-sozlesmelerinin-akibetinin-degerlendirilmesi/> (Son Erişim Tarihi: 11.05.2021); Başak Baysal/ Murat Uyanık/ M. Selim Yavuz, “Koronavirüs 2019 (COVID-19) ve Sözleşmeler”, Yayınlanmamış Makale, *Lexpera*, <https://blog.lexpera.com.tr/koronavirus-2019-ve-sozlesmeler/> (Son Erişim Tarihi: 11.05.2021); Fatih Gündoğdu/ Nihal Ural, “Koronavirüs (COVID-19) Tedbirlerinin Kira Sözleşmelerine Etkisi”, Yayınlanmamış Makale, *Lexpera*, <https://blog.lexpera.com.tr/koronavirus-tedbirlerinin-kira-sozlesmelerine-etkisi/> (Son Erişim Tarihi: 11.05.2021).

olmayacağı şeklinde bir görüş oluşturulmuştur. İfade edildiği üzere, akde tahammül süresinin ne kadar olacağı her somut olayın koşullarına göre o olaya özel olarak tespit edilebilecektir.

Öğretide bir başka görüş ise mücbir sebep ortadan kalkana kadar bu süre boyunca karşılıklı olarak borçların askıya alınmasının menfaatler dengesinin korunması bakımından daha uygun olacağını ileri sürmektedir.<sup>56</sup> Buna göre; salgın döneminde geçici imkansızlık durumu (salgın koşulları) ortadan kalkıncaya kadar tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı borçlar askıya alınarak tarafların borcun ifasını talep hakkı ertelenmelidir.<sup>57</sup> Bununla birlikte; bu görüşe göre, geçici imkansızlığın ne kadar süreceği bilinmiyor ya da öngörülemiyorsa veyahut imkansızlık ortadan kalksa bile borcun ifası alacaklı için faydasız hale gelmişse sürekli imkansızlığın gündeme geleceği kabul edilmektedir.<sup>58</sup>

Uzun (belirsiz) süreli işyeri kira sözleşmeleri bakımından değerlendirme yapıldığında; koronavirüs salgınının geçici nitelikte olduğu göz önüne alınarak sürekli ifa imkansızlığının meydana gelmeyeceği, bu bağlamda dönemsel salgın önlemleri dolayısıyla işletme faaliyetlerinin kısıtlanması sebebiyle kira borcunun ödenmesi gecikmiş olsa ve zamanında yerine getirilemese de ifanın imkânsız hale geldiğinden söz edilemeyeceği kural olarak kabul edilmelidir.<sup>59</sup> Öte yandan söz konusu değerlendirme yapılırken kira sözleşmesinin süresi, kiralanan taşınmazın konumu, durumu ve işletme amacı gibi faktörler nazara alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre, mücbir sebep hali geçici olmasına rağmen sözleşmenin herhangi bir tarafından bu engelin ortadan kalkmasına kadar sözleşme ile bağlı kalmasının beklenemeyeceği (örneğin bir yerin belli bir mevsim ya da sezonda işletilmek üzere kiralanması ve kira süresinin büyük kısmını ya da tamamını içine alacak şekilde yasaklamalar öngörülmüş olması durumu gibi) hallerde akde tahammül süresinin dolduğu ileri sürülerek sürekli imkansızlık hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilir.<sup>60</sup> Böylesi bir durumda TBK 136. maddesi uyarınca sözleşmenin imkânsızlık nedeni ile sona erdiği ileri sürülebilecektir.

#### **D. KİRALANANIN AYIPLI HALE GELMESİ**

TBK'nın 305. maddesine göre; kiralanan sonradan ayıplı duruma gelirse kiracı, kiraya verenden ayıpların giderilmesini veya kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını ya da zararının

56 Yıldırım, s. 989; İrem Toprakkaya Babalık, "Korona Virüs Salgınının Kira Sözleşmelerine Etkisi, Geçici İfa İmkânsızlığı, İfa Güçlüğü ve Uyarılma", Yayınlanmamış Makale, Lexpera, <https://blog.lexpera.com.tr/korona-virus-salgininin-kira-sozlesmelerine-etkisi-gecici-ifa-imbkansizligi-ifa-guclugu-ve-uyarlama-2/> (Son Erişim Tarihi: 11.05.2021). Geçici imkânsızlık halinde ifa tarihinin geçici imkansızlık hali ortadan kalkıncaya kadar ertelenmesi incelenirken bunun tarafların farazi ortak iradelerine uygun düşüp düşmeyeceğinin araştırılması gerektiği yönünde bkz. Oğuzman/ Öz, s. 570.

57 Yıldırım, s. 989; Aslı Makaracı Başak/ Seda Öktem Çevik/ Işlay Yörük, "Korona Virüsün İşyeri Kira Sözleşmelerine Etkisi", Yayınlanmamış Makale, Lexpera, <https://blog.lexpera.com.tr/koronavirus-tedbirlerinin-kira-sozlesmelerine-etkisi/> (Son Erişim Tarihi: 11.05.2021).

58 Yıldırım, s. 989; Mustafa Dural, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117)*, İstanbul 1976, s. 100 vd.

59 Konunun kiralananın kullanımına başlanmış olup olmadığı ayırımına göre değerlendirildiği ayrıntılı bir inceleme için bkz. Yüce, Yayınlanmamış Makale.

60 Benzer yönde bkz. Göksoy, s. 9; Yüce, Yayınlanmamış Makale; Gündoğdu/Ural, Yayınlanmamış Makale.



giderilmesini isteyebilir. Ancak, zararın giderilmesi istemi diğer seçimlik hakların kullanılmasını önlemez. Önemli ayıp durumunda kiracının sözleşmeyi fesih hakkı saklıdır.

Kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesinden kiraya verenin sorumlu tutulması, kira sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi yaratmasından ve buna bağlı olarak kiralananı sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli durumda bulundurma yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır.<sup>61</sup> Anılan ilkelere göre, kira sözleşmesinin kurulması ve kiralanan kiracıya teslimi ile kiraya verenin borcu ermeyip kiraya veren, kira süresince kiralananı sözleşmede öngörülen kullanma amacına elverişli halde bulundurmakla yükümlüdür.<sup>62</sup> Öğretide kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesine örnek olarak, kiralananın kullanıma elverişliliğini sonradan kısmen ya da tamamen ortadan kaldıran eksiklik veya bozukluklar verilmektedir.<sup>63</sup>

Koronavirüs salgınının kira sözleşmelerine etkilerini değerlendiren yazarlar genel olarak, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin ve ayıba bağlanan sonuçların, somut olaya (salgın önlemlerine) uygun düşmemesi nedeniyle bu hükümlerin uygulanmaması gerektiği görüşündedir.<sup>64</sup>

Öğretide ileri sürülen görüşe rağmen, koronavirüsle mücadele için alınan kamusal önlemlerin kira sözleşmeleri bakımından etkileri kanaatimizce uygun düşüğü ölçüde çevresel (manevi) ayıp kapsamında değerlendirilebilir. Alman hukukunda çevresel ayıp olarak ele alınan kavram, Türk hukukunda manevi ayıp kapsamında ele alınmaktadır.<sup>65</sup> Buna göre; Alman hukukunda ileri sürüldüğü üzere, kiralananındaki ayıbın yalnızca kiralananın fiziksel koşullarına ilişkin olması gerekmediği, bir diğer ifadeyle, kiracının kiralananı sözleşmede öngörülen kullanım amacına uygun surette kullanmasını manevi açıdan güçleştiren olay ve durumların da ayıp kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmelidir.<sup>66</sup>

Manevi ayıp dolayısıyla kiraya verenin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun söz konusu olması için kiracının kullanıma bağlı umduğu edim yararına ulaşmasını engelleyen nitelikte bir problemin mevcudiyeti yeterlidir. Bu bağlamda bir değerlendirme yapılırken öncelikle kira sözleşmelerinde çevresel koşulların değişmesi ve buna göre kiralananın kullanımının etkilenmesine ilişkin açık ya da zımni nitelikte bir düzenlemenin varlığı araştırılmalıdır. Sözleşmenin başındaki çevresel koşullardan

61 Cevdet Yavuz/ Faruk Acar/ Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 16. Baskı, İstanbul 2019, Beta Yayıncılık, s. 253.

62 Yavuz/Acar/Özen, s. 253.

63 Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.1/2*, 4. Baskı, İstanbul 2008, Vedat Kitapçılık, s. 114; Fahrettin Aral/ Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 13. Baskı, Ankara 2020, Yetkin Yayıncılık, s. 227; Yavuz/Acar/ Özen, s. 196.

64 Bilgin Yüce, *Yayımlanmamış Makale*; Gündoğdu/Ural, *Yayımlanmamış Makale*; Makaracı Başak/ Öktem Çevik/ Yörük, *Yayımlanmamış Makale*.

65 Çevresel ayıp (Umweltfehler) meselesinin ele alındığı Federal Mahkeme kararları için bkz. BGH, Urteil vom 01.07.1981 – VIII ZR 192/80, NJW 1981, s. 2405; BGH, Urteil vom 23.9.2009 – VIII ZR 300/08, NJW 2009, Rz. 12 vd.; BGH, Urteil vom 21.9.2005 – XII ZR 66/03, NJW 2006, s. 899.

66 Mustafa Alper Gümüş, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Kira Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2012, Vedat Kitapçılık, s. 102; M. Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, İstanbul 2014, On İki Levha Yayıncılık, s. 130; Mehmet Üçer / Nedim Meriç, “Kiracının Tacir Olması Durumunda Kiraya Veren Sorumluluğunun Kapsamı”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt: 19, Sayı: 30-31, s. 413.

sayılabilecek müşteri potansiyeli ve erişilebilirliği hususu, kira sözleşmesinin başında taraflarca tartışılmış ve kiraya veren işyerinin müşteri hacmine ilişkin olarak kiracıya bir taahhüt vermişse, salgınla mücadele kapsamında alınan kamusal önlemlerin, kiralananın kullanım amacını ve müşteri potansiyelini etkilediği ölçüde TBK 305. maddesi uyarınca kiralananı ayıplı hale getirdiği iddiası dinlenebilir. Taraflar arasındaki kira sözleşmesinde çevresel koşullara ilişkin açık ya da zımni bir düzenleme bulunmasa bile, Alman hukukunda yargı kararları ve öğreti görüşlerinde ileri sürüldüğü üzere kiralananın sözleşmede belirlenen kullanım amacından hareket edilmesi mümkündür.<sup>67</sup> Bu hususta yukarıda sunulan Alman mahkeme kararlarındaki kıstaslar Türk hukuku bakımından da yol gösterici olabilecek niteliktedir.<sup>68</sup> Kiralan taşınmazın pandemiyle mücadele kapsamında öngörülen kamusal sınırlamalar dolayısıyla kullanım amacına uygun şekilde kullanılamaması durumunda kiralananın ayıplı hale geleceği kabul edilebilir. Bu bağlamda bir değerlendirme meselesi olmakla birlikte, salgın hastalık dolayısıyla öngörülmüş kamusal önlemler ve kullanım engelleri sebebiyle kiracı, işyeri faaliyetlerinin kısıtlandığını ve işyerinin sözleşmede öngörülmüş olan kullanım amacına uygun şekilde/ gereği gibi kullanılmadığını ve dolayısıyla, kiralananın ayıplı hale geldiğini ileri sürebilir.

Salgınla mücadele için alınan önlemler dolayısıyla kiralananın ayıplı hale gelmesi halinde kiracının hangi seçimlik hak ya da hakları, hangi kapsamda kullanabileceğinin de değerlendirilmesi gerekir. İlk olarak, TBK'nın 307. maddesi gereğince kiracının kira bedelinde indirim hakkını kullanması bakımından aranan kıstas, ayıbın kiralananın kullanımını etkilemesi durumudur. Buna göre, manevi ayıp dolayısıyla kira bedelinde indirim hakkının ileri sürülebilmesi için ayıbın kiracının kullanıma bağlı umduğu edim yararına ulaşmasını engelleyen nitelikte olması yeterli olacaktır. Bu durumda salgın önlemleri dolayısıyla işletme faaliyetleri kısıtlanan ve sözleşmede öngörülen işletme amacını gerçekleştiremeyen işyerleri bakımından kiralananın ayıplı hale geldiği kabul edilebilir ve – somut olayın koşulları ve kira sözleşmesinin tüm özelliklerine göre – ayıp oranında bedelde indirim yapılabilir. İndirimin oranı bakımından somut olayı inceleyen hâkim; kiralananın yeri ve konumu, kiracının önlemler sebebiyle yaşadığı gelir kaybı, bu kaybı telafi edecek herhangi bir yardım alıp almadığı gibi hususları değerlendirerek somut olayın koşulları ve taraflar arasındaki menfaat dengesini gözетerek bir sonuca ulaşmalıdır. Diğer seçimlik haklar bakımından ise ayıbın niteliği ve etkileri ile işyeri kira sözleşmelerinin niteliği itibarıyla ayıbın giderilmesinin istenmesi ya da kiralananın ayıpsız benzeri ile değişmesi talepleri uygulama alanı bulamayacaktır. Alınan önlemler kamu gücüne dayanılarak öngörülmüş olmakla ayıbın giderilmesi imkânı bulunmamaktadır.<sup>69</sup> Bununla birlikte; salgın dolayısıyla alınan önlemlerin kiralanan üzerindeki etkisi değerlendirilerek önemli ayıbın varlığının kabul edilmesi halinde kiracının, TBK'nın 306/2 maddesi uyarınca uygun bir süre vermek suretiyle sözleşmeyi feshedebileceği de kabul edilmelidir. Bir diğer ifadeyle; ayıbın etkileri nazara alınarak, kiracının mevcut (değişen) çevresel şartlarda kira sözleşmesine devam etmesinin kendisinden beklenemeyeceği durumda kira sözleşmesi feshedilebilir.

Son olarak TBK'nın 331. maddesi de bu değerlendirme çerçevesinde ele alınabilir. Söz konusu hüküm uyarınca, kira sözleşmesinin taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için

67 Bu hususta detaylı açıklamalar için bkz. Yukarıda I.B. bölümü.

68 Yukarıda I.D. bölümü s. 12 vd.

69 Karş. Bilgin Yüce, Yayınlanmamış Makale.

çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir ki somut olayın şartlarına göre salgın önlemlerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün olabilir.

### **E. İŞYERİ KİRA SÖZLEŞMELERİNİN DEĞİŞEN KOŞULLARA UYARLANMASI TALEBİ**

Alman hukukunda ileri sürüldüğü üzere; Türk hukuku bakımından da Covid-19 salgını dolayısıyla alınan önlemler dolayısıyla işyeri faaliyetlerinin durması ya da büyük ölçüde askıya alınması, bir diğer deyişle “aşırı ifa güçlüğü” nedeniyle sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması iddiası TBK 138. maddesi kapsamında ileri sürülebilir.<sup>70</sup>

Uyarlamanın gündeme gelebilmesi için geçerli bir şekilde kurulmuş olan sözleşmeden doğan bir borcun sonradan ortaya çıkan bir sebeple ifasının aşırı güçleşmesi ve henüz borcunu ifa etmemiş ya da ifa etmekle birlikte buna ilişkin haklarını saklı tutmuş olan borçlunun sözleşmenin yeni koşullara göre güncellenmesini istemesi gerekir.<sup>71</sup>

Uyarlamanın gerçekleşebilmesi için aranan kıstas, hükmün gerekçesinde ve Alman hukukunda da ileri sürülen “işlem temelini çökmesi” durumudur. Salgın/ pandemi koşulları ve buna bağlı olarak alınan sıkı önlemlerin de bu kapsamda değerlendirilebileceği kabul edilmelidir.<sup>72</sup> İşlem temelini çökmesinden söz edilmesi için sözleşmenin temelini oluşturan koşullar, sözleşmenin kurulmasından sonra önemli ölçüde ve öngörülemez şekilde değişmiş olmalıdır.<sup>73</sup> Sözleşme koşullarının önemli ölçüde değişmesi ile kastedilen şudur: Sözleşme tarafları bu değişiklikleri öngörmüş olsalardı sözleşmeyi ya hiç yapmayacaklardı ya da başka bir içerikle yapacaklardı.<sup>74</sup>

Bu bağlamda bir değerlendirme meselesi olmakla birlikte, Alman hukukunda öngörülen karinedeki benzer bir bakış açısıyla bulaşıcı hastalığın (Covid-19 pandemisinin) hayatın olağan akışı içinde beklenmedik ve olağanüstü bir olay olarak değerlendirilmesi mümkündür.<sup>75</sup> Buna göre, bulaşıcı hastalık nedeniyle borçlunun edimini ifa etmesi kendisi için aşırı derecede güçleşmiş olabilir. Kira sözleşmeleri bakımından da kira bedelini düzenli ödeme yükümlülüğü altında bulunan ancak pandemiyle mücadele önlemleri neticesinde işletmesi kapatılan veya faaliyeti önemli ölçüde sınırlanan kiracı bakımından bu yükümlülüğün kendisi aleyhine önemli ölçüde değiştiği ve sözleşmenin kurulduğu andaki şartlarla sözleşmeye devam etmesinin kendisinden beklenemeyeceği kural olarak ileri sürülebilir. Ancak burada da – Alman hukukunda ileri sürüldüğü şekilde – somut olay bazında değerlendirme yapılması ve korona önlemleri dolayısıyla ortaya çıkan şartların uyarlamayı haklı çıkarıp çıkarmayacağını tespit edilmesi gerekir. Bu kapsamda; salgın önlemlerine ve işletme

70 Dural, s. 101.

71 Ahmet Kılıçoğlu, Yayınlanmamış Makale.

72 Ahmet Kılıçoğlu, Yayınlanmamış Makale.

73 Oğuz, s. 1280.

74 Oğuz, s. 1280.

75 Bu yönde bkz. Oğuz, s. 1280 vd.; Yıldırım, s. 990 vd.; Kayış, s. 5 vd.; Yüce, Yayınlanmamış Makale; Baysal/ Uyanık/ Yavuz, Yayınlanmamış Makale; Gündoğdu/ Aral, Yayınlanmamış Makale.

faaliyetleri kısıtlanmasına rağmen, kiracı borçlu – örneğin online satış yoluyla veya kısıtlı fiziki alışverişe rağmen – gelir kaybı yaşamadıysa (ya da yaşanan gelir kaybı katlanılabilir bir düzeydeyse) bu durumda ifanın aşırı derecede güçleştiği ve bu bağlamda, işlem temelinin çöktüğünden söz edilemeyecektir. Öte yandan, örneğin kuaför işleten bir kiracı, salgın önlemleri dolayısıyla işyerini hiç işletmiyor ya da çok sınırlı düzeyde işletiyorsa ve bu nedenle de önemli ölçüde gelir kaybına uğramış ve kira bedelini ödeyemiyor durumda ise bu durumda işlem temelinin çöktüğü iddiası ileri sürülebilmelidir.

Son olarak meselenin değerlendirildiği ve yukarıda sunulan güncel Yargıtay kararında (3. Hukuk Dairesi 17.11.2020 tarih ve E. 2020/2910 – K. 2020/6680 sayılı kararı) salgın hastalık mücbir sebep olarak değerlendirilmiş ve uyarlama bakımından sözleşmenin şartlarının değiştiğinin ve taraflardan biri bakımından aşırı güçleştiğinin incelenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Buna göre salgın hastalık gibi bir mücbir sebebin ortaya çıkması durumunda sözleşmenin yapıldığı sıradaki olguların, borçludan ifanın istenmesini dürüstlük kuralına aykırı düşürecek derecede borçlu aleyhine değişmiş olup olmadığının incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

#### **F. YARGILAMADA GÜNCEL DURUM**

Salgın önlemleri sebebiyle ortaya çıkan yeni hukuki koşullar ve bunların beraberinde getirdiği sorunlar yargı alanına da taşınmaya başlamış olup bu anlamda halihazırda pandemiyle mücadele önlemlerinin kira sözleşmeleri bakımından etki ve sonuçlarını değerlendiren bir Bölge Adliye Mahkemesi kararı, içtihatlar arasına girmiş bulunmaktadır.

Bursa Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi, 28.09.2020 tarih ve E. 2020/1103 – K. 2020/1008 sayılı kararında; davanın, pandemi süreci nedeniyle iş hacminde meydana gelen düşüş nedeniyle TBK'nın 138. maddesinde ön görülen şartların oluşması nedeniyle dava konusu mecurun aylık kirasının Covid-19 salgının etkili olduğu dönem boyunca geçerli olmak üzere uyarlanması ve Covid-19 salgının etkili olduğu dönem boyunca geçerli olmak üzere ödenmesi konusunda ihtiyati tedbir kararı verilmesi istemine ilişkin olduğunu belirterek kiranın uyarlanması için açılan davada mahkemece davacı kiracının yapmış olduğu işin niteliği ve tüm koşullar ile taraflarca sunulan deliller göz önünde bulundurularak kiranın mahkemece takdir edilecek bir miktar üzerinden ödenmesi hususunda ihtiyati tedbir kararı verilmesi gerektiğini, ancak bu tedbir kararının mahkemece belirli aralıklarla veya tarafların müracaatı üzerine değerlendirilerek durum ve koşulların değişmesi halinde kaldırılması veya belirlenen yeni bir miktar üzerinden devam etmesine karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yüksek Mahkemece, somut olayda kiracının restoran olarak işlettiği kiralananda her ne kadar paket servis yöntemi ile işine devam etmiş ise de süreç ve alınan tedbirlerin davacının iş hacminde belirli etkilerinin olabileceği değerlendirilerek ihtiyati tedbir talebinin kabul edilmesi gerektiği benimsenmiş olup salgın süresince restoran olan iş yerlerinin etkilenme sürecinin aylara göre değişkenlik gösterdiği ve bu etkilerin ne kadar daha devam edeceğinin belli olmadığı göz önünde bulundurularak ihtiyati tedbirin 6 ayda bir mahkemece gözden geçirilmesi ve yeni durumlara göre kaldırılması veya arttırılıp azaltılması hususlarında karar verilmesi gerektiği kabul

edilmiştir. En nihayetinde, 4. Hukuk Dairesi, yapılan yargılama sonunda taraflar arasında imzalanan kira sözleşmesi sırasında yaşanan pandemi sürecinin öngörülemeyen bir durum ve ihtiyati tedbir kararı verilmemesi halinde ciddi bir zarar oluşturacağını (temerrüt nedeniyle tahliye gibi) belirterek, ihtiyati tedbir talebinin kabulüne ve karar tarihinden itibaren işleyecek kiralara (%50 azaltılarak) aylık 11.500,00 TL olarak ödenmesi hususunda ihtiyati tedbir konulmasına karar vermiştir.

Bu anlamda Yüksek Daire, taraflar arasındaki menfaat dengesini bir hareket noktası olarak değerlendirmiş ve ihtiyati tedbire karar verilmemesi durumunda kiracının dava sonuna kadar kira bedelini tam olarak ödemek zorunda kalacağını, pandemi döneminde iş yerinin kapalı olması nedeniyle hiçbir gelir elde edemeyen davacının söz konusu kira bedelini ödeyemeyeceğini ve bunun sonucunda da tahliyesinin söz konusu olabileceğini, böylesi bir durumda da davanın sonunda verilebilecek uyarılama kararının davacıya hukuki koruma sağlamayacağı gerekçeleriyle ihtiyati tedbir kararı vermiştir. Bu anlamda Mahkeme, yine menfaat dengesini nazara alarak, davacının ihtiyati tedbir kararı ile belirlenen kira bedelini ödemesinin, davalı bakımından telafisi mümkün olmayan bir zarar doğurmayacağı kanaatine varmıştır.

## G. DEĞERLENDİRME

Covid-19 pandemisi nedeniyle günlük hayatın her alanında her geçen gün dramatik değişiklikler olmakta ve toplumsal hayat, hemen hemen dünyanın her yerinde – salgının seyrine göre – büyük ölçüde kısıtlanmaktadır. Söz konusu kısıtlamalar, global ekonominin önemli bir parçası olan gayrimenkul endüstrisini de olumsuz yönde etkilemiş ve pek çok ülke bunların toplumsal hayatta kullanımına yönelik ciddi kapanmalar öngörmüştür. Söz konusu kullanım kısıtlamaları ve – bazı durumlarda süresiz şekilde öngörülmüş – kapanma kararları; yeme-içme yerleri, tiyatro, sinemalar, gece kulüpleri, eğlence yerleri, spor stüdyoları gibi kamusal alanlar ve bunların kira sözleşmelerinin akıbetleri bakımından da hukuki soru ve sorunları akıllara getirmektedir.

Meselenin çok yeni ve günden güne farklı yön ve gelişmelere evrilebilir olması nedeniyle, söz konusu kamusal kısıtlamaların kira sözleşmeleri ve kiracının konumu (kira bedeli ödeme borcunun akıbeti) bakımından doğuracağı hukuki sonuçlara ilişkin farklı hukuki görüşler ileri sürülmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere; çeşitli görüşler arasında en dikkat çeken hukuki dayanaklar geçici imkansızlık, kiralananın ayıplı hale gelmesi ve kira sözleşmesinin aşırı ifa güçlüğü nedeniyle uyarlanması iddialarıdır. İfade etmek gerekir ki anılan hukuki kurumlar somut olayın şartlarına göre savunulabilir ve farklı gerekçelerle uygulanabilir ya da reddedilebilir durumdadır.

Yukarıda detaylarıyla sunulan Alman Federal Mahkemesi'nin (*Reichsgericht*) “dans lokali” kararına konu olan somut durum, günümüzde koronavirüs pandemisi dolayısıyla getirilen kamusal sınırlamalar ve bunların işyerleri bakımından doğurduğu sonuçlar açısından büyük benzerlikler taşımaktadır. Federal Mahkeme'nin haklı olarak ileri sürdüğü şekilde; kamusal kısıtlamalar dolayısıyla işyeri faaliyetleri kısıtlanan kiracı işletmeciler ve bunların kira bedelini ödeme borcunun akıbetine ilişkin olarak, kısıtlama ile işletme faaliyeti arasındaki ilişki değerlendirilmelidir. Buna göre; kısıtlamanın getirdiği somut durum, sözleşme konusu faaliyetin hiç yerine getirilememesine

ya da çok sınırlı şekilde icra edilebilmesine sebebiyet vermişse kiralananın ayıplı hale geldiği ve ayıp oranında kira bedelinde indirim yapılabileceği kabul edilmelidir.

Söz konusu kamusal sınırlamalar her ne kadar yasalar ve diğer düzenleyici işlemlerin çizdiği sınırlar ölçüsünde uygulamaya konsa da sınırlamaların kiralananın kullanımını önemli ölçüde kötüleştirmiş olup olmadığı ve süresi ile kiracı bakımından iş ve gelir kaybına yol açıp açmadığı, sınırlamalar ve gelir kaybı dolayısıyla devlet desteği alınıp alınmadığı vs. nazara alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre; örneğin bir restoran sahibi, salgın kısıtlamaları sebebiyle her ne kadar işyerinde hizmet veremese de gel-al ve paket servis ile hizmet vermeye devam etmiş ve bu süreçte önemli ölçüde bir gelir kaybı yaşamamış, iş hacmi azalmamışsa bu durumda kiralananın kullanım amacı etkilenmemiş sayılmalı ve ayıp iddiası kabul görmemelidir. Öte yandan yerinde hizmet dışında alternatif bir hizmet sunma imkânı bulunmayan kuaförler açısından durum tam tersidir. Kısıtlama ve kapatmalar ile kuaför faaliyeti yerine getirilemeyeceğinden (ya da ancak çok sınırlı şekilde gerçekleştirilebileceğinden), kullanım amacının önemli ölçüde etkilendiği ve kira bedelinde indirim hakkının kullanılabilmesi kabul edilmelidir. Ayıbın kabulü halinde de kira bedelinde indirimin hangi oranda yapılacağı hususu nazara alınmalıdır ki bu oran, objektif kriterlere göre (örneğin sınırlamaların süresi, sınırlamalar dolayısıyla yaşanan iş kaybı vs.) belirlenecektir.<sup>76</sup> İndirim oranı bakımından, kiralayanın kişisel koşulları nazara alınmamaktadır, çünkü bu koşulların kira bedelinin belirlenmesinde de bir rolü bulunmamaktadır.<sup>77</sup>

Hukukumuzda kabul edilen sözleşmeye bağlılık (*Ahde Vefa-Pacta Sund Servanda*) ve sözleşme serbestliği ilkelerinin bir istisnası olarak kabul edilen işlem temelinin çökmesi ve buna dayalı uyarılma istemi, işyeri kira sözleşmeleri bakımından nazara alınabilir. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ya da dönme hakkının kullanılması, şu dört koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlıdır: TBK m. 138 hükmü uyarınca uyarılma isteminin kabul edilebilmesi için sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ortaya çıkmış ve bu durum borçludan kaynaklanmamış olmalıdır. Bu durum, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmalıdır. Son olarak borçlu, borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır.

Türk hukuku bakımından da Almanya'da öngörülen yasal karine yol gösterici olmalı ve Covid-19 salgını dolayısıyla gerçekleştirilen işyeri kapatmalarının kira sözleşmesinin tarafları arasında işlem temelinin çökmesine sebebiyet verdiği ve TBK 138. maddesi bağlamında bunun da sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına imkân sağlayabileceği kabul edilmelidir. Bir diğer ifadeyle; Alman hukukunda yeni yasal karine ile öngörüldüğü üzere, salgın dolayısıyla alınan kamusal kararlar ve bunların neticesinde ortaya çıkan yeni ekonomik koşulların ilgili hükümde belirtilen "sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum" kapsamında değerlendirilmesinin ve öngörülmezlik şartının gerçekleştiğinin kabulü gerekir.

76 BGE 91 II 105 vd.

77 Semaine judiciaire 1986, s. 199.

Tacirler bakımından öngörülmezlik şartının gerçekleşmeyeceği ve bu nedenle uyarılma talebinin kabul görmeyeceği yönünde çok sayıda karar<sup>78</sup> veren Yargıtay'ın bu görüşünün aksine Alman hukukunda yürürlüğe giren yasal karine, sözleşmenin taraflarının nitelikleri (bir diğer ifadeyle tacir olup olmadıkları) bakımından bir değerlendirme yapmamakta, salgını başlı başına öngörülemeyen bir durum olarak değerlendirmektedir. Öte yandan, TBK 138. maddesinin tacirlere de uygulanabileceğini kabul etmekte beraber, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğünün öngörülmezlik şartının gerçekleşme ihtimalini azalttığını savunan öğreti görüşü ve Yargıtay kararları karşısında da<sup>79</sup> Alman hukukunda öngörülen yeni karinede bunun bir değerlendirme kıstası olarak yer almadığı vurgulanmalıdır. Yukarıda değinilen Bursa BAM 4. Hukuk Dairesi kararında da tarafların tacir niteliği nazara alınmaksızın, yaşanan salgın hastalık sürecinin olağanüstü bir durum olduğu ve taraflarca öngörülemeyeceğinin açık olduğu ve genel olarak salgın hastalık sürecinin 138. maddede belirtilen olağanüstü durum olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

İşlem temelinin kısmen veya tamamen çökmesi durumunda sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını ileri süren emprevizyon teorisini benimseyen Yargıtay da 13. Hukuk Dairesi'nin 10.03.2010 tarih ve 2010/188 E. – 2010/2991 K. sayılı ilamında şu ifadelerle yer vermiştir: “Sözleşme yapıldığı andaki karşılıklı edimler arasında mevcut olan denge, sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde taraflardan biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulabilir. İşte bu durumda sözleşmeye bağlılık ve sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hasıl olur ve artık bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet (M.K. 2., 4. md) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Hukukta bu zıtlık beklenemeyen hal şartı-sözleşmenin değişen şartlara uydurulması ilkesi ile giderilmeye çalışılmaktadır. Beklenmeyen hal kuramının açıklanması şöyle yapılmaktadır. Akit yapıldığı sırada mevcut bulunan şartlar önemli surette değişmiş ise taraflar akide bağlı olmamalıdır. Buna beklenmeyen hal şartı (*Clausula Rebus Sic Stantibus*) denmektedir. Bu görüş öğretide “Emprevizyon Teorisi” adıyla anılmaktadır. Öğretide sözleşmenin yapıldığı zamandaki durumların değişmemesi şartıyla yapıldığı varsayılır. Akitlerin ifasının şartların değişmesine bağlayan fikri çok gerçeğe uygun değil ise de Ahde Vefa prensibine kesin ve sıkı sıkıya bağlılığında her zaman adil olmadığı görülmektedir. Bugün İsviçre’de Türk Hukukunda çoğunlukla dayanan esas dürüstlük kuralı uyarınca çözüm bulunmasıdır. Hukukumuzda mehaz kanunundaki uygulamalar doğrultusunda Medeni Kanun’un 2. maddesinden de esinlenmek suretiyle hem *Clausula Rebus Sic Stantibus* ilkesine hem de işlem temelinin çökmesi kuramını uygulamak suretiyle uyarılma davalarının görülebilir olduğunu benimsemiştir. İşlem temelinin çökmesi kavramının uygulanabilmesi için sonradan meydana gelen değişikliklerin önceden teşhis ve tahmin edilememiş olması gerekir. Her talep vukuunda sözleşmeyi değişen hal ve şartlara uydurmak mümkün değildir. Aksi halde özel hukuk sistemimizde geçerli olan “irade özgürlüğü”, “sözleşme serbestliği” ve

78 Yargıtay 15. HD., 2.6.1987 T., E. 26, K.2433; YHGK 07.5.2003 E. 2003/13-332, K. 2003/340; YHGK 15.10.2003 E.2003/13-599 K. 2003/599; Yargıtay 13. HD. 28.6.2004, E. 2004/2610, K. 2004/10082, Yargıtay 13. HD. 23.9.2003, E. 2003/5912, K. 2003/10490; Yargıtay 13. HD. 3.7.2003, E. 2003/4607, K. 2003/9022; Yargıtay 13. HD. 10.6.2003, E. 2003/3622, K. 2003/7636. Söz konusu kararlara rağmen; TBK m. 138’de yer alan düzenlemenin genel nitelikli hüküm olması ve bu nedenle de ticari ilişkilere de uygulanacak olması yönünde bkz. İnceoğlu, s. 166.

79 Baysal, N. 420; Yargıtay 3. HD., E. 2017/261, K. 2017/781, T. 21.02.2017; bkz. Yargıtay 3. HD., E. 2017/4139, K. 2018/9876, T. 10.10.2018; Yargıtay 19. HD., E. 2016/17473, K. 2017/3673, T. 11.5.2017; Samsun BAM, 6. HD., E. 2019/2121, K. 2019/2192, T. 10.5.2019.

“Sözleşmeye bağlılık” ilkelerinden sapma tehlikesi ortaya çıkar. Sözleşmeye müdahale müessesesi istisnai, tali (ikinci derece de) yardımcı niteliktedir. Sözleşmeye bağlılık ve saygı esastır.”

Anılan ilke ve kıstaslar kapsamında değerlendirme yapılması zorunlu olup esas prensibin sözleşmeye bağlılık olduğu, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının ancak istisnai hallerde dar kapsamda yorumlanacak şartların gerçekleşmesi halinde gündeme gelebileceği unutulmamalıdır.<sup>80</sup> Esas ilke bu olmakla birlikte, sözleşme taraflarının menfaat dengesi her zaman odak noktada tutularak salgın önlemleri neticesinde meydana gelen ekonomik koşulların kiracı bakımından doğurduğu ve doğuracağı sonuçlar göz önüne alınmalıdır. Bu bağlamda, öngörülmezlik şartının gerçekleştiği kabul edilerek meydana gelen yeni koşulların kiracı bakımından bir aşırı ifa gücünü yaratıp yaratmadığı değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, sözleşmeye mevcut haliyle devam etmesinin kiracıya ekonomik açıdan büyük zarar vereceğinin ya da kiracının ekonomik mahvına sebep olacağı kiracı tarafından ispat edilmesi halinde aşırı ifa gücünün gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Buna göre; somut olay bağlamında inceleme yapılması gerekmekte olup anılan şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti bakımından satışlardaki düşüş oranı, e-ticaret imkanının bulunup bulunmadığı, varsa bu yolla sağlanan gelir düzeyi, kısa süreli çalışma yoluyla tasarruf edilen harcamalar ve diğer tasarruf kalemleri gibi faktörler bu incelemede nazara alınmalı ve sözleşmeye mevcut haliyle devam etmesinin kiracıdan beklenip beklenemeyeceğine karar verilmelidir. Burada da sözleşmenin ayakta tutulması ilkesinden yola çıkılarak sözleşmenin uyarlanması kira bedelinde indirim olarak değerlendirmeye alınmalı, ancak çok istisnai hallerde (örneğin salgın önlemleri nedeniyle işletmenin süresiz olarak kapatılması ve tekrar ne zaman açılacağı tamamen öngörülemez olması, gelir düzeyinin öngörülemez bir süre için sıfıra inmesi durumları vs.) *ultima ratio* olarak sözleşmenin feshedilmesi yoluna gidilmelidir.

## SONUÇ

Covid-19 (Coronavirus Sars-CoV-2) salgınının Çin'in Vuhan eyaletinde başlayarak hızla tüm dünyaya yayılması akabinde hemen her ülke salgının yayılmasını engellemek amacıyla kamusal hayatı önemli ölçüde etkileyen ve kısıtlayan bir dizi önlem alma yoluna gitmiştir. Söz konusu yasak ve kısıtlamalar, günlük hayatın her alanında olduğu gibi bilhassa hukuk ve ekonomi alanında çarpıcı sonuçlar doğurmaktadır.

Bu çalışmada inceleme konusu yapılmış salgın önlemlerinin bilhassa uzun süreli işyeri kira sözleşmeleri bakımından doğurduğu ve doğuracağı hukuki sonuçlara yönelik olarak Alman hukukunda yürürlüğe giren ve yukarıda detaylarıyla sunulan yeni yasal karine, önlemlerin doğurduğu koşullar nedeniyle menfaat dengesi bilhassa kiracılar aleyhine önemli ölçüde bozulan kira sözleşmeleri bakımından yol gösterici olabilecek niteliktedir. Söz konusu yasal düzenleme, salgın nedeniyle sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına yönelik olarak beklenmeyen/ olağanüstü bir durumun gerçekleştiğini karine olarak kabul etmekle beraber, uyarlama talebinin kabul görmesi için kanunun öngördüğü diğer şartlarının gerçekleşmesi gerektiğini belirtmektedir. Bununla birlikte, uyarlama talebini sıklıkla

80 Baysal, N. 488; Özlem Tüzüner/ Kerem Öz, “Aşırı İfa Gücüne İlişkin İçtihat İncelemesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015; Sayı:3, s. 440 vd.



öngörülmezlik şartının gerçekleşmediğinden bahisle reddeden yerleşik Yargıtay kararları karşısında Alman hukukundaki yeni yasal karine bir bakış açısı ve dayanak noktası teşkil etmelidir. Öte yandan, salgın dolayısıyla alınan önlemlerin, geçici imkansızlığa yol açtığı veyahut da kiralananı ayıplı hale getirdiği görüşü de kabul görebilir bir hukuki gerekçe olup Alman hukukundaki emsal “dans lokali” kararı çerçevesinde ve hatta çevresel (manevi) ayıp kapsamında bir değerlendirme yapılarak da ayıp iddiasının kabul görmesi gündeme gelebilecektir.

## KAYNAKÇA

- Aral Fahrettin/ Ayrancı Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 13. Baskı, Ankara 2020, Yetkin Yayıncılık.
- Baysal Başak, *Sözleşmenin Uyarlanması, TBK m. 138-Aşırı İfa Güçlüğü*, 3. Baskı, İstanbul 2019.
- Baysal Başak/ Uyanık Murat/ Yavuz M. Selim, “Koronavirüs 2019 (COVID-19) ve Sözleşmeler”, Yayımlanmamış Makale, *Lexpera*, <https://blog.lexpera.com.tr/koronavirus-2019-ve-sozlesmeler/> (Son Erişim Tarihi: 11.05.2021).
- Bilgin Yüce Melek, “Koronavirüs Salgını Nedeniyle Hükümet Kararıyla Kapatılan İşyerlerinin Kira Sözleşmelerinin Akibetinin Değerlendirilmesi”, Yayımlanmamış Makale, *Lexpera*, <https://blog.lexpera.com.tr/koronavirus-salgini-nedeniyle-hukümet-kararıyla-kapatılan-isyerlerinin-kira-sozlesmelerinin-akibetinin-degerlendirilmesi/> (Son Erişim Tarihi: 11.05.2021).
- Dural Mustafa, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117)*, İstanbul 1976, s. 101.
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2020, 25. Baskı.
- Gewerberaummiete Kommentar*, 2. Auflage 2019, Hrsg. Hartmut Guhling, Peter Günter.
- Göksoy Yaşar Can, “Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğü (TTK m. 18) Bağlamında Covid-19 Pandemisinin Tacirlerin Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri Üzerindeki Etkileri”, *Yaşar Hukuk Dergisi*, Cilt:2, Sayı:2 Özel Sayı, 2020, s. 3.
- Gümüş Mustafa Alper, “Yeni” 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Kira Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2012, Vedat Kitapçılık.
- Gündoğdu Fatih, *Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları*, İstanbul 2014.
- Gündoğdu Fatih/ Ural Nihal, “Koronavirüs (COVID-19) Tedbirlerinin Kira Sözleşmelerine Etkisi”, Yayımlanmamış Makale, *Lexpera*, <https://blog.lexpera.com.tr/koronavirus-tedbirlerinin-kira-sozlesmelerine-etkisi/> (Son Erişim Tarihi: 11.05.2021).
- Günter Peter, “Der Einfluss öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen auf mietvertragliche Vereinbarungen”, *NZM* 2016, s. 569.
- Häublein Martin/ Müller Maximilian, “Wer trägt das Pandemierisiko in der Geschäftsraummiete?“, *NZM* 2020, s. 489.
- Hellner Jan, “Pacta sunt servanda – gilt dieser Grundsatz auch für die Miete in Zeiten der COVID-Pandemie?“, *NJOZ* 2020, s. 770.
- Hübner Jürgen, Das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Geschäftsraummietrecht – nicht mehr als ein erster Schritt, *ZfIR* 2020, s. 277 vd.
- İleri Çiğdem, “Çevresel Gürültü Nedeniyle Kiraya Verenin Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Sayı: 1, Ocak 2021, s. 461.
- İnceoğlu M. Murat, *Kira Hukuku C. 1*, İstanbul 2014, On İki Levha Yayıncılık.
- Kayış Ferhat, “KOVİD-19 (Koronavirüsü) Nedeniyle İşyeri Kira Sözleşmelerinin Yeni Koşullara Uyarlanması”, *Yaşar Hukuk Dergisi*, Cilt:2, Sayı:2 Özel Sayı, 2020.

- Kılıçoğlu Ahmet, Bulaşıcı Hastalığın Borç İlişkilerine Etkisi, Yayımlanmamış Makale <https://www.turkhukukkurumu.org.tr/duyurular/377-bulasici-hastaligin-borc-iliskilerine-etkisi.html>. (Son Erişim Tarihi: 29.03.2021)
- Kluth Peter/ Böckmann Julius, Zugangsbeeinträchtigung aufgrund staatlicher Baumaßnahmen – Risikoverteilung bei Gewerberaumiete, *NZM* 2003, s. 883.
- Krepold Hans-Michael, “Gewerbemietverträge in Zeiten der Corona-Pandemie”, *WM* 2020, s. 728.
- Lehmann-Richter Arnold, “Einkaufscenter: Beitritt zu Werbegemeinschaftsverein wirksam!”, *MietRB* 2016, s. 196.
- Makaracı Başak Aslı/ Öktem Çevik Seda/ Yörük Işıl, “Korona Virüsün İşyeri Kira Sözleşmelerine Etkisi”, Yayımlanmamış Makale, *Lexpera*, <https://blog.lexpera.com.tr/koronavirus-tedbirlerinin-kira-sozlesmelerine-etkisi/> (Son Erişim Tarihi: 11.05.2021).
- Oğuz Arzu, “COVID19, Mücbir Sebep ve sözleşmelere Etkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2020, Cilt:15, Sayı:166, s. 1275.
- Oğuzman Kemal/ Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, 18. Baskı 2020.
- Özçelik Ş. Barış, “Covid-19 Salgını Çerçevesinde Alınan Önlemlerin Sözleşme Hukuku ve Mücbir Sebep Kavramı Açısından Değerlendirilmesi,” Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu (ed. Muhammet Özkes), İstanbul 2020, On İki Levha Yayıncılık, ss. 283 – 293.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II*, 8. Auflage 2020, Hrsg. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker, Bettina Limper.
- Palandt Kommentar zum BGB*, 78. Auflage 2018, Hrsg. Otto Palandt.
- Sarıkaya Sinan, “Basiretli Tacir İlkesi Işığında Koronavirüs (COVID-19) Salgınının Sözleşmelerdeki Ceza Koşuluna Etkisi”, Covid-19 Salgınının Hukuki Boyutu (ed. Muhammet Özkes), İstanbul 2020, On İki Levha Yayıncılık, ss. 629-645.
- Schall Alexander, “Corona-Krise: Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage bei gewerblichen Miet – und Pachtverträgen”, *JZ* 2020, s. 388.
- Schmidt Hubert, *COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise*, 2. Baskı 2020, § 3 Rn. 71.
- Schmidt-Futterer Mietrecht Kommentar*, 14. Auflage 2019, Hrsg. Hubert Blank.
- Sentek Stefan/ Ludley Carsten, “COVID-19: Die hoheitlich verfügte Ladenschließung als Mietmangel”, *NZM* 2020, s. 406.
- Sittner Silvio, “Mietrechtspraxis unter Covid-19”, *NJW* 2020, s. 1172.
- Tandoğan Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.1/2*, 4. Baskı, İstanbul 2008, Vedat Kitapçılık.
- Toprakkaya Babalık İrem, “Korona Virüs Salgınının Kira Sözleşmelerine Etkisi, Geçici İfa İmkansızlığı, İfa Güçlüğü ve Uyarılma”, Yayımlanmamış Makale, *Lexpera*, <https://blog.lexpera.com.tr/korona-virus-salgininin-kira-sozlesmelerine-etkisi-gecici-ifa-imkansizligi-ifa-guclugu-ve-uyarlama-2/> (Son Erişim Tarihi: 11.05.2021).
- Tüzüner Özlem/ Öz Kerem, “Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin İçtihat İncelemesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015; Sayı:3, s. 440.
- Üçer Mehmet/ Meriç Nedim, “Kiracının Tacir Olması Durumunda Kiraya Verenin Ayıptan Sorumluluğunun Kapsamı”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt: 19, Sayı: 30-31.
- Yavuz Cevdet/ Acar Faruk/ Özen Burak, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 16. Baskı, İstanbul 2019, Beta Yayıncılık.
- Yıldırım Abdülkerim, “Koronavirüs Krizinin Özel Hukuk Sözleşmelerine Etkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2020, Cilt:15, Sayı:165, s. 986.

Yücel Özge, “COVID-19 Salgınının Borç İlişkilerine Hukuksal Etkileri”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 15, Sayı. 166, 2020.

Zehner Donata, “Mietrechtliche Neuregelungen in Zeiten der Coronakrise”, *JA* 2020, s. 489

### **KISALTMALAR CETVELİ**

Az.	: Aktenzeichen
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
Ed.	: Editör
E.	: Esas
f.	: Fıkra
Hrsg.	: Herausgeber
JZ	: JuristenZeitung
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
LG	: Landesgericht
m.	: Madde
NJOZ	: Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NZM	: Neue Zeitschrift für Miet – und Wohnrecht
OLG	: Oberlandesgericht
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rn.	: Randnummer
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa sayısı
T.	: Tarih
vd.	: Ve devamı

## Alternative Dispute Resolution in Sport Disputes: A Review of Turkish Athletics, Basketball and Volleyball Federation Decisions\*

### Spor Uyuşmazlıklarında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu: Türkiye Atletizm, Basketbol ve Voleybol Federasyonu Kararlarının İncelenmesi

Diñcer Çeribaş \*\* , Oğuz Özbek \*\*\* 

#### ABSTRACT

Sports disciplinary proceeding is the judgment process brought to the agenda with the decisions taken by the authorized disciplinary committees as a result of the violation of sports discipline rules. Since the rules of each sport are different, the actions that constitute disciplinary violations and the disciplinary penalties related to them may vary.

In this research, using the document analysis method of qualitative research methods, Turkish Athletics, Basketball and Volleyball Federation decisions that the Disciplinary Committees rendered between January 1, 2014 and January 1, 2019 were examined. The decisions examined were categorized in terms of parties, types of disciplinary violations and disciplinary penalties, and decisions objected to the Arbitration Committee, and classified in terms of their results. As a result of the research, it was observed that disciplinary proceedings were carried mostly regarding anti-doping rule violations in athletics, acting against the directives in basketball, rude, obscene, humiliating behaviour and insult violations in volleyball. In terms of sides, decisions rendered mostly on athletes and coaches in athletics, and on athletes and sports clubs in basketball and volleyball.

**Keywords:** Sports law, National Sports Federations, Sports Disciplinary Proceeding, Arbitration Committee, Disciplinary Violation

#### ÖZ

Spor disiplin yargılaması, spor disiplin kurallarının ihlal edilmesi neticesinde yetkili disiplin kurulları tarafından verilen kararlarla gündeme gelen yargılama sürecidir. Her spor dalına ilişkin kuralların farklı olması nedeniyle disiplin ihlalinin oluşturan eylemler ve bunlara ilişkin disiplin cezaları değişiklik gösterebilmektedir.

Bu araştırmada, nitel araştırma yöntemlerinden olan doküman analizi yöntemi kullanılarak Türkiye Atletizm, Basketbol ve Voleybol Federasyonu Disiplin Kurullarının 1 Ocak 2014 ve 1 Ocak 2019 tarihleri arasında vermiş olduğu kararlar incelenmiştir. İncelenen kararlar taraf, disiplin ihlali ve disiplin cezası türleri ile Tahkim Kurulu'na itiraz edilen kararlar yönünden kategorize edilerek sonuçları itibarıyla sınıflandırılmıştır. Araştırma sonucunda atletizmde en çok dopinge mücadele kural ihlalleri, basketbolda talimatlara aykırı hareket, voleybolda ise kaba, müstehzi, küçük düşürücü hareket ve hakaret ihlallerine ilişkin disiplin yargılaması gerçekleştirildiği görülmüştür. Taraf yönünden atletizmde en çok sporcular ve antrenörler, basketbol ve voleybolda ise sporcular ve spor kulüpleri hakkında karar verilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Spor Hukuku, Ulusal Spor Federasyonları, Spor Disiplin Yargılaması, Tahkim Kurulu, Disiplin İhlali

\* This work has been derived from the master's thesis titled "Sports Law Disputes and Solutions" with thesis number 619898, conducted by Diñcer ÇERİBAŞ under the supervision of Oğuz ÖZBEK on 29/1/2020. Bu çalışma, Prof. Dr. Oğuz ÖZBEK danışmanlığında 29.1.2020 tarihinde Diñcer ÇERİBAŞ tarafından tamamlanan "Spor Hukuku Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları" başlıklı ve 619898 tez no'lu yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

\*\* Attorney, Ministry of Youth and Sports, General Directorate of Legal Services. Avukat, Gençlik ve Spor Bakanlığı Hukuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü

\*\*\* Prof. Dr., Ankara University Faculty of Sports Sciences, Sports Management Sciences. Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Spor Bilimleri Fakültesi, Spor Yönetim Bilimleri

**Sorumlu Yazar/Correspondence Author:** Diñcer Çeribaş

**E-posta/E-mail:** dincerceribas@gmail.com

**Geliş Tarihi/Received:** 15.02.2021

**Kabul Tarihi/Accepted:** 10.06.2021

## I. INTRODUCTION

Sports law is a *sui generis* branch of law<sup>1</sup> with a mixed and dynamic structure that develops in line with the changes in the international arena and the decisions taken by sports organizations, including both public and private law rules. Sports disciplinary disputes, which constitute an important branch of sports law disputes, are disputes that arise from violation of the rules set by national sports federations (NFs) and international sports federations (IFs) or Olympic organizations<sup>2</sup>. Since the rules regarding each sports branch are different and these rules are constantly evolving, the need for examining the sports law disputes and raising the awareness of the parties is increasing.

One of the important features of sports disciplinary proceeding is that its solution requires a special expertise<sup>3</sup>, and it is resolved through arbitration, mediation, mediation-arbitration methods, which are alternative dispute resolution (ADR) methods, due to the need for fast, flexible and relatively cheap resolution<sup>4</sup>. Convenient to the spirit of the sports, arbitration proceeding is faster and cheaper than traditional litigation, allows flexible rules for presenting evidence, and a limited right of recourse compared to courts<sup>5</sup>. Mediation in sports law is a new and developing concept compared to arbitration. Mediation is a fast, effective, and peaceful practice in resolving sports disputes. In mediation, the parties negotiate under the supervision of the mediator and share their problems in a respectful manner, thus ensuring a peaceful resolution of the dispute by understanding each other better. It is praised for developing the understanding and fair play spirit<sup>6</sup>.

Making honest and fair decisions in the resolution of sports disputes is important in terms of protecting the rights of athletes and establishing the right to fair competition<sup>7</sup>. The world is full of different legal systems<sup>8</sup>. However, for the implementation of standardised sports law rules in the national or international arena, there must be rules directly applicable at all levels<sup>9</sup>. For this reason, Fédération Internationale de Basketball Association (FIBA) and most IFs make regulations that will oblige their members to abide by their rules and to include these rules in their articles of association<sup>10</sup>. In the

1 Foster, Ken (2012) "Is There a Global Sports Law?" In: *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, TMC Asser Press, p.44.

2 VAN KLEEF, Rosmarijn (2014) "The Legal Status of Disciplinary Regulations in Sport", *The International Sports Law Journal*, Vol.14, N.1, p.24.

3 Pachanda, Vikrant (2012) "The Importance of Arbitration Sports the Court of Arbitration for Sport," *the Emerging 'Lex Sportiva' the Indian Perspective*, *International Sports Law Review Pandektis*, Vol.9 N.3-4, p.259.

4 Blackshaw, Ian (2013) "Adr and Sport: Settling Disputes Through the Court of Arbitration for Sport, the FIFA Dispute Resolution Chamber, and the WIPO Arbitration & Mediation Center", *Marquette Sports Law Review*, Vol.24, N.1, p.56.

5 Lenard, Michael (2009) "The Future of Sports Dispute Resolution", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol.10, N.1, p.175.

6 Sandu, Ciprian (2015) "ADR in Sport Disputes: Should Mediation be Used over Arbitration?", *Conflict Studies Quarterly*, Vol.11, p.65.

7 Li, Zhi/Qiao, Yijuan (2015) "A Study on the Application of General Principles of Law in Court of Arbitration for Sport", *International Sports Law Review Pandektis*, Vol.11, N.1-2, p.237.

8 Lenard, p.175.

9 Van Kleef, p.37.

10 According to the Article 9.3 of the FIBA General Statutes of 29 August 2019: "*The statutes and regulations of national member federations must comply fully with these General Statutes and the Internal Regulations of FIBA. These General Statutes and the Internal Regulations of FIBA shall form part of the national member federation's statutes and regulations. In*

resolution of sports disputes, although International Olympic Committee (IOC) and Ifs purpose to apply standardised rules around the world, inconsistent decisions rendered by different national courts have caused problems<sup>11</sup>. Therefore, the arbitration jurisdiction established with the Court of Arbitration for Sport (CAS) restricts athletes' access to national courts<sup>12</sup>. Established in 1983, the CAS is today recognized by all IFs as the last objection authority for international disputes<sup>13</sup> and provides a confidential, fast, effective, and relatively inexpensive resolution of disputes<sup>14</sup>.

The aim of this research is to examine Turkish Athletics Federation (TAF), Turkish Basketball Federation (TBF) and Turkish Volleyball Federation (TVF) Disciplinary Committee decisions concerning the sports disciplinary proceedings gathered under the roof of CAS, and the Arbitration Committee of the Youth and Sports Ministry (ACYSM) decisions objected against these decisions. The research is limited to the decisions of the federation disciplinary committee and ACYSM decisions between January 1, 2014 and January 1, 2019.

There are many national studies in Turkish sports law, especially examining the football discipline proceeding and the structure of the Arbitration Committee of the Turkish Football Federation (ACTFF)<sup>15</sup>. On the other hand, it has been observed that there are a limited number of research on sports branches other than football and no research has been found that examines the disciplinary proceedings related to athletics, basketball, and volleyball sports branches by categorizing them in terms of party, disciplinary violations, and disciplinary penalties. For this reason, the disciplinary committee decisions regarding athletics, basketball, and volleyball sports branches, which have a large number of spectators, athletes, clubs, trainers, and referees, were examined in the research. In this sense, the research is considered to be significant and pioneering in terms of reviewing the legislation on sports discipline proceedings and developing recommendations according to perpetual continuing issues.

*the event of doubt or conflict, these General Statutes and the Internal Regulations of FIBA shall prevail.”*

- 11 Mitten, Matthew J./Opie, Hayden (2010) ““Sports Law”: Implications for the Development of International, Comparative, and National Law and Global Dispute Resolution”, Tulane Law Review, Vol.85, N.2, p.284.
- 12 Foster, p.49.
- 13 Reilly, Loise (2013) “Introduction to the Court of Arbitration for Sport (CAS) & the role of National Courts in International Sports Disputes, and Symposium”, Journal of Dispute Resolution, N.1-5, p.67.
- 14 Blackshaw (2013), p.30.
- 15 Küçükgüngör, Erkan (2001) “Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol.50, N.2, p.137-146; Koçak, Talat Emre (2007) Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu, Ankara, Seçkin; Ayanoğlu, Taner (2008) “Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun İşlevi ve Kararlarının Niteliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Vol. 74, p.43-76; Özelçi, Aytaç (2010) Türkiye Futbol Federasyonu'nun Türk Hukukundaki Yeri, Ankara, Seçkin; Cem, Çağrı (2012) Profesyonel Futbolcu Transfer Sözleşmesi, İstanbul, On İki Levha; Akil, Cenk (2013) “Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Kararlarının Hukuki Niteliği”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Vol.19, N.3, p.379-403; Özen, Mustafa (2016) Futbol Disiplin Hukuku, Ankara, Adalet; Topuz, Gökçen (2017) “Thoughts on the Jurisdiction of the Turkish Football Federation Dispute Resolution Board”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol.19, p.1901-1926; Gündoğdu, Fatih (2019) “Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu Yargılamasının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Vol.140, p.141-170.

## A. Establishment and Structure of TAF, TBF, and TVF

TAF, TBF and TVF are sports federations established within the scope of the Additional Article 9 of the Youth and Sports Services Code No. 3289<sup>16</sup>.

Official activities of the Athletics Federation started within Turkish Training Communities Alliance, founded in 1922<sup>17</sup>. TAF's headquarter is in Ankara. TAF is an official member of the World Athletics (WA), formerly International Association of Athletics Federations (IAAF), the European Athletics (EA) and the Association of Balkan Athletics Federations (ABAF). As of the date 31/08/2020, according to official records of TAF, there is a total of 224,076 licensed athletes and 3,513 licensed sports clubs<sup>18</sup> in Turkey; as of 2018, there are 4,179 active referees<sup>19</sup> and 903 active trainers<sup>20</sup>. The official activities of the Basketball Federation started within the Sports Games Federation established in 1934. Basketball, which was managed under the same roof with volleyball and handball branches for a long time, gained an independent management with TBF, which was established in 1959, as a result of the increase in activities and the popularization of the sports branch<sup>21</sup>. TBF's headquarter is in Ankara. It is an official member of the FIBA. In accordance with the official records of TBF, a total of 2,607 basketball players took part in eight leagues, including the top leagues of males and females, in the 2017-2018 season, 4,528 sports clubs participated in basketball competitions across the country in the same season, and 2,725 certificated basketball trainers out of 8,890 took active roles in clubs as of 30/06/2018<sup>22</sup>. In addition, according to the records of the Ministry of Youth and Sports (MYS), there are 3,923 registered referees in basketball as of 2018<sup>23</sup>. The official activities of the Volleyball Federation started with the establishment of the Volleyball-Handball Federation in 1958. TVF became autonomous on 28th October 2004<sup>24</sup>. TVF's headquarter is in Ankara. TVF is an official member of the Fédération Internationale de Volleyball (FIVB), Confédération Européenne de Volleyball (CEV) and the Balkan Volleyball Association (BVA). According to the official records of TVF, there are 60,558 licensed volleyball players and 8,720 trainers in 2017-2018 season<sup>25</sup>. Besides, according to MYS records, there are 5,711 registered referees in volleyball as of 2018<sup>26</sup>.

16 According to the additional article 9 of the Youth and Sports Services Code No. 3289: *"Independent sports federations subject to the provisions of private law are established by the decision of the President of the Republic and gain legal personality with the publication of the decision in the Official Gazette."*

17 See <<http://www.taf.org.tr/tafgenel-bilgiler-ve-tarihce/>> I.a.d. 12.12.2020.

18 See <<https://shgm.gsb.gov.tr/Public/images/SGM/Federasyon/742292016%20%202018%20faaliyet%20-raporu.pdf>> I.a.d.12.12.2020.

19 See <<http://www.taf.org.tr/faalhakemlerantrenorler/#145.925.4240058-6d235937-d7d8>> I.a.d.12.12.2020.

20 See <<http://www.taf.org.tr/faalhakemlerantrenorler/#145.925.4240058-6d235937-d7d8>> I.a.d.12.12.2020.

21 See <<https://www.tbf.org.tr/tarihce/ulkemizde-basketbol>> I.a.d.12.12.2020.

22 See <[https://shgm.gsb.gov.tr/Public/images/SGM/Federasyon/92814TBF\\_FaaliyetRaporu.pdf](https://shgm.gsb.gov.tr/Public/images/SGM/Federasyon/92814TBF_FaaliyetRaporu.pdf)> I.a.d. 12.12.2020.

23 See <<https://shgm.gsb.gov.tr/Sayfalar/175/105/Istatistikler>> I.a.d.12.12.2020.

24 See <<https://www.tvf.org.tr/tarihce/>> I.a.d.12.12.2020.

25 See <[https://shgm.gsb.gov.tr/Public/images/SGM/Federasyon/95760Yonetim\\_Kurulu\\_Faaliyet\\_Raporu.-PDF](https://shgm.gsb.gov.tr/Public/images/SGM/Federasyon/95760Yonetim_Kurulu_Faaliyet_Raporu.-PDF)> I.a.d.12.12.2020.

26 See <<https://shgm.gsb.gov.tr/Sayfalar/175/105/Istatistikler>> I.a.d.12.12.2020.

Actions that constitute disciplinary violations in sports disciplinary proceedings and regarding this, disciplinary penalties are regulated in the disciplinary directives of sports federations. TAF, TBF, and TVF Disciplinary Directives were taken as basis in the examination of the decisions of the disciplinary committee in the research<sup>27</sup>. There are the rights to objection to the ACYSM against the decisions of the TAF Disciplinary Committee (TAFDC), TBF Disciplinary Committee (TBFDC), and TVF Disciplinary Committee (TVFDC) in accordance with the Arbitration Committee Regulation<sup>28</sup> within ten days from the written notification of the decision, and the right to apply for a correction of decision within ten days against the decisions of the ACYSM.

## B. Sports Disciplinary Proceedings in NFs

Regarding the sports disciplinary proceedings, the most important innovation in Turkey is the constitutional amendment in 2011. In 2011, according to Article 59 of the Turkish Constitution, the arrangement: *“Only compulsory arbitration could be applied against the decisions of sports federations regarding the management and discipline of sports activities. The decisions of the arbitration committee are final and no appeal to any judicial authority against these decisions.”* has been added<sup>29</sup>. With this arrangement, judicial review was closed against the arbitration committee’s decisions regarding sports disciplinary proceedings.

In Turkish legal system, compulsory arbitration has been stipulated in two legal regulations in the field of sports law. The first one is the ACYSM, established in 2004 with the Youth and Sports Services Code<sup>30</sup>, and the second is the ACTFF, established in 1988 and regulated under Turkish Football Federation Establishment and Duties Code<sup>31</sup>. ACTFF is in charge of disciplinary proceedings regarding football in Turkey, and ACYSM is in charge of the disciplinary proceedings concerning other sports branches.

If arbitration is compulsory, in the sense of being required by law<sup>32</sup>, the parties have no option but to refer their dispute to an arbitral tribunal. In compulsory arbitration proceedings applied in sports disputes in Turkey, the parties to the dispute do not have the authority to choose an arbitrator. ACYSM arbitrators consist of seven members appointed for four years by the Minister of Youth and Sports<sup>33</sup>. ACTFF arbitrators, on the other hand, consist of seven members appointed by the Federation Board of Directors with the proposal of the Federation President, during the duty term of the Federation Board of Directors<sup>34</sup>. The process called compulsory arbitration proceedings starts

27 TAF Disciplinary Directive dated 23/12/2015, TBF Disciplinary Directive dated 28/9/2017, and TVF Disciplinary Directive dated 22/4/2009, see <<http://sgm.gsb.gov.tr/Federasyonlar/28/3/Federasyonlar>> 1.a.d.12.12.2020.

28 General Directorate of Sports Arbitration Committee Regulation, Official Gazette, January 28, 2012, No 28187.

29 The Constitution of the Republic of Turkey, Official Gazette, November 9, 1982, No 17863.

30 Youth and Sports Services Code Numbered 3289, Official Gazette, May 21, 1986, No: 19120.

31 Turkish Football Federation Establishment and Duties Code Numbered 5894, Official gazette, May 16, 2009, No 27230.

32 Ekşi, Nuray (2015) Spor Tahkim Hukuku, 1. Edition, İstanbul, Beta, p.120.

33 Additional article 9/7 of the Youth and Sports Services Code No. 3289, Official Gazette, May 21, 1986, No: 19120.

34 TFF Statutes, dated 16/05/2009.



with the objection of the relevant federation disciplinary board decision in the ACYSM proceeding and the process of the objection of the TFF to the relevant board decision in the TFFTK proceeding.

The parties have the right to appeal to the CAS against the decisions of ACYSM and ACTFF in case the conditions of “*granting the right to apply to CAS in the status or regulations of the federation and exhaustion of the domestic remedies before appeal*” included in the Article R47 of the CAS Code<sup>35</sup>. In limited circumstances, it is possible to file an annulment action against the CAS decisions in the Swiss Federal Tribunal, in accordance with Article 190 (2) of the Swiss Code of International Private Law<sup>36</sup>.

ACYSM and ACTFF work as compulsory arbitration committees in the resolution of sports disputes within the scope of Article 59 of the Turkish Constitution. There are important distinctions between voluntary and compulsory arbitration<sup>37</sup>. In compulsory arbitration, arbitration committees like ACYSM or ACTFF are regarded as “*courts*” in accordance with the decisions of the European Court of Human Rights (ECHR) and in cases where the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (the Convention) are applicable to the case, these committees’ decisions could be reviewed by ECHR<sup>38</sup>. ECHR, on the dispute between the athlete and sports club in Turkey with regard to a professional footballer’s wage and the termination of the service contract, has accepted the application of the athlete by considering ACTFF as a court for the compulsory arbitration, and decided that Article 6 (1) of the Convention is violated<sup>39</sup>.

### C. Well-established ADR Practices for Sport Disputes

When the systems of other countries on the resolution of sports law disputes is reviewed, it is seen that there are ADR organisations which specialised on sports disputes operating in different procedures in various

35 Code of Sports-related Arbitration, 2020 Article R47 of the CAS Code states that: “*An appeal against the decision of a federation, association or sports-related body may be filed with CAS if the statutes or regulations of the said body so provide or if the parties have concluded a specific arbitration agreement and if the Appellant has exhausted the legal remedies available to it prior to the appeal, in accordance with the statutes or regulations of that body.*”

36 According to the Article 190(2) of the Swiss Federal Act on Private International Law of 18 December 1987: “*Proceedings for setting aside the award may only be initiated: a. where the sole arbitrator has been improperly appointed or where the arbitral tribunal has been improperly constituted; b. where the arbitral tribunal has wrongly accepted or denied jurisdiction; c. where the arbitral tribunal has ruled beyond the claims submitted to it, or failed to decide one of the claims; d. where the principle of equal treatment of the parties or their right to be heard in an adversary procedure has not been observed; e. where the award is incompatible with public policy.*”

37 Lenskyj, Helen (2018) “Sport Exceptionalism and the Court of Arbitration for Sport”, *Journal of Criminological Research, Policy and Practice*, Vol.4, N.1, p.6.

38 Article 178 of the ECHR’s decision of 28 January 2020 states that: “*In addition, a distinction must be drawn between voluntary arbitration and compulsory arbitration. If arbitration is compulsory, in the sense of being required by law, the parties have no option but to refer their dispute to an arbitral tribunal, which must afford the safeguards secured by Article 6 § 1 of the Convention (ibid., § 49).*” (see, ECHR Ali Rıza and others v. Turkey, nos. 30226/10 and 4 others, 28 January 2020).

39 For further information on this important issue, see Gemalmaz, H. Burak (2019) “Applicability of Human Rights Standards in Turkish Football Arbitration: The Contribution of the European Court of Human Rights”, *The International Sports Law Journal*, Vol.9, N.1, p.38-58.

countries. Since 2000s, ADR organisations have been established in various parts of the world, which serve for the resolution of sports disputes by both arbitration and mediation methods in the CAS model.

Japan Sports Arbitration Agency (JSAA), established in 2003, is responsible for resolving sports disputes in Japan<sup>40</sup>. JSAA has four sets of arbitration rules and one mediation rule namely: 1-Sport Arbitration Rule, 2-Special Sport Arbitration Rule, 3-Doping Arbitration Rule, 4-Sport Arbitration Rule between Affiliating Federations, 5-Sport Mediation Rule<sup>41</sup>.

Sports Resolutions (SR), previously known as Sports Dispute Resolution Panel, was established in 1997 for the resolution of sports disputes in the United Kingdom<sup>42</sup>. SR is an independent ADR service for UK offering arbitration, mediation and tribunal appointment and administration services<sup>43</sup>. SR also works closely with national sports dispute organizations in Canada, the USA, New Zealand, Ireland and Japan<sup>44</sup>.

In Ireland, there are two domestic bodies offering ADR in the sporting context<sup>45</sup>. First one is the Dispute Resolution Authority (DRA) of the Gaelic Athletic Association (GAA), which was established in 2005 and is independent of the GAA<sup>46</sup>. DRA uses arbitration and mediation methods for the resolution of disputes<sup>47</sup>. The other is the Sport Dispute Solutions Ireland (SDSI), which was established by Federation of Irish Sport in 2007. SDSI is an independent specialised dispute resolution service for Irish Sport offering both mediation and arbitration services<sup>48</sup>.

Sport Dispute Resolution Centre of Canada (SDRCC), which implements arbitration in the resolution of sports disputes, was established in 2002 in Canada. In 2006, a compulsory pre-arbitration mediation, called SDRCC resolution facilitation (RC), was stipulated<sup>49</sup>. The RC practice has shown positive effects in the resolution of disputes by increasing the rates of amicable settlement<sup>50</sup>.

40 Japan Sports Arbitration Agency, <<http://www.jsaa.jp/sportsrule/arbitration/index.html>> l.a.d.17.01.2021.

41 Kushida, Yoka (2015) "How a Dispute Body Can Contribute to the Enhancement of Sport", *International Sports Law Review Pandektis*, Vol.11, N.1-2, p.95-96.

42 Sport Resolutions, <https://www.sportresolutions.co.uk/about-us/who-we-are/our-history> l.a.d. 18.01.2021.

43 Blackshaw, Ian (2009) "Settling Sports Disputes by Adr: Some Major Sports Dispute Resolution Bodies Modelled on the Court of Arbitration for Sport", *Dispute Resolution International*, Vol.3, N.2, p.181.

44 Sport Resolutions, <<https://www.sportresolutions.co.uk/about-us/who-we-are/member-organisations>> l.a.d.18.01.2021.

45 Donellan, Laura (2009) "Dispute Resolution in Irish Sport: The Courts as Reluctant Interlopers", *Entertainment and Sports Law Journal*, Vol.14, N.1, p.8.

46 Dispute Resolution Authority, <<http://www.sportsdra.ie/>> l.a.d.18.01.2021.

47 Gaelic Athletic Association Official Guide – Part 1, <<https://www.gaa.ie/api/pdfs/image/upload/ljywtjss0-59j5omsvd3b.pdf>> l.a.d.18.01.2021.

48 Sport Dispute Solutions Ireland, <<http://sportdisputesolutions.ie/about/>> l.a.d.18.01.2021.

49 Godin, Paul Denis (2017) "Sport Mediation: Mediating High – Performance Sports Disputes", *Negotiation Journal*, Vol.33, N.1, p.29-30.

50 Mironi, Mordehai (2017) "The Promise of Mediation in Sport-Related Disputes", *The International Sports Law Journal*, Vol.16, N.3-4, p.146.

In Australia, the National Sports Tribunal Act 2019 (the Act)<sup>51</sup> and the National Sports Tribunal (NST) were established by the Australian Government to resolve national sports disputes<sup>52</sup>. According to the Article 23-28 of the Act NST, arbitration, mediation, conciliation and case appraisal<sup>53</sup> methods are applied in the resolution of sports disputes.

Sports Tribunal of New Zealand (ST) was established by Sport New Zealand in 2003 in order to support national sports organizations in resolving certain sports disputes in New Zealand and to ensure fair decisions for athletes<sup>54</sup>. Hearing and mediation methods are applied in the resolution of STNZ disputes, and if the parties agree, disputes other than anti-doping files shall be resolved through mediation<sup>55</sup>.

As it is seen, sports dispute resolution organisations such as JSAA, SR, DRA, SDSI SDRCC, NST, and ST are ADR organisations established in various countries of the world that apply both arbitration and mediation methods based on the well-established and successful CAS model<sup>56</sup> in the resolution of sports disputes. However, in Turkey the only dispute resolution method to resolve sports disputes is compulsory arbitration; mediation is not accepted as an applicable method for sports disputes<sup>57</sup>.

## II. METHOD

Notably, this paper does not employ an empirical research on the data of ADR for spor disputes. Instead, it uses data taken from Turkish Athletics, Basketball and Volleyball Federation. Decisions regarding athletics in the study were obtained with written permission from TAF<sup>58</sup> and decisions regarding volleyball from TVF<sup>59</sup>. Decisions regarding basketball were obtained from TBF's<sup>60</sup> thirteen-volume book on disciplinary board decisions. All the table contents and statistics in the study were created by analysing the decisions taken by the federations with the document analysis method.

51 National Sports Tribunal Act 2019, <<https://www.legislation.gov.au/Details/C2020C00224/Download>> l.a.d. 18.01.2021.

52 National Sports Tribunal, <<https://www.nationalsportstribunal.gov.au/about-us/legislative-framework>> l.a.d.16.01.2021.

53 The National Sports Tribunal, <<https://www.nationalsportstribunal.gov.au/about-us>> l.a.d.18.01.2021.

54 Carter, Paddy (2020) "New Zealand Sport's Year of Reckoning: Should Mediation be Used More in Sport-Related Disputes?", Victoria University of Wellington Legal Research Paper, p.3.

55 Sports Tribunal of New Zealand, <<http://www.sportstribunal.org.nz/rules-and-procedures/hearings-and-mediation/>> l.a.d.18.01.2021.

56 Blackshaw (2009), p. 184.

57 Article 59 of The Constitution of the Republic of Turkey, Official Gazette, November 9, 1982, No 17863. Additional article 9 of the Youth and Sports Services Code No. 3289, Official Gazette, May 21, 1986, No: 19120; Article 6 of the Turkish Football Federation Establishment and Duties Code Numbered 5894, Official gazette, May 16, 2009, No 27230.

58 Data obtained with TAF's letter dated 23.01.2020 and numbered 122044.

59 Data obtained with the letter of TVF dated 23.01.2020 and numbered 119404.

60 TBF Disciplinary Board Decisions (2014-2018), 13-volume book series, Ankara.

There are three different methods in qualitative research methods: observation, interview, and document analysis<sup>61</sup>. Document analysis includes the analysis of written materials that contain information about the phenomenon or facts to be researched. Document analysis is conducted in five stages: 1-accessing the documents, 2-checking the originality, 3-understanding the documents, 4-analyzing the data, 5-using the data<sup>62</sup>.

In this paper, the decisions rendered by TAFDC, TBFDC and TVFDC regarding sports disciplinary proceeding; disciplinary violations are classified according to the party committing the violation and disciplinary penalties. In addition, the decisions objected to the ACYSM were classified numerically in terms of their results (refusal, acceptance, partial acceptance et cetera) and their frequency and percentages were found. The specific aim of the research is to determine:

- What kind of disciplinary violations occurred in which sports branch,
- By whom these violations were committed,
- What kind of disciplinary penalties are given by the disciplinary committees,
- Which disciplinary committee decisions were objected against and how these objections were concluded.

In this paper, 85 decisions rendered by TAFDC, 1749 decisions made by TBFDC, and 152 decisions rendered by TVFDC were classified and examined (Table 2.1).

Since TBFDC and TVFDC rendered more than one judgment in a decision, the provisions regarding 2696 different violations in 1749 decisions in basketball and 256 different violations in 152 decisions in volleyball were classified and examined. For example, the judgment, given about the sports club due to the violation of spectator events in a competition, and the judgment, given about the athlete due to the violation of the insult was resolved in one single decision.

**Table 2.1. Distribution of the decisions of TAFDC, TBFDC and TVFDC**

Year	Decisions of TAFDC	Decisions of TBFDC	Decisions of TVFDC
2014	22	440	33
2015	14	359	17
2016	23	136	26
2017	21	449	47
2018	5	365	29
Total	85	1749	152

61 Cassell, Catherine/Symon, Gillian, (2004) Essential Guide to Qualitative Methods in Organizational Research, <[https://books.google.com.tr/books?id=auAjat0t9RMC&sitesec=buy&hl=tr&source=gbs\\_vpt\\_re-ad](https://books.google.com.tr/books?id=auAjat0t9RMC&sitesec=buy&hl=tr&source=gbs_vpt_re-ad)> l.a.d. 12.02.2021, p.7.

62 Yıldırım, Ali/Şimşek, Hasan (2008) Sosyal Bilimlerde Nitel Araştırma Yöntemleri, 6. Edition, Ankara, Seçkin, p.228-239.

### III. FINDINGS

In this part of the research, the parties of the subject matter cases regarding the decisions of TAFDC, TBFDC, and TVFDC are classified according to the proportional distribution of disciplinary violations and disciplinary penalties and the results of the objected ACYSM decisions. The obtained data are shown in tables and interpreted.

#### A. TAFDC Decisions

According to Table 3.1<sup>63</sup>, it has been observed that decisions have been made on mostly on the athletes (53 decisions) and the trainers (24 decisions); at least on the club official (1 decision) and the federation manager (1 decision). It has been determined that the disciplinary penalties imposed on the athletes are mostly related to the ineligibility penalties (28 penalties) and least fine (1 penalty).

**Table 3.1. Distribution of disciplinary proceedings in athletics according to the parties**

Judged Parties	The number of provisions	Ineligibility	Constraint from the competitions	Not to be punished	Warning	Excitation	Fine
Athlete	53 (%62,35)	28 (%32,94)	20 (%23,53)	2 (%2,35)	-	2 (%2,35)	1 (%1,18)
Trainer	24 (%28,24)	18 (%21,18)	-	4 (%4,71)	2 (%2,35)	-	-
Provincial Representative	3 (%3,53)	-	-	2 (%2,35)	1 (%1,18)	-	-
Referee	3 (%3,53)	1 (%1,18)	-	2 (%2,35)	-	-	-
Club Employee	1 (%1,18)	-	-	-	1 (%1,18)	-	-
Federation Manager	1 (%1,18)	1 (%1,18)	-	-	-	-	-
Total	85 (%100)	48 (%56,47)	20 (%23,53)	1 <sup>0</sup> (%11,76)	4 (%4,71)	2 (%2,35)	1 (%1,18)

As seen in Table 3.2<sup>64</sup>, it has been determined that disciplinary violations (85 violations) are mostly related to anti-doping rule violations (57 violations) and act against fair play (10 violations); it is at least related to attack on personal rights, aggravated assault, foul and not participating in the national competition (1 violation each).

63 Data obtained with TAF's letter dated 23.01.2020 and numbered 122044.

64 Data obtained with TAF's letter dated 23.01.2020 and numbered 122044.

**Table 3.2. Distribution of disciplinary violations in athletics**

Disciplinary Violation	The number of provisions	Athlete	Trainer	Referee	Provincial Representative	Club Employee	Federation Manager
Anti-doping Rule Violations	57 (%67,06)	43 (%50,59)	13 (%15,29)	-	-	-	1 (%1,18)
Act Against Fair Play	10 (%11,76)	7 (%8,24)	2 (%2,35)	1 (%1,18)	-	-	-
Insult	8 (%9,41)	1 (%1,18)	3 (%3,53)	2 (%2,35)	2 (%2,35)	-	-
Acting Against the Directives	3 (%3,53)	-	2 (%2,35)	-	1 (%1,18)	-	-
Convictions (Harassment and Sexual Abuse)	3 (%3,53)	1 (%1,18)	2 (%2,35)	-	-	-	-
Attack on Personal Rights	1 (%1,18)	-	-	-	-	1 (%1,18)	-
Aggravated Assault	1 (%1,18)	-	1 (%1,18)	-	-	-	-
Foul	1 (%1,18)	-	1 (%1,18)	-	-	-	-
Not Participating in the National Competition	1 (%1,18)	1 (%1,18)	-	-	-	-	-
Total	85 (%100)	53 (%62,35)	24 (%28,24)	3 (%3,53)	3 (%3,53)	1 (%1,18)	1 (%1,18)

According to Table 3.3,<sup>65</sup> it is seen that objections to the ACYSM have been made in 51 files and the objections were mostly related to anti-doping rule violations (42 decisions) and act against fair play (4 decisions) disciplinary violations. As a result of the objections, it has been observed that objections were mostly rejected (19 decisions) and the decision to return it to the TAF for re-examination (12 decisions) was made. The five decisions regarding acceptance of the objection are decisions in which disciplinary penalties have been increased as a result of the objections of the Turkish Anti-Doping Commission concerning anti-doping rule violations.

In addition, a request for correction of decision was made against 23 of the objected 51 ACYSM decisions, and 22 of these requests resulted in rejection and 1 in acceptance decision (regarding doping).

65 Data obtained with TAF's letter dated 23.01.2020 and numbered 122044.

**Table 3.3. Distribution of files objected to ACYSM against TAFDC decisions**

ACYSM Decisions upon Objection	The number of the files	Refusal of the Objection	Return of the File to the federation	Acceptance of the Objection (abolition of penalty)	Acceptance of the Objection (increasing the penalty)	Partial acceptance of the Objection (reduction of the penalty)	Counting the Objection as unaccomplished	Taking Expert Report
Anti-doping Rule Violations	42 (%82,36)	19 (%37,25)	12 (%23,53)	1 (%1,96)	5 (%9,80)	3 (%5,88)	1 (%1,96)	1 (%1,96)
Act Against Fair Play	4 (%7,84)	-	-	3 (%5,88)	-	1 (%1,96)	-	-
Insult	2 (%3,92)	1 (%1,96)	-	1 (%1,96)	-	-	-	-
Harassment and Sexual Abuse	2 (%3,92)	1 (%1,96)	-	1 (%1,96)	-	-	-	-
Not participating in the National Competition	1 (%1,96)	1 (%1,96)	-	-	-	-	-	-
Total	51 (%100)	22 (%43,15)	12 (%23,53)	6 (%11,76)	5 (%9,80)	4 (%7,84)	1 (%1,96)	1 (%1,96)

### B. TBFDC Decisions

According to Table 3.4<sup>66</sup>, it has been observed that decisions have been made on mostly on the sports clubs (1750 decisions) and the athletes (436 decisions); at least on the referees (4 decisions) and the officials (5 decisions). It has been determined that the disciplinary penalties enacted on sports clubs are mostly related to fine (855 penalties) and least playing without spectators (2 penalties).

**Table 3.4. Distribution of disciplinary proceedings in basketball according to the parties**

Judged Parties	The number of provisions	Fine	Warning	Constraint from the competition and fine	Ineligibility and fine	Not to be punished	Constraint from the competition	Warning and fine	Playing without spectators and fine	Injunction	Ineligibility	Downgrade, Forfeit and Fine	Forfeit by default and fine	Playing without spectators
Sports Club	1750 (%64,91)	855 (%31,71)	792 (%29,38)	-	-	44 (%1,63)	-	4 (%0,15)	39 (%1,45)	-	-	9 (%0,33)	5 (%0,19)	2 (%0,07)
Athlete	436 (%16,17)	65 (%2,41)	30 (%1,11)	224 (%8,31)	11 (%0,41)	30 (%1,11)	41 (%1,52)	22 (0,82)	-	11 (%0,41)	2 (%0,07)	-	-	-
Club Manager and Employees	319 (%11,83)	71 (%2,63)	71 (%2,63)	6 (%0,22)	120 (%4,45)	19 (%0,70)	-	10 (%0,37)	-	15 (0,56)	7 (%0,26)	-	-	-

66 TBF Disciplinary Board Decisions (2014-2018), 13-volume book series, Ankara.

Trainer	174 (%6,45)	32 (%1,19)	39 (%1,45)	64 (%2,37)	-	8 (%0,30)	16 (%0,59)	10 (%0,37)	-	3 (%0,11)	2 (%0,07)	-	-	-
Provincial Representative	8 (%0,30)	-	3 (%0,11)	-	2 (%0,07)	2 (%0,07)	-	-	-	-	1 (0,04)	-	-	-
Official	5 (%0,19)	-	-	-	2 (%0,07)	1 (0,04)	-	-	-	-	2 (%0,07)	-	-	-
Referee	4 (%0,15)	-	-	-	-	2 (%0,07)	-	-	-	-	2 (%0,07)	-	-	-
Total	2696 (%100)	1023 (%37,96)	935 (%34,69)	294 (%10,91)	135 (%5,01)	106 (%3,93)	57 (%2,12)	46 (%1,67)	39 (%1,45)	29 (%1,08)	16 (%0,59)	9 (%0,33)	5 (%0,19)	2 (%0,07)

As seen in Table 3.5<sup>67</sup>, it has been determined that disciplinary violations (2696 violations) are mostly related to acting against the directives (1222 violations), attack on personal rights, insult and threat (411 violations), ugly and bad cheering (311 violations), and spectator events (290 violations); it is least related to misconduct or negligence (4 violations), non-participation in the national competition (4 violations) and refraining from testimony or document submission, misrepresentation violation (1 violation).

**Table 3.5. Distribution of disciplinary violations in basketball branch**

Disciplinary Violation	The number of provisions	Sports Club	Athlete	Club Manager and Employees	Trainer	Provincial Representative	Official	Referee
Acting Against the Directives	1222 (%45,33)	1106 (%41,02)	14 (%0,52)	73 (%2,71)	25 (%0,93)	3 (%0,11)	1 (%0,04)	-
Attack on Personal Rights, Insult and Threat	411 (%15,24)	-	185 (%6,86)	133 (%4,93)	92 (%3,41)	1 (%0,04)	-	-
Ugly and Bad Cheering	311 (%11,54)	311 (%11,54)	-	-	-	-	-	-
Spectator Events	290 (%10,76)	290 (%10,76)	-	-	-	-	-	-
Foul, Assault and Fighting	210 (%7,78)	-	144 (%5,34)	40 (%1,48)	24 (%0,89)	-	2 (%0,07)	-
Act Against Fair Play	91 (%3,37)	-	40 (%1,48)	41 (%1,52)	10 (%0,37)	-	-	-
Not Participating in and Withdraw from the Competition	57 (%2,11)	37 (%1,37)	20 (%0,74)	-	-	-	-	-
Statements Against Fair Play	44 (%1,64)	2 (%0,07)	5 (%0,20)	18 (%0,67)	17 (%0,63)	2 (%0,07)	-	-
Unfair Use of Documents and Counter feausance	25 (%0,93)	4 (%0,15)	8 (%0,30)	6 (%0,22)	3 (%0,11)	1 (%0,04)	2 (%0,07)	1 (%0,04)
Anti-Doping Rule Violations	13 (%0,48)	-	13 (%0,48)	-	-	-	-	-
Disobeying the Injunction and the Decision of the Disciplinary Committee	7 (%0,26)	-	1 (%0,04)	4 (%0,15)	2 (%0,07)	-	-	-

67 TBF Disciplinary Board Decisions (2014-2018), 13-volume book series, Ankara.



Affecting Competition Result	6 (%0,22)	-	2 (%0,07)	4 (%0,15)	-	-	-	-
Misconduct or Negligence	4 (%0,15)	-	-	-	-	1 (%0,04)	-	3 (%0,11)
Not participating in the National Competition	4 (%0,15)	-	4 (%0,15)	-	-	-	-	-
Refraining from Testimony or Document Submission, Misstatement	1 (%0,04)	-	-	-	1 (%0,04)	-	-	-
Total	2696 (%100)	1750 (%64,91)	436 (%16,18)	319 (%11,83)	174 (%6,45)	8 (%0,30)	5 (%0,18)	4 (%0,15)

According to Table 3.6<sup>68</sup>, it is seen that objections to the ACYSM have been made in 151 provisions, and the objections were mostly related to attack on personal rights, insult and threat (41 provisions), and foul, assault and fighting (32 provisions) disciplinary violations. As a result of the objections, it has been decided mostly about the refusal of the objection (121 proceedings) and partial acceptance of the objection (17 provisions).

In addition, a request for correction of decision request was made against 47 of the objected 151 ACYSM decisions, and 45 of these requests resulted in refusal, 1 in acceptance and 1 partially in acceptance decision.

**Table 3.6. Distribution of files objected to ACYSM against TBFDC decisions**

ACYSM Decisions upon Objection	The number of provisions	Refusal of the Objection	Partial Acceptance of the Objection (reduction of the penalty)	Acceptance of Objection (abolition of penalty)	Counting the Objection as unaccomplished	Precautionary Suspension of Execution
Attack on Personal Rights, Insult and Threat	41 (%27,16)	36 (%23,84)	3 (%1,99)	1 (%0,66)	-	1 (%0,66)
Foul, Assault and Fighting	32 (%21,20)	24 (%15,89)	7 (%4,64)	-	1 (%0,66)	-
Spectator Events	21 (%13,91)	20 (%13,25)	-	-	1 (%0,66)	-
Acting Against the Directives	20 (%13,25)	15 (%9,93)	1 (%0,66)	1 (%0,66)	3 (%1,99)	-
Ugly and Bad Cheering	9 (%5,96)	9 (%5,96)	-	-	-	-
Statements against fair play	7 (%4,64)	5 (%3,31)	1 (%0,66)	1 (%0,66)	-	-
Act Against Fair Play	7 (%4,64)	3 (%1,99)	3 (%1,99)	1 (%0,66)	-	-
Anti-Doping Rule Violations	4 (%2,64)	2 (%1,32)	1 (%0,66)	1 (%0,66)	-	-
Not Participating in and Withdraw from the Competition	4 (%2,64)	3 (%1,99)	1 (%0,66)	-	-	-

68 TBF Disciplinary Board Decisions (2014-2018), 13-volume book series, Ankara.

Disobeying the Injunction and the Decision of the Disciplinary Committee	2 (%1,32)	1 (%0,66)	-	1 (%0,66)	-	-
Affecting Competition Result	2 (%1,32)	2 (%1,32)	-	-	-	-
Not Participating in the National Competition	1 (%0,66)	-	-	1 (%0,66)	-	-
Unfair use of Documents and Counter feausance	1 (%0,66)	1 (%0,66)	-	-	-	-
Total	151 (%100)	121 (%80,13)	17 (%11,26)	7 (%4,64)	5 (%3,31)	1 (%0,66)

### C. TVDC Decisions

According to Table 3.7<sup>69</sup>, it has been observed that decisions have been made on mostly on the athletes (81 decisions) and the sports clubs (68 decisions); least on the provincial representatives (2 decisions) and the referees (12 decisions). It has been determined that the disciplinary penalties enacted on the athletes are mostly related to the constraint from the competition (63 penalties) and at least ineligibility penalty (2 penalties).

**Table 3.7. Distribution of disciplinary proceedings in volleyball according to the parties**

Judged Parties	The number of provisions	Constraint from the competition	Warning	Ineligibility	Fine	Injunction	Not to be punished	Ineligibility and Fine	Playing without spectators and Fine	Forfeit by default and Stadium Ban
Athlete	81 (%31,64)	63 (%24,61)	12 (%4,69)	2 (%0,78)	-	4 (%1,56)	-	-	-	-
Sports Club	68 (%26,56)	1 (%0,39)	48 (%18,75)	-	15 (%5,86)	-	2 (%0,78)	-	1 (%0,39)	1 (%0,39)
Trainer	61 (%23,83)	49 (%19,14)	8 (%3,13)	2 (%0,78)	-	1 (%0,39)	1 (%0,39)	-	-	-
Club Manager and Employees	32 (%12,49)	4 (%1,56)	5 (%1,95)	20 (%7,81)	-	-	-	3 (%1,17)	-	-
Referee	12 (%4,70)	-	6 (%2,35)	6 (%2,35)	-	-	-	-	-	-
Provincial Representative	2 (%0,78)	-	2 (%0,78)	-	-	-	-	-	-	-
Total	256 (%100)	117 (%45,70)	81 (%31,65)	30 (%11,72)	15 (%5,86)	5 (%1,95)	3 (%1,17)	3 (%1,17)	1 (%0,39)	1 (%0,39)

69 Data obtained with the letter of TVF dated 23.01.2020 and numbered 119404.

As seen in Table 3.8<sup>70</sup>, it has been determined that disciplinary violations (256 violations) are mostly related to rude, obscene, humiliating behaviour (66 violations), insult (56 violations), and unintentional acts violations (51 violations); it is at least related to anti-doping rule violations (2 violations), counterfeasance (2 violations) and rude and improper behaviour violations (1 violation).

**Table 3.8. Distribution of disciplinary violations in volleyball branch**

Disciplinary Violation	The number of provisions	Athlete	Sports Club	Trainer	Club Managers and Employees	Referee	Provincial Representative
Rude, Obscene, Humiliating Behaviour	66 (%25,75)	26 (%10,15)	-	30 (%11,70)	8 (%3,12)	1 (%0,39)	1 (%0,39)
Insult	56 (%21,86)	28 (%10,94)	-	14 (%5,46)	14 (%5,46)	-	-
Unintentional Acts	51 (%19,92)	-	42 (%16,41)	-	3 (%1,17)	5 (%1,95)	1 (%0,39)
Act Against Sportsmanship	17 (%6,63)	9 (%3,51)	1 (%0,39)	4 (%1,56)	3 (%1,17)	-	-
Intentional Acts	17 (%6,63)	2 (%0,78)	4 (%1,56)	5 (%1,95)	1 (%0,39)	5 (%1,95)	-
Field Events	15 (%5,85)	-	15 (%5,85)	-	-	-	-
Acting Against Sports Discipline	5 (%1,95)	5 (%1,95)	-	-	-	-	-
Kicking, Headbutt, Punching or Other Ways of Hitting or Assault and Battery	5 (%1,95)	1 (%0,39)	-	3 (%1,17)	1 (%0,39)	-	-
Ugly and Bad Cheering	5 (%1,95)	-	5 (%1,95)	-	-	-	-
Preventing the Competition to Continue and Assault and Battery	5 (%1,95)	5 (%1,95)	-	-	-	-	-
Assault and Battery	5 (%1,95)	3 (%1,17)	-	1 (%0,39)	1 (%0,39)	-	-
Preventing the Competition to Continue	4 (%1,56)	-	-	3 (%1,17)	1 (%0,39)	-	-
Anti-doping Rule Violations	2 (%0,78)	2 (%0,78)	-	-	-	-	-
Counter feasance	2 (%0,78)	-	1 (%0,39)	1 (%0,39)	-	-	-
Rude and Improper Behaviour	1 (%0,39)	-	-	-	-	1 (%0,39)	-
Total	256 (%100)	81 (%31,72)	68 (%26,55)	61 (%23,79)	32 (%12,48)	12 (%4,68)	2 (%0,78)

70 Data obtained with the letter of TVF dated 23.01.2020 and numbered 119404.

According to Table 3.9<sup>71</sup>, it is seen that objections to the ACYSM have been made in 7 files and the objections were mostly related to intentional acts (3 decisions) disciplinary violations. As a result of the objections, it has been decided that 6 objections have been refused and not to render a decision for 1.

In addition, 2 of the objected 7 ACYSM decisions (regarding intentional acts violation) were requested to for correction of decision, and 1 of these requests resulted in refusal and 1 with an acceptance decision.

**Table 3.9. Distribution of files objected to ACYSM against TVFDC decisions**

ACYSM Decisions upon Objection	The number of files	Refusal of the Objection	Not to be Decided
Intentional Acts	3 (%42,86)	3 (%42,86)	-
Rude, Obscene, Humiliating Behaviour	1 (%14,29)	1 (%14,29)	-
Insult	1 (%14,29)	1 (%14,29)	-
Preventing the Competition to Continue and Assault and Battery	1 (%14,29)	-	1 (%14,29)
Acting Against Sports Discipline	1 (%14,29)	1 (%14,29)	-
Total	7 (%100)	6 (%85,73)	1 (%14,29)

#### IV. DISCUSSION

According to the results of the research, it is seen that disciplinary proceedings in athletics (Table 3.2) were mostly related to anti-doping rule violations (67.06%). Doping violations by athletes in athletics, as included in Article 2 of Turkish Anti-Doping Regulation (TADR)<sup>72</sup>, seem to be caused by the actions such as identifying a prohibited substance in the sample taken from the athlete, using or attempting to use a prohibited substance or method, refraining from giving a sample, refusing to give or not giving a sample, breaking or attempting to disrupt any part of the doping control, cheating or attempting to cheat. Doping violations committed by trainers are because of applying or attempting to apply a prohibited substance or method to the athlete in or out of competition according to Article 2.8. of the TADR.

Since the use of drugs to increase performance is considered unethical, international sports organizations banned the use of doping. Athletes also take various measures to avoid doping violations that are considered unethical<sup>73</sup>. In CAS, after the objections made against the decisions of FIFA, mostly

71 Data obtained with the letter of TVF dated 23.01.2020 and numbered 119404.

72 Turkey Anti-Doping Regulation of 1 January 2021. See <http://www.tdmk.org.tr/wpcontent/uploads/2020/12-/TU%CC%88RKI%CC%87YE-DOPI%CC%87NGLE-MU%CC%88CADELE-TALI%CC%87MATI2021 - V-1.0.pdf>

73 Tayade, M. C./Latri, R. G. (2017) "Doping In Sports: Physiology Review", Medworld -Asia International Publishers, Vol.2, N.3, p.5.

the disputes regarding disciplinary penalties are examined, and most of these disputes are related to anti-doping rule violations<sup>74</sup>. Doping is essentially a form of cheating<sup>75</sup> performed by athletes, and according to the rules set by the World Anti-Doping Agency (WADA), cheaters are tried to be identified. Many studies have been conducted in the literature to determine the actual doping usage rates of athletes operating in various sports branches<sup>76</sup>. In the study conducted by Ulrich et al., (2018)<sup>77</sup>, the estimated average doping violation of athletes participating in the 2011 World Championships in Athletics (WCA) and 2011 Pan-Arab Games (PAG) has been indicated to be well above the official results (WCA official rate: 0.5%, estimated rate: 43.6 – PAG official rate: 3.6%, estimated rate: 57.1%).

Doping violations have serious consequences such as long-term ineligibility, the cancellation of the degrees achieved in the competitions, and the return of the rewards<sup>78</sup>. The main reason for the prohibition of the use of performance-enhancing drugs is to provide equal opportunities for athletes, the health hazards of doping, and the exemplary effect of non-drug sports for the public<sup>79</sup>. Many studies have shown that certain prohibited substances used by athletes cause serious health problems and diseases<sup>80</sup>. Why do athletes resort to doping violations despite these negative effects? The answer to this question has been investigated in various studies. In a study conducted by Özbek and Doğaner<sup>81</sup>, with bodybuilding, wrestling, and kickboxing athletes, it was

74 Rigozzi, Antonio/Besson, Sébastien/Mcauliffe, William (2016) “International Sports Arbitration”, Europe – an, Middle Eastern and African Arbitration Review, p.6.

75 Lenard, p.181.

76 Striegel, Heiko/Ulrich, Rolf/Simon, Perikles (2010) “Randomized Response Estimates for Doping and Illicit Drug Use in Elite Athletes”, Drug and Alcohol Dependence, Vol.106, N.2-3, p.230–232; Pitsch, Werner/Emrich, Eike (2012) “The Frequency of Doping in Elite Sport: Results of a Replication Study”, International Review for the Sociology Sport, Vol.47, N.5, p.559–580; Dietz, Pavel/Ulrich, Rolf/Dalaker, Robert/Striegel, Heiko/Franke, Andreas G./Lieb, Klaus/Simon, Perikles (2013) “Associations Between Physical and Cognitive Doping—A Cross-Sectional Study in 2.997 Triathletes”, PLoS One, Vol.8, N.11, e78702; Schroter, Hannes/Studzinski, Beatrix/Dietz, Pavel/Ulrich, Rolf/Striegel, Heiko/Simon, Perikles (2016) “A Comparison of the Cheater Detection and the Unrelated Question Models: a Randomized Response Survey on Physical and Cognitive Doping in Recreational Triathletes”, Plos One, Vol.11, N.5; Pitsch, Werner/Emrich, Eike/Klein, Markus (2016) “Doping in Elite Sports in Germany: Results of a www Survey”, European Journal for Sport and Society, Vol.4, N.2, p.89–102.

77 Ulrich, Rolf/Pope, Harrison, G./Cleret, Lea/Petroczi, Andrea/Nepusz, Tamas/Schaffer, Jay/KanayaMa, Gen/ Comstock, R. Dawn/Simon, Perikles (2018) “Doping in Two Elite Athletics Competitions Assessed by Randomized-Response Surveys”, Sports Medicine, Vol.48, N.1, p.211-219.

78 Turkey Anti-Doping Regulation of 1 January 2021. See <http://www.tdmk.org.tr/wpcontent/uploads/2020/12/TU%CC%88RKI%CC%87YE-DOPI%CC%87NGLE-MU%CC%88CADELE-TALI%CC%87MATI2021 - V-1.0.pdf>

79 Tayade/Latri, p.5.

80 Striegel, Heiko/Simon, Perikles/Frisch, Steffan (2006) “Anabolic Ergogenic Substance Users in Fitness-Sports: a Distinct Group Supported by the Health Care System”, Drug and Alcohol Dependence, Vol.81, N.1, p.11-19; Amsterdam, Jan Van/Opperhuizen, Antoon/Hartgens, Fred, (2010) “Adverse Health Effects of Anabolic-Androgenic Steroids”, Regulatory Toxicology and Pharmacology, Vol.57, N.1, p.117– 123; Ntoumanis, Nikos/Ng, Johan Y. Y./Barkoukis, Vasilis/Backhouse, Susan (2014) “Personal and Psychosocial Predictors of Doping Use in Physical Activity Settings: a Meta-Analysis”, Sports Medicine, Vol.44, N.11, p.1603-1624; Hoff, David, (2015) “The Significance of Social Learning Processes for Doping Use in the Elite Sport Environment: an Interview Study of AAS-Using Athletes, In Malmö, Sweden: Research Seminar Series in Sport Sciences, Malmö University, retrieved from [http://idrottsforum.org/wpcnYent/uplo-ads/2015/02/David-Hoff\\_doping.pdf](http://idrottsforum.org/wpcnYent/uplo-ads/2015/02/David-Hoff_doping.pdf); Atienza-Macias, Elena (2018) “Public Health Law Perspectives: Nutritional Supplements and Doping in Sports”, International Journal of Law and Public Administration, Vol.1, N.1, p.1-7.

81 Özbek, Oğuz/Doğaner, Seçkin (2019) “Doping in Sports: Athletes’ and Coaches’ Views. International Journal of Sports, Exercise & Training Sciences, Vol.5, N.4, p.163-174.

emphasized that the participants preferred the use of doping for rapid muscle development and increased performance, and a better physical appearance. Lentillon et al.<sup>82</sup>, stated that young cyclists do not care about the health problems that may be caused by prohibited substance use and focus on performance improvement in a short time. Petróczi and Aidman<sup>83</sup>, emphasized that the use of doping is a purposeful act rather than a reflexive act. Wagner<sup>84</sup>, stated that IAAF was an “*anti-doping corporate entrepreneur*” in the establishment of WADA and that he considered doping as the biggest problem that athletics athletes could face. These studies coincide with the research results and it appears that doping violations in athletics are an important problem for athletes. Accordingly, it is important to raise awareness of athletes by creating awareness<sup>85</sup> about the potential harms of doping in order to reduce doping violations.

Within the scope of the research, it was found that the disciplinary proceeding carried out in basketball (Table 3.5) was mostly related to violations of acting against the directives (45.33%), attack on personal rights, insult and threat (15.24%), ugly and bad cheering (11.54%) and spectator events (10.76%).

In the Article 34 of the TBF Disciplinary Directive titled “Acting against the directives”, it is stated that “*individuals or clubs that violate the provisions of the legislation on basketball, TBF regulations, basketball game rules will be punished with disciplinary penalties specified in this directive unless there is a separate sentence in this regard*”. It has been observed that sports clubs are punished within the scope of disciplinary violations of “acting against the directives” such as lack of qualifications of the playground and the stadium, improper working of lighting, generator, air conditioning, heating, ventilation systems of the stadium, taking spectator above the capacity into the stadium, not taking first aid measures, violation of the requirement to have a medical team and ambulance before the competition, using the announcement system against the rules, and similar deficiencies specified in other directives, and due to the fact that the officers and sportsman are not wearing the identical type of uniform.

In Article 39/1 of the TBF Disciplinary Directive, within the scope of the regulation: “*The clubs responsible for making humiliating, provocative or harassing cheers inside or outside the halls where the competitions are played, collectively, with words, and actions or similar means, are punished with fines, closing the hall and playing without spectators, depending on the severity of the event*”, therefore sports clubs were punished for violation of “ugly and bad cheering”.

82 Lentillon-Kaestner, Vanessa/Hagger, Martin S./Hardcastle, Sarah (2012) “Health and Doping in Elite-Level Cycling”, *Scandinavian Journal of Medicine & Science in Sports*, Vol.22, N.5, p.596-606.

83 Petróczi, Andrea/Aidman, Eugene (2008) “Psychological Drivers in Doping: the Life-Cycle Model of Performance Enhancement”, *Substance Abuse Treatment, Prevention, and Policy*, Vol.3, N.1., p.1-12

84 Wagner, Ulrik (2011) “Towards the Construction of the World Anti-Doping Agency: Analyzing the Approaches of FIFA and the IAAF to Doping in Sport”, *European Sport Management Quarterly*, Vol.11, N.5, p.445-470.

85 Allen, Justine/Taylor, John/Dimeo, Paul/Dixon, Sarah/Robinson, Leigh (2015) “Predicting Elite Scottish Athletes’ Attitudes Towards Doping: Examining the Contribution of Achievement Goals and Motivational Climate”, *Journal of Sports Sciences*, Vol.33, N.9, p.899-906.

In Article 38/1 of the TBF Disciplinary Directive, it is stated that “*clubs responsible for violating the rules on ensuring security, order, and discipline by the spectator, officials, basketball players, and other members individually or collectively can be punished*”. Within the scope of this article, sports clubs were punished within the scope of “spectator events” violations due to the throwing of foreign matters such as water bottles, lighters or coins on the field, the use of stun grenades, flammable or caustic materials in the stadiums, the entrance of the spectators or the involvement of the spectators, athletes or club officials in a fight.

Disciplinary proceedings about athletes, club managers and officials, and trainers in basketball were mostly about the attack on personal rights, insult and threat violations (15.24%, Table 3.5). According to Article 31 of the TBF Disciplinary Directive, within the scope of the regulation: “*Basketball players, club managers, and officials, competition officials or officials who, in any way, insult, swear, threaten, or attack personal rights of TBF or its members, competition officials, basketball players, managers or other related clubs and persons, are punished*.” these persons were punished within the scope of violation of “attack on personal rights, insult, and threat”.

Within the scope of the research, it was observed that the disciplinary proceeding carried out in volleyball (Table 3.8) was mostly related to violations of rude, obscene, humiliating behaviour (25.75%), insult (21.86%) and unintentional acts (19.92%).

Disciplinary proceedings about club managers and officials and trainers in volleyball were mostly conducted on insult and violations of rude, obscene, and humiliating behaviour (Table 3.8). Within the scope of Article 58 of the TVF Disciplinary Directive, those who insult or swear at any person or group during the competition are punished within the scope of “insult” violation. Within the scope of Article 57 of the TVF Disciplinary Directive, those who act contrary to sports discipline against any person, those who make degrading movements with their hand, arm, or body movements, or those who utter words are punished within the scope of “rude, obscene, humiliating behaviour” violation.

It has been observed that the disciplinary proceedings made against sports clubs in volleyball are mostly related to unintentional acts and field events (Table 3.8). Unintentional acts are defined in Article 32 of the TVF Disciplinary Directive, as “*unintentional non-execution of an action that is obliged to be made for the Federation and the competent authorities and organs, or to be fulfilled incompletely, incorrectly or exceeding the time*.” Field events, regulated in Article 44/1 of the TVF Disciplinary Directive, include the same subject and action types as “Spectator events” violation in the TBF Disciplinary Directive.

## V. CONCLUSION

Between January 1, 2014 and January 1, 2019; There are clear differences between the types of disciplinary violations that occur in athletics, a branch of individual sports, and team sports (basketball and volleyball). For instance, there has been no disciplinary proceeding in athletics regarding the ugly and bad cheering and spectator / field events that occur frequently in basketball and volleyball.

In athletics, although disciplinary proceedings regarding anti-doping rule violations (67.06%) are made mostly, only 0.48% of disciplinary proceedings in basketball and only 0.78% in volleyball are related to anti-doping rule violations (Table 3.2, Table 3.5, Table 3.8). This result shows that the types and frequencies of disciplinary violations occur according to the types of sports branches.

In athletics, disciplinary proceedings were made mostly for anti-doping rule violations. In terms of the party, most of the proceedings were made on athletes and trainers. As a result of these proceedings; mostly ineligibility and constraint from the competition penalties were enacted.

In basketball, disciplinary proceedings were made mostly for acting against the directives, attacks on personal rights, insults and threats, ugly and bad cheering, and spectator events. In terms of the party, most of the proceedings were made on sports clubs and athletes. As a result of these proceedings; mostly fine and warning penalties were enacted.

In volleyball, disciplinary proceedings were made mostly for rude, obscene, humiliating behaviour, insult, and unintentional acts. In terms of the party, most of the proceedings were made on athletes and sports clubs. As a result of these proceedings; mostly constraint from the competition and warning penalties were enacted.

Within the scope of the research results, bilateral interviews with the people who committed the disciplinary violations regarding the disciplinary violations most common in the branches of athletics, basketball and volleyball shall be conducted to investigate the reasons for these people to commit disciplinary violations and these people can be informed by developing suggestions to reduce these violations. It is important to reduce disciplinary violations in order to carry out sports activities in a fair play understanding. For this purpose, the federation's disciplinary directives shall be rearranged in a way to increase the deterrence of disciplinary violations.

In most of the modern systems for the resolution of sports law disputes, arbitration and mediation method are applied together like in the CAS system. On the other hand, the mediation method is not applied in Turkey. ACYSM is in charge of disciplinary proceedings regarding all sports branches except football, and it works only with seven members. For this reason, disputes cannot be resolved quickly and effectively. If the pre-arbitration mediation method is applied, the workload of the ACYSM can be reduced and the disputes can be resolved faster due to the disputes resolved during the mediation phase. In addition, mediation is cheaper, faster, and more time-efficient than other ADR methods. In mediation, the parties establish an open dialogue, recognize the events causing the conflict and cooperate to seek a solution. Due to the aforementioned positive features of mediation, it is considered that it would be beneficial to implement the mediation-arbitration model in the resolution of sports disputes in Turkey.

Since there is not enough research in other sports branches regarding sports discipline trials, disciplinary violations in other sports branches shall be detected in future studies and suggestions shall be developed for these sports branches.



## BIBLIOGRAPHY

- Akil, Cenk (2013) "Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Kararlarının Hukuki Niteliği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Vol.19, N.3, p.379-403.
- Allen, Justine/Taylor, John/Dimeo, Paul/Dixon, Sarah/Robinson, Leigh (2015) "Predicting Elite Scottish Athletes' Attitudes Towards Doping: Examining the Contribution of Achievement Goals and Motivational Climate", *Journal of Sports Sciences*, Vol.33, N.9, p.899-906.
- Amsterdam, Jan Van/Opperhuizen, Antoon/Hartgens, Fred, (2010) "Adverse Health Effects of Anabolic-Androgenic Steroids", *Regulatory Toxicology and Pharmacology*, Vol.57, N.1, p.117-123.
- Atienza-Macias, Elena (2018) "Public Health Law Perspectives: Nutritional Supplements and Doping in Sports", *International Journal of Law and Public Administration*, Vol.1, N.1, p.1-7.
- Ayanoğlu, Taner (2008) "Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun İşlevi ve Kararlarının Niteliği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Vol.74, p.43-76.
- Blackshaw, Ian (2009) "Settling Sports Disputes by ADR: Some Major Sports Dispute Resolution Bodies Modelled on the Court of Arbitration for Sport", *Dispute Resolution International*, Vol.3, N.2, p.169-184.
- Blackshaw, Ian (2013) "ADR and Sport: Settling Disputes Through the Court of Arbitration for Sport, the FIFA Dispute Resolution Chamber, and the WIPO Arbitration & Mediation Center", *Marquette Sports Law Review*, Vol.24, N.1, p.1-58.
- Carter, Paddy (2020) "New Zealand Sport's Year of Reckoning: Should Mediation be Used More in Sport-Related Disputes?", *Victoria University of Wellington Legal Research Paper*, p.1-39.
- Cassell, Catherine/Symon, Gillian, (2004) *Essential Guide to Qualitative Methods in Organizational Research*, <[https://books.google.com.tr/books?id=auAjat0t9RMC&sitesec=buy&hl=tr&source=gbsvpt\\_read](https://books.google.com.tr/books?id=auAjat0t9RMC&sitesec=buy&hl=tr&source=gbsvpt_read)> l.a.d. 12.02.2021.
- Cem, Çağrı (2012) *Profesyonel Futbolcu Transfer Sözleşmesi*, İstanbul, On İki Levha.
- Donellan, Laura (2009) "Dispute Resolution in Irish Sport: The Courts as Reluctant Interlopers", *Entertainment and Sports Law Journal*, Vol.14, N.1, p.1-15.
- Dietz, Pavel/Ulrich, Rolf/Dalaker, Robert/Striegel, Heiko/Franke, Andreas G./Lieb, Klaus/Simon, Perikles (2013) "Associations Between Physical and Cognitive Doping—A Cross Sectional Study in 2.997 Triathletes", *PLoS One*, Vol.8, N.11, e78702.
- Ekşi, Nuray (2015) *Spor Tahkim Hukuku*, 1. Edition, İstanbul, Beta.
- Foster, Ken (2012) "Is There a Global Sports Law?" In: *Lex Sportiva: What is Sports Law?*, TMC Asser Press, p.1-18.
- Gemalmaz, H. Burak (2019) "Applicability of Human Rights Standards in Turkish Football Arbitration: The Contribution of the European Court of Human Rights", *The International Sports Law Journal*, Vol.9, N.1, p.38-58.
- Godin, Paul Denis (2017) "Sport Mediation: Mediating High- Performance Sports Disputes", *Negotiation Journal*, Vol.33, N.1, p.25-51.
- Gündoğdu, Fatih (2019) "Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu Yargılamasının Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Vol.140, p.141-170.
- Hoff, David (2015) "The Significance of Social Learning Processes for Doping Use in the Elite Sport Environment: an Interview Study of AAS-Using Athletes, In Malmö, Sweden: Research Seminar Series in Sport Sciences, Malmö University, retrieved from [http://idrottsforum.org/wp-content/uploads/2015/02/David-Hoff\\_doping.pdf](http://idrottsforum.org/wp-content/uploads/2015/02/David-Hoff_doping.pdf).
- Koçak, Talat Emre (2007) *Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu*, Ankara, Seçkin.

- Kushida, Yoka (2015) "How a Dispute Body Can Contribute to the Enhancement of Sport", *International Sports Law Review Pandektis*, Vol.11, N.1-2, p.93-97.
- Küçükgüngör, Erkan (2001) "Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu'nun Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol.50, N.2, p.137-146.
- Lenard, Michael (2009) "The Future of Sports Dispute Resolution", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol.10, N.1, p.173-182.
- Lenskyj, Helen (2018) "Sport Exceptionalism and the Court of Arbitration for Sport", *Journal of Criminological Research, Policy and Practice*, Vol.4, N.1, p. 5-17.
- Lentillon-Kaestner, Vanessa/Hagger, Martin S./Hardcastle, Sarah (2012) "Health and Doping in Elite-Level Cycling", *Scandinavian Journal of Medicine & Science in Sports*, Vol.22, N.5, p.596-606.
- Li, Zhi/Qiao, Yijuan (2015) "A Study on the Application of General Principles of Law in Court of Arbitration for Sport", *International Sports Law Review Pandektis*, Vol.11, N.1-2, p.229-241.
- Mironi, Mordehai (2017) "The Promise of Mediation in Sport-Related Disputes", *The International Sports Law Journal*, Vol.16, N.3-4, p.131-154.
- Mitten, Matthew J./Opie, Hayden (2010) ""Sports Law": Implications for the Development of International, Comparative, and National Law and Global Dispute Resolution", *Tulane Law Review*, Vol.85, N.2, p.269-322.
- Ntoumanis, Nikos/Ng, Johan Y. Y./Barkoukis, Vasilis/Backhouse, Susan (2014) "Personal and Psychosocial Predictors of Doping Use in Physical Activity Settings: a Meta-Analysis", *Sports Medicine*, Vol.44, N.11, p.1603-1624.
- Özbek, Oğuz/Doğaner, Seçkin (2019) "Doping in Sports: Athletes' and Coaches' Views. *International Journal of Sports, Exercise & Training Sciences*, Vol.5, N.4, p.163-174.
- Özelçi, Aytaç (2010) *Türkiye Futbol Federasyonu'nun Türk Hukukundaki Yeri*, Ankara, Seçkin.
- Özen, Mustafa (2016) *Futbol Disiplin Hukuku*, Ankara, Adalet.
- Pachanda, Vikrant (2012) "The Importance of Arbitration Sports the Court of Arbitration for Sport," the Emerging 'Lex Sportiva' the Indian Perspective", *International Sports Law Review Pandektis*, Vol.9 N.3-4, p. 259-267.
- Petróczi, Andrea/Aidman, Eugene (2008) "Psychological Drivers in Doping: the Life-Cycle Model of Performance Enhancement", *Substance Abuse Treatment, Prevention, and Policy*, Vol.3, N.1., p.1-12.
- Pitsch, Werner/Emrich, Eike (2012) "The Frequency of Doping in Elite Sport: Results of a Replication Study", *International Review for the Sociology Sport*, Vol.47, N.5, p.559-580.
- Pitsch, Werner/Emrich, Eike/Klein, Markus (2016) "Doping in Elite Sports in Germany: Results of a www Survey", *European Journal for Sport and Society*, Vol.4, N.2, p.89-102.
- Reilly, Loise (2013) "Introduction to the Court of Arbitration for Sport (CAS) & the role of National Courts in International Sports Disputes, and Symposium", *Journal of Dispute Resolution*, N.1-5, p.63-81.
- Rigozzi, Antonio/Besson, Sébastien/Mcauliffe, William (2016) "International Sports Arbitration", *European, Middle Eastern and African Arbitration Review*, p.1-7.
- Sandu, Ciprian (2015) "ADR in Sport Disputes: Should Mediation be Used over Arbitration?", *Conflict Studies Quarterly*, Vol.11, p.57-68.
- Schroter, Hannes/Studzinski, Beatrix/Dietz, Pavel/Ulrich, Rolf/Striegel, Heiko/Simon, Perikles (2016) "A Comparison of the Cheater Detection and the Unrelated Question Models: a Randomized Response Survey on Physical and Cognitive Doping in Recreational Triathletes",

Plos One, Vol.11, N.5.

Striegel, Heiko/Simon, Perikles/Frisch, Steffan (2006) "Anabolic Ergogenic Substance Users in Fitness-Sports: a Distinct Group Supported by the Health Care System", *Drug and Alcohol Dependence*, Vol.81, N.1, p.11-19.

Striegel, Heiko/Ulrich, Rolf/Simon, Perikles (2010) "Randomized Response Estimates for Doping and Illicit Drug Use in Elite Athletes", *Drug and Alcohol Dependence*, Vol.106, N.2 3, p.230-232.

Tayade, M. C./Latri, R. G. (2017) "Doping in Sports: Physiology Review", *Medworld –Asia International Publishers*, Vol.2, N.3, p.5-10.

Topuz, Gökçen (2017) "Thoughts on the Jurisdiction of the Turkish Football Federation Dispute Resolution Board", *Dokuz Eylul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol.19, p.1901-1926.

Ulrich, Rolf/Pope, Harrison, G./Cleret, Lea/Petroczi, Andrea/Nepusz, Tamas/Schaffer, Jay/KanayaMa, Gen/Comstock, R. Dawn/Simon, Perikles (2018) "Doping in Two Elite Athletics Competitions Assessed by Randomized-Response Surveys", *Sports Medicine*, Vol.48, N.1, p.211-219.

VAN KLEEF, Rosmarijn, (2014) "The Legal Status of Disciplinary Regulations in Sport", *The International Sports Law Journal*, Vol.14, N.1, p.24-45.

Wagner, Ulrik (2011) "Towards the Construction of the World Anti-Doping Agency: Analyzing the Approaches of FIFA and the IAAF to Doping in Sport", *European Sport Management Quarterly*, Vol.11, N.5, p.445-470.

Yıldırım, Ali/Şimşek, Hasan (2008) *Sosyal Bilimlerde Nitel Araştırma Yöntemleri*, 6. Edition, Ankara, Seçkin.