İSTANBUL HUKUK MECMUASI

Cilt Volume 79 Sayı Number 4 Yıl Year 2021 ISSN 2636–7734 E-ISSN 2667–6974

ISTANBUL LAW REVIEW

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası
Cilt 79, Sayı 4, 2021
ISSN: 2636–7734
E-ISSN: 2667–6974

Dizinler / Indexing and Abstracting
Web of Science - Emerging Sources Citation Index (ESCI)
ULAKBIM TR Dizin
Ulusal Hukuk Veritabanı
ERIH PLUS

İstanbul Hukuk Mecmuası
Cilt 79, Sayı 4, 2021
ISSN: 2636–7734
E-ISSN: 2667–6974

Sahibi / Owner
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager
Prof. Dr. Halil AKKANAT
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye
Istanbul University, Faculty of Law, Istanbul, Turkey

Yazışma Adresi / Correspondence Address
İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi,
İstanbul Üniversitesi, Beyazıt Kampüsü, 34116 / İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 444 00 59 / 15130
E-mail: ilr@istanbul.edu.tr / iuhfdergiler@istanbul.edu.tr
https://iupress.istanbul.edu.tr/en/journal/mecmua/home
https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm

Yayıncı / Publisher
İstanbul Üniversitesi Yayınevi / Istanbul University Press
İstanbul Üniversitesi Merkez Kampüsü, 34452 Beyazıt,
Fatih / İstanbul, Türkiye
Telefon / Phone: +90 (212) 440 00 00

Baskı / Printed by
Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2 Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İstanbul
Tel: +90 (212) 269 30 00
Sertifika No: 20179
Basımı ve dağıtımı On İki Levha Yayıncılık A.Ş. tarafından yürütülmüştür.

Dergide yer alan yazılardan ve aktarılan görüşlerden yazarlar sorumludur.
Authors bear responsibility for the content of their published articles.

Yayın dili Türkçe ve İngilizce'dir.
The publication languages of the journal are Turkish and English.

Mart, Haziran, Eylül ve Aralık aylarında, yılda dört sayı olarak yayımlanan uluslararası, hakemli, açık erişimli ve bilimsel bir dergidir.
This is a scholarly, international, peer-reviewed and open-access journal published quarterly in March, June, September and December

Yayın Türü / Publication Type: Yaygın Süreli / Periodical

İstanbul Hukuk Mecmuası
Cilt 79, Sayı 4, 2021
ISSN: 2636–7734
E-ISSN: 2667–6974

DERGİ YAZI KURULU / EDITORIAL MANAGEMENT BOARD

Baş Editörler / Editors-in-Chief

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- o.ekmekci@istanbul.edu.tr

Prof. Dr. Ali PASLI, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- alipasli@istanbul.edu.tr

Baş Editör Yardımcıları / Co-Editors-in-Chief

Arş. Gör. Mustafa AHİOĞLU, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye
- mustafa.ahioglu@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Ahmet ÖZSOY, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- aozsoy96@istanbul.edu.tr

Arş. Gör. Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye
- eba@istanbul.edu.tr

Dil Editörleri / Language Editors

Alan James NEWSON, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye
- alan.newson@istanbul.edu.tr

Elizabeth Mary EARL, İstanbul Üniversitesi, Yabancı Diller Yüksekokulu, İstanbul, Türkiye
- elizabeth.earl@istanbul.edu.tr

İstanbul Hukuk Mecmuası
Cilt 79, Sayı 4, 2021
ISSN: 2636–7734
E-ISSN: 2667–6974

YAYIN KURULU / EDITORIAL ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Vedat BUZ, Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Bölümü, Ankara, Türkiye - *buz@bilkent.edu.tr*

Prof. Dr. Nuray EKŞİ, Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye - *nurayeksi@gmail.com*

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul, Türkiye - *fgedikli@istanbul.edu.tr*

Prof. Dr. Serap HELVACI, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye – *shelvaci@marmara.edu.tr*

Prof. Dr. İsmail KIRCA, TOBB Ekonomi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Ankara, Türkiye - *ikirca@etu.edu.tr*

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Ankara, Türkiye - *oezgenc@gazi.edu.tr*

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ, Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, İstanbul, Türkiye - *hpekcanitez@gsu.edu.tr*

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Ankara, Türkiye - *fusan@ybu.edu.tr*

Prof. Dr. Carsten GERNER-BEUERLE, University College London, Faculty of Law, Department of Private Law, London, United Kingdom - *c.gerner@ucl.ac.uk*

Assoc. Prof. Dr. Ivana BAJAKIĆ, University of Zagreb, Faculty of Law, Department of Private Law, Zagreb, Croatia - *ivana.bajakic@pravo.hr*

İstanbul Hukuk Mecmuası
Cilt 79, Sayı 4, 2021
ISSN: 2636–7734
E-ISSN: 2667–6974

İSTANBUL UNIVERSITY PRESS

İçindekiler Table of Contents

MAKALELER ARTICLES

ÖZEL HUKUK/PRIVATE LAW

Araştırma makalesi/Research article

"Bağlantılı Gemi"nin İhtiyati Haczi Yolunda Perdenin Kaldırılması Teorisi

The Theory of Lifting the Corporate Veil for the Arrest of "Associated Ships" **1103**

Ecehan Yeşilova Aras

Araştırma makalesi/Research article

Hâkimin Karar Verirken Bilimsel Görüşlerden Yararlanması (TMK m. 1/III)

Judge's Authority to Consider Established Doctrine when Making Rulings (Art. 1/III TCC) **1127**

Fahri Erdem Kaşak

Araştırma makalesi/Research article

İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Zarar Görenin Kusurlu İşlemi İptal Ettirme İmkânını Kullanmamasının Etkisi

Impact of Situations Where the Party Incurring Damages Does Not Use the Opportunity to Cancel the Faulty Transaction within the Context of the Legal Liability of Enforcement and Bankruptcy Department Officers **1169**

Serpil Işık

Araştırma makalesi/Research article

Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi Kapsamında Bakım Alacaklısının Saklı Payı İhlal Kastı ile Yaptığı Sağlararası Kazandırmaların Tenkisi

The Abatement of Inter Vivos Transfers Made by a Beneficiary with the Intent to Violate the Compulsory Portion (The Statutory Entitlement) within the Scope of a Lifetime Maintenance Agreement **1231**

Şeyda Dursun Karaahmetoğlu

Araştırma makalesi/Research article

Tüzel Kişilerde Fiili Organ Kavramı ve Fiili Organın Hukuka Aykırı Fiilleri İle Hukuki İşlemlerinin Doğurduğu Sonuçlar

"De Facto Organs" of Legal Persons and the Consequences of Their Wrongful Actions and Legal Acts **1261**

Pınar Altınok Ormancı

İstanbul Hukuk Mecmuası
Cilt 79, Sayı 4, 2021
ISSN: 2636–7734
E-ISSN: 2667–6974

İSTANBUL UNIVERSITY PRESS

KAMU HUKUKU/PUBLIC LAW

Araştırma makalesi/Research article
Jeremy Waldron ve Prosedürel Hukuk Devleti Anlayışı
Jeremy Waldron and His Procedural Understanding of the Rule of Law **1285**
Gürkan Çapar

Araştırma makalesi/Research article
Siyasi Parti Kapatma Davalarının Hukuki Niteliği
Legal Character of Political Party Closure Cases..... **1323**
İlhami Öztürk, Arif Emre Sümer

Araştırma makalesi/Research article
Türk İdare Hukukunda Arkeolojik Sit Alanı Kararı
Archaeological Site Decision in Turkish Administrative Law..... **1357**
Muradiye Çevikçelik

Araştırma makalesi/Research article
Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısına Kabul Edilebilirlik Değerlendirmesinde Tanınan Geniş Takdir Yetkisinin Kullanımında Ortaya Çıkan Sorunlar
The Problems with the Implementation of the Prosecutorial Discretion at the ICC **1391**
Ebru Demir

Araştırma makalesi/Research article
Uluslararası Hukuk Ekseninde Devletlerin İleri Sürdüğü "Viral Egemenlik" İddiasının Değerlendirilmesi
Evaluation of the "Viral Sovereignty" Claims of States Under International Law **1421**
Sezercan Bektaş

İstanbul Hukuk Mecmuası
Cilt 79, Sayı 4, 2021
ISSN: 2636–7734
E-ISSN: 2667–6974

EDİTÖRDEN MEKTUP

Değerli Bilim İnsanları ve Kıymetli Hukukçular,

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile özdeşleşen "Mecmua" kavramının yansıması olarak, ülkemizin varlığını sürdüren en eski hukuk dergisi olan İstanbul Hukuk Mecmuası'nın 2021 yılındaki son sayısını, siz sevgili okuyucularımızla buluşturuyoruz.

İstanbul Hukuk Mecmuası olarak, modern dünya ile entegrasyonu en üst düzeyde sağlamak adına uluslararası geçerliliği olan bilimsel çalışmaları yayımlamak, öncelikli hedefimizdir. Ayrıca güncel hukuki meselelere yönelik tartışmalara bir katkı sunması adına Türk hukuk uygulaması ve doktrini için de değerli eserlerin Mecmua sayılarında yer alması için titizlikle yayın faaliyetlerimizi sürdürmekteyiz. Yılın her bir çeyreğinde olmak üzere senede dört sayı olarak yayına çıkma şeklindeki uygulamamıza devam edeceğimizi ve gelecek sayılarımızın da en kısa sürede siz değerli okuyucularımızla buluşacağını müjdelemek isteriz.

Dergimizin bu yılki son sayısında da özel hukuk ve kamu hukuku ana başlıkları altında -önceki sayılardaki makale sayısı da uyumlu bir şekilde- birbirinden değerli on makale bulunmaktadır. Yayımlanacak makalelerin seçiminde, yayın kurallarımızda da dikkat çekildiği üzere özel hukuk – kamu hukuku dengesinin teminine ve yüksek akademik kalite standardına özen gösterilmiştir.

Yayımlanan tüm çalışmalar alanlarına önemli katkılar sağlayacak niteliktedir. Kamu hukuku alanında; geçmişten bu yana her dönem tartışılan "Hukuk Devleti" fikri, Jeremy Waldron'un bakış açısıyla incelenmiştir. İçinde bulunduğumuz dönemin belki de en önemli hukuki meselelerinden birisi olan viral egemenlik kavramı ve viral egemenlik iddialarının hukuki dayanakları, milletlerarası hukuk kapsamında değerlendirilmiştir. Özellikle Anayasa ve ceza hukuku doktrinlerinde tartışılan siyasi parti kapatma davalarının niteliği üzerine yapılan çalışmayla bu alandaki tartışmalara katkı sunulması amaçlanmaktadır. Uluslararası ceza hukuku alanında, uluslararası ceza mahkemesi savcısına kabul edilebilirlik şartları hakkında tanınan geniş takdir yetkisinin değerlendirmesi yapılmış ve son olarak, ülkemiz ve dünya kültür mirası açısından son derece önemli olan arkeolojik sit alanlarının hukuki rejimi üzerine bir çalışmaya yer verilmiştir.

Özel hukuk alanında ise tüzel kişiler hukukunun en tartışmalı konularından biri olan "fiili organ" kavramı üzerine detaylı bir inceleme yapılmıştır. Ayrıca yine tüzel kişiler bağlamında en çok kalem oynatılan meselelerden biri olan perdenin kaldırılması

İstanbul Hukuk Mecmuası
Cilt 79, Sayı 4, 2021
ISSN: 2636–7734
E-ISSN: 2667–6974

teorisi, "bağlantılı gemi"nin ihtiyati haczi özelinde değerlendirilmiştir. Esasında tüm hukuk kurallarının uygulanması adına yol gösterici olacak nitelikte bir konu olan "hâkimin karar verirken bilimsel görüşlerden yararlanması (TMK m. 1/III)" konusu irdelenmiştir. Ayrıca hem miras hukuku hem de borçlar hukuku yönünden önem arz eden bir sözleşme olan ölünceye kadar bakma sözleşmesi uyarınca sözleşme taraflarından bakım alacaklısının saklı payı ihlal kastı ile yaptığı sağlararası kazandırmaların tenkisi konusuna özgülenmiş eser de bu sayımızda yerini almıştır. Son olarak hem sorumluluk hukuku hem de icra iflas hukuku yönüyle icra iflas idaresi görevlilerinin hukuki sorumluluğuna, zarar görenin kusurlu işlemi iptal ettirme imkanını kullanmamasının etkisi inceleme konusu edilmiştir.

Dergimizin çok uzun süreye dayalı geleneğini muhafaza etmekle birlikte uluslararası niteliğini geliştirme çabamızın her geçen yıl artacağını vurgulayarak, Mecmuamıza yurt içinden ve dışından oluşan yoğun ilgiden ötürü tüm ilgililere hassaten teşekkürlerimizi sunmak istiyoruz.

Editör ekibinin yoğun çabası yanında ile Rektörlüğümüzün dergimize gösterdiği özel ilgi ve yardım da bizler için çok kıymetli. Ayrıca değerli çalışmalarını dergimize gönderen yazarlarımız ve bu yazıların değerlendirilmesi sürecine kıymetli katkı sağlayan hakemlerimiz, bu işin asli yapı taşıdır. Onlara ne kadar teşekkür etsek azdır.

2021 yılının sonuna yaklaştığımız şu günlerde, başta 2022 olmak üzere gelecek yılların ülkemize ve tüm dünyaya sağlık ve mutluluk getirmesi temennilerimiz ve bir sonraki sayıda görüşmek dileklerimizle...

Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle.

İstanbul Hukuk Mecmuası Baş Editörleri

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ

Prof. Dr. Ali PASLI

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası, 79 (4), 1103-1125

DOI: 10.26650/mecmua.2021.79.4.0001
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 14.04.2021
Revizyon Talebi: 29.09.2021
Son Revizyon Tarihi: 12.10.2021
Kabul: 22.11.2021

"Bağlantılı Gemi"nin İhtiyati Haczi Yolunda Perdenin Kaldırılması Teorisi

Ecehan Yeşilova Aras*

Öz

Geminin ihtiyati haczi bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun 1369 uncu maddesi "bağlantılı gemi"nin (*associated ship*) ihtiyati haczine olanak tanımamıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun anılan maddesi, 1999 tarihli "Gemilerin İhtiyati Haczine İlişkin Milletlerarası Sözleşme"den tercüme yoluyla alındığı için çalışmamızın odaklandığı yer, özellikle bu Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası olmuştur. Anılan 3 üncü maddenin ikinci fıkrası, birinci fıkranın giriş cümlesi ile birlikte okunduğunda görülecektir ki hüküm, *üzerinde deniz alacağı doğmuş gemiden başka bir geminin ihtiyati haczini düzenlemek üzere* cümleye başlamış fakat kapsamına sadece "kardeş geminin" (*sister ship*) ihtiyati haczini dâhil etmiş; bağlantılı gemiyi metin içerisinde anmamıştır. Çalışmanın öncelikli amacı, Milletlerarası Sözleşme hazırlayıcılarının bu metnin altına sakladıkları özü ortaya çıkarmak ve maddede bağlantılı gemi ile ilgili "bilinçli bir boşluk" mu yoksa "vasıflı suskunluk" mu olduğunu saptamaktır. Tarihsel yorum neticesinde elde edilecek sonuç; Milletlerarası Sözleşme hazırlayıcılarının, bağlantılı gemilerin ihtiyati haczini yasaklama iradesinde olmadığı ama bu hususun somut olarak düzenlenmesine de gerek duymadıkları bir konu olduğu yönünde çıkarsa, çalışmanın nihai hedefi perdenin kaldırılması teorisinin yavru tek gemi şirketlerine uygulanması ile borçlu olarak gözükmeyen yavru tek gemi şirketinin ve hatta hâkim kişi veya hâkim şirketin gemisinin de "bağlantılı gemi" olarak ihtiyaten haczedilmesini sağlayabilmektir. 1999 Konvansiyonu'nun 3(2) maddesinden doğrudan çeviri yoluyla Türk Ticaret Kanunu'nun madde 1369(2) hükmünü oluşturan düzenleme, "kardeş" geminin ihtiyati haczi olarak anılmakta ise de metinde yer alan "*sahip olmak veya ait olmak*" kavramının derinliğine sadece hükmün lafzı dikkate alınarak karar vermek olası değildir. Türk Medeni Kanunu'nun 1(1) inci hükmü uyarınca, hakim hukuku sözüyle ve özüyle uygular. Metin duvarını aşıp, Konvansiyon hazırlayıcılarının hangi kelimelerle yetindiklerini, ötesini düzenlemek isteseler de kavramların veya sözcüklerin yetersiz kaldığını tarihsel yorum açığa çıkarmaktadır. Bu açıdan, hazırlık çalışmaları ışığında hüküm değerlendirildiğinde, "kardeş" gemi hükmünün altında *lex fori*'nin izin verdiği ölçüde de "bağlantılı" geminin ihtiyati haczinin de mümkün olduğu görülecektir.

Anahtar Kelimeler

Tek Gemi Şirketi, Bağlantılı Gemi, Geminin İhtiyati Haczi, Perdenin Kaldırılması Teorisi, Deniz Alacağı

The Theory of Lifting the Corporate Veil for the Arrest of "Associated Ships"

Abstract

In terms of arrest, Article 1369 of the Turkish Commercial Code does not allow the arrest of the "associated ship." The mentioned article is translated from Article 3 (2) of the 1999 Arrest Convention (hereinafter "Convention"). This provision was included to regulate *the arrest of a ship other than the ship on which there is a maritime claim* but encompassed only the arrest of the sister ship within its ambit. The main purpose of this study is to determine whether there is a conscious legal gap or qualified silence in the article regarding the associated ship. If the historical interpretation shows that the Convention's drafters did not intend to prohibit the arrest of associated ships, the study's ultimate goal is showing how the theory of lifting the corporate veil is applicable to single-ship subsidiary companies. It enables the arrest of ships of single-ship subsidiary companies, which as an associated ship does not seem to be liable. Article 3 (2) of the Convention

* **Sorumlu Yazar:** Ecehan Yeşilova Aras (Doç. Dr.), İzmir Demokrasi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye. E-posta: ecehan.aras@idu.edu.tr ORCID ID: 0000-0001-8009-2723

Atıf: Yesilova Aras E, "Bağlantılı Gemi"nin İhtiyati Haczi Yolunda Perdenin Kaldırılması Teorisi" (2021) 79(4) İstanbul Hukuk Mecmuası. 1103. https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.4.0001

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

is described as the arrest of the sister ship; however, it is not possible to determine the scope of the *owning or belonging* concept solely through the wording of the provision. Under provision 1(1) of the Turkish Civil Code, the judge applies the law based on its common meaning or interpretation. A historical analysis reveals the wording that the drafters of the Convention were satisfied with and that the concepts or words were insufficient even if they wanted to make a different draft. When the provision is evaluated in light of the original draft, it can be seen that under the sister ship provision, the arrest of the associated ship is also allowed to the extent permitted by *lex fori*.

Keywords
Single-Ship Company, Associated Ship, Arrest, Lifting The Corporate Veil Theory, Maritime Claim

Extended Summary

In light of Article 1369 of the Turkish Commercial Code and the wording of Article 3 of the 1999 Arrest Convention (hereinafter "Convention"), arrest of an associated ship was not allowed. Because the relevant article of the Turkish Commercial Code is taken from the Convention, this study pays particular attention to Article 3 (2) of the Convention.

The main purpose of the study is to reveal the intent hidden by the drafters in this Convention through the method of historical interpretation, examining the provision and determining whether there is a conscious legal gap or qualified silence regarding the associated ship in Article 3 (2). If this leads to the conclusion that there is, in fact, a conscious legal gap, it will be shown that the Convention leaves leeway to fill this gap to *lex fori*. If, however, it is seen as qualified silence, this will show that the Convention does not allow the application of arrest on associated ships, and therefore, this provision was deliberately omitted.

If historical interpretation shows that the drafters of the Convention were unwilling to prohibit the arrest of associated ships and that this issue was not included within the scope of the Convention because international unity was not seen as a necessary objective, the study's ultimate goal is the application of the "corporate veil theory" to the subsidiary companies to enable the arrest of the ship of the single-ship subsidiary company, which does not appear to be indebted, as an "associated" ship.

At the Diplomatic Conference, which was the final stage of the preparation phase of the Convention, it was deemed appropriate for the *lex fori* to decide whether it is necessary to identify the real owner of the debt by lifting the corporate veil, although this was not clearly expressed in the JIGE draft at the time. When this provision was brought up for discussion, the UK delegation presented an alternative text, which through an explicit provision made possible the arrest of *associated* ships to be identified by lifting the corporate veil. Simultaneously, CMI proposed an addition to the provision 3(2) of the JIGE draft, which clearly refers to *lex fori*, that said, "Whether a ship belongs to the person responsible for maritime claim is determined

by the law of the State to which the arrest will be applied." This addendum sought a compromise between the provision in the JIGE draft and the alternative text presented by the UK delegation. Thereupon, the discussions continued as to whether it would be appropriate to enable the arrest of associated ships by making a clear reference to the law of the state party or by including a clear provision on lifting the corporate veil in the Convention.

Although the majority passed on the latter option, they nonetheless argued that the concepts used would pose practical difficulties or that consensus could not be achieved given the various legal systems. In response to these criticisms, the UK delegation submitted a new proposal for discussion.

However, this version of the text aroused even more concern because it clearly mentioned "effective control" and "connection" along with the concept of control. It was considered by the majority as too vague and dangerous to include in the Convention. Instead, the text of the article was accepted in its simplest form, as it was in the JIGE draft, with the concept of ownership and no clear reference to the *lex fori*.

However, the participating states, despite their different legal systems had certain concerns in common: *i*. whether this type of corporate law issue had a place in an international convention; *ii*. the challenge of choosing concepts (*control, effective control, authority, connection*, etc.) that allow the corporate veil to be lifted; *iii*. clearly defining the selected concepts and preparing a list of acts that would guide the court in the substantive case; *iv*. the necessity of maintaining a balance between different interest groups in the maritime sector; and *v*. the most appropriate solution was leaving the issue to the *lex fori*.

Considering the current provision 3(2) of the Convention, the emphasis in the text rests on the concept of ownership, but evaluating the concept of ownership is left to the legal system of the relevant state.

Giriş

Denizcilik ve taşımacılıkla iştigal edip de birden fazla gemiye sahip olmak, her bir gemi için ayrı bir tüzel kişilik yaratmak; sermayesi sadece tek gemi olan birden fazla yavru şirketin oluşturduğu bir topluluk olarak ticaret yapmak, deniz ticaretinin bilinen bir gerçeğidir[1]. Bu topluluğa hâkim kişinin veya hâkim şirketin, filosu üzerindeki ticari ve teknik yönetimini bu şekilde parçalayarak, farklı tüzel kişiliklere dağıtarak gerçekleştirmesi, bu tercihin altında alacaklıları mağdur etme düşüncesi yer almadığı müddetçe[2], hukuka aykırı da değildir.

Geminin ihtiyati haczi bakımından hukukumuzda gerek Türk Ticaret Kanunu'nun deniz icra hükümleri kapsamındaki 1369 uncu maddesinin lafzı gerekse Anayasa'nın 90 ıncı maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, 11.12.2019 tarihinden itibaren pozitif hukukumuz dâhilinde ve *kanun hükmünde* olan 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin[3] 3 üncü maddesinin *lafzı* dikkate alındığında, "bağlantılı geminin" *(associated ship)* ihtiyati haczine olanak tanınmamıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun anılan maddesinin, 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmeden tercüme yoluyla hukukumuza dâhil olduğu da dikkate alındığında, çalışmamızın odaklandığı yer, sözü edilen Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası olmuştur. Anılan 3 üncü maddenin birinci ve ikinci fıkralarının giriş cümlelerinin birlikte okunması ile anlaşıldığı üzere hüküm, *üzerinde deniz alacağı doğmuş gemiden başka bir geminin ihtiyati haczini* düzenlemek üzere cümleye başlamış fakat kapsamına sadece uluslararası sektör ve literatürde "kardeş gemi" *(sister ship[4])* olarak anılan gemilerin ihtiyati haczini dâhil etmiş; "bağlantılı gemi"yi *zımnen* hariç bırakmıştır.

Çalışmanın öncelikli amacı, 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrası kapsamındaki bu tercihin yani bağlantılı gemilerin ihtiyati haczine imkân tanımamanın, "bilinçli bir boşluk" mu yoksa "vasıflı suskunluk" mu

[1] William Tetley, 'Arrest, Attachment and Related Maritime Law Procedures' (1999) 73 Tul L Rev 1970; Rhidian Thomas, 'Ship, Arrest-Issues of Availability, Fairness and Proportionality' iç Paul Myburgh (ed.), *The Arrest Conventions International Enforcement of Maritime Claims* (Hart 2019) 11.

[2] Deniz alacaklılarının mağdur edilmesi düşüncesiyle yapılan bu ticari tercihin hukuka aykırı olduğu yönünde bir yüksek mahkeme kararı için bkz William Tetley, *Maritime Liens and Claims* (2nd Edition, Blais 1998) 1040.

[3] Çalışmada kısaca "1999 tarihli Milletlerarası Sözleşme" olarak anılan Milletlerarası Sözleşme ile "Gemilerin İhtiyati Haczine İlişkin Milletlerarası Sözleşme, 1999" kastedilmiş ve yine çalışmada "gemilerin ihtiyati haczi" kavramı, bu Milletlerarası Sözleşme kapsamında "*arrest*" kavramına yüklenen anlam ile kullanılmıştır. 1952 tarihli Gemilerin İhtiyati Haczine İlişkin Milletlerarası Sözleşme ise çalışmada kısaca "1952 tarihli Milletlerarası Sözleşme" olarak anılmaktadır.

[4] "Sister ship" terimindeki kız kardeş ifadesindeki gereksiz bir cinsiyet vurgusu nedeniyle bu terimin isabetsiz olduğu gerekçesiyle "sürrogat geminin ihtiyati haczi" *(surrogate ship arrest)* şeklindeki anılış için bkz. Martin Davies, 'The Future of Ship Arrest' iç Paul Myburgh (ed.), *The Arrest Conventions International Enforcement of Maritime Claims* (Hart 2019) 308.

olduğuna karar vermektir[5]. Şayet, vasıflı suskunluk olarak değerlendirilirse 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin kesinlikle bağlantılı gemiler üzerinde ihtiyati haciz uygulamasının yapılmasını istemediği bu nedenle de hükme bu hususu eklemediği gerçeği ortaya çıkarılacaktır. Bu değerlendirme, hükmün metin duvarının (lafzının) aşılıp, özünün (ruhunun) bulunmasını dolayısıyla da maddenin tarihsel yorumunun yapılmasını gerekli kılmaktadır. O sebeple, 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasının yazımında, hazırlık çalışmalarında hangi saik ile hareket edildiğini ve "tek gemi şirket"leri (*single ship company)* açısından maddenin arka planında nasıl bir düşüncenin egemen olduğunu açığa çıkarmak gerekecektir.

Metodolojik açıdan tarihsel yorum neticesinde elde edilecek sonuç; Milletlerarası Sözleşme hazırlayıcılarının, anılan hükmün arkasındaki iradelerinin, bağlantılı gemilerin ihtiyati haczini yasaklamak değil ama bu konunun Milletlerarası Sözleşme çatısı altında uluslararası bir dilde birlik olunması da gerekmeyen bir mesele olduğunun tespiti yönünde ise bu noktadan sonra çalışmanın nihai hedefi; perdenin kaldırılması teorisinin yavru şirket konumundaki tek gemi şirketlerine *"çapraz"* uygulanmasının neticelerini göstermek olacaktır. Bunun anlamı, aynı topluluk içindeki diğer yavru şirketlerin gemisinin ihtiyati haczini veya bir yavru şirketin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile *(perdenin düz/olağan kaldırılması)* ortaya çıkacak hâkim kişinin gemisinin de ihtiyati haczinin mümkün olabilmesini ortaya çıkarmak ve nihayetinde de bu teorinin uygulanma koşullarının somut olayda nasıl görünebileceğini incelemektir.

Böylelikle, Türk Ticaret Kanunu'nun 1369 uncu maddesinin ikinci fıkrasında da, lafzî yorumu bir kenara bırakıp, teorik şartları somut olayda oluştuğunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla "bağlantılı gemilerin" de zımnen madde kapsamında olduğu ve ihtiyaten haczinin mümkün olduğu sonucuna ulaşıldığında, deniz alacağından yavru şirket konumundaki bir tek gemi şirketinin sorumlu olması halinde, onunla aynı hâkimiyet altında bulunan diğer yavru şirketlerin (diğer tek gemi şirketlerinin) gemileri üzerinde de ihtiyati haciz imkânı bulunabilecektir. Aynı şekilde, deniz alacağından sorumlu olan yavru şirketin tüzel kişilik perdesi kaldırıldığında bulunacak hâkim kişinin veya hâkim şirketin gemisi de ihtiyaten

[5] Bilinçli boşluk olarak nitelendirilen durumda, kural içinde boşluk vardır ve kanun koyucu bu boşluğun farkındadır. Yetki veya tanım boşluğu şeklindeki iki alt türünden, çalışma konumuza uygun olanı; bilinçli-tanım boşluğudur. Kuralın içeriğindeki kavramın içeriğini belirleme ve gerekli tanımı yapma konusunda kanun koyucu hükmü uygulayana bu yetkisini devretmektedir. Durumun özelliği gereği kuralın içinde bir tanımın yazılması ve ilgili kavramın sınırlarının çizilmesinde zorluklar bulunduğu ve olası bir tanımın ileride ihtiyaçlara cevap veremeyişinden duyulan endişe ile kanun koyucu bilerek yargıya yetki devretmiştir. Vasıflı suskunluk olarak nitelendirilen durumda ise aslında bir boşluk bulunmamaktadır. Dolayısıyla da yargının kurala müdâhil olması söz konusu değildir. Kanun koyucu kuralın metnine lafzen dâhil etmediği hususu, bilerek ve isteyerek kuralın kapsamı dışında bırakmıştır. Kanun koyucunun buradaki sessizliği, olumsuz düzenleme anlamındadır. Örneğin evlenme yasağı olan kişiler arasında Türk Medeni Kanunu'nda süt kardeşler sayılmamıştır. Bu bir boşluk değil, vasıflı suskunluktur. Kanun koyucu, birbiri ile evlenmesi yasak olan kişiler arasına süt kardeşleri eklemeyerek, aslında süt kardeşlerin birbirleri ile evlenebileceklerini düzenlemek istemiştir. Bkz Ali Nazım Sözer, *Hukukta Yöntembilim* (7nci Baskı, Beta 2020) *180-190.* Ayrıca bkz Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Ekin 2021) 403 vd; Ahmet M Güneş, *Hukuk Metodolojisi* (Ekin 2021) 163 vd; Abdullah Demir, *Hukuk Metodolojisi* (Astana, 2016) 183 vd; Gökhan Antalya, *Hukuk Metodolojisi Cilt II* (Seçkin 2021) 226 vd.

haczi mümkün gemilerden olabilecektir. Bu sorunun çözülebilmesi için, çıkış noktası Türk Ticaret Kanunu madde 1369(2) hükmünün mehazını teşkil eden 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasını metodolojik olarak incelemek ve maddenin altında yatan iradeyi ortaya çıkarmaktır.

I. Deniz Alacağına Sebebiyet Veren *"İlgili"* Gemi ile *"Kardeş"* Gemi İlişkisi

1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin birinci fıkrasında, deniz alacağının doğumuna sebebiyet veren "ilgili" geminin (*"particular ship"*); 2 nci fıkrasında ise bundan başka hangi geminin ihtiyati haczinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Anılan son fıkra hükmü kapsamına, içeriğindeki ifadeler dikkate alındığında görüldüğü üzere sadece uygulamanın deyimiyle "kardeş gemi" olarak kabul edilen gemiler dâhil edilmiştir.

Deniz alacağının doğumuna sebep olan geminin malikine ait başka gemi(ler) de varsa, anılan son geminin, "kardeş gemi" statüsünde, malikinin borcu için ihtiyaten haczi mümkün olabilecektir. Bunun dışında, deniz alacağının doğumuna sebep olan gemiyi kira, zaman çarteri veya yolculuk çarteri sözleşmelerinden edindiği bir sıfatla yani malik olmaksızın kullanarak borçlanan kişiye ait bir gemi bulunmaktaysa, bu gemi de "kardeş gemi" kabul edilecek ve malikinin bu gemiden kaynaklanmayan bir deniz alacağından doğan sorumluluğu yüzünden ihtiyaten haczi mümkün olabilecektir.

"Kardeş gemi" ilişkisi ile deniz alacağına sebebiyet veren gemiden başka bir geminin ihtiyaten haczedilmesi imkânının, deniz alacağının mülkiyete veya zilyetliğe ilişkin olması halinde geçerli olmayacağı da 3 üncü maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinde ifade edilmiştir. 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmede, deniz alacakları listesinin (s) bendi[6] *("geminin mülkiyeti ve zilyetliğine ilişkin her türlü uyuşmazlık")* 3 üncü maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinde doğrudan bent harfi kullanılarak zikredilmemiştir. Oysa 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşme bu fıkrada, deniz alacakları listesinin "o, p ve q" bentlerine doğrudan atıfta bulunmuştur. Bu bentler, 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmede "s, t ve q" bentlerine karşılık gelmekteyken, yeni Milletlerarası Sözleşmenin hazırlık çalışmalarında bu bentlere açıkça atıf yapılmamasının bilinçli bir tercih olduğu açıklanmıştır[7]. 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde yer alan, geminin mülkiyeti ve zilyetliğine ilişkin uyuşmazlıkların kardeş gemi uygulamasının dışında bırakılmasına ilişkin hükümde, deniz alacakları listesinin ilgili bent harflerine atıf yapılmayarak genel bir ifade kullanılmasının sebebi, deniz alacakları listesinin

[6] TTK madde 1352(1)-t.

[7] Francesco Berlingieri, *Berlingieri On Arrest of Ships Volume II A Commentary on the 1999 Arrest Convention* (6th Edition, Informa Law 2017) 101.

(t) bendinin[8] kapsamında iki farklı tür uyuşmazlığın yer alması; birinin zilyetliğe dayanması diğerinin de para alacağı olmasıdır. Deniz alacakları listesinin (t) bendinin ilk kısmında, *"geminin müşterek malikleri arasında geminin işletilmesi"* olarak anılan uyuşmazlığın, müşterek maliklerden birinin, diğerinin gemiyi hatalı çalıştırdığı iddiasına dayanması halinde, aslında davacı müşterek malikin niyetinin geminin zilyetliğini elde edip kendi tercihine göre işletmesidir. Bu durumda, bu bendin de aslında kısmen –üzerinde müşterek mülkiyetin bulunduğu gemi- hakkında zilyetliğe dayanan uyuşmazlık olduğu düşünülecek ve kardeş gemi uygulamasına yani başka bir geminin ihtiyati haczi imkânına mantık olarak ters düşecektir. Buna karşın, (t) bendinin diğer kısmındaki *"geminin müşterek malikleri arasında gemiden sağlanan hasılata ilişkin"* uyuşmazlığın ise para alacağı olması sebebiyle, Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci bendinin son cümlesinde, (t) bendinin bir bütün olarak atıf konusu olamayacağı düşünülmüştür. Bu sebeple çözüm, bent-bent sayım değil; genel bir ifade ile "mülkiyete ve zilyetliğe ilişkin uyuşmazlıklar" denilmesinde bulunmuştur. 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin, 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmedeki karşılığında, *"gemi rehni, gemi ipoteği veya gemi üzerinde aynı nitelikteki aynî bir yükümlülük"* şeklinde ifade edilen deniz alacağının da (zilyetlik veya mülkiyete dayalı uyuşmazlık olduğu düşüncesiyle) kardeş gemi uygulaması dışında bırakıldığı gözükse de; 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin hazırlık çalışmalarında, söz konusu aynî yükümlülüklerin altında kural olarak aslında para alacağı olduğunun dikkate alınmasıyla olsa gerek, alacaklının kardeş gemi uygulamasından faydalanabilmesi gereği göz önünde tutulmuştur[9].

II. 1952 Tarihli Milletlerarası Sözleşmenin "Bağlantılı" Geminin de İhtiyati Haczini Hedefleyen İlk Adımı

Deniz alacağının doğumuna sebebiyet veren "ilgili" gemiden başka bir geminin de ihtiyaten haczinin mümkün olabilmesi için ilgili gemi ile bunun dışındaki sair bir geminin malikinin aynı olması koşulu 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin madde 3(1) hükmünde de yer almaktadır. Başka bir deyişle, deniz alacağının doğduğu sırada (A) gemisinin maliki olan kişiye ait, ihtiyati haczin uygulanması esnasında bir başka gemi bulunmaktaysa (örn. B gemisi) ve deniz alacağından sorumlu olan da A gemisinin maliki ise anılan hükme göre, (B) gemisinin, yola çıkmaya hazır olsa bile ihtiyaten haczi mümkün kabul edilmiştir. Bununla birlikte, aynı maddenin dördüncü fıkrasında da, deniz alacağının doğumuna (A) gemisi sebebiyet vermiş olmasına rağmen, bu borçtan sorumlu olan kişi malikten başka birisi ise (kiracı; *demise charterer*) (A) gemisinin yanı sıra, ihtiyati haciz zamanı itibariyle borçtan sorumlu kişiye ait bir (C) gemisi bulunmaktaysa, bu geminin de ihtiyati haczinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Malik olmamakla birlikte borçtan sorumlu olan kişiyi kiracı

[8] TTK madde 1352(1)-u.

[9] CMI raporu için bkz Berlingieri (n 7) 272-273 ve ayrıca §8.63.

ile sınırlı tutmaksızın (zaman çartereri ve taşıtanı da ekleyerek) aynı sonucu doğuran bir hüküm 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmede de yer almaktadır (m.3(2)-b).

1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin, bu anlamda 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinden önemli farkı, *mülkiyetin aynı şahsa ait olduğuna dair bir faraziyenin* de aynı maddede ayrı bir fıkra olarak yer almasıdır (1952 tarihli Milletlerarası Sözleşme madde 3 fıkra 2 hükmü). Bu faraziyeye göre, aynı kişi veya kişilerin hissedar olduğu ortaklıklar, farklı gemilerin sahibi ise söz konusu gemilerin malikinin aynı kişi olduğu kabul edilir. Faraziyede kullanılan "ownership" (*sahiplik-mülkiyet birlikteliği)* kavramı ve bunda tüm payların aynı kişiye/kişilere ait olması durumunun aslında farklı kişilere aitmiş gibi görünen iki gemiye de aynı kişinin sahip olduğu yönündeki kabul ediş, o günün deniz ticaret sektöründeki tek gemi ortaklıklarının gemilerine de üstü kapalı "kardeş" gemi statüsünün verilmesini hedeflemektedir. Bu amacın gerçekleşmesi için somut olayda aranan koşul, tüm payların aynı kişiye/kişilere ait olmasıdır.

Ancak, günümüz deniz ticaretinde, mülkiyetinde sadece birer gemi bulunan farklı tüzel kişiliklerin hissedarlık durumuna bakıldığında, pay sahipliğinde aynılık koşulunun sıklıkla rastlanan bir model olmadığı gerçeği karşısında, bu faraziye 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin hazırlık döneminde geçerli olan ticari anlayış içinde yetersiz görülmüş ve yeni modellenen tek kişi şirketlerine yönelik farklı bir tutum içinde olma gereği gündeme getirilmiştir[10].

Aslında pay sahibi olarak gözükmeksizin bir kişinin, farklı tüzel kişilikler üzerinde ve bu kişilere ait olduğu tescillenen gemilerin işletilmesine yönelik kontrol ve hâkimiyetinin değişik modellerle zaman içerisinde gelişmesinin sebebi, bir yandan tek gemi şirketi olmanın mali ve vergisel avantajlarının kullanılmak istenmesi ama öte yandan da 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmede yer alan faraziye ile desteklenmiş kardeş gemi hükmü uyarınca ihtimal dâhilinde olan ihtiyati haciz riskinden kurtulmaktır[11].

III. 1999 Tarihli Milletlerarası Sözleşmenin CMI Taslağı

CMI tarafından 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin alternatifi yeni bir milletlerarası sözleşmenin hazırlanması için oluşturulan alt komitenin hazırladığı ilk taslak, CMI tarafından 1985 yılında Lizbon'da düzenlenen konferansta okunmuş ve tartışmaya açılmıştır. Lizbon konferansı esnasında yapılan değişikliklerle oluşan yeni metin, "CMI taslağı" olarak bilinmektedir. Bu metin daha sonra, IMO ve UNCTAD tarafından bir araya getirilen ve bu alanda uzman kişilerden oluşan heyet tarafından

[10] CMI raporu ve Diplomatik Konferansa Birleşik Krallık delegasyonu tarafından sunulan 188/3/ADD 2 nolu belge için bkz Berlingieri (n 7) 272-275.

[11] ICS temsilcisi tarafından ifade edilen bu tespitler için bkz Berlingieri (n 7) 282.

1994-1997 yılları arasında yapılan çalışmalar sonucu yeni bir taslağa zemin oluşturmuştur. 1997'de nihayetlenen bu son metin *"Uzmanlar Heyetinin Taslağı*"[12] olarak anılmaktadır. Bu şekilde son halini alan yeni hükümler, Diplomatik Konferansa sunulmuştur. Nihai metin, 1999 Mart'ında Cenevre'de gerçekleşen Diplomatik Konferansta katılımcı devletlerin delegasyonlarının görüşlerine açılmıştır.

CMI alt komitesinin hazırladığı ilk taslakta, deniz alacağına sebebiyet veren geminin maliki, kiracısı, çartereri veya taşıtanı olup da borçtan sorumlu olan bu kişiye ait veya bu kişinin *kontrolünde* olan diğer bir geminin de ihtiyaten haczinin mümkün olduğu hükmü komite başkanı tarafından takdim edilmiştir. Bu şekildeki bir düzenlemenin amacının, borçlunun sadece mülkiyetindeki gemileri değil borçlu tüzel kişiliğin yan kuruluşlarının sahip olduğu diğer gemilerin veya borçlunun gerçek kişi olması halinde, bu kişinin tüm paylarına sahip olduğu bir şirketin gemisinin de 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin kardeş gemi anlayışının ötesinde bir alt yapıda ihtiyaten haczinin mümkün kabul edilmesi olduğu açıklanmıştır[13].

CMI taslağında ise alt komitenin, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yönelik bu teşebbüsü benimsenmemiş, "*kontrolü altında olmak*" kavramı silinmiştir[14]. Bunun gerekçesi olarak, 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmede çok açık dile getirilmeden aynı eğilim görülse de, 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin ne üstü kapalı ne de açık bir dilde tüzel kişilik ve şirketler hukuku meselesine dâhil olmaması, bu konunun taraf devletlerin ulusal hukukuna bırakılması gereğinin benimsendiği ifade edilmiştir[15].

Uzmanlar Heyetinin taslağında da aynı görüş benimsenerek, açık bir dilde ifade edilmeksizin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla borcun gerçek sahibinin kim olduğunun bulunmasının gerekli olup olmadığına, hakimin hukukunun (*lex fori)* karar vermesinin uygun olduğu kanaati sürdürülmüştür[16].

Diplomatik Konferansta ise Birleşik Krallık delegasyonunun tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla tespit edilecek *"bağlantılı*" gemilerin de ihtiyati haczini mümkün kılan ve açık bir dilde bunu ifade eden bir alternatif metni görüşlere ve oylamaya sunması üzerine, CMI orta yol bulmak için Konferansa sunulan nihai metnin madde 3(2) hükmüne *"Bir geminin, deniz alacağından sorumlu kişiye ait olup olmadığı ihtiyati haczin uygulanacağı devletin hukukuna göre belirlenir"* şeklinde açık bir dilde tüzel kişiliğin aşılabilirliği ve sınırları meselesinde *lex*

[12] JIGE Draft (JIGE: Joint International Group of Experts on Maritime Liens and Mortgages and Related Subjects).

[13] Berlingieri (n 7) 272-273.

[14] Taslak metin için bkz Berlingieri (n 7) 272.

[15] CMI raporu için bkz Berlingieri (n 7) 273.

[16] Uzmanlar Heyetinin taslak metni için bkz Berlingieri (n 7) 273.

fori'ye atıf yapan bir ekleme önermiştir[17]. Bunun üzerine tartışmalar, "bağlantılı" gemilerin ihtiyati haczinde, taraf devletin hukukuna açık atıfta bulunarak mı yoksa Milletlerarası Sözleşme metninin kendisinin bu konuda açık bir düzenleme içermesi ile mi mümkün hâle getirilmesinin uygun olacağı yönünde devam etmiştir[18].

IV. Birleşik Krallık Delegasyonunun Önerisi ve Önerinin Kabul Görmeme Sebepleri

Birleşik Krallık delegasyonunun inancı, bu Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasına mutlaka 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmeden farklı olarak bu sefer açıkça "bağlantılı" gemilerin de ihtiyati haczinin mümkün olduğuna dair bir hükmün eklenmesi gereği yönündedir[19]. Bu görüşe göre, 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmedeki "aynı kişiye ait olma" (*common ownership)* kavramı ve bu kavramı esneten faraziye, 50'li yıllardan beri değişerek süregelen tek gemi şirketleri bakımından yetersiz ve faydasız olacaktır. Bu nedenle, "bağlantılı" gemiler "kontrol" kavramı ile tekrar değerlendirilmeli ve gemiye gerçekten kimin sahip olduğu değil; gemiyi veya geminin ait olduğu şirketi kimin kontrol ettiği veya hâkimiyeti altında tuttuğu bulunmalıdır. Bu niyet, açıkça tüzel kişilik perdesinin kaldırılması müessesesinin 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin madde 3(2) hükmüne yerleştirilmesi önerisinin arkasında yer alan düşüncedir.

Birleşik Krallık delegasyonunun Diplomatik Konferansta sunduğu ilk öneri metninde, mülkiyet veya ait olma kavramı hiç kullanılmamış bunun yerine "gemiyi kontrolünde tutmak" veya "gemiyi kontrolü altında tutan şirkete hâkim olmak" şeklinde ifadeler tercih edilmiş ve ayrı bir fıkrada da malik olmak veya kontrolü altında tutmak ile neyin anlaşılması gerektiğine ve usul hukuku bakımından ispat yükünü kimin taşıyacağına taraf devletin hukukunun karar vereceği ifade edilmiştir[20].

Bu öneriye ilk açık ve tam destek Kanada delegasyonundan gelmiştir. Kanada, fikir ve niyet olarak örtüşmekle birlikte, "bağlantılı" gemilerin de açık bir düzenlemeye kavuşması amacıyla, "kontrolünde veya hakimiyetinde olma" kavramına alternatif bir öneri olarak "sicildeki malik veya iktisadî malik" (*owner or beneficial owner)* kavramlarını kullanarak bir madde metni sunmuş ve sicilde malik olarak gözüken şirketin tüzel kişilik perdesi kaldırıldığında tespit edilecek ve ihtiyati haciz ile tutulması hedeflenen geminin işletilmesinden faydalanan, bu gemi ile yapılan ticaretin semerelerinden istifade eden kişi, alternatif öneri metninin içerisinde açıkça zikredilmiştir.

[17] Birleşik Krallık delegasyonunun Diplomatik Konferansta sunduğu 188/3/ADD 2 nolu belge içeriği için bkz Berlingieri (n 7) 274-276.

[18] 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmeye ait hazırlık çalışmaları olarak dile getirdiğimiz Diplomatik Konferans tutanakları için bkz Berlingieri (n 7) 272 vd.

[19] Birleşik Krallık delegasyonunun Diplomatik Konferansta dile getirdiği görüşün yer aldığı 188/3/ADD 2 nolu belge için bkz Berlingieri (n 7) 274 vd.

[20] Birleşik Krallık delegasyonunun Diplomatik Konferansta dile getirdiği görüşün yer aldığı 188/3/ADD 2 nolu belge için bkz Berlingieri (n 7) 274 vd.

Birleşik Krallık delegasyonu, öneri metinlerinde kullandıkları "kontrol" kavramı ile kastettiklerinin, "etkili kontrol" olduğunu yani örneğin profesyonel gemi yönetim şirketleri gibi veya acenteler gibi gemi maliki tüzel kişiliğinin hesabına iş ve işlemler yapanın yahut yatırımcı olarak azınlık hisseye sahip bir bankanın da bu anlamda kontrol kavramı dâhilinde olamayacağını açıklamıştır[21]. Bu açıklamadan da sonra; özellikle Hollanda, İtalya, Japonya, Avusturalya, Almanya ve Belçika "kontrol" veya "iktisadî malik" gibi muğlak kavramların bir milletlerarası sözleşmede daha net tanımlanması gerektiğini, buna ilaveten *lex* fori'ye de atıf yapılarak hakimin uyguladığı hukukun da sınırları dâhilinde yorumlamasına izin vererek ve belki de hakime somut olayı değerlendirirken önüne bir model liste hazırlayıp ne gibi hareketlerin "etkili kontrol" kabul edilebileceği konusunda daha da çalışılmak kaydıyla Birleşik Krallık delegasyonunun açtığı kapının izinde olduklarını ifade etmişlerdir. Türkiye Cumhuriyeti delegasyonu, CMI tarafından sunulan çözümü yani perdenin kaldırılmasına imkân veren kıstasların açıkça ulusal hukuka bırakıldığını ifade eden bir hükmü tercih edeceklerini belirtmiştir[22]. Bu noktada Belçika, yavru şirketlerin pek çok ülkeye yayılmış da olabildiği gerçeği karşısında, uluslararası ticaretin önemli bir sorununu yani geminin tutulmasını uluslararası birlik içinde çözüme kavuşturmayı hedeflemiş iken, sözde malikler ve tek kişi şirketleri ile baltalanan hukuk kurallarının yine ancak bu milletlerarası sözleşmede çözüme kavuşturulması gereğini ifade etmiştir[23]. Ne var ki, niyete ve hedeflenen amaca sempati ile baksalar bile İsveç, Tayland, Çin, Norveç, tüzel kişiliğin arkasına saklanmanın ve şirketler hukukunun bu paravanından dürüstlük kuralına aykırı biçimde istifade etmenin sadece deniz ticaretine özgü bir mesele olmadığı, bunun genel bir özel hukuk sorunu olduğu; "kontrol" kavramı üzerinde ise tüm katılımcı devletlerin hem fikir sahibi olabileceği kadar net ve her hukukta aynı anlama gelecek şekilde bir tanım yapmanın da çok zor olduğu; bir milletlerarası sözleşmede böyle bir hükme gerek olmadığı düşünceleriyle Birleşik Krallık delegasyonunun önerisine karşı olumsuz görüş bildirmişlerdir[24]. Yunanistan delegasyonu ise Birleşik Krallık tarafından getirilen önerinin, denizcilik sektörünün tamamen içinde olan bir devletin, kendi finans kurumlarının çıkarlarını koruma düşüncesi ile yaratılmış, milletlerarası sözleşme ruhunu aşan bir amaca hizmet ettiğini ve deniz taşımacılığında tam bir kaosa yol açacağını ifade ederek, Yunanistan'ın da geleneksel denizci bir ülke olduğunu vurgulayarak sert bir dille eleştirmiş ve CMI önerisini yani konunun *lex fori'*ye bırakılmasını tercih ettiklerini belirtmiştir[25].

[21] 3 Mart 1999 tarihli Diplomatik Konferans oturumu konuşma tutanakları içerisinde Birleşik Krallık delegasyonunun konuşması için bkz Berlingieri (n 7) 278.

[22] Hollanda, İtalya, Japonya, Avusturalya, Almanya ve Belçika ile Türkiye Cumhuriyeti delegasyonlarının 3 Mart 1999 tarihli Diplomatik Konferans oturumundaki konuşmalarına ait tutanaklar için bkz Berlingieri (n 7) 278.

[23] Belçika delegasyonunun konuşma tutanakları için bkz Berlingieri (n 7) 281.

[24] Anılan devlet delegasyonlarının konuşma tutanakları için bkz Berlingieri (n 7) 280-294.

[25] Yunanistan delegasyonunun konuşma metni için bkz Berlingieri (n 7) 279.

Çoğunluğun, tüzel kişilik perdesinin kaldırılıp "bağlantılı" geminin tespitine ve onun da bu milletlerarası sözleşme hükümleri dâhilinde ihtiyaten haczedilmesinin mümkün kılınmasına fikren olumlu yaklaşmalarına rağmen, kullanılan kavramların uygulamada sorun çıkaracağını veya bu konuda görüş birliğinin sağlanamayacağı fikrini savunmaları üzerinden 1 hafta sonra Birleşik Krallık delegasyonu eleştiriler dâhilinde üzerinde çalışılmış yeni bir öneriyi Diplomatik Konferansta tartışmaya sunmuştur[26].

Yeni metinde, "bağlantılı" gemi ile ilgili olarak 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin taslak metninin 3(2) maddesine aşağıdaki eklemeler önerilmiştir:

"*Deniz alacağının doğumuna sebep olan gemiden başka, ihtiyati haczin uygulandığı esnada bir gemiyi sanki malikiymişçesine etkili biçimde kontrolü altında tutan kişi, deniz alacağının doğumunda da bu borçtan sorumlu olan kişiyi hâkimiyeti altında tutuyorsa, söz konusu geminin de ihtiyaten haczi mümkündür.*

Bir geminin üzerinde etkili biçimde kontrolün olup olmadığının tespitinde Mahkeme özellikle o kişinin aşağıdaki unsurları taşıyıp taşımadığını değerlendirir: (i) o gemiye ilişkin kararlar verebilmek; (ii) bu kararların uygulanmasına etki edebilmek; (iii) bu geminin işletilmesinden elde edilen kârın dağıtımını yönetebilmek.

İhtiyaten haczedilecek gemi, deniz alacağından sorumlu olan kişiye ait değilse, geminin sahibi ile borçtan sorumlu olan kişi arasında ihtiyati haczin haklılığı açısından bir bağlantı bulunup bulunmadığına ihtiyati haciz talep edilen Mahkemenin hukuku karar verir."

Metnin bu hali, "kontrol" kavramının yanı sıra "etkili kontrol" (*effectively control) ve* "bağlantı" (*connection)* kavramlarını da açıkça zikretmesiyle katılımcı devletler arasında daha da endişeye yol açmış ve Kanada ile Japonya'nın desteği sürerken, önceki toplantıda meseleye fikren olumlu bakan devletler de metnin bu halini bir Milletlerarası Sözleşmede olmaması gerektiği kadar bulanık ve tehlikeli görmüşlerdir[27]. Son kez söz alan Birleşik Krallık delegasyonu, yapılan tüm olumsuz eleştirileri, perdenin kaldırılması ve "bağlantılı" geminin ihtiyati haczi konusunun bir Milletlerarası Sözleşme içerisinde düzenlemenin zorluğunun tespit edilmesi olarak yorumlamış ve bu Milletlerarası Sözleşme yürürlüğe girdiğinde, deniz alacakları listesinden özellikle enkaz kaldırma masraflarını deniz alacağı olarak ileri süren kişinin, bu Milletlerarası Sözleşme kapsamında hangi geminin nasıl ihtiyaten haczedilmesini talep edeceği meselesinin esasen bu toplantının ana örneği olduğunu, zor da olsa kontrol mekanizmaları ve kendi içinde çıkar dengelerini koruyan bir imkânın yaratılmasının mümkün olduğunu ve aslında bunun arayışı içinde olduklarını ifade etmişlerdir[28].

[26] Birleşik Krallık delegasyonunun 9.3.1999 tarihinde Diplomatik Konferansta sunduğu öneri metni ve ertesi gün gerçekleşen takdim konuşması için bkz Berlingieri (n 7) 285 vd.

[27] Bu yöndeki konuşmaların yer aldığı Diplomatik Konferans tutanakları için bkz Berlingieri (n 7) 288-293.

[28] Birleşik Krallık delegasyonunun konuşma metni için bkz Berlingieri (n 7) 294.

Bu son sözden sonra toplantı başkanı, Birleşik Krallık delegasyonu tarafından sunulan önerileri dikkate almayarak oturumu sonlandırmış ve madde metni, Uzmanlar Heyeti'nin önerisinde olduğu gibi en sade haliyle, "malik olmak" (*own)* kavramı ile kabul edilmiş ve ulusal hukuka açık atıfta bulunulmamıştır[29].

V. Ara Sonuç: Bilinçli Boşluk

1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin madde 3(2) hükmü hazırlanırken, aynı maddenin 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmedeki halinden bir adım daha ileriye giderek tek gemi şirketlerinin değişen yapısını yakalayan bir düzenleme ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluyla bulunacak "bağlantılı" geminin de ihtiyati haczini mümkün kılan ve açık bir dilde yazılacak metnin gereksiz ya da isabetsiz bir çaba olduğu hiçbir zaman dile getirilmemiştir.

Bununla birlikte, farklı hukuk sistemlerinden gelen katılımcı devletlerin hazırlık çalışmalarının son aşaması olan Diplomatik Konferansta neredeyse ortak bir dille ifade ettikleri hususlar; *i.* milletlerarası bir sözleşmede böyle bir şirketler hukuku meselesinin yerinin olup olmadığı; *ii.* tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına imkân veren kavramların (*kontrol, etkili kontrol, hakimiyet, bağlantı* gibi*)* seçimindeki zorluk; *iii.* seçilen kavramların mutlaka tanımının yapılması ve somut olaya tatbiki bakımından hakime yol gösterici bir davranış listesinin hazırlanması; *iv.* denizcilik sektörünün farklı çıkar grupları arasındaki dengenin korunması gerekliliği; *v.* meselenin *lex fori*'ye bırakılmasının en uygun çözüm olacağıdır.

1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin şu an mevcut madde 3(2) hükmü dikkate alındığında, deniz alacağının doğumuna sebebiyet veren gemiden başka bir geminin ihtiyati haczinin mümkün olabilmesinde esas alınan, öncelikle deniz alacağından sorumlu kişiye *ait* bir başka geminin bulunmasıdır. Metindeki vurgu, "aitlik" (*"owned")* kavramı üzerinde bırakılmış ve 1952 tarihli Milletlerarası Sözleşmedeki faraziye de kaldırılmış olduğundan, hakimin hukukunun, "aitlik" kavramını değerlendirerek, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile gerçek borçlunun veya gerçek malikin kim olduğunu bulmaya izin verdiği ölçüde, taraf devletler bakımından mesele derinleşebilecektir. Perdenin kaldırılarak sorumlu gözüken tüzel kişiliğin bertaraf edilip *gerçek* sorumlu kişinin bulunması ve ona *ait* başkaca gemi(ler)in olup olmaması, varsa ihtiyati haczinin mümkün hale gelmesi, hakimin hukukunun *hangi sınırlar içerisinde tüzel kişiliğin aşılmasına izin verdiği* hususuna kilitlidir. Diplomatik Konferansta aslında bu kilidin anahtarının da madde metnine açıkça yazılıp yazılmaması oylanmıştır.

Hükmün son geldiği noktada kullanılan yazı dili, bilinçli olarak en yalın halinde bırakılmış, metindeki *"kontrol, hakimiyet, bağlantı"* gibi şirketler hukukuna uzanan

[29] Oturumdaki tartışmaların sonlandırılışı ve yönü hakkında oturum başkanının konuşması için bkz Berlingieri (n 7) 294.

dallar budanmıştır. Ancak, dürüstlük kuralına aykırı bir örgütlenmeyle, deniz alacaklılarından mal kaçırma düşüncesiyle yaratılan tek gemi şirketlerinin ve bunların hâkim kişi ile aralarındaki bağlantı bakımından madde metninde açıkça *lex* fori'ye atıf yapılması ile yapılmaması arasında sonuç bakımından bir fark da yoktur. Öyle ki, Milletlerarası Sözleşmenin, bir konuyu bilerek kuralın içine sokmak istememesi yani zımnen o konuda olumsuz düzenleme yapması durumu (vasıflı suskunluk hali) hariç, Milletlerarası Sözleşmede boşluk halinde hakimin hukuku devreye girecektir[30].

CMI tarafından, Birleşik Krallık delegasyonunun sunduğu ilk alternatif metinden sonra sunulan çözüm önerisinde olduğu gibi açıkça "sahiplik" kavramından ne anlaşılması gerektiğinin hakimin hukukuna bırakılması yönündeki eklemeden, Diplomatik Konferansın sonunda vazgeçilmesi, çoğunluğun bunu istememiş olmasından dolayı değildir. Sistem gereği, Diplomatik Konferansta görüşmeye açılan (ve oylamaya sunulan) son metin Uzmanlar Heyetinin hazırladığı nihai taslak metin olduğundan (şu an yürürlükte olan metin) ve Birleşik Krallık delegasyonunun buna alternatif olarak sunduğu birinci ve ikinci öneri metni reddedilmiş olmakla, otomatik olarak Uzmanlar Heyetinin metni görüşmeler sonucu onaylanmış metin haline gelmiştir. Görüşmeler sırasında, Birleşik Krallık delegasyonunun sunduğu ilk radikal alternatif metinden, bu delegasyonun bir-iki geri adım atabilmesini sağlamak için CMI, *lex* fori'ye açık atıf içeren bir ek cümle önermişse de, Birleşik Krallık delegasyonu bu şekildeki bir düzenlemeyi de yeterli görmediği için kabullenmemiş ve dolayısıyla da *lex fori'*ye açık atıf içeren metin, "alternatif metin" haline gelmeyerek oylamaya sunulmamıştır.

Buradan çıkan sonuç, 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasından doğrudan çeviri yoluyla Türk Ticaret Kanununun madde 1369(2) hükmünü oluşturan düzenleme, "kardeş" geminin ihtiyati haczi olarak anılmakta ise de metinde yer alan "*malik olmak veya ait olmak"* kavramının derinliğine sadece lafzî yorum ile karar vermek olası değildir. Türk Medeni Kanununun madde 1(1) hükmü uyarınca, hakim kanunu (yazılı hukuk kurallarını) sözüyle ve özüyle uygular. Lafzî yorum ile yetinilmeyip tarihsel yorum metoduna geçildiğinde, Milletlerarası Sözleşme hazırlayıcılarının hangi kelimelerle yetindikleri, ötesini düzenlemek istemiş olsalar da kavramların veya sözcüklerin yetersiz hatta çaresiz kaldığı yukarıda izah edildiği gibi, hazırlık çalışmalarından anlaşılmaktadır. 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında *"bilinçli boşluk"* söz konusudur. Bağlantılı geminin ihtiyati haczinin kilidini açacak olan enstrüman, tüzel kişiliğin

[30] Akıncı, Anayasa madde 90 hükmü gereği, 1995 yılında taraf olunarak Türk Hukukunun bir parçası haline gelen ve kısaca CMR adı verilen "Eşyaların Karayolunda Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi" hakkındaki eserinde, bu Milletlerarası Sözleşme içeriğindeki boşlukların nasıl doldurulacağı hakkında, hakimin CMR'yi Türk hukukunun bir parçası olarak uygulamasıyla beraber, artık kanunlar ihtilafı kurallarının devre dışı kaldığını ve CMR içindeki boşluğun, bu milletlerarası sözleşmenin kendi içeriğinden, hazırlık çalışmalarından ve dolayısıyla tarihsel yorumundan hareketle doldurulamaması halinde, Türk maddi hukuku ile doldurulması gerektiğini savunmuştur (Ziya Akıncı, *Karayolu İle Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR* (Seçkin 1999) 29).

aşılarak gerçek borçlunun bulunmasıdır. Lakin, bu hukuki çarenin farklı hukuk sistemlerinden gelen katılımcı devletlerin ortak bir anlam ile kullanabilecekleri kavramlar üzerinden anlatılmasının imkânsızlığı sonucu ortaya çıkınca, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusu, bir Milletlerarası Sözleşmede var olan boşluğun doldurulması noktasında *lex fori'ye* kalmıştır[31]. Bu açıdan, hazırlık çalışmaları ışığında hüküm değerlendirildiğinde, "kardeş" gemi hükmünün altında, *lex fori'*nin, gerçek borçlunun bulunmasına tüzel kişilik perdesini kaldırarak izin verdiği ölçüde "bağlantılı" geminin ihtiyati haczinin de mümkün olduğu görülecektir. *Lex fori*'nin Türk hukuku olduğu durumda, gerçek borçlunun ve onunla "bağlantılı gemi"nin hakim tarafından tespitinin ve nasıl değerlendirileceğinin incelenmesi bu noktada gereklidir.

VI. Hukukumuzda Perdenin Kaldırılması Teorisinin Uygulanması ve Tek Gemi Şirketlerine Uyarlanması

Tüzel kişilik aslında bir perde değil; onu oluşturan kişisel ve malvarlıksal unsurların üzerine yasa koyucu tarafından örtülmüş şeffaf bir örtüdür. Bu sebeple, tüzel kişiliğin, kuruluşun iç dünyasının görünmesini engelleyen bir perde olarak ifade edilmesi yanlıştır. Öyle ki, tüzel kişilikler, üçüncü kişilerin ilişki kurmak istedikleri tüzel kişi ile ilgili her şeyi (ortakları, mali yapısı, malvarlığı, temsilcisi gibi) bir engelle karşılaşmadan öğrenebilecekleri saydam yapılardır. Bununla birlikte, gerçek malikin ve sorumlunun kim olduğunu saklamak; nimetlerden faydalanan kişileri külfetlerden arî kılmak için kötüniyetle tüzel kişiliğin üzerine ek bir örtü örtülmesi hâlinde perdeden ve perdenin kaldırılmasından söz edilebilir[32].

Normatif temeli Türk Medeni Kanunu'nun 2 nci maddesindeki dürüstlük kuralı olan[33] *perdenin kaldırılması teorisi*nin amacı, *gerçek borçlunun* bulunması ve alacaklının da gerçek borçlunun malvarlığına icra yoluyla el atabilmesidir.

---

[31] Sayın Atamer, eserinde *"...birçok heyet bu problemin açık bir kural ile çözümlenmesinin mümkün olmadığını ve uyuşmazlığa bakan mahkeme tarafından somut olaya özgü bir şekilde ele alınmasının gerektiğini bildirmiştir. Sonuçta bu görüş kabul görmüş ve 'uyuşmazlığa bakan mahkemenin hukuku'na (lex fori) bırakılmıştır. Şu halde bir geminin ihtiyati haczi için Türkiye'de mahkemeye başvurulduğunda, 'tüzel kişilik perdesinin aralanması' sorunu Türk Hukuku uyarınca çözüme kavuşturulacaktır."* ifadelerini kullanmakla, sonuç itibariyle aynı noktaya varmış olsa da, çalışmamızda özellikle dipnot 30 ve ona ait metinde belirtildiği üzere, bu sonuç ancak bir Milletlerarası Sözleşme içerisindeki boşluğun, bu Milletlerarası Sözleşmeyi iç hukuk normu olarak uygulayan hakimin hukukuna göre doldurulması gerektiği yorumuna dayalıdır. Başka bir deyişle, Sayın Atamer'in aksine, çalışmamızda tüzel kişilik perdesinin kaldırılıp gerçek borçlunun kim olduğuna karar verebilmenin *lex fori'nin* buna imkân verebilmesine bağlanması, 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmede bu konuda ilgili hükümde bilinçli boşluk bırakıldığının tespiti ve bunu hakimin *lex fori* ile doldurabileceği görüşüne (boşluğu doldurmak için kanunlar ihtilafı kurallarına gitmemesi gerektiğine) dayandırılmıştır. Sayın Atamer'in ifadelerinden ise Konferansta *"lex fori'ye konunun bırakılması görüşünün kabul gördüğü"* okunmaktadır. Oysa, CMI tarafından 188/3 nolu belge ile resmi olarak Konferansa alternatif metin olarak *lex fori'*ye açık atıf içeren bu öneri hiç oylanmamıştır. Meselenin, *"kabul görmüş bir görüş"* olarak değil; ancak (bilinçli) bir boşluk olarak 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmede anılması mümkündür. Krş Kerim Atamer, *Deniz Ticaret Hukuku C IV* (2nci Bası, Onikilevha 2019) 193.

[32] Ersin Çamoğlu, 'Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması' (2016) 32(2) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 6-7. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin çeşitli disiplinlerde görünüşü ve uygulanışı hakkında bibliyografya çalışması için bkz Atamer (n 31) 192 dipnot 107.

[33] Bkz dn 32'de anılan eserler.

Tüzel kişiliğin ayrı ve bağımsız bir kişiliğinin olması ilkesinin düzenlendiği Türk Medeni Kanunu'nun 47 nci maddesinde, bilinçsiz kanun boşluğu olduğu, hükmün fazla geniş tutulduğu ve tüzel kişilerin üyelerinin art niyetli olarak, tüzel kişinin ayrı ve bağımsız kişiliğinin olması kurgusunun arkasına sinip, şahsi sorumluluktan kaçma şeklindeki atipik olayların kanun koyucu tarafından ihmalen düşünülmediği ve bu konuda hükme bir istisna getirilmesi gereğinin gözden kaçırıldığı temeline oturtulan görüşe göre, hakimin bu boşluk türünü tüzel kişiliğin atipik kullanımı halinde hükmü dar yorumlayarak doldurması ve gereğinde tüzel kişilik ile üyesinin özdeş kişiler olduğu sonucuna varılması gereği ifade edilmiştir[34]. Öyle ki, tüzel kişilik arkasında sınırlı sorumluluk oluşturulması, şirketler hukukunun tanıdığı bir hak olmasına rağmen bu hakkın dürüstlük kuralına aykırı biçimde, borçlara muhatap olmamak için (atipik) kullanılmasını da hukukun korumasının mümkün olmaması temeli üzerine kurulmuş bu teoride, "üretilmiş tüzel kişilikler" arkasında korunan ve saklanan kişi aynı zamanda tüzel kişiliğe ait malvarlığının da gerçek yöneticisi olmaktadır.

Öğretide[35], tüzel kişiliklerin mal ve kişi ayrılığı ilkesine hukukumuzda çeşitli pozitif hukuk kuralları ile istisnai düzenlemeler getirildiği düşünülmektedir. Örneğin, Türk Medeni Kanunu'nun 50 nci maddesinin üçüncü fıkrasında, tüzel kişiliğin organı, haksız fiil veya borca aykırılık halinde kusurlu ise tüzel kişiliğin sorumluluğunun yanı sıra organın da şahsen sorumlu olacağının düzenlenmesi, tüzel kişilik perdesi arkasındaki organa ulaşılabilmesidir. Şayet, tüzel kişilik perdesinin arkasında gizlenen ve bu kişiliği alacaklılara zarar vermek için kullanan, organın bizatihi kendisi ise o halde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin tatbiki için Türk Medeni Kanunu'nun 2 nci maddesini kullanmaya gerek kalmamaktadır[36]. Keza, Türk Ticaret Kanunu'nda da (m.237-238) kollektif şirket ortaklarının tüzel kişilikten sonra ikinci derecede sorumlu olduğunu; ortaklık borçları sebebiyle ortakların şahsi borçlarına ihtiyati haciz konulabileceğine dair hükümler de, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanabilmesi bakımından Türk Medeni Kanunu'nun 2 nci maddesi hükmüne dayanılmasına gerek kalmaksızın aynı etkiyi yapan pozitif hukuk

[34] Rona Serozan, *Medeni Hukuka Giriş* (2nci Bası, Vedat 2008) 197. Yazar, bilinçsiz kanun boşluğunu "örtülü boşluk" olarak ifade etmiştir. Bilinçsiz kanun boşluğunun alt türü olan istisna boşluğu, kuralın yanlışlıkla fazla geniş tutulmuş ve gerekli bir istisnanın kanun koyucu tarafından gözden kaçırılmış olmasını anlatır.

[35] Veliye Yanlı, *Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması* (Beta 2000) 3-4; İpek Sağlam, 'Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış' iç Erol Ulusoy (ed), *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu* (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını İstanbul 2008) 155; Gökhan Antalya, 'Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi' Erol Ulusoy (ed), *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu* (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını İstanbul 2008)145-147.

[36] Serozan (n 34) 200; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler* (15inci Bası, Filiz 2015) 256-257.

düzenlemeleridir[37].

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile, "borç doğuran hukuki ilişkinin aslî muhatabı olan tüzel kişinin hukuki bağımsızlığının bertaraf edilmesi yani hukuken ayrı bir kişi olduğunun dikkate alınmayarak inkâr edilmesi" anlatılmaktadır[38]. Bu nedenle en az iki farklı kişinin bulunması gerekir: *1- Perdesi kaldırılacak tüzel kişilik; 2- Bunun arkasında saklanan diğer kişi (gerçek veya tüzel)*. Saklayan ve saklanan kişileri tespit etmek ve bunu delillendirebilmek, saklanma tarzı ve oluşturulan düzenin her somut olayda farklılık göstermesi, teorinin uygulama zorluğu içermesinin de sebebidir. Bu teori ile varılmak istenen sonuç; perdenin arkasında yer alan kişinin, bu borca sanki kendisi sebebiyet vermişçesine sorumlu olmasıdır.

Perdenin kaldırılması teorisinin uygulanmasının birinci işlevi, tüzel kişi ile *ortağının* özdeş kılınması iken[39] diğer bir işlevi de doğrudan *"sorumlu kılmaya"* dönüktür. Bu halde alacaklı karşısında artık sadece tüzel kişi değil; ortakları da bulunmakta; tüzel kişiliğin sorumluluğu ortaklara da teşmil edilmektedir. Bu durum, öğretide *"perdenin düz/olağan kaldırılması"* olarak da tanımlanmıştır[40]. Bunun *tersi* yani ortağın şahsi alacaklılarının tüzel kişiye yönelmesi de söz konusu olabilir. Tüzel kişilik perdesinin aşılabilirliği felsefesine göre, tüzel kişilik arkasında yer alıp da söz konusu borca yol açan ve *ziyadesiyle ondan nemalanan ortak her kimse*, tüzel

[37] Sağlam (n 35) 156; Perdenin yasa tarafından pozitif hukuk düzenlemeleri ile kaldırılmasına ilişkin diğer örnekler için bkz. Çamoğlu (n 32) 8 vd. Bu noktada deniz icra hukuku bakımından dikkat çeken bir örnek de Sayın Atamer tarafından verilmiştir. Buna göre, Türk Ticaret Kanunu'nun 206 ncı maddesine dayanarak hâkim şirkete karşı yapılacak bir başvurunun, bağlı şirketin mülkiyetindeki gemiden kaynaklanan deniz alacağı için, hâkim şirketin mülkiyetindeki geminin ihtiyati haczinin mümkün kılacağı, anılan kanun maddesinin kullanılması halinde Türk Medeni Kanunu madde 2 hükmüne dayanılmasına gerek kalmayacağı ifade edilmiştir (Atamer (n 31) 194). Bu çıkarıma katılmak mümkün olmamıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun anılan maddesinde ifade edilen ve hâkim şirkete karşı yöneltilen tazminat davası açma imkânının kullanılması halinde, bağlı şirketin karşısında deniz alacaklısı sıfatını haiz alacaklı (örneğin o gemiye kumanya tedarik eden şirket) bu sefer hâkim şirket karşısında aynı sıfata sahip olmayacak, yalın bir tazminat alacaklısı sıfatı ile davacı olacaktır. Anılan maddede, hâkim şirket, bağlı şirketlerin borçlarından maddede sayılı ön koşulların varlığı halinde sorumlu tutulmuş ise de dikkat edilirse müteselsil borçlu sıfatı ile anılmamıştır. Hâkim şirketin, bağlı şirkete karşı alacaklı sıfatına sahip olan kişinin (kumanya şirketinin) alacağını bağlı şirketten tahsil edememesi nedeniyle uğradığı zararı, bağlı şirkete karşı hükümde anılan mali yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde tazmin etmekle yükümlü kılınması, hâkim şirketin de deniz alacağından sorumlu tutulması şeklinde yorumlanmamalıdır. Türk Ticaret Kanunu'nun anılan hükmü, tüzel kişiliğin kaldırılması ve gerçek borçlunun ortaya çıkarılarak sorumlu tutulmasının alternatifi bir müessese değildir. Türk Ticaret Kanunu'nun 195 vd. hükümleri, hâkim ve bağlı şirket ilişkisinin meşru sınırlarını düzenleyen hükümlerdir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin altında ise tüzel kişiliğin arkasına, dürüstlük kuralına aykırı biçimde alacaklılara apaçık zarar verme iradesi ile saklanan, tüzel kişilikten nemalanan birinin varlığı söz konusudur. Başka bir deyişle, tüzel kişiliğin kaldırılması teorisinin aradığı unsur vakıalar, Türk Ticaret Kanunu'nun 206 ncı maddesi için söz konusu değildir. Bunun haricinde, anılan hükümde hâkim şirket karşısında -hükümdeki mali koşulların varlığı halinde- "tazminat" alacaklısı konumundaki alacaklı, her ne kadar bağlı şirketin karşısında deniz alacaklısı da olsa, geminin ihtiyati haczini talep edebilme bakımından aranan şartları haiz olmayacaktır. Deniz alacaklısı sıfatına sahip olmayan alacaklının, alacağının güvencesi olarak borçluya ait bir gemi hakkında ihtiyati haciz talep etmesi mümkün olmadığından (TTK madde 1353 fıkra 3), Sayın Atamer tarafından verilen örnekte, söz konusu tazminat alacağının kökünde bir deniz alacağı bulunmasının yeterli kabul edileceği şeklinde bir görüş de belirtilmediğinden, böyle bir görüş ileri sürülmüş olsaydı dahi, deniz alacağı listesinin bu şekilde yorumlarla genişletilmesinin mümkün olmaması karşısında, TTK madde 206 hükmü kullanılarak hâkim şirketin gemisinin veya yöneticilerinin özel teknelerinin ihtiyati haczi mümkün görülmediğinden, anılan örneği metin içerisinde anmak mümkün olmamıştır.

[38] Yanlı (n 35) 17.

[39] Yanlı (n 35) 21 vd.

[40] ibid 38.

kişiliği bir kenara bırakıp, alacağı doğrudan ondan tahsil edebilmek gerekir[41]. Bu metot, *kardeş* ortaklıklar arasında da cereyan etmektedir ki, bu halde aynı *ana (hâkim) ortaklığın* yavru ortaklıkları arasındaki perdeler aşılmakta ve bir başka yavru ortaklığın sorumluluğuna gidilmektedir[42].

Perdenin kaldırılması müessesesinin dogmatik temeli öğretide; *Dural* tarafından TMK'nın 2 nci maddesi hükmü olarak gösterilirken, tüzel kişilik kurma ya da mevcut olan tüzel kişilikten yararlanma veya onun ardına gizlenme yolu ile *kanuna karşı hile yapılması, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlal edilmesi veya üçüncü kişilere zarar verme amacının güdülmesi* hallerinde, tüzel kişinin tabanına el atılması, caiz bulunmuştur[43]. *Serozan* aksi takdirde adalet değerlerinin örseleneceğini ifade etmiştir[44].

Burada özellik arz eden husus, hukuka uygun amaç yani *tüzel kişilik üzerinden iş ve işlemlerin yürütülmesi yoluyla sorumlulukların sınırlandırılması şeklindeki sonuç* karşısında, bir zarar doğmuşsa dahi (alacağın ödenmemesi vb) *salt bu nedenle tüzel kişiliğin hiçe sayılıp sayılmayacağıdır*[45]. "Tüzel kişiliğin" varlık nedeninin, kuruluş felsefesinin, sınırlı sermayeyle iş ve işlem yapmak; dolayısıyla da sorumluluğu sınırlandırmak olduğu gerçeği karşısında bütün bir tüzel kişilik kurumunun hiçe sayılabilmesi için ayrıca bir özelliğe yani kısaca hakkın *açıkça kötüye* kullanılmasına ihtiyaç duyulmaktadır[46]. Ayrıca, bir şirkete tek ortak olarak hâkim olmak hatta bir şirkete doğrudan veya dolaylı hâkimiyet, yasanın izin verdiği ve meşru kıldığı bir ilişkidir (TTK m.195 vd). Hâkim şirket ve yasanın deyimiyle "bağlı" şirket ilişkisi, yasanın çizdiği sınırları aşarsa yine hâkim şirketin sorumluluğu özel olarak düzenlenmiştir (TTK m.202). Bunun ötesinde, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması isteniyorsa o zaman perdenin kaldırılması koşullarının somut olayda gerçekleşmesi gerekmektedir[47].

Bir şirketin tek ortağını (tek ortaklı şirketlerde) yukarıda anılan sebeplerle, şirketin borcundan sorumlu kılmak, tek ortaklı şirketleri ve tüzel kişilik müessesesini yıpratmak anlamına gelmemesi için aranan *"hakkın apaçık kötüye kullanılması"* şeklindeki unsur vakıanın, somut olay bakımından talep sahibi alacaklı tarafından *art niyetli ve planlı hareket* olarak nitelendirilen durumlar açısından şüphesiz ki ispatı gerekecektir[48].

41 Ayrıca bkz Abuzer Kendigelen, *Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması' Hukuki Mütalâalar* C IX-2007 (Onikilevha 2012) 30 vd.

42 Yanlı (n 35) 42.

43 Mustafa Dural, **'**Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**'** iç *15. Yıl Sempozyumu* (Sermaye Piyasası Kurulu Yayını 1998) 100 vd; Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (Filiz 2020) 219 vd.

44 Serozan (n 34) 197.

45 Yanlı (n 35) 72; Sağlam (n 35) 154.

46 İbrahim Kaplan, 'Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları' (2009) 25(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 39.

47 Çamoğlu (n 32) 13.

48 Yıldırım Kamil, **'**Maddi Hukuk İcra Hukuku İlişkisi ve İptal Davalarından Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Korunma Sağlayan Enstrümanlar' iç Erol Ulusoy (ed), *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu* (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 2008)186.

Kurumun düşünsel temelleri ve pozitif hukuktaki karşılığı, TMK m.2/II hükmüyle açıklandıktan sonra öğretide, sorumluluğun teşmili bakımından somut olayda varlığı aranan durumlar şöylece sıralanmıştır:

a. hiçe sayılacak tüzel kişinin içinde bulunduğu öz kaynak yetersizliği;

b. yabancı yönetim durumunun varlığı;

c. perdenin kaldırılmasını haklı kılan son durum olarak, tüzel kişilik *perdesinin önündeki ve arkasındakilerin malvarlıklarının veya yaşam alanlarının birbirlerine ayrılamayacak kadar karışmasıdır*[49]. Bu karışma neticesinde, "perdenin kaldırılması", doğrudan ilgili ortağı değil; bu kimsenin yine ortağı olduğu ve hakimiyeti altında tuttuğu *şirket(ler)i* de sorumlu kılmak için işletilmektedir[50].

Yabancı yönetim ile kastedilen, bir tüzel kişiliğin kendi kararlarını özgürce alamadığı, ona bu kararın dayatıldığı başkasına *bağımlılık halidir*. O halde, dayatanın (hâkim kişinin) bu kararın mali sonuçlarından nemalandığı da aşikâr ise, tüzel kişiliğin arkasına saklanan o kişinin de sanki şahsen o işleme imza atmışçasına sorumlu olması, perdenin kaldırılarak sorumluluğun teşmilini caiz kılar.

Yargıtay kararlarında da benimsenen ve son yıllarda çeşitli kriterlerin de yerleşmiş olduğu görülen içtihatlar gerçek borçlunun bulunması ve görünürdeki tüzel kişinin yok sayılmasına, sorumluluğun ortağın bizatihi kendisine veya onu da hâkimiyetinde tutan üçüncü bir kişiye teşmili yönündedir[51]. Ancak hangi hallerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılabileceğine ilişkin kıstaslar doktrinde örnekseme yoluyla ileri sürülmüşse de, hakim her somut olayın özelliklerinde, tüzel kişiliği düzenleyen normların amacı dışında kullanılıp kullanılmadığına bakmalıdır[52]. Bu konuda Yargıtay da her somut olay için farklı değerlendirmeler yapma yoluna gitmiştir. Son olarak 01.07.2020 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında[53] iki şirket arasında tüzel kişilik perdelerinin çapraz kaldırılması ile davalı yeni kurulan şirketin, borç ödemekten aciz halinde bulunan diğer davalı şirketin borçlarından sorumlu olması yönündeki talep karşısında yaptığı değerlendirmede Yargıtay, yeni kurulan şirketin asıl borçlu şirketin aktif değerleri ile sektörde aynı alanda iştigal ettiği, asıl borçlunun gayri faal ve borçlarını ödeyemez durumda olduğunu; iki şirket arasında organik bağın ötesinde malvarlığı ve yönetimsel açıdan iktisadi bir bütünlüğün olduğunu ve

---

49 Yanlı (n 35) 237 vd.

50 Ayrıntısı için bkz. Selçuk Öztek ve Tekin Memiş, 'Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması' iç Erol Ulusoy (ed), *Tüzel kişilik Perdesinin Aralanması 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu* (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını İstanbul 2008) 209 vd.

51 Son yılların içtihat derlemesi için bkz Şahin Akıncı, 'Alacaklılardan Mal Kaçırmak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları' (2019) 27(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 652-678 dipnot 41-65; örnekler için bkz Öztek ve Memiş (n 50) 195 vd.

52 Akıncı (n 30) 662.

53 Yargıtay HGK 11-808/504, 1.7.2020 (www.e-uyar.com).

birbirinin devamı niteliğinde kurulduğunu gözetip, yeni şirketin, asıl borçlu davalı şirketin alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla kötüniyetle kurulduğunu kabul etmiştir. Bu kararda, Öztek/Memiş'e[54] atıf yapılarak özellikle altı çizilen husus, aynı isimlerin veya adreslerin kullanılması; benzer hissedarlık yapısı veya temsilcilerinin aynı olması gibi kesişmeler ile, 3. kişiler nezdinde ortak iktisadi ve yönetsel bütünlük izlenimi hatta ticari güçlü bir alt yapı izlenimi ile sanki tek bir şirketle iş yapılıyor algısı verilse bile somut olayın özellikleri içerisinde ve yine somut deliller ile bu kurulan teşekkülün ardında alacaklıların zarara uğratılması kastının varlığı ispatlandığı takdirde tüzel kişilikler göz ardı edilebilecektir.

Yargıtay tarafından kullanılan kriterleri deniz ticaretine de aynen tatbik etmek mümkündür. Her iki şirketin de benzer veya aynı ticari ünvanları veya amblemleri kullanması hatta bu durumun 3. kişiler nezdinde her iki şirketin de aynı kişilere ait olduğunun veya aynı yönetim anlayışı ile işletildiğinin izleniminin verilmesi, bunların grup şirketler olduğunu dış dünyaya göstermek üzere müşterek kullanılan sair işaret veya pazarlama enstrümanları; her iki şirketin hâkim ortaklarının aynı kişiler olması; şirketlerin finansal sözleşmelerde birbirlerine kefil olması veya bir şirketin ortağının diğer şirkete kefil olması yahut ortak olarak gözükmeyen hâkim kişinin bu şirketlerin kredi sözleşmelerinde kefil olması gibi ortak bir finansal yönetimin bulunduğunun çeşitli emareleri, uyuşmazlık konusu deniz alacağı özelinde *bir bütün olarak değerlendirildiğinde*, şirketler arasında tek bir ekonomik bütünlüğün var olduğu ve yönetimsel özdeşlik bulunduğu yönünde kuvvetli algı oluşturabilir.

Bu gibi durumlarda, 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin madde 3(2) hükmünün (Türk Ticaret Kanunu'nun madde 1369 fıkra 2 hükmü) tarihsel yorumu neticesinde, bağlantılı geminin ihtiyati haczinin yasaklanmadığı ve tüzel kişilik duvarının aşılması bakımından gereken şartların *lex fori*'ye tabi olduğu düşünülmeli ve hakimin hukukunun Türk hukuku olması durumunda da deniz alacağından sorumlu olan şirketin tüzel kişilik savunması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise Türk Medeni Kanunu'nun 2 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmünün alt yapısı ile tüzel kişilik perdeleri kaldırıldığında bulunacak bağlantılı gemilerin de ihtiyati haczinin mümkün olduğu sonucuna varmak gerekir.

Sonuç

1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin madde 3(2) hükmü, *"üzerinde deniz alacağı doğmuş gemiden başka bir geminin ihtiyati haczini"* düzenlerken sadece "kardeş gemi" olarak uluslararası literatürde anılan gemilerin ihtiyati haczini metne dâhil etmiş; metindeki kriterlere göre kardeş gemi olma şartını taşımayan "bağlantılı gemi"yi metin içerisinde ayrıca anmamıştır.

[54] Öztek ve Memiş (n 50) 210.

Çalışmada öncelikle, Milletlerarası Sözleşme hazırlayıcılarının, bu maddenin mevcut metni ile *yetinmek* zorunda kaldıkları, başka tüzel kişilikler altında saklanan ve deniz alacağından asıl sorumlu kişi ile bağlantılı olan sair gemileri de hükmün kapsamına alma ihtiyacı konusunda büyük oranda birlik olunmuşsa da her hukuk sisteminde aynı anlama gelebilecek nitelikte kavramlar üzerinde uzlaşı sağlanamadığı tespit edilmiştir. Deniz alacaklılarından mal kaçırma saiki ile değişik tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan gemilerin, ardına saklandıkları tüzel kişiliklerden gün yüzüne çıkartılıp ihtiyati haczini mümkün kılmaya yönelik bir metin üzerinde fikir birliğine varılamaması sebebiyle, Milletlerarası Sözleşme hazırlayıcılarının anılan maddede, kardeş gemi statüsünün, bağlantılı gemileri de içine alacak şekilde yeniden düzenlenmeyişi *"bilinçli bir boşluk"* olarak kabul edilmelidir. Bunun anlamı, 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmeyi uygulayan devletin yargı makamının hukukunda (*lex fori),* tüzel kişiliğin aşılması ve gerçek borçlunun bulunarak ona ait malvarlığına da icra yoluyla el uzatılabileceği pozitif hukuk normu veya içtihat hukuku olarak kabul edilmiş ise o çerçevede madde 3(2) hükmünün genişlediğini ve kapsamına bağlantılı gemileri de aldığı sonucuna varmak gerekecektir. Bu anlamda, hükümde geçen *"aitlik ve malik olma"* kavramlarının içeriği, taraf devletin iç hukukunun perdeyi kaldırma teorisini uyguladığı çerçevede şekillenecek, *"malik olmaksızın hakim olma, kontrolü altında tutma"* gibi yan kavramlarla dallanacaktır. Hazırlık çalışmalarından dolayısıyla da metnin tarihsel yorumundan net bir şekilde ortaya çıkan durum, madde 3(2) hükmünün yazılması sürecinin sonunda, anılan o dalların budanmamış ve o dallardaki meyvelerden isteyen taraf devletin faydalanabilmesi yönünde yargıya örtülü yetkinin verilmiş olmasıdır.

Türk Ticaret Kanunu madde 1369(2) hükmüne bu düzenleme, Milletlerarası Sözleşmeye henüz taraf olmamışken aktarıldığında, kanun koyucu hükmün bu tarihsel geçmişinin farkındadır. Kanun koyucu, 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin lafzına *"sıkı sıkıya bağlı kalınarak"* 1369 uncu maddenin ikinci fıkrasına hükmün alındığına yönelik bir iradesinin bulunduğunu madde gerekçesine özel olarak aktarmadığına göre, şu an için 1999 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin uygulama alanına girmeyen bir ihtiyati haciz talebi bakımından, hakimin madde 1369(2) hükmünün lafzı ile bağlı kalması doğru değildir. Burada Milletlerarası Sözleşme kaynaklı bir bilinçli boşluğun bulunduğunun göz önünde bulundurulması gerekir ve tüzel kişilik perdesinin aşılması yolunda yerleşen içtihatlara göre *gerçek borçlunun* tespiti ve *onunla* "bağlantılı" görülen her geminin ihtiyaten haczinin mümkün olduğu sonucuna varılabilir.

Böylelikle, deniz alacağından sorumlu (A) şirketine ait (a) gemisinin yanı sıra, bu şirkete hâkim olan (B) şirketinin veya (B) gerçek kişisinin (b) gemisi ile (B)'nin kontrolü altındaki (C), (D) ve (E) şirketlerine ait (c), (d) ve (e) gemileri de *gerçek borçlu* (B) ile "*bağlantılı*" olarak -TTK madde 1369(2) hükmü kapsamında- ihtiyaten haczedilebilecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.
Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliography/Bibliyografya

Akıncı Ş, *'Alacaklılardan Mal Kaçırmak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları'* (2019) 27(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 651-678

Akıncı Z, *Karayolu İle Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR* (Seçkin 1999)

Antalya G, *'Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi'* Erol Ulusoy (ed), *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu* (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını İstanbul 2008) 143-152

Antalya G, *Hukuk Metodolojisi Cilt II* (Seçkin 2021)

Atamer K, *Deniz Ticaret Hukuku C.IV* (2nci Bası, Onikilevha 2019)

Berlingieri F, *Berlingieri On Arrest of Ships Volume II A Commentary on the 1999 Arrest Convention* (6th Edition, Informa Law 2017)

Davies M, *'The Future of Ship Arrest'* iç Paul Myburgh (ed.), *The Arrest Conventions International Enforcement of Maritime Claims* (Hart 2019)

Demir A, *Hukuk Metodolojisi* (Astana, 2016)

Dural M ve Öğüz T, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku* (Filiz 2020)

Dural M, **'***Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması***'** iç *15. Yıl Sempozyumu* (Sermaye Piyasası Kurulu Yayını 1998) 97-107

Gözler K, *Hukuka Giriş* (Ekin 2021)

Güneş A.M, *Hukuk Metodolojisi* (Ekin 2021)

Kamil Y, **'***Maddi Hukuk İcra Hukuku İlişkisi ve İptal Davalarından Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Korunma Sağlayan Enstrümanlar'* iç Erol Ulusoy (ed), *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu* (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 2008) 173-193

Kaplan İ, *'Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları'* (2009) 25(4) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 37-46

Kendigelen A, *Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması' Hukuki Mütalâalar* C IX-2007 (Onikilevha 2012)

Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler* (15inci Bası, Filiz 2015)

Öztek S ve Memiş T, *'Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması'* iç Erol Ulusoy (ed), *Tüzel kişilik Perdesinin Aralanması 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu* (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını İstanbul 2008) 195-216

Sağlam İ, *'Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış'* iç Erol Ulusoy (ed), *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması 1. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu* (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını İstanbul 2008) 153-161

Serozan R, *Medeni Hukuka Giriş* (2nci Bası, Vedat 2008)

Sözer AN, *Hukukta Yöntembilim* (7nci Baskı, Beta 2020)

Tetley W, *'Arrest, Attachment and Related Maritime Law Procedures'* (1999) 73 Tul L Rev 1895-1985

Tetley W, *Maritime Liens and Claims* (2nd Edition, Blais 1998)

Thomas R, *'Ship, 'Arrest-Issues of Availability, Fairness and Proportionality'* iç Paul Myburgh (ed.), *The Arrest Conventions International Enforcement of Maritime Claims* (Hart 2019)

Yanlı V, *Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması* (Beta 2000)

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası, 79 (4), 1127-1167

DOI: 10.26650/mecmua.2021.79.4.0002
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 02.04.2021
Kabul: 24.11.2021

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Hâkimin Karar Verirken Bilimsel Görüşlerden Yararlanması (TMK m. 1/III)*

Fahri Erdem Kaşak**

Öz

Türk Medenî Kanunu (TMK) m. 1/III hükmü gereğince hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden yararlanır. İsviçre hukukundaki kanunlaştırma çalışmaları incelendiğinde bilimsel görüşlerin, öncelikle hukuk kaynaklarından biri olarak formüle edildiği görülmektedir. Nitekim İsviçre Medenî Kanunu Ön Tasarısı (1900) ile Tasarısı (1904), kanunda veya örf ve âdet hukukunda somut meseleye uygulanabilecek bir hüküm bulunmaması hâlinde hâkimin bilimsel görüşlere göre karar vereceğini düzenlemiştir. Buna rağmen redaksiyon komisyonunda hüküm, ciddi biçimde değiştirilerek bilimsel görüşler, hukuk kaynakları arasından çıkarılmış ve yardımcı araç mertebesine indirilmiştir. Böylece hem İsviçre Medenî Kanunu'nda hem TMK'de bilimsel görüşler, sadece hâkimin karar verirken istifade ettiği yardımcı araçlardan biri olarak düzenlenmiştir. Her ne kadar TMK m. 1 hükmünde sadece bilimsel görüşlerden bahsedilmişse de mehaz düzenlemeden hareketle hükümde kastedilenin teyit edilmiş bilimsel görüşler olduğu kabul edilmektedir. Öte yandan bilimsel görüşün hangi özellikleri haiz olması hâlinde teyit edilmiş sayılacağı kanun koyucu tarafından düzenlenmemiş ve bunun tayini öğretiye bırakılmıştır. Bilimsel görüşün öğretide hâkim olması, bilimsel görüşü savunanların yüksek itibara sahip olması veya bilimsel görüşün köklü olması, tek başına onun teyit edilmiş olduğu anlamına gelmez. Bununla birlikte anılan özellikleri taşıması, bilimsel görüşün teyit edilmiş olduğu hususunda emare teşkil eder. Bilimsel görüşün teyit edilmiş sayılması için maddî açıdan haklı, isabetli gerekçelere sahip, güvenilir, tutarlı ve somut olay bakımından ikna edici olması gerekir. Hâkimin karar verirken o konuyla ilgili bilimsel görüşleri tartışması ve bir bilimsel görüşü neden benimsediğini veya esas almadığını izah etmesi gerekir. Bu husus, mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğuyla desteklenebilir. Ancak hâkimin karar verirken bilimsel görüşleri dikkate almaması, TMK m. 1/III hükmünde açık bir yaptırıma bağlanmamıştır.

Anahtar Kelimeler

Bilimsel Görüş, Bilimsel Görüşlerin Bağlayıcılığı, Hukukun Yardımcı Kaynağı, Hâkimin Karar Vermesi, Kararın Gerekçesi

Judge's Authority to Consider Established Doctrine when Making Rulings (Art. 1/III TCC)

Abstract

According to Art. 1/III Turkish Civil Code (TCC), a judge may make use of scientific views while ruling on a case to which they might apply. When we examine the codification of Swiss law, it is clear that scientific views are deemed to be among the sources of law. Therefore, the Preliminary Draft (1900) and the Draft (1904) of the Swiss Civil Code mandated that where there is no applicable provision in the law or customary law that relates to the issue at hand, the judge may rule based on prevailing scientific views. However, the provision was severely amended in the drafting committee, where scientific views were removed from the acceptable sources of law and reduced to the level of auxiliary means of finding the law. Thus, in both the Swiss Civil Code and TCC, scientific views are simply regarded as one of a number of auxiliary means that the judge may make use of when ruling on a given case. Although only scientific views are explicitly mentioned in Art. 1/III TCC, it is generally accepted that what the provision calls for is the acceptance of established doctrine, particularly with

* Ich bin Prof. Dr. iur. Dr. sc. techn. ETH Fritz Dolder, Universität Basel, Schweiz, für wertvolle Hilfe und Hinweise freundschaftlich verpflichtet.

** **Sorumlu Yazar:** Fahri Erdem Kaşak (Dr. Öğr. Üyesi), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye E-posta: fahri.kasak@hbv.edu.tr ORCID: 0000-0001-5103-4866

Atıf: Kasak FE, "Hâkimin Karar Verirken Bilimsel Görüşlerden Yararlanması (TMK m. 1/III)" (2021) 79(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1127. https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.4.0002

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

reference to source regulation. However, the section does not set forth the requirements that a scientific view must meet in order to be viewed as established. The prevalence of the scientific view, the high reputation of its adherents, or the fact that the scientific view is long established are not solely sufficient cause to confirm that a given scientific view is to be respected as established doctrine. However, these features of a scientific view can constitute an indication of its eligibility to be considered established doctrine. In essence, to be deemed an established doctrine, a scientific view must be materially correct, accurately reasoned, reliable, consistent, and convincing in the context of the given case. While ruling on a case in which a scientific view is at issue, the judge should highlight the scientific views on that subject and then elucidate why he/she adopted or did not adopt a particular scientific view. This discussion can be supported by the requirement that court decisions must be reasoned. However, there appears to be no explicit sanction in Art. 1/III TCC for the case where a judge declines to consider scientific views while ruling.

Keywords
Established Doctrine, Bindingness of Scientific Views, Auxiliary Source of Law, Judge's Ruling on, Justification of Decision

Extended Summary

According to Art. 1/III Turkish Civil Code (TCC), a judge may make use of scientific views while ruling on a case to which they might apply. When we examine the codification of Swiss law, it is clear that scientific views are deemed to be sources of law. Therefore, the Preliminary Draft (1900) and the Draft (1904) of the Swiss Civil Code mandates that where there is no applicable provision in the law or customary law that relates to the issue at hand, the judge may rule based on prevailing scientific views. As stated by Art. 1/II of the Preliminary Draft (1900) and the Draft (1904) of the Swiss Civil Code, scientific views are among the sources of law, although more precisely in the third rank of acceptable sources. In other words, the judge must first search for an applicable provision in the statutory law. In the absence of such a provision, the judge must investigate customary law. If again, there is no such custom relevant to the case at issue, the judge may rule in a manner consistent with scientific views. In a case where there is no pertinent scientific view, the judge decides in accordance with procedures that would be applicable to the legislature. However, the provision permitting this was severely amended in the drafting committee in 1907, where scientific views were removed from the acceptable sources of law and reduced to serving as an auxiliary means of finding the law. Thus, in both the Swiss Civil Code and TCC, scientific views are simply regarded as one of a number of auxiliary means that the judge may make use of when ruling on a given case.

Although only scientific views are mentioned in Art. 1/III TCC, it is accepted that what is actually intended by the provision is the use of established scientific doctrine. However, no guidance is provided for the characteristics required for a scientific view to be deemed an established doctrine. The legislature did not address the issue, and the resolution remains open. The prevalence of the scientific view, the high reputation of its adherents, or the fact that the scientific view is long established are not solely sufficient cause to confirm that a given scientific view is to be considered established doctrine. However, these features of a scientific view can comprise an indication

of its eligibility to be considered established doctrine. In essence, to be deemed an established doctrine, a scientific view must be materially correct, accurately reasoned, reliable, consistent, and convincing in the context of the given case. While ruling on a case in which a scientific view is at issue, the judge should highlight the scientific views on that subject and then elucidate why he/she adopted or did not adopt a particular scientific view. This discussion can be supported by the requirement that court decisions must include reasoning. However, there appears to be no explicit sanction in Art. 1/III TCC for the case where a judge declines to consider scientific views while ruling. In conclusion, the judge cannot ignore the relevant scientific views while issuing a ruling, but also cannot be content with merely citing the scientific views or only learning the established doctrine and following it.

Conversely, he/she must examine and evaluate scientific views critically. Thus, the judge will ultimately decide which of the scientific views is regarded as established doctrine. This inference can be supported by the requirement that court decisions must be supported by reasoning. According to Art. 141/III of Turkish Constitution, any court decision must be reasoned. In addition, Art. 297/I/c Turkish Civil Procedure Code lists reasoning as one of the elements of a decision. Since there is no explicit sanction in Art. 1/III TCC for a judge that does not consider established doctrine while forming an opinion, the accepted viewpoint is that Art. 1/III TCC comprises *lex imperfectae*. However, if the judge were to make a wrong decision owing to his/her disregard of scientific views, such a decision would most likely be reversed by the court of appeal. On the contrary, if the decision were correct in the end, it would not be reversed because only established scientific doctrine is not considered or a scientific view is considered to be established doctrine.

Giriş

Türk Medenî Kanunu (TMK) m. 1 hükmünün birinci ve ikinci fıkraları, hukuk kaynaklarının sırasını düzenlemiştir[1]. Anılan sıraya göre hâkim; TMK m. 1/I hükmü gereğince öncelikle kanun hükümlerini uygular[2]. Kanunda somut uyuşmazlığa uygulanabilir bir hüküm bulunmuyorsa, yani kanun boşluğu söz konusuysa TMK m. 1/II düzenlemesi kapsamında ikinci sırada gelen örf ve âdet hukukuna başvurur[3]. Hukuk boşluğu hâlinde hâkim, yine aynı fıkra çerçevesinde üçüncü sıraya geçer ve kendisi kanun koyucu olsaydı (*modo legislatoris*) nasıl bir hüküm koyacak idiyse ona göre karar verir[4]. Anılan düzenlemeye göre; kanun ilk, örf ve âdet hukuku ikinci, kanun koyucu gibi hareket ederek kural koyma faaliyeti ise üçüncü sırada yer almaktadır[5]. Bu bağlamda bir üst sırada uygulanabilir bir hüküm mevcutsa hâkimin alt sırada yer alan kaynağa başvurabilmesi mümkün değildir. Örneğin; somut olaya

1 Patrick Middendorf and Beatrice Grob, 'Art 1' in Peter Breitschmid and Alexandra Jungo (eds), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB inkl. Partnerschaftsgesetz* (3rd edn, Schulthess 2016) Art 1 N 2; Eugen Huber, 'Erläuterungen' in Markus Reber and Christoph Hurni (eds), *Berner Kommentar Materialen zum Zivilgesetzbuch Band II Die Erläuterungen von Eugen Huber Text des Vorentwurfs von 1900* (Stämpfli 2017) 38.

2 Huber, Erläuterungen (n 1) 38; Eugen Huber, *Bewährte Lehre* (2nd edn, KJ Wyss Erben 1925) 42; David Dürr, 'Vorbemerkungen zu Art 1-4 ZGB, Art 1, 4' in Peter Gauch and Jörg Schmid (eds), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung Art 1-7 ZGB* (3rd edn, Schulthess 1998) Vorbemerkungen zu Art 1-4 ZGB N 24; Monika Pfaffinger, 'Art 1' in Andrea Büchler and Dominique Jakob (eds), *Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (2nd edn, Helbing Lichtenhahn 2018) Art 1 N 1; Middendorf and Grob (n 1) Art 1 N 1, 4; Ivo Schwander, 'Art 1' in Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz and Roland Fankhauser (eds), *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (3rd edn, Orell Füssli 2016) Art 1 N 2; Heinrich Honsell, 'Art 1' in Thomas Geiser and Christiana Fountoulakis (eds), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1–456 ZGB* (6th edn, Helbing Lichtenhahn 2018) Art 1 N 1. Hükümde geçen "*kanun*" ibaresinin, maddî (geniş) anlamda kanun şeklinde anlaşılacağı yönünde bkz Dürr (n 2) Art 1 N 13; Schwander (n 2) Art 1 N 3, 4. Sadece özel hukuk değil, kamu hukuku düzenlemelerinin de bu bağlamda TMK m. 1 hükmünün kapsamına girdiği yönünde bkz Middendorf and Grob (n 1) Art 1 N 5.

3 Huber, Erläuterungen (n 1) 38; Huber, Lehre (n 2) 42; Honsell (n 2) Art 1 N 20; Dürr (n 2) Vorbemerkungen zu Art 1-4 ZGB N 27; Pfaffinger (n 2) Art 1 N 7; Middendorf and Grob (n 1) Art 1 N 1, 10; Schwander (n 2) Art 1 N 2, 4; Susan Emmenegger and Axel Tschentscher, 'Art 1' in Heinz Hausheer and Hans Peter Walter (eds), *Berner Kommentar Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Schweizerisches Zivilgesetzbuch Einleitung und Personenrecht Band I Einleitung und Personenrecht 1. Abteilung Einleitung Artikel 1-9 ZGB* (Stämpfli 2012) Art 1 N 417; Heinz Hausheer and Manuel Jaun, *Stämpflis Handkommentar Die Einleitungsartikel des ZGB Art. 1-10 ZGB* (Stämpfli 2003) Art 1 N 31; Ernst Kramer, *Juristische Methodenlehre* (6th edn, Stämpfli 2019) 227. Art. 1 ZGB hükmünün, hukuk sisteminin boşluk içerdiğini açıkça kabul ettiği yönünde bkz Eugen Ehrlich, 'Die "bewährte Lehre und Überlieferung" (Art. 1 ZGB)' (1920) 16(14) SJZ 225, 225; Andreas Bertalan Schwarz, *Medenî Hukuka Giriş* (Hıfzı Veldet Velidedeoğlu tr, Üniversite 1942) 70; Hüseyin Cahit Oğuzoğlu, *Medenî Hukuk I Şahsın Hukuku* (5. Bası, Yeni Desen 1963) 147. Uygulanabilmesi için gerekli unsurların bir arada bulunmasının zor olmasına ve bilhassa günümüzde uygulanma imkânının azalmasına bağlı olarak örf ve âdet hukukunun önemini yitirdiği yönünde bkz Eugen Bucher, 'Rechtsüberlieferung und heutiges Recht' (2000) 8(3) ZeuP 394, 433; Honsell (n 2) Art 1 N 21; Schwander (n 2) Art 1 N 3; Dürr (n 2) Vorbemerkungen zu Art 1-4 ZGB N 28; Dürr (n 2) Art 1 N 466. Örf ve âdet hukukuna ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz Béguelin, Michel, Das Gewohnheitsrecht in der Praxis des Bundesgerichts, Verlag Herbert & Cie Lang AG, Bern 1968.

4 Huber, Erläuterungen (n 1) 38; Kramer (n 3) 227; Honsell (n 2) Art 1 N 34; Dürr (n 2) Vorbemerkungen zu Art 1-4 ZGB N 29; Dürr (n 2) Art 1 N 359, 443; Pfaffinger (n 2) Art 1 N 8; Middendorf and Grob (n 1) Art 1 N 1, 12; Schwander (n 2) Art 1 N 2, 4, 8; Bettina Hürlimann-Kaup and Jörg Schmid, *Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht* (3rd edn, Schulthess 2016) N 200 ff; Bülent Köprülü, *Medeni Hukuk Genel Prensipler Kişinin Hukuku* (2. Bası, Acar 1984) 120-121; BGE 126 III 138 E 4; BGE 125 III 156 E 3a. Hâkimin kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar vermesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz Giovanni Biaggini, *Verfassung und Richterrecht: Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung* (Helbing Lichtenhahn 1991). *Modo legislatoris* uygulamasının, Aristo'nun "*Nikomakhos'a Etik*" adlı eserinde yer alan bir hikâyede de mevcut olduğu yönünde bkz Honsell (n 2) Art 1 N 5; Kramer (n 3) 278 dn 799. Söz konusu iddianın ispatlanamadığı ve hâkimin kanun koyucu gibi hareket etmesinin kökeninin net olarak tespit edilemediği yönünde bkz Arthur Meier-Hayoz, 'Art 1, 4' in Arthur Meier-Hayoz A (ed), *Berner Kommentar Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Band I Einleitung und Personenrecht Einleitung Artikel 1-10 ZGB* (Stämpfli 1966) Art 1 N 11.

5 Huber, Erläuterungen (n 1) 38; Pfaffinger (n 2) Art 1 N 1; Schwander (n 2) Art 1 N 2.

uygulanabilir kanun hükmü varsa hâkim, anılan kanun hükmünü uygulamak zorunda olup örf ve âdet hukukuna başvuramaz.

TMK m. 1/III hükmü ise hukukun kaynaklarından farklı bir hususu düzenlemiştir[6]. Gerçekten üçüncü fıkra, hâkimin hukuku uygularken dikkate alması gereken yardımcı araçlardan (*Hilfsmittel*) söz etmektedir[7]. Şu hâlde hâkim, TMK m. 1/I ve m. 1/II hükümleri gereğince karar verirken, bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır[8]. Hâkim, TMK m. 1/III düzenlemesi sebebiyle bilimsel görüşleri ve yargı kararlarını dikkate almak ve bunları değerlendirmek yükümlülüğü altındadır; fakat anılan üç hukuk kaynağının aksine bunları uygulamak zorunda değildir[9]. Bir başka ifadeyle hâkim; kararlarında, TMK m. 1/III hükmünde işaret edilmiş yardımcı araçları dikkate alarak gerekli hukukî tartışmayı yapmalıdır.

I. Hâkimin Karar Verirken Bilimsel Görüşlerden Yararlanmasının Tarihçesi

A. Tarihî Gelişim Aşamaları

Hukukun uygulanmasında bilim insanlarının görüşlerine başvurulmasının tarihi, oldukça eskiye dayanır[10]. Merkezî devletlerin ortaya çıkmadığı ve hukukun aslî kaynağını kanunların oluşturmadığı dönemlerde, bilimsel görüşlere atfedilen önem daha fazlaydı[11]. Hatta hukuk tarihinde bilimsel görüşlere doğrudan normatif bağlayıcılık tanınan dönemler de olmuştur. Doğu Roma İmparatoru II. Theodosius (401-450) ve Batı Roma İmparatoru III. Valentinianus (419-455) dönemlerinde çıkarılan ve *Lex Citationis* (*Zitiergesetz*) olarak da anılan 7 Kasım 426 tarihli Kanun[12],

---

6 Pfaffinger (n 2) Art 1 N 1; Schwander (n 2) Art 1 N 9.

7 Dürr (n 2) Art 1 N 184, 244, 246, 536; Pfaffinger (n 2) Art 1 N 1, 9; Schwander (n 2) Art 1 N 9; Zahit İmre, *Medenî Hukuka Giriş* (3. Bası, Fakülteler Matbaası 1980) 204.

8 Dürr (n 2) Art 1 N 450; Pfaffinger (n 2) Art 1 N 9; Middendorf and Grob (n 1) Art 1 N 1. Her ne kadar TMK m. 1/III hükmü, sadece bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından bahsetmişse de hâkimin karar verirken sadece bunlardan yararlanmayacağı ve ilaveten kendi subjektif anlayışını, değerlendirmesini ve somut olayın şartlarını da dikkate alacağı yönünde bkz Dürr (n 2) Art 1 N 537. Hâkimin yararlanabileceği diğer yardımcı araçlar (*Hilfsmittel*) hakkında açıklamalar için bkz Peter Forstmoser and Hans-Ueli Vogt, *Einführung in das Recht* (5th edn, Stämpfli 2012) § 16 N 69-101; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 271, 276-281; Sibylle Hofer and Stephanie Hrubesch-Millauer, *Einleitungsartikel und Personenrecht* (2nd edn, Stämpfli 2012) N 02.236-02.243; Arthur Meier-Hayoz, *Der Richter als Gesetzgeber, Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereiche der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches* (Juris 1951) 110-113.

9 Dürr (n 2) Art 1 N 448; Pfaffinger (n 2) Art 1 N 9; Hans Michael Riemer, *Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (2nd edn, Stämpfli 2003) § 4 N 159.

10 Bu hususta açıklamalar için bkz Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuk'a Giriş* (8. Bası, On İki Levha 2017) § 6 N 6. Bilimsel görüşlerin hâkim tarafından dikkate alınması hususunda beş farklı yaklaşım türünden söz edilebileceği yönündeki açıklamalar için bkz Meier-Hayoz, Richter (n 8) 101-102. İsviçre kanun koyucusunun bilimsel görüşlerin dikkate alınması bakımından orta yolu tercih ettiği, bilimsel görüşlerin ne göz ardı edilebileceği ne de hâkimi bağlayıcı kuvvetinin bulunduğu yönünde bkz Riemer (n 9) § 4 N 159.

11 Hatemi (n 10) § 6 N 6.

12 Codex Theodosianus 1, 4, 3.

bunun en güzel örneğidir[13]. Mezkûr Kanun ile Papinianus, Paulus, Gaius, Ulpianus ve Modestinus'un eserlerindeki görüşlere bağlayıcılık atfedilmiştir[14]. *Glossator* ve *postglossator* (*commentator*) dönemlerinde de bilim insanlarının ortak kanaatinin (*communis opinio doctorum*) geçerli olduğu söylenebilir[15].

Özellikle 18. yüzyılın sonlarından itibaren mutlak devletçiliğin etkisiyle, durumun tersine dönmeye başladığı söylenebilir[16]. Kazuistik bir kanun olan ve hâkimin kanun hükmünün anlamında şüpheye düşmesi hâlinde kanun komisyonuna hükmün gerçek anlamını sorarak buna göre karar vermekle yükümlü olduğunu düzenleyen 1794 tarihli Prusya Genel Kanunu (*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, *Corpus Iuris Fredericianum*), § 6 (*Einleitung*) hükmüyle bilimsel görüşlere dayanmayı açıkça yasaklamıştır[17]. Fransız Medenî Kanunu (*Code civil du 21 Mars 1804*) da kanun hükümlerine aşırı bağlı bir yapıya sahipti[18]. Avusturya kanun koyucusu da bilim insanlarının görüşlerine karşı benzer bir güvensizlik taşıyordu[19]. Bu yöndeki örneklerin çoğaltılabilmesi mümkündür[20].

---

[13] Max Kaser, *Römische Rechtsgeschichte* (2nd edn, Vandenhoeck & Ruprecht 1967) 230-231; Kramer (n 3) 287; Pascal Pichonnaz, 'İsviçre ve Roma Hukuku, Özet Halinde Bir Görünüş' (2014) 16 DEÜHFD: *Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan* (Nilgün Dinçer tr) 3149, 3152-3153; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 101 dn 2; Mehmet Üçer, *Roma Hukuku'na Giriş* (2. Bası, On İki Levha 2020) 91-92. Roma hukukunda *ius civile* kavramının, "*hukuk bilimi tarafından yaratılmış hukukçu hukuku*" ("*das von der Rechtswissenschaft geschaffene Juristenrecht*") anlamına geldiği yönünde bkz Ehrlich (n 3) 225.

[14] Kaser (n 13) 230-231, 238; Max Kaser and Rolf Knütel, *Römisches Privatrecht* (20th edn, Beck 2014) N 2.23; Kramer (n 3) 287; Pichonnaz (n 13) 3152-3153; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 445; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 101 dn 2; Üçer (n 13) 92-93. krş Şafak Narbay ve İbrahim Özbay, 'Türk Hukukunda Hukukî Mütalâanın Önemi ve Niteliği' (2005) 23(2) Batider 117, 121. Bu sebeple bahis konusu beş bilim insanının *Zitierjuristen* olarak anıldığı da belirtilmektedir. Anılan bilim insanlarının görüşlerinin farklı olması ihtimali de mezkûr Kanun'da öngörülmüştür. Anılan Kanun'un Latince metni ve Türkçe tercümesi için bkz Pichonnaz (n 13) 3152-3153. Ayrıca bkz Üçer (n 13) 92-93. Öte yandan farklı gerekçeleri bulunsa da I. Iustinianus (482-565)'un *Corpus Iuris Civilis*'in şerh edilmesini yasakladığı da bilinmektedir. Bu hususta bkz Ernst Höhn, 'Wie grau ist die Theorie?' (1994) 3(4) AjP 411, 416; Kaser (n 13) 270-271; Ferit Hakkı Saymen, *Türk Medenî Hukuku, Cilt I Umumî Prensipler* (3. Bası, Hak 1960) 117; Schwarz (n 3) 70. Anılan yasağın sadece Digesta'ya ilişkin olduğu hakkında bkz Kaser (n 13) 270-271.

[15] Kramer (n 3) 287. Roma hukukuna dair açıklamalar için bkz Ehrlich (n 3) 225. İslam, eski Alman ve İngiliz hukuklarında da benzer bir görünümün bulunduğu yönünde bkz Ehrlich (n 3) 225.

[16] Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 440; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 482. Kanaatimizce siyasî birliğini geç temin edebilmesinin de etkisiyle Alman hukukundaki ayrıksı duruma dikkat etmek gerekir. BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896*)'nin henüz hazırlanmadığı 19. yüzyılda, Almanya'nın büyük bir kısmında hukuk düzeninin bilim insanları (*Rechtshonoratioren*) ve profesör hukuku (*Professorenrecht*) tarafından şekillendirildiğinin söylenebileceği yönünde bkz Kramer (n 3) 287-288.

[17] Hans Reichel, 'Zu den Einleitungsartikeln des Schweizerischen Zivilgesetzbuches' in Edgar Tatarin-Tarnheyden (ed), *Festgabe für Rudolf Stammler zum 70. Geburtstage am 19. Februar 1926* (Walter de Gruyter 1926) 281, 346; Kramer (n 3) 287 dn 838; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 450; Arthur Meier-Hayoz and Reto Ruoss, *Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (3rd edn, Schulthess 1979) 95; Schwarz (n 3) 49, 70; Saymen (n 14) 105, 117. Bahis konusu hüküm "*Auf Meinungen der Rechtslehrer, oder ältere Aussprüche der Richter, soll, bey künftigen Entscheidungen, keine Rücksicht genommen werden.*" şeklindeydi. Anılan yükümlülük §§ 47-48 (*Einleitung*) hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu bakımdan krş Schwarz (n 3) 49.

[18] Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 95, 102. Fransız Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden bir yıl sonra anılan Kanun'a ilişkin ilk şerh yayımlandığında Napoléon'un "*Mon code est perdu!*" şeklinde tepki verdiği yönünde bkz Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 95; Schwarz (n 3) 70.

[19] Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 95. Kanaatimizce anılan güvensizlik "*Nur dem Gesetzgeber steht die Macht zu, ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären.*" şeklindeki § 8 ABGB (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich vom 1. Juni 1811*) hükmünde somutlaşmıştır.

[20] İtalyan Medenî Usûl Kanunu (*Codice di procedura civile, Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443*)'ndaki yasak hakkında bkz Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 482 dn 1165. Anılan Kanun'un Art. 132/IV düzenlemesi çerçevesinde hükmün gerekçesini teşkil eden maddî ve hukukî sebeplere hükümde mutlaka yer verilmelidir. Bu esnada bilim insanlarına hiçbir şekilde atıf yapılmaması gerektiği ise Art. 118/III Medenî Usûl Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Hükümler ve İntikal Hükümleri *(Disposizioni per l'attuazione del Codice di procedura civile e disposizioni transitorie*, *Regio Decreto 18 dicembre 1941, n. 1368)* ile düzenlenmiştir.

Çağdaş zamanlarda modern kanunlaştırma hareketleri sayesinde bu durumun değiştiği söylenebilir[21]. Örneğin; İsviçre Medenî Kanunu (ZGB, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907*) öncesinde pek çok İsviçre kantonu, hâkimin karar verirken hukukun genel ilkeleri (*allgemeine Rechtsgrundsätze*), bilim (*Wissenschaft*), hakkaniyet (*Billigkeit*) ya da istikrârlı hukuk uygulaması (*konstante Praxis in der Rechtsübung*) gibi hususları göz önünde tutacağını düzenlemiştir[22]. Bu bakımdan İsviçre kanun koyucusunun, Art. 1/III ZGB hükmüyle "*bilimsel görüşlere*" yardımcı kaynak payesi vermesi esaslı bir yenilik olarak değerlendirilemez[23].

B. İsviçre Hukukunda

TMK m. 1/III hükmünü layıkıyla anlamlandırabilmek için mehaz Kanun'daki hükmün tarihî gelişiminden başlayarak meseleyi ele almakta fayda vardır. 1907 tarihli ZGB'nin kabulünden önce, 1900 yılında ön tasarı ve 1904 yılında tasarı hazırlanmıştır. Bilimsel görüşler, anılan tasarılarda hukuk kaynağı olarak düzenlenmişken sonradan yardımcı araç olarak tahvil edilmiştir.

[21] Schwarz (n 3) 50. Farklı bir dinamiği olan İngiliz hukukunda, her ne kadar normatif bağlayıcılığı bulunmasa da bilimsel otoritelerin eserleri (*books of authority*) mahkeme kararları üzerinde hâlen belirgin etki doğurmaktadır. Bu hususta bkz Kramer (n 3) 288; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 445; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 107. Anılan eserlerin hâkimi bağlayıcı etkisinin bulunduğu yönünde bkz Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 445; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 101 dn 2. İngiliz hukukunda 1966 yılında Lordlar Kamarası tarafından yayımlanan "*Practice Statement*" ([1966] 1 W.L.R. 1234) ile bu durumun değiştiği doğrultusunda bkz Kramer (n 3) 324 dn 964. İskoç hukukunda da benzer şekilde "*institutional writers*" kavramının kullanıldığı hususunda bkz Kramer (n 3) 288.

[22] Jörg Schmid, 'Was ist bewährte Lehre? Überlegungen zu Art. 1 Abs. 3 ZGB' Jörg Schmid (ed), *Hommage für Peter Gauch* (Schulthess 2016) 191, 194; Eugen Huber, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes Erster Band* (C. Detloff's 1886) 65 ff. Hâkimin, kararının gerekçesi olarak bilimsel görüşleri dikkate alamayacağı yönündeki Aargau Medenî Kanunu [*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für den Kanton Aargau (1847/56)*] § 14 hükmü, bu bakımdan istisnadır. Bu doğrultuda bkz Meier-Hayoz, Richter (n 8) 101 dn 1; Schmid (n 22) 194 dn 16; Kramer (n 3) 289; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 482 Anm. 1164; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 95; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 450. Anılan hüküm "*Kein Gericht darf, um das gegenwärtige Gesetzbuch auszulegen oder zu ergänzen, ein fremdes Gesetz oder die Meinung von Rechtsgelehrten als Entscheidungsgrund in sein Urteil aufzunehmen.*" şeklindedir. Zürih Özel Kanunu (*Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich von 1854*) da bilimsel görüşlere karşı yabancıdır. Bu hususta bkz Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 95.

[23] İsviçre kanun koyucusu, Art. 7/I Seeschifffahrtsgesetz (*Bundesgesetz über die Seeschifffahrt unter der Schweizer Flagge vom 23. September 1953*) hükmüyle de deniz taşımacılığı alanında bilimsel görüşleri yardımcı araç olarak kabul etmiştir. Bu hususta bkz Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 422, 433; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 222; Schmid (n 22) 191 dn 3.

1. Ön Tasarıda

1900 yılında yayımlanan ZGB ön tasarısında[24] Art. 1 hükmü[25]; hâkimin öncelikle kanuna, kanunda hüküm bulunmaması hâlinde örf ve âdet hukukuna, orada da hüküm bulunmaması hâlinde ise bilimsel görüşlere ve yargı kararlarına göre karar vereceğini düzenlemişti[26]. Ancak burada da somut olaya uygulanabilir bir hüküm bulunmazsa hâkim, kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir hüküm tesis edecek idiyse ona göre kararını verirdi[27]. Kısacası ön tasarı; bilimsel görüşleri ve yargı kararlarını, aslî hukuk kaynağı olarak konumlandırmıştır[28]. Hâkim, öncelikle kanun hükümlerini, sonrasında ise örf ve âdet hukukunu dikkate almak zorunda olduğu için ön tasarı düzenlemesinde bilimsel görüşlerin ikincil (yardımcı) hukuk kaynağı (*subsidiäre Rechtsquelle*) niteliğinde olduğu söylenebilir[29].

---

[24] Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 15.11.1900.

[25] Anılan hüküm için bkz Huber, Erläuterungen (n 1) 505; Reichel (n 17) 282; Max Gmür, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (Stämpfli 1908) 2-3; Dürr (n 2) Art 1 N 185; Schmid (n 22) 195; Marc Amstutz, 'Der Text des Gesetzes, Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB' (2007) 126(2) ZSR 233, 244:
¨*A. Die Herrschaft des Zivilrechts.*
I. Die Grundlagen der Rechtsprechung.
Das Zivilgesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Fehlt es in dem Gesetze an einer Bestimmung, so entscheidet der Richter nach dem Gewohnheitsrechte, und wo ein solches mangelt, nach bewährter Lehre und Überlieferung.
Kann er aus keiner dieser Quellen das Recht schöpfen, so hat er sein Urteil nach der Regel zu sprechen, die er als Gesetzgeber aufstellen würde."
Başlıkta geçen "*Zivilrechts*" ifadesi yerine "*Civilrechts*", hükümde geçen "*Zivilgesetz*" sözcüğü yerine ise "*Civilgesetz*" şeklindeki yazımın kullanılması için bkz Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 2; Bernhard Schnyder, 'Allgemeine Einleitung zu Art. 1-10 ZGB' in Peter Gauch and Jörg Schmid (eds), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Einleitung Art. 1-7 ZGB* (3rd edn, Schulthess 1998) N 70; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 4.

[26] Huber, Erläuterungen (n 1) 38; Schmid (n 22) 195; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 219a; Dürr (n 2) Art 1 N 185. Ön tasarının; Art. 2 düzenlemesini ise, örf ve âdet hukukuna hasretmek suretiyle ilk iki maddesinde, Art. 1 ZGB hükmünün düzenlediği hususları hükme bağladığı yönünde bkz Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 2-3.

[27] Huber, Erläuterungen (n 1) 38; Dürr (n 2) Art 1 N 185.

[28] Reichel (n 17) 282; August Egger, *İsviçre Medenî Kanunu Şerhi I. Cilt Giriş ve Kişinin Hukuku* (Volf Çernis tr, Yeni Cezaevi Basımevi 1947) Art 1 N 44; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 270 Anm. 306; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.207; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 219a; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 29; O Gökhan Antalya ve Murat Topuz, *Marmara Hukuk Yorumu Medeni Hukuk Cilt 1 Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri* (3. Bası, Seçkin 2019) N 1188 dn 229; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri* (15. Bası, Filiz 2020) N 897. Bu hususta ayrıca bkz Huber, Lehre (n 2) 29. Eugen Huber'in, mahkemelerin, kanundaki boşluklar karşısında bilimsel görüşleri dikkate alarak verecekleri kararlarda doğru yolu bulacağına inandığı yönünde bkz Bucher (n 3) 434. Ancak bu durumdan Huber'in, bilimsel görüşleri veya yargı kararlarını gerçekten ikincil hukuk kaynağı olarak kabul ettiği sonucunun da çıkarılamayacağı yönünde bkz Bucher (n 3) 434. Yargı kararlarına yapılan atfın, esasen ilk aşamada bilimsel görüşlere yapılan bir atıf anlamına geldiği; zira yargı kararlarının da bilimsel görüşlerin incelenmesi neticesinde verildiği yönünde bkz Bucher (n 3) 468-469.

[29] Reichel (n 17) 346; Amstutz (n 25) 245, 250; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 29; Schmid (n 22) 195. krş Ehrlich (n 3) 225.

2. Tasarıda

1904 yılında hazırlanan ZGB tasarısında[30] Art. 1 hükmü[31], esas itibarıyla ön tasarıdaki hükmü tekrarlamıştır[32]. Bununla birlikte maddenin kenar başlığı değiştirilmiş ve ifadeyi düzeltmek amacıyla hükümde çeşitli redaksiyonlar yapılmıştır[33]. Netice olarak anılan hükmün, bilimsel görüşleri ve yargı kararlarını ikincil hukuk kaynağı olarak muhafaza ettiği söylenebilir[34].

3. ZGB'de

Federal meclisler (*eidgenössische Räte*); 1904 tasarısındaki Art. 1 hükmünü aynen kabul etmiş[35] ve bilimsel görüşler ile yargı kararlarını, tıpkı ön tasarı ve tasarıdaki gibi ikincil hukuk kaynağı olarak düzenlemiştir[36].

Buna rağmen Eugen Huber ve Virgile Rossel'in de üyesi olduğu redaksiyon komisyonu, Eylül 1907'de bilimsel görüşlerin ve yargı kararlarının işlevini değiştirmiştir[37]. Redaksiyon komisyonunun kabul ettiği hüküm, "*Bewährte Lehre und Überlieferung beraten ihn (den Richter) bei der Auslegung und Anwendung des Gesetzes*." şeklindeydi[38]. Anılan değişiklik neticesinde hâkimin kanun koyucu gibi kural koyması ikinci fıkraya taşınmış, bilimsel görüşler ve yargı kararları ise

---

30 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 28. Mai 1904.

31 Anılan hüküm için bkz BBl 1904 IV 100; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 5; Schnyder (n 25) N 77; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 6; Dürr (n 2) Art 1 N 185:
"*A. Die Grundlagen der Rechtsprechung*
Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut und Auslegung eine Bestimmung enthält. Fehlt es an einer gesetzlichen Vorschrift, so entscheidet der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo ein solches nicht besteht, nach bewährter Lehre und Überlieferung.
K*ann er aus keiner dieser Quellen das Recht schöpfen, so fällt er sein Urteil nach der Regel, die er als Gesetzgeber aufstellen müsste.*"

32 Gmür (n 25) 3; Schnyder (n 25) N 83; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 3; Dürr (n 2) Art 1 N 185; Schmid (n 22) 195.

33 Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 5; Schmid (n 22) 195; Amstutz (n 25) 245. Ayrıca ön tasarıdaki Art. 2/II hükmünün, tasarı metnine alınmadığı hususunda bkz Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 5; Amstutz (n 25) 245.

34 Egger (n 28) Art 1 N 44; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 270 Anm. 306; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 219a; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.207; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 29; Schnyder (n 25) N 83; Schmid (n 22) 195; Amstutz (n 25) 250; Dural ve Sarı (n 28) N 897; Antalya ve Topuz (n 28) N 1188 dn 229; Huber, Erläuterungen (n 1) 38.

35 Dürr (n 2) Art 1 N 185; Amstutz (n 25) 246 dn 50; Amtliches stenographisches Bülletin der schweizerischen Bundesversammlung, vom 9. April 1907 114 ("*Als dritte Rechtsquelle nennt Art. 1 die bewährte Lehre und Überlieferung.*").

36 Schmid (n 22) 195; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.207; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 219a; Dürr (n 2) Art 1 N 185; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 8; Amstutz (n 25) 246 dn 50. Federal meclislerce (NR 16. November 1906, SR 9. April 1907) onaylanmış metin için bkz Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 8.

37 Dürr (n 2) Art 1 N 185, 536; Schmid (n 22) 195; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 10, 426; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 3, 30, 31; Schnyder (n 25) N 83. krş Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 219a. Mezkûr değişikliğin redaksiyon komisyonunda (BBl 1907 VI 367 ff) 20.11.1907 tarihinde yapıldığı yönünde bkz Amstutz (n 25) 246. Esasen Huber ve Rossel'in Abs. 3 için "*Er hat sich sowohl bei der Auslegung des Gesetzes als in der Rechtsanwendung von der bewährten Lehre und Überlieferung beraten zu lassen.*" düzenlemesini önerdiği; ancak redaksiyon komisyonunun, anılan metnin daha kısa hâlini benimsediği yönünde bkz Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 31. Anılan değişiklikten hareketle, redaksiyon komisyonuna son derece geniş özgürlük tanındığı yönünde bkz Gmür (n 25) 118 dn 2. Huber ve Rossel'in kanun çalışmalarında üstlendiği görevlerin ayrıntılı açıklaması için bkz Schmid (n 22) 195 dn 22; BBl 1907 VI 368-369.

38 Gmür (n 25) 118; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 426; Schmid (n 22) 195; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 31.

üçüncü fıkrada kendine yer bulabilmiştir[39]. Anılan değişikliğin sebebi, kanun yapma çalışmalarından net olarak anlaşılamamaktadır[40]. Bununla birlikte redaksiyon komisyonunun anlayışına göre Art. 1/III ZGB hükmünde önemli bir maddî değişiklik yapılmadığı da belirtilmektedir[41]. Zira ZGB'nin hazırlanması esnasında hukuk kaynağı kavramı tam olarak netleşmemiştir, özellikle hukukun aslî kaynakları ile yardımcı kaynakları arasındaki ayrım belirgin değildir[42].

Yapılan değişiklik ile bilimsel görüşler ve yargı kararları; kanun ile örf ve âdet hukukundan sonra gelen ikincil hukuk kaynağı niteliğini yitirmiş ve sadece hâkimin hukuku uygularken başvuracağı yardımcı araç (*Hilfsmittel*) hâline gelmiştir[43].

Art. 1 ZGB hükmü, anılan değişikliğe uygun olarak ve redaksiyon komisyonunun benimsediği metnin sadece ifadesi düzeltilerek yürürlüğe girmiştir[44]. Bu bağlamda

---

39 Gmür (n 25) 118; Schnyder (n 25) N 83; Dürr (n 2) Art 1 N 185, 536.

40 Schmid (n 22) 195-196; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 32. Parlementoda federal tasarıya yapılan eleştiriler sebebiyle anılan değişikliğin gerçekleştirildiği yönünde bkz Dürr (n 2) Art 1 N 185. Bununla birlikte pek çok yazar, bilim insanlarının görüşlerine ve yargı kararlarına aşırı bağlı kalınacağı kuşkusu ve hukukî güvenlik sebepleriyle hükmün değiştirildiğini belirtmektedir. Bu hususta bkz Schmid (n 22) 195-196; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 270 Anm. 306; Dural ve Sarı (n 28) N 897; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.207. Alman hukukunun, "*bewährte Lehre*" olarak İsviçre hukuk uygulaması üzerinde ciddi bir etki doğurmasından çekinildiği yönünde bkz Amtliches stenographisches Bülletin der schweizerischen Bundesversammlung, vom 19. November 1906, s. 1041; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 105. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin borçlar hukuku alanında verdiği kararlarında İsviçreli olmayan bilim insanlarının eserlerine yaptığı atıfların, tüm yazarlara yapılan atıflara oranı 1881-1890 arasında %80.5 iken zaman içerisinde sürekli bir azalma eğilimi göstermiş ve 2001-2005 arasında %4.9 olarak gerçekleşmiştir. Bu hususta veriler için bkz Frtiz Dolder and Mauro Buser, 'Zitieren geht über Studieren – Empirische Wanderungen im Grenzgebiet zwischen Rechtslehre und Rechtsprechung' in Josef Estermann (ed), *Interdisziplinäre Rechtsforschung zwischen Rechtswirklichkeit Rechtsanalyse und Rechtsgestaltung Beiträge zum Kongress 'Wie wirkt Recht?' Luzern 2008* (Stämpfli 2008) 193, 202.

41 Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 219a; Schmid (n 22) 196, 203; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 447; BBl 1907 IV 371 ("*Materielle Änderungen die im Widerspruch stehen würden mit den Beschlüssen der Bundesversammlung, hat hienach die Redaktionskommission nirgends vorgenommen. Sie hat sich in dieser Richtung strenge an ihre Aufgabe als Redaktionskommission gehalten.*"). Aksi görüşte bkz Amstutz (n 25) 250; Seyfullah Edis, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (6. Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi 1997) 224. Hatta günümüzde dahi hükümde önemli bir değişiklik yapılmadığı anlayışının egemen olduğu yönünde bkz Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 219a; Schmid (n 22) 196-197. Ayrıca bilimsel görüş ve mahkeme kararları bakımından hukuk kaynağı ile yardımcı araçlar arasında bir nitelik farkı olmadığı veya önemsiz bir fark bulunduğu yönünde bkz Dürr (n 2) Art 1 N 541-542; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 447; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 93.

42 Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 219a; Schmid (n 22) 196, 203; Huber, Lehre (n 2) 45-46. Eugen Huber; hukuk bilimini (*Rechtswissenschaft*) ve mahkeme uygulamasını (*Gerichtsgebrauch*), inceleme ve değerlendirmeye tâbi şartlı hukuk kaynakları (*bedingte Rechtsquelle*) arasında saymıştır. Bu hususta bkz Huber, Lehre (n 2) 53-54; Schmid (n 22) 196. krş Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 446; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 32. Huber'e göre bilimsel görüşlerin rolünün daha geniş olduğu hususunda bkz Franz Werro, 'Art 1' in Pascal Pichonnaz and Bénédict Foëx (eds), *Commentaire Romand Code Civil I Art. 1-359 CC* (Helbing Lichtenhahn 2010) Art 1 N 51. Art. 1 ZGB hükmü ile bilimsel görüşlerin (*Wissenschaft*), hukuk kaynağı mertebesine çıkarıldığı yönünde bkz Ehrlich (n 3) 225. Yazar, Eugen Huber'in bilimsel görüşlerin şartlı hukuk kaynağı ("*bedingte Rechtsquelle*") teşkil ettiği açıklamalarına gönderme yapmıştır. Kanaatimizce, anılan ifade de hukuk kaynağı kavramının -1920 yılında dahi- müphem ve yardımcı araçlar ile farkının net olarak ortaya konulmamış olduğunu göstermektedir.

43 Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 10, 445; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 270; Gmür (n 25) 118-119; Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid and Alexandra Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (14th edn, Schulthess 2015) § 5 N 39; Schnyder (n 25) N 83; Dürr (n 2) Art 1 N 185, 536; Forstmoser and Vogt (n 8) § 2 N 139, § 5 N 19, § 15 N 168, § 16 N 4; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 218, 231; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.206; Selâhattin Sulhi Tekinay, *Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku* (6. Bası, Filiz 1992) 78; Edis (n 41) 222 dn 1; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 30; Peter Gauch, 'Was zählt, ist einzig, was man gerade weiss - Gedanken zur Gesetzgebung, zur Rechtsprechung und zu den Parteien' in Alexandra Rumo-Jungo, Pascal Pichonnaz, Bettina Hürlimann-Kaup and Christiana Fountoulakis (eds), *Une empreinte sur le Code Civil Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer* (Stämpfli 2013) 1, 11; Amstutz (n 25) 246. krş Hatemi (n 10) § 6 N 6; Dural ve Sarı (n 28) N 897.

44 Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 3; Dürr (n 2) Art 1 N 185. Art. 1 ZGB hükmünün, ZGB'nin en çok redaksiyonel zorluk yaşanan hükmü olduğu ve özellikle Fransızca metin bakımından sıkıntılar yaşandığı yönünde bkz Gmür (n 25) 2.

10.12.1907 tarihinde kabul edilen ve 01.01.1912 tarihinde yürürlüğe giren Art. 1/III ZGB hükmü; "*Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.*" şeklindeydi[45]. Redaksiyon komisyonunun kabul ettiği metin "*beraten*" ("*guident*") şeklindeydi ve ZGB hükmüne göre hâkime daha geniş bir bağımsızlık alanı vermişti[46]. Zira ZGB hükmü "*folgen*" sözcüğünü kullanmış ve hâkimin, bilimsel görüşlerle olan bağlantısını daha kuvvetli bir şekilde kurmuştur[47]. Almanca metne göre hâkimin (mahkemenin), bilimsel görüşleri "*takip etmesi*" ("*folgen*") gerekirken Fransızca metin bu bakımdan daha yumuşak bir ifade içermekte olup hâkimin bilimsel görüşlerden *esinlenmesinden*" ("*Il s'inspire*") bahsetmektedir[48].

Eril olması sebebiyle ayrımcılığa yol açmakla eleştirilen ZGB'nin Almanca metni, cinsiyet eşitliğini sağlayacak şekilde düzeltilmiştir[49]. 26.06.1998 tarihinde gerçekleşen ve 01.01.2000 tarihinde yürürlüğe giren federal kanun değişikliğiyle Art. 1/II'de geçen "*der Richter*" ifadesi "*das Gericht*", Art. 1/III'te geçen "*er*" sözcüğü ise buna uygun olarak "*es*" ile ikâme edilmiştir[50]. Bir başka ifadeyle Art. 1/III hükmündeki "*es*" sözcüğü, ikinci fıkradaki "*das Gericht*" kavramını karşılamaktadır. "*Dabei*" kelimesi ise yine ikinci fıkraya yollama yaparak mahkemenin (TMK'nin ifadesiyle "*hâkimin*") nasıl karar vereceğini belirtmektedir. Bu çerçevede Art. 1/III ZGB hükmü, "*Mahkeme, karar verirken teyit edilmiş öğretiyi ve içtihatları dikkate alır.*" şeklinde tercüme edilebilir.

C. Türk Hukukunda

"*Kanunu Medenînin Tatbiki*" kenar başlıklı Türk Kanunu Medenîsi (MK) m. 1 hükmünün ikinci fıkrası, "*Hâkim hükümlerinde, ilmî içtihatlardan ve kazai kararlardan istifade eder.*" şeklindeydi. "*Hukukun uygulanması ve kaynakları*" kenar başlığına sahip TMK m. 1 hükmünün üçüncü fıkrası ise "*Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.*" şeklinde kaleme alınmıştır. Hükmün gerekçesinde, üçüncü fıkranın daha arı bir Türkçe ile kaleme alınarak

[45] Art. 1 hükmünün orijinal metni için bkz Schweizerisches Bundesblatt, 59. Jahrgang VI, Nr 54, 21. Dezember 1907 589: "*A. Anwendung des Rechts.*
Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.
Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung."

[46] Meier-Hayoz, Richter (n 8) 102.

[47] ibid 102.

[48] Schmid (n 22) 196; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 102-103; Kramer (n 3) 285; Honsell (n 2) Art 1 N 38; Dürr (n 2) Art 1 N 538; İmre (n 7) 204. Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz IV/G.

[49] Honsell (n 2) Art 1 N 1; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 3.

[50] Honsell (n 2) Art 1 N 1. Ausdruck gemäss Ziff. I 1 des BG vom 26. Juni 1998, in Kraft seit 1. Jan. 2000 (AS 1999 1118; BBl 1996 I 1). Bununla beraber İsviçre kanun koyucusu, Fransızca ve İtalyanca metinlerde herhangi bir değişikliğe gitmeksizin "*hâkim*" ("*le juge*", "*il giudice*") kavramını korumuştur. Bu doğrultuda bkz Honsell (n 2) Art 1 N 1 dn 1. TMK m. 1/II hükmü, Art. 1/II ZGB düzenlemesinin revizyon öncesi ifadesini esas almış ve "*hâkim*" kavramını kullanmıştır. Aynı fark, TMK m. 4 ve Art. 4 ZGB hükümleri arasında da vardır. TMK m. 4 "*hâkim*", Art. 4 ZGB ise "*mahkeme*" kavramlarını kullanmıştır.

daha anlaşılır hâle getirildiğinden bahsedilmiştir. ZGB düzenlemesine kıyasla TMK m. 1/III hükmündeki en önemli fark; "*bilimsel görüşler ve yargı kararları*" denilmekle yetinilmesi ve "*bewährt*" sıfatının metne yansıtılmamasıdır. Bu yönüyle mehaz düzenlemeye göre; hâkim her türlü bilimsel görüşü değil, sadece "*yerleşik*" ("*bewährt*") bilimsel görüşlerden yararlanır. Her ne kadar TMK m. 1/III hükmü anılan ifadeyi içermese de öğretide; hükmün, İsviçre düzenlemesine uygun olarak anlaşılması gerektiği tereddütsüz kabul edilmektedir[51]. Anlam bakımından bir farka yol açmamakla birlikte Türk kanun koyucusu, Art. 1 ZGB hükmündeki "*hâkim*" sözcüğünün "*mahkeme*" ile değiştirilmesine de kayıtsız kalmıştır.

D. Değerlendirme

Kanun yapma çalışmalarından başlayarak durumun değerlendirilmesi neticesinde İsviçre kanun koyucusunun, ilkin bilimsel görüşleri hukuk kaynağı olarak düzenlemeyi amaçladığı; ancak sonradan görüşünü değiştirerek bunları yardımcı araç mertebesine indirdiği görülmektedir. Türk hukukunda ise bilimsel görüşler, her zaman hâkime yardımcı araçlar arasında değerlendirilmiştir. Dolayısıyla pozitif hukuk bakımından bilimsel görüşler, sadece hâkimin karar verirken kendisinden yararlandığı yardımcı araçlardan biridir.

Bilimsel görüşlerin, hukuk kaynakları arasından çıkarılması sebebiyle önemini büyük ölçüde yitirdiği düşünülebilir. Zira redaksiyon komisyonunda değişikliğe uğramamış olsaydı bilimsel görüşler, üçüncü sıradaki hukuk kaynağı olacaktı. Günümüzde anılan sırada bulunan hâkimin kanun koyucu gibi hareket ederek kural koyması ve bu kurala göre uyuşmazlığı çözüme bağlaması, son derece nadir uygulama imkânı bulabilir. Dolayısıyla anılan değişiklik, bilimsel görüşlerin belki de hiç uygulanamayacak bağlayıcı kuvvetini elinden almış; ancak hâkimin verdiği her türlü kararında başvurması gereken ve bu sebeple dolaylı olarak fiilen çok daha geniş bir uygulama alanına sahip bir yardımcı araç hüviyetine bürünmesini sağlamıştır.

II. Hükmün Önemi ve Amacı

TMK m. 1/III düzenlemesi vasıtasıyla bilimsel görüşler, özellikle medenî hukuk alanında uygulama üzerinde ciddi bir tesir gücü elde etmiştir[52]. Bilimsel görüşlerden yararlanılmasını öngören TMK m. 1/III hükmü olmasaydı dahi uygulamanın, bilimsel görüşlere ihtiyaç duyacağı söylenebilirdi[53]. Uygulamada karşılaşılan sorunların çok çeşitli ve fazla sayıda olması, yoğun iş yükü altında bulunan ve zaman baskısı altında geniş bir hukukî alanda çalışan hâkimlerin bunları bihakkın inceleyebilmesini adeta

[51] Köprülü (n 4) 124; Ergun Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş* (5. Bası, Güryay 1986) 213; İmre (n 7) 213 dn 3; Edis (n 41) 223; Dural ve Sarı (n 28) N 906; Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (15. Bası, Beta 2019) 140.

[52] Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 451.

[53] Höhn (n 14) 417. İslam hukukunda bilimsel görüşlerin ciddi öneme sahip olduğu yönünde bkz Saymen (n 14) 115.

imkânsız kılmaktadır[54]. Bu bakımdan bilimsel görüşler, öncelikle hâkimin somut uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarını bulmasını kolaylaştırır[55].

Bu bağlamda TMK m. 1/III hükmü, hem yararcı hem gerçekçi bir yaklaşıma sahiptir[56]. Öte yandan söz konusu düzenlemenin devlet dışında bir kanun koyucunun varlığı ve hukukî güvenlik gibi sebeplerle eleştirilebilmesi de mümkündür[57].

Hâkimin bilgi ya da özen eksikliği sebebiyle hukuku uygularken doğru olmayan kararlar vermesi ihtimal dâhilindedir[58]. Bu noktada özellikle somut hukukî sorunları çözmeye yönelik bilimsel görüşler, hâkimler için büyük önem arz eder[59]. Zira bilimsel görüşler, anılan eksiklikleri bertaraf ederek hukukun doğru, isabetli ve objektif olarak (*Verobjektivierungsfaktor*) uygulanmasını temin eder[60]. Bir başka ifadeyle bilimsel görüşler; hâkimin kendine özgü bir değerlendirme yaparak karar vermesini engeller ve hukukî güvenliğin sağlanmasına yardımcı olarak benzer olaylara tutarlı kararlar verilmesi suretiyle mahkeme kararlarında öngörülebilirlik sağlar[61]. Hiç şüphesiz bilimsel görüşlerden istifade eden hâkim, verdiği kararın gerekçesini daha doyurucu ve ikna edici biçimde kaleme alır[62].

Bilimsel görüşler, mahkeme kararlarını değerlendirir ve eleştirir[63]. Hâkimin kararlarında bilimsel görüşleri dikkate alması, bir diğer yandan ise öğreti ile uygulama arasındaki etkileşimi artırır ve özellikle kanunlarda açık hüküm olmayan pek çok durum için mahkeme

54 Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.218; Riemer (n 9) § 4 N 160; Höhn (n 14) 417; Narbay ve Özbay (n 14) 129. Bu hususta çarpıcı bir anektod için bkz Ernest Hirş, 'Yasama ile Öğreti ve Yargı Arasındaki Karşılıklı Bağlılık' İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı Cumhuriyet Döneminde Hukuk (Fakülteler Matbaası 1973) 176-177.

55 Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 442.

56 Dürr (n 2) Art 1 N 550. TMK m. 1/III hükmünde düzenlenmiş hukuk biliminin işlevlerine ilişkin açıklamalar için bkz Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 223-227; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 451 ff.

57 Dürr (n 2) Art 1 N 550.

58 Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 424; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.208; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 218.

59 Egger (n 28) Art 1 N 45; Höhn (n 14) 417; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 224. Şüphesiz öğretinin, hukuk uygulamasını etkilemesi sadece somut uyuşmazlıklara uygulanabilecek doğrudan çözümler önermesiyle sınırlı değildir. Bu hususta bkz Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 458 ff. Hukukî araştırmaların konusunun ve sonuçlarının, uygulamadaki sorunlarla doğrudan örtüştüğünü düşünmenin genellikle isabetli olmadığı hususunda bkz Huber, Lehre (n 2) 4. Uygulamadaki sorunlara sırtını dönen ve sadece teorik tartışmalara sıkışıp kalan bilimsel görüşlerin, hâkim tarafından dikkate alınmayabileceği hususunda bkz Egger (n 28) Art 1 N 45; Köprülü (n 4) 124; Saymen (n 14) 116. Bilimsel görüşlerin hâkim tarafından dikkate alınabilmesi için bilimsel eserlerin, hâkimin önüne gelen somut uyuşmazlığa benzer meseleleri dikkate alması gerektiği ve bu bakımdan bilimsel görüşlerin uygulanmasının sınırlandığı, ayrıca "*obiter dicta*"nın dikkate alınmasını engellediği yönünde bkz Bucher (n 3) 434; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 224. Mahkemelerin genellikle yararlandıkları tüm kaynaklara atıf yapmayı tercih etmemesine rağmen, ileri sürülen bilimsel görüşlerin mahkeme kararlarını fiilen etkilediği düşünülebilir. Bu hususta bkz Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 454. İsviçre mahkemelerinin genellikle "*herrschend*", "*einhellig*", "*einstimmig*" veya "*ständig*" gibi sıfatlarla öğretiye atıf yaptığı hususunda bkz Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 454.

60 Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 424, 465; Hirş (n 54) 188; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 100; Schmid (n 22) 191-192; Kramer (n 3) 284 ff; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 218, 225; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.208-02.209, 02.218.

61 Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 424; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 100; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 218, 225; Kramer (n 3) 285 ff; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.208-209; Honsell (n 2) Art 1 N 37.

62 Schmid (n 22) 203.

63 Forstmoser and Vogt (n 8) § 16 N 64; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 274; Hirş (n 54) 188.

içtihatlarının içeriğinin gelişmesine katkı sağlar[64]. Bu bakımdan bilimsel görüşler ve yargı kararlarının karşılıklı etkileşim içerisinde olduğu ve birbirlerinden yararlanarak geliştikleri söylenebilir[65]. Bilimsel görüşlerin mahkeme kararlarına mezkûr katkısı, uzun vadede özel hukukun yorumlanmasına, geliştirilmesine ve tamamlanmasına yardımcı olur[66]. Gerçekten hakkın kötüye kullanılması gibi kurumların somutlaştırılması ve güven prensibi (*Vertrauensprinzip*) gibi genel ilkelerin geliştirmesi bilimsel görüşler eliyle olmuştur[67].

Öğretinin en belirgin etkisi, yüksek mahkemenin mevcut içtihadını değiştirdiği kararlarında görülür[68]. Zira anılan kararlarda mahkemeler, bilimsel görüşlere özellikle atıf yaparak hukukî meseleyi irdeler ve içtihat değişikliğini gerekçelendirir. Zaten genellikle mevcut içtihat, öğreti tarafından eleştirilerek içtihat değişikliğine ilişkin hukukî alt yapı inşa edilmiştir[69].

Yüksek mahkemelerin mevcut içtihadını değiştiren kararlar dışında, henüz belirli bir içtihadın oluşmadığı meseleler bakımından da bilimsel görüşler katkı sağlar[70]. Özellikle mahkemelerin belirli bir hususta tutumunun henüz netleşmediği veya sık değiştiği hâller böyledir[71]. Zira anılan meseleler bakımından öğreti, hâkimin somut uyuşmazlığı çözerken benimseyebileceği olası yolları daha önceden bilimsel eserlerde değerlendirmiştir[72]. Bunun dışındaki hâllerde de bilimsel görüşler sık sık dikkate alınır ve bilimsel görüşlerden sapmalar özellikle gerekçelendirilir[73]. Keza öğreti ile uygulamanın örtüştüğü hâllerde mahkemeler, bu hususu bilhassa belirtmek yolunu seçerler[74].

---

64 Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 100; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.209; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 225. Pek çok hukuk alanında salt kanun hükümleriyle ve hukuk düzeniyle bağlı kalmadan, bunların temelinde yatan temel fikrin ve genel ilkelerin tespitine önem verildiği ve bunlara "*tragende Ideen*", "*allgemeine Rechtsgrundsätze*" veya "*grundlegende Werte*" denildiği yönünde bkz Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 100-101; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 462. krş Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 226. Öğretinin ileri sürdüğü görüşlerin, belirli bir kuluçka süresinden sonra mahkeme kararlarında etkisini gösterdiği yönünde bkz Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 102. Kanunun bir düzenleme getirmediği sorunların da öğreti tarafından incelendiği hususunda bkz Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 274.

65 Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 482; Hirş (n 54) 179-180; İmre (n 7) 214. Bilimsel görüşler ve yargı kararları, sürekli birbirlerine atıf yaparlarsa "*ölümcül bir kısır döngü*" yaşanacağı ve hem bilimsel görüşlerin hem de yargı kararlarının bundan zarar görerek bozulacağı yönünde bkz Kramer (n 3) 286; Peter Gauch, 'Ein «regelrechter» Schluss' (2009) 128(1) ZSR 215, 226; Gauch, Gesetzgebung (n 43) 12-13.

66 Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 451; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 100; Hirş (n 54) 188.

67 Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 274; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 463; Özsunay (n 51) 213; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 101.

68 Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 452-453; İmre (n 7) 214.

69 Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 452; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 482. Bu hususi örnekler için bkz Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 482 dn 1162; BGE 123 III 477 E 3 ("*Der Umstand, dass BGE 91 I 438 ff. in der Lehre überwiegend kritisiert wird, deutet auf eine gegenüber der damals getroffenen Lösung gewandelte Rechtsauffassung, auf eine andere Wertung der auf dem Spiel stehenden Interessen hin, was Anlass für eine Praxisänderung bilden kann.*"); BGE 134 III 444 E 3.1; BGE 115 II 223 E 2a; BGE 116 IV 73-74 E 3a-3b.

70 Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 454; Forstmoser and Vogt (n 8) § 16 N 61; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.218; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 482. Bu hususi örnekler için bkz Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 482 Anm. 1161; BGE 137 II 341 E 2.3; BGer 4A_562/2010 E 4.3-4.4; BGE 132 III 363-365 E 3.2-3.3; BGE 121 III 82-83 E 3a-3b; BGE 100 II 68-69 E 5. Anılan mahkeme kararlarında İsviçre Federal Mahkemesi'nin daha önce somut hukukî soruna ilişkin bir karar vermediği belirtilerek bilimsel görüşlerden istifade edilmiştir.

71 Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.218.

72 Riemer (n 9) § 4 N 160; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 454.

73 Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.218; İmre (n 7) 214.

74 Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 455. Yazar, örnek olarak BGE 82 II 452 E 2 ("*Nach ständiger Rechtsprechung, womit die Rechtslehre übereinstimmt, …*"); BGE 85 II 9 E 1 ("*Nach ständiger Lehre und Rechtsprechung …*"); BGE 85 II 39 ("*Nach der Rechtsprechung und einhelliger Lehrmeinung…*") kararlarını göstermektedir.

III. Hükmün Uygulama Alanı

TMK m. 1/III hükmü, hâkimin karar verirken bilimsel görüşlerden yararlanacağını düzenlemiştir. Bununla birlikte hükümde geçen "*karar verirken*" ibaresinin ne anlama geldiği aydınlatılmalıdır[75]. Bu bakımdan TMK m. 1 hükmünden başlayarak bir değerlendirme yapmak gerekir[76].

A. TMK m. 1 Kapsamında

TMK m. 1 hükmünün kaynağını teşkil eden Art. 1 ZGB düzenlemesi incelendiğinde; ilk olarak Art. 1/II ZGB hükmünün ("*... das Gericht ... entscheiden ...*"), Art. 1/III ZGB hükmü ("*Es folgt dabei ...*") ile doğrudan irtibatlı olduğu görülebilir[77]. Aynı sonuç; birebir aynı ifadeye sahip olmasa da TMK m. 1/II ("*... hâkim ... karar verir.*") ve m. 1/III ("*Hâkim, karar verirken ...*") hükümleri bakımından da geçerlidir. Şu hâlde TMK m. 1/III hükmünün, TMK m. 1/II düzenlemesi kapsamında uygulama alanı bulacağı şüphesizdir.

Art. 1 ZGB hükmü incelendiğinde, sanki sadece Art. 1/II ZGB hükmü ile Art. 1/III ZGB düzenlemesi arasında bir bağlantı tesis edildiği ve Art. 1/I ZGB hükmünün bunlardan farklı bir hususu düzenlediği sanılabilir[78]. Ancak hükmün tarihî gelişimi dikkate alındığında Art. 1/III ZGB hükmünün, hem Art. 1/I hem Art. 1/II ZGB için uygulanabileceği barizleşir[79]. Zira Art. 1/I ZGB hükmü de Art. 1/II ZGB hükmüyle irtibatlıdır[80]. Nitekim TMK m. 1/I hükmü "*Kanun ... uygulanır.*" ve m. 1/II "*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa ...*" ibareleriyle anılan irtibatı açıkça göstermektedir. Kısacası hükmün üç fıkrasında da hâkimden (mahkemeden) bahsedilmektedir[81]. Şu hâlde hâkim; kanunu yorumlayıp tatbik ederken (TMK m. 1/I), örf ve âdet hukukunu tespit edip uygularken ve kendisi

---

75 Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 423. Bu noktada Art. 1 ZGB hükmünün her üç dildeki farklı ifadelerinin de etkili olduğu yönünde bkz Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 473. Esasen Art. 1 hükmünün; ön tasarı ve tasarıda sadece boşluk doldurmada; redaksiyon komisyonu raporunda ise yalnızca yorumda uygulanabilecek şekilde düzenlendiği yönünde bkz Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 426.

76 TMK m. 1/III hükmü ile TMK m. 6 (Art. 8 ZGB) düzenlemesi arasındaki ilişkiye dair açıklamalar için bkz Dürr (n 2) Art 1 N 554-556.

77 Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 423; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 32, 473; Dürr (n 2) Art 1 N 543; Mustafa Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medenî Hukuk* (26. Bası, Vedat 2020) N 394. Hükmün tarihçesi dikkate alındığında bilimsel görüşlerin, öncelikle Art. 1/II ZGB kapsamında bağımsız bir boşluk doldurma işlevine sahip olduğunun görülebildiği yönünde bkz Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 473. Ön tasarı ve tasarının farklı bir sistematiği amaçladığının açık olduğu yönünde bkz Dürr (n 2) Art 1 N 543.

78 Gmür (n 25) 118; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.206; Riemer (n 9) § 4 N 157.

79 Gmür (n 25) 117-118; Reichel (n 17) 299; Werro (n 42) Art 1 N 38; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 102 dn 4; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 424-425. krş Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 32, 473. Yazarlar; Art. 1/III ZGB hükmünün Almanca metninin, "*dabei*" sözcüğüyle, hükmün uygulanmasını doğrudan bir önceki fıkrayla sınırlandırıyor gözüktüğünü, buna karşın Art. 1/III ZGB hükmünün Fransızca ve İtalyanca metinlerinin daha açık bir şekilde kaleme alındığını ve Art. 1/I ZGB hükmü kapsamında da Art. 1/III ZGB hükmünün uygulanabileceğini belirtmektedir. Yazarlar; ayrıca sistematik bir bakış açısıyla bağımsız bir fıkrada düzenlenmesi sebebiyle Art. 1/III ZGB hükmünün, Art. 1 ZGB hükmünün tamamına uygulanabileceğini; zira kanun koyucunun muradı aksi yönde olsa idi Art. 1/III ZGB düzenlemesinin Art. 1/II ZGB hükmünün sonuna bir cümle olarak ilave edilmiş olacağını belirtmektedir. Benzer şekilde bkz Gmür (n 25) 118.

80 Gmür (n 25) 117; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 427.

81 Gmür (n 25) 117; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 427.

kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verirken (TMK m. 1/II) bilimsel görüşlerden yararlanır[82].

B. TMK m. 2/II Kapsamında

TMK m. 2/II hükmü, "*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*" düzenlemesini havidir. Anılan hüküm çerçevesinde hukuk düzeninin hakkın açıkça kötüye kullanılmasını korumaması da hâkimin kararıyla gerçekleşir. Bu bağlamda hâkimin, hakkın kötüye kullanıldığına ilişkin kararında da bilimsel görüşlerden faydalanması gerekir[83]. Nitekim hakkın kötüye kullanılması ilkesi, bilimsel görüşler sayesinde somutlaştırılmıştır[84].

C. TMK m. 4 Kapsamında

Hâkimin takdir yetkisini düzenleyen TMK m. 4 hükmü, "*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.*" şeklindedir. Şu hâlde hâkim, TMK m. 4 bağlamında takdir yetkisini kullanırken de bir "*karar*" verdiği için TMK m. 1/III hükmünde işaret olunduğu gibi bilimsel görüşlerden yararlanmalıdır[85]. Hâkimin takdir yetkisini kullanması, somut olayın şartlarının ve kanunun amacının dikkate alınmasını gerektirdiği için bu hususta bilimsel görüşlerden istifade edilmesi hukukî güvenliğe katkı sağlar[86].

---

[82] Huber, Erläuterungen (n 1) 38 dn 1; Reichel (n 17) 299; Egger (n 28) Art 1 N 44; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 10, 424-425; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 102 dn 4; Gmür (n 25) 117-118; Schmid (n 22) 191; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 43) § 5 N 37, 39; Gauch, Gesetzgebung (n 43) 11; Peter Gauch, 'Argumente ein Geburtstagsbrief' (2000) recht: *Sondernummer für Wolfgang Wiegand* 87, 95; Forstmoser and Vogt (n 8) § 16 N 4, 54; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 219; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 32, 473-474; Dürr (n 2) Art 1 N 543-545; Werro (n 42) Art 1 N 38; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.206; Riemer (n 9) § 4 N 157; Middendorf and Grob (n 1) Art 1 N 14; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medenî Hukuku Cilt 1 – Cüz 1 Umumî Esaslar* (6. Bası, İstanbul 1959) 118; Özsunay (n 51) 212; Edis (n 41) 222; İmre (n 7) 204; Oğuzman ve Barlas (n 77) N 394, 411; Şener Akyol, *Medeni Hukuka Giriş* (2. Bası, Vedat 2006) 313; Dural ve Sarı (n 28) N 895; Rona Serozan, *Hukukta Yöntem – Mantık* (2. Bası, Vedat 2017) N 79; Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (6. Bası, Vedat 2015) I § 4 N 19; Antalya ve Topuz (n 28) N 1190; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 51) 138. Art. 1/III ZGB hükmünün sadece boşluk doldurmada uygulanacağı ve kanun hükümlerinin yorumlanmasında bilimsel görüşlerden yararlanmanın gerekli olmadığı yönünde bkz Dolder and Buser (n 40) 199. krş Özsunay (n 51) 211. Esasen hâkimin, TMK m. 1/II bağlamında kanun ve hukuk boşluklarını doldururken bilimsel görüşlere ihtiyaç duyduğu ve bu sebeple de m. 1/III hükmünün daha ziyade m. 1/II hükmüne uygulandığı yönünde bkz Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 473. Hâkimin kanun koyucu gibi hareket edip kural koyması ve sonrasında koyduğu kurala göre uyuşmazlığı çözmesi hâlinde serbest olmadığı ve TMK m. 1/III hükmüne uymak zorunda olduğu hususunda bkz Honsell (n 2) Art 1 N 37; Forstmoser and Vogt (n 8) § 5 N 20. Bu noktada bilimsel görüşlerin, hâkimin kanun koyucu gibi hareket ederek kural koymasını kolaylaştırdığı yönünde bkz Meier-Hayoz, Richter (n 8) 103-104.

[83] Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.206; Antalya ve Topuz (n 28) N 1190; Riemer (n 9) § 4 N 157.

[84] Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 274; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 463; Özsunay (n 51) 213.

[85] Dürr (n 2) Art 1 N 546; Dürr (n 2) Art 4 N 145; Schmid (n 22) 191; Forstmoser and Vogt (n 8) § 12 N 214, § 16 N 4, 54; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.206; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 460; Riemer (n 9) § 4 N 157; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 219; Edis (n 41) 222; Stephanie Hrubesch-Millauer, 'Art 4' in Heinz Hausheer and Hans Peter Walter (eds), *Berner Kommentar Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht Band I Einleitung und Personenrecht 1. Abteilung Einleitung Artikel 1-9 ZGB* (Stämpfli 2012) Art 4 N 346; Meier-Hayoz (n 4) Art 4 N 44; Antalya ve Topuz (n 28) N 1190; Esra Kaşak, 'Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshinde Şahsi Sebeplerin Değerlendirmeye Alınıp Alınamayacağı Hususunun Hâkimin Takdir Yetkisi Bakımından Değerlendirilmesi' (2019) 23(3) AHBVÜHFD 161, 175; Akyol (n 82) 341; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 79; BGE 118 II 55 E 4; BGE 109 II 391 E 3; BGE 105 II 249 E 3.

[86] Meier-Hayoz (n 4) Art 4 N 44; Hrubesch-Millauer (n 85) Art 4 N 346; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 79; Kaşak (n 85) 175.

D. TMK m. 5 Kapsamında

TMK m. 1 hükmünde, sadece medenî hukuka ilişkin uyuşmazlıkları karara bağlayan hâkim veya mahkeme kastedilmemiştir. Bilakis anılan hüküm, TMK m. 5 (Art. 7 ZGB) düzenlemesi gereğince tüm özel hukuk mahkemeleri için uygulanabilir[87]. Bu bakımdan tüm özel hukuk uyuşmazlıklarında hâkimlerin bilimsel görüşlerden istifade etmesi gerekir. Hatta İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına göre Art. 1 ve Art. 4 ZGB hükümlerinin uygulandığı kamu hukuku ilişkilerinde de Art. 1 ZGB hükmü uygulanma kabiliyetine sahiptir[88].

IV. "Bilimsel Görüş" Kavramı

A. Tanımı

Bilimsel görüşleri karşılamak üzere mehaz Art. 1/III ZGB hükmü, "*Lehre*" (*doctrine*, *dottrina*) kavramını kullanmıştır. İsviçre hukuk öğretisinde aynı anlama gelmek üzere "*Wissenschaft*"[89], "*Rechtswissenschaft*"[90], "*wissenschaftliche Literatur*"[91], "*Doktrin*"[92] ve "*Theorie*"[93] sözcüklerine de rastlanılır.

MK m. 1/II düzenlemesi "*ilmî içtihatlar*" tabirini kullanmış, TMK m. 1/III hükmü ise "*bilimsel görüşlerden*" bahsetmiştir. Hükümde geçen "*bilimsel görüş*" ifadesinin, "*öğreti*"[94] ve "*doktrin*"[95] sözcükleriyle eş anlamlı olduğu belirtilmektedir. Ancak anılan kavramlar tanımlanmadığı gibi bunlardan ne anlaşılması gerektiği de açıklanmamıştır[96]. Öğretide bilimsel görüş kavramı, hukuk alanındaki bilim insanları tarafından belirli hukukî sorunların çözümüne yönelik ifade olunan araştırma sonuçlarının tamamı şeklinde tanımlanmaktadır[97].

87 Middendorf and Grob (n 1) Art 1 N 3; Riemer (n 9) § 4 N 157; Dürr (n 2) Vorbemerkugen Art 1-4 N 104, 108 ff.

88 Middendorf and Grob (n 1) Art 1 N 3; Honsell Art. 1 N 8; Dürr (n 2) Vorbemerkungen Art. 1-4 N 107; BGE 129 V 346 E 4.1. Buna karşın "*kanunsuz ceza olmaz*" ("*nulla poena sine lege*") ilkesinin egemen olduğu ceza hukuku bakımından hükmün uygulanabilmesinin ciddi ölçüde sınırlandığı yönünde bkz Middendorf and Grob (n 1) Art 1 N 3; Dürr (n 2) Art 1 N 99; Gauch, Gesetzgebung (n 43) 5. Ceza hukukunun, tıp biliminin "*ölüm*" kavramından yararlandığı hususunda bkz Dürr (n 2) Art 1 N 550.

89 Forstmoser and Vogt (n 8) § 2 N 139, § 16 N 4, 55; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.210; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 428.

90 Meier-Hayoz, Richter (n 8) 104; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 220.

91 Bucher (n 3) 433.

92 Forstmoser and Vogt (n 8) § 2 N 139, § 16 N 4; Gmür (n 25) 117, 120; Bucher (n 3) 433; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 270 Anm. 306; Hrubesch-Millauer (n 85) Art 4 N 347; Tekinay (n 43) 78; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.210.

93 Hrubesch-Millauer (n 85) Art 4 N 347; Dürr (n 2) Art 1 N 548.

94 Tekinay (n 43) 78; Aytekin Ataay, *Medenî Hukukun Genel Teorisi* (4. Bası, Der 1995) 127; Köprülü (n 4) 126; Özsunay (n 51) 212; Narbay ve Özbay (n 14) 137. "*Öğreti*" sözcüğünün kullanılmasının uygun olmadığı yönünde bkz İmre (n 7) 213 dn 2.

95 Velidedeoğlu (n 82) 116; Saymen (n 14) 114; İmre (n 7) 213 dn 2; Köprülü (n 4) 126; Ataay (n 94) 127. "*Hukuk doktrini*" kavramının kullanılması için bkz Antalya ve Topuz (n 28) N 1200.

96 Schwander (n 2) Art 1 N 3; Edis (n 41) 223. Benzer olaylar için başkalarının daha önceden söylenmiş şeylere ("*…was für ähnliche Fälle andere schon gesagt … haben*") öğreti (*Lehre*) dendiği yönünde bkz Huber, Erläuterungen (n 1) 38. Bilimsel görüş kavramının zamana uygun metod çerçevesinde anlaşılması gerektiği doğrultusunda bkz Schwander (n 2) Art 1 N 3.

97 Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 220; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 428; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 475.

B. Kapsamı

1. Hukuk Bilimi Bakımından

a. Ulusal Hukuk Bakımından

Bilimsel görüş kavramı; ilk aşamada, hukukla uğraşanların hukukî meselelere ilişkin bilimsel çalışmalarda ileri sürdükleri görüşler ve çözüm önerileri olarak anlaşılır[98]. TMK m. 1/III hükmündeki "*bilimsel*" ibaresi öncelikle hukuka gönderme yapmaktadır[99]. Bu noktada öncelikle pozitif hukuka ilişkin bilimsel görüşler akla gelir[100]. Bununla birlikte –somut uyuşmazlığın çözümüne fayda sağladığı ölçüde– hukuk tarihi, hukuk sosyolojisi, hukuk felsefesi, hukuk teorisi ve hukuk etiği alanındaki bilimsel görüşlerden de yararlanılabilir[101].

b. Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından

Yabancı hukuklara ilişkin bilimsel çalışmalarda ileri sürülen bilimsel görüşlerin, TMK m. 1/III (Art. 1/III ZGB) bağlamında hâkim tarafından dikkate alınıp alınmayacağı öğretide tartışmalıdır. Özellikle ZGB'nin kanunlaştırma çalışmaları esnasında, yabancı hukuklardaki bilimsel görüşlerin dikkate alınamayacağı kanaati baskındı[102]. Zira anılan bilimsel çalışmaların, yapıldığı ülkedeki hukuka yönelik olması sebebiyle ilgili ülke hukukundaki sorunların çözümüne odaklandığı ve bu bakımdan İsviçre hukukuna uygun düşmeyeceği savunulmaktaydı[103]. Ancak zaman içerisinde yabancı hukuka ve buna ilişkin öğreti ile içtihatlara erişimin kolaylaşması gibi sebeplerle yabancı hukuklarda ileri sürülen bilimsel görüşlerin, doğrudan reddi anlayışı terk edilmiştir[104].

---

98 Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 475; Höhn (n 14) 412; Riemer (n 9) § 4 N 158; Antalya ve Topuz (n 28) N 1197; Forstmoser and Vogt (n 8) § 16 N 54; Özsunay (n 51) 212; Oğuzman ve Barlas (n 77) N 396; Dural ve Sarı (n 28) N 898.

99 Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 96; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 476; Dürr (n 2) Art 1 N 547, 550; Pfaffinger (n 2) Art 1 N 9; Middendorf and Grob (n 1) Art 1 N 14; Tekinay (n 43) 78; Akyol (n 82) 317; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 428; Schmid (n 22) 193; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 220.

100 Forstmoser and Vogt (n 8) § 16 N 54; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.210; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 475; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 105; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 428; Gauch, Gesetzgebung (n 43) 11; Dural ve Sarı (n 28) N 898; Schmid (n 22) 193; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 221.

101 Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 475; Egger (n 28) Art 1 N 45; Akyol (n 82) 314-315; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 222; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.210; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 428; Oğuzman ve Barlas (n 77) N 398; Edis (n 41) 222, 236-239; Özsunay (n 51) 212; İmre (n 7) 216; Antalya ve Topuz (n 28) N 1202; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 51) 141; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.211; Dural ve Sarı (n 28) N 898. Hukuk tarihinin, Art. 1/III ZGB anlamında bilim (*Lehre*) teşkil etmediği yönünde bkz Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 96; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 429-430. krş Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 273.

102 Ehrlich (n 3) 225; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 105; Gmür (n 25) 121. krş Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 431-432. krş Huber, Erläuterungen (n 1) 7 ("*Die Gesetzgebung darf nicht zur chinesischen Mauer werden*."). Nitekim kanun yapma çalışmalarında Alman hukukunun, "*bewährte Lehre*" olarak İsviçre hukuk uygulaması üzerinde ciddi bir etki doğurmasından çekinildiği açıkça ifade edilmiştir. Bu hususta ayrıca bkz Amtliches stenographisches Bülletin der schweizerischen Bundesversammlung, vom 19. November 1906, 1041; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 105.

103 Ehrlich (n 3) 225; Honsell (n 2) Art 1 N 38; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 105; Gmür (n 25) 121. krş Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 431-432. Yabancı hukuk literatürünün dikkate alınmasına şüpheyle yaklaşmak gerektiği yönünde bkz Meier-Hayoz, Richter (n 8) 105.

104 Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 433.

Günümüzde hâkimin, yabancı hukuklarda ileri sürülen bilimsel görüşleri, İsviçre/Türk hukukuna benzer sorunları ele alması kaydıyla, TMK m. 1/III bağlamında "*bilimsel görüş*" olarak kabul etmesi ve dikkate alması gerekir[105]. Bir başka ifadeyle, mevcut hukukî soruna katkı sunduğu ölçüde karşılaştırmalı hukuk çalışmalarından da istifade edilebilir[106]. Hatta TMK'nin İsviçre'den iktibas edilmesi sebebiyle, Türk medenî hukuku, hatta özel hukuku bakımından İsviçre hukukundaki bilimsel görüşlerden yararlanmak adeta bir zorunluluk teşkil eder[107]. Nitekim Yargıtay da müstakâr içtihatlarında bu hususu hiçbir tereddüde mahal bırakmayacak şekilde izah etmiştir[108].

2. Diğer Bilim Dalları Bakımından

Hâkimin, somut uyuşmazlığın çözümü bakımından elverişli diğer bilimleri dikkate almasına da engel bulunmamaktadır[109]. Hatta hukuk dışındaki alanlar bakımından bilimsel görüşlerden yararlanma ihtiyacı daha barizdir. Ölümün hangi anda vuku bulduğu, ayırt etme gücünün varlığı, akıl hastalığının tespiti, kısıtlanma sebeplerinin mevcudiyeti, teknik bir işin ayıplı olup olmadığının belirlenmesi, tarımsal işletmenin değerlemesi gibi meseleler bu bakımdan örnek gösterilebilir. Bu bakımdan öğretide; hâkimin fizik, sosyoloji, iktisat, tıp, adlî tıp, genetik, psikoloji, psikiyatri, meteoroloji, grafoloji, matematik, istatistik, şehircilik gibi bilimlere de başvurabileceği kabul

[105] Dürr (n 2) Art 1 N 549; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 475; Akyol (n 82) 316; Schmid (n 22) 193; Egger (n 28) Art 1 N 45; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 433; Oğuzman ve Barlas (n 77) N 398. Yabancı hukuklara ve karşılaştırmalı hukuka ilişkin çalışmaların giderek daha fazla önem kazandığı doğrultusunda bkz Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 43) § 5 N 38; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 276 ff. Yabancı hukukta ileri sürülen bilimsel görüşlerin dikkate alınmasını temin etmek bakımından "*Bewährte Lehre und Überlieferung beraten ihn (den Richter); durch Vergleichung mit fremdem Recht lässt er sich anregen.*" şeklindeki Art. 1/V ZGB düzenlemesinin önerilmesi için bkz Meier-Hayoz, Richter (n 8) 276.

[106] Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 222; Dürr (n 2) Art 1 N 549; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 433; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 51) 140; İmre (n 7) 215-216; Antalya ve Topuz (n 28) N 1200. Hatta karşılaştırmalı hukuk metodlarının *Seeschifffahrtgesetz* gibi bazı yeni kanunlarda teşvik edildiği yönünde bkz Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 433. Bu bakımdan günümüzde yabancı hukuk öğretisine de yerli hukuk öğretisine benzer bir anlam atfedilmesi gerektiği yönünde bkz Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 433.

[107] Tekinay (n 43) 78; İmre (n 7) 209; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 51) 140; Oğuzman ve Barlas (n 77) N 398; Dural ve Sarı (n 28) N 907 dn 118; Schnyder (n 25) N 152. Nitekim bu amaçla T.C. Adalet Bakanlığı, bazı İsviçre şerhlerini Türkçe'ye tercüme ettirerek hâkimlerin bilimsel görüşlerden yararlanmasını kolaylaştırmayı amaçlamıştır. Bu hususta bkz Schnyder (n 25) N 152. Kanunun hazırlanması esnasında etkili olmuş yabancı hukuklarda ileri sürülen bilimsel görüşlerin de dikkate alınması gerektiği yönünde bkz Meier-Hayoz, Richter (n 8) 105. Hatta diğer yabancı ülke hukuklarında ileri sürülen bilimsel görüşlerden de istifade edilebileceği yönünde bkz Antalya ve Topuz (n 28) N 1207; Serozan, Yöntem (n 82) N 84; Serozan, Medeni (n 82) I § 4 N 25.

[108] Yargıtay İBK, 13/15, 28.11.1945 ("*Kanunlarımızı yorumlarken kendi metinlerimizi gözönünde tutmakla beraber yorumlarda ilmi içtihatlardan da faydalanılabileceğine göre bunların asıllarına da bakmaktan vazgeçemeyiz.*"); Yargıtay İBK, 4/10, 20.09.1950; Yargıtay İBK, 7/2, 27.02.1952; Yargıtay İBK, 25-13/12, 07.04.1954; Yargıtay İBK, 22/2, 09.03.1955; Yargıtay İBK, 1/3, 27.03.1957; Yargıtay İBK, 15/6, 04.06.1958; Yargıtay İBK, 16/14, 11.02.1959; Yargıtay İBK, 23/3, 26.03.1962 ("*Medeni Kanunun birinci maddesi hükmünce kanunun yorumlanmasında ve uygulanmasında hâkimin gözönünde tutacağı kaynaklardan bulunan İsviçre ilmi içtihatları incelendiğinde, ...*"); Yargıtay İBK, 6/2, 27.01.1973; Yargıtay İBK, 3/1, 25.1.1984; Yargıtay İBK, 4/9, 13.12.1985; Yargıtay HGK, 12-753/103, 15.02.1984; Yargıtay 1 HD 13715/13784, 19.12.1983.

[109] Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 96; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 434; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 476; Dürr (n 2) Art 1 N 547, 550; Pfaffinger (n 2) Art 1 N 9; Middendorf and Grob (n 1) Art 1 N 14; Riemer (n 9) § 4 N 158; Tekinay (n 43) 78; Akyol (n 82) 317; Schmid (n 22) 193; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 476.

edilmektedir[110]. Özellikle İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararları bu hususta zengin örnekler sunar[111].

C. Bulunduğu Yer

Bilimsel görüşler, özellikle kanuna ve onun uygulanmasına yönelmiş eserlerde yer alır[112]. Bu bakımdan bilimsel görüşler; şerhler, sistematik eserler, monografiler, ders kitapları, ders notları, el kitapları, notlu kanunlar, armağanlar, makaleler, bilimsel toplantılarda sunulan tebliğler, bibliyografyalar, eser veya karar tahlilleri, içtihat derlemeleri gibi çalışmalarda bulunur[113]. Ancak HMK m. 293 düzenlemesi kapsamında hazırlanan mütalâada ileri sürülen görüşler; TMK m. 1/III anlamında "*bilimsel görüş*" niteliğini haiz olmadığından, "*bilimsel görüşler*" mütalâalarda yer almaz[114].

Günümüzde bilimsel görüşlerin yer aldığı bilimsel eserlerin sayısı, eskiye kıyasla çok ciddi şekilde artmıştır[115]. Anılan sebeple hâkimin, görev alanıyla sınırlı tutulsa dahi bilimsel görüşlerin hepsinden haberdar olabilmesi mümkün gözükmemektedir[116]. Yoğun iş yüküne sahip hâkimler, çok sayıdaki bilimsel çalışma arasından genellikle kolay erişilebilir olmasına ve ele aldığı konuyu inceleme tarzına göre belli başlılarını seçmek zorunda kalırlar[117].

D. Görüşlerin "Bilimsel" Olması

TMK m. 1/III sadece "*bilimsel görüşlerden*" bahsetmiş ve anılan görüşleri ileri sürenin bilim insanı olmasını aramamıştır. Bir başka ifadeyle; önemli olan görüşlerin

110 Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 434; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 476; Akyol (n 82) 317; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 96; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.211; Werro (n 42) Art 1 N 51; Antalya ve Topuz (n 28) N 1201; Dural ve Sarı (n 28) N 899; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 51) 141; Edis (n 41) 236-239. Hâkimin, hukuk dışı alanlardaki bilimsel görüşlerden bilirkişi raporu ve uzman görüşü vasıtasıyla istifade edeceği yönünde bkz Antalya ve Topuz (n 28) N 1201. Hâkimin, hukuku re'sen uyguladığı ve bu bakımdan bilirkişiye ihtiyaç duymadığı yönünde bkz Arnold Rusch, 'Zurück zum Eugen Bucher-Standard!' (2014) 23(8) AjP 1136, 1137. Teorik ve pratik bilimler arasında bir ayrım yapılması gerektiği yönünde bkz Ehrlich (n 3) 225.

111 BGE 137 III 122 E 3.2; BGE 137 V 49-50 E 3.1; BGE 137 I 104 E 9.2; BGE 132 I 11 E 4.2; BGE 131 V 260-261 E 5.5; BGE 123 V 68-69 E 6a-6b; BGE 121 I 52 E 4a-4b; BGE 120 IV 259-260 E 2c; BGE 118 II 321-322 E 4b; BGE 117 Ia 269 E 4c; BGE 105 V 182-183 E 1.

112 Werro (n 42) Art 1 N 50.

113 Werro (n 42) Art 1 N 50; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.210; Gauch, Gesetzgebung (n 43) 11; İmre (n 7) 212-213; Oğuzman ve Barlas (n 77) N 399-407; Serozan, Yöntem (n 82) N 79; Serozan, Medeni (n 82) I § 4 N 20, 27; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 43) § 5 N 38; Schwander (n 2) Art 1 N 9; Dürr (n 2) Art 1 N 548; Forstmoser and Vogt (n 8) § 2 N 139, 142, 147, 148, 153, 155, 157; Velidedeoğlu (n 82) 116; Saymen (n 14) 116, 120-122; İmre (n 7) 216 vd; Ataay (n 94) 129-130; Hatemi (n 10) § 6 N 7; Akyol (n 82) 318; Antalya ve Topuz (n 28) N 1217-1223; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 220; Dural ve Sarı (n 28) N 900-905; Edis (n 41) 225-227; Tekinay (n 43) 78-88; Narbay ve Özbay (n 14) 139; Köprülü (n 4) 126-127; Serozan, Yöntem (n 82) N 85; Hüseyin Altaş ve İrem Tuğçe Döngül, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri* (Yetkin 2018) 240-242. Hatta kapsamın daha da genişletilebileceği yönünde bkz Dürr (n 2) Art 1 N 557.

114 Bu hususta açıklamalar için bkz IV/D.

115 Gauch, Gesetzgebung (n 43) 11.

116 ibid 11.

117 ibid 11.

bilimsel olmasıdır, görüşleri ileri sürenin bilimle iştigal etmesi değildir[118]. Bilimsellik bakımdan görüşleri ileri sürenlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı büyük önem taşır[119]. Zira bağımsız ve tarafsız olmayan görüşler, "*bilimsel*" olmadıkları için TMK m. 1/III kapsamında dikkate alınamazlar[120]. Hatta belirli bir kişi veya kurumun desteklediği çalışmalarda ileri sürülen görüşler, doğrudan bilime adanmışlık söz konusu olmadığı için bilimsel görüş olarak kabul edilemez[121]. Örneğin; bir bankanın desteklediği ipotek, kredi veya kefalet sözleşmeleri gibi konulara ilişkin çalışmalarda ileri sürülen görüşler; bağımsızlıktan yoksun olduğundan TMK m. 1/III kapsamında dikkate alınamaz. Keza bir avukatın, mevcut veya potansiyel müvekkillerinin menfaatleri doğrultusunda kaleme aldığı eserlerdeki görüşler de bağımsız ve bilimsel değildir[122].

Bu noktada uzman görüşünün (bilimsel mütalâa, *Parteigutachten*) durumunu özel olarak irdelemek gerekir. Uzman görüşü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)'nun "*ispat ve deliller*" başlıklı dördüncü kısmının yedinci ve son bölümünde, HMK m. 293 hükmünde düzenlenmiştir. Bununla birlikte medenî usûl hukuku bakımından uzman görüşünün takdirî delil teşlil edip etmediği öğretide tartışmalıdır. Bir görüş bilimsel mütalâanın takdirî delil niteliğinde olduğunu kabul etmektedir[123]. Aksi görüş ise bilimsel mütalâanın delil olmayıp sadece taraf beyanı vasfında olduğunu savunmaktadır[124].

---

[118] Dürr (n 2) Art 1 N 557; Akyol (n 82) 318. Geçmişte bilim insanlarının görüşlerinin daha önemli ve itibarlı olduğu; ancak günümüzde böyle olmadığı yönünde bkz Rusch (n 110) 1137. Avukatların, neredeyse bilim insanlarından daha çok eser yazdıkları; ancak çalışmalarında bilimden ziyade malî menfaatlerini ön planda tuttukları, bu sebeple de çalışmalarında yanlış anlaşılmaları ve manipülasyonları engellemek için bu hususu açıkça belirtmelerinde yarar bulunduğu yönünde bkz Rusch (n 110) 1136. Nitekim günümüzde isabetli bir şekilde, genellikle eserin ilk dipnotunda menfaat bağlantısına ilişkin bilgi verildiği yönünde bkz Rusch (n 110) 1136.

[119] Huber, Lehre (n 2) 36; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 229b; Schmid (n 22) 193, 201; Gauch, Gesetzgebung (n 43) 13.

[120] Huber, Lehre (n 2) 36; Gauch, Gesetzgebung (n 43) 13; Rusch (n 110) 1137; Schmid (n 22) 204.

[121] Dürr (n 2) Art 1 N 562; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 229b Anm. 251; Gauch, Gesetzgebung (n 43) 13; Schmid (n 22) 193-194, 201-202; Rusch (n 110) 1137; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 479. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında; uyuşmazlık konusuyla ilgili bir makalenin, davacı avukatının katkısı neticesinde dava dilekçesinde iddia olunan hususları teyit eder şekilde kaleme alındığını açıkça ifade etmiştir. Anılan karar için bkz BGE 137 III 20-21 E 2.4: "… *worin unter Mitwirkung des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen die in der Beschwerdeschrift vertretene Argumentation aufgenommen wird*."

[122] Rusch (n 110) 1137 ("*Unfreies Publizieren im Interesse existierender und potentieller Klienten gehört nicht zur Lehre, geschweige denn zur bewährten Lehre*"). İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGer 6B_223/2010 E 3.4.5 kararında, iki banka avukatının yazdıkları eserde ortaya atılan bilimsel görüşe itibar ederek bankaların, üçüncü kişilerin komisyon ödemelerini varlık yönetim yetkisi çerçevesinde müşterilerine iade edip etmeyeceğine karar verdiği yönünde bkz Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 479.

[123] Yargıtay 15 HD, 1513/1381 28.03.2017 ("*Mahkeme, uzman görüşü ile bağlı olmamakla birlikte delil olarak değerlendirmeye tabi tutmak zorundadır.*"); Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin 2017) 316; Oğuzman ve Barlas (n 77) N 417.

[124] Hakan Pekcanıtez, 'Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi' iç Hakan Pekcanıtez, Süha Tanrıver, Muhammet Özekes ve Murat Atalı (eds), *Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan* (Adalet 2009) 397, 398, 400, 407; Oğuz Atalay, '§ 14 İspat, § 15 Deliller' iç Hakan Pekcanıtez, Muhammet Özekes, Mine Akkan ve Hülya Taş Korkmaz (eds), *Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt 2* (15. Bası, On İki Levha 2017) 1737, 1959-1960; Abdurrahim Karslı, *Medeni Muhakeme Hukuku* (5. Bası, Filiz 2020) 624. Bilirkişi raporunun delil olarak kabul edilebilmesi için bilirkişinin tarafsızlığını temine yönelik çeşitli esasların HMK m. 271-272 hükümlerinde kabul edildiğini; ancak uzman görüşü bakımından bunların söz konusu olmadığı yönünde bkz Pekcanıtez (n 124) 400; Atalay (n 124) 1959-1960. Mülga HUMK bakımından uzman görüşünün takdirî delil olmadığı yönünde bkz Narbay ve Özbay (n 14) 125, 129.

Bilimsel mütalâanın, dava yanlarından biri tarafından uzmandan talep edildiği ve aynı tarafın söz konusu mütalâa karşılığında uzmana bir miktar ödeme yaptığı malûmdur. Ancak bu husus, uzman görüşünün mutlak surette bilimsellikten uzak ve taraflı bir şekilde kaleme alındığı anlamına gelmez[125].

Hâkim, HMK m. 198 hükmünün işaret ettiği üzere delilleri serbestçe değerlendirir. Bu bakımdan hâkimin, uzman görüşünü değerlendirmesi ve farklı kanaate varıyorsa bunu gerekçelendirmesi gerekir; hâkim, uzman görüşünü tartışmaksızın dikkate almazlık edemez[126]. Dolayısıyla uzman görüşü, HMK sistemi içerisinde belirli bir öneme sahiptir ve hâkimin, uzman görüşünde belirtilen hususlara katılmaması hâlinde bunu gerekçeli bir şekilde izah etmesi gerekir.

Uzman görüşünde savunulan görüşlerin TMK m. 1/III düzenlemesi kapsamında "*bilimsel görüş*" teşkil edip etmediği, kanaatimizce HMK çerçevesinde yapılan değerlendirmeden bağımsızdır. Mütalâalarda öne sürülen görüşler, menfaat ilişkisinin varlığı nedeniyle TMK m. 1/III anlamında "*bilimsel*" değildir[127]. Bu bakımdan görüşü kaleme alan uzmanın yüksek bilimsel itibarı veya diğer çalışmalarında savunduğu görüşleri uzman görüşünde de savunması bir fark doğurmaz[128]. Zira savunulan bir görüşün bilimsel olarak addedilebilmesi, onun tarafsız, bağımsız ve objektif bir şekilde ileri sürülmesini gerektirir. Ancak uzman görüşü karşılığında ödenen ücret, burada savunulan görüşlerin, TMK m. 1/III çerçevesinde "*bilimsel*"

[125] Ücret karşılığı hazırlandığı için hukukî mütalâanın her zaman talep eden taraf lehine kaleme alındığı yönünde bkz Karslı (n 124) 624. Salt ücret karşılığı hazırlanmış olması sebebiyle uzman görüşünün bilimsel ve tarafsız olmadığının ileri sürülemeyeceği, zira bu ihtimalde ücret karşılığı hazırlanmış olduğu için bilirkişi raporunun da tarafsız olmadığının iddia edilebileceği yönünde bkz Narbay ve Özbay (n 14) 143. Bu hususta ayrıca bkz Kuru (n 123) 316 dn 2.

[126] Yargıtay 15 HD, 5127/4635, 10.11.2016 ("*Mahkeme özellikle özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda, tarafın sunduğu uzman görüşünün dava konusuyla ilgili olması halinde mutlaka dikkate almak ve değerlendirmek zorundadır. Bu anlamda alınan bilirkişi raporuna, taraflardan biri, uzman görüşüne dayanmak suretiyle itiraz etmiş ve ve bu itirazlar mahkeme tarafından hiç değerlendirmeye alınmamış ve itirazlar gerekçeli bir şekilde karşılanmamış ise uzman görüşüne dayanan tarafın 6100 sayılı HMK'nın 27., Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukuki dinlenme hakkını ihlal etmiş olabilecektir.Dosyaya ibraz edilen uzman görüşünde bilirkişi raporu ile tespit edilen görüşlerinin aksine tespit ve görüşler ileri sürülmüş olup, bilirkişi raporu ile uzman görüşü ciddi şekilde çelişkiler içermektedir. Alınan bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmesi amacıyla dosyanın yeni bir bilirkişi heyetine tevdii edilmesi yerine yetersiz ve esaslı itiraza uğrayan rapora dayanılarak uzman görüşü karada gerekçeli olarak değerlendirilip tartışılmadan karar verilmiş olması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir.*"); Yargıtay 15 HD, 1513/1381, 28.03.2017 ("*Mahkeme, uzman görüşü ile bağlı olmamakla birlikte delil olarak değerlendirmeye tabi tutmak zorundadır.*"); Atalay (n 124) 1959, 1962-1963; Oğuzman ve Barlas (n 77) N 417; Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (8. Bası, On İki Levha 2020) 410, 426. krş Narbay ve Özbay (n 14) 125, 130 (Yazarlar, hâkimin uzman görüşünü okuma ve dikkate alma zorunluluğunun bulunmadığını belirtmektedir). Aksi takdirde hukukî dinlenilme ve adil yargılanma haklarının ihlâl edileceği hususunda bkz Yargıtay 15 HD, 5127/4635, 10.11.2016; Atalay (n 124) 1962; Pekcanıtez (n 124) 416; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (n 128) 195, 197, 426, 432.

[127] Gauch, Gesetzgebung (n 43) 13 (Yazar; çarpıcı bir benzetmeyle uzman görüşlerinin taraf menfaatleri için adeta bir megafon işlevi üstlendiğini belirtmektedir); Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 229b; Dürr (n 2) Art 1 N 562; Schmid (n 22) 201-202. Aksi yönde bkz Oğuzman ve Barlas (n 77) N 415; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (n 128) 410; Narbay ve Özbay (n 14) 128. İsviçre Federal Mahkemesi'nin müstakâr içtihadı; uzman görüşlerinin, sadece tarafların iddiaları olduğu ve bu bakımdan Art. 168/I ZPO (*Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008*) anlamında ispat vasıtası (*Beweismittel*) teşkil etmediği yönündedir. Bu hususta bkz BGer 4A_9/2018 E 5.2.2; BGE 140 III 29 E 3.3.3; BGE 140 III 24 E 2.5; BGer 4A_505/2012 E 3.5; BGE 135 III 677 E 3.3.1; BGE 132 III 87-88 E 3.4. Öğretide aynı yönde bkz Rusch (n 110) 1137; Schmid (n 22) 201-202.

[128] Schmid (n 22) 202.

görüş olarak sayılmasına mâni olur[129]. Zira taraflardan birinin uzmana ücret ödemesi ve uzmanın, davanın iki yanı arasındaki hukukî uyuşmazlık hakkında görüşünü beyan etmesi sebebiyle, kanaatimizce burada açık bir menfaat çatışması vardır. Bu noktada ileri sürülen görüşlerin bilimsel olabilmesi için elzem olan tarafsızlık ve bağımsızlık özelliklerinin örselendiği açıktır. Kaldı ki tam tersi görüş benimsenirse bu ihtimalde avukatın davada sunduğu dilekçelerde serdedilen görüşlerin de bilimsel görüş olarak kabulü gerekir[130]. Nitekim tespit edebildiğimiz kadarıyla Yargıtay da, hâkimin doğrudan bilimsel mütalâada ileri sürülen görüşlere dayanarak karar veremeyeceğini[131] ve uzman görüşünün bilirkişilere incelettirilebileceğini teyit ederek kanaatimize yakın bir tutum sergilemektedir[132].

Özetle hâkim, uzman görüşünde savunulan görüşleri değerlendirmeli ve neden benimseyip benimsemediğini gerekçeli bir şekilde izah etmelidir. Bu bakımdan tarafsız ve objektif biçimde kaleme alınmış uzman görüşü, uyuşmazlık taraflarının davalarının başarıya ulaşabilmeleri bakımından büyük önemi haizdir. Ancak uzman görüşünün bu niteliği, onun TMK m. 1/III anlamında "*bilimsel görüş*" olarak kabülü sonucunu doğurmaz. Bir başka ifadeyle, hâkimin karar verirken yararlanacağı "*bilimsel görüşler*", uzman görüşlerinde yer almaz.

Bir uyuşmazlığın çözümünde sunulan bilimsel mütalâaların haricinde, yazarların menfaat bağlantılarını tespit edebilmek ve ileri sürdüğü görüşlerin bağımsız olup olmadığını anlayabilmek oldukça güçtür[133]. Herkesin belirli bir menfaat gereği yazdığı söylenebilir[134]. Günümüzde özellikle bazı bilimsel dergilerde yazarların çıkar çatışmalarını ve aldıkları finansal destekleri bildirmelerinin istenmesi bilim etiği bakımından olumlu bir gelişmedir[135]. Anılan güçlüklere rağmen mahkemeler, bilimsel görüşlerin ileri sürülme güdüsünü de tespit edebildikleri ölçüde dikkate almalıdır[136].

---

[129] BGE 119 Ia 399 E 5c/bb: "*Die von all dem abweichende, sich auf das ins Recht gelegte Gutachten von MEIER-HAYOZ/ ZULLIGER abstützende Meinung der Beschwerdeführerin vermag Art. 667 Abs. 1 ZGB nicht in anderem Licht erscheinen zu lassen.*". krş Narbay ve Özbay (n 14) 137, 139.

[130] krş Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (n 128) 426.

[131] Yargıtay 7 HD, 1848/2419, 12.06.2009: "*… alınan "Bilimsel Mütalaa" başlıklı raporun bilirkişi raporu olarak değerlendirilemeyeceği gözardı edilerek …*". Aynı doğrultuda bkz Atalay (n 124) 1960. Bu bakımdan krş Yargıtay 14 HD, 6969/1836, 08.03.1983. Anılan kararın gerekçesinde, Yargıtay'ın emsal kararlarının yanı sıra başka bir daire nezdindeki davada sunulmuş uzman görüşünden de istifade edilmiştir.

[132] Yargıtay 15 HD, 1387/2553, 24.09.2020: " *HMK'nın 293. maddesi hükmünce dava konusu olay ile ilgili alınacak uzman görüşünün değerlendirileceği, hukuki konuda bilirkişi incelemesi yaptırılması mümkün olmadığından hukuki konuda alınan uzman görüşünün bilirkişiye tevdi edilerek bilirkişilerce değerlendirmeye tabi tutulmamasında isabetsizlik bulunmamasına, …*". Aynı doğrultuda bkz Atalay (n 124) 1959; Pekcanıtez (n 124) 399.

[133] Schmid (n 22) 194.

[134] Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 229b; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 479; Schmid (n 22) 194, 201, 204.

[135] Aynı yönde bkz Schmid (n 22) 202, 204.

[136] Schmid (n 22) 202, 204; Rusch (n 110) 1137; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 479. Bu bakımdan krş BGE 137 III 20-21 E 2.4: "*… worin unter Mitwirkung des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen die in der Beschwerdeschrift vertretene Argumentation aufgenommen wird.*"

E. Bilimsel Görüşlerin "Teyit Edilmiş" Olması

TMK m. 1/III hükmünde "*bilimsel görüşler*" kavramının kullanmasıyla yetinilirken Art. 1/III ZGB hükmünde ilaveten "*bewährt*" sıfatı da kullanılmıştır[137]. Anılan sözcük; teyit edilmiş, doğrulanmış, tecrübe edilmiş, kendini ispat etmiş, denenmiş gibi anlamlara sahiptir[138]. Bu bakımdan Art. 1/III ZGB hükmü esasen "*teyit edilmiş bilimsel görüşler*"den bahsederek bilimsel görüşlerin kapsamını sınırlandırmıştır[139]. TMK m. 1/III hükmünün, mehaz düzenleme ile aynı doğrultuda anlaşılması gerektiği ve burada kastedilenin teyit edilmiş bilimsel görüşler olduğu tereddütsüzdür[140]. Özetle hâkim; her türlü bilimsel görüşü değil, sadece teyit edilmiş bilimsel görüşleri (*bewährte Lehre*, *la doctrine éprouvée*) dikkate almakla yükümlüdür[141].

F. "Teyit Edilmiş" Bilimsel Görüşlerin Tespiti

Bilimsel görüşün "*teyit edilmiş*" kabul edilebilmesi için hangi nitelikleri taşıması gerektiği, kanun koyucu tarafından düzenlenmemiştir. Dolayısıyla TMK m. 1/III çerçevesinde teyit edilmiş bilimsel görüşlerden ne anlaşılması gerektiği, yine bilimsel görüşlerden hareketle ortaya konulabilir. Öğretide, teyit edilmiş bilimsel görüşün

---

137 Hükmün Fransızca metni, Almanca ifadeden farklı olarak sadece "*bilimsel görüşler*"den bahsetmektedir. Fransızca metnin, bilimsel görüşlerin "*teyit edilmesinden*" bahsetmediği yönünde bkz Dürr (n 2) Art 1 N 566; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 443. Hükmün doğru anlamını Almanca ve İtalyanca metinlerin verdiği yönünde bkz Schmid (n 22) 191 dn 3; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 443; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 228; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 477. Türk kanun koyucusunun MK'yi hazırlarken ZGB'nin Fransızca metnini esas aldığı yönünde bkz İmre (n 7) 98-99, 103; Tekinay (n 43) 32; Antalya ve Topuz (n 28) N 156; Oğuzman ve Barlas (n 77) N 94; Dural ve Sarı (n 28) N 146; Altaş ve Döngül (n 113) 173; Serozan, Medeni (n 82) I § 3 N 7; Arzu Oğuz, 'Türk Medenî Hukuku'nun Gelişim Çizgisi ve Karşılaştırmalı Hukukun Rolü' (2006) 55(1) AÜHFD 195, 200-202. Kanaatimizce; bu sebeple Almanca metinde yer alan "*teyit edilmiş*" sıfatı MK m. 1/II hükmüne alınamamıştır. Bu bakımdan krş Schwarz (n 3) 56 dn 1. Her ne kadar TMK'nin kaleme alınmasında ZGB'nin Almanca metninden istifade edilmişse de bu hususta bir değişikliğe gidilmediği görülmektedir. Oysaki TMK m. 3, 23, 49 hükümlerinin gerekçelerinde ilgili hükümlerin Almanca metinlerinin esas alındığı açıkça belirtilmiştir. Kanun koyucunun, Kanun'un kanaatimizce en önemli hükmü olan m. 1 hükmü bakımından da Almanca metni tetkik ettiği şüphesiz gözükmektedir. Buna rağmen TMK m. 1/III hükmünün ifadesinde bu minvalde bir değişiklik yapılmaması izaha muhtaçtır.

138 Benzer şekilde bkz Egger (n 28) Art 1 N 44; Özsunay (n 51) 212; Dural ve Sarı (n 28) N 906; Akyol (n 82) 318; Edis (n 41) 223; İmre (n 7) 205 dn 3, s. 213; Köprülü (n 4) 126 dn 73; Oğuzman ve Barlas (n 77) N 412; Antalya ve Topuz (n 28) N 1212; Pfaffinger (n 2) Art 1 N 9; Middendorf and Grob (n 1) Art 1 N 14; Dürr (n 2) Art 1 N 560; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 96; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 435 ff. Bilimsel görüşlerin ancak "*richtig*" ve "*wahr*" olması hâlinde hukuk kaynağı olabileceği yönünde bkz Huber, Lehre (n 2) 46.

139 Fritz Dolder, '*Rezeption und Ablehnung wissenschaftlicher Lehrmeinungen in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zum Obligationenrecht 1881-1980*' (DPhil thesis, University of Basel 1986) 25; Forstmoser and Vogt (n 8) § 16 N 65; Huber, Lehre (n 2) 50; Oğuzman ve Barlas (n 77) N 412. krş Gmür (n 25) 120. İtalyanca metnin, Almanca metne benzediği; ancak Fransızca metnin bunlardan ayrıldığı yönünde bkz Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 477. Almanca ve İtalyanca metnin daha doğru olduğu ve esas alınması gerektiği hususunda bkz Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 228. İtalyanca metnin "*autorevoli*" kelimesiyle, bilimsel görüşün geniş ölçüde savunulmasını, yani öğretide hâkim görüş olmasını aradığı doğrultusunda bkz Honsell (n 2) Art 1 N 38. Hem Fransızca hem İtalyanca metnindeki anlamın, "*bewährt*" sıfatını içermediği hakkında bkz Schwander (n 2) Art 1 N 9. Fransızca metnin "*bewährt*" sözcüğünün anlamını içermediği doğrultusunda bkz Meier-Hayoz, Richter (n 8) 106 dn 9; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 435; Middendorf and Grob (n 1) Art 1 N 14; Özsunay (n 51) 212. Fransızca metnin kullandığı "*des solutions consacrées par la doctrine*" ibaresinin "*doktrin tarafından teyid edilen çözüm*" anlamına geldiği hakkında bkz Oğuzman ve Barlas (n 77) N 412.

140 Edis (n 41) 223; İmre (n 7) 205, 213 dn 3; Köprülü (n 4) 124; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 51) 140.

141 Reichel (n 17) 333; Werro (n 42) Art 1 N 50; Dolder (n 141) 25; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 43) § 5 N 39; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 96; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.212; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 435; Pfaffinger (n 2) Art 1 N 9; Dürr (n 2) Art 1 N 541; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 272; Gmür (n 25) 120; Forstmoser and Vogt (n 8) § 2 N 140; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 477; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 106; Schmid (n 22) 193; Oğuzoğlu (n 3) 151; Dural ve Sarı (n 28) N 906.

çeşitli özelliklerinden bahsedilmektedir[142]. Aşağıda öncelikle, tek başına bilimsel görüşün teyit edilmiş olmasını sağlamayan, fakat bu hususta emare teşkil eden birtakım belirtiler zikredilmiş; daha sonra teyit edilmiş bilimsel görüşün özellikleri üzerinde durulmuştur.

1. Bilimsel Görüşün Teyit Edilmiş Olduğunu Gösterebilecek Emareler

a. Bilimsel Görüşün Öğretide Hâkim Olması

Bilimsel bir görüşün öğretide hâkim olması veya çoğunluk tarafından benimsenmesi, tek başına onun teyit edilmiş olduğu anlamına gelmez[143]. Bir başka ifadeyle, hâkim görüş ile teyit edilmiş görüş kavramları birbirinden farklıdır[144]. Bu bakımdan görüşün egemen olması ve çok sayıda kişi tarafından ileri sürülmesi, onun teyit edilmiş olduğu hususunda hâkim nezdinde sadece bir emare teşkil edebilir[145].

Hâkim, egemen görüşleri de tıpkı diğer görüşler gibi kritik bir değerlendirmeden geçirir ve ancak bunların doğrulanmış olduğuna karar verirse dikkate alabilir[146]. Dolayısıyla hâkim, gerekli incelemeyi yapmaksızın ve teyit edilmiş olduğuna kanaat getirmeksizin baskın görüşe dayanamaz[147]. Öğretideki azınlık görüşün, çoğunluk fikrine kıyasla daha ikna edici ve makul olması sebebiyle teyit edilmiş olarak

---

[142] Bilimsel görüşün teyit edilmesini maddî (*sachlich*, *inhaltlich*) ve şahsî (*persönlich*) olmak üzere iki açıdan inceleyen anlayış için bkz Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 229 ff; Schmid (n 22) 198 ff.

[143] Werro (n 42) Art 1 N 50; Dürr (n 2) Art 1 N 565; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 107; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 479; Forstmoser and Vogt (n 8) § 16 N 67; Riemer (n 9) § 4 N 159; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 272; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 229a; Schmid (n 22) 199; Antalya ve Topuz (n 28) N 1213; Akyol (n 82) 319; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.213; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 438; Kramer (n 3) 290-291. Hâkim görüşün, özellikle bilimsel mütalaâlarda ileri sürülen görüşler neticesinde teşekkül etmesi hâlinde bu durumun söz konusu olduğu yönünde bkz Schmid (n 22) 199; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 479; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 229a. Öğretideki görüşlerin tamamının ya da çoğunluğunun mutat bir hukukî soruna aynı çözümü önermesi hâlinde hâkim görüşün teyit edilmiş niteliğinin açık olduğu yönünde bkz Dürr (n 2) Art 1 N 563.

[144] Kramer (n 3) 291; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 107. Bu hususta krş Höhn (n 14) 413; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 51) 140.

[145] Gmür (n 25) 120; Dolder (n 141) 25 dn 4; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 479; Dürr (n 2) Art 1 N 563; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 97; Schmid (n 22) 199, 203; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 107; Honsell (n 2) Art 1 N 38; Dural ve Sarı (n 28) N 906; Kramer (n 3) 290; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.213; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 438; Özsunay (n 51) 212; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 272; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 479; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 43) § 5 N 40; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 229a. krş Forstmoser and Vogt (n 8) § 2 N 140; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 51) 140. Anılan bilimsel görüşlerin hâkim nezdinde özel bir ağırlığınının bulunduğu yönünde bkz Oğuzman ve Barlas (n 77) N 412. Görüşü savununların sayısından ziyade bunların itibarının önemli olduğu yönünde bkz Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 97; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 107; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 439.

[146] BGE 121 III 143 E 1a ("*Die Lehre ist sich einig darüber, ... Auch wenn diese Lehre nicht als Rechtsquelle gilt, ist sie - entgegen den in den Vernehmlassungen geäusserten Auffassungen - zu berücksichtigen, wenn sich deren Übernahme sachlich rechtfertigt.*"); Dürr (n 2) Art 1 N 563; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 107; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 97; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 479; Kramer (n 3) 290-291; Schmid (n 22) 199; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 229a; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 438; Gauch, Argumente (n 82) 96. Bilim insanlarının ortak kanaatinin (*communis opinio doctorum*) dahi doğrudan teyit edilmiş olarak kabul edilemeyeceği, öncelikle kritik bir eleştiriye tâbi tutulması ve sunulan aksi görüşlere karşı gerekçelendirilmesi gerektiği yönünde bkz Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 272; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 97; Gmür (n 25) 121; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 107. Bununla birlikte bilim insanlarının ortak kanaatinin, çok nadiren de olsa mahkemelerce doğrudan teyit edilmiş bilimsel görüş olarak kabul edildiği hususunda bkz Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 438. Art. 1/III ZGB hükmünün Almanca metnine göre bilimsel görüşün, öğretideki hâkim görüş olmasının yeterli olmadığı, aynı zamanda ikna edici de olması gerektiği yönünde bkz Honsell (n 2) Art 1 N 38.

[147] Buna rağmen uygulamada mahkemelerin, sıklıkla hâkim görüşe dayanarak karar verdiği yönünde bkz Schmid (n 22) 199.

değerlendirilmesi mümkündür[148]. Bir başka deyişle; bir görüşün azınlıkta kalması onun mahkeme kararlarında dikkate alınmamasına sebep olmayacağı gibi hâkim olması da mutlaka esas alınacağı anlamına gelmez. Kaldı ki azınlık görüşün, zaman içerisinde yaygınlık kazanarak hâkim görüş hâline gelmesi de mümkündür[149]. Hâkim; teyit edilmiş olmak kaydıyla -çoğunluk veya azınlık görüşü olduğu fark etmeksizin- her türlü görüşe dayanabilir[150].

b. Bilimsel Görüşü Savunan Yazarların Alanlarında Saygın Olması

Bilimsel görüşü ileri süren yazarın itibarı, saygınlığı ve bilimsel yetkinliği ya da eserinin önemi tek başına bilimsel görüşün teyit edilmesini sağlamaz[151]. Bununla birlikte anılan hususlar, savunulan görüşün teyit edilmiş olduğu hususuna emare teşkil eder[152]. Gerçekten de çalışmalarını belirli bir alanda yoğunlaştıran bilim insanları, o alanda uzmanlaşır ve önemli noktaları gözden kaçırmaları zorlaşır[153]. Bir yazarın bu şekilde belirli bir alanda bilgisini derinleştirmesi, görüşlerinin teyit edilmiş olduğu hususunda bir emare teşkil edebilir[154]. Bu bakımdan mahkemeler, görüşü ileri sürenin bilimsel itibarını da göz önünde tutarlar[155]. Örneğin; İsviçre Federal Mahkemesi bazı kararlarında görüşü ileri sürenin bilimsel alandaki yetkinliğini özellikle ifade etmiştir[156]. Ancak hâkim; bilim insanı, alanında ne kadar saygın ve yetkin olursa olsun savunduğu bilimsel görüşü TMK m. 1/III düzenlemesi çerçevesinde bağımsız bir şekilde değerlendirmeksizin kararlarında esas alamaz[157].

---

148 Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 438; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 107; Serozan, Medeni (n 82) I § 4 N 24; Schmid (n 22) 199; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 229a; Serozan, Yöntem (n 82) N 83; Oğuzman ve Barlas (n 77) N 412. Bu bakımdan krş Antalya ve Topuz (n 28) N 1211; Altaş ve Döngül (n 113) 240.

149 Akyol (n 82) 319. Bu bakımdan özellikle mahkeme kararlarında muhalefet şerhi yazılmasının büyük önem arz ettiği yönünde bkz Akyol (n 82) 318-319.

150 Meier-Hayoz, Richter (n 8) 107; Akyol (n 82) 319; Serozan, Medeni (n 82) I § 4 N 24. krş Antalya ve Topuz (n 28) N 1211.

151 Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 97; Riemer (n 9) § 4 N 159; Schmid (n 22) 200-201; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 272; Dürr (n 2) Art 1 N 565; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 479; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 439; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.213; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 43) § 5 N 40. krş Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 51) 140.

152 Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.213; Gmür (n 25) 120-121; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 43) § 5 N 40; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 439. krş Forstmoser and Vogt (n 8) § 2 N 140.

153 Schmid (n 22) 200-201.

154 Schmid (n 22) 201. Bir görüşü savunan yazarların sayısından ziyade bunların itibarının önemli olduğu yönünde bkz Meier-Hayoz, s. 107; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 439.

155 Schmid (n 22) 200; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 272 Anm. 307; Kramer (n 3) 290; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 439.

156 İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 120 II 220 E 3d kararında "*Gauch, lequel fait autorité dans le domaine du droit de la construction ...*" ("*İnşaat hukuku alanında otorite olan Gauch ...*") ifadesini kullanmıştır. Bu hususta ayrıca bkz Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 479; Schmid (n 22) 192. Ancak ne kadar itibarlı olursa olsun bir yazarın, tek başına doktrin anlamına gelmeyeceği yönünde bkz Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 439; Gmür (n 25) 120-121; Wolfgang Wiegand, 'Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1994: Obligationenrecht' (1996) 132 (4) ZBJV 319, 328-329. İsviçre Federal Mahkemesi'nin anılan kararında bir yazardan bu şekilde bahsetmesinin ve bir mahkeme kararında böyle bir tespite yer verilmesinin uygun olmadığı yönünde bkz Wiegand (n 158) 328. Yazar; mahkemenin, yazarların isimlerini değil, görüşlerini değerlendirmesi gerektiğini isabetli bir şekilde vurgulamaktadır. Bir görüşü savunan yazar ne kadar ünlü olursa olsun bu durumun, görüşünün mahkemece körü körüne esas alınabileceği anlamına gelmediği yönünde bkz Meier-Hayoz, Richter (n 8) 107; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 439.

157 Wiegand (n 158) 328-329; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 97; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 479. Anglo-Sakson hukukunda mevcut "*books of authority*" kavramının, İsviçre (ve doğal olarak Türk) hukukunda yerinin olmaması nedeniyle, herhangi bir bilimsel görüşün eleştirel bir şekilde değerlendirilmeksizin teyit edilmiş olduğuna karar verilemeyeceği yönünde bkz Meier-Hayoz, Richter (n 8) 107.

c. Bilimsel Görüşün Köklü Olması

Bilimsel görüşün teyit edilmiş olarak kabul edilmesi bakımından görüşün köklü olması, yani ileri sürülmesinin üzerinden uzun bir zaman geçmesi belirleyici değildir[158]. Bu bakımdan bir görüşün, öğretide uzun zamandır mevcut olması, hâkim görüş olarak kabul görmesi veya itirazla karşılaşmaması teyit edilmiş olması anlamına gelmez[159]. Bununla birlikte anılan niteliklerin varlığı, bu hususta bir emare teşkil edebilir[160]. Ancak esas önemli olan hâkimin karar verdiği anda bilimsel görüşlerin ikna edici gözükmesidir[161].

2. Teyit Edilmiş Bilimsel Görüşün Nitelikleri

Bilimsel görüşün çoğunluk tarafından savunulması, itibarlı yazarlarca desteklenmesi veya köklü bir tarihinin bulunması bilimsel görüşün teyit edilmiş olduğuna sadece emare teşkil eder. Şu hâlde anılan özellikleri taşımayan bilimsel görüşlerin de teyit edilmiş olarak kabul görmesi mümkündür. Açık bir şekilde ifade etmek gerekirse; öğretide çok taraftarı bulunmayan, destekçileri yüksek bir itibara sahip olmayan veya yeni ileri sürülmüş bilimsel görüşler de aşağıda belirtilmiş özellikleri sahip olmak kaydıyla "*teyit edilmiş*" olarak kabul edilebilirler[162].

"*Teyit edilmiş*" olmak; bilimsel görüşün nesnel olarak doğru, maddî açıdan haklı, değerlendirilebilir ve isabetli gerekçelere sahip olması anlamına gelir[163]. Keza bilimsel

158 Egger (n 28) Art 1 N 44; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 272; Forstmoser and Vogt (n 8) § 16 N 66; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 97; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 437; Riemer (n 9) § 4 N 159, 168; Özsunay (n 51) 214; Antalya ve Topuz (n 28) N 1213; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.213; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 479; Dolder (n 141) 25. Üzerinden belirli bir süre geçmesinin bilimsel görüşün teyit edilmesi anlamına gelmeyeceği, belirleyici olanın onun niteliği olduğu ve bu bakımdan altına benzetilebileceği yönünde bkz Reichel (n 17) 347-348.

159 Schwander (n 2) Art 1 N 9; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 437; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 229a; Forstmoser and Vogt (n 8) § 16 N 66; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 97; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.213. Yargı kararları bakımından krş Saymen (n 14) 108.

160 Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 229a; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 436 ff. Bilimsel görüşün çok uzun zamandır itirazsız bir şekilde kabul edilmesinin önemli olduğu yönünde bkz Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 272. Zürih İş Mahkemesi ise 2017 yılında verdiği bir kararında (Arbeitsgericht Zürich, 3. Abteilung, Nr. AH 170103 Urteil vom 13. September 2017 III.4.3. S. 11/12), 1995 yılında öne sürülmüş bir bilimsel görüşün, yirmi iki yıl içerisinde eskidiğini ve bu sebeple esas alınamayacağını belirtmiştir: "*Die von der Beklagten zitierte Lehrmeinung von Balsiger aus dem Jahr 1995 scheint damit überholt (Christoph Balsiger, Die Abgangsentschädigung, Zürich 1995, S. 165). … Angesichts der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre kann darauf nicht abgestellt werden.*"

161 Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 479.

162 Akyol (n 82) 319; Dürr (n 2) Art 1 N 561; Dural ve Sarı (n 28) N 906; Serozan, Yöntem (n 82) N 83; Edis (n 41) 223; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 437, 438; Gmür (n 25) 121; Narbay ve Özbay (n 14) 138-139. krş Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 51) 140.

163 BGE 121 III 143 E 1a; Egger (n 28) Art 1 N 44; Dürr (n 2) Art 1 N 560; Riemer (n 9) § 4 N 159, 168; Kramer (n 3) 289-290; Dolder (n 141) 25; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 437 ff; Huber, Lehre (n 2) 50 ("*Es gilt als bewährt, was wahr ist in dem beschriebenen allgemeineren, den Rechtssätzen und ihrer Beurteilung entsprechenden Sinne.*"); Dural ve Sarı (n 28) N 906; Antalya ve Topuz (n 28) N 1198, 1214; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 272; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.213; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 229a; Schmid (n 22) 199; Serozan, Yöntem (n 82) N 83. Bilimsel görüşün gerekçesinin özenli olmasının görüşün teyit edilmesini sağlayabileceği, yüzeyselliğinin ise buna engel olacağı yönünde bkz Schmid (n 22) 199-200. İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 121 III 143 E 1a kararında ("*Die Lehre ist sich einig darüber, … Auch wenn diese Lehre nicht als Rechtsquelle gilt, ist sie - entgegen den in den Vernehmlassungen geäusserten Auffassungen - zu berücksichtigen, wenn sich deren Übernahme sachlich rechtfertigt.*") bilimsel bir görüşün teyit edilmiş olup olmadığına maddî açıdan haklılığını inceleyerek karar vermiştir. Bu doğrultuda bkz Antalya ve Topuz (n 28) N 1215.

görüş; güvenilir, tutarlı ve somut olay bakımından ikna edici olmalıdır[164]. Ayrıca bilimsel görüşlerin adil, amaca uygun ve uygulanabilir olması gerekir[165]. Öğretide, bilimsel görüşün teyit edilmiş olması bakımından öncelikle en yüksek mahkeme tarafından kabul edilmesi[166] veya hukuk yöntembilimi tarafından kabul edilmiş ilkelerle uyumlu olması[167] gibi başka unsurları arayan yazarlar da vardır. Şüphesiz bir bilimsel görüşün teyit edilmiş olup olmadığına karar verecek merci mahkemedir[168].

G. Bilimsel Görüşlerin Niteliği

Hukukun kaynakları, TMK m. 1/II hükmünde üç kademeli olarak sayılmıştır[169]. Anılan düzenlemede yer bulamaması sebebiyle bilimsel görüşlerin –tıpkı yargı kararları gibi– hukuk kaynağı olmadığı açıktır[170]. Nitekim öğretide, teyit edilmiş bilimsel görüşlerin hâkime yardımcı bir araç (*Hilfsmittel*) olduğu ağırlıklı olarak kabul görmektedir[171].

[164] Hrubesch-Millauer (n 85) Art 4 N 347; Pfaffinger (n 2) Art 1 N 9; Forstmoser and Vogt (n 8) § 2 N 140; Dürr (n 2) Art 1 N 541, 560, 564; Werro (n 42) Art 1 N 50; Schwander (n 2) Art 1 N 9; Riemer (n 9) § 4 N 159, 168; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 229a; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 479; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 106; Serozan, Yöntem (n 82) N 83; Edis (n 41) 223; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 436, 438; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.213; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 272; Kramer (n 3) 285; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 43) § 5 N 40; Schmid (n 22) 198-199, 203; Dural ve Sarı (n 28) N 906; Antalya ve Topuz (n 28) N 1198. Ek olarak bilimsel görüşü ileri süren yazarın da ikna edici olması gerektiği yönünde bkz Kramer (n 3) 285. İkna edicilik bakımından ayrıca bkz Kramer (n 3) 289-290. Hâkimin müphem bilimsel görüşleri esas alamayacağı yönünde bkz Middendorf and Grob (n 1) Art 1 N 14.

[165] Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.215; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 43) § 5 N 40; Antalya ve Topuz (n 28) N 1216; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 272; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 229a; Schmid (n 22) 198, 203; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 436; Dürr (n 2) Art 1 N 560. Kanunda hüküm bulunması (TMK m. 1/I) ile kanun boşluğu (TMK m. 1/II) hâllerinde hâkimin, bilimsel görüşün teyit edilmiş olduğuna karar verebilmek için farklı kıstasları dikkate alacağı yönünde bkz Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 96-97. Yazarlara göre ilk hâlde bilimsel görüşün kanunun özü ile uyumlu olması yeterliyken kanun boşluğu hâlinde hâkim, bilimsel görüşün adil olmasını, maddî açıdan uygun olmasını, amaca uygun olmasını ve hukukî güvenliği teşvik etmesini arar. Kanunun yorumlanmasında önerilen çözümün; kanunun lafzı, amacı, sistematiği ve hazırlık çalışmaları ile uyum içerisinde olması gerektiği hususunda bkz Schmid (n 22) 199.

[166] Kramer (n 3) 291.

[167] Schmid (n 22) 198-199; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 229a. Bu bakımdan bilimsel görüşün, hukuk ve ekonomi düzeni ile bütünleşme yeteneğinin zikredilmesi için bkz Kramer (n 3) 289.

[168] Gauch, Schluss (n 65) 226; Gauch, Argumente (n 82) 96.

[169] Huber, Erläuterungen (n 1) 38; Bucher (n 3) 434.

[170] Egger (n 28) Art 1 N 44; Tekinay (n 43) 78; Edis (n 41) 224; İmre (n 7) 204; Antalya ve Topuz (n 28) N 1188; Köprülü (n 4) 124; Bucher (n 3) 434. Azınlık görüşün, Art. 1/III ZGB hükmünde geçen "*Er folgt*" ifadesine dayanarak bilimsel görüşlerin bir hukuk kaynağı olduğunu ileri sürdüğü yönünde bkz Edis (n 41) 224.

[171] Egger (n 28) Art 1 N 44; Oğuzoğlu (n 3) 151-152; Ataay (n 94) 100, 128; Antalya ve Topuz (n 28) N 1188, 1191; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 51) 138; Özsunay (n 51) 212; Edis (n 41) 222, 224; Huber, Lehre (n 2) 37; Bucher (n 3) 433-434; Schmid (n 22) 191-192, 203; Kramer (n 3) 285-286; Riemer (n 9) § 4 N 156; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 102-104; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 98; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 2, 30, 480; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 10, 442; Oğuzman ve Barlas (n 77) N 395, 414; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 218, 231; Saymen (n 14) 114; Tekinay (n 43) 78; Akyol (n 82) 314; İmre (n 7) 204; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 270, 275; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 43) § 5 N 39; Forstmoser and Vogt (n 8) § 2 N 139, § 5 N 19, § 15 N 168, § 16 N 4; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.206; Gauch, Gesetzgebung (n 43) 11; Amstutz (n 25) 246. Bilimsel görüşlerin "*ikinci derecede kaynak*" olarak anılması için bkz Akyol (n 82) 296, 314. Bilimsel görüşlerin tamamlayıcı hukuk kaynağı (*supplementäre Rechtsquelle*) olarak adlandırılması için bkz Bucher (n 3) 433; Antalya ve Topuz (n 28) N 1188 dn 229. "*Yardımcı yürürlük kaynağı*" şeklindeki adlandırma için bkz Hatemi (n 10) § 6 N 1 vd. "*Yardımcı bilgi kaynağı*" şeklinde anılması için bkz Serozan, Yöntem (n 82) N 81; Serozan, Medeni (n 82) I § 4 N 21. Bilimsel görüşlerin, "*alt yardımcı kaynak*" ("*sub-subsidiäre Rechtsquelle*") teşkil ettiği yönünde bkz Bucher (n 3) 433. "*Şartlı hukuk kaynağı*" (*bedingte Rechtsquelle*) teşkil ettiği yönünde bkz Huber, Lehre (n 2) 53-54. Aksi yönde bkz Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 446. Bilimsel görüşlerin, yardımcı hukuk kaynağı teşkil etmediği yönünde bkz Dural ve Sarı (n 28) N 896-897. Yazarlar; bilimsel görüşlerin kaynak olmadığının açık olduğunu belirtmektedir. Zira yazarlara göre, TMK m. 1/III hükmü –içtihadı birleştirme kararları haricinde– yürürlük kaynağı da değildir. Bu bakımdan krş Hatemi (n 10) § 6 N 1 vd.

ZGB'nin farklı dillerdeki metni sebebiyle hâkimin bilimsel görüşlerden yararlanmasına ilişkin öğretide farklı çıkarımlar yapılmaktadır[172]. Bununla birlikte hâkimin bilimsel görüşleri göz önünde tutma ve dikkate alma yükümlülüğünün (*Berücksichtigungspflicht*) bulunduğu genel olarak kabul etmektedir[173]. Teyit edilmiş bilimsel görüşler yürürlük kaynağı olmadığı için hâkimin, bilimsel görüşleri takip etme (*Befolgungspflicht*) ve onlara uygun şekilde karar verme mecburiyeti yoktur[174]. Nitekim eMK m. 1/II hükmünde hâkimin; bilimsel görüşlerden "*istifade edeceği*", TMK m. 1/III hükmünde ise "*yararlanacağı*" düzenlenmiş olup Türk hukukunda da aynı sonuç kabul görmektedir[175].

Bilimsel görüşler hâkimi, isabetli bir şekilde karar vermek hususunda yönlendirici bir işleve sahiptir; ancak teyit edilmiş bilimsel görüşler dahi hâkimi bağlayıcı etkiye sahip değildir[176]. Hâkim sadece öğretideki görüşleri eleştirel bir biçimde değerlendirerek teyit edilmiş bilimsel görüşün hangisi olduğuna karar verir ve ondan esinlenerek somut uyuşmazlığı çözümler[177]. Dolayısıyla hâkimin sorumluluğu öğretideki görüşleri değerlendirerek teyit edilmiş görüşü tespit etmek ve onu tartışıp değerlendirerek somut olayda verdiği kararda ondan yararlanmaktan ibarettir[178].

[172] Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 440 ff. Her üç dildeki metnin de hakimin en azından bilimsel görüşler (*Lehre*) ile ilgilenmesi ve mesai harcaması gerektiği hususunda bir yükümlülüğü açıkça ortaya koyduğu hususunda bkz Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 440; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 97. Almanca ve İtalyanca metinlerin, –Fransızca metinden farklı olarak– hâkimin bilimsel görüşleri takip etme yükümlülüğünden (*Befolgungspflicht*, *er folgt*, *si attien*) bahsettiği hususunda bkz Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 480; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 230. ZGB'nin yürürlüğe girdiği tarihte salt göz önünde tutma yükümlülüğünün bulunduğu; ancak günümüzde sınırlı bir takip etme yükümlülüğünün mevcut olduğu yönünde bkz Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 98. Fransızca metnin daha doğru olduğundan hareketle hâkimin bilimsel görüşleri göz önünde tutması, dikkate alması gerektiği (*Berücksichtigungspflicht*, *il s'inspire*) yönünde bkz Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 480; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.216; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 230; Dürr (n 2) Art 1 N 538, 566. Farklı dillerdeki metinlere değinmeksizin aynı sonuca ulaşılması için bkz Antalya ve Topuz (n 28) N 1193. Fransızca metnin, Almanca hükmün anlamından daha zayıf olduğu ve İtalyanca metnin de Almanca'ya benzediği yönünde bkz Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 43) § 5 N 39 dn 54. Fransızca metnin, hâkime daha geniş bir serbesti tanıdığı hususunda bkz Meier-Hayoz, Richter (n 8) 103. Fransızca ve İtalyanca metinlerin, Almanca metne göre daha keskin olduğu yönünde bkz Gmür (n 25) 119. Almanca metnin "*er lässt sich anregen*" şeklinde kaleme alınsaydı Fransızca metin ile aynı anlama geleceği; İtalyanca metindeki "*egli si attiene*" ibaresinin ise Almanca "*er hält sich an*" ile karşılanabileceği yönünde bkz Meier-Hayoz, Richter (n 8) 103.

[173] Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 480; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.216; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 230; Antalya ve Topuz (n 28) N 1193; Kramer (n 3) 285; Egger (n 28) Art 1 N 44; Riemer (n 9) § 4 N 159; Özsunay (n 51) 212; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 440 ff; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 480. Kanun koyucunun, Art. 1/III ZGB hükmü ile hâkime bir emir verdiği hususunda bkz Honsell (n 2) Art 1 N 37.

[174] Egger (n 28) Art 1 N 44; Riemer (n 9) § 4 N 159; Özsunay (n 51) 212; Oğuzoğlu (n 3) 151-152; Ataay (n 94) 128; Akyol (n 82) 326; Antalya ve Topuz (n 28) N 1191; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 51) 138; Gmür (n 25) 118-119; Oğuzman ve Barlas (n 77) N 395, 413; Edis (n 41) 224; Dürr (n 2) Art 1 N 566. Hâkimin bilimsel görüşlere uyma ("*befolgen*") yükümlülüğünün bulunmadığı, bilimsel görüşleri takip etmesi ("*folgen*") gerektiği yönünde bkz Huber, Lehre (n 2) 54-55 ("*Er hat sich also mit diesen Quellen auseinanderzusetzen, er kann und darf sie nicht einfach ignorieren, er folgt ihnen, soweit sie bewährt sind.*"); Schmid (n 22) 203; Dürr (n 2) Art 1 N 566.

[175] Tekinay (n 43) 78. MK m. 1/II düzenlemesinde geçen "*istifade eder*" tabirinin, "*istifade edebilir*" şeklinde anlaşılması gerektiği hususunda bkz Ataay (n 94) 100. TMK m. 1/III hükmünün "*yararlanabilir*" değil, "*yararlanır*" şeklinde kaleme alındığı ve bu bakımdan hâkimin bilimsel görüşleri görmezden gelemeyeceği yönünde bkz Oğuzman ve Barlas (n 77) N 414.

[176] Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 442; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 98; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 480; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 275; Werro (n 42) Art 1 N 50; Dürr (n 2) Art 1 N 539; Edis (n 41) 224; Serozan, Medeni (n 82) I § 4 N 19; Altaş ve Döngül (n 113) 239; Saymen (n 14) 114.

[177] Gmür (n 25) 119; Werro (n 42) Art 1 N 50.

[178] Antalya ve Topuz (n 28) N 1191, 1193; Egger (n 28) Art 1 N 44; Oğuzoğlu (n 3) 151-152; Ataay (n 94) 128; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 51) 138; Riemer (n 9) § 4 N 159; Gmür (n 25) 118-119; Akyol (n 82) 326. Hâkimin, öğretideki alelade (teyit edilmemiş) bilimsel görüşlere dayanamayacağı hususunda bkz Dürr (n 2) Art 1 N 539.

Gerekçeli bir şekilde izah etmek şartıyla hâkim, somut uyuşmazlığa ilişkin teyit edilmiş bilimsel görüşe katılabilir veya katılmayabilir[179].

H. Hâkimin Karar Verirken Bilimsel Görüşleri Dikkate Alması

Önüne gelen uyuşmazlığı karara bağlayacak hâkimin, yararlanacağı bilimsel görüşü belirlemek için öncelikle, öğretide o konuya ilişkin ileri sürülmüş görüşlerin tamamını bilmesi veya araştırması, sonrasında ise bunların doğruluğunu incelenmesi gerekir[180]. Anılan sebeple hâkim, karar verirken bilimsel görüşleri görmezden gelemeyeceği gibi sadece anılan görüşleri zikretmekle veya sadece öğretideki egemen görüşü öğrenip onu takip etmekle yetinemez; aksine bunları eleştirel bir biçimde incelemeli ve değerlendirmelidir[181]. Dolayısıyla anılan değerlendirmeler neticesinde hâkim, bilimsel görüşlerden hangisinin isabetli ve teyit edilmiş olduğuna karar verecektir[182]. Ancak bu durum hâkimin, teyit edilmiş bilimsel görüş uyarınca karar vermesi gerektiği anlamına gelmez[183]. Tam tersine hâkimin sadece bilimsel görüşleri tartışma ve değerlendirme yükümlülüğü vardır[184]. Bunun neticesinde hâkim; incelediği görüşlerin birbirlerinden olan farklarını da belirterek[185] esas

[179] Huber, Lehre (n 2) 55; Edis (n 41) 224; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 98; Oğuzman ve Barlas (n 77) N 413; Antalya ve Topuz (n 28) N 1195; İmre (n 7) 214; Riemer (n 9) § 4 N 160.

[180] Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 438; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 103; Reichel (n 17) 345; İmre (n 7) 214; Akyol (n 82) 314, 320 (Yazar, hâkimin adeta örf ve âdet hukukunu araştırdığı gibi bilimsel görüşlerin, önüne gelen uyuşmazlığa nasıl bir çözüm önerdiğini araştırma yükümlülüğünün bulunduğunu belirtmektedir).

[181] Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 229a, 232; Riemer (n 9) § 4 N 159; Forstmoser and Vogt (n 8) § 16 N 55, 67; Schmid (n 22) 203; Reichel (n 17) 345; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 437-438, 442; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 103-104; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 97-98; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 270; Antalya ve Topuz (n 28) N 1191, 1196; İmre (n 7) 214; Gauch, Gesetzgebung (n 43) 12; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 481; Dural ve Sarı (n 28) N 907; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.216; Riemer (n 9) § 4 N 160; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 43) § 5 N 40 [Yazarlar, çarpıcı bir şekilde hâkimin, teyit edilmiş bilimsel görüşü körü körüne takip edemeyeceğinden ("*nicht blindlings folgen*") bahsetmektedir]; İmre (n 7) 214; Akyol (n 82) 320; Schmid (n 22) 198; Altaş ve Döngül (n 113) 240; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 51) 139; Oğuzman ve Barlas (n 77) N 395 dn 225. Bu bakımdan krş Danıştay 6 D, 13112/9098, 12.10.2010: "*Mahkeme kararında belli kişilerin düşünce veya eserlerine atıf yapılması durumunda bazı düşünce ve kişilerin özellikle işaret edilmesi suretiyle yargıçların tarafsız ve objektif düşünceleriyle değil sübjektif düşüncelere dayalı karar verdikleri kanaati oluşabileceği ve bu durumun kararları tartışmaya açık hale getireceği tabiidir. Bu itibarla karara esas alınan düşünceyi atıfla ve dipnotta kişiye ve esere bağlayarak atıflı, dipnotlu bir şekil kullanmak suretiyle makale veya eser biçiminde karar yazılamayacağından, İdare Mahkemesince verilen temyize konu karar mevzuata ve hukuka aykırıdır.*" Anılan kararının haklı bir şekilde eleştirilmesi için bkz Oğuzman ve Barlas (n 77) N 414 dn 228.

[182] Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 478-479.

[183] Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 478; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.216; Forstmoser and Vogt (n 8) § 16 N 55; Schwander (n 2) Art 1 N 9; Dürr (n 2) Art 1 N 184; İmre (n 7) 214; Altaş ve Döngül (n 113) 240; BGE 121 III 143 E 1a. Eğer bir bilimsel görüş, hâkime göre teyit edilmiş (*bewährt*) niteliği haizse hâkimin artık bu görüşten sapamayacağı yönünde bkz Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 443.

[184] Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.216; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 275; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 103; Honsell (n 2) Art 1 N 37; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 440; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 480; Schwander (n 2) Art 1 N 9; Dolder and Buser (n 40) 199; Dürr (n 2) Art 1 N 184, 566; Forstmoser and Vogt (n 8) § 16 N 55; Antalya ve Topuz (n 28) N 1193; İmre (n 7) 214. İsviçre hukukunda ifade olunduğu üzere hâkimin sorumluluğu; "*Befolgungspflicht*" değil, sadece "*Berücksichtigungspflicht*" ve "*Auseinandersetzungspflicht*"ten ibarettir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 125 I 26-29 E 3c kararında kota düzenlemeleri bakımından yaklaşık iki buçuk sayfa boyunca öğretideki görüşleri değerlendirdiği yönünde bkz Forstmoser and Vogt (n 8) § 16 N 63. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1881-2005 yılları arasında borçlar hukuku alanında verdiği kararlarda belirli bir görüşü reddetmek amacıyla yapmış olduğu atıfların, 1881-1890 arasında yaptığı tüm atıfların % 6.83'ünü, 1946-1950 yıllarında % 8.94'ünü, 1971-1980 yıllarında % 7.57'sini oluştururken 2001-2005 arasında % 4.78'e düştüğü yönünde bkz Dolder and Buser (n 40) 205.

[185] Schmid (n 22) 199; Reichel (n 17) 345.

aldığı görüşü, neden kabul ettiğini kararının gerekçesinde doyurucu bir şekilde izah etmelidir[186].

İsviçre hukukunda bilimsel görüşlere atfedilen önem haylî yüksektir ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararları bu bakımdan oldukça zengindir[187]. İsviçre mahkemelerinin hukukî açıdan en tartışmasız meselelere ilişkin verdiği olay kararlarında (*Sachurteil*) dahi bilimsel görüşlere atıf yapmamasının düşünülemeyeceği ifade edilmektedir[188].

Türk hukukunda mahkeme kararlarının, İsviçre hukukundaki kadar yaygın bir şekilde bilimsel görüşlerden yararlandığı maalesef söylenemez[189]. Özellikle eski tarihli Yargıtay kararlarında bilimsel görüşlerden istifade edilirken[190] maalesef günümüzdeki Yargıtay kararlarında bilimsel görüşlerin çoğu zaman dikkate dahi alınmadığı bir gerçektir. Bununla birlikte ilk derece mahkeme kararlarına kıyasla, içtihadı birleştirme ve hukuk genel kurulu kararlarında bilimsel görüşlerden daha sık istifade edildiği görülebilir[191].

I. Bilimsel Görüşlerden Yararlanmamanın Yaptırımı

TMK m. 1/III hükmünde hâkimin bilimsel görüşlerden yararlanacağı ifade edilmiş; ancak herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Baskın görüş; anılan sebeple TMK m. 1/III düzenlemesinin *lex imperfectae* (tam olmayan kanun) teşkil ettiğini savunmaktadır[192]. Hâkimin bilimsel görüşleri dikkate almamasının kanun yollarında dikkate alınacağı ve bu sebeple TMK m. 1/III düzenlemesinin *lex imperfectae* olmadığı da öne sürülmektedir[193].

Hâkimin karar verirken teyit edilmiş bilimsel görüşlerden yararlanmaması, elbette TMK m. 1/III düzenlemesine aykırılık teşkil eder. Bu bakımdan kanun yolu aşamasında üst derece mahkemelerinin, hâkimin vermiş olduğu kararı bozabileceği söylenebilir. Ancak verilmiş karar, sonuç itibarıyla isabetli ise salt teyit edilmiş bilimsel görüşlerden

186 Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 43) § 5 N 40 (Yazarlar, çarpıcı bir şekilde hâkimin adeta hesap verir gibi açıklama yapması gerektiğinden bahsetmektedir); Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 98; Riemer (n 9) § 4 N 160; Akyol (n 82) 320; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 477, 481; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 270; İmre (n 7) 214; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 438. Hâkim, öğretideki baskın görüşe dayansa bile bunu gerekçelendirme zorunluluğunun ortadan kalkmadığı doğrultusunda bkz Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 481; Akyol (n 82) 320.

187 Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 482; Özsunay (n 51) 213; Dürr (n 2) Art 1 N 551. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1881-2005 yılları arasında borçlar hukuku alanında verdiği kararlarda yapmış olduğu atıfları çeşitli istatistik verileri kapsamında değerlendiren son derece ilginç bir çalışma için bkz Dolder and Buser (n 40) 193 ff.

188 Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 482. Yazarlar; BGE 137 III 48 E 1.2.2; BGE 136 III 442 E 3; BGE 136 III 407-408 E 5.4; BGE 136 V 78-79 E 4.1 kararlarını örnek göstermektedir.

189 krş İmre (n 7) 215. Türk ve İsviçre öğretileri ile İsviçre Federal Mahkemesi kararlarından istifade eden bir karar için bkz Yargıtay HGK, 566/69, 09.03.1966 [Özsunay (n 51) 213'ten naklen].

190 Yargıtay İBK, 6/2, T. 27.01.1973.

191 Özsunay (n 51) 213.

192 Egger (n 28) Art 1 N 44; Meier-Hayoz, Richter (n 8) 104; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 441; Gmür (n 25) 119-120; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 481; Dolder and Buser (n 40) 199; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.217; Edis (n 41) 224; Schmid, Lehre, s. 197. krş Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 233; Akyol (n 82) 326; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 51) 138; Narbay ve Özbay (n 14) 138.

193 Dürr (n 2) Art 1 N 570. krş Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 233; Akyol (n 82) 326.

istifade edilmemesi veya alelade bilimsel görüşün sanki teyit edilmiş gibi dikkate alınması sebebiyle bozulmaz[194]. Zira kanun yolu incelemesinde, verilen kararın sonuç itibarıyla isabetli olup olmadığı incelenir. Bununla birlikte hâkim, bilimsel görüşleri dikkate almadığı için yanlış bir karar vermişse böyle bir karar bozulur[195].

Yukarıda yapılan açıklamalara ek olarak hâkimin verdiği kararın gerekçeli olması zorunluluğundan da bahsetmek gerekir[196]. Bu bakımdan hâkimin; önüne gelen somut uyuşmazlığı bilimsel görüşlere dayanarak ve gerekçeli bir şekilde karara bağlaması gerekir[197]. Nitekim Anayasa m. 141/III hükmünde de mahkemelerin her türlü kararının gerekçeli olması gerektiği düzenlenmiştir. Buna ek olarak HMK m. 297/I/c düzenlemesinde hükmün kapsamında bulunması gereken unsurlar arasında gerekçe de sayılmıştır. Gerekçenin sadece şeklen varlığı (*görünürde/zahir gerekçe*) veya yetersiz ve eksik olması, kararın gerekçeli olması zorunluluğunu karşılamaz[198]. Bir kararında Yargıtay, anılan hükmün emrediciliğinden hareketle gerekçe içermeyen alt derece mahkeme kararının bozulmasına hükmetmiştir[199].

---

194 Schmid (n 22) 197. Nitekim İsviçre hukukunda -tespit edilebildiği kadarıyla- hiçbir mahkeme kararının, üst mahkeme tarafından sadece bilimsel görüşleri dikkate almaması sebebiyle bozulmadığı yönünde bkz Dolder and Buser (n 40) 199.

195 Schmid (n 22) 197; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 481; Dürr (n 2) Art 1 N 570; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 233.

196 Hirş (n 54) 182; Tekinay (n 43) 88; İmre (n 7) 206; Oğuzman ve Barlas (n 77) N 416; Karslı (n 124) 701 vd; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (n 128) 432; Yargıtay HGK, 19-1774/1817, 20.12.2000; Yargıtay HGK, 4-1016/757, 24.10.2001; Yargıtay HGK, 11-5/33, 09.02.2005.

197 Bu bakımdan Art. 1/III ZGB hükmünün pratik açıdan önemli bir ikincil etkisi (*Nebeneffekt*) olduğu yönünde bkz Schmid (n 22) 197.

198 Yargıtay HGK, 19-1774/1817, 20.12.2000; Yargıtay HGK, 4-1016/757, 24.10.2001; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (n 128) 196.

199 Yargıtay 15 HD, 1322/3318, 11.07.2019: "*Mahkeme kararları belli bir şekle uygun olarak yazılmalıdır. Kararın nasıl yazılacağı konusundaki şekil 6100 Sayılı HMK'nın 297. maddesinde gösterilmiş olup, bunlar arasında en önemlilerinden biri de kararların gerekçeli olmasıdır. Kararın açık ve gerekçeli olması hukuki dinlenilme hakkının sağlanması açısından önemlidir. Tarafların ileri sürdüğü iddia ve savunmalar ve bunların dayandıkları deliller, kararda tartışılıp gerekçeleri açıklandığı ölçüde karar, hukuk dinlenilme hakkına uygun bir karar olacaktır. İddia ve savunmaların kararda tartışılması, gösterilen delillerin incelenmesi, neden bir kısmının diğerine üstün tutulduğunun belirtilmesi ancak gerekçeyle mümkün olacaktır. Mahkeme kararının gerekçeli olması hususu 6100 Sayılı HMK'nın 297. maddesinde belirtildiği gibi aynı zamanda Anayasa'nın 141. maddesinin de amir hükmü gereğidir. Bu nedenlerle; mahkeme kararları tarafların iddia ve savunmalarının özetini, tarafların anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri mutlaka kapsamalıdır. Gerekçe sayesinde kararların doğru olup olmadığı denetlenebilir. Gerekçesiz bir kararın Yargıtay tarafından denetlenmesi de mümkün değildir. Gerekçe, doyurucu olmalı, kararın neden, nasıl, hangi hukuki gerekçeyle ve hangi deliller değerlendirilmek suretiyle verildiği hususlarını içermelidir. Bu hususları içermeyen kararların gerekçeli olduğundan bahsedilemez. Ayrıca kararda maddi olguların mahkemece nasıl nitelendirildiği, kurulan hükmün hangi nedenlere ve hukuksal düzenlemelere dayandırıldığı ortaya konulmalı, maddi olgular ile hüküm arasındaki mantıksal bağlantı açıklanmalıdır. Tarafların o dava yönünden hukuk düzenince hangi nedenle haklı ya da haksız olduğunu anlayıp değerlendirilebilmeleri ve Yargıtay'ın hukuka uygunluk denetimi yapabilmesi için, ortada, usulüne uygun şeklide oluşturulmuş, hükmün hangi nedenle o içerik ve kapsamda verildiğini ayrıntılarıyla gösteren, ifadeleri özenle seçilmiş ve kuşkuya yer vermeyecek açıklıktaki bir gerekçenin bulunması bu yasal ve Anayasal düzenleme karşısında zorunludur. Aksi halde, kararın gerekçeli olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Yeri gelmişken maddi olgular ile hüküm arasındaki bağlantıyı açıklamayan sadece yapılan yargılamayı özetleyen gerekçenin de yeterli olmadığı ve doktrinde zahir gerekçe (görünürde gerekçe) olarak adlandırıldığı unutulmamalıdır. Tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere tarafların mahkemece hükmün hangi maddi ve hukuki sebebe dayandırıldığını anlayabilmeleri ve Yargıtay'ın kararın usul ve yasaya uygun olup olmadığının denetlenmesi ancak kararın gerekçeli olmasıyla mümkündür. Gerekçesi olmayan ya da görünürde gerekçeli olan kararların Yargıtay'ca denetimi yapılamaz. ... Açıklanan nedenlerle verilen karar, HMK'nın 297/1-c maddesindeki unsurları içermediğinden bu maddenin emredicilik hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Gerekçeli kararın kanundaki unsurları içermemesi, adil yargılanma hakkına ve bu kapsamda kalan gerekçeli karar isteme hakkına aykırıdır. Kanun'un emredici düzenlemesine uygun, yeterli unsurları ve görünürde değil gerçek bir gerekçe içeren, böylece tarafların adil yargılanma hakkını ihlâl etmeyen, temyiz denetimine elverişli bir karar verilmek üzere kararın bozulması uygun bulunmuş ...*"

Bu çerçevede hâkim; teyit edilmiş bilimsel görüşleri göz ardı eder veya alelade bilimsel görüşleri, sanki teyit edilmiş gibi dikkate alırsa TMK m. 1/III hükmüne aykırı hareket etmiş olur[200]. Bu bakımdan verilen hükmün gerekçesiz olması veya yetersiz gerekçe içermesi, dolaylı olarak bilimsel görüşlerin tartışılmamasının ve teyit edilmiş bilimsel görüşün neden benimsediğinin gerekçelendirilmesinin bir sonucu olarak da ortaya çıkabilir[201]. Dolayısıyla görünüşte bir gerekçenin varlığı yeterli olmadığı gibi gerekçenin, doğru ve ikna edici olması gerekir[202]. Bu bakımdan hâkimin kararında bilimsel görüşlerden yararlanması elzemdir. Bu noktada hâkimin vermiş olduğu gerekçeli kararı ile kararının dayandığı esasları izah ederek davayı kaybeden tarafı ikna etmesi ve hukukun objektif olarak uygulandığını göstermesi gerekir.

J. Yargı Kararları ile İlişkisi

TMK m. 1/III hükmündeki diğer yardımcı araç ise yargı kararlarıdır[203]. MK m. 1/II düzenlemesi "*kazaî kararlar*" ifadesini kullanmıştır. Art. 1/III ZGB hükmü yargı kararlarını, "*Überlieferung*" ile ifade etmiş olup İsviçre hukukunda aynı anlama gelmek üzere "*Judikatur*", "*Rechtsprechung*" ve "*Gerichtspraxis*" kavramları da kullanılmaktadır[204]. Bununla birlikte yargı kararlarından ne anlaşılması gerektiği açıkça düzenlenmemiştir[205].

İsviçre düzenlemesi bakımından "*bewährt*" sıfatı, yargı kararlarını da kapsamaktadır[206]. Dolayısıyla hâkim; her türlü mahkeme kararından değil, sadece

---

200 Dürr (n 2) Art 1 N 570.

201 Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.216; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 275; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 442; Oğuzman ve Barlas (n 77) N 416; Karslı (n 124) 701 vd; Pekcanıtez, Atalay ve Özekes (n 128) 432.

202 İmre (n 7) 206. Bununla birlikte kanaatimizce hükmün gerekçe fıkrasının TMK m. 1/III düzenlemesi kapsamında yetersiz olduğu iddiasıyla, HMK m. 305 çerçevesinde hükmün tavzihi yoluna başvurulamaz. Zira mahkeme kararının açıklanması talep edilerek hükmün icrasına engel olabilecek nitelikte müphem ve tereddüt doğuran hususların izahı sağlanabilir.

203 krş Saymen (n 14) 103. Hükümde yargı kararlarının zikredilmesinin çok önemli olduğu; çünkü Kıta Avrupası hukuk sisteminde, yargı kararlarının temelini zaten bilimsel görüşlerin oluşturduğu ve bu bakımdan Kıta Avrupası hukukunun, Anglo-Sakson hukukundan farklı bir tutum sergilediği yönünde bkz Bucher (n 3) 433. İsviçre hukukunda, tıpkı Alman ve Avusturya hukuklarında olduğu gibi bilimsel görüşlere özel bir önem atfedildiği ve bilimsel görüşler ile içtihatlar arasında etkileşim bulunduğu hususunda bkz Kramer (n 3) 286. Anglo-Sakson hukukunda mahkemelerin verdiği kararların, daha alt derecede yer alan mahkemeler tarafından benzer olaylarda aynen uygulandığı yönünde bkz Ataay (n 94) 131. Benzer şekilde bkz Meier-Hayoz, Richter (n 8) 101 dn 2.

204 Forstmoser and Vogt (n 8) § 2 N 100. Fransızca metnin daha dar bir şekilde "*jurisprudence*" kavramını kullandığı yönünde bkz Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 43) § 5 N 38. Benzer şekilde bkz İmre (n 7) 206 dn 5. Yazar; Türk kanun koyucusunun, 1926 yılı öncesine ilişkin mahkeme geleneklerinin dikkate alınması ihtimalini ortadan kaldırmak için özellikle Fransızca metni tercih ettiğini belirtmektedir.

205 Benzer olaylar için daha önceden verilmiş kararlara ("*was für ähnliche Fälle andere schon … entschieden haben*") yargı kararları (*Überlieferung*) dendiği hususunda bkz Huber, Erläuterungen (n 1) 38. Medenî usûl hukuku bağlamında mahkeme kararı kavramına dair ayrıntılı açıklamalar için bkz Derya Belgin Güneş, *Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri* (On İki Levha 2019) 17 vd.

206 Riemer (n 9) § 4 N 156, 168; Pfaffinger (n 2) Art 1 N 9; Middendorf and Grob (n 1) Art 1 N 14; Özsunay (n 51) 213. Bu hususun, ZGB'nin Fransızca ve İtalyanca metinlerinden rahatça anlaşılabildiği yönünde bkz Gmür (n 25) 124. Fransızca ve İtalyanca ifadenin sadece mahkeme içtihatlarından bahsettiği ve teyit edilmiş sıfatını içermediği yönünde bkz Özsunay (n 51) 213. "*Lehre*" kavramının; "*Überlieferung*"un alt ayrımlarından biri olduğu, "*Rechtssprechung*" ve "*Rechtssitte*" ile birlikte "*Überlieferung*"u oluşturduğu yönünde bkz Reichel (n 17) 346. Yargı kararları (*Überlieferung*) hakkında geniş bilgi için bkz Forstmoser and Vogt (n 8) § 16 N 6-53.

teyit edilmiş içtihatlardan yararlanır[207]. Hükümde sadece yargı kararlarından söz edilmesine rağmen öğreti, mahkemelerin (*Gerichtspraxis*) ve idarenin uygulamalarını (*Verwaltungspraxis*) da bu kapsamda değerlendirmektedir[208].

Art. 1/III ZGB ve TMK m. 1/III hükümlerinde önce bilimsel görüşler, sonrasında ise yargı kararları zikredilmiştir. Ancak söz konusu durum, kanun koyucunun anılan araçlar arasında bir öncelik ilişkisi tesis ettiği sonucunu çıkarmaya elverişli değildir[209]. Nitekim bilimsel görüşler ile yargı kararları, hâkim bakımından eşit değerde yardımcı araçlardır[210]. Bununla birlikte uygulamada hâkimler; kanaatimizce görevde yükselme esaslarının da etkisiyle, genellikle mahkeme içtihatlarına dayanmayı yeğlemektedir[211].

TMK m. 1/III hükmünde kastedilen mahkeme kararları; içtihadı birleştirme kararı niteliğinde olmayan ve bu sebeple mahkemeleri doğrudan bağlayıcı etkisi bulunmayan üst derece mahkemelerinin kararlarıdır[212]. Zira içtihadı birleştirme kararları; Yargıtay Kanunu m. 45/V hükmü bağlamında, benzer hukukî konularda mahkemeleri zaten doğrudan bağlayıcı kuvvete sahiptir[213]. Bu bakımdan içtihadı birleştirme kararının terk edilmesi, sadece aksi yönde bir içtihadı birleştirme kararıyla veya mevcut kararın hükme bağladığı hususa ilişkin bir kanun değişikliği ile mümkün olabilir[214].

Keza Yargıtay'ın ilgili hukuk dairesinin verdiği bozma kararına karşı ilk derece mahkemelerinin verdiği direnme kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından da bozulmuşsa artık alt derece mahkemesi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun anılan

[207] Pfaffinger (n 2) Art 1 N 9; Middendorf and Grob (n 1) Art 1 N 14; Schwander (n 2) Art 1 N 9; İmre (n 7) 205; Özsunay (n 51) 213-214; Köprülü (n 4) 124, 126 dn 73. Mahkeme kararının teyit edilmiş olarak nitelendirilebilmesinin, kararın eski olması ile herhangi bir bağlantısı olmadığı yönünde bkz Reichel (n 17) 347: "*Bewährung und Erjährung haben miteinander nichts zu tun: hundert Jahre Überlieferung sind noch keine Stunde Bewährung.*"

[208] Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 43) § 5 N 38; Pfaffinger (n 2) Art 1 N 9; Riemer (n 9) § 4 N 156; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.219; Schwander (n 2) Art 1 N 9; Hrubesch-Millauer (n 85) Art 4 N 347; Dural ve Sarı (n 28) N 909; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 468; Özsunay (n 51) 213; Antalya ve Topuz (n 28) N 1226. "*Überlieferung*" kavramının, hukuk (mahkeme) geleneği anlamını da içerdiği yönünde bkz İmre (n 7) 206 dn 5; Köprülü (n 4) 124.

[209] Honsell (n 2) Art 1 N 38; Forstmoser and Vogt (n 8) § 16 N 5; Kramer (n 3) 285 dn 829; Dürr (n 2) Art 1 N 569. krş Riemer (n 9) § 4 N 163. Olası bir öncelik ilişkisinin, mezkûr kaynakların yardımcı niteliği ile de bağdaşmayacağı yönünde bkz Dürr (n 2) Art 1 N 569.

[210] Honsell (n 2) Art 1 N 38; Forstmoser and Vogt (n 8) § 16 N 5; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.209; Kramer (n 3) 285 dn 829; Dürr (n 2) Art 1 N 569. krş Reichel (n 17) 346.

[211] Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 43) § 5 N 41; Forstmoser and Vogt (n 8) § 16 N 57; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 98; Honsell (n 2) Art 1 N 38; Riemer (n 9) § 4 N 163; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 51) 139. 05.04.2017 tarih ve 675/1 nolu Hâkim ve Savcıların Derece Yükselmesi Esaslarına İlişkin İlke Kararı ile 05.04.2017 tarih ve 675/2 nolu Birinci Sınıfa Ayrılan ve Birinci Sınıf Olan Hâkim ve Savcıların Çalışmalarının Değerlendirilmesi Esaslarına İlişkin İlke Kararı hükümlerinin, görevde yükselme ve başarılı sayılma için aradığı çeşitli kıstaslar arasında kanun yolu değerlendirme formlarındaki notlandırmalar da yer almaktadır.

[212] Werro (n 42) Art 1 N 39; Honsell (n 2) Art 1 N 39; Middendorf and Grob (n 1) Art 1 N 14; İmre (n 7) 204, 206; Hatemi (n 10) § 6 N 3, 5; Akyol (n 82) 332. krş Dural ve Sarı (n 28) N 913.

[213] Tekinay (n 43) 90-91; İmre (n 7) 206-207; Köprülü (n 4) 125; Oğuzman ve Barlas (n 77) N 422; Dural ve Sarı (n 28) N 914; Hatemi (n 10) § 6 N 4; Akyol (n 82) 332; Saymen (n 14) 109; Serozan, Yöntem (n 82) N 80. Anılan kararların hukukî güvenliğe katkı sağladığı hususunda bkz Köprülü (n 4) 125. Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının gerçek yürürlük kaynağı teşkil ettiği yönünde bkz Dural ve Sarı (n 28) N 915. Yargıtay Kanunu'ndan önceki dönemde ise 11.04.1928 tarih ve 1221 sayılı Temyiz Mahkemesi Teşkilatına Dair Kanun m. 8 hükmü, içtihadı birleştirme kararlarına aynı kuvveti vermişti. Bu hususta bkz Ataay (n 94) 128, 131, 133; Saymen (n 14) 109.

[214] İmre (n 7) 206-207, 208-209; Saymen (n 14) 110.

kararına uymak zorunda olup bu husus da TMK m. 1/III hükmünün kapsamı dışında kalmaktadır[215].

İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay, kendi kararlarıyla bağlı değildir[216]. Buna karşın anılan mahkemeler yerleşik içtihatlarından ayrılırken ikna edici ve objektif gerekçelerle bu değişikliği açıklamalıdır[217]. Böylesine doyurucu sebepler yoksa hukukî güvenlik sebebiyle yerleşik içtihadın muhafazası evlâdır[218].

Türk ve İsviçre medenî hukukları arasındaki sıkı irtibat sebebiyle[219], özellikle İsviçre Federal Mahkemesi kararları, TMK m. 1/III çerçevesinde önem arz eder[220]. Ancak TMK m. 1/III hükmünde işaret olunan "*yargı kararları*", sadece Türk mahkemelerine ait olanlardan ibarettir[221]. Bu bakımdan İsviçre Federal Mahkemesi kararlarının, TMK m. 1/III anlamında "*yargı kararları*" olarak değil, "*bilimsel görüşler*" olarak dikkate alınabileceği kabul edilmektedir[222].

Şu hâlde üst derece mahkemelerce verilmiş kararlar; TMK m. 1/III düzenlemesi kapsamında hâkimi, hukuken olmasa da fiilen bağlar[223]. Bu bakımdan hâkim; mevcut içtihatlara uygun karar vermek durumunda olmamakla beraber, özellikle anılan içtihatlardan farklı bir tutum sergileyecekse bu durumu ikna edici ve doyurucu bir şekilde gerekçelendirmeli, uyuşmazlık bakımından benimsediği yeni içtihadın daha doğru olduğunu ortaya koyabilmelidir[224].

---

215 Serozan, Yöntem (n 82) N 79-80. İsviçre hukuku için benzer şekilde bkz Schwander (n 2) Art 1 N 9.

216 Honsell (n 2) Art 1 N 39. Şüphesiz içtihadı birleştirme kararlarının farklı niteliği göz önünde tutulmalıdır.

217 Werro (n 42) Art 1 N 40; Tuor, Schnyder, Schmid and Jungo (n 43) § 5 N 41; Honsell (n 2) Art 1 N 39; İmre (n 7) 206; Dural ve Sarı (n 28) N 913; Antalya ve Topuz (n 28) N 1195; BGE 140 II 342 E 8; BGE 140 V 541 E 4.5; BGE 136 III 8 E 3; BGE 126 III 318 E 4c/bb; BGE 125 III 321 E 7.

218 Honsell (n 2) Art 1 N 39; Riemer (n 9) § 4 N 164; BGE 136 III 8 E 3; BGE 135 III 79 E 10; BGE 133 III 338 E 2.3; BGE 132 III 777 E 4; BGE 128 III 259-260 E 4a/cc; BGE 127 II 292-293 E 3a. Bu hususta İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 88 II 209 ile BGE 90 III 333 kararlarının değerlendirilmesi için bkz Riemer (n 9) § 4 N 165.

219 Bu hususlaki açıklamalar için bkz IV/B/1/b.

220 İmre (n 7) 207, 209; Saymen (n 14) 110.

221 İmre (n 7) 209; Saymen (n 14) 111.

222 İmre (n 7) 209; Saymen (n 14) 111.

223 Honsell (n 2) Art 1 N 39; Saymen (n 14) 104; Akyol (n 82) 332; İmre (n 7) 209; Serozan, Yöntem (n 82) N 81; Serozan, Medeni (n 82) I § 4 N 22; Saymen (n 14) 109-110; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 51) 142. Hâkimlerin terfisinde etkili olan not sisteminin, anılan fiilî bağlılık noktasında büyük payı olduğu yadsınamaz. Anglo-Sakson hukukunda emsal mahkeme kararlarının hâkimi bağladığı hususundaki açıklamalar için bkz Werro (n 42) Art 1 N 40; Saymen (n 14) 106; Özsunay (n 51) 214; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 51) 142. İngiliz hukukunda 1966 yılında Lordlar Kamarası tarafından yayımlanan "*Practice Statement*" ([1966] 1 W.L.R. 1234) ile bu durumun değiştiği doğrultusunda bkz Kramer (n 3) 324 dn 964.

224 BGE 136 III 8 E 3; BGE 127 II 292-293 E 3a; Pfaffinger (n 2) Art 1 N 9; Middendorf and Grob (n 1) Art 1 N 14; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 491; Serozan, Yöntem (n 82) N 80; Serozan, Medeni (n 82) I § 4 N 21. Hâkimin sadece mahkeme içtihatlarından saptığında kararını gerekçelendirmesinin gerektiği, içtihatları esas aldığında böyle bir zorunluluğunun bulunmadığı yönünde bkz Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 98. krş İmre (n 7) 214.

Mahkemelerin verdiği kararlar, olay kararları (*Sachurteile*, *arrêts d'espéce*) ve ilke kararları (*Leitentscheide*, *arrêts de principe*) olarak ikiye ayrılabilir[225]. Somut uyuşmazlığı çözmeye yönelik olan ve bu bakımdan benzer uyuşmazlıkların çözümünde yararlanılabilecek genel bir ilke tesis etmeyen mahkeme kararları olay (olgu) kararı olarak nitelendirilir[226]. İlke (prensip) kararı ise sadece mevcut ihtilafı çözmekle yetinmez ve aynı zamanda benzer hukukî sorunların çözümünde kullanılabilecek genel ilkeleri tespit eder[227]. Nitekim TMK m. 1/III hükmü kapsamında hâkimin yararlanması gereken mahkeme kararlarının, sadece ilke kararları olduğu haklı bir şekilde kabul edilmektedir[228]. Bir başka ifadeyle hâkimin, üst derece mahkemelerinin verdiği ilke kararlarını takip etmesi ve bu kararlarda işaret olunan temel esaslardan yararlanması gerekir. Bununla birlikte hâkimlerin, üst derece mahkemelerinin verdiği olay kararlarına da fiilen uyma eğiliminde olduğu belirtilmektedir[229]. İlke kararlarında ifade edilen, fakat esasen mevcut karar bakımından gerekli olmayan ve önem arz etmeyen detaylar (*obiter dicta*) böyle bir etkiye sahip değildir[230]. Şu hâlde somut kararın verilmesine yol açan esas sebeplerin (*Hauptüberlegungen*, *ratio decidendi*) ve kararın temelini oluşturan hususların dikkate alınması gerekir[231].

Bu noktada gündeme gelen bir sorun ise mahkeme kararlarının kolayca ulaşılabilir ve erişilebilir olmamasıdır[232]. Maalesef Türk hukukunda Yargıtay kararları, İsviçre Federal Mahkemesi kararları gibi ücretsiz ve sistematik bir şekilde internet üzerinden yayımlanmamakta, çeşitli veritabanlarına ücretli üyelik yapılarak kararların sadece bir kısmına ulaşılabilmektedir[233]. Anılan zorluk mahkeme kararlarından yararlanılmasını zorlaştırmakta, bu bakımdan öğretinin, mahkeme kararlarını eleştirmesini ve bu

[225] Gauch, Gesetzgebung (n 43) 14; Saymen (n 14) 104; Oğuzman ve Barlas (n 77) N 424-425; Dural ve Sarı (n 28) N 910. Yargı kararları (*Überlieferung*) hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 483-502; Hürlimann-Kaup and Schmid (n 4) N 234-252; Hofer and Hrubesch-Millauer (n 8) N 02.219-02.234. Mahkeme kararının kural olarak dört bölümden oluştuğu hakkında ve anılan kısımlara dair açıklamalar için bkz Forstmoser and Vogt (n 8) § 2 N 110-114.

[226] Olay kararlarında hâkimin, ne boşluk doldurduğu ne kanun hükmünü yorumladığı yönünde bkz Dural ve Sarı (n 28) N 910.

[227] İlke kararlarında hâkimin, kanun hükmünü nasıl anlaması ya da boşluğu nasıl doldurması gerektiği yönünde bir ilke getirildiği hakkında bkz Dural ve Sarı (n 28) N 911.

[228] Saymen (n 14) 104; Oğuzman ve Barlas (n 77) N 425; Dural ve Sarı (n 28) N 908, 912-913; Antalya ve Topuz (n 28) N 1227; Serozan, Yöntem (n 82) N 79; Serozan, Medeni (n 82) I § 4 N 21. Avukatın, tüm İsviçre Federal Mahkemesi kararlarını ve bilimsel dergilerde yayımlanan makaleleri bilmesinin gerekmediği; ancak genel bir kural olarak İsviçre Federal Mahkemesi'nin yayımlanmış ilke kararlarından haberdar olması gerektiği yönünde bkz BGE 134 III 539 E 3.2.3.3. Aynı yönde bkz Gauch, s. 14. Kanaatimizce Türk hukuku bakımından da avukatın, somut dava ile ilgili hususlarda Yargıtay'ın genel eğilimini bilmesi gerekir.

[229] Dural ve Sarı (n 28) N 910-912.

[230] Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 537 ff; Riemer (n 9) § 4 N 169; Honsell (n 2) Art 1 N 39; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 54; Meier-Hayoz and Ruoss (n 17) 89; Emmenegger and Tschentscher (n 3) Art 1 N 486; Akyol (n 82) 334; Serozan, Yöntem (n 82) N 79; Serozan, Medeni (n 82) I § 4 N 21; BGer 4A_205/2009 E 1.3.1; BGer 8C_609/2012 E 3. Hatta İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 126 III 52 E 2a/bb kararında, daha önceki bir kararındaki *obiter dictum*'un bu niteliğini vurgulayarak tersine karar verdiği yönünde bkz Riemer (n 9) § 4 N 169. *Obiter dicta* örnekleri için bkz Riemer (n 9) § 4 N 170.

[231] Honsell (n 2) Art 1 N 39; Meier-Hayoz (n 4) Art 1 N 531 ff; Riemer (n 9) § 4 N 169; Hausheer and Jaun (n 3) Art 1 N 54; Werro (n 42) Art 1 N 39; İmre (n 7) 205; Akyol (n 82) 333; Serozan, Yöntem (n 82) N 79; Serozan, Medeni (n 82) I § 4 N 21; Saymen (n 14) 104.

[232] Saymen (n 14) 112; İmre (n 7) 210; Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 51) 142.

[233] Sorunun günümüze ilişkin olmadığı, geçmişte de benzer sıkıntıların bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu hususlaki açıklamalar için bkz İmre (n 7) 211-212; Saymen (n 14) 113. krş Akipek, Akıntürk ve Ateş (n 51) 142.

suretle anılan iki yardımcı aracın birbirini geliştirmesini güçleştirmektedir. Bununla birlikte bir kararın yayımlanmış olmasının, onun teyit edilmiş olduğu anlamına gelmediği de vurgulanmalıdır[234].

Sonuç

İsviçre Medenî Kanunu'nun kanunlaştırma çalışmaları incelendiğinde bilimsel görüşlerin, hukuk kaynakları arasında öngördüldüğü anlaşılmaktadır. Gerçekten de ön tasarı ve tasarı metnine göre; kanun ile örf ve âdet hukukunda somut olaya uygulanabilecek bir hüküm yoksa hâkim, üçüncü sıradaki hukuk kaynağı olarak bilimsel görüşlere başvurur. Nedeni net olarak anlaşılamamakla birlikte bilimsel görüşlerin anılan niteliği, redaksiyon komisyonu tarafından değiştirilmiş ve bilimsel görüşler yardımcı araç mertebesine indirilmiştir. Bununla birlikte bilimsel görüşlerin önemsiz olduğu söylenemez. Aksine hâkimin karar verdiği her hâlde, yani TMK m. 1, m. 2/II ve m. 4 kapsamında bilimsel görüşlerden yararlanması gerekir. Ayrıca TMK m. 5 hükmünün atfına istinaden hâkimin; sadece medenî hukuk alanında değil, tüm özel hukuk dallarında karar verirken bilimsel görüşlerden istifade etmesi gerekir.

TMK m. 1/III anlamında bilimsel görüş, sadece hukuk alanında değil, hukuk dışı diğer bilim alanlarında da söz konusu olabilir. Bu noktada karşılaştırmalı hukuk, hukuk tarihi, hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi gibi dallar da dikkate alınır. Bilimsel görüşü ileri sürenin, mutlaka bilimle iştigal etmesi gerekli değildir. Ancak bir görüşün bilimsel olabilmesi, bağımsız ve tarafsız kişilerce ileri sürülmesini gerektirir. Anılan şartın sağlanmaması görüşlerin, bilimsel olmamasına sebebiyet vereceğinden hâkimin bunlardan yararlanabilmesi de mümkün olmaz.

Her ne kadar mehaz düzenleme teyit edilmiş (*bewährt*) bilimsel görüşlerden bahsetmişse de TMK m. 1/III hükmü sadece bilimsel görüşler ibaresini kullanmıştır. Öğretide hükmün, İsviçre düzenlemesine uygun olarak anlaşılması gerektiği ve hâkimin her türlü bilimsel görüşü değil, sadece teyit edilmiş bilimsel görüşleri dikkate alacağı ittifakla kabul edilmektedir.

Kanun koyucu, hangi özellikleri haiz bilimsel görüşlerin teyit edilmiş sayılacağını düzenlememiştir. Bu noktada bilimsel görüşün öğretide hâkim olmasının, köklü bir geçmişinin olmasının ya da taraftarlarının bilim alanında saygın olmasının teyit edilmiş niteliği bakımından emare teşkil ettiği söylenebilir. Tutarlı, sağlam gerekçelere sahip, nesnel olarak doğru, maddî açıdan haklı ve somut olay bakımından ikna edici bilimsel görüş, teyit edilmiştir. Önüne gelen uyuşmazlığı karara bağlayacak hâkim, somut meseleye ilişkin bilimsel görüşleri eleştirel bir şekilde değerlendirmeli, aralarındaki farkları da belirtmek suretiyle anılan görüşlerden hangisinin teyit edilmiş olduğunu gerekçelendirmeli ve ondan istifade ederek uyuşmazlığı çözmelidir. Hâkimin

[234] Riemer (n 9) § 4 N 171.

öğretideki görüşleri zikretmesi ya da sadece öğretideki baskın görüşten bahsetmesi veya gerekli tartışmayı yapmaksızın öğretideki görüşlerden birini benimsemesi bu bakımdan yeterli değildir.

TMK m. 1/III hükmünde hâkimin bilimsel görüşlerden yararlanmaması herhangi bir yaptırıma bağlanmamıştır. Ancak mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğu kapsamında hâkimin verdiği hükmü, denetlemeye elverişli ve tarafları tatmin edecek şekilde gerekçelendirmesi gerekir. Hâkimin bilimsel görüşlerden yararlanması da bu bağlamda değerlendirilebilir. Netice itibarıyla hâkimin verdiği karar isabetli ise bilimsel görüşlerden yararlanmama bozma sebebi teşkil etmez. Bununla birlikte bilimsel görüşlerden istifade edilmemesinin, kararın yanlış olmasına neden olması hâlinde karar, bozulabilir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.
Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Akipek J, Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medenî Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku* (15. Bası, Beta 2019).

Akyol Ş, *Medeni Hukuka Giriş* (2. Bası, Vedat 2006).

Altaş H ve Döngül İT, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri* (Yetkin 2018).

Amstutz M, 'Der Text des Gesetzes, Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB' (2007) 126(2) ZSR 233.

Antalya OG ve Topuz M, *Marmara Hukuk Yorumu Medeni Hukuk Cilt 1 Giriş Temel Kavramlar Başlangıç Hükümleri* (3. Bası, Seçkin 2019).

Ataay A, *Medenî Hukukun Genel Teorisi* (4. Bası, Der 1995).

Atalay O, '§ 14 İspat, § 15 Deliller' iç Pekcanıtez H, Özekes M, Akkan M ve Taş Korkmaz H (eds), *Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku Cilt 2* (15. Bası, On İki Levha 2017).

Belgin Güneş D, *Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri* (On İki Levha 2019).

Bucher E, 'Rechtsüberlieferung und heutiges Recht' (2000) 8(3) ZeuP 394.

Dolder F, '*Rezeption und Ablehnung wissenschaftlicher Lehrmeinungen in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts zum Obligationenrecht 1881-1980*' (DPhil thesis, University of Basel 1986).

Dolder F and Buser M, 'Zitieren geht über Studieren – Empirische Wanderungen im Grenzgebiet zwischen Rechtslehre und Rechtsprechung' in Estermann J (ed), *Interdisziplinäre Rechtsforschung zwischen Rechtswirklichkeit Rechtsanalyse und Rechtsgestaltung Beiträge zum Kongress 'Wie wirkt Recht?' Luzern 2008* (Stämpfli 2008) 193.

Dural M ve Sarı S, *Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri* (15. Bası, Filiz 2020).

Dürr D, 'Vorbemerkungen zu Art 1-4 ZGB, Art 1, 4' in Gauch P and Schmid J (eds), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung Art 1-7 ZGB* (3rd edn, Schulthess 1998).

Edis S, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* (6. Bası, Ankara Üniversitesi Basımevi 1997).

Egger A, *İsviçre Medenî Kanunu Şerhi I. Cilt Giriş ve Kişinin Hukuku* (Çernis V tr, Yeni Cezaevi Basımevi 1947).

Ehrlich E 'Die "bewährte Lehre und Überlieferung" (Art. 1 ZGB)' (1920) 16(14) SJZ 225.

Emmenegger S and Tschentscher A, 'Art 1' in Hausheer H and Walter HP (eds), *Berner Kommentar Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Schweizerisches Zivilgesetzbuch Einleitung und Personenrecht Band I Einleitung und Personenrecht 1. Abteilung Einleitung Artikel 1-9 ZGB* (Stämpfli 2012).

Forstmoser P and Vogt HU, *Einführung in das Recht* (5th edn, Stämpfli 2012).

Gauch P, 'Argumente ein Geburtstagsbrief' (2000) recht: *Sondernummer für Wolfgang Wiegand* 87.

Gauch P, 'Ein «regelrechter» Schluss' (2009) 128(1) ZSR 215.

Gauch P, 'Was zählt, ist einzig, was man gerade weiss - Gedanken zur Gesetzgebung, zur Rechtsprechung und zu den Parteien' in Rumo-Jungo A, Pichonnaz P, Hürlimann-Kaup B and Fountoulakis C (eds), *Une empreinte sur le Code Civil Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer* (Stämpfli 2013) 1.

Gmür M, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (Stämpfli 1908).

Hatemi H, *Medeni Hukuk'a Giriş* (8. Bası, On İki Levha 2017).

Hausheer H and Jaun M, *Stämpflis Handkommentar Die Einleitungsartikel des ZGB Art. 1-10 ZGB* (Stämpfli 2003).

Hirş E, 'Yasama ile Öğreti ve Yargı Arasındaki Karşılıklı Bağlılık' İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı Cumhuriyet Döneminde Hukuk (Fakülteler Matbaası 1973) 173.

Hofer S and Hrubesch-Millauer S, *Einleitungsartikel und Personenrecht* (2nd edn, Stämpfli 2012).

Honsell H, 'Art 1' in Geiser T and Fountoulakis C (eds), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1–456 ZGB* (6th edn, Helbing Lichtenhahn 2018).

Höhn E, 'Wie grau ist die Theorie?' (1994) 3(4) AjP 411.

Hrubesch-Millauer S, 'Art 4' in Hausheer H and Walter HP (eds), *Berner Kommentar Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht Band I Einleitung und Personenrecht 1. Abteilung Einleitung Artikel 1-9 ZGB* (Stämpfli 2012).

Huber E, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes Erster Band* (C. Detloff's 1886).

Huber E, *Bewährte Lehre* (2nd edn, KJ Wyss Erben 1925).

Huber E, 'Erläuterungen' in Reber M and Hurni C (eds), *Berner Kommentar Materialen zum Zivilgesetzbuch Band II Die Erläuterungen von Eugen Huber Text des Vorentwurfs von 1900* (Stämpfli 2017).

Hürlimann-Kaup B and Schmid J, *Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht* (3rd edn, Schulthess 2016).

İmre Z, *Medenî Hukuka Giriş* (3. Bası, Fakülteler Matbaası 1980).

Karslı A, *Medeni Muhakeme Hukuku* (5. Bası, Filiz 2020).

Kaser M, *Römische Rechtsgeschichte* (2nd edn, Vandenhoeck & Ruprecht 1967).

Kaser M and Knütel R, *Römisches Privatrecht* (20th edn, Beck 2014).

Kaşak E, 'Anonim Şirketlerin Haklı Sebeple Feshinde Şahsi Sebeplerin Değerlendirmeye Alınıp Alınamayacağı Hususunun Hâkimin Takdir Yetkisi Bakımından Değerlendirilmesi' (2019) 23(3) AHBVÜHFD 161.

Köprülü B, *Medeni Hukuk Genel Prensipler Kişinin Hukuku* (2. Bası, Acar 1984).

Kramer E, *Juristische Methodenlehre* (6th edn, Stämpfli 2019).

Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı* (Yetkin 2017).

Meier-Hayoz A, *Der Richter als Gesetzgeber, Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereiche der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches* (Juris 1951).

Meier-Hayoz A, 'Art 1, 4' in Meier-Hayoz A (ed), *Berner Kommentar Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Band I Einleitung und Personenrecht Einleitung Artikel 1-10 ZGB* (Stämpfli 1966).

Meier-Hayoz A and Ruoss R, *Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (3rd edn, Schulthess 1979).

Middendorf P and Grob B, 'Art 1' in Breitschmid P and Jungo A (eds), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht Art. 1–456 ZGB inkl. Partnerschaftsgesetz* (3rd edn, Schulthess 2016).

Narbay Ş ve Özbay İ, 'Türk Hukukunda Hukukî Mütalâanın Önemi ve Niteliği' (2005) 23(2) Batider 117.

Oğuz A, 'Türk Medenî Hukuku'nun Gelişim Çizgisi ve Karşılaştırmalı Hukukun Rolü' (2006) 55(1) AÜHFD 195.

Oğuzman MK ve Barlas N, *Medenî Hukuk* (26. Bası, Vedat 2020).

Oğuzoğlu HC, *Medenî Hukuk I Şahsın Hukuku* (5. Bası, Yeni Desen 1963).

Özsunay E, *Medenî Hukuka Giriş* (5. Bası, Güryay 1986).

Pekcanıtez H, 'Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi' iç Pekcanıtez H, Tanrıver S, Özekes M ve Atalı M (eds), *Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan* (Adalet 2009) 397.

Pekcanıtez H, Atalay O ve Özekes M, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (8. Bası, On İki Levha 2020).

Pfaffinger M, 'Art 1' in Büchler A and Jakob D (eds), *Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (2nd edn, Helbing Lichtenhahn 2018).

Pichonnaz P, 'İsviçre ve Roma Hukuku, Özet Halinde Bir Görünüş' (2014) 16 DEÜHFD: *Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağan* (Dinçer N tr) 3149.

Reichel H, 'Zu den Einleitungsartikeln des Schweizerischen Zivilgesetzbuches' in Tatarin-Tarnheyden E (ed), *Festgabe für Rudolf Stammler zum 70. Geburtstage am 19. Februar 1926* (Walter de Gruyter 1926) 281.

Riemer HM, *Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (2nd edn, Stämpfli 2003).

Rusch A, 'Zurück zum Eugen Bucher-Standard!' (2014) 23(8) AjP 1136.

Saymen FH, *Türk Medenî Hukuku, Cilt I Umumî Prensipler* (3. Bası, Hak 1960).

Schmid J, 'Was ist bewährte Lehre? Überlegungen zu Art. 1 Abs. 3 ZGB' Schmid J (ed), *Hommage für Peter Gauch* (Schulthess 2016) 191.

Schnyder B, 'Allgemeine Einleitung zu Art. 1-10 ZGB' in Gauch P and Schmid J (eds), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Einleitung Art. 1-7 ZGB* (3rd edn, Schulthess 1998).

Schwander I, 'Art 1' in Kostkiewicz JK, Wolf S, Amstutz M and Fankhauser R (eds), *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (3rd edn, Orell Füssli 2016).

Schwarz AB, *Medenî Hukuka Giriş* (Velidedeoğlu HV tr, Üniversite 1942).

Serozan R, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku* (6. Bası, Vedat 2015).

Serozan R, *Hukukta Yöntem – Mantık* (2. Bası, Vedat 2017).

Tekinay SS, *Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku* (6. Bası, Filiz 1992).

Tuor P, Schnyder B, Schmid J and Jungo A, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (14th edn, Schulthess 2015).

Üçer M, *Roma Hukuku'na Giriş* (2. Bası, On İki Levha 2020).

Velidedeoğlu HV, *Türk Medenî Hukuku Cilt 1 – Cüz 1 Umumî Esaslar* (6. Bası, İstanbul 1959).

Werro F, 'Art 1' in Pichonnaz P and Foëx B (eds), *Commentaire Romand Code Civil I Art. 1-359 CC* (Helbing Lichtenhahn 2010)

Wiegand W, 'Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1994: Obligationenrecht' (1996) 132 (4) ZBJV 319.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası, 79 (4), 1169-1229

DOI: 10.26650/mecmua.2021.79.4.0003
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 04.05.2020
Revizyon Talebi: 29.06.2020
Son Revizyon Tarihi: 10.11.2021
Kabul: 11.11.2021

İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Zarar Görenin Kusurlu İşlemi İptal Ettirme İmkânını Kullanmamasının Etkisi

Serpil Işık*

Öz

İcra İflas Kanunu m 5 uyarıca icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun söz konusu olduğu bir durumda *doktrinde* tartışmalı olan bir husus, icra iflas dairesi görevlilerinin kusurlu fiilleri ile zarara uğrayan üçüncü kişilerin zararın doğumuna sebep olan işlemi iptal ettirme imkanına başvurmayarak İİK m 5'te düzenlenen hukuki sorumluluk hakkındaki esaslar uyarınca zararın giderilmesini talep etmelerinin mümkün olup olmadığı meselesine ilişkindir. Çalışmamızda, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu hakkında genel açıklamalarda bulunulacak ve İİK m 5 hükmünde öngörülen hukuki sorumluluğun özellikleri, şartları ile hukuki niteliği ortaya konulacaktır. Sonrasında ise, İcra İflas Kanunu m 5 uyarınca, icra ve iflas dairesi görevlilerinin kusurlu fiilleri sebebiyle sorumluluklarının doğması halinde, aynı zamanda zarar görenin zararın meydana gelmesini önlemek, zarardan kaçınmak veya zararın miktarını azaltma imkânı bulunmakla birlikte; bunun için elinde olan imkanları kullanmayarak gerekli yollara başvurmamış olmasının -*diğer bir ifadeyle zarar görenin kusurunun (müterafik kusurun)*- etkisi değerlendirilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğu, İcra İflas Kanunu M 5, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), Tazminat, Sorumluluk Hukuku

Impact of Situations Where the Party Incurring Damages Does Not Use the Opportunity to Cancel the Faulty Transaction within the Context of the Legal Liability of Enforcement and Bankruptcy Department Officers

Abstract

Regarding a situation where officers of the enforcement and bankruptcy department have legal responsibility as per Article 5 of the Enforcement and Bankruptcy Law, a particular point that is debatable in the doctrine is related to the issue of whether third parties incurring losses due to faulty acts of enforcement and bankruptcy department officers shall not apply to cancel the faulty transaction causing them to incur damages but shall have the opportunity to claim recovery of damages as per the rules related to legal liability regulated by Article 5 of the Enforcement and Bankruptcy Law. In our study, general explanations are first made about the legal responsibility of enforcement and bankruptcy department officers, and the features, terms, and legal quality of the legal responsibility foreseen in Article 5 of the Enforcement and Bankruptcy Law are revealed. Afterwards, if liabilities of enforcement and bankruptcy department officers arise due to their faulty acts as per Article 5 of the Enforcement and Bankruptcy Law, when there is opportunity for the party incurring damages to avoid occurrence of losses, to avoid damages, or to mitigate the amount of losses, situations where they do not use the opportunities they have or make the necessary applications will be evaluated. In other words, the impact of the fault of the party incurring losses will be considered.

Keywords

Legal Responsibility of Bankruptcy Officers, Turkish Enforcement And Bankruptcy Law Art 5, Contributory Negligence, Complaint, Liability Law

* **Sorumlu Yazar:** Serpil Işık (Arş. Gör. Dr.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-mail: serpil.isik@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-4329-1138

Atıf: Isik S, "İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Zarar Görenin Kusurlu İşlemi İptal Ettirme İmkânını Kullanmamasının Etkisi" (2021) 79(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1169. https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.4.0003

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

Extended Summary

If officers of enforcement and bankruptcy departments cause third parties to incur damages due to their acts and transactions as they undertake necessary enforcement activities in accordance with their tasks, then they will be responsible for the recovery of the damages that emerge. Article 5 of the Enforcement and Bankruptcy Law (EBL) No. 2004 under the heading "Responsibility" (hereafter Article 5 of the EBL) regulates the rule applied in indemnification cases opened for the purpose of recovering losses caused to third parties as a result of the faulty acts and transactions committed by enforcement and bankruptcy officers in the fulfillment of their tasks. In indemnification cases that enter the agenda regarding damages to third parties due to the fault of enforcement and bankruptcy law officers as per Article 5 of the EBL, the party responsible in the first degree shall be the "government" (Ministry of Justice; Article 5/f 1, c 1 of the EBL). In this respect, if the government loses an indemnification case that was opened against it, then it gains the opportunity to open a counter recourse case against the enforcement and bankruptcy department officers who caused the said third parties to incur damages due to their acts or transactions and to claim repayment of the indemnification that was paid (Article 5/f 1, c 2 of the EBL).

Within the scope of the study, revealing the meaning of the legal liability of enforcement and bankruptcy department officers as stated in the provision of Article 5 of the EBL is important. Accordingly, the legal arrangement described in Article 5 of the EBL and that specifies that an indemnification case can be directly opened against the government overlaps with the concept that the government holds first degree responsibility due to damages that emerge as a result of faulty acts and transactions caused by enforcement and bankruptcy department officers due to their tasks or during the execution of their assignments.

Although the legal liability of enforcement and bankruptcy department officers is regulated as per the SchKG Art. 5, the indemnification case that will be opened against the government is similar to an indemnification case originating from unfair acts described in the provisions of Article 49 of the Turkish Code of Obligations (TCO) No. 6098 (Article 41 of the Law of Obligations No. 818), which became effective on 01.07.2012. For this reason, the conditions of an indemnification case opened due to liability in accordance with Article 5 of the EBL will be similar to an indemnification case originating from an unfair act. Hence, the conditions required in an indemnification case opened against the government due to the acts and transactions of enforcement and bankruptcy department officers shall be called "legal violation," "fault," "damage," and "causal link." Moreover, considering the provisions of Article 49 of the TCO is necessary to understand or explain the particulars meant by the concepts of "legal violation," "fault," "damage," and "causal link," which are required in indemnification cases opened due to the legal liability

of enforcement and bankruptcy department officers. Furthermore, as per the aspects of the liability cases described in Article 5 of the EBL, an indemnification case is subject to the law of procedures because it will be opened due to the legal liability of enforcement and bankruptcy department officers and will be part of the assignment area of legal judgment (Article 5/c 3 of the EBL). Therefore, the regulations foreseen in Civil Procedures Law No. 6100 shall be valid in relation to an indemnification case opened in first-instance courts due to damages caused by enforcement and bankruptcy department officers with regard to the topics of "assignment," "authorization," "evidence," etc., which are particulars in relation to civil judgment.

In a situation where the legal liability of enforcement and bankruptcy department officers is observed, one particular point that could be discussed in relation to the doctrine is whether the third parties that incurred damages due to faulty acts and transactions of enforcement and bankruptcy department officers shall apply to cancel the transaction that caused damages to arise and shall claim recovery of the damages incurred in accordance with the rules of legal liability as specified in Article 5 of the EBL. For this reason, in a situation where the legal responsibility of enforcement and bankruptcy department officers is required, if the party incurring such damages does not cancel the faulty transaction, then a situation of "fault of party incurring damages" shall arise to form the basis of the TCO (*faute concomitante, das Selbstverschulden*; Article 52 of the TCO; Article 44 of the Law of Obligations No. 818). Hence, it is accepted, without doubt in the doctrine and by decision of the Supreme Court, that in such a situation, the fault of the party incurring damages will arise. Furthermore, if the party incurring damages has fault, then the outcome outlined in the law is not applied. For this reason, in Turkish legal doctrine, different opinions are asserted about the effect of the fault of the party incurring damages on the legal liability of enforcement and bankruptcy department officers.

Firstly, the study provides general explanations about the responsibility defined in Article 5 of the EBL in relation to the legal responsibility of enforcement and bankruptcy department officers (SchKG Art. 5). Evaluations are then made regarding the impact of situations where the party incurring damages does not use the opportunity to cancel the faulty transaction in situations where enforcement and bankruptcy department officers bear legal liability. Accordingly, all opinions asserted in relation to the doctrine and approach of the Supreme Court will be expressed, and, by considering the contributory fault concept explained in Article 52 of the TCO, a conclusion about the relevance of such opinions will be formulated.

I. Giriş

Yargı görevinin yegâne sahibi olan devlet, bireylere kendiliğinden hak almayı yasaklamakta ve ülke sınırları içerisinde öngörülen hukuk kurallarının ihlâl edilmesi durumunda, meydana gelen ihlâlin bertaraf edilmesi ile hakkın korunması için yetkili mercilere müracaat edilmesini şart koşmaktadır[1]. Bu esas doğrultusunda devlet, cebri icra faaliyetinin gerektirdiği gibi işleyerek devam edebilmesi için, her asliye hukuk mahkemesinin yargı çevresi içerisinde yeterli miktarda icra iflas dairesi kurmakta[2] ve bu dairelerde yürütülecek olan işlerin yerine getirilebilmesi için pek çok icra iflas dairesi görevlisinin tayin edilmesini sağlamaktadır[3]. Devletin yerine getirmekle yükümlü olduğu cebri icra faaliyetinden sorumlu olan ve bağımsız olmaları[4] sebebiyle *idarenin memurlarından farklı olarak* hiyerarşiye tâbi olmadan görevlerini yerine getiren icra iflas dairesi görevlileri, İcra ve İflas Kanununu bizzat kendileri yorumlamakta ve uygulamaktadır[5]. Bununla birlikte, icra iflas dairelerinde görev yapan kimseler üzerlerine düşen görevleri yerine getirdikleri esnada kimi zaman üçüncü kişilerin zarara uğramalarına sebep olacak davranışlarda bulunabilmektedir[6]. Bunun neticesinde, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin gündeme gelmesi söz konusu olmaktadır[7].

İcra iflas dairesi görevlilerinin, cebri icra faaliyetinin yerine getirilmesi sebebiyle üçüncü kişilere verdikleri zararların tazmini amacıyla açılacak olan tazminat davasında uygulanacak olan esaslar, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun[8] 5'inci maddesinde düzenlenmektedir[9]. 1985 yılında 3222 sayılı Kanunla[10,11] İİK m 5 hükmünde gerçekleştirilen değişikliğin neticesinde icra iflas dairesi görevlilerinin, kusurlarıyla üçüncü kişilere verdikleri zararlar bakımından gündeme gelecek olan

1 Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin-Özkan ve Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 6728, 6763 ve 7010 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Nazara Alınarak Gözden Geçirilmiş* (5. Bası, Vedat 2018) 1. Bu sebeple, haklarına kavuşmak isteyen bireyler, devletin yetkili mercilerince kendileri lehine verilen kararların icrasını sadece devletin görevli icra iflas organları aracılığıyla elde edebileceklerdir (Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 1).

2 Bkz İcra ve İflas Kanunu m 1, f 1: "Her asliye mahkemesinin yargı çevresinde yeteri kadar icra dairesi bulunur."

3 İlhan Kutay, 'İcrada Devletin Sorumluluğu' (1975) 5 Ankara Barosu Dergisi 665; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri* (5. Bası, İstiklal Matbaası 1960) 17.

4 Necmettin M Berkin, 'Cebri İcra Faaliyetinden Sorumluluk' (1971) 37(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 217.

5 Kutay (n 3) 665. Diğer bir deyişle, İcra İflas dairesi görevlileri cebri icra faaliyetine ilişkin olarak gerçekleştirdikleri işlemleri yaparken idarenin ajanlarından farklı olarak görevlerinde bağımsızdırlar (Kutay (n 3) 665).

6 Berkin, *Sorumluluk* (n 4) 217.

7 İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz Sibel Demir Saldırım, *İcra Müdürünün Davranış ve İşlemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk* (1. Bası, Seçkin 2011) 37 vd.

8 RG 19.06.1932, S 2128.

9 Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku* (2. Bası, Yetkin 2019) 39.

10 Bkz "*3222 sayılı İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve 3182 Sayılı Bankalar Kanunu 92, 93 ve 94 uncu Maddeleri ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 500 uncu Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun*" (https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18785.pdf). Son Erişim Tarihi 23.01.2020.

11 RG 15.06.1985, S 18785.

tazminat davası, doğrudan doğruya devlet aleyhine açılacaktır[12] (İİK m 5/f 1, c 1). Bu kapsamda, aleyhine açılan tazminat davasını kaybederek üçüncü bir kişinin zararını gidermekle yükümlü olan devlet, fiilleriyle zararın doğumuna sebep olan icra iflas dairesi görevlilerine karşı rücu davası açabilme imkanına sahip olacaktır[13] (İİK m 5/f 1, c 2).

Görüldüğü üzere, İcra ve İflas Kanunu m 5 hükmünde özel olarak kusurlu fiilleriyle üçüncü kişilerin zarara uğramalarına sebep olan icra iflas dairesi görevlileri hakkında meydana gelen zararın giderilmesi amacıyla hukuki sorumluluk davasının açılabileceği düzenlenmektedir[14]. Bununla birlikte, İİK m 5 uyarınca icra iflas dairesi görevlileri aleyhine açılacak olan hukuki sorumluluk (tazminat) davasında aranacak olan şartlar bakımından 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda[15] öngörülen haksız fiillere ilişkin kuralların (TBK m 49 vd) dikkate alınması gerekmektedir[16]. Diğer bir deyişle, İİK m 5 uyarınca açılacak olan tazminat davasında icra iflas dairesi görevlileri bakımından sorumluluğun doğabilmesi için 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49 vd maddelerinde (818 sayılı eBK[17] m 41vd) düzenlenen haksız fiillere ilişkin "*kusur*", "*illiyet bağı*", "*zarar*" ve "*hukuka aykırılık*"

[12] Talih Uyar 'İcra ve İflas Dairelerinin İşlem ve Eylemlerinden Dolayı Devletin Hukuki Sorumluluğu (İİK. m 5)' 2015 (2) Ankara Barosu Dergisi 255; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı* (Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş 2. Bası, Adalet 2013) 98; Nizam İpekçi, *Açıklamalı – İçtihatlı Uygulama Örnekli, İcra-İflas Kanunu Tatbikatı (Şerh): 1-370, C I* (7. Bası, Arıkan 2007) 11; Mehmet Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku* (Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Beta 2016) 43-44; Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 46; Abdurrrahim Karslı, *İcra ve İflas Hukuku* (Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Alternatif 2014) 45; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku (Cilt: I)* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Adalet 2013) 82; Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *İcra ve İflas Hukuku: Ders Kitabı, 6352 sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler ve Yapılan Değişiklikler İşlenip Değerlendirilmiş 28. Baskı (Tıpkı Basım)* (28. Bası, Yetkin 2014) 63 vd; Ömer Ulukapı, *İcra ve İflas Hukuku* (1. Bası, Mimoza 2015) 24; Timuçin Muşul, *İcra ve İflas Hukuku Esasları* (Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Adalet 2017) 44-45; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar-Ayvaz ve Emel Hanağası, *İcra ve İflas Hukuku* (4. Bası, Yetkin 2018) 62.

[13] Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44; Karslı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 65; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (1. Bası, Legal 2016) 53; Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 47; İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, İcra Hukuku Esasları (5. Bası, Vedat 2010) N 35, s 42; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 101; Talih Uyar, 'İcra Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğu "İİK m 5"' (Kasım 2013) Legal Hukuk Dergisi 119; Mustafa Oskay, Coşkun Koçak, Adnan Deynekli ve Ayhan Doğan, *İİK Şerhi C I* (1. Bası, Turhan 2007) 52; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (2. Bası, Yetkin 2018) 38; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 83; Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları* (Baştan Sona Gözden Geçirilmiş ve 4949 sayılı Kanun Hükümleri Göz Önünde Tutulmak Suretiyle, Yenilenmiş 8. Bası, 2004) 43.

[14] 3222 sayılı K m 1 ile değiştirilen İcra ve İflas Kanunu m 5 hükmünde "*Sorumluluk*" kenar başlığı altında şu şekilde bir düzenleme yer almaktadır: "*İcra ve İflas Dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları, ancak idare aleyhine açılabilir. Devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır. Bu davalara adliye mahkemelerinde bakılır*". Sorumluluğun kapsamı İİK m 5 uyarınca belirlenecektir. *"...Dava, tazminat istemine ilişkindir. Davacı uzun yıllar yurtdışında yaşamasına rağmen dava dışı Emir Otomotiv Ltd. Şti. tarafından Samandağ İcra Müdürlüğünde aleyhine yapılan icra takibi sırasında çıkarılan ödeme emrine ilişkin tebligatın usulüne uygun olarak tebliğ edilmediği gözetilmeksizin icra takibinin kesinleştirilerek İzmir Karşıyaka Şemikler Mahallesi 16 nolu parsel üzerindeki apartman dairesinin satışı nedeniyle uğradığı zararın İcra İflas kanunun 5. maddesi gereğince tahsilini istemiş, davalı İcra Müdürünün tebligatın usulüne uygun yapılıp yapılmadığını inceleme sorumluluğu bulunmadığından davanın reddini savunmuş, yerel mahkemece davanın reddine karar verilmiştir..."* (Yargıtay 4 HD, 8860/344, 16.1.2003 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[15] RG 4.2.2011, S 27836.

[16] Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: *"...Dava, icra memurunun kusurundan kaynaklanan zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Dava konusu tazminat İİK'nın 5. maddesinden kaynaklandığından haksız fiile dair hükümlerin uygulanacağı açıktır..."* (Yargıtay 4 HD, 8068/8864, 20.9.2016, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[17] RG 29.04.1926, S 359.

gibi şartların var olması aranacaktır[18]. Ayrıca, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle açılacak olan tazminat davası, adli yargının görev alanına girdiğinden[19] (İİK m 5/c 3) İİK m 5'te öngörülen sorumluluk davası özellikleri itibariyle, usul hukukuna tabi bir dava olacaktır[20]. Dolayısıyla, icra iflas dairesi görevlilerinin sebep oldukları zararlar sebebiyle adliye mahkemelerinde[21] açılacak olan tazminat davaları bakımından medeni yargılama hukukunda öngörülen "*görev*", "*yetki*", *"ispat"* vb. konularda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda[22] (HMK) öngörülen düzenlemeler geçerli olacaktır[23].

İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun söz konusu olduğu bir durumda, *doktrinde* tartışılabilecek bir husus; icra ve iflas dairesi görevlilerinin kusurlu fiilleriyle zarara uğrayan üçüncü kişilerin aslında zararlarının doğumuna sebep olan işlemi iptal ettirme imkânına başvurmayarak, İİK m 5 hükmünde düzenlenen hukuki sorumluluk hakkındaki kurallar uyarınca uğradıkları zararların giderilmesini talep etmelerinin mümkün olup olmadığı meselesine ilişkindir[24]. Bilindiği üzere, zarar görenin zararın meydana gelmesine engel olmak ya da zararı azaltmak için elinden gelen bütün tedbirleri almış olması[25] genel tazminat hukuku prensiplerinden birisini teşkil etmektedir[26]. Bu sebeple, kendisine tanınmış olan şikâyet yoluna (İİK m 16-18, m 22) müracaat ederek zarar görmesine sebep olan kusurlu işlemi iptal ettirmeyen üçüncü bir kişinin İcra ve İflas Kanunu'nun 5'inci maddesi uyarınca devlet aleyhine tazminat davası açarak zararını gidermek istemesinin mümkün olup olmadığı hususunun doktrinde tartışılması gerekmektedir.

---

[18] Kuru, *İstinaf Sistemine Göre (İcra)* (n 13) 37. Ayrıca, İcra ve İflas Kanunu m 5 hükmünde kanun koyucu, İcra iflas dairesi görevlilerinin görevlerini yerine getirdikleri esnanda kusurlarıyla üçüncü kişilerin uğradıkları zararların giderilmesi amacıyla, devlet aleyhine bir tazminat davasının açılabileceğini düzenlemekte; bununla birlikte, sorumluluğun söz konusu olabilmesi için gündeme gelen tazminat davasının şartlarını bakımından tazminat davasının özellikleri tam anlamıyla usul hukukuna tabi kılmaktadır (Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41).

[19] Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41. Diğer bir deyişle, İcra ve iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle açılacak olan tazminat davasıyla icra mahkemesi uğraşmamaktadır (Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41). Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: *"…İcra ve İflas Dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davalarının, ancak idare aleyhine açılabileceği, Devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkının saklı olduğu ve bu davalara adliye mahkemelerinde bakılacağı düzenlenmiştir. Mahkeme gerekçesinde de belirtildiği üzere; davaya konu uyuşmazlık, davacıya yapılan gayrimenkul satış ihalesinin, icra müdürünün hatalı işlemi sebebiyle feshinden dolayı uğranılan zararın tazmini istemine yöneliktir. Bu durumda, Kanun'un açık ve emredici hükmü gereği uyuşmazlığı çözme görevi adli yargıya aittir. Dava dilekçesinin idari yargı yerinin görevli olduğu gerekçesiyle reddine karar verilmesi usul ve yasaya uygun olmamış, bu durum kararın bozulmasını gerektirmiştir…"* (Yargıtay 4 HD, 12152/11876, 5.12.2016, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay'ın aynı yöndeki bir başka kararı için bkz Yargıtay 4 HD, 1285/2474 17.2.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[20] Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41.

[21] İbid 41.

[22] RG 4.2.2011, S 27836.

[23] Bkz aşa III, C.

[24] Bkz Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41; Ayrıca, doktrinde bu hususta ileri sürülen görüşler için bkz Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 45; Mustafa Reşit Belgesay, *İcra ve İflas Hukuku* (Vakıf 1942) 54; Mustafa Reşit Belgesay, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi: Metinler ve İzahı* (2. Bası, Saka 1949) 11; Mustafa Reşit, *Yeni İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Birinci Kitap, İcra* (2. Bası, Ekspres 1932) 11; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 112-113; Talih Uyar, 'İcra ve İflas Dairelerinin İşlem ve Eylemlerinden Devletin Hukuki Sorumluluğu' (Nisan 2004) Bursa Barosu Dergisi 37; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 258; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 100; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 84.

[25] Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41.

[26] Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 100.

İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunu gerektiren bir halde zarar görenin kusurlu işlemi iptal ettirme imkanını kullanmaması durumunda, Borçlar Hukukunda temelini bulan "*zarar görenin kusuru*" (*müterafik kusur*) (*faute concomitante, das Selbstverschulden, Contributory Negligence*) (TBK m 52; eBK m 44) söz konusu olacaktır[27]. Bununla birlikte, zarar görenin kusurunun icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğuna etkisinin ne şekilde olacağı konusunda *doktrinde* birbirinden farklı görüşler ileri sürülmektedir[28]. Bu sebeple, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunu gerektiren fiilleri sebebiyle açılacak olan tazminat davasında, zarar görenin kusurlu işlemi iptal ettirme imkanına müracaat etmemesinin etkisi konusunda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen zarar görenin kusuru konusundaki yaklaşımının ve getirdiği genel prensibin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Böylelikle, 6098 sayılı TBK m 52'de öngörülen müterafik kusur düzenlemesinin varlığında, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunu gerektiren bir ihtimalde zarar görenin kusurlu işlemi iptal ettirme imkanını kullanmamasının etkisi konusunda *doktrinde* ileri sürülen görüşlerin yerindeliği tartışılarak kanunda öngörülen düzenlemeler uyarınca herhangi bir sonuca varılmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilebilecektir.

Bu sebeple çalışmamızda öncelikle icra ve iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m 5'te getirilen esas uyarınca açıklamalarda bulunulacaktır. Bu kapsamda, kanun koyucunun icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunu dayandırdığı hukuki esas (İİK m 5 vd) mehaz İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu (SchKG) Art 5 ile karşılaştırılarak açıklanmaya çalışılacaktır. Sonrasında ise, icra iflas dairesi görevlilerinin görevlerini yerine getirdikleri esnada meydana getirdikleri zararlar sebebiyle açılacak olan tazminat davası bakımından gerekli olan şartlar (TBK m 49 vd) ile söz konusu tazminat davasının usul hukuku bakımından gösterdiği özelliklerin neler olduğu ifade edilecektir. Konuya ilişkin olarak ifade edilen bu genel açıklamalardan sonra, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunu gerektiren hallerde zarar görenin kusurlu işlemi iptal ettirme imkanını kullanmamasının etkisi hakkında değerlendirmelerde bulunulacaktır. Bu doğrultuda, öncelikle konu kapsamında doktrine ileri sürülen görüşler ile Yargıtay'ın yaklaşımı ifade edilecek ve Türk Borçlar Kanunu m 52'de öngörülen müterafik kusur (zarar görenin kusuru) kavramı da dikkate alınarak bu görüşlerin yerindeliği hakkında bir kanaate varılmaya çalışılacaktır.

[27] Türk hukuk doktrininde burada zarar görenin kusurunun (müterafik kusurun) bulunduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira, Türk hukukunda bu durumda, zarar görenin kusuru (müterafik kusurun) bulunduğu doktrinde pek çok yazar tarafından açıkça ifade edilmektedir. Bkz Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41; Belgesay, *İcra ve İflas* (n 24) 54; Belgesay, *Şerh* (n 24) 11; Reşit (n 24) 11; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 112-113; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 37; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 258; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 100; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 84.

[28] Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 45.

II. İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğuna Genel Bir Bakış

A. Sorumluluğun Dayandığı Hukuki Esas

İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 5'inci maddesinde düzenlenmektedir[29]. İcra ve İflas Kanunu'nun "*Sorumluluk*" kenar başlıklı 5'inci maddesinde, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu kanun koyucu tarafından şu şekilde ifade edilmektedir:

> "*İcra ve İflas Dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları, ancak idare aleyhine açılabilir. Devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır. Bu davalara adliye mahkemelerinde bakılır."*

Görüldüğü üzere, kanun koyucu, İcra ve İflas Kanunu'nun 5'inci maddesinde, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunu gerektiren fiilleri sebebiyle açılacak olan tazminat davasında "*Devlet*"in birinci dereceden sorumlu olduğunu hükme bağlamaktadır[30]. Buna göre, İcra ve İflas Kanunu m 5 uyarınca, tazminat davasının açılacağı taraf, kusurlu davranışları nedeniyle zararın meydana gelmesine

---

[29] Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflas* (n 9) 39. İcra İflas Kanunu m 5 hükmü, 538 sayılı Kanun ("*2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerinde değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun*") ve 3222 sayılı Kanunlarla ("*3222 sayılı İcra ve İflas Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve 3182 Sayılı Bankalar Kanunu 92,93 ve 94 uncu Maddeleri ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 500 uncu Maddesinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun"*) iki defa değişikliğe uğramıştır (Demir Saldırım (n 7) 37).
Gerçekleştirilen değişikliklerden önce İcra ve İflas Kanunu m 5 hükmü aynen şu şekilde düzenlenmekteydi:
"*İcra ve iflas memurları ve muavinleri ve icra ve iflas dairelerinin kâtip ve mübaşir ve müstahdemleri, kusurlarından ileri gelen zarar ve ziyandan mesuldür. Bu zarar ve ziyan davasına mahkemede bakılır"* (Demir Saldırım (n 7) 37, dn 68). Görüldüğü üzere, devletin sorumluluğu ikinci dereceden olup; madde kapsamında sayılan icra iflas dairesi görevlilerinin sorumlu olup da ödeyemedikleri kısım bakımındandı (Berkin, *Sorumluluk* (n 4) 322; Sema Taşpınar, 'İsviçre Federal İcra ve İflas Kanununda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış' (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı) (Türkiye Barolar Birliği 2004) 604; Demir Saldırım (n 7) 37).
İcra ve İflas Kanunu m 5 hükmü ilk kez 538 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Kanun koyucu, 538 sayılı Kanun'un (RG. 06.03.1965, S 11946) 2'nci maddesi ile 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 5'inci maddesine bir fıkra eklemiştir. Bu kapsamda, 538 sayılı Kanun ile İİK m 5 hükmüne eklenen fıkra aşağıdaki şekildedir:
"*Zarara uğrıyan şahıs, mesuliyet davasında aynın zamanda Devleti de hasım gösterebilir; bu halde verilen karar Devlet aleyhine de kesin hüküm teşkil eder"*. (Bkz https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/RG801Y1965N11946K538/1). (Erişim Tarihi 26.01.2020).
İİK m 5 hükmü, 538 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişikliğin ardından, 06.06.1985 tarihinde 3222 sayılı Kanunla ikinci bir değişikliğe daha uğramıştır (Ejder Yılmaz, 'Dünden Bugüne İcra ve İflas Kanunumuz' (2003) 11(3-49) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 13). Değişiklik neticesinde İİK m 5 hükmü kanun koyucu tarafından aşağıdaki şeklide düzenlenmiştir:
"*İcra ve İflas Dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları, ancak idare aleyhine açılabilir. Devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır. Bu davalara adliye mahkemelerinde bakılır."*
Görüldüğü üzere, 3222 sayılı Kanun ile kanun koyucu tarafından gerçekleştirilen bu değişikliğin neticesinde, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunu düzenleyen İİK m 5 hükmü günümüzdeki şeklini almıştır. Böylelikle, gerçekleştirilen bu değişiklik neticesinde İİK m 5 uyarınca icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle açılacak olan tazminat davasında birinci dereceden sorumlu olanın Devlet olduğu hükme bağlanmıştır (Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 98; Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 43-44; Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 46; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 255; İpekçi (n 12) 11; Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 39 vd; Karslı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 82; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 63 vd; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 24; Muşul, *İcra ve İflas Hukuku* (n 12) 44-45; Talih Uyar, Alper Uyar ve Cüneyt Uyar, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi: El Kitabı (İİK 1-370): 1-2 Cilt* (2. Bası, Turhan 2012) 47).

[30] Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 43-44; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 98; Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 46; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflas* (n 9) 39; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 255; İpekçi (n 12) 11; Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 39 vd; Karslı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 82; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 63 vd; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 24; Muşul, *İcra ve İflas Hukuku* (n 12) 44-45; Uyar, Uyar ve Uyar (n 29) 47.

sebep olan icra iflas dairesi görevlisinin bizzat kendisi olmayıp; "*Devlet*" [31] yani, "*Adalet Bakanlığı*"dır[32].

Türk hukukunda icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle devlet aleyhine tazminat davasının açılabileceğini düzenleyen kural, 06.06.1985 tarihli 3222 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişiklik neticesinde kabul edilmiştir[33]. Bu sebeple, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 5'inci maddesinde 3222 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişiklikten önce, sorumlu icra iflas dairesi görevlisine karşı hukuki sorumluluk sebebiyle doğrudan doğruya tazminat davası açılabilmekteydi[34]. Devletin sorumluluğu ise sadece karşılanamayan yani eksik kalan kısım için söz konusu olabilmekteydi[35]. Bununla birlikte, İcra ve İflas Kanunu'nda 3222 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişikliğin neticesinde devletin birinci dereceden sorumluluğu kabul edilerek icra iflas dairesi görevlilerinin sebep oldukları zararların tamamı hakkında doğrudan doğruya devlet aleyhine tazminat davası açılabileceği hükme bağlanmıştır[36]. Böylelikle, 3222 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişiklik ile o esnada yürürlükte olan 1982 Anayasası'nın 129'uncu maddesinin 5'inci fıkrasında

[31] Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44; Karslı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 63 vd; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 24; Muşul, *İcra ve İflas Hukuku* (n 12) 44-45. Karşı görüşte bkz Bilge Umar, 'Kuru/Arslan/Yılmaz'ın İcra ve İflas Ders Kitabı Üzerine Gözlemler (15. Basım)' (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği 2004) 693-695; Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 42; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası *İcra ve İflas* (n 12) 62; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflas* (n 9) 40.

[32] Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflas* (n 9) 40; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası *İcra ve İflas* (n 12) 62. Yargıtay'ın bir kararı şu şekildir: *"…Mahkemece, davanın, davalının eylem ve işlemleri nedeni ile muris … terekesinin zararı uğratılmış olması nedeni ile terekenin uğramış olduğu munzam zararın tahsiline ilişkin olduğu kabul edilmiş; ancak davanın İcra Müdürlüğünce yapılan yanlış işlem ve uygulamalardan kaynaklanması nedeni ile sorumluluğun İcra Müdürlüğünde çalışan görevlilerde olduğu, bu nedenle de İİK'nun 5. maddesi gereğince uğranılan zararın tanzimi için Adalet Bakanlığına karşı dava açılması gerektiğinden davalının açılan davada husumet ehliyetinin bulunmadığı kabul edilerek davanın pasif husumet yokluğu nedeni ile reddine karar verilmiştir…"* (Yargıtay 4 HD, 9886/8381, 25.12.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[33] Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 39; Taşpınar (n 29) 605. 3222 sayılı Kanuna ilişkin Hükümet gerekçesi şu şekildedir: "*İİK'nın 5'inci maddesinde, icra ve iflas görevlilerinin, kusurundan meydana gelen zarar ve ziyandan mesul oldukları ve haklarında açılan mesuliyet davalarında Devletin de hasım gösterilebileceği hükme bağlanmaktadır. -1982 Anayasasının 129'uncu maddesinin beşinci fıkrasında ise, kamu görevlilerinin işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ancak idare aleyhine açılabileceği ifade edilmektedir. -Bu durumda Kanunun 5'inci maddesi hükmü Anayasa'nın 129'uncu maddesi ile getirilen kurala aykırı düşmektedir. -Tasarını 1'inci maddesi ile Kanunun 5'inci maddesi anayasaya uygun hale getirilmektedir. Bu hale göre, icra ve iflas dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları ancak idare aleyhine açılabilecektir. İdare, tazminat ödemeye mahkum edilmesi durumunda ödediği tazminat miktarınca görevliye rücu edecektir*" (Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku* (3. Bası, Evrim 1988) 81; Demir Saldırım (n 7) 40, dn 74).

[34] Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 46; Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 39; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 25; Kutay (n 3) 666 vd; Karslı, *İcra ve İflas* (n 12) 45, dn 83; Demir Saldırım (n 7) 37.

[35] Berkin, *Sorumluluk* (n 4) 322; Taşpınar (n 29) 604; Demir Saldırım (n 7) 37.

[36] Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44; Karslı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 63 vd; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 24; Muşul, *İcra ve İflas Hukuku* (n 12) 44-45.

öngörülen düzenlemeye[37] uygun bir kanun hükmü getirilmesi amaçlanmıştır[38]. Mevcut düzenleme uyarınca, devlet kendi aleyhine açılacak olan tazminat davasını kaybettiği takdirde, eylem veya işlemleriyle üçüncü kişilerin zarara uğramalarına sebep olan icra iflas dairesi görevlilerine karşı rücu davası açabilme ve ödediği tazminat miktarını talep edebilme imkanına sahip olacaktır[39] (İİK m 5/f 1, c 2).

İsviçre Hukukunda ise, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu (*Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*-SchKG) Art 5 hükmünde ifade edilmektedir[40]. Bahsi geçen düzenleme 1994 yılında gerçekleştirilen SchKG revizyonu ile zarar gören tarafın korunması ve İcra İflas Hukuku alanında tek bir tip sorumluluk kuralı getirilmesi amacıyla öngörülmüştür[41]. Bu doğrultuda, İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu m 5 hükmünde aşağıdaki şekilde bir düzenlenme getirilmiştir:

"[1]Kanton yönetimi, bu kanunla kendilerine verilen görevlerin yerine getirilmesi sırasında memurlar ve sözleşmeliler, yardımcı personeller, kamu görevlisi olmayan iflas idareleri, yedieminler, tasfiye memurları, denetim ve yargı makamları ve polisler tarafından kanunlara aykırı verilen zararlardan sorumludur.

[37] 1982 Anayası m 129/f 5'te öngörülen düzenlemeye ilişkin kapsamlı bir çalışma için bkz Selim Kaneti, 'Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yetkilerini Kullanırken İşledikleri Kusurlardan Doğan Tazminat Davaları' in Makaleler (On İki Levha 2011) 857-862.

[38] Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflas* (n 9) 40. Kanun koyucu, 3222 sayılı Kanun ile değişiklik gerçekleştirmek suretiyle, 1982 Anayasasının (AY) 129'uncu maddesinin 5'inci fıkrasında öngörülen düzenleme ile paralel bir esas getirmek istemiştir (Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 98). Zira, 1982 Anayasası m 129/f 5 hükmünde açıkça, "*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir."* şeklinde bir düzenleme getirilmekteydi (https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf) (Erişim Tarihi 26.01.2020). Görüldüğü üzere, İİK m 5'te 06.06.1985 tarihinde gerçekleştirilen değişiklik (1982) AY m 129/f 5 hükmü ile uyumlu bir düzenleme getirilmesi amacına hizmet etmiştir (Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 42; Demir Saldırım (n 7) 40; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 98; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 111; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 256; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 63; Karslı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflas* (n 9) 40). Bununla birlikte, Türk Hukukunda doktrinde, 3222 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişikliğe ilişkin eleştiriler de getirilmiştir (Demir Saldırım (n 7) 40). Zira, doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, 1982 Anayasasının 129'uncu maddesinin 5'inci fıkrasında yer alan düzenlemede devletin birinci dereceden sorumluluğu öngörülmüşken, İcra İflas Kanunu'nda da ayrıca bu şekilde bir düzenlemenin getirilmesi isabetli olmamıştır. Bu görüş uyarınca, kanunda bir düzenlemenin söz konusu olmaması ihtimalinde, icra iflas dairesi görevlilerinin verdikleri zararlar sebebiyle doğal olarak devletin sorumluluğu yoluna gidilecektir. Bununla birlikte, İcra İflas Kanununda özel bir düzenleme getirilmek suretiyle idare hukukundaki genel prensipten ayrılınmış ve icra iflas dairesi görevlileri hakkında hukuki sorumluluk yoluna idare mahkemelerinde değil; adliye mahkemelerinde tazminat davası açılması kuralı getirilmiştir. Doktrinde ileri sürülen bu görüş uyarınca, idare mahkemelerinin memurların eylem ve işlemleri sebebiyle açılacak olan tazminat davalarında uzman olmaları dikkate alındığında bahsi geçen mevzuda genel prensipten ayrılmayı öngören bir düzenlemenin getirilmesi önemli bir nedene dayanmamaktadır (Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 46).

[39] Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44; Karslı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 65; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Kuru, *Ders Kitabı (İcra)* (n 13) 53; Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 47; Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) N 35, s 42; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 101; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 119; Oskay, Koçak, Deynekli ve Doğan (n 13) 52; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre (İcra)* (n 13) 38; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 83; Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 43.

[40] SchKG Art 5 için bkz Jolanta Kren Kostkiewicz and Dominik Vock, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG* (4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, Schulthess Kommentar, Schulthess Verlag 2017) N 17; Daniel Hunkeler, *Kurzkommentar, SchKG Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz,* (2. Aufl, Helbing Lichtenhahn 2014) 16; Basler Kommentar, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I Art 1-158 SchKG*, (Adrian Staehelin, Thomas Bauer, Daniel Staehelin Herausgeber), (2th edn, Helbing Lichtenhahn 2010) Art 5, s 18). Ayrıca, SchKG Art 5 için bkz ve inc: https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/18890002/index.html (Erişim Tarihi 23.01.2020).

[41] BSK SchKG I-Gasser, Art 5 (n 40) N 1, s 19.

[2]*Zarar görenin kusurlu olana karşı doğrudan doğruya hiçbir talep hakkı bulunmamaktadır.*

[3]*Kanton idaresinin, zarara neden olan kişilere karşı rücu hakkı için Kanton Yasaları belirleyicidir.*

[4]*İhlalin ağırlığının haklı gösterdiği hallerde aynı zamanda manevi tazminat da talep edilebilir"*[42]

Görüldüğü üzere, İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu Art 5 hükmünde icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu kapsamında yer alan görevlilerin kimler olduğu (SchKG Art 5 Abs 1) ile zarar görenin kusurlu icra iflas dairesi görevlisine karşı doğrudan doğruya dava açma imkanına sahip bulunmadığı (SchKG Art 5 Abs 2) açıkça ifade edilmektedir[43]. Bu doğrultuda, İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu (SchKG) Art 5 düzenlemesi uyarınca icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu bakımından devletin birinci dereceden sorumluluğu kabul edilmektedir[44] (Abs 2). Devlet kendi icra organlarının eylem ve işlemlerinden öncelikle (*Primäre*) ve münhasıran (*Exklusiv*) sorumlu olacaktır[45] (Abs 1, 2 SchKG Art 5). Bu sebeple, İsviçre Hukukunda zarar görenin, öncelikle devlet aleyhine tazminat davası açması gerekmektedir[46] (SchKG Art 5 Abs 2). Hal böyle olmakla birlikte, İsviçre Federal İcra İflas Kanunu uyarınca kendisine karşı dava açılan devlet, zararı meydana getiren icra iflas dairesi görevlisinin bizzat kendisine rücu edebilecektir[47] (SchKG Art 5 Abs 3). Ayrıca, İsviçre Hukukunda, icra iflas dairesi görevlilerinin meydana getirdiği manevi zararların da ağır kusurun bulunması durumunda talep edilebileceği açıkça hükme bağlanmaktadır[48] (SchKG Art 5 Abs 4).

Görüldüğü üzere gerek Türk Hukukunda gerekse de İsviçre Hukukunda icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu kapsamında birinci dereceden sorumlu

---

42 İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu'nun (SchKG) "*D. Haftung*", "*1. Grundsatz*" kenar başlıklı Art 5 hükmünün çeviriye esas alınan orijinal metni şu şekildedir:
"[1]Der Kanton haftet für den Schaden, den die Beamten und Angestellten, ihre Hilfpersonen, die ausseramtlichen Konkursverwaltungen, die Sachwalter, die Liquidaoren, die Aufsichts- und Gerichtsbehörden sowie die Polizei bei der Erfüllung der Aufgaben, die ihnen dieses Gesetz zuweist, widerrechtlich verursachen.
[2]Der Geschadigte hat gegenüber dem Fehlbaren keinen Anspruch.
[3]Für den Rückgriff des Kantons auf die Personen, die den Schaden verursacht haben, ist das kantonale Recht massgeben.
[4]Wo die Schwere der Verletzung es rechtfertigt, besteht zudem Anspruch auf Genugtuung." (SK SchKG-Müggler, Art 5 (n 40) 17; KUKO SchKG-Levante, Art 5 (n 40) 16; BSK SchKG I-Gasser, Art 5 (n 40) 18).

43 Bkz Art 5 SchKG.

44 KUKO SchKG-Levante, Art 5 (n 40) N 16-17, s 21-22; BSK SchKG I-Gasser, Art 5 (n 40) N 7, s 21; SK SchKG-Müggler, Art 5 (n 40) N 2, s 18.

45 SK SchKG-Müggler, Art 5 (n 40) N 2, s 18; BSK SchKG I-Gasser, Art 5 (n 40) N 7 s 21; KUKO SchKG-Levante, Art 5 (n 40) N 16-17, s 21-22. İsviçre Hukukunda devletin, icra ve iflas dairesi görevlilerinin münhasıran sorumlu olduğu hakkında ayrıca bkz Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44.

46 Taşpınar (n 29) 605.

47 SK SchKG-Müggler, Art 5 (n 40) N 19, s 21; BSK SchKG I-Gasser, Art 5 (n 40) N 48, s 28; KUKO SchKG-Levante, Art 5 (n 40) N 18, s 22.

48 BSK SchKG I-Gasser, Art 5 (n 40) N 12, s 21; KUKO SchKG-Levante, Art 5 (n 40) N 4, s 18. Ahlaki haklara tecavüz maddi olmayan zararlara yol açabilir ve tazmin nedeni verebilir. KUKO SchKG-Levante, Art 5 (n 40) N 4, s 18). Ayrıca bkz Taşpınar (n 29) 605; Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41; Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44, dn 3.

olan "*devlet*" olarak öngörülmüştür[49] (İİK m 5/f 1, c 1; SchKG Art 5 Abs 2). Bununla birlikte, İsviçre ve Türk Hukukunda devlet aleyhine açılacak olan tazminat davasında, devlet davayı kaybeder ve zarar gören kimseye ödemede bulunmak durumunda kalırsa, devletin zararın meydana gelmesine sebep olan icra iflas dairesi görevlisine karşı rücu davası açma imkânının bulunduğu kabul edilmektedir[50] (İİK m 5/f 2, c 2; SchKG Art 5 Abs 3). Buna ilişkin olarak, Türk Hukukunda, İcra ve İflas Kanunumuzun 5'inci maddesinde devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan icra iflas dairesi görevlilerine karşı rücu davası açma hakkının saklı olduğu açıkça ifade edilmektedir[51]. Aynı şekilde, mehaz İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu (SchKG) Art 5 Abs 3 hükmünde de devletin rücu davası yoluyla ilgili memura müracaat ederek ödediği tazminatı talep edebileceği öngörülmektedir[52].

Diğer taraftan, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu bakımından İsviçre Hukuku ile Türk Hukuku arasında birtakım farklılıklar da bulunmaktadır[53]. Buna göre, İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu'nda söz konusu olan ağır kusur halinde manevi tazminat talebinde bulunabileceğini öngören düzenlemenin karşılığı Türk Hukukunda mevcut değildir[54]. Buna karşılık, İİK m 5 hükmünde bu hususu

[49] Türk Hukuku bakımından bkz Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44; Karslı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 63 vd; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 24; Muşul, *İcra ve İflas Hukuku* (n 12) 44-45. Karşı görüşte bkz Umar 'Gözlemler' (n 31) 693-695; Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 42; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası *İcra ve İflas* (n 12) 62; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflas* (n 9) 40. İsviçre Hukuku bakımından bkz KUKO SchKG-Levante, Art 5 (n 40) N 16-17, s 21-22; BSK SchKG I-Gasser, Art 5 (n 40) N 7, s 21; SK SchKG-Müggler, Art 5 (n 40) N 2, s 18.

[50] Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44; Karslı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 65; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Kuru, *Ders Kitabı (İcra)* (n 13) 53; Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 47; Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) N 35, s 42; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 101; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 119; Oskay, Koçak, Deynekli ve Doğan (n 13) 52; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre (İcra)* (n 13) 38; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 83; Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 43; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası *İcra ve İflas* (n 12) 64; Nazif Kaçak, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Açıklamalı, İçtihatlı, Yeni Değişikliklerle, C 1* (3. Bası, Seçkin 2006) 88; Muşul, *İcra ve İflas Hukuku* (n 12) 45. İsviçre Hukuku bakımından bkz BSK SchKG I-Gasser, Art 5 (n 40) N 48, s 28; KUKO SchKG-Levante, Art 5 (n 40) N 18, s 22; SK SchKG-Müggler, Art 5 (n 40) N 19, s 21; Taşpınar (n 29) 605.

[51] Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44; Karslı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 65; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Kuru, *Ders Kitabı (İcra)* (n 13) 53; Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 47; Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 35, s 42; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 101; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 119; Oskay, Koçak, Deynekli ve Doğan (n 13) 52; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre (İcra)* (n 13) 38; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 83; Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 43; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası *İcra ve İflas* (n 12) 64; Kaçak (n 50) 88; Muşul, *İcra ve İflas Hukuku* (n 12) 45. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: *"…Senet aslı ibraz edilemiyorsa bu halde uyuşmazlığın çözümü dar yetkili mahkemenin görevi dışında kalıp yargılamayı gerektirir. Bu durumda ispat yükünün gereği gibi yerine getirilmediğinden ve imzanın borçluya ait olduğu hususu alacaklı tarafından kanıtlanamadığından itirazın kabulüne karar verilmelidir. Ayrıca alacaklı tarafından İcra ve İflas Dairesi görevlilerinin kusurlarından dolayı idare aleyhine tazminat davası açılabilir. Devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır. Bu davalara adliye mahkemelerinde bakılır. Mahkemece senet aslı bulunamadığı için imza incelemesi yapılamayacağı yönünde karar doğru ise de itiraz eden borçlu yönünden itirazın kabulüyle takibin durdurulmasına karar verilmesi gerekir…"* (Yargıtay 12 HD, 5863/22981, 28.6.2012, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Ayrıca bkz Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44; Karslı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 65; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Kuru, *Ders Kitabı (İcra)* (n 13) 53; Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 47; Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 35, s 42; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 101; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 119; Oskay, Koçak, Deynekli ve Doğan (n 13) 52; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre (İcra)* (n 13) 38; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 83; Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 43; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası *İcra ve İflas* (n 12) 64; Kaçak (n 50) 88; Muşul, *İcra ve İflas Hukuku* (n 12) 45.

[52] BSK SchKG I-Gasser, Art 5 (n 40) N 48, s 28; KUKO SchKG-Levante, Art 5 (n 40) N 18, s 22; SK SchKG-Müggler, Art 5 (n 40) N 19, s 21; Taşpınar (n 29) 605.

[53] Taşpınar (n 29) 605.

[54] İbid 605.

yasaklayan herhangi bir düzenleme mevcut olmadığı için[55] *kanaatimizce* manevi tazminat talepleri bakımından da İİK m 5 uyarınca icra iflas dairesi görevlilerinin kusurlu fiilleri sebebiyle devlet aleyhine tazminat davası açılabilmesi mümkün olmalıdır[56]. Ayrıca, İsviçre Hukukunda sorumlu icra iflas dairesi görevlilerinin kimler olduğu hususu açıkça ifade edilmektedir (SchKG Art 5 Abs 1) Diğer taraftan, Türk Hukukunda, bu konuda herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. Bu sebeple, İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu Art 5 Abs 1 kapsamında ifade edilen "*İcra-İflas müdürleri ve onların memurları, genel mahkemeler ile icra mahkemeleri, iflas idaresi, konkordato komiseri, tasfiye memurları, yarımcı personel ve polis*"[57] şeklindeki görevli, organ ve kişilerin sorumluluğu bakımından İsviçre Hukukunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Türk Hukukunda, İcra İflas Kanunu madde 5 kapsamında sorumlu olan kişi ve organların kimler olduğu hususunda kanunda açık bir hükmün yer almaması *kanaatimizce* önemli bir eksiklik teşkil etmemektedir[58]. Zira, icra iflas dairesi görevlileri kapsamında ifade edebileceğimiz, "*İcra ve İflas müdürleri*", "*İcra ve İflas müdür yardımcıları*", "*İcra ve İflas katipleri*", "*İcra ve İflas mübaşir ve müstahdemleri*" İcra ve İflas Kanunu m 5 hükmünde öngörülen hukuki sorumluluğa tabi olup; bu kimselerin görevlerini ifa ettikleri esnada kusurları ile üçüncü kişilere verdikleri zararların giderilmesi amacıyla idare aleyhine sorumluluk davası açılabilecektir[59] (İİK m 5/c 1). Ayrıca, İİK m 5 uyarınca, sorumluluğu söz konusu olan icra ve iflas dairesi görevlilerinin kapsamına giren kimselerin kimler

---

55 Kaçak (n 50) 88.

56 Doktrinde bu görüşteki yazarlar için ayrıca bkz Kaçak (n 50) 88; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 262; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 114. Buna karşılık, Türk Hukukunda *doktrinde* kimi yazarlarca, icra iflas dairesi görevlilerinin kusurlu eylem veya işlemleri neticesinde sadece maddi zararların giderilmesinin istenebileceği öne sürülmektedir. *Doktrinde* bu görüşteki yazaralar için bkz Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 64; Kuru, *Ders Kitabı (İcra)* (n 13) 52; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre (İcra)* (n 13) 37; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 100.

57 Taşpınar (n 29) 604; Demir Saldırım (n 7) 42.

58 Ortaklığın satış suretiyle giderilmesi davasında, satış memuru da İİK m 5 uyarınca, icra dairesi görevlisi konumunda olup burada öngörülen hükümlerce sorumluluğuna gidilebilecektir. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: *"…Dava dilekçesinde, ortaklığın satış suretiyle giderilmesi kararının infazı için satış memurunun görevlendirildiği; davacının, ihaleye çıkarılan taşınmazı satın aldığı; ancak, taşınmazın gerçek yüzölçümü ile tapu ve satış ilanında yer alan miktarın farklı olduğunun ortaya çıktığı; bunun da İİK'nun 5. maddesi uyarınca sorumluluğu gerektirdiği ileri sürülerek, maddi tazminat isteminde bulunulmuştur. Mahkemece, satış memurunun İİK'nun 5. maddesi kapsamında bulunmadığı gerekçesiyle yazılı biçimde karar verilmiştir. Ortaklığın satış suretiyle giderilmesi kararları, İİK hükümleri uyarınca yerine getirilmektedir. Satış memuru da İİK'nun 5. maddesi anlamında icra dairesi görevlisi konumundadır. Şu durumda, uyuşmazlığın esasının çözümlenmesi gerekir. Mahkemece usulden ret kararı verilmesi yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir…*" (Yargıtay 4 HD, 1443/5163, 27.4.2015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

59 Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 255; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 82.

olduğu değerlendirilirken doktrinde ileri sürülen görüşler[60] ve Yargıtay içtihatlarına[61] yansıyan uygulama da önem arz edecektir[62].

B. İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğu Kavramı

İcra İflas Kanunu m 5 hükmünde öngörülen hukuki sorumluluk, icra iflas dairesi görevlilerinin görevleri dolayısıyla ve kusurlu fiilleri neticesinde meydana getirmiş oldukları zararları kastetmektedir[63,64]. Bu sebeple, İİK m 5 hükmünde öngörülen düzenleme uyarınca cebri icra faaliyetini yerine getirmekle görevli olan kimselerin, görevleri ile bağdaşmayan bir zarara sebep olmaları durumunda, *-bu zarar görevleri esnasında meydana gelmiş olsa dahi-* devlet aleyhine tazminat davasının açılmasına yol açmayacaktır[65]. Bu durumda, görevleri ile ilgili olmaksızın kişisel kusurlarıyla hizmet verdikleri üçüncü kişilerin zarara uğramalarına sebep olan icra iflas dairesi görevlilerinin sebep oldukları zararlar aleyhine "*genel mahkemelerde*" ve "*genel*

[60] Doktrinde, bazı özel haller bakımından görevli kimselerin İİK m 5 vd uyarınca hukuki sorumluluk kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Buna göre, bahsi geçen tartışma kapsamında (1) icra dairesinde yürütülen işlerle ilgili olarak icra dairesi dışındaki bilirkişi, yediemin gibi kimselerin görevleri esnasında gerçekleştirdikleri işlemler dolayısıyla sorumlu olup olmayacakları; (2) Konkordato hükümleri kapsamında icra iflas dairesi görevlilerinin görevli oldukları durumlarda İİK m 5 uyarınca sorumlu olup olmayacakları; (3) Ortaklığın giderilmesi davasında, icra iflas dairesi görevlilerinin satış memuru sıfatıyla görevlerini yerine getirdikleri esnada kusurlu fiilleri ile meydana getirdikleri zararlar bakımından İİK m 5 uyarınca sorumlu olup olmayacakları; (4) İflas idaresini teşkil edenlerin kusurlarından ileri gelen zararlardan İİK m 5 uyarınca sorumlu olup olmadıkları değerlendirilmektedir. Doktrinde bu konulara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz Uyar, *İİK m 5* (n 13) 120-122; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 40-41.

[61] *"...Dosyadaki bilgi ve belgelere göre, davalı F İcra Müdürü davalı Ş. ise İcra Müdür Yardımcısı olarak aynı yerde görevlidirler. Davalıların görevli olduğu İcra Müdürlüğünde yapılan bir ilamsız icra takibine borçlu süresinde itiraz etmiş olduğundan takibin durmasına karar verilmesi gerekirken işlemlerin devam ettirildiği görülmektedir. Söz konusu dosyada borçlunun itiraz dilekçesinden sonraki işlemlerle ilgili ilk kararı İcra Müdür Yardımcısı Ş. almış ve takibin durmasına karar vermesi gerekirken işlemleri sürdürmüştür. Böylece borçlunun adresinde haksız yere haciz yapılması nedeniyle davacı İ.İ.K.'nun 5. maddesi uyarınca tazminat ödemek zorunda kalmıştır. İcra Müdür Yardımcıları her ne kadar İcra Müdürünün gözetim ve denetiminde çalışırlarsa da sorumlulukları içindeki dosyalarla ilgili aldıkları kararlar nedeniyle İcra Müdürü ile birlikte sorumlu olurlar. Yerel mahkemece bu yön üzerinde durulmadan adı geçen davalı hakkında yazılı şekilde karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir..."* (Yargıtay 4 HD, 4573/10365, 22.09.2003, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[62] Buna göre, ortaklığın satış suretiyle giderilmesi davasında, satış memuru da İİK m 5 uyarınca, icra dairesi görevlisi konumunda olup burada öngörülen hükümlerce sorumluluğuna gidilebilecektir. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: *"...Dava dilekçesinde, ortaklığın satış suretiyle giderilmesi kararının infazı için satış memurunun görevlendirildiği; davacının, ihaleye çıkarılan taşınmazı satın aldığı; ancak, taşınmazın gerçek yüzölçümü ile tapu ve satış ilanında yer alan miktarın farklı olduğunun ortaya çıktığı; bunun da İİK'nun 5. maddesi uyarınca sorumluluğu gerektirdiği ileri sürülerek, maddi tazminat isteminde bulunulmuştur. Mahkemece, satış memurunun İİK'nun 5. maddesi kapsamında bulunmadığı gerekçesiyle yazılı biçimde karar verilmiştir. Ortaklığın satış suretiyle giderilmesi kararları, İİK hükümleri uyarınca yerine getirilmektedir. Satış memuru da İİK'nun 5. maddesi anlamında icra dairesi görevlisi konumundadır. Şu durumda, uyuşmazlığın esasının çözümlenmesi gerekir. Mahkemece usulden ret kararı verilmesi yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir..."* (Yargıtay 4 HD, 1443/5163, 27.4.2015 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[63] Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 46.

[64] Mehaz İsviçre Hukukunda konunun ele alındığı İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu (SchKG) Art 5 hükmü uyarınca sorumluluk, yükümlülüğe tabi bir organın hukuka aykırı davranışıyla görevini yerine getirmesi sebebiyle verdiği zararları ifade etmektedir (KUKO SchKG-Levante, Art 5 (n 40) N 3, s 17).

[65] Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 46.

hükümlere göre" (TBK m 49; eBK m 41) tazminat davası açılması gerekmektedir[66]. Bunun neticesinde İİK m 5 hükmünde ifade edilen şekilde, birinci dereceden devlet sorumlu tutularak devlet aleyhine tazminat davası açılamayacak, zarara sebep olan icra iflas dairesi görevlisinin bizzat kendisi aleyhine şahsi kusuru sebebiyle tazminat davasının açılması söz konusu olacaktır[67].

Kısacası, İcra ve İflas Kanunu m 5 hükmünde yer alan ve doğrudan doğruya devlet aleyhine tazminat davası açılacağını öngören kanuni düzenleme, icra iflas dairesi görevlilerinin görevleri sebebiyle ve görevleri esnasında gerçekleştirdikleri kusurlu fiiller neticesinde meydana getirdikleri zararlardan devletin birinci dereceden sorumlu olması kavramını karşılamaktadır.

C. İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

İcra İflas Kanunu m 5 ile mehaz İsviçre Federal İcra İflas Kanunu Art 5'te öngörülen düzenleme uyarınca meydana gelen sorumluluğun hukuki niteliği "*haksız fiil sorumluluğu*"dur[68]. *Doktrinde* icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun hukuki niteliğinin ne olduğu değerlendirilirken burada öngörülen sorumluluğun haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır[69]. Bununla birlikte, İsviçre Federal İcra İflas Kanunu Art 5 ile Türk İcra İflas Kanunu m 5'te yer alan haksız fiil sorumluluğunun hukuki niteliğinin kusura dayanan sorumluluk mu yoksa kusursuz sorumluluk mu olduğu

[66] Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 262; Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 46. Yargıtay 3 HD, 8876/14170, 04.06.2012 "*…İ.İ.K. 5.maddesine göre "İcra ve İflas Dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları, ancak idare aleyhine açılabilir." Bu hale göre, icra ve iflas (dairesi) görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları ancak idare aleyhine açılabilecektir. Bu tür davaların kusurlu memura (görevliye) karşı açılması olanaksızdır. Bir başka anlatımla icra ve iflas dairesi görevlisi (icra memuru), görevini yaparken kişilere (ilgililere) zarar verecek olursa, bu zarardan doğrudan doğruya sorumlu olmayacaktır. Zira, bu tür tazminat davası ancak Adalet Bakanlığı aleyhine açılabilir. Şu var ki, icra memurunun görevi ile ilgili olmayan kişisel kusurdan doğan zarar için, BK.41 vd. maddelerine göre kusurlu memurun bizzat kendisine karşı tazminat davası açılabilir. Bu davalara adliye mahkemelerinde bakılacağı husus ise yukarıda sözü edilen Yasanın 5.maddesinin son cümlesinden açıkça anlaşılmaktadır. O halde mahkemece yapılacak iş: Davacının uğradığını iddia ettiği maddi zararın; ilgili memurun görevini yaparken kusurlu hareket etmiş eylemin hukuka aykırı bulunması ve icra memurunun kusurlu işlemi veya eylemi ile ilgilinin uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağı sonucu oluştuğunun saptanması halinde dosya kapsamına uygun bir karar vermekten ibarettir…"* (Lexpera).

[67] Karslı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 44. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: *"…Dava icra (ve iflas) dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat istemine ilişkin bulunmaktadır. İİK. 5. maddesine göre "İcra ve İflas Dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları, ancak idare aleyhine açılabilr" Bu hale göre, icra ve iflas (dairesi) görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları ancak idare aleyhine açılabilecektir. Bu tür davaların kusurlu memura (görevliye) karşı açılması olanaksızdır. Bir başka anlatımla icra ve iflas dairesi görevlisi (icra memuru), görevini yaparken kişilere (ilgililere) zarar verecek olursa, bu zarardan doğrudan doğruya sorumlu olmayacaktır. Zira bu tür tazminat davası ancak Adalet Bakanlığı aleyhine açılabilir. Şu var ki icra memurunun görevi ile ilgili olmayan kişisel kusurundan doğan zarar için, BK. 41 vd. maddelerine göre kusurlu memurun bizzat kendisine karşı tazminat davası açılabilir. Bu davalara adliye mahkemelerinde bakılacağı husus ise yukarıda sözü edilen Yasanın 5. maddesinin son cümlesinden açıkca anlaşılmaktadır. O halde mahkemece yapılacak iş: Davacının uğradığını iddia ettiği maddi zararın; ilgili memurun görevini yaparken kusurlu hareket etmiş eylemin hukuka aykırı bulunması ve icra memurunun kusurlu işlemi veya eylemi ile ilgilinin uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağı sonucu oluştuğunun saptanması halinde dosya kapsamına uygun bir karar vermekten ibarettir…"* (Yargıtay 3 HD, 11505/12087, 18.12.1997, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[68] Türk Hukukunda İcra İflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğu olduğu hakkında bkz Berkin, *Sorumluluk* (n 4) 218.

[69] Berkin, *Sorumluluk* (n 4) 218; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 99; Taşpınar (n 29) 605; Demir Saldırım (n 7) 62-63.

yönünde bir farklılık söz konusudur. Bu sebeple, Türk İcra İflas Kanunu m 5 ile İsviçre Federal İcra İflas Kanunu Art 5'te ifade edilen sorumluluğun hukuki niteliğinin "*kusur sorumluluğu-kusursuz sorumluluk*" şeklindeki ayrım çerçevesinde değerlendirilerek ortaya konulması gerekmektedir[70]. Zira, böyle bir durumda açılacak olan tazminat davasının şartları (kusurun bir şart olarak aranıp aranmayacağı) ile ispat yükünün kimin üzerinde olduğunun tayin edilmesinde, kanun koyucunun öngördüğü sorumluluğun hukuki niteliğinin ifade edilmesi önem arz etmektedir.

1. Türk Hukukunda İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

Türk hukukunda, İcra ve İflas Kanunu m 5 hükmünde, zararın meydana gelmesine sebep olan icra iflas dairesi görevlilerinin "*kusurlu*" davranışlarından sorumlu olacakları açıkça ifade edildiğinden, kanun koyucunun burada öngördüğü sorumluluğun hukuki niteliği aynı zamanda "*kusur sorumluluğu*"[71] olarak ifade edilebilecektir[72]. Bilindiği üzere, zarar veren kişinin kusurlu davranışına dayanan sorumluluğu hukuki nitelik olarak kusur sorumluluğu (*sübjektif sorumluluk*) şeklinde ifade edilmektedir[73]. Bu husus göz önünde bulundurulduğunda, İİK m 5 hükmünde ifade edilen icra iflas dairesi görevlilerinin kusurlu fiilleri ile sebep oldukları sorumluluğun hukuki niteliğinin *"kusur sorumluluğu"* olduğu *kanaatimizce* tartışmasızdır. Zira, buna ilişkin olarak, Türk Hukukunda *doktrinde*, İİK m 5 hükmünde öngörülen sorumluluğun kusura dayalı olmakla birlikte, devletin birinci dereceden sorumlu kılındığı bir sorumluluk olduğu ifade edilmektedir[74]. *Yargıtay içtihatlarında* ise, İcra ve İflas Kanunu m 5 hükmünde öngörülen sorumluluk hukuki niteliği gereği, icra memurlarının kusuruna dayanan fakat idarenin kusursuz

[70] Haksız fiil sorumluluğunun, "*kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu*" ile "*kusura dayanmayan haksız fiil sorumluluğu*" şeklinde iki kategoriye ayrılabileceği hakkında bkz Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (11. Bası, Mimoza, 2016) 249.

[71] Doktrinde, kusur sorumluluğu bakımından zarar verici davranışın belli bir kişiye bağlanması sebebiyle, "*sübjektif sorumluluk*" teriminin kullanıldığı da görülmektedir (Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Bası, Yetkin 2017) 554; Ayan (n 70) 250; Zahit İmre, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri* (İsmail Akgün 1949) 49).

[72] Kusur sorumluluğu görüşünü savunanlar bkz Taşpınar (n 29) 605.

[73] Eren, *Borçlar Hukuku* (n 71) 513. Kusur kavramı ve kusur sorumluluğu hakkında bkz M Kemal Oğuzman ve M Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2* (Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Vedat 2013) N 6; Ahmet Esat Arsebük, *Borçlar Hukuku Birinci Cilt ve İkinci Cilt* (3. Bası, Güney 1950) 117; Kemaleddin Birsen, *Borçlar Hukuku Dersleri Borçların Genel Hükümleri* (4. Bası, Fakülteler 1967) 181; Ataay, Aytekin: Borçlar Hukuku Genel Teorisi, Birinci Yarım, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul, Der Yayınlar, 1986 64; Ayan (n 70) 271 vd; Hüseyin Hatemi, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku* (Gözden geçirilip genişletilmiş 2. Bası, Filiz 1998) 69-71; Eren, *Borçlar Hukuku* (n 71) 554; Mustafa Kılıçoğlu, *Sorumluluk Hukuku Cilt 1 Sözleşeme Dışı Sorumluluk* (1. Bası, Turhan 2002) 367 vd; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Bası, Beta 2012) 171; Şahin Akıncı, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler* (11. Bası, Sayram 2017) 152-153; Selim Kaneti, 'Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi' in Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu 21-22 Ekim 1977 Ankara (Fakülteler 1980) 40-55; İmre (n 71) 24 vd; Fahri Çalkin ve Muhsin Tuğsavul, *Haksız Fiilden Doğan Tazminat Davaları* (1. Bası, Cumhuriyet 1948) 35 vd.

[74] Taşpınar (n 29) 605.

sorumluluğunu öngören bir sorumluluk şeklinde belirtilmektedir[75]. İcra iflas dairesi görevlilerinin sorumlulukları, TMK m 1007/f 1'de düzenlenen devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğuna benzemektedir[76,77].

Türk İcra ve İflas Kanunu m 5 hükmünde öngörülen sorumluluk hukuki niteliği gereği kusur sorumluluğu olarak ifade edildiğinden zarar gören, zarara sebep olan icra ve iflas dairesi görevlisinin kusurlu olduğunu ispat etmekle mükelleftir[78]. Ayrıca, "*kusur*", İcra ve İflas Kanunu m 5 hükmüne göre, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun doğabilmesi için var olması gereken şartlardan birisi olarak aranacaktır[79]. Böyle bir durumda, devlet, kendisine karşı açılacak olan davada gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirdiğinin ileri sürerek sorumluluktan

---

[75] Yargıtay 4 HD, 452/2256, 26.04.2017 *"...görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları, ancak idare aleyhine açılabilir. Devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır. Bu davalara adliye mahkemelerinde bakılır." düzenlemesi yer almaktadır. Dosya arasındaki bilgi ve belgeler tümüyle incelendiğinde; 16.06.2011 tarihli ekspertiz raporuna göre dava konusu aracın şase numarasının metal etrafında aletli müdahale ve kaynak izlerinin bulunduğunun görüldüğü, bu şase numarasının monte edilmesi suretiyle çenç olayının gerçekleştiğinin belirtildiği görülmektedir. Dava konusu araçta yapılan çenç işleminin ancak alanında uzman kişilerce anlaşılabilecek nitelikte olduğu, dava konusu edilen olayın çözümünün özel teknik bilgiyi gerektirdiği hususu da gözetilerek dava konusu çenç (change) aracın icra müdürlüğünce yapılan ihale ile davacıya satılmasında icra müdürünün herhangi bir kusurlu eylemi bulunmadığı anlaşılmaktadır. Şu durumda kusur sorumluluğuna dayanan uyuşmazlıkta; mahkemece, İcra ve İflas Kanununun 5. maddesi gereğince davanın reddi gerekirken, kabulü doğru olmamış kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir..."* (Lexpera). Ayrıca, Yargıtay'ın bazı içtihatlarında, İcra ve İflas Kanunu m 5 hükmünde öngörülen sorumluluğun hukuki niteliği, icra memurlarının kusuruna dayanan fakat idarenin kusursuz sorumluluğunu öngören bir sorumluluk olarak ifade edilmektedir. *"...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine, özellikle, İİK'nun 5. maddesindeki sorumluluğun icra memurunun kusuruna dayanan (idarenin) kusursuz sorumluluğu niteliğinde bulunması, İİK'nun 134/1 maddesi uyarınca ihale anında mülkiyetin alıcıya geçeceği hususu dikkate alındığında ihale şartnamesini düzenleyen icra memurunun, şartnameye taşınmazın tapu kaydı üzerinde ihtiyati tedbir konulduğunu yazmamış olması ve bundan dolayı kusurlu olması nedeniyle İİK'nun 5. maddesindeki sorumluluk koşulları gerçekleştiğine göre..."* (Yargıtay 4 HD, 14705/568, 11.2.2019, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay'ın bu yöndeki bir başka kararı şu şekildedir: "*…Davacının icra memurunun takdirini doğru kullanmaması sonucu zarar gördüğü dosya kapsamı ile sabittir. Takdir yetkisini kullanırken özensiz davrandığı İcra Tetkik Mercii kararıyla da belirlenmiştir. İcra memurunun bu davranışından dolayı davalı bakanlık kusursuz sorumludur. (İİK m 5) Şu durumda mahkemece yapılacak iş tazminat kapsamının belirlenerek hüküm altına alınmasından ibarettir. Bu yön gözetilmeksizin davanın reddedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir. ..."* (Yargıtay 4 HD, 3868/8582, 30.6.2003, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[76] Kutay (n 3) 665. Devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Cüneyt Pekmez, *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu* (1. Bası, On İki Levha 2013) 13 vd; Lale Sirmen, *Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu* (1. Bası, Sevinç 1976) 1 vd.

[77] TMK m 1007/f 1 uyarınca zarar gören tarafından açılacak olan tazminat davası, idari yargı yerine adli yargı yerinde maliye hazinesine karşı açılır (Haluk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 17. Bası, Beta 2020) N 117.1, s 182). Yargıtay'ın bir kararı şu şekildedir: "*...Dava tazminat istemine ilişkindir. Davacı icra memurları ve tapu sicil memurlarının hatalı işlemleri nedeniyle icra takibine konu alacağı nedeniyle haczedilen taşınmazdan satış sonrası payına düşen miktarı alamadığını belirterek tazminat isteminde bulunmuştur. Dava dilekçesindeki anlatımdan dava dayanağı olaylar nedeniyle İcra İflas Kanunu 5. maddesi ve Medeni Kanunun 1007 (eski 917) maddesine göre tazminat isteminde bulunulmuştur. Yerel mahkemece anılan maddelere dayalı tazminat davalarının Adli Yargı yerinde bakılacağı gözetilmeksizin ve gerçek kişilerle ilgili davanın birlikte görülmesi de gözetilmeksizin tefrik kararı sonrası davalı Maliye Bakanlığı ve Adalet Bakanlığı hakkındaki davanın yargı yolu bakımından reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir..."* (Yargıtay 4 HD, 1.5.2003, 4732/5621, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[78] Sorumluluğun kusur sorumluluğu olduğu hallerde, failin kusurlu olduğu hususunu ispat yükü davacıya düşmektedir (Kılıçoğlu M (n 73) 650; Henri Deschenaux and Pierre Tercier, *Sorumluluk Hukuku (Çev. Salim Özdemir)* (Kadıoğlu 1983) 172; Aynı yönde bkz Halûk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)* (1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası Yapılmıştır, Vedat 2010) 62; Berkin, *Sorumluluk* (n 4) 218; İmre (n 71) 42).

[79] Kusurun, İİK m 5 uyarınca açılacak olan tazminat davasında aranacak olan şartlardan biri olduğu hakkında bkz Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası *İcra ve İflas* (n 12) 63; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 99; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 112; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 225; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 37; Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41; Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 46-47; Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) N 42, s 44-45; Oskay, Koçak, Deynekli ve Doğan (n 13) 52; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 83; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 25; Kuru, *Ders Kitabı (İcra)* (n 13) 52; Muşul, *İcra ve İflas Hukuku* (n 12) 44; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 64. Ayrıca, bkz aşa III, B.

kurtulamayacaktır[80]. Zira, İİK m 5 anlamında icra ve iflas dairesi görevlisinin kusurunun bulunması ihtimalinde, sorumlu olan devlete kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır[81]. Buna karşılık, İİK m 5 uyarınca doğrudan doğruya kendisine karşı tazminat davası açılacak olan devlet, kusurlu fiilleri ile zararın meydana gelmesine sebep olan icra ve iflas dairesi görevlisinin somut olay bakımından herhangi bir kusurunun bulunmadığını ispat ederek tazminat davasından kurtulabilecektir[82].

2. İsviçre Hukukunda İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

İsviçre Hukukunda ise, İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu Art 5 hükmünde öngörülen sorumluluğun hukuki niteliği, Türk İcra ve İflas Kanunu m 5'te ifade edilen düzenleme ile kıyas edildiğinde farklılık arz etmektedir.

Mehaz İsviçre Hukukunda konunun ele alındığı İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu Art 5 hükmü uyarınca sorumluluk, yükümlülüğe tabi bir organın hukuka aykırı davranışıyla ve görevi sebebiyle verdiği zararları ifade etmektedir[83]. Görüldüğü üzere, İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu Art 5 hükmünde icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için "*kusur*" bir şart olarak aranmamaktadır[84]. İsviçre Hukukunda *doktrinde,* İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu Art 5'te öngörülen icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun "*sebep sorumluluğu*"[85] (*Kausalhaftung*) diğer bir deyişle, *"kusursuz sorumluluk"*[86] olduğu açıkça ifade edilmektedir[87].

Kusursuz sorumlulukta, kişiyi, zarardan sorumlu tutulabilmek için kusurlu fiillerin mevcudiyeti gerekmemekte ve yalnızca zararın ortaya çıkması yeterli kabul

---

80 Hasan Tahsin Gökcan, *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku* (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Bası, Seçkin 2016) 528.

81 Haluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku* (Turhan 1981) 20; Gökcan (n 80) 528.

82 Gökcan (n 80) 528; Tandoğan, *Sözleşme Dışı Sorumluluk* (n 81) 20.

83 KUKO SchKG-Levante, Art 5 (n 40) N 3, s 17.

84 Taşpınar (n 29) 605; İsviçre Hukukunda (SchKG Art 5'te) kusursuz sorumluluk diğer bir ifadeyle, sebep sorumluluğu (*Kausalhaftung*) olduğu hakkında bkz KUKO SchKG-Levante, Art 5 (n 40) N 7, s 19; BSK SchKG I-Gasser, Art 5 (n 40) N 8, s 21; SK SchKG-Müggler, Art 5 (n 40) N 17, s 21; Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44.

85 Kusursuz sorumluluk bakımından, aynı zamanda, "*sebep sorumluluğu*", "*objektif sorumluluk*" şeklinde ifadeler de kullanılmaktadır (Ayan (n 70) 287; Hatemi (n 73) 72).

86 Kusursuz sorumluluk (*sebep sorumluluğu*, *Objektif sorumluluk*) ve buna ilişkin açıklamalar için bkz Nomer, *Borçlar Hukuku* (n 77) N 177, s 181; Eren, *Borçlar Hukuku* (n 71) 556 vd; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler I. Cilt* (Üzerinde Çalışılmış ve Genişletilmiş 6. Bası, Sermet 1976) 428-429; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (n 78) 96 vd; Ahmet M Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Genişletilmiş 23. Bası, Turhan 2019) 414 vd; Başak Z Baysal, *Haksız Fiil Hukuku, BK m 49-76* (1. Bası, On İki Levha 2019) 225-345; Ataay (n 73) 72; Ayan (n 70) 287 vd; Hatemi (n 73) 71 vd; Kılıçoğlu M (n 73) 14-22; Oğuzman ve Öz, *C II* (n 73) N 7; Reisoğlu (n 73) 179; Akıncı (n 73) 155 vd; Kaneti, Kusur Kavramı (n 73) 58 vd; İmre (n 71) 41 vd; Çalkin ve Tuğsavul (n 73) 41 vd; Tandoğan, *Sözleşme Dışı Sorumluluk* (n 81) 7 vd; Kerem Cem Sanlı, 'Kusursuz Sorumluluk Halleri' in *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu* (On İki Levha 2011) 61 vd; Cengiz Koçhisarlı, 'Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi' (1984) 2 Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 175 vd.

87 Taşpınar (n 29) 605; KUKO SchKG-Levante, Art 5 (n 40) N **7**, s 19; BSK SchKG I-Gasser, Art 5 (n 40) N 8, s 21; SK SchKG-Müggler, Art 5 (n 40) N 17, s 21; Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44.

edilmektedir[88]. Bu sebepledir ki, İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu Art 5 hükmüne göre zarardan sorumlu olan icra iflas dairesi görevlisi (veya organı), kusurlu herhangi bir fiilde bulunmamış olsa dahi meydana gelen zararlardan sorumlu olabilecektir.

Netice itibariyle, İsviçre Hukukunda, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu bakımından kusursuz sorumluluk söz konusu olduğu için, sorumluluğun doğabilmesi bakımından aranacak olan şartların arasında "*kusur*" ayrıca yer almamaktadır[89]. Aynı zamanda, İsviçre Hukukunda zarar gören kimsenin, zarara sebep olan icra ve iflas görevlisinin (veya organının) kusurlu olduğu hususunu ileri sürmesi ve ispatlaması da gerekmemektedir[90].

III. İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğu Sebebiyle Açılacak Olan Tazminat Davası

A. Genel Olarak

İcra ve iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle İİK m 5/c 3 uyarınca, adliye mahkemelerinde bakılacak olan tazminat davası temelde "*haksız fiilden kaynaklanan tazminat davası*" olup; söz konusu dava bakımından İcra İflas Kanunu m 5 düzenlemesi ile Türk Borçlar Kanunu m 49 vd hükümlerinin beraber uygulaması gerekmektedir[91]. Diğer bir deyişle, İcra ve İflas Kanunu m 5 uyarınca, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle açılacak olan tazminat davasının özellikleri değerlendirilirken İİK m 5 hükmü ile birlikte haksız fiillere ilişkin TBK m 49 hükmünün[92] de dikkate alınması önem arz etmektedir[93].

B. İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğu Sebebiyle Tazminat Davasının Açılabilmesi İçin Gerekli Olan Şartlar

İcra ve İflas Kanunu m 5 hükmüne göre, sorumluluğu söz konusu olan icra iflas dairesi görevlileri bakımından devlet aleyhine açılacak olan tazminat davasında, sorumluluğun doğabilmesi için bazı şartların var olması gerekmektedir.

İcra ve İflas Kanunu m 5 hükümde öngörülen ve görevleri esnasında kusurlu fiilleri sebebiyle üçüncü kişilerin zarara uğramasına sebebiyet veren icra ve iflas görevlileri hakkında devlet aleyhine açılacak olan tazminat davası, 01.07.2012 tarihinde

---

88 Ataay (n 73) 72-73.

89 İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu Art 5 uyarınca sorumluluğun şartları için bkz SK SchKG-Müggler, Art 5 (n 40) N 6-18, s 19-21; KUKO SchKG-Levante, Art 5 (n 40) N 3-8, s 17-19; BSK SchKG I-Gasser, Art 5 (n 40) N 9-45, s 21-27.

90 Taşpınar (n 29) 605.

91 Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası *İcra ve İflas* (n 12) 62.

92 Haksız fiiller 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesinde düzenlenmektedir. TBK m 49/f 1 hükmüne göre, "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*".

93 Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası *İcra ve İflas* (n 12) 62.

yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m 49 vd (818 sayılı eBK m 41vd) hükümlerinde öngörülen haksız fiilden doğan tazminat davasına benzemektedir[94]. Bu sebeple, İİK m 5 uyarınca sorumluluk sebebiyle açılacak olan tazminat davasının şartları, haksız fiilden doğan tazminat davasında olduğu gibidir[95]. Devlet aleyhine icra iflas dairesi görevlilerinin, görevleri esnasında gerçekleştirdikleri fiiller sebebiyle meydana gelecek olan sorumluluk bakımından gündeme gelecek olan tazminat davasında aranacak olan şartlar; *"hukuka aykırılık"*, "*kusur*", "*zarar*" ve "*illiyet bağı*" şeklinde ifade edilebilecektir[96].

Görüldüğü üzere, İİK m 5 hükmüne göre, icra ve iflas dairesi görevlileri hakkında tazminat davası açılabilmesi için, hukuka aykırı fiil ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının bulunması ve zararın doğumuna sebep olan icra iflas dairesi görevlisinin görevini gerçekleştirdiği esnada kusurlu olması gerekmektedir[97]. İcra ve iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle açılacak olan tazminat davasında mevcudiyeti aranan *"hukuka aykırılık",* "*kusur*", "*zarar*" ve "*illiyet bağı*" kavramları ile kastedilen hususun ne olduğu ile bu kavramların izah edilerek ortaya konulması bakımından TBK m 49 vd hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir[98].

---

94 Kuru, *İstinaf Sistemine Göre (İcra)* (n 13) 37.

95 İbid 37. Yargıtay'ın bir kararı şu şekildedir: "…*Mahkemece, İcra İflas Kanunu 5. maddesi uyarınca her iki idarenin çalışanlarının kusurlu davranışları sonucu davacı aleyhine zarar verici haksız fiilin oluştuğu gerekçesiyle davanın maddi tazminat talebinin kabulüne, manevi tazminat talebinin kısmen kabulüne karar verilmiştir…"* (Yargıtay 4 HD, 7.2.2019, 13756/524, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

96 Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 83; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 99-100; Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 37; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 111-112; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 64; Kuru, *Ders Kitabı (İcra)* (n 13) 52; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 25; Oskay, Koçak, Deynekli ve Doğan (n 13) 52; Muşul, *İcra ve İflas Hukuku* (n 12) 44, 45; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre (İcra)* (n 13) 37; Gökcan (n 80) 528. Haksız fiilden doğan davalarda *"hukuka aykırılık",* "*kusur*", "*zarar*" ve "*illiyet bağı*"nın bir arada bulunmasının gerektiği (TBK m 49; eBK m 41) hakkında ayrıca bkz Eren, *Borçlar Hukuku* (n 71) N 1611, s 582; Nomer, *Borçlar Hukuku* (n 77) N 99, s 160; Hüseyin Hatemi ve Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (3. Bası, Vedat 2015) N 10, s 116; Mustafa Reşit Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1. Cilt* (Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilerek Yenilenmiş Baskıdır, Beta Basım 2003) 424; Ayan (n 70) 250; Nihat Yavuz, *Borçlar Hukuku El Kitabı* (1. Bası, Adalet 2018) 222-226; Arsebük (n 73) 546; Herman Becker, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi VI. Cilt Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler Fasikül IV,* (Çev.: Kemal Reisoğlu) (Ankara Yarı Açık Cezaevi 1968) 223; Akıncı (n 73) 136. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: *"…Dava dilekçesinde, icra memurunun eylemi nedeniyle uğranılan zararın davalı Adalet Bakanlığından tahsili istenilmiştir. Davacı, Kütahya 2. İcra Müdürlüğü'nün 1999/460 sayılı takip dosyasında ihaleye katılmış, borçlunun açtığı ihalenin feshi davası üzerine ihale bedeli karşılığında banka teminat mektubu vermiştir. Reddedilen ihalenin feshi davasının henüz kesinleşmesi beklenmeden icra müdürlüğünce teminat mektubu paraya çevrilmiş ise de şikâyet üzerine davacı yeniden teminat mektubu vererek satış bedelini geri almış, ancak yeni bir teminat mektubu ibraz etmiştir. Davada ikinci teminat mektubu için yapılan 272.000.000 lira gider ile ihale bedelinin bankada vadesiz hesapta bekletilmesi nedeniyle 120.000.000 lira faiz kaybı olduğunu, toplam 350.000.000 lira maddi ve 50.000.000 lira manevi tazminatın faizi ile birlikte tahsili talep ve dava edilmiştir. Davalı idare vekili, masraflara teminat mektubunu ibraz edenin katlanması gerektiğini, yersiz ve dayanaktan yoksun davanın reddini savunmuş, mahkemece davanın kabulü cihetine gidilmiş olup, karar davalı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir. İİK.'nun 5. maddesi hükmüne göre: "İcra ve iflas dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları, idare aleyhine açılabilir." O halde bu davanın açılabilmesi için; İcra dairesi görevlilerinin görevlerini yaparken hukuka aykırı davranması, bu davranışın açık bir kanun hükmüne aykırılık teşkil etmesi (kusur) ve bundan üçüncü kişinin zarara uğraması ve eylem veya işlem ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunması gerekmektedir…"* (Yargıtay 3 HD, 11999/368, 18.1.2001, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

97 Muşul, *Cilt 1* (n 12) 83. İİK m 5 hükmünde öngörülen sorumluluk bakımından aranmakta olan şartlar hakkında Yargıtay'ın bir içtihadı şu şekildedir: *"…Davacının uğradığını iddia ettiği maddi zararın (tazmini için); ilgili memurun görevini yaparken kusurlu hareket etmiş; eylemin hukuka aykırı bulunması ve icra memurunun kusurlu işlemi ve eylemi ile ilgilinin uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağı sonucu oluştuğunun saptanması gerekir…"* (Yargıtay 3 HD, 11505/12087, 18.12.1997, YKD 1998/3, s 343 vd. Aynı karar için bkz Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41, dn 41).

98 Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41.

İcra ve İflas Kanunu m 5 hükmüne göre, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun doğabilmesi için "*kusurlu*" olmaları gerekmektedir[99]. İcra İflas Kanunu m 5 hükmünde öngörülen İcra ve İflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun doğumuna sebep olan kusur kavramı, görevli kimselerin "*kanunun açık hükmüne aykırı olarak yaptığı işlemler*" olarak ifade edilebilecektir[100]. İcra iflas dairesi görevlilerinin görevleri sebebiyle meydana getirdikleri zararlar hakkında açılacak olan tazminat davasında kusurlu davranışın söz konusu olup olmadığının değerlendirilmesinde, söz konusu fiilin, "*kast*" ya da "*ihmal*" şeklinde olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır[101]. Diğer bir ifadeyle, icra ve iflas dairesi görevlilerinin sorumluluğunu doğuracak kusurlu eylem, salt kasıtlı işlemler hakkında olmayıp; aynı zamanda gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi suretiyle "*ihmali*" davranışlarla da gerçekleştirilmiş olabilecektir[102].

İcra İflas dairesi görevlilerinin görevleri esnasında gerçekleştirdikleri kusurlu fiilleri sebebiyle açılacak olan tazminat davasında, sorumluluğun bir şartı olarak öngörülen "*kusur kavramı*" yargılamayı gerçekleştiren mahkeme tarafından serbestçe

[99] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası *İcra ve İflas* (n 12) 63; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 99; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 112; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 225; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 37; Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41; Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 46-47; Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) N 42, s 44-45; Oskay, Koçak, Deynekli ve Doğan (n 13) 52; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 83; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 25; Kuru, *Ders Kitabı (İcra)* (n 13) 52; Muşul, *İcra ve İflas Hukuku* (n 12) 44; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 64. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: *"...Anılan madde uyarınca ..., icra memurunun kusuru nedeniyle meydana gelen zararlardan sorumludur. İcra Müdürlüğünce yapılan satış işleminde bir kusurun bulunmadığı eldeki davada mahkemenin de kabulündedir. Açıklanan nedenle, İİK'nun 5. maddesi uyarınca davalıdan tazminat istenebilmesinin şartları oluşmamıştır..."* (Yargıtay 4 HD, 14705/568, 11.2.2019, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay'ın bir başka kararı şu şeklidedir: "*...sıra cetvelinin, üzerinde birden fazla haciz bulunan ve alacağın karşılanması için paraya çevrilen bedelin alacakları ödemeye yetmemesi durumunda düzenlenmesi gerektiği gözetildiğinde icra memuruna atfı kabil bir kusur bulunmadığı, İcra İflas Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca sorumluluğunun doğabilmesi için icra memurunun kusurunun bulunması gerektiği anlaşılmakla, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü doğru olmamış, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir...*" (Yargıtay 4. HD, 3781/1591, 7.3.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[100] Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 47. *"...Davacının istemi üzerine ... plakalı kamyon üzerine 28.11.1987 tarihinde haciz uygulaması yapıldığı sırada borçlu tarafından 30.1.1987 tarihli dilekçe ile üçüncü kişi R.K. lehine istihkak iddiasında bulunulmuş istihkak iddiasının haciz alacaklısı davacıya tebliği üzerine alacaklı vekilince kabul edilmemiştir. İİK. 97. maddesinin 1. fıkrası gereğince istihkak iddiasının çözümlenmesi gerekirken icra memuru takibe devam ederek mahcuz malın satışını yapmakla kusurludur. İİK nun 5. maddesi gereğince İcra İflas Dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları idare aleyhine açılabilir. Bu nedenle maddi tazminat isteminin reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir..."* (Yargıtay 4 HD, 2588/8350, 11.10.1994, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[101] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası *İcra ve İflas* (n 12) 63; Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 47; Gökcan (n 80) 528.

[102] Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: *"...Davacı İ. Elektrik San. Tic Ltd Şti vekili Avukat O. tarafından davalı Adalet Bakanlığı aleyhine 13/08/2002 gününde verilen dilekçe ile icra memurunun hukuka aykırı işlemi nedeniyle uğranılan zararın tazmininin istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 17/09/2003 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü. (...) Teminat mektuplarının hataen borçlular vekiline iade edildiğinin anlaşılması üzerine İcra Müdürlüğü tarafından 07.12.2000 tarihinde borçluların vekili Avukat M Ünal'a muhtıra gönderilerek teminat mektuplarının dosyaya iade edilmesi istenmiş ancak borçlu vekili teminat mektuplarını iade etmemiştir. Mahkemece, icra memurunun teminat mektuplarını borçlular vekiline iade etmesine herhangi bir kastı bulunmadığı, yaptığı yanlışı telafi için borçlular vekiline ihtaratta bulunduğu gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmiştir. Tazminat sorumluluğu salt kasıtlı eylem ve işlemden kaynaklanmaz. Olayda davalı Adalet Bakanlığı çalışanı olan dava dışı icra dairesi görevlilerinin ihmalleri vardır. İcra Dairesi görevlileri teminat mektuplarının her iki borçlu için verildiğini gözetmemek ve gerekli özeni göstermemek suretiyle kusurlu davranmışlardır. Bu durumda davalının sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken davanın reddine karar verilmesi doğru değildir. Kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir..."* (Yargıtay 4 HD, 16291/5895, 04.05.2004; Yargıtay 4. HD, 4998/7325, 15.6.2006, Oskay, Koçak, Deynekli ve Doğan (n 13) 58-59).

takdir edilecektir[103]. Bu çerçevede, hâkim, icra iflas dairesi görevlisinin kusurunun belirlenmesinde bilirkişiden yardım isteyebilecektir[104]. Burada kastedilen kusur bakımından dikkat edilmesi gereken bir husus, her küçük görev ihlalinin icra iflas dairesi görevlisinin kusurlu davranışı olarak nitelendirilemeyeceğine ilişkindir[105].

İcra iflas dairesi görevlilerinin kusurlu davranışları sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açılabilmesi için ayrıca bir "*zararın*" meydana gelmesi gerekmektedir[106]. Zira, tazminat meselesi ancak bir zarar meydana geldiğinde söz konusu olacaktır[107]. Zararın hesaplanması ve tazminat ödeme yükümlülüğünün belirlenmesi bakımından özel hukuk ilkeleri geçerli olacaktır[108]. İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu yoluna gidilebilmesi bakımından mahkemece ortaya çıkan zararın tespiti konusunda gerekli araştırmaların yapılması önem arz etmektedir[109]. Bu kapsamda zararın tespiti başka bir mahkemede yapılan yargılama neticesinde anlaşılabilecekse, tazminat davasını görmekte olan mahkemenin bu

[103] Necmettin M Berkin, *İcrada Hukuk* (1947 Hak 1947) 27. İİK m 5 uyarınca "kusur" hakkında Yargıtay'ın bir kararı şu şekildedir: *"... Somut olayda dava konusu tomruklar üzerine konulan ihtiyati tedbir kararının infazında icra müdürü infaz memuru olarak tayin edilmiştir. İcra müdürü de malların Belediye Garajında yediemine teslimine karar vermiştir. Tomruklar uzun süre açık havada uygun olmayan şartlarda saklandığı için renklerinde koyulaşma, gövdelerde çatlaklar oluşarak tomruk vasfını kaybetmeye başlayınca, davacı taraf 5.1.2000 tarihinde icra müdürüne başvurarak tomrukların bozulmaya yüz tuttuğundan satılarak bedelinin mahkeme veznesine depo edilmesini istediği halde, icra müdürünce "malların satışının yapılıp yapılamayacağı hususunda karar verilmek üzere" dosya İcra Tetkik Mercii Hakimliğine gönderilmiştir. Bu yazıya İcra Tetkik Mercii tarafından " dosyanın reddi hakim talebi nedeniyle Asliye Ceza Mahkemesinde bulunması, dosya gelene kadar işlem yapılamayacağı, daha sonra işlem yapılmak üzere dosyanın teslim alındığı" şeklinde cevap verilmiş ancak daha sonra yazının akibeti icra müdürünce araştırılmamıştır. Bu başvurudan sonuç alamayan davacı taraf bu kez 20.05.2000 tarihinde yine aynı talebi tekrarlamış, icra müdürünce "tedbirli malların satışının yetkisi dışında olduğundan bahisle" istem reddedilmiştir. İcra müdürünün bu istemler karşısında tedbir konusu tomrukların izlenmesinde ve istemlerin yerine getirilmesinde üzerine düşen görevi yapmadığı, ilk satış talebi konusunda yazışmaların akibetini araştırmadığı, ikinci istem konusunda ise muhafaza tedbiri almadığı gibi, bu istemi yargılamayı yapan mahkemeye intikal ettirmemesinde de kusurlu bulunduğu anlaşıldığından, davalı idarenin sorumluluğu yönünde hüküm kurmak ve tarafların delileri değerlendirilmek suretiyle zararın kapsamını belirleyip uygun miktar tazminata hükmetmek gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi usul ve yasaya aykırı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir..."* (Yargıtay 4 HD, 10881/1957, 27.2.2003, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[104] Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: *"...eldeki davanın İİK'nın 5. maddesi uyarınca icra memurunun kusurlu eylemi sebebiyle tazminat istemine dair olduğu gözetilerek, davaya konu olayda zararın oluşup oluşmadığı, meydana gelen bir zarar var ise kapsamı ve icra memurunun davaya konu olayda kusurunun ve zarara olan etkisinin belirlenmesine dair uzman bilirkişiden rapor alınması gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı gerekçeyle istemin kabulüne karar verilmesi doğru değildir..."* (Yargıtay 4 HD, 8792/6262, 17.10.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[105] SK SchKG-Müggler, Art 5 (n 40) N 14, s 20.

[106] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası *İcra ve İflas* (n 12) 63; Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) N 45, s 46; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 83; Demir Saldırım (n 7) 76; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 37. İcra ve İflas Kanunu m 5 uyarınca icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun doğabilmesi için hukuki sorumluluğun şartlarından birisi olarak icra iflas dairesi görevlilerinin görevlerini yaparken gerçekleştirdikleri eylem veya işlemleri neticesinde bir zararın meydana gelmesi aranmaktadır (Demir Saldırım (n 7) 76).

[107] KUKO SchKG-Levante, Art 5 (n 40) N 4, s 17. Buna göre, finansal bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle varlıklarda istemsiz bir azalmanın söz konusu olması aranmaktadır (KUKO SchKG-Levante, Art 5 (n 40) N 4, s 17).

[108] İbid 17.

[109] Demir Saldırım (n 7) 76. Zararın hesaplanması konusunda Yargıtay'ın bir kararı şu şekildedir: *"...Karar onanarak kesinleştikten sonra dava dışı borçlu Bülent Torun 16.1.1996 tarihinde İcra İflas Kanunu 5. maddesine dayanarak ve icra memurunun usulsüz işlemi nedeniyle taşınmazının değerinin çok altında satılmasından doğan zararının ödetilmesini istemiştir. Yapılan yargılama sonunda taşınmazın dava tarihindeki değeri olarak belirlenen 4.214.000.000 TL'ye faiziyle birlikte hükmedilmiştir. (...) davada faiziyle birlikte ödediği düşünüldüğünde zararında bundan ibaret olduğu sabittir. Başka bir anlatımla idarenin sorumluluğu 916.000.000 TL'nin faiziyle birlikte ve yargılama giderleri de dahil edilerek bulunacak zarardır. Bu nedenle davalıya rücu edilecek miktar 916.000.000 TL'nin faiziyle birlikte ve yargılama giderleri eklendikten sonra bulunacak zarardır. Kaldı ki idarenin aleyhine hüküm kurulduktan sonra geç ödemesinden kaynaklanan zarardan davalının sorumlu tutulması da düşünülemez. Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilmeksizin verilen karar usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir..."* (Yargıtay 4. HD, 11365/5946, 2.6.2005, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

hususu bekletici mesele yapması gerekmektedir[110]. Zarar bakımından, "*maddi zarar*" ve "*manevi zarar"* şeklinde bir ayrım söz konusudur[111]. İsviçre Hukukunda, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun düzenlendiği İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu Art 5/Abs 4 hükmünde maddi zararlardan başka manevi zararların da icra iflas dairesi görevlilerinin ağır kusurunun bulunması durumunda talep edilebileceği açıkça ifade edilmektedir[112]. Bununla birlikte, Türk hukukunda, İcra İflas Kanunu m 5 hükmünde kanun koyucu tarafından zarar şartı bakımından maddi zarar ile manevi zarar arasında herhangi bir ayrım yapılmamaktadır[113]. Hal böyle olmakla birlikte, Türk Hukukunda *doktrinde* kimi yazarlarca, icra iflas dairesi görevlilerinin kusurlu eylem veya işlemleri neticesinde sadece maddi zararların giderilmesinin istenebileceği öne sürülmektedir[114]. *Kanaatimizce,* İİK m 5 uyarınca sadece maddi zararların değil; aynı zamanda manevi zararların da mevcudiyeti halinde icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle devlet aleyhine tazminat davası açılabilecektir[115]. Zira, kanun koyucu tarafından İİK m 5 hükmünde bu konu kapsamında herhangi bir ayrım yapılarak sınırlama yoluna gidilmiş değildir[116]. Bu sebeple, icra iflas dairesi görevlilerinin görevlerine yerine getirdikleri esnada kusurlu fiilleri ile oluşan manevi zararların da giderilmesi amacıyla Devlet aleyhine tazminat davası açılabilmesi daha isabetli olacaktır.

İcra iflas dairesi görevlilerinin sorumluluğu sebebiyle devlet aleyhine tazminat davasının açılabilmesi için kusurlu eylem veya işlem ile meydana gelen zarar

[110] Demir Saldırım (n 7) 76. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: *"...açılan yolsuz tescilin düzeltilmesi davasının sonuçlanmış olduğuna ilişkin dosyada bir delil bulunmamaktadır. Davacı tarafın herhangi bir zarara uğrayıp uğramadığı bu yolsuz tescil davasının sonucuna göre belirlenecektir. Bu nedenle ilgili davanın bekletici mesele yapılarak kesinleşmesinin sağlanması bu dava sonucunda oluşacak yeni duruma göre işin esası değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken, ihalenin feshedilmiş olması yeterli görülerek zararın oluşmadığından davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir*" (Yargıtay 4 HD, 13801/9032, 01.07.2008, Demir Saldırım (n 7) 76-77, dn 142).

[111] Oğuzman ve Öz, *C II* (n 73) N 116; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (n 78) 63, 69.

[112] BSK SchKG I-Gasser, Art 5 (n 40) N 12, s 21; KUKO SchKG-Levante, Art 5 (n 40) N 4, s 18. Ahlaki haklara tecavüz maddi olmayan zararlara yol açabilir ve tazmin nedeni verebilir (KUKO SchKG-Levante, Art 5 (n 40) N 4, s 18). İsviçre Hukukunda ağır kusur halinde SchKG Art 5 Abs 4 uyarınca manevi tazminat bakımından sorumluluk yoluna gidilebileceği hakkında ayrıca bkz Taşpınar (n 29) 605; Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41; Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44, dn 3.

[113] Demir Saldırım (n 7) 76.

[114] Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 64; Kuru, *Ders Kitabı (İcra)* (n 13) 52; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre (İcra)* (n 13) 37; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 100. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı için bkz *"...Dava, haksız haciz ve icra müdürünün hatalı işlemi nedeniyle uğranılan zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Davacı, davalı İsmail'in başlattığı icra takibi sonucu taşınır mallarının haczedildiğini, ancak açtığı imzaya itiraz davası sonucunda senetteki imzanın kendisine ait olmadığı belirlenerek haczedilen ve yediemine teslim edilen bilgisayar, fotokopi ve faks makinesini geri aldığını, ayrıca muvafakatı olmadığı halde varmış gibi teminatın iadesine neden olan icra müdürünün hatalı işlemi nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararın tazminini istemiştir....Mahkemece, haksız haciz nedeni ile davalı İsmail'e yönelik maddi tazminat isteminin reddine, manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne, icra müdürünün hatalı işlemi nedeni ile Adalet Bakanlığı aleyhine açılan dava ile ilgili olarak ise idari yargının görevine girdiği gerekçesiyle mahkemenin görevsizliğine karar verilmiş, karar davalı İsmail tarafından temyiz edilmiştir...Davacının imzaya itiraz davası ile senetteki imzaların davacıya ait olmadığının sonradan belirlenmiş olması yapılan haczin haksız olduğunu göstermez. Bu nedenle haksız haciz nedeni ile açılan manevi tazminat davasının tümden reddi gerekirken, kısmen kabul edilmiş olması doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir."* (Yargıtay 4 HD, 9873/8004, 13.06.2007, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay'ın aynı yöndeki kararları için bkz Yargıtay 4 HD, 9470/764, 24.1.2002; Yargıtay 3 HD, 11999/368 18.1.2001 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[115] Doktrinde bu görüşteki yazarlar için bkz Kaçak (n 50) 88; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 262; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 114.

[116] Kaçak (n 50) 88.

arasında "*(uygun) illiyet bağının*" bulunması gerekmektedir[117]. Uygun illiyet bağı teorisine (*Theorie der adaequaten Kausalitaet)* göre, haksız fiili gerçekleştiren bir kişi, ortaya çıkan zarara sebep olan ve haksız fiil teşkil eden davranışın bütün sonuçlarından değil; hal ve şartlara göre ve normal hayat tecrübelerine uygun olarak bundan kaynaklanan neticelerden sorumlu olacaktır[118]. Bu doğrultuda, üçüncü kişinin meydana gelen zararının icra ve iflas dairesi görevlisinin kusurlu eylem veya işlemlerinin neticesinde doğmuş olması gerekmektedir[119]. Diğer bir ifadeyle, icra iflas dairesi görevlisinin kusurlu ve hukuka aykırı davranışı olayların doğal akışına göre meydana gelen zararın doğumuna sebep olmaya elverişli ise, bu durumda icra iflas dairesi görevlisinin söz konusu eylem veya işlemi ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağının var olduğu kabul edilebilecektir[120]. Buna karşılık, zararın sebebi, icra iflas dairesi görevlisinin kusurlu davranışları değilse, devletin sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir.

Ayrıca, icra iflas dairesi görevlisinin sebep olduğu zarar, cebri icra faaliyetinin gereği olarak "*görevini yerine getirirken*" diğer bir deyişle, "*görev ve yetkisi kapsamında*" gerçekleştirdiği eylem ve işlemler (kusurlu davranışlar) sebebiyle gerçekleşmiş olmalıdır[121]. Zira, icra iflas dairesi görevlilerinin meydana getirdikleri zarar ile zararın ortaya çıkmasına sebep olan eylem ve işlemler arasında nedensellik bağı bulunması durumunda devletin sorumlu olacağı, buna karşılık, icra iflas dairesi görevlilerinin görevleriyle ilgili olmayan kusurlu davranışları nedeniyle devletin

[117] Demir Saldırım (n 7) 77-78; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası *İcra ve İflas* (n 12) 63.

[118] Uygun illiyet bağı hakkında bkz Ataay (n 73) 95; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu ve Refet Özdemir, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)* (Olgaç 1987) 106; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (n 78) 76 vd; Oğuzman ve Öz, *C II* (n 73) N 138; Kılıçoğlu A (n 86) 401; Reisoğlu (n 73) 175; Akıncı (n 73) 138; Eren, *Borçlar Hukuku* (n 71) 610; Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi* (Sevinç 1975) 51 vd; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz 1993) 573; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 2 (Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri, Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri)* (2. Bası, Legal 2019) 208; Yeşim Atamer, *Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları* (1. Bası, Beta 1996) 39 vd; Kaneti, Kusur Kavramı (n 73) 36-37; Çalkin ve Tuğsavul (n 73) 51-54; Ferit Saymen, *Borçlar Hukuku Dersleri Cilt I Umumi Hükümler* (İsmail Akgün 1950) 384-285; Koçhisarlı (n 86) 243; Deschenaux and Tercier (n 78) 31.

[119] Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası *İcra ve İflas* (n 12) 63.

[120] Uygun illiyet bağı kavramı için bkz Eren, *İlliyet Bağı* (n 118) 52 vd; Kaneti, Kusur Kavramı (n 73) 36-37; Koçhisarlı (n 86) 245; Deschenaux and Tercier (n 78) 31.

[121] Demir Saldırım (n 7) 77. Yargıtay kararlarında da icra iflas dairesi görevlilerinin meydana getirdikleri zarar ile zararın ortaya çıkmasına sebep olan eylem ve işlemleri arasında nedensellik bağı bulunması durumunda devletin sorumlu olacağı, diğer taraftan icra iflas dairesi görevlilerinin görevleriyle ilgili olmayan kusurlu davranışları nedeniyle devletin sorumluluğu yoluna gidilemeyeceğinden doğrudan kendilerine karşı TBK m 49 vd uyarınca haksız fiil hükümlerine göre tazminat davası açılabileceği hükmedilmiştir (Demir Saldırım (n 7) 77). Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "*... Bu hale göre, icra (ve iflas) dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları ancak idare aleyhine açılabilir. Bu tür davaların kusurlu memura karşı açılması olanaksızdır. Bir başka anlatımla icra memuru görevini yaparken kişilere zarar verecek olursa, bu zarardan dolayı doğrudan doğruya sorumlu olmayacaktır. Zira bu tür tazminat davası ancak Adalet Bakanlığı aleyhine açılabilir. Şu var ki icra memurunun görevi ile ilgili olmayan kişisel kusurundan doğan zarar için BK m 41 vd. maddelerine göre kusurlu memurun bizzat kendisine karşı tazminat davası açılabilir. Bu davalara Adliye mahkemelerinde bakılacağı hususu da yukarıda sözü edilen yasanın 5. maddesinden anlaşılmaktadır. - O halde mahkemece yapılacak iş: Davacının uğradığını iddia ettiği maddi zararın; ilgili memurun görevini yaparken kusurlu hareket etmiş (olduğu) davranışın hukuka aykırı bulunması ve icra memurunun kusurlu işlemi veya davranışı ile ilgilinin uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağı sonucu oluştuğunun saptanması halinde dosya kapsamına uygun bir karar vermekten ibarettir. – Yukarıdaki hukuki ve fiili olgular dikkate alınmadan ve nitelendirmede düşülen yanılgı sonucu eksik inceleme sonucu verilen karar usul ve yasaya uygun bulunmadığından ötürü bozulmalıdır.*" (3 HD, 11505/12087, 18.12.1997, YKD, 1998/3, s 343-45, Aynı karar için bkz Demir Saldırım (n 7) 77-78, dn 144).

sorumluluğu yoluna gidilemeyeceğinden doğrudan kendilerine aleyhine TBK m 49 vd uyarınca haksız fiil hükümlerine göre tazminat davası açılabileceği aşikardır[122]. Yine, icra iflas dairesi görevlilerinin kusurlu davranışlarının zararı meydana getirmeye elverişli olmaması durumunda, İcra ve İflas Kanunu m 5 uyarınca devletin sorumluluğunun gerçekleşmesi için gerekli olan illiyet bağının mevcut olmadığı ifade edilebilecektir[123].

İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun düzenlendiği İİK m 5 hükmünde sorumluluğun doğumuna sebep olan eylem veya işlemin hukuka aykırı olmasından açıkça söz edilmemekteyse de hukuka aykırı bir hareket olmadan icra iflas dairesi görevlisinin kusurundan bahsedilemeyeceği için devlet aleyhine açılacak olan tazminat davasında aranacak olan şartlardan birisi de "*hukuka aykırılık*"tır[124]. İsviçre İcra ve İflas Kanunu Art 5'de öngörülen hukuka aykırılık kavramı büyük ölçüde İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki (OR) terimin modern görünümüne karşılık gelmektedir[125]. Bu doğrultuda, bir davranış (ya da bir eylemsizlik) mutlak bir hak ihlaline yol açtığı takdirde, kesin anlamda bir maddi zarar söz konusu olduğunda, meydana gelen zararın ortaya çıkmasını önleyecek bir hukuk kuralı ihlal edildiğiyse böyle bir durumda hukuka aykırılık mevcuttur[126].

---

122 Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 46; Demir Saldırım (n 7) 77; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 262.

123 Demir Saldırım (n 7) 77-78. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "*Davacının alacaklı olduğu icra takip dosyasında, borçluya ait otomobil üzerine konulan haciz davacı alacaklının istemi üzerine 16.6.2004 günü kaldırılmıştır. Daha sonra 8.9.2004 gününde aynı araç üzerine yeniden haciz uygulanmış ve bu haciz davacı alacaklının isteği olmadan, 13.10.2004 günü, icra memuru tarafından kaldırılmıştır. Davacı isteği ve bilgisi dışında haczin kaldırılmış olması nedeniyle aracın başkasına satıldığını ve bu yüzden alacağını alamadığını ileri sürerek, davalının maddi tazminat ile sorumlu tutulmasını istemiştir. -Dava konusu edilen hacizli araç, borçlu tarafından 16.8.2004 günlü noter satış sözleşmesi ile üçüncü kişiye satılmıştır. Bu resmi satış tarihi araç üzerindeki ilk haczin kaldırıldığı 16.6.2004 gününden sonra ve yeniden haciz konulduğu 8.9.2004 gününden ise önce olup resmi satışın yapıldığı tarihte araç üzerinde haciz bulunmamaktadır. -Geçerli bir haczin bulunmadığı dönemde yapılan satış ile borçlunun araç üzerindeki mülkiyet hakkı sona ermiş olacağından bundan sonraki bir günde o araç üzerine, aynı borç nedeniyle, uygulanacak haciz hukuki sonuç yaratmaz. Böyle bir haciz kararının alacaklının isteği olmadan icra memurunca kaldırılmış olması doğru değil ise de yanlış işlem gününde davacı yararına hukuki sonuç doğurmaya elverişli bir haciz işlemi bulunmadığından, zararın bu eylemden kaynaklandığı kabul edilemez. Bu durumda, ortaya çıkan zarar ile icra memurunun kusuru arasında uygun nedensellik bağı bulunmadığından davanın reddine karar verilmelidir*" (Yargıtay 4 HD, 10368/6071, 24.5.2010, Demir Saldırım (n 7) 78-79, dn 145'te yer almaktadır).

124 Hukuka aykırılığın İİK m 5 anlamında açılacak olan tazminat davasının bir şartı olduğu hakkında bkz Kuru, *Ders Kitabı (İcra)* (n 13) 52; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 64; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 99; Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası *İcra ve İflas* (n 12) 62; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflas* (n 9) 40; Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 46; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 25; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 83; Muşul, *İcra ve İflas Hukuku* (n 12) 44. "*...O halde mahkemece yapılacak iş; Davacının uğradığını iddia ettiği maddi zararın; ilgili memurun görevini yaparken kusurlu hareket etmiş eylemin hukuka aykırı bulunması ve icra memurunun kusurlu işlemi veya eylemi ile ilgilinin uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağı sonucu oluştuğunun saptanması halinde dosya kapsamına uygun bir karar vermekten ibarettir. Yukarıdaki hukuki fiil ve olgular dikkate alınmadan ve nitelendirmede düşünülen yanılgı sonucu eksik inceleme sonucu verilen karar usul ve kanuna uygun bulunmadığından ötürü bozulmalıdır."* (Yargıtay 3 HD, 11505/12087, 18.12.1997, Kaçak (n 50) 88-89).

125 BSK SchKG I-Gasser, Art 5 (n 40) N 40, s 26.

126 İbid N 40, s 26; Selim Kaneti, *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru* (Kazancı 2007) 123.

C. İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğu Sebebiyle Açılacak Olan Tazminat Davasının Usul Hukuku Bakımından Gösterdiği Özellikler

İcra ve iflas dairesi görevlilerinin kusurları sebebiyle meydana gelen zararların giderilmesi için açılacak olan tazminat davaları "*adli yargıda*" görülecektir[127]. İcra İflas Kanunu m 5/c 3 hükmünde açıkça, "*Bu davalara adliye mahkemelerinde bakılır*" şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir[128].

Görüldüğü üzere kanun koyucu, İcra ve İflas Kanunu m 5 hükmünü düzenlerken icra ve iflas dairesi görevlilerinin "*adli hizmet*" görmekte olduğu hususunu göz önünde bulundurarak söz konusu hizmet dolayısıyla meydana gelmiş olan zararların tazmini amacıyla, "*adliye mahkemelerinde*" tazminat davası açılması gerektiğini hükme bağlamıştır[129]. Böylelikle, icra ve iflas dairesi görevlileri aleyhine idari yargıda tam yargı davası açılması yerine adli yargıda tazminat davasının açılabileceği kanun koyucu tarafından getirilen açık hüküm ile kabul edilmiştir[130,131]. Bu doğrultuda, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle devlet aleyhine adliye mahkemelerinde açılacak olan tazminat davalarında medeni yargılama hukukunda söz konusu olan *"görev"*, *"yetki"*, *"ispat"* vb. konularda 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe

[127] Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 82; Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44; Uyar, Uyar ve Uyar (n 29) 53. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: *"...Dava, icra müdürünün hatalı işlemi nedeniyle uğranılan zararın giderilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verilmiştir. Kararı davacılar temyiz etmişlerdir. Davacılar icra müdürlüğünün hacze iştirak taleplerini kabul etmemesinin hatalı olduğunu, bu nedenle alacaklarını alamadıklarını belirterek icra müdürlüğünün hatalı işlemi nedeniyle uğradıkları zararın giderimini istemişlerdir. Mahkemece icra memurunun hatalı işleminin idari mahiyette olup hizmet kusuru niteliğinde olduğundan davaya idari yargıda bakılması gerektiği belirtilerek görevsizlik kararı verilmiştir. İİK.nun 5. Maddesindeki "İcra İflas Dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları, ancak idare aleyhine açılır. Bu davalara adliye mahkemelerinde bakılır" biçimindeki düzenleme uyarınca adli yargı görevlidir. Bu haliyle idari yargının görevli olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir..."* (Yargıtay 4 HD, 4998/7325, 15.6.2006, Oskay, Koçak, Deynekli ve Doğan (n 13) 57-58).

[128] Karslı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 64; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 82.

[129] Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 63-64; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası *İcra ve İflas* (n 12) 62. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "*(...) Tüm dosya kapsamı gözetildiğinde, davanın İcra İflas Yasası'nın 5. maddesinden kaynaklandığı ve icra müdürünün kusurlu eylemine dayandığı anlaşılmaktadır. İcra İflas Yasası'nın 5. Maddesi gereğince, 'İcra ve İflas Dairesi görevlilerinin kusurundan doğan tazminat davaları, ancak idare aleyhine açılır...Bu davalara adliye mahkemesinde bakılır'. Bu düzenleme uyarınca icra müdürünün hatalı işleminden dolayı Adalet Bakanlığı'na karşı açılan davaya adli yargıda bakılması gerekir. Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, işin esası incelenip davaya konu işlemde icra müdürlüğü görevlilerinin kusurlarının olup olmadığı, kusurları varsa oranı ve zarar kapsamı belirtilerek varılacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yukarıda açıklanan yasal düzenleme göz önünde bulundurulmaksızın, yargı yolu bakımından mahkemenin görevsizliği sebebiyle dava dilekçesinin reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir..."* (Yargıtay 4 HD, 12599/11649, 3.11.2011, MİHDER, 2012/3, s 199-200, aynı karar için bkz Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 99-100).

[130] Karslı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 64; Uyar, Uyar ve Uyar (n 29) 50. Bununla birlikte, doktrinde, İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle açılacak olan tazminat davasının idari yargıda görülmesinin gerektiği doktrinde bazı yazarlarca ileri sürülmektedir. Bu görüşteki yazarlar için bkz Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 42; Umar 'Gözlemler' (n 31) 693-695.

[131] Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: *"...Dava, icra memurunun kusurlu eylemi ve icra dosyasına sunulan bilirkişi raporunun gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi nedeniyle uğranılan zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, davalılardan Bilirkişi U. K.'e karşı açılan davanın pasif husumet yokluğundan reddine karar verilmiş; Adalet Bakanlığı'na karşı açılan davada ise yargı yolu bakımından görevsizlik kararı verilmiş; hüküm, davacı tarafça temyiz edilmiştir. İİK'nun 5. maddesindeki "İcra İflas Dairesi görevlilerinin kusurundan doğan tazminat davaları, ancak idare aleyhine açılır. Bu davalara adliye mahkemelerinde bakılır..." biçimindeki düzenleme uyarınca davaya adli yargıda bakılması gerekir. Davaya idari yargıda bakılması gerektiğinden bahisle görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş; kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir..."* (Yargıtay 4 HD, 6957/8803, 28.5.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun öngördüğü düzenlemeler dikkate alınacaktır[132].

Bu doğrultuda, icra ve iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle adliye mahkemelerinde açılacak olan tazminat davasında görevli mahkeme, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m 2'de öngörülen esas uyarınca "*asliye hukuk mahkemeleri"* olacaktır[133].

İcra ve İflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun söz konusu olması durumunda açılacak olan tazminat davasında yetkili mahkeme bakımından ise, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m 5 vd'nda öngörülen yetkiye ilişkin kurallar geçerli olacaktır[134]. Buna göre, söz konusu tazminat davası bakımından HMK m 6'da ifade edilen genel yetki kuralı uyarınca[135], davalı Adalet Bakanlığı'nın bulunduğu yer olan "*Ankara mahkemesi*" ile birlikte HMK mn16'da öngörülen haksız fiilden

[132] Doktrinde *Üstündağ*, icra iflas dairesi görevlilerinin zararlı eylem veya işlemleri aleyhine açılacak olan tazminat davasının özelliklerinin tamamıyla usul kanununa tabi olduğunu ve bu konuda "*yetki*", "*prosedür*", "*kanun yolları*" vs gibi konular bakımından usul kanununun aynen dikkate alınacağını ifade etmektedir. Bkz Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41.

[133] Kuru, *Ders Kitabı (İcra)* (n 13) 53; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 100-101; Muşul, *Cilt I* (n 12) 82; Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 119, 120; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 39; Kaçak (n 50) 86; İpekçi (n 12) 11; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 65; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 25; Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 43; Oskay, Koçak, Deynekli ve Doğan (n 13) 52; Muşul, *İcra ve İflas Hukuku* (n 12) 44, 45; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre (İcra)* (n 13) 38; Uyar, Uyar ve Uyar (n 29) 54. Bununla birlikte, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.10.2011 tarihinden önce, İİK m 5 uyarınca söz konusu olan icra ve iflas dairesi görevlilerinin sorumluluğu sebebiyle açılacak olan tazminat davalarında görevli mahkeme 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m 8 hükmüne göre, tazminat davasına konu olan zararın miktarına göre, sulh hukuk veya asliye hukuk mahkemesi olabilecekti (Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 100). Göreve ilişkin olarak 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan düzenleme hakkında bkz: İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (1911 Sayılı Kanun'a Göre Yazılmış 6. Bası, Sulhi Garan 1975) 111 vd; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı* (1. Bası, Alfa 1995) 90 vd; Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku, C I-II* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. bs, Nesil 2000)139-141; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C I* (6. Bası, Demir-Demir 2001) 165 vd; Yavuz Alangoya, M Kâmil Yıldırım ve Nevhis Deren-Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (7. Bası, Beta 2009) 58 vd.

[134] İcra ve iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle açılacak olan tazminat davasında yetki bakımından geçerli olan ve 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m 5 vd'nda öngörülen düzenlemeler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz: Şanal L Görgün, Levent Börü, Barış Toraman ve Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usul Hukuku* (6. Bası, Yetkin 2017) 166 vd; Timuçin Muşul, *Medeni Usul Hukuku* (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Esas Alınarak Hazırlanmış 3. Bası, Adalet 2012) 79 vd; Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış (Tıpkı Basım)* (24. Bası, Yetkin 2013) 129 vd; Ali Cem Budak ve Vural Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (3. Bası, Adalet 2019) N 21 vd, s 49 vd; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (1. Bası, Yetkin 2017) 60 vd; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. Bası, Yetkin 2013) 259 vd; Abdurrahim Karslı, *Medeni Muhakeme Hukuku* (Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Alternatif 2014) 213 vd; Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (Yargıç ve Avukatlar İçin HMK Uygulamasında Karşılaşılacak Soru ve Sorunların Türk ve Neuchâtel Bilimsel ve Yargısal İçtihatları Işığında Yanıtları ve Çözümleri)* (2. Bası, Yetkin 2014) 28 vd; Hakan Pekcanıtez ve Mine Akkan, *Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, C I,* (15 Bası, On İki Levha 2017) 267 vd; Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (2. Bası, Yetkin 2018) 167 vd; Ömer Ulukapı, *Medenî Usûl Hukuku* (2. Bası, Mimoza 2015) 159 vd; İlhan E. Postacıoğlu ve Sümer Altay, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 7. Bası, Vedat 2015) 111 vd; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar-Ayvaz ve Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku* (5. Bası, Yetkin 2019) 209 vd.

[135] Hukuk Muhakemeleri Kanunu m 6/f 1 uyarınca genel yetkili mahkeme ifade edilmektedir. Buna göre, genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir (Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 134) 168; Muşul, *Medeni Usul* (n 134) 80 vd; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 134) 130-131; Budak ve Karaaslan (n 134) N 22, s 49; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre (Usul)* (n 134) 62-63; Yılmaz, *Şerh C I* (n 134) 301 vd; Karslı, *Medeni Usul* (n 134) 214 vd; Umar, *Şerh* (n 134) 31-36; Pekcanıtez ve Akkan, *Pekcanıtez Usul* (n 134) 268-278; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul* (n 134) 171; Ulukapı, *Medenî Usûl* (n 134) 161-163; Postacıoğlu ve Altay, *Usul* (n 134) 112-117; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, *Medeni Usul* (n 134) 210).

doğan tazminat davalarında geçerli olan özel yetki kuralı[136] olacaktır[137]. Buna göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m 16 uyarınca, "*zarara sebep olan icra ve iflas dairesi görevlisinin hukuka aykırı işlemi gerçekleştirdiği*" veya "*zararın meydana geldiği*" ya da "*zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu"* veyahut "*zarar görenin yerleşim yeri"* mahkemeleri de icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle açılacak olan tazminat davasında yetkili olacaktır[138]. Zarar gören uğradığı zararın giderilmesi amacıyla HMK m 6'da öngörülen genel yetkili mahkeme ile HMK m 16'da ifade edilen haksız fiilden kaynaklanan zararın giderilmesi konusunda yetkisi doğan mahkemelerden herhangi birinde davasını açabilecektir[139]. Başka bir ifadeyle, bu konudaki seçim hakkı davacıya ait olacaktır[140].

İcra ve İflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle İcra İflas Kanunu m 5 hükmünde öngörülen düzenleme uyarınca, devlet aleyhine açılacak olan tazminat davasının davacısı, icra ve iflas dairesi görevlilerinin kusurlu fiilleri sebebiyle *"zarara uğrayan kimseler"*dir[141]. Bu durumda, cebri icra faaliyeti kapsamında

[136] Hukuk Muhakemeleri Kanunu m 16 hükmünde, haksız fiilden doğan tazminat davalarında yetki kuralı ifade edilmektedir. Kanun koyucunun 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m 16 hükmünde ifade ettiği düzenleme uyarınca, haksız fiillerden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de genel yetkili mahkemenin yanında ayrıca yetkili olacaktır (173-174; Muşul, *Medeni Usul* (n 134) 85-86; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *Medeni Usul* (n 134) 141-142; Budak ve Karaaslan (n 134) N 32, s 53; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre (Usul)* (n 134) 67; Yılmaz, *Şerh C I* (n 134) 441 vd; Karslı, *Medeni Usul* (n 134) 213 vd; Umar, *Şerh* (n 134) 61-64; Pekcanıtez ve Akkan, *Pekcanıtez Usul* (n 134) 286-289; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul* (n 134) 189-190; Ulukapı, *Medenî Usûl* (n 134) 165; Postacıoğlu ve Altay, *Usul* (n 134) 136-137; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, *Medeni Usul* (n 134) 217).

[137] Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 101; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 39; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 120; Kaçak (n 50) 86; İpekçi (n 12) 11; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 11; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 25; Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 43; Oskay, Koçak, Deynekli ve Doğan (n 13) 52; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre (İcra)* (n 13) 38. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "*Dava, icra memurunun kusurundan kaynaklanan zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Dava konusu tazminat İİK'nın 5. maddesinden kaynaklandığından haksız fiile dair hükümlerin uygulanacağı açıktır. Dosya içeriğinden, davacının yerleşim yerinin Nevşehir olduğu, davanın haksız eyleme dayalı tazminat davası olup davacının, HMK'nın 16. maddesi kapsamında yerleşim yerinde dava açtığı anlaşılmaktadır. Şu halde, mahkemenin de yetkili olduğu gözetilmeden yetkisizlik sebebiyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir…"* (Yargıtay 4 HD, 8068/8864, 20.9.2016, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[138] Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 101; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 11; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre (İcra)* (n 13) 38; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 39; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 120; Oskay, Koçak, Deynekli ve Doğan (n 13) 52; Kaçak (n 50) 86; İpekçi (n 12) 11; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 25; Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 43; Uyar, Uyar ve Uyar (n 29) 54.

[139] Haksız fiillerden doğan davalarda yetkili mahkemenin düzenlendiği HMK m 10 hükmünde öngörülen kesin olmayan özel yetki kurallarının var olması ihtimalinde, HMK m 6'da ifade edilen genel yetkili mahkemenin yetkisi ortadan kaldırılamayacaktır (Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, *Medeni Usul* (n 134) 216). Zira, kesin olmayan özel yetki kuralları davacıya genel yetkili mahkemenin yanında seçimlik yetkili mahkeme sunmaktadır (Alangoya, Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 133) 94; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre (Usul)* (n 134) 65; Karslı, *Medeni Usul* (n 134) 216; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul* (n 134) 189-190; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 134) 158).

[140] Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "*Davacı Hazine: "davalıların hukuka aykırı eylemleri nedeni ile zarar gördüğünü" belirterek bu miktarın hüküm altına alınmasını istemiştir. Olay mahkemece yıkımına karar verilen bir binanın yıkımı yoluna gidilmeyince, İİK'nun 30. Maddesi gereğince ücreti borçludan alınmak suretiyle yıkım bedelinin fazla olduğu borçlu tarafından iddia edilerek açılan davada, yıkım bedelinin daha düşük belirlenmesi üzerine, davacı eldeki işbu dava ile davalı icra memuru ve yıkım işini üstlenen diğer davalının ücret tespitinde özensiz ve kusurlu bulunduğu belirtilmiştir. Şu hali ile eylem haksız fiildir. Haksız eyleme ilişkin davalarda davacı genel hükümlere göre davasını davalının ikametgahında açabileceği gibi, HUMK m 21. maddesi uyarınca haksız eylemin meydana geldiği yer mahkemesinde de açabilir. Başka bir ifade ile, bu konudaki seçimlik hakkı davacıya aittir. Davacı seçimlik hakkını kullanarak davayı haksız eylemin meydana geldiği yer mahkemesinde açmıştır. Mahkemece davaya bakılmak gerekirken, yetkisizlik kararı verilmesi nedeni ile bozulmalıdır*." (Yargıtay 4 HD, 9403/10156, 17.09.2003, Oskay, Koçak, Deynekli ve Doğan (n 13) 60).

[141] Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 98; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 39; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 119; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre (İcra)* (n 13) 37.

"*alacaklı*", "*borçlu*" sıfatlarını taşıyan kimseler ile "*takibe taraf olmayan üçüncü kişiler*" de zarara uğramaları ihtimalinde icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle tazminat davası açabileceklerdir[142]. Aynı zamanda, "*zarara uğrayan kimsenin halefi olan kimseler"* tarafından da İcra İflas Kanunu m 5'te yer alan düzenleme uyarınca uğranılan zararın giderilmesi amacıyla tazminat davası açılabilecektir[143].

Bununla birlikte, kanun koyucunun getirdiği düzenleme uyarınca, tazminat davasının açılacağı taraf, devlet, yani Adalet Bakanlığı'dır[144]. İcra İflas Kanunu m 5 uyarınca açılacak olan sorumluluk davasında davalı olan kimse açıkça kusurlu davranışları sebebiyle zararın meydana gelmesine sebep olan icra iflas dairesi görevlisinin bizzat kendisi olmayıp, doğrudan doğruya "*devlet*" olarak tayin edilmiştir[145]. *Yargıtay kararlarında* da icra iflas dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davalarının ancak idare aleyhine açılabileceği açıkça ifade edilmektedir[146].

Uygulamada, birden fazla icra iflas dairesi görevlisinin meydana gelen zararlardan birlikte sorumlu olmaları söz konusu olabilecektir. Böyle bir ihtimalinde, İİK m 5 hükmüne göre, hukuki sorumluluk davası devlet aleyhine açılacak olmakla birlikte devlet tarafından sorumlu birden fazla icra ve iflas dairesi görevlisine karşı yöneltilecek olan rücu davasında (İİK m 5/c 2), bu kimseler, devlete karşı TBK m 61-62 hükmüne göre "*müteselsilen*" sorumlu olacaklardır[147]. Hal böyle olmakla birlikte müteselsilen sorumlu olan icra ve iflas dairesi görevlileri bakımından sonradan

---

142 Uyar, *İİK m 5* (n 13) 119; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 39.

143 Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 98; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre (İcra)* (n 13) 37. Tazminat davalarında zarar görenin halefleri (mirasçıları) da tazminat davası açabileceklerdir (Kemal Tahir Gürsoy, 'Haksız Eylem (Fiil)den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)' (1974) 31 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 152-153).

144 Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *İcra ve İflas* (n 9) 40; Karslı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 63 vd; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 24; Muşul, *İcra ve İflas Hukuku* (n 12) 44-45.

145 Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 63 vd; Karslı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 24; Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 42; Muşul, *İcra ve İflas Hukuku* (n 12) 44-45. Karşı görüşte bkz Umar 'Gözlemler' (n 31) 693-695.

146 Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: *"... davanın İcra İflas Yasası'nın 5. maddesinden kaynaklandığı ve icra müdürünün kusurlu eylemine dayandığı anlaşılmaktadır. İcra ve İflas Yasası'nın 5. maddesi gereğince, İcra ve İflas Dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları, ancak idare aleyhine açılır... Bu davalara adliye mahkemelerinde bakılır." Bu düzenleme uyarınca icra müdürünün hatalı işleminden dolayı Adalet Bakanlığı'na karşı açılan davaya adli yargıda bakılması gerekir. Devletin zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır. Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek, işin esası incelenip davaya konu işlemde icra müdürlüğü görevlilerinin kusurlarının olup olmadığı, kusurları varsa oranı ve zarar kapsamı belirlenerek varılacak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yukarda açıklanan yasal düzenleme göz önünde bulundurulmaksızın, yargı yolu bakımından mahkemenin görevsizliği sebebiyle dava dilekçesinin reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir…*" (Yargıtay 4 HD, 12599/11649, 3.11.2011, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

147 Uyar, Uyar ve Uyar (n 29) 54; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 83; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 39; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 120.

açılacak olan rücu davasında teselsül söz konusu olmayacaktır[148]. Bu sebeple de, her bir davalı, meydana gelen zararın tamamından rücu davası açan devlete (Adalet Bakanlığına) karşı kendi kusurları oranında sorumlu olacaklardır[149].

İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle açılacak olan tazminat davasında riayet edilmesi gereken zamanaşımı süresi ise, İcra İflas Kanunun m 7 hükmünde açıkça ifade edilmektedir[150]. Zira, kanun koyucu, "*zarar ziyan davasında zamanaşımı*" kenar başlıklı İİK m 7 hükmünde şu şekilde bir düzenlemeye yer vermektedir:

> *"Zarar ve ziyan davası, mutazarrır olan tarafın zararı öğrendiği günden bir sene ve her halde zarar ve ziyanı mucip fiilin vukuundan on sene geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Şu kadar ki zarar ve ziyan cezayı mucip bir fiilin neticesi olupta ceza kanunları bu fiili daha uzun bir müddetle zamanaşımına tabi tutmakta ise hukuk davasında da ceza zamanaşımı cari olur"*

Görüldüğü üzere, kanun koyucu, cebri icra faaliyetini yerine getiren icra ve iflas dairesi görevlilerinin, görevleri esnasında sebep oldukları zararlar sebebiyle kendilerine karşı açılacak olan tazminat davasında belli bir zamanaşımı süresinin söz konusu olmasını hükme bağlamıştır[151]. Buna göre, İİK m 7/f 1 uyarınca, meydana gelen zararın giderilmesi bakımından açılacak olan tazminat davası,

---

[148] Muşul, *Cilt 1* (n 12) 83. Borçlar Hukukunda geçerli olan genel kural gereği, rücu ilişkisinde (iç ilişkide), borçluların kendi aralarında müteselsil sorumluluk söz konusu olmaz (Selahattin Sulhi Tekinay, *Borçlular Arasında Akdi Teselsül* (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi 1956) 154; Oğuzman ve Öz, *C II* (n 73) N 859; Tunçomağ, *Genel Hükümler C I* (n 86) 1063; Becker (n 96) 173; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 118) 314; Eren, *Borçlar Hukuku* (n 71) 1344; Kılıçoğlu A (n 86) 580; Hatemi (n 73) 124; Velidedeoğlu ve Özdemir (n 118) 318; Karahasan (n 96) 1000, 1628; Haluk Nami Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (1. Bası, Beta 1996) 182; Birsen (n 73) 422; Ali Naci Tuncer, 'Bir Zarara Birden Çok Kişinin Birlikte Neden Olmasında Zincirleme (Müteselsil) Sorumluluk ve Rücu İlişkileri' (1978) 58(5-6) Adalet Dergisi 449; Akıncı (n 73) 268; Turgut Akıntürk, *Müteselsil Borçluluk* (Sevinç 1971) 215; Turgut Akıntürk, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri* (Genişletilmiş 13. Bası, Beta 2007) 139; Arsebük (n 73) 1025; Ayan (n 70) 37. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "*...Rücu davalarında teselsül olmaz. Davalı, kusuru oranında sorumludur. Davalının olaydaki kusur durumu belirlendikten sonra bir karar vermek gerekirken, davalının tam kusurlu kabul edilerek tüm tazminattan sorumlu tutulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup kararın bozulması gerekmiştir."* (Yargıtay 4 HD, 5523/7819, 03.05.2012, YKD 2012/11, S 12, C 38, s 2361-2362). Yargıtay'ın aynı yöndeki diğer bir kararı için bkz Yargıtay 4. HD, 9.2.1988 10605/1291 (YKD 1988/9, s 1216).

[149] Muşul, *Cilt 1* (n 12) 83. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: *"...Dava rücuen tazminat istemine ilişkindir. Davacı idare, İİK 5. maddesi gereğince 3.kişinin açtığı dava sonucunda ödediği tazminatın olayda kusuru bulunan davalı icra memurlarından rücu yoluyla alınmasını istemiştir. Eldeki davada, zarar görene ödenen tazminat, zarar verenlerden rücu yoluyla istendiğine göre zarar verenler arasında teselsülden söz edilmez. Zarar verenler kendi kusurları oranında sorumludurlar. Şu durumda yerel mahkemece, davalıların ayrı ayrı belirlenecek kusurları oranında sorumlu tutulmaları gerektiği gözetilmeyerek, davalıların müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmuş olmaları usul ve yasaya aykırıdır. Davacı, müteselsil sorumlu sıfatıyla üçüncü kişiye ödediği paranın haleflik esasınca rücuen tahsilini istediğine ve davalılar önceki davada davaya dahil bulunmadığına göre iadenin kapsamı, kural olarak davacının mahkum olup ödediği para ile kendisi hakkında açılan davanın sonunda verilen hükmün kesinleşmesine kadar işleyecek faiz ve önceki davada hükmedilen avukatlık ücreti ile yargılama giderleri ve bir de davacı aleyhine ödetme kararı alan üçüncü kişinin hüküm kesinleşmezden önce alacağını tahsil için ilamı icraya koymuş olması halinde hükmün kesinleşmesine kadar yapılan icra giderleri ve avukatlık ücreti ile aynı güne kadar gerçekleşen faizden ibarettir. Kendi kusurlu davranışı ile icranın sürüp gitmesine yol açan davacı, bu savsaması nedeniyle artan icra giderlerinin ve hükmün kesinleşmesinden sonra geçen sürenin faizini isteyemez. Bu ilkelere aykırı düşüncelerle isteğin tümünün hüküm altına alınmış bulunması usul ve yasaya aykırıdır..."* (Yargıtay 4 HD, 12915/9309, 14.5.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[150] Bkz İİK m 7.

[151] Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 47; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 83; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 101; Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 39-40; Kaçak (n 50) 86, 88; İpekçi (n 12) 11, 12; Karslı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 65; Kuru, *Ders Kitabı (İcra)* (n 13) 53; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 25; Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 47; Muşul, *İcra ve İflas Hukuku* (n 12) 45; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre (İcra)* (n 13) 38; Oskay, Koçak, Deynekli ve Doğan (n 13) 65.

zarar görenin zararı öğrendiği tarihten itibaren "*bir yıl*" ve zarara sebep olan fiilin gerçekleşmesinden itibaren "*on yıl*" geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır[152]. *Doktrinde çoğunluk tarafından ileri sürülen görüşe göre*, kanun koyucunun öngördüğü düzenleme uyarınca, İİK m 7/f 1 hükmünde ifade edilen bir yıllık zamanaşımı süresinin başlayabilmesi için sadece "*zararı doğuran eylemin*" zarar gören tarafından öğrenilmesi yeterli olmayıp aynı zamanda; "*zararın*" da öğrenilmiş olması gerekmektedir[153]. Bununla birlikte, meydana gelen zarar, aynı zamanda cezayı gerektiren bir fiilin neticesi olup da bu fiil bakımından ceza kanunlarında daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmüş olursa, icra ve iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle açılacak olan tazminat davasına da İİK m 7/f 2 uyarınca ceza zamanaşımı süresi uygulanacaktır[154]. İİK m 7/f 2'de öngörülen bu düzenleme TBK m 72/f 1, c 2'de (eBK m 60/f 2) ifade edilen genel zamanaşımı dışında eylemin aynı zamanda suç teşkil ettiği durumlarda ceza zamanaşımı süresinin uygulanacağına ilişkin kural ile uyumluluk arz etmektedir[155]. İcra ve iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu bakımından öngörülen ve İİK m 7/f 2'de ifade edilen ceza zamanaşımı gerek bir yıllık ve gerekse de on yıllık zamanaşımı süresinin uzamasına sebep olacaktır[156].

---

[152] Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 47; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 101; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 65; Kuru, *Ders Kitabı (İcra)* (n 13) 53; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 83; Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 39-40; Kaçak (n 50) 86, 88; İpekçi (n 12) 11, 12; Karslı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 25; Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 47; Muşul, *İcra ve İflas Hukuku* (n 12) 45; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre (İcra)* (n 13) 38; Oskay, Koçak, Deynekli ve Doğan (n 13) 65.

[153] Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 101; Kuru, *Ders Kitabı (İcra)* (n 13) 53; Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 43. Aksi görüşte bkz İlhan E. Posacıoğlu, *İcra Hukuku Esasları* (538 sayılı Kanun göz önünde tutularak yazılan 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1982) 46. Haksız fiillerde genel zamanaşımı süreleri bakımından da zamanaşımının başlangıcı bakımından zararın öğrenilmesi gerekmektedir (Ö. Faruk Karacabey, 'Haksız Fiillerde Zamanaşımı' (1978) 4 Yargıtay Dergisi 491).

[154] Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 47; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 101; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 65; Kuru, *Ders Kitabı (İcra)* (n 13) 53; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 83; Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 39-40; Kaçak (n 50) 86, 88; İpekçi (n 12) 11, 12; Karslı, *İcra ve İflas* (n 12) 45; Ulukapı, *İcra ve İflas* (n 12) 25; Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 47; Muşul, *İcra ve İflas Hukuku* (n 12) 45; Kuru, *İstinaf Sistemine Göre (İcra)* (n 13) 38; Oskay, Koçak, Deynekli ve Doğan (n 13) 65. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: *"…Dava, Nazilli İcra Müdürlüğü tarafından ihale ile satılan taşınmaz üzerindeki haczin icra müdür yardımcısı tarafından haksız şekilde 15/8/2001 tarihinde kaldırılması sonucu uğranılan zararın tazminine ilişkindir. Mahkemece, zararın 10/4/2003 tarihinde öğrenilmesi üzerinden beş yıllık sürenin geçtiği gerekçesiyle davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiş, karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. Davacının talebi davalı Bakanlık personelinin haksız eylemi sonucu oluşan zararın tazminine yöneliktir. İİK. nun 7 maddesinde bu tür zararlar için bir yıllık zamanaşımı öngörülmüştür. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, davanın cezayı gerektiren bir eylemden kaynaklanması durumunda, Ceza Kanununun öngördüğü ceza zamanaşımının uygulanacağı ifade edilmiştir. Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinde de genel zamanaşımı dışında eylemin suç teşkil ettiği durumlarda, ceza zamanaşımının uygulanacağı hükmü yer almıştır. 765 sayılı TCK. nun 102. maddesinin dördüncü bendinde bu tür suçlar için öngörülen ceza zamanaşımının beş yıl olduğu hükme bağlanmıştır. Dosya kapsamına göre, dava haksız eylemin gerçekleştiği tarihten itibaren 5 yıllık süre dolmadan açılmış olduğundan zamanaşımının geçmediği anlaşılmaktadır. Şu durumda mahkemenin zararın kapsamını belirleyerek karar vermesi gerekirken zamanaşımı nedeniyle davanın reddi yönünde hüküm kurması bozmayı gerektirir ise de karar onanmış bulunduğundan davacının karar düzeltme istemi HUMK. nun 440-442 maddeleri uyarınca kabul edilmeli, onama kararı kaldırılmalı ve karar gösterilen nedenle bozulmalıdır…"* (Yargıtay 4 HD, 11089/11447, 01.11.2006, Oskay, Koçak, Deynekli ve Doğan (n 13) 65-66).

[155] 6098 sayılı TBK m 72/f 1, c 2 hükmünde ifade edilen düzenleme şu şekildedir: *"… Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.*" Karş.: 818 sayılı BK m 60; OR Art 60 (İlhan Helvacı, *Gerekçeli-Karşılaştırmalı İsviçre-İçtihatlı-Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun* (1. Bası, On İki Levha 2011) 185-189; Deschenaux and Tercier (n 78) 167). Bu kapsamda Ceza Kanunu'ndaki zamanaşımı süresinin uygulanması hakkındaki gerek TBK m 72/f 1, c 2'deki ve gerekse de eBK m 60/f 2'deki açıklamalar için bkz Nihat Yavuz, *Türk Borçlar kanununun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Adalet 2012) 164-165; Yavuz, *Borçlar* (n 96) 301; Birsen (n 73) 208; Antalya (n 118) 624; Nomer, *Borçlar Hukuku* (n 77) N 137.5, s 287.

[156] Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 101.

İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun söz konusu olması durumda, açılacak olan tazminat davasında gerçekleştirilecek olan yargılamada ispat bakımından uygulanacak olan esasların da ifade edilmesi önem arz etmektedir. Buna göre, taraflardan her biri Medeni Kanun (MK) m 6 uyarınca, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça hakkına dayanak teşkil eden olguların mevcudiyetini ispat etmekle mükelleftir[157]. Ayrıca, "*ispat yükü*" kenar başlıklı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m 190/f 1'de öngörülen esas uyarınca, "*ispat yükü kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir*"[158]. Bu doğrultuda, icra iflas dairesi görevlilerinin kusurlu fiilleri sebebiyle zarar gören "*davacı*", uğradığı zararın giderilmesi amacıyla açılacak olan tazminat davasında, tazminat talep edebilmek için gerekli şartların mevcut olduğunu ispat etmekle mükelleftir[159]. Türk İcra ve İflas Kanunu m 5 hükmünde öngörülen hukuki sorumluluk düzenlemesinin gereği olarak açılacak olan tazminat davasında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen ispata ilişkin kurallar (HMK m 187 vd) geçerli olacaktır[160].

Ayrıca, haksız fiillerde, haksız fiil teşkil eden davranışı gerçekleştiren failin "*kusurlu olduğunu*" ayrıca ispat yükü tazminat talep eden kimseye düşmektedir[161]. Bu husus, "*zararın ve kusurun ispatı*" kenar başlıklı TBK m 50 hükmünde, "*zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır*" şeklinde ifade edilen kanuni düzenlemenin de bir gereğidir[162]. Bu sebeple, İİK m 5 uyarınca icra iflas dairesi görevlilerine karşı açılacak olan tazminat davası hukuki niteliği gereği kusura dayanan bir haksız fiil sorumluluğu olduğundan[163] (TBK m 49 vd; İİK m 5) sorumluluğun bir şartı olarak öngörülen kusurun varlığını ispat yükü davacıya (zarar

[157] Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (n 86) N 2.68, s 82; Demir Saldırım (n 7) 90; Kaneti, *Hukuka Aykırılık* (n 126) 229.

[158] Kuru, *İstinaf Sistemine Göre (Usul)* (n 134) 235; Hakan Pekcanıtez ve Oğuz Atalay, *Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, C II* (15. Bası, On İki Levha 2017) 1696; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku, C I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması* (Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Yetkin 2018) 798; Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul* (n 134) 463; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, *Medeni Usul* (n 134) 385; Budak ve Karaaslan (n 134) N 16, s 229; Ulukapı, *Medenî Usûl* (n 134) 354; Muşul, *Medeni Usul* (n 134) 322; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 134) 462; Karslı, *Medeni Usul* (n 134) 484.

[159] Demir Saldırım (n 7) 90.

[160] 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen ispata ilişkin esaslar (HMK m 187 vd) hakkında bkz Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul* (n 134) 462 vd; Pekcanıtez ve Atalay, *Pekcanıtez Usul* (n 158) 1585 vd; Budak ve Karaaslan (n 134) N 1 vd, s 49 vd; Muşul, *Medeni Usul* (n 134) 317 vd; Tanrıver (n 158) 759 vd; Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu (n 134) 450 vd; Arslan, Yılmaz, Taşpınar-Ayvaz ve Hanağası, *Medeni Usul* (n 134) 380 vd; Karslı, *Medeni Usul* (n 134) 479 vd; Ulukapı, *Medenî Usûl* (n 134) 341 vd.

[161] Berkin, *Sorumluluk* (n 4) 218; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (n 78) 62; İmre (n 71) 42; Oğuzman ve Öz, *C II* (n 73) N 248; Kılıçoğlu M (n 73) 650; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (n 86) N 2.70, s 84; Deschenaux and Tercier (n 78) 172; Reisoğlu (n 73) 174. Bununla birlikte, sözleşmeye aykırılık dolayısıyla açılacak olan tazminat davalarında, tazminat talep eden davacı, sözleşmeye riayet etmeyerek borcunu yerine getirmeyen davalının kusurunun bulunduğunu ispat etmekle mükellef değildir; burada davalı kendi kusurunun söz konusu olmadığını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilecektir (Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (n 78) 62).

[162] Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (n 86) N 2.70, s 84; Oğuzman ve Öz, *C II* (n 73) N 246; Yavuz, *Borçlar* (n 96) 232.

[163] Bkz yuk II, C, 1.

görene) düşecektir[164]. Böylelikle, zarar gören (davacı) zararını tazmin edebilmek bakımından, ayrıca kusurun varlığını da ispat etmekle yükümlü olacaktır[165].

IV. İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğunu Gerektiren Hallerde Zarar Görenin Kusurlu İşlemi İptal Ettirme İmkanını Kullanmaması Üzerine Değerlendirmeler

A. Genel Olarak

İcra ve İflas Kanunu'nda getirdiği düzenlemeler uyarınca, icra ve iflas dairesi görevlileri tarafından gerçekleştirilen işlemden zarar gören kimselere, kendi haklarını koruyarak hatalı işlemlerin giderilmesini sağlamak amacıyla takip hukukuna özgü bir müessese olan "*şikâyet*"[166] imkanına (İİK m 16 vd) müracaat ederek hatalı işlemi iptal ettirme imkânına sahiptir[167]. Görüldüğü üzere, icra dairesine müracaat ederek devletin cebri icra faaliyeti çerçevesinde haklarını elde etmek isteyen kimselerin, gerektiği takdirde, şikâyet yoluna müracaat ederek icra organlarının işlemlerinin hukuka uygunluğunu sağlamaları ve böylelikle takibin hukuka uygun olarak yürütülmesi ile kanuna aykırı işlemlerin kaldırılması veya düzeltilmesini temin etmeleri mümkündür[168]. Bu doğrultuda, icra ve iflas dairesi görevlilerinin sorumluluğunun doğumuna sebep olan davranışları neticesinde üçüncü kişilerin zarar görmelerine sebep olunan kimi durumlarda, zararı söz konusu olan kimseler, İİK m 16 vd'nda[169] düzenlenmekte olan şikâyet imkanından yararlanarak[170] hukuka aykırı icra takip işleminin kaldırılmasını, iptal edilmesini veya düzeltilmesi

---

[164] Bu husus, haksız fiil sorumluluğunda zararın giderilmesini talep eden ve tazminat davası açan kimsenin failin kusurlu olduğunu ispat etmesi (Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (n 78) 62; Kılıçoğlu M (n 73) 650; Berkin, *Sorumluluk* (n 4) 218; Deschenaux and Tercier (n 78) 172) şeklindeki kuralın bir sonucudur.

[165] Berkin, *Sorumluluk* (n 4) 218; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (n 78) 62. Bu noktada, zarar görenin kusurunun söz konusu olduğu durumlara ilişkin olarak ispat yükü bakımından bir değerlendirmede bulunulabilecektir. İlliyet bağını kesen hallerde bu hususun ispatlanması konusunda ispat yükü davalının üzerine düşmektedir (Kılıçoğlu M (n 73) 651; Deschenaux and Tercier (n 78) 172). Bu doğrultuda, illiyet bağını kesen bir hal olan müterafik kusurun varlığını ispat yükü davalı tarafta olacaktır (Velidedeoğlu ve Özdemir (n 118) 114; Hatemi ve Gökyayla (n 96) N 47. Böylelikle, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun bulunduğu bir ihtimalde, zarar görenin kusurlu işlemi iptal ettirme imkanını kullanmaması sebebiyle müterafik kusurunun bulunması durumunda müterafik kusuru ispat yükü davalı tarafta olacaktır. Bkz Hatemi ve Gökyayla (n 96) N 47).

[166] Şikâyet hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Hakan Pekcanıtez ve Cemil Simil, *İcra-İflas Hukukunda Şikâyet* (2. Bası, Vedat 2017) 5 vd, N 15 vd.

[167] Aziz Serkan Arslan, *İcra Takip İşlemleri (Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları)* (1. Bası, Yetkin 2018) 188; Pekcanıtez, Atalay, Sungurtekin-Özkan ve Özekes (n 1) 57; Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 46; Postacıoğlu, *İcra Hukuku* (n 153) 57 vd; Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 85 vd; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 67; Ansay (n 3) 29.

[168] Pekcanıtez ve Simil (n 166) N 14, s 4; Arslan (n 167) 187-188; İpekçi (n 12) 65; Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 46 vd; Postacıoğlu, *İcra Hukuku* (n 153) 77 vd; Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 85 vd; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 67.

[169] İcra İflas Kanunu'nun "*Şikâyet ve Şartlar*" kenar başlıklı 16'ncı maddesinde şu şekilde bir düzenleme yer almaktadır:
"Kanunun hallini mahkemeye bıraktığı hususlar müstesna olmak üzere İcra ve İflas dairelerinin yaptığı muameleler hakkında kanuna muhalif olmasından veya hadiseye uygun bulunmamasından dolayı icra mahkemesine şikâyet olunabilir. Şikâyet bu muamelelerin öğrenildiği tarihten yedi gün içinde yapılır.
Bir hakkın yerine getirilmemesinden veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasından dolayı her zaman şikâyet olunabilir."

[170] Arslan (n 167) 188.

isteyebilecek[171] ve böylelikle zararın meydana gelmesine engel olabilme imkânına da sahip olabileceklerdir[172].

İcra iflas dairesi görevlilerinin gerçekleştirdikleri işlemlerin zarar gören kimselerce şikâyete konu edilerek iptal edilmediği hallerde, zarar görenin müterafik kusuru uyarınca tazminattan indirim yapılabileceği veya tazminat davası açma imkânının bertaraf edilebileceği ifade edilebilecek midir?

Bu soru kapsamında, icra iflas dairesi görevlilerinin kusurlu fiilleri sebebiyle zarara uğrayan üçüncü kişilerin aslında zarara sebep olan işlemi şikâyet ederek ortadan kaldırma (iptal etme, düzeltme vb) imkânı bulunmaktayken bu yola başvurmayarak İİK m 5'te düzenlenen hukuki sorumluluk hakkındaki esaslar uyarınca devlet aleyhine tazminat davası açılmasını talep etmelerinin mümkün olup olmayacağı tartışılmasını gündeme getirecektir[173]. Buna göre, kendisine tanınmış olan şikâyet yoluna müracaat ederek zarar görmesine sebep olan kusurlu fiilleri iptal ettirmeyen üçüncü bir kişinin, kendisinin de eylemsiz tutumu sebebiyle zararın meydana gelmesinde veya artmasında bir katkısı söz konusu olmaktadır[174]. Bu husus zarar görenin zararın doğumunda eylemsizliği ile bir katkısının bulunmasına rağmen zarar verene müracaat ederek zararını talep etmesi sonucunu doğuracağı için Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde öngörülen dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacaktır[175]. Şu hâlde, İcra İflas Kanunu m 5 hükmünde öngörülen hukuki sorumluluk sebebiyle devlet aleyhine tazminat davası açılmasının talep edilmesinin yerinde olup olmayacağı meselesinin doktrinde tartışılması önem arz etmektedir.

İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun söz konusu olduğu bir durumda, zarar görenin, zararın doğumuna sebep olan eylem veya işlemleri şikâyet

---

171 İbid 188; Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 54 vd; Postacıoğlu, *İcra Hukuku* (n 153) 77 vd; Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 85 vd; Kuru, Arslan ve Yılmaz, *İcra* (n 12) 76.

172 Reşit (n 24) 11. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: *"…Davacı Ali Keleş vekili Avukat Emrah Baydar tarafından, davalı Adalet Bakanlığı aleyhine 13.9.2000 gününde verilen dilekçe ile icra İflas Kanunu'nun 5. maddesinden kaynaklanan icra memurunun kusur nedeniyle uğranılan zararın gideriminin istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda; davanın reddine dair verilen 16.5.2001 günlü kararın Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçesinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hakimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüşüldü. (…) Mahkemece, davacının icra müdürünün usulsüz işlemleri nedeniyle İcra Tetkik Merciine şikâyet etme hakkına haiz olduğu, yapılan işlemlerin usulsüz olduğunu bilmesi gerektiği, davacının da kusurlu olduğu, kanunu bilmemenin mazeret sayılmadığı gerekçesiyle istemin reddine karar verilmiştir..."* (Yargıtay 4 HD, 9470/764, 24.1.2002, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

173 Doktrinde bu tartışmayı ele alan yazarlar için bkz Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 100; Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41; Belgesay, *İcra ve İflas* (n 24) 54; Belgesay, *Şerh* (n 24) 11; Reşit (n 24) 11; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 112-113; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 37; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 258; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 84; Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44; Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 45.

174 Haksız filler, yapmama kaçınma şeklindeki, olumsuz bir davranış ile de gerçekleştirilebilecektir (Eren, *Borçlar Hukuku* (n 71) N 1617, s 584; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 118) 484; Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku* (n 78) N 4, s 12; Karahasan (n 96) 431).

175 Zira, MK m 2 hükmüne göre, dürüstlük kuralı aynı zamanda zarar görene de düşmektedir (Leyla Müjde Kurt, 'Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti' (2015) 64(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 783). Geçmişten günümüze kadar sorumluluk hukukunda kabul edilen temel bir prensip, "*kendisine zarar veren bir kişinin bunun tazminini istemesinin mümkün olmayacağı"* şeklindedir (Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt: 1-2* (Çev. Cevat Edege) (Olgaç 1983) 97).

yoluna götürerek iptal ettirme imkanını kullanmaması hali *doktrinde* ve *Yargıtay kararlarında* TBK m 52'de (818 sayılı eBK m 44; OR Art 44) öngörülen zarar görenin kusuru (müterafik kusur) hükümleri çerçevesinde ele alınmaktadır[176]. Buna göre, zarar gören zarardan kaçınmak veya zararı arttırmamak için elinden gelen bütün tedbirleri almış olmalı ve şikâyet yoluna müracaat ederek icra iflas dairesi görevlisinin kusurlu işlemlerini iptal ettirmiş olmalıdır[177]. Aksi takdirde, zarar gören şikâyet ederek kusurlu eylem veya işlemi iptal ettirme imkânı varken bu yola başvurmamışsa, böyle bir durumda ortaya çıkan zarardan bizzat kendisi de sorumlu olacaktır[178]. Dolayısıyla, zarar görenin kendisinin de kusurlu olduğu göz önünde bulundurularak, İİK m 5 uyarınca icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu yoluna müracaat edilmesi ihtimalinde bu durumun açılacak olan tazminat davasına olan etkisinin değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Bu doğrultuda, çalışmamızın devamında, öncelikle zarar görenin kusuru ortaya konularak Türk Borçlar Kanunu m 52'de (818 sayılı eBK m 44; OR Art 44) öngörülen hukuki esaslar ifade edilecektir. Böylelikle, zarar görenin kusurunun icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu bahsinde özel görünüm arz ettiği dikkate alınarak değerlendirmelerde bulunulacaktır. Sonrasında ise, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu özelinde zarar görenin kusurunun etkisi hakkında açıklamalarda bulunularak, zarar görenin kusurunun icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu kapsamında açılacak olan tazminat davasında bir indirim sebebi mi olacağı yoksa İİK m 5 uyarınca icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldıran bir hal olarak mı değerlendirileceği konusunun ele alınması yoluna gidilecektir. Bu doğrultuda, doktrinde ileri sürülen görüşler ile Yargıtay'ın yaklaşımı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

B. Zarar Görenin Kusuru

1. Kavram

Geçmişten günümüze kadar sorumluluk hukukunda kabul edilen temel bir prensip, "*kendisine zarar veren bir kişinin bunun tazminini istemesinin mümkün olmayacağı"*

[176] Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 100; Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41; Belgesay, *İcra ve İflas* (n 24) 54; Belgesay, *Şerh* (n 24) 11; Reşit (n 24) 11; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 112-113; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 37; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 258; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 84. *Doktrinde* ve *Yargıtay kararlarında* zarar görenin şikâyet yoluna müracaat ederek işlemi iptal ettirme imkanını kullanmaması bakımından zarar görenin kusurunun söz konusu olduğu ileri sürülmektedir (Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 100; Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41; Belgesay, *İcra ve İflas* (n 24) 54; Belgesay, *Şerh* (n 24) 11; Reşit (n 24) 11; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 112-113; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 37; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 258; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 84).

[177] Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41, dn 44.

[178] İbid 41, dn 44.

şeklindedir[179]. Zarar görenin kusuru[180] (*müterafik kusur*) kavramsal olarak mağdura ait kusur olarak ifade edilebilecektir[181]. Zarar gören, kasten ya da gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek zararın meydana gelmesinde veya artmasında katkı sağlamışsa, hâkim tarafından onun bu davranışı göz önünde bulundurulacaktır[182]. Böylelikle, zarar gören kendisine zarar veren kişiye karşı ileri sürebileceği hakları kısmen veya tamamen kaybedebilecektir[183].

[179] von Tuhr (n 175) 97. Müterafik kusur esasen kökleri Roma Hukukuna kadar dayanan bir müessese olup Roma Hukukunda söz konusu olan ihmal gösteren kimsenin sebep olduğu zararlardan sorumlu olması ve böylece araya giren başka filler nedeniyle sorumlu kimsenin gerçekleştirdiği fiilin sonuca ulaşması engellenmişse sorumluluğun ortadan kalması şeklindeki temel bir prensibe dayanmaktadır. Bununla birlikte, günümüzde anladığımız şekliyle müterafik kusur kavramı bütünüyle Roma Hukukuna dayandırılamayacaktır (Diler Tamer Güven, 'Compensatio Culparum -Roma Hukukunda Birlikte Kusur-' (1997-1998) 17(1-2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (*MHB) (Prof. Dr. Yılmaz Aytuğ'a Armağan) 252).

[180] Zarar görenin kusuru Latince'de, "*faute concomitante"* şeklinde ifade edilmektedir (Deschenaux and Tercier (n 78) 57). Günümüzde zarar görenin kusuru bakımından mukayeseli Hukukta farklı terimler tercih edilmektedir. Buna göre, zarar görenin kusuru Almanca'da *"Das Selbstverschulden"* sözcükleri ifade edilmektedir (Arndt Sinn, Walter Gropp and Ferenc Nagy, *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts* (Mit 3 Farbabbildungen, V & R unipress Universitatsverlag Osnabrück, Göttingen, 2011) 352). Türk Hukukunda ise, zarar görenin kusuru kavramını karşılamak üzere *doktrin* ve *uygulamada* çeşitli terimler tercih edilmektedir. Doktrinde, zarar görenin kusurunu ifade etmek üzer sıklıkla kullanılan terimler "*müterafik (birlikte) kusur*", "*ortak kusur*" şeklindedir (Başak Z Baysal, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)* (1. Bası, On İki Levha 2012) 31). Doktrinde ortak kusur terimini kullanan yazarlar için bkz Eren, *Borçlar Hukuku* (n 71) N 2396, s 866; Eren, *İlliyet Bağı* (n 118) 189. Ayrıca doktrinde, "*zarara birlikte yol açma*" terimi de kullanılmaktadır. Bkz Rona Serozan, *İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme* (Kocayusufpaşa/Hatemi/Serozan/Arpacı: Borçlar Hukuku Genel Bölüm- Üçüncü Cilt) (7. Bası, Filiz 2006) § 16, N 6. Bununla birlikte, hukukumuzda Yargıtay tarafından "*bölüşük kusur*" teriminin de kullanıldığını görmekteyiz (Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (n 180) 31). Yargıtay'ın bölüşük kusur kelimesini tercih ettiği bir kararı şu şekildedir: Yargıtay 4 HD, 6197/7069, 5.5.2014, *"...Şu hâlde, söz konusu orman emvalinin zarar gören araçla taşınmasının bölüşük kusur niteliğinde olduğu göz önünde bulundurulmak suretiyle olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 44. maddesi uyarınca zarar miktarından takdir edilecek oranda bir indirim yapılması gerekir. Mahkemece, bu yönün değerlendirilmemesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir..."* (Lexpera). Yargıtay 3 HD, 280/7412, 17.05.2017, *"... Ayrıca, araç alım satımı işi ile uğraşan davacı tarafın, satışa esas olan belgeleri incelememiş olmaları, noterde satış işlemi yapılırken kullanılan belgelerdeki farklılığı görmemiş olmaları, kendilerinden beklenen özenli bir araştırma yapmamaları nedeni ile; davacının da bölüşük kusurunun varlığı kabul edilmelidir. O halde mahkemece; davacının bölüşük kusuru nedeniyle, toplam zarar miktarından uygun bir indirim yapıldıktan sonra kalan miktardan davalı noterlerin sorumlu tutulması gerekirken, yanılgılı değerlendirme ile davacının bölüşük kusuru olduğu göz ardı edilerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı görülmüş, bu husus bozmayı gerektirmiştir..."* (Lexpera). Yargıtay'ın bölüşük kusur terimini de kullandığına dair çeşitli kararlar için bkz Yargıtay 4 HD, 8176/14105, 3.10.2012; Yargıtay 4 HD, 4295/14357, 19.11.2008; Yargıtay 4 HD, 10745/10951, 8.10.2015; Yargıtay 4 HD, 13435/9314, 05.06.2014; Yargıtay 3 HD, 3443/9866, 18.06.2014 (Lexpera).

[181] Deschenaux and Tercier (n 78) 57; Saymen (n 118) 342. Zarar görenin kusuru (Müterafik Kusur) kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (n 180) 9 vd. Zarar görenin kusuru hakkında bkz Eren, *Borçlar Hukuku* (n 71) 866 vd; Nomer, *Haksız Fiil* (n 148) 84 vd; Deschenaux and Tercier (n 78) 57; Saymen (n 118) 342; von Tuhr (n 175) 97 vd; Birsen (n 73) 202 vd.

[182] Nomer, *Haksız Fiil* (n 148) 83-84.

[183] Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (n 180) 30; Nomer, *Haksız Fiil* (n 148) 83-84; Birsen (n 73) 202.

Zarar görenin kusuru (*Müterafik Kusur*), 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 52'nci maddesinde düzenlenmektedir[184] (Karş 818 sayılı eBK m 44; OR Art 44). Buna göre, "*III Tazminat*", "*2 İndirilmesi*" kenar başlıklı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 52'nci maddesinde zarar görenin kusuru (*müterafik kusur*) şu şekilde ifade edilmektedir:

"*Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir."*[185]

Görüldüğü üzere, kanun koyucu, Türk Borçlar Kanunu'nun 52'nci maddesinde, zarar görenin kusurunun var olması durumunda, hâkim tarafından meydana gelen zararın azaltılabileceği ya da kaldırılabileceğini açıkça ifade etmektedir[186].

Zarar görenin kusurunun varlığından söz edebilmesi için "*zararın doğmasında*" veya "*zararın artmasında*" etkili olmak şeklinde iki hal ifade edilmektedir[187] (TBK m 52/f 1; OR Art 44/Abs 1). Bu kapsamda, *doktrinde*, zarar görenin kusuru şeklindeki üst kavram kapsamında, "*birlikte kusur*"[188] (*contributory negligence*) ve "*zararı arttırmama külfeti*" (*mitigation of damage*) olmak üzere bir ayrım yapılmaktadır[189].

---

184 Mehaz İsviçre Hukukunda ise zarar göreninin kusuru İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art 44 hükmünde ifade edilmektedir. Buna göre, İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art 44 Abs 1 uyarınca, *Zarara uğrayan tarafın eyleminin, zararın doğmasına katkıda bulunduğu veya zararın artmasına neden olduğu veya borçlunun durumunu ağırlaştırdığı durumlarda hâkim, zarar ziyan miktarını indirebileceği gibi, zarar ziyana hiç hükmetmeyebilir"* denilmek suretiyle ifade edilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nun (Obligationenerecht-OR) "*IV. Herabsetzungsgründe*" kenar başlıklı Art 44 Abs 1 hükmünün çeviriye esas alınan orijinal metni şu şekildedir:
"[1]*Hat der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt, oder haben Umstände, für die er einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt oder die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert, so kann der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden.*
[h]ttps://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19110009/201407010000/220.pdf (Erişim Tarihi: 29.01.2020). Ayrıca bkz Katharina Schoop- OR, *Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (Hrsg. von Jolanta Kren Kostkiewicz, Urs Bertschinger, Peter Breitschmid, Ivo Schwander) (Orell Füssli 2002) OR Art 44, s 59; Peter Gauch, Viktor Aepli and Hubert Stöckli, *Präjudizienbuch zum OR Rechtsprechung des Bundesgerichts,* (5th ergänzte und neu gestaltete Auflage Schulthess Juristische Medien AG 2002) Art 44, s 149; Andreas Furrer and Anton K. Schnyder, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen*, (3. Aufl, Schulthess Juristische Medien AG 2016) Art 44, s 312; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (7. Aufl, Stämpfli AG 2016) OR AT, N 16.01 ff).

185 818 sayılı yürürlükten kaldırılan Borçlar Kanunumuzda, zarar görenin kusuru, "*IV-Tazminatın tenkisi*" kenar başlıklı m 44/f 1 hükmünde aynen şu şekilde ifade edilmektedir:
"*Mutazarrır olan taraf zarara razı olduğu yahut kendisinin fiili zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde hâkim, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfınazar edebilir.*"
https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/borclar-kanunu-818 (Erişim Tarihi: 29.01.2020).

186 Nomer, *Borçlar Hukuku* (n 77) N 133.1, s 264. Karş.: eBK m 44; OR Art 44 (von Tuhr (n 175) 101; Necmettin Feyzioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt. II* (Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Fakülteler 1977) 542).

187 Eren, *Borçlar Hukuku* (n 71) N 2400, s 867; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (n 86) N 5.61, s 521; Saymen (n 118) 343; Deschenaux and Tercier (n 78) 58-59; von Tuhr (n 175) 102; Arsebük (n 73) 145.

188 Common Law'da gerçekleştirilen ayrım çerçevesinde "*birlikte kusur*" (*Contributional Negligence*) hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz Emanuel G D van Dongen and Henriette P Verdam, 'The Delopment of the Concept of Contributory Negligence in English Common Law (2016) 12 Utrecht L Rev 64; Ezra Friedman, 'Sharing Responsibility Instead of Allocating Blame: Reforming Torts and Reducing Accidents' (2018) University of Illinois Law Review (U III L Rev) 590; Joachim Dietrich and Iain Field, 'The Reasonable Tort Victim: Contributory Negligence, Standard of Care and the Theory' (2017) 41(2) Melb U L Rev 607; Margaret Fordham 'Contributory Negligence and Apportionment' (2016) 2016 Singapore Journal of legal Studies (Sing J Legal Stud) 183 vd; Thomas Foxton, 'Share and Share Alike: Contributory Negligence and Contractual Claims' (2017) 2017 Oxford University Undergraduated Law Journal (Oxford U Undergraduated LJ) 21 vd).

189 Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (n 86) N 5.61, s 521. Ayrıca bkz Tunçomağ, *Genel Hükümler C I* (n 86) 484-490.

Zarar görenin kusuru bakımından birlikte kusur ile zararı arttırmama külfeti arasında zamanlamaya ilişkin bir fark vardır[190]. Zira, birlikte kusurda, zarar veren ile zarar görenin kusurlu davranışı tazmini gereken zararın meydana geldiği anda gerçekleşmektedir[191]. Zararı arttırmama külfetinde aykırılıkta ise, zarar veren, zararın doğumuna sebep olan davranışı gerçekleştirdikten sonra, zarar gören kişi davranışlarıyla meydana gelmiş olan zararın sonuçlarının ağırlaşmasına yol açmaktadır[192]. Görüldüğü üzere, zararı arttırmama külfeti kapsamında zarar görenin kusuru, zararı meydana getiren olayın gerçekleşmesinden sonraki bir aşamada gerçekleşmektedir[193].

Zararı azaltma külfeti bakımından zarar görenin kusuru olarak nitelendirilecek olan davranış gerek "*yapma*" ve gerekse de "*yapmama*" şeklinde meydana gelebilecektir[194]. Bu anlamda yapma ödevi, zarar görenin zararı en düşük seviyede tutmak amacıyla gerçekleştirmesi gereken hareketler olup zararın artmasını önleyecek veya zararı azaltacak tedbirler olarak değerlendirilebilecektir[195]. Diğer taraftan yapmama ödevi ise, zarar görenin meydana gelen zararın azalmasını engelleyecek veya zararı arttıracak davranışlardan kaçınma yükümlülüğü olarak ifade edilebilecektir[196]. Zarar görenin, meydana gelen zararın artmasına engel olacak tedbirleri almaması illiyet bağının kurulmasına ilişkin bir etki meydana getirecektir[197].

2. Zarar Görenin Kusurunun Etkisi ve Rolü

Zarar görenin zararın doğumunda fiiliyle veya eylemsizliği ile bir katkısının bulunmasına rağmen zarar verene müracaat ederek zararını talep etmesi Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesinde öngörülen dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacaktır[198]. Zarar görenin kusurunun sorumluluktan kurtulma sebebi olarak öngörülmesi

---

190 Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (n 180) 36; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (n 86) N 5.62, s 521.

191 Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (n 86) N 5.62, s 521. Zarar görenin zararın artmasına etkisi önem arz etmektedir. Buna göre, zarar görenin, meydana gelen zararın artmasına engel olacak tedbirleri almaması aslında nedensellik bağının kurulmasına ilişkin bir etki meydana getirir. Dolayısıyla, zarar gören kendisinden beklenen tedbirleri almamışsa, zarar veren meydana gelen zararlardan sorumlu olmayacaktır. Zira zarar görenin zararın artmasına engel olmaması illiyet bağını koparacaktır (Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (n 180) 41).

192 H Oser and W Schönenberger, *Borçlar Hukuku İkinci Kısım Madde 41-109 (TBK m 41-108)* (Türkçeye Çeviren: Recai Seçkin) (Yeni Cezaevi Basımevi 1950) 408. Burada kastedilen ağırlaştırma, kural olarak zararı önleyecek ya da azaltacak olan ve kendi menfaati için makul bir adamdan alınması beklenen tedbirlerin alınmaması suretiyle gerçekleşecektir (Oser and Schönenberger (n 192) 408).

193 Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (n 180) 40.

194 Oğuzman ve Öz, *C II* (n 73) 120; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop (n 118) 599; Nomer, *Haksız Fiil* (n 148) 106 vd; s 110 vd; Yavuz, *Borçlar* (n 96) 237.

195 Kurt (n 175) 783.

196 İbid 783.

197 Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (n 180) 41. Dolayısıyla, zarar gören kendisinden beklenen tedbirleri almamışsa, zarar veren meydana gelen zararlardan sorumlu olmayacaktır. Zira zarar görenin zararın artmasına engel olmaması illiyet bağını koparacaktır (Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (n 180) 41).

198 Oser and Schönenberger (n 192) 406. Zira, MK m 2 hükmüne göre, dürüstlük kuralı aynı zamanda zarar görene de düşmektedir (Kurt (n 175) 783). Geçmişten günümüze kadar sorumluluk hukukunda kabul edilen temel bir prensip, "*kendisine zarar veren bir kişinin bunun tazminini istemesinin mümkün olmayacağı"* şeklindedir (von Tuhr (n 175) 97).

dürüstlük kurallarına[199] (TMK m 2) ve ahlaki değer hükümlerini gereğince illiyet bağını kesen bir sebep olarak düzenlenmesi sonucu doğurmuştur[200]. Bu sebepledir ki, zarar görenin (ağır) kusuru illiyet bağını kesen durumlardan birisi olarak karşımıza çıkmaktadır[201].

Zarar görenin kusurunun söz konusu olması durumunda, hâkim tarafından tazminattan indirim yapabileceği gibi zarar vereni zarardan sorumlu tutmayarak tazminatın tamamen kaldırılmasına[202] da hükmedilebilecektir[203] (TBK m 52/f 1). Buna göre, zarar görenin kusurunun illiyet bağını kesecek ağırlıkta olup olmadığı hususunun değerlendirilmesi gereklidir[204]. Zira, eğer ki, zarar görenin kusuru, illiyet bağını kesecek ağırlıkta ise, bu durumda, zarar veren sorumluluktan kurtulacaktır[205]. Böylelikle, herhangi bir tazminat ödeme mükellefiyeti olmayacaktır[206]. Diğer taraftan, zarar görenin kusuru, illiyet bağını kesecek nitelikte ve yoğunlukta değilse, Türk Borçlar Kanunu'nun 52'nci maddesi (818 sayılı eBK m 43) uyarınca, bu durum bir zarardan indirim sebebi olarak uygulanacaktır[207]. Zarar görenin kusuru tazminattan indirim sebebi yapılırken, zarar görenin fiilinin, meydana gelen zarar ile zarar verenin

---

[199] Tamer Güven (n 179) 251.

[200] Eren, *Borçlar Hukuku* (n 71) 634; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (n 86) N 5.55, s 517.

[201] Antalya (n 118) N 1287, s 305; Eren, *Borçlar Hukuku* (n 71) 634; Hatemi (n 73) 56; Ayan (n 70) 286.

[202] L 203 de reg jur D 50, 17 *Pomponius libro octavo ad Quintum Mucium* *¨quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire: (Kendi kusuru ile zarar gören kimse zarara uğramış sayılmaz)"* (von Tuhr (n 175) 97, dn 1; Oser and Schönenberger (n 192) 406. Ayrıca bkz Tamer Güven (n 179) 259; Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (n 180) 2; Murat Topuz, *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi* (1. Bası, On İki Levha 2011) 243). Roma Hukukunda, failin ve mağdurun yalnız başlarına katlanmaları hâkim olan düşünceydi (Topuz (n 202) 245).

[203] Nomer, *Borçlar Hukuku* (n 77) N 133.1, s 264; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (n 86) N 5.61, s 521; Antalya (n 118) 305. Belirtmek isteriz ki, eBK m 44 hükmünde de paralel bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, birlikte (müterafik) kusurun bulunması durumunda, hâkim ya tazminatı indirebilecek ya da tamamen kaldırabilecektir (Tunçomağ, *Genel Hükümler C I* (n 86) 490). Yargıtay 3 HD, 6394/10016 *"...Bina veya yapı eseri malikinin sorumluluğunu ortadan kaldıran, bir başka deyişle, zarar ile yapımdaki bozukluk ve özen eksikliği arasında uygun "nedensellik bağı"nı kesen nedenler ise mücbir sebep, zarar görenin kendi kusuru ve üçüncü kişinin kusuru olarak belirlenmiştir. Buna göre, elektrik iletim direkleri de maddede belirtilen imal olunan şey kapsamında olduğundan, elektrik iletim direklerinin sahibi bu tesisin korunmasından, bu bağlamda bakım eksikliğinden doğan zarardan kusursuz olarak sorumludur. Bunun yanında; TBK'nun 51/1. (BK'nun 43/1) maddesinde; "Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler." hükmü getirilmiştir. Buna göre; zararın kapsamının tayininde, zarar görenlerin de zararın meydana gelmesinde kusurunun olup olmadığının araştırılıp, tartışılması gerekir. Zira; TBK'nın 52/1. (BK m 44/1) maddesi gereğince; zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş, yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hakim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir..."* (Lexpera).

[204] Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (n 180) 36.

[205] Deschenaux and Tercier (n 78) 57; Antalya (n 118) N 1288, s 305; Becker (n 96) 271; Akıncı (n 73) 140.

[206] Eren, *Borçlar Hukuku* (n 71) N 2396, s 866; Deschenaux and Tercier (n 78) 57; Antalya (n 118) N 1288, s 305.

[207] Eren, *Borçlar Hukuku* (n 71) N 2396, s 866; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (n 86) N 5.66, s 523; Antalya (n 118) N 1287, s 305; Deschenaux and Tercier (n 78) 57; Akıncı (n 73) 140. Yargıtay 3 HD, 4684/12358, 24.09.2014, *"...Davalı tarafın iddia ettiği gibi sahte belge ile satışı yapan dava dışı 3.kişinin bu konuda birçok sabıkasının olması olayın profesyonel dolandırıcılık şeklinde gerçekleşirilmiş olması davalının kusurunu ortadan kaldırıcı nitelikte değildir. Bununla birlikte oto alım satım işi ile uğraşan davacının kasko değeri 24.300 TL olan aracı tanımadığı birisinden peşin ve nakit olarak 19.500 TL'ye satın alan ve bu durumdan kuşkulanmayan davacının bölüşük kusurunun da bulunduğunu kabul etmek gerekir. Ancak davacının bölüşük kusuru resmi işlem yapma görevini üstlenmiş olan davalının daha fazla bilgi ve tecrübeye sahip olması nedeni ile daha üst düzeyde dikkat ve özen görevi vardır. Bu nedenle davacının bölüşük kusuru davalı noterin sorumluluğu yönünden illiyet bağını kesecek nitelikte değildir. Bu durum Türk Borçlar kanunu 51 ve 52 (818 sayılı Borçlar Kanunu 43 ve 44) maddesi gereği indirim nedeni kabul edilmiş ve takdiren gerçek satış olan 19.500 TL ile kasko değeri olan 22.400 TL arasındaki 4.800 TL değerindeki fark davacının bölüşük kusuru karşılığı davacının talep etmiş olduğu 19.500 TL'den indirilerek 14.700 TL'nin davacının araç satış tarihi aynı zamanda bedeli iade tarihi olan 22.10.2012 tarihinden itibaren davanın niteliği dikkate alınarak yasal faiz işletilmek suretiyle..." gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne..."* (Lexpera).

fiili arasındaki illiyet bağını ne derece kestiği göz önünde bulundurulacaktır[208]. Dolayısıyla, zarar görenin kusuru, zarara sebep olan kimsenin kısmen sorumluluktan kurtulmasını sağlayacaktır[209]. Böyle bir durumda, kusur konusunda gerçekleştirilecek olan değerlendirme, nedensellik bağının kurulmasından sonraki bir süreçte ele alınacaktır[210].

C. Zarar Görenin Kusurunun İcra İflas Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Özel Görünüm Arz Ettiği Hal Üzerine Değerlendirmeler

Üçüncü kişilerin kendilerine tanınmış olan şikâyet imkanına müracaat ederek icra iflas dairesi görevlileri tarafından gerçekleştirilmiş olan kusurlu fiiller neticesinde meydana gelen zararların doğumuna engel olmaması aynı zamanda zarar görenin zararın doğumuna engel olmak ya da zararı arttırmamak için elinden gelen bütün tedbirleri almış olması şeklinde ifade edilen genel tazminat hukuku prensibine aykırılık teşkil edecektir[211]. *Yargıtay tarafından verilen kararlarda* da ifade edildiği üzere, İcra ve İflas Kanunu m 5 gereğince açılacak olan tazminat davalarında genel tazminat hukukunda söz konusu olan zarar görenin zararı önlemek veya azaltmak için kendisinden beklenilebilecek bütün işlemleri yapmış olması gerekmektedir[212]. Bu sebeple gerek Yargıtay kararlarında ve gerekse de icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun gerçekleştiği bir durumda zarar görenin icra iflas dairesi görevlisinin kusurlu işlemini iptal ettirme imkanını kullanmaması TBK m 52 (eBK m 44; OR Art 44) hükmünde düzenlenmekte olan "*zarar görenin kusuru (müterafik kusur)*" meselesini gündeme getireceği ifade edilmektedir[213]. Bu kapsamda, zarar görenin zararın doğmasına katkıda bulunması ya da zararın artmasına engel olabilecekken alması gereken tedbirleri almaması durumunda, onun bu davranışı kusurlu bir davranış olarak kabul edilecek ve zarar görenin kusuru bakımından kanun koyucu tarafından öngörülen esaslara riayet edilmesi gerekecektir[214].

İİK m 5 uyarınca icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun söz konusu olduğu durumlarda, zarar görenin kusurlu işlemi iptal ettirme imkânını kullanmaması zarar görenin kusurunun icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu kapsamında özel görünüm arz eden bir hal olarak ifade edilebilecektir. Zira, *doktrinde* ve *Yargıtay kararlarında* zarar görenin şikâyet yoluna müracaat

208 Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (n 180) 37.

209 İbid 40; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (n 86) N 5.66, s 523

210 Eren, *İlliyet Bağı* (n 118) 196-197.

211 Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 100.

212 Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı için bkz Yargıtay 11 HD, 2016/9008, 19.3.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

213 Türk hukukunda bu görüşte olan yazarlar için bkz Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41; Belgesay, *İcra ve İflas* (n 24) 54; Belgesay, *Şerh* (n 24) 11; Reşit (n 24) 11; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 112-113; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 37; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 258; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 100; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 84.

214 Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (n 86) N 5.61, s 521.

ederek hukuka aykırı işlemi iptal ettirme imkânını kullanmaması durumunda zarar görenin kusurunun söz konusu olduğu kabul edilmektedir[215].

TBK m 52 uyarınca, zarar görenin kusuru bakımından zarar gören ya hareket tarzı ile zararın doğumuna sebep olur ya da diğer tarafın meydana getirdiği zararın artmasına yol açar. Bu doğrultuda, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle zarar görenin kusurunun söz konusu olması durumunda, "*zararın doğumuna sebep olma*" ya da "*zararın artmasına yol açma*" hallerinden hangisinin söz konusu olacağı sorusu akla gelebilecektir. *Kanaatimizce* böyle bir durumun gerçekleşmesi ihtimalinde somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılması gerekecektir. Hâkim halin icaplarını ve olayın mahiyetini göz önünde bulundurarak bir tespitte bulunacaktır. Buna göre örneğin, icra iflas dairesi görevlisinin kusurlu işlemi süresiz şikâyete tabi bir işlem ise, zarar gören, işlemin iptalini takibin devamı boyunca süresiz bir şekilde icra mahkemesinden isteyerek bu yola müracaat etmemiş ve buna karşılık İİK m 5 uyarınca tazminat davası açmış ise zararın artmasına yol açması sebebiyle TBK m 52 uyarınca zarar görenin kusuru söz konusu olacaktır[216]. Ya da icra dairesi hatalı bir şekilde, bir malı üçüncü bir kişinin borcu için haczettiği takdirde, mal sahibinin itiraz etmeyerek malın açık arttırmayla satılmasına izin vermesi üzerine sonradan meydana gelen zararı istemesi zararın artmasına engel olmama hali çerçevesinde değerlendirilebilecektir[217].

İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu kapsamında, zarar görenin kusurlu işlemi şikâyet yoluna götürerek iptal ettirmemesi üzerine kendisinin de müterafik kusurlu sayılacağı[218] şeklindeki tespit temelde zarar görenin şikâyet etmek suretiyle işlemi mutlak bir şekilde iptal ettirebileceği ve böylelikle kendisinin de zararın doğumuna kesin bir şekilde engel olacağı faraziyesine dayanmaktadır. Zira, icra iflas dairesi görevlisinin işlemi üzerine zarar gören ve fakat bu işlem şikâyet yoluna götürmeyerek iptal ettirme yolunu tercih ettirmeyen kişiye sonradan İİK m 5 uyarınca tazminat davası açmak istediğinde bunun mümkün olup olmadığı değerlendirirken; "*şikâyet yoluna başvursaydı işlemi iptal ettirebilecekti*" şeklinde bir savunma ileri sürmek aslında kusurlu işlemin iptal edileceği konusunda bir faraziyede bulunmak anlamına gelecektir.

---

[215] Doktrinde bu ihtimalde zarar görenin kusurunun söz konusu olduğunu kabul eden yazarlar için bkz Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41; Belgesay, *İcra ve İflas* (n 24) 54; Belgesay, *Şerh* (n 24) 11; Reşit (n 24) 11; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 112-113; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 37; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 258; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 100; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 84.

[216] Demir Saldırım (n 7) 83. Doktrinde icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunda müterafik kusurun varlığına ilişkin olarak verilebilecek bir diğer örnek, sıra cetveline itiraz konusundadır. Buna göre, icra iflas dairesi görevlisinin sıra cetvelini hatalı bir şekilde düzenlemiş olması durumunda, sıra cetvelinde alacağına yer verilmemiş olan kimse bu sebeple alacağını alamaması üzerine İİK m 5 uyarınca tazminat davası açtığı takdirde, süresinde sıra cetveline itiraz etmemekle kendisi de müterafik kusurlu sayılmaktadır. Bkz Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 258; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 112-113; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 37.

[217] von Tuhr (n 175) 102-103.

[218] Türk hukukunda bu görüşte olan yazarlar için bkz Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41; Belgesay, *İcra ve İflas* (n 24) 54; Belgesay, *Şerh* (n 24) 11; Reşit (n 24) 11; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 112-113; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 37; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 258; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 100; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 84.

Görüldüğü üzere, icra iflas dairesi görevlisinin kusurlu işlemine karşılık şikâyet yoluna müracaat etmeyerek zararın doğumuna engel olmayan üçüncü kişinin bu davranışı üzerine kendisinin de kusurlu sayılacağını ifade etmek temelde kurulan bu farazi illiyetin bir sonucudur[219]. Zira böyle bir durumda, şikâyet yoluna müracaat etmemesi sebebiyle zarar görenin kendisi kusurlu sayılmakta; böylelikle şikâyet etseydi işlemin iptal edileceği konusundaki faraziyeye dayanılarak zarar görenin de kusurlu olacağı sonucuna varılmaktadır[220]. Bununla birlikte, farazi illiyetin[221] söz konusu olduğu bu tarz bir durumda, *kanaatimizce,* zarar gören kişinin icra iflas dairesi görevlisinin meydana getirdiği zararın oluşumunda kendisinin de kusurlu olacağının kabul edilebilmesi için sadece şikâyet yoluna müracaat etmiş olması yeterli kabul edilmemeli ve aynı zamanda şikâyet yoluna müracaat edilseydi[222] işlemin iptalini kesin olarak sonuçlayacağı konusunda da kesin bir kanaatin var olması gerekmektedir[223,224]. Aksi takdirde, zarar görenin şikâyet etmemek suretiyle hukuka aykırı nitelikteki ihmali davranışının icra iflas dairesi görevlilerinin sebep oldukları zararlar bakımından illiyet bağı oluşturmayacağı düşünülebilecektir[225]. Buna karşılık, icra iflas dairesi görevlilerinin kusurlu davranışı neticesinde zarar gören üçüncü kişinin işlemi şikâyet yoluna müracaat etmesi ihtimalinde kesinlikle iptal

[219] Burada icra iflas dairesi görevlilerinin İİK m 5 anlamında sorumluluklarını sonuçlayacak kusurlu eylem veya işlemlerinin aslında zarar gören kimse tarafından şikâyet yolu ile bertaraf edilebileceği ileri sürülmekle farazi illiyet kabul edilmektedir. Bununla benzer bir durum olarak, avukatın dava açma süresini kaçırması durumunda, avukat aleyhine açılacak olan tazminat davasında süre kaçırılmış olmasaydı dahi davanın kaybedilebileceği şeklinde bir itirazın dinlenebilip dinlenemeyeceği tartışması örnek olarak ifade edilebilecektir. Görüldüğü üzere aslında burada söz konusu olan hukuka aykırı nitelikte bir ihmali davranış ile zarar arasında illiyet bağının mevcut olup olmayacağı meselesidir (Haluk Nami Nomer, 'Farazi İlliyet Problemi' (1995-1996) 55 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 413-414).

[220] Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41; Belgesay, *İcra ve İflas* (n 24) 54; Belgesay, *Şerh* (n 24) 11; Reşit (n 24) 11; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 112-113; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 37; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 258; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 100; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 84.

[221] Farazi illiyet bakımından bkz Nomer, *Farazi İlliyet* (n 219) 417.

[222] Zarar görenin şikayetine rağmen icra iflas dairesi görevlisinin kusurlu fiillerinin iptal edilememesi durumunda bunun İİK m 5 uyarınca açılacak olan tazminat davasına etkisi konusunda doktrinde ileri sürülen bir görüş mevcuttur. Zira, bu kapsamda doktrinde, *Yıldırım/Deren-Yıldırım*'ın ileri sürdüğü görüş uyarınca, icra iflas dairesi görevlilerinin filleri sebebiyle ancak zarar gören kimselerin zararı asgariye indirme ödevleri uyarınca süresi içerisinde şikâyet müessesesine başvurulmuş olmaları halinde bile telafi edilemeyecek olan zararlar için İİK m 5 uyarınca hukuki sorumluluk yolunun işletilebileceği ifade edilmektedir (Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44).

[223] Doktrinde ifade edildiği üzere, farazi illiyet bahsinde, farazi sebebin ortaya çıkan zararın meydana gelmesini sağlama ihtimalinin çok yüksek olması gerektiği ifade edilmektedir (Nomer, *Farazi İlliyet* (n 219) 417).

[224] Diğer bir deyişle, icra iflas dairesi görevlisinin işlemi üzerine zarar gören ve fakat bu işlem şikâyet yoluna götürmeyerek iptal ettirme yolunu tercih ettirmeyen kişiye sonradan İİK m 5 uyarınca tazminat davası açmak istediğinde bunun mümkün olup olmadığı değerlendirilirken; zarar görene karşı "*şikâyet yoluna başvursaydı işlemi iptal ettirebilecekti*" şeklinde bir savunma ileri sürmek aslında kusurlu işlemin iptal edileceği konusunda bir faraziyeye dayanmak anlamına gelecektir. Böyle bir durumda, şikâyet yoluna müracaat etmemesi sebebiyle zarar gören üçüncü kişinin kendisi de kusurlu sayılmakta; böylelikle şikâyet etseydi işlemin iptal edileceği konusundaki farazi illiyet bağına dayanarak bir sonuca varılmaktadır. Bu sebeple, farazi illiyet meselesinde kabul edildiği üzere icra iflas dairesi görevlisinin hukuki sorumluluğu bakımından tazminat davası açmak isteyen kişiyi zarar görenin kusuru hükümleri kapsamında değerlendirebilmek için sadece şikâyet yoluna müracaat etmiş olması yeterli kabul etmemeli aynı zamanda şikâyet üzerine icra mahkemesi tarafından işlemin iptal edileceğine de kesin gözüyle bakılabilmelidir. Zira, aksi takdirde, icra iflas dairesi görevlisinin kusurlu fiilleri sebebiyle üçüncü kişinin şikâyet yoluna müracaat etmesi ile işlemin iptal edilip edilmeyeceği hususunun kesin olarak bilinemeyeceği ileri sürülerek, zarar görenin şikayetine rağmen icra iflas dairesi görevlisinin kusurlu fiillerinin iptal edilerek bertaraf edilemeyebileceği şeklinde bir savunma ileri sürülebilecektir. Bu sebeple, icra iflas dairesi görevlilerinin sorumluluğunu gerektiren eylem veya işlem şikâyet yoluna müracaat edildiğinde iptal edilebileceği konusunda kesin bir kanaati uyandırdığında, müterafik kusurun mevcudiyeti kabul edilerek buna ilişkin TBK m 52 hükmünün icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun bulunduğu bir ihtimalde uygulanması söz konusu olabilecektir.

[225] Benzer açıklamalar için bkz Nomer, *Farazi İlliyet* (n 219) 413-414.

ettirebileceği ve zararın meydana gelmesine (ya da artmasına) engel olunabileceği anlaşılmaktaysa zarar görenin kusurunun söz konusu olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmayacaktır.

İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun söz konusu olduğu bir durumda, Türk hukukunda doktrinde tartışılabilecek bir husus icra iflas dairesi görevlilerinin kusurlu fiilleri sebebiyle zarara uğrayan üçüncü kişilerin zarar sebep olan işlemi ortadan kaldırma imkânı bulunmaktayken bu yola başvurmayarak İİK m 5 uyarınca hukuki sorumluluk hakkındaki esaslar uyarınca devlet aleyhine tazminat davası açılmasını talep etmelerinin mümkün olup olmayacağı meselesine ilişkindir. Zira, zarar görenin kusurunun bulunması illiyet bağını kesen sebeplerden birisi olarak düzenlenmiş olması dolayısıyla, Türk hukukunda *doktrinde,* zarar görenin kusurunun icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğuna etkisinin ne şekilde olacağı konusunun ele alınması gerekmektedir.

V. İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğunu Gerektiren Hallerde Zarar Görenin Kusurlu İşlemi İptal Ettirme İmkânını Kullanmamasının Açılacak Olan Tazminat Davasına Etkisi Üzerine Değerlendirmeler

A. Genel Olarak

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m 5 uyarınca, icra ve iflas dairesi görevlilerinin kusurlu fiilleri sebebiyle sorumluluğunun doğması halinde, aynı zamanda zarar görenin zararın meydana gelmesini önlemek, kaçınmak veya zararın miktarını azaltma imkânı bulunmakla birlikte; bunun için elinde olan imkanları kullanmayarak gerekli yollara başvurmamış olmasının[226] (diğer bir ifadeyle zarar görenin kusurunun mevcut olmasının) neticesinin ne olacağı konusunda *doktrinde* birbirinden farklı görüşler ileri sürülmektedir.

İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunu gerektiren hallerde zarar görenin kusurlu işlemi iptal ettirme imkanını kullanmamasının etkisi konusunda doktrinde ileri sürülen görüşleri şu şekilde ifade etmek mümkündür. Doktrinde ileri sürülen *bir görüşe göre,* zarar görenin kusurunun var olması durumunda zarara sebep olan icra iflas dairesi görevlilerinin kusurlu fiillerine rağmen devlet aleyhine tazminat davası açılamayacaktır[227]. Doktrinde ileri sürülen *ikinci bir görüşe göre*, zarara sebep olan icra iflas dairesi görevlisine karşı dava açılabilmekle birlikte icra iflas dairesi görevlilerinin meydana getirdiği zarar miktarından indirim yapılabilecektir[228].

---

[226] Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41.

[227] Doktrinde bu görüşteki yazarlar için bkz Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 45; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 100; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 258; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 112-113; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 37.

[228] Muşul, *Cilt 1* (n 12) 84.

Doktrinde ileri sürülen *üçüncü bir görüşe göre* ise, zarar veren icra iflas dairesi görevlisinin sorumluluğunun hâkim tarafından azaltılabilir veya kaldırılabilir olduğu hususuna göre mahkemece bir karar verilebileceği şeklindedir[229].

Türk hukukunda icra iflas dairesi görevlilerinin kusurlu eylem veya işlemleri aleyhinde, zarara uğrayan kimsenin söz konusu işlemi bertaraf etme (mesela, iptal etme) imkânı var iken bu yola başvurmamış olmasının etkisinin ne şekilde olacağı konusunda doktrinde ileri sürülen görüşleri aşağıdaki şekilde ifade etmek mümkündür.

B. İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğunu Gerektiren Hallerde Zarar Görenin Kusurlu İşlemi İptal Ettirme İmkanını Kullanmaması Konusunda Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

1. Zarar Görenin Kusurunun Var Olması Durumunda Zarara Sebep Olan İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Kusurlu Fiillerine Rağmen Devlet Aleyhine Tazminat Davası Açılamayacağını İleri Süren Görüş

İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunu gerektiren hallerde zarar görenin kusurlu işlemi iptal ettirme imkanını kullanmaması durumunda, zarar görenin, zarara sebep olan icra iflas dairesi görevlisinin işlemleri sebebiyle meydana gelen zararların giderilmesi amacıyla devlet (Adalet Bakanlığı) aleyhine tazminat davası açma imkanını yitireceği şeklindedir[230].

Zarar görenin kusurunun söz konusu olduğu bu ihtimalde, zarara sebep olan icra iflas dairesi görevlisinin işlemi sebebiyle tazminat davası açma hakkının yitirileceğini savunan yazarlardan *Postacıoğlu/Altay'ın* ileri sürdüğü görüşe göre, İcra ve İflas Kanunu m 5 uyarınca icra iflas dairesi görevlilerinin kusuru doğrudan doğruya devletin hukuki sorumluluğunu gündeme getireceğinden burada söz konusu olan icra memurunun kusuru bakımından devletin sorumluluğu ilkesinin unutulmaması gerektiği, bu sebeple de, icra memurunun faaliyetini denetlemek için şikayet kurumu mevcut iken meydana gelen zararların tazmini bakımından öngörülen kanuni imkan işletilmeksizin devletin sorumluluğu yoluna gidilmesi olanağının zarar görenlerce elde tutulmasının iyiniyet kurallarıyla bağdaşmayacağı şeklindedir[231]. Bu kapsamda, *Postacıoğlu/Altay* tarafından, devletin sorumluluğu ilkesinin memurun sorumluluğunun üzerinde olduğu kabul edilerek şikâyet imkanını kullanmayan kişinin memurun sorumluluğunu işletme imkanının olmadığı sonucuna varılacağına ilişkindir[232].

---

229 Doktrinde bu görüşteki yazarlar için bkz Belgesay, *Şerh* (n 24) 11; Reşit (n 24) 11.

230 Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 100; Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44: Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 258: Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 37: Uyar, *İİK m 5* (n 13) 112-113. Aksi yönde bkz Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 45.

231 Postacıoğlu ve Altay, *İcra* (n 13) 45.

232 İbid 45.

Doktrinde bu görüşteki *Kuru* ise, zarar görenin genel tazminat hukukundaki gibi[233] zararı azaltmak veya önlemek için, kendisinden beklenilen şekilde davranması gerektiği[234], bu kapsamda; zararı önleme imkanını şikâyet müessesesine müracaat etmek suretiyle kullanmayan zarar görenin, meydana gelen zararı gidermek üzere icra iflas dairesi görevlisine karşı tazminat davası açma hakkının olmayacağını ifade etmektedir[235].

Doktrinde *Uyar'*ın görüşüne göre, zarar görenin icra iflas dairesi görevlilerinin kusurlu işlemleri hakkında şikâyet yoluna başvurmak suretiyle işlemi iptal ettirmemesi zarar görenin kusuru sayılacaktır[236]. Bu kapsamda, doktrinde *Uyar*, zarar görenin şikâyet yoluna müracaat ederek işlemi iptal ettirmemesi üzerine, İcra ve İflas Kanunu m 5 uyarınca tazminat davası açma imkanını kaybedeceğini kabul etmenin yerinde olacağını savunmaktadır[237]. Bu görüşü kapsamında, *Uyar*, örnek olarak sıra cetvelinde alacağına yer verilmeyen kimsenin usulüne uygun olarak tebliğ edilen sıra cetveline karşı itiraz etmemesi sebebiyle kendisinin de kusurlu olacağını ve hatalı sıra cetveli düzenleyen icra müdürünün kusurlu davranışı sebebiyle açılacak olan tazminat davasının reddedileceğini ileri sürmektedir[238].

2. Zarara Sebep Olan İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Meydana Getirdiği Zarar Miktarından İndirim Yapılabileceğini İleri Süren Görüş

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüş ise, icra ve iflas dairesi görevlilerinin sorumluluğunu gerektiren bir durumda, zarar görenin zarara sebep olan duruma engel olma imkanını kullanmaması halinde, İİK m 5 uyarınca sorumluluğu gündeme gelen icra iflas dairesi görevlisinin sebep olduğu zarar miktarından indirim yapılabileceğine ilişkindir[239].

Doktrinde zarar görenin kusurunun bulunduğu bu ihtimalde sadece indirim yapılabileceğini ifade eden bu görüşü savunan *Muşul*, İcra ve İflas Kanunu m 5 hükmü uyarınca, devlete diğer bir deyişle, Adalet Bakanlığına karşı tazminat davası açan zarar gören kimsenin, sorumluluğu söz konusu olan icra ve iflas dairesi görevlisinin hatalı fiilleri sebebiyle zararın doğumunda müterafik kusurunun bulunması durumunda, hâkim tarafından zarar miktarından TBK m 52/f 1 uyarınca uygun bir indirime hükmedileceğini ileri sürmektedir[240].

---

233 Bkz 818 sayılı Borçlar Kanunu (eBK) m 44; 6098 Türk Borçlar Kanunu (TBK) m 52. Karş.: OR Art 44. Karş: BGB § 254, BGB § 846. BGB § 254 için bkz https://dejure.org/gesetze/BGB/254.html (Çevrimiçi: 26.4.2020). Ayrıca bkz Reiner Schulze, *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar* (10 Aufl, Nomos Kommentar 2019). (https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FSchDoeEbeKoBGB_10%2FBGB%2Fcont%2FSchDoeEbeKoBGB%2EBGB%2Ep254%2Ehtm Çevrimiçi: 7.12.2019).

234 Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 100.

235 İbid 100.

236 Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 258; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 112-113; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 37.

237 Uyar, *İİK m 5* (n 13) 112-113; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 37; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 258.

238 Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 37; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 258; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 112-113.

239 Bu görüşteki yazar için bkz Muşul, *Cilt 1* (n 12) 84.

240 İbid 84.

3. Zarar Veren İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Sorumluluğunun Hâkim Tarafından Azaltılabilir veya Kaldırılabilir Olduğunu İleri Süren Görüş

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüş; zarar veren memurun sorumluluğunun yargılamayı gerçekleştiren hâkim tarafından azaltılabileceği veya kaldırılabileceğine ilişkindir[241].

Doktrinde bu görüşü savunan *Belgesay,* zarar veren icra memurunun kusuru ile davacının şahsi kusurunun birleşmesi veya zararın icra memurunun şahsi kusuruyla hizmet kusurunun birleşmesi durumunda, hâkim tarafından, zarara sebep olan icra ve iflas dairesi görevlisinin sorumluluğunun azaltılabileceği veya kaldırılabileceğini ileri sürmektedir[242].

Yine aynı görüşü savunan *Reşit* tarafından, zararın gerçekleşmesinde veya artmasında, zarar görenin de şahsi bir kusuru söz konusu olmuşsa, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu m 44'ün (TBK m 52'nin) uygulanacağı böylelikle, zararını azaltmak veya bundan kurtulmak imkanına sahipken bu yola müracaat etmemiş olan zarar görenin kusurunun varlığı gözetilerek hakim tarafından zarara sebep olan icra memurunun zararın sadece bir kısmından mesul olması veya duruma göre tamamından sorumlu olmaktan kurtarılmasına karar verilebileceği ifade edilmektedir[243].

C. Yargıtay'ın İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğunu Gerektiren Hallerde Zarar Görenin Kusurlu İşlemi İptal Ettirme İmkanını Kullanmaması Konusundaki Yaklaşımı

Yargıtay'ın bir kısım içtihatlarına göre*,* İcra İflas Kanunu m 5'te öngörülen icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle açılacak olan tazminat davalarında, genel tazminat hukukunda olduğu gibi, zarar görenin zararı önlemek veya azaltmak amacıyla kendisinden beklenebilecek olan işlemleri yapmış olması gerekmektedir[244]. Bu sebeple, Yargıtay kararlarında, şikâyet müessesesine müracaat etmeyerek ya da geç müracaat ederek zarara engel olmak imkanını kullanmayan diğer bir deyişle, zararı doğuran hukuka aykırı işleme karşı şikâyet yoluna zamanında başvurmayan kişinin, icra iflas dairesi görevlisinin işlemleri hakkında hukuki sorumluluk sebebiyle tazminat davası açma hakkı bulunmayacağı ifade edilmektedir. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir:

---

241 Bu görüşteki yazarlar için bkz Belgesay, *Şerh* (n 24) 11; Reşit (n 24) 11.

242 Belgesay, *Şerh* (n 24) 11.

243 Reşit (n 24) 11. Türk hukuk doktrininde, bu görüşü savunan *Reşit* bu hususta aynen şu ifadelere yer vermiştir: "*Zararın gelmesinde veya çoğalmasında, mutazarrırın şahsi bir kusuru inzimam etmiş ise, borçlar kanununun 44'üncü maddesi kabili tatbiktir. Bilhassa Jager in aldığı bir misale göre, zarara maruz kalmış olan kimse, kanuni müddet içinde icra reisine şikâyet ederek icra memurunun muamelesini tashih, bu suretle zararını tahfif veya bundan kurtulmak imkânı var iken bu tarika müracaat etmemiş ise, hâkim icra memurunu zararın yalnız bir kısmından mes'ul ve hatta, icabına göre, bu mes'uliyetini büsbütün refedebilir."* (Reşit (n 24) 11).

244 Yargıtay'ın 4 HD, 4638/192 18.01.2018 kararında, yedieminin kusurlu olduğu iddiasını İİK m 5 uyarınca devlet (Adalet Bakanlığı) aleyhine tazminat davası açılmasına engel teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir. Bu doğrultuda, icra dosyası ile tapu kayıtlarını incelemenin ortak kusur olarak değerlendirilebileceği öne sürülmektedir (YKD 2018/9, s 2121 Nomer, *Borçlar Hukuku* (n 77) 187, dn 621).

"*...Dava, gemi üzerine konulan haksız ihtiyati haciz sebebiyle uğranılan zararın tazmini istemine dair olup, işbu dava Adalet Bakanlığı aleyhine İİK'nın 5 maddesi gereğince, icra ve iflas idaresi görevlilerinin kusuruna dayalı olarak açılmıştır. (...) Oysa, İİK'nın 5 maddesi gereğince açılacak tazminat davalarında da, genel tazminat hukukunda olduğu gibi, zarar görenin zararı önlemek veya azaltmak için kendisinden beklenebilecek olan işlemleri yapmış bulunması gerekir. Özellikle, şikayet yoluna başvurmayarak veya geç başvurarak zararı önleme imkanını kullanmayan, yani zararı doğuran hukuka aykırı işlem için şikayet yoluna zamanında başvurmayan kişinin icra müdürlüğünün işlemleri sebebiyle tazminat davası açma hakkı yoktur. Dosya kapsamından, Karşıyaka Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2012/182 D.iş sayılı dosyasında dava dışı L... şirketi aleyhine verilen 27.07.2012 tarihli ihtiyati haciz kararının hüküm fıkrasının Karşıya 3. İcra Müdürlüğü tarafından Aliağa İcra Müdürlüğü'ne yazılan talimata eksik olarak yazıldığı, aynı gün Aliağa İcra Müdürlüğü'nün 2012/593 talimat sayılı dosyası üzerinde eksik talimata binaen davaya konu gemi üzerine ihtiyati haciz kararının uygulandığı, davacı tarafından Karşıya 3. İcra Müdürlüğü'nün eksik olan talimatına karşı hemen şikayet yoluna başvurması mümkün iken 28.08.2012 tarihinde Karşıyaka İcra Hukuk Mahkemesi nezdinde şikayet yoluna başvurduğu, Karşıyaka 1. İcra Hukuk Mahkemesi'nin 13.09.2012 tarihli 2012/387 esas ve 2012/415 karar sayılı ilamı ile şikayetin kabulüne ve talimatın düzeltilmesine karar verildiği, ancak 13.09.2012 tarihinde alacaklı tarafından ihtiyati haczi tamamlayan merasimlerin yapılmaması üzerine ihtiyati haciz kararının kendiliğinden mürtefi olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, zamanında şikâyet yoluna başvurmayarak zararın artmasına kendi kusuruyla sebep olan davacının İİK'nın 5 maddesi gereğince işbu davayı açması mümkün değildir..."*[245].

Yargıtay'ın icra iflas dairesi görevlilerinin hatalı işlemlerini şikâyet yoluna götürmeyen kimselerin kendilerinin de müterafik kusurlu sayılacaklarını ifade ederek dava açamayacaklarına hükmettiği kararları mevcutsa da kimi durumlarda da şikâyet yoluna müracaat etmeyerek işlemi iptal ettirmeyen üçüncü kişilerin -*müterafik kusurlu olduklarının göz önünde bulundurularak*- meydana gelen zarardan "*indirim yapılmasının*" gerektiğini ifade eden kararları da bulunmaktadır.

"*Dava, icra müdürünün hatalı işlemi sebebiyle tahsil edilemeyen icra alacağından kaynaklanan zararın ödetilmesi istemine ilişkindir. Davaya konu icra dosyası incelendiğinde, takip alacaklısı olan davacının gerek takip sürecinde gerekse haciz ihbarları sırasında diğer bir ifadeyle alacağın doğduğu anda borcun tahsili konusunda yapılması gerekli haciz, istihkak vs, gibi yasal yollara müracaat etmediği diğer taraftan dosya hesabının yanlış çıkarılması işlemine karşı şikâyet yoluna da başvurmadığı anlaşılmaktadır. Şu halde zararın doğumunda davacının bölüşük (müterafik) kusurunun bulunduğu gözetilerek zarar miktarından uygun bir indirim yapılmamış olması, diğer yandan icra takibinin halen devam ettiği gözetilerek borcun icra dosyasında tahsil edilebilme durumu sebebiyle mükerrer ödemeye sebebiyet vermemek için verilecek kararın hüküm kısmında "tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla" ifadesinin yazılmamış olması doğru görülmemiştir.*"[246].

[245] Yargıtay 11 HD, 9008/2060, 19.03.2018 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

[246] Yargıtay 4 HD, E. 8772/10378, 12.10.2011 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Görüldüğü üzere, Yargıtay bir kısım kararlarında, şikâyet yoluna başvurulmamasına karşılık tazminat davası açılabileceğini içtihat etmektedir[247]. Böyle bir ihtimalde açılacak olan tazminat davasında zarar görenin kusurunun varlığı gözetilerek indirim yapılabileceği hükme bağlanmaktadır.

D. Değerlendirme ve Görüşümüz

Türk Hukukunda doktrinde ve Yargıtay kararlarında şikâyet yoluna başvurmayarak işlemi iptal ettirmeyen üçüncü kişi meydana gelen zararlı davranışın doğumuna engel olmamakla müterafik kusurlu olarak ifade edilmektedir[248]. Zarar görenin kusuru şeklindeki üst kavram kapsamında, "*birlikte kusur*" ve "*zararı arttırmama külfeti*" olmak üzere bir ayrım yapılmaktadır[249]. Bu doğrultuda, *kanaatimizce* de icra iflas dairesi görevlilerinin kusurlu işlemlerinin mevcudiyetinde zararı söz konusu olan üçüncü kişilerin şikâyet yoluna başvurmaması TBK m 52 (eBK m 44; OR Art 44 Abs 1) sebebiyle müterafik kusurunun söz konusu olacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır[250]. Zira, üçüncü kişi şikâyet yoluna başvurmak suretiyle icra iflas dairesi görevlisinin kusurlu işlemini iptal ettirerek zararın doğumuna engel olabilecektir. Bu sebeple de kendi zararının doğumunu sonuçlayacak işlemi şikâyet yolu ile iptal ettirerek ortadan kaldırmayan üçüncü kişinin eylemsiz kalmak suretiyle gösterdiği bu tutum aynı zamanda kendisinin de kusurlu olması sonucunu doğuracaktır[251]. Benzer şekilde, şikâyet yoluna başvurmayarak zararın artmasına kendi kusuruyla sebep olan kişinin, zararı arttırmama külfetine aykırı davrandığı göz önünde bulundurularak müterafik kusurunun söz konusu olduğu da ifade edilebilecektir.

İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu yoluna gidilebilecek bir ihtimalde, zarar görenin kusurlu işlemi iptal ettirme imkânını kullanmaması zarar görenin kusuru olarak kabul edildiğine göre *kanaatimizce* burada zarar görenin

---

247 Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "*...Dava İcra takibi sonucu satılan taşınmazı satın alan davacının anılan taşınmazlarla ilgili açılan ihalenin feshi davasının satışı yapan Akyurt İcra Müdürünün kusurlu davranışı nedeniyle kabul edilmesi sonucu yatırdığı ihale bedeli ve masrafları geç alması ve bir kısmını da hiç almaması nedeniyle zarara uğradığı iddiasına dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. -Davalı cevabında, davacının zararını kanıtlaması gerektiğini, ihale bedelini geri aldığını ifade eden davacının yatırmış olduğu damga vergisi, tellaliye bedeli ve dosya masraflarını talep etmesinin yasal dayanağının bulunmadığını, manevi tazminatın bu davada uygulama yeri bulunmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur. -Mahkemece, davacının icra müdürünün usulsüz işlemleri nedeniyle İcra Tetkik Merciine şikâyet etme hakkına haiz olduğu, yapılan işlemlerin usulsüz olduğunu bilmesi gerektiği, davacının da kusurlu olduğu, kanunu bilmemenin mazeret sayılmadığı gerekçesiyle istemin reddine karar verilmiştir. Dosya kapsamından davacının Akyurt İcra Müdürlüğünün ..."* (Yargıtay 4 HD, 9470/764, 24.01.2002, Demir Saldırım (n 7) 82, dn 148).

248 Doktrinde bu ihtimalde zarar görenin kusurunun söz konusu olduğunu kabul eden yazarlar için bkz Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41; Belgesay, *İcra ve İflas* (n 24) 54; Belgesay, *Şerh* (n 24) 11; Reşit (n 24) 11; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 112-113; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 37; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 258; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 100; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 84.

249 Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (n 86) N 5.61, s 521. Ayrıca bkz Tunçomağ, *Genel Hükümler C I* (n 86) 484-490.

250 Bkz yuk IV, A ve C.

251 Türk hukukunda bu görüşte olan yazarlar için bkz Üstündağ, *İcra Hukuku* (n 13) 41; Belgesay, *İcra ve İflas* (n 24) 54; Belgesay, *Şerh* (n 24) 11; Reşit (n 24) 11; Uyar, *İİK m 5* (n 13) 112-113; Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 37; Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 258; Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 100; Muşul, *Cilt 1* (n 12) 84.

kusurunun düzenlendiği TBK m 52'deki (eBK m 44) esaslara riayet edilmesi gerekecektir[252].

Türk Borçlar Kanunu m 52/f 1 hükmü, zarar görenin kusurunun söz konusu olduğu durumlarda, hâkim tarafından tazminattan indirim yapabileceği gibi zarar vereni zarardan sorumlu tutmayarak tazminatın tamamen kaldırılmasına da hükmedilebileceğini ifade etmektedir[253]. Bu sebeple, *kanaatimizce*, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun söz konusu olduğu bir durumda, zarar görenin kusurun mevcudiyeti halinde, TBK m 52'de öngörülen şekilde zarar veren memurun sorumluluğunun yargılamayı gerçekleştiren hâkim tarafından dava açma imkanının kaldırılabileceğinin kabul edilmesinin yanında tazminattan indirim imkanının da olduğunun kabul edilmesi doğru olacaktır[254].

Bu doğrultuda, hâkim, halin icabını ve somut olayın özelliğini göz önünde bulundurarak zarar görenin kusurunun illiyet bağını kesecek yoğunlukta olup olmadığına göre zarardan indirim yapılmasına veya tazminat davası açılması imkanının söz konusu olmayacağına karar verecektir[255] (TBK m 52/f 1). Bu sebeple, *kanaatimizce*, İcra İflas Kanunu m 5 uyarınca kanun koyucunun öngördüğü devletin sorumluluğu bakımından zarar görenin kusurunun ağırlığının, icra iflas dairesi görevlisinin kusurlu eylem ve işlemleri ile meydana gelen zarar arasındaki uygun illiyet bağının kesilmesine yol açıp açmadığı hususunun somut olay çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Zarar görenin kusuru, eğer ki, uygun illiyet bağını kesebilecek yoğunlukta ve ağırlıkta ise, TBK m 52'te (eBK m 44; OR Art 44 Abs 1) öngörüldüğü üzere, hâkim tazminata hükmetmeme seçeneğini tercih edebilecektir[256]. Böylelikle, zarar gören, İcra İflas Kanunu m 5'te belirtilen şekilde devletin sorumluluğu yoluna giderek devlet aleyhine tazminat davası açamayacaktır[257]. Böyle bir durumun söz konusu olabilmesi, zarar görenin kendi kusurunun, icra iflas dairesi görevlisinin eylem ve işlemleri sebebiyle ortaya çıkan zararın önüne geçecek ağırlıkta olması halinde söz konusu olabilecektir[258].

---

252 TBK m 52 (eBK m 44)'de öngörülen müterafik kusur hakkındaki açıklamalarımız için bkz yuk IV B 1 ve 2.

253 Nomer, *Borçlar Hukuku* (n 77) N 133.1, s 264; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (n 86) N 5.61, s 521; Antalya (n 118) 305. Belirtmek isteriz ki, eBK m 44 hükmünde de paralel bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, birlikte (müterafik) kusurun bulunması durumunda, hâkim ya tazminatı indirebilecek ya da tamamen kaldırabilecektir. BK m 44'teki düzenleme hakkında bkz Tunçomağ, *Genel Hükümler C I* (n 86) 490.

254 Doktrinde aynı zamanda bizim de savunduğumuz görüş olan zarara sebep olan icra iflas dairesi görevlisinin sorumluluğunun hâkim tarafından azaltılabilir veya kaldırılabilir olduğunu ileri süren görüşü savunan yazarlar için bkz Belgesay, *Şerh* (n 24) 11; Reşit (n 24) 11.

255 Deschenaux and Tercier (n 78) 57; Antalya (n 118) N 1288, s 305.

256 Becker (n 96) 271; Akıncı (n 73) 140; Deschenaux and Tercier (n 78) 205.

257 Eren, *Borçlar Hukuku* (n 71) N 2396, s 866; Deschenaux and Tercier (n 78) 57; Antalya (n 118) N 1288, s 305.

258 Antalya (n 118) N 1288, s 305; Deschenaux and Tercier (n 78) 57.

Hal böyle olmakla birlikte, zarar görenin kusuru, her durumda icra iflas dairesi görevlisinin zarara sebep olan kusurlu eylem veya işlemi ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağını kesecek ağırlıkta olmayabilecektir. Zira, zarar ile zarara sebep olan davranış arasındaki illiyet bağının kesildiği sonucuna varılabilmesi için, zarar görenin kusurunun zarara sebep olan kişinin kusurunu arka plana itebilecek ağırlıkta olması gerekmektedir[259]. Zarar görenin kusuru, illiyet bağını kesecek ağırlıkta değilse, bu durumda, hâkim, TBK m 52 (eBK m 44; OR Art 44 Abs 1) uyarınca, bu hususu göz önünde bulundurarak zarar görenin kusurlu olması sebebiyle açılacak olan tazminat davasında indirim yapılmasına hükmedebilecektir[260]. Bu sebeple, *kanaatimizce*, icra iflas dairesi görevlilerinin İİK m 5 uyarınca sorumluluğunun söz konusu olduğu bir ihtimalde, eğer zarar görenin de kusuru söz konusu ise, devlet aleyhine tazminat davası açılabilmeli ve zarar görenin kusurunun tazminat davası açılmasına engel olabilecek ağırlıkta olmadığı dikkate alınarak bu husus tazminat davasında indirim sebebi olarak dikkate alınmalıdır[261].

Bu açıklamalarımız doğrultusunda belirtmek isteriz ki, bazı Yargıtay kararlarında ifade edilen ve doktrinde çoğunluk tarafından savunulan[262], icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunu gerektiren hallerde zarar görenin şikayet yoluna müracaat etmeyerek kusurlu işlemi iptal ettirme imkanını kullanmaması üzerine zarara sebep olan icra iflas dairesi görevlisinin işlemleri sebebiyle meydana gelen zararların giderilmesi amacıyla devlet (Adalet Bakanlığı) aleyhine tazminat davası açma imkânının ortadan kalkacağı şeklindeki görüşe katılmıyoruz. Zira, zarar görenin kusurunun düzenlendiği TBK m 52 hükmünde sadece tazminat sorumluluğunun ortadan kalkacağı ifade edilmemekte; aynı zamanda zarar görenin kusurunun indirim sebebi olabileceği de öngörülmektedir[263]. Bu sebepledir ki, *kanaatimizce*, TBK m 52'deki şekilde zarar veren memurun sorumluluğunun yargılamayı gerçekleştiren hâkim tarafından dava açma imkânının kaldırılabileceğinin kabul edilmesinin yanında aynı zamanda tazminattan indirim imkânının da olduğunun kabul edilmesi daha isabetli olacaktır.

VI. Sonuç

İcra iflas dairesi görevlileri üzerlerine düşen cebri icra faaliyetinin gereklerini yerine getirdikleri esnada gerçekleştirdikleri eylem ve işlemlerle üçüncü kişilerin zarara uğramalarına sebep oldukları durumlarda, meydana gelen zararların giderilmesinden

259 Deschenaux and Tercier (n 78) 205.

260 İbid 205; Eren, *Borçlar Hukuku* (n 71) N 2396, s 866; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (n 86) N 5.66, s 523; Antalya (n 118) N 1287, s 305; Akıncı (n 73) 140.

261 İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu kapsamında zarara sebep olan İcra İflas Dairesi görevlilerinin meydana getirdikleri zarar miktarından indirim yapılabileceğini savunan görüş için bkz Muşul, *Cilt I* (n 12) 84.

262 Bu görüşteki yazarlar için bkz Kuru, *El Kitabı İcra* (n 12) 100; Yıldırım ve Deren-Yıldırım (n 12) 44: Uyar, *Hukuki Sorumluluk* (n 12) 258: Uyar, *Devletin Hukuki Sorumluluğu* (n 24) 37: Uyar, *İİK m 5* (n 13) 112-113.

263 Nomer, *Borçlar Hukuku* (n 77) N 133.1, s 264; Baysal, *Haksız Fiil Hukuku* (n 86) N 5.61, s 521; Antalya (n 118) 305.

sorumlu olacaklardır. İcra iflas dairesi görevlilerinin görevlerini yerine getirdikleri esnada kusurlu eylem ve işlemleriyle üçüncü kişilere verdikleri zararların giderilmesi amacıyla açılacak olan tazminat davasında uygulanacak olan esaslar 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun "*sorumluluk*" kenar başlıklı 5'inci maddesinde düzenlenmektedir. İcra İflas Kanunu m 5 hükmünde 1985 yılında 3222 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişikliğin neticesinde, icra iflas dairesi görevlilerinin kusurlarıyla üçüncü kişilere verdikleri zararlar sebebiyle birinci dereceden sorumlu olanın Devlet olduğu düzenlenmiştir (İİK m 5/f 1, c 1). Bu kapsamda, devlet kendi aleyhine açılacak olan tazminat davasını kaybettiği takdirde, eylem veya işlemleriyle üçüncü kişilerin zarara uğramalarına sebep olan icra iflas dairesi görevlilerine karşı rücu davası açabilme ve ödediği tazminatı talep edebilme imkanına sahip olacaktır (İİK m 5/f 1, c 2).

İsviçre Hukukunda ise, icra ve iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu hakkında İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu Art 5 hükmünde düzenlemeler getirilmektedir. Bu kapsamda, İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu Art 5 hükmünde, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu kapsamında yer alan görevlilerin kimler olduğu (SchKG Art 5 Abs 1) ile zarar görenin kusurlu icra iflas dairesi görevlisine karşı doğrudan doğruya tazminat davası açma imkanına sahip bulunmadığı (SchKG Art 5 Abs 2) açıkça ifade edilmektedir. Bu doğrultuda, mehaz İsviçre Hukukunda da zarar görenin önce devlet aleyhine tazminat davası açması gerekmektedir. Bununla birlikte, İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu uyarınca, kendisine karşı tazminat davası açılan devlet, zararı meydana getiren icra iflas dairesi görevlisinin bizzat kendisine rücu edebilme imkanına sahip olacaktır (SchKG Art 5 Abs 3). İsviçre Hukukunda ile Türk Hukukunda paralel düzenlemelerin söz konusu olduğu bu hususların dışında birtakım farklılıklar da mevcuttur. Buna göre, İsviçre Hukukunda, sorumluluğu söz konusu olan icra ve iflas dairesi görevlilerinin kimler olduğu açıkça ifade edilmekle birlikte; Türk Hukukunda bu şekilde bir düzenleme getirilmemiştir. Bununla birlikte, *kanaatimizce*, bu durum hukukumuz bakımından önemli bir eksiklik teşkil etmemektedir. Ayrıca, İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu'nda açıkça ağır kusur halinde manevi tazminat talebinde bulunulabileceği ifade edilmekle birlikte, 2004 sayılı İcra İflas Kanununda buna ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. *Kanaatimizce,* İİK m 5 hükmünde bu hususu yasaklayan herhangi bir ifadeye yer verilmediği göz önünde bulundurulduğunda, Türk hukuku bakımından da manevi tazminat talepleri hakkında icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu yoluna gidilebileceği ve bu sebeple devlet aleyhine tazminat davası açılabileceği sonucuna varılabilecektir.

İcra İflas Kanunu m 5'te düzenlenen icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu ile kastedilen hususun ne olduğunun ortaya konulması önem arz etmektedir. Buna göre, İcra ve İflas Kanunu m 5 (SchKG Art 5) uyarınca doğrudan doğruya devlet aleyhine tazminat davasının açılabileceğini öngören kanuni

düzenleme, icra ve iflas dairesi görevlilerinin "*görevleri sebebiyle*" ve "*görevleri esnasında*" meydana getirdikleri eylem veya işlemler dolayısıyla meydana getirdikleri zararlardan devletin birinci dereceden sorumluluğu anlamına gelmektedir. Bu sebepledir ki, görevleri esnasında meydana gelmiş olsa bile cebri icra faaliyetinin yerine getirilmesinden kaynaklanmayan bir zararın meydana gelmesi durumunda icra iflas dairesi görevlilerinin İİK m 5 anlamında sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Böyle bir ihtimalde, icra iflas dairesi görevlilerinin kişisel kusuru söz konusu olduğu için kişisel kusurlarıyla üçüncü kişilerin zarara uğramalarına sebep olan icra iflas dairesi görevlilerinin *bizzat kendilerine* karşı ve TBK m 49 uyarınca haksız fiillere dayanan tazminat davası açılabilecektir.

İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun düzenlendiği İİK m 5 hükmü ile İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu Art 5 düzenlemesinde öngörülen sorumluluk hükümleri *hukuki nitelik* bakımından da dikkat çekicidir. Zira, gerek İİK m 5'te gerekse de SchKG Art 5 hükmünde öngörülen hukuki sorumluluk düzenlemeleri hukuki nitelik bakımından "*haksız fiil sorumluluğu*"dur. Bununla birlikte, kanun koyucu tarafından İİK m 5 hükmünde "*kusur sorumluluğu*" öngörülmüşken; İsviçre Federal İcra ve İflas Kanunu Art 5'te "*kusursuz sorumluluk*" şeklinde bir esas getirilmiştir. Bu doğrultuda, İsviçre Hukukunda SchKG Art 5 hükmünde öngörülen sorumluluğun hukuki niteliği, Türk İcra ve İflas Kanunundan farklılık arz etmektedir. İcra ve İflas Kanunu m 5 uyarınca kusur sorumluluğu söz konusu olduğu için devlet aleyhine açılacak olan tazminat davasında kusur bir şart olarak aranacak ve yargılama esnasında kusurun ispatı bakımından ispat yükü davacı üzerinde olacaktır. Bu sebepledir ki, davacı, zarara sebebiyet veren icra iflas dairesi görevlisinin kusurunu ayrıca ispat etmek durumunda kalacaktır. Diğer taraftan, İsviçre Federal İcra İflas Kanunu Art 5 hükmünde, kusursuz sorumluluk esası öngörüldüğünden, "*kusur*" açılacak olan tazminat davasında bir şart olarak aranmayacaktır. Görüldüğü üzere, sorumluluğun hukuki niteliğinin kusur sorumluluğu ya da kusursuz sorumluluk olması çeşitli sonuçlara ve farklılıklara sebep olmaktadır. Böyle bir durumda kanun koyucunun öngördüğü sorumluluğun hukuki niteliği açılacak olan tazminat davasının şartları -*kusurun bir şart olarak aranıp aranmayacağı*- ile ispat yükünün kimin üzerine düşeceğinin tayin edilmesinde önem arz edecektir.

İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle meydana gelen zararların giderilmesinde üçüncü kişiler tarafından açılacak olan tazminat davasının şartları ve yargılama hukuku bakımından göstereceği özelliklerin değerlendirilmesi gerekmektedir. İcra iflas dairesi görevlilerinin sebep oldukları zararlar için adliye mahkemesinde açılacak olan tazminat davaları bakımından söz konusu olan "*görev*", "*yetki*", "*ispat*" vs gibi konular bakımından 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen usule ilişkin kanuni düzenlemeler geçerli olacaktır. Bu kapsamda, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki

sorumluluğu sebebiyle açılacak olan tazminat davalarına İİK m 5/c 3 uyarınca, adliye mahkemelerinde bakılacaktır. Dolayısıyla, görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olacaktır. Yetkili mahkeme ise, HMK m 6'da ifade edilen genel yetki kuralı uyarınca davalı Adalet Bakanlığı'nın bulunduğu yer olan Ankara Mahkemesi ile beraber HMK m 16'da düzenlenen haksız fiillerden kaynaklanan tazminat davalarında geçerli olan özel yetki kuralı uyarınca tayin edilecek mahkemeler olacaktır.

İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu İcra İflas Kanunu m 5'te (SchKG Art 5) düzenlenmekle birlikte, devlet aleyhine açılacak olan tazminat davası, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanun m 49 vd (eBK m 41 vd) hükümlerinde öngörülen haksız fiillerden kaynaklanan tazminat davasına benzemektedir. Bu sebeple, sözü edilen dava bakımından, İİK m 5 ile TBK m 49 vd hükümlerinin birlikte uygulaması söz konusu olacaktır. Netice itibariyle, İcra İflas Kanunu m 5 uyarınca, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle açılacak olan tazminat davasının özellikleri değerlendirilirken, İİK m 5 hükmü ile haksız fiillere ilişkin TBK m 49 hükümlerinin birlikte dikkate alınması gerekecektir. Bu sebeple, İcra İflas Kanunu m 5 uyarınca icra ve iflas dairesi görevlilerinin eylem veya işlemleri sebebiyle devlet aleyhine açılacak olan tazminat davasının şartları bakımından; tıpkı haksız fiillerden kaynaklanan tazminat davalarında olduğu gibi; "*hukuka aykırılık*", "*kusur*", "*zarar*" ve "*illiyet bağı*" kavramlarının mevcudiyeti aranacaktır.

İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle devlet aleyhine açılacak olan tazminat davasında bir şart olarak aranan kusur, görevli kimselerin kanunun açık hükmüne aykırı olarak yaptığı işlemler şeklinde ifade edilebilecektir. Bu kapsamda failin kusurlu davranışı "*kast*" veya "*ihmal*" şeklinde olabilecektir. Zira, kusurlu eylemin kasıtlı bir işlem olması şart olmayıp gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi suretiyle ihmali davranışlarla gerçekleştirilmiş olması da mümkündür. Kusurun mevcut olup olmadığı mahkemece serbestçe takdir edilecektir. İcra iflas dairesi görevlilerinin görevlerini yerine getirdikleri esnada gerçekleştirdikleri her küçük görev ihmali kusurlu davranış olarak nitelendirilemeyecektir. İcra iflas dairesi görevlilerinin kusurlu davranışlarıyla devlet aleyhine tazminat davası açılabilmesi için aynı zamanda zararın meydana gelmesi gerekmektedir. Zararın miktarının hesaplanmasında özel hukuk ilkeleri geçerli olacaktır. Ayrıca zararın hesaplanması başka bir mahkemede yapılacak olan yargılamaya bağlı olacaksa böyle bir durumda tazminat davasını görmekte olan mahkemenin bu hususu bekletici mesele yapması gerekecektir. İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun düzenlendiği İİK m 5'te açıkça hukuka aykırılıktan bahsedilmemekteyse de hukuka aykırı bir hareket olmadan icra iflas dairesi görevlilerinin kusurundan söz edilemeyeceği için açılacak olan tazminat davasının bir diğer şartı hukuka aykırılık olacaktır. İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğu sebebiyle devlet aleyhine tazminat

davasının açılabilmesi için *(uygun) illiyet bağının* da bulunması gerekecektir. Uygun illiyet bağı teorisine göre, haksız fiili gerçekleştiren kişi meydana gelen zarara sebep olan ve hukuka aykırı olan davranışın sonuçlarından durum ve koşullara göre normal hayat şartlarına uygun olan neticeden sorumlu olacaktır. Bu sebepledir ki, somut olay bakımından zararın sebebi devletin cebri icra faaliyetini yerine getirmekle yükümlü olan icra iflas dairesi görevlisinin kusurlu davranışı değilse, İİK m 5 uyarınca sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Yine icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun söz konusu olması durumunda illiyet bağını kesen sebeplerden zarar görenin kusuru vs. gibi bir halin bulunmaması gerekmektedir.

İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunu gerektiren bir halde zarar görenin kusurlu işlemi iptal ettirme imkanını kullanmaması durumunda borçlar hukukunda temelini bulan "*zarar görenin kusuru*" (TBK m 52; eBK m 44, OR Art 44) söz konusu olacaktır. Zira, *Yargıtay kararlarında* ve *doktrinde* böyle bir halde zarar görenin kusurunun bulunduğu ifade edilmektedir. İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunun söz konusu olduğu bir durumda, Türk hukukunda doktrinde tartışılabilecek bir başka husus da icra iflas dairesi görevlilerinin kusurlu fiilleri sebebiyle zarara uğrayan üçüncü kişilerin zarar sebep olan işlemi ortadan kaldırma imkânı bulunmaktayken bu yola başvurmayarak İİK m 5 uyarınca hukuki sorumluluk hakkındaki esaslar uyarınca devlet aleyhine tazminat davası açılmasını talep etmelerinin mümkün olup olmayacağı meselesine ilişkindir. Zira, zarar görenin kusurunun bulunması illiyet bağını kesen sebeplerden birisi olarak düzenlenmiş olup böyle bir durumun, sorumluluktan kurtulma sebebi olarak öngörülmesi dürüstlük kuralına (MK m 2) ve ahlaki değerlere uygun olacaktır. Zarar görenin kusurunun var olması durumunda illiyet bağının kesileceği şeklindeki kuralın varlığına karşılık Türk hukukunda *doktrinde,* zarar görenin kusurunun icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğuna etkisinin ne şekilde olacağı konusunda birbirinden farklı görüşler ileri sürülmektedir. İcra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunu gerektiren hallerde zarar görenin kusurlu işlemi iptal ettirme imkânını kullanmamasının etkisi konusunda doktrinde ileri sürülen görüşleri şu şekilde ifade etmek mümkündür: (1) Zarar görenin kusurunun var olması durumunda zarara sebep olan icra iflas dairesi görevlilerinin kusurlu fiillerine rağmen devlet aleyhine tazminat davası açılamayacağını ileri süren görüş; (2) zarar veren icra iflas dairesi görevlilerinin meydana getirdiği zarar miktarından indirim yapılabileceğini ileri süren görüş; (3) zarar veren icra iflas dairesi görevlilerinin sorumluluğunun hâkim tarafından azaltılabilir veya kaldırılabilir olduğunu ileri süren görüş. *Doktrinde ağırlıklı olan görüş*, icra iflas dairesi görevlilerinin hukuki sorumluluğunu gerektiren hallerde zarar görenin kusurlu işlemi iptal ettirme imkânını kullanmaması durumunda, zarar görenin, zarara sebep olan icra iflas dairesi görevlisinin işlemleri sebebiyle meydana gelen zararların giderilmesi amacıyla devlet (Adalet Bakanlığı) aleyhine tazminat davası açma imkanını ortadan kaldıracağı şeklindedir. Bununla birlikte, bu görüşün kabulü

halinde, zarar görenin kusurunun varlığında TBK m 52/f 1'de öngörülen sonuç tatbik edilmemiş olmaktadır. Zira, TBK m 52/f 1 hükmü, açıkça zarar görenin kusurunun söz konusu olması durumunda, hâkim tarafından tazminattan indirim yapabileceği gibi zarar vereni zarardan sorumlu tutmayarak tazminatın tamamen kaldırılmasına da hükmedilebileceğini ifade etmektedir. Bu sebepledir ki, *kanaatimizce*, TBK m 52'deki şekilde zarar veren memurun sorumluluğunun yargılamayı gerçekleştiren hâkim tarafından dava açma imkânının kaldırılabileceğinin kabul edilmesinin yanında aynı zamanda tazminattan indirim imkânının da olduğunun kabul edilmesi doğru olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.
Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliography/Bibliyografya

Basılı Kaynaklar/Printed Resources

Akıncı Ş, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler* (11. Bası, Sayram 2017).

Akıntürk T, *Müteselsil Borçluluk* (Sevinç 1971) (*Müteselsil Borçluluk*).

Akıntürk T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri* (Genişletilmiş 13. Bası, Beta 2007 (*Borçlar Hukuku*).

Alangoya Y, Yıldırım MK ve Deren-Yıldırım N, *Medeni Usul Hukuku Esasları* (7. Bası, Beta 2009).

Ansay SŞ, *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri* (5. Bası, İstiklal Matbaası 1960).

Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt V/1, 2 (Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri, Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri)* (2. Bası, Legal 2019).

Arsebük AE, *Borçlar Hukuku Birinci Cilt ve İkinci Cilt* (3. Bası, 1950).

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar-Ayvaz S ve Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku* (5. Bası, Yetkin 2019) (*Medeni Usul*).

Arslan R, Yılmaz E, Taşpınar-Ayvaz S ve Hanağası E, *İcra ve İflas Hukuku* (4. Bası, Yetkin 2018) (*İcra ve İflas*).

Arslan AS, *İcra Takip İşlemleri (Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları)* (1. Bası, Yetkin 2018).

Ataay A, *Borçlar Hukuku Genel Teorisi, Birinci Yarım* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 4. Bası, Der 1986).

Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *İcra ve İflas Hukuku* (2. Bası, Yetkin 2019) (*İcra ve İflas*).

Atalı M, Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (2. Bası, Yetkin 2018) (*Medeni Usul*).

Atamer Y, *Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları* (1. Bası, Beta 1996).

Ayan M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (11. Bası, Mimoza 2016).

Basler Kommentar, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I Art 1-158 SchKG*, (Adrian Staehelin, Thomas Bauer, Daniel Staehelin Herausgeber), (2. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2010).

Baysal BZ, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)* (1. Bası, On İki Levha 2012) (*Zarar Görenin Kusuru*).

Baysal BZ, *Haksız Fiil Hukuku, BK m 49-76* (1. Bası, On İki Levha 2019) (*Haksız Fiil Hukuku*).

Becker H, *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi VI. Cilt Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler Fasikül IV,* (Çev.: Kemal Reisoğlu) (Ankara Yarı Açık Cezaevi 1968).

Belgesay MR, *İcra ve İflas Hukuku* (Vakıf 1942) (*İcra ve İflas*).

Belgesay MR, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi: Metinler ve İzahı* (2. Bası, Saka 1949) (*Şerh*).

Berkin NM, 'Cebri İcra Faaliyetinden Sorumluluk' (1971) 37(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 217-241 (*Sorumluluk*).

Berkin NM, *İcrada Hukuk* (1947 Hak 1947) (*İcrada Hukuk*).

Birsen K, *Borçlar Hukuku Dersleri Borçların Genel Hükümleri* (4. Bası, Fakülteler 1967).

Budak AC ve Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku* (3. Bası, Adalet 2019).

Çalkin F ve Tuğsavul M, *Haksız Fiilden Doğan Tazminat Davaları* (1. Bası, Cumhuriyet 1948).

Demir Saldırım S, *İcra Müdürünün Davranış ve İşlemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk* (1. Bası, Seçkin 2011).

Deschenaux H and Tercier P, *Sorumluluk Hukuku (Çev. Salim Özdemir)* (Kadıoğlu 1983).

Dietrich J and Field I, 'The Reasonable Tort Victim: Contributory Negligence, Standard of Care and the Theory' (2017) 41(2) Melb U L Rev 602-646.

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (24. Bası, Yetkin 2017) (*Borçlar Hukuku*).

Eren F, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi* (Sevinç 1975) (*İlliyet Bağı*).

Feyzioğlu FN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt - I* (Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Fakülteler 1976).

Fordham M 'Contributory Negligence and Apportionment' (2016) 2016 Singapore Journal of legal Studies 183-193

Foxton T, 'Share and Share Alike: Contributory Negligence and Contractual Claims' (2017) 2017 Oxford University Undergraduated Law Journal 21-33

Friedman E, 'Sharing Responsibility Instead of Allocating Blame: Reforming Torts and Reducing Accidents' (2018) University of Illinois Law Review 579-628.

Gökcan HT, *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku* (Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Bası, Seçkin 2016).

Gürsoy KT, 'Haksız Eylem (Fiil)den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)' (1974) 31 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149-184.

Hatemi H, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku* (Gözden geçirilip genişletilmiş 2. Bası, Filiz 1998).

Hatemi H ve Gökyayla E, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (3. Bası, Vedat 2015).

Görgün ŞL, Börü L, Toraman B ve Kodakoğlu M, *Medeni Usul Hukuku* (6. Bası, Yetkin 2017).

Helvacı İ, *Gerekçeli-Karşılaştırmalı İsviçre-İçtihatlı-Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*, (1. Bası, On İki Levha 2011).

Hunkeler D, *Kurzkommentar, SchKG Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz,* (2. Aufl, Helbing Lichtenhahn 2014) (*KUKO SchKG-Levante*).

Gauch P, Aepli V and Stöckli H, *Präjudizienbuch zum OR Rechtsprechung des Bundesgerichts,* (5th ergänzte und neu gestaltete Auflage Schulthess Juristische Medien AG 2002).

İmre Z, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri* (İsmail Akgün 1949).

İpekçi N, *Açıklamalı – İçtihatlı Uygulama Örnekli, İcra-İflas Kanunu Tatbikatı (Şerh): 1-370, C I,* (7. Bası, Arıkan 2007).

Kaçak N, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Açıklamalı, İçtihatlı, Yeni Değişikliklerle, C I* (3. Bası, Seçkin 2006).

Kaneti S, 'Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yetkilerini Kullanırken İşledikleri Kusurlardan Doğan Tazminat Davaları' in Makaleler (On İki Levha 2011) 857-862 (*Tazminat Davaları*).

Kaneti S, *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru* (Kazancı 2007) (*Hukuka Aykırılık*).

Kaneti S, 'Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi' in Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu 21-22 Ekim 1977 Ankara (Fakülteler 1980) 29-66 (*Kusur Kavramı*).

Karacabey ÖF, 'Haksız Fiillerde Zamanaşımı' (1978) 4 Yargıtay Dergisi 477-505.

Karahasan MR, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1. Cilt* (Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilerek Yenilenmiş Baskıdır, Beta Basım 2003).

Karslı A, *İcra ve İflas Hukuku* (Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Alternatif 2014) (*İcra ve İflas*).

Karslı A, *Medeni Muhakeme Hukuku* (Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Alternatif 2014) (*Medeni Usul*).

Kılıçoğlu M, *Sorumluluk Hukuku Cilt 1 Sözleşeme Dışı Sorumluluk*, (1. Bası, Turhan 2002) (*Kılıçoğlu M*).

Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Genişletilmiş 23. Bası, Turhan 2019) (*Kılıçoğlu A*).

Koçhisarlı C, 'Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi' (1984) 2 Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 175-299.

Kostkiewicz JK and Vock D, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG* (4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, Schulthess Kommentar, Schulthess Verlag 2017) (*SK SchKG-Müggler*).

Kurt LM, 'Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti' (2015) 64(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 775-814.

Kutay İ, 'İcrada Devletin Sorumluluğu' (1975) 5 Ankara Barosu Dergisi 665-674.

Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı* (Tamamen Yeniden Yazılmış ve Genişletilmiş 2. Bası, Adalet 2013) (*El Kitabı İcra*).

Kuru B, Arslan R ve Yılmaz E, *İcra ve İflas Hukuku: Ders Kitabı, 6352 sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler ve Yapılan Değişiklikler İşlenip Değerlendirilmiş 28. Baskı (Tıpkı Basım)* (Yetkin 2014) (*İcra*).

Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (1. Bası, Legal 2016) (*Ders Kitabı*).

Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı* (2. Bası, Yetkin 2018) (*İstinaf Sistemine Göre (İcra))*.

Kuru B, *İcra ve İflas Hukuku* (3. Bası, Evrim 1988) (*İcra ve İflas*).

Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C I* (6. Bası, Demir-Demir 2001) (*Hukuk Muhakemeleri Usulü, C I*).

Kuru B, Arslan R ve Yılmaz E, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı 6100 sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış (Tıpkı Basım)* (24. Bası, Yetkin 2013) (*Medeni Usul*).

Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı* (1. Bası, Alfa 1995) (*El Kitabı Usul*).

Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (1. Bası, Yetkin 2017) (*İstinaf Sistemine Göre (Usul)*).

Muşul T, *İcra ve İflas Hukuku (Cilt I)* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Adalet 2013) (*Cilt I*).

Muşul T, *İcra ve İflas Hukuku Esasları* (Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Adalet 2017) (*İcra ve İflas Hukuku*).

Muşul T, *Medeni Usul Hukuku* (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Esas Alınarak Hazırlanmış 3. Bası, Adalet 2012) (*Medeni Usul*).

Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 17. Bası, Beta 2020) (*Borçlar Hukuku*).

Nomer HN, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi* (1. Bası, Beta 1996) (*Haksız Fiil*).

Nomer HN, 'Farazi İlliyet Problemi' (1995-1996) 55 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 413-420 (*Farazi İlliyet*).

Oğuzman MK ve Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2* (Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Vedat 2013) (*C II*).

Oser H and Schönenberger W, *Borçlar Hukuku İkinci Kısım Madde 41-109 (TBK m 41-108)* (Türkçeye Çeviren: Recai Seçkin) (Yeni Cezaevi Basımevi 1950).

Oskay M, Koçak C, Deynekli A ve Doğan A, *İİK Şerhi C I* (1. Bası, Turhan 2007).

Pekcanıtez H, Atalay O, Sungurtekin-Özkan M ve Özekes M, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 6728, 6763 ve 7010 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişikliler Nazara Alınarak Gözden Geçirilmiş* (5. Bası, Vedat 2018).

Pekcanıtez H ve Akkan M, *Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, C I,* (15. Bası, On İki Levha 2017) (Pekcanıtez ve Akkan, *Pekcanıtez Usul*).

Pekcanıtez H ve Atalay O, *Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, C II* (15. Bası, On İki Levha 2017) (Pekcanıtez ve Atalay, *Pekcanıtez Usul*).

Pekcanıtez H ve Simil C, *İcra-İflas Hukukunda Şikâyet* (2. Bası, Vedat 2017).

Pekmez C, *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu* (1. Bası, On İki Levha 2013).

Posacıoğlu İE, *İcra Hukuku Esasları* (538 sayılı Kanun göz önünde tutularak yazılan 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1982) (*İcra Hukuku*).

Postacıoğlu, İE, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (1911 Sayılı Kanun'a Göre Yazılmış 6. Bası, Sulhi Garan 1975) (*Usul Hukuku*).

Postacıoğlu İE ve Altay S, *İcra Hukuku Esasları* (5. Bası, Vedat 2010) (*İcra*).

Postacıoğlu İE ve Altay S, *Medeni Usul Hukuku Dersleri* (Güncelleştirilmiş, Genişletilmiş 7. Bası, Vedat 2015) (*Usul*).

Reisoğlu S, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (23. Bası, Beta 2012).

Reşit M, *Yeni İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Birinci Kitap, İcra* (2. Bası, Ekspres 1932).

Sanlı KC, 'Kusursuz Sorumluluk Halleri' in *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu* (On İki Levha 2011) 61-81

Saymen F, *Borçlar Hukuku Dersleri Cilt I Umumi Hükümler* (İsmail Akgün 1950).

Schulze R, *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar* (10 Aufl, Nomos Kommentar 2019) (*Hk-BGB Schulz*).

Schoop K- OR, *Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht* (Hrsg. von Jolanta Kren Kostkiewicz, Urs Bertschinger, Peter Breitschmid, Ivo Schwander) (Orell Füssli 2002) (*Handkomm-Schoop*).

Schwenzer I, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (7. Aufl, Stämpfli AG 2016) (*Schwenzer, OR AT*).

Serozan R, *İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme* (Kocayusufpaşa/Hatemi/Serozan/Arpacı: Borçlar Hukuku Genel Bölüm- Üçüncü Cilt) (7. Bası, Filiz 2006).

Sirmen L, *Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu* (1. Bası, Sevinç 1976).

Sinn A, Gropp W and Nagy F, *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht Eine rechtsvergleichende Analyse am Beispiel des deutschen und ungarischen Strafrechts* (Mit 3 Farbabbildungen,V & R unipress Universitatsverlag Osnabrück, Göttingen, 2011).

Tamer Güven D, 'Compensatio Culparum -Roma Hukukunda Birlikte Kusur-' (1997-1998) 17(1-2) MHB (Prof. Dr. Yılmaz Aytuğ'a Armağan) 251-259.

Tandoğan H, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)* (1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası Yapılmıştır, Vedat 2010) (*Türk Mes'uliyet Hukuku*).

Tandoğan H, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku* (Turhan 1981) (*Sözleşme Dışı Sorumluluk*).

Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku, C I, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması* (Tümüyle Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Yetkin 2018).

Taşpınar S, 'İsviçre Federal İcra ve İflas Kanununda Yapılan Değişikliklere Genel Bir Bakış' (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı) (Türkiye Barolar Birliği 2004) 599-670.

Tekinay SS, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Filiz 1993).

Tekinay, SS, *Borçlular Arasında Akdi Teselsül* (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi 1956).

Tuncer AN 'Bir Zarara Birden Çok Kişinin Birlikte Neden Olmasında Zincirleme (Müteselsil) Sorumluluk ve Rücu İlişkileri' (1978) 58(5-6) Adalet Dergisi 408-452.

Topuz M, *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi* (1. Bası, On İki Levha 2011).

Tunçomağ K, *Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler I. Cilt* (Üzerinde Çalışılmış ve Genişletilmiş 6. Bası, Sermet 1976) (*Genel Hükümler C I*).

Ulukapı Ö, *İcra ve İflas Hukuku* (1. Bası, Mimoza 2015) (*İcra ve İflas*).

Ulukapı Ö, *Medenî Usûl Hukuku* (2. Bası, Mimoza 2015) (*Medenî Usûl*).

Umar B, 'Kuru/Arslan/Yılmaz'ın İcra ve İflas Ders Kitabı Üzerine Gözlemler (15. Basım)' (75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği 2004) (*Gözlemler*).

Umar B, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (Yargıç ve Avukatlar İçin HMK Uygulamasında Karşılaşılacak Soru ve Sorunların Türk ve Neuchâtel Bilimsel ve Yargısal İçtihatları Işığında Yanıtları ve Çözümleri)* (2. Bası, Yetkin 2014) (*Şerh*).

Uyar T, 'İcra ve İflas Dairelerinin İşlem ve Eylemlerinden Dolayı Devletin Hukuki Sorumluluğu (İİK m 5)' 2015 (2) Ankara Barosu Dergisi 255-269 (*Hukuki Sorumluluk*).

Uyar T, 'İcra Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğu "İİK m 5"' (Kasım 2013) Legal Hukuk Dergisi 111-122 (*İİK m 5*).

Uyar T, 'İcra ve İflas Dairelerinin İşlem ve Eylemlerinden Devletin Hukuki Sorumluluğu' (Nisan 2004) Bursa Barosu Dergisi 36-43 (*Devletin Hukuki Sorumluluğu*).

Uyar T, Uyar A ve Uyar C, *İcra ve İflas Kanunu Şerhi: El Kitabı (İİK 1-370): 1-2 Cilt* (2. Bası, Turhan 2012).

Üstündağ S, *İcra Hukukunun Esasları* (Baştan Sona Gözden Geçirilmiş ve 4949 sayılı Kanun Hükümleri Göz Önünde Tutulmak Suretiyle, Yenilenmiş 8. Bası, 2004) (*İcra Hukuku*).

Üstündağ S, *Medeni Yargılama Hukuku, C I-II* (Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 7. Bası, Nesil 2000) (*Usul*).

Velidedeoğlu HV ve Özdemir R, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel)* (Olgaç 1987).

von Tuhr A, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt: 1-2* (Çev Cevat Edege) (Olgaç 1983).

van Dongen, EGD and Verdam HP, 'The Delopment of the Concept of Contributory Negligence in English Common Law (2016) 12 Utrecht L Rev 61-74

Yavuz N, *Türk Borçlar kanununun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler* (Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Bası, Adalet 2012) (*Değişiklikler ve Yenilikler*).

Yavuz N, *Borçlar Hukuku El Kitabı* (1. Bası, Adalet 2018) (*Borçlar*).

Yıldırım MK ve Deren-Yıldırım N, *İcra ve İflas Hukuku* (Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Beta 2016).

Yılmaz E, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi* (2. Bası, Yetkin 2013) (*Şerh C I*).

Yılmaz E, 'Dünden Bugüne İcra ve İflas Kanunumuz' (2003) 11(3-4) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9-45 (*İcra ve İflas Kanunumuz*).

Elektronik Kaynaklar/Electronic Resources

https://beck-online.beck.de/Home

https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19110009/201704010000/220.pdf

https://beckonline.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FSchDoeEbeKoBGB_10%2FBGB%2Fcont%2FSchDoeEbeKoBGB%2EBGB%2Ep254%2Ehtm

http://www.kazanci.com/

https://www.lexpera.com.tr/

https://www.resmigazete.gov.tr/

https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18785.pdf

https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/18890002/index.html

https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/RG801Y1965N11946K538/1

https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf

https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/borclar-kanunu-818

https://dejure.org/gesetze/BGB/254.html

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası, 79 (4), 1231-1259

DOI: 10.26650/mecmua.2021.79.4.0004
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 19.06.2021
Revizyon Talebi: 10.09.2021
Son Revizyon Tarihi: 13.09.2021
Kabul: 25.11.2021

Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi Kapsamında Bakım Alacaklısının Saklı Payı İhlal Kastı ile Yaptığı Sağlararası Kazandırmaların Tenkisi

Şeyda Dursun Karaahmetoğlu*

Öz

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir. Bu bakımdan ölünceye kadar bakma sözleşmesi uyarınca bakım borçlusuna yapılmış olan devirlerin Türk Medeni Kanunu'nun (MK) 565. maddesi uyarınca terekeye eklenerek tenkisi mümkün değildir. Zira sağlararası bir kazandırmanın MK m. 565 gereğince tenkis edilebilmesi için karşılıksız bir kazandırma olması gerekmektedir. Ancak ölünceye kadar bakma sözleşmesi kimi durumlarda bağışlama sözleşmesi ile bir arada bulunabilir ve karma bağışlama niteliğini haiz olabilir. Bu durumda sözleşmenin karşılıksız olan kısmı tenkise tabi olacaktır. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin tenkisi bakımından uygulamada en çok karşımıza çıkan husus bakım alacaklısının bu sözleşme kapsamında saklı payı ihlal kastı ile gerçekleştirmiş olduğu devirlerdir. Saklı payı ihlal kastının varlığından bahsedilebilmesi için bakım alacaklısının sağlararası kazandırmayı yaparken saklı paylı mirasçılarının haklarını ihlal edebileceğini bilmesine rağmen söz konusu kazandırmayı yapması gerekmektedir. Yargıtay tarafından verilmiş olan kararlarda bakım alacaklısının ölünceye kadar bakma sözleşmesini kurarken özel bakım ihtiyacı içerisinde olmaması, bakım alacaklısı ile bakım borçlusunun edimleri arasında dengesizlik bulunması ya da bakım alacaklısının malvarlığının büyük bir kısmı veya tamamını bakım borçlusuna devretmesi hallerinde çoğunlukla bakım alacaklısının saklı payı ihlal kastının varlığından bahsedilmektedir. Oysaki söz konusu hususların varlığı tek başına doğrudan bakım alacaklısının saklı payı ihlal kastı ile hareket ettiğini göstermez. Bakım alacaklısının saklı payı ihlal kastından bahsedilebilmesi için söz konusu kriterler başkaca delillerle de desteklenmelidir. Bakım alacaklısı, saklı payı ihlal kastı ile hareket ettiği kimi durumlarda gerçekleştirmiş olduğu devrin tenkisini engellemek için muvazaalı işlemlere başvurabilir. Bu durumda bakım alacaklısının saklı payı ihlal kastının yanı sıra ölünceye kadar bakma sözleşmesinin altında gizlenmiş olan bir bağışlama sözleşmesinin varlığı ve tarafların muvazaa anlaşması kanıtlanarak söz konusu sözleşmeye bağlı olarak gerçekleştirilmiş olan devrin geçersizliğinin talep edilmesi mümkündür.

Anahtar Kelimeler

Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi, Sağlararası Kazandırma, Saklı Payı İhlal Kastı, Tenkis, Muvazaa

The Abatement of Inter Vivos Transfers Made by a Beneficiary with the Intent to Violate the Compulsory Portion (The Statutory Entitlement) within the Scope of a Lifetime Maintenance Agreement

Abstract

A lifetime maintenance agreement is a reciprocal agreement. Therefore, the transfer of an estate or individual assets to a settlor made by a beneficiary is not subject to abatement and cannot be added to a decedent's assets according to Article 565 of the Turkish Civil Code. However, sometimes, a lifetime maintenance agreement can accompany a donation agreement. The resulting agreement can then be defined as a mixed gift. In this context, only the gratuitous part of the agreement would be subject to abatement. The majority of cases related to abatement of the lifetime maintenance agreement relate to the alienation made by the beneficiary with the obvious intent of circumventing

* **Sorumlu Yazar:** Şeyda Dursun Karaahmetoğlu (Arş. Gör. Dr.), Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Yalova, Türkiye. E-posta: seyda.dursun@yalova.edu.tr. ORCID: 0000-0001-6490-1324

Atıf: Dursun Karaahmetoglu S, "Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi Kapsamında Bakım Alacaklısının Saklı Payı İhlal Kastı ile Yaptığı Sağlararası Kazandırmaların Tenkisi" (2021) 79(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1231. https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.4.0004

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

the existing limitations on his or her testamentary freedom. There is an obvious intent of the beneficiary to violate the compulsory portion (the statutory entitlement) when he transfers an estate or individual assets when he is aware of the violation of the requirements for a compulsory portion for heirs with such a transfer. According to the Turkish Court of Cassation, for instance, the beneficiary intends to violate the compulsory portion (the statutory entitlement) if he is not in need of special care at the beginning of the contract period. Additionally, according to the Turkish Court of Cassation, the beneficiary also obviously intends to violate the compulsory portion (the statutory entitlement) if the beneficiary transfers all or most of his assets to the settlor. If there is an imbalance between the obligations of the beneficiary and the settlor, the Turkish Court of Cassation considers the beneficiary's intent to violate the compulsory portion (the statutory entitlement). However, no single criterion, among those which have been found by the Turkish Court of Cassation to show intent, is sufficient in and of itself to show the intent of the beneficiary to violate the compulsory portion (the statutory entitlement). In order to determine the intent of the beneficiary to violate the compulsory portion (the statutory entitlement), the criteria found by the Turkish Court of Cassation must be supported by additional evidence. In order to avoid abatement, the beneficiary may transfer his estate or individual assets with a fictitious transaction. In this context, the party challenging the donation must prove that the donation agreement, hidden behind the lifetime maintenance agreement, represents the agreement of the parties to a fictitious transaction in addition to demonstrating the beneficiary's intent to violate the compulsory portion (the statutory entitlement).

Keywords
Lifetime Maintenance Agreement, Inter Vivos Transfer, The Intention of The Beneficiary to Violate Compulsory Portion (The Statutory Entitlement), Abatement, Fictitious Contract

Extended Summary

According to Article 611 of Turkish Code of Obligations (TCO) Number 6098, a lifetime maintenance agreement is a contract through which the beneficiary undertakes to transfer an estate or individual assets to the settlor in return for an undertaking to provide maintenance and care for the beneficiary's lifetime. In this context, the primary obligation of the settlor is to provide the beneficiary with maintenance and care for life. On the other hand, the main obligation of the beneficiary is to transfer an estate or individual assets to the settlor.

According to Article 565 of Turkish Civil Code (TCC) Number 4721, *inter vivos* gifts are added to the deceased's estate and are subject to abatement. A lifetime maintenance agreement, on the other hand, is a reciprocal agreement; therefore, the transfer of an estate or individual assets to the settlor made by the beneficiary is not subject to abatement and cannot be added to the deceased's assets. However, sometimes, the lifetime maintenance agreement can be accompanied by a donation agreement. The resulting agreement can then be defined as a mixed gift. In this context, the gratuitous portion of the gifts provided under the agreement is subject to abatement.

The majority of cases related to abatement of a lifetime maintenance agreement relate to the alienation made by the beneficiary with the obvious intent to circumvent the limitations on his or her testamentary freedom. An obvious intent of the beneficiary to violate the compulsory portion (the statutory entitlement) can be found when the beneficiary transfers an estate or individual assets when he is aware of the violation

of the compulsory portion of certain heirs by virtue of this transfer. However, there is no obvious intent if the beneficiary has no heirs entitled to the compulsory portion (the statutory entitlement) at the time of the transfer.

The Turkish Court of Cassation has set forth some criteria regarding the intent to violate the compulsory portion in the context of the lifetime maintenance agreement. According to the Court, for instance, the beneficiary will be found to have an intent to violate the compulsory portion (the statutory entitlement) if the beneficiary is not in need of special care at the inception of the contract period. In addition to the established criteria, according to the Court of Cassation, the beneficiary shows an intent to violate the compulsory portion (the statutory entitlement) if the beneficiary transfers all or most of his assets to the settlor. If there is an imbalance between the obligation of the beneficiary and those of the settlor, the Turkish Court of Cassation considers the intent of the beneficiary to violate the compulsory portion (the statutory entitlement). However, no one of the established criteria is deemed solely sufficient to show the beneficiary's intent to violate the compulsory portion (the statutory entitlement). In order to establish the intent of the beneficiary to violate the compulsory portion (the statutory entitlement), the criteria found by Turkish Court of Cassation must be supported by additional evidence.

As mentioned previously, according to TCO Article 565, the alienations made by the beneficiary with the obvious intent to circumvent the limitations on his or her testamentary freedom are subject to abatement. In order to avoid abatement, the beneficiary may transfer his estate or individual assets with a fictitious transaction. In such a case, the transfer of the estate and individual assets made within the context of a lifetime maintenance agreement is not valid. Any one of the heirs entitled to the compulsory portion can claim against the fictitious contract. In this context, the heir making the claim must prove that the donation agreement, hidden behind the lifetime maintenance agreement, represents the agreement of the parties regarding a fictitious transaction in addition to proving the intent of the beneficiary to violate the compulsory portion (the statutory entitlement).

Giriş

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu'nun (BK) 611. maddesinde tanımlanmıştır. Anılan düzenlemeye göre, ölünceye kadar bakma sözleşmesi bakım borçlusunun bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp onu gözetme, bakım alacaklısının da bunun karşılığında malvarlığı değerlerini ona devretme borcu altına girmiş olduğu sözleşmedir.

BK m 611 uyarınca, ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında bakım borçlusunun yerine getirmesi gereken temel yükümlülüğü bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp onu gözetmektir. Ölünceye kadar bakıp gözetme borcu gereğince, bakım borçlusu, bakım alacaklısına uygun gıda ve konut[1] sağlamalıdır (BK m 614/II). Bundan başka bakım borçlusu bakım alacaklısının hastalığında onun bakım ve tedavisini sağlamakla yükümlüdür (BK m 614/II). Bakım borçlusunun bakma ve gözetme yükümlülüğü karşılığında bakım alacaklısı da bir malvarlığını ya da bazı malvarlığı değerlerini bakım borçlusuna devretmekle yükümlüdür.

Bakım alacaklısının üstlenmiş olduğu söz konusu malvarlığı değerini devretme borcunu hayattayken yerine getirmeyi taahhüt ettiği durumda bakım alacaklısı ve bakım borçlusu arasında borçlar hukukuna tabi bir ölünceye kadar bakma sözleşmesi mevcuttur[2]. Bu türdeki bir ölünceye kadar bakma sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte bakım borçlusu malvarlığı değerinin kendisine devri bakımından kişisel nitelikte bir hakka sahip olur[3] ve söz konusu hakkına istinaden bakım alacaklısından sözleşme konusu malvarlığı değerinin kendisine devrini talep edebilir. Bakım borçlusu ise söz konusu borcunu ifa edebilmesi için malvarlığı değerinin türüne göre tasarruf işlemini gerçekleştirecektir.

BK m 611/II'ye göre, ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında bakım alacaklısı bakım borçlusunu mirasçı atamışsa bu sözleşmeye miras sözleşmesine

---

[1] BK m 614/I'e göre, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin kurulması ile birlikte bakım alacaklısı bakım borçlusunun aile topluluğuna katılmış olur. Ancak taraflar sözleşmede aksini kararlaştırabilirler. Tarafların anlaşmaları neticesinde bakım borçlusunun bakma ve bakım alacaklısını gözetleme borcu bakım alacaklısının evinde de ifa edebilir. Bu yönde bkz.: Turan Şahin, *Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi* (Seçkin 2019) 126-127. Tarafların anlaşması halinde bakım alacaklısına ayrı bir konut açılarak orada bakılacağı hususunda bkz.: Aydın Zevkliler ve K. Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (20. Bası, Vedat 2020)* 779; Alpaslan Akartepe, *Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi,* (Vedat 2010) 119; Lütfü Dalamanlı, *Tatbikatta Satış Vaadleri Ölünceye Kadar Bakma ve Miras Taksim Sözleşmeleri* (Kazancı 1980)137.
[B]akım alacaklısının kusurlu tutum ve davranışının bakma yükümlüsü için birlikte oturmayı tahammül edilemez hale getirmesinden dolayı bakım borçlusunun ayrı evde oturarak bakıp gözetme görevini yerine getirmiş olmasının sözleşmeye aykırılık oluşturmayacağı konusunda bkz.: Yargıtay 2 HD, 1973-8154/180, 15.01.1974 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi – 03.01.2021).
[B]akım alacaklısının yaşadığı süre boyunca sözleşme ile bağlanmak istemeyip bakım borçlusunun yanından ayrılma, başka bir yerde ikamet edip geçimini sağlama yetkisini haiz olduğu hallerde taraflar arasındaki sözleşmenin ölünceye kadar bakma sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bkz.: Senai Olgaç, *Ömür Boyunca Gelir Ölünceye Kadar Bakma Akdi* (Olgaç 1978) 21.

[2] Kenan Tunçomağ, *Ölünceye Kadar Bakma Akdi* (Ayyıldız 1959) 25-26; Erhan Günay, *Ölünceye Kadar Bakıp Gözetme Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar* (3. Baskı, Seçkin 2020) 22-23; Şahin (n 1) 30; Akartepe (n 1) 25-27.

[3] Günay (n 2) 23-24; Marc Schaetzle, *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhæltnisse, 7. Teilband* (Zweite Auflage, Verlag Stampfli 1978) Artikel 521 N. 5. Aynı yönde bkz.: Şahin (n 1) 113.

ilişkin hükümler uygulanacaktır. Başka bir ifade ile miras hukukuna tabi olan ölünceye kadar bakma sözleşmesinde, bakım alacaklısı hayattayken bakım borçlusuna herhangi bir malvarlığı değeri devretmemekte, onun yerine bakım borçlusunu mirasçı atamaktadır[4]. Dolayısıyla, miras hukukuna tabi bir ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısı borcunu bakım borçlusunu mirasçı atamak suretiyle ifa etmektedir[5]. Her ne kadar BK m 611/II'de yalnızca mirasçı atama ifadesi kullanılmış olsa da doktrinde hakim görüş, isabetli olarak, bu ifadenin geniş yorumlanması gerektiğini ve dolayısıyla bakım alacaklısının bakım borçlusu lehine bir vasiyet gerçekleştirdiği durumda bile taraflar arasında miras hukukuna tabi bir ölünceye kadar bakma sözleşmesi söz konusu olduğunu savunmaktadır[6].

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında bakım alacaklısının gerçekleştirmiş olduğu malvarlığı devri veya ölüme bağlı tasarruf neticesinde saklı paylı mirasçıların saklı payları zedelenmiş olabilir. Bu durumda bakım alacaklısının ölümünün ardından saklı payları zedelenen mirasçılar tenkis davası açabilirler. Nitekim BK m 615/III'te de mirasçıların tenkis davası açma hakkının saklı olduğu belirtilmiştir. Özellikle borçlar hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesi uyarınca sağlararası bir işlemle bakım borçlusuna devredilmiş malvarlığı değerlerinin tenkisi bakımından uygulamada birtakım sorunlar mevcuttur. Şöyle ki bakım alacaklısının saklı payı ihlal kastı ile yapmış olduğu kazandırmaların terekeye iadesi bakımından açılan davalarda saklı payı ihlal kastının değerlendirilmesi, açılması gereken davanın tenkis davası mı yoksa muvazaa sebebiyle tapu iptal davası mı olduğu hususunda farklı uygulamalar söz konusudur. Anılan duruma istinaden bu çalışmada ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında bakım borçlusunun saklı payı ihlal kastı ile yaptığı sağlararası kazandırmaların tenkisi ele alınacaktır. İlk olarak ölünceye kadar bakma sözleşmesi bakımından tenkis davası açılabilmesinin şartları genel olarak incelenecektir. Sonrasında bakım alacaklısının saklı payı ihlal kastı ile yapmış olduğu kazandırmaların ortak özellikleri incelenecektir. Ardından Yargıtay kararları da dikkate alınarak bakım alacaklısının sağlararası kazandırmaları bakımından saklı payı ihlal kastının mevcut olabileceği haller tartışılacaktır. Son olarak ise söz konusu kazandırmalar muvazaa açısından ele alınacaktır.

---

4 Günay (n 2) 20.

5 Tunçomağ (n 2) 25,42; Şahin (n 1) 31; Şebnem Akipek Öcal, "Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi", 2018) 6(1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 83, 86. Aynı yönde bkz.: Yasemin Durak, "Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi", 2015 1(1) Başkent Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi 265, 286.

6 Şahin (n 1) 31,117; Olgaç (n 1) 23; Tunçomağ (n 2) 29; Ebül'ula Mardin, *Ölünceye Kadar Bakma Mukavelesi*, Hukuk Fakültesi Mecmuasından Ayrı Bası, Kenan 1940) 64; Fikret Arık, "Ölünceye Kadar Bakma Akdi" (1959) 3 Adliye Dergisi 277, 285; Durak (n 5) 270; Akartepe (n 1) 29; Krauskopf Frédéric, *Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875- 2015)*, Herausgeber: Peter Gauch,Viktor Aepli ve Hubert Stöckli (Neunte Auflage, Schulthess, 2016) Art. 521 N. 2; Thomas Bauer, *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529*, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand, (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2015) Art. 521 N. 7; Schaetzle (n 3)Art. 521 N. 38; Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil* (3. Auflage, Schulthess 1988) 317; Semih Akkök, *Türk Hukuku'nda Miras Bırakanın Muvazaalı İşlemleri ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar* (On İki Levha, 2020) 104-105. Aynı yönde bkz.: Esra Eviz, *Muris Muvazaası* (On İki Levha, 2019), 94. Miras hukukuna tabi bir ölünceye kadar bakma sözleşmesinin yalnızca mirasçı ataması halinde mümkün olduğu yönünde bkz.: Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (8. Baskı, Yetkin 2020) N. 2807, 2816, 2825; Zevkliler ve Gökyayla (n 1) 774; Akipek Öcal (n 5) 86.

I. Bakım Alacaklısının Yaptığı Sağlararası Kazandırmaların Tenkisinin Şartları

A. Saklı Paylı Mirasçıların Saklı Paylarının İhlal Edilmiş Olması

Hukukumuzda her birey yasal düzenin kendisine izin verdiği sınırlar içerisinde malvarlığı üzerinde dilediği gibi sağlararası bir işlemle tasarrufta bulunabilir ya da ölüme bağlı tasarrufta bulunarak malvarlığını oluşturan değerlerin ölümünden sonra kime ait olacağını belirleyebilir[7]. Nitekim MK m. 514/I'de de mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün sınırları içerisinde malvarlığının tamamı ya da bir kısmında ölüme bağlı tasarrufta bulunabileceği belirtilmiştir.

MK m. 514/II gereğince, mirasbırakanın terekesi üzerinde tasarrufta bulunmadığı kısım yasal mirasçılarına kalacaktır. Dolayısıyla mirasbırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufların geçerli olması halinde yasal mirasçıların miras payları kısmen ya da tamamen ortadan kalkacaktır[8]. Ancak MK m. 506'da belirtilmiş olan saklı paylı mirasçılar saklı paylarının ihlal edilmesi durumunda tenkis davası açarak mirasbırakanın yapmış olduğu ölüme bağlı tasarrufların saklı paylarını ihlal etmeyecek bir sınıra düşürülmesini talep edebilirler. Diğer yandan, yalnızca mirasbırakanca yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflar değil MK m. 565'te belirtilenlerle sınırlı olmak üzere mirasbırakanın ölmeden önce yapmış olduğu karşılıksız kazandırmalar da tenkise tabi olacaktır.

Yukarıda ifade edilmiş olduğu üzere tenkis davası ancak mirasbırakanın gerçekleştirmiş olduğu tasarrufların serbest tasarruf oranını aşarak saklı paylı mirasçıların paylarını ihlal etmesi halinde gündeme gelecektir. Dolayısıyla bakım alacaklısının yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruflar ve MK m. 565'te sınırlı sayıda belirtilmiş olan sağlararası kazandırmalar neticesinde serbest tasarruf oranı aşılarak saklı paylı mirasçıların saklı paylarının ihlal edilmesi halinde tenkis davası açılabilir. Çalışmamızda yalnızca borçlar hukukuna tabi ölünceye kadar bakma sözleşmesinin ifası sebebiyle yapılan sağlararası kazandırmaların tenkisi ele alınacağı için bakım alacaklısının yapmış olduğu tasarrufların serbest tasarruf oranını aşarak saklı paylı mirasçıların saklı paylarını ihlal etmesi halinde söz konusu kazandırmanın tenkisi mümkün olacaktır.

Bakım alacaklısının terekesi ile saklı paylı mirasçılarının saklı payları toplamı arasındaki fark serbest tasarruf oranını ifade etmektedir. Tasarruf oranının belirlenebilmesi için bakım alacaklısının bakım borçlusu lehine yapmış olduğu sağlararası bir kazandırmanın tenkise tabi olup olmadığının belirlenebilmesi

[7] Rona Serozan ve Baki İlkay Engin, *Miras Hukuku* (6. Baskı, Seçkin, 2019) § 3 N. 1-2. Aynı yönde bkz.: Stephan Wolf, "Verfügungen unter Lebenden vs. «unzulässige» Umgehung der Verfügungsbeschränkung – wann greift die Herabsetzungsklage gemäss Art. 527 Ziff. 4 ZGB? 2014 (150) Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 435, 437.

[8] Serozan ve Engin (n 7) § 3 N. 1-2.

için terekenin parasal değeri hesaplanmalıdır. Terekenin parasal değerinin hesaplanabilmesi için öncelikle bakım alacaklısının aktifleri onun öldüğü gün dikkate alınarak belirlenmelidir (MK m. 507). Terekenin aktifindeki değerler tespit edildikten sonra belirlenmiş olan bu değerden MK m. 507/II'de belirtilmiş olan değerlerin çıkartılması gerekir[9] ve böylelikle net tereke tespit edilir. Tespit edilen net terekeye bakım alacaklısının sağlararası ivazsız kazandırmalarından denkleştirmeye tabi olanlar (MK m. 669), bakım alacaklısının sağlararası ivazsız kazandırmalarından tenkise tabi olanlar (MK m. 508-565) ve hayat sigortası alım bedeli (MK m. 567) eklenir. Ortaya çıkan tereke değeri üzerinden serbest tasarruf oranı dikkate alınarak yapılan hesaplama neticesinde bakım alacaklısının saklı paylı mirasçılarının saklı paylarının ihlal edildiği sonucuna varılırsa MK m. 570'teki sıra izlenerek önce ölüme bağlı tasarruflar sonra ise sağlararası kazandırmalar tenkis edilir.

B. Sağlararası Kazandırmaların İvazsız Nitelikte Olması

MK m. 560 uyarınca saklı paylarını tam olarak elde edemeyen mirasçılar, mirasbırakanın serbest tasarruf oranını aşan tasarruflarının tenkisini dava edebilir. Söz konusu hükümde her ne kadar yalnızca mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarından bahsedilmiş olsa da MK m. 565 ve 570 hükümleri dikkate alındığında mirasbırakanın ölmeden önce yapmış olduğu sağlararası kazandırmalardan da bazılarının tenkise tabi tutulacağı sonucuna varılacaktır.

MK m. 565'e göre, denkleştirmeye tabi olmaktan kurtulan kazandırmalar, mirasbırakanın mirastan feragat karşılığı ödemiş olduğu ivaz, serbestçe dönme hakkının saklı tutulduğu bağışlamalar ve –adet üzerine verilenler hariç- mirasbırakanın ölmeden önce son bir yıl içinde yapmış olduğu bağışlamalar ve mirasbırakanın saklı payı etkisiz kılma amacıyla yapmış olduğu kazandırmalar da ölüme bağlı tasarruflar gibi tenkise tabi olacaktır. Anılan hükümde sınırlı sayıda belirtilmiş olan söz konusu kazandırmaların ortak özelliği ivazsız olmalarıdır[10]. Zaten bir ivaz karşılığı yapılmış olan sağlararası kazandırmalarda, kazandırmada bulunan kimsenin edimi karşılığında malvarlığına başka bir malvarlığı değeri girmiş olduğu için mirasbırakanın ölmeden önce yapmış olduğu ivazlı kazandırmalar tenkise tabi olmayacaktır. Dolayısıyla bu hususlar dikkate alındığında, ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında bakım

[9] MK m. 507/II gereğince, tasarruf edilebilir kısım hesaplanırken mirasbırakanın borçları, cenaze giderleri, terekenin mühürlenmesi ve yazım giderleri, mirasbırakanla birlikte yaşayan ve onun tarafından bakılan kimselerin üç aylık geçim giderleri terekeden indirilir.
Ayrıca bkz.: Fikret Eren ve İpek Yücer Aktürk, Türk *Miras Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2020) N. 745. Yazarlar MK m. 507/II'de sayılmamasına rağmen terekenin pasif kısmında ayrıca mirasbırakanın ölümünde henüz eğitim ve öğrenimini tamamlamamış olan veya sakat çocuklara paylaşmada hakkaniyete uygun olarak yapılacak ödemelerin ve MK m. 641/II kapsamında ana ve baba veya büyük ana ve büyük baba ile birlikte yaşayan ve emeklerini ve gelirlerini aileye özgüleyen ergin çocuklar ile torunlara verilecek tazminatın da yer alacağını belirtmişlerdir.

[10] Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku* (3. Bası, Filiz 1987) 381; Zahit İmre ve Hasan Erman, *Miras Hukuku* (15. Basım, Der 2021) 268; Sezer Çabri, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt-I* (On İki Levha, 2018) N. 1493; Bilge Öztan, *Miras Hukuku* (11. Bası, Yetkin 2020) 97; Cem Akbıyık, *Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukukundaki Yeri* (Alfa 1997) 74; Ahmet Nar, *Türk Miras Hukukunda Tenkis*, (On İki Levha 2016) 143-144.

alacaklısının bakım borçlusuna olan borcunu ifa etmek amacıyla yapmış olduğu sağlararası kazandırmaların tenkis edilebilmesi için anılan düzenlemelerden birinin kapsamında yer alarak kısmen veya tamamen ivazsızlık şartını sağlaması gerektiği sonucuna varılabilir.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin tarafları arasında borçlar hukukuna tabi olan bir sözleşme olduğu ihtimalde bakım alacaklısı, bakım borçlusuna bir ya da birden fazla malvarlığı değerini devretme borcu altına girmektedir. Bu sözleşme ile üstlenmiş olduğu devir borcu taşınmazlarda tapuya tescille, taşınırlarda zilyetliğin devri ile alacaklar bakımından ise alacağın devri ile gerçekleştirilir. İster borçlar hukukuna tabi isterse de miras hukukuna tabi bir ölünceye kadar bakma sözleşmesi olsun bakım alacaklısı söz konusu edimleri bakım borçlusunun kendisine ölünceye kadar bakma ve onu gözetme borcu karşılığında yerine getirmektedir. Başka bir ifade ile hem bakım alacaklısı hem de bakım borçlusu edimlerini ivaz elde etme düşüncesi ile yerine getirmektedir. Bu kapsamda ivazsız bir sağlararası kazandırmadan bahsedilemeyeceği için söz konusu kazandırmaların da MK m. 565 kapsamında tenkisi de mümkün olmayacaktır[11].

Diğer yandan, bir hukuki işlemin karşılıksız kazandırma vasfını taşıyabilmesi için o kazandırmanın tamamen karşılıksız olması gerekli değildir[12]. Kimi durumlarda karşılıksız kazandırmada bulunulan kimseye kısmi bir edimde bulunulmuş olabilir. Bu ihtimalde kısmi edimde bulunmuş olan kimsenin yerine getirmiş olduğu edimin karşı edimle karşılanmayan onun dışında kalan kısmı bağışlama teşkil edecektir ve bu ihtimalde yapılan işlem karma bağışlama olarak nitelendirilecektir[13].

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi de bağışlama sözleşmesi ile bir arada bulunabilir. Başka bir ifade ile, ölünceye kadar bakma sözleşmesi aynı zamanda bir karma bağışlama teşkil edebilir. Bu ihtimalde taraflar arasındaki sözleşmede edimin bir kısmı için ivaz tespit edilmiş ve diğer kısım için ise taraflar anlaşarak ivazsız kalmasını kararlaştırmışlardır[14]. Doktrindeki hakim görüş uyarınca, karma bağışlamanın varlığından bahsedebilmenin ilk şartı edimler arasında bir oransızlık

[11] Şahin (n 1)158.

[12] Akbıyık (n 10) 7.

[13] Akbıyık (n 10) 7. Karşılıksız kalan söz konusu kısmın bağışlama teşkil edebilmesi için bağışlama amacıyla yapılması gerektiği hususu da göz önünde bulundurulmalıdır.

[14] Kocayusufpaşaoğlu (n 10) 393.

veya değer farkının varlığıdır (objektif unsur)[15]. Edimler arasında sözleşmenin yapıldığı esnada oransızlığın olması halinde karma bağışlamanın varlığından söz edilebilir[16]. Edimler arasındaki oransızlığın hangi ölçüde olması gerektiği hususu ise doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş, edimler arasındaki değer farkının miktarının başka bir ifade ile az veya çok olmasının karma bağışlamanın varlığı bakımından herhangi bir önem taşımadığını savunmaktadır[17]. Başka bir görüş ise, karma bağışlamadan bahsedebilmek için edimler arasındaki oransızlığın önemli ölçüde olması gerektiğini belirtmiştir[18]. Kanaatimizce, ilk olarak anılan görüş daha isabetlidir. Doktrinde de belirtildiği üzere karma bağışlamanın varlığı için edimler arasındaki oransızlığın belli bir ölçüde olmasını aramak karma bağışlama kavramına yeni bir unsur eklemek anlamına gelebilir[19]. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus edimler arasındaki oransızlığın bağışlama amacıyla gerçekleştirilmiş olmasıdır[20].

Karma bağışlamanın varlığından bahsedilebilmesinin diğer şartı ise sözleşmenin tarafları arasında oransızlık teşkil eden başka bir ifade ile ivazsız olan kısmın taraflardan birine karşılıksız kazandırma yapma amacıyla bırakılacağı konusunda

[15] Kocayusufpaşaoğlu (n 10) 393; Akbıyık (n 10) 8,10-11; Eren ve Yücer Aktürk, (n 9) N. 846; Öztan (n 10) 103; Mustafa Dural ve Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku* (Filiz 2019) N. 1140; Fikret Eren, *Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası* (Sevinç 1973) 86; Arık (n 6) 286; Necip Bilge, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri* (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 1971) 428; M. Kemal Oğuzman, *Miras Hukuku* (5. Bası, Filiz 1991) 260; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, *Taşınır ve Taşınmaz Mülkiyetini Konu Alan Bağışlama Sözleşmesi* (2. Baskı, Adalet 2020) 361; Tülay Aydın Ünver, " Miras Bırakanın Yasa Gereği Denkleştirmeye Tabi Olan Kazandırmaları", *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan* (Filiz 2011) 111, 137; Wolf (n 7) 443-444; Akkök (n 6) 98-118; Kratz Brigitta, *Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts(1875-2015)* (Schulthess Verlag, 2016) Art. 239 N. 6; BGE 98 II 352, 357-358; BGE 126 III 171, 173.
Ayrıca bkz.: Balmelli Marco, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR* (3. Auflage, Schulthess 2016) Art. 521 N. 4. Yazar, bakım alacaklısı ile bakım borçlusunun edimleri arasında dengesizlik olması halinde karma bir ölünceye kadar bakma sözleşmesinin söz konusu olduğunu ve bu durumda sözleşmenin bağışlama hükümlerine tabi olacağını savunmaktadır.

[16] Kocayusufpaşaoğlu (n 10) 393, 397; Akbıyık (n 10) 15; Arık (n 6) 286; Brigitta (n 15) Art. 239 N. 6. Sözleşmenin yapıldığı esnada karşılıklı edimlerin değeri dikkate alınarak bir oransızlığın olup olmadığının belirleneceği ve dolayısıyla ekonomik şartlar değişip bir edimin diğerine karşı değer kazanması halinin kazandırmayı sonradan karşılıksız hale getirmeyeceği yönünde bkz.: Akbıyık (n 10) 15.

[17] Kocayusufpaşaoğlu (n 10) 394; Akbıyık (n 10) 22.

[18] İmre ve Erman (n 10) 276; Dural/Öz (n 15) N. 1140-1141; Öztan (n 10) 103,105; Şahin (n 1)166-167; Akartepe (n 1) 204, 208-209; Bülent Köprülü, *Miras Hukuku Dersleri* (2. Bası, Fakülteler 1985) 304. Ayrıca bkz.: Aydın Ünver (n 15) 137. Yazar, edimlerin arasındaki aşırı oransızlığın bilerek gerçekleştirilmiş ve mirasbırakanın karşılıksız kalan kısmın bağışlamayı amaçlamış olması gerektiğini belirtmiştir.

[19] Akbıyık (n 10) 22.

[20] Kocayusufpaşaoğlu (n 10) 394; Akbıyık (n 10) 22; Eren ve Yücer Aktürk (n 9) N. 846; Öztan (n 10) 103; Dural/Öz (n 15) N. 1140.

irade uyuşmasının olmasıdır[21]. Dolayısıyla anılan iki şartın bir arada bulunması halinde karma bağışlamanın varlığı kabul edilebilir. Bu noktada ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında bakım alacaklısının muhtemel yaşam süresi dikkate alındığında bakım alacaklısının yerine getirmiş olduğu edim ile bakım borçlusunun edimi arasında bakım borçlusu lehine bir oransızlık varsa ve söz konusu oransızlığın bakım borçlusuna terkine ilişkin bakım alacaklısının rıza göstermesi durumda bir karma bağışlamanın varlığından söz edilebilir [22].

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin bir karma bağışlama teşkil ettiği durumlarda söz konusu sözleşme bakımından tenkise tabi olacak kısım yalnızca ivazsız kazandırma teşkil edecek olan kısımdır[23]. İvazsız kazandırma teşkil eden kısım bakım alacaklısının muhtemel yaşam süresi dikkate alınarak hesaplanacaktır[24]. Bakım alacaklısının muhtemel yaşam süresi hesaplandıktan sonra bakım borçlusuna devredilmiş olan malvarlığı değeri ve sözleşmenin kurulduğu zamanki koşullar dikkate alındığında bakım alacaklısının ifa edebileceği muhtemel bir değer tespit edildikten sonra iki değer arasındaki fark tenkise tabi tutulacaktır[25].

Başka bir ihtimal olarak ise görünürde bir ölünceye kadar bakma sözleşmesi olsa da esasen taraflar arasında gizli bir bağışlama sözleşmesi olabilir. Bu durumda bakım alacaklısı ile bakım borçlusu arasında bir karma bağışlama değil muvazaalı bir bağışlama sözleşmesi vardır. Bu ihtimalde taraflar özünde bir bağışlama sözleşmesi olan hukuki işlemi ölünceye kadar bakma sözleşmesi olarak göstermek konusunda uzlaşmışlardır. Böyle bir durumda görünüşteki ölünceye kadar bakma sözleşmesi muvazaa sebebiyle kesin hükümsüz olacaktır[26]. Muvazaalı olan ölünceye kadar bakma sözleşmesinin ardındaki gizli bağışlama sözleşmesi bakımından ise sözleşmenin geçersizliğini etkileyen bir sebep olmadığı sürece söz konusu bağışlama sözleşmesi

[21] Kocayusufpaşaoğlu (n 10) 395; Akbıyık (n 10) 25; Dural ve Öz (n 15) N. 1140; Öztan, (n 10) 103; Eren (n 15) 86; Eren ve Yücer Aktürk (n 9) 846; Eren (n 6) 931; Arık (n 6) 286; Bilge (n 10) 428; Vardar Hamamcıoğlu (n 15) 362; Aydın Ünver (n 15) 137; Akkök (n 6) 98-118; Wolf (n 15) 444; Brigitta (n 15) Art. 239 N. 6; Bucher (n 6) 155; BGE 98 II 352, 357-358; BGE 126 III 171, 173.
Karma bağışlamanın tespiti kimi durumlarda çok kolay olmayabilir. Sözleşmede karşılıklı edimler arasında oransızlık olmasına rağmen söz konusu oransızlığın taraflardan birine bırakılması konusunda irade uyuşmasının varlığı açık olmayabilir. Bu durumda karma bağışlamanın varlığı edimler arasındaki dengesizliğin oranı, tarafların irade beyanlarının güven ilkesine ve somut olayın koşullarına göre ve karşı tarafın irade beyanına nasıl anlam vermesi gerektiği hususları yorumlanarak tespit edilebilir. Doktrinde savunulan bir görüş uyarınca, karşılıklı edimler arasındaki oransızlık önemli ölçüde olmadığı durumda taraflar arasında da söz konusu oransızlık bakımından bir irade uyuşmasının varlığı da beklenemeyecektir. Bu durumda değer farkının varlığı ya taraflarca fark edilememiştir ya da ölünceye kadar bakma sözleşmesinin varlığı halinde bakım borçlusu kendi edimi için daha yüksek bir karşılık takdir edildiğini düşünecektir. Karşılıklı edimler arasındaki oransızlık önemli ölçüde ise somut olayda aksini gösteren bir emare bulunmadığı sürece edimler arasında lehine oransızlık bulunan tarafın kendisine yapılan bu beyanı karma bağışlama olarak nitelendirmek gerekir. Bu yönde bkz.: Kocayusufpaşaoğlu (n 10) s. 394; Akbıyık (n 10) 34-36. Ayrıca bkz.: Brigitta (n 15) Art. 239 N. 7.

[22] Tunçomağ (n 2) 38; Oğuzman (n 15) 260; Çabri (n 10) N. 1524.

[23] Ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında bakım alacaklısı olan mirasbırakanın bakım borçlusuna karşılıksız olarak devretmiş olduğu kısmın tenkis edilebileceği yönünde bkz.: Kocayusufpaşaoğlu (n 10) 766; Çabri (n 10) N. 1524; Frédéric (n 6) Art. 525 N. 2. Aynı yönde bkz.: Marco (n 15) Art 525 N. 4.

[24] Tunçomağ (n 2) 155.

[25] Tunçomağ (n 2) 155-156.

[26] Muvazaanın sözleşmeye etkisi bakımından bkz. aşağıda dipnot 62'ye bağlı metin vd.

geçerli olarak kabul edilecektir ve bu sözleşme saklı paylı mirasçıların saklı paylarını ihlal ettiği oranda tenkise tabi olacaktır[27].

Ayrıca unutulmamalıdır ki MK m. 565 kapsamında tenkise tabi olan ivazsız bir sağlararası kazandırmanın olabilmesi hukuken geçerli bir kazandırma olması gerekmektedir[28]. Mirasbırakanın ölmeden önce yapmış olduğu sağlararası kazandırmanın geçersiz olması halinde anılan kazandırmanın konusu olan edim malvarlığından hiç çıkmamış olacağı için bu durumda kazandırmanın geçersizliğini ileri sürerek tamamen malvarlığına iadesi söz konusu olacaktır[29]. Dolayısıyla ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında gerçekleştirilen devrin geçersiz olması halinde saklı paylı mirasçılar tenkis davası açmak yerine geçersizlik sebebine bağlı olarak bakım alacaklısının ediminin tamamının terekeye iadesini sağlayabilirler. Özellikle ölünceye kadar bakma sözleşmesinin muvazaalı olduğu durumlarda saklı paylı mirasçılar tenkis davası yerine muvazaa sebebiyle sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek bakım alacaklısı mirasbırakanın karşı edim olarak bakım borçlusuna devretmiş olduğu malvarlığı değerinin tamamen terekeye iade edilmesini sağlayabilirler. Bu husus sonraki başlıklarda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

II. Bakım Alacaklısının Saklı Payı İhlal Kastı ile Yaptığı Kazandırmaların Özellikleri

MK m. 565/I b.4 uyarınca, mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yapmış olduğu kazandırmalar ölüme bağlı tasarruflar gibi tenkise tabi olur. Bu hüküm uyarınca sağlararası bir kazandırmanın tenkise tabi olabilmesi için söz konusu kazandırmanın saklı payları ihlal etmesinin yanında bir de kazandırma saklı paylı mirasçıların saklı paylarını zedeleme amacıyla yapılmış olmalıdır[30]. Sağlararası bir kazandırmanın MK m. 565/I b.4 uyarınca tenkis edilebilmesi için mirasbırakanın saklı payı etkisiz kılma kastı yeterlidir[31]; kazandırmanın mirasbırakanın ölümünden önceki bir yıl içinde yapılmış olması gerekli değildir. Benzeri şekilde, kazandırma lehdarının mirasçı ya da üçüncü bir kişin olması herhangi bir önem arz etmemektedir[32]. Bununla birlikte mirasbırakanın saklı payı etkisiz kılma amacı bulunmuyorsa o kazandırmanın MK m. 565/I b.4 uyarınca tenkisi de söz konusu olmayacaktır[33].

---

27 Kocayusufpaşaoğlu (n 10) 402.

28 Çabri (n 10) N. 1493. Ayrıca bkz.: Yargıtay 2 HD, 940/1234 4.3.1963 (Olgaç (n 1) 111).

29 Çabri (n 10) N. 1493.

30 MK m. 565/I b.4'ün İsviçre Medeni Kanunu'ndaki karşılığı olan 527. maddenin 4. fıkrası bakımından saklı payı ihlal kastı ile yapılmış olan sağlararası kazandırmaların objektif ve sübjektif unsuru bakımından bkz.: Wolf (n 15) 441.

31 İmre ve Erman (n 10) 274; Çabri (n 10) N. 1525,1527; Gökhan Antalya ve İpek Sağlam, *Miras Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2019) N. 1290.

32 Wolf (n 15) 439.

33 Çabri (n 10) 1525; Yargıtay 1 HD, 10437/13876 27.11.2012 (www.yargitay.gov.tr -Çevrimiçi- 21.02.2021) Anılan kararda Yargıtay tasarruf oranını aşan her kazandırmada saklı payı zedeleme kastının varlığından söz edilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Saklı payı ihlal edilmiş olan mirasçıların söz konusu tenkis talebinin başarıyla sonuçlanabilmesi için mirasbırakanın saklı pay kurallarını bertaraf etme kastının ispat edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda mirasbırakanın söz konusu kazandırmanın yapıldığı esnada diğer mirasçıların miras paylarının zarar göreceğini bilmesi ancak buna rağmen söz konusu kazandırmayı yapmasının ispatı yeterlidir[34]. Diğer yandan, mirasbırakanın söz konusu saklı pay kurallarını etkisiz kılma kastının kazandırma lehdarı tarafından bilinmesine veya bilinebilir olmasına gerek yoktur[35].

Mirasbırakanın saklı payı ihlal kastı saklı payı ihlal eden kazandırmanın yapıldığı an mevcut olmalıdır[36]. Bununla bağlantılı olarak, söz konusu kazandırmanın yapıldığı esnada mirasbırakanın saklı paylı mirasçısının bulunması gerekmektedir[37]. Dolayısıyla ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında bakım alacaklısının bakım borçlusu lehine gerçekleştirmiş olduğu kazandırma bakımından saklı payı etkisiz kılma kastının varlığından bahsedilebilmesi için bakım alacaklısının saklı paylı mirasçısı mevcut olmalıdır. En azından cenin şeklinde muhtemel bir saklı paylı mirasçı bulunmalıdır; aksi takdirde bakım alacaklısının saklı pay kurallarını bertaraf etme kastından bahsedilemeyecektir[38]. Yargıtay tarafından verilmiş olan bir karara[39] konu olayda mirasbırakan henüz davacıyla evlenmeden iki yıl önce taşınmazlarından birini ölünceye kadar bakma vaadi, bir diğerini ise satış suretiyle önceki eşinden olma çocuklarına devretmiştir. Yüksek Mahkeme temliklerin yapıldığı tarihte davacıyla evlilik olmadığı için mirasbırakanın saklı paya aşikâr bir tecavüz kastıyla hareket ettiğinden söz edilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Mirasbırakanın saklı paylı mirasçılarının saklı paylarını ihlal kastı söz konusu kazandırmanın yapıldığı zaman dikkate alınarak belirlenebilir. Mirasbırakanın söz konusu kazandırmayı yaptığı sıradaki ekonomik koşullarının sonradan olumsuz şekilde değişmesi o kazandırmanın MK m. 565/I b. 4 gereğince tenkisine sebep

[34] Kocayusufpaşaoğlu (n 10) 395; Eren ve Yücer Aktürk (n 9) N. 868; Çabri (n 10) N. 1528; Mehmet Ayan, *Miras Hukuku* (10. Baskı, Adalet 2020) 236-237; Öztan (n 10) 106; Dural/Öz (n 15) N. 1163; Akbıyık (n 10) 80; Eren (n 15) 93; K. Gültekin Tüfek, *Miras Hukukunda Tenkis ve İade Davaları*, (Olgaç Matbaası 1977) 149; Aydın Tekdoğan, "Sağlararası Tasarrufların Tenkisi", (2017) 12 (133) Terazi Hukuk Dergisi 86, 96; Nar (n 10) 188-189; BGE 128 III 314,317. Aynı yönde bkz.: K. Nuri Turanboy, *Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri* (Yetkin 2010) 96, 99; Fankhauser Roland, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht*, Art. 457-640 ZGB, (3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 527 N. 5; Paul Piotet, *Schweizeriches Privatrecht, Vierter Band, Erbrecht* (Helbing & Lichtenhahn 1978) 443; Wolf (n 15) 449.

[35] Serozan ve Engin (n 7) § 3 N. 49; Eren ve Yücer Aktürk (n 9) 869; İmre ve Erman (n 10) 274-275; Çabri (n 10) N. 1527; Dural ve Öz (n 15) N. 1162; Akbıyık (n 10) 80; Tunçomağ (n 2) 158; Eren (n 15) 94; Tüfek (n 34) 149; Tekdoğan (n 34) 96; Nar (n 10) 188; Vardar Hamamcıoğlu (n 15) 154; Minnig Yannick, *Orell Füssli Kommentar ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (3. Auflage, Orell Füssli 2016) Art. 527 N. 6; Roland *(n 34)* Art. 527 N. 5. Aynı yönde bkz.: Piotet (n 34) 444.

[36] Ali Naim İnan, Şeref Ertaş ve Hakan Albaş, *Miras Hukuku* (10. Bası, Seçkin 2019) N. 1168; Yannick (n 35) Art. 527 N. 6; Roland (n 34) Art. 527 N. 5; Wolf (n 15) 451; BGE 128 III 314, 317.

[37] Eren ve Yücer Aktürk (n 9) 868; Şahin (n 1) 169; Çabri (n 10) 1528; Turanboy (n 34) 98; Oğuzman, (n 15) 268; İnan,Ertaş ve Albaş (n 36) N. 1168; İmre ve Erman (n 10) 276; Wolf (n 15) 449; Nar (n 10) 190; Ali İhsan Özuğur, *Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları* (5. Baskı, Adalet 2015) s. 7; Eren (n 15) 93-94.

[38] Şahin (n 1) 169-170; Ayan (n 34) 237-238; Eren (n 15) s. 93; Nar (n 10) 191; İnan,Ertaş ve Albaş (n 36) N. 1168.

[39] Yargıtay 2 HD, 1990-10212/867, 22.01.1991 (Kazancı Hukuk- Çevrimiçi- 07.03.2021).

olmaz[40]. Zira bir kazandırmanın MK m. 565/I b. 4 uyarınca tenkis edilebilmesi için o kazandırmanın yapıldığı esnada mirasbırakanın saklı payı ihlal amacı mevcut olmalıdır[41]. Bu amaç mirasbırakanın ekonomik koşullarından bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Ancak mirasbırakan ileride ekonomik koşullarının bozulacağını biliyor veya öngörüyorsa ve söz konusu kazandırmasıyla gelecekte saklı payları ihlal edebileceğini öngörmesine rağmen tedbiren böyle bir kazandırmada bulunuyorsa bu durumda da mirasbırakanın saklı payı ihlal kastının mevcut olduğu sonucuna varılabilir[42].

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi bakım borçlusunun edimi karşılığında yalnızca mülkiyet devri değil sınırlı ayni hak tesisi[43], belirli malların kullanılması veya menfaatlerinin terk edilmesi[44] ya da alacağın temliki de mümkün olduğu için bu tarz kazandırmaların da saklı payı ihlal kastı ile karşılıksız yapılmaları halinde saklı paylı mirasçıların MK m. 565/I b.4 uyarınca tenkis talebinde bulunmaları mümkündür[45].

III. Bakım Alacaklısının Saklı Payı İhlal Kastına Karine Teşkil Eden Durumlar

A. Bakım Alacaklısının Özel Bakım İhtiyacının Olmaması

Yargıtay kararlarında ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında bakım alacaklısının saklı payı ihlal kastının var olabileceği hallerden birisi olarak bakım alacaklısının özel bakım ihtiyacı[46] tartışılmıştır. Bu konuyla alakalı Yargıtay tarafından verilen bir kararda ölünceye kadar bakma sözleşmesinin yapıldığı esnada bakım alacaklısının özel bakıma muhtaç olmaması ve sözleşmenin yapılmasından sonra kısa bir süre yaşaması halinde saklı pay kurallarını bertaraf kastının mevcut olmadığı sonucuna varılmıştır[47]. Ancak, benzeri nitelikte başka bir kararda ise ölünceye kadar bakma sözleşmesinin yapıldığı esnada mirasbırakanın özel bakımı gerektirir bir halde bulunmamasının ve davalı oğlunun ahlaken babasına bakmakla yükümlü olması sebebiyle tarafların muvazaalı bir davranış içerisinde oldukları ve mirasbırakan sonradan felç olsa bile başlangıçtaki saklı payı giderme kastının ortadan

[40] Çabri (n 10) N. 1529; Ayan (n 34) 238; Nar (n 10) 190; İnan, Ertaş ve Albaş (n 36) N. 1168; Eren (n 15) 94.

[41] Bu yönde bkz. yukarıda dipnot 36.

[42] Nar (n 10) 190; Turanboy (n 34) 99; İnan,Ertaş ve Albaş (n 36) N. 1168; Vardar Hamamcıoğlu, (n 15) 154.

[43] Mardin (n 6) 88; Eren (n 6) N. 2825.

[44] Arık (n 6)285; Marco (n 15) Art. 521 N. 5; Bauer (n 6) Art. 521 N. 3.

[45] Tunçomağ (n 2) 158. Aynı yönde bkz.: Kocayusufpaşaoğlu (n 10) 403; Akbıyık (n 10) 82; Eren (n 15) 100.

[46] Günay (n 2) 87-88; Tüfek (n 34) 154. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin kurulması sırasında özel bakıma muhtaç olunmamasının sözleşmenin saklı pay kurallarını bertaraf amacının varlığı için yeterli olmadığı yönünde bkz.: Antalya ve Sağlam (n 31) N. 1291.

[47] Yargıtay 2 HD, 1353/3152, 01.03.2007 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-12.03.2021). Aynı yönde bkz.: Yargıtay 2 HD, 4108/7469, 4.6.2002 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-12.03.2021); Yargıtay HGK, 1989-2-476/258 18.04.1990 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi- 12.03.2021).

kalkmayacağı sonucuna varılmıştır[48]. Bakım alacaklısının özel bakım gereksiniminin tartışıldığı diğer bir kararda[49] ise özel bakıma ihtiyaç duymayan siroz hastası bir kimse eşi tarafından özenle bakılmaktadır. Ancak mirasbırakan bir kısmı başka yerlerde oturan yedi çocuğu ile ölünceye kadar bakma akdi yapmış ve malvarlığının önemli bir kısmını aktarmıştır. Yargıtay bu durumları gözeterek mirasbırakanın ölünceye kadar bakma sözleşmesini eşin saklı payını bertaraf etmek amacıyla yaptığı sonucuna varmıştır.

Bakım alacaklısının özel bakım gereksinimin tartışılmış olduğu başka kararlarda ise Yargıtay, Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca ölünceye kadar bakma sözleşmesinden bahsedebilmek için bakım alacaklısı açısından aranan tek şartın onun gerçek kişi olması gerektiği, bakım alacaklısının özel bakıma muhtaç olması durumunun aranmasının ise yasal olarak öngörülmeyen bir şartın ilave edileceği anlamına geldiğini belirtmiştir[50]. Bu sebeple mirasçı olabilecek kimselerle yapılmış olan ölünceye kadar bakma sözleşmeleri bakımından bakım alacaklısının özel bakıma ihtiyacının bulunmamasının onun saklı payı ihlal amacı taşıdığının varlığı için yeterli olmadığı sonucuna varılmıştır. Hukuk Genel Kurulu da benzeri nitelikteki diğer bir kararında ölünceye kadar bakma sözleşmesi açısından özel bakım şartının aranmasının dahası özel bakım ihtiyacının mevcut olmadığı hallerde bakım alacaklısının mal kaçırma kastının kabul edilmesinin hakkaniyete aykırı olduğunu belirtmiştir[51].

B. Edimler Arası Dengesizlik

Bakım alacaklısının saklı payı ihlal etme kastının varlığı bakımından Yargıtay kararlarında tartışılan başka bir nokta ise temlik olunan şeyin geliri ile bakım unsuru arasında bir orantı olması gerekliliğidir[52]. Bu kapsamda, bakım alacaklısı temlik olunan şeyin geliri ile kendisinin bakımını başka biri tarafından sağlayabilecekse bu durumda bakım alacaklısının saklı payı ihlal etme kastından bahsedilebilecektir. Bundan başka bakım alacaklısının yerine getirdiği edimin değeri bakım borçlusunun

[48] Yargıtay 2 HD, 1986/9964, 13.11.1986 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-12.03.2021). Benzeri yönde bkz.: Yargıtay 2 HD, 291/1473, 21.02.1977 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-12.03.2021); Yargıtay 2 HD, 5750/6246, 31.10.1974 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-12.03.2021); Yargıtay 2 HD, 3927/3280, 14.04.1976 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-12.03.2021); Yargıtay HGK, 1979-2-283/12, 16.01.1981 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-12.03.2021). Son olarak anılan kararda Yargıtay, mirasbırakanın özel bakıma muhtaç olmadığını ve malvarlığının yarıya yakın kısmının eşe bağışlanması için makul ve haklı bir gerekçe olmadığını vurgulayarak mirasbırakanın söz konusu devir bakımından saklı payı etkisiz kılma kastının söz konusu olduğu sonucuna varmıştır.
Ayrıca bkz.: Yargıtay HGK, 1987-1-371/51, 27.01.1988 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-12.03.2021): Yargıtay anılan kararda ölünceye kadar bakma sözleşmesinin geçerliliği bakımından bakım alacaklısının özel bakıma muhtaç bulunması koşulunun yalnızca eşler arasında yapılan sözleşmeler bakımından geçerli olduğunu belirtmiştir.

[49] Yargıtay HGK, 1977-2-625/287, 3.4.1978 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi- 12.03.2021).

[50] Yargıtay 2 HD, 2838/3647, 17.03.2003 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-14.03.2021). Aynı yönde bkz.: Yargıtay 2 HD, 13722/15421, 7.12.2000 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-14.03.2021); Yargıtay 2 HD, 46/1689, 8.2.1990 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-14.03.2021); Yargıtay 2 HD, 1353/3152, 01.03.2007 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-14.03.2021); Yargıtay 2 HD, 5145/10933, 15.11.1990 (Akartepe (n 1) 238-239); Yargıtay 2 HD, 6121/12779, 11.12.1990 (Akartepe (n 1) 239-240).

[51] Yargıtay HGK, 1987-2-814/247, 16.03.1988 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-14.03.2021).

[52] Yargıtay 2 HD, 291/1473, 21.02.1977 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-14.03.2021); Yargıtay 2 HD, 1622/1743, 1.3.1977 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-14.03.2021). Aynı yönde bkz.: Tüfek (n 34) 154; Günay (n 2) 91-92.

ediminin kapitalize değerinden daha fazla ise edimler arasında bir oransızlık olduğu sonucuna varılacaktır[53].

Doktrinde bir görüş de eşlerin birbirlerine bakıp gözetme yükümlülükleri söz konusu olduğu için normalin üzerinde bir bakım gerektiği takdirde eşler arasında ölünceye kadar bakma sözleşmesinin söz konusu olabileceğini; bununla birlikte eşin kendi ödevi de göz önünde tutularak bütün verilen mallarla eşin kendi edimi kıyaslandığı takdirde iki edim arasında oransızlık bulunması halinde eşler arasındaki temliklerin tenkis edilebileceğini savunmaktadır[54].

C. Bakım Alacaklısının Malvarlığının Tamamı veya Tamamına Yakınını Devri

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında bakım alacaklısının malvarlığının tamamını ya da tamamına yakın bir kısmını bakım borçlusuna devretmesi halinde de bakım alacaklısının saklı payı ihlal kastının varlığından bahsedilir[55]. Yukarıda anılan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilmiş olan kararda[56], eşi tarafından bakım ve gözetimi sağlanan bir siroz hastası, ona bakan eşi ile değil de başka eşten doğmuş olan yedi çocuğu ile ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapmış ve malvarlığının önemli bir kısmını bu yolla devretmiştir. Bakım alacaklısı bir süre sonra ise bir kısım taşınmazlar üzerinde ipotek tesis etmiştir. Yüksek Mahkeme bir kimsenin geliri ile kendisine baktırması mümkünken ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile malvarlığının önemli bir kısmını çocuklarına aktarmasının iyiniyetli olmadığını gösteren bir delil olduğu ve ölünceye kadar bakma sözleşmesinin sırf eşin saklı payını ihlal kastı ile yapıldığının yoruma ihtiyaç gerektirmeyecek bir biçimde açık olduğu ve tenkis hükümleri gereğince işlem yapılması gerektiği sonucuna varmıştır. Benzeri nitelikteki bir karara[57] konu olan uyuşmazlıkta ise bakım alacaklısı ölünceye kadar bakma sözleşmesi uyarınca malvarlığının tamamını bakım borçlusu olan davalıya devretmiştir. Yargıtay bakım alacaklısının özel bakıma ihtiyacı olmaması ve malvarlığının hepsini bakım alacaklısına devretmesi sebebiyle ölünceye kadar bakma sözleşmesinin saklı payı zedeleme amacına

[53] Eren (n 15) 98; Bauer (n 6) Art. 525 N. 5. Yargıtay 1 HD, 2016-10444/4121, 26.06.2009 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-17.03.2021): *"... Somut olaya gelince; mirasbırakan adına kayıtlı dava dışı taşınmazların dava tarihindeki değerleri toplamı 155.707.88 TL, çekişme konusu davalıya devredilen taşınmazların dava tarihindeki değerleri toplamı ise; 274.242.8 TL olup,yukarıda değinilen ilkeler ve olgular gözetildiğinde, davalıya yapılan temlikler bakımından makul sınırın aşıldığı, mirasbırakanın çekişmeli taşınmazlardan bir kısmını devrederek bakımını sağlayabilecek iken, adına kayıtlı taşınmazlarından çok değerli olanları devrettiği, bu nedenle temliklerin mirasçılardan mal kaçırma amaçlı olarak yapıldığının kabulü gerekmektedir…".*

[54] Dalamanlı (n 1)131.

[55] Günay (n 2) 88-89,91-92; Öztan (n 10) 107; Tüfek (n 34)151; Özuğur (n 37) 8.

[56] Yargıtay HGK, 1977-2-625/287, 03.04.1978 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-19.02.2021). Aynı yönde bkz.: Yargıtay 2 HD, 5750/6246, 31.10.1974 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-19.02.2021); Yargıtay 2 HD, 6716/7776, 4.10.1985 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-19.02.2021): *"Miras bırakanın tüm mal varlığını davalılara temlik etmiş olması ve tapudaki satış bedelleri ile gerçek değerleri arasında fahiş (Açık) fark bulunması, temlikin davacıdan mal kaçırma, başka bir anlatımla saklı payı zedeleme kastıyla hareket edildiğinin objektif delilleridir."*

[57] Yargıtay 2 HD, 3027/3280, 14.04.1976 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-21.02.2021). Aynı yönde bkz.: Yargıtay 2 HD, 5750/6246, 31.10.1974 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-21.02.2021).

yönelik olduğunu kabul etmiştir. Aynı nitelikte başka bir karara[58] konu uyuşmazlıkta ise mirasbırakan ölümünden bir hafta önce bütün malvarlığını ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında eşine devretmiştir. Yüksek mahkeme mirasbırakanın hastalık durumu ve oğluyla arasının açık olması sebebiyle mirasbırakanın saklı payı ihlal kastının olduğu sonucuna varmıştır.

Aynı hususun tartışıldığı bazı kararlarda ise Yargıtay bir kimsenin malvarlığının tümünü ya da ona yakın bir kısmını ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile başkasına devretmesinin olayların akışına ters düştüğü takdirde gizli bağış niteliği taşıdığı sonucuna varmıştır[59]. Bu kapsamda Yargıtay anılan kararların birinde bakım alacaklısının bakım borçlusuna devretmiş olduğu taşınmazların değerinin terekenin değerinin altı katından fazla olduğu durumun "olayların akışına ters düştüğü" ve dolayısıyla gizli bağış niteliği taşıdığını belirtmiştir[60].

D. Değerlendirme

Yargı kararları uyarınca belirli durumların varlığı halinde karine olarak bakım alacaklısının saklı payı ihlal kastı ile hareket ettiği sonucuna varılmıştır. Bu hallerden biri bakım alacaklısının özel bakım ihtiyacı içerisinde olmasıdır. Yargıtay bazı kararlarında sözleşmenin kurulması esnasında bakım alacaklısının özel bakım ihtiyacı içerisinde olması gerekliliğini belirtmişken diğer bazı kararlarında böyle bir gereklilikten bahsedilmemiştir. Kanaatimizce sözleşmenin geçerliliği bakımından bakım alacaklısının ölünceye kadar bakma sözleşmesinin kurulması esnasında özel bakım ihtiyacı içerisinde olmasına gerek yoktur. Zira ölünceye kadar bakma sözleşmesinin BK m 611'de yer alan yasal tanımı incelendiğinde sözleşmenin kurulması bakımından böyle bir gereklilikten bahsedilmediği görülmektedir. BK m 611'de yalnızca bakım alacaklısının bakılıp gözetilmesinden bahsedilmiştir. Dolayısıyla yasal olarak böyle bir gereklilik aranmamışken yine de sözleşmenin kurulması esnasında özel bakım ihtiyacının varlığını aramak ölünceye kadar bakma sözleşmesinin kurulabilmesi için ek bir şart getirmek anlamına gelecektir[61].

---

58 Yargıtay HGK, 1972-2-173/97, 9.2.1974 (Olgaç (n 1) 117).

59 Yargıtay 2 HD, 291/1473, 21.02.1977 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-30.03.2021); Yargıtay 2 HD, 1622/1743, 1.3.1977 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-30.03.2021).

60 Yargıtay 2 HD, 291/1473, 21.02.1977 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-31.03.2021): " *Öte yandan temlik edilen şeyin geliri ile hizmet karşılığı arasında adil bir nisbetin bulunması icap eder. Zira, temlikte bulunan kişi gelirinin bir kısmı ile zaten bu bakım görevini davalı tarafa veya üçüncü bir kişiye yaptırabilir. Buna rağmen büyük bir servetin nakline yol açacak şekilde bir muameleye başvurması gerçek anlamıyla ölünceye kadar bakma sözleşmesi olarak kabul olunamaz. Böyle bir tutum saklı payı giderme kastının objektif delili sayılır. Temlik edilen taşınmazların değeri 580.000 TL. dır.*
Diğer taraftan, bir kimsenin mal varlığının tümünü veya ona yakın bir kısmını ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile başkasına devretmesi hali de olayların akışına ters düştüğü takdirde gizli bağış niteliği taşır. Nitekim temlik dışı tereke 90.000 TL. olup, ölünceye kadar bakma adı altında verilen taşınmazların değerinin altıda birinden azdır."

61 Bakım alacaklısının sözleşmenin kurulması esnasında özel bakım ihtiyacı içerisinde olması yasal olarak bir gereklilik olmamakla birlikte; özel bakım ihtiyacı içerisinde olmayan bir kimsenin ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapması ve sözleşmenin diğer tarafının da bakım alacaklısının bakım ihtiyacının olmaması sebebiyle bakım borcunu yerine getirmemesi halinde sözleşmenin muvazaalı olması hususu gündeme gelebilir.
Ayrıca bkz.: Eviz (6) 97 vd. Yazar, sözleşmenin devamı esnasında mirasbırakanın sözleşmeye aykırılık sebebiyle bakım borçlusu aleyhine dava açmaması halinde sözleşmenin ivazlı olduğunu ve bakım borcunun yerine getirildiğini kabul etmektedir.

Yargı kararları uyarınca bakım alacaklısının saklı payı ihlal kastının varlığına karine teşkil eden diğer durumlar ise edimler arası oransızlık ve bakım alacaklısının malvarlığının tamamını ya da büyük bir kısmını bakım borçlusuna devretmesidir. Kanaatimizce yalnızca bakım alacaklısı ile bakım borçlusunun edimleri arasında bir dengesizliğin bulunması ya da bakım alacaklısının malvarlığının tamamını veya büyük bir kısmını bakım borçlusuna devretmiş olması durumu göz önünde bulundurularak bakım alacaklısının saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla hareket ettiği sonucuna varmak doğru olmayacaktır. Şöyle ki, bakım alacaklısı ve bakım borçlusunun edimleri arasında bir oransızlık olması ölünceye kadar bakma sözleşmesinin karma bağışlama niteliğini haiz olduğuna işaret eden bir durumdur. Ancak ölünceye kadar bakma sözleşmesinin karma bağışlama niteliğini haiz olması bakım alacaklısının mutlaka saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla hareket ettiği sonucunu doğurmaz. Diğer yandan bakım alacaklısının malvarlığında tek bir malvarlığı değerinin mevcut olduğu bir durumda bu malvarlığı değeri bakım alacaklısının ölünceye kadar bakma sözleşmesinden doğan borcu bakımından karşı edim niteliğini haiz olabilir. Benzeri şekilde somut olayda bakım alacaklısı ancak malvarlığının büyük bir kısmını bakım alacaklısına devrederek ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında borcunu ifa edebilecek durumda olabilir. Dolayısıyla bu ihtimallerde bakım alacaklısı malvarlığının tamamını ya da büyük bir kısmını bakım borçlusuna devretmiş olsa da saklı payı ihlal kastı ile hareket etmediği aşikardır. Yargı kararları uyarınca saklı payı ihlal kastına karine teşkil eden her iki durum bakımından da bakım alacaklısının bu amaçla hareket ettiği sonucuna varabilmek için somut olayın özellikleri dikkate alınarak saklı payı ihlal kastını gösteren başka hususların varlığı aranmalıdır. Örneğin, bakım alacaklısı ile bakım borçlusunun edimleri arasındaki oransızlığın mevcut olduğu bir ölünceye kadar bakma sözleşmesinin varlığı ihtimalinde bakım alacaklısı malvarlığının tümünü bakım borçlusuna devretmişse ve yakın çevresine yıllardır görüşmediği ve bir türlü boşanamadığı eşinin mirasından pay almasını istemediğini belirtmişse bu durumda bakım alacaklısının saklı payı ihlal kastı ile hareket ettiği sonucuna varılabilir.

IV. Bakım Alacaklısının Saklı Payı İhlal Kastı ile Yaptığı Kazandırmaların Muvazaa Açısından Değerlendirilmesi

Bakım alacaklısının saklı pay kurallarını ihlal etmek amacı ile yapmış olduğu karşılıksız kazandırmaların bir kısmı -muris muvazaası olarak anılan- muvazaalı temliklerden oluşmaktadır. Örneğin, ölümü halinde çocuklarının mirasından hiçbir pay almasını istemeyen bir baba bir arkadaşı ile bağışlama sözleşmesi yapmak yerine ölünceye kadar bakma sözleşmesi yaparak malvarlığındaki tüm taşınmazları ona devredebilir. Bu durumda tarafların esas amacı bağışlama sözleşmesi yapmaktadır. Ancak söz konusu bağışlama sözleşmesi ölünceye kadar bakma sözleşmesinin

arkasına gizlenmiştir. Doktrindeki hakim fikir[62] ve Yargı kararları[63] uyarınca bu durumda görünüşteki ölünceye kadar bakma sözleşmesi muvazaa sebebiyle geçersizdir; gizli bağışlama sözleşmesi ise geçerlidir. Ancak gizli işlemin şekle tabi olduğu durumlarda söz konusu işlemin geçerli olarak kabul edilebilmesi için yasal olarak öngörülen şekilde yapılması gerekmektedir[64]. Örnekte olduğu gibi bakım alacaklısının ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında tüm taşınmazlarını bakım borçlusu arkadaşına devretmesi halinde görünüşteki ölünceye kadar bakma sözleşmesi muvazaa sebebiyle geçersiz olacaktır. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin altında

62 Eren ve Yücer Aktürk (n 9) N. 872; İmre ve Erman (n 10) 295; Kocayusufpaşaoğlu (n 10). 396; Ayan (n 34) 240; Öztan (n 10) 108; Dural ve Öz (n 15) N. 1143; Eren (n 15) 95; Köprülü, (n 18) 309; İnan,Ertaş ve Albaş (n 36) N. 1137; Antalya ve Sağlam (n 31) N. 1294; Çabri (n 10) 1535; Serozan ve Engin (n 7)§3 N. 30; Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt:1-2*, Cevat Edege (Çev) (Yargıtay 1983) 274; Murat Topuz, "Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaasının Varlığını Gösteren Emareler" (2016) 15(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, Cilt II*) 709, 713; Süleyman Yılmaz, *Muris Muvazaası* (Yetkin 2021) 110, 116,145; Rona Serozan, Başak Baysal ve Kerem Cem Sanlı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (3. Bası, On İki Levha 2018) N. 995.

63 Yargıtay İBGK, 1/2, 1.4.1974 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi- 01.04.2021): "…*Muvazaa nedeniyle satış sözleşmesi geçersiz sayılsa bile gizli hibe akti geçerli olacağından mirasçının Borçlar Kanunu`nun 18. maddesine dayanarak açacağı davada yarar bulunmadığı ve bu nedenle bir sonuç doğurmayacağı düşüncesini de kabul etmek olanaksızdır. Gerçekten böyle bir davayı açacak kimsenin, davada yararının bulunması zorunludur. Ve ilke olarak da gizli akit geçerlidir. Ancak gizli aktin geçerli sayılabilmesi için tüm koşulların oluşmuş olması zorunludur. İçtihadı birleştirmeye konu, tapuda kayıtlı bir taşınmaz malın muvazaalı olarak satışıdır. Böyle bir durumda gizli aktin geçerli sayılabilmesi için gizli akit, biçim koşuluna (şekil şartına) bağlı ise biçim koşulunun da gerçekleşmiş olmasında zorunluluk vardır. Aksi durumda hibe sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Çünkü tapu memuru önünde açıklanan irade, bir ivaz karşılığı mülkiyetin aktarılması iradesidir ki, sadece bu iradeye resmiyet verilmiştir. Satışa ilişkin resmi işlemin gizli akti de içine alacağı kabul edilemez*… ". Benzeri yönde bkz.: Yargıtay İBGK, 1989-1/2, 16.03.1990 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi- 01.04.2021); Yargıtay 1 HD, 86/609, 23.01.2002 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-01.04.2021); Yargıtay 1 HD, 2018-276/3741, 14.07.2020 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-01.04.2021); Yargıtay 1 HD, 2016-6758/3627, 8.7.2020 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-01.04.2021); Yargıtay 1 HD, 2016-11011/4023, 20.06.2019 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-01.04.2021); Yargıtay 1 HD, 5387/8782, 2.7.1992 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-01.04.2021); Yargıtay HGK, 1-251/245, 28.04.1999 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi- 01.04.2021); Yargıtay 1 HD, 6959/7595, 13.06.2002 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-01.04.2021).

64 İmre ve Erman (n 10) 295; Ayan (n 10) 240; Dural ve Öz (n 15) 1145; Eren (n 15) 95; Beşir Acabey, "Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaası", Tuğçe Tuzcuoğlu ve A. Hulki Cihan (eds), *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri 8-9 Kasım 2018* (On İki Levha 2019) 471, 478; Antalya ve Sağlam (n 31) N. 1294; Serozan, Baysal ve Sanlı, (n 61) N. 995.

gizlenen bağışlama sözleşmesi ise şekle aykırı[65] olduğu için geçersiz olacaktır[66]. Bu durumda gizli bağışlama sözleşmesine dayanılarak gerçekleştirilen devrin tenkisi de söz konusu olmayacaktır. Zira bir kazandırmanın tenkise tabi olabilmesi için söz konusu kazandırmanın geçerli olması gerekir[67]. Örnekteki bağışlama sözleşmesi şekle aykırı olduğu için bu sözleşmeye dayanılarak tapuda gerçekleştirilmiş olan tescil de yolsuz bir tescil olacaktır. Dolayısıyla bu ihtimalde saklı paylı olsun ya da olmasın mirasbırakanın mirasçıları[68] MK m. 1025 uyarınca tapu sicilinin düzeltilmesi davası açarak sözleşmeye konu olan taşınmazların tamamen terekeye iadesini[69] sağlayabilirler[70]. Ancak ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapılmış olmasına rağmen taşınmazın devri gerçekleşmediği ihtimalde tapu kaydının düzeltilmesi söz konusu olmayacaktır[71].

---

65 BK m 288/II uyarınca, bir taşınmazın veya taşınmaz üzerindeki ayni bir hakkın bağışlanması söz vermenin geçerliliği, ancak resmi şekilde yapılmış olmasına bağlıdır.
Ancak şekle aykırılığın ileri sürülmesi MK m. 2 kapsamında hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa söz konusu sözleşme geçerli hale gelmiş sayılır. Bu durumda söz konusu sözleşme uyarınca yapılan devir tapu kaydının düzeltilmesi yoluyla terekeye iade edilemeyecektir. Saklı paylı mirasçıların bu ihtimalde izleyebileceği tek yol MK m. 565/I b. 3 veya b. 4 uyarınca tenkis talebinde bulunmaktır. Bu yönde bkz.: Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku 2. ve 3. Basılara Ek Kitap* (Filiz 1992) 27-28.
Ayrıca bkz.: Yaşar Karayalçın, *Mirasbırakanın Muvazaası mı? Tasarruf Özgürlüğü ve Saklı Payın Korunması mı?* (Turhan 2000) 57. Yazar, muvazaalı bir satışın varlığı halinde görünürde satış sözleşmesinin gerçekte de bir bağışlama sözleşmesinin mevcut olduğu hallerde tarafların taşınmaz üzerinde mülkiyeti devir iradesini resmi şekle uygun olarak yetkili makam önünde beyan ettiğini, bu sebeple bağış yerine satış kelimesinin kullanılmasının taşınmazın mülkiyeti bakımından geçersizlik sebebi sayılamayacağını belirtmektedir.

66 Yargıtay kararları ve doktrinde kabul edildiği üzere muvazaalı satış ya da ölünceye kadar bakma sözleşmesinin arkasındaki gizli bağışlama sözleşmesine dayanılarak gerçekleştirilmiş olan taşınmaz devrinin şekle aykırılık sebebiyle hükümsüz sayılması bazı durumlarda mirasbırakanın iradesiyle uyuşmayabilir. Şöyle ki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir karar uyarınca mirasbırakan sağlığında mirasçıları ile paylaştırma amacıyla muvazaalı işlemlerle malvarlığı devrinde bulunduğu ihtimalde mirasçılar arasında dengeli bir şekilde paylaşım yapıldığı takdirde, paylaştırılan değerler arasında makul ölçüde bir farklılık olsa bile mirasbırakanın mirasçılardan mal kaçırma ve onları aldatma kastı olmadığı için muris muvazaasından söz edilemeyecektir. Dolayısıyla böyle bir durumda söz konusu taşınmaz devri şekle aykırı olsa bile mirasbırakanın mirasçılarından mal kaçırma kastından bahsedilemeyeceği için muris muvazaasından bahsedilemeyecek ve tapu kaydının düzeltilmesi yoluna gidilemeyecektir. Bu yönde bkz.: İmre ve Erman (n 10) 297-298; Yargıtay HGK, 1-295/333, 16.06.2010 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-10.04.2021). Aynı yönde bkz.: Yargıtay 1 HD, 4662/8144, 28.06.2012 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-10.04.2021); Yargıtay 1 HD, 6777/7862, 11.07.2007 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-10.04.2021); Yargıtay 1 HD, 6406/7841, 5.7.2006 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-10.04.2021); Yargıtay 1 HD, 1996-16152/631, 22.01.1997 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-10.04.2021); Yargıtay 1. HD, 1.3.2006, E. 2005/14705, K. 2006/2028 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi 10.04.2021).
Bu uygulamanın yasal dayanağı olmadığı yönünde bkz.: Dural ve Öz (n 15) N. 1156.

67 Eren ve Yücer Aktürk (n 9) N. 872; İmre ve Erman (n 10) 299; Akbıyık (n 10) 82; Eren (n 15) 95-96.

68 Ayrıca bkz.: Yargıtay İBGK, 1/2, 1.4.1974 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-1.4.2021). Yargıtay anılan kararda, bir kimsenin mirasçısını miras hakkından yoksun etmek amacıyla yapmış olduğu muvazaalı işleme karşı saklı pay sahibi olsun ya da olmasın miras hakkı çiğnenen tüm mirasçıların görünüşteki işlemin muvazaalı olduğu, gizli sağış sözleşmesinin de şekle aykırı olduğunu ileri sürerek dava açabilecekleri sonucuna varmıştır. Doktrinde ise bu karar, mirasbırakanın tasarruf nisabı içerisinde serbestçe tasarruf edebileceği ve bu anlamda mirasçılarından mal kaçırma kastından bahsedilemeyeceği; saklı payı olmayan mirasçının mirasbırakanın tasarruflarına karşı hukuken korunan hakları olmadığı; bu sebeple haklarına tecavüzden dolayı dava hakkından söz edilemeyeceği ve "mirasçıyı miras hakkından yoksun etme" sözünün ancak saklı paylı mirasçılar için bir anlam ifade edeceği yönünde eleştirilmektedir. Bu yönde bkz.: Oğuzman (n 15) 263; Kocayusufpaşaoğlu (n 64) 27-28. Kanaatimizce de hukukumuzda yalnızca saklı paylı mirasçıların mirasbırakana karşı hukuken korunan hakları olduğu için "mirasçıdan mal kaçırma" ve "mirasçıyı miras hakkından yoksun etme" ifadesi yalnızca saklı paylı mirasçılar bakımından hüküm ifade etmelidir.

69 Muvazaa sebebiyle açılacak olan tapu kaydının düzeltilmesi davasının başarıyla sonuçlanması halinde dava konusu taşınmaz tamamen terekeye iade olacaktır. Ancak Yargıtay tarafından verilmiş olan bir kararda muris muvazaası hukuksal nedenine dayanılarak açılan davalarda tapu iptal ve tescili istenebileceği gibi tazminat da istenebileceğini kabul edilmiştir. Bu yönde bkz.: Yargıtay 1 HD, 580/2568, 8.3.2012 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-12.04.2021).

70 Eren ve Yücer Aktürk (n 9) N. 872; Serozan ve Engin, (n 7) §3 N. 30; İmre ve Erman (n 10) 295-296; Öztan (n 10) 108; Dural ve Öz (n 15) N. 1145; Eren (n 15) 96; Çabri (n 10) N. 1535. Aynı yönde bkz.: Ayan (n 34) 241.

71 Ayan (n 34) 242; Yargıtay 1 HD, 2009-12612/3260, 23.03.2010(Kazancı Hukuk-Çevrimiçi- 13.04.2021).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1974 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda[72] yalnızca tapuya kayıtlı taşınmaz bakımından uygulanacağı sonucuna varmıştır. Muvazaalı sözleşmenin arkasındaki işlemin şekle tabi olmaması halinde ise saklı paylı mirasçıların muris muvazaası sebebiyle iptal davası açma imkanı söz konusu değildir[73]. Ancak şartların varlığı halinde MK m. 565/I b.4 uyarınca tenkis talebinde bulunması mümkündür. Örneğin, muvazaalı bir ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında bakım alacaklısı saklı paylı mirasçılarının haklarını zedelemek kastıyla malvarlığında yer alan antika bir vazonun zilyetliğini bir arkadaşına devretmiş olabilir. Bu durumda ölünceye kadar bakma sözleşmesi muvazaa sebebiyle geçersiz olacaktır. Bu sözleşmenin arkasında gizlenen elden bağışlama ise şekle tabi olmadığı için geçerli olacaktır. Bakım alacaklısı vefat ettiğinde saklı paylı mirasçılar saklı paylarını ihlal eden söz konusu devir için TBK m 615/III'e dayanarak MK m. 565/I b.4 uyarınca tenkis davası açabilirler. Mirasbırakanın yapmış olduğu kazandırma bakımından saklı payı ihlal kastı söz konusu olmadığı ya da ispat edilemediği durumda tenkis davası MK m. 565/I b.3'e dayandırılabilir[74].

Mirasbırakanın mirasçılarından mal kaçırmak amacıyla yapmış olduğu bir ölünceye kadar bakma sözleşmesi ile bağlantılı olarak gerçekleştirmiş olduğu devirlerin muvazaalı olup olmadığının değerlendirilmesi bakımından Yargıtay mirasbırakanın yaşı, fiziki durumu, içinde yaşadığı ailenin genel durumu, aile ilişkileri, temlik edilen malvarlığı değerinin tüm malvarlığına oranını birlikte değerlendirerek gerçek temlik nedenini araştırmıştır[75]. Yapılan değerlendirme neticesinde bakım alacaklısı mirasbırakanın söz konusu devri mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla yaptığı ve bağış amacının üstün tutulduğu sonucuna ulaşıldığında ise söz konusu devrin muvazaalı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

---

72 Yargıtay HGK, 4-359/405, 8.6.2011 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021).

73 Bu durumda gizli işlemin geçerli kalacağı yönünde bkz.: Yılmaz (n 61) 111.

74 Eren ve Yücer Aktürk (n 9) N. 873.

75 Yargıtay 14 HD, 4324/5566, 29.04.2008 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021); Yargıtay 1 HD, 2016-10225/228, 16.01.2020 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021); Yargıtay 1 HD, 2016-12820/ 171, 14.01.2020 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021); Yargıtay 1 HD, 2016-11619-/5628, 4.11.2019 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021); Yargıtay 14 HD, 2017-2073/4654, 22.05.2019 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021); Yargıtay HGK, 2017-1211/377, 28.03.2019 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021); Yargıtay 14 HD, 2016-10120/314, 14.01.2019 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021); Yargıtay 1 HD, 537/980, 19.02.2018 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021); Yargıtay 1 HD, 2015-705/3889, 5.7.2017 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021); Yargıtay 1 HD, 2015-15564, /2264, 25.02.2016 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021); Yargıtay 1 HD, 2014-13563/561, 20.01.2016 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021); Yargıtay 1 HD, 2014-9824/10454, 7.9.2015 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021); Yargıtay 1 HD, 2013-14562/312, 15.01.2014 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021); Yargıtay 1 HD, 2585/6582, 5.6.2012 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021); Yargıtay 1 HD, 11277/10644, 20.10.2011 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021); Yargıtay HGK, 1-61/107, 4.3.2009 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021); Yargıtay HGK, 1-636/650, 22.10.2008 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021); Yargıtay 1 HD, 6629/8538, 7.7.2008 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021);Yargıtay 1 HD, 12445/13020, 25.12.2006 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021); Yargıtay 1 HD, 6540/6940, 8.6.2005 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021); Yargıtay 1 HD, 13977/14449, 27.12.2004 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021); Yargıtay HGK, 1992-1-780/146, 7.4.1993 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021).

Muvazaa iddiasının söz konusu olduğu bir kararda[76] bakım alacaklısı mirasbırakan önce 2008 yılında sonra 2009 yılında davalı ile ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapmış ve söz konusu sözleşmelere istinaden bakım alacaklısı bakım borçlusuna taşınmazlarından bir kısmını devretmiştir. Davacılar ise muris muvazaası sebebiyle tapu iptali ve tescil, mümkün olmazsa tenkis isteğine ilişkin dava açmışlardır. Yargıtay vermiş olduğu kararda 2008 yılında yapılmış olan sözleşme ile bakım alacaklısının bakım ve gözetimini garanti altına aldığı için bu davanın reddi gerektiğine; 2009 yılında yapılan sözleşme ile devredilen taşınmazların değeri dikkate alındığında bakım alacaklısının daha önce oluşturduğu dengeyi bozarak mirasçılardan mal kaçırma amacıyla hareket ettiği için davanın bu kısmının ise kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Bir diğer karara[77] konu olan uyuşmazlıkta ise mirasbırakan yapmış olduğu bir ölünceye kadar bakma sözleşmesine istinaden malvarlığında yer alan en değerli taşınmazını bakım borçlusuna devretmiştir. Yargıtay bakım alacaklısının yaşlı olmasına rağmen bakıma muhtaç olmadığı ve kaldı ki bakım borçlusu tarafından bakılmadığı, işlerini kendisi yaptığı, davalı kızının geçim masraflarını ve kirasını ödediği tespit edildiği için bakım alacaklısı mirasbırakanın asıl amacının davalı bakım borçlusuna bağış yapmak olduğu sonucuna varmış ve ölünceye kadar bakma sözleşmesinin muvazaa sebebiyle gizlenen bağışlama sözleşmesinin ise şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olduğunu belirtmiştir. Başka bir ifade ile Yargıtay yalnızca bakım alacaklısının bağışlama yapma amacından yola çıkarak muvazaa sebebiyle sözleşmenin geçersiz olduğu sonucuna varılmıştır. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu başka bir kararda da bakım alacaklısının eşi ve çocukları olmasına rağmen kendinden 26 yaş küçük bir kimseye ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında tek ve çok değerli olan malvarlığını devretmesinin mantıklı olmadığını ve bu sebeple söz konusu devrin mirasçılardan mal kaçırma amaçlı ve muvazaalı olduğu sonucuna varmıştır[78].

Bakım alacaklısının mirasçılarından mal kaçırmak amacıyla ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında gerçekleştirdiği devirlere ilişkin yukarıda anılan kararlarda muvazaa iddiasının incelenmesi bakımından Yargıtay genellikle mirasçılardan mal kaçırma kastına ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur. Şöyle ki, anılan kararlarda bakım alacaklısının yaşı, fiziki durumu, aile ilişkileri, devretmiş olduğu malvarlığının değeri ve söz konusu malvarlığı değerinin bakım alacaklısının tüm malvarlığına oranı değerlendirildiğinde bakım alacaklısının mirasçılardan mal kaçırma saikiyle hareket ettiği tespit edilen devirlerde söz konusu devrin iptali gerektiği sonucuna varılmıştır. Kimi kararlarda da bakım alacaklısı mirasbırakanın özel bakım ihtiyacı, bakım borçlusunun eş olması hali, bakım alacaklısı ile bakım borçlusu arasındaki

[76] Yargıtay 1 HD, 2016-15486/1151, 20.02.2020 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-16.04.2021). Aynı yönde bkz.: Yargıtay 1 HD, 2016-17172/1556 4.3.2020 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-16.04.2021).

[77] Yargıtay 1 HD, 5085/7301, 29.05.1992 (Akartepe (n 1) 297-298).

[78] Yargıtay 1 HD, 2008-9781/542, 20.01.2009 (Akartepe (n 1) 312-314).

yaş farkı dikkate alınarak mirasbırakanın mirasçılardan mal kaçırma kastı ile hareket ettiğinden yola çıkılarak söz konusu işlemin muvazaalı olduğu belirtilmiştir. Başka bir ifade, söz konusu kararlarda muris muvazaasının varlığı bakımından yalnızca mirasbırakanın mirasçılardan mal kaçırma kastı değerlendirilerek sonuca varılmıştır. Oysaki bir devrin muris muvazaası ile bağlantılı olup olmadığı konusunda bir sonuca varılması bakımından söz konusu değerlendirme yeterli değildir.

Genel olarak, muvazaalı bir sözleşmede taraflar üçüncü kişileri aldatmak kastı ile görünüşteki irade beyanlarının hiçbir hukuki sonuç doğurmaması ya da görünüşteki irade beyanlarının arkasında gizlenen başka bir sözleşmenin hukuki sonuç doğurması yönünde anlaşmışlardır[79]. Muris muvazaasında ise muris, mirasçıları aldatmak[80] ve onlardan mal kaçırmak amacıyla muvazaalı işlem yapmaktadır[81]. Başka bir ifade ile muris muvazaasında mirasbırakan mirasçılarını, miras haklarından yoksun bırakmak için muvazaalı bir işlemle malvarlığı devrinde bulunmaktadır[82]. Ancak görüldüğü üzere mirasbırakanın mirasçılarını miras hakkından yoksun bırakma ya da başka bir ifade ile mirasçılardan mal kaçırma kastı muris muvazaasının unsurlarından yalnızca biridir. Muris muvazaasından bahsedilebilmesi için öncelikli olarak görünüşte bir hukuki işlem olmalıdır. Görünüşteki hukuki işlemin amacı mirasçılar ya da üçüncü kişiler için farklı bir görünüş yaratarak esas yapmak istedikleri hukuki işlemi gizlemek ve bu sayede onların itirazlarını önlemektir[83]. Dolayısıyla muris muvazaasından bahsedilebilmesi için bir de görünüşteki hukuki işlemin altında gizlenen bir hukuki işlemin varlığı gerekmektedir. Söz konusu gizli hukuki işlem mirasbırakan ve mirasçı ya da üçüncü bir kişi arasında yapılan, tarafların ortak iradelerini içeren ve hüküm doğurmasını istedikleri hukuki işlemdir[84]. Bunlarla birlikte muris muvazaasından bahsedilebilmesinin başka bir şartı ise hukuki işlemin tarafları arasında muvazaalı işlem yapmak konusunda bir anlaşmanın (muvazaa anlaşması) varlığıdır[85]. Bu kapsamda mirasbırakan ve hukuki işlem yaptığı kimsenin görünüşteki hukuki işlemin kendi aralarında hüküm ifade etmeyeceği, buna mukabil

[79] Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme* (4üncü Bası'dan 7inci Tıpkı Bası, Filiz 2017) § 35 N. 1-4; von Tuhr (n 61) 273-274; Karayalçın (n 64)53; Acabey (n 63) 473; Topuz (n 61) 711; Barış Demirsatan, "İrade Beyanlarının Yorumlanması Bakımından Muvazaa", (2020) 26 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1220, 1221-1222.

[80] Aldatılan mirasçının temlik tarihinde mirasçı olup olmamasının bir öneminin olmadığı; temlik tarihinde mirasbırakanın aldatma amacı güttüğü bir mirasçısının olması ve iptal davası açıldığı tarihte de mirasçı sıfatını taşımasının yeterli olduğu yönünde bkz.: Yargıtay HGK, 4-359/405, 8.6.2011 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-18.04.2021); Yılmaz (n 61) 114. Davacı mirasçının tapu iptali ve tescil davası açabilmesi için temlik tarihinde mirasçı olmasının şart olmadığı yönünde ayıca bkz.: Topuz (n 61) 716.

[81] Acabey (n 63) 476; Yılmaz (n 61) 109,113.
Muris muvazaasından bahsedilebilmesi için muvazaalı devrin mutlaka mirasçı ile yapılması gerekli değildir. Muvazaalı işlem mirasçı dışında üçüncü bir kişi ile de yapılmış olabilir. Bu yönde bkz.: Ayan (n 34) 239; Selin Sert Sütçü, *Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları* (2. Baskı, Seçkin 2019, s. 67; Yılmaz (n 61) 112. Yargıtay HGK, 1-458/498, 11.11.2009 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-15.04.2021). Aksi yönde bkz.: Eren ve Yücer Aktürk (n 9) N. 876.

[82] Yılmaz (n 61) 109.

[83] Yılmaz (n 61) 112.

[84] Yılmaz (n 61) 116.

[85] Yılmaz (n 61) 112.

ortak iradelerini teşkil eden hukuki işlemin hüküm doğuracağı yönünde anlaşmaları halinde muvazaa anlaşmasının söz konusu olduğu sonucuna varılır[86]. Hukuki işlemin tarafları arasında böyle bir anlaşmanın olmaması halinde görünüşteki işlem gerçek işlem haline dönüşerek hukuki sonuçlarını doğurur[87]. Son olarak ise söz konusu muvazaalı işlemin mirasçıları aldatma kastı ile yapılmış olması gerekir[88]. Mirasçıları aldatma kastı ile hareket eden taraf mirasbırakandır[89].

Bu bilgiler ışığında Yargıtay'ın ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında bakım alacaklısının mirasçılarından mal kaçırmak amacıyla yapmış olduğu muvazaalı devirlere ilişkin vermiş olduğu kararlar ele alındığında, yukarıda belirtilmiş olduğu üzere, yalnızca mirasbırakanın mirasçılardan mal kaçırma kastı göz önünde bulundurularak sonuca varıldığı görülmektedir. Kanaatimizce, muris muvazaası iddiasının inceleme konusu yapıldığı durumlarda yalnızca mirasbırakanın mirasçılardan mal kaçırma unsuruna dayanılarak karara varılması isabetli bir yaklaşım değildir. Zira muris muvazaasından bahsedilebilmesi için başka unsurların da varlığı şarttır. Söz konusu değerlendirmelerdeki isabetsiz olan esas kısım muris muvazaası iddiası bakımından tarafların arasında bir muvazaa anlaşmasının mevcudiyetine ilişkin herhangi bir inceleme yapılmamış olmasıdır. Şöyle ki çalışmamız kapsamında incelenmiş olan kararlarda mirasbırakanın mirasçılardan mal kaçırma amacının tespit edilmesiyle birlikte doğrudan muris muvazaasının varlığı kabul edilmektedir. Oysaki muvazaalı olduğu iddia edilen sözleşmenin tarafları arasında muvazaa anlaşması söz konusu değilse muris muvazaasından da bahsedilemeyecektir. Zira mirasbırakanın mirasçılardan mal kaçırma veya saklı pay kurallarını etkisiz kılma amacı tek başına her zaman bakım alacaklısı ve bakım borçlusu arasında bir muvazaa anlaşmasının varlığını ve ölünceye kadar bakma sözleşmesinin altında gizli bir bağışlama sözleşmesinin varlığını göstermez.

Muvazaalı bir ölünceye kadar bakma sözleşmesinin mevcut olabilmesi için ölünceye kadar bakma sözleşmesinin altında gizlenen, tarafların ortak iradelerini oluşturan bir bağışlama sözleşmesi olmalı ve tarafların kendi aralarında görünüşteki ölünceye kadar bakma sözleşmesinin değil bağışlama sözleşmesinin hüküm doğurması konusunda anlaşmış olmaları gerekir. Mirasçılardan mal kaçırma kastı veya saklı payı ihlal kastı ise yalnızca bakım alacaklısı mirasbırakanın iradesinde var olması gereken bir unsurdur; bakım borçlusunun bunu bilmesine dahi gerek yoktur. Bu sebeple mirasbırarakan saklı payı ihlal kastıyla veya mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla bir ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapmışsa bu sözleşmenin mutlaka

[86] Yılmaz (n 61) 112. Ayrıca bkz.: Demirsatan (n 78) 1236-1237. Yazar, muvazaalı irade beyanın varlığı halinde, irade ve beyan arasında kasıtlı olarak bir farklılık yaratıldığı ve söz konusu irade beyanın hukuki sonuç doğurmasını engelleyen gerçek iradenin beyandan farklı olmasının muhatap tarafından bilinmesinin olduğunu belirtmektedir.

[87] Kocayusufpaşaoğlu (n 78) § 35 N. 4.

[88] Yılmaz (n 61) 113. Ayrıca bkz.: Sert Sütçü (n 80) 67-68, 205.

[89] Yılmaz (n 61) 113.

muvazaa sebebiyle hükümsüz olduğu sonucuna varmak doğru olmayacaktır. Zaten ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında bakım borçlusu edimini gerçekten yerine getiriyorsa bakım alacaklısının mirasçılardan mal kaçırma ya da saklı payı etkisiz kılma kastı ile muvazaalı bir sözleşme yaptığı söylenemez. Zira bu noktada bakım alacaklısının gerçekten bakım ihtiyacını karşılamak için ölünceye kadar bakma sözleşmesini yaptığı sonucuna ulaşılır.

Bakım alacaklısı ile bakım borçlusu arasındaki ölünceye kadar bakma sözleşmesi karma bağışlama niteliğinde bir sözleşme ise bu noktada ölünceye kadar bakma sözleşmesinin yanında tarafların gerçek iradelerine uyan bir bağışlama sözleşmesi bulunmaktadır[90]. Söz konusu sözleşme tarafların gerçek iradesini yansıttığı için bu sözleşmenin muvazaa sebebiyle hükümsüz olduğunu söylemek oldukça güçtür. Ancak şartları varsa MK m. 565/I b.3 gereğince bu sözleşme kapsamında yapılan kazandırmaların tenkisi söz konusu olabilir. Öte yandan bakım alacaklısının mirasçılarından mal kaçırmak veya saklı pay kurallarını etkisiz kılmak kastı ile karma bağışlama niteliğinde ölünceye kadar bakma sözleşmesi yaptığı ihtimalde de doğrudan bu sözleşmenin muris muvazaası sebebiyle kesin hükümsüz olduğu kanısına varmak oldukça güçtür. Zira böyle bir sözleşmede bakım alacaklısı ile bakım borçlusu arasında gerçek iradelerine uygun olarak yapılmış olan karma bir bağışlama sözleşmesi vardır. Başka bir ifade ile bu durumda tarafların ortak iradeleri ölünceye kadar bakma sözleşmesi kisvesi altında esasen hüküm doğurması istenen bir gizli bağışlama sözleşmesi yapmak değil, gerçekten hüküm doğurmasını istedikleri karma bağışlama niteliğinde bir ölünceye kadar bakma sözleşmesi kurmaktır. Bu ihtimalde ise bakım alacaklısı mirasbırakanın saklı payı ihlal kastı ile söz konusu sözleşmeyi yaptığı ve bununla bağlantılı devirler gerçekleştirdiği ispatlanırsa bu sözleşme kapsamında yaptığı kazandırmaların MK m. 565/I b.4'e dayanarak tenkisi gündeme gelebilir. Ancak bakım alacaklısı mirasbırakan mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla bakım borçlusu ile anlaşarak görünüşte bir ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapmasına rağmen esasen gizli bir bağışlama sözleşmesi yapmış ve bu sözleşme hüküm doğurmuşsa bu durumda muris muvazaasından bahsedilecektir. Zira bu ihtimalde tarafların ortak olarak hüküm doğurmasını istedikleri gizli bağışlama sözleşmesi tarafların anlaşması ile bir ölünceye kadar bakma sözleşmesi altına saklanmıştır. Başka bir ifade ile tarafların ortak iradeleri ile hüküm doğurmasını istedikleri sözleşme görünüşteki ölünceye kadar bakma sözleşmesi değildir. Bu sebeple muvazaalı bir ölünceye kadar bakma sözleşmesini tespit edebilmek için yalnızca mirasbırakanın mirasçılardan mal kaçırma kastının varlığını tetkik etmek yeterli olmayacaktır; bakım borçlusu ve bakım alacaklısı arasında muvazaa anlaşmasının varlığını araştırmak gerekir.

[90] Gizli bağışlama ve karma bağışlama kavramları için bkz.: Kocayusufpaşaoğlu (n 10) 396; Serozan, Baysal ve Sanlı (n 63) N. 995.

Yapılan araştırmalar neticesinde muris muvazaası ile yapılmış olan ölünceye kadar bakma sözleşmesinin varlığının tespit edilmesi halinde bu sözleşme muvazaa sebebiyle hüküm doğurmayacaktır (BK m 19). Gizli bağışlama sözleşmesi ise esasen şekle tabi olması gerekirken somut olayda yasal şekil şartına uymadan yapıldığı ihtimalde o da şekle aykırılıktan dolayı sonuç doğurmayacaktır. Bu ihtimalde sözleşmenin konusu bir taşınmaz ise tapu iptal ve tescil davası açılarak taşınmazın terekeye iadesi sağlanabilir[91]. Ancak gizli bağışlama sözleşmesinin geçersizliğini gerektiren bir sebep mevcut değilse bu sözleşme hüküm doğuracaktır ve şartları varsa MK m. 565/I uyarınca tenkisi gündeme gelebilir.

Sonuç

MK m. 565'te yer alan tenkise tabi olan sağlararası kazandırmaların ortak özelliği karşılıksız kazandırma olmalarıdır. Çalışmamızın konusunu teşkil eden ölünceye kadar bakma sözleşmesi ise tam iki tarafa borç yükleyen ivazlı bir sözleşmedir. Bu kapsamda bakım borçlusunun yerine getirmesi gereken temel yükümlülüğü bakım alacaklısına ölünceye kadar bakıp onu gözetmektir. Miras hukukuna tabi bir ölünceye kadar bakma sözleşmesinin varlığı halinde bakım alacaklısı bakım borçlusunu mirasçı atayarak ya da vasiyet alacaklısı tayin ederek karşı edimini yerine getirmiş olacaktır. Çalışmamızda ele alınan borçlar hukukuna tabi bir ölünceye kadar bakma sözleşmesinin varlığı halinde ise bakım borçlusu bakım alacaklısına bir malvarlığı değeri devretmekle yükümlüdür ve söz konusu devri gerçekleştirerek karşı edimini ifa etmiş olacaktır. Bu bilgiler ışığında ölünceye kadar bakma sözleşmesinin ivazlı bir sözleşme olması sebebiyle tenkise tabi olmayacağı sonucuna varılabilir.

Kimi durumlarda ölünceye kadar bakma sözleşmesi bağışlama sözleşmesi ile bir arada bulunabilir; başka bir ifade ile karma bağışlama teşkil edebilir. Bu durumda karma bağışlama niteliğindeki ölünceye kadar bakma sözleşmesinin yalnızca karşılıksız olan kısmı tenkise tabi olacaktır.

Karma bağışlama niteliğini haiz olan bir ölünceye kadar bakma sözleşmesi kapsamında yapılmış olan sağlararası bir kazandırmanın, çalışmamızın konusu olan MK m. 565/I b. 4 uyarınca tenkise tabi olabilmesi için söz konusu kazandırmanın bakım alacaklısı tarafından saklı pay kurallarını etkisiz kılmak kastı ile yapılmış olması gerekir. Ancak öncelikle belirtilmelidir ki mirasbırakanın karma bağışlamada bulunması mutlaka onun saklı pay kurallarını etkisiz kılma kastı ile hareket ettiği

[91] Yargıtay'ın 22.05.1987 tarihinde vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararı uyarınca ise, mirasbırakanın yaptığı temliki tasarruflardan zarar gören mirasçıların tenkis davası ile birlikte kademeli olarak veya tenkis davası açtıktan sonra ayrı bir dilekçe ile muvazaa nedeniyle iptal-tescil davası açabileceklerinin sonucuna varılmıştır. Bu yönde bkz.: Yargıtay İBGK 1986-4/5, 22.05.1987 (Kazancı Hukuk-Çevrimiçi-17.04.2021). Ancak doktrinde bir görüş, davacı ister muvazaa sebebiyle hükümsüzlük isterse de tenkis davası açmış olsun görünüşteki işlemin muvazaa sebebiyle incelenmesi gerektiği; söz konusu sözleşmenin muvazaa sebebiyle geçersiz olduğu ihtimalde onun arkasındaki gizli bağışlama sözleşmesinin şekil noksanlığı söz konusu ise tapu kütüğünün düzeltilmesinin; gizli bağışlamaya karşı herhangi bir geçersizlik sebebi ileri sürülemiyorsa bunun tenkisinin talep edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu görüş için bkz.: Kocayusufpaşaoğlu (n 64) s. 26.

anlamına gelmemektedir[92]. Bakım alacaklısı karma bağışlama niteliğinde bir ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapmasına rağmen saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla hareket etmiyorsa bu durumda söz konusu sözleşmeye dayanılarak yapılan kazandırma MK m. 565/I b. 4'e göre değil, şartları sağladığı takdirde MK m. 565/I b. 3 uyarınca tenkis edilebilir. Ancak bakım alacaklısı yapacağı devirle saklı paylı mirasçılarının haklarını ihlal edebileceğini öngörmesine rağmen yine de söz konusu devri gerçekleştirdiği durumda bakım borçlusu lehine yapılan kazandırma MK m. 565/I b. 4'e göre tenkis edilebilir. Bakım alacaklısının saklı payı ihlal kastının bakım borçlusu tarafından bilinmesi ya da bakım borçlusu ile yapılmış olan sözleşmede bu konu üzerinde anlaşılmış olmasına gerek yoktur.

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin MK m. 565/I b. 4 uyarınca tenkisine ilişkin Yargıtay tarafından verilmiş olan kararlarda belirli ölçütler kullanılarak bakım alacaklısının saklı payı ihlal kastı tartışılmıştır. Söz konusu ölçütlerden birisi bakım alacaklısının özel bakım ihtiyacıdır. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda bakım alacaklısının özel bakım ihtiyacı içerisinde olmamasının saklı payı ihlal kastına işaret edip etmediği tartışılmıştır. Yargıtay tarafından verilmiş olan bazı kararlarda da belirtilmiş olduğu üzere ölünceye kadar bakma sözleşmesinin kurulması aşamasında bakım alacaklısının özel bakım ihtiyacı içerisinde olmasını aramak yasal olarak belirtilmemiş olan yeni bir şart öngörmektir. Bu sebeple bakım alacaklısı özel bakım ihtiyacı içerisinde olmadığı bir zaman ölünceye kadar bakma sözleşmesi yapmış olsa bile bu durum onun saklı payı ihlal kastı ile hareket ettiğini göstermez.

Yargı kararlarında ayrıca bakım alacaklısının ve borçlusunun edimleri arasında dengesizlik varsa veya bakım alacaklısı malvarlığının tamamı ya da büyük bir kısmını bakım borçlusuna devretmişse saklı payı ihlal kastı ile hareket etmiş olabileceği sonucuna varmıştır. Kanaatimizce, bakım alacaklısıyla bakım borçlusunun edimleri arasında oransızlık olsa bile bu durum doğrudan bakım alacaklısının saklı payı ihlal kastı ile hareket ettiği sonucunu doğurmaz. Edimler arası dengesizlik taraflar arasında karma bağışlamanın var olabileceğini gösterse de saklı payı ihlal kastından bahsedilebilmesi için tek başına yeterli değildir. Ancak somut olayda bu hususun başka unsurlarla da desteklenmesi halinde saklı payı ihlal kastının varlığından söz edilebilir. Örneğin, bakım alacaklısı ile bakım borçlusun edimleri arasındaki dengesizlik çok ciddi boyuttaysa ve bakım alacaklısının saklı paylı mirasçılarına öldükten sonra miras olarak herhangi bir şey bırakmak istemediği hususu tanık beyanı ya da başka şekilde de desteklenebiliyorsa bu durumda o sözleşmeye dayanılarak yapılmış olan kazandırma MK m. 565/I b. 4 uyarınca tenkis edilebilir. Aynı durum bakım alacaklısının bakım borçlusuna karşı edim olarak malvarlığının tamamını ya da büyük bir kısmını devretmiş olduğu durumlar bakımından da geçerlidir. Bakım alacaklısının malvarlığında tek bir malvarlığı değeri bulunuyorsa ya da malvarlığının

[92] Eren ve Yücer Aktürk (n 9) N. 885.

büyük bir kısmı bakım borçlusunun karşı edimini teşkil edecek nitelikte ise bakım alacaklısının sırf bu nedenle saklı payı ihlal kastı ile hareket ettiğinden bahsedilemez. Söz konusu hususun başka türlü delillerle desteklenmesi gerekir.

Bakım alacaklısı mirasbırakan bazen de saklı pay kurallarını ihlal kastı ile hareket etmesine rağmen yapmış olduğu kazandırmanın ileride tenkis edilmesini önlemek için muvazaalı işlemlere başvurabilir. Bu ihtimalde söz konusu kazandırmaların tenkis edilmesi mümkün değildir; zira bir kazandırmanın tenkis edilebilmesi için o kazandırmanın geçerli bir kazandırma olması gerekir. Dolayısıyla bakım alacaklısı mirasbırakan saklı payı ihlal veya mirasçılardan mal kaçırma kastı ile muvazaalı bir işlem yapıyorsa söz konusu kazandırmanın iptali talep edilerek terekeye iadesi sağlanmalıdır. Bu noktada söz konusu kazandırmanın muvazaa sebebiyle iptali ve bu mümkün değilse tenkisi terditli olarak talep edilebilir. Muvazaalı olduğu iddia edilen ölünceye kadar bakma sözleşmesinin muris muvazaası sebebiyle hükümsüz kabul edilebilmesi mirasçılardan mal kaçırma kastı ile yapılması yeterli değildir. Yukarıda anıldığı üzere bu konuyla alakalı Yargıtay kararlarında değerlendirilen husus çoğunlukla mirasçılardan mal kaçırma kastına ilişkindir. Ölünceye kadar bakma sözleşmesinin muvazaa sebebiyle hükümsüz olduğu sonucuna varılabilmesi için bu sözleşmenin esasen bir bağışlama sözleşmesini gizlemek amacıyla yapıldığı, tarafların ortak iradelerinin kendi aralarında bağışlama sözleşmesinin hüküm doğurması yönünde olduğu ve dolayısıyla aralarında muvazaa anlaşmasının mevcudiyeti tespit edilmelidir. Dolayısıyla yalnızca bakım alacaklısı mirasbırakanın mirasçılardan mal kaçırma kastının incelenerek muvazaa iddiasının değerlendirilmesi isabetli değildir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.
Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Acabey B, "Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaası", Tuğçe Tuzcuoğlu ve A. Hulki Cihan (eds), *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Bildirileri 8-9 Kasım 2018* (On İki Levha 2019) 471-487.

Akartepe A, *Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi*, (Vedat 2010).

Akbıyık C, *Karma Bağışlama Kavramı ve Miras Hukukundaki Yeri* (Alfa 1997).

Akipek Öcal Ş, "Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi", (2018) 6(1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 83-91.

Akkök S, *Türk Hukuku'nda Miras Bırakanın Muvazaalı İşlemleri ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar*, (On İki Levha, 2020).

Antalya G ve Sağlam İ, *Miras Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2019).

Arık F, "Ölünceye Kadar Bakma Akdi", (1959) 3 Adliye Dergisi 277-377.

Ayan M, *Miras Hukuku*, (10. Baskı, Adalet 2020).

Aydın Ünver T, "Miras Bırakanın Yasa Gereği Denkleştirmeye Tabi Olan Kazandırmaları", *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan*, (Filiz 2011) 111-146.

Bauer T, *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529*, Herausgeber: Heinrich Honsell/ Nedim Peter Vogt/ Wolfgang Wiegand, (6. Auflage, Helbing Lichtenhahn 2015).

Bilge N, *Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri* (Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 1971).

Brigitta K, *Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)* (Schulthess Verlag, 2016).

Bucher E, *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*, (3. Auflage, Schulthess 1988).

Çabri S, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt-I* (On İki Levha, 2018).

Dalamanlı L, *Tatbikatta Satış Vaadleri Ölünceye Kadar Bakma ve Miras Taksim Sözleşmeleri* (Kazancı 1980).

Demirsatan B "İrade Beyanlarının Yorumlanması Bakımından Muvazaa", (2020) 26 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 1220-1241.

Durak Y, "Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi", 2015 1(1) Başkent Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi 265-299.

Dural M ve Öz T, *Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku* (Filiz 2019).

Eren F, *Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası* (Sevinç 1973).

Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (8. Baskı, Yetkin 2020).

Eren F ve Yücer Aktürk İ, *Türk Miras Hukuku*, (3. Baskı, Yetkin 2020).

Eviz E, *Muris Muvazaası* (On İki Levha, 2019).

Frédéric K, *Präjudizienbuch OR Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015)*, Herausgeber: Peter Gauch/Viktor Aepli/Hubert Stöckli (Neunte Auflage, Schulthess, 2016).

Günay E, *Ölünceye Kadar Bakıp Gözetme Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar* (3. Baskı, Seçkin 2020).

İmre Z ve Erman H, *Miras Hukuku* (15. Basım, Der 2021).

İnan AN, Ertaş Ş ve Albaş H, *Miras Hukuku* (10. Bası, Seçkin 2019).

Karayalçın Y, *Mirasbırakanın Muvazaası mı? Tasarruf Özgürlüğü ve Saklı Payın Korunması mı?* (Turhan 2000).

Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku* (3. Bası, Filiz 1987).

Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme*, (4üncü Bası'dan 7inci Tıpkı Bası, Filiz 2017).

Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku 2. ve 3. Basılara Ek Kitap*, (Filiz 1992).

Köprülü B, *Miras Hukuku Dersleri*, (2. Bası, Fakülteler 1985).

Marco B, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR* 3. Auflage, Schulthess 2016).

Mardin E, *Ölünceye Kadar Bakma Mukavelesi*, (Hukuk Fakültesi Mecmuasından Ayrı Bası, Kenan 1940).

Nar A, *Türk Miras Hukukunda Tenkis*, (On İki Levha 2016).

Oğuzman, MK, *Miras Hukuku*, (5. Bası, Filiz 1991).

Olgaç S, *Ömür Boyunca Gelir Ölünceye Kadar Bakma Akdi* (Olgaç 1978).

Öztan B, *Miras Hukuku* (11. Bası, Yetkin 2020).

Özuğur Aİ, *Tenkis, Mirasta Denkleştirme ve Muvazaa Davaları*, (5. Baskı, Adalet 2015).

Piotet P, *Schweizeriches Privatrecht, Vierter Band, Erbrecht,* (Helbing & Lichtenhahn 1978).

Roland F, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art. 457-640 ZGB* (3. Auflage, Schulthess 2016).

Schaetzle M, *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhæltnisse, 7. Teilband*, (Zweite Auflage, Verlag Stampfli 1978) (Artikel 516-529 OR).

Serozan R ve Engin Bİ, *Miras Hukuku* (6. Baskı, Seçkin, 2019).

Serozan R, Baysal B ve Sanlı KC, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, (3. Bası, On İki Levha 2018).

Sert Sütçü S, *Miras Bırakanın Muvazaalı Hukuki İşlemleri ve Sonuçları*, (2. Baskı, Seçkin 2019).

Şahin T, *Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesi*, (Seçkin 2019).

Tekdoğan A, "Sağlararası Tasarrufların Tenkisi", (2017) 12 (133) Terazi Hukuk Dergisi 86-100.

Topuz M, "Yargıtay Kararları Işığında Muris Muvazaasının Varlığını Gösteren Emareler" (2016) 15(2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, Cilt II*) 709-727.

Tunçomağ K, *Ölünceye Kadar Bakma Akdi* (Ayyıldız 1959).

Turanboy KN, *Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri* (Yetkin 2010).

Tüfek KG, *Miras Hukukunda Tenkis ve İade Davaları* (Olgaç 1977).

Vardar Hamamcıoğlu G, *Taşınır ve Taşınmaz Mülkiyetini Konu Alan Bağışlama Sözleşmesi* (2. Baskı, Adalet 2020).

Von Tuhr A, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt:1-2,* Cevat Edege (Çev.), (Yargıtay 1983).

Wolf S, "Verfügungen unter Lebenden vs. «unzulässige» Umgehung der Verfügungsbeschränkung – wann greift die Herabsetzungsklage gemäss Art. 527 Ziff. 4 ZGB? "2014 (150) Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 435-459.

Yannick M, *Orell Füssli Kommentar ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (3. Auflage, Orell Füssli 2016).

Yılmaz S, *Muris Muvazaası* (Yetkin 2021).

Zevkliler A ve Gökyayla KE, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (20. Bası, Vedat 2020).

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası, 79 (4), 1261-1283

DOI: 10.26650/mecmua.2021.79.4.0005
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

İstanbul Hukuk Mecmuası

Başvuru: 02.03.2021
Kabul: 24.09.2021

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Tüzel Kişilerde Fiili Organ Kavramı ve Fiili Organın Hukuka Aykırı Fiilleri İle Hukuki İşlemlerinin Doğurduğu Sonuçlar

Pınar Altınok Ormancı*

Öz

Tüzel kişiler fiil ehliyetlerini organları aracılığıyla kullanırlar. Nitekim Türk Medeni Kanunu md 50/2, organların, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokacağını düzenlemiştir. Tüzel kişinin organlarından kanun tarafından ya da tüzel kişinin kuruluş belgesi ile öngörülenler, şekli (biçimsel) organ olarak adlandırılmaktadır. Buna karşılık organ olarak seçilmiş veya atanmış olmamakla birlikte, fiilen organ görevi icra eden kişi(ler) fiili organ olarak değerlendirilmektedir. Tüzel kişinin iradesinin oluşmasında belirgin bir rol oynayan; tipik bir organ işlevi gören, bu çerçevede günlük işlerin dışına çıkarak şirketin bilançosuna etkili olacak şekilde karar alma yetkisine sahip olan veya tüzel kişinin yönetiminde rol oynayan, yani şekli bir organın gerçekleştireceği işlevleri yerine getiren; organ yetkilerine sahip olan; bu yetkileri bağımsız olarak, tâbi olmaksızın, kendi sorumluluğu altında ve kendisi inisiyatif alarak kullanan ve organ yetkilerini münferit birkaç eylem olarak değil, sürekli bir şekilde kullanan kişiler fiili organ olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu değerlendirme büyük önem taşımaktadır; zira fiili organ olarak nitelendirilen kişilerin fiilleri (özellikle hukuka aykırı fiilleri) de, -şekli organın fiilleri gibi- tüzel kişinin sorumluluğunun doğmasına yol açacaktır. Bir kişi fiili organ olarak değerlendirildiğinde, bu kişinin hukuka aykırı fiilinden tüzel kişi (TMK md 50/2) ve organın kendisi (TMK md 50/3) sorumlu olacaktır. Buna karşılık fiili organın gerçekleştirdiği hukuki işlemlerin tüzel kişiyi bağlaması, kural olarak kabul edilemez. Zira fiili organ tüzel kişiyi temsil yetkisini haiz değildir ve yetkisiz temsilci tarafından yapılan işlemin temsil olunanı bağlaması ancak bazı şartların gerçekleşmesiyle mümkündür. İsviçre Federal Mahkemesi de 09.10.2019 tarihli ATF 146 III 37 kararında açıkça fiili organın hukuki işlemlerinin tüzel kişiyi bağlamayacağına hükmetmiştir. Çalışmamızda öncelikle fiili organ kavramı üzerinde durulacak; daha sonra fiili organın hukuki fiillerinin ve hukuki işlemlerinin tüzel kişi üzerinde doğurduğu sonuçlar ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Tüzel Kişi, Fiil Ehliyeti, Fiili Organ, Hukuka Aykırı Fiil, Hukuki İşlem

"De Facto Organs" of Legal Persons and the Consequences of Their Wrongful Actions and Legal Acts

Abstract

Legal persons exercise their capacity to act through their organs. Turkish Civil Code Article 50/2 provides that organs may put a legal person under obligation by virtue of legal transactions and all other acts. The organs of legal persons stipulated by the law or by their status are called formal organs. On the contrary, the person who performs the task of the governing body is considered a "de facto organ" because he/she is not elected or appointed as an organ but simply acts as one as a matter of fact, not law. De facto organs include those who play a prominent role in the formation of the will of the legal entity or who function as a formal organ, having the power to make decisions that will affect the company's balance sheet by going beyond the daily work. This group also includes those playing a role in the management of the legal entity, i.e., performing the functions that a formal body would perform. Persons who exercise these powers independently, without subordination, under their own responsibility, and on their own initiative and who exercise this authority on a continuous basis also emerge as de facto organs.

This assessment is of great importance because the acts (especially the wrongful acts) of the persons considered "de facto organs" can lead to the liability of the legal person, as they are deemed to be the acts of the formal organs.

* **Sorumlu Yazar:** Pınar Altınok Ormancı (Doç. Dr.), İhsan Doğramacı, Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: altinok@bilkent.edu.tr ORCID: 0000-0003-2222-9941

Atıf: Altinok Ormanci P, "Tüzel Kişilerde Fiili Organ Kavramı ve Fiili Organın Hukuka Aykırı Fiilleri ile Hukuki İşlemlerinin Doğurduğu Sonuçlar" (2021) 79(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1261. https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.4.0005

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

However, it cannot be considered, in principle, that legal transactions carried out by de facto organs should bind the legal person, because the de facto organ does not have the actual authority to represent the legal person, and the transaction made by such unauthorized representatives can only bind the principal if certain additional conditions are fulfilled.

Our study will primarily focus on the concept of the "de facto organ." The consequences of the wrongful and legal acts of de facto organs will then be discussed in detail.

Keywords
Legal Persons, Capacity to Act, De Facto Organ, Wrongful Actions, Legal Acts

Extended Summary

The "de facto organ" plays an important role in the implementation of the will of the legal person. A de facto organ is an individual who has the authority to make decisions independently in matters related to the management of the organ and who continuously uses these powers apart from for daily affairs. The de facto organ fulfills the functions that an organ will traditionally perform, even though it is not a formal organ.

Turkish Civil Code Article 50/2 requires that organs designate the legal person or persons under obligation in their legal transactions and all other acts. In this context, the legal transactions of the organs are binding on the legal person, and the legal person will be responsible for the illegal acts of the organs. However, it is necessary to make a distinction between legal transactions and illegal acts of organs: Within the framework of the legal person's responsibility for the illegal acts by the organ, it is necessary to consider the organ in a broad sense and to evaluate de facto organs as well as the formal organs within the scope of the organ. This consideration is necessary because the definition of "de facto organ" has been developed precisely to hold the legal person liable for the illegal acts of the person/persons acting as an organ.

This assessment is based on a just and reasonable belief that would be held by an honest and reasonable person. Indeed, individuals who do not constitute an organ according to the law or the status of the legal person but act as an organ and continuously play a significant role in the formation of the legal person's will can be reasonably viewed as organs by third parties. In order to protect third parties, the legal person must be held responsible for the illegal acts of de facto organs.

However, a different assessment must be made regarding the legal transactions carried out by de facto organs. It is unacceptable that legal transactions made by a person acting on behalf of the legal person as a de facto organ should bind the legal person. As the de facto organ does not have the authority to represent the legal person, there would be an unauthorized representation regulated in Article 46 of the Turkish

Code of Obligations. Unauthorized representation does not bind the principal, unless there is a rare exception where the transaction of the unauthorized representative will bind the legal person.

The first of these exceptions is where, in accordance with Article 46/1 of the Turkish Code of Obligations, the principal ratifies the transaction. The other exception appears when a notification or representation has been made to third parties by the principal regarding the existence of the de facto organ's authority to represent the legal person. This notice creates external representation authority. The notification to third parties gives such third parties confidence in the de facto organ's authority in this regard. Due to this trust given to third parties, their good faith reliance on the existence of the declared authority to represent is preserved.

Even if the principal has not given the representative such authority in the internal relationship (or a narrower authority has been given or even revoked in the internal relationship), the authority declared to the third party replaces the lack of power, provided that he relies on it in good faith. Consequently, the contract concluded by the unauthorized representative still binds the principal. Except for in the specific circumstances mentioned here, however, a transaction performed by the unauthorized representative will not bind the principal.

As a matter of fact, the Swiss Federal Court made a clear decision in this direction in its ATF 146 III 37 decision dated 09.10.2019, wherein it ruled that the legal acts of de facto organs (except for the exceptions listed above) do not and will not bind the legal person. Therefore, it is necessary to interpret the concept of an organ narrowly in terms of the rule that the legal transactions of the organ bind the legal person. It must be accepted that only formal organs can act on behalf of the legal person, as only they have the authority to represent them.

Tüzel Kişilerde Fiili Organ Kavramı ve Fiili Organın Hukuka Aykırı Fiilleri İle Hukuki İşlemlerinin Doğurduğu Sonuçlar

Giriş

Tüzel kişilerde fiil ehliyeti TMK md 49 ve md 50'de düzenlenmiştir. TMK md 49, fiil ehliyetinin kazanılmasının koşulunu; md 50 ise fiil ehliyetinin kullanılmasını, yani organlar tarafından hayata geçirilmesini hükme bağlamıştır.

Fiil ehliyeti, bilindiği üzere, kişinin kendi fiilleriyle hak sahibi olabilmesi ve borç altına girebilmesini ifade eder[1]. Elbette bu ehliyet, haklarda ve borçlarda değişiklik yapabilmeyi, bunları sona erdirmeyi ve devretmeyi de kapsar[2]. Gerçek kişilerde fiil ehliyetine sahip olabilmek için kişinin ayırt etme gücüne sahip olması, ergin olması ve kısıtlı olmaması gerekmektedir (TMK md 10). Buna karşılık tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetini kazanırlar (TMK md 49). Bu hükme göre tüzel kişiler, ancak kanuna ve ana statülerine göre zorunlu organlarını oluşturdukları anda fiil ehliyetini kazanırlar. Kanun koyucu, her tüzel kişinin yapısını dikkate alarak, zorunlu organları farklı şekilde düzenlemiştir[3]. Tüzel kişinin organlarını oluşturması ise seçim veya atama yoluyla gerçekleşir[4].

Tüzel kişiler, ancak organları aracılığıyla hareket edebilirler. Organlar, tüzel kişinin iradesinin oluşmasını ve bu iradenin ortaya konmasını sağlayan, tüzel kişi örgütü içinde yer alan kişi ya da kişi topluluklarıdır[5]. Kanun koyucu, organın iradesini, belirli koşulların gerçekleşmesi halinde tüzel kişinin iradesi olarak kabul etmiş ve buna sonuçlar bağlamıştır. Nitekim TMK md 50'ye göre, *"Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır (I). Organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar (II). Organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar (III)."*

Çalışmamızda öncelikle tüzel kişinin organları ve bu çerçevede organ-yardımcı kişi ayrımı ile şekli ve fiili organ ayrımları ele alınacaktır. Daha sonra fiili organ kavramı çerçevesinde, fiili organın hukuka aykırı fiilleri ile hukuki işlemlerinin tüzel kişi üzerindeki etkileri değerlendirilecektir.

---

1 Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku, C III Kişiler Hukuku* (20. Bası, Filiz Kitabevi 2019) 47 ve 255; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)* (16. Bası, Filiz Kitabevi 2016) 49 ve 285; Julia Xoudis, *Commentaire Romand* (éd: Pascal Pichonnaz/ Bénédict Foëx) Code Civil I, Art 54/55 (Helbing Lichtenhahn 2010), N 2.

2 Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 1) 49; Xoudis (n 1) N 2.

3 Örneğin derneklerde kanunen üç zorunlu organ mevcuttur. Bunlar genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kuruludur (Türk Medeni Kanunu md 72/I). Vakıflarda ise tek zorunlu organ yönetim organıdır (Türk Medeni Kanunu md 109). Ticaret ortaklıklarının zorunlu organları ise Türk Ticaret Kanunu'nda ortaklık türlerine göre farklı şekilde düzenlenmiştir.

4 Dural ve Öğüz (n 1) 255.

5 ibid 256; benzer bir tanım için bkz. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 1) 286.

I. Tüzel Kişilerde Organlar ve Organların Hukuka Aykırı Fiillerinden Sorumluluk

Tüzel kişi, amacını gerçekleştirebilmek için örgütlenmeye ihtiyaç duyar. Bu çerçevede tüzel kişi, kanunun ve kuruluş belgesinin kendisine yüklediği görevleri yerine getiren organlardan teşekkül eder[6]. Organ, tüzel kişi örgütü içinde yer alan, tüzel kişinin iradesinin oluşmasını ve bu iradenin dış dünyaya yansımasını sağlayan, kanun, tüzük veya iç yönetmeliklerle oluşturulan kişi veya kişi gruplarıdır[7]. Tüzel kişi kendi doğal iradesine sahip olmadığından, onun iradesinin oluşması ve açığa çıkarılması, ancak organları aracılığıyla mümkündür. Bir başka ifadeyle organların yansıttığı irade, tüzel kişinin iradesidir. Bu nedenle her ne kadar organların üçüncü kişilere karşı tüzel kişiyi temsil ettiğinden söz edilse de, burada borçlar hukukundaki teknik anlamıyla bir temsil ilişkisi yoktur[8]. Organın tüzel kişiyi temsil yetkisi, kaynağını organ sıfatında bulan, geri alınamayan ve organın davranışının tüzel kişiye izafe edilmesini sağlayan bir yetkidir. Temsilci kendi iradesini açıklayarak, temsil olunanı bağlayan bir işlem yaparken; organ doğrudan tüzel kişinin iradesini açıklar[9].

Tüzel kişi bünyesinde temel görevleri yerine getirmek amacıyla üç tip organ görülür: Karar organı veya üst organ (*organe législatif ou organe supreme*); yönetim veya idare organı (*organe supérieur de direction ou d'administration*) ve denetim organı (*organe de révision*). Derneklerde bu üç ayaklı örgütlenme mevcut olmasına rağmen, vakıflarda karar organı (en azından yasal zorunlu organ olarak) bulunmamaktadır[10].

Yukarıda da ifade edildiği üzere, kanun koyucu her tüzel kişinin sahip olması gereken zorunlu organları, tüzel kişinin tipini dikkate alarak ayrı ayrı belirlemiştir. Ancak kanunun öngördüğü zorunlu organlar dışında, irade serbestisi ilkesi çerçevesinde, tüzel kişinin ana statüsünde isteğe bağlı organların öngörülmesi mümkündür[11]. Kanunen zorunlu olmamakla birlikte, tüzel kişinin amacına, örgütlenme yapısına ve faaliyet alanına göre öngördüğü bu organlara ihtiyari organlar denilmektedir[12]. İhtiyari organlar tüzel kişinin ana statüsünde belirlenebileceği gibi, bunların tüzel

---

6 Xoudis (n 1) N 6. Belirtmek gerekir ki burada yalnızca dar anlamıyla organlar (şekli organlar) ifade edilmektedir. Oysa aşağıda ele alınacağı üzere, özellikle İsviçre Federal Mahkemesi kararlarıyla geliştirilen ve doktrinde de pek çok yazar tarafından benimsenen görüş, şeklen organ sıfatını taşımamakla birlikte, bazı özellikleri taşıyan kişilerin de tüzel kişinin organı (fiili organ) olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir: Bkz aşağıda I C.

7 Teoman Akünal, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler* (Beta 1995) 34.

8 Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 1) 289; Dural ve Öğüz (n 1) 257.

9 ibid 289; Dural ve Öğüz (n 1) 257; Cem Akbıyık, 'Tüzel Kişi Organının Ölüme Bağlı Tasarrufun Düzenlenmesine Katılması' (2017) 5 (1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 73, 76.

10 Belirtmek gerekir ki, 17.4.2008 tarihli E.2005/14, K. 2008/92 sayılı AYM kararı uyarınca "Vakıflarda üyelik olmaz." hükmünü içeren TMK md 101'in 3. fıkrası iptal edildiğinden, vakıflara üyelik mümkün hale gelmiştir. Bu nedenle vakıflarda da artık ihtiyari bir organ olarak karar organının oluşturulması mümkündür. Sözü edilen iptal kararının ayrıntılı bir değerlendirmesi ve eleştirisi için bkz. Osman Gürzumar, 'Türk Medeni Kanunu'nun 'Vakıflarda Üyelik Olmaz' Hükmünü İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında', *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C III (Seçkin 2009) 540.

11 Xoudis (n 1) N 6; Dural ve Öğüz (n 1) 258.

12 Dural ve Öğüz (n 1) 260; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 1) 290 vd.

kişinin yetkili organlarının alacağı kararlarla sonradan belirlenmesi de mümkündür. Uygulamada sıklıkla danışma kurulu, onur kurulu gibi ihtiyari organların ortaya çıktığı görülmektedir[13]. Zorunlu-ihtiyari organ ayrımından başka, organın görevi çerçevesinde karar organı-yürütme organı; yine organın faaliyet alanı çerçevesinde iç organ-dış organ; organın kaç kişiden teşekkül ettiğine göre fert organ-kurul organ ayrımlarının da yapıldığı görülmektedir[14]. Çalışmamız açısından önem taşıyan sınıflandırma ise, şekli (biçimsel) organ ile fiili organ ayrımıdır. Aşağıda bu ayrıma ilişkin ayrıntılı açıklamalara geçmeden önce, organ ile yardımcı kişi arasındaki farklara değinmekte de fayda vardır.

A. Organ- Yardımcı Kişi Ayrımı

TMK md 50/2'ye göre "Organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar." Bu hükümden çıkan sonuç, bir organ (organ görevini yerine getiren gerçek kişi) tarafından gerçekleştirilen hukuki işlemler ve diğer bütün fiiller, özellikle organ tarafından işlenen haksız fiiller doğrudan tüzel kişiyi borç altına sokar; yeter ki organ açıkça birey olarak kendi hesabına değil, organ görevi çerçevesinde hareket etmiş olsun[15]. Dolayısıyla organların hukuki işlemleri ve fiilleri doğrudan doğruya tüzel kişi üzerinde etkilerini doğurmaktadır.

Organ, tüzel kişinin çalışanı (TBK md 66) veya yardımcı kişisi (TBK md 116) değildir. Organ, doğrudan tüzel kişinin bir parçası olarak kabul edilmektedir. Organın işlediği haksız fiiller bakımından tüzel kişinin sorumluluğu doğrudan doğruya doğar. Hatta organ, tüzel kişiyi temsile yetkili olmasa bile, organ sıfatıyla ve görevi dolayısıyla hareket ederken meydana gelen haksız fiillerde de tüzel kişinin sorumluluğu doğar[16]. Tüzel kişinin bu sorumluluktan kurtulabilme imkânı yoktur. Tüzel kişi, kusuru olmadığını iddia ederek sorumluluktan kurtulamaz, zira organın kusuru, tüzel kişinin doğrudan sorumluluğuna yol açar. Tüzel kişi, adam çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin düzenlemede yer alan (TBK md 66/2) kurtuluş kanıtından da yararlanamaz; organ "çalışan" olmadığından, tüzel kişi organı seçmede, talimat vermede ve denetlemede gereken özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır[17].

Tüzel kişinin borçlarının ifası bakımındansa, organın fiillerinin tüzel kişi açısından sonuç doğurması ve yardımcı kişinin fiillerinin tüzel kişi açısından sonuç

[13] ibid 260; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 1) 291.

[14] Bu ayrımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 1) 290 vd; Dural ve Öğüz, (n 1) 260 vd; Xoudis (n 1) N 9.

[15] Marco Villa, 'Organes de fait et organes apparents', iç Pierre-Louis Imsand (ed), *La responsabilité civile dans l'entreprise, Travaux de la Journée d'étude organisée le 19 mars 2003 a l'Université de Lausanne (* CEDIDAC, 2004) 73; ATF 121 III 176, 180.

[16] ATF 121 III 126: Organın haksız fiilinden tüzel kişinin sorumlu tutulabilmesi için fiilin, işlevsel olarak, organın yetkilerinin genel çerçevesi içine girmesi yeterlidir.

[17] Villa (n 15) 75.

doğurması birbirinden ayrılmalıdır. TBK md 116 gereği, yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk, önceden yapılacak bir anlaşmayla kaldırılabilirken; organın fiillerinden sorumluluk kaldırılamaz[18].

B. Şekli (Biçimsel) Organlar

Tüzel kişinin organlarından kanun tarafından ya da tüzel kişinin kuruluş belgesi ile öngörülenler, şekli (biçimsel) organ olarak adlandırılmaktadır[19].

Bu çerçevede derneklerde yasal zorunlu organlar olan genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulunun; vakıflarda ise yönetim organının şekli (biçimsel) organlar oldukları açıktır. Tüzel kişinin kuruluş belgesi ile öngörülen ihtiyari organlar da şekli organ olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim bu organları oluşturan kişilerin görev ve yetkileri kanunda ve tüzel kişinin kuruluş belgesinde belirlenmiştir.

TMK md 50/I kapsamında organ, "tüzel kişinin iradesini açıklayan", yani üçüncü kişilerle olan hukuki ilişkilerde tüzel kişi adına hareket eden kişi(ler)dir. Bu çerçevede organ kavramının geniş anlaşılması gerektiği; kanun, tüzel kişinin kuruluş belgesi veya tüzel kişinin fiili örgütlenmesi kapsamında tüzel kişinin iradesinin oluşmasına katılan ve hukuken veya fiilen karar alma yetkisine sahip kişilerin organ olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir[20]. Organın doktrin ve içtihatlarla geliştirilen bu işlevsel tanımı, hem şekli (kanunen veya tüzel kişinin kuruluş belgesine göre yetkili), hem de fiili organı kapsamına almaktadır[21]. Fiili organa aşağıda değineceğimizden, burada yalnızca TMK md 50 kapsamında şekli organa değineceğiz.

TMK md 50 kapsamında organ, üçüncü kişilerle olan hukuki ilişkilerde tüzel kişi adına hareket eden organ olduğuna göre, burada yürütme organı olan yönetim organından bahsedilmektedir[22]. Şekli organları oluşturan kişilerin usulüne uygun şekilde organ (veya organ üyesi) olarak atanmış olmaları yeterlidir. Bu kişiler, görevleri devam ettikçe organ sıfatını haizdirler[23]. Bu kişilerin yönetim faaliyetlerini bilfiil icra etmelerinin gerekip gerekmediği konusu tartışmalıdır; ancak böyle bir

---

18 ibid 75.

19 Dural ve Öğüz (n 1) 258; Xoudis (n 1) N 22 ve N 23; Villa (n 15) 81. Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir ise "resmi organ" nitelendirmesini tercih etmektedirler. Bkz Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 1) 291.

20 Xoudis (n 1) N 21; aynı yönde bkz ATF 124 III 418, 420 vd.

21 ibid N 21.

22 Villa (n 15) 72, dipnot 1; Xoudis (n 1) N 22; Hans Michael Riemer, *Berner Kommentar Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 3. Abteilung: Die juristischen Personen, 1. Teilband: Allgemeine Bestimmungen - Systematischer Teil und Kommentar zu Art 52-59 ZGB* (Stämpfli 1993) Art 54/55, N 25 ve N 26.

23 Buna göre derneklerde ve vakıflarda yönetim kurulu üyeleri, limited şirketlerde müdürler (yöneticiler), anonim şirkette yönetim kurulu üyeleri, yine kooperatiflerde yönetim kurulu üyeleri şekli anlamda organ niteliğini haizdir: Bkz Villa (n 15) 82.

gereklilik aranmamalıdır[24]. Zira yönetim organını oluşturan kişiler, bu sıfatları çerçevesinde karar alma yetkisine sahiptiler[25]. Karar organı ile denetim organı da şekli organlardan olup, ancak bu organların üçüncü kişilerle olan hukuki ilişkilerde devreye girmeleri halinde TMK md 50 bu organlar açısından uygulama alanı bulur[26].

Tüzel kişinin kuruluş belgesinde öngörülen şekli organlar, kuruluş belgesi ile tüzel kişinin iradesinin oluşmasına katılmayı sağlayacak karar alma yetkisi verilen kişilerdir. Bu çerçevede kişinin ünvanı (ör Müdür, müdür yardımcısı, sekreter, komisyon üyesi vb) belirleyici değildir[27]; özellikle yönetim organının sahip olduğu yönetim görevleri bakımından, tüzel kişinin kuruluş belgesiyle bazı kişilerin yetkili kılınması halinde, TMK md 50 kapsamında şekli bir organdan bahsedilmelidir[28].

C. Fiili Organ Kavramı

Uzunca bir süredir doktrinde ve içtihatlarda, organ görevi icra eden gerçek kişilerin, şekli organ sıfatını haiz olmasalar dahi, fiili organ niteliğine sahip oldukları kabul edilmektedir. Dolayısıyla fiili organı kısaca, organ olarak seçilmiş veya atanmış olmamakla birlikte, fiilen organ görevi icra eden kişi(ler) olarak tanımlamak mümkündür[29]. Gerçekten, tüzel kişinin yönetim organının görevi kapsamına giren idare ve temsil görevleri (bu görevlerin kapsamına dâhil olabilecek faaliyetler), kendilerine böyle bir yetki verilmemiş kişi veya kişilerce ifa edildiğinde, bunlara fiilen organ niteliği tanınabileceği Türk hukukunda da 1970 tarihli bir tezde ortaya konmuştur[30].

Şirketler hukukunda da fiili organ oldukça önem taşıyan bir kavramdır. Bu çerçevede, bir anonim şirkette şekli organların dışında, yönetim kuruluna ait görevleri yerine getiren şahıs veya şahıs gruplarının bulunmasının mümkün olduğu;

---

[24] Nitekim Türk Ticaret Kanunu'na göre de anonim şirketlerde temsil yetkisinin devri mümkündür. (TTK md 370/2) Hatta TTK md 553/2'ye göre yetkilerini kanuna dayanarak başkasına devreden organlar veya kişiler, bu kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermişlerse, onların fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar. Aynı düzenlemeler, TTK md 629/1 ve md 644'ün atfıyla limited şirketlere de uygulanır.

[25] Xoudis (n 1) N 22; Riemer, (n 22) N 25; aynı yönde bkz. İsviçre Federal Mahkemesinin 10.02.2009 tarihli, 4A_544/2008 kararı, c 2.3, SJ 2010 I 1; Villa (n 15) 81.

[26] Esasında karar organı ile denetim organı iç organlar olup, tüzel kişi adına üçüncü kişilerle ilişkiye girmezler. Dolayısıyla bu organların temsil yetkisi çerçevesinde tüzel kişiyi borç altına sokmaları kural olarak söz konusu olmayacaktır.

[27] Xoudis (n 1) N 23. Benzer şekilde bkz Villa (n 15) 82: Yazara göre müdür, müdür yardımcısı, bağlı müdür vb. sıfatlar, organı belirlemekte yeterli değildir. Şekli organ niteliğini haiz olanlar yönetim kurulu üyeleridir; müdürler değil. Aksi görüşte bkz Riemer (n 22) N 27.

[28] Xoudis (n 1) N 23.

[29] Henry Peter, 'La responsabilité de -et par- l'organe de fait', iç Chappuis Christine, Peter Henry, von Planta Andreas (edr), *Responsabilité de l'actionnaire majoritaire: séminaire de l'Association genevoise de droit des affaires* (Zürich 2000) 32; Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder ve Jean Nicolas Druey, *Das Schweizerische Obligationenrecht* (9. Auflage, Zürich 2000) 802.

[30] Bilge Öztan, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk* (Ankara 1970) 62 vd.

bunların fiili organ olarak nitelendirildiği belirtilmektedir[31]. Fiili organ, kanunda ve ana sözleşmede yer almamasına veya şirketin iç işleyişinde herhangi bir şekilde yetki ve görevlendirme yapılmamasına rağmen fiilen iradenin oluşmasına veya idare ve temsil görevine katılan kişiler olarak tanımlanmaktadır[32].

Yargıtay içtihatlarında fiili organ kavramına nadiren başvurulduğu görülmektedir. Örneğin Yargıtay 23. HD'nin 2014 tarihli bir kararında[33] fiili organ kavramına yer verilmişse de, Yargıtay, fiili organ kavramı kapsamında banka müdürlerinin sorumluluklarını değerlendiren ilk derece mahkemesinin kararını, bankacılık mevzuatı hükümlerinin göz ardı edildiği ve salt anonim şirketler hukukunda yöneticilerin sorumluluklarına ilişkin genel değerlendirmeler yapıldığı gerekçesiyle bozmuştur. Bu nedenle esasında kararda ele alınan fiili organa ilişkin değerlendirmeler, ilk derece mahkemesi tarafından hükme esas alınan değerlendirmelerdir.

Yine de Türk mahkeme kararlarında fiili organ kavramının nasıl ele alındığı hususunda fikir sahibi olmak bakımından, yukarıda bahsedilen kararda fiili organ kavramına ilişkin değerlendirmeleri burada zikretmeyi uygun görüyoruz. Sözü edilen ilk derece mahkemesi kararında[34], *"... bir kimsenin anonim şirketlere özgü sorumluluk hükümlerine (TTK md 336) tabi olabilmesi için organ vasfına sahip olması gerektiği, yasa, ana sözleşme veya iç yönetmelikte organ olarak anılmış olma zorunluluğu, organ vasfını haiz olmanın bir şartı olmadığı, anonim şirketlerde bir kimsenin organ vasfını haiz olup olmadığı değerlendirilirken, onun* ***şirketin iradesinin oluşumuna katılıp katılmadığına*** *ve bu esnada* ***tüzel kişinin önemli görev alanlarında bağımsız karar alma yetkisi bulunup bulunmadığına*** *bakılması gerektiği, bu bağlamda organ vasfı ana sözleşme ve yasadan veya fiiliyattaki organizasyon yapısından ileri gelebileceği, dolayısıyla organ vasfı yalnızca formel anlamda bunların organ olup olmadığına bakılarak değil, maddi anlamda bir organ vazifesi üstlenip üstlenmedikleri yani fiiliyatta bu kimselerin şirketin amaçlarından doğan veya bu amaca yönelik bir işlevi yerine getirip getirmedikleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği,* ***sorumluların kapsamı belirlenirken sadece şekli kıstaslara uyan kimselerin organ olarak değerlendirilmesi sorunun çözümü için yeterli bulunmadığı, şeklen bu kıstaslara uymayan ancak, fiili anlamda bir organın vazifelerini gören kimselerin de söz konusu sorumluluk hükümlerine tabi tutulmaları gerektiği****, sorumluluğun*

---

31 Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2016) 356; benzer şekilde bkz Oruç Hami Şener, *Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (2. Bası, Seçkin 2015) 414. Şener, fiili organ konumundaki kişilerin genellikle ortaklıkta pay çoğunluğunu ellerinde bulundurduklarını, şekli olarak bir kişiyi genel kurulda yönetim kuruluna seçtirip, fiili olarak yönetim kurulu gücünü bizzat kullandıklarını ifade etmektedir. Özellikle TTK md 553/1'deki "yöneticiler" ibaresiyle bu kişilerin kastedildiğini de ilave etmektedir. Benzer şekilde bkz Sami Karahan ve Hanife Doğrusöz Koşut, *Şirketler Hukuku* (Konya 2012) 749.

32 Akdağ Güney (n 31) 356 vd. Özellikle ticaret ortaklıklarında organ sıfatını taşımamakla birlikte pay çoğunluğunu elde bulunduran hakim konumdaki ortakları da bu çerçevede değerlendirmek gerektiği yönünde bkz Akbıyık (n 9) 76.

33 Yargıtay 23 HD, 2013/7191, 2014/420, 24.01.2014.

34 Sözü edilen ilk derece mahkemesi kararı Yargıtay 23 HD'nin temyiz incelemesinden geçmiş olup, anılan dairenin kendi kararında alıntıladığı şekliyle çalışmamızda yer almaktadır. Bkz Yargıtay 23 HD, 2013/7191, 2014/420, 24.01.2014. Koyu renkli vurgular, tarafımızca gerçekleştirilmiştir.

şekli organlarla sınırlandırılması, bu nevi fiili organların sorumluk hükümlerinden muaf tutulması anlamına geleceği, bu nedenle gerek içtihatlarda gerekse doktrinde fonksiyonel organ kavramından hareketle iradenin teşekkülüne ya da açıklanmasına iştirak eden veya idare ve temsil görevine katılan kimseler de "organ" olarak nitelendirileceği, böylelikle tüzel kişinin resmen organ sıfatını kazanmış organlarının dışında bulunan, fakat ***gerek konum, gerek yetkileri nedeni ile ortaklık iradesinin oluşması ve veya dışarıya yansıtılması hususunda etkin olan bütün şahıslar organ olarak nitelendirilebileceği****, fiili organların sorumluluk hükümlerine dahil edilmesiyle sadece üçüncü kişilerin korunmasının sağlanmış olmayıp aynı zamanda tüzel kişinin iradesinin oluşmasında etkili oldukları halde resmen organ olarak görünmeyen fiili yöneticiler de sorumluluk zincirine dahil edilmiş olacakları, anonim şirketin organlarının faaliyetleri nedeniyle sorumluluğu değerlendirilirken formel anlamda bunların organ olup olmadığına bakılmaksızın, maddi anlamda bir organ vazifesi üstlenip üstlenmedikleri yani fiiliyatta bu kimselerin şirketin amaçlarından doğan veya bu amaca yönelik bir işlevi yerine getirip getirmedikleri dikkate alınması gerektiğinin banka yöneticileri açısından da geçerli olduğu, yöneticinin sorumlu tutulabilmesi için şekli olarak organ olup olmadığından ziyade fiiliyatta bankanın iradesinin oluşumuna ne derecede etkili olduğuna bakılması gerektiği ..."* ifade edilmektedir.

Fiili organ kavramı, İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarında ise iki ayrı alanda geliştirilmiştir. Bir taraftan tüzel kişinin, organlarının fiillerinden sorumluluğu (TMK md 50/2; İsviçre Medeni Kanunu (CC) md 55/2) açısından; diğer taraftan, organın tüzel kişiye karşı sorumluluğu (TMK md 50/3; CC md 55/3) bakımından fiili organ kavramına başvurulduğu görülmektedir[35] *36*.

Her iki sorumluluk bakımından fiili organ kavramının ayrı ayrı tanımlanmasına gerek olup olmadığı ve İsviçre Federal Mahkemesi ile doktrinde bazı yazarların neden böyle bir ayrıma gerek duyduğu meseleleri aşağıda ele alınarak bir değerlendirme yapılacaktır.

---

[35] TMK md 50/3'de yer alan *"Organlar, kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar."* hükmünün özel bir görünümü, anonim şirketler bakımından TTK md 553'de yer almaktadır. TTK md 553'e göre, *"Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar (1). Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar(2). Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz (3).*

[36] TTK md 553 hükmünün İsviçre Borçlar Kanunu (CO) md 754'deki karşılığı ise şu şekildedir: *"Les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs (1) Celui qui d'une manière licite, délègue à un autre organe l'exercice d'une attribution, répond du dommage causé par ce dernier, à moins qu'il ne prouve avoir pris en matière de choix, d'instruction et de surveillance, tous les soins commandés par les circonstances (2)."*

1. Organın Fiillerinden Tüzel Kişinin Sorumluluğu (TMK md 50/2) Çerçevesinde Fiili Organ Kavramı

İsviçre Federal Mahkemesi, davacıların fiili organ niteliğinde olduğunu iddia ettikleri bazı kişilerin fiillerinden tüzel kişinin sorumluluğuna yönelik açılan davalarda, şu tanımı benimsemiştir: "Kanuna, tüzel kişinin kuruluş belgesine veya tüzel kişinin fiili örgütlenmesine göre, tüzel kişinin iradesinin oluşmasında rol alan ve hukuken ya da fiilen karar alma yetkisine sahip olan her gerçek kişi CC md 55 anlamında organ sıfatını haizdir; organ sıfatı temsil yetkisinden bağımsızdır.[37]" Esasında bu kararda İsviçre Federal Mahkemesi, Lozan belediyesinde çeşitli görevleri icra eden kişilerin fiillerinden belediyenin sorumlu tutulup tutulamayacağı meselesini değerlendirdiğinden; fiili organ kavramını CC md 55/2 (TMK md 50/2) çerçevesinde ele almıştır.

Kararda, Lozan belediyesinde komün yönetiminde ısı-güç birimin şefi olarak çalışan, genellikle sadece teknik bir faaliyet icra eden ve tâbi bir pozisyonda olan kişinin, somut olay çerçevesinde yine de bir organ olarak değerlendirilmesi gerektiği, zira somut olayda büyük bir endüstriyel projeyi tamamen bağımsız olarak yönettiği, en önemli kararları dahi kendi başına aldığı ve bu durumun yıllarca sürdüğü ifade edilmektedir[38].

Söz konusu karar, İsviçre Federal Mahkemesi'nin daha önceki yıllarda bu konuda verdiği kararları teyit eder niteliktedir. Buna göre tüzel kişi bünyesindeki bir kişinin, kendisine verilmiş bir görevi bağımsız olarak icra etmesi organ olarak nitelendirilmesinde yeterli değildir; o kişinin ayrıca tüzel kişinin iradesinin oluşmasında da etkili olması gerekir[39]. Yine İsviçre Federal Mahkemesi son derece yeni tarihli kararlarında da bu ilkeyi teyit etmektedir. Federal Mahkeme'nin 09.10.2019 tarihli bir kararında da, tüzel kişinin sadece şekli organlarının hukuka aykırı fiillerinden değil, aynı zamanda fiili organlarının, yani yönetim görevlerini fiilen icra eden, bağımsız olarak karar alabilen ve bu şekilde tüzel kişinin iradesinin oluşmasına kesin olarak katkıda bulunan kişilerin de fiillerinden sorumlu olduğu belirtilmiştir[40].

---

37 ATF 124 III 418, 420 vd, c 1b. Kararda Lozan Belediyesi'nin bir üyesi ve belediye yönetiminde önemli bir sektörün hiyerarşik başkanı olarak rol oynayan belediye "endüstriyel hizmetler müdürünün", yapılan tanım çerçevesinde belediyenin bir organı olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Aynı yönde bkz ATF 121 III 176, 179 vd, c 4a.

38 ATF 124 III 418, 421, c 1b.

39 Bkz Villa (n 15) 91. Gerçekten ATF 122 II 225 kararında, yönetimsel anlamda karar alma yetkisi olmayan, sadece şantiyede bazı teknik faaliyetlerden sorumlu olan kişinin organ sıfatını taşımayacağı kabul edilmiştir.

40 ATF 146 III 37, c 6.1. Aynı yönde bkz ATF 128 III 29, 30 vd, c 3a.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarından, fiili organdan bahsedebilmek için şu şartları aradığı görülmektedir:

- Tüzel kişinin iradesinin oluşmasına katılma
- Yönetimsel konularda karar verme yetkisine sahip olma
- Bağımsız olarak hareket edebilme
- Bu yetkilerin uzun bir süre boyunca kullanılması

2. Organın Kişisel Sorumluluğu (TMK md 50/3) Çerçevesinde Fiili Organ Kavramı

Fiili organın kişisel sorumluluğuna ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararları incelendiğinde, "tüzel kişinin iradesinin oluşmasında belirgin bir biçimde rol almak" unsurunun, bir kişinin fiili organ oluşturup oluşturmadığının belirlenmesinde büyük bir önemi olduğu görülmektedir[41]. İsviçre Federal Mahkemesi'nin ATF 128 III 29 kararına göre fiili organ niteliği ancak, işlerin günlük işleyişini aşan meselelerde kendi sorumluluğu altında karar alma konusunda sürekli bir yetkiye sahip olan ve kararları şirketin bilançosu üzerinde etkili olan kişilere tanınabilir. Münferit bir işlem veya tâbi bir pozisyonda basit bir yardım işlemi, bir organ olarak sorumluluğun doğmasına yol açmaz[42].

Buna karşılık, fiili organ sıfatıyla sorumlu tutulabilmenin, söz konusu kişinin sürekli ve düzenli olarak bu işi yapmasına bağlanamayacağını ileri süren yazarlar da mevcuttur[43]. Bu çerçevede, fiili organ olarak sorumlu tutulabilmek için, bu görevin uzun süreli ve devamlı olmasının aranmaması gerektiği, aksi takdirde pek çok durumda bu kişilerin sorumluluğuna gidilemeyeceği ifade edilmektedir[44]. Oysa kanaatimizce süreklilik şartı, fiili organın kabulü bakımından mutlaka aranmalıdır. Zira karşı tarafta kişinin bir organ gibi görevlerini ifa ettiği yönündeki inanç, ancak organa özgü yetkilerin sürekli bir biçimde kullanılmasıyla doğabilir. Kaldı ki, süreklilik söz konusu olmadığında kişi fiili organ kabul edilemeyeceğinden tüzel kişinin sorumluluğu doğmayacaksa da, yine de bu kişilerin hukuka aykırı fiilleriyle verdikleri zarardan dolayı kişisel sorumlulukları söz konusu olacaktır.

---

41 ATF 128 III 29, JdT 2003 I 18, 19 vd, c 3a. Kararda eski CO md 754 kapsamında anonim şirketin organlarının sorumluluğu ele alınmış ve bu hüküm çerçevesinde organların sorumluluğu kapsamına sadece yönetim kurulu üyelerinin değil, aynı zamanda şirketin yönetim işlerinden sorumlu tüm kişilerin girdiği belirtilmiştir. Karara göre yönetim veya idareden sorumlu kişiler, sadece karar alma yetkisine sahip organlardan ibaret değildir; organlara tahsis edilmiş kararları fiilen alan veya işlerin yönetiminden sorumlu tutulan ve böylece şirketin iradesinin oluşmasına belirgin bir biçimde katılan kişiler de bu kapsamdadır.

42 ATF 128 III 29, JdT 2003 I 18, 22, c 3c.

43 Bkz Akdağ Güney (n 31) 360, dipnot 953'de sayılan yazarlar.

44 ibid 361.

Benzer şekilde, Federal Mahkeme'nin ATF 128 III 92 kararına göre, organların alabileceği kararları alan veya fiilen tüzel kişinin yönetiminde rol alan ve böylece tüzel kişinin iradesinin oluşmasında belirgin bir biçimde rol oynayan kişiler fiili organdır[45].

Anılan İsviçre Federal Mahkemesi kararları, fiili organ niteliğinden bahsedebilmek için "karar alma konusunda sürekli bir yetkiye sahip olma" veya "organların alabileceği kararları alma veya fiilen tüzel kişinin yönetiminde rol alma" şartlarını aramaktadır. O halde fiili organın sorumluluğundan bahsedebilmek için, ilgili kişilerin organ görevini icra etmeleri[46] veya tüzel kişinin iç organizasyonu çerçevesinde yönetimde etkin bir şekilde rol almaları gerekmektedir[47]. Buna göre, "dışarıdan" yani organ işlevini üstlenmeden hareket eden üçüncü kişiler, tüzel kişinin aldığı kararları fiilen etkileme imkânına sahip olsalar bile fiili organ olarak değerlendirilemeyeceklerdir; meğerki tüzel kişinin yönetimine karışarak bir organ gibi hareket etsinler[48]. O halde dış danışmanlar, alacaklılar, sendikalar ve diğer baskı grupları, tüzel kişinin bir organıymış gibi, tipik organ faaliyetlerini icra etmedikçe fiili organ olarak nitelendirilemezler[49].

Ayrıca, bu kişilerin bağımsız olarak, kendi sorumlulukları altında karar alabilmeleri de gerekmektedir. Burada söz konusu olan, günlük işlemlerin dışına çıkan, şirket bilançosu üzerinde etki edecek işlemlerdir[50]. O halde günlük idari işlerin görülmesi bir kişinin fiili organ olarak sorumluluğunun doğmasına yetmez; ancak bağımsız kararlara dayalı yönetim fiilleri, fiili organın sorumluluğu kapsamında değerlendirilebilir[51]. Bu çerçevede işlerin yönetiminden ötürü organın tüzel kişiye karşı sorumluluğu, ancak (hiyerarşik açıdan en üst düzeyde bulunan) yöneticiler açısından söz konusu olur[52].

Sonuç olarak, şekli organ sıfatını taşımayan bir kişinin fiili organ olarak tüzel kişiye karşı sorumluluğunun doğabilmesi için,

---

45 ATF 128 III 92, SJ 2002 I 347, 349, c 3a.

46 Villa (n 15) 87.

47 ATF 128 III 29, JdT 2003 I 18, 19 vd, c 3a.

48 Villa (n 15) 87. Bu mesele hakkında bkz. ATF 107 II 349, 355 vd, c 5b ve c 5c.

49 ibid 88.

50 ATF 128 III 29, JdT 2003 I 18, 22, c 3c.

51 ATF 117 II 570, JdT 1993 I 80, 83, c 3. Kararda, bir şirketin çalışanlarının organ sıfatıyla şirkete karşı sorumluluklarının doğup doğmayacağı değerlendirilmiştir. Karara göre, özellikle büyük şirketlerde, bir kararın pek çok alt çalışanın işbirliğiyle; örneğin teknik, ticari veya hukuki verilerin bir araya getirilmesi sonucu alındığı görülmektedir. Bu işlemler sırasında çeşitli hatalar ortaya çıkmış olabilir. Bu hatalar, söz konusu çalışanların, şirketle aralarındaki hukuki ilişki çerçevesinde (ör: vekâlet sözleşmesi, hizmet sözleşmesi vb) şirkete karşı sorumluluklarının doğmasına yol açacaktır. Ancak organın sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için, söz konusu kişilerin yetkilerinin verilerin hazırlanması ve oluşturulmasının çok daha ötesine geçmesi; bu kişilerin iradenin oluşmasında belirgin bir rol oynamaları gerekir.

52 Jean Nicolas Druey, 'Organ und Organisation: Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft' (1981) 53 SAG Schweizerische Aktiengesellschaft (jetzt: SZW) 77, 79.

-Tüzel kişinin iradesinin oluşmasında belirgin bir rol oynaması,

-Tipik bir organ işlevi görmesi, yani şekli bir organın gerçekleştireceği işlevleri yerine getirmesi,

-Organ yetkilerine sahip olması (Bu çerçevede organa özgü, günlük işlerin dışına çıkan, şirketin bilançosuna etkili olacak şekilde karar alma yetkisine sahip olması veya tüzel kişinin etkin yönetimini sağlaması),

-Bu yetkileri bağımsız olarak, tâbi olmaksızın, kendi sorumluluğu altında ve kendisi inisiyatif alarak kullanması,

-Organ yetkilerini münferit birkaç eylem olarak değil, sürekli bir şekilde kullanması gerekmektedir[53].

3. Fiili Organın Tanımlanmasında Ortaya Çıkan Farklılıklar ve Değerlendirme

İsviçre Federal Mahkemesi, yukarıda anılan kararlarında, gerek organın fiillerinden tüzel kişinin sorumluluğu (CC md 55/2; TMK md 50/2), gerekse organın kişisel sorumluluğu (CC md 55/3; TMK md 50/3) açısından fiili organ kavramına benzer tanımlarla yaklaşmıştır.

Ancak İsviçre doktrininde bazı yazarlar, her iki durumda fiili organın tamamen aynı şekilde değerlendirilmemesi gerektiğini ifade etmektedirler[54]. Bu görüşe göre, CC md 55 (TMK md 50)'de düzenlenen organ kavramı ile, İsviçre Borçlar Kanunu (CO) md 754[55] (TTK md 553)'e dayalı dolaylı zararın tazmini[56] taleplerinde başvurulan organ

[53] Villa (n 15) 89 ve 90.

[54] Rita Trigo-Trindade, 'La responsabilité des organes de gestion de la société anonyme dans la jurisprudence récente du Tribunal Fédéral' (1998) 22, La Semaine Judiciaire, 1, 22; Rolf Bär, 'Die Privatrechtliche Rechtsprechung des BGer im Jahre 1991' (1993) Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 366, 377 vd.

[55] CO md 754, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri ile, şirketin yönetimine ve tasfiyesine katılan kişilerin sorumluluğunu düzenlemektedir. Anılan maddenin ilk fıkrasının Fransızca metni şu şekildedir: "*Les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs*." Söz konusu düzenlemeyi şöyle tercüme etmek mümkündür: "Yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye işleri ile ilgilenen herkes, yükümlülüklerinin kasten veya ihmal suretiyle ihlalinden doğan zararlardan dolayı şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı sorumlu olur." Türk Ticaret Kanunu'nda anonim şirketlerde kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğunu düzenleyen md 553/1 ise şu düzenlemeyi içermektedir: "*Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar."*

[56] Organın tüzel kişinin kendisine verdiği zararlar, alacaklılar ve pay sahipleri bakımından dolaylı zarar niteliğini taşımaktadır: Villa (n 15) 98. Benzer şekilde Tekinalp de, TTK md 555 dikkate alındığında, TTK md 553/1'deki zararın doğrudan zararı ifade ettiğini belirtmektedir. TTK md 555'de yer alan "Şirketin uğradığı zararın tazminini, şirket ve herbir paysahibi isteyebilir. Paysahipleri tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebilirler." ifadesi, şirketin zararının doğrudan zarar iken, bu zararın paysahipleri bakımından dolaylı zarar niteliğini taşıdığını ortaya koymaktadır. Bkz Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, (Vedat Kitapçılık 2013) 389 vd.

kavramını birbirinden ayırmak gerekir. Gerçekten İsviçre Federal Mahkemesi'nin ATF 117 II 570 kararında da böyle bir ayrıma başvurulduğu görülmektedir[57]. Bu görüşü savunan yazarlar, özetle, CC md 55/2 (TMK md 50/2)'ye dayalı sorumlulukta, organın fiilinden tüzel kişinin sorumluluğunun doğması için fiili organı daha geniş çerçevede değerlendirmek gerektiğini, böylece organın daha fazla fiilinin tüzel kişiye izafe edilmesi suretiyle alacaklıların daha iyi korunacağını ileri sürmektedirler[58]. Buna karşılık organların kişisel sorumluluğunun değerlendirilmesinde, fiili organı daha dar bir çerçevede ele almak, belki tecrübesiz kişilerin öngöremeyecekleri bir şekilde organ olarak sorumlu tutulmalarının önüne geçecektir.

Kanaatimizce, fiili organın değerlendirilmesinde, fiili organın fiillerinden tüzel kişinin sorumluluğunun doğması veya organın kişisel sorumluluğuna gidilmesi açısından bir ayrım yapılmasının geçerli bir hukuki dayanağı yoktur. Zira böyle bir ayrım yapılması halinde, geniş çerçevede ele alarak fiili organ olarak kabul ettiğimiz kişilerin, kanunen organlara yüklenen yükümlülükleri ihlal etmek suretiyle üçüncü kişilere verdikleri zararlardan tüzel kişi sorumlu tutulacak iken; bu kişiler, dar çerçevede değerlendirilen fiili organ kapsamına girmedikleri için aynı ödevlerin ihlali nedeniyle kişisel sorumluluktan kurtulabileceklerdir. Gerçekten, doktrinde de fiili organın haksız fiili, culpa in contrahendo teşkil eden davranışı, ya da örneğin anonim ortaklıklar hukukuna dayalı bir davranış kuralının ihlali nedeniyle üçüncü kişilere verdiği zarardan dolayı tüzel kişinin sorumluluğuna gidilirken, aynı kuralın ihlali nedeniyle bu organın sorumluluğuna gidilemeyecek olmasının şok edici bir sonuç olacağı ifade edilmektedir[59].

Sonuç olarak, TTK md 553'de yer alan ve anonim ortaklıklarda kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğunu düzenleyen hüküm, TMK md 50/3'de yer alan organların kişisel sorumluluğunu düzenleyen hükmün özel bir görünümüdür[60]. Ancak TTK md 553'de sayılan kişiler arasında, organ olmadıkları halde kurucular da yer almaktadır[61]. Hem TMK md 50/3 kapsamında, hem de TTK md 553 çerçevesinde organın sorumluluğu değerlendirilirken, fiili organ olarak değerlendirilen kişiler de sorumluluk kapsamına dâhil edilmektedir[62]. Bu iki hüküm çerçevesinde fiili organı birbirinden ve TMK md

---

57 Anılan kararda Federal Mahkeme, şu tespitlerde bulunmuştur: "Genellikle CO md 754/1'de sayılan sorumlular, CC md 55'dekilere benzetilmektedir. Şirket adına hareket eden kişinin, üçüncü kişilere verdiği doğrudan zararlardan ötürü sorumluluğuna gidiliyorsa, bu benzetme yerindedir. Aynı şekilde, hukuka aykırı davranış hem tüzel kişi bünyesinde bir yükümlülüğün ihlali, hem de bir haksız fiil oluşturduğu takdirde, bu iki sorumluluğun örtüşmesi söz konusudur. Ancak, şirkete verilen zarar, bir üçüncü kişiye verilen dolaylı zararla kesişirse, bu benzetme uygun değildir."

58 Bär (n 54) 378.

59 Villa (n 15) 98.

60 İsviçre hukukunda ise, CC md 55 anlamında fiili organ olarak kabul edilen herkesin CO md 754 kapsamında fiili organ olarak kabul edilemeyebileceğini; CO md 754 çerçevesinde (fiili) yöneticiden bahsedebilmek için tüzel kişinin hiyerarşik yapısı içinde en üst düzeyde bulunmak gerektiği ifade edilmektedir: Bkz Peter (n 29) 37; ATF 117 II 570, JdT 1993 I 80, 83.

61 Tekinalp (n 56) 377. Yazara göre kurucular organ olmadıkları halde, yöneticiler gibi görevleri ve yükümlülükleri bulunduğundan, TTK md 553 hükmü kapsamına alınmışlardır. Bu görev ve yükümlülükleri kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde TTK md 553 çerçevesinde sorumlulukları doğar.

62 ibid 377: TTK md 553'de sayılan kişiler numerus clausus değildir; maddenin kapsamına özellikle fiili organlar da girer.

50/2'deki fiili organdan farklı şekilde değerlendirmeye gerek yoktur. Fiili organın fiillerinin tüzel kişiye izafesi bakımından (TMK md 50/2 çerçevesinde) benimsenen fiili organ tanımı, TMK md 50/3 ve TTK md 553/1 çerçevesinde yapılacak değerlendirmelerde de kabul edilmelidir.

Bir kişinin fiili organ teşkil ettiği kabul edildiğinde, bu kişinin hukuka aykırı fiilinden tüzel kişi (TMK md 50/2) ve organın kendisi (TMK md 50/3) sorumlu olacak; ancak bu sorumluluğun hukuki temelinin belirlenmesi gerekecektir[63]. Bu sorumluluk örneğin üçüncü kişilere karşı haksız fiil sorumluluğu, kusursuz sorumluluk halleri gibi genel sorumluluk esaslarına dayanabilir. Ancak belirli bir tüzel kişi türüne özgü özel sorumluluk düzenlemelerine de dayanabilir; TTK md 553 hükmü bu çerçevede anonim ortaklıklara özgü bir sorumluluk esasıdır.

II. Organların Gerçekleştirdiği Hukuki İşlemlerin Tüzel Kişiyi Bağlaması

TMK md 50/2'de yer alan " Organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar." hükmü çerçevesinde, tüzel kişinin fiil ehliyetini kullanan organların yaptıkları hukuki işlemler tüzel kişiyi bağlayacak, bir başka ifadeyle hukuki işlem tüzel kişinin hak sahibi olması ve/veya borç altına girmesi sonuçlarını doğuracaktır.

Organın hukuki işleminin tüzel kişiyi bağlaması, organ sıfatına bağlı yetkinin kullanılmasının bir sonucudur[64]. Diğer taraftan organın yaptığı işlemin tüzel kişiyi bağlaması için, onun tüzel kişiyi temsil etme konusunda yetkili organ olması gerekir[65]. Ayrıca organın, organ görevi çerçevesinde hareket etmesi de gerekmektedir. Aşağıda bu unsurlar sırayla ele alınacak; özellikle fiili organın tüzel kişi adına bir hukuki işlem yapması halinde tüzel kişinin bu işlemle bağlı olup olmayacağı meselesi incelenecektir.

A. Organ sıfatı

Organın yaptığı hukuki işlemin tüzel kişiye izafe edilebilmesi için, her şeyden önce tüzel kişinin organı olarak hareket eden kişi veya kişilerin hukuki işlemi yapması gerekir. Bilindiği üzere TMK md 50 anlamında organ kavramının geniş anlamda ele alınarak, kanun veya tüzel kişinin kuruluş belgesi ile öngörülen şekli organlar dışında, organ görevini yerine getiren fiili organların da organ olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir[66].

---

63 CC md 55 (TMK md 50) hükmünün sorumluluğun hukuki dayanağını düzenleyen bir norm değil, sadece bir atıf normu olduğu yönünde bkz Rémy Wyler, 'La responsabilité civile de l'employeur, y compris en ce qui concerne les actes de ses organes et auxiliaires' (2011) DTA 249, 253.

64 Dural ve Öğüz (n 1) 261.

65 ibid 262.

66 Xoudis (n 1) N 21; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 292; Dural ve Öğüz (n 1) 259.

Şekli organlar dışındaki kişilerin fiili organ olarak nitelendirilmesi sonucunda, bu kişilerin hukuka aykırı fiillerinden tüzel kişilerin sorumlu olacağı yukarıda ele alınmıştı. Burada ele alınacak sorun ise fiili organlar tarafından gerçekleştirilen hukuki işlemlerin tüzel kişiyi bağlayıp bağlamayacağı meselesidir. Kısaca, fiili organ olarak kabul edilen kişi veya kişilerin, tüzel kişiyi temsilen hukuki işlem yaptıkları kabul edilebilir mi?

Bu meseleye ilişkin olarak, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 09.10.2019 tarihli bir kararı mevcuttur[67]. Uyuşmazlık, iki anonim şirket (A ve B) arasında imzalanan satış sözleşmelerinden doğan para borcunun ifasına yönelik açılan bir davaya ilişkindir. A şirketi adına sözleşmeleri imzalayan kişi (gizemli imzacı), şirketin şekli organı değildir[68]. İlk derece mahkemesi, davacı B şirketinin açtığı davayı kabul etmiş ve davalı A şirketinin 2.064.464 USD tutarındaki bedeli faiziyle birlikte ödemesine hükmetmiştir. Cenevre İstinaf Mahkemesi de gizemli imzacının tüm sözleşmeleri A şirketi adına imzaladığını, şirketin antetli kağıdını kullanarak tüm yazışmaları gerçekleştirdiğini ve bu şekilde sürekli faaliyette bulunması nedeniyle fiili organ olarak hareket ettiğini ileri sürerek davalı A şirketinin bu sözleşmelerle bağlı olduğunu kabul etmiş ve ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

Uyuşmazlık Federal Mahkeme'nin önüne geldiğinde, mahkeme, bir anonim şirketin fiili organ tarafından temsil edilmesinin kabul edilip edilemeyeceği tartışmasına geçmeden önce, hukuki işlemlerin kurulması açısından bir A.Ş'yi üçüncü kişilere karşı kimlerin temsil edebileceğini ortaya koymuştur. Federal Mahkeme'nin değerlendirmesine göre, bir A.Ş üçüncü kişilere karşı öncelikle organları tarafından temsil edilir (CO md 718)[69]. İkinci olarak, bir A.Ş üçüncü kişilere karşı ticari mümessilleri ve diğer ticari vekiller tarafından temsil edilir. Bu kişiler organ sıfatını haiz olmamakla birlikte, özel temsil yetkilerine dayalı olarak (CO md 458 ve 462) A.Ş'yi temsil ederler. Son olarak, CO md 32 vd. hükümleri çerçevesinde kendilerine temsil yetkisi verilen kişiler de A.Ş'yi temsil edebilirler. Somut uyuşmazlıktaki gizemli imzacı ise, ne CO md 718 çerçevesinde organ sıfatını; ne de CO md 721 çerçevesinde ticari mümessil veya ticari vekil sıfatını haizdir.

Federal Mahkeme'ye göre, istinaf mahkemesi, CC md 55/2 ve CO md 722'ye dayalı içtihatlardan yola çıkarak hukuki işlemin gerçekleştirilmesinde A A.Ş'nin fiili organ tarafından temsilinin mümkün olduğunu kabul etmiştir. Oysa bahsedilen düzenlemelere dayalı içtihatlar, tüzel kişinin şekli organları gibi, fiili organlarının hukuka aykırı fiillerinden de sorumlu olacağına yönelik kararlardır. Aynı şekilde CO md 754'de düzenlenen anonim şirketin yöneticilerinin sorumluluğu kapsamında, fiili

---

67 ATF 146 III 37 kararı.

68 Federal Mahkeme, A şirketi adına sözleşmeleri imzalayan kişiden, "şekilli imzası olan gizemli imzacı" (le mystérieux signataire à la signature figurative) olarak bahsetmektedir.

69 CO md 718'in CC md 55/1 ve 55/2 (TMK md 50/1 ve 50/2) karşısında özel hüküm niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Ayrıca CO md 718'in, CC md 55/2 gibi organın fiillerinin tüzel kişiye isnat edilmesine yönelik bir düzenleme olduğu, bu nedenle organların CO md 32 vd. hükümlerindeki anlamıyla temsilci olmadıkları da ifade edilmiştir.

organ olarak hareket eden kişilerin şahsi sorumluluğunun doğacağı da içtihatlarda kabul edilmektedir. Ancak bir hukuki işlemle bağlı olmak ve bir hukuka aykırı fiilden sorumlu olmak birbirinden tamamen farklı şeylerdir; bu nedenle bahsedilen içtihatlar, anonim şirketin bir hukuki işlemde fiili organ tarafından temsil edilebileceğini kabul etmek bakımından dayanak teşkil etmez.

Diğer taraftan, Federal Mahkeme'ye göre fiili organ tarafından gerçekleştirilen bir işlemin tüzel kişiyi (anonim şirketi) bağlayacağını kabul etmek, hukuk sistemine de aykırı düşer. Somut uyuşmazlıkta gizemli imzacı ne CO md 718 çerçevesinde organ sıfatını, ne CO md 721 çerçevesinde ticari mümessil veya ticari vekil sıfatını haiz olduğundan, mahkemenin araştırması gereken husus, CO md 32 vd çerçevesinde bu kişiye temsil yetkisinin verilmiş olup olmadığıdır. Buna göre, temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin yaptığı hukuki işlem, üç halde temsil olunanı bağlar: *i)* iç ilişkilerinde temsil olunan, temsilciye gerekli yetkileri vermişse (CO 32/1); *ii)* iç ilişkide temsil olunan temsilciye gerekli yetkileri vermemekle birlikte, üçüncü kişinin temsil olunanla aralarındaki dış ilişkiden böyle bir yetkinin varlığı konusunda çıkarımda bulunması haklıysa[70] (CO 33/3); *iii)* iç ilişkide temsil olunan temsilciye yetki vermemekle birlikte, sonradan onun yaptığı işleme icazet verirse.

Federal Mahkeme, ancak bu üç durumdan birinin varlığı halinde gizemli imzacı tarafından gerçekleştirilen sözleşmelerin A A.Ş'yi bağlayacağını; fiili organın hukuki işlemlerde şirketi temsil yetkisine sahip olmadığını belirterek istinaf mahkemesinin kararını bozmuş ve yeniden incelenmek üzere mahkemeye geri göndermiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu kararı, doktrinde bazı yazarlar tarafından haklı bulunmuş ve mahkemenin, hukuki işlemlerle bağlılık ve hukuka aykırı fiillerden sorumluluk arasında böyle bir ayrım yapması son derece yerinde görülmüştür[71].

Kanaatimizce de, fiili organın hukuka aykırı fiillerinin aksine, fiili organ tarafından gerçekleştirilen hukuki işlemlerin tüzel kişi açısından sonuç doğurması, yani tüzel kişiyi bağlaması kabul edilemez. Nitekim fiili organ, kanuna veya tüzel kişinin ana sözleşmesine göre organ sıfatını haiz olmadığından, kanunen tüzel kişi adına hareket etme yetkisine sahip değildir. Bu nedenle, yetkisiz temsil halinde yapılan işlemin temsil olunanı bağlamasının koşulları gerçekleşmedikçe, fiili organın yaptığı hukuki işlemin tüzel kişiyi bağlayacağını kabul etmek, borçlar hukukunun temel prensiplerine de aykırı düşecektir.

---

[70] Burada temsil hükümleri, temsil olunanın iradesi hilafına ve kanun gereği sonuç doğurur. Temsil olunanın işlemle bağlı olmasının sebebi, üçüncü kişiler nezdinde dürüstlük kuralına aykırı olarak yarattığı veya ortaya çıkmasına göz yumduğu ve üçüncü kişilerin de haklı olarak inandıkları görünümün sonuçlarına katlanması gerekliliğidir: bkz Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Oniki Levha 2016) 141, N 451 vd.

[71] Pascal Pichonnaz, 'Le point sur la partie générale du droit des obligations' (2020) 116 RSJ, 272, 275 vd. Görüşlerini ortaya koymamakla birlikte, Federal Mahkeme'nin şirketler hukukuna ilişkin diğer kararlarıyla birlikte, söz konusu kararı da ele alan kısa bir inceleme için bkz Mathieu Blanc ve Rafaella Demierre, 'Chronique de jurisprudence en matière de droit des sociétés' (2020) Not@lex 117, 118 vd.

B. Organın temsil yetkisi

Organın tüzel kişiyi temsil etmesi, daha önce de belirtildiği üzere iradi temsilden farklıdır: iradi temsilde temsilci kendi iradesini ortaya koyarken, organların doğrudan tüzel kişinin iradesini yansıttıkları kabul edilmektedir[72]. Bununla birlikte sonuçları bakımından her ikisi birbirine benzemekte, hukuki etkiler doğrudan temsil olunan (tüzel kişi) üzerinde doğmaktadır[73].

Temsil yetkisine sahip organın yaptığı her tür hukuki işlem tüzel kişiyi bağlar[74]. Borçlandırıcı işlemler (örneğin sözleşme), tasarruf işlemleri (örneğin bir malın mülkiyetinin devri ya da alacağın temliki), yenilik doğuran hakların kullanılması gibi işlemlerin hepsi yetkili organ tarafından gerçekleştirildiğinde, tüzel kişiyi bağlayacaktır. Ayrıca hukuki işlem benzeri işlemler (örneğin ayıp ihbarı, ek süre verilmesi…) de organın temsil yetkisi kapsamında tüzel kişi açısından sonuç doğurur[75].

Temsil yetkisine sahip organ, tüzel kişi adına hareket etmeye, onun adına hukuki işlem yapmaya yetkili organ demektir. Yetkisi olmayan bir organ tarafından gerçekleştirilen hukuki işlem, kural olarak tüzel kişiyi bağlamaz[76]. TMK, üçüncü kişilerle tüzel kişi adına hukuki işlem yapma yetkisini derneklerde yönetim kuruluna, vakıflarda da yönetim organına vermiştir (TMK md 85 ve md 109[77]). Bunların dışında kalan organların, ayrıca dernek tüzüğü, vakıf senedi veya yetkili organ kararı olmadıkça, tüzel kişi adına hukuki işlem yapmaları, tüzel kişinin o işlemle bağlı olması sonucunu doğurmaz[78].

Tüzel kişinin ana statüsüne, organın temsil yetkisinin sınırlanmasına ilişkin hükümler konulabilir. Bu kayıtların etkileri bakımından medeni hukuk tüzel kişileri ile ticaret ortaklıklarını birbirinden ayırmak gerekir. Dernekler ve vakıflarda, dernek tüzüğü ve vakıf senedinde organın yetkilerinin sınırlanmasına ilişkin hükümler iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Organın yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin bu kayıtlar, sadece iç ilişkide etkili olacaktır. Zira dernek tüzüğü ve vakıf senedi kamuya açık (aleni) belge niteliğinde değildir[79].

---

72 Xoudis (n 1) N 33; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 288; Dural ve Öğüz (n 1) 257.

73 Xoudis (n 1) N 33.

74 Dural ve Öğüz (n 1) 261; Xoudis (n 1) N 36.

75 Xoudis (n 1) N 36.

76 ibid N 40.

77 Vakıfta tek zorunlu organ olan yönetim organı, hem karar hem de yürütme organı olarak görev yapar. Yönetim organı, yürütme organı olarak vakfı yönetir ve üçüncü kişilere karşı temsil eder: bkz Dural ve Öğüz (n 1) 368.

78 Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 292; Dural ve Öğüz (n 1) 262. Örneğin dernekte bir denetçinin dernek adına üçüncü kişilerle bir sözleşme imzalaması derneği borç altına sokmaz. Zira denetleme organının tüzel kişiyi temsil yetkisi yoktur.

79 Dural ve Öğüz (n 1) 262 vd; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 1) 293. Buna karşılık ticaret ortaklıklarında organın temsil yetkisinin sınırlandırılmasının hangi hallerde ve nasıl mümkün olduğu, hangi koşullar altında yapılan sınırlandırmaların dış ilişkide geçerli olacağı konusunda daha farklı değerlendirme yapılması gerekmektedir. Anonim şirketlerde temsil yetkisinin devri ve sınırlandırılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Akdağ Güney (n 31) 117 vd.

C. Organın tüzel kişi adına hareket etmesi

Organı oluşturan kişi kendi adına ve hesabına değil, organ görevi çerçevesinde hareket ettiği takdirde, yaptığı hukuki işlemler tüzel kişiyi bağlar. Bu nedenle organın tüzel kişi adına işlemi yaptığını açıkça bildirmesi ya da onun davranışlarından bu durumun anlaşılması gerekir. Tereddüt halinde, organın irade açıklaması dürüstlük kuralı çerçevesinde yorumlanmalı ve üçüncü kişinin somut olayın özellikleri çerçevesinde bu irade açıklamasından ne anlayabileceği ve anlaması gerektiği güven ilkesi çerçevesinde belirlenmelidir[80]. Eğer üçüncü kişi, organın tüzel kişi adına hareket ettiğini anlayabiliyor veya anlaması gerekiyorsa, (organın temsil yetkisine sahip olması kaydıyla), tüzel kişi hukuki işlemle bağlı olur. Aksi takdirde, hukuki işlemi yapan kişi (organ), işlemle bağlı olacaktır[81].

Sonuç

Fiili organ, tüzel kişinin iradesinin oluşmasında önemli bir rol oynayan; şeklen bir organ olmasa da, bir organın gerçekleştireceği işlevleri yerine getiren; günlük işlerin dışında, yönetime ilişkin konularda bağımsız olarak karar alma yetkisine sahip olan ve bu yetkileri sürekli şekilde kullanan kişi veya kişilerdir.

TMK md 50/2, organların hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi borç altına sokacağını düzenlemiştir. Bu çerçevede organın hukuki işlemleri tüzel kişiyi bağlayacak ve organın hukuka aykırı fiillerinden tüzel kişi sorumlu olacaktır. Ancak bu iki olgu arasında bir ayrım yapmak gerekir: Organın hukuka aykırı fiillerinden tüzel kişinin sorumluluğu çerçevesinde organı geniş anlamda ele almak ve şekli organların yanısıra, fiili organları da organ kapsamında değerlendirmek gerekir. Zira fiili organ tanımı, esas itibariyle organ gibi hareket eden kişi/kişilerin hukuka aykırı fiillerinden tüzel kişinin sorumluluğunun doğabilmesi amacıyla geliştirilmiştir. Gerçekten de kanuna veya tüzel kişinin kuruluş belgesine göre organ olmamakla birlikte, bir organ gibi iş gören ve sürekli bir şekilde tüzel kişinin iradesinin oluşmasında belirgin rol oynayan kişilerin, üçüncü kişiler tarafından organ olarak değerlendirilmesi, dürüst ve makul bir kişiden beklenebilir, haklı bir inançtır. Bu nedenle, fiili organ olarak hareket eden kişilerin hukuka aykırı fiillerinden tüzel kişinin sorumlu olması, zarar gören üçüncü kişilerin korunması bakımından gereklidir.

Ayrıca TMK md 50/3 gereği, fiili organ, kusurundan dolayı kişisel olarak da sorumlu olacaktır. Bu nedenle zararın tüzel kişi tarafından karşılanması halinde, tüzel kişi kusurlu organa rücu edebilir[82]. Belirtmek gerekir ki gerek fiili organın

[80] Riemer (n 22) N 40; Xoudis (n 1) N 39; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C I* (Vedat Kitapçılık 2016) 215; Tercier, Pichonnaz ve Develioğlu (n 70) 128, N 398; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Yetkin 2017) 450.

[81] Xoudis (n 1) N 39.

[82] Dural ve Öğüz (n 1) 266. Tüzel kişi ve organ, müteselsilen sorumludurlar: Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir (n 1) 294; aynı yönde bkz. Ergun Özsunay, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler* (İstanbul 1982) 81 vd.

kişisel sorumluluğu (TMK md 50/3), gerekse fiili organın hukuka aykırı fiillerinden tüzel kişinin sorumluluğu (TMK md 50/2) bakımından fiili organ tanımında farklı ölçütler benimsemeye gerek yoktur. Doktrinde bazı yazarlarca savunulan bu görüş, aynı fiilden ötürü tüzel kişinin sorumlu tutulup, fiili organın kişisel sorumluluğuna gidilemeyeceği gibi bir sonuca yol açabileceğinden, kanaatimizce yerinde değildir.

Diğer taraftan, kanuna veya tüzel kişinin kuruluş belgesine göre (şeklen) organ olmamakla birlikte, fiili organ olarak tüzel kişi adına hareket eden kişilerin yaptıkları hukuki işlemlerin tüzel kişiyi bağlaması kabul edilemez. Fiili organın tüzel kişiyi temsil yetkisi bulunmadığından, burada TBK md 46'da düzenlenen bir yetkisiz temsil söz konusudur. Yetkisiz temsil kural olarak temsil olunanı bağlamaz; meğerki yetkisiz temsil halinde yapılan işlemin (sözde) temsil olunanı bağlayacağı hallerden birisi ortaya çıkmış olsun. Bunlardan ilki, TBK md 46/1 gereği, temsil olunanın sonradan işleme icazet vermesidir. Diğeri ise, temsil olunan tarafından üçüncü kişilere bildirilen bir temsil yetkisinin varlığı halidir. Buna dış temsil yetkisi denilmekte ve üçüncü kişilere yapılan bu bildirimle onlara bu konuda bir güven verilmiş olmaktadır. Üçüncü kişilere verilen bu güven nedeniyle, onların, bildirilen temsil yetkisinin varlığı hakkındaki iyiniyetleri korunur. Temsil olunan temsilciye, aralarındaki iç ilişkide böyle bir yetki vermemiş olsa (veya iç ilişkide daha dar bir yetki verilmiş ya da verilen yetki geri alınmış olsa) bile, üçüncü kişiye bildirilen yetki, onun iyiniyetli olması şartıyla mevcut olmayan yetki yerine geçer ve temsilcinin yaptığı sözleşme, temsil olunanı bağlar[83]. Burada bahsedilen haller dışında, yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemin temsil olunanı bağlaması söz konusu değildir.

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de 09.10.2019 tarihli ATF 146 III 37 kararında açıkça bu yönde bir karar vermiş ve fiili organın hukuki işlemlerinin (yukarıda sayılan istisnai haller hariç) tüzel kişiyi bağlamayacağına hükmetmiştir. O halde TMK md 50/2 çerçevesinde, organın hukuki işlemlerinin tüzel kişiyi borç altına sokması kuralı bakımından organ kavramını dar olarak yorumlamak ve sadece şeklen organ sıfatını taşıyan ve bu çerçevede temsil yetkisini haiz kişilerin tüzel kişi adına işlem yapabileceğini kabul etmek gerekir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.
Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

[83] Eren (n 80) 453 vd; Oğuzman ve Öz (n 80) 223.

Bibliografya/Bibliography

Akbıyık C, 'Tüzel Kişi Organının Ölüme Bağlı Tasarrufun Düzenlenmesine Katılması' (2017) 5 (1) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 73-79.

Akdağ Güney N, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu* (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2016).

Akünal T, *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler* (Beta 1995)

Bär R, 'Die Privatrechtliche Rechtsprechung des BGer im Jahre 1991', (1993) Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 366-389.

Blanc M ve Demierre R, 'Chronique de jurisprudence en matière de droit des sociétés' (2020) Not@lex 117-122.

Druey J N, 'Organ und Organisation : Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft' (1981) 53. SAG Schweizerische Aktiengesellschaft (jetzt: SZW) 77-87.

Dural M ve Öğüz T, *Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku* (20. Bası, Filiz Kitabevi 2019).

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7. Bası, Yetkin 2017).

Guhl T, Koller A, Schnyder A K ve Druey J N, *Das Schweizerische Obligationenrecht* (9. Auflage Schulthess 2000).

Gürzumar O B, 'Türk Medeni Kanunu'nun 'Vakıflarda Üyelik Olmaz' Hükmünü İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Hakkında', Haluk Konuralp Anısına Armağan, C III, (Yetkin, 2009) 523-548.

Karahan S (Edit.), *Şirketler Hukuku,* (1. Bası, Mimoza 2012).

Oğuzman K, Seliçi Ö ve Oktay Özdemir S, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler),* (16. Bası, Filiz Kitabevi 2016).

Oğuzman K ve Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I,* (14. Bası, Vedat Kitapçılık 2016).

Özsunay E, *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler,* (İstanbul Üniversitesi 1982).

Öztan B, *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk,* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1970).

Peter H, 'La Responsabilité De -Et Par- L'organe De Fait', İç Chappuis Christine, Peter Henry, von Planta Andreas (edr), *Responsabilité de l'actionnaire majoritaire: séminaire de l'Association genevoise de droit des affaires,* (Schulthess 2000) 29-64.

Pichonnaz P, 'Le point sur la partie générale du droit des obligations', (2020) 116 Revue Suisse de Jurisprudence 272-277.

Riemer H M, *Berner Kommentar Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 3. Abteilung: Die juristischen Personen, 1. Teilband: Allgemeine Bestimmungen - Systematischer Teil und Kommentar zu Art 52-59 ZGB* (Stämpfli 1993).

Şener O H, *Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (2. Bası, Seçkin 2015).

Tekinalp Ü, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2013).

Tercier P, Pichonnaz P ve Develioğlu M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (1. *Bası, Oniki Levha* 2016).

Trigo-Trindade R, 'La responsabilité des organes de gestion de la société anonyme dans la jurisprudence récente du Tribunal Fédéral' (1998) La Semaine Judiciaire 1-27.

Villa M, 'Organes de fait et organes apparents', iç Pierre-Louis Imsand (ed), La responsabilité civile dans l'entreprise, Travaux de la Journée d'étude organisée le 19 mars 2003 à l'Université de Lausanne, (CEDIDAC 2004) 69 – 144.

Wyler R, 'La responsabilité civile de l'employeur, y compris en ce qui concerne les actes de ses organes et auxiliaires', (2011) DTA 249-259.

Xoudis J, 'Des personnes morales, dispositions générales Art 54/55', iç Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx (edr), *Commentaire Romand du Code Civil I Art 1-359 CC,* (Helbing Lichtenhahn 2010) 412-431.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası, 79 (4), 1285-1321

DOI: 10.26650/mecmua.2021.79.4.0006
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 28.01.2021
Revizyon Talebi: 12.05.2021
Son Revizyon: 16.10.2021
Kabul: 22.11.2021

Jeremy Waldron ve Prosedürel Hukuk Devleti Anlayışı

Gürkan Çapar*

Öz

Hukuk devleti denildiğinde akla ilk gelen isim şüphesiz ki Lon Fuller'dir. Fuller ileri sürdüğü sekiz ilkesi ile hukuk sisteminin kendine özgü bir ahlakı olduğunu iddia ederek doğal hukuka sığınmadan hukuki pozitivizmin bir eleştirisini yapmıştır. Bu yaklaşım genellikle prosedürel doğal hukuk veya prosedürel hukuk devleti olarak isimlendirilmesine rağmen, Jeremy Waldron, Fuller'ın sekiz ilkesi incelendiğinde böyle bir değerlendirmenin yerinde olmayacağını belirtmiştir. Öncelikle, Fuller'ın ilkeleri yasa koyucunun yasama süresince göz önünde bulundurması gereken kriterlerden ziyade bir çıktı olarak hukuk normunun taşıması gereken formel niteliklerle ilgilidir, bu nedenle de bu ilkeleri prosedürel yerine formel olarak isimlendirmek daha yerinde olacaktır. Fuller'ın hukuk devleti anlayışı formel olarak nitelendirilince, Waldron'a kendi prosedürel hukuk devleti kavramını oluşturabilmek için bir alan da ortaya çıkmıştır. Fuller'ın sekiz ilkesi ile özdeşleşen formel-şekli ve doğal hukukçular tarafından savunulan içeriksel-maddi hukuk devleti anlayışlarının ötesine geçerek, Waldron prosedürel bir hukuk devleti anlayışı geliştirir. Bu çalışmada Waldron tarafından kavramlaştırılan bu hukuk devleti anlayışı gerek formel gerekse de maddi hukuk devleti ile olan ilişkisi içerisinde incelenecek ve diğerlerinden ayrılan yönleri ortaya konulacaktır. Ayrıca, Fuller'ın hukuk kurallarını anlayan ve kendi davranışlarına bu kuralları uygulayan, onur sahibi rasyonel özne tasarımı ile Waldron'un argüman ileri süren, hukukun ne olduğunun belirlenmesi sürecine katkıda bulunan aktif öznesi karşılaştırılacaktır. Son olarak, bu çalışmada hukuk devleti kavramı sadece akademik merakın ve teorik bir incelemenin nesnesi olmaktan ziyade; onun içinde bulunduğumuz, tecrübe ettiğimiz ve bir anlamda da öznesi olduğumuz hukuk devleti krizi ile bağlantısı görünür kılınmaya çalışılacaktır. Bunu yaparken ise, formel hukuk devleti anlayışının neden hukuk devletinin krizini görmemiz konusunda yetersiz kaldığı sorgulanacak ve prosedürel anlayışın ne ölçüde bu krizi tespit etmemize yardımcı olacağı incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Hukuk Devleti, Prosedürel Hukuk Devleti, Jeremy Waldron, Lon Fuller, Hukuk Devletinin Öznesi

Jeremy Waldron and His Procedural Understanding of the Rule of Law

Abstract

The ideal of rule of law (RoL) is generally associated with Lon Fuller. He affirms that a legal system has its own morality independent of objective morality if it lives up to his eight principles. Even though Fuller's conception generally is related to procedural natural law or RoL, Jeremy Waldron asserts that when Fuller's principles are seen in cold light it seems highly unlikely that one could appraise his conception as procedural. Many of those principles pertain to the formal criteria addressed to lawmaking authorities to assist in legislative activities. However, they place emphasis more on the form the law must take at the end of the legislative process than on the process itself. Based on that criticism, Waldron contends, developing a novel procedural conception of RoL, that it is better to consider Fuller's principles as formal, than to call them procedural. In general, the discussion on the RoL revolves around the tension between formal and substantive understandings. Whereas legal positivists often defend the former, proponents of natural law support the latter. This study aspires to explain Waldron's procedural conception of RoL, which goes beyond the dichotomy between formal and substantive conceptualizations. In doing so, it shows how procedural conception differs from others in analyzing its relationship with others and by emphasizing the differences between their distinctive understandings of legal subjects.

* **Sorumlu Yazar:** Gürkan Çapar (Doktora Öğrencisi), Scuola Superiore Sant'Anna, Dirpolis Institute, Pisa, İtalya.
E-posta: gurkan.capar@santannapisa.it ORCID: 0000-0002-7381-1061

Atıf: Capar G, "Jeremy Waldron ve Prosedürel Hukuk Devleti Anlayışı" (2021) 79(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1285.
https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.4.0006

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

In short, it will show how a rational and self-directed legal subject left its place to a subject capable of putting forward arguments, discussing and developing the meaning of law, say, before the courts. . It will discuss what law is before the courts. Finally, this study aspires to establish a connection between the shortcomings of the formal conception of RoL and its crisis that we are experiencing across the globe.

Keywords
Rule of Law, Procedural Rule of Law, Jeremy Waldron, Lon Fuller, The Subject of The Rule of Law

Extended Summary

The ideal of rule of law (RoL) generally is associated with Lon Fuller and his understanding of rule of law comprising eight principles. Even though Fuller conceives of RoL as procedural, Jeremy Waldron asserts that when seen in cold light, it is highly probable to qualify Fuller's eight principles as formal rather than procedural. The majority of his principles emphasize how the legislature should enact laws if it is to achieve its objective of guiding the behaviors of legal subjects. Moreover, legal-positivist approaches to the RoL emphasize the legislature, rules, and lawmaking dimension of the law at the expense of the courts, adjudication, and procedural principles observed before the courts. That is why RoL theories, introduced under the legal-positivist camp, concern themselves with the following question: What are the basic conditions of effective lawmaking? In short, they, by overemphasizing the output aspect of law, overlooked the question of how the enacted laws, namely legal acts, are applied in concrete cases. That is why Waldron turns his attention to the courts, adjudication, and adjudicative procedures and brings forward a novel procedural approach to the RoL.

The first part of this paper will set the stage for Waldron's procedural approach to the RoL by pointing out the connection between the concepts of law and rule of law. Without a doubt, our conception of law will have a huge impact on the conception of RoL we defend. For instance, legal positivists are associated with formal conception thereof, natural lawyers support RoL's substantive conceptions. In short, Waldron's aim is to steer a middle course between them. He does so by not only overcoming the deficiencies of Fuller's theory but also benefiting from the inspiring ideas of Dworkin. However, Waldron is also highly cautious of staying away from a substantive conception of RoL.

The problem that Waldron tackled is as follows: On the one hand, RoL means that rules, which are general, clear, prospective, promulgated, and so on, will guide behaviors of individuals. On the other hand, law is an argumentative discipline, and individuals, lawyers, and judges discuss what the law is in each concrete case and particular situation. Then the question arises: How could an argumentative and constantly regenerating discipline be clear and determinate enough to instruct individuals what to do in a concrete case? That is the tension for which Waldron

struggles to find an answer. The middle way that he strives to follow will haunt us in the second part of the paper. Law is of a relatively indeterminate character, and that is because of the rights endowed to citizens such as access to justice, right to a hearing, and right to a fair trial. However, law also should be at least sufficiently clear enough to provide guidance to individuals and endow them with at least minimum freedoms, such as to live according to their own preferences and choices.

The third part of the paper will dwell on Waldron's procedural RoL and touch on the four foundational criteria of any conception of law that Waldron introduced. It will also pay attention to the unorthodox connection that Waldron established between the concepts of law and RoL. This part will also engage with the point of view taken by Waldron in his novel approach to the RoL by pointing out Waldron's emphasis on the real subjects, namely citizens, of the RoL. By doing so, he argues that we should adopt a deeper or real internal point of view by leaving behind discussions between legal academics on the meaning or essence of the concepts. Thus, it is not an exaggeration to claim that Waldron in some sense has internalized the internal point of view by applying its insights to his theory. As such, the addressee of the RoL has undergone such a transformation that it has become an active center of intelligence from Fuller's passive and rule-applying subject. Last, the study also aspires to establish a connection between the shortcomings of the formal conception of the rule of law and its global crisis, which we are experiencing at every level, say; domestic, supranational, and international.

Jeremy Waldron ve Prosedürel Hukuk Devleti Anlayışı

Giriş

Günümüzde birçok krizle karşı karşıyayız. İklim değişikliği, yükselen popülizm ve Covid 19 gibi krizlere ek olarak Avrupa Birliği geçtiğimiz 10 yılda 2008 ekonomik krizinin etkilerini ortadan kaldırmak için aldığı tedbirlerle AB'ye özgü yeni bir krizi daha neden oldu: AB'nin kurumsal/anayasal krizine[1]. Brexit ile gün yüzüne çıkan, AB'nin bu kurumsal krizinin bir başka boyutu da Polonya ve Macaristan gibi ülkelerin, birliğin temel değerlerine aykırı faaliyetleri ile görünür hale gelen hukuk devleti krizidir. Bu krizin farklı versiyonlarını Latin Amerika ülkelerinde de görebiliriz. Örneğin, Venezuela, Honduras, Nikaragua gibi ülkelerde başkanlar (*caudillos),* kendi başkanlık sürelerini sınırlandıran maddeleri değiştirerek anayasal sınırları anlamsız hale getirmektedirler[2]. Bu gelişmeleri tanımlamak için istismarcı anayasacılık[3], gizli otoriterlik[4], otokratik legalizm[5] gibi birçok farklı kavram türetilse de aslında karşı karşıya olduğumuz şeyin hukuk devleti krizi olduğu söylenebilir. Kim Lane Scheppele de belirli kıstaslara odaklanarak bütünü gözden kaçıran *checklist* şeklindeki ölçüm kriterlerinin, hukuk devletinin krizini tespit etmede yetersiz kaldığına dikkat çekerek, bütünsel bir yaklaşıma ihtiyacımız olduğunu belirtmiştir[6]. Bir anlamda krizin tespit edilememesinin nedenini şekli/formel anlamdaki hukuk devleti kavramının karşılaşılan tehditleri görünür kılma konusunda yetersiz kalmasına bağlayabiliriz.

H.L.A. Hart'ın başını çektiği analitik hukuki pozitivistler Lon Fuller'ın "The Morality of Law" kitabında ileri sürmüş olduğu "hukukun iç ahlakı" anlayışını şiddetle eleştirmişlerdir. Pozitivistlere göre bu ilkeler ahlakla ilgili olmak bir yana, olsa olsa yasa koyucuya yasama faaliyeti sırasında yol gösterecek fonksiyonel kriterler olabilirler. Fuller, bütün çabasına rağmen hukuk sisteminin kendisine özgü bir iç ahlakı olduğu tezini hukuki pozitivistlere kabul ettirememiştir. Onlara göre ahlaki yasalar değiştirilemez, sabit ve sosyal gerçeklikten kopuktur, Fuller'ın ilkeleri ise bu kriterleri taşımadığı için ahlaki kriterler olarak değerlendirilmeye uygun değildir. Yaşadığımız hukuk devleti krizine bu açıdan bakıldığında ise şu soru bir kez daha karşımıza çıkar: Hukukun gerçekten bir ahlakı var mıdır?

---

1 AB'nin kurumsal ve anayasal krizi için bkz E Chiti P G Teixeira, 'The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis' (2013) 50 Common Market Law Review 3.

2 Bkz D Landau Y Roznai ve R Dixon, 'Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: Lessons from Latin America' iç Alexander Baturo, Robert Elgie (eds.) *The Politics of Presidential Term Limits* (OUP 2019).

3 David Landau, 'Abusive Constitutionalism' (2013) 47 UCDL Rev 189.

4 Ozan O Varol, 'Stealth Authoritarianism' (2014) 100 Iowa L. Rev 673.

5 Kim Lane Scheppele, 'Autocratic legalism' (2018) 85 *CLR 2* 545.

6 Kim Lane Scheppele, 'The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work' (2013) 26 Governance 4 559.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, şekli/formel anlamdaki hukuk devleti anlayışının hukuk sisteminin varlığını tehdit eden saldırıları tespit etme konusunda yetersiz kaldığını ve bunun da dünyanın çeşitli ülkelerinde farklı versiyonlarını gördüğümüz hukuk devleti krizinin tespit edilememesinin temel nedenlerinden birisi olduğu söylenebilir. Hukuk teorisyenleri bugüne kadar hukuk devletinin bu formel yönünü odaklanarak, *checklist* şeklindeki kriterleri ile meşgul oldular ve ne yazık ki bu sıradan insanların bakış açılarının marjinalize edilmesine neden oldu. Oysa Waldron'un da belirttiği gibi sıradan insanlar hukuk devletine aykırı hareket edildiğini iddia ettiklerinde, kastettikleri şey hukuk sisteminin belirlilik ve öngörülebilirlik gibi kriterler açısından yetersiz olduğu değil mahkemelerin bağımsızlığı, adil yargılanma hakkı ve adalete ulaşım hakkı gibi hukuk devleti kavramının kendisine içkin, prosedürel kriterlerin yetersizliğidir. Onlar için önemli olan şey hukukun öngörülebilirliğinden çok, bağımsız bir mahkeme önünde adil bir şekilde yargılanamamaktır[7]. Bu nedenle hukuk devleti tartışmalarında hukuk teorisyeni bakış açısı kadar sıradan insanların bakış açısına da önem verilmelidir[8]. Başka bir deyişle, hukuk felsefecisinin teorik (üçüncü tekil şahıs) ve objektif bakış açısı kadar sıradan insanların tecrübelerine dayanan ve onlardan beslenen pratik (deliberative/practical) bir bakış açısına da önem verilmelidir[9]. Nasıl ki Hart hukuk kavramının ancak içsel bir bakış ile anlaşılabileceğini savunarak analitik hukuk felsefesi içerisinde bir anlamda hermeneutik bir devrim gerçekleştirmişse[10], hukuk devleti kavramına özne-merkezli bir yaklaşımın da hukuku farklı bir açıdan görmemizi sağlayacak fenomenolojik bir dönüş olduğu iddia edilebilir. Scheppele'den esinlenerek ifade etmek gerekirse, bir *Frankenstein* ile karşı karşıyayız fakat bunun hala farkında değiliz. Kanımca, bunun ancak özne-perspektifli içsel bir bakış açısı ile farkına varabiliriz.

Uygur'un da belirttiği gibi adaleti göremeyiz, tanımlayamayız ama adaletsizliği görüp tanıyabilir, hissedebiliriz[11]. Bu nedenle teorik bir bakış açısı ile hukuk devetinin taşıması gereken objektif kriterleri sorgulamakla kalmayıp, bunu pratik bir bakış açısı ile desteklemeliyiz. Çünkü ancak özne-merkezli bir perspektif, hukuk devletinin krizinin birincil mağduru olan bireyin yaşadığı adaletsizlikleri gündeme getirebilir. Özne-merkezli perspektif bize hukuk devletinin içinde bulunduğu krizi görmemize yardımcı olacağı gibi, kavramın kendisine ilişkin bir sorgulama yapmamız fırsat da sunacaktır. Tabi eğer krizin kavramın kendisine içkin olduğunu düşünen radikal bir

---

7 Jeremy Waldron, 'Thoughtfulness and the Rule of Law' (2011) 18 British Academy Review 1, 9. ayrıca hukuk devletinin anayasal sistem ile bağlantısını kurarak anayasa değişikliklerinin mevcut anayasaya etkisinin içsel bir bakış açısına başvurmadan kavranamayacağını savunan bir çalışma için bkz. Gürkan Çapar, 'How not (to) Compare?: Not Being Inside, Nor Outside' (2021) *Global Jurist (Forthcoming)*.

8 Bu konudaki ayrım için bkz Neil MacCormick, *H.L.A. Hart* (Stanford 1981) 50-61.

9 Birinci ve üçüncü tekil şahıs bakış açıları için bkz Veronica Rodriguez-Blanco, 'Legal Authority and the paradox of intention in action' iç George Pavlakos ve Veronica Rodriguez-Blanco (eds), *Reasons and Intentions In Law and Practical Agency*, (Cambridge University Press, 2015)

10 Brian Bix, 'HLA Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory' (1999) 52 SMUL Rev. 167.

11 Gülriz Uygur, 'Law and Injustice in Times of Crisis' iç Joshua Kassner, Colin Starger (eds.) *The Value and Purpose of Law – Essays in Honor of M.N.S. Sellers* (Franz Steiner 2019).

eleştirmen değilsek[12]. Başka bir deyişle hukuk devleti kavramının ve hukukun işaret ettiği doğru bir kullanımı vardır[13] ve bu nedenle bu kavram da benzer kavramlar gibi istismar edilebilir veya *telos*u dışındaki amaçlar için kullanılabilir[14]. Hiç şüphe yok ki, çok boyutlu ve birbiri ile kesişen krizlerden oluşan bu iklimde hukuk devletinin kendine has krizini fark etmek ve bununla birlikte gelen sorunlara çözüm bulmak bir derece daha zorlaşmaktadır. Ama başka bir açıdan bakıldığında ise kriz anları aynı zamanda olana eleştirel yaklaşacağımız ve olanı dönüştürebileceğimiz fırsat anlarıdır. Zabcı'nın dikkat çektiği gibi aslında kriz ve kritik kavramları "krenein" kökünden türerler, bu nedenle de kriz anları aynı zamanda dönüşüm ve dönüm noktasına ve bir yargıda bulunma anına da işaret ederler[15].

I. Hukuk Devleti Kavramına Üç Farklı Yaklaşım

Hukuk Devleti ve hukuk kavramı birbirleri ile doğrudan ilişkilidir. Ne var ki Waldron'un da işaret ettiği gibi hukuk devleti ve hukuk kavramı arasındaki bu ilişki modern hukuk felsefesi tarafından yeterince incelenmemiştir[16]. Hukuk devleti kavramını anlayabilmek için öncelikle hukukun ne olduğu hakkında bir anlayışa sahip olmamız gerektiği iddia edilmesine rağmen Waldron bu görüşe katılmamaktadır. Raz "Rule of Law and Its Virtue" makalesinde hukuk devletinin, hukuk tarafından yaratılan tehlikeleri bertaraf etmek için var olduğunu belirtir. Ona göre hukuk kaçınılmaz olarak keyfi güç kullanımından dolayı tehlikeler yaratır ve hukuk devleti de bu tehlikeyi ortadan kaldırmak için yaratılmıştır. Raz'a göre hukuk devleti daha büyük bir kötülükten kaçınmak için katlanılan bir kötülük, negatif bir erdemdir[17]. Raz'ın bu yaklaşımı görüleceği üzere önce hukuku tanımlamakta, sonrasında ise hukuk devletine hukuk kavramından yola çıkarak ulaşmaktadır[18]. Fakat bunun yerine hukuku, iktidarı sınırlandırmak için bir araç olarak gördüğümüzde, hukuk devleti hukuk ile birlikte düşünülebilir bir kavram haline gelmektedir. Raz'ın hukuka dair pozitivist yaklaşımı onun hukuk devleti anlayışını da belirlemiştir. Hukuk iktidarın herhangi bir içsel sınırlandırmaya tabi olmadan istediği gibi içini doldurabileceği bir şey olursa, bundan kaynaklanabilecek muhtemel kötülükleri ortadan kaldıracak şekilde bir hukuk devleti tanımının yapılması oldukça anlaşılırdır.

Başka bir anlayışa göre ise hukuk devleti kavramı hukuku öncelemekte ve hukuk,

[12] Hukuk devletininin istismarı için bkz Gianluigi Palombella, 'The Abuse of the Rule of Law' (2020) 12 HJRL 2, 387-397.

[13] Burada kullanım ile kastedilen semantik bir anlam değildir. Yoruma muhtaç kavramlarında inşa ile belirli bir anlamı oluşabilir ve hatta Dworkin gibi tek bir doğru yorum bile savunulabilir.

[14] Anayasayı değiştirme iktidarının kötüye kullanılması için bkz Landau 'Abusive Constitutionalism' (n 3); insan hakları kavramının neoliberalizm ile olan birlikteliği ve nasıl kötüye kullanıldığı için bkz Samuel Moyn *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*. (Harvard 2018).

[15] Filiz Zabcı, 'Kriz, Kritik: Koronavirüsle İmtihanımız' Birgün (İstanbul, 22 Mart 2020) < https://www.birgun.net/haber/kriz-kritik-koronavirusle-imtihanimiz-292697 > Erişim Tarihi 17 Mayıs 2021.

[16] Jeremy Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (2008) 2 Ga. L. Rev 43, 5.

[17] Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (OUP 1979) 212.

[18] Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 11.

hukuk devleti kavramından çıkarılmaktadır. Bu anlayış ise kökenini Bentham'ın hukukun ne olduğuna ilişkin "expository justice" ve ne olması gerektiğine ilişkin "censorial justice" ayırımına dayanmaktadır[19]. Bu ayrımda hukuk devleti olması gereken olarak hukuku öncelemektedir çünkü hukuk devletinin kendisi olması gerekene ilişkin olup değerlendirme ile ilgilidir, hukuk ise olana ilişkindir[20]. Bu ayrımı ise açıkça anlaşılacağı gibi, olan olması gereken ayrımı doğrultusunda hukuki pozitivistler ileri sürmüşlerdir. Böylece olan hukuk, hukuk devleti idealleri ile örtüşmese bile hukuk olmaya devam edebilecektir.

Waldron bu iki farklı pozitivist anlayış yerine hukuk ve hukuk devleti kavramlarının bir paket olarak anlaşılması gerektiğini savunmuştur[21]. Ona göre hukuki (nedensel) pozitivistlerin savunduğu gibi tamamen olması gerekenden bağımsız bir hukuk anlayışı geliştirebilmek mümkün değildir, bundan dolayı da hukuk ve hukuk devleti kavramlarını olan ve olması gereken şeklinde ayrı ayrı düşünmemize gerek yoktur. Nasıl ki demokratik bir şekilde yönetildiğini iddia eden bütün ülkeleri demokratik olarak nitelendirmiyorsak, emir ve zorlama içeren her sistemi hukuk sistemi olarak tanımlamamalıyız[22]. Bu nedenle de hukuki pozitivistlerin içeriksiz hukuk sistemi anlayışlarının ötesine geçerek, daha sınırlandırıcı bir hukuk sistemi/devleti anlayışı geliştirmeliyiz. Ancak bu şekilde köleliğe açıkça izin veren veya Nazi kanunları gibi açıkça adaletsiz kanunlar içeren hukuk sistemlerinin[23] hukuk devletinin temel kriterlerini karşılamadığı iddia edilebilir hale gelebilir. Hart bile, ki kendisi ılımlı hukuki pozitivistler arasında yer almaktadır, hukuka içsel bakışı savunarak öznenin perspektifine hukukun ne olduğunun belirlenmesi konusunda kurucu bir rol vermesine rağmen, Nazi kanunları gibi aşırı derecede adaletsiz kanunların hukuk devleti açısından sorun teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Hatta ona göre, ilkel toplumlarda oldukça önemli ve kurucu bir role sahip olan bu özneler, modern topluma geçildiğinde kurallara içsel bir bakış açısı ile yaklaşmaktansa onlara sadece kural olduğu için itaat eden koyun sürüsünden başka bir şey değildir. Bu ise Hart'ın

---

[19] Hukuk üzerine herhangi bir söylemde bulunan herkes kendisini ya "expositor" ya da "censor" konumunda bulur. "Expositor" kendisini "hukuk nedir?" sorusu ile meşgul ettiği için olan hukuku olduğu gibi ortaya çıkarmayı amaçlamaktadır. "Censor" ise gözlemlediği şeyleri olması gerekenin süzgecinden geçirir ve olan hukuka eleştirel bir perspektiften yaklaşır. Bu nedenle "expositor" daima bir ülkenin vatandaşı iken, "censor" doğası gereği ulusal sınırları aşarak bir dünya vatandaşı olmalıdır. "Expository" ve "censorial" adalet kavramları arasındaki fark bu iki farklı bakış açısına dayanmaktadır. Bkz Jeremy Bentham, *Preface to the Fragment on Government, or a Comment on the Commentaries* (printed for E. Wilson and W. Pickering, Lincoln's-Inn Fields, 1823) xii-xiii.

[20] Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 12.

[21] Ibid 10; Hamara, Waldron'un görüşüne katılmamaktadır. Ona göre hukuk ile hukuk devleti arasında bağlantı olsa da bunlar bağımsız kavramlardır. Waldron'a göre hukuk ve hukuk devleti aynı spektrum üzerinde yer almaktadırlar, aynı kriterler ikisi için de geçerli olsa da hukuk gerekliliklerin minimumunu sağlamak ile ilgili iken hukuk devleti bu kriterlerin maddi olarak sağlanmasını gerektirmektedir. Bir anlamda nitelik olarak aynı fakat nicelik olarak farklı olduklarını söyleyebiliriz. Hamara hukuk devleti ve hukuk arasında kurulan bu bağlantıyı problematik bulmaktadır. Ona göre, Waldron'un bu iki kavramı birbirleri ile bu kadar bağlantılı kullanması bu kavramları birbirlerinden ayırt edilemez hale getirmektedir. Sonuç olarak iki kavramın bu şekilde kullanılmasının kavramların kendi değerlerinin görülmez kılınmasına neden olabileceği de söylenebilir. Courtney T Hamara, 'The Concept of the Rule of Law' iç Immer Flores, E Kenneth Himma (eds.) Law, Liberty, and the Rule of Law (Springer 2013).

[22] Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 13.

[23] Raz için bu tür kanunlar hukuk devleti kavramı ile bağdaşabilir, bkz Raz, *The Authority of Law* (n 17) 221.

özne merkezli yaklaşımının hukuk sistemi içerisinde oldukça sınırlı bir yere sahip olduğu anlamına gelmektedir[24]. Başka bir deyişle, Waldron'a göre pozitivistler hukuk tanımlarında çok cömerttirler[25]. Onlar içeriği ne olursa olsun tanıma kuralına uygun olarak çıkarılan yasalara hukuk demekten kendilerini alamamaktadırlar, en sonunda koyunlar mezbahanın yolunu tutuyor olsalar bile[26].

Hukuk ile hukuk devleti kavramlarının birlikte mi, yoksa ayrı ayrı mı düşünülmesi hususu dışında bunlar arasında farklı türden bir ilişki daha mevcuttur. Buna göre hukuk kavramını nasıl tanımladığımız hukuk devletinin kavramlaştırılmasında doğrudan etkili olacaktır ve ortaya buna göre farklı hukuk devleti anlayışları çıkacaktır. (Pozitif) Hukuka dışsal[27] bir bakış açısı ile yaklaşan üç farklı akımın olduğu söylenebilir; bunlar hukuki pozitivizm, doğal hukuk ve hukuka eleştirel/realist yaklaşımlar[28]. Nasıl ki hukuka pozitivist bir yaklaşım benimsendiğinde, hukukun ahlaktan, politikadan ve diğer normatif düzenlerden kavramsal olarak ayrılması savunuluyorsa, hukuk devleti ideali kavramlaştırılırken de şekli/formel özellikler ön plana çıkarılmaktadır. Benzer şekilde doğal hukukçu yaklaşım ise hukuk devletinin doğası gereği insan haklarını koruması veya adaleti sağlaması gerektiğini iddia ederek, kavramın içeriğine odaklanmakta ve içerikli/maddi bir hukuk devleti tanımını savunmaktadır. Hukuka eleştirel yaklaşımlar ise hukukun ve hukuk devletinin egemen sınıfların kendi çıkarlarını korumak ve görüşlerini empoze etmek için kullanıldığını, hukukun araçsallaştığını ve bu nedenle de hukukun politikadan bağımsız kendine has bir alanının olmadığını iddia etmektedirler[29].

Benzer bir ilişkiyi hukuk devleti ile adalet kavramları arasında da gözlemleyebiliriz. Uygur'un da belirttiği gibi, şekli hukuk devleti şekli adalet kavramı ile örtüşürken, maddi hukuk devleti anlayışı daha çok maddi adalet kavramı ile örtüşmektedir[30]. Burada hukuk devletinin şekli kavramlaştırılmasından öncelikle anlaşılması

[24] Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law* (OUP Clarendon 1961) 117. Hart'ın ilkel toplumlardan modern toplumlara geçişini dinamik hukuk tanımından statik hukuk tanımına geçiş olarak tanımlayan bir çalışma için bkz Wibren Van der Burg,*The Dynamics of Law and Morality: A Pluralist Account of Legal Interactionism*, (Ashgate Publishing, 2014) 58. Ayrica ilgili çalismada Fuller'in hukuk devleti anlayisi onun diger calismalari isiginda degerlendirilerek, bu anlayisi formel olarak tanimlamanin dogru olmayacagi da ileri surulmektedir. Ben de bu görüşe katılmaktayım fakat çalışmanın amacı nedeni ile böyle bir tartışmaya girmenin gerekli olmadığını düşünüyorum. Fuller'ın "etkileşimsel" (interactional) hukuk kavramı" için ayrıca bkz Lon L. Fuller, 'Human Interaction and Law' (1969) 14 The American Journal of Jurisprudence 1, 1-36.

[25] Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 13, Waldron Hart'ın bu ayrımına rağmen, hukuki pozitivizmin mantığının aynı olduğunu ve pek bir şey değişmediğini söyler. Ona göre en alt seviyeden en üst seviyeye kadar emirler zincirinden oluşan bir "nedensel pozitivizm" hala varlığını korumaktadır.

[26] Hart'ın benzeri açıklamaları için bkz Hart, *The Concept of Law* (n 24) 117.

[27] Burada dışsaldan kastedilen hukuk teorisyeni bakış açısı ile hukuka yaklaşmaktır. Ne hukuka uyan ve kuralları uygulayan hukuk özneleri, ne hukuku uygulayan devlet görevlileri, yargı ne de hukuka dışarıdan salt bir gözlemci gibi bakan bir sosyal bilimler araştırmacısı. Hukuka aynı anda hem içsel hem de dışsal bir bakış açısı ile yani MacCormick'in hermeneutik bakış açısı ile yaklaşmayı kastediyorum buradaki dışsal ile. Bkz MacCormick, *H.L.A. Hart* (n 8).

[28] Hukuki realizm ile hukuka eleştirel yaklaşımların birbiri ile özdeş olduğunu savunmuyorum, sadece her iki yaklaşımın da çalışmanın amacı açısından birlikte değerlendirilebilecek kadar birbirlerine yakın olduğunu düşünüyorum.

[29] Eleştirel hukuk çalışmaları hareketi için bkz Kasım Akbaş, *Hukukun Büyübozumu: Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi*. (Legal 2006).

[30] Gülriz Uygur, 'Adalet ve Hukuk Devleti' (2004) 53 AUHFD 3 33.

gereken adalet, insan hakları, demokrasi gibi kavramlarla *zorunlu* bir bağlantısının olmadığıdır. Rastlantısal veya tarihi bir bağlantı tabi ki olabilir. Örnek vermek gerekirse hukuk devleti liberal demokratik anayasacılık geleneğinin tarihsel ve sosyolojik bir perspektiften bakıldığında ayrılmaz bir parçası olarak görülse bile, kavramın kendisinin demokrasi ve insan hakları ile *zorunlu ve kavramsal* bir bağlantısı olduğunu söylemek, şekli hukuk devleti anlayışına göre, doğru değildir. Bu nedenle hukuk devletine şekli yaklaşım hukukun yerine getirdiği işleve, yani insan davranışlarını yönlendirme fonksiyonuna odaklanmaktadır[31]. Fuller da hukukun bu işlevinden yola çıkarak kanun koyucunun genel, uygulanabilir, kamusal, açık, istikrarlı, tutarlı, ileriye dönük kurallar koyması ve idari ve yargısal kurumların, yani hukuk uygulayıcılarının eylemlerinin bunlarla uyumlu olması gerektiğini belirterek, şekli anlayışın en önemli temsilcilerinden birisi olmuştur[32]. Dworkin'e göre ise devlet iktidarını bireysel vatandaşlara, o kural bütün vatandaşların erişebileceği kamusal bir hukuk kitabında *(rule-book)* açıkça belirtilmedikçe, uygulanamayacağını savunan bu şekli/formel ya da Dworkin'in tanımı ile hukuk devletinin kitabi anlayışı yetersizdir. Çünkü, bu anlayış her şeyden önce kuralların içeriği hakkında bize hiçbir şey söylemez[33]. Bu nedenle Dworkin hukuk devletinin hak temelli kavramlaştırmasını savunur. Ona göre;

> *"O (hak temelli hukuk devleti anlayışı) vatandaşların birbirlerine karşı ahlaki hak ve ödevleri, devlete karşı da siyasi hakları olduğunu varsaymaktadır. O, bu karşılıklı hak ve ödevlerin pozitif hukuk olarak tanınmasını ve bireysel vatandaşların* ***mahkemeler ve diğer yargısal organlar vasıtası*** *ile bu hakları talep edebilmesi gerektiğini iddia etmektedir, tabi uygulanabilir olduğu ölçüde. ... O rule-book kavramlaştırmasının yaptığı gibi hukuk devleti ve maddi adalet arasında bir ayrım gözetmemekte; aksine o hukuk devleti idealinin bir gereği olarak kurallar kitabının ahlaki hakları da içermesini gerektirmektedir."*[34]

Palombella'nın düalist hukuk devleti kavramlaştırması da maddi anlayışa örnek olarak verilebilir. Palombella hukuk devleti idealinin tarihsel kökenlerini de dikkate alarak, kavramın özünde (core) hukuk kaynaklarının ya da hukukiliklerin ("legalite"lerin) çokluğunun yattığını belirtir. Ona göre hukuk devleti, bu hukuki çokluğun korunmasını gerektiren kurumsal mekanizmalara ihtiyaç duyan bir idealdir. Bu mekanizmalar sayesinde, hukuk egemenin emri olmaktan kurtulacak ve egemenin yarattığı hukukun karşısında başka bir pozitif hukuk yer alacaktır. Oldukça idealist gözüken bu yaklaşım, İkinci Dünya Savaşı sonrasında anayasa mahkemelerinin temel hakları koruyan kurumlar olarak ortaya çıkması ve sonrasında insan haklarının yasa koyucunun yetki alanından çıkartılması ile aslında somut bir gerçeklik halini almıştır. Palombella'ya göre hukuk devletin *Rechtsstaat* kavramından ayıran da tam olarak

---

31 "… hukuk devleti fikrinin temelindeki fikir hukukun insan davranışlarını yönlendirebilme kapasitesinin olmasıdır." Raz, *The Authority of Law* (n 17) 212.

32 Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (Yale 1969) 33-94.

33 Ronald Dworkin, *A Matter of Principle* (OUP 1985) 11.

34 Ibid 11-12.

budur[35]. Hukuk devleti ikincisinde devleti sınırlandırmaktan ziyade onun toplum üzerindeki iktidarının, idari ve rasyonel yönetiminin bir aracı (medium) olmakta ve bir anlamda yasal devlete dönüşmektedir. Başka bir deyişle, hukuk, devletin kendi iradesini açıkladığı bir ses, bir sınırdan ziyade devlet iradesinin vücut bulduğu bir formdur[36]. Oysa hukuk devleti, özünde iktidarın sınırlandırılması anlayışı yer alan, pozitif iktidara ötesine geçemeyecekleri sınırlar çizen ve hukukun ikiliğine dayanan bir idealdir Palombella'ya göre. Bu ise ilk örneğini *common law* geleneğinde bulan pozitif hukuk (*gubernaculum*) ve adalet (*jurisdictio*) ya da iyi (*good*) ve adil/hak (*right*) arasındaki ayrımların korunmasını beraberinde getirir[37].

Raz'a göre hukuk devletini şekli olarak tanımlamak oldukça önemlidir çünkü o hukuk devletinin kendi değerini, onun yerine getirdiği fonksiyonu görmemize olanak sağlayacaktır. Bu nedenle onu demokrasi, adalet, insan hakları gibi kavramlardan ayırarak pozitivist bir ışık altında incelemeliyiz[38]. Benzer şekilde Hayek de hukuk devleti idealinin devletin faaliyetlerinin öngörülebilir olmasına bağlayarak, önceden belirlenen kuralların bireylerin hayatlarını planlamaları için onlara fırsat tanıyacağını, belirli bir özgürlük alanı bırakacağını belirtmiştir[39]. Hayek devletin planlama faaliyeti ile bireyin kendi hayatını planlama kapasitesi arasında bir çelişki gören, bu nedenle de refah devletinin bireylerin hayatlarına daha fazla müdahalede bulunan düzenleme odaklı anlayışını sınırlandırmak istemektedir. Temel hak ve özgürlükler ise bu amaç için bulunmaz bir fırsattır, bu nedenle Hayek devletin bireylerin özel hayatına müdahale etmemesi gerektiğini savunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında ise o maddi hukuk devleti anlayışının bir temsilcisidir[40].

Yukarıda belirtildiği gibi, hukuk devletinin şekli/formel kavramlaştırılması yasa koyucunun yasa yaparken uyması gereken bazı şekli özellikler üzerinde odaklanmıştır. Bu bağlamda Fuller'ın sekiz ilkesini, Raz'ın önce sekiz daha sonra on bir ilkesi izlemiştir. Onları Cass Sunstein'in yedi, John Finnis'in sekiz, Lord Bingham'ın sekiz ve Robert Summers'ın on altı ilkesi takip eder[41]. Martin Krygier bu yaklaşımları anatomik olarak isimlendirerek, onları hukuk devletinin amacı yerine uzuvları ile uğraştıkları için eleştirmiştir[42]. Waldron ise hukuk devletini belirli sayılara veya ilkelere ayırarak açıklama çabalarını çamaşır listesi (*laundry list*) hazırlamaya benzetmiştir[43]. Oysa asıl olan hukuk

35 Gianluigi Palombella, 'The Rule of Law and Its Core' iç Gianluigi Palombella, Neil Walker (eds.) *Relocating the Rule of Law* (Hart 2009) 19.

36 Ibid 20.

37 Palombella, 'The rule of law and its core' (n 35) 38.

38 Raz, *The Authority of Law* (n 16) 212.

39 Friedrich A Hayek, *The Road to Serfdom* (London 1944) 54.

40 Sururi Aktaş, 'Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakiş' (2020) 1 *YBHD* 19.

41 Waldron, 'Thoughtfulness and the Rule of Law' (n 7) 2; Raz'ın hukuk devleti ile ilgili en son çalışmasında ileri sürdüğü on bir ilke için bkz Joseph Raz, 'The Law's Own Virtue' (2018) 39 *Oxford Journal of Legal Studies* 1, 1.

42 Martin Krygier, 'The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology' iç Gianluigi Palombella, Neil Walker (eds.) *Relocating the Rule of Law* (Hart 2009) 65.

43 Waldron, 'Thoughtfulness and the Rule of Law' (n 7) 2.

devletinin iktidarı sınırlandırma amacının farkında olmak ve değişen koşullara göre bu amacın gereklilikleri doğrultusunda kavramı yeniden yorumlamaktır. Uzuvlarla meşgul olunca Afganistan ve Suriye'deki hukuk devleti sorunlarının Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri'ndekiler ile aynı olduğu varsayımı üzerinden hareket edilerek, farklılıklar ve öznellikler görmezden gelinmektedir. Hatta hukuka dışsal bir bakış açısı ile yaklaşan, onu belirli amaçlara ulaşmak için kullanılan bir araca indirgeyen yaklaşımların da temel yanılgısı sanırım burada yatmaktadır. Hukuk devletinin evrensel ilkeleri vardır ve her toplumda her çağda her coğrafyada geçerlidir. Bu yaklaşıma en güzel örnek sanırım, hukuk devleti kavramına ekonomik kalkınma odaklı yaklaşan teorilerdir[44]. Onlara göre hukuk devleti sürdürülebilir kalkınmanın bir aracıdır, fakat bu yaklaşım ne yazık ki hukuk devletinin ekonomik iktidarı veya küresel ekonomik düzeni sınırlandırmada oynayabileceği rolü görmemizi engellemektedir. Çünkü o, bu yaklaşım ile, kalkınma odaklı küresel ekonomik düzenin rasyonalitesine hizmet eden bir araç haline dönüştürülmüştür. Oysa hukuk devleti devletin sınırlandırılması kadar, hatta belki ondan daha önce, güçlü bir devletin varlığını şart koşar; ortada güçlü bir devlet olmadan hukuk devletinin sınırlandırıcı yönüne odaklanıldığında ise kavram amacına hizmet etmekten çok zarar vermektedir[45].

Hukuk devletine yönelik bu anatomik yaklaşımlar arasında kavramsal bir karışıklık da dikkati çekmektedir. Öncelikle, Fuller yasa koyucunun yasama faaliyeti süresince izlemesi gereken ilkelerden ziyade, bu süreç sonucunda ulaşılması istenen normun formuna ilişkin ilkelere odaklanarak onlara prosedürel ismini vermiştir. Prosedürel doğal hukuk terimi ise Fuller tarafından kendi anlayışının doğal hukuktan ve maddi ahlaki kriterlerden farkını ortaya çıkarmak için icat edilmiştir[46]. Türkçe literatür incelendiğinde ise kavram aslına uygun bir şekilde prosedürel doğal hukuk olarak kullanılmıştır[47]. Waldron, Fuller'ın sekiz ilkesi incelendiğinde, prosedürel ifadesinin yanıltıcı olduğunu çünkü ilkelerin kurallar oluşturulurken yasa koyucunun uyması gereken prosedürlerden ziyade, hukuk kurallarının bir çıktı olarak sahip olması gereken niteliklere odaklandığını belirtmiştir[48].

---

[44] Örnek bir çalışma için bkz Michael J. Trebilcock ve Ronald J Daniels, *Rule of Law and Development,* (Edward Elgar Publishing, 2008)

[45] Krygier hukuk devletinin bu her iki yönünü de dikkat çekmek amacı ile "tempering power" kavramını geliştirmiştir. Hukuk devleti sadece devlet iktidarı sınırlandırmak ile ilgili olmayıp, ayrıca onun temel fonksiyonlarını- insan davranışlarını yönlendirme ve koordinasyon problemlerini çözmek gibi – yerine getirebilecek seviyede güçlü olması gerektiğini savunan çift yönlü bir kavramdır. Hatta bu yönden bakıldığından görecelidir, mutlaka değerlendirilen ülkenin coğrafyanın sosyal ve kültürel koşulları ile ele alınmalıdır. Martin Krygier, 'What is the point of the Rule of Law" (2019) 67 *Buffalo Law Review* 743

[46] Fuller, *The Morality of Law* (n 32) 99.

[47] Sururi Aktaş, *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı* (XII Levha 2011); Sevtap Metin, 'Lon L. Fuller ve Prosedürel Doğal Hukuk Yaklaşımı' iç S Metin E Uzun K Akbaş M B Aydın (eds.) *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş* (İTHAKİ 2015) Emine İrem Akı, 'Hukukun Iç Ahlâkı: Lon L. Fuller'in Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme' (2015) 64 *AÜHFD* 1, 1.

[48] Jeremy Waldron, 'The Rule of Law and the Importance of Procedure' (2011) 50 NOMOS. 3, 6; burada belirtilmesi gereken bir nokta da Fuller'ın yargılama faaliyetin ve hukukun prosedürel yönünü tamamen göz ardı etmediğidir. Fuller hukukun bu yönünü ön plana çıkarmasa bile onda Waldron'un görüşleri ile uyumlu noktaları gözlemlemek de mümkündür. Bkz Lon L Fuller, 'The Forms and Limits of Adjudication' (1978) 92 HLR 2 353.

Bu çalışmada Waldron'un formel ve prosedürel hukuk devleti anlayışları arasında yapmış olduğu ayrıma odaklanılarak prosedürel hukuk devleti kavramı üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda öncelikle Neil Maccormik'in *Rhetoric and Rule of Law* kitabında dikkat çektiği hukuk devleti ve argümantasyon arasındaki çelişki açıklanarak, prosedürel hukuk devleti için bir zemin hazırlanacaktır. Başka bir deyişle prosedürel hukuk devletinin ileri sürdüğü gerekliliklerin hukukun kendine has çelişkilerine ilişkin olduğu ve bugüne kadar kavramın sadece formel yönüne odaklanarak aslında eksik bir şekilde kavramlaştırıldığı savunulacaktır. Sonrasında ise Waldron'un prosedürel hukuk devleti kavramı ele alınacak ve bu zamana kadar bir çıktı olarak tanımlanan ve yasamaya odaklanan hukuk devleti tartışmalarına yargılama süreci, argümantasyon ve bir kurum olarak yargı dâhil edilmeye çalışılacaktır.

II. Argümantasyon ve Hukuk Devleti

MacCormick keyfi iktidarı sınırlandırmak ve bireylerin hukuki beklentilerini yerine getirmek gayesindeki hukuk devletinin koruduğu değerler arasında hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesinin ön plana çıktığını belirtir. Bu ilkeler bireylere kendi geleceklerini planlayabilecekleri bir ortam yaratarak onlara bir özgürlük alanı sağlar[49]. İnsanın otonom bir varlık olduğu varsayımına dayanan insan onuru kavramı ile de doğrudan ilişkilidir bu bırakılan özgürlük alanı, çünkü kullanılan her türlü devlet otoritesi doğası gereği insan otonomisi için de bir tehdittir aynı zamanda[50]. Ancak meşru olarak kullanılan otorite yetkisi- hukuk devleti bağlamında ise bireye özgürlük alanı bırakan veya bireyin otonom bir varlık olduğunu dikkate alan – bu tehdidi ortadan kaldırarak, otorite ile otonomi arasındaki gerilimi sürdürülebilir bir dengeye kavuşturur.

Hukuk nasıl ki belirliliği, sistematikliği ve bütünselliği bünyesinde barındırıyorsa o argümantasyona, çatışmaya ve muğlaklığa da yer vermektedir. Kısacası, hukuk aynı zamanda "argümantatif bir disiplindir"[51]. Yargılama süresi boyunca taraflar argümanlarını ve delillerini ileri sürerler ve hâkim bunları enine boyuna değerlendirerek görece ağır gelen argümana üstünlük tanıyarak taraflardan birisi lehine karar verir. Bu süreç ise doğa bilimlerindeki bilimselliğin ve belirliliğin aksine pratik akıl yürütmeye dayanan, uygulayıcıların zamanla öğrendikleri ve kesin sonuçlardan ziyade retoriğe ve ikna etmeye dayanan bir süreçtir[52]. Bir anlamda yargılama faaliyetinde yer alan aktörlerin – yargıç ve avukat gibi kamusal aktörlerin- faaliyetleri *techne*'den ziyade *metis*'tir.

Şekli hukuk devletinin hukuki formalizm ile çok yakından bağlantılı olduğunu söyleyebiliriz çünkü hukuk kurallarının belirli, öngörülebilir olması demek hukuki

[49] Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning* (OUP 2005) 16.

[50] Otorite ve otonomi arasındaki ilişki için bkz Scott Shapiro, Authority iç J Coleman K Himma S Shapio (eds.) *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (OUP 2004)

[51] MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law* (n 49) 14.

[52] Ibid 14;

öznelerin kendilerine uygulanacak hukuktan haberdar olmaları ve davranışlarını ona göre yönlendirmeleri anlamına gelmektedir. Oysa hukuk hayatı tam anlamıyla kavrayamaz ve yasa koyucular ne yaparsa yapsın, nasıl kurallar belirlerse belirlesin öngörülemeyen durumlar hukuka kendisini dayatacak ve yeni çözümler talep edecektir. Bu ise hâkimin hukuk yaratması anlamına gelecektir ki, Hart da hâkimlerin bu belirsiz, gölgeli alanlarda (*penumbral)* hukuk yaratması gerektiğini ifade etmiştir[53]. Bunun dışında Dworkin'in izinden giderek hukukun kendisinin yorum olduğu[54] da iddia edilebilir çünkü yargılama sırasında taraflar deliller, iddialar, olgular üzerinde değil, hukukun ne olduğu üzerinde anlaşamamaktadırlar[55]. Eğer hukuk yorum ise bu beraberinde argümantasyonu, belirsizliği, iknayı ve retoriği de getirir. Tabi ki Dworkin gibi bu belirsizlik ve argümantasyon ikliminde hâkimin tek doğru cevaba bulması gerektiği de iddia edilebilir. Fakat Dworkin'in tek doğru cevap tezi bile, hukukun bu gölgeli alanlardaki belirsizliğini ve argümantasyonun hukukun sistematik yönü açısından oluşturduğu tehlikeyi bertaraf edemez. İşte bu nedenle hukukun bu iki yönü arasında önlenemez bir gerilim vardır. Bir yandan hukuk öngörülebilirliği ve hukuki güvenliği sağlamaya çalışırken, diğer yandan varsaydığı rasyonel özne tasarımı hukukun bu formel yönünün altını oymakta, somut olayın kendisine özgün yapısından kaynaklanan adalet talebini mahkemeler önünde ileri sürerek hukukun dönüşmesine, değişmesine katkı sağlamaktadır. Tabi ki bu dönüşüm hukukun belirlilik ve öngörülebilirlik iddialarını sınırlandırmasına ve bir anlamda taviz vermesini de gerektirecektir. Bu nedenle de hukukun bu iki yönü arasında - şekli hukuk devleti ve hukuki argümantasyon - hukukun doğasından kaynaklanan önlenemez ve kaçınılamaz bir gerilim vardır.

Bu gerilimi çözmek için MacCormick'in retorik teoriler olarak isimlendirdiği yaklaşım, hukuki argümantasyonun gerek hukuktan gerek de argümantasyondan kaynaklanan sınırları olduğunu iddia etmiştir. Örnek vermek gerekirse, Alexy'nin hukuki akıl yürütmenin, pratik akıl yürütmenin özel bir türü ve bu nedenle de pratik akıl yürütmenin sınırlamalarına tabi olduğuna dair argümanı bunlardan birisidir. Bir anlamda hukuki argümantasyon sürecinde taraflar, argümanlarını bir silah olarak kullanmaktan ziyade rasyonel ve makul olana ulaşmak için araç olarak kullanacaklardır[56]. Perelman da benzer şekilde argümantasyon sürecinin muhataplarına ve dinleyicilerine odaklanarak, argümanların evrensel bir seyirciye sunulduğunu iddia etmiştir. Böylece retorik negatif çağrışımından kurtarılarak taraflar arasında iletişimi kuvvetlendirecek, argümantasyon sürecini de öznelerarası diyalog sonucu belirlenen ortak bir sonuca/iyiye doğru yönlendirecektir[57].

---

53 Hart, *The Concept of Law* (n 24) 120-125.

54 Ertuğrul Uzun, 'Hukuk Yorumdur' (2014) 72 İÜHFM 1, 99-104.

55 Ronald Dworkin, *Law's Empire*. (Harvard 1986) 5.

56 MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law* (n 49) 17.

57 Ibid 19-20.

MacCormick'in bahsettiği diğer bir yaklaşım ise Habermas'ın ve Alexy'nin teorilerinin temelini oluşturan ve ideal bir iletişim durumunun varlığına dayanan prosedüralist teorilerdir. Burada argümantasyon hukukun tamamına yayılmıştır. MacCormick bu alternatif teorilere değindikten sonra hukukun doğası gereği görece belirsiz (*relative indeterminacy of law*) olduğunu belirtir. Ona göre bu belirsizlik sadece kanun koyucunun her somut durumu öngörememesi, teori ile pratik arasındaki uçurum veya hukuk kurallarının açık uçlu, muğlak veya anlaşılamaz olmasından değil, ayrıca adalete erişim hakkı (*access to justice*), adil yargılanma hakkı (*right to fair trial*) veya duruşma hakkı (*right to a hearing*) gibi prosedürel hakların hukuk devleti kavramının ve onun bireye tanıdığı özgürlüğün zorunlu bir sonucu olmasından kaynaklanmaktadır[58]. Başka bir deyişle bu belirsizlik hukukun dışından kaynaklanan sebeplerden (dilin doğası gereği belirsizlik içermesi gibi) değil, hukukun kendine özgü yapısından ortaya çıkmaktadır.

Unutulmamalıdır ki prosedürel görünüme sahip bu haklar bir hukuk sisteminin temelini oluşturan kurucu, olmazsa olmaz haklardır. Hukuk devleti bireyleri otonom bir varlık olarak görmekte ve onlara belirli bir özgürlük alanı tanımaktadır. Bireylerin kendilerine sağlanan hakları kullanabileceği çeşitli mekanizmalara yer verilmedikçe bu hakların pek de bir anlam ifade etmeyeceği savunularak, şekli hukuk devleti anlayışının minimum da olsa bazı prosedürel hakları içermesi gerektiği iddia edilebilir. Hatta bu hakları prosedürel haklar olarak isimlendirmek yerinde olmayabilir çünkü Palombella'nın da işaret ettiği gibi adalete erişim hakkı alelade bir prosedürel hak değil, hukuk sisteminin temelini oluşturan kurucu (foundational) bir haktır[59]. Sonuç olarak, belirli hakların özellikle de hukuki argümantasyon ile bağlantılı hakların hukuk devleti kavramının bir gereği olarak görülmesi, maddi ve şekli hukuk devleti kavramları arasında bir orta yolun benimsenebileceği anlamına gelmektedir. Bu ise bir anlamda Waldron'un prosedürel hukuk devleti anlayışı ile yapmaya çalıştığı şeydir. O hukuki pozitivizmin en önemli temsilcisi Hart ile hukuki yorumlamacı (interpretivist) ve doğal hukukçu Dworkin arasında bir orta yol bulmaya çalışmaktadır. Hart hukukun daha çok kurallar, yasama, yasa yapma boyutuna odaklanırken Dworkin daha çok hukukun nasıl işlediğine, pratiğine, mahkemelere ağırlık vermiştir[60]. Waldron ise hukuki pozitivistler tarafından şekillendirilen formel hukuk devleti anlayışına argümantasyonu, hukukun görece belirsizliğini ve mahkemeleri ekleyerek kendi prosedürel hukuk devleti anlayışını oluşturmuştur.

[58] Ibid 20-21.

[59] Gianluigi Palombella, 'Access to Justice: Dynamic, Foundational, and Generative' (2021) 34 Ratio Juris 2, 121-138.

[60] Waldron, 'Thoughtfulness and the Rule of Law' (n 7) 6.

III. Waldron'un Prosedürel Hukuk Devleti Anlayışı

Waldron'a göre hukuk devleti bugüne kadar çoğunlukla standartlardan çok kurallarla, dilin açık uçlu karakterinden çok belirlilikle, sistematik yorumdan çok lafzi yorum ile, argumentasyondan çok dedüksiyonla, müzakere yerine kapalılıkla ve yorum yerine *ex ante* açıklıkla ilgilenmiştir[61]. Ona göre hukuk devleti genellikle hukuki belirlilik ve kesinlik gibi özellikleri ile anılsa bile hukuk devletini "düzenlilik, kurallar, belirlilik, kapalılık ve kesinlik"[62] ile özdeşleştirmek doğru değildir. Ne var ki maddi hukuk devletini de adil olduğu, insan haklarını koruduğu veya çeşitli sosyal haklara yer verdiği için savunmamalıyız çünkü bu her şeyden önce hukuk devletinin kendine özgü değerini görmemizi engelleyecektir. Bu nedenle Waldron, maddi anlayış gibi hukuk devletini diğer politik ideallerle karıştırmadan fakat formel anlayışın sınırlılıkları ile de kendisini sınırlandırmayarak, prosedürel bir hukuk devleti anlayışı önermiştir.

Waldron'a göre hukuk devleti tıpkı Raz'da olduğu gibi, insan hakları, demokrasi gibi modern dönemin ideallerinden birisidir ve bunları birbirlerine karıştırmamak gerekir[63]. Waldron "The Concept and the Rule of Law" makalesinin başlangıcında hukuk devleti ilkesine uyulmaması ile ilgili Putin'den, Pervez Müşerref'ten, Guantanamo Kampı'ndan örnekler verir. Ona göre hukuk devletine akademisyenlerin gözlükleri ile değil de hukuk devletinin öznesinin perspektifinden bakılmalıdır. Ancak böyle yapıldığı zaman, insanlar hukuk devletinin ilkelerinin ihlal edildiğini iddia ettiklerinde akıllarında olan şeyin hukuk devletinin formel ilkeleri değil, mahkemelerin bağımsızlığı ve adalete erişim hakkı gibi prosedürel ve kurumsal hususlar olduğu anlaşılabilir. Bu nedenle hukuk devletinin krizi metodolojik bir körlükten de kaynaklanmaktadır aynı zamanda. Bu körlük hukuk devleti kavramlaştırılmasında kurallara, belirliliğe odaklanarak hukukun diğer yönlerini, standartları, prosedürleri, mahkemeleri ve içtihatları marjinalize etmemize neden olmuştur bu zamana kadar.

Fuller her ne kadar kendi ilkelerinin prosedürel olduğunu belirtse bile, Fuller'ın ilkeleri incelendiğinde prosedürellikle ilişkilendirilebilecek tek ilke uygunluk ilkesidir[64]. Diğer ilkeler ise bir çıktı olarak norma odaklanmakta ve onun yasa yapma süreci sonunda bulunması gereken özelliklerini belirtmektedirler. Hukuk devleti sadece genel kurallar ile ilgili değildir, ayrıca onların tarafsız uygulanması ile de ilişkilidir. Hukuk devleti tartışmalarının öncülerinden birisi olarak sayılabilecek Dicey de normların özellikleri kadar bu normları uygulayacak mahkemelerin

---

61 Ibid 3.

62 Ibid 3.

63 Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 3.

64 Waldron, 'The Rule of Law and the Importance of Procedure' (n 48) 6.

bağımsızlığına bu yüzden önem vermiştir[65]. Waldron prosedürel anlayışında, hukuk devletinin bu kurumsal ve yargılamaya dönük yönüne de dikkat çekerek, doğal adalet (*natural justice*) ve adil yargılanma hakkı (*procedural due process of law*) gibi hakkaniyet ilkelerinin de kuralların uygulanması sırasında gözetilmesi gerektiğini ifade etmiştir[66]. Bu nedenle, yargılama sırasında mahkemede; hâkim karşısında savunma yapmak, savunmasını destekleyecek argümanlar ileri sürmek, karşı tarafça ileri sürülen delillere karşı koymak ve delil ileri sürmek gibi imkânlara da sahip olunması gerekmektedir[67]. Bu prosedürel gerekliliklere uyulmadığında ise hukuk devleti ilkesinin ihlal edildiğini söyleriz ki, bu da hukuk devleti ilkesinin kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı gibi siyasi ideallerle bağlantısının kurulması anlamına gelmektedir[68]. Zaten Waldron, kuvvetler ayrılığı ilkesinin kuvvetlerin alelade bir şekilde ayrılmasından ziyade, devletin yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarının farklı ellerde toplanması ile ilgili olduğunu ve ancak böyle bir yönetimin bireyin otonomisine ve insan onuru kavramına uygun olacağını ifade etmiştir. Kuvvetler ayrılığında önce yasa yapılacak, sonra uygulanacak ve sonrasında yargılama olacaktır; bu hukuk devletinin öznesine saygının da bir gereğidir. Bu nedenle hukuk devleti ve kuvvetler ayrılığı arasında içsel bir bağlantı da vardır[69]. Bütün bu bağlantılara rağmen, Waldron'un prosedürel anlayışının içeriksel herhangi bir maddi belirlemede bulunmadığı özellikle belirtilmelidir. Onun içeriksel sınırları prosedüreldir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi de aslında gerek yatay gerekse de dikey düzlemde belirli yetkilerin ve işlevlerin belirli organlara verilmesi ve bu organlar arasındaki yetki bölüşümü ile ilgilidir. Bu nedenle o da prosedüreldir[70].

A. Dinleyen, Pasif Özneden Konuşan Aktif Özneye

Belirli bir yolda hız limitinin 50 km. olduğunu belirten bir kuralın içeriğinin somutlaştırılması sırasında öznenin katkısı minimum düzeydedir, çünkü o zaten

---

65 Dicey'ye göre hukuk devletinin 3 anlamı şu şekildedir;
Hükümetin keyfi güç kullanamaması,
Herkesin olağan hukuka tabi olması,
Anayasa hukukunun genel kuralları ülkenin olağan hukukunun sonucudur. Albert V Dicey, 'Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar" iç Ali R Çoban, Adnan Küçük (eds.) *Hukuk Devleti: Hukuki ve Siyasi Bir İdeal* (Adres 2008) 25-38
Dicey'nin ilk defa değindiği görüşe göre hukuk devleti insanlar tarafından değil hukuk tarafından yönetilmek anlamına gelmekte ve bu nedenle de kuralların herkese eşit bir şekilde uygulanmasına dayanmaktadır. Dicey'nin 20.yy. başları İngiltere'sindeki "hukuk devletine saygının gerilemesi" ile kastettiği şey; ceza verme, mülkiyete müdahale etme gibi mahkemelerin karar vermesi gereken konuların idari makamlara transfer edilmesidir. Dicey'nin bu noktadaki temel endişelerinden birisi de bu idari makamların mahkeme gibi hareket etmeyeceği ve tabii hâkim (natural justice) ilkesinin gereklerine uymayacağı yönündedir. Albert V Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Macmillan 1889) 149-152.

66 Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 7.

67 Ibid 8.

68 Ibid 8.

69 Jeremy Waldron, 'Separation of Powers In Thought and Practice' (2013) 54 *BCL Rev* 43.

70 Kelsen'in anayasa yargısının fonksiyonunu herhangi bir maddi içeriği olmayan anayasanın üstünlüğüne bağlaması da bu görüşü destekler niteliktedir. Kelsen insan haklarını içeriklerinin belirsizliğinden dolayı anayasanın kapsamı içerisinde değerlendirmiyordu, böyle olunca da anayasa devlet teşkilatının ve kuvvetlerin görevlerinin belirtildiği formel içeriksiz bir dokümana dönüşmektedir. M Shapiro ve A S Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*. (OUP 2002) 147.

somut olayda uygulanırken yorum faaliyetini mümkün olduğunca dışlayacak şekilde kaleme alınmıştır. Oysa "insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele" veya "makul insan", "basiretli tacir" standartları öznenin de normun içeriğinin belirlenmesinde söz sahibi olmasını gerektirir. Waldron'un deyişi ile kurallar öznenin görüşünün yerini alırlar oysa standartlar öznenin düşünme sürecini ya harekete geçirirler ya da yönlendirirler[71]. Kurallarla yönetim, yasa koyucu ve yöneticiler açısından oldukça faydalı olsa da standartların teşvik ettiği düşünme sürecini (thoughtfullness) ortadan kaldırır[72]. Oysa standartlar hukukun özneleri olarak bizi de basiretli tacir olmanın veya insanlığa aykırı muamelenin ne demek olduğu üzerine düşünmeye sevk eder ve bunu herhangi bir ahlaki olması gereken anlayışından dolayı değil, oldukça pratik nedenlerden dolayı yaparlar. Her şeyden önce onlar standartlara uymak zorundadırlar ve bu standardın anlamının somutlaştırılması gerekmektedir. Bu ise öznenin aktif katılımını gerektirir, özneyi sürece dahil eder.

Hukukun bu enine boyuna düşünmeye sevk eden anlayışı ile ilişkili olabilecek bir başka nokta da yargılama sürecinin içerisinde yer alan formel prosedürlerdir. Yargılama delillerin ve argümanların karşılıklı olarak ileri sürüldüğü fakat bunun belirli hukuki prosedürlere uygun olarak yapıldığı bir süreçtir. Waldron'a göre bu

> *"kurumsal ve prosedürelleşmiş yargılama süreci hukuku bir argüman meselesi haline getirir. Hukuk kendisini bizim anlam verebileceğimiz bir şekilde bize sunar. Bizim hukuk sistemimizdeki normlar ardı ardına verilen emirler gibi görülebilir fakat avukatlar ve yargıçlar hukuku bir bütün olarak görmeye, ondan bir bütünlük çıkarmaya çalışırlar. Bunu onların içerisine belirli parçalar ekleyerek yaparlar. Ve sıradan vatandaşlar kendi argümanlarını şekillendirirken bu sistematikliğe ve bütünselliğe (integrity) yönelik çabalardan faydalanır ve mahkemeleri kendi ileri sürdükleri argümanları değerlendirirken bunların hukukun bütünselliğine ve ruhuna ne derece uyduğunu sorgulamaya davet ederler. Bununla birlikte, hukuk kendi altında yaşayanları akıl ve zekâ sahibi insanlar olarak kabul eder. Bir tartışma ve anlaşmazlık halinde bile, onlar birbirlerinin boğazına saldıran deli köpekler gibi görülmekten ziyade, toplumsal düzenin temelleri hakkında farklı düşünen rakipler olarak kabul edilirler."*[73]

Waldron'a göre her argüman var olana yeni bir bakış açısı getirir ve tam olarak bu nedenle de belirsizliği hukukun içerisine dahil eder[74]. Bu belirsizlik öznelerin hukuk devleti içerisinde nasıl konumlandığı ve onlara ne tür özgürlükler tanındığı ile de yakından ilişkilidir. Şekli hukuk devleti anlayışı rasyonel özne tasarımına dayanmakla birlikte, bu özne genelde hukuk kurallarını anlayarak kendi davranışlarına uygulayan pasif ve alıcı bir konumdadır. Oysa Waldron'un prosedürel anlayışında özne kamusal süreçlere katılmakta, mahkemede argümanlar ileri sürmektedir ve bu nedenle de

71 Waldron, 'Thoughtfulness and the Rule of Law' (n 7) 6.

72 Ibid 6.

73 Ibid 7-8.

74 Ibid 8.

verici, yaratıcı ve katılımcıdır[75]. Bu açıdan bakıldığında ise hukuk devletinin şekli anlamının negatif özgürlüklerle, prosedürel anlayışının ise pozitif özgürlüklerle ilişkili olduğu söylenebilir. Ne var ki, yukarıda bahsedildiği gibi bu pozitif özgürlükler daha çok yargılama sürecine katılımla ilgili olan prosedürel haklardır. Bu nedenle şu şekilde bir ayrım yapmak daha makul gözükmektedir: Bir tarafta sivil toplumda özgür bireye değer verilirken, diğer tarafta ise devletin kurumları içerisinde faaliyette bulunan birey yer almaktadır[76].

Daha önce belirtildiği gibi, hukuk devleti ve argümantasyon arasında bir gerilim vardır. Waldron'a göre bu gerilimden kaçınılamaz çünkü hukukun ne olduğunu söyleyen iki farklı işleve sahip iki farklı kurum, yani yasa koyucular ve yargıçlar karşı karşıyadır.[77] Fuller'ın şekli anlayışı hukukun bu yargılama boyutunu bir anlamda göz ardı etmiştir. Bu nedenle de onları yargılamaya ve bu süreçteki prosedürelere de yer veren ilkelerle tamamlamak gerekmektedir. Böylece Waldron, sadece dinleyen ve kuralları kendi davranışlarına uygulayan rasyonel özneyi konuşan, mahkemelerde argüman ileri süren aktif bir özneye dönüştürmüştür. Waldron'un prosedürel anlayışının Fuller ve Raz ile doruk noktasına ulaşan insan onuru odaklı hukuk devleti geleneğinin bir devamı olduğu söylenebilir[78]. O da kendi hukuk devleti görüşünü insan onuru kavramı üzerine inşa etmiştir. Bundan dolayı da Waldron'un Fuller'a yönelik bütün eleştirilerine rağmen aralarında bir kopuştan çok süreklilik olduğu söylenebilir.

B. Waldron'un Tamamlayıcı İlkeleri

Nasıl ki demokrasi için serbest ve adil seçimlerin varlığı tartışılamazsa, hukuk devleti için de bir hukuk sisteminin taşıması gereken olmazsa olmaz nitelikler vardır. Waldron'un hukuk sisteminin özü olarak tanımladığı, 1) belirli prosedürlere göre yargılama yapan mahkemelerin varlığı, 2) genel Kamusal Normlar, 3) pozitiflik, 4)

75 Waldron, 'The Rule of Law and the Importance of Procedure' (n 48) 18.

76 Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 9.

77 Waldron, 'The Rule of Law and the Importance of Procedure' (n 48) 19.

78 Benzer bir görüş için bkz H Nye, 'Waldron, Jeremy: Rule of Law' (2017) Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy 2.

kamu yararına yönelme ve 5) sistematiklik[79] bir hukuk sisteminin vazgeçemeyeceği unsurlardır. Waldron'un hukuk ve hukuk devleti arasında kurmuş olduğu bağlantı hatırlanacak olursa, bu kriterlerin hukuk devletinin de önemli bir parçası olduğu kolaylıkla anlaşılabilir. Bunlar olmadan sadece Fuller'in sekiz ilkesi gözetilerek yapılacak şekli bir hukuk devleti tanımının oldukça eksik kalacağını belirtilebilir. Bu nedenle, ileri sürülen bu yeni ilkeler Fuller'in ilkelerini ikame etmek amacıyla değil, aksine onları tamamlamak amacıyla oluşturulmuştur.

1. Mahkemeler

Waldron'a göre bir sisteme hukuk sistemi diyebilmemiz için öncelikli olarak mahkemelere ihtiyacımız vardır. Waldron mahkeme ile, bütün topluluk için oluşturulan normların bireysel olaylara yargılama süreci ile uygulandığı ve mahkemenin tarafsızlığının yanında her iki tarafın argümanlarını ve delillerini sunabilecekleri bir ortamın sağlandığı adil ve etkili bir süreci kastetmektedir[80]. Yargılama aslında argümanların yarıştığı bir tiyatro olduğu gibi hakların ve sorumlulukların da dağıtıldığı bir süreçtir[81].

Waldron, Hart'ı ve Raz'ı örnek göstererek modern hukuk felsefesinde hukukun kavramsallaştırılmasında mahkemelere çok az yer verildiğini belirtir[82]. Hart mahkemelere sadece hukuk öncesi toplumdan modern toplumuna geçişte birincil kuralların ihlal edilmesi durumunda gündeme gelecek olan yargılama kuralında değinmiştir[83]. Raz'ın ilkeleri incelendiğinde ise sadece üçünün- 4) yargı bağımsızlığı sağlanmalıdır, 5) doğal adalet ilkeleri gözetilmelidir, 7) yargıya kolayca erişilebilmelidir – mahkemeler ile ilgili olduğu ve hukuk devletinin prosedürel yönüne işaret ettiği söylenebilir. Fakat Raz yine de özel olarak mahkemelerin prosedürel yönü üzerinde durmayarak, hukuk kurallarını bir çıktı olarak görmüş

---

79 Waldron 2011 yılındaki "The Rule of Law and the Importance of Procedure" makalesinde ise daha önce belirlediği 5 ilkeyi 10 maddeye çıkarmıştır. Bu maddeleri ise A. Wallace Tashima'nın "The War on Terror and the Rule of Law," makalesinden aldığını belirtmiştir. Buna göre; hiç kimse aşağıda yer alan prosedürler uygulanmadan devlet tarafından cezalandırılmamalı veya önemli bir kayba uğramamalıdır:
Tarafsız bir mahkemeye sunulan deliller ve hukuk normları ile bağlantılı olarak ileri sürülen argümanlar doğrultusunda yargılama yapılan bir duruşma
Hükümetten bağımsızlığı temin edilmiş, hukuki olarak eğitilmiş yargı görevlilerinin mevcudiyeti
Bir müdafi tarafından temsil edilme ile davaya hazırlanabilmek için gerekli zaman ve fırsat hakkı
Yargılamanın bütün kritik aşamalarına (mevcut olarak) katılma hakkı
Tutuklunun tanıklarla yüzleşme hakkı
Devlet tarafından sunulan delillerin kontrollü bir şekilde toplandığına dair güvence verilmesi
Kişinin kendi faydasına olan delilleri sunma hakkı
Delillerin ve olayla ilgili hukuki normların olayla olan bağlantısı ile ilgili olarak hukuki argümanlar ileri sürme hakkı
Mahkemeden kendisine sunulan delillere ve argümanlara cevap verecek şekilde gerekçeli karar duyma hakkı
Benzer karakterde yargılama yapan bir üst mahkemeye başvurabilme hakkı

80 Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 20.

81 Jeremy Waldron, 'The Rule of Law as a Theater of Debate' iç Justin Burley (ed.) *Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin* (Blackwell 2004) 319-336.

82 Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 20.

83 Ibid 20; yargılama kuralı tanıma ve değiştirme kuralları ile birlikte Hart'ın ikincil kurallarını oluşturur, ilgili açıklamalar için bkz Hart *The Concept of Law* (n 24) 5. Bölüm.

ve hukuk devletinin formel yönü ile meşgul olmuştur[84]. Hem Hart'a hem Raz'a göre bir mahkeme duruşma yapmasa da prosedürel ve formal gereklilikleri yerine getirmese de yine de mahkemedir. Belki bu tür mahkemeler hukuki pozitivistlerce eleştirilebilir fakat bu eleştiriler hukuk kavramının kendisine ilişkin olmayacaktır[85]. Waldron bu noktada hukuki pozitivistlerin hukuk anlayışları ile sıradan insanların anlayışlarının farklı olduğuna değinir. Waldron'a göre sıradan insanlar, duruşmasız karar verilmemesi, tarafsız yargılama yapılması gibi belirli prosedürlerin bir sistemin hukuk sistemi olabilmesi için vazgeçilemez özellikler olduğunu düşünmektedirler[86].

Waldron' göre mahkemelerin fonksiyonel, yapısal ve prosedürel olmak üzere üç farklı boyutu vardır. Mahkemeler hukuki pozitivistlerin genellikle ön plana çıkardığı fonksiyonel boyutunda normu somut olaya uygulamaktadırlar. Mahkemelerin yapısal boyutu ise mahkemelerin özü gereği taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda üçüncü taraf olma yönüne dikkat çekmektedir. Bütün bunların dışında mahkemelerin tarafların iddialarını ileri sürdüğü, delillerini mahkemeye sundukları, belirli sıkı kurallara bağlı oldukları prosedürel bir boyutu da vardır. Waldron'a göre işte bu prosedürel boyut mahkemenin en önemli boyutudur[87]. Mahkemelerin bu özellikleri hukuk sistemi ile doğrudan bağlantılı bir özne tasarımına da yol açar. Hukuk insanların davranışlarını yönlendirirken onların akıl sahibi rasyonel bir özne olduğunu ve kuralları kendi davranışlarına uygulayabileceklerini varsayarak ona göre hukuki normlar ve düzenlemeler oluşturmalı ve onlara mutlaka belirli bir özgürlük alanı bırakmalıdır.

Bu noktada yargıyı, yasama ve yürütmeden ayıran özellikler üzerinde durmak bize yargısal faaliyetin öznelere sağladığı imkânları ve özneleşme sürecine katkılarını anlamak açısından oldukça yardımcı olacaktır. Yargısal denetime yönelik en önemli eleştiri onun anti-demokratik olduğuna ilişkindir çünkü çoğunluğun/parlamentonun yaptığı kanunlar seçilmemiş atanmış yargıçlar eli ile iptal edilmekte ve bir anlamda çoğunluğun iradesi bir avuç yargıç tarafından hiçe sayılmış olmaktadır[88]. Yargısal denetimi savunan görüşler ise genellikle mahkemelerin çeşitli özelliklerine dikkat çekerek, yargının temel hakları, özellikle de azınlık haklarını koruma noktasında yasama organına göre daha başarılı olduğuna işaret etmektedir. Başka bir deyişle yargının anti-demokratik bir kurum olduğunu ileri sürenler bir girdi olarak meşruiyete yani demokratik meşruiyete odaklanmakta iken, mahkemelerin yerine sağladığı hizmeti vurgulayan yaklaşım ise bir çıktı olarak meşruiyet anlayışını ön plana çıkarmaktadırlar. Bu noktada konumuz açısından önem arz eden husus ise Alon Harel ve Tsvi Kahana

[84] Burada Raz'ın hukuk devleti ile ilgili yazmış olduğu "The Virtue of Rule of Law" çalışması dikkate alınmıştır. Yazarın otorite ile ilgili çalışmalarında mahkemeler norm-uygulayan kurumlar olarak oldukça önemli bir yer tutmaktadır. Joseph Raz, *Practical Reason and Norms* (OUP 1999) 132-149.

[85] Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 22.

[86] Ibid 22.

[87] Ibid 23.

[88] Bu konudaki temel birkaç çalışma için bkz Jeremy Waldron, 'The core of the case against judicial review' (2005) 115 Yale L.J. 1346; Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts* (Princeton 2000).

tarafından ileri sürülen mahkemelerin bireylere duruşma hakkı sağlayan yönü ile ilgilidir[89]. Onlara göre mahkemelere ve yargısal denetime onlar daha iyi karar verici oldukları için değil, yargının bir kurum olarak vatandaşlara sağladığı bir imkândan dolayı ihtiyacımız vardır[90]. Mahkemeler hakkı ihlal edilen bireylerin haklarını arayabilecekleri ve seslerini duyurabilecekleri yegâne kurumlardır. Mahkemeler sayesinde hukuk kuralları kendisine uygulanan her birey, hukukun ne olduğuna ilişkin kendi yorumunu ve perspektifini mahkemeler aracılığı ile duyurabilmekte, bir anlamda kendi bakış açısını ve yorumunu kamulaştırabilmektedir. Bu nedenle yargısal denetimin meşruiyeti herhangi bir sonuç-odaklı açıklamadan ziyade duruşma hakkı, gerekçelendirme hakkı ve yeniden gözden geçirme haklarının başka bir kurum tarafından sağlanamamasına, kısacası onun kurumsal fonksiyonuna dayanmaktadır[91]. Mahkemeler hakları ihlal edilen kişilerin seslerini doğrudan duyurabilecekleri ve hatta yasamanın dolaylı temsil fonksiyonu dikkate alındığında bireyin sesini duyurup, kamusal alana dolaysız bir şekilde karışabileceği tek kurumdur[92].

Duruşma hakkı üç alt unsurdan oluşmaktadır: a) bireysel şikâyetlerin kamusal bir alanda duyulmasını sağlayan sesini duyurma hakkı (the right to raise grievances), b) devletin hakkı ihlal edilen kişiye bunun nedenlerini açıklamasını sağlayan gerekçelendirme hakkı (the right to justification)[93] ve c) hak ihlaline yol açan kararın samimi bir şekilde yeniden değerlendirmesi ile ilgili olan yeniden değerlendirilme hakkı (the right to reconsideration)[94]. Waldron da benzer şekilde hukuk devletini maddi, prosedürel ve formel olarak üçe ayırdığı çalışmasında, prosedürel yöne ilişkin olarak şu dört unsuru saymıştır:

a) Bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma hakkı,

b) Bir temsilci tarafından temsil edilme hakkı,

c) Delil ve tanık ileri sürme ve ileri sürülen delil ve tanıkların beyanlarının geçerliliklerini sorgulama hakkı,

d) Mahkeme karar verdiğinde gerekçe talep etme hakkı[95].

---

89 A Harel ve T Kahana, 'The Easy Core Case for Judicial Review' (2010) 2 Journal of Legal Analysis 1 227.

90 Y Eylon ve A Harel, 'The Right to Judicial Review' (2006) 92 Virginia Law Review 991.

91 A Harel ve A Shinar 'Between Judicial and Legislative Supremacy: A Cautious Defense of Constrained Judicial Review' (2012) 10 ICON 4 950, 965.

92 Bu noktada hukukun karmaşık yapısı ve yargılama sürecinin bürokratik yapısı avukatla temsili hem pratik açıdan çoğunlukla da hukuki açıdan zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle şu ana kadar oldukça pozitif bir ışıkta sunulan yargılama sürecindeki prosedürel özellikler burada karşımıza bir engel olarak çıkmakta ve bireyin mahkeme önünde doğrudan temsilini bir derece de olsa zayıflatmaktadır.

93 Gerekçelendirme hakkı için bkz Mattias Kumm, 'The idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review' (2010) 4 Law & Ethics of Human Rights 2 142.

94 Harel ve Shinar 'Between Judicial and Legislative Supremacy' (n 91) 968-969. Duruşma hakkının bu üç boyutuna ilişkin isimlendirme tarafımca Hanel ve Shinar'ın çalışmasındaki tasnif dikkate alınarak yapılmıştır.

95 Jeremy Waldron, 'The Rule of Law' (Summer 2020 Edition) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Edward N. Zalta (ed.), URL = https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law/ Erişim Tarihi: 17 Mayıs 2021.

Bu prosedürel hakların gereği gibi yerine getirilmesi için kurumsal bazı ön koşullar vardır: mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, hâkimlik teminatı ve kuvvetler ayrılığı[96]. Bu kurumsal gereklilikler olmadan bireye mahkeme önünde sağlanan prosedürel güvencelerin hiçbir anlamının olmayacağı açıkça ortadadır. Başka bir deyişle, mahkemelerin kurumsal bağımsızlığı sayesinde bireyler; haklarını savunabilme, hukukun ne olduğunun belirlenmesi sürecine aktif olarak katılabilme ve yeri geldiğinde haklarının neden ihlal edildiğine yönelik gerekçe isteyebilme imkânına kavuşmaktadır.

2. Genel Kamusal Normlar

Waldron'a göre hukuk sistemini herhangi bir siyasi yönetimden ayıran şey, onun insan davranışlarını yönlendirebilme kapasitesine sahip belirli ve öngörülebilir normlardan oluşmasıdır[97]. Bu normlar genel ve kamusal olmalıdır. Nasıl ki kural veya yasa kelimesi kullanıldığı diğer disiplinlerde de genelliğe işaret ediyorsa, bu normlarda genel olacak ve davranışlarını yönlendireceği kişilere ilan edilerek kamusal bir nitelik kazanacaktır[98].

Hukuki pozitivistler için hukukun belirlenebilir olması merkezi bir öneme sahiptir fakat onlar bu belirliliği sağlayacak tanıma kuralı üzerinde durmalarına rağmen özel olarak kamusallık ile ilgilenmemişlerdir[99]. Hukuki geçerlilik kriteri olan tanıma kuralı, hukuk olanı olmayandan ayırmamızı sağlayarak hukuki belirlilik ilkesinin gereklerini bir dereceye kadar yerine getirmektedir. Fakat yukarıda da belirtildiği gibi modern toplumlarda sıradan vatandaşlar tanıma kuralına yabancılaşmakta ve içsel bakış açısını kaybederek hukuka sadece hukuk olduğu için itaat etmektedirler. Bu açıdan bakıldığında ise, hukuk ne kadar genel olursa olsun egemene, köleliği bile hukuk yapabileceği sınırsız bir alan tanımaktadır[100]. Sonuç olarak hukuk içerikten yoksun, egemenin ağzından çıkan her şeyin hukuk vasfı taşıdığı, belirsiz ve oldukça tehlikeli bir alana kapılarını açmaktadır.

Waldron kamusallık ilkesi ile, her normun toplumun en son bireyine kadar detaylı bir şekilde ulaştırılması ve bildirilmesi durumunu kastetmemektedir, ki zaten buna imkân yoktur. İmkân olsa bile, öznenin bu normların içeriğini öğrenme konusunda pek istekli olmayacağı, özellikle genel işlem şartları gibi bireyin gönülsüz rızasının arandığı sözleşmelerin içeriklerine gösterilen ilgisizlik göz önüne alındığında kolaylıkla anlaşılabilir. Önemli olan nokta hukuk kurallarını öğrenmek isteyen her

96 Ibid.

97 Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 24.

98 Ibid 24-25.

99 Ibid 25.

100 Sıradan vatandaşların koyunlar gibi hukuka itaat etmelerine yönelik olarak bkz Jeremy Waldron, 'Legal Pluralism and the Contrast between Hart's Jurisprudence and Fuller's' iç Peter Cane (ed.) *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century* (Hart 2010).

bireyin, özellikle de avukatlık gibi işi normları belirlemek ve "norm detektifliği" yapmak olan herkesin, bu normların içeriğine ulaşabilme imkanının olmasıdır[101]. Normların kamusal olması, bu şekildeki bir anlayışın getireceği yönetimsel pragmatik kaygılardan daha çok, normun öznelerine hukuk kurallarını kendi davranışlarına uygulayabileceği bir özgürlük alanı bırakmasından dolayı oldukça değerlidir. Fuller'ın da belirttiği gibi hukuk devleti idari (*managerial*) yönetimden farklıdır; her ikisi de insan davranışlarını yönlendirmek ile ilgili olmasına rağmen ikincisinde öznenin kuralları uygulaması amiri tarafından belirlenen hedeflere hizmet ederken, ilkinde öznenin kurallara uyması yasa koyucuya değil bireye ve toplumun tamamına hizmet etmekte veya en azından öyle olduğu varsayılmaktadır[102]. Bu nedenle hukuk devleti emir ve direktifle yönetmekten çok, insan davranışlarını kurallar vasıtasıyla yönlendirmek ile ilgilidir. Hukuk devleti insanları baskı altına alarak, manipüle ederek veya kısa yoldan zahmetsiz mekanizmalarla insan davranışlarını yön vermek değildir. O iktidar sahiplerinin insan onurunu, insanının rasyonel ve argüman ileri süren bir özne olduğunu dikkate alarak, onlara rehberlik ve kılavuzluk etmesini gerektirir. Bu nedenle Waldron hukuk ile yönetimin, bir sığır sürüsünü sopa ile veya bir koyun sürüsünü köpek ile gütmekten oldukça farklı olduğunu belirtir[103]. Kısacası, bir hukuk sistemini manipülasyon ve korkutmaya dayanan yönetim sistemlerinden ayıran en belirleyici özellik hukukun bireylere dayatılmasından çok bireylerin hukuku rehber edinerek, kendi davranışlarına uygulamasıdır[104]. Raz gibi dışlayıcı bir hukuki pozitivist bile hukuk devletini iktidarı sınırlandırmaktan çok insan davranışları yönlendirme yönü ile dikkate almasına rağmen, ne yazık ki o da diğer pozitivistler gibi hukuk devleti ile kamusallık arasındaki bağlantıyı uzun bir süre kuramamıştır. Fakat, 2018 yılında yayınlanan "The Law's Own Virtue" makalesinde Raz, yöneticilerin kendi ihtiyaçlarından çok yönetilenlerin ihtiyaçlarını karşılamak için iktidar sahibi olduklarını belirterek, hukuk devleti idealinin temelinde yer alan fikrin iktidar sahiplerinin yönetilenlerin ihtiyaçlarını karşılamak olduğunu belirterek hukuk devleti ile kamusallık arasındaki bağlantıyı kurmuştur[105].

3. Pozitiflik

Davranışlarımızı yönlendiren genel normlar keşfedilmeyi bekleyen yasalar değil, insan yapımı pozitif yasalardır[106]. Waldron'a göre mahkemeler "hukuku yapmıyorum hukuku keşfediyorum" argümanına sığınarak dolaylı yoldan, yasama ise açık ve

[101] Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 26.

[102] Fuller, *The Morality of Law* (n 30) 207.

[103] Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 26.

[104] Ibid 27.

[105] Raz, 'The Law's Own Virtue' (n 41) 7-8; bu anlayışın Raz'ın hizmet anlayışı olarak otorite kavramı ile olan bağlantısı kanımca aşikardır. Otorite ancak bireylere hizmet ettiği sürece meşrudur. İlgili açıklamalar için bkz Joseph Raz, 'The Problem of Authority:Revisiting Service Conception' (2006) 90 Minn. L. Rev. 1003.

[106] Waldron 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 29.

doğrudan bir şekilde hukuk yapar[107]. Hukukun tarihsel-sosyolojik bir boyutunun olduğu yadsınamaz fakat hukuk ayrıca insan yapımı, yapay bir üründür. Bu pozitif yön bize şöyle bir imkân sağlamaktadır: Bugün tabi olduğumuz kurallar değişebilir, değiştirilebilir çünkü onlar da insan yapımıdır. Onlara hukuk denilmesinin nedeni bizim o şekilde karar vermemizdir[108]. Bu nedenle hukukun bu pozitif yönü genellikle kapalılık, kurallılık ve sınırlar ile özdeşleştirilse bile, o bize bir açıklık ve özgürlük alanı da sağlamaktadır. Hukuk bu açıdan bakıldığında çok da zorlanmadan kolayca değiştirilebilen de bir şeydir. Hukukun bu pozitif yönü beraberinde "Neden bu yasalar böyle olmak zorunda?" sorusunu da getirir ve bize eleştirel yaklaşarak hukuku sorgulayabileceğimiz bir alan da sağlar. Nasıl ki tabii hukuk "adil olmayan yasa hukuk değildir" diyorsa, "mantıklı argümanlara, nedenlere dayanmayan yasalar da geçerli değildir" diyebileceğimiz, var olanın değişebileceği ve tartışılabileceği bir alan açıyor olabilir bu pozitif yaklaşım. Bu ise belirsizliği, argümantasyonu, iknayı ve retoriği yeniden karşımıza çıkarıyor. Bu açıdan bakıldığında hukuki pozitivizm bile doğası gereği içerisinde bir belirsizlik ve sınırlılık taşımaktadır. Karşımızda yine hukuk devleti ve argümantasyon, belirlilik ve belirsizlik arasındaki ilişki durmaktadır.

4. Kamusal İyiye Yönelme

Kamusallığın bireylerin kendi davranışlarına rehber olacak kurallara ulaşabilmesi için onların yayımlanması ile ilgili olduğuna daha önce değinmiştik. Bunun dışında kamusallığın hukukun iyiye yönelmesi ile ilgili bir yönü de bulunmaktadır[109]. Waldron, hukukun egemenin emrettiği herhangi bir şeyden farklı olduğunu belirtir ve onun bütün toplum adına ve toplumun sorunları ile ilgili normlardan oluşan yönüne dikkat çeker. Bu anlamda hukuk sistemi içindeki kurumların adalet, kamu yararı gibi güçlünün bireysel çıkarlarını aşan yönleri olduğuna değinir. Kamu yararını sağlamayan her şey hukuk değildir diyememekle birlikte, Waldron, hukukun kamu/halk (*public*) adına yapılmasını ve kamu yararına yönelmesini onun belirleyici özelliklerinden birisi olarak ele alır.[110] Aslında kamu adına yapılma ve kamu yararına yönelme, eşitlik ve genellik gibi ilkelerin farklı bir şekilde ifade edilmesi olarak da düşünülebilir.

Waldron hukukun kamu yararına yönelme özelliğinin ikna edici olmadığının farkındadır. Bu yüzden bir soyguncu çetesinin emirleri ile hukuk arasındaki farkı sorgulayan soyguncu çetesi problemindeki doğal hukukçu bir savunmaya sığınır. Bu doğal hukukçu savunmaya göre, soyguncu çetesi kendi ihtiyaçlarını gözetirken, hukuk kamusal faydaya ve kamu yararına ilişkindir. Soyguncu çetesi problemine pozitivistlerin cevabı ise soyguncu çetesinin hukuk olarak nitelendirilebilecek kadar

[107] Ibid 29.

[108] Ibid 30.

[109] Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 31.

[110] Ibid 31.

etkili olmadığı ve yeterince kurumsallaşmadığı yönündedir. Waldron bu iki ucun arasında bir orta yolun varlığını savunur. O, kamusal yarar sağlamayan hiçbir şey hukuk değildir demektense, "kamusal yarar iddiasında olmayan hiçbir şey hukuk değildir" der. Önemli olan o doğrultuda olmasıdır. Waldron'un da belirttiği gibi onun kamusallık anlayışı maddi bir tanımlama değil bir temenniden, beklentiden ibarettir.[111]

5. Sistematiklik

Hukukun pozitiflik yönünde onun değişebilir ve başka türlü olabilir oluşuna dikkat çekmiştik. Hukukun sistematik yönü ise hukukun devamlılığına, bütünselliğine işaret etmektedir. Hart'ın da belirttiği gibi, hukuk sistemsel bir hale ancak ikincil kuralların devreye girmesi ile gelebilir. Bu nedenle de hukuku salt bir kurallar yığını olarak görmek doğru değildir. Bundan dolayı da her yeni çıkarılan kural bu bütünsellik içerisinde yerini almaktadır[112]. Bir kanunu değiştirmek, ilga etmek mümkün olsa da yasamanın geçmişteki kanunların tamamını yok sayarak bir sıfır noktasından başlayabilmesi pek mümkün değildir. Gerek yasa yapıcılar gerek mahkemeler var olan kanunların ve içtihatların üzerine eklemelerde bulunurlar. Bu nedenle de hukuk kümülatiftir[113].

Hukukun bu sistematik yapısı, onun hukuk öznesine nasıl göründüğü, ona kendisini nasıl sunduğu ile de ilgilidir[114]. Bu şu anlama gelmektedir: Hukuk kendisini öznelerine bütünlüklü bir şekilde sunar ve özneleri bu bütünü anlamlandırır[115]. Burada tam anlamıyla her türlü kanunu tek tek anlamlandırmak yerine kuralların, düzenlemelerin birbirleri ile bağlantılarının kurulduğu "büyük resim" bir anlam ifade edecektir. Buna kendi kanaatimce, her kuralı bilmesek bile hukukun ahde vefa ilkesini koruyacağına olan inancımız örnek olarak verilebilir. Bu hukukun kamusallığının başka bir boyutudur. Hukukun rasyonel analize açık hale getirilmesi, bireylerin kullanabileceği kamusal bir kaynaktır ve bireylerde bu kaynağı sadece anlayıp davranışlarını yönlendirmek için değil aynı zamanda mahkemelerde argümanlarını ileri sürerken kullanabileceklerdir[116].

Hukuka bu bütünsel yaklaşım ayrıca insan onuruna da vurgu yapmakta ve belirli bir özne tasarımını işaret etmektedir: düşünen ve yorumlayan özne. Waldron'a göre rasyonel insanın özgürlüğüne ve onuruna saygı duyma iddiasındaki hukuk devleti ilkesini kesinlik, açıklık ve öngörülebilirlik doğrultusunda ele almak ve hukuk kurallarını değerlendirip kendi davranışlarını bu kurallara uyarlayan yönünü göz ardı

111 Ibid 32.

112 Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 33.

113 Ibid 32.

114 Ibid 35.

115 Ibid 35.

116 Ibid 35.

etmek, hukuk devletinin diğer yarısını budamak anlamına gelecektir[117]. Hayek'te bu öznenin özgürlüğü ön planda iken, Fuller'da genel kuralları kendi davranışlarına uygulayan rasyonel bir özne vardır. Şimdi ise sadece kuralları anlayan ve uygulayan pasif bir özne değil, mahkemelerde muhakeme yapabilen, argümanlar ileri süren aktif bir özne vardır karşımızda.

Hukukun sistematikliğinin Dworkin'in bütünsellik kavramı ile olan ilişkisine geldiğimizde ise, Waldron sistematikliğin bütünsellikten farklı olduğunu belirtir ve eğer bir benzerlik kurulacaksa bunun ancak Fuller'ın sekiz ilkesi arasındaki tutarlılık kavramı ile kurulabileceğini belirtir[118]. Ne var ki Waldron 2008 yılındaki "The Concept and the Rule of Law" makalesinde hukukun sadece yasalardan ve kararlardan oluşmadığını aynı zamanda hukukun bütününe içkin olan ve çeşitli şekillerde normlarda kendini açığa çıkaran ilkelerden (principles) oluştuğunu belirtmiştir[119]. Bu ise Waldron'u Dworkin'e ve onun bütünsellik kavramına oldukça fazla yakınlaştırmaktadır. Buna rağmen Waldron 2011 yılındaki "Thoughtfulness and Rule of Law" makalesinde standartları kurallar ile karşılaştırıp ayrı bir başlık altında değerlendirirken, ilkelerden içtihatları incelediği ayrı bir başlık altında bahsetmiştir. Buna rağmen yine de Waldron'un ilkeleri de hukukun bir parçası olarak gördüğünü rahatlıkla söyleyebiliriz. Bu ise Waldron'u Dworkin'e bir adım daha yaklaştırmaktadır[120].

IV. "Cömert" Değil, "Dar" Bir Hukuk Kavramı

Waldron ortaya koyduğu bu beş ilkenin[121] pozitivist bir hukuk kavramına neden olup olmayacağı konusunda emin olmasa da bu ilkelerin az veya çok belirli bir derecede değer taşıdığını (*value-laden)* ve kesinlikle "nedensel pozitivizm"in içinde yer almayacağını belirtmiştir[122]. Waldron hukukun dar bir kavramlaştırmasını savunur. Çünkü dar bir hukuk kavramı bize hukuk olma vasfını taşımayan sistemleri dışlamamıza olanak sağlamaktadır. Örnek vermek gerekirse, birçok devlet kendisinin demokratik olduğunu iddia etse de çok azı demokratiktir; birçok üniversitede doktora ve yüksek lisans programı vardır fakat çok azı gerçekten doktora ve yüksek lisans programıdır. Bu nedenle de dışlayıcı pozitivizmin içeriksiz hukuk kavramından ve hemen hemen her türlü devlet yönetimini hukuk sistemi olarak kabul edecek kadar geniş bir kavramlaştırmadan kaçınılması gerektiğini belirtir Waldron. Daha az

117 Waldron, 'The Rule of Law and the Importance of Procedure' (n 48) 19.

118 Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 33-34.

119 Ibid 34. 'Thoughtfulness and the Rule of Law' makalesinde ise Waldron ilkeler yerine standartlardan bahseder, ki bu çalışmada da standardlar üzerinde durularak Waldron'un ilkeleri hukukun içerisine dâhil edip etmediği üzerine herhangi bir değerlendirmede bulunulmayacaktır.

120 Dworkin'in bütünsellik (*integrity)* anlayışı için bkz Dworkin, *Law's Empire*. (n 55) 176-276.

121 Belirli prosedürel sınırlamalar dâhilinde yargılama yapan mahkemelerin varlığı, genel kamusal normlar, pozitiflik, kamu yararına yönelme ve sistematiklik.

122 Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 36.

cömert ve daha fazla talepkâr bir hukuk tanımına ihtiyacımız vardır, tabi mümkün olduğunca pozitivizm ile olan bağımızı kopartmadan. Bu nedenle Waldron yukarıda açıklanan beş kriterin gerekliliklerini karşılamayan sistemlerin hukuk sistemi olarak adlandırılmaması gerektiğini savunur.

Waldron kendi hukuk tanımlamasının formel, yapısal, kurumsal ve prosedürel olduğunu, ahlaki özellikler içermesine rağmen herhangi bir maddi ahlaki kritere yer vermediğini belirtir[123]. Mahkemelerin belirli prosedürel gereklilikleri yerine getirmesi, insan onuruna saygı duyan genel kurallarla yönetim, gerekçelendirme ve argümantasyon, hukuka sistematik yaklaşım birlikte değerlendirildiğinde bunların bizim hukukta değer verdiğimiz bir şeye, olması gereken bir hukuk anlayışına yöneldiği söylenebilir. Bunlar bize hukuk sistemleri ile diğer yönetim sistemleri arasındaki farkın neden önemli olduğunu tekrar hatırlatmaktadır. Waldron'a göre bu özelliklerin hukukla kurduğu bağlantı, sadece hukuku tanımlamak bakımından semantik (anlamsal) bir bağlantı değildir. Ayrıca bu bağlantının, ahlaki (olması gereken/normatif) bir boyutu da vardır[124]. Waldron bu özelliklerin ahlaki yönünün onların belirli bir hukuk anlayışına yönelmelerinden kaynaklandığını belirtir. Nasıl ki demokrasi serbest ve adil seçimler olmadan demokrasi olamıyorsa hukuk da belirli özellikleri taşımadıkça hukuk olarak değerlendirilmemelidir.

Waldron'a göre, Hart hukukun ahlaki öğeler içermesi durumunda bireylerin ahlaki olmayan yasalara itaat edip etmeme noktasında kararsız kalacaklarını belirterek, bu durumun yaratacağı belirsizlikten endişe duymaktadır. Waldron kendi kavramsallaştırmasının böyle bir belirsizliğe yol açmayacağını ifade eder çünkü onun hukuk kavramı şu şekilde veya benzeri bir ahlaki ilke içermemektedir: "Adaletsiz kurallara itaat etmeyiniz". "Kamu yararına hizmet eden yasalar yayımlandı mı? Benzer prosedürel güvenceleri içeren mahkemeler var mı? İnsanlar kendi hayatlarını hukuk sistemine güvenerek organize edebilecekler mi ve davranışlarını buna göre uyarlayabilecekler mi?[125]" soruları ne kadar ahlaki unsurlar içerse de Waldron'a göre, hukuka itaat sorununu cevapsız bırakmaktadırlar. Waldron'un, Fuller'ın prosedürel doğal hukuk anlayışına benzer bir şekilde, maddi değil sistemsel-yapısal-prosedürel bir olması gerekeni savunduğunu söyleyebiliriz. Bu noktada Waldron'un ileri sürmüş olduğu prosedürel ilkelerin dayandığı maddi ahlaki ilkeler olup olmadığı ya da başka bir deyişle Waldron'un ilkelerinin belirli ahlaki varsayımları, ön kabulleri olup olmadığı sorusu önem taşımaktadır. Kanaatimizce, bu prosedürel gereklilikler de belirli bir olması gerekene veya maddi ilkelere dayanmaktadır fakat bunların doğrudan bu amacı gütmesi ile belirli prosedürler vasıtası ile böyle bir amaç gütmesi arasında fark vardır. Bu nedenle Waldron'un hukuk anlayışının maddi bir iyiye

123 Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 40.

124 Ibid 41.

125 Ibid 42.

doğrudan yönelmektense, prosedürel gerekliliklere önem vererek dolaylı şekilde yöneldiğini söyleyebiliriz.

Waldron yine demokrasi örneğini vererek, hukukun da benzer şekilde bir derece meselesi olduğunu belirtir. Demokrasinin olmazsa olmazı olan serbest ve adil seçimler de bir derece meselesidir Waldron'a göre. Bir sistemin demokratik olduğunu belirtirken ideal olandan çok, aklımızda belirli bir eşik değer vardır ve bu eşik değere göre sistemlerin demokratikliğini değerlendiririz. Bu eşik değer ise her şeyin mükemmel olduğu, olması gereken bir sistemden oldukça uzaktadır. Hukuk kavramı ile ilgili belirlenen bu beş özelliğin gerçekleştirilmesinin de bir derece meselesi olduğunu vurgulamak önemlidir[126]. Bu nedenle bu beş özellik ile mükemmel bir hukuk sisteminin değil, sadece yeterli bir hukuk sisteminin kastedildiği söylenebilir.

Waldron'un güttüğü amaçlardan birisi de hukuk kavramı ve hukuk devleti arasındaki bağlantıyı kurmaktır. Waldron, hukuk ile hukuk devleti arasındaki bağlantıyı Fuller'ın uyumluluk ilkesi ile açıklar. Bu ilkeye göre kurallar ile kuralların uygulanması birbirleri ile uyumlu olmalıdır. Ayrıca kendi hukuk kavramı için belirttiği özelliklerden üçünün hukuk devleti ile çok yakından bağlantılı olduğunu söyler. Bunlardan sistematikliğin, hukuk devletinin tutarlılık ve bütünlük özellikleri ile, normların genelliğinin kamusallık ve yayımlanma özellikleri ile ve mahkemelerin varlığının ise adil yargılanma hakkı ile bağlantılı olduğunu savunur[127]. Daha önce de belirtildiği gibi Waldron için hukuk ve hukuk devleti kavramlarını ayrı ayrı düşünmek yerine ikisini birlikte düşünmeliyiz.

Fuller "The Morality of Law"un daha ilk bölümünde iki farklı ahlak tipinden bahseder: görev ahlakı (*morality of duty*) ve amaçsal ahlak (*morality of aspiration*). İlkinde başarılı olmak için ya da ahlaklı olmak için minimum gerekliliklerin karşılanması yeterli iken, ikincisinde "insanın kendi potansiyelini gerçekleştirmesi gerekir" önermesindeki gibi minimum şartlardan ziyade ulaşılması gereken hedefler daha soyut bir şekilde tanımlanır. Bu noktada Waldron'un da bu iki tür ahlak ilkesinden esinlenerek hukuk kavramını görev ahlakı, hukuk devleti kavramını ise amaçsal ahlakı göz önüne alarak tanımladığı söylenebilir[128]. Waldron, Fuller'ın görüşlerini aynen tekrarlayarak, bir hukuk sisteminin iyi veya kötü olabileceğini fakat belirli bir noktadan sonra artık bir hukuk sistemi olamayacağını belirtir[129]. Demokrasi analojisini kullanırsak, Zimbabve'yi demokratik bir ülke sayabilmek için seçimlerin daha serbest ve adil yapılmasını talep edebiliriz ya da ABD gibi zaten demokratik olan bir ülkede kurumların daha demokratik işlemesi için baskı yapabiliriz. Bu baskının demokrasi kavramına göre mi yoksa demokrasi idealine göre mi karakterize

126 Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 42.

127 Ibid 44.

128 İlgili ahlak anlayışları için bkz Fuller, *The Morality of Law* (n 32) 3-33.

129 Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 45.

edileceği de söz konusu devletten ne talep edileceğini belirleyecektir. Hukuk devleti açısından örnek olarak gösterilebilecek bir ülkede bile bazen yöneticiler geçmişe dönük olarak yasa çıkarmakta ve bundan dolayı eleştirilebilmektedirler. Bu eleştiriler ise ya "Hadi bu örneği hukuk sisteminin marjinal bir örneği olarak değerlendirelim" gibi hukuk kavramı ile ilgili olacaktır ya da "Hadi hukuk devleti kavramını sisteme daha sert bir şekilde uygulayalım" diyerek hukuk devleti bakımından olacaktır. Fakat her ikisinde de bir derecelendirme ve değerlendirme olacaktır[130]. Waldron'a göre genellikle hukuk kavramı doğrultusunda yapılan eleştiriler belirli bir minimum eşiği artık sağlayamama tehlikesi ile ilgili iken, hukuk devleti ile ilgili eleştiriler daha iyi bir hukuk sistemine yönelik olmaktadır[131].

V. Hukuk ile Hukuk Devleti Arasındaki Bağlantı ve Özne Tasarımı

Hukuk kavramı bir hukuk sistemini ifade etmek için, genel anlamda kullanıldığı gibi belirli bir kanunu ifade ederken de kullanılmaktadır. Hukukun ikinci şekildeki anlamı ile ilgili olarak, Waldron pozitivist hukuk anlayışına karşı çıkarak, mahkeme kararlarının da en azından kuralların nasıl anlaşılması gerektiğini söyledikleri için hukukun içerisinde yer almasının oldukça önemliolduğunu belirtir[132]. Ayrıca beş özellikten birisi olan sistematiklik özelliği ve insanın kuralları algılayan özne olarak tasavvur edilmesi hukukun daha geniş bir şekilde tanımlanmasını da gerektirmektedir. Çünkü mahkemede "ben hukukun bu olduğunu, bu kanunun bu şekilde anlaşıldığını iddia ediyorum" diyen hukukun ne olduğu üzerine bir iddiada bulunmaktadır. Bu nedenle uyuşmazlık konusu olan şey, bir şeyin hukuk olup olmadığı ile ilgilidir. Bu uyuşmazlık ise hukukun argümantatif ve sistematik yapısından ve genel normlardan oluşmasından kaynaklanmaktadır[133].

Dworkin'e göre zor davalardaki uyuşmazlık, mevcut durumda nasıl karar verileceği veya ne yapılacağı ile ilgili değil hukukun ne olduğu ile ilgilidir. Zor davalarda somut olay hakkında ve hangi kanun veya içtihatların olay ile ilgili olduğu hususunda uyuşmazlık yoktur. Kısaca anlaşmazlık hukukun kendisine aittir ve teoriktir. Bu açıdan bakıldığında ise, hukuk doğası gereği yorumlanmaya *(interpretivist)* muhtaçtır. Bu nedenle de zor davaları hukukun bittiği yer olarak görmek yerine mahkemelerde hukukun ne olduğuna ilişkin yaşanan esaslı anlaşmazlıkları da hukukun içerisine dâhil etmeliyiz[134]. Neil MacCormick'in de belirttiği gibi, bu tartışmalar sistemin içinde var olan patolojik istisnalar değil, "hukuk devleti idealine" göre çalışan sisteminin esaslı (*integral*) bir parçasıdır[135]. Tartışmanın ve uyuşmazlığın olduğu nokta mevcut hukuki

130 Ibid 46.

131 Ibid 47.

132 Ibid 48.

133 Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 49.

134 Ibid 49-50.

135 MacCormick, *Rhetoric and the rule of law* (n 49) 27.

ve fiziksel şartlar altında ne yapacağımız, nasıl karar vereceğimiz ile ilgilidir[136]. Bir hukuk sisteminde, iyi sonuçlara ulaşma hedefi bazen kanunlar, içtihatlar, ilkeler ve doktrin tarafından sınırlandırılabilir.

Dworkin'in tanımlamasından hareket edersek, nasıl ki taraflar somut uyuşmazlıklarda hukukun ne olduğu üzerinde teorik bir anlaşmazlıkla karşı karşıya iseler, hukuk devletini de benzer bir şekilde yorumlamaya muhtaç bir kavram olarak düşünerek, onun da her somut durumda ne gerektirdiğinin bir inşa meselesi olduğunu söyleyebiliriz[137]. Çünkü hukuk devleti de tıpkı hukuk gibi kriter niteliğinde bir kavram değil yoruma muhtaç bir kavramdır[138]. Yargıçlar hukuk devletinin kurallar dışında bir şey içerip içermediği, mahkeme kararlarının hukuk devletinin dışında olup olmadığı gibi konularda anlaşamamaktadırlar. Örnek vermek gerekirse, bir taraf kanunun sözel yorumunun uygulanmasını savunurken, diğer taraf kanun metninin çeşitli yorumları arasında karar verirken sağduyunun ve aklın da rol oynaması gerektiğini savunmaktadır. Sonuç olarak hukuk devletinin ne olduğuna dair uyuşmazlık, aynı zamanda hukukun ne olduğuna da ilişkindir. Çünkü hukukun ilkeleri içerip içermediği gibi tartışmalı konular, bunların sınırlandırılması ile ilgili olarak belirsizliklere neden olacaktır. Waldron hukukun ne olduğuna ilişkin anlaşmazlıkların aynı zamanda hukuk devleti kavramını da etkileyeceğine ve bu nedenle de kavramı belirsizliğe doğru sürükleyerek yorumlanmaya muhtaç hale getireceğine yönelik olarak Dworkin tarafından ileri sürülen görüşlere katılmaktadır[139].

Waldron bu noktada özellikle, hukukun kurallardan ibaret olmadığına, kurallar arasında bütünlük sağlama gibi bir amacı da olduğuna değinmektedir[140]. Bunun ise mahkemelerdeki argümantatif süreç ile desteklendiğini belirtir. Hukukun bütünsel anlaşılması ve argümantasyon birbirlerini destekleyen parçalar olarak düşünülebilir. Waldron'a göre modern pozitivizmin temel hatası, hukuku şekillendiren gerekçelere (argümantasyona), kurumlara değinmeden sadece emir ve kontrol içeren yönüne yoğunlaşması olmuştur. Normların norm olmayanlardan farkı ve hukuk olanın hukuk olmayandan ayrılması önemli olmakla birlikte, en az onun kadar önemli olan bir şey de bu normlarla ne yaptığımızdır[141]. Biz onlara sadece itaat etmiyoruz, onların ne demek olduğunu tartışıyor, yorumluyor, mahkemelerde hak iddia ederken onların belirli bir şekilde anlaşılması gerektiğini belirterek, bir iddiada bulunuyoruz.

136 Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 51.

137 Ibid 52.

138 Dworkin'in yorumlamaya muhtaç kavramlar (interpretive) ile muhtaç olmayan kavramlar (criterial) ayrımı için bkz Ronald Dworkin, 'A New Philosophy for International Law' (2013) 41 Philosophy & Public Affairs 1, 2, 11; bu konuda temel bir çalışma için bkz Walter B Gallie 'Essentially Contested Concepts' iç M. Black (Ed.) *The Importance of Language* (Cornell University Press 1969).

139 Dworkin "Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy" makalesinde hukuk ve hukukilik arasında içsel bir bağlantı olduğunu belirtmiştir. Bkz Ronald Dworkin, 'Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy' (2004) 24 Ox. JLS 1 1.

140 Waldron, 'The Concept and the Rule of Law' (n 16) 56.

141 Ibid 57.

Waldron, Hart ve takipçilerinin nedensel pozitivizmi ile kendi geliştirdiği hukuk anlayışını karşılaştırarak, anlayışının kuralların oluşumundan sonraki aşamaya da odaklanarak hukuki dinamik yönü ile de kavradığını belirtir. Bu nedenle, Waldron'un yaklaşımında kuralların uygulanması ve argümantasyon süreci oldukça önemli bir yer tutmaktadır[142]. Hukuk devleti açısından ise, bir anlayış kuralların kesinliği, öngörülebilirliğine odaklanırken, diğeri adil yargılanmaya ve sıradan vatandaşlarca argümanlarını ileri sürebilme olasılığının olduğu bir sisteme vurgu yapmaktadır[143].

Waldron'a göre hukuk devleti hukuk kavramından ayrı düşünülemez. Hukukun belirli özelliklerini tanımlayan normatif düşünce, aynı zamanda hukuk devletinin de belirli özelliklerini tanımlamıştır. Bunları birbirinden ayrı düşünmek yerine Waldron, kuralları ön plana alan hukuk anlayışı ile kesinlik, öngörülebilirlik gibi ilkeleri savunan hukuk devleti anlayışı arasında bir korelasyon olduğunu iddia etmektedir. Benzer şekilde geliştirdiği mahkemelere, sistematikliğe önem veren hukuk kavramı ile öngörülebilirlik ve kesinlik yerine argümantasyona ve buna imkân veren kurumlara önem veren hukuk devleti anlayışı arasında korelasyon olduğunu savunmaktadır. Kesinlik ve öngörülebilirlik uğruna özgür kendi kendine değerlendirme yapabilen özneyi ve bunun sağladığı argümantatif imkânları feda etmek hukuk devletinin dayandığı temelleri de kırpmak anlamına gelecektir: özgürlük ve insan onuruna saygı[144].

Hayek hukuk devletinin bireyin negatif özgürlüklerini de koruması gerektiğini ileri sürmüştür. Ne var ki özgür bireyin özgürlüklerine yapılacak müdahalelere karşı kendisini nasıl savunacağı noktasında Hayek'in herhangi bir önerisi yoktur. Oysa o, özgürlüğünü korumak için, hukuku nasıl anladığını anlatacak, gerekçeler ileri sürerek kendini savunacaktır, ki özgür olmak da bunu gerektirir. Bu ise Hayek-Fuller eksenindeki anlayış tarafından ileri sürülen rasyonel özne odaklı insan onuru kavramının yerine daha incelikli bir insan onuru kavramını beraberinde getirmektedir. Hatırlanacağı üzere, Fuller sekiz ilkesini sadece bu ilkeler gözetildiğinde adaletsizliğin ortaya çıkmasını zorlaştırdığı için değil, ayrıca bu ilkelerin insan onuruna saygı göstermesinden dolayı ileri sürmüştü. İnsanları kendi davranışlarını kontrol edebilen, geleceklerini planlayan rasyonel varlıklar olarak görmek, onları otonom varlıklar olarak kabul etmek anlamına gelmektedir[145].

142 Ibid 57.

143 Ibid.58.

144 Ibid .60.

145 Raz, *The Authority of Law* (n 17) 221.

Waldron'a göre onur[146], kişinin toplumda diğerleri ile ilişkisinde bulunduğu hukuki veya ahlaki statüsüdür. Onur, kişinin rasyonel, davranışlarını kontrol altında tutan ve başkalarının gözünden de bu şekilde gözüken bir varlık tasarımına dayanır. Sonuç olarak, bireyin kendi varlığının toplumun diğer bireyleri tarafından ciddiye alınması, bunun onların hal ve tutumlarına yansıyarak bireye duyulan saygının kendisi tarafından da hissedilir olmasıdır. Bu şekilde anlaşıldığında onur kavramı, eşitler arasında bir ilişki gerektiren demokratik de bir kavramdır. Bu nedenle, onur toplumdaki herkese aynı statünün tanındığı ve bu statüye göre insanların yönetildiği normatif bir kavramdır[147]. Onurun bu normatif yönü insanların hayvanlardan farklı olarak kendi kendisini kontrol edebilen rasyonel bir varlık olması fikrine dayanmaktadır. Roma'da onur anlamına gelen "*dignitas*", ayrıcalıkların ve saygının makam ve rütbeye göre dağıtıldığı bir sistemi işaret etmekteydi. Waldron'a göre modern anlamında da onur kavramı, bu geleneksel anlamı ile bağını sürdürmektedir. Yüksek rütbeli kişilerin normları kendi davranışlarına uygulayacağı varsayılıyordu. Onların şahitliklerine değer veriliyordu, onlara zor ile bir şey yaptırılmaya kalkışılsa bile bu zorlama toplumdaki herhangi bir bireye göre daha az şiddet içeriyor, belirli prosedürler gerektiriyordu. İdam edileceklerse bile asılmak yerine başları kesilerek idam ediliyorlardı. Diğer tarafta ise, sadece zorlama ile yönlendirilen, sözüne itibar edilmeyen, işkence ile delil elde edilmeye çalışılan, kendi kendine karar veremeyen, kendisini savunmak için argüman ileri süremeyen bu nedenle de ciddiye alınmayan bir birey vardı. Waldron'a göre geçmişteki köle toplumlarındaki gibi statü merkezli tek tip onur anlayışının olduğu bir sistemden, hukukun önünde herkesin statüsünün eşit olduğu, statülerin yukarı yönde eşitlendiği ya da başka bir deyişle statünün ortadan kalktığı bir düzene geçilmiştir[148]. Yani sadece ayrıcalıklı sınıfların onur sahibi olduğu sistemden, herkesin onur sahibi olduğu bir sisteme geçilmiştir. Bu evrensel onur kavramı Waldron'a göre bir tasarımdır, gerçekte olan ise insanların yetenekler, özellikler bakımından birbirinden oldukça farklı olduğu bir düzenin mevcudiyetidir. Bu nedenle Waldron bu görünürdeki eşitliğin uygulamada yetersiz kalmaması için hukuki temsil ve vekalet ilişkisini önerir ve avukatların görevine özellikle dikkat çeker[149]. Zaten Waldron'un prosedürel hukuk devletinin merkezinde mahkemelerde argüman ileri süren özne ve buna imkân sağlayacak yapılar ve kurumsal mekanizmalar vardır. Bir anlamda adalete ulaşma hakkı Waldron'un hukuk devleti anlayışının çekirdeğini oluşturmaktadır.

---

146 Waldron onur kavramının günümüzdeki üç farklı anlaşılışından bahseder. Bunlardan ilki pozitif yasalarda, anayasalarda geçen bir insan hakkı olarak onur kavramıdır. Onurun ikinci anlamı ise hakların veya belirli hakların temeli olarak insan onuru kavramıdır. Onurun üçüncü anlamı ise bizim çalışmamız için de önemli olan, insanın hukuk kurallarını kendi davranışlarına uyarlayan rasyonel bir varlık olması ve bu nedenle de onur sahibi olmasıdır. Jeremy Waldron, 'How law protects dignity' (2012) 71 The Cambridge Law Journal 1, 206.

147 Waldron, 'How law protects dignity' (n 146) 202.

148 Ibid 212-215.

149 Ibid 216.

Hukukun gönüllü iş birliğine dayandığını söyleyebiliriz fakat bu onun hiçbir zorlama içermediği anlamına gelmemektedir. Hukuk zorlama içerse bile vahşi değildir, o salt korkutma ve zorlama ile veya muhataplarının iradelerini yok sayarak yönetmez[150]. Davranışları yönlendirme iddiasında olan hukuk bunu bireyin normları algılayıp kendi davranışlarına uygulayabileceği belirli bir alan bırakarak yapar. Waldron hukukun zorlama içerse bile, bunun "onurlu (bir) zorlama" olacağını iddia eder[151]. O, bir insan idam edilecekse bile, idam mahkumunun hücresinden idam sehpasına nasıl götürüldüğünün hukuk devleti açısından oldukça önemli bir husus olduğunu ifade eder.

VI. Sonuç

Çalışmanın başında hukuk devleti krizinden bahsedilmişti ve bunun bize hukuk devleti kavramını yeniden sorgulamamıza imkân sağlayacağı üzerinde durulmuştu. Scheppele'nin "*checklist* şeklindeki hukuk devleti kavramları neden çalışmıyor?" sorusu liste şeklindeki formel anlayışın yetersizliklerine işaret edilerek cevaplanmıştı. İşte Waldron'un prosedürel hukuk devleti şekli anlayışın yetersizliklerini göstermekle kalmayıp onu doğal hukukçu, maddi içerikli bir hukuk devleti kavramına yaslanmadan da savunulabilir hale getirmiştir, ki kanımca bu yabana atılır bir başarı değildir. Waldron, hukuki pozitivizm tarafından göz ardı edilen hatta biraz sorun olarak görülen mahkemelere ve hakimlerin hukukun yapım sürecine katılımına dikkat çekmiştir. Böylece hukukun dinamik yönüne dikkat çekildiği gibi, hukuka yasa yapıcı veya hukuk teorisyenlerinin yerine sıradan insanların bakış açısı ile de bakmamız gerektiği vurgulanmıştır. Belki de günümüzde yaşadığımız hukuk devleti krizinin en can alıcı noktası adalete ulaşma konusunda yaşanan zorluklarla ilgilidir. Bu ya içinde bulunduğumuz hukuk sisteminin kendi yapısından (actio popularis'in birçok mahkeme tarafından kabul edilmemesi gibi) ya da maddi ve sosyal kapitalin yetersizliklerinden kaynaklanıyor olabilir. İçinde bulunduğumuz ekonomik kriz ya da neoliberalizmin krizinden daha çok hukuk devletinin krizine yol açan en temel nedenin mahkemelerin bağımsızlıklarını yitirmesi sonrasında adaletin kişilere ve kurumlara göre farklı şekillerde uygulanması olduğu söylenebilir. Waldron hukuk devletinin bu mahkemelerdeki yönüne, bireylerin hayatına doğrudan dokunan yönüne dikkat çekerek hukuki pozitivizm içerisindeki hukuk devleti tartışmalarına yeni bir boyut kazandırmıştır. Artık günümüzde hukuk devleti mahkemelere ulaşarak haklarını savunan ve haklarına müdahale edildiğinde mahkemeden bunun gerekçesini isteyen, kısacası, hakkını arayan aktif bir özneyi gerektirmektedir. Özne Waldron'un hukuk devleti anlayışı ile bir hak taşıyıcısı olmanın ötesine geçerek artık bir hak dönüştürücüsü ve hak yaratıcısı haline gelmiştir. Bu iklim değişikliğini durdurmak için mücadele eden birçok sivil toplum örgütünün mahkemelerin kapılarını

[150] Jeremy Waldron, 'Torture and positive law: jurisprudence for the white house' (2005) 105 Columbia Law Rev 6 1726.

[151] Waldron 'How law protects dignity' (n 146) 217.

aşındırarak dünyanın dört bir yanında nasıl yeni haklar – sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı gibi – yaratılmasını sağladığı düşünüldüğünde ayakları oldukça yere basan bir iddiadır[152]. Bu nedenle, öznenin bu şekilde olmasını engelleyen her türlü değişim ise hukuk devleti ölçeğinde gerilemek anlamına gelecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.
Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

[152] Urgenda ve hakların dönüştürücü ve bazen de yıkıcı etkisi için bkz Palombella 'Access to Justice: Dynamic, Foundational, and Generative' (n 59)

Bibliografya / Bibliography

Akbaş K, *Hukukun büyübozumu: eleştirel hukuk çalışmaları hareketi*. (Legal 2006)

Aktaş S, *Prosedürel Doğal Hukuk: Lon L. Fuller'in Hukuk Kavramı* (XII Levha 2011)

----- 'Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakiş' (2020) 1 *YBHD* 19

Akı Eİ, 'Hukukun Iç Ahlâkı: Lon L. Fuller'in Görüşleri Çerçevesinde Bir İnceleme' (2015) 64 *AÜHFD* 1, 1

Bentham J, *Preface to the Fragment on Government, or a Comment on the Commentaries* (printed for E. Wilson and W. Pickering, Lincoln's-Inn Fields, 1823) xii-xiii.

Bix B, 'HLA Hart and the Hermeneutic Turn in Legal Theory' (1999) 52 SMUL Rev. 167

Chiti E ve Teixeira PG 'The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debt Crisis' (2013) 50 Common Market Law Review 3

Dicey AV, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (Macmillan 1889)

----- 'Hukuk Devleti: Doğası ve Genel Uygulamalar" iç Ali R Çoban, Adnan Küçük (eds.) *Hukuk Devleti: Hukuki ve Siyasi Bir İdeal* (Adres 2008) 25-38

Dworkin R, *A matter of principle* (OUP 1985)

----- *Law's Empire*. (Harvard 1986)

----- 'Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy' (2004) 24 Ox. JLS 1 1

----- 'A New Philosophy for International Law' (2013) 41 Philosophy & Public Affairs 1, 2

Eylon Y ve Harel A 'The right to judicial review' (2006) 92 *Virginia Law Review* 991

Fuller LL, *The morality of law* (Yale 1969)

----- 'The forms and limits of adjudication' (1978) 92 HLR 2 353

----- 'Human Interaction and Law' (1969) 14 The American Journal of Jurisprudence 1, 1-36.

Gallie WB, 'Essentially Contested Concepts' M. Black (Ed.) *The Importance of Language* (Cornell University Press 1969)

Hamara CT, 'The concept of the rule of law' iç Immer Flores, E Kenneth Himma (eds.) Law, Liberty, and the Rule of Law (Springer 2013)

Harel A Kahana T, 'The easy core case for judicial review' (2010) 2 *Journal of Legal Analysis* 1 227

----- ve Shinar A, 'Between judicial and legislative supremacy: A cautious defense of constrained judicial review' (2012) 10 ICON 4 950

Hart HLA, *The Concept of Law* (OUP 1961)

Hayek FA, *The Road to Serfdom* (London 1944) 54

Krygier M, 'The rule of law: legality, teleology, sociology. *Sociology'* iç Gianluigi Palombella, Neil Walker (eds.) *Relocating the Rule of Law* (Hart 2009) 65.

----- 'What is the point of the Rule of Law" (2019) 67 *Buffalo Law Review* 743

Kumm M, 'The idea of Socratic contestation and the right to justification: the point of rights-based proportionality review' (2010) 4 Law & Ethics of Human Rights 2 142

Landau D, 'Abusive constitutionalism' (2013) 47 UCDL Rev 189

----- Roznai Y ve Dixon R, "Term Limits and the Unconstitutional Constitutional Amendment Doctrine: Lessons from Latin America" iç Alexander Baturo, Robert Elgie (eds.) *The Politics of Presidential Term Limits* (OUP 2019)

MacCormick N, *H.L.A. Hart* (Stanford 1981)

----- *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning* (OUP 2005)

Metin S, 'Lon L. Fuller ve Prosedürel Doğal Hukuk Yaklaşımı' iç S Metin E Uzun K Akbaş M B Aydın (eds.) *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş* (İTHAKİ 2015)

Moyn S, *Not enough: Human rights in an unequal world*. (Harvard 2018)

Nye H, 'Waldron, Jeremy: Rule of Law' (2017) Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy

Palombella G, 'The rule of law and its core' iç Gianluigi Palombella, Neil Walker (eds.) *Relocating the Rule of Law* (Hart 2009)

----- 'The Abuse of the Rule of Law' (2020) 12 *HJRL* 2, 387-397.

----- 'Access to Justice: Dynamic, Foundational, and Generative' (2021) 34 Ratio Juris 2, 121-138

Raz J, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (OUP 1979)

----- *Practical Reason and Norms* (OUP 1999)

----- 'The Law's Own Virtue' (2018) 39 Oxford Journal of Legal Studies 1, 1

Rodriguez-Blanco V, 'Legal Authority and the paradox of intention in action' iç George Pavlakos ve Veronica Rodriguez-Blanco (eds), *Reasons and Intentions In Law and Practical Agency*, (Cambridge University Press, 2015)

Scheppele KL, 'Autocratic legalism' (2018) 85 *CLR 2*, 545-584

----- 'The rule of law and the frankenstate: why governance checklists do not work' (2013) 26 Governance 4 559

Shapiro M ve Sweet AS, *On law, politics, and judicialization*. (OUP 2002)

Shapiro S, Authority iç J Coleman K Himma S Shapio (eds.) *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (OUP 2004)

Trebilcock MJ ve Daniels RJ, *Rule of Law and Development,* (Edward Elgar Publishing, 2008)

Tushnet M, *Taking the Constitution away from the Courts* (Princeton 2000)

Uygur G, 'Adalet ve hukuk devleti' (2004) 53 AUHFD 3 33

----- 'Law and Injustice in Times of Crisis' iç Joshua Kassner, Colin Starger (eds.) *The Value and Purpose of Law – Essays in Honor of M.N.S. Sellers* (Franz Steiner 2019).

Uzun E, 'Hukuk Yorumdur' (2014) 72 İÜHFM 1, 99-104.

Varol OO, 'Stealth authoritarianism' (2014) 100 Iowa L. Rev 673

Van der Burg W, *The Dynamics of Law and Morality: A Pluralist Account of Legal Interactionism*, (Ashgate Publishing, 2014)

Waldron J, The Rule of Law as a Theater of Debate' iç Justin Burley (ed.) *Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin* (Blackwell 2004)

----- 'The core of the case against judicial review' (2005) 115 *YaleLJ* 1346

----- 'Is the rule of law an essentially contested concept (in Florida)?' iç Richard Bellamy (ed.) *The Rule of Law and the Separation of Powers* (Routledge 2005)

----- 'Torture and positive law: jurisprudence for the white house' (2005) 105 Columbia Law Rev 6 1726

----- 'Legal Pluralism and the Contrast between Hart's Jurisprudence and Fuller's' iç Peter Cane (ed.) *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century* (Hart 2010)

----- 'Thoughtfulness and the Rule of Law' (2011) 18 British Academy Review 1 9

----- 'The rule of law and the importance of procedure' (2011) 50 NOMOS. 3

----- 'How law protects dignity' (2012) 71 The Cambridge Law Journal 1, 206

----- 'Separation of powers in thought and practice' (2013) 54 *BCL Rev* 43

----- 'The Rule of Law' (Summer 2020 Edition) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law/>.

Zabcı F, 'Kriz, Kritik: Koronavirüsle İmtihanımız' Birgün (İstanbul, 22 Mart 2020) < https://www.birgun.net/haber/kriz-kritik-koronavirusle-imtihanimiz-292697 > Erişim Tarihi 17 Mayıs 2021

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası, 79 (4), 1323-1356

DOI: 10.26650/mecmua.2021.79.4.0007
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 22.08.2021
Revizyon Talebi: 18.10.2021
Son Revizyon: 19.10.2021
Kabul: 22.11.2021

Siyasi Parti Kapatma Davalarının Hukuki Niteliği

İlhami Öztürk*, Arif Emre Sümer**

Öz

Demokratik siyasi yaşamın vazgeçilmez bir unsuru olan siyasi partiler ile ilgili esaslara hukukumuzda, Anayasa'nın 68 ve 69'uncu maddeleri ile 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda yer verilmiştir. Her ne kadar siyasi partilerin varlığı demokratik siyasi hayat için zaruri olsa da Anayasa'mız, bazı durumlarda siyasi partilerin kapatılabileceğini düzenlemiştir. Buna göre; bir siyasi partinin tüzüğü, programı ve faaliyetlerinin Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen ve Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş felsefesini ifade eden esaslara aykırı olması durumu ile partinin yabancılardan parasal destek alması hâllerinde siyasi partilerin temelli olarak kapatılmasına karar verilebilir. Siyasi partilerin kapatılmasına, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının düzenleyeceği iddianame üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından görülecek parti kapatma davası ile karar verilir. Siyasi parti kapatma davalarının hukuki niteliğinin ne olduğu hususunda tartışmalar bulunmaktadır. Bu soruya verilecek cevap, parti kapatma davalarında uygulanacak hukuk kuralları ile bu dava sonucunda verilen hükümlerin sonuçlarını tespit edebilmek maksadıyla oldukça önem arz etmektedir. Doktrinde bir görüş, siyasi parti kapatma davalarında ceza muhakemesi hukuku kurallarının uygulanacak olması sebebiyle, bu davanın ceza davası niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Buna karşılık doktrinde başka bir görüş, siyasi parti kapatma davalarında ceza muhakemesi hukuku kurallarının uygulanacak olmasının bu davaları tek başına ceza davası niteliğine kavuşturmayacağını ifade etmekte, söz konusu davanın yargılama hukukunda bulunan diğer dava türlerinin kapsamına doğrudan girmeyen, kendine özgü niteliğinin bulunduğunu belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında da parti kapatma davalarının hukuki niteliği hakkında istikrarlı bir tespit bulunmamaktadır. Yüksek Mahkeme, çeşitli dönemlerde yukarıda zikredilen iki görüşün de kapsamına değerlendirilebilecek kararlara imza atmıştır. Bu çalışmada, doktrindeki görüşler ve Anayasa Mahkemesi kararlarından da yararlanmak suretiyle siyasi parti kapatma davalarının hukuki niteliği irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Siyasi Parti, Kapatma Davası, Kamu Davası, Ceza Davası, Ceza Hukuku Yaptırımı

Legal Character of Political Party Closure Cases

Abstract

Although the existence of political parties is often deemed indispensable for the proper functioning of democratic political life, our constitution provides that political parties can be closed down in certain cases. In Turkish law, the principles regarding "political parties," which are indispensable elements of democratic political life, are laid down in Articles 68 and 69 of the Constitution and in the Law on Political Parties No. 2820. According to these provisions, a political party may be permanently closed if its statutes, programs, and activities contradict the principles that express the founding philosophy of the Turkish republic, as shown in the fourth paragraph of Article 68 of the Constitution, or if it receives financial support from foreigners.

The decision to close a political party is made by a party closure case held by the Constitutional Court upon the bill of indictment prepared by the Office of the Chief Public Prosecutor of the Supreme Court of Appeals. However, under our law, the legality of political party closure cases is debatable. The answer to this question of legality is critical to determine the appropriate legal rules to be applied in party closure cases and the validity of the judgments given in such cases. An opinion in the legal doctrine states that a political party closure case is in the nature of a criminal case considering that the

* **Sorumlu Yazar:** İlhami Öztürk (Doç. Dr.), İzmir Bakırçay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye. E-posta: ilhami.ozturk@bakircay.edu.tr ORCID: 0000-0001-9828-8861

** Arif Emre Sümer (Arş. Gör.), İzmir Bakırçay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye. E-posta: arifemre.sumer@bakircay.edu.tr ORCID: 0000-0001-7382-4922

Atıf: Ozturk I, Sumer AE, "Siyasi Parti Kapatma Davalarının Hukuki Niteliği" (2021) 79(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1323.
https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.4.0007

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

rules of criminal procedure will also be applied in case of the closure of a political party. Another view in the existing body of law argues that the application of the rules of criminal procedure law in political party closure cases does not, in itself, convert these cases to criminal cases. There is no consistent determination regarding the legal nature of party closure cases in the decisions of the Constitutional Court. The Constitutional Court has signed decisions that can be considered within the scope of both or either of these views at various times. There is no consistency in the decisions of the Constitutional Court as to what the legal nature of such cases is. In our study, we will try to determine the legal nature of political party closure cases in the light of the views in the doctrine and the decisions of the Constitutional Court.

Keywords
Political Party, Closure Case, Public Case, Criminal Case, Criminal Law Sanction

Extended Summary

The vital importance of political parties to democratic political life does not mean that they are permitted to exercise their right to engage in political activity under any and all circumstances. In the presence of certain circumstances, the mandatory closure of political parties and the termination of their legal personality do not mean that their right to engage in political activity has been denied. Rather, in some cases, it is legitimately possible to close down a political party in Turkey. In the case of the occurrence of one or more of these circumstances, a lawsuit will be filed before the Constitutional Court by the Office of the Chief Public Prosecutor of the Court of Cassation for the closure of the political party. As a consequence of this lawsuit, if the court is convinced that there is at least one circumstance supporting the closure, the political party may be closed down or partially or completely deprived of state aid. If, however, the Court determines that there exists no reason for closure, the request for closure will be rejected.

There are different opinions in the doctrine about the legal nature of political party closure cases. There is no consistency in the decisions taken by the Constitutional Court regarding this issue. These different opinions generally focus on the question of whether political party closure cases are criminal cases or specific cases. According to one opinion in the doctrine, primarily based on the provision in Article 52 of the Law on the Establishment and Judicial Procedures of the Constitutional Court No. 6216, which states that the provisions of the Criminal Procedure Code appropriate to the nature of the case will be applied in party closure cases, these cases have a criminal character. Another view states that political party closure cases and the sanctions imposed as a result of these lawsuits differ from the classical criminal prosecutions. Hence, these cases have their own distinctive character. The Constitutional Court has long held in its decisions that these cases are criminal cases and recently has overruled the case law stating that the legal nature of these cases has a unique character.

When the opinions in the doctrine and the decisions of the Constitutional Court are taken together, we conclude that the political party closure cases are peculiar forms

of "criminal cases." Two main points support this conclusion. First, the sanctions imposed as a result of party closure cases are similar to two types of sanctions in the Turkish Criminal Law system.

In the Turkish Criminal Law system, although the existence of an intentional crime is usually accepted by rule in order to impose security measures, this rule is not always valid. For example, in the fourth paragraph of Article 54, which regulates the confiscation of goods constituting one of the security measures of the Turkish Penal Code, it is regulated that "goods whose production, possession, use, transportation, purchase, and sale constitute a crime" will be confiscated. As can be seen here, even when there is no crime and no criminal yet, it is possible to order security measures. The aim here is to prevent crimes that may be committed in the future by seizing certain substances that are deemed to pose a danger to public security, even when there is no crime yet. The sanctions imposed in the case of political party closure are also security measures imposed for similar reasons. Here too, the aim is to prevent political parties from committing and inciting people to commit crimes, especially by using their power of influence over the masses.

The second primary pillar of our argument is that because the sanctions imposed as a result of these cases are severe, it would be more appropriate to impose them only when subject to strict rules of reason such as are found in criminal proceedings. The principle of being used as a last resort applies in criminal law. If the alleged violations can be remedied with any other sanctions of the law, the criminal law will not be applied. When working with the criminal law, it is essential to adhere to a very strict procedure because the sanctions imposed as a result of criminal actions are so severe.

The sanctions imposed in political party closure cases are also highly severe sanctions imposed against political parties, which are of great importance to the nation's democratic political life. When the provision in Article 52 of the Law on the Establishment and Trial Procedures of the Constitutional Court is evaluated in the context of these reasons, it is understood that political party closure cases are criminal cases. Therefore, accepting these sanctions as criminal law sanctions and mandating that the rules of criminal procedure are valid in order to impose these sanctions reveal that party closure cases are appropriately defined as criminal cases.

Siyasi Parti Kapatma Davalarının Hukuki Niteliği

Giriş

Siyasi partiler demokratik yaşamın vazgeçilmez unsurlarıdırlar. Bu sebeple, bir ülkede demokratik bir yönetimden bahsedilebilmesi için o ülke yönetim sisteminde mutlaka siyasi partilere yer verilmesi ve siyasi partilerin hak ve yükümlülüklerinin demokrasi ilkesine uygun olarak düzenlenip güvenceye kavuşturulması gerekmektedir. Bu esaslardan hareketle, ülkemizde de siyasi partilerin varlığı ve demokrasi açısından önemi kabul edilmiştir. Siyasi partiler ile ilgili esaslara Anayasa'nın 68 ve 69'uncu maddeleri ile Siyasi Partiler Kanunu'nda yer verilmiştir. Her ne kadar siyasi partilerin varlığı demokratik bir yaşam için zaruri de olsa, Anayasa'mız, bazı durumlarda siyasi partilerin kapatılabileceğini düzenlemiştir. Buna göre, bir siyasi parti tüzüğünün, programının ve faaliyetlerinin Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen ve Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş felsefesini ifade eden esaslara aykırı olması hâlinde, siyasi partilerin temelli kapatılmasına karar verilebilir. Bir siyasi partinin eylemlerinden dolayı kapatılabilmesi için, partinin bu fiillerin işlendiği bir odak noktası hâline gelmesi gerekmektedir.

Hukukumuzda siyasi parti kapatma davalarının hukuki niteliğinin ne olduğu hususunda tartışmalar bulunmaktadır. Anayasa'nın 69'uncu maddesine göre siyasi parti kapatma davaları, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının hazırladığı iddianame üzerine Anayasa Mahkemesinde görülmektedir. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'a göre bu davada uygun düştüğü ölçüde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) hükümleri uygulanır. Tüm bu hususlar siyasi parti kapatma davalarının ceza davası niteliğinde olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Bu davanın hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda Anayasa Mahkemesi kararlarında da istikrar bulunmamaktadır. Çalışmamızda, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için ilk olarak hukukumuzda siyasi partiler ile siyasi partilerin kapatılma rejimi hakkında genel bilgilere yer verilecek, ardından doktrindeki görüşler ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında siyasi parti kapatma davalarının hukuki niteliği incelenecektir.

I. Siyasi Partiler İle İlgili Genel Esaslar

Bir ülkede demokratik yönetimin varlığından bahsedilebilmesi için; siyasal iktidara muhalefet etmenin bir hak olarak tanınmış olması, farklı toplumsal kesimlerin bir arada yaşayabilmesi ve iktidarda olmayanların da haklarının güvence altına alınmış olması gerekmektedir.[1] Bahsedilen tüm bu unsurların hayata geçirilmesi sonucunda demokratik bir yönetimin sağlanmasının yolu, *"demokratik hayatın vazgeçilmez unsuru"* olarak kabul edilen siyasi partilere yönetim sisteminde yer verilip haklarının

[1] Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2015) 592.

güvence altına alınmasından geçer.[2] Demokratik bir siyasi hayatta toplumun farklı kesimlerini temsil eden siyasi partiler seçimler aracılığıyla ülke yönetimine ortak olacak, bu şekilde yönetimde çok seslilik sağlanarak demokrasi ilkesinin gereği yerine getirilmiş olacaktır.[3] Günümüzde artık, siyasi partilerin serbestçe kurularak iktidarı elde etme yarışına katılmadıkları bir düzenin demokrasi olarak nitelendirilemeyeceği yönündeki görüş genel kabul görmektedir.[4]

Parti kelimesi sözlükte; *"Ortak düşünce ve görüşteki kişilerin oluşturdukları siyasal topluluk, fırka"* şeklinde tanımlanmaktadır.[5] Siyasi partiler doktrinde en genel anlamıyla; *"Halkın desteğini sağlayarak siyasi iktidarı ele geçirmeye çalışan, sürekli ve istikrarlı bir örgüte sahip kuruluşlar"* şeklinde tanımlanmaktadır.[6] Siyasi partiler ayrıca, Siyasi Partiler Kanunu'nun (SPK) 3'üncü maddesinde; *"Anayasa ve kanunlara uygun olarak; Cumhurbaşkanı, milletvekili ve mahalli idareler seçimleri yoluyla, tüzük ve programlarında belirlenen görüşleri doğrultusunda çalışmaları ve açık propagandaları ile milli iradenin oluşmasını sağlayarak demokratik bir Devlet ve toplum düzeni içinde ülkenin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşması amacını güden ve ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanan tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır"* şeklinde tanımlanmıştır.

Hukukumuzda 1961 Anayasasına kadar siyasi partiler "dernek" statüsünde faaliyetlerini yürütmüşlerdir.[7] 1961 Anayasası ile ilk kez "siyasi partiler" derneklerden ayrı bir anayasal statü kazanmış, ayrıca siyasi partiler ile ilgili esasları düzenleyen 13/07/1965 tarihli ve 648 sayılı "Siyasi Partiler Kanunu" çıkarılmıştır.[8] Bu statü 1982 Anayasası ile de korunmuştur.[9] Bu dönemde de siyasi partiler ile ilgili esasları düzenlemek maksadıyla 22/04/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu kabul edilerek yürürlüğe koyulmuştur. Siyasi partiler anayasal statüye sahip tüzel

---

2 Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku* (13. Baskı, Seçkin 2019) 88; Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri*, (2. Baskı, Seçkin 2020) 310-311; Hasan Tunç, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar* (2. Baskı, Gazi 2019) 72; Ergin Ergül, *Anayasa Hukukuna Başlangıç* (1. Baskı, Adalet 2020) 137.

3 Şeref İba, *Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2020) 23; Tunç (n 2) 69-71; Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (19. Bası, Beta 2019) 206.

4 Oktay Uygun, 'Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2000) (17) Anayasa Yargısı Dergisi 256; Recai Akyel, 'Türkiye'de Siyasi Partilerin Hukuksal Konumları ve Denetimleri' (2018), 6(12) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 115,117.

5 TDK Sözlüğü, https://sozluk.gov.tr/, Erişim tarihi 6 Nisan 2021.

6 Namık Kemal Öztürk, *Anayasa Hukuku* (2. Baskı, Seçkin 2019) 335; Siyasi parti kavramı doktrinde *Teziç* tarafından *"halkın siyasi düşünce ve inançlarının oluşmasında birer araç olan siyasi kuruluşlar"* şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku* (22. Baskı, Beta 2018) 139. Başka bir tanım için bkz Burhan Kuzu, '1961 ve 1982 Anayasalarında ve Bunlara İlişkin Siyasi Partiler Kanunlarında Siyasi Parti Kavramı, Kuruluşu ve Kapatma Rejimi (Karşılaştırmalı Bir İnceleme)' (1987) 52(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 145, 146: "Belli bir program üzerinde birleşmiş kişilerin, bu programı normal seçim yolu ile gerçekleştirmek amacını güderek kurmuş oldukları topluluklar." Ayrıca siyasi parti kavramının hukuk sözlüğündeki tanımı için bkz Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (10. Baskı, Yetkin 2011) 1238: "Aynı siyasal kanıları taşıyan kimselerin oluşturduğu topluluk."

7 Fendoğlu (n 1) 598; Eren (n 2) 313; Rıfat Karakoç, '1982 Anayasası'nın Siyasi Partilere İlişkin Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme' (2013) 3(2) Çankırı Karatekin Üniversitesi İİBF Dergisi 55, 59.

8 Eren (n 2) 313; Karakoç (n 7) 59.

9 Doktrinde *Akyel* siyasi partilerin anayasal bir statüye kavuşturulmasını demokrasiye anayasal bir güvence sağlama çabalarının bir sonucu olarak görmektedir. Bkz Akyel (n 4) 126.

kişiler[10] olmakla beraber, bunların ne tür bir tüzel kişiliğe sahip bulunduğu hususu Türk Hukukunda tartışmalıdır.[11]

Siyasi parti kurma, bu partilere katılma ve partilerden ayrılma hakkı Anayasa'nın *"Temel Haklar ve Ödevler"* başlıklı ikinci kısmının *"Siyasi Haklar ve Ödevler*" başlıklı dördüncü bölümünde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 67'nci maddesinde vatandaşların kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme ve seçilme haklarına sahip olmalarının yanında, bağımsız olarak ya da bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma haklarının varlığı da hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere bir vatandaş, bağımsız olarak siyasi faaliyette bulunma hakkına sahip olduğu gibi bu hakkını bir siyasi parti bünyesinde de kullanabilir. Anayasa'nın bu hükmünden hareketle, siyasi partilerin temelinde vatandaşın siyasi faaliyette bulunma hakkının olduğu ifade edilmektedir.[12] Siyasi faaliyette bulunma hakkının sınırlandırılması, diğer tüm temel hak ve hürriyetlerde olduğu gibi ancak Anayasa'da belirtilen usule uygun olmak şartıyla mümkündür.[13]

Siyasi parti kurma, bu partilere katılma ve partilerden ayrılma hakkı Anayasa'nın 68'inci maddesinde anayasal bir güvenceye kavuşturulmuş bulunmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında siyasi partilerin önemini ifade eden ve Anayasa Mahkemesinin de siyasi partilerle ilgili tüm kararlarında sıklıkla atıf yaptığı *"Siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır"* hükmüne yer verilerek siyasi partilerle

[10] "Tüzel kişilik" başlığını taşıyan Türk Medeni Kanunu'nun 47'nci maddesinde tüzel kişiler hakkında genel esaslara yer verildikten sonra 55'inci maddede, kamu tüzel kişileri ile ticaret şirketleri hakkındaki kanun hükümlerinin saklı tutulduğu düzenleme altına alınmıştır. Tüzel kişiler, kamu hukuku tüzel kişileri ve özel hukuk tüzel kişileri olmak üzere iki gruba ayrılırlar. Bkz İlhami Öztürk, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesiyle Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliğine Seçilmeleri Mümkün Olan Tüzel Kişilere Yönetim Kurulu Üyesi Sıfatıyla Ödenen Kar Paylarının Vergilendirilmesi' (2016) 2(1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 93, 97-100.

[11] Siyasi partiler anayasal statüye sahip tüzel kişiler olmakla beraber, bunların ne tür bir tüzel kişiliğe sahip bulunduğu hususu Türk Hukukunda tartışmalıdır. Siyasi Partiler Kanunu'nun dördüncü maddesinde *"Siyasi partilerin vazgeçilmezliği ve niteliği"* başlıklı bir hükme yer verilse de madde metninde siyasi partilerin hukuki niteliği ile ilgili bir tespite yer verilmemiştir. Aynı şekilde siyasi partilerin tanımının yapıldığı Siyasi Partiler Kanunu'nun 3'üncü maddesinde de siyasi partilerin tüzel kişiliğe sahip olduğu vurgulanmış ancak bunun ne tür bir tüzel kişilik olduğu hakkında bir belirlemeye yer verilmemiştir. Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında siyasi partilerin kamu veya özel hukuk tüzel kişisi olmadığını bunların kendine özgü kurumlar olduğunu ifade etmiştir. Ancak son dönemlerde Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarında, siyasi partilerin özel hukuk kişisi olarak nitelendirildiği ve başvurularının kabul edildiği ifade edilmektedir. Bkz Eren (n 2) 317-318; Siyasi partilerin kendine özgü bir kuruluş niteliğinde olduğunu ifade eden bir görüş için bkz İba (n 3) 52 vd. Siyasi partilerin "serbest kuruluşlar" olduğunu ifade eden görüş için bkz Kuzu (n 6) 153, Akyel (n 4) 128; Anayasada, mahalli idareler (il özel idareleri, belediye ve köy idareleri) (m.127), üniversiteler (m.130), Devletçe kurulan tek radyo ve televizyon kurumu (m.133), Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu (m.134) ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (m.135) gibi doğrudan kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilen kurumlar arasında siyasi partilere yer verilmemiştir. Anayasanın 123'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan *"Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur"* hükmü de kanunla kamu tüzel kişiliği verilmemiş olan siyasi partilerin kamu tüzel kişisi olmadıkları yönündeki kanaati güçlendirmektedir. Siyasi partiler Anayasa'nın 69'uncu maddesi uyarınca ticari faaliyetlere girişemeyeceklerdir. Benzer şekilde Siyasi Partiler Kanunu'nun 67'nci maddesinde de siyasi partilerin ticari faaliyette bulunamayacakları hükme bağlanmıştır. Öte yandan Siyasi Partiler Kanunu'nun 121'inci maddesinde Türk Medeni Kanunu ile Dernekler Kanunu'nun ve dernekler hakkında uygulanan diğer kanunların Siyasi Partiler Kanunu'na aykırı olmayan hükümlerinin siyasi partiler hakkında da uygulanacağı hükme bağlanmış, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 2'nci maddesinin gerekçesinde de siyasi partilerin kurumlar vergisi mükellefi olmadığı ancak bu kuruluşların işletmelerinin bulunması hâlinde bunların her koşulda kurumlar vergisine tabi olduğu açıklamasına yer verilmiştir.

[12] Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (16. Baskı, Ekin 2014) 160.

[13] Uğur Yiğit, 'Siyasi Partilerin Temelli Kapatılması İle Kapatılması Arasındaki Farklar ve Kapatılan Partilerin Yeniden Açılması' (2008) (75) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 165, 173.

ilgili temel ilke ortaya koyulmuş, siyasi partiler olmaksızın demokratik bir yönetimin söz konusu olamayacağı deklare edilmiştir. Maddenin ilk fıkrasında vatandaşların usulüne uygun olarak siyasi parti kurma, siyasi partilere katılma ve siyasi partilerden ayrılma hakkının bulunduğu hükme bağlanmıştır. Demokratik bir yönetimin gereği olarak siyasi parti kurma hakkı herhangi bir kişi veya makamın iznine tabi değildir.[14] Bu husus ise aynı maddenin üçüncü fıkrasında hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 68'inci maddesinin ilk fıkrasında on sekiz yaşını dolduran herkesin siyasi partilere üye olabileceğine ilişkin genel kural ortaya koyulduktan sonra; beş, altı ve yedinci fıkralarda, yerine getirdikleri faaliyetler sebebiyle siyasi partilere üye olamayacak kişi veya gruplar tek tek sayılmış, diğer bazı kimselerin ise siyasi partilere hangi hâl ve şartlar altında üye olabileceklerine ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir.[15] Maddenin sekizinci ve son fıkrasında ise siyasi partilere Devlet tarafından mali yardım yapılacağı düzenlenmiştir.[16] Türkiye'de siyasi partilere hazineden yardım yapılması ilk kez 1965 yılında yürürlüğe giren bir kanun ile uygulanmaya başlanmış ise de ilgili kanun Anayasa'ya aykırı görülerek Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş, ardında hazine yardımı 30/06/1971 tarihli ve 1421 sayılı Kanun ile 1961 Anayasasına eklenen hüküm ile anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.[17]

Anayasa'nın 69'uncu maddesinde siyasi partilerin uyması gereken bazı esaslara yer verilmiştir.[18] Buna göre, siyasi partilerin parti içi düzenlemeleri ve çalışmalarının demokratik ilkelere uygun olması gerekmektedir (m.69/1). Siyasi partilerin ticari faaliyetlerde bulunmaları yasaklanmıştır (m.69/2). Siyasi partilerin gelir ve giderlerinin parti amaçlarına ve kanunun öngördüğü kurallara uygun olması gerekmektedir (m.69/3).

---

14 Eren (n 2) 318; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (15. Baskı, Yetkin 2014) 95; Kuzu (n 6) 154.

15 Bkz Anayasa 68/5-7.

16 Anayasa m.68/8: "Siyasi partilere, Devlet, yeterli düzeyde ve hakça mali yardım yapar. Partilere yapılacak yardımın, alacakları üye aidatının ve bağışların tabi olduğu esaslar kanunla düzenlenir."

17 Fendoğlu (n 1) 598; Özbudun (n 14) 108; AYM, T. 2.2.1971, E. 1970/12, K. 1971/13, R.G. 9.7.1971/13890, Erişim tarihi 1 Mayıs 2021.

18 23/08/1995 tarihli ve 4121 sayılı Kanun değişikliğinden önce bu maddede; siyasi partilerin amaçlarına, çalışmalarına ve örgütlenmelerine ilişkin pek çok yasağa daha yer verilmekteydi. Örneğin; siyasi partilerin yurtdışı teşkilatı kurmaları, kadın ve gençlik teşkilatı oluşturmaları ile vakıf kurmaları yasaktı. Bu yasaklar sözü edilen kanun değişikliği ile Anayasa'dan çıkarılmıştır. Bkz Gözler (n 12) 164; Özbudun (n 14) 99.

Anayasa ile birlikte SPK[19] ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun[20] ile de siyasi partiler bakımından geçerli olmak üzere bazı yasaklar ile siyasi partilerin demokratik siyasi yaşam bakımından arz ettiği önem doğrultusunda bazı görev ve haklara yer verilmiştir.

Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasında siyasi partilerin amaçlarıyla ilgili sınırlayıcı bir hükme yer verilmiştir.[21] İlgili fıkra şu şekildedir: *"Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez."* Görüleceği üzere bu hüküm ile siyasi partilerin, Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş felsefesine, bölünmez bütünlüğüne ve milli egemenlik ilkesine aykırı eylemlerde bulunamayacağı ve bu doğrultudaki amaçlara tüzük ve programlarında dahi yer veremeyecekleri kurala bağlanmıştır.[22] Aşağıda da değinileceği üzere bu fıkradaki esaslara aykırı hareket eden siyasi partilerin kapatılması gündeme gelebilecektir.

II. Türk Hukukunda Siyasi Partilerin Kapatılması

A. Siyasi Parti Kapatma Sebepleri

Siyasi partilerin varlığının demokratik siyasi yaşantının vazgeçilmez bir unsuru olması, bunların her ne pahasına olursa olsun siyasi faaliyetlerine devam edebilecekleri anlamına gelmemektedir. Siyasi partiler aracılığıyla bazı hak ve hürriyetlerin

[19] Bkz SPK m.81-83 ve m. 96; Doktrinde *Özbudun*'a göre Siyasi Partiler Kanunu ile getirilen bu yasaklar Anayasa'da yer alan "devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü"ne aykırı hareket etme yasağını aşmaktadır. Siyasi Partiler Kanunu Anayasa'da yer verilen yasakları genişletici hükümlere yer verememekle birlikte ancak bu yasakları somutlaştırıcı açıklamalar içerebilir. Dolayısıyla Kanun ile getirilen bu yasaklar Anayasa'ya aykırıdır. Bkz Özbudun (n 14) 96.

[20] 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un 17'nci maddesine göre son milletvekili genel ve ara seçimlerinde kendi listesinden yasama meclisine seçilmiş en az bir üyeye sahip olan veya tüzüklerine göre ilk genel kongresini yapmış olup, illerin en az yarısında ve en az altı ay evvel il ve ilçe teşkilatını kurmuş bulunan ve adları Yüksek Seçim Kurulu tarafından ilçe seçim kurullarının yeniden kurulması için öngörülen ayların ikinci haftasında tespit ve ilan edilen siyasi partilerden o il ve ilçede teşkilatı bulunanlar, il ve ilçe seçim kurullarında birer temsilci bulundururlar. Bu temsilciler ilçe seçim kurulunun bütün çalışmalarına ve görüşmelerine katılırlar ancak oy kullanamazlar. Görüşülen iş hakkında siyasi parti temsilcileri görüşlerini bildirirlerse, il ve ilçe seçim kurulu bunları da dinledikten sonra, kendi arasında işi görüşerek karar verir ve kararı temsilcilere bildirir. Siyasi parti temsilcilerinin toplantılara katılmamaları işlerin görüşülmesini durdurmaz. Bkz Uğur Yiğit ve İlhami Öztürk, Yargı Hukuku (1. Baskı, Adalet 2020) 205-209. Siyasi parti temsilcilerine il ve ilçe seçim kurullarında yer alma hakkı verilmek suretiyle seçimlerin yürütülmesi ile ilgili alınan kararlara katılımlarının sağlanması seçimlerin adil bir şekilde yapılabilmesi için oldukça önemlidir. Zira, birçok rejimde seçimler yapılsa da demokrasileri diğerlerinden ayıran seçimlerin adil ve demokratik ilkelere uygun bir şekilde yapılmasıdır. Burada "mala zarar verme suçu"nun siyasi partilerin mallarına karşı işlenmesi hâlinde ortaya çıkacak ceza sorumluluğu ve bunun siyasi partiler bakımından arz ettiği öneme de değinmek gerekecektir. TCK'nın 152'nci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde mala zarar verme suçunun siyasi partilerin mallarına karşı işlenmesi daha fazla cezayı gerektiren nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme de siyasi partilerin demokratik siyasi hayat bakımından arz ettiği önem doğrultusunda sevk edilen hükümlere örnek niteliğindedir.

[21] Gözler (n 12) 163; Selcen Altınbaş, 'Türkiye'de Parti Yasaklarının Parti Kapatma Davaları Üzerinden Okunması' (2019) 7(1) Nişantaşı Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 44, 48.

[22] Özbudun (n 14) 95-96

kötüye kullanılmasına hukuk düzeni tarafından izin verilmesi beklenemez.[23] Yukarıda da ifade edildiği gibi Anayasa ve SPK siyasi partiler ile ilgili bazı yasaklar öngörmüştür. Bu yasaklara uymamanın esas yaptırımı[24] ise siyasi partilerin temelli olarak kapatılmasıdır.[25] Siyasi partilerin, verdiği yetkilerin kötüye kullanılması sonucunda ve ancak zorunlu hâllerde partilerin kapatılması siyasi faaliyette bulunma hakkını ihlal etmez.[26] Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de (AİHS) zorunlu bazı hâllerde siyasi partilerin kapatılmasına cevaz vermektedir.[27] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) siyasi partiler aracılığıyla siyasi faaliyette bulunma hakkını AİHS'in 11'inci maddesi çerçevesinde değerlendirmektedir.[28] Mahkemeye göre siyasi partilerin kapatılmasının AİHS'e aykırılık taşımaması için; kapatma sebebinin Anayasa veya kanunda öngörülmesi, parti kapatmanın 11'inci maddenin

---

23 Karakoç (n 7) 59; Kuzu (n 6) 155.

24 Siyasi Partiler Kanunu'nun 104'üncü maddesinde kapatma sebepleri dışında siyasi partilerin Kanun'a aykırı faaliyetlerde bulunmaları hâlinde kendilerine "ihtar" verilmesi usulü düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, siyasi partinin SPK'nın 101'inci maddesi dışında kalan emredici hükümlerine aykırılık taşıması hâlinde Cumhuriyet Başsavcılığının yazılı başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi ilgili siyasi partiye söz konusu aykırılığın giderilmesine ilişkin ihtar verir.

25 Anayasa, siyasi partilerin kapatılması ile ilgili düzenlemelerinde *"temelli kapatma"* ibresini kullanırken, Siyasi Partiler Kanunu *"kapatma"* kavramına yer vermektedir. Doktrinin çoğunluğu bu iki kavramının aynı anlama geldiğini ifade etmektedir. Ancak doktrinde *Yiğit*, temelli kapatma ile kapatma kavramlarının farklı anlamlara geldiğini, Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu arasında böyle bir ayrım yaratılmasının bilinçli bir tercih olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre Anayasa'da sayılan sebepler siyasi partilerin temelli kapatılma sebepleri iken, Siyasi Partiler Kanunu'nda sayılan sebepler kapatma sebepleridir. Zira Anayasa'nın 69'uncu maddesinin son fıkrasında yer verilen *"siyasi partilerin kapatılmaları yukarıdaki esaslar çerçevesinde kanunla düzenlenir"* hükmünün, siyasi partilerin kapatılması sebeplerinin belirlenmesi noktasında kanun koyucuya yetki verdiği savunulabilir. Ancak Siyasi Partiler Kanunu'nda yer verilen parti kapatma sebepleri Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli iptal kararlarından sonra yürürlükten kaldırılmış ve Anayasa ile Kanun arasında ilerisi için bir paralellik sağlanmıştır. Yazara göre, Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu ile getirilen temelli kapatma-kapatma ayrımı lüzumsuz bir ayrım değildir, geleceğe etki doğurmaktadır. Temelli kapatılan partiler başka bir isim altında yeniden kurulamayacak iken, kapatılan partiler bakımından böyle bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla Anayasa'nın 69'uncu maddesinin sekizinci fıkrasında yer verilen *"Temelli kapatılan bir parti bir başka ad altında kurulamaz"* hükmünün, geçmişte Siyasi Partiler Kanunu'na dayanılarak kapatılan siyasi partiler bakımından uygulanma kabiliyeti söz konusu değildir. Bkz Yiğit (n 13) 171-173.

26 Siyasi partilerin zorunlu bazı hâllerde kapatılması bugün için demokratik ilkelere uygun olsa da; siyasi partilerin demokratik siyasi hayat bakımından arz ettiği önem de göz önünde bulundurularak partilerin kapatılması yerine, kapatılmaya sebebiyet veren eylemleri işleyen kişiler hakkında belirli süre için siyasetten menetme ya da siyasi partilere üye olamama gibi yaptırımların uygulanması düşünülebilir. Kapatılmaya sebebiyet veren eylemlerin, siyasi partilerin başta yönetim organlarında bulunan kişiler olmak üzere geniş bir kesim tarafından işlenmesi hâllerinde ise parti hakkında belli bir süre seçimlere katılamama gibi yaptırımlar uygulanabilir. Parti kapatma yerine böylesi sınırlı yaptırımların uygulanmasının demokratik ilkelere daha uygun olabileceği savunulabilir. Ayrıca, özellikle partinin yürütme organlarında yer alan ve kapatmaya sebebiyet veren eylemlere sessiz kalan ve bu eylemleri engelleme ya da zayıflatma imkânı olmasına rağmen bunu yapmayan siyasi partinin temelli kapatılmasına beyan veya faaliyetleriyle sebep olanlar dışındaki parti üyelerine de belirli bir süre siyasi faaliyette bulunamama sonucunu doğuracak yaptırımların uygulanması düşünülebilir. Bunun sonucunda, siyasi partilere katılan kişiler, partinin yasak eylemlerine sessiz kalmaları hâlinde kendilerine bir yaptırım uygulanma ihtimalini göz önünde bulundurarak mensubu oldukları siyasi partinin eylemlerinin denetlenmesi ve mümkün ise yasak eylemlerin hukuki yollar dahilinde engellenmesi yönünde çaba sarf edecek ve bu yolla siyasi partilere üye olan kişilerin daha duyarlı davranmaları sağlanarak parti içinde bir oto-denetim sistemi getirilmiş olacaktır. Nitekim, Anayasa'nın 69'uncu maddesinin altıncı fıkrası uyarınca bir siyasi partinin kapatılmasına neden olarak sayılan fiillerin parti kapatılmasına sebebiyet vermesi için, Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı fiillerin bireysel eylemler olmaktan çıkıp, siyasi partinin bu nitelikteki eylemlerin yoğun şekilde işlendiği bir "odak" hâline gelmesi gerekmektedir. Bu durumda siyasi parti üyelerinin tamamına bir sorumluluk yüklendiğini söylemek mümkündür. Siyasi partinin kapatılması durumunda bu parti üyelerinin tamamı için -siyasi partinin temelli kapatılmasına beyan veya faaliyetleriyle sebep olan üyeler dışındakiler de dahil olmak üzere- belli bir süre siyasi partiye üye olamama gibi bir müeyyide uygulanması bu sorumluluğun gereği olarak isabetli olacaktır.

27 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile siyasi parti kapatma davaları arasındaki ilişki hakkında detaylı bilgi için bkz Mehmet Turhan, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları' (2000) 57(3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 129-150.

28 AİHM, Unıted Communıst Party of Turkey,1998: par. 25.

ikinci fıkrasında yer verilen meşru amaçlardan birine dayanması[29] ve müdahalenin demokratik toplumlarda zorunluluk arz etmesi gerekir.[30]

Anayasa Mahkemesi de siyasi parti kapatma davalarında verdiği bazı kararlarında siyasi faaliyetlerde bulunma özgürlüğü ile bu yetkinin kötüye kullanılması suretiyle siyasi partilerin kapatılması arasındaki ilişkiyi, hiçbir özgürlüğün Devletin temel ilkelerini ortadan kaldırma amacıyla kullanamayacağını ifade ederek açıklamaktadır.[31]

Anayasa'nın 69'uncu maddesinin yedinci fıkrasına 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun ile eklenen hüküm uyarınca, fiilin ağırlığına göre siyasi partinin kapatılması yerine Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verilebilmesi hususunda Anayasa Mahkemesine bir takdir yetkisi tanınmıştır.[32] Bu hüküm, siyasi partilerin kapatılmasının zorlaştırılması ve yapılan eylemler ile uygulanan yaptırım arasında orantılılık olması gerektiğinden hareketle Anayasa'ya eklenmiştir.[33]

Anayasa'nın 69'uncu maddesine göre, siyasi partilerin kapatılması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının bir iddianame ile açacağı dava üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından kesin olarak karara bağlanır.[34] Doktrinde bu hükmün siyasi partiler bakımından bir güvence sağladığı ifade edilmektedir. Zira Anayasa, siyasi parti kapatma davalarına bakma görevini alelade bir mahkemeye vermemiş, bu konuda Anayasa'nın üstünlüğünü korumakla görevli Anayasa Mahkemesi'ni yetkili

[29] AİHS'in 11'inci maddesinde yer verilen ve siyasi faaliyette bulunma özgürlüğünün sınırlandırılmasına cevaz verilen nedenler; ulusal güvenliğin ve kamusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması, suç işlenmesinin önlenmesi, başkalarının hakları ile toplum sağlığının ve ahlakının korunmasıdır. AİHS metni için bkz https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf, Erişim tarihi 28 Nisan 2021.

[30] Uygun (n 4) 263-264; Mahkemeye göre, siyasi partinin Devlet rejimine aykırı programa sahip olması ve rejimin diyalog yoluyla değiştirilmesinin savunulması, rejimin değiştirilmesi için şiddet çağrısı yapılmadığı sürece demokrasiye aykırılık teşkil etmemektedir. Bkz AİHM, Case of the Socialist Party and Others v. Turkey, par.46 ve 47/3, Uygun (n 4) 263'ten naklen; AİHM aynı yönde belirlemelere Türkiye Birleşik Komünist Partisi kararında da yer vermiştir. Bkz AİHM, Unıted Communıst Party of Turkey,1998: par. 43-44 vd.; AİHM ilk kez Refah Partisi kararı ile Türkiye'de kapatılan bir siyasi parti hakkında 11'inci maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir (Refah Partisi (The Welfare Party) And Others V. Turkey). Bu karar ile AİHM parti kapatma davalarındaki içtihadının değişip değişmediği tartışmalı hâle gelmiştir. Bkz Turhan (n 27) 142.

[31] AYM, (Fazilet Partisi Kapatma Davası), T. 22.06.2001, E. 1999/2, K. 2001/2, R.G.: 05.01.2002-24631, Erişim tarihi 10 Nisan 2021.

[32] İlgili madde "yukarıdaki fıkralara" göndermede bulunduğundan bir siyasi partinin yabancılardan parasal yardım alması hâlinde kapatma yerine Devlet yardımından yoksun bırakma kararının verilmesi mümkün değildir. Ayrıca siyasi partilerin Devlet yardımı alabilmesi son genel seçimde ülke çapında geçerli oyların en az yüzde yedisini alma şartına tabii olduğundan, Devlet yardımı almayan bir parti hakkında bu kararının verilmesi de mümkün değildir. Bkz Gözler (n 12) 167, İba (n 3) 106-107.

[33] Fendoğlu (n 1) 603; İba (n 3) 106: Yazara göre ilgili düzenleme parti kapatılmasını zorlaştırdığı için reformist bir gelişmedir; Doktrinde *Akyazan* ise Devlet yardımından yoksun bırakma tedbirinin Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasındaki esaslara aykırı nitelikteki eylemler ile orantılı olmadığını ve bu durumdaki partinin demokratik düzene karşı ortaya çıkardığı tehlikenin finansal bir yaptırım ile önlenemeyeceğini belirtmektedir. Bkz Emrah Akyazan, '1982 Anayasası'na Göre Siyasi Partilerin Kapatılması' (2006) (65) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 247, 260.

[34] Doktrindeki ekseriyete göre siyasi partiler ancak Anayasa'da belirtilen sebeplere dayanılarak kapatılabilirler. Siyasi Partiler Kanunu ya da diğer kanunlarla siyasi parti kapatma nedenleri öngörülemez. Nitekim Anayasa Mahkemesi de Siyasi Partiler Kanunu'nda düzenlenen bir parti kapatma sebebinin iptali için açılan davada verdiği kararında aynı sonuca ulaşmıştır. AYM, T. 01.04.2003, E. 2003/21, K. 2003/13, AYM Kararlar Bilgi Bankası, Erişim tarihi 08 Nisan 2021.

kılmıştır.[35] Türkiye'de bugüne kadar 6'sı 1961 Anayasası döneminde, 19'u 1982 Anayasası döneminde olmak üzere, Anayasa Mahkemesi tarafından toplam 25 siyasi parti kapatılmıştır.[36] Bu partilerin on tanesi herhangi bir eylemi olmadan, parti tüzüğü ve programları sebebiyle kapatılmıştır.[37] Bu çalışmanın kaleme alındığı sıralarda bir siyasi parti hakkında kapatılma istemiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından iddianame tanzim edilmiştir.

Anayasa'nın 69'uncu maddesi, siyasi partilerin kapatılması sonucunu doğuracak üç sebebe yer vermiştir. Bunlardan ilki; siyasi parti tüzük ve programlarının Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı olması iken, diğeri parti eylemlerinin aynı hükme aykırılık teşkil etmesidir. Siyasi partilerin birinci sebepten ötürü kapatılması kolay iken, ikinci sebepten dolayı kapatılması daha zordur.[38] Zira, siyasi partilerin program ve tüzüklerinden dolayı kapatılması için bunların içeriğinin Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı olması yeterli iken, eylemlerinden dolayı kapatılması için, siyasi partinin bu hükme aykırı nitelikte fiillerin işlendiği bir odak hâline gelmesi gerekmektedir.[39] Siyasi partilerin kapatılması sonucunu doğuracak üçüncü sebep ise siyasi partinin yabancı devletlerden, uluslararası kurum ve kuruluşlar ile yabancı gerçek ve tüzel kişilerden parasal yardım almasıdır. Siyasi partilerin kapatılabilmesi için bu üç sebebin kanıtlanmış olması gerekir. Bu sebepler dışındaki başka bir duruma dayanılarak siyasi partilerin kapatılması mümkün değildir.[40] Anayasa Mahkemesi de SPK ile öngörülen birçok parti kapatma sebebini zamanla Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiş, siyasi partilerin ancak Anayasa'da düzenlenen sebepler ile kapatılabileceğine hükmetmiştir. Bu iptal kararlarından hareketle kanun koyucu, SPK ile sevk edilen parti kapatma sebeplerini yürürlükten kaldırarak Anayasa ile SPK arasında bir uyum sağlamıştır. Şimdi parti kapatma sebepleri kısaca incelenecektir.

1. Siyasi Partilerin Tüzük ve Programlarının Anayasa m. 68/4'e Aykırı Olması

Siyasi partilerin kapatılması sebeplerinden ilki, partinin tüzük ve programlarının Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı olmasıdır. Bu kapatma sebebi için başka bir şart aranmamaktadır. Anayasa Mahkemesi yapacağı inceleme sonucunda partinin tüzüğünün veya programlarının bu hükümle ortaya koyulan

[35] Özbudun (n 14) 101; Ali Fuat Gökçe ve Elif Dölek 'Anayasa Yargısı ve Demokrasi' (2018) 5(6) Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 118, 134; İba (n 3) 100.

[36] Özbudun (n 14) 102; Akyel (n 4) 144.

[37] Fendoğlu (n 1) 606; Doktrinde, siyasi partilerle ilgili kapatma davalarının sayısının fazla olmasının sebeplerinden biri olarak, kapatılan partilerin isim değiştirerek benzer tüzük ve programlarla yeniden kurulması gösterilmektedir. Bkz Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı (1. Baskı, Yetkin 1997) 345.

[38] Gözler (n 12) 164; Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 3) 212.

[39] Fendoğlu (n 1) 602; Akyel (n 4) 142-143; Mehmet Sercan Ercan, 'Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Siyasal Parti Yasakları' (2016) 3(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 49, 51.

[40] Akyazan (n 33) 264; Yiğit (n 13) 167.

esaslara aykırılık teşkil ettiği kanısına varırsa parti hakkında temelli kapatma kararı verecektir.[41] Anayasa'nın söz konusu hükmünde Türkiye Cumhuriyeti'nin temel nitelikleri ortaya koyulmaktadır. Bu nitelikler; bağımsızlık ve bölünmez bütünlük, insan haklarına dayanan eşitlikçi bir hukuk devleti, demokratik ve laik cumhuriyet, herhangi bir sınıf veya zümre diktatörlüğünün reddedilmesi suretiyle egemenliğin mutlak olarak millete ait olması şeklinde ifade edilebilir. Hükümde ayrıca siyasi partilerin suç işlenmesini teşvik edemeyecekleri de düzenlenmiştir. Dolayısıyla, siyasi partilerin tüzük ve programları bu niteliklere aykırı olamaz. Örneğin, bir siyasi parti tüzüğünde millet egemenliğini reddederek bir zümrenin iktidarını savunamaz. Aynı şekilde bir siyasi parti laiklik ilkesine karşı olamayacağı gibi bu ilkeye aykırı hususlara parti tüzüğü ve programında da yer veremez. Bu yönde açıklamalara parti tüzüğünde ve programlarında yer verilmesi siyasi partilerin temelli olarak kapatılması sebebidir. Siyasi partilerin tüzüğündeki aykırılığın düzeltilmesi hususunda ilgili siyasi partinin uyarılması ve uygun bir süre verilerek bu aykırılığı düzeltmesinin istenmesi yerine bu aykırılığın kapatma sebebi olarak öngörülmüş olması dikkat çekicidir.

2. Siyasi Partilerin Eylemlerinin Anayasa m. 68/4'e Aykırı Olması

Siyasi partilerin kapatılması sebeplerinden ikincisi, parti eylemlerinin Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen yasaklara aykırılık teşkil etmesidir. Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen hususlara yukarıda değinilmiştir. Siyasi partilerin tüzük ve programlarından dolayı kapatılmasından farklı olarak burada, ilgili siyasi partinin Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı eylemlerin işlendiği bir odak hâline gelmesi şartı aranmaktadır.[42] Odak olma şartı Anayasa'ya ilk kez 23/7/1995 tarihli ve 4121 sayılı Kanun değişikliği ile eklenmiştir. Ancak odak olma şartının ne anlama geldiği Anayasa'da açıklanmamış, dolaylı olarak parti kapatma davalarına bakacak makam olan Anayasa Mahkemesi'ne bir takdir yetkisi verilmiştir.[43] 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun ile odak olma şartının ne anlama geldiğine Anayasa'da açıkça yer verilmiş, Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki takdir yetkisi sınırlandırılmıştır. Odak olma kavramı Anayasa'nın 69'uncu maddesinin altıncı fıkrasında şu şekilde tanımlanmıştır: *"Bir siyasî parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya*

[41] Gözler (n 12) 164; Karakoç (n 7) 65; Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen ve siyasi partilerin tüzük ve programlarının uygun olması gerektiği bu esaslar Türkiye Cumhuriyeti'nin temel niteliklerini ortaya koymaktır. Dolayısıyla bu esaslara uyması gereken yalnızca siyasi partiler değil toplumdaki tüm kişi ve gruplardır. Kamu makamları da bu esaslara uymak mecburiyetindedirler. Anayasanın "Başlangıç" kısmında da içerisinde bu nitelikleri barındıran bir açıklamaya yer verilmiştir. Görüleceği üzere Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasındaki bu esasların Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş felsefesini yansıttığına şüphe bulunmamaktadır.

[42] Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 3) 212; Özbudun (n 14) 102; Fendoğlu (n 1) 602; Ferhat Uslu, Anayasa Yargısı (2. Baskı, Adalet 2018) 174; Akyel (n 4) 267.

[43] Fendoğlu (n 1) 602; Ercan (n 39) 51-52.

grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır."[44] Görüleceği üzere bu hüküm ile siyasi partilerin eylemlerinden ötürü kapatılabilmeleri için, Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı fiillerin bireysel eylemler olmaktan çıkıp, siyasi partinin bu nitelikteki eylemlerin yoğun şekilde işlendiği bir odak hâline gelmesi gerekmektedir.[45]

Anayasa'nın ilgili hükmüne göre bir siyasi partinin bu nitelikteki eylemlerin işlendiği odak hâline gelmesi iki şekilde mümkün olabilir. İlki bu nitelikteki eylemlerin parti üyeleri tarafından işlenmesi iken, ikincisi bu eylemlerin parti organlarınca işlenmesidir. Buna göre, parti üyelerinin işlediği eylemler sonucunda siyasi partinin odak hâline gelmesi için; Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı eylemlerin parti üyeleri tarafından yoğun şekilde işlenmesi ve bu durumun o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca örtülü veya açıkça benimsenmesi gerekmektedir.[46] Siyasi partinin organları tarafından işlenen fiiller sonucunda odak hâline gelmesi için ise; Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen yasaklara aykırı eylemlerin, partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca yoğun bir şekilde işlenmesi gerekmektedir.[47] Anayasa Mahkemesi ayrıca, iki durumda da Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı fiillerin "kararlılık" içinde işlenmesi şartını aramaktadır.[48]

3. Siyasi Partilerin Yabancılardan Parasal Yardım Alması

Siyasi partilerin kapatılması sonucunu doğuracak üçüncü ve son sebep; siyasi partilerin yabancı devletlerden, uluslararası kurum ve kuruluşlar ile yabancı gerçek ve tüzel kişilerden parasal destek almasıdır.[49] Bu durumda da ilgili siyasi parti Yargıtay Cumhuriyet

---

[44] Odak hâli ile ilgili Anayasa'da yapılan tanımın aynısına Siyasi Partiler Kanunu'nun 104'üncü maddesinin ikinci fıkrasında da yer verilmiştir.

[45] Gözler (n 12) 164; Özbudun (n 14) 102; Bu şartın Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarında nasıl uygulandığı hakkında bilgi için bkz Tanör ve Yüzbaşıoğlu (n 3) 212; Yoğunlaşmadan söz edilebilmesi için, yasak eylemlerin partinin farklı üyeleri tarafından değişik zamanlarda sıklıkla işlenmesi ve bu eylemlerin anayasal bakımdan ağır ihlaller olması gerekmektedir. Bkz AYM, (Fazilet Partisi Kapatma Davası), T. 22.06.2001, E. 1999/2, K. 2001/2, R.G.: 05.01.2002-24631, Erişim tarihi 10 Nisan 2021.

[46] Gözler (n 12) 165.

[47] Özbudun (n 14) 103; Uslu (n 42) 117.

[48] Kararlılık ; yasak eylemlerin işlenme iradesindeki sarsılmazlığı ve bu eylemleri işleme tutumundan caymamayı ifade eder. Dolayısıyla, yasak eyleme karşı parti içinden veya dışından gelen tepki ve eleştirilere rağmen, bu eylemlerin işlenmesine devam ediliyorsa kararlılık söz konusudur. "Siyasi partilerin yasaklanmış eylemlerin odağı hâline gelebilmesi için: 1- Anayasaya aykırı fiillerin bir partinin üyelerince 'yoğun' bir şekilde işlenmesi ve bu durumun o partinin yetkili organlarınca zımnen veya açıkça benimsenmesi. 2- Anayasaya aykırı fiillerin doğrudan doğruya bir partinin yetkili organlarınca 'kararlılık' içinde işlenmesi gerekmektedir", AYM, T. 30.07.2008, E. 2008/1, K. 2008/2, AYM Kararlar Bilgi Bankası, Erişim tarihi 08 Nisan 2021; Ayrıca bkz AYM, (Fazilet Partisi Kapatma Davası), T. 22.06.2001, E. 1999/2, K. 2001/2, R.G.: 05.01.2002-24631, Erişim tarihi 10 Nisan 2021.

[49] Ercan (n 39) 62; Karakoç (n 7) 66; Akyazan (n 33) 263; Gözler (n 12) 165; Fendoğlu (n 1) 603.

Başsavcılığının açacağı dava üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılabilecektir. Bu husus Anayasa'nın 69'uncu maddesinin onuncu fıkrasında şu şekilde ifade edilmiştir: *"Yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alan siyasi partiler temelli olarak kapatılır."*

B. Siyasi Partilerin Kapatılması Usulü

Anayasa'nın 69'uncu maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca siyasi parti kapatma davaları Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı[50] tarafından tanzim edilecek bir iddianame üzerine yapılacak yargılama sonucunda Anayasa Mahkemesi tarafından kesin karara bağlanacaktır. Anayasa, parti kapatma davaları ile ilgili bu genel esası ortaya koymuş, bu dava ile ilgili diğer hususların düzenlenmesini 69'uncu maddesinin son fıkrasında yer verilen hüküm uyarınca kanuna bırakmıştır.

Anayasa'nın 69'uncu maddesinin son fıkrası uyarınca siyasi parti kapatma davalarının görülme usulü, SPK ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir.[51] Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 52'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, siyasi parti kapatma davaları Genel Kurulca dosya üzerinden incelenerek karara bağlanır. Aynı maddeye göre siyasi parti kapatma davalarına CMK'nın bu davanın niteliğine uygun hükümleri uygulanacaktır.[52] Buna göre bu davalarda CMK'da yer verilen; "sanığın savunma delillerinin toplanması istemi (CMK 177)", "suçun niteliğinin değişmesi (CMK 226)" gibi hükümler ile hukuka aykırı delillerinin yargılamada kullanılamaması (Anayasa 38, CMK 217) gibi ceza muhakemesi hukuku ilkeleri parti kapatma davaları bakımından da uygulanma kabiliyetini haizdir. Ancak, "iddianamenin iadesi (CMK 174)"[53] müessesesinin siyasi parti kapatma davalarında uygulanabilirliği hususu tartışmaya açıktır.

---

50 Bkz SPK m.100.

51 Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Kanun No: 6216, T. 30/3/2011, R.G.: 3/4/2011/27894

52 Yiğit ve Öztürk (n 22) 440-441; Gözler (n 12) 165; Akyazan (n 33) 256.

53 Bu çalışmanın kaleme alındığı sıralarda Anayasa Mahkemesi, bir siyasi partinin kapatılması talebiyle tanzim edilen iddianameyi CMK hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına iade etmiştir. Mahkemenin iade kararına konu olan temel aykırılıklar; haklarında yasaklılık kararı verilmesi istenilen ya da istenilmeyen kişilerin kimliklerine ve eylemlerine iddianamede açıkça yer verilmemesi ve partiye isnad edilen eylemler ile partinin bu eylemlerin işlendiği bir odak noktası hâline gelmesi arasındaki ilişkinin kurulmamasıdır. Karar için bkz AYM, (Siyasi Parti Kapatma), T. 31.3.2021, E. 2021/1, K. 2021/1, https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/, Erişim tarihi 01 Mayıs 2021. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 52'nci maddesindeki siyasi parti kapatma davalarına niteliğine uygun düştüğü ölçüde CMK hükümlerinin uygulanacağı hükmüne rağmen 67'nci maddede; Mahkemenin Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar ile siyasi parti kapatma davalarında verdiği kararlara karşı yargılamanın yenilenmesinin 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre istenebileceği hükme bağlanmıştır. Bu itibarla, siyasi parti kapatma davalarına niteliğine uygun düştüğü ölçüde CMK hükümlerinin uygulanacağı yönündeki düzenlemenin, CMK hükümlerinin tümünün uygulanmasını mümkün kılmadığını, siyasi parti kapatma davalarının niteliğine uygunluğu gözetilerek, CMK hükümlerinin bir kısmının bu davalarda uygulanmasının ancak açıkça kanunda belirtilmesi suretiyle mümkün olacağını, iddianamenin iadesi hükmünün de getiriliş amacı ve içeriği itibarıyla bu kapsamda değerlendirilebileceğini söylemek mümkündür. Nitekim, CMK'da düzenlenen iddianame müessesesinin gerçek kişi 'şüpheli'yi (m.2, 13, 14, 22, 25, 45, 50, 52, 58, 66, 74, 75, 81, 84, 85, 86, 91, 95, 96, 98, 100, 101, 109, 146, 170, 174, 247, 262 ve 263 gibi) esas aldığı dikkate alındığında, aynı Kanun'da yer alan iddianamenin iadesi hükmünün, iddianamenin iadesi hükmünün düzenlendiği maddeye ya da bu müesseseye açık bir yollama bulunmazken, bir tüzel kişi olan siyasi partilerin kapatılması davasında uygulanmasının *"siyasi parti kapatma davalarına niteliğine uygun düştüğü ölçüde"* uygulanma kriterini sağlamadığı düşünülmektedir.

Siyasi parti kapatma davalarında uygun düştüğü ölçüde CMK hükümleri uygulanacağı için, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kapatılma istemiyle dava açıldıktan sonra, kapatma sebeplerinin gerçekleşmediği hususunda Başsavcılıkta bir kanaatin oluşması veya sonradan ortaya çıkan delillerin siyasi partinin söz konusu fiilleri işlemediğini ortaya koyması gibi sebeplerle, Başsavcılığının mütalaasını değiştirerek siyasi partinin kapatılmaması yönünde görüş bildirmesi de mümkündür. Aynı şekilde, Başsavcılık kapatma istemiyle dava açılmasından sonra siyasi partinin kapatılması yerine Devlet yardımından yoksun bırakılmasına karar verilmesini de istenebilecektir. Zira, CMK'ya göre savcılık makamının iddianamede ileri sürdüğü iddia ve taleplerden sonradan vazgeçerek sanığın cezalandırılmamasını ya da sanık hakkında daha az bir cezaya hükmedilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Ancak Başsavcılığın davadan feragat etmesi mümkün değildir.[54]

Anayasa Mahkemesi yapacağı inceleme sonucunda parti kapatma şartlarının oluştuğuna kanaat eder ise partinin kapatılmasına ya da Anayasa'nın 69'uncu maddesinin yedinci fıkrasına göre kısmen veya tamamen Devlet yardımından mahrum bırakılmasına karar verecektir. Parti kapatma sebeplerinin şartları oluşmamış ise davanın reddine karar verilecektir. Kapatma veya Devlet yardımından yoksun bırakma kararları Anayasa'nın 149'uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca üçte iki çoğunlukla alınır.[55] Anayasa Mahkemesi'nin parti kapatılması, kısmen veya tamamen Devlet yardımından mahrum bırakılması kararları kesindir. Bu kararlara karşı yargılanmanın yenilenmesi dışında başvurulabilecek herhangi bir kanun yolu öngörülmemiştir.[56]

---

[54] Siyasi parti kapatma davalarında CMK hükümlerinin uygulanması AİHM'in parti kapatma davalarında vereceği ihlal kararları neticesinde iç hukukta yeniden yargılama yapılması sonucunu da doğuracaktır. Zira, CMK'nın 311'inci maddesinin (f) fıkrası AİHM'in vereceği ihlal kararlarının yargılamanın yenilenmesi sebebini oluşturacağını düzenlemiştir. Bkz Hüseyin Aydın, 'Anayasa Mahkemesi Kararları Bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İhlal Kararının, Siyasi Parti Kapatma Davalarında Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olması' (2009) (11) Yasama Dergisi 50, 51.

[55] Parti kapatma kararının yeter sayısını düzenleyen bu hüküm ilk kez 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun ile maddeye eklenmişti. İlgili hüküm parti kapatma kararının verilebilmesi için Anayasa Mahkemesi üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun oyunu gerekli görmekteydi. Daha sonra 12/09/2010 tarihli halkoylaması ile onaylanan 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun ile parti kapatma kararının Anayasa Mahkemesi üye tam sayısının "üçte iki" çoğunluğu ile verilebileceği düzenlenmiştir. Doktrinde bu değişikliğin siyasi partilerin kapatılmasını zorlaştırmak için yapıldığı ifade edilmektedir. Bkz Gözler (n 12) 166.

[56] Gözler (n 12) 166; Karakoç (n 7) 64. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Yeniden inceleme" başlığını taşıyan 58'inci maddesi ile Yüce Divan sıfatıyla bakılan davalarda verilen hükme karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcıvekili, sanık, müdafi, katılan veya vekili tarafından yeniden inceleme başvurusu yapılabilmesine imkan sağlanmış iken anılan Kanun'da siyasi parti kapatma davaları neticesinde verilen karara karşı herhangi bir başvuru imkânı düzenlenmemiştir.

Parti kapatma kararı sonucunda, siyasi partinin tüzel kişiliği başka bir isimle olsa bile bir daha açılmamak üzere sona erecektir. Ayrıca, Anayasa'nın 69'uncu maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre; siyasi partinin kapatılmasına söylem veya fiilleriyle sebep olan üyeleri, Anayasa Mahkemesi'nin partinin kapatılmasına ilişkin kesin kararının Resmî Gazetede gerekçeli olarak yayımlanmasından itibaren beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi veya deneticisi olamayacaklardır. Bununla birlikte kapatılan siyasi partinin bütün malvarlığı hazineye geçecektir (SPK m.107).[57]

III. Siyasi Parti Kapatma Davalarının Hukuki Niteliğine İlişkin Tartışma Ve Görüşler

A. Doktrindeki Görüşler ve Anayasa Mahkemesinin Konuya Yaklaşımı

Yukarıda da ifade edildiği gibi Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının düzenleyeceği iddianame üzerine açılan siyasi parti kapatma davaları sonucunda Anayasa Mahkemesi; siyasi partinin tüzüğünün veya programlarının Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı olması hâli ile siyasi partinin yine Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı eylemlerin işlendiği bir odak hâline geldiği kanaatine varırsa partinin kapatılmasına veya işlenen fiillerin ağırlığı göz önünde bulundurularak Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verecek, bu kanaate ulaşılmaması hâlinde ise ilgili siyasi partinin kapatılması talebi reddedilecektir. Tüm bu kararlar siyasi parti kapatma davası sonucunda verilecektir.

Siyasi parti kapatma davalarının hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler, parti kapatma davalarının "ceza davası" ya da "kendine özgü bir dava" niteliğinde olduğu yönünde toplanmaktadır. Burada ilk önce "ceza davası" kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya koyulmalıdır. En genel anlamıyla ceza davası; bir suç işlendiği izlenimi ile başlayan soruşturma aşaması sonucunda, Cumhuriyet savcısının hazırladığı iddianamenin ceza mahkemesi tarafından kabul edilmesiyle başlayan yargılamaya denir.[58] Ceza muhakemesinde *"davasız yargılama olmaz"* kuralı geçerlidir.[59]

---

[57] SPK'nın 95'inci maddesinde kapatılan siyasi partilerin başka isim altında tekrar kurulamayacakları düzenleme altına alınmıştır. Her ne kadar SPK'nın 95'inci maddesinde böyle bir hükme yer verilmiş olsa da ülkemizde kapatılan siyasi partilerin devamı niteliğinde partiler kurulduğuna sıklıkla rastlanılmaktadır. Önceden bu durum SPK'nın 101'inci maddesi ile kapatılma sebebi olarak belirlenmiş iken, bu hüküm daha sonradan AYM'nin kanun ile siyasi parti kapatma sebebi tayin edilemeyeceği içtihadı doğrultusunda yürürlükten kaldırılmıştır. Durum böyle olunca kapatılan siyasi partilerin devamı niteliğinde parti kurma yasağı yaptırımsız kalmış, uygulamada kapatılan partilerin devamı niteliğinde parti kurma faaliyetlerine devam edilmiştir.

[58] Hüseyin Şık, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu* (1. Baskı, Adalet 2018) 294; Mesut Bedri Eryılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (1. Baskı, Seçkin 2012) 322; Hakan Karakehya ve Murat Arabacı, 'Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine' (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2059, 2066.

[59] Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (18. Baskı, Beta 2010) 295; V. Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Baskı, Seçkin 2020) 44; Vahit Bıçak, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2018) 129-130.

Ceza davası, suçun işlendiğine yönelik "yeterli şüphe"nin oluşması hâlinde açılır.[60] Ceza davasının amacı; suç oluşturan eylemlerin ve bunları yapanların ortaya çıkarılması, faillerin yargılanması ve uyuşmazlığın çözülerek maddi hakikate ulaşılmasıdır.[61] Bu dava türü yaygın olarak "kamu davası"[62] şeklinde de isimlendirilmektedir. CMK da çoğunlukla bu nitelendirmeyi tercih etmiştir.[63] Nitekim, Anayasa Mahkemesi tarafından siyasi parti kapatma davalarının hukuki niteliği hakkında yapılan tespitlerde de bu iki kavramın birbirlerinin yerine kullanıldığı görülmektedir.[64]

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 52'nci maddesinde, siyasi parti kapatma davalarına niteliğine uygun düştüğü ölçüde CMK hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır.[65] Bu hüküm, Türk hukukunda siyasi parti kapatma davalarının birer ceza davası olarak kabul edildiği yönünde bir izlenim oluşturmaktadır. Benzer bir hükme 2949 sayılı mülga Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 33'üncü maddesinde de yer verilmişti. Dolayısıyla, siyasi parti kapatma davalarının hukuki niteliğinin ne olduğu tartışması geçmişe uzanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti kapatma davalarında verdiği kararlarında da bu davanın niteliğine ilişkin belirlemelerde istikrar bulunmamaktadır.[66]

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 52'nci maddesinde yer verilen, siyasi parti kapatma davalarına niteliği uygun düştüğü ölçüde CMK hükümlerinin uygulanacağına ilişkin hükmü göz önünde bulunduran

[60] Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (11. Baskı, Seçkin 2020) 123; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku (3 Cilt)* (15. Baskı, Adalet 2019) 382; Bıçak (n 59) 372.

[61] Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. Baskı, Beta 2012) 3; Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (18. Baskı, Savaş 2018) 9; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (n 59) 41-42; Şahin ve Göktürk (n 60) 33; Ünver ve Hakeri (n 60) 13; Bıçak (n 59) 86-88.

[62] Kamu davası kavramının tanımı da ceza davasına paralel olarak hukuk sözlüğünde şu şekilde yapılmaktadır: "*'Amme davası; suç işlendiği sanılan kişinin (yani, sanığın, maznunun) ceza yargı makamları önünde kovuşturulmasını sağlamak üzere, kamu adına savcının açtığı dava."* Bkz Yılmaz (n 6) 704.

[63] CMK'da açık bir tanımı yapılmamakla birlikte, ceza davası teriminin geçtiği 10/1 ve 16/1-2 maddelerine dayanılarak "ceza davası" teriminin aynı kanunda sıkça kullanılmış olan "kamu davası" terimini de içine alan ve kamu davasına göre daha geniş kapsamlı bir terim olduğunu söylemek mümkündür. Zira, CMUK döneminde "kamu davası" ve "şahsi dava" şeklinde ikili bir dava sistemi bulunmaktaydı. Cumhuriyet savcısının açtığı ve kamu adına yürüttüğü davaya "kamu davası" denilmekte iken, yalnızca CMUK'un 344'üncü maddesinde sayılan sınırlı hâllerde suçtan zarar gören kimsenin veya kanuni temsilcisinin ceza mahkemesinde açtığı davaya ise "şahsi dava" denilmekteydi (Mustafa Özen, 'Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi' (2009) 67(3) Ankara Barosu Dergisi 17, 19; Veli Kafes, 'Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi' (2011) 60(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 83, 99). Bu iki dava türünü "ceza davaları" üst başlığı altında toplamak mümkündür. 5271 sayılı CMK'nın yürürlüğe girmesiyle "şahsi dava" kaldırılmıştır. Dolayısıyla, kamu davaları ceza mahkemelerinde görülen tek ceza davası olarak kalmıştır. CMK'nın büyük çoğunluğunda "kamu davası" ibaresinin kullanılmasının sebebi de budur. Ancak bunun yanında ceza mahkemelerinde TCK 54/4 hükmü uyarınca "*Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya"*nın müsadere edilmesi için açılan ve doktrinde "müsadere tali davası" olarak ifade edilen dava çeşidi de bulunmaktadır (Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı, Seçkin 2018)164). CMK'nın 10/1 ve 16/1-2 maddelerinde kullanılan "ceza davası" kavramının bu dava çeşidini de içerisine alan bir üst kavram olduğu söylenebilir.

[64] Bu çalışmada, siyasi parti kapatma davalarının hukuki niteliğinin tespiti yapılırken hem Anayasa Mahkemesi kararları hem de doktrindeki görüşler ile paralellik oluşturmak amacıyla "ceza davası" teriminin kullanımı tercih edilmiştir.

[65] Aynı hükme göre bu davalar Genel Kurul tarafından dosya üzerinde görülecek ve kesin olarak karara bağlanacaktır.

[66] AYM, T. 07.06.1965, E. 1965/17, K. 1965/35; AYM, T. 28.09.1984, E. 1984/1, K. 1984/1; AYM, T. 16.01.1998, E. 1997/1, K. 1998/1; AYM, T. 22.06.2001, E. 1999/2, K. 2001/2; AYM, T. 11.12.2009, E. 2007/1, K. 2009/4.

yazarlar, parti kapatma kararlarının bir ceza yaptırımı niteliğinde olduğunu, dolayısıyla bu davaların kendine özgü bir ceza davası olduğunu ifade etmektedirler.[67]

Bu görüşte olan yazarlardan *Durmuş*'a göre; parti kapatma yaptırımının TCK'nın yaptırımlar kısmında sayılmamış olması onun bir cezai yaptırım olmadığı anlamına gelmez. Zira, hukukumuzda TCK'nın bu kısmında sayılmayan başka cezai yaptırımlar da bulunmaktadır.[68] Siyasi parti kapatma kararı, Devlet eliyle Anayasa ve diğer kanunlarda öngörülen yasakların ihlal edilmesi suretiyle "suç" işleyen gerçek ya da tüzel kişilerin örgütlenme ve ifade özgürlüklerinin siyasi partiler eliyle kullanılmasına yönelik ağır bir müdahaledir. Dolayısıyla, bu yaptırım bir ceza yaptırımı, siyasi parti kapatma davaları da birer ceza davasıdır.[69]

Siyasi parti kapatma davalarının birer ceza davası niteliğinde olduğu görüşünde olan yazarlardan *Yiğit*'e göre; bu davalar sonucunda verilen "kapatma" kararı niteliği itibariyle bir güvenlik tedbiridir. Dolayısıyla, bu yaptırımının niteliği göz önüne alınarak TCK'nın güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümleri ile genel hükümlerinin siyasi parti kapatma davalarında da uygulanmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır.[70] Görüldüğü üzere yazar, "kapatma" kararının niteliğinden yola çıkarak siyasi parti kapatma davalarının birer ceza davası olduğunu, dolayısıyla bu davalarda TCK hükümlerinin uygulanabileceğini ifade etmektedir.

Bu görüşte olan bir diğer yazar *Özgenç*'e göre de siyasi parti kapatma davalarında verilen "kapatma" kararının niteliği, ceza hukukundaki iki yaptırım türünden biri olan güvenlik tedbiridir.[71] Burada normal ceza yargılamasından farklı olarak parti kapatma sebeplerinin suç teşkil etmesi hâlinde bu kararı verme yetkisi alelade bir ceza mahkemesine değil, Anayasa Mahkemesi'ne tanınmıştır. Dolayısıyla yazar, "kapatma" kararının mahiyetinden hareketle siyasi parti kapatma davalarının birer ceza davası olduğunu ifade etmektedir.[72]

Doktrinde bu görüşte olan yazarlardan *Sağlam*'a göre ise; siyasi parti kapatma yaptırımı, siyasi partilerin demokratik bir yaşam için arz ettiği hayati önem göz

---

67 Aydın, (n 54) 51: Yazara göre siyasi parti kapatma davaları niteliği itibarıyla bir ceza davası olduğu için, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) ihlal kararları CMK'nın 311'inci maddesinin (f) fıkrası uyarınca siyasi parti kapatma davalarında yargılamanın yenilenmesi sebebini oluşturabilir. Nitekim bu kapsamda, AİHM'in hak ihlali kararları sonucunda Anayasa Mahkemesi; Halkın Emek Partisi (HEP), Özgürlük ve Demokrasi Partisi (ÖZDEP) ve Türkiye Birleşik Komünist Partisi'nin (TBKP) yeniden yargılama taleplerini kabul etmiştir. Bkz Yiğit (n 13) 18.

68 Arzu Durmuş, *Siyasi Partilerin Kapatılması ve Yüce Divan Kararlarını Yeniden Tartışmak* (1. Baskı, Beta Yayınları 2001) 14: Yazar bu görüşünü 765 sayılı mülga TCK yürürlükte iken ortaya koysa da 1 Haziran 2005 tarihi itibariyle yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın yaptırımları düzenleyen bölümünde de "siyasi parti kapatma" şeklinde bir yaptırıma yer verilmemiştir. Dolayısıyla, bahsedilen görüşün 5237 sayılı TCK sisteminde de savunulması mümkündür.

69 Durmuş (n 68) 53: Yazara göre, ayrıca bu dava sonucunda verilen siyasetten yasaklılık ve partinin mallarının hazineye geçmesi gibi kararların da cezai yaptırım olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır.

70 Yiğit (n 13) 174.

71 İzzet Özgenç, *TCK Gazi Şerhi* (2. Baskı, Seçkin 2005) 721.

72 Yazar bu değerlendirmenin, 17/07/2004 tarihli ve 5231 sayılı Dernekler Kanunu'ndaki derneklerin kapatılması yaptırımı bakımından da geçerli olduğunu ifade etmektedir.

önünde bulundurulduğunda gerçek bir kişiye verilen ve onun yaşam hakkının özüne dokunan idam cezası ile aynı mahiyettedir.[73] Dolayısıyla, nasıl ki idam cezasının tatbik edilebilmesi için çok sıkı bir yargılama yapılıyorsa, siyasi partilerin kapatılmasına karar verilebilmesi için de aynı hassasiyetin gösterilmesi gerekmektedir. Bunun yolu, bu davalarda da ceza ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerini uygulamaktır.

Buna karşılık doktrinde diğer bir görüş; siyasi parti kapatma davalarına CMK hükümlerinin uygulanmasının bu davaları tek başına ceza davası niteliğine kavuşturmayacağını ifade etmektedir. Bu görüşte olan yazarlar çoğunlukla, siyasi partilerin kapatılması sonucunu doğuran eylemlerin ve uygulanan yaptırımların ceza hukuku müesseselerinden farklı olması sebebiyle bu davalarının ceza davası niteliğinde olmadığını, kendine özgü bir yapısının bulunduğunu ifade etmektedir.[74]

Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti kapatma davalarında verdiği kararlarında da bu davanın hukuki niteliği konusunda yapılan tespitler bakımından bir istikrar bulunmamaktadır.[75] Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde verdiği parti kapatma davalarında çoğunlukla bu davanın hukuki niteliğinin kamu davası/ceza davası olduğunu ortaya koymaktaydı.[76] Anayasa Mahkemesi parti kapatma davalarının kamu davası/ceza davası niteliğinde olduğunu ortaya koyarken, esas olarak bu davalarda o tarihte yürürlükte olan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) hükümlerinin uygulanmasından hareket etmiştir. Yüksek Mahkeme bu belirlemeyi yaparken ayrıca, parti kapatma davalarının demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez bir unsuru olması sebebiyle, kanun tarafından parti kapatma davalarının kamu davası/ceza davası olarak nitelendirildiğini ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi bu dönemde verdiği başka bir kararında da aynı esaslardan hareket ederek, siyasi parti kapatma davalarının kamu davası/ceza davası niteliğinde olduğuna hükmetmiştir.[77]

Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası döneminde verdiği kararlarda da siyasi parti kapatma davalarının hukuki niteliği üzerinde yapılan açıklamalarda bir istikrar bulunmamaktadır.

---

73 Fazıl Sağlam, *Siyasi Partiler Hukukunun Güncel Sorunları* (1. Baskı, Beta 1999) 104.

74 Yüksel Metin, 'Siyasi Parti Kapatma Davalarında Ortaya Çıkan Ön Sorunlar' (1998) Güz (3) Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 223, 224.

75 Anayasa Mahkemesi karara bağladığı her siyasi parti kapatma davasında bu davanın hukuki niteliği hakkında bir tespitte bulunmamıştır. Siyasi parti kapatma davasının hukuki niteliği hakkında AYM'nin belirlemede bulunmadığı kararlar için bkz AYM, (Sosyalist Birlik Partisi Kapatma Davası), T. 19.7.1995, E. 1993/4, K. 1995/1, R.G: 22.10.1997-23148, Erişim tarihi 29 Nisan 2021; AYM, (Sosyalist Parti Kapatma Davası), T. 10.7.1992, E. 1991/2, K. 1992/1, R.G.: 25.10.1992-21386, Erişim tarihi 25 Nisan 2021; AYM, (Halkın Demokrasi Partisi Kapatma Davası), T. 13.3.2003, E. 1999/1, K. 2003/1, R.G.: 19.07.2003/25173, Erişim tarihi 29 Nisan 2021; AYM, (Halkın Emek Partisi Kapatma Davası), T. 14.7.1993, E. 1992/1, K. 1993/1, R.G.: 18.08.1993-21672, Erişim tarihi 25 Nisan 2021: Bu davada davalı siyasi parti, parti kapatma davalarının birer ceza davası niteliğinde olduğunu, bu sebeple davanın duruşmalı olarak görülmesi gerektiğini talep etmiş, Anayasa Mahkemesi ise bu iddiaya doğrudan cevap vermeden duruşma talebini Anayasa ve SPK hükümleri uyarınca reddetmiştir.

76 AYM, T. 11.03.1963, E. 1963/37, K. 1963/54, www.lexpera.com.tr, Erişim tarihi 13 Nisan 2021.

77 AYM, T. 07.06.1965, E. 1965/17, K. 1965/35, www. lexpera.com.tr, Erişim tarihi 13 Nisan 2021.

Anayasa Mahkemesi, 1984 yılında karara bağladığı bir siyasi parti kapatma davasında bu davanın hukuki niteliğinin ceza davası olduğuna hükmetmiştir.[78] Mahkeme bu sonuca birkaç gerekçe ile ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına göre, siyasi partilerin Anayasa ve kanunlarda düzenlenen yasaklara aykırı eylemleri sonucunda kapatılmaları bir ceza yaptırımı niteliğindedir. Böyle bir yaptırım türüne 765 sayılı TCK'nın ceza hukukundaki yaptırımları düzenleyen 11'inci maddesinde yer verilmeyişinin sebebi ise, tüzel kişilerin cezai sorumluluğunun bulunmamasıdır.[79]

Mahkeme bu kararında ayrıca, SPK'nın 117'nci maddesinde düzenlenen ve sonradan Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı görülerek iptal edilen bu Kanun'un bazı maddelerindeki yasak eylemleri işleyen kişilerin hapis cezası ile cezalandırılacaklarına ilişkin hükmü, bu davaların niteliğinin ceza davası olduğu yönündeki tespitine dayanak olarak göstermiştir. Mahkemeye göre, siyasi partinin kapatılması sonucunu doğuran ve kanunla yasaklanan fiilleri işleyen kişiler nasıl ceza hukuku yaptırımına tabi tutuluyor ise, parti kapatma kararları da aynı doğrultuda ceza hukuku kurallarıdır. Anayasa Mahkemesi bu kararında ayrıca, 1961 Anayasa'sının siyasi partilerin kapatılması konusunu düzenleyen 57'nci maddesinin gerekçesinde bu davaların birer ceza davası olduğunun kabul edildiğini ifade etmiştir.

1961 Anayasası'nın 57'nci maddesinin gerekçesinde siyasi partiler gibi demokratik hayatın devamında çok önemli olan rolü kuruluşların derneklerle aynı hükümlere tabi olamayacağı, siyasi partilerin faaliyetlerini ilgilendiren hükümlerin kanunla ayrıca düzenlenmesi gerektiği ve özellikle de partilerin kapatılması ile ilgili esasların Anayasa ile ortaya koyulduktan sonra hangi tür fiillerin demokratik ilkelerle bağdaşmayacağının kanunla düzenlenmesi mecburiyeti ortaya koyulmuştur. Görüleceği üzere 1961 Anayasa'sının gerekçesinde siyasi partilerin kapatılma sebeplerinin suçların kanuniliği ilkesine uygun olarak belirlenmesi lüzumu ortaya koyularak adeta parti kapatma kararlarının ceza yaptırımı olduğu, dolayısıyla da siyasi parti kapatma davalarının hukuki niteliğinin ceza davası olduğu ilan edilmiş olmaktadır. Mahkeme bu kararında son olarak, siyasi parti kapatma davalarının ceza davası niteliğinde olmasının siyasi partiler bakımından bir güvence teşkil ettiğini, bu durumun da demokratik siyasi yaşama daha uygun olduğunu ifade etmiştir. Buna göre; suçta ve cezada kanunilik ilkesi, masumiyet karinesi, kıyas yasağı, genişletici yorum yasağı, iddia ve savunmalarla bağlı olmama kuralı, delil serbestisi ve şüpheden sanık yararlanır gibi temel ceza ve ceza muhakemesi hukuku kuralları siyasi parti kapatma davalarında da uygulanacaktır.[80]

---

[78] AYM, (Doğru Yol Partisi Kapatma Davası), T. 28.09.1984, E. 1984/1, K. 1984/1, R.G.: 14.02.1985-18666, Erişim tarihi 31 Mart 2021.

[79] Bu karar 765 sayılı mülga TCK döneminde verilmiştir. Bununla birlikte, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nın yaptırımlar kısmında da "siyasi parti kapatma" yaptırımına yer verilmemiştir. Ancak mülga Kanun döneminde olduğu gibi 5237 sayılı TCK sistematiğinde de tüzel kişilerin ceza sorumluluğu kabul edilmediği için, TCK'dan farklı bir kanunda düzenlenen parti kapatma şeklinde bir ceza hukuku yaptırımının bulunduğu görüşü günümüzde de savunulabilir niteliktedir.

[80] Bkz 1961 Anayasası Gerekçesi

Anayasa Mahkemesi 1997 yılında karara bağladığı başka bir siyasi parti kapatma davasında ise; davalı partinin, siyasi parti kapatma davalarının ceza davası niteliğinde olduğu, dolayısıyla bu davada suçta ve cezada kanunilik ilkesi, masumiyet karinesi, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, kıyas yasağı ve genişletici yorum yasağı gibi ceza ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinin uygulanması gerektiği yönündeki taleplerini reddederek bu davanın ceza davası niteliğinde olmadığını, kendine özgü bir yapısının bulunduğunu belirtmiştir.[81]

Mahkemenin bu kararına göre Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da siyasi parti kapatma davalarında CMK hükümlerinin uygulanacağına ilişkin hükme yer verilmesi, kanun koyucunun parti kapatma yaptırımını ceza hukuku yaptırımlarına daha yakın bulmasından kaynaklanmaktadır. Ancak ceza davalarında CMK hükümlerinin uygulanmasının doğal olması sebebiyle, parti kapatma davalarında da bu usul kurallarının uygulanacağının ayrıca belirtilmesi bu davaların klasik anlamda bir ceza davası olmamasını teyit eder niteliktedir. Mahkemeye göre ayrıca, siyasi partilerin kapatılması sonucunu doğuran fillerin niteliği ve bu fiillerin kapatma sonucunu doğurabilmesi için aranan şartlar ile tatbik edilen yaptırım, ceza hukukundaki suç ve yaptırımlardan farklılık arz etmektedir. Anayasa Mahkemesi siyasi parti kapatma davalarının ceza davası niteliğinde olmadığını belirttiği bu kararında, siyasi partilerin kapatılmasının temel hak ve özgürlükler ile yakından ilgisi olması sebebiyle kapatmaya sebebiyet verecek fiiller ile bunlara uygulanacak yaptırımların mutlaka kanunla düzenlenmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Mahkeme tüm bu gerekçelerle; siyasi parti kapatma davalarının ceza davası niteliğinde olmadığına, bu davaların ceza davasına benzeyen ancak kendine özgü bir dava niteliğinde olduğuna hükmetmiştir.[82]

Anayasa Mahkemesi, 2001 yılında karara bağladığı siyasi parti kapatmaya ilişkin diğer bir davada da son içtihadını sürdürmüş, siyasi parti kapatma davalarının ceza davası niteliğinde olmadığını, kendine özgü bir dava niteliğinde bulunduğunu ifade etmiştir.[83] Bu davada davalı parti, yargılama başladıktan sonra ortaya çıkan kasetlerin herhangi bir ek iddianame düzenlenmeksizin yargılamaya konu edilmesini ceza muhakemesi hukuku kurallarına aykırı bulmuştur. Mahkeme ise bu iddiaya cevap olarak; söz konusu kuralın ancak ceza davalarında uygulanabileceğini ancak siyasi parti kapatma davalarının ceza davası niteliğinde olmadığını, siyasi partilerin

---

81 AYM, (Refah Partisi Kapatma Davası), T. 16.01.1998, E. 1997/1, K. 1998/1, AYM Kararlar Bilgi Bankası, Erişim tarihi 8 Nisan 2021; Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihat değişikliğini 1995 yılında Anayasa'nın 69'uncu maddesinde yapılan değişikliklere bağlayan görüş için bkz Akyazan (n 33) 271.

82 Bu parti kapatma davasında açıklanan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının sözlü mütalaasında da mahkemenin kararına paralel olarak; siyasi parti kapatma davalarının ceza davası niteliğinde olmadığı, hukukumuzdaki cezai yaptırımların TCK'da sayıldığı ve aralarında parti kapatmaya yer verilmediği, Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla verdiği kararlar hariç baktığı diğer tüm davaların tespit davası niteliğinde olduğu ve siyasi parti kapatma davalarında bazı kişiler için verilen siyasetten men kararlarının medeni ehliyetsizlik denilen müeyyidelere tabi olduğu vurgulanmıştır.

83 AYM, (Fazilet Partisi Kapatma Davası), T. 22.06.2001, E. 1999/2, K. 2001/2, R.G.: 05.01.2002-24631, Erişim tarihi 1 Nisan 2021.

kesintisiz faaliyette bulunan yapılar olduğu gerçeğinin de göz önünde bulundurulması sonucunda, sonradan ortaya çıkan delillerin yargılamaya dahil edilmesinin usul ekonomisi ilkesine ve parti kapatma davalarının önem arz eden niteliğine daha uygun olacağını ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2007 yılında baktığı bir siyasi parti kapatma davasında da bu davanın hukuki niteliğinin ceza davası olmadığını, kendine has bir dava olduğunu tekrar etmiştir.[84] Bu kararda da parti kapatma davalarında CMK hükümlerinin uygulanacak olmasının bu davayı ceza davası hâline getirmeyeceği, böyle bir kabulün CMK hükümlerinin siyasi partilerin lehine olması sebebiyle söz konusu olduğu vurgulanmıştır. Mahkemeye göre parti kapatma davası ceza davası olmadığı için, kapatmaya konu eylemlerin de ceza hukuku kapsamında suç teşkil etmesi gerekmemektedir. Bu fillerin işlenmiş olması yeterlidir.[85]

Anayasa Mahkemesi son olarak 2008 yılında baktığı bir siyasi parti kapatma davasında da parti kapatma davalarının ceza davası değil, kendine özgü bir dava olduğu görüşünü sürdürmüştür.[86]

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi'nin son dönemde karara bağladığı siyasi parti kapatma davalarında, bu davaların ceza davası niteliğinde olmadığı kendine özgü bir yapısının bulunduğu görüşü hakimiyet kazanmıştır. Bu kararlarda farklı açıklamalara yer verilse de esasen aynı gerekçelerle sonuca ulaşılmıştır. Bu gerekçeler; siyasi parti kapatma davalarının ceza yargılamalarından farklı bir amaç taşıdığı, ceza yargılamasında olduğu gibi burada herhangi bir suç işlenilmesine gerek bulunmadığı, parti kapatma yaptırımının geleneksel ceza hukuku yaptırımlarından olmadığı ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da yer verilen parti kapatma davalarında uygun düştüğü ölçüde CMK hükümlerinin uygulanacağına ilişkin hükmün esasen bu davaların ceza davası niteliğinde olmadığını teyit eder nitelikte bulunduğu şeklinde sıralanabilir.

B. Değerlendirme

Siyasi parti kapatma davalarının hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda doktrinde ortaya koyulan görüşler ile Anayasa Mahkemesi'nin bu davalarda verdiği kararlarda yapılan tespitlerden yukarıda bahsedilmiştir. Burada, doktrindeki görüşler ve

[84] AYM, (Demokratik Toplum Partisi Kapatma Davası), T. 11.12.2009, E. 2007/1, K. 2009/4, www.legalbank.net, Erişim tarihi 1 Nisan 2021.

[85] Mahkemenin bu kararına göre, kapatmaya konu eylemlerin suç teşkil etmesi ve bu filleri işleyen kişilerin ceza mahkemelerinde mahkum olması gerekmese de ceza mahkemelerince verilen bazı kararlar Anayasa Mahkemesi bakımından da bağlayıcıdır. Örneğin, kapatmaya konu bir eylemin işlendiğine ilişkin ceza mahkemesi kararı varsa artık AYM o fiilin işlenip işlenmediğini tespit etmeyecek, ceza mahkemesinin kararıyla bağlı olacaktır. Aynı durum kapatmaya konu fiillerin işlenmediğine ilişkin ceza mahkemesi hükmü bulunması hâllerinde de geçerlidir. Burada da AYM ceza mahkemesinin kararıyla bağlı olacak, kendisi bir inceleme yaparak kapatmaya konu fiilin işlendiği yönünde bir tespitte bulunamayacaktır.

[86] AYM, (AK Parti Kapatma Davası), T. 30.07.2008, E. 2008/1, K. 2008/2, AYM Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi 1 Nisan 2021.

Anayasa Mahkemesi içtihatları doğrultusunda kendi görüşümüz neden sonuç ilişkisi içerinde ortaya koyulacaktır. Değerlendirmeye geçmeden önce bu konudaki kendi görüşümüzü açıklayıp, daha sonra bunun gerekçelerini ortaya koymak suretiyle tümdengelim yöntemini kullanmak suretiyle sonuca varmayı daha faydalı görüyoruz.

Kanaatimizce, siyasi parti kapatma davaları kendine özgü birer "ceza davası" niteliğindedir. Bize göre de Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da yer verilen CMK hükümlerinin bu davalarda uygun düştüğü ölçüde uygulanacağına ilişkin hüküm, siyasi parti kapatma davalarını tek başına ceza davası niteliğine kavuşturmak için yeterli değildir.[87] Zira, kanun koyucu CMK hükümlerinin siyasi partilerin lehine olacağı düşüncesi ile de bu düzenlemeyi sevk etmiş olabilir. Buradan hareketle siyasi parti kapatma davalarının ceza davası niteliğinde olduğu şeklinde bir çıkarım yapılabilmesi için bu hükmü destekleyen başka gerekçelerin de mevcut olması gerekir. Nitekim hukukumuzda CMK hükümlerinin uygulandığı ancak ceza davası niteliğinde olmayan başka davalar da mevcuttur.[88]

Parti kapatma yaptırımı, ceza hukukundaki iki yaptırım türünden biri olan güvenlik tedbirlerinin siyasi partiler bakımından uygulanan çeşitlerinden biridir.[89]

---

87 Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 52'nci maddesinde yer alan siyasi parti kapatma davalarına niteliğine uygun düştüğü ölçüde CMK hükümlerinin uygulanacağı kuralına rağmen anılan Kanun'un "Yargılanmanın yenilenmesi" başlıklı 67'nci maddesinde; Mahkemenin siyasi parti kapatma davalarında veya Yüce Divan sıfatıyla verdiği kararlara karşı yargılamanın yenilenmesinin 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre istenebileceği hükme bağlanmıştır. Buradan hareketle siyasi parti kapatma davalarına niteliğine uygun düştüğü ölçüde CMK hükümlerinin uygulanacağı yönündeki düzenlemenin, CMK hükümlerinin istisnasız olarak hepsini uygulamaya imkân tanımadığını, uygulanacak CMK hükümlerinin bazılarının özel olarak Kanunla belirtilmesine ihtiyaç bulunduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla, CMK hükümlerinin tümünün uygulanmasına imkân bulunmayan siyasi parti kapatma davalarının, CMK'nın bazı hükümlerinin uygulandığı gerekçe gösterilerek, ceza davası olarak nitelendirilmesi yeterli dayanaktan yoksundur.

88 Burada olduğu gibi hukukumuzda CMK hükümlerinin uygulanmasının öngörüldüğü başka dava türleri de mevcuttur. Ancak bu davalarda CMK hükümlerinin uygulanması bunları tek başına "ceza davası" niteliğine büründürmeyecektir. Örneğin, CMK'nın 141 vd. maddeleri uyarınca haksız ve hukuka aykırı olarak uygulanan koruma tedbirleri nedeniyle zarar gören bir kimse, bu zararın tazminini ağır ceza mahkemesinde açacağı bir tazminat davası ile talep edebilir. Ceza davası niteliğinde olmayan bu davada usul bakımından CMK hükümleri tatbik olunur. Bu dava her ne kadar ağır ceza mahkemesinde açılsa da şahsi hukuka ait bir tazminat davası niteliğindedir. 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 53/c-(8) maddesindeki; 2547 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde 4483 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağına ilişkin düzenleme ile 4483 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan ön inceleme yapmak için görevlendirilen kişi veya kişilerin bu Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre işlem yapabilecekleri hükmü gereğince idari aşamada yürütülen ön soruşturma niteliği taşıyan işlemler bakımından anılan kanunlarda hüküm bulunmayan hâllerde CMK hükümleri uygulanacaktır. Ortada henüz bir ceza davası yokken hatta men-i muhakeme kararı verilmesi durumunda ceza davasının açılması mümkün olmayan durumlarda dahi CMK hükümleri uygulanmaktadır. Bu itibarla sırf CMK hükümlerinin uygulanıyor olmasında bahisle ortada bir ceza davası olduğunu söylemeye imkân yoktur. Aksi hâlin kabulü yani sırf uygulanan usul kanunundan hareketle dava türü belirlenmesi durumunda, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 31'inci maddesindeki yollama nedeniyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) bazı hükümlerinin uygulandığı idare mahkemelerinde görülen iptal davalarının, tam yargı davalarının ya da kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davaların da HMK hükümlerinin uygulandığından bahisle idari dava değil hukuk davası olarak nitelendirilmesi gibi usul hukukunun tasvip etmediği bir sonucun kabulü gerekecektir. Benzer şekilde, İYUK'un 31'inci maddesinin ikinci fıkrası ile 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na (VUK) yapılan yollama, vergi uyuşmazlıklarının çözümünde yargılamaya ilişkin bir usul kanununun değil de idari bir usul kanunu olan VUK'un uygulanacağı gerekçesi ile bunların dava yerine idari çözüm olarak nitelendirilmesi gibi hukuken muteber olmayan bir yorumun da kabulünü gerektirecektir. Üstelik vergi uyuşmazlığı tabirinin gümrük vergisinden kaynaklanan gümrük vergisi uyuşmazlıklarını da kapsadığı, dolayısıyla gümrük vergisine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde de bu Kanun (İYUK) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıfta bulunulan haller saklı kalmak üzere Vergi Usul Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanacağından bahisle VUK'un 2'nci maddesi uyarınca VUK'a tabi olmayıp Gümrük Kanunu'na tabi olan gümrük vergilerinin idari aşamada (tarh, tahakkuk, tebliğ ve tahsil) da VUK'a tabi olduğunun kabulü gerekecektir.

89 Özgenç, Gazi Şerhi (n 71) 721; Yiğit (n 13) 174.

Siyasi parti hakkında kapatma kararı yerine verilen Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılma kararı ile kapatma sonucunda tüm parti mallarının hazineye geçmesine ilişkin kararların da güvenlik tedbiri niteliğinde olduğunu düşünmekteyiz. Siyasi partilerin kapatılması sonucunda eylemleri ile partinin kapatılmasına sebebiyet veren kişiler hakkında siyasetten yasaklılık kararı verilmesi de bir güvenlik tedbiri olan "hak yoksunluğu"[90] niteliğindedir.[91]

Parti kapatma kararının ceza hukuku yaptırımı olmadığı görüşünde olan yazarlar ile bu görüşe paralel Anayasa Mahkemesi kararları, ceza hukuku sistemimizde "parti kapatma" şeklinde bir yaptırıma yer verilmediği gerekçesini dayanak olarak kabul ederler. Ayrıca, yine bu görüşe göre, güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi için işlenen bir suçun varlığı gereklidir. Siyasi partiler hakkında kapatma kararının verilebilmesi için ise, yasak eylemlerden dolayı kişilerin ceza mahkemelerinde mahkûm olması gibi bir şart aranmamaktadır.[92] Dolayısıyla, bu görüşe göre, parti kapatma yaptırımı geleneksel bir ceza hukuku yaptırımı olan güvenlik tedbirlerinden biri değildir.

Türk Ceza Hukuku sisteminde iki çeşit yaptırım bulunmaktadır. Bunlar ceza ve güvenlik tedbirleridir.[93] Cezalar kendi içerisinde adli para cezaları ve hapis cezaları olmak üzere ikiye ayrılırlar.[94] İşlenen suç karşılığında failin kusurunun bulunup bulunmadığına bakılmaksızın; kişinin, suçun konusunun ya da suç işlenirken kullanılan aracın tehlikelilik hâli göz önünde bulundurularak uygulanan, koruyucu

---

[90] Hak yoksunluğu, TCK'nın 53'üncü maddesinde düzenlenen bir güvenlik tedbiridir. Hak yoksunluğu her ne kadar güvenlik tedbirleri arasında düzenlense de doktrinde bunun aslında güvenlik tedbiri olmadığı "ek ceza" niteliğinde olduğu ifade eden yazarlar da bulunmaktadır (Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı, Seçkin 2020) 653). TCK'nın 53'üncü maddesinin ilk fıkrasında *"kişi kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak"* denilmek suretiyle hak yoksunluğu tedbirine kural olarak kasten işlenen suçlarda başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte istisnai olarak, taksirli suçlarda da hak yoksunluğu gündeme gelebilir. Bu istisnaya aynı maddenin altıncı fıkrasında yer verilmiştir. Bir hekim, mesleğini kötüye kullanmak suretiyle TCK'nın 91'inci maddesinde düzenlenen *Organ veya doku ticareti* suçunu işler ve mahkum olursa, hakkında ayrıca TCK'nın 53'üncü maddesinin (e) fıkrası uyarınca hekimlik mesleğini icra etmekten yasaklılık kararı verilecektir. Siyasi partinin kapatılmasına eylemleri ile sebebiyet veren kişiler hakkında hükmedilen "siyasetten yasaklılık" kararı da tıpkı bahsedilen örnekte olduğu gibi ancak özel kanuna dayanan bir hak yoksunluğudur.

[91] Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, Adalet 2018) 1004-1005: Yazara göre de bu karar bir suç sonucu olarak verilmeyen ancak özel bir yasaya dayanılarak tatbik edilen bir "hak yoksunluğu"dur; Bu düzenleme, eylemleri ile siyasi partinin kapatılmasına sebebiyet veren kişilerin eylemlerinin ayrıca suç teşkil etmesi hâlinde, kendilerine ceza yargılaması sonucunda TCK'nın 53'üncü maddesi uyarınca seçme ve seçilme ehliyetinden yoksun bırakılma hak yoksunluğu tedbirinin uygulanmasına engel değildir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin kararı ile partinin kapatılması sonucunu doğuran eylemleri gerçekleştiren kişiler hakkında "siyasetten yasaklılık" kararı verilmesi, kişinin seçme hakkını kapsamamaktadır. Dolayısıyla, hakkında ceza mahkemesinde mahkumiyet kararı bulunmayan ancak Anayasa Mahkemesi tarafından siyasetten yasaklılık tedbirine hükmedilen kişiler, seçimlerde oy kullanma hakkını haizdir.

[92] Anayasa Mahkemesi, ceza yargılamaları sonucunda hükmedilen beraat hükümlerinin idare mahkemelerince dikkate alınmamasını Anayasa'nın 36'ncı ve 38'inci maddelerinde güvence altına alınan masumiyet karinesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Buna göre, ceza yargılaması sonucunda hakkında beraat kararı verilen bir kişiye aynı fiil nedeniyle verilen disiplin cezasına karşı açılan dava neticesinde tesis olunan işlemin hukuka uygun bulunması masumiyet karinesinin ihlali anlamına gelmektedir. Bkz AYM, T. 2/7/2020, *Hüseyin Sezer* (B. No: 2016/13566) ve *Barış Baş* (B. No: 2016/14253) başvuruları. Ayrıca bkz AYM, T. 26/12/2013, E.2013/133, K.2013/169. Yüksek Mahkemenin bu yaklaşımından hareketle ceza yargılaması sonucunda beraat kararı verilmesi durumunda bu fiillerin parti kapatmaya esas alınamayacağı yönünde bir çıkarsama yapmak mümkündür.

[93] Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, Adalet 2019) 824; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Adalet 2019) 643; Özen, Ceza Genel (n 91) 925.

[94] Akbulut (n 93) 825; Hakeri (n 93) 644; V. Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı, Seçkin 2020) 579; Özen, Ceza Genel (n 91) 929.

ve iyileştirici ceza hukuku yaptırımları ise güvenlik tedbirlerini oluşturmaktadır.[95] Ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereğince tüzel kişilerin ceza sorumluluğu bulunmasa da haklarında güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi mümkündür.[96] Hukukumuzda bazı güvenlik tedbirlerine TCK'da yer verilirken diğer bazıları özel ceza kanunlarında düzenlenmektedir.[97] Dolayısıyla güvenlik tedbirleri bakımından TCK kapsamında geçerli olmak üzere bir sınırlı sayı prensibi bulunmamaktadır.[98] Belirli haklardan yoksunluk, eşya ve kazanç müsaderesi, çocuklara ve akıl hastalarına yönelik koruyucu ve iyileştirici tedbirler hukukumuzdaki güvenlik tedbirlerine örnek olarak gösterilebilir. Güvenlik tedbirleri de birer ceza hukuku yaptırımıdır. Hatta bazen güvenlik tedbirleri ortaya çıkardıkları sonuçlar bakımından cezalara oldukça yaklaşmaktadır.[99]

Kural olarak bir güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için işlenmiş bir suçun varlığı gereklidir.[100] Ancak bazı hâllerde, işlenen herhangi bir suç ve bu suçtan dolayı yapılan ceza yargılaması bulunmamaktayken de açılacak bir dava ile bazı güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi mümkün olabilmektedir. Bu duruma eşya müsaderesini düzenleyen TCK'nın 54'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında yer verilmektedir.[101] Buna göre; *''Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir."* Burada herhangi bir suç yargılamasından bağımsız olarak; bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan bir madde, Sulh Ceza Hâkimliğinde açılacak bir dava ile müsadere edilecektir.[102] Örneğin, kime ait olduğu belli olmayan ya da herhangi bir suç soruşturması ile ilişkilendirilemeyen; uyuşturucu maddeler, patlayıcı silahlar ve zehirli maddelerin müsaderesi bu kapsamdadır. Görüldüğü üzere burada, herhangi bir suç işlenmemiş olsa da müsadere güvenlik tedbirine hükmedilmesi mümkün kılınmıştır. Buradan

---

95 İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı, Seçkin 2019) 853-854; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (19. Baskı, Savaş 2013) 436; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin 2020) 646; Hakeri (n 93) 666; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Genel Hükümler (n 94) 616.

96 Bkz TCK m 20.

97 Hakeri (n 93) 666.

98 Örneğin; suça sürüklenen çocuklara ilişkin güvenlik tedbirlerine TCK'da değil, 3/7/2005 tarih ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda yer verilmiştir. Bu duruma, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 18'inci maddesinde yer verilen "seyirden yasaklama" tedbiri başka bir örnek olarak gösterilebilir.

99 765 sayılı mülga TCK'nın 11'inci maddesinde cürümler karşılığından öngörülen yaptırımlar; ağır hapis, hapis, sürgün, ağır cezayı nakdi ve hidematı ammeden memnuiyet (kamu hizmetlerinden yasaklılık) olarak sayılmıştır. Görüleceği üzere 5237 sayılı TCK'da "hak yoksunluğu" güvenlik tedbirine karşılık gelen hidematı ammeden memnuiyet kararı 765 sayılı TCK'da cezalar arasında sayılmıştır. Bu farklılıkta esasen bir problem bulunmamaktadır. Zira, güvenlik tedbirleri de tıpkı cezalar gibi bir ceza hukuku yaptırımıdır. Kamu haklarından yasaklılık tedbirinde olduğu gibi bazı güvenlik tedbirleri cezalara oldukça yaklaşmaktadır. Aşağıda da değinileceği üzere siyasi partilerin kapatılmasını da bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Bu karar bir güvenlik tedbiri de olsa bir ceza hukuku yaptırımıdır ve ortaya çıkardığı sonuçlar bakımından cezalara oldukça yakındır.

100 Bkz TCK m 20/2: " Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar…";.

101 Devrim Güngör ve Haluk Toroslu, 'Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Üzerine Kısa Bir Değerlendirme' (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1967, 1974; Kemal Günler, 'Türk Ceza Hukukunda Müsadere' (2014) 18(3-4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 849, 864.

102 Toroslu (n 97) 441; Tahir Hami Topaç, 'Eşya Müsaderesi (TCK. 54)' (2013) (2) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 45, 63; Koca ve Üzülmez (n 97) 668; CMK m 259: "Suç konusu olmayıp sadece müsadereye tabi bulunan eşyanın müsaderesine sulh ceza hâkimi tarafından duruşma yapılmaksızın karar verilir."

çıkarılacak sonuç; ceza hukuku sistemimizde güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi için işlenen bir suçun varlığı kural olmakla beraber, her zaman zorunlu değildir. Siyasi parti kapatma kararları da bu durumun bir örneğini oluşturmaktadır. Siyasi partilerin kapatılması sonucunu doğuran ve Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen yasak eylemlerin siyasi partinin menfaatine işlenmesi durumunda, parti üyelerinin ceza mahkemelerinde mahkum olmasına gerek bulunmadan, dolayısıyla ortada bir suç ve ceza yargılaması olmaksızın,[103] siyasi parti hakkında açılacak kapatma davası sonucunda bir güvenlik tedbiri olarak siyasi partinin kapatılmasına karar verilebilecektir.[104] Burada siyasi parti; Anayasa'nın 68'inci maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen yasaklara aykırı hususlara tüzük ve programlarında yer vermesi, bu yasak eylemlerin işlendiği bir odak hâline gelmesi ya da yabancı kişilerden parasal yardım alması sebepleriyle, ileride işlenmesi muhtemel suçlar bakımından bir "tehlikelilik hâli" arz etmektedir. Zira, siyasi partiler bir kitle hareketi olmaları, kendilerine karşı özellikle toplumun belirli kesimlerinin güven taşıması ve belli haklara sahip olmaları itibariyle bu durumu suistimal edecek potansiyele sahiptirler. Bu sebeple, toplumun korunması adına siyasi parti hakkında kapatma kararı verilerek tehlikelilik hâli ortadan kaldırılmış olacaktır.

İkinci olarak, siyasi parti kapatma davalarının ceza davası niteliğinde olduğunun kabulü, siyasi partilerin demokratik hukuk devleti ilkesi bakımından arz ettiği öneme daha uygun düşecektir. Zira, yeri geldikçe ifade edildiği gibi siyasi partiler demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdırlar. Günümüzde artık siyasi partilerin olmadığı ve faaliyetlerine özgürce devam etmediği bir ülkede demokrasiden

[103] İfade edildiği gibi ceza yargılamasında kural olarak, önce gerçek kişilerin işlediği suçlar tespit edilip ardından bu suçların yararına işlendiği tüzel kişilik hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilir. Zira, ceza muhakemesinde kural olarak ortada bir suç olmadan gerçek veya tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmedilemez. Ancak TCK'nın 54'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında olduğu gibi istisnai olarak, ortada henüz bir suç ve suçlu yok iken de güvenlik tedbirine hükmedilebilir. Siyasi partilerin kapatılması hususunda da aynı durum söz konusudur. Siyasi partilerin kapatılabilmesi için, kapatılmaya sebebiyet veren eylemleri işleyen kişiler hakkında ceza davası açılıp haklarında mahkumiyet kararı verilmesi gerekmemektedir. Yasak eylemleri işleyen kişiler hakkında ceza davası, parti kapatma davasından sonra açılabileceği gibi, eğer bu eylemler bir "suç" kapsamına girmemekte ise ceza davası açılmayabilir ya da açılan davalarda beraat kararı verilir. Siyasi parti kapatma davaları bu anlamda klasik ceza davalarından farklılık göstermektedir. Ayrıca burada, siyasi parti kapatıldıktan sonra eylemleri ile buna sebebiyet veren kişiler hakkında özel bir "hak yoksunluğu" olarak siyasetten yasaklılık kararı verilir. Bu tedbire hükmedilmesi parti hakkında kapatma kararının verilmesine bağlı kılınmıştır. Siyasi parti kapatma talebinin reddi veya kapatma yerine işlenen fiillerin ağırlığına göre Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma kararının verilmesi hâllerinde bu tedbire hükmedilemez. Dolayısıyla, siyasetten yasaklılık tedbiri parti kapatma tedbirine entegre edilmiş durumdadır. Bu noktada kapatılmasına karar verilen siyasi parti yönetici ve üyesi olup fiilleri kapatma kararına konu teşkil eden milletvekillerinin, diğer kamu personeline göre ayrıcalıklı bir nitelik taşıyan milletvekili emekli maaşı almaya devam edebilmesi dikkat çekicidir. Bu kişilere milletvekili emekli maaşı yerine yapılacak bir yasal bir düzenleme ile ödemiş oldukları sosyal güvenlik katkı payları dikkate alınarak emsali devlet memuru emekli maaşı seviyesinde emekli maaşı ödenmesinde, parti kapanmasına sebebiyet vermenin bir müeyyidesi olarak milletvekili olmaktan kaynaklanan ve kanunla sağlanan birtakım avantajların kullanılmasının önlenmesinde kamu yararı olduğu düşünülmektedir.

[104] Aynı gerekçelerle, siyasi partiler hakkında kapatma kararı yerine verilen Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma kararı da güvenlik tedbiri mahiyetindedir. Türk Ceza Hukuku sisteminde cezalar ve güvenlik tedbirleri olmak üzere iki çeşit yaptırım bulunmaktadır. Cezalar da kendi içerisinde hapis cezaları ve adli para cezaları olmak üzere ikiye ayrılırlar. Adli para cezaları ile ilgili esaslara TCK'nın 52'nci maddesinde yer verilmiştir. İlgili maddenin ilk fıkrasında adli para cezaları ile ilgili yapılan tanımdan da anlaşılacağı ve madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, bu yaptırım bakımından "gün para cezası" sistemi benimsenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasına göre cezaya konu bir gün karşılığında en az yirmi en fazla yüz Türk Lirası kişinin ekonomik ve diğer şahsi hâlleri göz önünde bulundurularak tespit edilecektir. Siyasi partiler hakkında kapatma yerine uygulanan Devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının bahsedilen adli para cezası yaptırımından farklı olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır. Hem partinin Devlet yardımından yoksun bırakılması hem de Kanun gereği kapatılan partinin mallarının hazineye geçmesi birer güvenlik tedbiri mahiyetindedir.

bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir. Siyasi partiler toplum için bu denli büyük önem arz edince, bunların kapatılması için açılan davaların da ceza hukuku prensiplerine göre sonuca bağlanmaları gerekir. Zira, ceza hukuku yaptırımları yalnızca toplumu ilgilendiren ağır hukuki değer ihlallerinin söz konusu olması hâllerinde devreye girmektedir. Buna son çare ilkesi de denir. Çünkü ceza hukuku yaptırımları hukukun diğer alanlarındaki yaptırımlara nazaran daha ağırdır. Ceza hukuku yaptırımları ağır yaptırımlar oldukları için tatbik edilmeleri de zor olmalıdır. Bu sebeple ceza kanunları ile ceza muhakemesi kanunları kişilerin haksız bir şekilde ceza yaptırımlarına maruz kalmamaları için çeşitli kurallar sevk ederler. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, masumiyet karinesi, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, kıyas yasağı, savunma hakkı ve iddia ve delillerle bağlı olmama ilkesi bu kurallardan bazılarıdır. Bu kuralların tamamı ceza hukukunun ağır yaptırımları karşısında kişilerin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için kabul edilmiştir.

Demokratik siyasi rejimlerde parti kapatmaya istisnai hâllerde son çare olarak başvurulması gerektiği ifade edilmektedir.[105] Siyasi partilerin kapatılması yaptırımının da siyasi faaliyette bulunma özgürlüğüne yönelik ve toplumun genelini ilgilendiren ağır bir yaptırım olması sebebiyle siyasi parti kapatma davalarının ceza davası olarak kabulü ve bu davalarda ceza ve ceza muhakemesi hukuku kurallarının uygulanması hukuk devleti ilkesine daha uygun olacaktır.[106]

Siyasi parti kapatma davalarında, siyasi partilerin Anayasa'nın 68'inci maddesinde yasaklanan eylemlerin işlendiği bir odak hâline geldiği her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delillerle ispat edilemiyorsa, bu durum şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca davalı siyasi parti lehine değerlendirilmeli ve siyasi partinin kapatılması talebi reddedilmelidir. Aynı şekilde suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, siyasi partilerin kapatılması sonucunu doğuracak tüm eylemler Anayasa'da açık ve belirli bir şekilde düzenlenmeli, bu kapsama girmeyen fiiller kıyas ya da genişletici yorum yapmak suretiyle siyasi parti kapatılması sonucunu doğuracak kapsama sokulmamalıdır. Siyasi partiye savunma hakkı tanınmalı, dava sırasında yeni delillerin ortaya çıkması hâlinde ek iddianame düzenlenip siyasi partiye ek savunma sunma imkânı sağlanmalıdır. Bu sebeple yukarıda yer verilen, siyasi parti kapatma davası sırasında yeni delillerin ortaya çıkması hâlinde ek iddianame düzenlenmesine gerek bulunmadığı yönündeki Anayasa Mahkemesi kararının isabetli olmadığını düşünmekteyiz. Yine bu yargılamayı yapacak makam olan Anayasa Mahkemesi dosyada bulunan iddia ve delillerle bağlı olacaktır. Burada son olarak ifade etmek gerekir ki bazı Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, siyasi parti

[105] İba (n 3) 101.

[106] *Sağlam*'ın da ifade ettiği üzere siyasi parti kapatma kararları toplumun genelini ilgilendiren ağır yaptırımlardır. Bu sebeple, siyasi parti kapatma davalarında ceza ve ceza muhakemesi hukuku kurallarının uygulanması gerekir. Yukarıda da ifade edildiği gibi Sağlam bu görüşünü siyasal partilerin temelli kapatılmasının idam cezası ile aynı özelliği gösterdiği şeklinde ifade etmiştir. Bkz Sağlam (n 73) 104.

kapatma davalarının duruşma yapmak yerine dosya üzerinden karara bağlanması, bu davanın niteliğinin ceza davası olduğu hususunu değiştirmeyecektir. Zira, duruşmalı yargılama, adil yargılama hakkı bakımından çok önemli olsa da duruşmasız yapılan yargılamaların otomatikman ceza davası niteliğinden çıktığına ya da adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine yönelik ulusal ya da uluslararası hukukta bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, siyasi parti kapatma davalarının duruşmalı olarak karara bağlanacağına ilişkin anayasal/yasal bir düzenleme yapılması bu davaların arz ettiği önem ve niteliğinin ceza davası olması sebebiyle isabetli olacaktır.

Bu davaların ceza davası niteliğinde olduğunun kabulü, parti kapatma davalarında CMK hükümlerinin uygulanacağına ilişkin düzenlemeyle getirilen güvenceyi daha da ileriye taşıyacaktır. Buna göre CMK'daki bazı hükümler siyasi partiler hakkında doğrudan uygulanma kabiliyetini haiz olmasa da kıyas yoluyla bu kapsama dahil edilebilir. Örneğin; siyasi partiye karşı kapatma davasının haksız olarak açılması ve partinin bundan zarar görmesi hâlinde CMK 141/3 hükmü uyarınca Devlet aleyhinde tazminat davası açılabilir. Bu düzenleme ile koruma tedbirleri dışındaki tazminat doğuran tüm adli kararlara karşı Devlet aleyhine tazminat davası açma imkânı getirilmiştir.[107] Bu hüküm uyarınca siyasi partiler, özellikle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının şartlar oluşmadan parti kapatma davası açması hâlleri ile zarar doğuran tüm hâkim ve savcı kararlarına karşı Devlet aleyhine tazminat davası açabilirler. Siyasi partilerin CMK'nın 141'inci maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen "koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası"nı[108] münhasıran açabilmesi de mümkün olabilecektir. Zira, parti kapatma davası sırasında siyasi partiler hakkında özellikle "arama" ve "elkoyma" gibi koruma tedbirlerine başvurulabilmesi mümkündür. Bu koruma tedbirlerine haksız ve hukuka aykırı olarak başvurulması hâlinde zarar görecek olan siyasi partiler, Devlet aleyhine "koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası" açabileceklerdir.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 52'nci maddesinde yer verilen siyasi parti kapatma davalarına CMK hükümlerinin uygulanacağına ilişkin hükmü yukarıda açıklanan gerekçeler bağlamında değerlendirmek gerekecektir.

Anayasanın 149'uncu maddesinin son fıkrasında yer alan ve kapatma davalarında parti genel başkanlığının ya da görevlendireceği bir vekilin sözlü savunmasının

[107] Bahri Öztürk, B. Eker Kazancı ve S. Soyer Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (3. Baskı, Seçkin 2019) 353; Serdal Baytar, 'Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılanması' (2005) (61) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 359, 373.

[108] Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası, bir suç soruşturması veya kovuşturması sırasında CMK 141'inci maddede sayılan görevlilerin usul kurallarına uymama veya keyfi adli işlemler nedeniyle kişilerin uğradıkları maddi ve manevi her türlü zararın giderilmesi için Devleti temsilen Hazineye karşı ağır ceza mahkemesinde açtıkları davalardır. Bkz Mustafa Albayrak, *Notlu-Atıflı-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu* (1. Baskı, Adalet 2015) 337; Öztürk, Kazancı ve Güleç (n 109) 349; Süheyl Donay, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku* (1. Baskı, Beta 2015) 265; Baytar (n 108) 361; Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2018) 350; Gürsel Yalvaç, 'Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat' (2015) 3(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 267, 274.

dinlenebileceğine ilişkin hüküm ile madde gerekçesi ve Anayasa Komisyonu Raporu[109] birlikte dikkate alındığında Anayasa koyucunun, ceza davası niteliği tartışmasız olan Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalara benzer şekilde siyasi parti kapatılmasına ilişkin davaların da dosya üzerinden incelenmesine istisna getirerek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısından sonra kapatılması istenen siyasî partinin genel başkanlığının veya tayin edeceği bir vekilin savunmasının dinlenmesine imkan sağladığı, bu suretle siyasi parti kapatma davalarını ceza davası niteliğinde gördüğü söylenilebilir. Diğer taraftan Cumhuriyet Savcısının ceza davası sayılmayan işlemleri iddianameyle değil, *"davaname"* ve *"talepname"* ile yapılmaktadır. Cumhuriyet Savcısının iddianameyle açtığı tüm davalar ceza davası sayılır ve siyasi parti kapatma davaları da iddianameyle açılmaktadır.

Son olarak; SPK'nın 116'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında *"Yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan, Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden yardım veya bağış kabul eden parti sorumlusu veya aday veya aday adayı bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* hükmüne yer verildiği görülmektedir. Bu hükme göre siyasi partilerin kapatılması sonucunu doğuran sebeplerden biri olan partinin yabancı kişi veya kuruluşlardan mali yardım alması, ayrıca ceza yaptırımı gerektiren bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu suçun faili ise ilgili nakdi desteği kabul eden parti sorumlusu veya aday veya aday adayıdır. Görüldüğü üzere, siyasi partinin yabancı kişi veya kuruluşlardan mali yardım alması yalnızca partinin kapatılması sonucunu doğuran bir eylem olarak öngörülmemiş, ayrıca bu yardımı kabul eden kişilerin cezai sorumluluklarına gidileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, suç teşkil eden ve karşılığında faillere hapis cezası öngörülen bu fiiller sonucunda ayrıca ceza sorumluluğu olmayan siyasi parti tüzel kişiliğinin kapatılmasına hükmedilecektir. Bu husus parti kapatma yaptırımının güvenlik tedbiri, parti kapatma davalarının ise ceza davası olduğu yönündeki belirlemeyi güçlendirir niteliktedir. Zira güvenlik tedbirleri, Türk hukukunda suç karşılığında tatbik edilen iki yaptırım türünden biridir. Partinin yabancı kişi veya kuruluşlardan mali yardım alması suçu karşılığında faillerin cezai sorumluluklarına gidilmekle beraber, cezai sorumluluğu bulunmayan parti tüzel kişiliği hakkında da kapatma yaptırımı uygulanmaktadır. Ezcümle, Anayasa koyucu ile kanun koyucunun parti kapatma davalarını ceza davası olarak kabul ettikleri anlaşılmaktadır.

Tüm bu açıklanan sebepler uyarınca, siyasi parti kapatma davalarının hukuki niteliğinin ceza davası olduğu yönünde bir kabul Türk hukuk sistemine ve demokratik hukuk devleti ilkesine daha uygun olacaktır.

[109] Anayasa Komisyonu Raporundaki "son sözün savunmaya ait olduğu ilkesi" ceza yargılaması hukukunun temel ilkelerinden biri olup bu ilkeye uyulmak suretiyle siyasi parti kapatma davasının "ceza davası" niteliğinde görüldüğü ortaya koyulmuştur. Siyasi parti genel başkanına son sözün verilerek dinlenilmesi duruşma olarak nitelendirilemese bile, bu usul, ceza muhakemesi hukukunda duruşmaya hakim olan ilkelerden "sözlülük", "doğrudanlık", "yüz yüzelik" ve "meramını anlatma-savunma yapma" yapma gibi ilkeleri önemli ölçüde hayata geçirdiğinden, siyasi parti kapatma davalarının ceza davası olduğu yönündeki kanaati güçlendirmektedir.

Sonuç

Siyasi partiler, demokratik siyasi yaşamın vazgeçilmez unsurları olsalar da bu durum siyasi partilerin her hâl ve şart altında faaliyetlerine devam etmesine göz yumulacağı anlamına gelmemektedir. Zira, bir hak ve hürriyetin kötüye kullanılmasına hukuk düzenince izin verilmesi beklenemez. Anayasa, bu esastan hareketle siyasi partiler bakımından geçerli olan bazı yasaklar öngörmüş, bu yasakların ihlal edilmesi hâlinde ise siyasi partilerin kapatılmasına ya da işlenen eylemlerin ağırlığına göre Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verilebileceğini düzenlemiştir. Siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin talepler, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından açılan dava üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından kesin karara bağlanmaktadır.

Anayasa, siyasi parti kapatma davasını düzenlemekle birlikte bu davanın hukuki niteliği bakımından bir tespitte bulunmamıştır. Öte yandan 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 52'nci maddesinde siyasi parti kapatma davalarında CMK hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde uygulanacağına ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Benzer bir hüküm, 2949 sayılı mülga Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 33'üncü maddesinde de yer almaktaydı. Bu düzenlemeler siyasi parti kapatma davalarının ceza davası olarak kabulü yönündeki görüşlere dayanak olarak gösterilmiştir.

Siyasi parti kapatma davalarının hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler ortaya koyulmaktadır. Bir görüş; özellikle parti kapatma yaptırımının bir ceza hukuku yaptırımı olduğundan bahisle bu davaların ceza davası niteliğinde olduğunu ifade ederken, diğer bir görüş siyasi parti kapatma davalarında CMK hükümlerinin uygulanması yönünde kanun düzenlenmesinin varlığından hareketle bu davaların ceza davası olmadığı yönünde bir kabulü benimsemekte ve parti kapatma davalarının kendi özgü bir mahiyetinin bulunduğunu ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti kapatma davalarında verdiği kararlarında da bu konuda bir istikrar bulunmamakla birlikte, son dönemde siyasi parti kapatma davalarının ceza davası olduğu yönündeki önceki görüş terk edilerek bu davaların kendine özgü bir dava olduğunu kabul eden kararları ağırlık kazanmıştır.

Kanaatimizce, siyasi parti kapatma davası kendine özgü bir ceza davası niteliğindedir. Zira, bu dava sonucunda siyasi partiler hakkında verilen; kapatma, Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma ve partinin tüm mallarının Hazineye geçmesi yönünde kararlar niteliği itibariyle ceza hukuku yaptırımlarından güvenlik tedbirlerini oluşturmaktadır. Güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesi için işlenmiş bir suçun varlığı kural olmakla beraber, bu kuralın istisnaları da bulunmaktadır. Siyasi parti kapatma kararları da o istisnalardan biridir. Anayasa ile

yasaklanan eylemleri işleyen kişilerin ceza mahkemelerinde mahkum olması gibi bir şart aranmamakla birlikte, siyasi partinin bu eylemlerin işlendiği bir odak hâline gelmesi durumunda hakkında kapatma tedbiri uygulanabilecektir. Ayrıca, SPK'nın 116'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında parti kapatma sebeplerinden biri olan siyasi partinin yabancılardan mali yardım kabul etmesi hâlinde, bu yardımı kabul eden gerçek kişilere hapis cezası öngörülmüştür. Bu düzenleme ile Anayasa hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi neticesinde, Anayasa koyucu ile kanun koyucunun parti kapatma davalarını ceza davası olarak kabul ettiği sonucu çıkarılabilir.

Siyasi parti kapatma yaptırımının ağırlığı da onun bir ceza yaptırımı olduğunu göstermektedir. Zira, ceza hukuku kuralları son çare ilkesi doğrultusunda yalnızca toplumun genelini ilgilendiren ağır hukuki değer ihlallerinin varlığı hâlinde devreye giren ve kendi yaptırımları da ağır nitelikte olan kurallardır. Dolayısıyla, demokratik siyasi yaşamın varlığı için hayati konumda olan siyasi partiler hakkında kapatma tedbirinin uygulanması, toplumun genel menfaatlerini ilgilendiren bir konu hakkında verilen ceza hukuku yaptırımıdır. Bu sebeple siyasi parti kapatma davalarında; suçta ve cezada kanunilik ilkesi, masumiyet karinesi, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, kıyas yasağı, savunma hakkı ve iddia ve delillerle bağlı olmama ilkesi gibi ceza ve ceza muhakemesi hukukunun tüm kuralları uygulanmalıdır.

Bu itibarla siyasi parti kapatma davalarının kendine özgü bir ceza davası niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.
Yazar Katkısı: Çalışma Konsepti/Tasarımı: İ.Ö., A.E.S.; Veri Toplama: İ.Ö., A.E.S.; Veri Analizi /Yorumlama: İ.Ö., AE.S.; Yazı Taslağı: İ.Ö., A.E.S.;; İçeriğin Eleştirel İncelemesi: İ.Ö., A.E.S.; Son Onay ve Sorumluluk: İ.Ö., A.E.S.

Peer-review: Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.
Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.
Author Contributions: Conception/Design of study: İ.Ö., A.E.S.; Data Acquisition: İ.Ö., A.E.S..; Data Analysis/Interpretation: İ.Ö., A.E.S..; Drafting Manuscript: İ.Ö., A.E.S..; Critical Revision of Manuscript: İ.Ö., A.E.S..; Final Approval and Accountability: İ.Ö., A.E.S.

Bibliyografya/Bibliography

Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (6. Baskı, Adalet 2019)

Akyazan AH, *'1982 Anayasası'na Göre Siyasi Partilerin Kapatılması'* (2006) (65) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 247-276.

Akyel R, *'Türkiye'de Siyasi Partilerin Hukuksal Konumları ve Denetimleri'* (2018) 6(12) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 115-154.

Albayrak M, *Notlu-Atıflı-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu* (1. Baskı, Adalet 2015)

Altınbaş S, '*Türkiye'de Parti Yasaklarının Parti Kapatma Davaları Üzerinden Okunması'* (2019) 7(1) Nişantaşı Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 44-59.

Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku: Genel Kısım* (2. Baskı, Seçkin 2019)

Aliefendioğlu Y, *Anayasa Yargısı* (1. Baskı, Yetkin 1997)

Atar Y, *Türk Anayasa Hukuku* (13. Baskı, Seçkin 2019)

Aydın H, *'Anayasa Mahkemesi Kararları Bağlamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İhlal Kararının, Siyasi Parti Kapatma Davalarında Yargılamanın Yenilenmesi Sebebi Olması'* (2009) (11) Yasama Dergisi 50-75.

Baytar S, *'Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılanması'* (2005) (61) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 359-373.

Bıçak V, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2018)

Centel N ve Zafer H, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (9. Baskı, Beta 2012)

Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı, Seçkin 2020)

Donay S, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku* (1. Baskı, Beta 2015)

Durmuş A, *Siyasi Partilerin Kapatılması ve Yüce Divan Kararlarını Yeniden Tartışmak* (1. Baskı, Beta 2001)

Ercan MS, *'Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Siyasal Parti Yasakları'* (2016) 3(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 49-70.

Eren A, *Anayasa Hukuku Dersleri* (2. Baskı, Seçkin 2020)

Ergül E, *Anayasa Hukukuna Başlangıç* (1. Baskı, Adalet 2020)

Eryılmaz MD, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (1. Baskı, Seçkin 2012)

Fendoğlu HT, *Anayasa Hukuku* (3. Baskı, Yetkin 2015)

Gökçe AF ve Dölek E, *'Anayasa Yargısı ve Demokrasi'* (2018) 5(6) Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 118-143.

Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri* (16. Baskı, Ekin 2014)

Güngör D ve Toroslu H, *'Müsadere ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Üzerine Kısa Bir Değerlendirme'* (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1967-1980.

Günler K, *'Türk Ceza Hukukunda Müsadere'* (2014) 18(3-4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 849-876.

Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Adalet 2019)

Karakoç R, *'1982 Anayasası'nın Siyasi Partilere İlişkin Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme'* (2013) 3(2) Çankırı Karatekin Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 55-70.

Kafes V, *'Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi'* (2011) 60(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 83-156.

Karakehya H ve Arabacı M, *'Cumhuriyet Savcısının Hukuki Statüsü, Muhakemedeki Taraf Pozisyonu ve İspat Yükünün Bulunması Üzerine'* (2016) 65(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2059-2081.

Koca M ve Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin 2020)

Kunter N, Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku* (18. Baskı, Beta 2010)

Kuzu B, *'1961 ve 1982 Anayasalarında ve Bunlara İlişkin Siyasi Partiler Kanunlarında Siyasi Parti Kavramı, Kuruluşu ve Kapatma Rejimi (Karşılaştırmalı Bir İnceleme)'* (1987) 52(1-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 145-184.

İba Ş, *Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku* (4. Baskı, Seçkin 2020)

Metin Y, *'Siyasi Parti Kapatma Davalarında Ortaya Çıkan Ön Sorunlar'* (1998) Güz (3) Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 223-236.

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (13. Baskı, Seçkin 2020)

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11. Baskı, Seçkin 2020)

Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (15. Baskı, Yetkin 2014)

Özen M, *'Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi'* (2009) 67(3) Ankara Barosu Dergisi 17-28.

Özen M, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, Adalet 2018)

Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı, Seçkin 2019)

Özgenç İ, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi* (2. Baskı, Seçkin 2005)

Öztürk B, Kazancı BE ve Güleç SS, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (3. Baskı, Seçkin 2019)

Öztürk İ, *'6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesiyle Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliğine Seçilmeleri Mümkün Olan Tüzel Kişilere Yönetim Kurulu Üyesi Sıfatıyla Ödenen Kar Paylarının Vergilendirilmesi'* (2016) 2(1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 93-120.

Öztürk NK, *Anayasa Hukuku* (2. Baskı, Seçkin 2019)

Sağlam F, *Siyasi Partiler Hukukunun Güncel Sorunları* (1. Baskı, Beta 1999)

Soyaslan D, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı, Yetkin 2018)

Şahin C ve Göktürk N, *Ceza Muhakemesi Hukuku I* (11. Baskı, Seçkin 2020)

Şık H, *Türk Adli Yargı Sisteminde Savcılık Kurumu* (1. Baskı, Adalet 2018)

Tanör B ve Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku* (19. Bası, Beta 2019)

Teziç E, *Anayasa Hukuku* (22. Baskı, Beta 2018)

Topaç TH, *'Eşya Müsaderesi (TCK. 54)'* (2013) (2) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 45-70.

Toroslu N, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (19. Baskı, Savaş 2013)

Toroslu N ve Feyzioğlu M, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (18. Baskı, Savaş 2018)

Tunç H, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar* (2. Baskı, Gazi Kitabevi 2019)

Turhan M, *'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları'* (2000) 57 (3) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 129-150.

Uslu F, *Anayasa Yargısı* (2. Baskı, Adalet 2018)

Uygun O, *'Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi'* (2000) (17) Anayasa Yargısı Dergisi 256-273.

Ünver Y ve Hakeri H, *Ceza Muhakemesi Hukuku (3 Cilt)* (15. Baskı, Adalet 2019)

Yalvaç G, *'Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat'* (2015) 3(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 267-306.

Yenisey F ve Nuhoğlu A, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (7. Baskı, Seçkin, 2018)

Yılmaz E, *Hukuk Sözlüğü* (10. Baskı, Yetkin 2011)

Yiğit U, *'Siyasi Partilerin Temelli Kapatılması İle Kapatılması Arasındaki Farklar ve Kapatılan Partilerin Yeniden Açılması'* (2008) (75) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 165-176.

Yiğit U ve Öztürk İ, *Yargı Hukuku* (1. Baskı, Adalet 2020)

Elektronik Kaynakça

https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/

https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf

https://www.lexpera.com.tr/

https://sozluk.gov.tr/

https://www.resmigazete.gov.tr/

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası, 79 (4), 1357-1390

DOI: 10.26650/mecmua.2021.79.4.0008
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 07.03.2020
Revizyon Talebi: 02.06.2020
Son Revizyon Tarihi: 07.09.2021
Kabul: 22.11.2021

Türk İdare Hukukunda Arkeolojik Sit Alanı Kararı*

Muradiye Çevikçelik**

Öz

Arkeolojik sit alanları, insanlığın başlangıcından günümüze kadar ulaşmış uygarlıkların sosyal, kültürel, coğrafi, ekonomik ve/veya politik özelliklerini yansıtan kültür varlıklarının bulunduğu, yer üstünde, yeraltında veya su altındaki yerleşmelerdir. Bu yerleşmeler, ait oldukları dönemin sosyal, kültürel, politik, ekonomik ve dini özelliklerini yansıttıkları için belge değerine sahiptir. Doğru bilgilere ulaşılabilmesi için arkeolojik kalıntıların bulundukları arkeolojik alanın, bu alandaki diğer kalıntılarla birlikte yorumlanması gerekir. Bunun için arkeolojik sit alanında yer alan taşınır eserlerin ve taşınmaz yapıların bir bütün halinde ve bulundukları çevreyle birlikte korunması gerekmektedir. Bütünleşik koruma olarak adlandırılan bu yaklaşım, ilk olarak 1975 yılında Amsterdam Bildirgesi'nde kabul edilmiştir. Çalışmanın konusunu oluşturan arkeolojik sit kararları, ülkemizde bütünleşik korumanın gerçekleştirilebilmesinin en önemli araçlarından biridir. Arkeolojik sit kararıyla tarihi bir yerleşimin koruma altına alınması ve gelecek kuşaklara ulaştırılması amaçlanmaktadır. Gerçekten arkeolojik sit alanları; defineciler, çarpık kentleşme ve sanayileşme başta olmak üzere pek çok tehditle karşı karşıyadır. Arkeolojik sit kararıyla arkeolojik yerleşimlere yönelik tehlikelerin bertaraf edilmesi amaçlanmaktadır. Arkeolojik sit kararları, tespit ve tescil süreçleri izlenerek Koruma Bölge Kurulları tarafından tesis edilen ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nda öngörülen usuller doğrultusunda ilan edilen idari işlemlerdir. Arkeolojik sit kararının hüküm ve sonuçlarını doğurma anı, Koruma Bölge Kurulu tarafından tescil kararının verildiği andır. Tapu siciline düşülecek şerh, bildirici bir nitelik taşımaktadır. Bu çalışmada, öncelikle arkeolojik sit alanı kavramı ve arkeolojik sitlerin derecelendirilmesi üzerinde durulacaktır. Devamında ise arkeolojik sit kararının hukuki rejimi, idare hukuku perspektifinden incelenecektir. Bu makalenin kapsamı arkeolojik sit kararlarının hukuki rejimiyle sınırlıdır. Kentsel, tarihi ve doğal sitler çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Arkeoloji, Arkeolojik Sit Alanı, İdare Hukuku, Koruma Bölge Kurulu, Tescil

Archaeological Site Decision in Turkish Administrative Law

Abstract

Archaeological sites are settlements above the ground, underground, or under water that contain cultural assets reflecting social, cultural, geographical, economic, and/or political characteristics of civilizations dating from the beginning of humanity to present day. These settlements have documentary value as they reflect social, cultural, political, economic, and religious characteristics of the period to which they belong. To uncover accurate information, archaeological remains from a particular settlement must be interpreted holistically and together. This approach, called integrated conservation, was first accepted in the Amsterdam Declaration in 1975. In Turkey, archaeological site decisions are one of the most important tools of integrated conservation. Archaeological site decisions aim to protect a historical settlement and ensure that it reaches future generations. Because archaeological areas are faced with many threats, especially treasure hunters, unplanned urbanization, and industrialization. Archaeological site decisions aim to eliminate dangers to archaeological settlements. The archaeological site decision is an administrative act implemented by the regional council for conservation following detection and registration processes and announced in accordance with the procedures provided by the Law on Conservation of Cultural and Natural

* Bu çalışma 19-20 Mart 2020 tarihleri arasında Ankara'da düzenlenen I. Uluslararası Kültür Sanat ve Edebiyat Kongresi'nde "İdare Hukuku Kapsamında Arkeolojik Sit Alanı Kararı" başlığıyla poster olarak sunulan bildirinin güncellenmiş ve genişletilmiş versiyonudur.

** **Sorumlu Yazar:** Muradiye Çevikçelik (Arş. Gör.), Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye. E-posta: mcevikcelik@erbakan.edu.tr ORCID: 0000-0002-6502-4076

Atıf: Cevikcelik M, "Türk İdare Hukukunda Arkeolojik Sit Alanı Kararı" (2021) 79(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1357. https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.4.0008

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

Property (Law no. 2863). In this study, the concept and categorization of archaeological sites will be addressed primarily. Subsequently, archaeological site decision making process will be discussed from the perspective of administrative law. The scope of this study is limited by the legal nature of the archaeological site decision. Urban, historical and natural sites fall outside of the scope of this study.

Keywords
Archaeology, Archaeological Site, Administrative Law, Regional Council for Conservation, Registration

Extended Summary

Archaeological sites are settlements above the ground, underground, or under water that contain cultural assets reflecting social, cultural, geographical, economic, and/or political characteristics of civilizations dating from the beginning of humanity to present day. Archaeological sites provide people with a sense of history and allow them to know themselves by connecting with their past. Therefore, protecting archaeological sites is closely related to the person's right to protect and develop their material and spiritual entity as specified in Article 17 of the Constitution of the Republic of Turkey.

According to Article 63 of the Constitution of the Republic of Turkey, the administration is obliged to protect historical, cultural, and natural assets. The archaeological site decision is one of the most important tools for protecting archaeological areas. Competent authority to decide on registration of an archaeological area as an archaeological site and removal of a registered area as a protected area belongs to the regional council for conservation.

The first step of the archaeological site decision is the detection process. This process involves activities carried out by the detection team to reveal whether an archaeological area is a cultural asset that must be protected. In case an area is announced as an archaeological site, it is required that opinions are taken during this process from relevant institutions and organizations whose activities may be affected. If relevant institutions and organizations do not express their opinions within 45 days, works are finished by the Ministry of Culture and Tourism.

All research conducted during the detection process must be documented. Based on the evaluation of this documentation, the regional council for conservation decides whether an area is to be registered as an archaeological site. The registration depends on the the regional council for conservation's decision making whether an area whose detection and documentation process are finished is a cultural asset that must be protected. The moment that archaeological site decision results emerge is when the registration decision has been made by the regional council for conservation. Therefore, the registration in the land registry is not constitutive but declarative.

The other important issue regarding archaeological site decisions is the announcement of this decision. Because in the Article 65 of the Law on Conservation of Cultural and Natural Property (Law no. 2863), specific punishments are regulated for actions that damage culturel assets that must be protected. While the criminal responsibilities of individuals are determined, it is necessary to investigate whether registration decisions made by the regional council for conservation are duly announced.

The scope of this study is limited by the legal nature of the archaeological site decision. Urban, historical, and natural sites fall outside of the scope of this study. In this study, the scope of the archaeological site concept is clarified, and the data on the website of the Ministry of Culture and Tourism is examined. Based on these data, the number of archaeological sites within protected areas in Turkey is determined, and these archaeological sites are compared according to their grades. Afterward, the detection, registration, and announcement process are examined based on the Law on Conservation of Cultural and Natural Property, the Regulation on Detection and Registration of Immovable Cultural Property and Sites Requiring Conservation, and other related regulations.

The archaeological site decision is important for the protection of archaeological areas. However, current developments show that the most important element in the protection of archaeological sites is raising the awareness of the need for protection. Although the administration is in charge of the protection of historical, cultural and natural assets, individuals should assume equal responsibility and participate in studies on protection, as these studies will always be deficient if conducted without concurrent awareness-raising efforts.

Türk İdare Hukukunda Arkeolojik Sit Alanı Kararı

I. Giriş

Arkeolojik sit alanları, insanlığın başlangıcından günümüze kadar ulaşmış uygarlıkların sosyal, kültürel, coğrafi, ekonomik, siyasi ve politik özelliklerini yansıtan kültür varlıklarının bulunduğu, yer üstünde, yeraltında veya su altındaki yerleşmelerdir. Arkeolojik sit alanları, kişilere geçmiş bilinci aşılamakta ve kişilerin geçmişiyle bağlantı kurarak kendilerini tanımalarına yardımcı olmaktadır. Dolayısıyla arkeolojik alanların korunması, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile yakından ilgilidir. İdare, Anayasa'nın 63. maddesi uyarınca, tarih, kültür ve tabiat varlıklarını korumakla yükümlüdür. Arkeolojik sit alanı kararı, arkeolojik alanları koruma araçlarından biri ve belki de en önemlisidir.

Bir arkeolojik alanın sit alanı olarak tescil edilmesinde ve tescil edilmiş bir alanın sit alanı olmaktan çıkarılmasında karar alma yetkisi Koruma Bölge Kurullarına aittir. Koruma Bölge Kurulları tespit, tescil ve ilan aşamalarını izleyerek arkeolojik sit alanlarını koruma altına almaktadır. Bu makalede, öncelikle arkeolojik sit alanı kavramının kapsamı açıklığa kavuşturulacaktır. Devamında ise 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (KTVKK)[1] ile diğer ilgili yönetmeliklerden hareketle tespit, tescil ve ilan aşamaları incelenecektir.

II. Arkeolojik Sit Alanı Kavramı[2]

İdarenin arkeolojik sit alanı kararı almasına dair usul ve esasları incelemeye geçmeden önce, arkeolojik sit alanı kavramının kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. 2863 sayılı Kanun'da arkeolojik sit alanı kavramının kapsamına ilişkin herhangi bir belirlemenin yapılmaması, söz konusu kavramın yönetmeliklerde farklı şekillerde tanımlanması sonucunu doğurmuştur. Elbette sınırları dahilinde insanlık tarihinin hemen her dönemine dair kalıntıların bulunduğu alanları barındıran ülkemizde, bütün arkeolojik sit alanlarını kapsayacak bir tanımın yapılmasının zor olduğu aşikardır. Hatta bu alanda uzman olmayan kişilerce yapılacak eksik bir tanımlamaya kanunda yer verilmesi, arkeolojik varlıkların korunması noktasında tehlikeli sonuçlar doğurabilir.

Arkeolojik sitler en basit ifadeyle ister yeraltında ister yer üstünde isterse su altında olsun birer tarih kitabıdır. Örneğin, mermer bir heykel yaşadığı dönemin sosyal, kültürel, politik, ekonomik ve dini özelliklerinin anlaşılmasını sağlayabilir. Bu nedenle yazılı şekilde günümüze ulaşması zor veya imkânsız olabilecek bilgilere heykelden,

[1] Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, Kanun Numarası: 2863, Kabul Tarihi: 21.07.1983, RG 23.07.1983/18113.

[2] Bu çalışma kapsamında yalnızca arkeolojik sit alanı kararlarına değinilecektir. Kentsel, tarihi ve doğal sit alanları çalışmanın kapsamı dışında yer almaktadır.

hamam kalıntısından veya çeşme yapısından ulaşılabilir. Bir arkeolojik kalıntı, bulunduğu arkeolojik alan ve bu alandaki diğer kalıntılarla birlikte yorumlanırsa doğru bilgilere ulaşılabilir. Binlerce yıl öncesine ait bir heykel elbette değerlidir. Fakat eser başlı başına ne kadar değerli olursa olsun, heykelin bağlamından kopartılarak değerlendirilmesi eksik veya yanlış bir yoruma neden olabilecektir. Dolayısıyla arkeolojik alanların korunması, bütünleşik koruma politikasını gerektirmektedir[3]. Kültür varlıklarının bütüncül bir yaklaşımla korunması düşüncesi ise sit alanlarını ortaya çıkarmıştır[4].

Bütünleşik koruma kavramı ilk olarak 1975 yılında Avrupa Mimari Miras Kongresi'nin sonuç metninde Amsterdam Bildirgesi'nde ortaya atılmış ve genel kabul görmüştür. Çok yönlü bir kavram olan bütünleşik koruma kapsamında sit alanı içinde yer alan taşınır ve taşınmaz yapıların bir bütün halinde korunması, mimarlık mirasının toplumsal yaşamla bütünleşmesinin sağlanması, yeni yapıların çevresiyle uyum içinde olması için yükseklik, arazi kullanım katsayısı gibi birtakım kısıtlamalara gidilmesi ve kültür varlıklarının çevreleriyle birlikte geniş bir perspektif içinde görülmesi gerekmektedir[5]. Zira bu varlıklar birbirlerine, iklim şartlarına, sosyal şartlara, coğrafi konumlarına ve üzerinde bulundukları taşınmaza ayrılmaz biçimde bağlıdır[6]. Kültürel mirasın korunmasına dair bir sloganda da belirtildiği üzere, *"geçmiş için bir gelecek"* sağlanmak isteniyorsa bütünleşik koruma tercih değil zorunluluktur.

Bütünleşik koruma kavramı ilk olarak 1975 yılında dile getirilmesine rağmen, bütün olarak koruma çabasına daha eski tarihli düzenlemelerde rastlanılmaktadır. Restorasyon malzemelerine ve koruma tekniklerine ilişkin 1931 tarihli Atina Tüzüğü'nün *(Carta Del Restauro)* 6. maddesinde, anıta ve çevresine saygılı olunması ve anıtın çevresiyle birlikte korunması gerektiği ifade edilmiştir[7]. Keza 1964 tarihli Venedik Tüzüğü'nün *(International Charter for the Conservation and Restoration of Monuments and Sites)* 7. maddesinde, bir anıtın tanıklık ettiği tarih ve içinde bulunduğu ortamın ayrılmaz bir parçası olduğu vurgulanmıştır. Bu nedenle, istisnai

[3] Bütüncül koruma politikası ile arkeolojik kazılarda multidisipliner çalışma birbirini tamamlamaktadır. Bir arkeolojik alan ancak bütün kalıntılarıyla birlikte korunur ve bu alandaki çalışmalar multidisipliner uzmanlardan oluşan bir ekiple yürütülürse gerçekten başarılı sonuçlara ulaşılabilir. Venedik Tüzüğü'nün 2. maddesinde de mimari mirasın incelenmesi ve korunması için bütün bilim ve tekniklerden yararlanılması gerektiği ifade edilmiştir. Örneğin, Psidia Bölgesi'nin önemli şehirlerinden biri olan Sagalassos'ta Roma ve Orta Bizans Dönemi'nde yaşadığı tahmin edilen kişilere ait kemik ve diş örnekleri alınmıştır. Aynı zamanda Burdur'a bağlı Ağlasun ilçesinin Sagalassos'a yakın köylerinde yaşayan yöre insanlarından da DNA örneği alınmıştır. Alınan bu örnekler analiz edilmiş ve yaklaşık iki bin yıllık süreçte bölgede genetik bir kesinti olmadığı ve gen havuzunun homojen kaldığı sonucuna ulaşılmıştır. Claudio Ottoni, Rita Rasterio, Rinse Willet, Johan Claeys, Peter Talloen, Katrien Van de Vijverl, Lounès Chikhi, Jeroen Poblome, Ronny Decorte, "Comparing Maternal Genetic Variation Across Two Millennia Reveals the Demographic History of an Ancient Human Population in Southwest Turkey" (2016) 3(2) Royal Society Open Science 7.

[4] Nusret İlker Çolak, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku (2. Bası, On İki Levha 2015) 659.

[5] <http://www.icomos.org.tr/Dosyalar/ICOMOSTR_tr0458320001536681780.pdf> Erişim Tarihi 13.02.2020.

[6] Ilgın Özkaya Özlüer, "Sit Alanlarının Planlanması" (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2018) 64; Oğuz Sancakdar, *Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku* (Seçkin 2012) 52.

[7] <http://www.icomos.org.tr/Dosyalar/ICOMOSTR_tr0660878001536681682.pdf> Erişim Tarihi 13.02.2020.

durumlar hariç olmak kaydıyla, kültür varlığının tümünün veya bir parçasının başka bir yere taşınmasına izin verilmemelidir[8]. Bütüncül korumanın gerçekleştirilmesinin en önemli araçlarından biri, sit alanı kararlarıdır.

Arkeolojik sit alanı uygulamasının, başta Anayasa'nın 35. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1. Protokolü'nün 1. maddesiyle koruma altına alınan mülkiyet hakkı olmak üzere, çeşitli haklara bir müdahale niteliği taşıması söz konusu kavramın kapsamının ve sınırlarının ortaya konulmasını gerektirmektedir. Arkeolojik sit alanı, 06.05.1973 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 1710 sayılı Eski Eserler Kanunu'nda[9] tanımlanmıştır. Her ne kadar 1710 sayılı Kanun, 2863 sayılı Kanun'la mülga edilse de 1. maddesinde yer alan arkeolojik sit kavramına ilişkin tanım önemini korumaya devam etmektedir. Bu tanımlamaya göre *"antik bir yerleşmenin veya eski bir medeniyetin kalıntılarının bulunduğu yer veya su altında bilinen veya meydana çıkarılan yerlere ARKEOLOJİK SİT (tarihi şehir kalıntısı) veya ÖREN YERİ"* denilmektedir.

Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu'nun 658 sayılı ilke kararına[10] ve Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının ve Sitlerin Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmelik'in[11] 3. maddesinin a bendine göre arkeolojik sit alanı, *"insanlığın varoluşundan günümüze kadar ulaşan eski uygarlıkların yer altında, yer üstünde ve su altındaki ürünlerini, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik ve kültürel özelliklerini yansıtan her türlü kültür varlığının yer aldığı yerleşmeler ve alanları"* ifade etmektedir.

Alan Yönetimi ile Anıt Eser Kurulunun Kuruluş ve Görevleri ile Yönetim Alanlarının Belirlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in[12] 4. maddesine göre arkeolojik sit, *"kültür varlıklarının yoğun olarak bulunduğu sosyal yaşama konu olmuş veya önemli tarihi hadiselerin cereyan ettiği alanı"* ifade etmektedir.

Sit Alanlarında Kalan Taşınmazların Hazine Taşınmazları ile Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik'in[13] 3. maddesinin a bendine göre arkeolojik sit, *"antik bir yerleşmenin veya eski bir medeniyetin kalıntılarının bulunduğu yer veya su altında bulunan veya meydana çıkarılan korunması gerekli alanları"* ifade etmektedir.

8 <http://www.icomos.org.tr/Dosyalar/ICOMOSTR_tr0243603001536681730.pdf> Erişim Tarihi 13.02.2020.

9 Eski Eserler Kanunu, Kanun Numarası: 1710, Kabul Tarihi: 25.04.1973, RG 06.05.1973/14527.

10 Kültür ve Turizm Bakanlığı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu, 05.11.1999/658 <https://kvmgm.ktb.gov.tr/TR-44310/ilke-karari--karar-no-658--karar-tarihi-05111999.html> Erişim Tarihi: 01.02.2020.

11 RG 13.03.2012/28232.

12 RG 27.11.2005/26006.

13 RG 22.05.2010/27588.

Mevzuatta yer alan bu tanımlardan hareketle arkeolojik sit alanı, insanlığın varoluşundan günümüze kadarki süreçte yaşayan uygarlıklar tarafından üretilmiş kültür varlıklarının yer aldığı; çeşitli uygarlıklara ait sosyal, ekonomik ve kültürel özellikleri yansıtan; yeraltında, yer üstünde veya su altında bulunan alanlardır[14].

Mülga 1710 sayılı Kanun'da bir alanın arkeolojik alan sayılabilmesi için söz konusu alanda "*antik bir yerleşmenin veya eski bir medeniyetin kalıntılarının"* bulunması kanuni bir zorunluluk olmasına rağmen, 2863 sayılı Kanun ile *"antik15"* veya *"eski16"* olma kriterlerinin aranmasına son verilmiştir[17]. Sit Alanlarında Kalan Taşınmazların Hazine Taşınmazları ile Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik'te yer alan arkeolojik sit alanı tanımında söz konusu alanda *"antik bir yerleşmenin veya eski bir medeniyetin kalıntılarının",* Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının ve Sitlerin Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmelik'te ise *"insanlığın varoluşundan günümüze kadar ulaşan eski uygarlıkların"* kalıntılarının bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Bu durum arkeolojik sit alanlarına dair Kanun'da bulunmayan sınırlamalara yönetmeliklerde yer verildiğini göstermektedir. Kanun'da ise yalnızca *"tarih öncesi"* veya *"tarihi devirlere ait"* olma kriterleri bulunmaktadır. Dolayısıyla yakın tarihlere ait olan kültür varlıklarının da *"tarihi devirlere ait"* kabul edilerek kanun kapsamına dahil edilmesi gerektiği aşikardır[18]. Zira her ne kadar yakın tarihlere ait olsa da o nesnenin korunup gelecek kuşaklara aktarılmasında kamu yararı[19] bulunabilir[20].

III. Arkeolojik Sit Alanı Grupları

2863 sayılı Kanun'da arkeolojik sit alanlarına dair herhangi bir ayrım bulunmamaktadır. Yalnızca Kanun'un 11. ve geçici 7. maddesinde belirli arkeolojik sit alanları için ayrıksı düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir.

Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının ve Sitlerin Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmelik, Sit Alanlarında Kalan Taşınmazların Hazine Taşınmazları ile Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik ve Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu'nun 658 sayılı ilke kararında arkeolojik sit alanları taşıdıkları önem derecesine göre üç gruba ayrılarak ele alınmıştır: I. derece arkeolojik sit alanları, II.

[14] Ahmet Kürşat Ersöz, *Türk İdare Hukuku Kapsamında Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması* (On İki Levha 2017) 109; Sadık Kırbaş, *Devlet Malları* (Adım 1988) 27.

[15] *"Antik – Eski çağla ilgili; Yunan ve Roma uygarlık ve tarih dönemi",* Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (3. Bası, Yetkin 2005) 58.

[16] Türk Dil Kurumuna göre eski, *"çoktan beri var olan, üzerinden çok zaman geçmiş bulunan, yeni karşıtı"* şeklinde tanımlanmıştır. <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi 01.02.2020.

[17] Özkaya Özlüer (n 6) 35.

[18] Oğuz Sancakdar, *Belediyenin İmar Planı Yapma ve Değiştirme Yetkisi* (Yetkin 1996) 104 vd.

[19] Münci Çakmak, *İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı* (Seçkin 2013) 96 vd.

[20] *"...O yüzden, bir toplumun eski eserleri koruması, insanlık kültürü için de büyük bir hizmettir..."* Ahmet Mumcu, "Eski Eserler Hukuku ve Türkiye" (1969) 26(3-4) AÜHFD 51; Sancakdar (n 18) 105; Bilge Umar ve Altan Çilingiroğlu, *Eski Eserler Hukuku* (DEÜHF Yayınları 1990) 42 vd.

derece arkeolojik sit alanları ve III. derece arkeolojik sit alanları[21]. Ayrıca söz konusu düzenlemelerde her grup arkeolojik sit alanı için çeşitli korumalar öngörülmüştür.

I. derece arkeolojik sit alanları, *"tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli medeniyetlerin ürünü olup, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini yansıtan kent kalıntıları ile yerleşim alanları ve sosyal yaşama konu olmuş; taşınmaz kültür varlıklarına ait kalıntılar ve buluntuların veya bunu destekleyen taşınır kültür varlığı buluntularının yoğun olarak yer aldığı"* alanlardır (Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının ve Sitlerin Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmelik m. 4). I. derece arkeolojik sit alanlarının aynen muhafaza edilmesi gerekmektedir (658 sayılı ilke kararı; Sit Alanlarında Kalan Taşınmazların Hazine Taşınmazları ile Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik m. 3). Dolayısıyla bu alanlarda hiçbir yapılaşmaya izin verilmeyecek, korumaya yönelik bilimsel kazılar dışında herhangi bir kazı yapılmayacaktır. Ayrıca I. derece arkeolojik sit alanları, imar planlarında aynen korunması gereken sit alanı olarak belirlenecektir (658 sayılı ilke kararı).

II. derece arkeolojik sit alanları, *"tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli medeniyetlerin ürünü olup, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini kısmen yansıtan yerleşim alanları ve sosyal yaşama konu olmuş alanlardan olması; ancak Birinci Derece Arkeolojik sitler kadar yoğun kültür varlığı kalıntı ve buluntusuna sahip olmayan veya kısmen modern yerleşme birimleri ile de doku bozulmaları görülen"* alanlardır (Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının ve Sitlerin Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmelik m. 4). II. derece arkeolojik sit alanlarının da I. derece arkeolojik sit alanları gibi korumaya yönelik bilimsel çalışmalar dışında aynen korunması gerekmektedir[22]. Ancak bu alanların koruma ve kullanma koşulları ilgili koruma kurulları tarafından belirlenecektir (658 sayılı ilke kararı; Sit Alanlarında Kalan Taşınmazların Hazine Taşınmazları ile Değiştirilmesi Hakkında Yönetmelik m. 3).

Bir alanın III. derece arkeolojik sit alanı olarak nitelendirilebilmesi için söz konusu alanın *"ender rastlanılan buluntulardan ve/veya bilimsel araştırmalar, çevresel gözlemler ile bilimsel varsayımlar sonucunda kültür varlığı veya kalıntısı bulunma olasılığı olan alanlardan olması veya Birinci ve İkinci Derece Arkeolojik Sitlerle etkileşim içinde ve bu alanların korunmasında uzun ya da kısa vadede kamu yararı olan alanlardan olması"* gerekmektedir (Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının ve Sitlerin Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmelik m. 4). III.

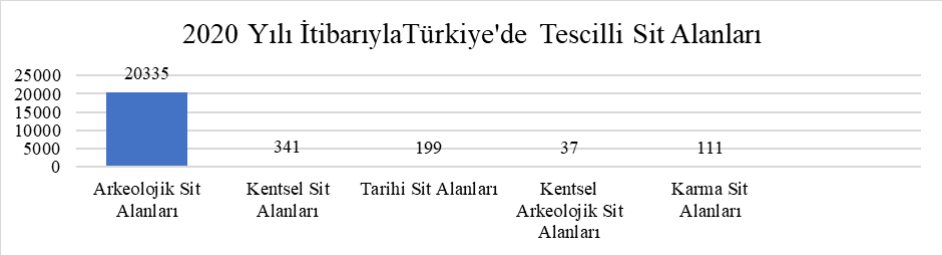
[21] Alman hukukunda kültür varlıkları arasında derecelendirme veya sınıflandırma yapılmamaktadır. Oğuz Sancakdar ve İlker Tepe, "Alman Hukukunda Kültür Varlığı (Kulturdenkmal) Kavramı ve Başlıca Koruma İlkeleri" (2009) 11(Özel Sayı) DEÜHFD 1781.

[22] *"…1. ve 2. derece arkeolojik sit alanlarının ise, korumaya yönelik bilimsel çalışmalar dışında aynen korunacak sit alanları olup bu alanlarda 658 Sayılı ilke kararında belirtilen istisnalar dışında hiçbir yapılaşmaya izin verilemeyeceği; bir diğer deyişle, söz konusu alanlarda mutlak yapılaşma yasağının öngörüldüğü anlaşılmaktadır…"* Danıştay 14 D, 2017/859, 22.06.2017, (Yürütmenin Durdurulması Kararı), <www.kazancı.com> Erişim Tarihi 03.02.2020.

derece arkeolojik sit alanlarında koruma-kullanma kararları doğrultusunda yeni düzenlemelere izin verilebilecektir (658 sayılı ilke kararı).

Ülkemiz verimli toprakları, uygun iklim koşulları ve jeopolitik konumu nedeniyle tarihin bütün dönemlerinde cazip bir yerleşim ve ticaret merkezi olmuştur. Özellikle Stonehenge (M.Ö. 3000) ve Giza Pramitleri (M.Ö. 3000)'nden binlerce yıl öncesine günümüzden yaklaşık 12.000 bin yıl önceye uzanan Göbeklitepe[23], son dönemde yapılan kazı çalışmaları ile Türkiye'de ve dünyada heyecan uyandırmıştır. Keza tarihi M.Ö. 7400 ve 6200'e kadar uzanan Çatalhöyük[24], tarihi M.Ö. 8400-8100'e uzanan Nevali Çori[25] ve tarihi M.Ö. 3000'e uzanan Kültepe[26] başta olmak üzere, uygarlık tarihine ışık tutan ve yıllardır doğru kabul edilen bilgilerin sorgulanmasına yol açan pek çok kültür varlığının yer aldığı arkeolojik alanlar ülkemiz sınırları dahilindedir. MUMCU, bu özelliği nedeniyle ülkemizi eski eser deposuna benzetmektedir[27].

Arkeolojik sit alanları, 2019 verileri doğrultusunda, ülkemizde tescil edilen sit alanları içerisinde en yüksek orana sahiptir (Grafik 1)[28]. I. derece arkeolojik sit alanları ise tescil edilmiş arkeolojik sit alanları içerisinde en yüksek paya sahiptir (Grafik 2)[29]. Bu veriler uygarlık tarihi için ülkemiz coğrafyasının önemini göstermesi açısından oldukça önemlidir.



Grafik 1

[23] <https://kvmgm.ktb.gov.tr/TR-44420/gobeklitepe-arkeolojik-alani-sanliurfa.html> Erişim Tarihi 03.02.2020; Göktuğ Halis, *Yeni Başlayanlar İçin Göbeklitepe* (2. Bası, A7 Kitap 2019) 60; Karl W Luckert, *Göbekli Tepe* (3. Bası, Alfa 2017) 13.

[24] <https://kvmgm.ktb.gov.tr/TR-46251/catalhoyuk-neolitik-kenti-konya.html> Erişim Tarihi 03.02.3019.

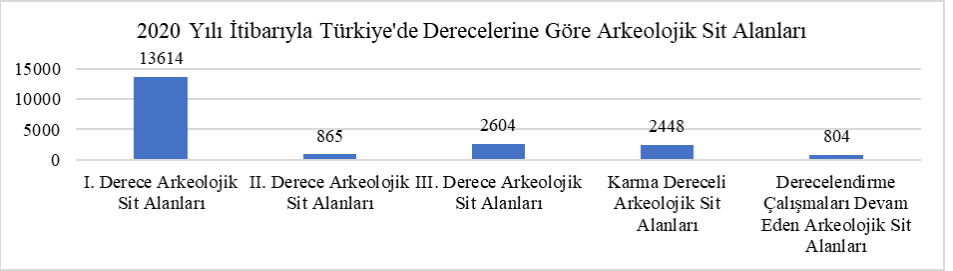
[25] <http://www.tayproject.org/TAYages.fm$Retrieve?CagNo=2309&html=ages_detail_t.html&layout=web> Erişim Tarihi 03.02.2020.

[26] <https://kayseri.ktb.gov.tr/TR-183407/kultepe.html> Erişim Tarihi 29.03.2020.

[27] Mumcu (n 20) 45.

[28] Grafiğe esas alınan veriler için bkz. <https://kvmgm.ktb.gov.tr/TR-44973/turkiye-geneli-sit-alanlari-istatistikleri.html> Erişim Tarihi 08.06.2021.

[29] Grafiğe esas alınan veriler için bkz. <https://kvmgm.ktb.gov.tr/TR-104410/turkiye-genelinde-derecelerine-gore-arkeolojik-sit-alan-.html> Erişim Tarihi 08.06.2021.



Grafik 2

IV. Arkeolojik Sit Alanı Kararı Alınma Süreci

Tarihi, kültürel ve doğal varlıkların korunması, *"XI. Tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması"* başlıklı Anayasa'nın 63. maddesi uyarınca, devletin sorumluluğu altındadır. Söz konusu hüküm *"Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler"* başlıklı üçüncü bölümünün altında düzenlenmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 65. maddesi uyarınca devlet, bu görevini *"amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde"* yerine getirecektir[30]. Bu hüküm idarenin mali kaynaklarının yetersiz olduğunu ileri sürerek tarihi, kültürel ve doğal varlıkların korunması hususunda görevini hiç yerine getirmeyeceği anlamına gelmemektedir[31]. Zira Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen, kişinin maddi ve manevi varlığını koruyabilmesi ve geliştirebilmesi için tarihi, kültürel ve doğal varlıkların korunması elzemdir. Bununla birlikte devletin tarihi, kültürel ve doğal varlıkların korunması noktasında önem ve öncelik sıralaması yapması gerekmektedir[32].

[30] *"...Dava, davacıların hissedarı olduğu kültür varlığı olarak tescilli yapının uzun süre kamulaştırılmaması nedeniyle doğan maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılmış, İdare Mahkemesince; taşınmazın kültür varlığı olarak tescil edilmesinin yapının kullanımına bir sınırlama getirmediği, onarım yapılmaması nedeniyle meydana gelen yıpranma ve diğer zararların oluşumunda idarelerin kusurlu olduğundan söz edilemeyeceği, kültür varlığı olarak tescilden sonra yapıların kısa süre içerisinde kamulaştırılmalarının gerekmediği, Bakanlığın kamulaştırma programı ve bütçesi uyarınca değerlendirme yapacağı, bu durumda davalı idarelerin hizmet kusuru bulunmadığından maddi ve manevi tazminatın ödenmesini gerektirecek koşulların oluşmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; bu karar, davacılar vekilince temyiz edilmiştir. Tazminat isteminin yukarıda özetlenen gerekçeyle reddi yolundaki temyize konu ... İdare Mahkemesinin ... kararında ... bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, bozma istemi yerinde görülmeyerek anılan mahkeme kararının onanmasına ... karar verildi."* Danıştay 6 D, 5427/1929, 05.04.2005, <www.kazancı.com> Erişim Tarihi 03.02.2020.

[31] Özkaya Özlüer (n 6) 148.

[32] Özkaya Özlüer (n 6) 148 vd; Anayasa'nın 166. maddesinin ilk fıkrası uyarınca *"Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayiin ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmak Devletin görevidir"*.

Arkeolojik sit alanı kararı alınması hususunda yetkili makam kültür ve tabiat varlıklarını Koruma Bölge Kurullarıdır[33]. Ancak arkeolojik sit kararının alınması, birtakım kurum ve kuruşların müdahil olduğu ve çeşitli aşamalardan oluşan idari bir süreçtir. Gerek başta mülkiyet hakkı olmak üzere çeşitli hakların sınırlandırılması sonucunu doğurması, gerek çeşitli kurum ve kuruluşların faaliyetlerini etkileyebilmesi, gerekse insanlık tarihi açısından taşıdıkları önem arkeolojik sit alanı kararının aşamalarının ayrıntılı olarak tahlil edilmesini gerektirmektedir.

Arkeolojik sit alanı kararı tespit, tescil ve ilan aşamalarından geçilerek tesis edilmektedir.

A. Tespit

Bir arkeolojik alanın korunmasının gerekli olup olmadığının tespit edilmesi, sit kararının ilk ve belki de en önemli adımıdır[34]. Korunması gerekli arkeolojik varlıkların doğru bir şekilde belirlenmesi, söz konusu alanda yürütülecek koruma faaliyetlerinin niteliği ve yoğunluğu için temel veridir. Bu nedenle tespit çalışmalarının bilimsellikten uzaklaşılmadan yürütülmesi gerekir[35].

Tespit işlemi, tescil kararının hazırlık işlemi niteliğindedir[36]. Hazırlık işlemleri, idarenin bir idari işlemi yapmadan önce, işlemin hazırlayıcısı olarak tesis ettiği tutanak, rapor, teklif gibi işlemlerdir[37]. Hazırlık işlemleri kural olarak icrai niteliğe sahip değillerdir ve tek başlarına iptal davasının konusunu oluşturamazlar[38]. Ancak ilgililerin hukuki statüsünde değişiklik yaratan hazırlık işlemleri icrai nitelikte kabul edilerek ayrılabilir işlem kuramı[39] uyarınca asıl işlemden bağımsız olarak iptal davasının konusunu oluşturabilecektir[40].

---

33 <https://korumakurullari.ktb.gov.tr/> Erişim Tarihi 03.02.2020; Yetkide paralellik ilkesi uyarınca, tescil kararının geri alınması ve kaldırılması hususunda da Koruma Bölge Kurulları yetkilidir. Danıştay 14. Dairesi bu durumu bir kararında şöyle vurgulamıştır: *"…Uyuşmazlık konusu olayda ise; davacılar tarafından; taşınmazın kültür varlığı olarak tesciline ve koruma alanı belirlenmesine ilişkin Koruma Bölge Kurulu kararının iptali ve taşınmazın parsel numarasının da düzeltilmesi istemiyle yapılan başvuru üzerine, usulde ve yetkide paralellik ilkesi gereğince istemin Koruma Bölge Kurulunca değerlendirilmesi gerekirken, bu konuda yetkisiz makam olan … Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu Müdürlüğü tarafından tesis edilen işlemde yetki yönünden hukuka uyarlık, İdare Mahkemesince davanın reddi yolunda verilen kararda ise hukuki isabet bulunmamaktadır…"* Danıştay 14 D, 10657/6669, 15.11.2018 <www.kazancı.com> Erişim Tarihi 03.02.2020.

34 İhsan Baştürk, "Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 65/a-b Maddesinin İptaline ve Bu Kararın Yürürlüğünün Ertelemesine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Bağlamında Bazı Değerlendirmeler" (2013) 3(2) HHFD 42.

35 Can Eröksüz, *Arkeolojik Sit Alanları* (Adalet 2018) 62.

36 Özkaya Özlüer (n 6) 151.

37 Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (12. Bası, Savaş 2020) 336; Metin Günday, *İdare Hukuku* (11. Bası, İmaj 2017) 124.

38 Cemil Kaya, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İşlemler" (2004) 9(1-2) GÜHFD 261.

39 Ayrılabilir işlem kuram, idarenin sözleşmelerinde sözleşme imzalanmadan önce tesis edilen idari işlemlerin süreçten ayrılarak iptal davasına konu edilebilmesi amacıyla ortaya atılmıştır. Daha sonraları ise zincir işlemi oluşturan halka işlemlerden icrai niteliğe sahip olanların, nihai işlemden bağımsız olarak iptal davasına konu edilebilmelerine imkân verecek şekilde anlamı genişlemiştir. Murat Sezginer, Ayrılabilir İşlem Kuramı (Yetkin 2000) 59 vd.

40 Celal Erkut, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği (Danıştay Başkanlığı Yayınları 1990) 140.

Arkeolojik açıdan değerli ve önemli olduğu tespit edilen bir taşınmazın hukuki statüsünün sit alanı şeklinde değişmesi, Koruma Bölge Kurulu tarafından verilecek tescil kararıyla gerçekleşmektedir. Tespit işlemi icrai niteliğe sahip olmadığı için ilgili taşınmaz malın statüsünde herhangi bir değişiklik meydana getirmemektedir. Bir sonraki başlıkta değinileceği üzere, Koruma Bölge Kurulları, tespit çalışmaları neticesinde düzenlenecek raporları ve Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının ve Sitlerin Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesinde yer alan belgeleri değerlendirerek bir taşınmazın arkeolojik sit alanı olarak tescil edilmesinin uygun olup olmadığına karar verecektir. Bu aşamada Koruma Bölge Kurulu, tespit ekibinin görüşüyle bağlı değildir. Yapılacak değerlendirme neticesinde tescil talebinin reddi şeklinde karar verilmesi mümkündür[41].

Hazırlık işlemi olması nedeniyle, tespit faaliyetlerinin yapılmaması veya yeterince araştırılmaksızın başka idarelerden alınan verilerden hareketle tespit işleminin tesis edilmesi tescil kararını da hukuka aykırı hale getirecektir[42]. Zira tespit işlemi büyük oranda tescil kararına esas teşkil etmekte ve Koruma Bölge Kurulu tarafından yapılan görüşmeler tespit aşamasında yapılan araştırmalar doğrultusunda şekillenmektedir.

Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının ve Sitlerin Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmelik'in 3. maddesine göre tespit süreci, *"...2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 3 üncü maddesinde tanımlanan ve 6 ncı maddesinde açıklanan korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarının 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 7 nci maddesine göre bu yönetmelikte belirtilen usuller, esaslar ve kıstaslar doğrultusunda, oluşturulacak bir ekip tarafından, teknik bir çalışma ile değerlendirilerek belgelendirilmesini, koruma amaçlı imar planı müellifi, üniversiteler ya da bilimsel araştırma yapan uzmanlarca veya ilgili meslek odası gibi konu ile doğrudan ilgili kişi, kurum ve kuruluşlarca bu yönetmeliğe göre hazırlanarak Bakanlık ilgili birimlerine iletilen çalışmaların Bakanlık ilgili birim elemanlarınca yerinde kontrol edilmesini"* ifade etmektedir. Kısaca tespit aşaması, bir taşınmazın tescil edilebilmesi için Kanun'da ve yönetmeliklerde öngörülen esaslara uygun olup olmadığına dair araştırma ve belgeleme faaliyetleridir[43].

Bir alanın arkeolojik sit alanı olup olmadığına ilişkin tespit çalışmaları Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde gerçekleştirilecektir (KTVKK m. 7/1). Tespit sürecinin ilk aşaması tespit faaliyetlerini yürütecek bir ekibin kurulmasıdır. Tespit ekibi ise *"yapılacak çalışmanın konusu, çalışmaya esas teşkil eden varlıkların nitelikleri ve yerine göre"* belirlenecek en az iki kişiden oluşmalıdır (Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının ve Sitlerin Tespit ve Tescili Hakkında

41 Çolak (n 4) 492.

42 Ersöz (n 14) 58.

43 Perihan Dönertaş, "Arkeolojik Sit Alanlarının Tespiti, Tescili, Korunması ve Yapılan Uygulamalar Doğrultusunda: Eskiyapar Höyüğü" (Yüksek Lisans Tezi, Adnan Menderes Üniversitesi 2014) 18.

Yönetmelik m. 3/1-ö). Tespit ekibinde yer alacak kişiler Kültür ve Turizm Bakanlığı, diğer ilgili kurum ve kuruluşların uzmanlarından veya Vakıflar Genel Müdürlüğünün kendi uzmanları arasından seçilecektir (Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının ve Sitlerin Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmelik m. 3/1-ö). Bu hüküm tespit faaliyetlerinin ekip çalışması olduğunu ortaya koymaktadır[44].

Arkeolojik sit alanlarının tespit ve tescilinde başvurulacak değerlendirme kriterlerine Yönetmelik'in 4. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre bir alanın arkeolojik sit alanı olarak tespit ve tescil edilebilmesi için aşağıdaki şartların mevcut olması gerekmektedir;

> *"d) Arkeolojik sitler için; yazılı bilgilere, sathi kalıntılara veya bilimsel araştırmalara dayanması; çevresel gözlemler ile bilimsel varsayımlar veya topoğrafik açılardan yeterli niteliklere sahip olması;*
>
> *1) Birinci Derece Arkeolojik Sitlerde; tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli medeniyetlerin ürünü olup, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini yansıtan kent kalıntıları ile yerleşim alanları ve sosyal yaşama konu olmuş; taşınmaz kültür varlıklarına ait kalıntılar ve buluntuların veya bunu destekleyen taşınır kültür varlığı buluntularının yoğun olarak yer aldığı alanlardan olması,*
>
> *2) İkinci Derece Arkeolojik Sitlerde; tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli medeniyetlerin ürünü olup, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini kısmen yansıtan yerleşim alanları ve sosyal yaşama konu olmuş alanlardan olması; ancak Birinci Derece Arkeolojik sitler kadar yoğun kültür varlığı kalıntı ve buluntusuna sahip olmayan veya kısmen modern yerleşme birimleri ile de doku bozulmaları görülen arkeolojik alanlardan olması,*
>
> *3) Üçüncü Derece Arkeolojik Sitlerde; ender rastlanılan buluntulardan ve/veya bilimsel araştırmalar, çevresel gözlemler ile bilimsel varsayımlar sonucunda kültür varlığı veya kalıntısı bulunma olasılığı olan alanlardan olması veya Birinci ve İkinci Derece Arkeolojik Sitlerle etkileşim içinde ve bu alanların korunmasında uzun ya da kısa vadede kamu yararı olan alanlardan olması".*

Arkeolojik sit alanının tespiti aşamasında yapılacak değerlendirmelerde kültür varlıklarının tarih, sanat ve bölge özellikleri ile diğer özelliklerinin dikkate alınacağı Kanun'un 7. maddesinde ifade edilmiştir. Ancak *"diğer özellikler"* ifadesinin kapsamı oldukça muğlaktır. Başarılı bir tespit süreci yürütülebilmesi için ortak değerlendirme kriterlerinin önceden belirlenmesi gerekmektedir. Doktrinde belgesel

[44] Çolak (n 4) 639.

değer[45], kültürel değer, tarihsel değer, simgesel değer, arkeolojik değer, sanatsal değer, özgünlük değeri, nadirlik değeri, hatıra değeri gibi kriterlerin dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir[46]. İç hukukumuza dahil edilen Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme'nin[47] 1. maddesinde de sitlere ilişkin önemli bir ölçüt öngörülmüştür. Bir alanın Sözleşme kapsamında arkeolojik sit alanı olarak kabul edilebilmesi için *"tarihsel, estetik, etnolojik veya antropolojik bakımlardan istisnaî evrensel değeri"* haiz olması gerekmektedir.

Tespit ekibinin çalışmalarını belgelendirmesi, tescil aşamasında Koruma Bölge Kurulu tarafından yapılacak değerlendirme için önem taşımaktadır. Belgelendirme, tespit faaliyetleri çerçevesinde yapılan teknik araştırmalarla ulaşılan sonuçların değerlendirilerek belgelendirilmesini ifade etmektedir. Bu belgeler tespit ve tescil işlemlerinin yanı sıra söz konusu arkeolojik alanın ileriye yönelik korunması açısından da önem taşımaktadır[48].

Hazırlanan dosya tescil işlemleri için Koruma Bölge Kuruluna sunulacaktır. Bunun için dosyaya eklenmesi gereken belgeler şunlardır (Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının ve Sitlerin Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmelik m. 5):

---

[45] Venedik Tüzüğü'nün 3. maddesinde belirtildiği gibi *"anıtların korunması ve onarılmasındaki amaç onları bir sanat eseri olduğu kadar bir tarihi belge olarak da korumaktır"*; Bir kültür varlığının belgesel değerinin diğer tüm değerleri kapsayan bir kavram olduğunu ifade eden Asatekin, belgesel değerin önemini şu cümlelerle ifade etmiştir: *"O varlık, salt fiziksel bir varlık olmaktan öte, içerdiği ve günümüz toplumuna aktardığı bilgiler nedeniyle önemlidir. Bir kültür varlığı incelendiğinde, onu yaratan/kullanan ve zaman içinde değiştiren toplum(lar)ın niteliklerini öğrenmek olasıdır. O toplumun sosyal, kültürel, politik ve ekonomik niteliklerinin yanı sıra, teknik düzeyleri, moda ve beğenileri, estetik yaklaşımları, yaşam biçimleri, ritüelleri, sosyal/toplumsal normları bu fiziksel tanıkları doğru yorumlamakla anlaşılabilir, öğrenilebilir. Kültür varlıklarının ister taşınır ister taşınmaz olsun korunmasının en önemli gerekçesi bu değeridir..."* N. Gül Asatekin, *Kültür ve Doğa Varlıklarımız Neyi, Niçin, Nasıl Korumalıyız?* (Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü 2004) 49; MUMCU'ya göre, her eski eser belge niteliği taşımamaktadır. Örneğin, bir kervansaray kitabesi belge niteliğindeyken, önemsiz bir ailenin ailevi bir olayını tasvir eden ve tarihi açıdan kesin olarak değeri bulunmayan bir mektup eski eser değildir. MUMCU, belgesel değerin anlamını açıklığa kavuşturmak için bu örneği vermesine karşın, önemsiz bir ailenin ailevi soruna ilişkin bir mektup, sosyal yaşam ve toplumsal normlara işaret etmesi halinde belge niteliğinde kabul edilmelidir. Mumcu (n 20) 48.

[46] Güzin Arslan, "Koruma Planlamasında İlk Aşama: Tesbit ve Tescil" (Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurultayı, Ankara, 14-16 Mart 1990) 30 vd; Mumcu (n 20) 48 vd; *"...Korunması gerekli taşınmaz kültür varlığına dair uyuşmazlıkların çözümünde teknik yönden keşif ve bilirkişi incelemesinin gerektiği durumlarda yukarda yer alan tanım ve taşınmaz kültür varlıklarının özelliği gereği taşınmazın sanat değeri, mimari, tarihi, estetik, mahalli, arkeolojik değerler kapsamı içinde; strüktürel, dekoratif, yapısal durum, malzeme, yapım teknolojisi, şekil bakımından özellik ve güzellikler içermesi ve mutlaka korunması gerektiğinin anlaşılabilmesi için sanat tarihçisi ve mimar gibi konusunda uzman olan kişilerden bilirkişi kurulu oluşturularak inceleme yaptırılması gerekmekte olup, karara esas alınan bilirkişi raporunun ise Yüksek Mimar bilirkişi tarafından düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu durumda; yapının korunması gerekli kültür varlığı olarak tesciline ve koruma grubunun II olarak belirlenmesine dair işleme karşı açılan davada, üniversitelerin ilgili bölümlerinden seçilen sanat tarihçisi ve mimarlardan oluşturulacak yeni bir bilirkişi kuruluna inceleme yaptırılması suretiyle uyuşmazlığın esası hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir..."* Danıştay 14 D, 8448/2025, 04.04.2017 <www.kazancı.com> Erişim Tarihi 10.02.2020; Alman hukukunda bir eserin hukuki olarak kültür varlığı olarak kabul edilebilmesi için niteliksel ölçütlerin ve liyakat ölçütünün kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Niteliksel ölçütler ile kastedilen sanatsal, tarihsel, bilimsel, mimari ve teknolojik nedenlerdir. Liyakat ölçütünde ise bir kültür varlığının gelecek nesillere aktarılmasının gerekli/zorunlu olup olmadığı değerlendirilecek, gelecek nesillere aktarılmasının gerekli/zorunlu kabul edilmesi halinde söz konusu kültürel varlığın korunması için tahmini yatırım tutarı ile yatırım sonucu elde edilecek ve kamu yararına dönüştürülecek değerler arasında tartım yapılacaktır. Sancakdar ve Tepe (n 21) 1776 vd.

[47] UNESCO tarafından 1972 yılında kabul edilen Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşme, 14.04.1982 tarih ve 2658 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunmuş, 23.05.1982 tarih ve 8/4788 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla onaylanmış ve 14.02.1983 tarih ve 17959 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

[48] Kahraman Berk, "Türkiye'de Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Hukuki Rejimi ile Uygulama Sorunları" (1999) 19 (1-2) MHMÖHB 198.

"a) Taşınmaz kültür varlıkları ile sitlerin tescili için gerekli yazılı ve görsel bilgileri içeren Anıt ve Sit Fişi.

b) Tanıtmaya yeterli fotoğraflar.

c) Tek yapılar için; taşınmazın çevresini, dışını ve mümkün olması halinde içini gösteren tespit fişi üzerinde yer alan fotoğraflar.

ç) Sitler için; alanı bütünüyle algılamayı sağlamak amacıyla panoramik olarak çekilmiş fotoğraflar ve alan üzerindeki taşınmaz kültür varlıkları ile küçük buluntuların detaylı çekilmiş, tasdikli, çekim tarihleri belirtilmiş albüm haline getirilmiş fotoğraflar.

d) Tespiti yapılan taşınmazın ve sitin, yerini ve sınırlarını gösterir Ek-1, Ek-2 ve Ek-3'teki tablolara uyularak hazırlanan ve yapılara verilen sıra numaraları işlenen harita.

e) Taşınmaz kültür varlıkları ile siti tanımlayan ve tespit ekibinin görüşünü içeren ve Ek-4'e göre hazırlanan rapor ve ekindeki Ek-5 ve Ek-6'daki tablolar ile Ek-7 ve Ek-8'deki tablolar."

Yönetmelikte tespit ekibinin yürüteceği belgelendirme çalışmalarının yanı sıra koruma amaçlı imar planı müellifi, üniversiteler, bilimsel araştırma yapan uzmanlar veya konuyla doğrudan ilgili kişi, kurum ve kuruluşlarca söz konusu alana dair bir çalışma yürütüleceği ifade edilmiştir[49]. Söz konusu kişi, kurum veya kuruluşlarca hazırlanan çalışma raporunun ve tespit ekibi tarafından hazırlanan belgelendirme çalışmalarının Bakanlığa sunulması gerekmektedir. Sunulan rapor ve çalışmalara konu olan alan, Bakanlığın ilgili birim elemanları tarafından yerinde kontrol edilecektir (Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının ve Sitlerin Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmelik m. 3).

Tespit sürecinde tesis edilmesi gereken bir diğer işlem ise söz konusu bölgenin sit alanı ilan edilmesi durumunda ilgili ve faaliyetleri etkilenebilecek kurum ve kuruluşların görüşlerinin alınmasıdır (KTVKK m. 7/1; Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının ve Sitlerin Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmelik m. 6/1)[50]. İlgili kurum ve kuruluşlarca 45 gün içerisinde görüş verilmemesi durumunda çalışmalar Bakanlıkça doğrudan tamamlanacaktır (Korunması Gerekli Taşınmaz

[49] *"... İli, ... İlçesi, ... Mahallesinde muhtelif parsel ve alanlarda bulunan Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü uzmanları, Kahramanmaraş Müze Müdürlüğü uzmanları, Koruma Bölge Kurulu Müdürlüğü uzmanları ile Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi öğretim üyelerince değişik tarihlerde hazırlanan raporlar göz önüne alınarak Genel Müdürlük uzmanlarınca hazırlanan kararımız eki haritada yapılan numaralandırmaya göre;... karar verildi."* Gaziantep Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu, 29.01.2016/1575 <https://korumakurullari.ktb.gov.tr/Eklenti/45873,onikisubat-ilcesi-hasancikli-mahallesi-arkeolojik-alani-.pdf?0> Erişim Tarihi: 12.02.2020.

[50] *"...İli, ...İlçesi, ...Mahallesi sınırları içerisinde yer alan mülkiyeti Hazineye ait olan, Ankara I Numaralı Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu Uzmanlarınca tespit edilen Nekropol ve Yerleşim Alanının tescil edilmesine ilişkin kurum görüşlerinin istenildiği Ankara I Numaralı Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu Müdürlüğü'nün ...gün ve ...sayılı yazısı, Ankara Valiliği Kadastro Müdürlüğü'nün ...gün ve ...sayılı yazısı, Maden Petrol İşleri Genel Müdürlüğü'nün ...gün ...sayılı yazısı, Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı Kültür ve Tabiat Varlıkları Dairesi Başkanlığı Plan ve Proje Şube Müdürlüğü'nün ...gün ve ...sayılı yazısı, Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürlüğü'nün ...gün ve ... sayılı yazısı, Ankara I Numaralı Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu Müdürlüğü uzmanlarının ...gün ve ...sayılı raporu okundu, ekleri incelendi, yapılan görüşmeler sonunda...karar verildi."* Ankara I Numaralı Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulu, 09.01.2020/7194 <https://korumakurullari.ktb.gov.tr/Eklenti/68900,09012020-7194-tescilpdf.pdf?0> Erişim Tarihi: 07.04.2020.

Kültür Varlıklarının ve Sitlerin Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmelik m. 6/2). İlgili ve faaliyetleri etkilenebilecek kurum ve kuruluşların görüşlerinin alınması, hazırlık işlemlerinin önemli bir kısmını oluşturan danışma işlemlerinin bir örneğidir. Danışma işlemleri, asıl işlem tesis edilmeden önce başka bir idari makama danışılarak onun düşüncesinin alınmasıyla oluşan işlemlerdir[51]. Kanun ve Yönetmelik'te öngörüldüğü üzere, ilgili ve faaliyetleri etkilenebilecek kurum ve kuruluşların görüşlerinin alınması zorunludur. Ancak söz konusu görüşler, Koruma Bölge Kurulları tarafından verilecek kararlar için bağlayıcı değildir.

Koruma Bölge Kurulları tarafından ilgili ve faaliyetleri etkilenebilecek kurum ve kuruluşların görüşlerinin alınması, hazırlık işlemi olması sebebiyle icrai niteliğe sahip değildir. Zira danışma işlemi esas itibariyle usuli bir güvencedir ve idari işlemi oluşturan asıl iradeyi teşkil etmemektedir[52]. Ancak alınması zorunlu danışma işlemi, tescil kararının şekil unsurunun bir parçasıdır. İlgili ve faaliyetleri etkilenebilecek kurum ve kuruluşların görüşlerinin alınmaması tescil kararını şekil unsuru açısından hukuka aykırı hale getirecektir. Bu ihtimalde söz konusu şekil sakatlığı asli şekil noksanlığıdır ve idari işlemin iptal edilmesini gerektirmektedir[53]. Dolayısıyla her ne kadar danışma işlemi tescil kararından bağımsız olarak iptal davasına konu olamasa da[54] tescil kararına karşı açılacak iptal davasında danışma işleminin hukuka aykırılığı ileri sürülebilecektir.

Yönetmelik'in 6. maddesinin 3. fıkrasında, tespiti yapılan taşınmazların Koruma Bölge Kurulu kararıyla tescil edilmesine kadarki süreçte korunması amacıyla ilgili valiliğin, il özel idaresinin, kaymakamlığın, Koruma Bölge Kurulu müdürlüğünün veya belediyenin gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu hüküm ile arkeolojik bir alanın tesciline kadarki süreçte tahrip edilmesi veya yok edilmesinin önlenmesi amaçlanmıştır. Dolayısıyla tespit ve tescil aşamaları arasında gerekli önlemlerin alınmaması halinde arkeolojik alanda bir zarar meydana gelirse idare bu zarardan sorumlu tutulabilecektir.

B. Tescil

1. İdari İşlem Teorisi Açısından Tescil Kararı

Tespit işlemlerinin tamamlanmasının ardından Koruma Bölge Kurulu, tespit edilen alanın arkeolojik sit alanı olarak tescil edilip edilmeyeceğine karar verecektir. Tescil kararı, tespit çalışmaları tamamlanan taşınmaz kültür varlıklarından korunması gerekli

51 Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 37) 336 vd.

52 Lütfi Duran, *İdare Hukuku Ders Notları* (İÜHF Yayınları 1982) 399.

53 Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku Dersleri* (5. Bası, Turhan 2016) 502.

54 Aksi yönde bkz. Danıştay 6 D, 13189/4608, 02.07.2013, DD (2013) (134) 527 vd.

olanların Koruma Bölge Kurulu kararıyla belirlenmesidir[55]. Koruma Bölge Kurulu tespit dosyasında yer alan bilgi ve belgelerden hareketle tescil kararı verebileceği gibi, tespit faaliyetlerini yeterli görmezse araştırmanın derinleştirilmesine karar verebilir veya tescil talebini reddedebilir[56].

Tespiti yapılan ve arkeolojik sit alanı kabul edilecek alanlar Koruma Bölge Kurulu kararıyla tescil edilecektir (KTVKK m. 7/3). Bir arkeolojik sit alanı içinde yer alan taşınmaz malların 2863 sayılı Kanun kapsamında korunması gerekli kültür varlığı olarak kabul edilebilmesi için Koruma Bölge Kurulu tarafından verilecek tescil kararı yeterlidir. Dolayısıyla bu taşınmazların ayrıca tek tek tescil edilmesine gerek bulunmamaktadır[57].

Koruma Bölge Kurulları tarafından verilen tescil kararları tipik birer idari işlemdir[58] ve açıklanan iradenin sayısı bakımından kolektif işlem olarak nitelendirilebilir. Zira Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulları Yönetmeliği'nin[59] 7. maddesine göre, Koruma Bölge Kurulları Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından seçilen arkeoloji, sanat tarihi, hukuk, mimarlık ve şehir planlama dallarında uzmanlaşmış yedi kişiden oluşmaktadır. Bu kurul, gündeme alınan konuları belirlenen toplantı saatinde görüşerek karar verecektir. Koruma Bölge Kurulları, üyelerin salt çoğunluğuyla toplanacak ve karar yeter sayısı dörtten az olmamak kaydıyla toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğu ile karar alacaktır (Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulları Yönetmeliği m. 12). Kurul tarafından alınan karar, toplantıya ve karara katılan veya katılmayan bütün kurul üyeleri tarafından yapılan anonim nitelikli bir idari işlem olarak kabul edilmektedir[60]. Ancak tescil kararının toplantı yapılmaksızın elden imza yoluyla tesis edilmesi söz konusu işlemi şekil unsuru açısından hukuka aykırı hale getirecektir[61].

Koruma Bölge Kurulu tarafından verilen tescil kararı, tapu siciline şerh düşülmesi için söz konusu taşınmazın kadastro bilgileri eklenerek ilgili tapu müdürlüğüne bildirilmelidir (KTVKK m. 7/5). Kanun hükümleri dikkate alındığında arkeolojik sit

---

55 Baştürk (n 34) 42; Dönertaş (n 43) 24.

56 Çolak (n 4) 654 vd; Eröksüz (n 35) 62.

57 Sibel Özel, "Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti" (2018) 24(1) MÜHFHAD 218.

58 Çolak (n 4) 443; *"…2863 Sayılı Yasa gereğince koruma kurulunun almış olduğu kararların yapısı gereği idari tasarruf (işlem) niteliğinde olduğu ve idari yargı yerinde iptal edilmedikçe işlemle ön görülen hukuksal durumun korunacağı tartışmasızdır…"* Yargıtay 1 HD, 13051/1693, 21.02.2007, <www.kazancı.com> Erişim Tarihi 11.02.2020.

59 RG 19.04.2012/28269.

60 Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 37) 361.

61 Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)* (3. Bası, Turhan 2015) 430; *"…Dava konusu … gün ve .. sayılı Veteriner Fakültesi Profesörleri Kurulu kararının Profesörler Kurulu toplantıya çağırılmadan, toplantı ve müzakeresi yapılmadan elden dolaştırılmak suretiyle imza ettirilerek hazırlandığı, bu suretle kurula ait bulunan bir yetkinin kullanılması için gerekli olan usule riayet edilmediği dosya münderecatından anlaşılmaktadır. Yukarıda açıklanan sebepler karşısında dava konusu Profesörler Kurulu kararının yoklukla malül bulunduğuna…"* Danıştay 5 D, 4127/1162, 01.04.1970, DD (1971) (1) 206.

alanı kararının hüküm ve sonuçlarını doğurma anı, Koruma Bölge Kurulu tarafından tescil kararının verildiği andır. Zira Koruma Bölge Kurulu kararıyla ilgili taşınmaz arkeolojik sit alanı statüsüne girmektedir[62]. Tapu siciline düşülecek şerh, kurucu değil bildirici nitelik taşımaktadır.

2. Tescil Kararının Taşınmaz Kültür Varlığının Hukuki Statüsüne Etkisi

Bir bölgenin arkeolojik sit alanı olarak kabul edilmesi, Koruma Bölge Kurulu tarafından verilecek tescil kararıyla gerçekleşmektedir. Öte yandan bir arkeolojik alanın ancak tescil işlemi sonrasında *"korunması gerekli kültür varlığı"* statüsüne girdiğini ifade etmek 2863 sayılı Kanun'un ruhuna uygun bir yorum değildir[63]. Zira 2863 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca, devletin, kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk kişilerinin mülkiyetinde yer alan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride ortaya çıkacak/çıkarılacak korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının devlet malı niteliğinde olduğu ifade edilmiştir[64]. Kanun'un genel gerekçesinde de kamu malının tespit ve tescilinin gerekli olmaması ilkesinin idare hukukunun temel ilkelerinden biri olduğu ve dolayısıyla tapuya tescil edilmemiş taşınmaz kültür varlıklarının da kamu malı niteliğini haiz olduğu vurgulanmıştır[65]. Dolayısıyla korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının tespit ve tesciliyle, bu varlıkların çeşitli sebeplerle kaybolmaları veya zarar görmelerinin önüne geçerek gelecek kuşaklara aktarılmaları amaçlanmaktadır[66].

Hükümet tarafından hazırlanan kanun tasarısında kültür varlıklarının *"devletin malı"* olduğu ibaresi yer almaktayken, meclis görüşmelerinde söz konusu ifade *"devlet malı niteliğindedir"* şeklinde değiştirilmiştir. 2863 sayılı Kanun'da yer alan *"devlet malı niteliğinde"* ibaresi gerek doktrinde gerekse uluslararası alanda tereddütler doğurmuştur. Örneğin, İsviçre'de bulunan beş mezar taşının iadesi için

---

62 Özkaya Özlüer (n 6) 154.

63 Umar ve Çilingiroğlu (n 20) 131; *"...Kaldı ki anılan taşınmazın 1. Derece Arkeolojik Sit alanında yer aldığı açık olup, sit belirlemesinin daha sonraki bir tarihte yapılmasının işlemin tesis edildiği tarihte taşınmazın sit alanı niteliğinde olmadığı anlamına gelmeyeceği, taşınmazın arkeolojik sit özelliğinin daha öncesinde de mevcut olduğu, bu konuda davacının korunabilir bir kazanılmış hakkının varlığından söz edilemeyeceği, aynı zamanda sit alanı olma özelliğinin Çevresel Etki Değerlendirme Yönetmeliği'ne göre bölgenin hassasiyeti gözönünde bulundurularak yeniden inceleme yapılmasını gerektirdiği açıktır..."* Danıştay 6 D, 3901/7379, 07.07.2010, <www.kazancı.com> Erişim Tarihi 09.11.2020.

64 *"...İlgili yasa ve yönetmelik hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarını ellerinde bulunduranların ilgili yerlere bildirmeleri üzerine yetkili makamlarca yönetmelikte belirlenen usullere göre bir tasnif yapılarak taşınır kültür ve tabiat varlığı olduğu anlaşılanların devlet malı gibi kabul edilerek bedeli ödenmek suretiyle satın alınabileceği, diğerlerinin ise sahiplerine iade edileceği sonucuna ulaşılmaktadır..."* Danıştay 6 D, 890/172, 14.01.1997 <www.kazancı.com> Erişim Tarihi 11.02.2020; Kültür varlıklarının mülkiyeti ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturacak niteliktedir. Dolayısıyla bu kısımda kültür varlıklarının mülkiyetine ilişkin temel bilgiler verilecek, bu hususta tartışma ve görüşlere ayrıntılı olarak değinilmeyecektir.

65 *"...uyuşmazlık konusu parselin Doğal Park - Milli Park alanları ile 1. derece Arkeolojik ve 1. Derece Doğal Sit Alanları içerisinde kaldığına bu gibi yerler Devlet malı niteliğinde olup, Devlet malı gibi korunması gerektiğine göre, bu gibi taşınmazların TMK.nun 713/1, 3402 Sayılı Kanunun 14 ve 17. maddeleri gereğince kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği, imar ve ihya yoluyla edinilmeleri ve zilyetleri adına tescilleri mümkün bulunmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken..."* Yargıtay 8 HD, 8569/3161, 05.05.2003 <www.kazancı.com> Erişim Tarihi 11.02.2020; Aynı yönde bkz. Yargıtay 8 HD, 6559/601, 01.02.2005 <www.kazancı.com> Erişim Tarihi 11.02.2020.

66 Sancakdar (n 6) 354.

Türkiye tarafından açılan davada mahkeme 2863 sayılı Kanun'da yer alan *"devlet malı niteliğinde"* olma ifadesini Türkiye'nin kültür varlıkları üzerinde ipso iure[67] mülkiyet hakkı olmadığı şeklinde yorumlamış ve davayı reddetmiştir[68]. Ancak yaklaşık 2000 sikkenin Türkiye'ye iadesi için açılan Republic of Turkey v. Oks Partners davasında ABD mahkemesi, Türkiye'nin sikkeler üzerinde mülkiyet hakkı olduğunu ifade ederek davacıların bu yöndeki itirazlarını reddetmiştir[69]. Örneklerde görüldüğü üzere, kültür varlıklarının mülkiyetinin kime ait olduğunun tespiti kültür varlıklarının korunması ve iadeleri noktasında oldukça önem taşımaktadır[70].

Doktrinde, devlet malı olma ile devlet malı niteliğinde olma ifadelerinin aynı anlama gelip gelmediği hususunda görüş birliği bulunmamaktadır.

KIRBAŞ'a göre, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının hukuki statüsü anayasa ve kanunlarda açıkça belirtilmemiştir. Bazı tarih, kültür ve tabiat varlıkları önemli sınırlamalara tabi tutularak özel mülkiyete konu olabilir. Ancak mevzuat hükümleri incelendiğinde söz konusu malların kural olarak devletin hüküm ve tasarrufu altındaki kamu malları olduğu görülmektedir. Her ne kadar yararlanma biçimine göre yapılan tasnifte her üç kategoriye de dahil edilebilse de tarih, kültür ve tabiat varlıkları sahipsiz mallar kategorisinde incelenmelidir[71]. KIRBAŞ'ın görüşü önce bazı tarih, kültür ve tabiat varlıklarını özel mülkiyete konu kabul etmesi, sonrasında ise kamu malı olan ve özel mülkiyet altında bulunan bütün tarih, kültür ve tabiat varlıklarını sahipsiz mal kategorisinde değerlendirmesi noktasında doktrinde eleştirilmiştir[72].

BERK'e göre, Anayasa'da kültür varlıklarının devlet malı olduğu açıkça ifade edilmemiştir. Ancak bu malların devlet malı olarak nitelendirilmesinde anayasaya aykırı bir durum da yoktur[73].

ÖZEL'e göre, bütün kültür varlıkları devlet mülkiyeti altında değildir. Özel kişilere ait kültür varlıkları da bulunmaktadır. Ancak devlet mülkiyeti altında bulunan kültür varlıkları kamu malı olup kamu mallarının hukuki rejimine tabidir[74].

KALABALIK'a göre, 2863 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle vurgulandığı üzere, kültür ve tabiat varlıkları niteliği gereği kamu malı sayılmaktadırlar. Bu malların kamu malı sayılabilmesi için idarece tahsis kararı alınmasına gerek bulunmamaktadır[75].

67 *"Ipso iure – Kanundan dolayı; hukuken; hukukun kendisinden"*, Yılmaz (n 15) 320.

68 Sibel Özel, "Case Notes The Basel Decisions: Recognition of the Blanket Legislation Vesting State Ownership over the Cultural Property Found within the Country of Origin" (2000) 9(2) International Journal of Cultural Property 317.

69 The Republic of Turkey v. OKS Partners, 797 F. Supp. 64. (D. Mass. 1992) <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/797/64/1447474/> Erişim Tarihi 14.02.2020.

70 Berk (n 48) 183; Özel (n 57) 216.

71 Kırbaş (n 14) 28.

72 Özkaya Özlüer (n 6) 20.

73 Berk (n 48) 209.

74 Özel (n 57) 226.

75 Halil Kalabalık, "Türk Hukukunda Kırsal Alanlarla İlgili Yapı ve Faaliyet Yasakları" (2007) 11(1-2) GÜHFD 846 vd.

GÜLAN'a göre, tarih, kültür ve tabiat varlıkları *"ara rejimleri olan özel mallardır"*. 2863 sayılı Kanun'da kültür varlıklarının devlet malı olarak nitelendirilmesi, mülkiyet hakkı anlamında değil, *"malın değer ve öneminin belirleyici unsuru olan tarihi niteliklerinin aidiyeti bakımından"* yol göstermektedir[76].

ERSÖZ'e göre, kültür ve tabiat varlıkları kural olarak kamu malı sayılmaktadır. Ancak kültür ve tabiat varlıklarının kamu malı sayılması malın aynı bakımından değil, üzerindeki tarihi, kültürel ve doğal değerin mal sahibine değil kamuya ait olduğunu belirtmek içindir. Dolayısıyla mal sahibi, mülkiyet hakkından doğan bütün yetkileri bu mallar üzerinde kullanamayacaktır[77].

Öncelikle şu husus açıklığa kavuşturulmalıdır ki taşınır veya taşınmaz kültür varlıkları kural olarak devlet malı statüsündedir. Ancak ülkemizde özel kişilere ait taşınır veya taşınmaz kültür varlıkları da bulunmaktadır. Zira Anayasa'nın 63. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetler kanunla düzenlenir"* hükmüyle bazı tarih, kültür ve tabiat varlıklarının özel mülkiyet altında bulunduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla ÖZKAYA ÖZLÜER'in de ifade ettiği gibi, bu malları genel olarak herhangi bir mülkiyet rejimine dahil etmek yerine, devletin koruma, denetim ve gözetim yetkilerini inceleyerek tabi oldukları rejimin özelliklerini tespit etmek yerinde olacaktır.

Her ne kadar kültür varlıkları devlet malı niteliğinde kabul edilse de Koruma Bölge Kurulu tarafından verilecek tescil kararıyla veya tapu siciline düşülecek şerhle özel mülkiyete tabi taşınmaz kendiliğinden idarenin malvarlığına geçmemektedir. Bir taşınmazın kültür varlığı olarak tescili ile taşınmazın idarenin malvarlığına geçmesi farklı kavramlardır[78]. Aksi yönde bir uygulama mülkiyet hakkının özüne dokunan bir müdahale niteliğinde kabul edilecek ve Anayasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık taşıyacaktır.

Koruma Bölge Kurulunun bir taşınmazın korunması gerekli kültür varlığı olarak tesciline karar vermesi, malik için kamulaştırmaya yakın ağırlıkta sonuçlar doğursa da bu uygulama kamulaştırma niteliği taşımamaktadır[79]. İdarenin korunması gerekli taşınmaz kültür varlığını kendi malvarlığına geçirebilmesi için Kanun'un 15.

[76] Aydın Gülan, *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim* (Alfa 1999) 22.

[77] Ersöz (n 14) 167.

[78] Özel (n 57) 234.

[79] Umar ve Çilingiroğlu (n 20) 77; *"...Eski eser niteliğindeki yapıların tespit ve tescil edilmesindeki temel amaç bu yapıların korunması olduğuna ve bu amacın gerçekleştirilmesi doğrultusunda korunmasının yanında bu varlıkların değerlendirilmesi için uzmanlık dalları geliştirilip kriterler saptanarak yasal düzenleme ve kurumsal örgütlenmelere gidildiğine göre yapının korunarak gelecek nesillere aktarılması ile kültürel hizmetlere kanalize edilmesi amacıyla tescil kararı ile yetinilmeyerek, bizzat tescil kararını veren makam tarafından kullanılmak üzere kamulaştırılabileceği açıktır. Bu itibarla, koruma kurulunun uyuşmazlık konusu yapının eski eser olarak tesciline ilişkin kararı kamu yararı kararı niteliğinde ve bu yararın varlığını belirten bir karar olduğundan, il idare kurulundan tekrar kamu yararı kararı alınmaksızın bakanlıkça kamulaştırma işlemlerine başlanılması yeterlidir..."* Danıştay 6 D, 3698/367, 23.01.1995, <www.kazancı.com> Erişim Tarihi 09.11.2020.

maddesinde öngörülen kamulaştırma veya takas yöntemine başvurması gerekmektedir. Kamulaştırma ve takas, taşınmaz kültür varlıklarını koruma yöntemleri olarak kabul edilmektedir[80].

Arkeolojik sit alanı kararı, söz konusu taşınmazı kendiliğinden kamu malı statüsüne geçirmese de mülkiyet hakkına birtakım sınırlamalar getirdiği aşikardır. Bu sınırlamaların kapsamı ise Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu'nun 658 sayılı ilke kararıyla tespit edilmiştir. Örneğin, I. derece arkeolojik sit alanı olarak tescil edilen taşınmazlarda hiçbir yapılaşmaya izin verilemeyecektir. II. derece arkeolojik sit olarak tescil edilen taşınmazlarda yeni yapılaşmaya izin verilmemekle birlikte kullanılmakta olan tescilsiz yapıların basit onarımlarına izin verilebilecektir. III. derece arkeolojik sit alanı olarak tescil edilen taşınmazlardan taş, toprak, kum vb. alınması yasaklanmıştır. Anayasa'nın 35. maddesinde yer alan mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği ilkesi karşısında, 658 sayılı ilke kararıyla getirilen sınırlandırmalar Anayasa ve AİHS'ye aykırı bir nitelik taşımaktadır[81].

C. İlan

Bir arkeolojik alanın Koruma Bölge Kurulu tarafından arkeolojik sit alanı olarak tescil edilmesine karar verilmesinin ardından söz konusu kararın ilgililere bildirilmesi gerekmektedir.

08.10.2013 tarih ve 6498 sayılı Kanun[82] ile yapılan değişiklik öncesinde, 2863 sayılı Kanun'da bildirimin nasıl yapılacağına ilişkin özel bir hüküm yer almamakta, tescil kararlarının ilan ve tebliğine ilişkin hususların yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmekteydi. Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının ve Sitlerin Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmelik'te ise bu husus *"Tescil edilen korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı, belirlenen korunma alanları ve sitler il merkez ilçesi sınırları içerisinde ise valilikçe, ilçe sınırları içinde ise kaymakamlıkça, tescil kararının valiliğe veya kaymakamlığa tebliğ tarihinden itibaren en geç üç gün içinde ilan tahtalarına asmak, belediye hoparlörüyle duyurmak, köy muhtarlığına bildirmek ve internet sitesinde yayımlamak suretiyle ilân edilir."* şeklinde düzenlenmişti. Bu hüküm taşınmazı sit alanı dahilinde kalan ancak bu durumu öğrenemeyen malik veya maliklerin kültür ve tabiat varlıklarına karşı işlenen suçlar nedeniyle cezai sorumluluklarının tespiti noktasında sorunlar yaşamasına sebep olmaktaydı[83].

[80] Ersöz (n 14) 216; Dönertaş (n 43) 32; GÜLAN'a göre ise kültür varlıklarının korunması hususundan Anayasa'nın 63. maddesiyle devlete yüklenen koruma ödevi kamulaştırma yetkisini kapsamamaktadır. Zira mülkiyet hakkının özüne dokunan bir uygulama olması nedeniyle kamulaştırma yoluna son çare olarak başvurulmalıdır. Gülan (n 76) 1957.

[81] Özkaya Özlüer (n 6) 74 vd.

[82] Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6498, Kabul Tarihi: 08.10.2013, RG 11.10.2013/28792.

[83] Ersöz (n 14) 78.

Tebligat hususunda yaşanan sorunları gidermek adına, 08.10.2013 tarih ve 6498 sayılı Kanun ile 2863 sayılı Kanun'un 7. maddesinde değişikliğe gidilmiş, Koruma Bölge Kurullarının tek yapı ölçeğindeki koruma kararları ile alan ölçeğindeki koruma kararları açısından ikili bir ayrım yapılmıştır[84].

Tek yapı ölçeğindeki kültür ve tabiat varlıkları ile koruma alanlarına[85] ilişkin tescil kararlarının, taşınmazının tamamı veya bir kısmı bu alan dahilinde kalan bütün maliklere 7201 sayılı Tebligat Kanunu[86] hükümleri doğrultusunda ayrı ayrı tebliğ edilmesi gerekmektedir. Koruma Bölge Kurullarının sit alanlarına, tabiat varlıklarına ve tek yapı ölçeğinde tescil edilen taşınmazlar da dâhil olmak üzere malikleri idarece tespit edilemeyen taşınmazlara ilişkin tescil kararlarının ise Resmî Gazete'de yayımlanması ve Kültür ve Turizm Bakanlığının internet sayfasında bir ay süreyle duyurulması öngörülmüştür[87]. Koruma Bölge Kurulları tarafından alınan sit kararlarının Resmi Gazete'de ilan edilmesinin sebebi ise belirli bir alana ilişkin olan sit kararının yalnızca malikleri değil, malik dışındaki kişileri de ilgilendirme ihtimaline sahip olmasıdır[88]. Bu özelliği nedeniyle sit kararları doktrinde bireysel ve düzenleyici işlem kategorisi arasında bir yere konumlandırılmaktadır.

GÖZLER'e göre sit kararları, Fransız idare hukukunda *actes intermédiaires* olarak adlandırılan ve Türkçeye ara işlemler olarak çevrilen idari işlem kategorisinde yer almaktadır[89]. TRUCHET'e göre ara işlemler, belirli bir kişiyi hedef almayan ancak genel norm niteliğine de sahip olmayan belirsiz ve heterojen nitelikte idari işlemlerdir. Diğer bir ifadeyle ara işlemler ne bireysel ne düzenleyici niteliktedir. Sit kararlarıyla taşınmaz/lar bir listeye kaydedildiği bu işlemler ne düzenleyici ne bireysel işlem niteliği taşımaktadır[90]. Türk idare hukuku doktrininde ara işlem yerine genel karar ifadesinin de kullanıldığı görülmektedir. Doktrinde ÇOLAK'a göre sit kararlarıyla sınırları belirlenmiş alanın statüsünde değişiklik meydana gelmekte ve sit alanında bulunan bütün varlıklar bundan etkilenmektedir. Dolayısıyla sit kararı genel nitelikte, düzenleyici olamayan ve sürekliliği olan bir genel karardır[91]. Gerçekten sit kararı

---

84 Özkaya Özlüer (n 6) 174.

85 Koruma alanı, 2863 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre, *"taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının muhafazaları veya tarihi çevre içinde korunmalarında etkinlik taşıyan korunması zorunlu olan alandır"*.

86 Tebligat Kanunu, Kanun Numarası: 7201, Kabul Tarihi: 11.02.1959, RG 19.02.1959/10139.

87 Taşınmazının tamamı veya bir kısmı sit alanı sınırları dahilinde kalan maliklere ayrı ayrı tebligat yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu durumu Yargıtay bir kararında şöyle ifade etmiştir: *"…Diğer yandan, 6498 s. Kanun ile değişik 2863 s. Kanunun 7. maddesinde öngörülen "maliklere tebliğ" usulünün, bölge bazında tescil işlemlerinde değil, tek yapı ölçeğindeki kültür ve tabiat varlıkları ile koruma alanlarının tescili söz konusu olduğunda uygulanacağı, başka bir deyişle, bir bölgenin sit alanı olarak belirlenip tescil edilmesi halinde, o bölgede yaşayan tüm vatandaşlara tebligat yapılmak suretiyle tescil kararının duyurulması şeklinde bir yöntem izlenmeyeceği, karar R.G.'de yayınlanıp Bakanlığın internet sayfasında bir ay süre ile duyurularak, bölge halkının sit tescilinden haberdar olmasının sağlanacağı;…"* Yargıtay 12 CD, 15072/8297, 02.11.2017, Aktaran Erhan Günay, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yasasındaki Suçlar* (Seçkin 2018) 18 vd.

88 Özkaya Özlüer (n 6) 177.

89 Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt I* (3. Bası, Ekin 2019) 772 vd.

90 Didier Truchet, *Droit Administratif* (4. Bası, PUF 2011) 236.

91 Çolak (n 4) 565.

ile koordinatları belirlenmiş bir alanda kalan tüm taşınmazlar etkilenmekte ve sit kararının ilan edilmesiyle söz konusu alan için çeşitli koruma tedbirleri uygulanmaya başlamaktadır. Bu özelliği nedeniyle sit kararı yöneldiği taşınmazlar açısından genel niteliğe sahip olmaktadır. Ancak düzenleyici idari işlemlerin aksine burada söz konusu olan *"genellik"* sit alanı ilan edilen bölge ile sınırlıdır. Diğer bir ifadeyle sit kararları sayıları belirli veya belirlenebilir sayıda taşınmaza yönelmesi nedeniyle genel karar niteliği taşımaktadırlar. Bu özelliği nedeniyle sit kararlarının Resmi Gazete'de ilan edilmesi yerinde bir uygulamadır.

Sit kararından etkilenecek kişilerin kendilerine yapılacak tebligattan veya karar ilanından önce tescil kararından haberdar olması mümkündür. Bu durumda tebligat veya ilan yapılmadan önce Koruma Bölge Kurulları tarafından verilecek tescil kararı aleyhine dava açılabilmesi mümkündür. Zira tebligat ve ilanla amaçlanan söz konusu işlem hakkında muhatapları bilgilendirmek ve dava açma süresini başlatmaktır[92]. Dolayısıyla muhataplarına duyurulmadan önce de tescil kararları icrai[93] niteliğe sahiptir[94]. Ancak tebligat ve ilan[95] sonrasında tescil kararının doğurduğu yükümlülüklere katlanılması kendilerinden talep edilebilecektir[96].

2863 sayılı Kanun'un 65. maddesinde korunması gerekli kültür varlıklarına karşı bazı eylemler için cezai yaptırımlar öngörülmüştür[97]. Korunması gerekli kültür varlığına ilişkin tescil kararının ilanı, maddenin ilk fıkrasında öngörülen ceza açısından oldukça önem taşımaktadır. Zira tescil edilmiş sit alanlarının *"yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarar görmesine kasten sebebiyet verenler ile izin alınmaksızın inşaî ve fiziki müdahale yapanlar veya yaptıranlar"* cezalandırılacaktır[98]. Bu cezanın uygulanabilmesi için sit alanı tescil kararının Kanun'da öngörüldüğü şekilde ilan edilmesi ve maddede sayılı

92 Erkut (n 40) 119; Karahanoğulları (n 61) 324; Dilşat Yılmaz, İdari İşlemin İcrailik Özelliği (Astana 2014) 97.

93 İcrailik, idari bir işlemin tesis edilmesiyle ilgili olduğu kişi veya malların hukuki durumunda değişiklik meydana getirmesidir. Erkut (n 40) 119; Karahanoğulları (n 61) 277; Yılmaz (n 92) 27.

94 Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 37) 336; *"...İdare Mahkemesince, dava konusu işlemin davacıya tebliğ edilememesi nedeniyle kesin ve yürütülmesi gerekli bir işlem olmadığı belirtilmiş ise de; idari işlemin formalitelerinin tamamlanıp tebliğe hazır hale gelmesiyle kesin ve uygulanabilir olma niteliğini kazanacağı kuşkusuzdur..."* Danıştay 2 D, 1282/4240, 09.11.2007, <http://www.kararara.com/danistay/2d/danistay5152.htm> Erişim Tarihi 16.02.2020.

95 Tebligat ve ilan, idare tarafından tesis edilen bir işlemi yürürlüğe koymak için yapılan uygulamaya yönelik işlemlerdir. Uygulamaya yönelik işlemler, icrai niteliğe sahip olmadıkları için tek başlarına iptal davasına konu olamazlar. İptal davasına konu olabilecek işlem, ilgililerine duyurulan asıl işlemdir. Ancak asıl işleme karşı açılacak iptal davasında bildirici işlemlerin de hukuka aykırı olduğu ileri sürülebilecektir. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 37) 349; Yılmaz (n 92) 69.

96 Yılmaz (n 92) 97.

97 Söz konusu hükmün değerlendirilmesi ceza hukukuna dair bir çalışmanın konusunu oluşturacağı için bu kısımda yalnızca tebligat ve ilanın önemine değinilmekle yetinilecektir.

98 2863 sayılı Kanun'un *"izinsiz müdahale ve kullanma yasağı"* başlıklı 9. maddesine göre *"Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararları çerçevesinde Koruma Bölge Kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarında inşaî ve fizikî müdahalede bulunulamaz, bunlar yeniden kullanıma açılamaz veya kullanımları değiştirilemez. Esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işler inşaî ve fizikî müdahale sayılır".*

fiil veya filleri gerçekleştiren kişilerin kasıtlı olarak[99] hareket etmesi gerekmektedir. Görüldüğü üzere 6498 sayılı Kanun değişikliği sonrasında tescil kararının tebliğ veya ilanı, 65/1 hükmünde düzenlenen suçun ön şartı hâline getirilmiştir[100]. Dolayısıyla tebliğ veya ilanın yapılmaması durumunda maddede belirtilen fiillerin işlenmesi halinde 65/1 hükmünde düzenlenen suçun maddi unsurunun oluşmayacağı kabul edilmektedir[101].

V. Tescil Kararlarına Karşı Başvuru Yolları

A. İdari Başvuru Yolları

İdari başvuru yolu, idari dava açılmadan önce ilgilinin/lerin önce idareye başvurarak uyuşmazlığın idareyle uzlaşılarak çözülmeye çalışılmasını amaçlayan yargı dışı hak arama yoludur[102]. İdari başvuru yolu, zorunlu başvuru ve ihtiyari başvuru olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İhtiyari başvuru yolunda dava açmadan önceye idareye başvurup başvurmamak hususunda seçim yapma imkânı tanınmışken[103]; zorunlu başvuru yolunda ise herhangi bir seçim imkânı tanınmamış, dava açılmadan önce zorunlu başvuru yollarının mutlaka tüketilmesi gerektiği öngörülmüştür[104].

Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulları Yönetmeliği'nin 18/1 hükmünde, Koruma Bölge Kurulu kararlarına karşı idari başvuru yolu öngörülmüştür. Buna göre kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişiler, Koruma Bölge Kurulları tarafından alınan kararlara karşı

[99] Gizem Dursun, "Yargıtay Kararları Işığında 2863 Sayılı KVTVKK m.65'te Düzenlenen Suçların Değerlendirilmesi" (2017) 12(157-158) BÜHFD 102; *"…sanığın yetkilisi olduğu şirket tarafından reklam panosu konulduğunun tespit edilmesi üzerine açılan kamu davası ile ilgili olarak, sanığın dosya kapsamında mevcut savunmasında, reklam panosu koydukları yerin sit alanı olmadığına dair beyanı ve yapılan uyarı üzerine reklam panosunun hemen kaldırılmış olması hususları dikkate alındığında, sanığın suç işleme kastı ile hareket ettiği kanaatine ulaşılmayacağı, bu kapsamda atılı suçtan beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin, delillerin takdirinde yanılgıya düşülerek, mahkumiyetine dair yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi kanuna aykırı olup…"* Yargıtay 12 CD, 1795/1, 11.01.2016 <www.kazancı.com> Erişim Tarihi 11.02.2020.

[100] Vedat Pehlivan, "2863 sayılı Yasanın 65. Maddesinin Değerlendirilmesi" (2018) <http://www.pehlivanguner.com/makaleler/2863-sayili-yasanin-65-maddesinin-degerl-38.html> Erişim Tarihi 07.02.2020.

[101] Dursun (n 99) 98; Tuğrul Katoğlu, *Ceza Hukuku ve Kültür Varlıkları* (Seçkin 2017) 230.

[102] Şeref Gözübüyük, *Yönetsel Yargı* (35. Bası, Turhan 2016) 424; Jülide İşçi, "İdari Merci Tecavüzü" (Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi 2019) 19.

[103] Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (2. Bası, Savaş 2019) 211.

[104] Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 103) 212; Ramazan Çağlayan, *İdarî Yargılama Hukuku* (10. Bası, Seçkin 2018) 292 vd.

altmış gün içinde Koruma Yüksek Kuruluna[105] başvurabileceklerdir. Koruma Bölge Kurulu kararları hakkında yapılan itirazlar öncelikle Kültür ve Turizm Bakanlığı Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü tarafından değerlendirilecektir. Bakanlık tarafından yapılan değerlendirme neticesinde, gerekli görüldüğü takdirde itiraz Koruma Yüksek Kurulunun gündemine alınacaktır (KTVKK m. 61/2; Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulları Yönetmeliği m. 18/1)[106]. Ancak hakkında kesinleşmiş yargı kararı bulunan Koruma Bölge Kurulu kararlarına karşı Koruma Yüksek Kuruluna itiraz edilemeyecektir (Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulları Yönetmeliği m. 18/3).

Kültür ve Turizm Bakanlığı Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü tarafından, Koruma Bölge Kurulu kararlarına karşı itirazların Koruma Yüksek Kurulu gündemine alınıp alınmayacakları hususunda yapılacak değerlendirmelerde 04.03.1988 tarih ve 21 sayılı ilke kararı ile özel bir düzenleme getirilmişti. Bu ilke karar uyarınca, bir Koruma Bölge Kurulu kararı aleyhine açılan iptal davası sonuçlanmadan önce karara itiraz edilmesi halinde, yargı organını etkilememek adına itiraz edilen kararın Koruma Yüksek Kurulu gündemine alınması idare mahkemesi karar verinceye kadar ertelenecekti[107]. Söz konusu karar 07.11.2018 tarih ve 1110 sayılı ilke kararıyla iptal edilmiştir.

Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğünün itirazın gündeme alınmamasına dair verdiği karar icrai niteliğe sahip bir idari işlemdir. Dolayısıyla gündeme alınmama kararlarının hukuka aykırı olduğunu düşünen menfaati ihlal edilen kişi/ler tarafından

---

[105] Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulları Yönetmeliği'nin 5. maddesi uyarınca Koruma Yüksek Kurulu aşağıda sayılan kişilerin katılımıyla oluşmaktadır:

"Koruma Yüksek Kurulunun oluşumu, üyelik süresi, üyeliğin sona ermesi

MADDE 5 – (1)(Değişik:RG-16/10/2018-30567) Koruma Yüksek Kurulu;

a) Bakan Yardımcısı,

b) Cumhurbaşkanınca Cumhurbaşkanlığından görevlendirilecek bir üye,

c) Bakanca Bakanlıktan görevlendirilecek üç üye,

ç) Çevre ve Şehircilik Bakanlığının ilgili genel müdürü,

d) Orman Genel Müdürü veya yardımcısı,

e) Vakıflar Genel Müdürü veya yardımcısı,

f) Maden ve Petrol İşleri Genel Müdürü veya yardımcısı,

g) Doğa Koruma ve Milli Parklar Genel Müdürü veya yardımcısı,

ğ) Onmak üzere on kurum temsilcisi üye ile Koruma Bölge Kurulu üyelerinden Bakanlıkça seçilecek altı üye ile birlikte toplam on altı üyeden oluşur."

[106] Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü, 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 281/1-e hükmü uyarınca, *"Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve koruma kurulları kararlarının alınmasına ve uygulanmasına dair işlemlerin yürütülmesini ve koordinasyonunu sağlamak"*la görevlidir.

[107] 22 sayılı ilke kararın tamamı şu şekildedir: *"İdare Mahkemelerinde iptal davası açılan kurul kararlarının, İdare Mahkemelerinde görüşülmesi sonuçlanmadan, koruma kurullarınca ele alınmasının yargı organının henüz kararını ortaya koymaması nedeni ile, uygun bulunmadığına, kurulların kararlarında ısrar etmesi halinde bu tutumun bir yerde yargı organını etkileme anlamını da taşıyabileceğine, bu nedenle İdare Mahkemelerine intikal eden konular için ayrıca ilgilisince yapılacak yeniden görüşme isteklerinin gündeme alınmasının İdare Mahkemesinin kararı alınıncaya kadar ertelenmesine, bu aşamada sadece İdare Mahkemesince istenmesi halinde tekrir-i müzakere yapılabileceğine prensip olarak, karar verildi".*

söz konusu kararlara karşı iptal davası açılması mümkündür. Bu düzenleme ERSÖZ tarafından haklı olarak eleştirilmiştir. Zira Genel Müdürlüğün bir nevi ön inceleme yaparak itirazı gündeme alıp almama konusunda karar vermekle yetkilendirilmesi dilekçe hakkı, hak arama özgürlüğü ve mülkiyet hakkı ile bağdaşmamaktadır[108]. Ancak Anayasa Mahkemesi 2863 sayılı Kanun'un, Koruma Bölge Kurulu kararlarına karşı yapılacak itirazların Bakanlık tarafından değerlendirildikten sonra gerekli görülenlerin Koruma Yüksek Kurulu gündemine alınmasına dair 61/2 hükmünün hak arama özgürlüğüne aykırı olduğundan bahisle iptali için açılan davada söz konusu düzenlemeyi anayasaya aykırı bulmamıştır[109].

Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulları Yönetmeliği'nin 18. maddesinde öngörülen itiraz, ihtiyari idari başvuru yolu niteliği taşımaktadır. Ancak söz konusu hükümle işaret edilen itiraz yolunun 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK)[110] 11. maddesinde yer alan idari başvuru yolu mu yoksa özel bir başvuru yolu mu olduğuna dair doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır. ÖZKAYA ÖZLÜER'e göre Yönetmelik'te öngörülen itiraz yolu, İYUK'un 11. maddesi kapsamında bir başvuru yoludur[111]. ERSÖZ'e göre ise Yönetmelik'te öngörülen itiraz yolu İYUK'un 11. maddesi kapsamında bir başvuru yolu olmayıp özel bir başvuru yoludur. Zira İYUK'un 11. maddesi, başka bir başvuru yolu öngörülmediği durumlarda uygulanacaktır[112].

Koruma Yüksek Kurulu, gündeme alınan itirazları en geç üç ay içinde karara bağlamak zorundadır (KTVKK m. 61). Bu noktada 2863 sayılı Kanun, İYUK'un 11. maddesinden ayrılmaktadır. Zira ihtiyari başvurularda idareye İYUK'ta altmış günlük süre tanınırken, 2863 sayılı Kanun'da üç aylık süre tanınmıştır. Koruma Yüksek Kurulu tarafından yapılacak değerlendirme sürecinde, İYUK'a kıyasla özel kanun niteliği taşıyan 2863 sayılı Kanun'da öngörülen üç aylık süre dikkate alınacaktır. Gündeme alınan itirazların üç ay içinde görüşülmemesi, itirazın zımnen reddedildiği şeklinde yorumlanacak ve dava açma süresi üç aylık sürenin bitiminden itibaren kaldığı yerden işlemeye devam edecektir. Bu düzenleme söz konusu itirazın özel ihtiyari başvuru yolu olarak kabul edilmesi gerektiğini göstermektedir.

---

108 Ersöz (n 14) 293.

109 *"…Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, idari işlemlere karşı yargısal başvuru yollarının açık tutulması ve etkin yargısal başvuru yolları oluşturulması zorunlu kılınmakla birlikte, Anayasa'da, idari itiraz yolu ihdas edilmesi zorunluluğuna işaret eden herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu nedenle idari itiraz yolu ihdas edip etmemek kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucu, herhangi bir işleme karşı idari itiraz yolu ihdas etmekte takdir yetkisine sahip olduğuna göre, kanun koyucunun, bu yola başvurulabilmesi veya itirazın karara bağlanabilmesi için belli koşullar öngörebileceğinin evleviyetle kabulü gerekir. Bu itibarla, Koruma Bölge Kurulu kararlarına karşı öngörülen bir idari itiraz yolu olan Koruma Yüksek Kuruluna yapılan başvurunun Kurul gündemine alınmasının Bakanlığın uygun görmesi şartına bağlanmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır…"* Anayasa Mahkemesi, 106/192, 29.11.2012, RG 02.04.2013/28606 1. Mükerrer.

110 İdari Yargılama Usulü Kanunu, Kanun Numarası: 2577, Kabul Tarihi: 06.01.1982, RG 20.01.1982/17580.

111 Özkaya Özlüer (n 6) 120.

112 Ersöz (n 14) 294; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya'ya göre ise özel ihtiyari başvuru yolunun öngörüldüğü durumlarda dahi bu yol tüketildikten sonra süresi içerisinde İYUK'un 11. maddesinde yer alan ihtiyari başvuru yolunun işletilmesi mümkündür. Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 103) 219.

Koruma Bölge Kurulları kararlarına itiraz edilmesinin kararın uygulanmasını durdurmayacağı Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulları Yönetmeliği'nin 18. maddesinin 6. fıkrasında ifade edilmiştir. Koruma Yüksek Kurulu tarafından Koruma Bölge Kurulunun kararının kaldırılması halinde ise kaldırma kararı Koruma Bölge Kurulunun dağıtıldığı yerlere dağıtılacaktır (Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulları Yönetmeliği m. 18/6). Bu hüküm bölge kurulu kararını kaldıran Koruma Yüksek Kurulu kararının, Koruma Bölge Kurulu kararı gibi, maliklere ayrı ayrı tebliğ edilmesi, Resmî Gazete'de yayımlanması ve Kültür ve Turizm Bakanlığının internet sayfasında duyurulması şeklinde yorumlanmalıdır.

Her ne kadar uygulamada doğabilecek çelişkileri önlemek adına getirilmiş olsa da Koruma Bölge Kurulları kararlarına itiraz edilmesinin kararın uygulanmasını durdurmayacağı hükmü malumun ilanıdır. Zira idari işlemler, icrai nitelikte olmalarının doğal bir sonucu olarak, hukuka uygunluk karinesinden yararlanmaktadırlar. Diğer bir ifadeyle idari işlemler tesis edildikleri andan itibaren aksine mahkemece karar verilinceye kadar hukuka uygun kabul edilmektedirler[113]. Hakkında iptal davası açılan bir idari işlemin bile yürütmenin durdurulması kararı verilinceye kadar uygulanmasına devam edildiği dikkate alındığında, geri alınması veya kaldırılması amacıyla üst makama yapılacak itirazların işlemin uygulanmasını durdurmayacağı aşikardır.

Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu ve Kültür Varlıklarını Koruma Bölge Kurulları Yönetmeliği'nin 18. maddesinin 2. fıkrasında, Koruma Bölge Kurulu kararlarına karşı itiraz edebilecek kişilere ilişkin bir düzenleme yer almaktaydı. Buna göre Koruma Bölge Kurulu kararına konu olan taşınmaz/lar üzerindeki ayni hakkını veya kiracılık hakkını belgelemeyen kimselerin itirazları Bakanlık tarafından yapılacak değerlendirme neticesinde Koruma Yüksek Kurulunun gündemine alınmayacaktı. Söz konusu düzenleme Anayasa ile koruma altına alınan hak arama özgürlüğünün yönetmelikle sınırlanması sonucunu doğurduğu gerekçesiyle Danıştay tarafından haklı olarak iptal edilmiş[114] ve Koruma Bölge Kurulu kararlarına karşı yapılacak itirazlarda ilgililerin hak sahipliğini belgelemeleri şartına son verilmiştir.

Koruma Yüksek Kurulu ve Koruma Bölge Kurulları tarafından verilecek kararlara, kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler ile gerçek ve tüzel kişiler uymak

[113] Atay (n 53) 451; Emine Cin Karagöz, *İdare Hukukunda Karine ve Varsayım* (Turhan 2017) 143; Günday (n 37) 125 vd; Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan ve Serkan Seyhan, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı (8. Bası, Seçkin 2019) 271.

[114] Danıştay 14 D, 24.03.2016, 2014/5355, 2016/2193, www.kazancı.com Erişim Tarihi 11.02.2020.

zorundadır (KTVKK m. 61; Yönetmelik m. 15)[115]. Koruma Yüksek Kurulunca itiraz üzerine verilen kararlar yeni bir idari işlemdir. Dolayısıyla ilgililer Koruma Yüksek Kurulunun kararları aleyhine iptal davası açmadan önce, İYUK'un 11. maddesinde öngörülen ihtiyari başvuru yoluna başvurabileceklerdir.

Danıştay tescil kararının mülkiyet hakkına bir müdahale niteliği taşıması sebebiyle ilgililerin gerekli işlemin yapılmasını idareden her zaman isteyebileceklerini kabul etmektedir. Dolayısıyla ilgililer tescil kararına karşı İYUK m. 10'da öngörülen idari başvuru yolunu işletebileceklerdir. Bu kapsamda Danıştay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıktaki değerlendirmeleri oldukça önem taşımaktadır. Somut olayda davacının taşınmazı II. grup korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı olarak tescil edilmiştir. Davacı 2007 yılı içerisinde tescil kararına itiraz etmiş ve aynı yıl içerisinde itirazı reddedilmiştir. 2010 yılına gelindiğinde, İYUK m. 10'a dayanarak tescil kararının gözden geçirilmesi amacıyla yeni bir idari başvuru yapmış ve bu başvurusu reddedilmiştir. Danıştay *"Anayasal güvence altındaki temel hak ve özgürlüklerden olan mülkiyet hakkının kullanılabilmesi için, ilgililerin, gerekli işlemin yapılmasını idareden her zaman isteyebilecekleri açıktır. Bu durum mülkiyet hakkının zaman ötesi niteliğinden kaynaklanmaktadır."* ifadeleriyle ilgililerin aynı konuda İYUK m. 10 uyarınca idareye tekrar başvurmalarında bir engel bulunmadığına hükmetmiştir[116].

[115] *"…Bu durumda; davaya konu işlemde, … Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulunca III. Derece arkeolojik sit bölgesinde bulunan yapıdaki aykırılıkların müze müdürlüğü denetiminde kaldırılmasına karar verildiği, bu kararın uygulanması için üst yazı ile … Belediyesine gönderildiği, Koruma Bölge Kurulunun, sorumluluğunda bulunan bölgeye ilişkin olarak uygulamaya yönelik karar almaya yetkisinin bulunduğu, dolayısıyla dava konusu işlemde yetki yönünden hukuka aykırılık bulunmadığından, uyuşmazlığın esasının incelenmesi suretiyle karar verilmesi gerekirken yetki unsuru yönünden işlemin iptali yolundaki temyize konu idare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır…"* Danıştay 14 D, 14463/3588, 28.11.2011, <www.kazancı.com> Erişim Tarihi 11.02.2020.

[116] Danıştay 14 D, 15162/7461, 06.11.2012, <www.kazancı.com> Erişim Tarihi 09.11.2020.

2. Yargısal Başvuru Yolları

Koruma Bölge Kurulu tarafından verilen tescil kararının idari bir işlem olduğuna yukarıdaki başlıklar altında değinilmiştir. Tescil kararıyla taşınmaz bir malın hukuki durumunda değişiklik meydana gelmekte ve malikin/maliklerin mülkiyet hakkı sınırlandırılmaktadır. Dolayısıyla icrai niteliğe sahip tescil kararı aleyhine idari yargıda iptal davası açılmasının önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Zira Anayasa'nın 125/1 hükmü uyarınca, idarenin her türlü işlemlerine karşı dava yolu açıktır.

Koruma Bölge Kurulları tarafından verilen tescil kararlarına karşı Koruma Yüksek Kuruluna itiraz edilmeksizin veya Koruma Yüksek Kuruluna yapılan itirazın reddedilmesi üzerine dava açma süresi içinde idari yargıda menfaati ihlal edilen kişiler tarafından iptal davası açılabilecektir[117]. Menfaat kavramı, davacı ile dava konusu idari işlem arasında minimum düzeyde de olsa kurulabilecek ciddi ve makul ilgiyi ifade etmektedir[118]. Sübjektif ehliyet olarak da ifade edilen menfaat ihlali koşulu, idarece tesis edilen bir idari işlemle *"kişisel"*, *"güncel"* ve *"meşru"* menfaatin ihlal edilmesi durumunda gerçekleşmiş sayılır[119]. Danıştay, sit kararları gibi genel olarak kamuyu ilgilendiren işlemlere karşı açılan davalarda menfaat ihlalini geniş yorumlama eğilimindedir[120]. Dolayısıyla sit kararı karşısında menfaati ihlal edilen vatandaşlar, yabancılar, belde sakinleri, belediye meclis üyeleri, özel hukuk tüzel kişileri (Örn; dernekler, şirketler, vakıflar), kamu hukuku tüzel kişileri (Örn, odalar) vb. dava açma ehliyetine sahiptir[121].

---

[117] *"…Bu durumda, davacının, eski eseri korumaktan çok aleyhine açılmış olan tahliye davası sonucu tahliyesini önlemek ve 1981 yılından beri süregeldiği belirtilen kiracılık ilişkisini devam ettirmek amacıyla, mülkiyet bağı da bulunmayan taşınmaza yönelik olarak bu davayı açtığı kanaatine ulaşıldığından, söz konusu taşınmazın kiracısı olan davacının, asıl malik tarafından hazırlatılan ve koruma kurulunca da düzeltilerek uygun bulunan restorasyon projesinin iptalini isteme konusunda, meşru bir menfaatinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmesi gerekirken, İdare Mahkemesince, davanın esası incelenmek suretiyle karar verilmesinde isabet görülmemiştir…"* Danıştay 6 D, 1464/6125, 30.11.2004 <www.kazancı.com> Erişim Tarihi 11.02.2020.

[118] Mehmet Altundiş, "İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti" (2007) (69) TBB Dergisi 354.

[119] Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku* (6. Bası, Ekin 2020).

[120] *"…Yukarıda yer alan düzenlemeler karşısında, dava konusu Bakanlar Kurulu Kararı ile defin yapılacak olan yerdeki Süleymaniye Camii ve çevresinin, İstanbul Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurulunun 12.7.1995 günlü, 6848 sayılı kararıyla "kentsel ve tarihi SİT, kentsel ve arkeolojik SİT alanı" olarak kabul ve ilan edilmiş olduğu iddiasıyla, söz konusu Bakanlar Kurulu Kararının iptali istemiyle, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması açısından her vatandaşın dava açmada menfaatinin bulunduğunun kabulü gerekeceğinden, davacının vatandaş olarak, bir kişinin belediye mezarlığı dışında özel bir yere defnini öngören Bakanlar Kurulu Kararının iptalini istemekte menfaati bulunduğu açık olup; davanın ehliyet yönünden reddi yolunda verilen kararda hukuka uygunluk bulunmamaktadır."* Kararın karşı oyunda ise İstanbul'da ikamet etmeyen ve sadece vatandaş olarak dava açan davacının davaya konu işlemle kişisel bir menfaatinin ihlal edilmediği ifade edilmiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 415/737, 19.10.2001, < https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/idari-dava-daireleri-kurulu-e-2001-415-k-2001-737-t-19-10-2001> Erişim Tarihi 07.09.2021; *"…Çevre, tarihi ve kültürel değerlerin korunması, imar uygulamaları gibi kamu yararını yakından ilgilendiren konularda vatandaş, belde veya semt sakini sıfatıyla dava açılabileceği Danıştay İçtihatlarıyla kabul edilmiştir.* Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 741/1854, 11.11.2004, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/danistay/idari-dava-daireleri-kurulu-e-2004-741-k-2004-1854-t-11-11-2004> Erişim Tarihi 07.09.2021; *"…çevreyi, kültürel ve tarihi değerleri korumak hususlarında menfaat ilişkisinin dar yorumlanmaması bu gibi konularda vatandaşların menfaat ilişkisi bulunduğunun kabul edilmesi gerekmektedir…"* Yüksek İdare Mahkemesi, 177/2007 (D. 34/2010), 29.12.2010, <https://mahkemeler.net/cgi-bin/kararindir.aspx?cnt=3364> Erişim Tarihi: 07.09.2021; Tufan Erhürman, "Çevre Davalarında "Menfaat İhlali": Danıştay ve KKTC Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme" (2011) AÜHFD 60(3) 470 vd.

[121] Oğuz Sancakdar, Pınar Yağcı, Şükür Taşyıldız, Ezgi Çırak, *Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku* (Adalet 2021), 77; Özkaya Özlüer I, "Sit Kararının Yargısal Denetiminde Başlıca Konular ve Sorunlar" (2021) AÜHFD 70(2) 441.

Tescil kararlarına karşı açılacak davalarda, 2863 sayılı Kanun'da herhangi bir özel dava açma süresi öngörülmediği için İYUK'un 7. maddesinde öngörülen altmış günlük genel dava açma süresi dikkate alınacaktır. Bununla birlikte Danıştay, tescil kararının mülkiyet hakkına bir müdahale niteliğinde olması ve mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramaması karşısında dava açma süresi geçtikten sonra İYUK m.10 uyarınca yapılan idari başvuruların reddedilmesi durumunda bu ret kararlarına karşı genel dava açama süresi içerisinde dava açılabileceğine karar vermiştir[122].

Tescil kararına karşı açılacak davalarda husumet Kültür ve Turizm Bakanlığına yöneltilecektir[123]. Görevli ve yetkili mahkeme açısından gerek 2863 sayılı Kanun'da gerekse ilgili diğer kanunlarda herhangi bir özel düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla sit kararına açılacak davalarda görevli mahkeme idare mahkemeleridir[124]. Yetkili mahkeme ise tescil kararının konusunu taşınmaz varlıklar oluşturduğu için taşınmazlara ilişkin özel yetki kuralı olan İYUK'un 34. maddesi doğrultusunda belirlenecektir. Buna göre tescil kararına ilişkin iptal davalarda kural olarak taşınmazın bulunduğu yer idare mahkemesi yetkilidir. Ancak arkeolojik sit alanı olarak tescil edilecek taşınmazın birden çok il sınırları içerisinde bulunması mümkündür. Bu ihtimalde yetkili mahkeme Danıştay Kanunu'nun[125] 24/1-e hükmü uyarınca Danıştay'dır.

Danıştay kararlarında ısrarla vurgulandığı üzere arkeolojik sit alanlarına dair uyuşmazlıklarda mahkemelerin gerektiğinde keşif ve bilirkişi incelemesine başvurması bir zorunluluktur. Zira genelde kültür varlıkları özelde ise arkeolojik sit alanları teknik araştırmalar ve çeşitli özel metotlar kullanılarak tespit edilmektedir. Yüzeyde herhangi bir tarihi eser kalıntısı olmayan bir toprak parçasının altında arkeolojik açıdan önem taşıyan bir yerleşim mevcut olabilir[126]. Örneğin, Göbeklitepe'de yer alan T şeklinde dikilitaşlardan oluşan kült alanının üzeri toprakla kapatılmıştır. Pek çok dikili taşın hala toprak altında olduğu tahmin edilmektedir. Bu nedenle Danıştay'ın

122 *"…Anayasal güvence altındaki temel hak ve özgürlüklerden olan mülkiyet hakkının kullanılabilmesi için, ilgililerin, gerekli işlemin yapılmasını idareden her zaman isteyebilecekleri açıktır. Bu durum mülkiyet hakkının zaman ötesi niteliğinden kaynaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 10.04.2003 günlü, E:2002/112, K:2003/33 sayılı ve 17.03.2011 günlü, E: 2009/58, 2011/52 sayılı kararlarında da bahsedildiği üzere, hukukun genel ilkelerinden birisi de mülkiyet hakkının zaman ötesi niteliği, başka bir anlatımla mülkiyet hakkının zamanaşımına uğramamasıdır. Mülkiyet hakkının bu niteliğinden dolayı, bu hakkı ilgilendiren konularda gerekli işlemin yapılması isteminin idarece reddedilmiş olması halinde, aynı konuda 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca idareye tekrar başvurulmasına ve başvurunun reddi halinde ret işlemine karşı dava açılmasına bir engel bulunmamaktadır. Her yeni başvuru üzerine idarece tesis edilecek işlem için 2577 sayılı Yasanın 7. maddesinde öngörülen 60 günlük süre içinde dava açılması mümkündür. Bu durumda; davacının mülkiyet hakkını ilgilendiren bir konuda işlem yapılması istemiyle 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca yaptığı en son başvurusunun reddi üzerine süresinde dava açıldığı dikkate alındığında, daha önceden aynı konuda yaptığı başvuru tarihinde işlemden haberdar olduğu gerekçesiyle davanın süre aşımı nedeniyle reddine ilişkin temyize konu Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir…"* Danıştay 14 D, 15162/7461, 06.11.2012, <www.kazancı.com> Erişim Tarihi 09.11.2020.

123 Ersöz (n 14) 295.

124 Eröksüz (n 35) 68.

125 Danıştay Kanunu, Kanun Numarası: 2575, Kabul Tarihi: 06.01.1982, RG 20.01.1982/17580.

126 Sancakdar (n 18) 33.

keşif ve bilirkişi incelemesi gerekirken bu yola başvurulmaksızın verilen kararları hukuka aykırı bulmaktadır[127].

VI. Değerlendirme ve Sonuç

Arkeolojik sit alanı kararı, arkeolojik açıdan önem taşıyan bir alanın koruma altına alınması amacıyla Koruma Bölge Kurulu tarafından tesis edilen idari bir işlemdir. Sit kararının ilk adımını tespit işlemleri oluşturmaktadır. Tespit işlemi, bir arkeolojik alanın korunması gereken kültür varlığı niteliğinde olup olmadığını ortaya koymak amacıyla tespit ekibi tarafından yürütülen faaliyetlerdir. Sit kararının ikinci aşamasını tescil işlemi oluşturmaktadır. Tescil işlemi, tespit ve belgelendirme çalışmaları tamamlanmış bir alanın korunması gereken bir kültür varlığı olduğuna dair Koruma Bölge Kurulunca karar alınmasıdır. Koruma Bölge Kurulu tarafından verilen tescil kararı kurucu niteliğe sahiptir. Tescil kararı sonrasında tapu siciline düşülecek şerhler bildirici nitelik taşımaktadır. Sit kararına ilişkin üçüncü ve son aşama kararın ilan edilmesidir.

Arkeolojik sit alanı kararlarıyla arkeolojik alanların tespitinin yapılması, koruma amaçlı imar planlarının hazırlanması ve bu alanlara zarar veren kişi veya kişiler için cezai yaptırımlar uygulanması amaçlanmaktadır. Günümüzde arkeolojik alanların korunması için arkeolojik sit alanı kararı vazgeçilmez bir yere sahiptir.

Kültür ve Turizm Bakanlığının sitesinde paylaşılan istatistikler dikkate alındığında 2020 yılı sonu itibariyle ülkemizde 20.335 adet arkeolojik sit alanının tescil edildiği görülmektedir. Ülkemizin tarihi ve jeopolitik özellikleri dikkate alındığında bu sayının tespit edilenin katbekat üzerinde olduğu kuşkusuzdur. Bu potansiyel karşısında genelde kültür varlıklarının özelde ise arkeolojik sit alanlarının korunmasında bireylerin katkısı oldukça önem taşımaktadır. Yaşanan gelişmeler göstermiştir ki arkeolojik alanların korunması kapsamında en önemli husus bireylerde koruma bilincinin oluşturulmasıdır.

Her ne kadar kültür varlıklarının korunması idarenin sorumluluğu altında olsa da açık hava müzesi olarak kabul edilen ülkemizde bireyler de en az idare kadar sorumluluk almalı ve koruma çalışmalarına katılmalıdır. Bu kapsamda kültür varlıklarının korunmasına yönelik animasyonlar, kısa filmler, kamu spotları

[127] *"...Korunması gerekli taşınmaz kültür varlığına dair uyuşmazlıkların çözümünde teknik yönden keşif ve bilirkişi incelemesinin gerektiği durumlarda yukarda yer alan tanım ve taşınmaz kültür varlıklarının özelliği gereği taşınmazın sanat değeri, mimari, tarihi, estetik, mahalli, arkeolojik değerler kapsamı içinde; strüktürel, dekoratif, yapısal durum, malzeme, yapım teknolojisi, şekil bakımından özellik ve güzellikler içermesi ve mutlaka korunması gerektiğinin anlaşılabilmesi için sanat tarihçisi ve mimar gibi konusunda uzman olan kişilerden bilirkişi kurulu oluşturularak inceleme yaptırılması gerekmekte olup, karara esas alınan bilirkişi raporunun ise Yüksek Mimar bilirkişi tarafından düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu durumda; yapının korunması gerekli kültür varlığı olarak tesciline ve koruma grubunun II olarak belirlenmesine dair işleme karşı açılan davada, üniversitelerin ilgili bölümlerinden seçilen sanat tarihçisi ve mimarlardan oluşturulacak yeni bir bilirkişi kuruluna inceleme yaptırılması suretiyle uyuşmazlığın esası hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir..."* Danıştay 14 D, 8448/2025, 04.04.2017, <www.kazancı.com> Erişim Tarihi 09.11.2020.

hazırlanmalı ve hazırlanan bu içeriklere kişilerin kolayca ulaşıp izlemeleri sağlanmalıdır. Bireylerin gerek yaşadıkları bölgede gerekse ülkenin dört bir yanından bulunan kültür varlıklarını ziyaret etmeleri teşvik edilmelidir. Bu kapsamda idare tarafından kültür turları düzenlenmeli ve maddi gücü olmayan kişilerin de arkeolojik alanları görmesine imkân verilmelidir. Zira Anayasa'nın 5. maddesinde belirtildiği gibi devletin temel amaç ve görevlerinden biri *"insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır"*.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.
Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdare Hukuku* (12. Bası, Savaş 2020).

Akyılmaz B, Sezginer M ve Kaya C, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (2. Bası, Savaş 2019).

Altundiş M, "İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti" (2007) (69) TBB Dergisi 339-376.

Arslan G, "Koruma Planlamasında İlk Aşama: Tesbit ve Tescil" (Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurultayı, Ankara, 14-16 Mart 1990) 27-35.

Asatekin N G, *Kültür ve Doğa Varlıklarımız Neyi, Niçin, Nasıl Korumalıyız?* (Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü 2004).

Atay E E, *İdare Hukuku Dersleri* (5. Bası, Turhan 2016).

Baştürk İ, "Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 65/a-b Maddesinin İptaline ve Bu Kararın Yürürlüğünün Ertelemesine İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Bağlamında Bazı Değerlendirmeler" (2013) 3(2) HHFD 39-60.

Berk K, "Türkiye'de Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıklarının Hukuki Rejimi ile Uygulama Sorunları" (1999) 19(1-2) MHMÖHB 183-212.

Cin Karagöz E, *İdare Hukukunda Karine ve Varsayım* (Turhan 2017).

Çağlayan R, *İdarî Yargılama Hukuku* (10. Bası, Seçkin 2018).

Çakmak M, *İdare Hukukunda Kuramsal Olarak Kamu Yararı* (Seçkin 2013).

Çolak N İ, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku* (2. Bası, On İki Levha 2015).

Dönertaş P, "Arkeolojik Sit Alanlarının Tespiti, Tescili, Korunması ve Yapılan Uygulamalar Doğrultusunda: Eskiyapar Höyüğü" (Yüksek Lisans Tezi, Adnan Menderes Üniversitesi 2014).

Duran L, *İdare Hukuku Ders Notları* (İÜHF Yayınları 1982).

Dursun G, "Yargıtay Kararları Işığında 2863 Sayılı KVTVKK m.65'te Düzenlenen Suçların Değerlendirilmesi" (2017) 12(157-158) BÜHFD 93-128.

Erhürman T, "Çevre Davalarında "Menfaat İhlali": Danıştay ve KKTC Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme" (2011) AÜHFD 60(3) 447-484.

Erkut C, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği* (Danıştay Başkanlığı Yayınları 1990).

Eröksüz C, *Arkeolojik Sit Alanları* (Adalet 2018).

Ersöz A K, *Türk İdare Hukuku Kapsamında Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması* (On İki Levha 2017).

Gözler K, *İdare Hukuku Cilt I* (3. Bası, Ekin 2019).

Gözübüyük Ş, *Yönetsel Yargı* (35. Bası, Turhan 2016).

Gülan A, *Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim* (Alfa 1999).

Günay E, *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yasasındaki Suçlar* (Seçkin 2018).

Günday M, *İdare Hukuku* (11. Bası, İmaj 2017).

Halis G, *Yeni Başlayanlar İçin Göbeklitepe* (2. Bası, A7 Kitap 2019).

İşçi J, "İdari Merci Tecavüzü" (Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi 2019).

Kalabalık H, "Türk Hukukunda Kırsal Alanlarla İlgili Yapı ve Faaliyet Yasakları" (2007) 11(1-2) GÜHFD 837-886.

Kaplan G, *İdari Yargılama Hukuku* (6. Bası, Ekin 2020).

Karahanoğulları O, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)* (3. Bası, Turhan 2015).

Katoğlu T, *Ceza Hukuku ve Kültür Varlıkları* (Seçkin 2017).

Kaya C, "Türk İdare Hukukunda İcrai Olmayan İşlemler" (2004) 9(1-2) GÜHFD 253-284.

Kırbaş S, *Devlet Malları* (Adım 1988).

Luckert K W, *Göbekli Tepe* (3. Bası, Alfa 2017).

Mumcu A, "Eski Eserler Hukuku ve Türkiye" (1969) 26(3-4) AÜHFD 45-78.

Ottoni C, Rasterio R, Willet R, Claeys J, Talloen P, Van de Vijverl K, Chikhi L, Poblome J, Decorte R, "Comparing Maternal Genetic Variation Across Two Millennia Reveals the Demographic History of an Ancient Human Population in Southwest Turkey" (2016) 3(2) Royal Society Open Science 1-9.

Özel S, "Case Notes The Basel Decisions: Recognition of the Blanket Legislation Vesting State Ownership over the Cultural Property Found within the Country of Origin" (2000) 9(2) International Journal of Cultural Property 315-340.

Özel S, "Kültür Varlıkları Üzerinde Geniş Kapsamlı Kanunlarla Tesis Edilen Devlet Mülkiyeti ve Türk Hukukundaki Durum" (1997) 55(4) İÜHFM (Prof. Dr. Orhan Münir Çağıl'a Armağan) 65-84.

Özel S, "Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti" (2018) 24(1) MÜHFHAD 215-238.

Özkaya Özlüer I, "Sit Alanlarının Planlanması" (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi 2018).

Özkaya Özlüer I, "Sit Kararının Yargısal Denetiminde Başlıca Konular ve Sorunlar" (2021) AÜHFD 70(2) 429-474.

Pehlivan V, "2863 sayılı Yasanın 65. Maddesinin Değerlendirilmesi" (2018) <http://www.pehlivanguner.com/makaleler/2863-sayili-yasanin-65-maddesinin-degerl-38.html> Erişim Tarihi 07.02.2020.

Sancakdar O ve Tepe İ, "Alman Hukukunda Kültür Varlığı (Kulturdenkmal) Kavramı ve Başlıca Koruma İlkeleri" (2009) 11(Özel Sayı) DEÜHFD 1753-1802.

Sancakdar O, *Belediyenin İmar Planı Yapma ve Değiştirme Yetkisi* (Yetkin 1996).

Sancakdar O, *Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku* (Seçkin 2012).

Sancakdar O, Önüt L B, Us Doğan E, Kasapoğlu Turhan M ve Seyhan S, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı* (8. Bası, Seçkin 2019).

Sancakdar O, Yağcı P, Taşyıldız Ş, Çırak E, *Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku* (Adalet 2021)

Sezginer M, *Ayrılabilir İşlem Kuramı* (Yetkin 2000).

The Republic of Turkey v. OKS Partners, 797 F. Supp. 64. (D. Mass. 1992) <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/797/64/1447474/> Erişim Tarihi 14.02.2020.

Truchet D, *Droit Administratif* (4. Bası, PUF 2011).

Umar B ve Çilingiroğlu A, *Eski Eserler Hukuku* (DEÜHF Yayınları 1990).

Yılmaz D, *İdari İşlemin İcrailik Özelliği* (Astana 2014).

Yılmaz E, *Hukuk Sözlüğü* (3. Bası, Yetkin 2005).

www.icomos.org.tr

www.kararara.com

www.kazancı.com

www.tayproject.org

korumakurullari.ktb.gov.tr

kayseri.ktb.gov.tr

kvmgm.ktb.gov.tr

sozluk.gov.tr

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası, 79 (4), 1391-1419

DOI: 10.26650/mecmua.2021.79.4.0009
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 31.03.2021
Revizyon Talebi: 04.11.2021
Son Revizyon Tarihi: 15.11.2021
Kabul: 22.11.2021

Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısına Kabul Edilebilirlik Değerlendirmesinde Tanınan Geniş Takdir Yetkisinin Kullanımında Ortaya Çıkan Sorunlar

Ebru Demir*

Öz

Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulduğu tarihten itibaren uluslararası kamuoyunda tartışmalı bir yere sahiptir. Mahkeme, politik saikler doğrultusunda hareket ettiği ve bunun bir sonucu olarak da meşruiyetini yitirdiği yönünde çeşitli eleştirilere muhatap olmaktadır. Mahkemenin bu şekilde eleştirilmesinde ve mahkemenin bir meşruiyet krizine girmesinde Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılarının oynadığı rol büyüktür. Savcının verdiği kararlar ve yaptığı seçimler, mahkemeye yönelik politikleşme ve meşruiyetini yitirme iddialarını daha da derinleştirmektedir. Makalede, Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılarının olay ve dava seçiminde başvurduğu kabul edilebilirlik şartları incelenmektedir. Bu makaleye göre, mahkemenin kurucu sözleşmesi olan Roma Statüsünde yer alan kabul edilebilirlik şartlarının muğlaklığı ve bu muğlak şartları uygulamada Savcıya tanınan geniş takdir yetkisi, mahkemenin seçici, yanlı ve önyargılı bir şekilde hareket ettiği iddialarının kaynağını oluşturmaktadır. Her ne kadar Savcı, bu şartları şeffaflaştırmak ve uluslararası kamuoyunu olay ve dava seçiminde tarafsız davrandığına dair temin etmek amacıyla çeşitli raporlar yayınlamış olsa da, makalede bu raporların detaylı bir şekilde incelemesi göstermektedir ki kabul edilebilirlik şartları hala muğlaklığını korumaktadır. Ayrıca, makalede incelenen dava örnekleri mahkemenin farklı birimleri arasında da kabul edilebilirlik şartlarına ilişkin anlayış farklılıkları olduğunu net bir şekilde gözler önüne sermektedir. Makale, Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılarının karşılaştıkları güçlükleri göz ardı etmemekte, karşılaştıkları ve karşılaşabilecekleri problemleri ve zorlukları kabul etmektedir. Ek olarak makalede, Roma Statüsünün bu konuda muğlak olduğu ve Savcılara kabul edilebilirlik şartlarıyla ilgili olarak yeterince yönlendirme yapmadığı da belirtilmektedir. Bununla birlikte, Savcıların uygulamaları incelendiğinde kabul edilebilirlik kriterlerinin uygulanması aşamasında Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin meşruiyetine ve objektifliğine yönelik eleştirileri güçlendiren durumların ortaya çıktığı görülmektedir.

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Ceza Mahkemesi, Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısı, Savcının Takdir Yetkisi, Kabul Edilebilirlik Şartları, Politikleşme, Meşruiyet Krizi

The Problems with the Implementation of the Prosecutorial Discretion at the ICC

Abstract

The International Criminal Court's (the ICC or the Court) status and its judicial practices have been controversial since its establishment in 2002. Critics argue that the Court is used by great powers as an instrument to achieve their political objectives and hence it has long lost its legitimacy. The ICC prosecutor has played a key role in aggravating these criticisms. The ICC's legitimacy is further endangered by the Prosecutor's situation and case selection process and the criteria that they have applied. This article argues that the ambiguity embedded in the admissibility conditions in the Rome Statute results in the critique that the ICC is partial, biased and selective. Even though the ICC Prosecutor has recently published various reports in order to make the admissibility conditions transparent, a detailed examination of these reports shows that these criteria are

* **Sorumlu Yazar:** Ebru Demir (Öğr. Gör. Dr.), Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye. E-posta: ebrudemir@ybu.edu.tr ORCID: 0000-0003-2529-3383

Atıf: Demir E, "Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısına Kabul Edilebilirlik Değerlendirmesinde Tanınan Geniş Takdir Yetkisinin Kullanımında Ortaya Çıkan Sorunlar" (2021) 79(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1391. https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.4.0009

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

still far from being transparent. The cases analysed in this article manifest that there are different and contrasting understandings of the admissibility conditions even within the ICC itself. This article acknowledges the difficulties that the ICC Prosecutor faces. In order not to overwhelm the ICC with numerous applications, the Prosecutor has to reject some of them. Having admitted that, this article shows that the Prosecutor's practices regarding the admissibility conditions aggravate the criticisms against the ICC's legitimacy and objectivity. The examples in this article illustrate that the admissibility conditions were interpreted in a way which contrasts with the Rome Statute itself.

Keywords
International Criminal Court, International Criminal Court Prosecutor, Prosecutorial Discretion, Admissibility Conditions, Politicisation, Legitimacy Crisis

Extended Summary

The Rome Statute, the International Criminal Court's (the ICC or the Court) founding treaty, requires a state to be unwilling or unable (Article 17) to prosecute international crimes for a case to be admissible before the ICC. In addition to unwillingness and inability, a case should also satisfy the gravity threshold set in Articles 17 and 53 of the Rome Statute. Both unwillingness and inability tests and the gravity threshold are ambiguously regulated in the Rome Statute. The ICC Prosecutor has the authority to evaluate a state's criminal justice system in order to determine whether it is sufficient to prosecute international crimes and also to make a decision on whether international crimes committed in some part of the world are grave enough to be prosecuted by the Court. It can therefore be said that the ambiguity embedded in the Rome Statute grants wide discretion to the Prosecutor in interpreting and implementing the admissibility conditions.

This article examines the ways in which the admissibility conditions are used by the Prosecutor during the processes of situation and case selection. The article is divided into two main bodies: in the first part, unwillingness and inability and in the second part the gravity threshold are examined. An examination of the former criteria shows that the Prosecutor accepted the self-referral of a willing and able state in contradiction to both the Article 17 and the complementarity principle in the Rome Statute. In addition, the Prosecutor, in various cases, investigated only the crimes committed by the rebel forces and neglected the crimes perpetrated by the regime forces. As a result of such practices, state parties started to cooperate with the ICC with the purpose of defeating the rebel forces in their territories. Thus, the ICC has become an instrument which states could use for their domestic political gains. In the first section, it is also argued that the Prosecutor's selection of cases mostly from one particular region (Africa) diminishes the objectivity of the Prosecutor. The Prosecutor fails to explain and legitimize the processes of situation and case selection.

In the second part, the definition and the scope of the gravity threshold are scrutinised. Whereas the Rome Statute refers to the gravity in different articles (Articles 17 and 53) as an admissibility condition, there is not enough explanation in

relation to the meaning of the term. This article argues that the ambiguity in the Rome Statute grants wide discretion to the ICC Prosecutor in interpreting and implementing this criterion. With examples, the article shows that the Prosecutor's interpretation of the gravity threshold is problematic and strengthens the criticisms against the ICC's legitimacy. The article brings forward reports published by the ICC Office of the Prosecutor with the aim of clarifying the criteria used in defining gravity. Whilst these efforts of the Prosecutor are appreciated, it is difficult to say that the reports have concretised the concept. In this section, the cases of Lubanga and Ntaganda are examined. These cases are of importance since they are specifically related to the gravity issue. An examination of these cases shows that there are different and even contrasting understandings in relation to the meaning and the scope of the concept of gravity even within the ICC's bodies.

This article acknowledges the difficulties that the ICC Prosecutor faces. In order not to overwhelm the ICC with numerous applications, the Prosecutor has to reject some of them. During the elimination process, the Rome Statute might also remain unhelpful because of the ambiguity embedded in its wording and the Prosecutor might be given the whole authority and responsibility in the processes of situation and case selection. Having admitted that, this article shows that the Prosecutor's practices regarding the admissibility conditions aggravate the criticisms against the ICC's legitimacy and objectivity. The examples in this article illustrate that the admissibility conditions were interpreted in a way which contrasts with the Rome Statute itself. In order to prove the Court's objectivity and to strengthen its legitimacy, the Prosecutor has to use the discretion granted by the Rome Statute in a more transparent, consistent and impartial way.

I. Giriş

Uluslararası Ceza Mahkemesi Eski Savcısı Fatou Bensouda, 9 Aralık 2020 tarihinde İngiliz askerlerinin Irak işgali sırasında işlemiş olduğu iddia edilen suçlara karşı yürüttüğü incelemeyi (preliminary examination) sona erdirme kararı aldı. Savcı yayınladığı raporda, Nisan 2003 – Eylül 2003 tarihleri arasında İngiliz askerlerinin Irak'ta gerçekleştirdiği ölümlerin, Roma Statüsünün 8(2)(a)(i) ve 8(2)(c)(i) maddeleri kapsamında savaş suçu olarak değerlendirilmesi için makul bir temel olduğunu ortaya koydu.[1] Savcı kendisine ulaştırılan bilgilerin ışığında en az 1071 Iraklı tutuklunun işkence veya insanlık dışı muameleye maruz kaldığına, 319 kişinin öldürüldüğüne ve 21 tutukluya da tecavüz edildiğine yönelik iddialar bulunduğunu raporunda belirtmektedir.[2] Bununla birlikte, Savcı, 2010 yılında İngiltere'nin kurmuş olduğu Irak Tarihi İddialar Ekibi'nin (Iraq Historic Allegations Team) - her ne kadar etkili bir şekilde çalışıp çalışmadığı tartışmaya açık olsa da[3] - kabul edilebilirlik için gerekli olan isteksizlik şartını ortadan kaldırdığını öne sürmektedir.[4] Irak Tarihi İddialar Ekibi'nin etkili bir kurum olmadığı ve failleri uluslararası mahkemeler önünde yargılanmaktan korumak amacıyla hareket ettiği iddialarının Savcıya iletilmesine rağmen, Savcı bu korumanın bireysel düzeyde var olmasının sistemsel ve geniş çapta bir koruma olarak değerlendirilemeyeceğini iddia etmiştir.[5] Sonuç olarak, kurumun İngiliz askerlerini yargılamada istekli olduğu kanaatine varmıştır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısının bu kararına yönelik olarak akademisyenler çeşitli eleştirilerde bulunmuşlardır. Andreas Schueller, Birleşik Krallık'ın, askerlerinin yargı önünde hesap vermesini önlemeye yönelik çabalarının bu devletin yakın ve uzak (kolonyal) tarihine bakıldığında görülebileceğini, dolayısıyla sistematik bir korumanın Birleşik Krallık tarafından geleneksel olarak uygulanan bir metot olduğunu öne sürmüştür.[6] Buna ek olarak, Schueller, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin bu gibi koruma kalkanı (shield) kurumları "devletlerin kendi üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmesi" şeklinde yorumlamasının, diğer güçlü devletleri de benzer kurumlar yaratmaya teşvik edeceğini ileri sürmüştür.[7] Kevin Jon Heller, kararda Savcının başvurduğu güvenilir kaynakların, Irak Tarihi İddialar Ekibi'nin istekli bir şekilde soruşturma yürüttüğüne inanmayı çok zor bir hale getirdiğini belirtmiştir.[8] Heller, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurucu anlaşması

1 Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılık Makamı, 'Situation in Iraq/UK: Final Report' (Aralık 2020) <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/201209-otp-final-report-iraq-uk-eng.pdf > paragraf 2, Erişim Tarihi 14 Aralık 2020.

2 ibid paragraf 24.

3 ibid paragraf 499-500.

4 ibid paragraf 500.

5 ibid paragraf 486-487.

6 Andreas Schueller, 'The ICC, British War Crimes in Iraq and a Very British Tradition' (Aralık 2020) <https://opiniojuris.org/2020/12/11/the-icc-british-war-crimes-in-iraq-and-a-very-british-tradition/>. Erişim Tarihi 14 Aralık 2020.

7 ibid.

8 Kevin Jon Heller, 'The Nine Words That (Wrongly) Doomed the Iraq Investigation' (Aralık 2020) <http://opiniojuris.org/2020/12/10/the-nine-words-that-wrongly-doomed-the-iraq-investigation/>. Erişim Tarihi 14 Aralık 2020.

olan Roma Statüsüne göre Savcının dava açması için gereken şartları Savcının kendi yürüttüğü soruşturmanın zaten sağladığına işaret etmektedir.[9] Karar, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne ve özellikle de Savcının uygulamalarına yönelik problemler içeren ve akademik literatürde tartışmalar yaratacak bir karardır.

Savcının bu ve buna benzer şekilde tartışma yaratan kararları, bu makaleye göre, Roma Statüsünde yer alan kabul edilebilirlik şartlarının muğlaklığı ve bu muğlak şartları uygulamada Savcıya tanınan geniş takdir yetkisi sonucu ortaya çıkmaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin içinde bulunduğu meşruiyet krizine dair geniş bir literatür olmasına rağmen, Savcının bu meşruiyet krizindeki rolüne dair nispeten daha az araştırma bulunmaktadır. Bu makale, mahkemenin politik bir kurum olarak algılanmasında ve sonuç olarak da meşruiyetinin sarsılmasında, Savcının verdiği kararların ve yaptığı seçimlerin rolünü incelemeyi amaçlamaktadır. Makale, Roma Statüsü tarafından Savcıya tanınan geniş takdir yetkisinin meşruiyet krizlerini derinleştirecek şekilde kullanıldığını savunmaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin meşruiyetine yönelik tartışmaların güncelliği bu makaleyi zamanlı ve gerekli kılmaktadır.

Makale ilk olarak kabul edilebilirlik şartlarından olan isteklilik ve yeterlilik kriterlerini inceleyecektir. Bu iki kriter, Roma Statüsünde düzenlenmiş olup bir olayın mahkemenin yargı yetkisi kapsamında kabul edilip edilmeyeceğine dair Savcının yapacağı değerlendirmenin temelini oluşturur. Bir sonraki bölümde ise yine Roma Statüsünde düzenlenmiş olan vahamet (gravity) kriteri ele alınacaktır. Vahamet kriteri Roma Statüsünde tamamen muğlak bir şekilde düzenlenmiş olup, mahkemeye yapılabilecek çok sayıdaki başvuru arasından Savcının "vahim olmayanları" elemesine yardımcı olmak amacıyla Statüye konulmuştur. Makalede, sırasıyla bu kabul edilebilirlik şartlarının Savcı tarafından nasıl problemli bir şekilde kullanıldığı gösterilecek, örnek olay ve davalar ile bu argüman desteklenecektir.

II. Kabul Edilebilirlik Şartlarının Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısı Tarafından Kullanımında Ortaya Çıkan Problemler: İsteklilik ve Yeterlilik Kriterleri

Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne yönelik eleştiriler mahkemenin seçici, yanlı ve önyargılı bir biçimde soruşturma yürüttüğü ve bu nedenle politik bir kurum haline dönüştüğü şeklindedir. Sri Lanka, Filistin toprakları, Afganistan ve Suriye'deki insan hakları ihlallerine karşı Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yanıtsız kalması, mahkemenin Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi üyelerinin politik ve stratejik

[9] ibid. Aynı yazarın kararla ilgili bir başka eleştirisi için, bakınız: Kevin Jon Heller, 'Article 18 and the Iraq Declination' (Aralık 2020) <http://opiniojuris.org/2020/12/12/article-18-and-the-iraq-declination/>. Erişim Tarihi 14 Aralık 2020.

çıkarları doğrultusunda hareket ettiğine yönelik eleştirilere yol açmıştır.[10] İnsan Hakları İzleme Örgütü, mahkemenin politik amaçlar için kullanılmaması ve bağımsız ve tarafsız bir şekilde yetkisini kullanması gerektiği yönünde uyarılarda bulunmuştur.[11] Örgüt, Uganda, Orta Afrika Cumhuriyeti ve Kongo Demokratik Cumhuriyeti örneklerinde, hükümet yetkililerinin işlediği suçların mahkemece dikkate alınmamasının mahkemenin bağımsızlığını sarstığını dile getirmiştir.[12] Bununla birlikte, bazı araştırmacılar Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne yönelik bu eleştirileri haksız bulmuş ve mahkemenin yanıtsız kaldığı olayların, mahkemenin "başarılı" bir şekilde ele aldığı davaları etkilememesi gerektiğini iddia etmişlerdir.[13] Örneğin, mahkemenin Suriye'deki etkisizliğinin mahkemenin Afrika'da yürüttüğü soruşturma ve kovuşturmalara gölge düşürmemesi gerektiği savunulmuştur.[14]

Bazı yazarlar daha da ileri giderek, en ağır suçların çok sayıda faili olacağından, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin seçici olmasının bir gereklilik olduğunu öne sürmüşlerdir.[15] Bazı yazarlar ise, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin işleyebilmesi için Savcının taraf devletlerle iş birliğinin zorunlu olduğunun altını çizmişlerdir.[16] Taraf devletlerle iş birliği olmadığında, Savcının davayı yürütmekte güçlüklerle karşı karşıya kalacağı ve görevini yerine getirmesini engelleyen manilerin ortaya çıkacağı öne sürülmüştür.[17] Dolaylı olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne taraf olmayan veya taraf olduğu halde iş birliği yapmayan devletlere karşı soruşturma ve kovuşturma yürütülmemesinin, mahkemenin seçici, yanlı ve önyargılı olduğu şeklinde yorumlanmaması gerektiği iddia edilmiştir. Bu açıklama iki açıdan problemlidir. Öncelikle, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kendisiyle iş birliği yapan taraf devletlere karşı açmış olduğu davalarda da taraflı ve yanlı hareket ettiği görülmektedir (Uganda ve Kongo Demokratik Cumhuriyeti örneklerinde olduğu gibi). Dolayısıyla, iş birliği olduğunda dahi mahkemenin sorunsuz, tarafsız ve bağımsız çalışabildiği iddia edilememektedir. İkinci olarak ise, mahkemenin soruşturma yürütmeme ya da yürüttüğü soruşturmayı sonlandırma kararı aldığı için eleştirildiği davalarda (örneğin İngiltere-Irak olayında), taraf devletin iş birliğinin olmadığı iddia edilememektedir. Bu sebeple, Savcının soruşturma yürütmemeyi tercih ettiği tüm durumlarda, iş birliği eksikliğinin neden olarak gösterilmesi doğru değildir.

[10] Alana Tiemessen, 'The International Criminal Court and the Politics of Prosecutions' (2014) 18 The International Journal of Human Rights 444, 449.

[11] Human Rights Watch, 'ICC: New Prosecutor Takes Reins' (13 June 2012) <https://www.hrw.org/news/2012/06/13/icc-new-prosecutor-takes-reins>. Erişim Tarihi 14 Aralık 2020.

[12] ibid.

[13] Destaw A Yigzaw, 'The International Criminal Court: Biased Against Africa or Weak Towards the Powerful?' (2017) 43 North Carolina Journal of International Law 204, 235.

[14] ibid 236.

[15] Hitomi Takemura, 'Big Fish and Small Fish Debate–An Examination of the Prosecutorial Discretion' (2007) 7 International Criminal Law Review 677, 683.

[16] Cale Davis, 'Political Considerations in Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court' (2015) 15 International Criminal Law Review 170.

[17] ibid 173.

Mahkemenin taraflı bir kurum olarak düşünülmesinde hangi faktörlerin etkili olduğu sorulması gereken önemli bir sorudur.[18] Mahkemenin taraflı olduğuna yönelik eleştirilerin temelinde seçilen olayların yanı sıra seçilmeyen, yanıtsız ve kayıtsız kalınan olaylar da yatmaktadır. Bu bağlamda mahkemeye yöneltilen eleştirilerden biri de mahkemenin yanlı yahut seçici adalet (selective justice) sağlayan bir kuruma dönüşmesidir. Afrika Birliği Komisyonu Başkanı Jean Ping'in bu mevzu hakkındaki görüşleri Afrika Birliği'nin tutumunu özetler niteliktedir:

> "Uluslararası hukuk, güçlü devletlerin zayıf devletleri dövdükleri büyük bir sopa olmamalıdır. Seçici adalete karşıyız. Eğer adil olunacaksa, [örneğin] Gürcistan Cumhurbaşkanı da adaletle yüzleşmelidir."[19]

Dava seçimindeki yanlılık iddiaları, Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısının seçtiği davalara ek olarak seçmediği olaylar üzerinden de güç kazanmaktadır. İngiliz askerlerinin Irak'ta sebep oldukları iddia edilen ölümler hakkında mahkemede soruşturma açılmaması uluslararası kamuoyunda rahatsızlık meydana getirmiş ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısına verilen geniş inisiyatifin politik saikler doğrultusunda kullanıldığına dair kanı yaratmıştır.[20] Bunun sonucunda ise mahkemenin, hem seçilen davalardaki "faillerin" hem de seçilmeyen "olaylardaki" mağdurların önemsenmediği bir platforma dönüştüğü öne sürülmüştür.[21]

William A. Schabas, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin muhatap olduğu eleştirilerin mahkemenin *sui generis* niteliğinden kaynaklandığını düşünmektedir.[22] İlk kurulan uluslararası ceza mahkemelerinden olan ve İkinci Dünya Savaşı sonrası Nazi liderlerini yargılamak için 1945'te kurulan Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'nde Sovyetler Birliği, Amerika Birleşik Devletleri, Fransa ve Birleşik Krallık vatandaşı dört savcı görev yapmaktaydı. Schabas'ın belirttiği üzere, bu savcılar bağımsız olarak değil, kendi hükümetlerinin temsilcileri olarak görevlerini yürütmekteydiler.[23] Yapılan bir çalışma, Nürnberg Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'ndeki savcıların, istihbarat ajanları arasından seçildiğini ve göreve gelen savcıların kendi temsil ettikleri devletlerin istihbarat servisleriyle olan yakın ilişkisini gözler önüne sermektedir.[24]

---

[18] Geoff Dancy and others, 'What Determines Perceptions of Bias toward the International Criminal Court? Evidence from Kenya' (2020) 64 Journal of Conflict Resolution 1443, 1448.

[19] Ifeonu Eberechi, '"Rounding Up the Usual Suspects": Exclusion, Selectivity, and Impunity in the Enforcement of International Criminal Justice and the African Union's Emerging Resistance' (2011) 4 African Journal of Legal Studies 51, 51. (yazarın çevirisi)

[20] Celestine Nchekwube Ezennia, 'The Modus Operandi of the International Criminal Court System: An Impartial or a Selective Justice Regime?' (2016) 16 International Criminal Law Review 448, 460.

[21] ibid 477.

[22] William A Schabas, 'Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court' (2008) 6 Journal of International Criminal Justice 731.

[23] ibid 732.

[24] Michael Salter, *Nazi War Crimes, US Intelligence and Selective Prosecution at Nuremberg: Controversies Regarding the Role of the Office of Strategic Services* (1st edn, Routledge-Cavendish 2007).

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi, *ad hoc* mahkemelerin kuruluşu aşamasında, dava seçimini gerekçelendirme yükümlülüğü altında olmamakla beraber bu durum *ad hoc* mahkeme savcıları için de gerekli değildi.[25] *Ad hoc* mahkemeler zaten spesifik bir bölge ya da ülkede işlenen uluslararası suçları kovuşturmak amacıyla kurulduklarından, dava seçimi yapmaları söz konusu değildir. Dolayısıyla 1990'larda kurulan *ad hoc* uluslararası ceza mahkemeleri (Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi) Savcıları da dava seçme gibi bir yükümlülükle karşı karşıya kalmadılar.[26] Kendisine yönlendirilen "olaylar" arasından seçim yapma görevi uluslararası ceza hukukunda ilk kez Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısının elinde bulundurduğu bir yetkidir.

Mahkemenin kurulma aşamasında, mahkemenin yargı yetkisinin hangi merciler tarafından etkin hale getirilebileceği (trigger mechanisms) en çok tartışılan konulardan biri olmuştur.[27] Sonuç olarak, her ne kadar Roma Statüsünde mahkemenin yargı yetkisinin kullanılmasında Savcı dışında hem taraf devletlerin (Madde 13(a)) hem de Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin yetkileri bulunsa da (Madde 13(b)), bu durum Savcının yetki alanını daraltan bir durum değildir. John Dugard'in belirttiği üzere, Roma Statüsüne taraf devletlerin veya Güvenlik Konseyi'nin başvuru yapmaları halinde, Savcı dava açmakla yükümlendirilmemektedir.[28] Savcı, taraf devletlerin veya Güvenlik Konseyi'nin kendisine başvurması durumunda da nihai söz sahibi konumundadır. Dolayısıyla, Dugard'in da ortaya koyduğu üzere, taraf devletlerin veya Güvenlik Konseyi'nin başvuruları Savcının kendi tarafından (*proprio motu*) açılan davalardan, bu açıdan bakıldığında, hiçbir fark taşımamaktadır.[29] Davayı açıp açmama yetkisi son kertede yine Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısındadır. Güvenlik Konseyi'nin bir olayı Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne göndermesi (Madde 13(b)), bu olayın mahkeme tarafından nasıl değerlendirileceğini belirleyemez.[30]

Bu makaleye göre, mahkemeye yöneltilen taraflı bir şekilde dava seçtiği eleştirilerinin temelinde Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısının olay ve dava seçiminde başvurduğu kriterlerdeki muğlaklık yatmaktadır. Roma Statüsüne göre kabul edilebilirlik şartları (admissibility conditions) Madde 17'de düzenlenmiştir.[31]

[25] William A Schabas, 'Victor's Justice: Selecting "Situations" at the International Criminal Court' (2010) 43 The John Marshall Law Review 535, 543.

[26] ibid 543–544. *Ad hoc* mahkemeler ile daimi Uluslararası Ceza Mahkemesi üzerine karşılaştırmalı bir analiz için, bakınız: Ezeli Azarkan, 'Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Karşılaştırmalı Analizi' (2004) 24 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 211.

[27] Yusuf Aksar, 'Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD)' (2003) 52 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 125, 130.

[28] John Dugard, 'Palestine and the International Criminal Court: Institutional Failure or Bias?' (2013) 11 Journal of International Criminal Justice 563, 563.

[29] ibid.

[30] Elif Uzun, 'Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü' (2003) 2 Sosyal Bilimler Dergisi 25, 39.

[31] Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (1998) <http://sorular.rightsagenda.org/Uploads/UCM%20MEV/Roma%20Statüsü.pdf>. Madde 17, Erişim Tarihi 14 Aralık 2020.

Madde 17'deki koşulların muğlaklığına ve neden oldukları politikleşme eleştirilerine dikkatle eğilmek gerekir. Taraf devletin dava açmakta isteksiz olması veya davayı açmaya yeterli donanımının ve imkanının olmaması kriterleri hem mahkemeyi hem de Savcıyı politik kararlar vermekle karşı karşıya bırakmaktadır.[32] Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi eski Savcısı Lousie Arbour'un belirttiği üzere, mahkemeye davaların kabul edilebilirlik şartları, bir başka devletin ulusal hukuk sistemini yargılamayı zorunlu kılmaktadır.[33] Bir taraf devletin hukuk sisteminin, uluslararası bir suçu yargılamaya yetecek kapasitede olup olmadığının araştırılması tamamen hukuki bir değerlendirme teşkil etmez. Benzer şekilde, bir taraf devletin uluslararası suçları kovuştururken bu suçların yeterli vahamete erişmediğini tespiti, Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısı tarafından isteksizlik olarak anlaşılabilir. Başka bir ifadeyle, taraf devletler kendi sınırları dahilindeki olayların uluslararası suç niteliğinde olmadığını ulusal mahkemelerinde tespit ettiklerinde, bu, Savcı nezdinde, Madde 17(1)'deki isteksizlik kriterine karşılık gelebilmekte ve bu yönde değerlendirilebilmektedir.

İsteksizlik ve yetersizlik kriterlerinin Savcı tarafından pratikteki uygulaması mahkemenin politikleşme eleştirilerini güçlendirmektedir. Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısı, davaların ve soruşturmaların çoğunu Afrika devletlerinin oluşturmasını gerekçelendirmekte ve meşrulaştırmakta zorluklar yaşamaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurucu sözleşmesi olan Roma Statüsüne taraf 123 devletin 33'ünü Afrika devletleri oluşturmaktadır. Bu, üye devletlerin yaklaşık yüzde 25'inin Afrika devletleri olduğunu gösterir. Bununla birlikte, Kasım 2020 itibariyle Uluslararası Ceza Mahkemesi'ndeki 13 soruşturmanın 10'u Afrika devletlerine karşı yürütülmektedir.[34] Bu, şu anki soruşturmaların yaklaşık yüzde 75'inin Afrika devletlerine karşı yürütüldüğünü gösterir.[35] Roma Statüsü Madde 17'de yer alan kabul edilebilirlik şartları, davaların büyük çoğunluğunun Afrika devletlerine karşı olmasını açıklamakta yetersiz kalmaktadır.

Mahkemenin çoğunlukla Afrika'daki devletleri soruşturmasını, Afrika devletlerinin altyapı ve teknik imkanlar bakımından bu tür suçları yargılayabilecek yeterlilikte kapasitelerinin olmaması ile açıklayan araştırmacılar bulunmaktadır.[36] Bu makale,

---

[32] Allison Marston Danner, 'Enhancing the Legitimacy and Accountability of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court' (2003) 97 American Journal of International Law 510, 517.

[33] ibid.

[34] Uluslararası Ceza Mahkemesi, 'The Court Today', ICC-PIDS-TCT-01-114/20_Eng (Kasım 2020) <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/publications/thecourttodayeng.pdf> Erişim Tarihi 14 Aralık 2020.

[35] Kasım 2020 itibariyle Uluslararası Ceza Mahkemesinde 13 soruşturma bulunmaktadır: Uganda, Kongo Demokratik Cumhuriyeti, Orta Afrika Cumhuriyeti, Orta Afrika Cumhuriyeti II, Darfur (Sudan), Kenya, Libya, Fildişi Sahili, Mali, Burundi, Gürcistan, Bangladeş/Myanmar ve Afganistan.
Kasım 2020 itibariyle Uluslararası Ceza Mahkemesinde 10 hazırlık incelemesi/soruşturması (preliminary examinations) bulunmaktadır: Bolivya, Kolombiya, Gine, Irak, Nijerya, Filistin, Filipinler, Ukrayna ve Venezuela (I ve II). Bakınız: Uluslararası Ceza Mahkemesi, 'The Court Today', ICC-PIDS-TCT-01-114/20_Eng (Kasım 2020) <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/publications/thecourttodayeng.pdf>. Erişim Tarihi 14 Aralık 2020.

[36] Yigzaw (n 13) 235–236.

bu görüşe karşı çıkmakta ve seçici bir şekilde sağlanan adaletin adalet olmadığını savunmaktadır. Mahkemenin teknik imkanları zayıf olan devletlerin yetkililerine karşı dava yürütmesi, mahkemenin uluslararası niteliğini gölgelemektedir. Mahkemenin belli bir bölgeye odaklanması mahkemenin evrensel bir şekilde adalet sağladığına yönelik inancı zedelemektedir.[37] Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin uluslararası suçları kovuşturmakta yetersiz (unable) devletleri ve sadece bu tür devletleri yargılayan bir mahkemeye dönüşmesi, mahkemenin "en zayıf [devletlerin] peşinde koşan bir mahkeme" karakterine bürünmesine yol açmıştır.[38] Bu durum, Afrikalıların "en ağır suçları işledikleri" için değil, bu ağır suçları yargılamak amacıyla gerekli altyapı ve teknik imkanlara sahip olmadıkları için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde yargılandıkları sonucunu doğurmaktadır.[39]

Mahkemenin en zayıf devletleri yargılayan bir mahkemeye dönüşmesi kendisine yönelik politikleşme eleştirilerini güçlendirmekte ve bunun da ötesinde mahkemenin kolonyal nitelikte olduğu eleştirilerini doğurmaktadır.[40] Ruanda eski Cumhurbaşkanı Paul Kagame eleştirilerinde mahkemenin "en zayıf" devletlerin peşine düşen bir mahkeme olmasını kolonyalizm ile şu şekilde ilişkilendirmektedir:

> "Uluslararası Ceza Mahkemesi geçmişteki tüm adaletsizlikleri, kolonyalizmi, emperyalizmi farklı formlarda geri getirmektedir. […] Güçsüz ve zayıf iseniz, kendinizi asmanız için bir ip her zaman vardır ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Afrikalı zayıf devletler için [bu amaçla] yapılmıştır."[41]

Benzer yönde açıklamayı Sudan eski Cumhurbaşkanı Omar al-Bashir de yapmıştır:

> "Afrika'da, Uluslararası Ceza Mahkemesi Afrikalı liderleri korkutma amacıyla kurulmuş kolonyalizmin yeni yüzü olarak görülmektedir. Eğer Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından yargılanan kişilere bakarsanız, hepsinin Afrikalı ve özellikle de hepsinin Batının politik baskılarına karşı çıkan şahıslar olduğunu görebilirsiniz."[42]

---

37 Dire Tladi, 'The African Union and the International Criminal Court: The Battle for the Soul of International Law' (2009) 34 South African Yearbook of International Law 57, 69.

38 Edwin Bikundo, 'The International Criminal Court and Africa: Exemplary Justice' (2012) 23 Law and Critique 21, 28.

39 ibid.

40 Uluslararası Ceza Mahkemesinin kolonyalist bir karaktere sahip olup olmadığına yönelik tartışmaları içeren literatür için, bakınız: Ann Sagan, 'African Criminals/African Victims: The Institutionalised Production of Cultural Narratives in International Criminal Law' (2010) 39 Millennium: Journal of International Studies 3; Kirsten Ainley, 'The International Criminal Court on Trial' (2011) 24 Cambridge Review of International Affairs 309; Patryk I Labuda, 'The International Criminal Court and Perceptions of Sovereignty, Colonialism and Pan-African Solidarity' (2014) 20 African Yearbook of International Law Online 289; Brendon J Cannon, Dominic R Pkalya and Bosire Maragia, 'The International Criminal Court and Africa: Contextualizing the Anti-ICC Narrative' (2016) 2 African Journal of International Criminal Justice 6; Laurence R Helfer and Anne E Showalter, 'Opposing International Justice: Kenya's Integrated Backlash Strategy against the ICC' (2017) 17 International Criminal Law Review 1; Geoffrey Lugano, 'Counter-Shaming the International Criminal Court's Intervention as Neocolonial: Lessons from Kenya' (2017) 11 International Journal of Transitional Justice 9.

41 Nation, 'Kagame Tells Why He Is Against ICC Charging Bashir' (Kigali, Ağustos 2008) <https://nation.africa/kenya/news/africa/kagame-tells-why-he-is-against-icc-charging-bashir--552248>. (yazarın çevirisi) Erişim Tarihi 14 Aralık 2020.

42 France 24, 'Sudan's Bashir Blasts ICC's "New Face of Colonialism"' (27 May 2013) <https://www.france24.com/en/20130527-african-union-icc-justice-sudan-bashir-kenya-kenyatta>. (yazarın çevirisi) Erişim Tarihi 14 Aralık 2020.

Mahkemenin zayıf devletlerin yetkililerini yargılayan bir kuruma dönüştüğü, politik ve kolonyal bir kurum olduğu yönündeki eleştirilere cevaben mahkemenin tamamlayıcılık (complementarity) prensibi doğrultusunda hareket etmesi gerektiğine yönelik fikirler vardır. Roma Statüsü Madde 1'de belirtildiği üzere, Uluslararası Ceza Mahkemesi çok ciddi suçları işleyen kişiler üzerinde yargı yetkisine sahip bir mahkemedir ve devletlerin ulusal yargı yetkisini tamamlayıcı niteliktedir."[43]

Bu doğrultuda, taraf devletlerin Roma Statüsünün imzalanması aşamasında kendi egemenlik haklarını zedelemeyecek bir mahkeme kurmayı tasavvur ettikleri kesindir. Line Engbo Gissel'in kapsamlı çalışması, Roma Statüsünün hazırlanması aşamasında Afrika'daki devletlerin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda nasıl bir mahkeme yaratmak istediklerine dair sundukları görüşleri sistematik olarak analiz etmiştir.[44] Bu faydalı çalışma göstermektedir ki Afrikalı diplomatlar uluslararası bir ceza mahkemesini ulusal mahkemelerden hiyerarşik olarak katiyen üstte görmemişlerdir.[45] Uluslararası bir mahkemenin ancak ve ancak ulusal mahkemelerin ağır insan hakları ihlallerini kendilerinin soruşturacak donanımları olmadığında, suçların cezasız kalmasını (impunity) önleme amacıyla işlerlik kazanmasını istemişlerdir.[46] Statü, hem giriş kısmında[47] hem de Madde 1'de görüldüğü üzere, Afrika'daki devletlerin bu istek ve endişelerini dikkate alarak tasarlanmıştır.

Statü genel olarak devletlerin egemenliğini göz önünde bulunduran hükümler içermektedir.[48] Bu nedenle, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin devletlerin egemenlik haklarını kısıtlayan veya bu hakların önüne geçen değil, bu hakları tamamlayıcı nitelikte işlev gören bir kurum olması beklenir.[49] Pozitif tamamlayıcılık ilkesi Roma Statüsünde yer alan bir ilke değildir, ancak Savcılık tarafından 2006 ve 2010

[43] Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (n 31).

[44] Line Engbo Gissel, 'A Different Kind of Court: Africa's Support for the International Criminal Court, 1993–2003' (2018) 29 European Journal of International Law 725.

[45] ibid 741.

[46] ibid.

[47] Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (n 31). Giriş, paragraf 10.

[48] Ali Sahin Kılıç, 'Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme' (2009) 58 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 615, 639.

[49] Öte yandan, bazı yazarlar tarafından Roma Statüsündeki tamamlayıcılık ilkesi mahkemenin evrensel yargı yetkisine sahip olmasının önünde bir engel olarak değerlendirilmiştir. Arzu Alibaba, 'Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu' (2000) 49 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 181, 183–184.

raporlarında yorumlama yoluyla geliştirilmiş[50] ve literatürde de kabul görmüştür.[51] Bu ilkeye göre, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Afrika'daki devletler gibi, uluslararası suçları yargılamaya muktedir altyapı ve teknik uzmanlıkları olmayan devletlerle iş birliği yürüterek bu suçların ulusal mahkemelerde yargılanmasına yardım etmelidir.[52] Ancak, mahkemenin politikleşme iddialarını azaltabileceği amacıyla literatürde geliştirilmiş olan bu prensibi, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin benimsediği söylenemez. Uygulamaya bakıldığında, taraf devletlerin hukuk sistemlerinin geliştirilmesinin ve kendi ulusal mahkemelerinin öncelikli hale getirilmesinin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin dikkate aldığı bir prensip olmadığı görülür. Tamamlayıcılık ilkesinin ihmali ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kendisini adalet sağlamada öncelikli (primary) kurum olarak - ki bu durum Roma Statüsünün ihlali anlamına gelse dahi - sunmasını Branch isabetli bir şekilde şöyle değerlendirmiştir:

> "Uluslararası Ceza Mahkemesi toplumlara adaleti 'uluslararası kamuoyunun' ellerinden beklemelerini ve adaleti sağlamak için kendi içlerinde örgütlenmemelerini öğretmektedir; hatta, küresel adaletin sağlanması adına toplumlar kendi kuruluşlarını dahi kapatabilir. Adalet ancak dış kaynaklı (foreign) kurum ve kuruluşlarca sağlanabilecek bir ürün haline getirilmiştir […]. Uluslararası Ceza Mahkemesi, bu şekilde, tüm insanlık için [kendisine karşı] politik bir bağımlılık teşvik etmektedir."[53]

Mahkemenin çoğunlukla Afrika devletlerini soruşturmasını Afrika devletlerinin altyapı ve teknik imkanlar bakımından yetersiz olmasıyla açıklamak pratikteki uygulamalara da ters düşmektedir. Uganda davası bu konuya verilebilecek yerinde bir örnek olacaktır. 2003 yılında Uganda Hükümeti, Tanrı'nın Direniş Ordusunun (Lord's Resistance Army-LRA) işlediğini iddia ettiği suçları kovuşturması için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin önüne hükümet olarak kendisi olay getirmiştir (self-referral). Payam Akhavan'ın belirttiği üzere, hukuki açıdan bakıldığında, mahkemenin Tanrı'nın Direniş Ordusu üzerinde yargı yetkisi olduğu kesindir.[54] Bu

---

50 Bakınız Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılık Makamı, 'Report on the Activities Performed During the First Three Years (June 2003 - June 2006)' (Eylül 2006) <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/d76a5d89-fb64-47a9-9821-725747378ab2/143680/otp_3yearreport20060914_english.pdf> Erişim Tarihi 14 Aralık 2020 ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılık Makamı, 'Prosecutorial Strategy 2009 – 2012' (Şubat 2010) <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A8DCDC-3650-4514-AA62-D229D1128F65/281506/OTPProsecutorialStrategy20092013.pdf > Erişim Tarihi 14 Aralık 2020.

51 William W Burke-White, 'Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice' (2008) 19 Criminal Law Forum 59; William W Burke-White, 'Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of Justice' (2008) 49 Harvard International Law Journal 53; Carsten Stahn, 'Complementarity: A Tale of Two Notions' (2008) 19 Criminal Law Forum 87; Olympia Bekou, 'A Case for Review of Article 88, ICC Statute: Strengthening a Forgotten Provision' (2009) 12 New Criminal Law Review 468; Morten Bergsmo, Olympia Bekou and Annika Jones, 'Complementarity After Kampala: Capacity Building and the ICC's Legal Tools' (2010) 2 Goettingen Journal of International Law 791; Olympia Bekou, 'Crimes at Crossroads: Incorporating International Crimes at the National Level' (2012) 10 Journal of International Criminal Justice 677; Justine Tillier, 'The ICC Prosecutor and Positive Complementarity: Strengthening the Rule of Law?' (2013) 13 International Criminal Law Review 507; Geoff Dancy and Florencia Montal, 'Unintended Positive Complementarity: Why International Criminal Court Investigations May Increase Domestic Human Rights Prosecutions' (2017) 111 American Journal of International Law 35.

52 Rowland JV Cole, 'Africa's Relationship with the International Criminal Court: More Political than Legal' 14 Melbourne Journal of International Law 1, 29.

53 Adam Branch, 'Uganda's Civil War and the Politics of ICC Intervention' (2007) 21 Ethics & International Affairs 179, 194.

54 Payam Akhavan, 'The Lord's Resistance Army Case: Uganda's Submission of the First State Referral to the International Criminal Court' (2005) 99 American Journal of International Law 403, 404.

ordu tarafından toplu şekilde öldürme, köleleştirme, işkence, tecavüz ve çocukların zorla askere alınması gibi suçların işlendiği ve bu suçların da Roma Statüsü Madde 7 "insanlığa karşı işlenen suçlar" kapsamında değerlendirilebileceği açıktır.[55] Temel hukuki problem ise hem dava yürütmeye istekli hem de donanımlı olan bir taraf devletin Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne yaptığı başvuruyu, mahkemenin kendi kurucu sözleşmesini ihlal ederek kabul etmesidir. Savcının davayı kabul etme kararı, Roma Statüsünün temel prensiplerinden olan tamamlayıcılık prensibini zedeler niteliktedir.

Hem Uganda davası hem de diğer devletlerin mahkemeye kendilerinin başvurduğu (self-referral) davalar (Kongo Demokratik Cumhuriyeti ve Orta Afrika Cumhuriyeti gibi), hukuki olarak devletlerin böyle bir yetkilerinin Roma Statüsünde bulunup bulunmadığına dair literatürde bir tartışmaya yol açmıştır. Roma Statüsü Madde 14, bir taraf devletin mahkemeye başvuruda bulunma hakkını şu şekilde düzenlemiştir:

> Madde 14
>
> 1. Bir taraf devlet, Mahkeme Savcısına, Mahkemenin yargı yetkisi alanına giren bir veya birden fazla suçun işlenmiş göründüğünü bildirip, bu suçlarla ilgili bir ya da daha fazla belirlenmiş kişinin yargılanıp yargılanmayacağı hususunun belirlenmesi amacıyla durumun soruşturulmasını Savcıdan talep edebilir.
>
> 2. Bir başvuru, mümkün olduğu kadar ilgili yönleri ortaya koymalı ve başvuran devletin elindeki belgelerle desteklenmelidir.

Statünün hazırlanması aşamalarında (*travaux préparatoires*), bu maddenin, devletlerin kendilerini bizzat kendilerinin mahkemeye getirmelerini (self-referral) kapsayacak şekilde düşünülmediği ve tasarlanmadığı Schabas tarafından net bir şekilde ortaya konmuştur.[56] Schabas, mahkemenin bu maddeyi, devletlerin kendilerini de dava edebilecekleri şeklinde yorumlamasını, "yorumlama yoluyla saptırma (interpretative deviations)" olarak tanımlamıştır.[57] Devletlerin kendilerini mahkemeye getirme yetkilerinin Statü tarafından tanınıp tanınmadığı hususu literatürde tartışılan ve üzerinde anlaşmaya varılamamış bir mevzudur.[58] Bununla birlikte, Russell Buchan'in haklı olarak belirttiği gibi, akademik tartışma her ne kadar devam etse de, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin bu mekanizmayı, Uganda, Kongo Demokratik Cumhuriyeti ve Orta Afrika Cumhuriyeti örneklerinde olduğu gibi, belirsizliğe yer bırakmayacak şekilde kabul ettiği kesindir.[59]

---

55 ibid.

56 Schabas (n 22) 760.

57 ibid.

58 Mahnousk H Arsanjani and W Michael Reisman, 'The Law-in-Action of the International Criminal Court' (2005) 99 American Journal of International Law 385; Payam Akhavan, 'Self-Referrals Before the International Criminal Court: Are States the Villains or the Victims of Atrocities?' (2010) 21 Criminal Law Forum 103; D Robinson, 'The Controversy over Territorial State Referrals and Reflections on ICL Discourse' (2011) 9 Journal of International Criminal Justice 355.

59 Russell Buchan, 'The Mavi Marmara Incident and the International Criminal Court' (2014) 25 Criminal Law Forum 465, 473.

Dava ile ilgili diğer önemli problemlerden biri de Uganda Hükümetinin davayı Kuzey Uganda'daki çatışma ile sınırlayarak uluslararası suçların yalnızca Tanrı'nın Direniş Ordusu tarafından işlenen kısmına bakılması arzusunda olmasıdır. Uganda Savunma Bakanı, Uganda Parlamentosunda yaptığı bilgilendirmede Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kuzey Uganda'daki Tanrı'nın Direniş Ordusu mensubu "teröristleri" kovuşturacağını belirtmekte ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde yargılanacak kişi sayısının ise beş kişiyi aşmayacağını taahhüt etmektedir.[60] Buna ek olarak Savcının Uganda Cumhurbaşkanı ile birlikte medyada görünmesi de mahkemenin tarafsızlığına olan inancı derinden sarsmıştır.[61] Uganda Hükümetinin, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni "düşmanını yenmek için bir araç" olarak kullanma ve böylelikle çatışmayı kendi lehine şekillendirme isteğinde olduğu açıktır.[62] Hukuki açıdan problem yaratan durum ise Savcının, mahkemenin bu şekilde kullanılmasını kabul etmesi ve yargı yetkisini kullandığı davalarda rejim kuvvetlerinin işlediği suçları yok sayarak sadece isyancı (rebel) kuvvetlerin işlediği suçları soruşturmaya rıza göstermesidir.[63]

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin bu davayı kabul etmesi ise mahkemenin kendisinin sahada politik çıkarlar için araçsallaştırılmasına (instrumentalization) göz yumması ve meşruiyetini tehlikeye atması olarak yorumlanmış ve de kabul edilebilirlik değerlendirmesi sırasında Uganda'nın kapasitesinin dikkate alınmaması, Madde 17'nin ihlali olarak değerlendirilmiştir.[64] Branch'a göre, dava sırasında, Uganda'nın işler vaziyetteki (functioning) yargı sistemi Tanrı'nın Direniş Ordusu generallerini kovuşturmak için yetersiz değildi.[65] Uganda'nın Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni olaya müdahil ederek yapmak istediği o sırada gündemde olan barış görüşmelerini ve Genel Af Yasasını (the Amnesty Act) geçersiz kılmaktı.[66] Dolayısıyla mahkeme stratejik bir amaçla taraf devlet tarafından olaylara müdahil edildi.[67] "Politikleşmiş adalet" olarak tanımlanan bu durum, taraf devletlerin kendi politik çıkarları için veya kendi düşmanlarını cezalandırmak için Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kullandığı koşulları işaret eder.[68] Özellikle iç savaşın yaşandığı devletlerde, devletlerin kendi ülkelerinde bir soruşturma yürütülmesini istemesi çoğu zaman düşman tarafın

60 Sarah MH Nouwen and WG Werner, 'Doing Justice to the Political: The International Criminal Court in Uganda and Sudan' (2010) 21 European Journal of International Law 941, 950.

61 Michael Otim and Marieke Wierda, 'Justice at Juba: International Obligations and Local Demands in Northern Uganda' in Nicholas Waddell and Phil Clark (eds), *Courting Conflict? Justice, Peace and the ICC in Africa* (Royal African Society 2008) 22.

62 Nouwen and Werner (n 60) 949.

63 Jean-Baptiste Jeangène Vilmer, 'The African Union and the International Criminal Court: Counteracting the Crisis' (2016) 92 International Affairs 1319, 1331.

64 Branch (n 53) 179.

65 ibid 187.

66 ibid.

67 Valerie Freeland, 'Rebranding the State: Uganda's Strategic Use of the International Criminal Court: Rebranding the State: Uganda and the ICC' (2015) 46 Development and Change 293.

68 Steven C Roach, 'Legitimising Negotiated Justice: The International Criminal Court and Flexible Governance' (2013) 17 The International Journal of Human Rights 619, 625.

işlediği iddia edilen suçların uluslararası kamuoyuna duyurulması amacını taşır.[69] Bu devletler, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin duruma müdahil olmasının, ülke içindeki siyasi ve askeri amaçlarına erişimi kolaylaştırmasını umarlar.[70]

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin bu ve buna benzer koşullarda Madde 17'deki şartları gözetmeksizin davaları açmaktaki aşırı istekliliği ortadadır. Her ne kadar Afrika'daki devletlerin altyapı ve teknik imkanlar bakımından zayıf olması nedeniyle davaların bu bölgede kümelendiği yönünde açıklamalar yapılsa da, bu açıklamaların inandırıcılığı yoktur. Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısının dava seçiminde başvurduğu Madde 17'de muğlaklık olduğu ve bu muğlaklığın Savcıya geniş bir takdir yetkisi tanıdığı açıktır. Ancak, Savcının kriterleri uygulamada kendisine verilen takdir yetkisini kullanımı problemler yaratmaktadır. Davaların belli bölgelerde kümelenmesi, istekli ve yeterli kapasitesi olan devletlerin dahi başvurularının kabul edilmesi, Roma Statüsünün temel prensiplerinden olan tamamlayıcılık ilkesinin göz ardı edilmesi, seçilen davalarda sadece bir tarafın işlediği suçların kovuşturulması ve dolayısıyla mahkemenin iç politika amaçları için kullanılması, Savcının kendisine verilen takdir yetkisini problemli bir şekilde kullandığını göstermektedir. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin meşruiyet krizi yaşamasında ve politikleşmekle suçlanmasında Savcının kararlarının ve seçimlerinin de rolü olduğu kesindir. Bir sonraki bölümde, Savcının başvurduğu kabul edilebilirlik şartlarından olan vahamet kriteri (gravity threshold) incelenecek ve bu kriterdeki belirsizliğin uygulamaya yansımasındaki problemler tartışılacaktır.

III. Vahamet Şartının Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısı Tarafından Kullanımında Ortaya Çıkan Problemler

Davaların kabul edilebilirlik değerlendirmesinin merkezinde isteksizlik (unwillingness) ve yetersizlik (inability) kriterlerine ek olarak, vahamet (gravity) kriteri yatmaktadır. Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısının dava seçiminde önyargılı ve yanlı olduğuna ve mahkemenin seçici adalet (selective justice) uyguladığına yönelik eleştirilere, Savcılık Makamı (the Office of the Prosecutor) vahamet şartını cevap olarak ileri sürmüştür.[71] Roma Statüsü Madde 17(1)(d)'ye göre, "[d]ava konusunun, Mahkeme tarafından başkaca işlem gerektirecek derecede vahim bulunmaması halinde" söz konusu olay mahkeme tarafından kabul edilemez bulunacaktır.[72] Savcının bir olayın vahim olup olmadığına nasıl karar vereceği Madde 17(1)(d)'de net olarak belirtilmemiştir. Zaten ağır insan hakları ihlallerini soruşturma

[69] Paola Gaeta, 'Is the Practice of "Self-Referrals" a Sound Start for the ICC?' (2004) 2 Journal of International Criminal Justice 949, 951.

[70] ibid.

[71] Uluslararası Ceza Mahkemesi, 'Understanding the International Criminal Court', <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/UICCEng.pdf> Erişim Tarihi 14 Aralık 2020.

[72] Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (n 31).

yetkisine sahip olan Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin bu ihlaller arasından vahim olanlarını ayırt etmesi, kabul etmek gerekir ki, kolay bir görev değildir.[73]

Uluslararası Ceza Mahkemesi eski Savcısı Luis Moreno-Ocampo olay seçiminde hangi unsurlara dikkat ettiğine açıklık getirmeyi amaçladığı ve daha sonradan makale haline getirilen konuşmasında, "vahametin olay ve dava seçiminde en önemli meselelerden biri" olduğunu belirtmiştir.[74] Ele aldığı ilk üç olayın (Uganda, Kongo Demokratik Cumhuriyeti ve Darfur, Sudan) "tam da vahamet kriteri nedeniyle inceleme altında" olduğunu belirten Moreno-Ocampo, bunun yanı sıra vahamete dayalı bir değerlendirmenin kolay olmadığını da eklemektedir.[75]

Savcının soruşturma başlatma aşamasında dikkate alması gereken vahamet kriteri Roma Statüsü Madde 53(1)'de ele alınmıştır.[76] Fakat bu madde, vahamet kriterinin değerlendirilmesinde ne tür faktörlerin ele alınması gerektiğine dair yeterli bilgi sunmamaktadır. Bu durum ise, Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısına karar verme aşamasında geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır.[77] Davaların kabul edilebilirliği aşamasında Savcıya geniş yetki verilmesinin nedeni aslına bakılırsa Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin bağımsızlığının sağlanmasıydı. Bağımsız ve tarafsız bir Savcının dava seçimine dair tüm yetkileri elinde tutması, Roma Statüsünün görüşüldüğü aşamalarda, mahkemeyi hem Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin hem de güçlü devletlerin vesayetinden kurtarabilecek bir çözüm olarak düşünülmüştür.[78] Bağımsız bir Savcının dava seçiminde tüm yetkileri elinde bulundurmasına karşı çıkan tarafların başında Amerika Birleşik Devletleri (ABD) gelmekteydi.[79] ABD, politik olarak herhangi bir sorumluluk taşımayan (politically unaccountable) bir Savcının herhangi bir taraf devletin vatandaşlarını politik nedenlerden ötürü yargılayabileceğine dair endişelerini dile getirmiş ve mahkeme Savcısının, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'ne karşı sorumlu olması gerektiği yönünde fikir öne sürmüştür.[80] Fakat, görüşmeler sırasında tarafsız bir mahkemenin ancak ve ancak politik kurumlardan bağımsız hareket eden ve kabul edilebilirlik aşamasında hangi suçların vahim olup olmadığına bizzat karar veren bir Savcı ile ortaya çıkabileceği fikri çoğunluk tarafından kabul görmüştür.

---

73 Chandra Lekha Sriram and Stephen Brown, 'Kenya in the Shadow of the ICC: Complementarity, Gravity and Impact' (2012) 12 International Criminal Law Review 219, 235.

74 Luis Moreno-Ocampo, 'Keynote Address: Integrating the Work of the ICC into Local Justice Initiatives' (2006) 21 American University International Law Review 497, 498.

75 ibid.

76 Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (n 31).

77 Alette Smeulers, Maartje Weerdesteijn and Barbora Hola, 'The Selection of Situations by the ICC: An Empirically Based Evaluation of the OTP's Performance' (2015) 15 International Criminal Law Review 1, 6.

78 Tiemessen (n 10) 448.

79 Amerika Birleşik Devletleri'nin Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne yönelik eleştirileri için, bakınız: John R Bolton, 'The Risks and Weaknesses of the International Criminal Court from America's Perspective' (2001) 64 Law and Contemporary Problems 167.

80 Sten Verhoeven, Jan Wouters and Bruno Demeyere, 'The International Criminal Court's Office of the Prosecutor: Navigating between Independence and Accountability?' (2008) 8 International Criminal Law Review 273, 279.

Savcılık Makamı 2003 Haziran - 2006 Haziran arasında mahkemenin gerçekleştirdiği aktiviteleri değerlendirdiği 2006 yılında yayınlanan raporda, vahamet kriterini değerlendirirken şu faktörlere dikkat ettiğini açıklamıştır: suçların derecesi (the scale of the crimes); suçların doğası (the nature of the crimes); suçların işleniş biçimi (the manner of commission of the crimes); ve suçların etkisi (the impact of the crimes).[81] Benzer bir şekilde, Savcılık Makamı 2007 yılında yayınlamış olduğu "Adaletin Tecellisi üzerine Rapor" başlıklı raporunda adaletin tecellisi için dikkate alınan aşikar (explicit) faktörler bölümünde suçların vahametinin nasıl ve ne şekilde uygulandığını açıklarken, mahkemenin yetki alanına düşen her suçun kabul edilebilirlik için yeterli şartı taşımadığını, bu suçların ayrıca Madde 17(1)(d)'de belirtilen vahamet kriterini de sağlamaları gerektiğinin altını çizer.[82] Vahamet kriterinin değerlendirilmesinde tam olarak hangi faktörlere dikkat edildiğini ise 2006 yılındaki raporla uyumlu bir biçimde açıklamaktadır: suçların derecesi, suçların doğası, suçların işleniş biçimi ve etkisi mahkemenin vahamet kriteri değerlendirmesinde dikkate alınan faktörler olarak belirtilmiştir.[83] Derece (scale), doğa (nature), işleniş biçimi (manner) ve etki (impact) terimlerinin hukuki olarak ne anlam ifade ettikleri ise Savcılık tarafından bu raporda net bir şekilde açıklanmamıştır. Belirtilen terimler, Nisan 2009'da Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yayınladığı "Savcının Hizmet Düzenlemeleri" (Regulations of the Office of the Prosecutor) adlı raporda Düzenleme 29 başlığı altında yer almışlardır.[84] Savcı, bu dört faktörün dikkate alındığı bir vahamet testi sonucunda, Kongo Demokratik Cumhuriyeti'ndeki ve Kuzey Uganda'daki olayların mahkemenin yargı yetkisi kapsamında "kabul edilebilirliği en vahim olayları" (the gravest admissible situations) oluşturdukları sonucuna vardığını ifade etmiştir.[85] Buna ek olarak, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından mahkemeye sunulan Darfur, Sudan'daki olayların da yine "çok net bir şekilde" vahamet kriterini sağladığı ifade edilmiştir.[86]

Savcı, bu raporda, vahamet kriterini sağlamayan olaylar hakkında da açıklamalar yapmıştır. Örneğin, Venezuela'daki olayların mahkemenin yargı yetkisi kapsamında değerlendirilmesi için makul bir temelin ortada olmadığını ortaya koymuş, Irak'ta yaşanan olaylarda ise "çok sınırlı sayıda ölümler ve insanlık dışı muameleler olduğu"

---

81 Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılık Makamı, 'Report on the Activities Performed During the First Three Years (June 2003 - June 2006)' (n 50) 6.

82 Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılık Makamı, 'Policy Paper on the Interests of Justice' (Eylül 2007) <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/772c95c9-f54d-4321-bf09-73422bb23528/143640/iccotpinterestsofjustice.pdf> Erişim Tarihi 14 Aralık 2020.

83 ibid.

84 Uluslararası Ceza Mahkemesi, 'Regulations of the Office of the Prosecutor' (Nisan 2009) < https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/fff97111-ecd6-40b5-9cda-792bcbe1e695/280253/iccbd050109eng.pdf> Düzenleme 29, Erişim Tarihi 14 Aralık 2020.

85 Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılık Makamı, 'Report on the Activities Performed During the First Three Years (June 2003 - June 2006)' (n 50) 6.

86 ibid 7.

gerekçesiyle gerekli vahametin oluşmadığını ileri sürmüştür.[87] Raporda, "vahamet karşılaştırması" da yapılmaktadır. Uganda soruşturması hakkında bilgi veren Savcı, kendisine Uganda Hükümeti tarafından yönlendirilen (self-referral) olaylarda, Uganda Hükümetini bağımsız bir şekilde soruşturmayı yürüteceğine dair bilgilendirdiğini ifade etmektedir.[88] Sonrasında ise, Savcı yaptığı soruşturma sonucunda Kuzey Uganda'da Tanrı'nın Direniş Ordusu tarafından işlenen suçların bu bölgedeki "diğer grupların" işlediği suçlara kıyasla "daha vahim" olduğu sonucuna varmaktadır.[89] Savcı, Uganda Hükümeti tarafından işlendiği iddia edilen suçların, Tanrı'nın Direniş Ordusu tarafından işlendiği iddia edilen suçlardan daha az vahim olmasını soruşturma açmama nedeni olarak sunmaktadır. Bu şekilde yapılan karşılaştırmaların ve değerlendirmelerin hem hukuki açıdan objektif kriterlere dayanmadığı hem de ilgili toplumlar nezdinde mahkemeye karşı bir güven oluşturmadığı açıktır.

Savcının "daha az vahim" yahut "daha çok vahim" değerlendirmeleri literatürde eleştirilmiştir. Savcının Roma Statüsünde öngörülen "yasal vahamet (legal gravity)" kriterini "göreceli vahamet (relative gravity)" ile karıştırdığı ve daha da kötüsü, dava kabul edilebilirlik incelemesi sırasında "göreceli vahamet"i, "yasal vahamet" ile ikame ettiği yönünde eleştiriler olmuştur.[90] Bu durumu Schabas da ağır bir şekilde eleştirmiştir. Schabas'a göre, Irak'ta İngiliz askeri birliklerince öldürülen insan sayısının Kongo Demokratik Cumhuriyeti'nde öldürülen binlerce insanla karşılaştırılması ve bunun üzerine Irak'ta yaşananların "yeterince vahim olmaması (not grave enough)" sonucu, Savcının ortaya koyduğu hatalı bir değerlendirmenin neticesidir.[91] Vahamet değerlendirmesi karşılaştırmalar üzerinden değil, eldeki davanın kendi başına tüm boyutlarıyla incelenmesi ile gerçekleştirilmelidir. Karşılaştırmalar üzerinden yapılan bir vahamet testi, birbirinden ziyadesiyle farklı koşulların (context), olayların ve suçların birbiriyle karşılaştırılması ve karıştırılması ile sonuçlanarak yanlış değerlendirmelere yol açma riski içerir.

Ayrıca, "daha az vahim" olarak addedilen Uganda Hükümetinin işlediği suçlar üzerine mahkeme ile sivil toplum örgütleri arasında bir fikir birliği mevcut değildir. İnsan Hakları İzleme Örgütü, Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısının Uganda Hükümeti askerlerince işlenen suçları görmezden gelmemesi gerektiği yönünde fikir beyan etmiştir.[92] Örgüte göre, Uganda Hükümeti askerleri (Ugandan People's Defense Forces – UPDF) hukuk dışı ölümlere neden olmuş, toplu tecavüzler geçekleştirmiş,

87 ibid 10.

88 ibid 14.

89 ibid.

90 Susana Sã and Katherine A Cleary, 'The Gravity Threshold of the International Criminal Court' (2008) 23 American Journal of International Law 807; Ignaz Stegmiller, 'The Gravity Threshold under the ICC Statute: Gravity Back and Forth in Lubanga and Ntaganda' (2009) 9 International Criminal Law Review 547.

91 Schabas (n 22) 741.

92 Human Rights Watch, 'ICC: Investigate All Sides in Uganda' (Şubat 2004) <https://www.hrw.org/news/2004/02/04/icc-investigate-all-sides-uganda>. (yazarın çevirisi) Erişim Tarihi 14 Aralık 2020.

bir milyondan fazla sivili zorla yerinden etmiş ve 15 yaş altı çocukları hükümet milis kuvvetlerine almıştır.[93] Benzer şekilde Uluslararası Af Örgütü de, mahkemenin inceleme altına aldığı suçlara Uganda Hükümeti askerleri (UPDF) tarafından işlenen suçların da dahil edilmesi gerektiğini savunmuştur.[94] Tüm bu suçların savaş suçları veya insanlığa karşı suçlar kapsamına girmesi ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetki alanında bulunması nedeniyle Uganda Hükümetinin de mahkeme tarafından soruşturulması gerekmektedir.[95] Ancak, Savcı yayınladığı raporda bu suçları "daha az vahim" olarak nitelemiş ve soruşturma yürütmemeyi tercih etmiştir. Roma Statüsündeki vahamete ilişkin maddelerdeki (Madde 17(1)(d) ve Madde 53(1)(c)) muğlaklık ve bunun sonucu olarak da Savcıya tanınan geniş takdir yetkisinin uygulamaya yansımaları, mahkemenin temel prensipleri olan tamamlayıcılık ve mahkemenin tarafsızlığı ilkelerini zedelemekte ve mahkemenin meşruiyetini zayıflatmaktadır.

Savcılık 2013 yılında yayınladığı raporla vahamet testinde dikkate alınan suçun derecesi, (scale), suçun doğası (nature), suçun işleniş biçimi (manner) ve suçun etkisi (impact) terimlerinin hukuki olarak ne anlam ifade ettiğini şu şekilde açıklayarak değerlendirme aşamasına şeffaflık getirmeyi amaçlamıştır:

(a) *Suçun derecesi*, suçtan doğrudan ve dolaylı etkilenen mağdurların sayısı, suçtan doğan zararın kapsamı, özellikle mağdurların ve ailelerinin uğradığı fiziksel veya psikolojik zarar, veya suçların coğrafi veya zamansal yayılımı üzerinden değerlendirilir.[96]

(b) *Suçların doğası*, her bir suçun spesifik unsurlarına örneğin öldürme, tecavüz ve cinsel şiddeti içeren diğer suçlara ve çocuklara karşı işlenen suçlara, işkenceye (persecution), veya bir grubun yok olmasına yol açacak koşulların yaratılmasına işaret eder.[97]

(c) *Suçların işleniş biçiminde*, suçun işlenişinde kullanılan yöntemlere, failin niyetine ve iştirak derecesine, suçların ne dereceye kadar sistematik olduğuna ya da bir plandan mı yahut organize edilmiş bir politikadan (policy) mı doğduğuna, yoksa gücün kötüye kullanımından veya resmi yetkiden mi doğduğuna, gaddarlık (cruelty) unsurları olup olmadığına, mağdurların güçsüzlüğüne (vulnerability), ve ayrımcılığı içeren herhangi bir güdünün, veya grubun yok edilmesi için kullanılan tecavüz ve cinsel şiddetin olup olmadığına bakılır.[98]

(d) *Suçların etkisi*, mağdurların çektikleri güçlükler (sufferings) ve artan güçsüzlükleri; aşılanan (instilled) korku, veya söz konusu toplulukların maruz bırakıldığı sosyal, ekonomik, ve çevresel zarar üzerinden değerlendirilir.[99]

---

93 ibid.

94 Amnesty International, 'Uganda: First Ever Arrest Warrants by International Criminal Court - A First Step Towards Addressing Impunity' (Ekim 2005) <https://www.amnesty.org/download/Documents/80000/afr590082005en.pdf>. (yazarın çevirisi) Erişim Tarihi 14 Aralık 2020.

95 Kasaija Phillip Apuuli, 'The International Criminal Court (ICC) and the Lord's Resistance Army (LRA) Insurgency in Northern Uganda' (2004) 15 Criminal Law Forum 391, 405.

96 Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcılık Makamı, 'Policy Paper on Preliminary Examinations' (Kasım 2013) <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-policy_paper_preliminary_examinations_2013-eng.pdf> paragraf 62 (yazarın çevirisi) Erişim Tarihi 14 Aralık 2020.

97 ibid paragraf 63 (yazarın çevirisi)

98 ibid paragraf 64 (yazarın çevirisi)

99 ibid paragraf 64 (yazarın çevirisi)

Görüldüğü üzere, bu raporla Savcılık, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne kabul edilebilirlik şartlarına şeffaflık sağlamayı ve dolayısıyla mahkemenin meşruiyetini güçlendirmeyi amaçlamıştır. Bu faktörlerin uygulamada bir şeffaflık getirip getirmeyeceği ise ancak zamanla ortaya çıkacaktır.

Vahametin anlamı ve kapsamı Roma Statüsünde net bir şekilde ortaya konmadığı için, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin vahamet değerlendirmesi yaptığı kararların incelenmesi bu kavramı anlamaya yardımcı olabilir. Makalenin geri kalanında, vahametin kabul edilebilirlik değerlendirmesi aşamasında merkeze alındığı davalardan olan Kongo Demokratik Cumhuriyeti vatandaşları olan Lubanga ve Ntaganda'nın 2006 yılında gerçekleşen davaları incelenecektir. Bu inceleme ile vahametin Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcı ve Hakimleri tarafından nasıl değerlendirildiğinin somut bir örnek üzerinden netleştirilmesi amaçlanmaktadır. Vahamet değerlendirilmesinin hem olay hem de dava aşamasında ele alındığı farklı davalar da olmakla birlikte, Lubanga ve Ntaganda davaları mahkemenin vahamet kavramının çerçevesini çizerken kendi içinde de ortaya çıkan anlayış farklılıklarını göstermesi açısından bu makale için önem arz etmektedir.

Lubanga ve Ntaganda davalarında Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Ön-Yargılama Mahkemesi (Pre-Trial Chamber), Savcının vahim olarak değerlendirdiği bu iki olayı bir de kendisi vahamet testinden geçirmiştir. Ön-Yargılama Mahkemesi tutuklama ve celpname çıkarmak, ve ayrıca soruşturma aşamasında kişilerin hak ve özgürlüklerini güvence altına almakla yükümlüdür. Bu mahkemeye göre vahamet değerlendirilmesi iki aşamada yapılmalıdır: olayın soruşturulmasına başlama aşamasında ve dava aşamasında.[100] Bu mahkemeye göre vahamet değerlendirilmesi yapılırken şu 3 husus dikkate alınmalıdır:

1) Dava konusu davranışlar sistematik veya büyük ölçekli olmalıdırlar. Suç oluşturan münferit olaylar herhangi bir vahamet ortaya koymadığından, mahkemenin yargı yetkisi dışında kalırlar.[101]

2) Dava konusu davranışlar uluslararası kamuoyunda "sosyal bir alarm" durumu yaratmalıdırlar. Savcının olay seçiminde, kamuoyunda bir alarm durumunun olup olmadığı vahamet ile yakından ilişkili bir faktördür.[102]

3) Ön-Yargılama Mahkemesinin görüşüne göre, vahamet testi, Mahkemenin sadece, "işlenen suçlarda sorumluluğu en çok olan en yüksek kademedeki liderleri" yargılamasını gerektirmektedir.[103] Mahkemenin yaptığı bu değerlendirme sonucunda Ntaganda'nin en yüksek kademedeki yetkililerden biri olmadığı için serbest bırakılması önerilmektedir.

[100] Uluslararası Ceza Mahkemesi, 'Kongo Demokratik Cumhuriyeti Olayı' Ön-Yargılama Mahkemesi Kararı, No: ICC-01/04-01/07 (Şubat 2006) https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2008_04184.PDF paragraf 45, Erişim Tarihi 14 Aralık 2020.

[101] ibid paragraf 47.

[102] ibid paragraf 47.

[103] ibid paragraf 51.

Ön-Yargılama Mahkemesinin ortaya koyduğu bu kriterler, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin dayandığı Roma Statüsünde veya Statünün hazırlanması aşamasında devlet temsilcilerinin ortaya koyduğu çalışmalarda (*travaux préparatoires*) kesinlikle yer almamaktadır. Mahkeme tamamen inisiyatif kullanarak vahametin kendisi tarafından nasıl anlaşıldığına ve kamuoyu tarafından da nasıl anlaşılması gerektiğine yönelik bir rehber hazırlama çabasına girişmiştir. Fakat Ön-Yargılama Mahkemesinin bu değerlendirmesi her ne kadar tamamlayıcılık ilkesi ile uyumlu bir şekilde taraf devletlerin yargılamalardaki rolünü artırma potansiyeline haiz olsa da, bu kriterlerin en yüksek kademede yer almayan yetkililerin işlediği suçların cezasız kalmasına (impunity) sebep olma ihtimali vardır.[104] Nitekim, vahametin bu şekilde değerlendirilmesi ve tanımlanması Uluslararası Ceza Mahkemesi Temyiz Mahkemesi (Appeals Chamber) tarafından reddedilmiştir.

Temyiz Mahkemesi, üç faktörü de derinlemesine incelemiş ve faktörlerin tümünü vahametin yorumlanmasında Ön-Yargılama Mahkemesinin yaptığı hatalar olarak değerlendirmiştir. Temyiz Mahkemesi, kararında, bu üç faktörü birer birer açıklayarak reddetmiştir. Öncelikli olarak, Temyiz Mahkemesine göre dava konusu davranışların sistematik ve büyük ölçekte olması Ön-Yargılama Mahkemesinin Roma Statüsüne aykırı şekilde ortaya koyduğu bir yorumlamadır. Roma Statüsü Madde 8(1)'e göre:

> Madde 8
>
> 1. Bir plan veya politikanın ya da bu tarz suçların büyük çapta işlenmesinin bir parçası olarak işlenmesi başta olmak üzere, Mahkemenin savaş suçları üzerinde yargı yetkisi vardır.[105]

Temyiz Mahkemesi, bu maddede yer alan "başta olmak üzere (in particular when)" ifadesinin Ön-Yargılama Mahkemesi tarafından yanlış ve dar bir kapsamda yorumlandığına dikkat çeker.[106] Statü, bir plan yahut politika dahilinde veya geniş çaptaki sistematik ve büyük ölçekteki suçlar *başta olmak üzere* diyerek, bu suçlar dışındaki suçların da mahkemenin yargı yetkisine dahil olabileceğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla Temyiz Mahkemesi, alt mahkemenin Statüde yer almayan "sistematik" kelimesini kullanarak, olması gerekenden daha yüksek bir eşik belirlediğini ileri sürer.[107] Dolayısıyla Ön-Yargılama mahkemesinin Roma Statüsüne aykırı ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yetkisini kısıtlayıcı yönde bir vahamet değerlendirmesi yaptığı sonucuna ulaşılmıştır.

---

[104] Linda M Keller, 'The Practice of the International Criminal Court: Comments on the Complementarity Conundrum' (2010) 8 Santa Clara Journal of International Law 199, 215.

[105] Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (n 31).

[106] Uluslararası Ceza Mahkemesi, 'Kongo Demokratik Cumhuriyeti Olayı' Temyiz Mahkemesi Kararı, No: ICC-01/04 (Ocak 2011) <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2011_01426.PDF> paragraf 46, Erişim Tarihi 14 Aralık 2020.

[107] ibid.

Alt mahkemenin vahamet değerlendirmesinde dikkate aldığı ikinci kriter olan sosyal alarm kriterini de Temyiz Mahkemesi reddetmiştir. Temyiz Mahkemesi, dava konusu davranışların uluslararası kamuoyunda "sosyal bir alarm" yaratması gerekliliğini sübjektif bir durum olarak değerlendirmiştir.[108] Mahkemeye göre, bir olaya karşı uluslararası kamuoyunun tepki gösterip göstermemesi, bu durumun vahim olup olmadığını belirlemez.[109] Nitekim, "uluslararası kamuoyu" gibi tanımı muğlak olan bir topluluğun tepkisinin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kabul edilebilirlik değerlendirmesinde yer almaması yerinde bir karardır. Aynı şekilde, "sosyal alarm" ifadesi de yine sübjektif ve tanımı muğlak bir ifadedir. Bir olayın kim için sosyal bir alarm durumu teşkil ettiği, kim için teşkil etmediği çoğu zaman politik saikler doğrultusunda belirlenmektedir. Bu nedenle, mahkemenin bu şekilde bir ifadeyi kabul edilebilirlik değerlendirmesine dahil etmesi mahkemenin politikleşmesine yönelik eleştirileri güçlendirecek bir sonuca yol açabilirdi.

Üçüncü olarak, Ön-Yargılama Mahkemesi, Savcının bir olay veya dava üzerine kabul edilebilirlik değerlendirmesi yaptığı aşamada, mahkeme önüne getirilen suçluların "en üst düzey yetkililer" olması şartını araması gerektiğini belirtmiştir. Ancak bu durum Roma Statüsünde yer alan bir şart olmadığından bu kriter de Temyiz Mahkemesi tarafından Roma Statüsüne aykırı olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Roma Statüsü Giriş bölümü Paragraf 4'te belirtildiği üzere, "çok ciddi suçların cezasız kalmaması ve ulusal düzeyde ve uluslararası iş birliğinin güçlendirilmesi suretiyle, bu suçların etkin bir şekilde kovuşturulmasının, güvence altına alınması" amacıyla Mahkeme kurulmuştur.[110]

Maddede belirtildiği üzere, Uluslararası Ceza Mahkemesi "çok ciddi suçları (most serious crimes)" kovuşturmak amacıyla kurulmuştur. Bu ciddi suçların kovuşturulması için bu suçların en üst kademedeki kişiler tarafından işlenmesi zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla ciddi suçların üst kademelerde olmayan yetkililer tarafından işlenmesi, bu suçların cezasız kalmasını, Roma Statüsüne göre, gerektirmez. Temyiz Mahkemesi, ciddi bir suçu orta kademedeki bir yetkilinin işlemesi durumunda, alt mahkemenin bu kriterinin "yıkıcı (devastating) sonuçlara yol açabileceğinin" altını çizer.[111] Bu durum, suçu işleyen kişinin "en yüksek yetkili" olmaması halinde mahkemenin yargı yetkisini kullanamamasına yol açar. Temyiz Mahkemesine göre, bu faktör, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni Roma Statüsüne aykırı bir biçimde "ancak aşırı sınırlı şekilde tanımlanmış bir kategorideki insanları" yargılayabilecek duruma sokmaktadır.[112] Dolayısıyla, mahkemenin uluslararası suçları soruşturma ve kovuşturma kapasitesini kurucu sözleşmesine aykırı biçimde sınırlayan bu faktörün

[108] ibid paragraf 49.

[109] ibid.

[110] Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü (n 31).

[111] Uluslararası Ceza Mahkemesi, 'Kongo Demokratik Cumhuriyeti Olayı' Temyiz Mahkemesi Kararı (n 106) paragraf 36.

[112] ibid.

Temyiz Mahkemesi tarafından reddi yerinde bir karardır. Aksi yöndeki bir karar, mahkemenin caydırıcı (deterrent) rolüne zarar verebilirdi.[113]

Lubanga ve Ntaganda davaları akademik literatürde de ziyadesiyle tartışılmıştır. Ön-Yargılama Mahkemesinin, Roma Statüsünün dışına çıkarak Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin vahamet değerlendirmesindeki yetkisini kısıtlayıcı ve daraltıcı bir yorumlama yoluna gitmesi eleştirilere yol açmıştır.[114] Aşağı ve orta kademelerdeki yetkililerin işledikleri suçların da mahkemenin yargı yetkisi kapsamında olması, Savcının yayınladığı (ve yukarıda da incelenen) raporlarla uyumlu olarak görülmüş ve Ön-Yargılama Mahkemesinin kararının Savcının raporlarıyla çelişkili olduğu ortaya konmuştur.[115] Literatürde Temyiz Mahkemesinin kararı genel olarak kabul görse de, bu kararın tek eksik yönü vahamet testinde nelerin dikkate alınması gerektiği mevzusunda Temyiz Mahkemesinin sessizliği olmuştur.[116] Temyiz Mahkemesi anlamı ve içeriği muğlak olan bu kavramı netleştirmek adına bir adım atmamış ve kavramın nasıl şekillendirilip nasıl somutlaştırılacağını yine Savcının inisiyatifine bırakmıştır. Bununla birlikte, incelenen dava örneği göstermektedir ki vahametin nasıl değerlendirileceği Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından da üzerinde uzlaşılan bir konu değildir. Mahkemenin farklı birimleri farklı faktörleri önermekte ve savunmakta iken, birimler arası anlayış farklılıkları net bir şekilde gözlemlenebilmektedir.

IV. Sonuç

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurucu sözleşmesi olan Roma Statüsünde kabul edilebilirlik şartlarının muğlak bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Sözleşmelerin, özellikle de taraf devlet sayısı fazla olması amaçlanan sözleşmelerin, hazırlık aşamaları sırasında temel kavramların veya şartların muğlak bırakılması sık rastlanan bir durumdur. Bir sözleşmenin ortaya koyduğu amaçlara aykırı bir biçimde yorumlanması ve sözleşmenin tanıdığı yetkilerin politik saikler doğrultusunda kullanılması hem sözleşmenin hem de sözleşmenin uygulayıcılarının meşruiyetinin sarsılmasına neden olabilmektedir. Bu makale, Roma Statüsünü bu kapsamda değerlendirmiştir.

Makalede, Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısının, mahkemenin politikleştiği ve dolayısıyla meşruiyetini yitirdiği iddialarında oynadığı rolün altı çizilmiştir. Savcıya kabul edilebilirlik değerlendirmesi konusunda sözleşme tarafından geniş bir takdir yetkisi tanındığı kesindir. Ancak, makalede tartışıldığı üzere, tanınan takdir yetkisinin

[113] Margaret M deGuzman, 'Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court' (2012) 33 Michigan Journal of International Law 265, 309.

[114] Stegmiller (n 90) 552.

[115] Mohamed M El Zeidy, 'The Gravity Threshold under the Statute of the International Criminal Court' (2008) 19 Criminal Law Forum 35, 49.

[116] M O'Brien, 'Prosecutorial Discretion as an Obstacle to Prosecution of United Nations Peacekeepers by the International Criminal Court: The Big Fish/Small Fish Debate and the Gravity Threshold' (2012) 10 Journal of International Criminal Justice 525, 539.

uygulamada kullanılması problemler doğurmuştur. Makale, Savcının yetkisinde olan kabul edilebilirlik şartlarını iki ayrı bölümde ele almıştır. İlk olarak, Savcının Madde 17'de belirtilmiş olan isteklilik ve yeterlilik üzerinden yaptığı değerlendirmeler incelenmiş ve bu değerlendirmelerin pratikte nasıl uygulandığı örnek olay ve davalar üzerinden gösterilmiştir. Savcı, örneğin, suçları kovuşturmaya hem istekli hem de donanımlı bir taraf devletin başvurusunu (self-referral) kabul ederek Roma Statüsünün temel prensiplerinden olan tamamlayıcılık prensibine aykırı hareket etmiştir. Ayrıca Savcı, başvurusunu kabul ettiği devletlerde gerçekleşen çatışmaların sadece bir tarafına yönelik soruşturma ve kovuşturmalar yürütmektedir. Bu durum ise hem mahkemeyi devletlerin iç işlerinde ivme kazanmak için kullanılan bir araç haline dönüştürmekte hem de mahkemenin seçici, yanlı ve önyargılı bir şekilde hareket ettiği yönündeki iddiaları kuvvetlendirmektedir.

Makale, daha sonra Savcının takdir yetkisine bırakılmış olan vahamet testinin (Madde 17 ve Madde 53) ne anlama geldiğini ve pratikte Savcı tarafından nasıl değerlendirildiğini incelemiştir. Roma Statüsünde vahamete ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Dolayısıyla kendisine yönlendirilen olaylar arasından hangi olayın vahim olarak addedilebileceği tamamen Savcının inisiyatifindedir. Savcının vahamete ilişkin değerlendirmeleri de benzer şekilde mahkemenin politik saikler doğrultusunda hareket ettiği yönündeki eleştirileri güçlendirmiş ve derinleştirmiştir. Her ne kadar bu eleştirilere bir cevap olarak Savcılık vahamet değerlendirmesini şeffaflaştırmak amacıyla çeşitli raporlar yayınlamış olsa da, makalede tartışıldığı üzere bu raporlar ile vahametin tam anlamıyla netlik kazandığını söylemek henüz mümkün değildir. Makalenin ele aldığı davalar göstermektedir ki Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısı, Ön-Yargılama Mahkemesi ve Temyiz Mahkemesi arasında da vahametin anlamına ve kapsamına yönelik büyük anlayış farklılıkları bulunmaktadır.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Savcısının zor bir görevi olduğu kesindir. Dolayısıyla bu makale Savcının Roma Statüsü kapsamında kendisine verilen yetkileri kullanmakta yaşadığı güçlükleri kesinlikle göz ardı etmemektedir. Gerek başvuru sayısının fazla olması ve gerek mahkemenin kaynaklarının sınırlı olması, işlenen tüm uluslararası suçların Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından soruşturulmasını imkansız kılmaktadır. Bundan ötürü, Savcının Roma Statüsünün kendisine verdiği yetki kapsamında kabul edilebilirlik değerlendirmesine başvurarak mahkemeyi dava yükü nedeniyle işlemez duruma gelmekten kurtarması doğru ve yerinde bir uygulamadır. Bununla birlikte, Savcının olay ve dava seçiminde Roma Statüsünün ortaya koyduğu kriterleri uygulama ve değerlendirme yöntemlerinin, uluslararası kamuoyunda mahkemeye yönelik eleştirileri daha da derinleştirdiği de bir gerçektir. Roma Statüsündeki kabul edilebilirlik şartlarının Roma Statüsü prensiplerine uygun bir şekilde uygulanmadığı durumlar, Savcının seçici, yanlı ve önyargılı bir şekilde

hareket ettiği iddialarını doğurmuştur. Mahkemenin politik saikler doğrultusunda hareket etmediğinin ispatı ve uluslararası kamuoyu nezdinde mahkemenin meşruiyetinin güçlendirilmesi için Savcının kendisine tanınan geniş takdir yetkisini daha objektif, şeffaf, tutarlı ve hakkaniyetli kullanması gerekmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.
Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Ainley K, 'The International Criminal Court on Trial' (2011) 24 Cambridge Review of International Affairs 309.

Akhavan P, 'The Lord's Resistance Army Case: Uganda's Submission of the First State Referral to the International Criminal Court' (2005) 99 American Journal of International Law 403.

——, 'Self-Referrals Before the International Criminal Court: Are States the Villains or the Victims of Atrocities?' (2010) 21 Criminal Law Forum 103.

Aksar Y, 'Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD)' (2003) 52 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 125.

Alibaba A, 'Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşu' (2000) 49 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 181.

Amnesty International, 'Uganda: First Ever Arrest Warrants by International Criminal Court - A First Step Towards Addressing Impunity' (Ekim 2005) <https://www.amnesty.org/download/Documents/80000/afr590082005en.pdf>

Apuuli KP, 'The International Criminal Court (ICC) and the Lord's Resistance Army (LRA) Insurgency in Northern Uganda' (2004) 15 Criminal Law Forum 391.

Arsanjani MH and Reisman WM, 'The Law-in-Action of the International Criminal Court' (2005) 99 American Journal of International Law 385.

Azarkan E, 'Uluslararası Ceza Mahkemesi ile Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin Karşılaştırmalı Analizi' (2004) 24 Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 211.

Bekou O, 'A Case for Review of Article 88, ICC Statute: Strengthening a Forgotten Provision' (2009) 12 New Criminal Law Review 468.

——, 'Crimes at Crossroads: Incorporating International Crimes at the National Level' (2012) 10 Journal of International Criminal Justice 677.

Bergsmo M, Bekou O and Jones A, 'Complementarity After Kampala: Capacity Building and the ICC's Legal Tools' (2010) 2 Goettingen Journal of International Law 791.

Bikundo E, 'The International Criminal Court and Africa: Exemplary Justice' (2012) 23 Law and Critique 21.

Bolton JR, 'The Risks and Weaknesses of the International Criminal Court from America's Perspective' (2001) 64 Law and Contemporary Problems 167.

Branch A, 'Uganda's Civil War and the Politics of ICC Intervention' (2007) 21 Ethics & International Affairs 179.

Buchan R, 'The Mavi Marmara Incident and the International Criminal Court' (2014) 25 Criminal Law Forum 465.

Burke-White WW, 'Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of Justice' (2008) 49 Harvard International Law Journal 53.

Burke-White WW, 'Implementing a Policy of Positive Complementarity in the Rome System of Justice' (2008) 19 Criminal Law Forum 59.

Cannon BJ, Pkalya DR and Maragia B, 'The International Criminal Court and Africa: Contextualizing the Anti-ICC Narrative' (2016) 2 African Journal of International Criminal Justice 6.

Cole RJV, 'Africa's Relationship with the International Criminal Court: More Political than Legal' 14 Melbourne Journal of International Law 1.

Dancy G and others, 'What Determines Perceptions of Bias toward the International Criminal Court? Evidence from Kenya' (2020) 64 Journal of Conflict Resolution 1443.

Dancy G and Montal F, 'Unintended Positive Complementarity: Why International Criminal Court Investigations May Increase Domestic Human Rights Prosecutions' (2017) 111 American Journal of International Law 35.

Danner AM, 'Enhancing the Legitimacy and Accountability of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court' (2003) 97 American Journal of International Law 510.

Davis C, 'Political Considerations in Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court' (2015) 15 International Criminal Law Review 170.

deGuzman MM, 'Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court' (2012) 33 Michigan Journal of International Law 265.

Dugard J, 'Palestine and the International Criminal Court: Institutional Failure or Bias?' (2013) 11 Journal of International Criminal Justice 563.

Eberechi I, '"Rounding Up the Usual Suspects": Exclusion, Selectivity, and Impunity in the Enforcement of International Criminal Justice and the African Union's Emerging Resistance' (2011) 4 African Journal of Legal Studies 51.

El Zeidy MM, 'The Gravity Threshold under the Statute of the International Criminal Court' (2008) 19 Criminal Law Forum 35.

Ezennia CN, 'The Modus Operandi of the International Criminal Court System: An Impartial or a Selective Justice Regime?' (2016) 16 International Criminal Law Review 448.

France 24, 'Sudan's Bashir Blasts ICC's "New Face of Colonialism"' (27 May 2013) <https://www.france24.com/en/20130527-african-union-icc-justice-sudan-bashir-kenya-kenyatta>

Freeland V, 'Rebranding the State: Uganda's Strategic Use of the International Criminal Court: Rebranding the State: Uganda and the ICC' (2015) 46 Development and Change 293.

Gaeta P, 'Is the Practice of "Self-Referrals" a Sound Start for the ICC?' (2004) 2 Journal of International Criminal Justice 949.

Gissel LE, 'A Different Kind of Court: Africa's Support for the International Criminal Court, 1993–2003' (2018) 29 European Journal of International Law 725.

Helfer LR and Showalter AE, 'Opposing International Justice: Kenya's Integrated Backlash Strategy against the ICC' (2017) 17 International Criminal Law Review 1.

Heller KJ, 'Article 18 and the Iraq Declination' (Aralık 2020) <http://opiniojuris.org/2020/12/12/article-18-and-the-iraq-declination/>

——, 'The Nine Words That (Wrongly) Doomed the Iraq Investigation' (Aralık 2020) <http://opiniojuris.org/2020/12/10/the-nine-words-that-wrongly-doomed-the-iraq-investigation/>

Human Rights Watch, 'ICC: Investigate All Sides in Uganda' (ubat 2004) <https://www.hrw.org/news/2004/02/04/icc-investigate-all-sides-uganda>

——, 'ICC: New Prosecutor Takes Reins' (13 June 2012) <https://www.hrw.org/news/2012/06/13/icc-new-prosecutor-takes-reins>

Keller LM, 'The Practice of the International Criminal Court: Comments on the Complementarity Conundrum' (2010) 8 Santa Clara Journal of International Law 199.

Kılıç AS, 'Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı Bir İnceleme' (2009) 58 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 615.

Labuda PI, 'The International Criminal Court and Perceptions of Sovereignty, Colonialism and Pan-African Solidarity' (2014) 20 African Yearbook of International Law Online 289.

Lugano G, 'Counter-Shaming the International Criminal Court's Intervention as Neocolonial: Lessons from Kenya' (2017) 11 International Journal of Transitional Justice 9.

Moreno-Ocampo L, 'Keynote Address: Integrating the Work of the ICC into Local Justice Initiatives' (2006) 21 American University International Law Review 497.

Nation, 'Kagame Tells Why He Is Against ICC Charging Bashir' (Kigali, Ağustos 2008) <https://nation.africa/kenya/news/africa/kagame-tells-why-he-is-against-icc-charging-bashir--552248>

Nouwen SMH and Werner WG, 'Doing Justice to the Political: The International Criminal Court in Uganda and Sudan' (2010) 21 European Journal of International Law 941.

O'Brien M, 'Prosecutorial Discretion as an Obstacle to Prosecution of United Nations Peacekeepers by the International Criminal Court: The Big Fish/Small Fish Debate and the Gravity Threshold' (2012) 10 Journal of International Criminal Justice 525.

Otim M and Wierda M, 'Justice at Juba: International Obligations and Local Demands in Northern Uganda' in Nicholas Waddell and Phil Clark (eds), *Courting Conflict? Justice, Peace and the ICC in Africa* (Royal African Society 2008).

Roach SC, 'Legitimising Negotiated Justice: The International Criminal Court and Flexible Governance' (2013) 17 The International Journal of Human Rights 619.

Robinson D, 'The Controversy over Territorial State Referrals and Reflections on ICL Discourse' (2011) 9 Journal of International Criminal Justice 355.

Sã S and Cleary KA, 'The Gravity Threshold of the International Criminal Court' (2008) 23 American Journal of International Law 807.

Sagan A, 'African Criminals/African Victims: The Institutionalised Production of Cultural Narratives in International Criminal Law' (2010) 39 Millennium: Journal of International Studies 3.

Salter M, *Nazi War Crimes, US Intelligence and Selective Prosecution at Nuremberg: Controversies Regarding the Role of the Office of Strategic Services* (1st edn, Routledge-Cavendish 2007).

Schabas WA, 'Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court' (2008) 6 Journal of International Criminal Justice 731.

Schabas WA, 'Victor's Justice: Selecting "Situations" at the International Criminal Court' (2010) 43 The John Marshall Law Review 535.

Schueller A, 'The ICC, British War Crimes in Iraq and a Very British Tradition' (Aralık 2020) <http://opiniojuris.org/2020/12/11/the-icc-british-war-crimes-in-iraq-and-a-very-british-tradition/>

Smeulers A, Weerdesteijn M and Hola B, 'The Selection of Situations by the ICC: An Empirically Based Evaluation of the OTP's Performance' (2015) 15 International Criminal Law Review 1.

Sriram CL and Brown S, 'Kenya in the Shadow of the ICC: Complementarity, Gravity and Impact' (2012) 12 International Criminal Law Review 219.

Stahn C, 'Complementarity: A Tale of Two Notions' (2008) 19 Criminal Law Forum 87.

Stegmiller I, 'The Gravity Threshold under the ICC Statute: Gravity Back and Forth in Lubanga and Ntaganda' (2009) 9 International Criminal Law Review 547.

Takemura H, 'Big Fish and Small Fish Debate–An Examination of the Prosecutorial Discretion' (2007) 7 International Criminal Law Review 677.

Tiemessen A, 'The International Criminal Court and the Politics of Prosecutions' (2014) 18 The International Journal of Human Rights 444.

Tillier J, 'The ICC Prosecutor and Positive Complementarity: Strengthening the Rule of Law?' (2013) 13 International Criminal Law Review 507.

Tladi D, 'The African Union and the International Criminal Court: The Battle for the Soul of International Law' (2009) 34 South African Yearbook of International Law 57.

Uluslararası Ceza Mahkemesi, Roma Statüsü (1998) <http://sorular.rightsagenda.org/Uploads/UCM%20MEV/Roma%20Statüsü.pdf>

——, 'Kongo Demokratik Cumhuriyeti Olayı' Ön-Yargılama Mahkemesi Kararı, No: ICC-01/04-01/07 (Şubat 2006) https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2008_04184.PDF

——, 'Kongo Demokratik Cumhuriyeti Olayı' Temyiz Mahkemesi Kararı, No: ICC-01/04 (Ocak 2011) <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2011_01426.PDF>

——, 'Regulations of the Office of the Prosecutor' (Nisan 2009) < https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/fff97111-ecd6-40b5-9cda-792bcbe1e695/280253/iccbd050109eng.pdf>

——, 'The Court Today', ICC-PIDS-TCT-01-114/20_Eng (Kasım 2020) <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/pids/publications/thecourttodayeng.pdf>

——, Savcılık Makamı, 'Policy Paper on the Interests of Justice' (Eylül 2007) <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/772c95c9-f54d-4321-bf09-73422bb23528/143640/iccotpinterestsofjustice.pdf>

——, Savcılık Makamı, 'Prosecutorial Strategy 2009 – 2012' (Şubat 2010) <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A8DCDC-3650-4514-AA62-D229D1128F65/281506/OTPProsecutorialStrategy20092013.pdf >

——, Savcılık Makamı, 'Policy Paper on Preliminary Examinations' (Kasım 2013) <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/otp-policy_paper_preliminary_examinations_2013-eng.pdf>

Uzun E, 'Milletlerarası Ceza Mahkemesi Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi ve Roma Statüsü' (2003) 2 Sosyal Bilimler Dergisi 25.

Verhoeven S, Wouters J and Demeyere B, 'The International Criminal Court's Office of the Prosecutor: Navigating between Independence and Accountability?' (2008) 8 International Criminal Law Review 273.

Vilmer J-BJ, 'The African Union and the International Criminal Court: Counteracting the Crisis' (2016) 92 International Affairs 1319.

Yigzaw DA, 'The International Criminal Court: Biased Against Africa or Weak Towards the Powerful?' (2017) 43 North Carolina Journal of International Law 204.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

İstanbul Hukuk Mecmuası, 79 (4), 1421-1443

DOI: 10.26650/mecmua.2021.79.4.0010
https://dergipark.org.tr/pub/ihm
http://mecmua.istanbul.edu.tr/tr/_

İstanbul Hukuk Mecmuası

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Başvuru: 03.04.2021
Revizyon Talebi: 17.09.2021
Son Revizyon: 17.09.2021
Kabul: 22.11.2021

Uluslararası Hukuk Ekseninde Devletlerin İleri Sürdüğü "*Viral Egemenlik*" İddiasının Değerlendirilmesi

Sezercan Bektaş*

Öz

Salgın hastalıklara sebebiyet veren virüs patojenlerine ait numune ve genetik dizi verilerine erişim salgın ile mücadelede kullanılacak tıbbi araçların üretilmesi için önemlidir. Patojenlerin genetik dizi verilerine bilimsel çalışmalar vasıtasıyla serbestçe erişilebilmekteyken; patojenlerin izole edilmiş biyolojik numuneleri üzerinde devletlerin, Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi ve Nagoya Protokolü'ne dayanarak egemenlik iddia ettikleri ve patojenlere erişimin sınırlandırıldığı görülmektedir. Özellikle gelişmekte olan ülkelerin bu erişimi sınırlamak için ileri sürdüğü bu iddiaya "viral egemenlik" adı verilir. Gelişmekte olan devletlerin kullandığı bu iddianın hukuki gerekçelerinin yanı sıra reel gerekçesi ise paylaşılan patojen numuneleri kullanılarak elde edilen tıbbi araçlara, yüksek ticari değeri ve arzının azlığı sebebiyle, bu devletlerin ulaşamamasıdır. Adil olmayan fayda erişimi gerçekliği ve salgın hastalıkların insanlığa karşı önemli bir tehdit oluşturması ikilemi karşısında uluslararası hukuk içinden çıkamayacağı büyük bir sorun ile karşılaşmaktadır. Çalışmada devletlerin "viral egemenlik" iddialarının doğumu, tarihsel gelişimi ve hukuki dayanakları incelenmiştir. Viral egemenlik iddiasının uluslararası toplum için tehdit oluşturması nedeniyle patojen numunelerine etkin bir erişim sistemi ile elde edilen faydaların paylaşımı konusunda adil sistemin oluşturulup oluşturulamayacağının cevabı aranmıştır. Netice olarak virüs patojenlerinin bilimsel çalışmalar için paylaşımındaki engellerin bütün insanlığın ortak sorunu olduğu ve patojen numunelerinin uluslararası alanda doğal kaynak olduğuna ilişkin iddialar ve düzenlemelerin, aşı ve diğer tıbbi faydalara erişemeyen gelişmekte olan devletleri uluslararası alanda büyük bir hukuki çıkmaza sürüklediği ortadadır. Bu çıkmazdan ancak Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ)'nün öncülüğünde, geniş katılımlı uluslararası bir andlaşma ile çıkmak mümkün olabilecektir. Bu andlaşma ile DSÖ'nün mevcut yetkileri artırılmalı, kurumsal yapısı güçlendirilmeli, kararlarının devletler açısından normatif bağlayıcılığı tekrar gözden geçirilmelidir. Böylece, salgın hastalıklar ile mücadelede aşı ve diğer tıbbi faydaların adil paylaşımına ilişkin uluslararası hukukun katkıda bulunabilmesi mümkün olabilecektir.

Anahtar Kelimeler

Viral Egemenlik, Salgın Hastalıklar, Biyoçeşitlilik Sözleşmesi, Nagoya Protokolü, Standart Malzeme Transfer Anlaşması

Evaluation of the "*Viral Sovereignty*" Claims of States Under International Law

Abstract

Access to samples and genetic sequence data of virus pathogens is important for the production of medical tools to fight epidemics. While the genetic sequence data of pathogens can be obtained from scientific studies, states claim sovereignty over isolated biological samples of pathogens, based on the Convention on Biological Diversity (CBD) and the Nagoya Protocol, thereby limiting access to pathogens. This claim is known as "viral dominance" and is particularly made by developing countries. The claim is hinged on the fact that developing states cannot access medical devices using shared pathogen samples due to their high commercial value and low supply. This presents a challenge to international law as it exposes the difficulty in ensuring access to benefits from information sharing and presents obstacles in preventing threats of epidemics to humanity. This study examines the birth, historical development, and legal bases of states' claims of "viral sovereignty." These claims present a challenge to the international community as they question whether a fair system can be established to ensure equal access to pathogen samples and data. Current claims and existing regulations that regard pathogen samples as a natural resource in the international arena have dragged developing states, who cannot access

* **Sorumlu Yazar:** Sezercan Bektaş (Dr. Öğr. Üyesi), Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Sakarya, Türkiye. E-posta: sezercanbektas@sakarya.edu.tr ORCID: 0000-0001-7395-5375

Atıf: Bektas S, "Uluslararası Hukuk Ekseninde Devletlerin İleri Sürdüğü '*Viral Egemenlik*' İddiasının Değerlendirilmesi" (2021) 79(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 1421. https://doi.org/10.26650/mecmua.2021.79.4.0010

This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License

vaccines, into a great legal dilemma. This study argues that the dilemma can be resolved by the establishement of an international treaty with broad participation under the leadership of the World Health Organization (WHO). In this treaty, the existing powers of the WHO should be increased, its institutional structure should be strengthened, and the normative bindingness of its decisions on states should be reconsidered. This will make it possible for international law to contribute to the fair sharing of vaccines and other medical benefits in the fight against epidemics..

Keywords
Viral Sovereignty, Pandemics, Biodiversity Convention, Nagoya Protocol, Standard Material Transfer Agreement

Extended Summary

When there is an outbreak of a pandemic in the world, the first course of action is to isolate the virus and access its genetic data. Only then will it be possible to carry out scientific studies that will end the pandemic. Rapid sharing of the virus' genetic data and the isolated biological sample of its pathogen with researchers is vital in combating a pandemic and curtailing the spread and number of fatalities. The greatest responsibility falls on the states where the virus first appeared. Although with the current COVID-19 pandemic, relevant data was quickly shared with the world by the People's Republic of China, where the virus first appeared, this was not always the case during previous pandemics, as countries were not willing to share data and samples. In fact, in the case of the emergence of a lethal form of H5N1 in Indonesia in 2006, Indonesia did not want to share the samples of this virus that emerged within the country with other countries and claimed sovereignty over the virus based on the principle of absolute state sovereignty over natural resources. Indonesia characterized the virus as a "natural resource" according to the Convention on Biological Diversity (CBD) and the Nagoya Protocol, leading to the emergence of a new type of sovereignty in academic litereture called "viral sovereignty."

The central idea behind Indonesia's claim was not based on issues with the sharing of data and treatments such as vaccines, medicines, etc. that are developed by the developed countries, as is the case with the current pandemic as argued by developing countries. However, although these arguments are justified, current international has not considered situations involving virus pathogen samples as captured in these arguments. If viruses are accepted as "natural resources," it means that they are to be considered as the "common heritage of mankind" which has economic value, therefore making it imparative for information on them to be shared with other countries. However, the bargaining process at the point of sharing virus pathogen samples may slow down the pace of the fight againt pandemics, resulting in delays in developing treatments. As a matter of fact, this happened with the Mers-CoV virus that emerged in Saudi Arabia in 2012; the development of treatments was delayed till after the virus spread to other countries. Today, the World Health Organization (WHO) has only issued the Global Influenza Preparedness Framework to ensure the

sharing of influenza virus pathogen samples, but it has not been able to realize any other solution regarding the sharing of other virus pathogen samples.

Based on the foregoing, it is necessary to create a fair balance in sharing virus pathogen samples that will improve access to treatment tools for all countries within the scope of the right to health, which is a fundamental human right. Within this context, it is obvious that accepting virus pathogen samples as "natural resources" and providing them with economic value may be incompatible with the right to health. However, it should not be forgotten that the CBD, from which "natural resource" claims are derived, imposes obligations on countries to prevent the spread of the virus. Thus, the claims made by developing countries for "viral sovereignty" are justifiable. However, there are certain steps that must first be undertaken: the WHO should obtain an advisory opinion from the International Court of Justice on whether the virus pathogen samples will fall within the scope of the sovereignty of states. Depending on the result of this opinion, considering that the CBD does not only permit a definition of virus pathogen samples as "natural resources" but also includes obligations to prevent epidemics, by approaching the issue especially in the context of the right to health, it needs to abandon the strict "natural resource" understanding and adopt the "common heritage of mankind" argument, but this time on a fair basis. In this context, as an expert international organization, the WHO should take initiative and play an active role. The WHO, especially after the COVID-19 pandemic that increased the general awareness of pandemics and showed the undeniable emergence of the importance of combating epidemic diseases, should ensure the establishment of an international agreement that will bind all signatory states and ensure wide participation of states. In order to achieve this goal, the organizational structure of the WHO would have to be reconsidered.

Uluslararası Hukuk Ekseninde Devletlerin İleri Sürdüğü "*Viral Egemenlik*" İddiasının Değerlendirilmesi

Giriş

Bulaşıcı hastalıkların salgın haline dönüşüp insanlığı tehdit altına aldığı dönemlerde; salgın ile mücadele maksadıyla hastalığın teşhisi, tedavisi ve aşı çalışmalarında kullanmak üzere hastalığa sebebiyet veren patojen[1] virüslere ait numunelere ve genetik verilere hızla ulaşabilmek büyük önem taşımaktadır. Patojen virüslere ilişkin çalışmalarda kullanılmak üzere çeşitli biyolojik örneklerden virüslerin izole edilmesi[2] ve bunun üzerine virüslerin genetik dizi verilerinin çıkarılması işlemleri yapılmaktadır. Bu sebeplerle, bahse konu biyolojik örnekler, virüs patojenlerini, bunların mutasyona uğramalarını ve enfeksiyon mekanizmalarını anlamak için ham veri sağlar[3]. Virüs patojenlere ilişkin biyolojik numunelerin paylaşımı uluslararası bir egemenlik sorununu da peşinden getirmektedir.

Günümüze kadar insanlığı tehdit eden salgınlar sırasında; salgına sebebiyet veren virüs patojenlerine ve genetik dizi verilerine erişme konusunda birçok sorunla karşılaşılmıştır. Devletler, kendi egemenlik sınırları içerisinde tespit ettikleri virüs patojenlerine ilişkin numuneleri uluslararası toplum ile bazen geç paylaşmış; bazen de paylaşmayı reddetmiştir. Devletlerin bu eylemleriyle salgınla mücadeleye vurduğu sekte; çok sayıda insanın ölümüne sebebiyet vermiştir.

Uluslararası hukuk açısından devletlerin virüs patojenleri ve bunlara ilişkin verileri paylaşma konusundaki kararlarının bütün insanlığı etkileyen ortak bir sorun oluşturduğu gerçeğinin yanı sıra ilgili biyolojik materyalin ticari niteliği büyük bir ikilemi de karşımıza çıkarmaktadır. Bu derin ikilem ekseninde uluslararası düzenlemeler ve bu düzenlemelerin yorumlanmasında devletlerin tutumu sorunu derinleştirmeye ve insanlığı tehdit etmeye devam etmektedir.

Makalemizde ilgili virüs patojenleri ve bunlara ilişkin verilerin paylaşımına ilişkin devletlerin tutumları, uluslararası düzenlemeler ve bunların uluslararası hukuk açısından değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Bu kapsamda makalemizin ilk bölümünde virüs patojen numunelerinin paylaşımına ilişkin tarihsel gelişim incelenecektir. Makalemizin ikinci bölümünde tarihsel gelişmeler ışığında devletlerin patojenler üzerindeki egemenlik iddialarının dayanakları, iddialar karşında geliştirilen uluslararası düzenlemeler incelenecek ve makalemizin son bölümünde ise virüs

[1] "*Patojen genellikle hastalığa neden olan veya neden olabilen bir mikroorganizma olarak tanımlanır*"; Liise-anne Pirofski and Arturo Casadevall, 'What is a pathogen? A question that begs the point' (2012) 10(6) BMC Biol <https://bmcbiol.biomedcentral.com/track/pdf/10.1186/1741-7007-10-6.pdf> Erişim Tarihi: 20 Mart 2021, 1.

[2] Virüs patojenlerinin izole edilmesi (saflaştırılması), belirli biyolojik materyal üzerinde (tükürük, doku vb…) virüsün örneğinin tespit edilmesine ilişkin tıbbi işlemdir.

[3] Sam F Halabi, 'Viral Sovereignty, Intellectual Property, and the Changing Global System for Sharing Pathogens for Infectious Disease Research' (2019) 28 (1) Annals of Health Law 101, 101.

patojen numunelerinin paylaşımına ilişkin soruna getirilen hukuki öneriler konusunda değerlendirmeler yapılacaktır.

I. Virüs Patojenlerinin Serbest Paylaşımı Sisteminin "*Viral Egemenlik*" Argümanına Evrilmesi

A. Virüs Patojenlerinin Serbest Paylaşımı Dönemi

1918 – 1919 yılları arasında meydana gelen ve "*İspanyol Gribi*" (*H1N1*) olarak isimlendirilen, dünya çapında 20 ila 50 milyon insanın ölümüne neden olan 20. yüzyılın en büyük grip salgının[4] küresel nüfus üzerinde yıkıcı etkileri olmuştur. Bu hastalığın, semptomları açısından bulaşıcı olduğu bilinmesine rağmen; hastalığa sebebiyet veren virüs ancak 1931 yılında Richard Shope tarafından domuzdan; 1933 yılında ise Andrewes Laidlaw ve Wilson Smith tarafından insandan izole edilmiştir[5]. Salgın ile mücadelede alınacak önlemler için virüs patojenin izole edilmesi önemli bir başlangıç olmuştur. Bu salgından sonra da kitlesel kayıplara sebebiyet veren grip salgınları devam etmiştir[6]. Bu nedenle İkinci Dünya Savaşı'nın akabinde küresel kamu sağlığının iyileştirilmesi ve bulaşıcı hastalıklarla mücadele etmek amacıyla 07.04.1948 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) kurulmuştur[7].

DSÖ Anayasası'nın kabul edilmesinin üzerinden 4 yıl geçtikten sonra yıkıcı potansiyele sahip olan ve hızla yayılma yeteneği bulunan grip salgınına karşı etkili uluslararası iş birliği oluşturabilmek için DSÖ tarafından 1952 yılında "*Küresel Grip Gözetim Ağı*" (*Global Influenza Surveillance Network-GISN*) kurulmuştur[8]. Aslında salgına sebebiyet veren virüs patojenlerine ilişkin genel olarak iki ana araştırma nüvesi bulunmaktadır. Bunlardan ilki izole edilen virüs örneğinin bulunduğu biyolojik materyaldir. Diğeri ise virüs patojenlerine ilişkin genetik dizi (sekans) verileridir. Bu iki veri kaynağına erişim birbirinden farklılık arz etmektedir. Virüs patojenlerinin genetik dizi (sekans) verileri genelde bilim insanlarının yaptıkları çalışmalar veya gen bankaları aracılığı ile serbestlik içerisinde uluslararası toplum ile paylaşılır. Paylaşılan bu veriler ile bazı faydalar da elde edilebilmektedir. Örneğin tanı kiti geliştirme, ters genetik tekniklerinin kullanılması ile canlı virüsü oluşturması ve neticede aşı çalışması yapılması, genetik dizi verileri ile sağlanabilmektedir. İkinci

---

4 Lawrence O Gostin, *Global Health Law* (1.Bası, Harvard University Press 2014) 362.

5 Elderfield R ve Barclay W, 'Influenza Pandemics' in Curtis N, Finn A, Pollard A (edr), *Hot Topics in Infection and Immunity in Children VIII, Advances in Experimental Medicine and Biology*, (Springer 2012) 83.

6 Gostin (n 4) 362: "*1918 salgınından sonra 1957 yılında "Asya Gribi" (H2N2) 1 ila 2 milyon insanın ölümüne; 1968 yılında ortaya çıkan "Hong Kong Gribi" (H3N2) 700 bin insanın ölümüne sebebiyet vermiştir. 1976 yılında yeni bir versiyon olarak ortaya çıkan "Domuz Gribi" (H1N1) salgını kitlesel kayıplara sebebiyet vermemiş olsa bile siyasi karışıklıklara sebebiyet vermiştir".*

7 TC Sağlık Bakanlığı Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı, 'Dünya Sağlık Örgütü ve Türkiye ile İlişkileri', <https://sbu.saglik.gov.tr/Ekutuphane/kitaplar/dsoandturkey.pdf> Erişim tarihi:22 Şubat 2021, 9.

8 Wenging Zhang ve John Wood, 'The Global Influenza Surveillance and Response System-65 years of building trust and sharing and a role model for global health security' (2018) 12(5) Influenza Other Respir Viruses 566, 566.

araştırma nüvesi ise virüs patojeninin izole edildiği biyolojik materyaldir[9]. GISN, DSÖ'ye üye devletlerin grip virüs patojenlerine ilişkin numuneleri ve bunlardan elde edilen faydaları etkili iş birliği vasıtasıyla paylaşımını amaçlayan küresel bir sistemdir[10]. Bu sistemin adı, 2011 yılında DSÖ Asamblesi tarafından alınan bir karar ile "*Küresel Grip Gözetim ve Müdahale Sistemi*" (*Global Influenza Surveillance and Response System- GISRS*) olarak değiştirilmiştir[11].

GISN ile kurulan ağ ile salgına sebebiyet veren grip patojen numuneleri dünyanın her yerindeki referans laboratuvarlara, araştırmacılara ve aşı üreticilerine ulaştırılmıştır. Böylece üretilmiş olan teşhis ve tedavi ürünleri ile aşılar vasıtasıyla yüzbinlerce hayat kurtarılmıştır[12]. Salgına sebebiyet veren grip virüs patojenlerine ilişkin numune ve bilgilerin tüm paydaşlar ile herhangi bir engel olmaksızın GINS üzerinden paylaşılması sistemine öğretide, "*serbest paylaşım sistemi*" adı verilmiştir[13].

Patojen numunelerinin serbest paylaşımı neticesinde doğan faydalardan, diğer bir ifade ile teşhis, tedavi ürünleri ve aşılardan, gelişmekte olan devletlerden ziyade gelişmiş devletler ellerinde bulunan teknolojik üstünlüklerinin sayesinde daha fazla faydalanmışlardır. Gelişmekte olan devletlerden serbest paylaşım sistemi ile ulaşılan patojenler neticesinde elde edilen faydalardan bu ülkelerin yararlanamaması, GISN'nin gelişmiş devletlerin kullandığı bir sömürge metodu olduğu izlenimini doğurmuştur. Bu izlenim yirminci yüzyılın ortalarında uluslararası hukukta "*insanlığın ortak mirası*" olarak nitelendirilen[14] virüs patojen numunelerinin; hukuki nitelendirmesinde de sapmaya sebebiyet vermiştir. Diğer bir ifade ile virüs patojen numuneleri üzerinde egemenlik kurulamayacağı konsepti; bunların üzerinde egemenlik kurulabileceği konseptine dönüşmüştür. Aslında hukuki nitelendirmedeki bu sapmaya ve patojen paylaşım sistemi üzerindeki değişime, gelişmiş devletler ile gelişmekte olan devletlerin aralarındaki gerilimin sebebiyet verdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Grip veya grip dışında salgına sebep olan virüs patojen numunelerinin paylaşım yöntemleri olarak karşımıza; araştırmacılar arasında paylaşım (*postal acquisition*), paraşüt metodu ile aktarım (*parachute acquisition*), yeni örneklerin toplanması için belirlenmiş araştırma alanlarından kazanım (*Annexed Research Sites for the Collection of New Samples*) yöntemleri çıkmaktadır[15].

---

9 Lyle Fearnley 'Viral Sovereignty or Sequence Etiquette? Asian Science, Open Data, and Knowledge Control in Global Virus Surveillance', (2020) 14(3) East Asian Science, Technology and Society: An International Journal 479, 480-481.

10 ibid, 566.

11 ibid, 566; DSÖ Asamblesi tarafından verilen bu karar makalemizin §II-B başlığı altında incelenmiştir.

12 Halabi (n 3) 106: "*(...) Benzer şekilde 2014-2015 yılı salgını sırasında binlerce Ebola virüsü örneğinin Gine, Liberya ve Sierra Leone'den transferi ilk hızlı teşhisin, birkaç umut verici ilaç adayının ve yüzde yüz koruma gösteren bir aşının üretilmesini sağlamıştır.*"

13 ibid 105.

14 ibid 106.

15 ibid 106; Michelle Rourke, Sam Halabi, Gian Luca Burci ve Rebecca Katz, 'The Nagoya Protocol and the Legal Structure of Global Biogenomic Research' (2020) 45 Yale J Int'l L 133, 147-150.

1. Patojen Örneklerinin Araştırmacılar Arasında Paylaşımı (*Postal Acquisition*)

Bu yöntem, patojen örneklerin bilimsel çalışmalar kapsamında araştırmacılar arasında paylaşılmasını ifade etmektedir. Aslında araştırmacılar arasında yapılan bu paylaşım yöntemi gayrı resmi niteliktedir. Diğer bir ifade ile bilim insanları genellikle kendi ülkelerinden topladıkları bahse konu biyolojik örnekleri ve verileri devletin denetimi dışında bilimsel bir maksat ile diğer ülkedeki bilim insanlarına ulaştırmaktadır[16]. Bu yöntemde genelde, gelişmiş bir devletteki araştırmacılar, düşük ve orta gelirli devletlerdeki araştırmacılardan biyolojik örnek talep etmişlerdir. Nitekim, buna benzer örnek olarak karşımıza 2012 yılında Suudi Arabistan'da ortaya çıkan Ortadoğu Solunum Sendromuna sebebiyet veren Koronavirüsün (*Mers-CoV*)[17] Hollanda'ya aktarılması örneği verilebilir. Şöyle ki, 2012 yılında Suudi Arabistan'da çalışmakta olan mikrobiyolog Dr. Ali Mohamed Zaki, tespit ettiği Koronavirüsün bir hastanın ağır solunum semptomlarına, böbrek yetmezliğine ve bir hastanın ölümüne neden olduğundan şüphelendikten sonra patojen örneğini yardım için Hollanda'da bulunan Erasmus Tıp Merkezine aktarmıştır[18].

Patojen örneklerinin bu yöntem ile paylaşılması 1980'li yıllara kadar yaygın olarak kullanılmıştır. Hatta aşağıda ayrıntılı işleyeceğimiz 1992 tarihli Birleşmiş Milletler Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi[19] (BÇS) ve 2010 tarihli Nagoya Protokolü[20] ile getirilen yeni paylaşım sistemi yürürlükte olmasına karşın günümüzde halen uluslararası hukuktaki normlar dikkate alınmaksızın bu gayri resmi yöntemin kullanıldığı gözlenmektedir[21]. Keza 2012 yılında Suudi Arabistan'dan Hollanda'ya aktarılan *Mers-CoV* virüs örneklerinin paylaşılması da uluslararası hukuktaki yeni sisteme uygun olarak yapılmamış ve bu durum sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlık

---

16 Rourke,Halabi,Burci ve Katz (n 15) 147; Halabi (n 3) 106.

17 Ortadoğu Solunum Sendromuna sebebiyet veren MERS Korona Virüsü.

18 Rourke,Halabi,Burci ve Katz (n 15) 148; Halabi (n 3)107: "Zaki'ye göre, *"[Erasmus] ilk bulgularımı doğruladı ve onlardan hasta sıfır numunesinin küçük bir kısmını göndermemi istedi çünkü daha fazla test yapmak istediler ve RNA'ları tükendi. Transit sırasında soğuk zinciri korurken canlı bir virüs örneği göndermek için herhangi bir mekanizmam yoktu. Bu nedenle, balgam örneğini filtreledim ve süzüntüyü Vero hücreleriyle karıştırdım, sıkıca kapatılmış tüpü uygun biyolojik tehlike kaplarında paketledim ve bir teşhis numunesi olarak oda sıcaklığında özel bir taşıyıcı ile gönderdim. İşe yaradı. Hollanda'da aldılar ve New England Journal of Medicine'de yayınlanan bu yeni virüsün ilk genetik analizi olan canlı virüsü kurtarmayı başardılar*."

19 Sözleşme Rio'da 157 ülke tarafından 1992 yılında imzalanmış ve Sözleşme Aralık 1993'te yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz <https://treaties.un.org/doc/Treaties/1992/06/19920605%2008-44%20PM/Ch_XXVII_08p.pdf> Erişim tarihi: 24 Şubat 2021; Sözleşme Türkiye tarafından 29.08.1996 tarihli ve 4177 sayılı Kanun ile onaylanmıştır (RG.27.12.1996; 22860); Sözleşmenin Türkçe metni için bkz <https://teftis.ktb.gov.tr/TR-263675/biyolojik-cesitlilik-sozlesmesi.html> Erişim tarihi: 24 Şubat 2021.

20 Protokolün İngilizce metni için bkz <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2010/11/20101127%2002-08%20PM/XXVII-8-b-Corr-Original.pdf> Erişim tarihi: 24 Şubat 2021.

21 Rourke,Halabi,Burci ve Katz (n 15) 148: "*Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi ve Nagoya Protokolü tarafından getirilen yeni normların bir sonucu olarak, malzeme transfer anlaşmaları (MTA'lar) yapılmadan numune transferlerinin taraflar arasında gerçekleşmesi artık olası değildir. MTA'lar genellikle standartlaştırılmış formlardır, kullanıcı tarafın aktarılan materyallerle neler yapıp yapamayacağını (ve ticari kullanım veya fikri mülkiyet haklarına başvurma sınırlamaları içerebilir), varsa hangi tarafın sahiplik haklarına sahip olduğunu ve bu hakların devredilebilir olup olmadığını özetler."*

sebebiyle *Mers-CoV* virüsüne ancak Güney Kore'yi etkiledikten sonra yanıt verilebilmiştir[22].

2. Paraşüt Metoduyla Aktarım (*Parachute Acquisition*)

Yabancı araştırmacının, ev sahibi ülkede "*alan çalışması*" yaparak topladığı biyolojik materyali araştırma yapmak için kendi ülkesine götürmesi "*paraşüt metodu*" olarak tanımlanmaktadır[23].

Paraşüt aktarımı, gelişmekte olan devletler tarafından geniş çapta "*biyolojik korsanlık*" olarak görülen bir aktarım türüdür[24]. Ev sahibi devletten önceden bilgilendirilmiş bir onay alınmadan yapılan paraşüt aktarımı hukuki bir aktarım türü olarak kabul edilmemektedir. Bununla birlikte paraşüt aktarımlar, gelişmekte olan ev sahibi devletlerin bilimsel ve ekonomik olarak gelişmesini de olumsuz olarak etkilemektedir. Bu sebeplerle artık birçok devlet yabancı araştırmacıların ancak yerel araştırmacılarla iş birliği yapması halinde bu çalışmaları yapabilmelerine izin verecek biçimde kendi yasal düzenlemeleri ile tedbirler aldığı görülmektedir[25].

3. Yeni Örneklerin Toplanması için Belirlenmiş Araştırma Alanlarından Kazanım (*Annexed Research Sites for the Collection of New Samples*)

Diğer aktarım yöntemlerinden daha az kullanılan bu yöntemde, menşe devletteki tahsis edilmiş araştırma alanlarından elde edilen genetik kaynaklarla ilgili araştırmaların en azından bir kısmı menşe devlette devam ettirilmektedir. Bu araştırma yabancı veya yerel araştırmacılar tarafından yapılabilir[26]. Fakat menşe devletin katılımı olmadan yabancılar tarafından finanse edilen, geliştirilen ve işletilen belirlenmiş araştırma sahaları, aslında diğer aktarım yollarıyla aynı etkiye sahip olacaktır[27]. Öte yandan, bu aktarım yöntemi, uluslararası iş birliğini geliştirmek, eğitim vermek, uzmanlığı paylaşmak, teknoloji transferine katılmak ve ev sahibi ülkede bilimsel kapasitenin geliştirilmesine yardımcı olmak için sağlayıcı ülke içindeki ortakların aktif katılımını teşvik edebilir[28].

---

22 Halabi (n 3) 107; Rourke MF, 'Restricting Access to Pathogen Samples and Epidemiological Data: A Not-So-Brief History of "Viral Sovereignty" and the Mark It Left on the World' in Eccleston-Turner M, Brassington I (edr), *Infectious Diseases in the New Millennium. International Library of Ethics, Law, and the New Medicine*, (Springer 2020) 178.

23 Rourke,Halabi,Burci ve Katz (n 15) 148; Halabi (n 3) 108: "*Örneğin, 2000'li yılların başlarında, Fransız araştırmacılar, yerli Quassia Amara çalılarından türetilenler de dâhil olmak üzere yerel antimalaryal ilaçlar hakkında bilgi edinmek için Brezilya ve Fransız Guyanası'nda araştırma yaptılar. 2005 yılında bu ön araştırma yayınlandı. On yıl sonra, Quassia Amara'dan antimalaryal özelliklere sahip yeni bir bileşik için bir patent verildi.*"

24 Halabi (n 3) 108.

25 Rourke,Halabi,Burci ve Katz (n 15) 149.

26 Halabi (n 3) 109.

27 İbid, 109.

28 Rourke,Halabi,Burci ve Katz, (n 15) 149.

Bazı devletler, herhangi bir biyolojik kaynağı kendi sınırları dışına transfer etmemek amacıyla yabancı bilim adamlarının yerel araştırmacılarla birlikte araştırma yapmalarını gerektiren yasal düzenlemeleri yürürlüğe koymuşlardır. Örneğin Brezilya, araştırma faaliyetlerine başlamadan önce yabancı araştırmacıların yerel bir ortakla iş birliği yapmasını talep etmiştir. Yürürlüğe koyulan bu yasal düzenlemeler ile gelişmekte olan devletlere teknoloji ve bilgi akışını kolaylaştırmak amaçlanmış; fakat bu düzenlemeler ile araştırmalara önemli bir bürokratik engel ve gecikme katmanı eklenmiştir[29].

B. Uluslararası Hukukta "*Viral Egemenlik*" İddiasının Doğuşu

Salgın potansiyeline sahip tehlikeli virüs patojen numunelerinin gelişmekte olan devletlerce engelsiz şekilde gelişmiş ülkelerle paylaşılmasına karşın aktarılan numunelere dayanarak bu ülkelerde elde edilen faydalardan gelişmekte olan devletlerin yararlanamamasının ortaya çıkardığı adaletsiz görünüm devletler arasında büyük bir çatışmayı da tetiklemiştir. Nitekim bu çatışma 2006 yılında Endonezya'nın virüs patojen numuneleri üzerinde egemenlik iddiasına dönüşmüştür. Şöyle ki, 2006 yılının sonunda Endonezya Sağlık Bakanı *Dr. Siti Fadilah Supari,* Endonezya'da, H5N1'in daha öldürücü bir formunun ortaya çıktığını ve daha önce insanlara yalnızca enfekte kuşlarla yakın temas yoluyla bulaşan bir virüsün insandan insana bulaşmaya başladığını tespit ettiklerini ve Endonezya'nın bu tehlikeli virüs patojene ait numuneleri, bu numuneler kullanılarak oluşturulan aşı ve antiviral ilaçlara daha adil bir erişim garanti edilinceye kadar GISN ile sistemi paylaşılmayacağını uluslararası topluma deklare etmiştir[30].

Supari, ileri sürdüğü bu argümanla virüs patojen numunelerinin Endonezya'nın önceden bilgilendirilmiş rızası olmadan kullanılamayacağı ilkesini ileri sürmüştür. Böylece, patojen numunelerinden elde edilen patentli aşıların yüksek meblağlar ile Endonezya'ya satılması önlenecek; Endonezya'nın bu konuda bir pazarlık imkânı doğacaktı[31]. *Supari*'nin Endonezya adına ileri sürdüğü argümanın dayanağı olarak da Endonezya'nın taraf olduğu 1992 tarihli BÇS[32] gösterilmiştir.

Endonezya'nın ileri sürdüğü bu argümanla birlikte virüs patojen numuneleri de artık petrol, kauçuk ve tarım ürünleri gibi doğal kaynaklar içerisine girmiştir[33]. Endonezya'nın kendi toprakları üzerinde izole edilen virüs patojen numuneleri üzerinde egemenlik iddiasında bulunması uluslararası hukuk literatüründe viral

---

29 Halabi (n 3) 109; Rourke,Halabi,Burci ve Katz (n 15) 149.

30 Shahar Hameiri, 'Avian influenza, "viral sovereignty", and the politics of health security in Indonesia', (2014) 27(3) The Pacific Review 333, 333; Kenan Mullis, 'Playing Chicken with Bird Flu: "Viral Sovereignty," the Right to Exploit Natural Genetic Resources, and the Potential Human Rights Ramifications' (2009) 24(5) American University International Law Review 944, 944.

31 Mullis, (n 30) 949.

32 Sözleşme Endonezya tarafından 05.06.1992 tarihinde imzalanmış; 23.08.1994 tarihinde onaylanmış ve Endonezya 21.11.1994 tarihinde sözleşmeye taraf olmuştur. <https://www.cbd.int/information/parties.shtml> Erişim Tarihi:24 Şubat 2021.

33 Halabi (n 3) 114.

egemenlik (*viral sovereignty*) olarak isimlendirilmiş;[34] hatta bu argüman ilk aşamada uluslararası alanda "ahlaki şantaj" olarak da kınanmıştır[35].

Endonezya tarafından kullanılan viral egemenlik argümanı, DSÖ içinde oluşan tepkiler çerçevesinde BÇS'de düzenlenen genetik kaynaklara erişim konusunda 2010 tarihli Nagoya Protokolü'nün kabul edilmesine vesile olmuştur[36]. Bunun akabinde ise DSÖ tarafından 2011 yılında "Pandemik Grip Hazırlık Çerçevesi" (*Pandemic Influenza Preparedness Framework*) kabul edilmiştir[37].

II. "*Viral Egemenlik*" Argümanının Uluslararası Hukuk Kapsamında Değerlendirilmesi

A. 1992 Tarihli BÇS ve 2010 Tarihli Nagoya Protokolü Kapsamında "*Viral Egemenlik*"

1960'lı yıllarda gelişmekte olan devletlerin, gelişmiş devletler karşısındaki ekonomik olarak aşırı dengesiz konumu sebebiyle, gelişmekte olan devletlerin ticaret, yatırım ve kalkınma fırsatlarını en üst düzeye çıkarmak ve dünya ekonomisine adil bir şekilde entegre olma çabalarında onlara yardımcı olmak maksadıyla 1964 yılında, Birleşmiş Milletler Ticaret ve Kalkınma Konferansı (*United Nations Conference on Trade and Development* - UNCTAD) oluşturulmuş ve bu konferans faydaların paylaşımı konusunda önemli bir unsur olarak teknoloji transferine odaklanmıştır. Ancak UNCTAD belirlemiş olduğu bu hedeflere tam anlamda ulaşamamıştır[38].

13 Nisan- 21 Mayıs 1972 tarihleri arasında UNCTAD'ın üçüncü oturumunda, Meksika Başkanı *Luis Echeverría Alvarez* tarafından devletlerin sahip oldukları doğal kaynaklar üzerinde daha fazla yetki vermeyi amaçlayan, Devletlerin Ekonomik Haklar ve Görevleri Şartı'nın kabul edilmesi önerilmiştir. UNCTAD, 45 (III) kararı ile bu Şart'ın taslak metnini hazırlamak için "*Devletlerin Ekonomik Haklar ve Görevleri Şartı Çalışma Grubunu*" kurmaya karar vermiştir. 12 Eylül 1974 tarihinde Ticaret ve Kalkınma Kurulu, Çalışma Grubu raporunun görüş ve önerileriyle birlikte BM Genel Kurul'a iletilmesine karar vermiş ve Şart 12 Aralık 1974 yılında 3281 (XXIX) sayılı karar ile BM Genel Kurul tarafından kabul edilmiştir[39].

---

34 Rourke (n 22) 173.

35 Arthur L Caplan ve David R Curry, 'Leveraging Genetic Resources or Moral Blackmail? Indonesia and Avian Flu Virus Sample Sharing', (2007) 7(11) The American Journal of Bioethics 1, 2.

36 Halabi (n 3) 115.

37 Çerçevenin İngilizce metni için bkz <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44796/9789241503082_eng.pdf;jsessionid=108798665D01755B47507079E573D3FE?sequence=1> Erişim Tarihi: 24 Ocak 2021.

38 Rourke,Halabi,Burci ve Katz (n 15) 150; Halabi (n 3) 111.

39 Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri - 2 Kitap* (8. Bası, Turhan Kitabevi) 26; Şartın İngilizce metnine ulaşma için bkz <https://legal.un.org/avl/ha/cerds/cerds.html#:~:text=The%20General%20Assembly%20adopted%20resolution,to%206%2C%20with%2010%20abstentions.&text=The%20Charter%20was%20adopted%20by,by%20resolution%203281%20(XXIX)> Erişim Tarihi: 25 Ocak 2021.

Çevre sorunları ile ilgili olarak Birleşmiş Milletler birçok uluslararası konferans gerçekleştirmiştir. Bu Konferansların ilki, "*İnsan Çevresi*" (*Human Environment*) başlığı ile 1972 yılında Stockholm'de toplanmıştır. 1972 Konferansından sonraki yıllarda acil bir çevre sorunu olarak biyolojik çeşitlilik konusu uluslararası toplumun gündemine taşınmıştır. 1987 yılında, Birleşmiş Milletler Çevre Programı (UNEP) yönetim konseyi biyolojik kaynakları korumak için yasal olarak bağlayıcı bir antlaşma geliştirme olasılığını araştırmak üzere bir çalışma grubu oluşturmaya karar vermiş ve 1991 yılında BÇS üzerine çok taraflı resmi görüşmeler başlamıştır[40]. 1992 yılında Birleşmiş Milletler Çevre ve Kalkınma Konferansında (*Rio Konferansı*)[41] imzaya açılan BÇS Aralık 1993'te yürürlüğe girmiştir[42].

BÇS ile biyolojik kaynaklara erişimin ve ilgili teknolojilerin transferinin sağlanması, uygun finansmanın tedariki de dahil olmak üzere genetik kaynakların kullanımından doğan yararların adil ve hakkaniyete uygun paylaşımı amaçlanmıştır. Fakat BÇS ile hedeflenen amaçlara ulaşılabilmesi yolunda biyolojik çeşitliliğin korunması; bu çeşitliliğinin unsurlarının sürdürülebilir kullanımı, genetik kaynaklar ve teknoloji üzerinde sahip olunan bütün hakları da dikkate alınmalıdır.

BÇS'nin 2.maddesine göre genetik kaynaklar, bugün ve gelecek için değer taşıyan[43] genetik materyal olarak; genetik materyal ise işlevsel kalıtım birimleri içeren, bitki, hayvan, mikrop veya başka menşeli olan her türlü materyal olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, BÇS'nin eki olan 2000 tarihli Cartagena Biyogüvenlik Protokolü'nün[44] 3.maddesinin (h) hükmü virüslerin genetik maddeyi aktaran veya çoğaltan "*canlı organizmalar*" olduğunu açıkça kabul etmektedir.

Cartegena Protokolüyle birlikte doğal kaynaklar üzerinde devletlerin egemenliklerine ilişkin temel ilkenin genetik kaynaklar için de geçerli olduğu teyit edilmiştir. BÇS kapsamında devletlerin doğal kaynaklar üzerinde egemenlik hakları temel bir ilke olarak BÇS'nin 3.maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: "*devletlerin kaynakları üzerine, Birleşmiş Milletler Şartı ve uluslararası hukuk ilkeleri uyarınca kaynaklarını kendi çevre politikaları doğrultusunda kullanma egemen hakkına sahiptirler ve kendi yargı yetkileri veya kontrolleri dahilindeki faaliyetlerin, diğer Devletlerin çevrelerine veya ulusal yargı yetkilerinin sınırları dışındaki alanların çevrelerine zarar vermemesini de sağlamakla yükümlüdürler*". Bu temel ilke

40 Rourke,Halabi,Burci ve Katz (n 15) 151; Halabi (n 3) 111.

41 Rio Konferansı hakkına ayrıntılı bilgi için bkz Meltem Skalar Sarıbeyoğlu, *Uluslararası Hukukta Sürdürülebilir Kalkınma Kavramı* (1.Baskı, Beta Yayıncılık 2015) 29.

42 Skalar Sarıbeyoğlu (n 41) 32; Ferhunde Hayırsever Topçu, 'Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi: Müzakereden Uygulamaya', (2012) 20(1) Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi 57, 67: "*Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi 42 Madde ve iki Ek'ten (Ek I: Belirleme ve İzleme; Ek II: Hakemlik ve Uzlaşma) oluşmaktadır*."

43 Mullis, (n 30) 955: "(…) *Endonezya'nın kuş gribi örneklerini Amerikan şirketi Baxter Healthcare'e satmak için yaptığı sözleşme müzakeresi, virüsün gerçek parasal değeri olduğunu göstermektedir*."

44 Protokolün İngilizce metni için bkz <http://www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-en.pdf> Erişim tarihi: 25 Şubat 2021: *"'Canlı organizma", steril organizmalar, virüsler ve viroidler dahil olmak üzere, genetik materyali aktarabilen veya kopyalayabilen herhangi bir biyolojik varlık anlamına gelir*."

kapsamında Sözleşme, kendi sınırları içerisinde ortaya çıkan patojenlerin, sınırları aşacak şekilde bulaşı gösterip diğer devletlere zarar vermesini önlemeyi de devlete bir yükümlülük olarak yüklemiştir.

Genetik kaynaklara erişimin şartları BÇS'nin 15.maddesinde düzenlenmiştir. Bu kapsamda; Devletlerin doğal kaynaklarına erişime kayıt getirme yetkisi ulusal hükümetlerine; ulusal mevzuatları kapsamında aittir[45]. Bu husus devletlerin mutlak egemenliğinden kaynaklanmaktadır. Böylece genetik kaynakların hukuki niteliği "*insanlığın ortak mirası*" konseptinden sapmıştır. Diğer bir ifade ile genetik kaynaklara ulaşımdaki serbesti sona ermiştir[46].

BÇS ile taraf devletler; BÇS'ye taraf diğer devletlerin çevresel açıdan güvenilir kullanım amaçları ile genetik kaynaklara erişimini kolaylaştıracak şartları yaratmaya ve BÇS'nin amaçlarına aykırı kısıtlamalar uygulamamaya gayret etmeyi yüklenmişlerdir[47].

BÇS'nin genetik kaynaklara erişime ilişkin getirdiği önemli ilkelerden bir diğeri ise, "*fayda ve paylaşım sistemi*"dir *(Access and Benefit Sharing*). Bu sistem, erişim için öncesinde mutlaka genetik kaynakları sağlayan tarafın izninin alınması gerektiğini ifade eden bir sistemdir. (m.15/5). BÇS kapsamında taraf devletlerin her biri, diğer taraf devletlerce temin edilen genetik kaynaklara dayalı bilimsel araştırmalarını, o tarafların da tam katılımıyla ve mümkünse onların ülkelerinde geliştirip yürütmek için çaba harcamayı taahhüt etmişlerdir (m.15/6). Buna karşılık BÇS'ye taraf olan devletlerden her biri, genetik kaynakların ticari ve başka amaçlarla kullanımından doğan yararlarla araştırma ve geliştirme sonuçlarını, bu kaynakları temin eden taraf devlete adil ve hakkaniyete uygun biçimde paylaşmayı, BÇS kapsamındaki şartlarla, yükümlenmişlerdir (m.15/7). Kısaca BÇS kapsamında oluşturulan fayda ve paylaşım sistemi ile genetik kaynakların kullanılmasından elde edilen yararları paylaşmak karşılığında, erişim imkânı tanınmıştır[48].

Bu arada, 2000 yılında gerçekleştirilen BM Genel Kurul toplantısı neticesinde Binyıl Bildirgesi (*United Nations Millennium Declaration*) kabul edilmiştir[49]. Bildirge'de belirlenen hedeflerden birisi de "*2015'ten önce HIV/AIDS, sıtma ve insanlığı tehdit eden öteki önemli hastalıkların yayılmasını durdurmak*" olarak belirlenmiştir[50]. Aynı dönemde, BÇS'nin kapsamında yer alan genetik kaynakların paylaşımı sistemi konusunda 2000 yılında BÇS'nin Tarafları arasında yapılan

45 Galip Engin Şimşek, *Uluslararası Hukukta Doğal Hayatın Korunması* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2016), 216.

46 Alptekin Karagöz, 'Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi', (1998) 7(1) Tarla Bitkileri Merkez Araştırma Enstitüsü Dergisi 1, 5-6.

47 Şimşek (n 45) 216.

48 Rourke, Halabi, Burci ve Katz (n 15) 151.

49 Bildirge metni için bkz <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Millennium.aspx> [Erişim tarihi: 06 Mart 2021.

50 Skalar Sarıbeyoğlu (n 41) 48.

toplantıda Erişim ve Fayda Paylaşımı Çalışma Grubu (*Working Group on Access and Benefit-Sharing*)[51] kurulmuş ve bu grupta erişim ve fayda paylaşımına ilişkin bir uluslararası rejim üzerinde çalışma yapılması istenmiştir[52].

BÇS'de düzenlenen fayda ve paylaşım sisteminin içeriği konusunda Devletler ve araştırma kuruluşları arasındaki sözleşmeler için tavsiye niteliğindeki Genetik Kaynaklara Erişim ve Kullanımından Kaynaklanan Faydaların Adil ve Karşılıklı Paylaşılmasına İlişkin Bonn Rehberleri (*Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization*) 2002 yılında kabul edilmiştir[53]. Böylece BÇS kapsamında gelişmekte olan ülkelerin sadece genetik kaynaklara erişimi kontrol etmekle kalmaması, aynı zamanda kullanımlarından elde edilen herhangi bir ticari değerden de yararlanması sonucu elde edilmiştir[54].

BÇS'nin 15.maddesinin uygulanmasına ilişkin 2002 Bonn Rehberlerinin yayınlanmasının ardından; genetik kaynaklara erişim ve elde edilen faydaların adil ve eşitlikçi paylaşımı konusunda uluslararası bir rejimi müzakere etme çağrısı, Rio Konferansından on yıl sonra BM Genel Kurulunda yapılan çağrının akabinde "Sürdürülebilir Kalkınma Hakkında Dünya Zirvesi" (*World Summit on Sustainable Development*)[55] 2002 yılında Johannesburg'ta yapılmıştır[56].

2010 yılında yapılan değişiklik çağrılarının neticesinde 2010 yılında Genetik Kaynaklara Erişim ve Bunların Kullanımından Doğan Faydaların Adil ve Hakkaniyete Uygun Paylaşılması Hakkında Nagoya Protokolü (*The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization Nagoya Protocol*) kabul edilmiştir[57].

Nagoya Protokolü, genetik kaynaklara uygun bir erişim ve bu kaynakların kullanımı neticesinde elde edilecek faydaların adil ve eşit bir şekilde paylaşılması amacıyla oluşturulmuş ve BÇS'nin 15.maddesi dâhilinde yer alan genetik kaynakların yanı sıra genetik kaynaklarla ilgili geleneksel bilgileri ve bu bilgilerin kullanımından elde edilen faydaları da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir[58]. Protokolde genetik kaynakların paylaşımında ulusal hukuklarda yerli ve yerel toplulukların rızasının alınması ve faydaların bunlarla paylaşımı düzenlenmiştir[59]. Bu halde Protokol'e taraf

[51] Çalışma grubu hakkında bilgi için bkz <https://www.cbd.int/abs/wgabs/> Erişim tarihi: 06 Mart 2021.

[52] Şimşek (n 45) 217.

[53] Rehberin İngilizce metni için bkz <https://www.cbd.int/doc/publications/cbd-bonn-gdls-en.pdf> Erişim tarihi:26 Şubat 2021.

[54] Halabi (n 3) 113; Şimşek, (n 45) 217.

[55] Zirve hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Skalar Sarıbeyoğlu (n 41) 55.

[56] Topçu (n 42) 75; Ahmet M Güneş, 'Uluslararası Çevre Hukuku Üzerine Bir İnceleme' (2012) 70(1) İÜHFM 83, 88.

[57] Protokol metni hakkında bkz <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf> Erişim tarihi: 07 Mart 2021.

[58] Topçu (n 42) 75.

[59] Şimşek, (n 45) 218.

olan devletin sınırları içerisindeki herhangi bir genetik kaynağa erişim sadece kaynak olan ülkenin değil, aynı zamanda yerli ve yerel halkların önceden aydınlatılmış rızasına bağlandığı görülmektedir[60]. Ayrıca Protokol'de, genetik kaynakların ilgili devletin rızası ile alınması, ihlal halinde diğer taraf devletlerle iş birliği yapılması, erişim konusunda uyuşmazlık çıkması halinde yargıya ile çözüme ilişkin önlemlerin alınması gibi yükümlülükler getirilmiştir[61].

Nagoya Protokolü ile getirilen düzenlemeler tehlikeli insan patojenleri hakkında da "önceden bilgilendirilmiş rıza" ve patojenlerin paylaşılması halinde elde edilecek faydaların iadesine ilişkin taraflar arasında "karşılıklı mutabakat" şartlarını getirmiştir. Bu sistemle birlikte insan patojenleri ve bunlara ilişkin genetik verilerin paylaşımına ilişkin bilimsel ağırlıklı olan resmi olmayan paylaşım sistemleri temelden değişmiştir[62]. Devletlerin, genetik kaynakları üzerindeki egemenlik iddiaları biyolojik örneklerin sınır ötesine aktarılmasında ve yapılacak bilimsel çalışmalarda karmaşık bir sistem oluşturmuştur[63].

B. DSÖ Grip Virüsü Örneklerinin Paylaşımı ve Aşı ve Diğer Faydalara Erişim İçin Grip Salgını Hazırlık Çerçevesi

BÇS ve Nagoya Protokolünün düzenlediği genetik kaynaklara erişim ve fayda paylaşım sistemi genel çerçevesi dahilinde insan tehlikeli patojenlerinin paylaşımına ilişkin özel bir uluslararası hukuki araç olarak 2011 yılında DSÖ tarafından "*Grip Virüsü Örneklerinin Paylaşımı ve Aşı ve Diğer Faydalara Erişim için Grip Salgını Hazırlık Çerçevesi*"[64] (*Pandemic influenza preparedness: Framework for the sharing of influenza viruses and access to vaccines and other benefits*) önemli bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Grip Hazırlık Çerçevesi normatif olarak tavsiye niteliğinde bir düzenlemedir[65].

Daha önce değinildiği üzere 2007 yılında Endonezya tarafından ileri sürülen "viral egemenlik" iddiası üzerine DSÖ, grip salgınına hazırlık için, "*Grip Salgını Hazırlık Çerçevesi*" DSÖ Asamblesi'nin altmış dördüncü toplantısında oybirliğiyle kabul edilmiş ve 24.05.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Hazırlık Çerçevesi, grip salgınlarına karşı oluşturulan daha önce de bahsedilen GISN sistemini, "*DSÖ Küresel Grip Salgını Sürveyans ve Müdahale Sistemi*" (*Global Influenza Surveillance and Response System*)[66] (GISRS) olarak güçlendirerek yenilemiştir. Ayrıca salgın yaratma

60 Rourke,Halabi,Burci ve Katz (n 15) 152; Şimşek, (n 45) 218.

61 Şimşek (n 45) 218.

62 Halabi (n 3) 115.

63 ibid 116.

64 İngilizce metni için bkz <https://www.who.int/influenza/resources/pip_framework/en/> Erişim tarihi: 07 Mart 2021.

65 DSÖ Anayasasının 23.maddesi kapsamında çıkarılan Grip Hazırlık Çerçevesi, DSÖ tarafından kabul edilen bağlayıcı nitelikte olan anlaşmalar ve tüzüklere karşın bağlayıcı nitelik taşımamaktadır.

66 Ayrıntılı bilgi için bkz <https://www.who.int/influenza/gisrs_laboratory/en/> Erişim tarihi: 04 Ocak 2021.

potansiyeli olan H5N1 – Kuş Gribi A ve diğer grip patojenlerinin paylaşılmasına ilişkin bir sistem kurmuştur.

Grip Hazırlık Çerçevesinin oluşturduğu sistem, H5N1 ve salgın potansiyeli taşıyan grip patojenlerinin (m.5.1) ve bahse konu virüslere ilişkin genetik dizi (sekans) verilerinin[67] (m.5.2) paylaşımına ilişkindir. Buna göre, grip virüsüne ilişkin patojen paylaşımında, paylaşan devlet ile alıcı arasında, Grip Hazırlık Çerçevesine ekli *Standart Malzeme Transfer Anlaşmasının (SMTA)* imzalanması gerekmektedir. Bu sistem BÇS ve Nagoya Protokolü kapsamındaki paylaşım sistemi ile paralellik göstermektedir.

Hazırlık Çerçevesine göre üye devletler, H5N1 ve salgın potansiyeli olan diğer grip virüs patojenlerini, DSÖ'nün GISRS tarafından tanınan ulusal grip merkezleri[68] ve yetkili diğer laboratuvarları vasıtasıyla hızlı ve sistematik bir şekilde DSÖ Grip İş Birliği Merkezi[69]ile veya kaynak üye devletin tercih ettiği DSÖ H5 Referans Laboratuvarı[70] ile paylaşmalıdır. Bu paylaşım, Hazırlık Çerçevesine ekli SMTA-1 ile yapılmalıdır. DSÖ, STMA-1 hükümlerine tabi olarak transfer ettiği biyolojik materyalleri, kurumlara, organizasyonlara ve tüzel kişilere transfer edebilecektir. Kaynak ülke, SMTA-1 ile bu transfere ve bu patojenlerin kullanılmasına onay vermiş kabul edilmiştir.

Hazırlık Çerçevesi hükümleri uyarınca üye devletler H5N1 ve salgın potansiyeli olan diğer grip virüs patojenlerini DSÖ Grip İş Birliği Merkezlerine ve/veya H5 Referans Laboratuvarlarına öncelikli olarak sağlamak koşuluyla, başka herhangi bir tarafa veya kuruma doğrudan grip virüs patojenlerini, Hazırlık Çerçevesi ekinde yer alan SMTA-2 ile transfer etme hakkına da sahiptir.

Hazırlık Çerçevesi kapsamında H5N1 ve salgın potansiyeli olan diğer grip virüs genetik dizi (sekans) verileri ve bu verilerden kaynaklanan analizler, kaynak laboratuvar ve DSÖ GISRS laboratuvarları arasında hızlı ve sistematik bir şekilde paylaşılmalıdır. Ayrıca bu veriler ile ilgili daha fazla şeffaflığın ve erişimin halk sağlığı için önemli olduğunu kabul ederek Genbank[71] ve GISAID[72] gibi kamuya açık veya genel erişimli veri tabanlarının kullanılmasının doğru olduğu kabul edilmiştir.

---

67 "Genetik diziler(sekans), bir DNA veya RNA molekülünde bulunan nükleotidlerin sırası anlamına gelir. Bir organizmanın veya virüsün biyolojik özelliklerini belirleyen genetik bilgiyi içerir".

68 "Ulusal Grip Merkezi, Üye Devlet tarafından yetkilendirilmiş ve atanmış ve daha sonra DSÖ tarafından referans koşullarına uygun olarak DSÖ GISRS'ye biyolojik materyalleri sağlama dahil olmak üzere bir dizi işlevi yerine getirmek üzere tanınan grip laboratuvarları anlamına gelir".

69 "DSÖ Grip İş Birliği Merkezleri, DSÖ tarafından belirlenen ve DSÖ GISRS içindeki belirli rolleri yerine getirmeleri için ulusal makamlar tarafından desteklenen ve DSÖ'nün resmi görev tanımlarını kabul eden grip laboratuvarları anlamına gelir. Genel olarak, küresel sorumluluklara ve daha kapsamlı teknik kapasitelere sahip olmaları bakımından Ulusal Grip Merkezleri ve DSÖ H5 Referans Laboratuvarlarından farklılık gösterirler".

70 "DSÖ H5 Referans Laboratuvarları, bu kapasite daha yaygın hale gelene kadar H5 virüs enfeksiyonunu güvenilir bir şekilde teşhis etmek için ulusal ve bölgesel kapasiteyi güçlendirmek amacıyla DSÖ tarafından belirlenen grip laboratuvarları anlamına gelir".

71 Genbank hakkında daha fazla bilgi için bkz <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/genbank/> Erişim Tarihi: 07 Mart 2021.

72 GISAID hakkında daha fazla bilgi için bkz <https://www.gisaid.org/about-us/mission/> Erişim Tarihi: 07 Mart 2021.

DSÖ'nün Grip Hazırlık Çerçevesi her ne kadar BÇS ve Nagoya Protokolünün ismini zikretmemiş olsa da bu düzenlemelere paralel olarak insan virüs patojenlerinin, doğal kaynaklar gibi devletlerin egemenliğinde olduğunu kabul etmiştir. Bu kabul edişe uluslararası hukuk ve insan hakları zaviyesinden bakıldığında büyük sorunların ortaya çıkacağı ortadadır.

C. Tehlikeli Virüs Patojenlerinin Erişimi Sorununa İnsan Hakları Penceresinden Bakmak

Tehlikeli virüs patojenlerine erişime ilişkin çalışmalar temel insan hakları konuları ile doğrudan korelasyon içerisindedir. Hastalardan örneklerin alınması sırasında ortaya çıkan sorunlar, acil durumlarda deneysel tedavilerin kullanılması, aydınlatılmış rıza, biyolojik çeşitlilik ve yerli halkların hakları gibi konular insan hakları yelpazesi içerisinde yer alır. Patojenlere erişim konusunda, BÇS ve Nagoya Protokolünde ortaya koyulan egemenlik ilkesi ve bunun üzerine kurgulanan erişim ve fayda paylaşımı sistemine de insan hakları penceresinden bakmak gereklidir. Her şeyden önce tehlikeli insan patojenlerinin ortaya çıkardığı salgın hastalıkların oluşturduğu tehdit, uluslararası halk sağlığı sorunu olmasının yanı sıra bireylerin sağlık hakkını da doğrudan ilgilendirmektedir.

DSÖ Anayasası'nın başlangıç bölümündeki ifadeyle belirtilmesi gerekirse sağlık hakkı, "*ulaşılabilir en yüksek sağlık standartlarından yararlanma, ırk, din, siyasi görüş, ekonomik ya da sosyal durum farkı gözetilmeksizin her insanın temel haklarından biridir*." 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB)[73] kabul edilmeden önce sağlık hakkının DSÖ Anayasasında temel bir hak olarak kabul edildiği görülür[74]. İHEB'in 25.maddesine göre herkesin yiyecek, giyim, konut, tıbbi bakım ve gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere, kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahını temin için, yeterli bir yaşama standartına sahip olma hakkı ve işsizlik, hastalık, maluliyet, dulluk, yaşlılık hallerinde ya da geçim olanaklarından kendi kontrolü dışındaki koşullardan doğan diğer yoksunluk durumlarında, sosyal güvenceye sahip olma hakkı vardır. İHEB dahilindeki düzenlemenin aslında yeterli bir yaşama standardını vurguladığı anlaşılmaktadır. Diğer bir ifade ile İHEB'in 25.maddesi doğrudan sağlık hakkını düzenlememektedir[75].

Sağlık hakkının düzenlendiği en dikkate değer hukuki kaynak, 03.01.1976 tarihinde yürürlüğe giren Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesidir

[73] İHEB'in Türkçe metni için bkz <https://www.ombudsman.gov.tr/document/mevzuat/688B1--Insan-Haklari-Evrensel-Beyannamesi.pdf> Erişim Tarihi: 15 Mart 2021.

[74] Alexander Phelan, 'Human Rights Implications of Pathogen Sharing and Technology Transfer', Sam Halabi, Rebecca Katz (edr), *Viral Sovereignty and Technology Transfer: the changing global system for sharing pathogens for public health research* (Cambridge University Press 2020) 123; İzzet Mert Ertan, *Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı* (1.Baskı, Legal Yayıncılık 2012), 14.

[75] Ertan (n 74) 19.

(ESKHS)[76]. ESKHS'nin 12/1.maddesine göre, "*Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, herkesin, ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını kabul ederler*". ESKHS ile sağlık hakkı İHEB'den farklı olarak başlı başına bir hak olarak düzenlenmiştir[77]. ESKHS'nin 12/2.maddesinde sağlık hakkının tam olarak kullanılmasını sağlamak için Taraf Devletlerin alacakları tedbirlerin amaçları belirtilmiştir. Bu amaçlardan birisinin de salgın, yöresel, mesleki ve diğer hastalıkların önlenmesi, olduğu kabul edilmiştir (ESKHS m.12/2-c). ESKHS'nde sağlık hakkı bu halde açıkça salgın hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü konusunda devletlere yükümlülük de yükleyen bir hak olarak düzenlemiştir[78].

EKSHS'nde düzenlenen sağlık hakkının muhteviyatının açıklığa kavuşturulması amacıyla 2000 yılında Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi tarafından 14 No.lu Genel Yorum kabul edilmiştir[79]. Genel Yorum'un "*12.2 (c): Hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü hakkı*" başlıklı 16.maddesine göre, "*Salgın hastalıkların, yöresel hastalıkların, mesleki hastalıkların ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü" (Madde 12.2 (c)), (...) Hastalıkların kontrolü ile, Devletlerin, diğer şeylerin yanı sıra, epidemiyolojik tarama ve ayrıştırmaya dayalı veri toplamanın kullanılması ve geliştirilmesiyle ilgili teknolojileri sağlama konusundaki tekil ve ortak çabalarına ve bağışıklama programlarının ve bulaşığı hastalıklarının kontrolüne yönelik diğer stratejilerin uygulanması ve yaygınlaştırılması atıfta bulunulmaktadır"*. Bu yorum, devletlerin salgın ile ilgili bilgilere erişim reddetme veya sınırlandırmaktan kaçınmasını öngörmektedir. Diğer bir ifade ile ESKHS'nin 12.maddesi, devletlere salgına ilişkin elde edilen patojenlere ilişkin verilere erişilebilirliği engelleyecek düzenlemelerden kaçınması yükümlülüğünü yükler[80]. Ayrıca Genel Yorum, ESKHS'de düzenlenen sağlık hakkının bir parçası olarak, salgın hastalıkları önlemek, tedavi etmek ve kontrol etmek konusunda bireysel ve ortak çaba gösterme yükümlülüğünü de vurgular[81].

Küresel bir halk sağlığı sorunu olarak salgın hastalıklar ile mücadele etme konusunda EKSHS dışında da Uluslararası Sağlık Tüzüğü (UST 2005)[82] gibi teknik bazı uluslararası hukuk düzenlemeleri bulunmaktadır. UST 2005'in 44. maddesinde de ESKHS ve Genel Yoruma paralel olarak küresel halk sağlığı sorunu olarak salgın hastalıklarla mücadele için uluslararası iş birliği ve yardıma vurgu yapılmıştır.

---

[76] Sözleşmenin Türkçe metni için bkz <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c016/tbmm22016089ss0148.pdf> Erişim Tarihi: 16 Mart 2021.

[77] Ezeli Azarkan, *Uluslararası Hukukta Sağlık Hakkı* (1.Baskı, Seçkin Yayınevi 2018) 78.

[78] Phelan, (n 74) 123.

[79] Yorumun İngilizce metni için bkz <https://www.refworld.org/pdfid/4538838d0.pdf> Erişim Tarihi:16 Mart 2021.

[80] Phelan (n 74) 124.

[81] İbid, 125.

[82] Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) İngilizce metni için bkz World Health Organization, International Health Regulations (2005), Third Edition, WHO Press, France 2016, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/246107/9789241580496-eng.pdf?sequence=1> Erişim Tarihi:16 Mart 2021; Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) Türkçe metni için bkz <https://www.hssgm.gov.tr/content/documents/uluslararasi_antlasmalar/Uluslararas%C4%B1%20Sa%C4%9Fl%C4%B1k%20T%C3%BCz%C3%BC%C4%9F%C3%BC.pdf> Erişim Tarihi: 16 Mart 2021.

İnsan hakları penceresinden, SMTA ile grip patojenleri hariç diğer salgın potansiyeline sahip patojenlerin paylaşımı sistemi irdelendiğinde, SMTA'ların sadece tarafları bağlayan bir anlaşma olması ve bu anlaşmanın ticari yanı dikkate alındığında; ESKHS, Genel Yorum ve UST 2005 hükümlerinin ortak paydası olan devletler arasındaki iş birliği ve yardımlaşma yükümlülüğünü karşılayamayacağı ortaya çıkmaktadır. Böylece sağlık hakkının bir parçası olarak salgın hastalıklarla mücadele için gerekli tedbirlerin alınmasında oluşacak hukuki eksiklikler, insan hakları sorunlarını da peşinden getirmektedir. Netice olarak uluslararası hukukta mevcut patojenlere erişim sistemi ve buna temel oluşturan "*viral egemenlik*" iddiası bir insan hakları gerilimine sebebiyet vermektedir[83].

Phelan'a göre, uluslararası hukuk açısından bu gerilimin, insan haklarının korunması ve sağlığın karşılıklı bağımlılık yaratması gerçekliği ışığında ancak uluslararası iş birliği ile çözümlenebilecektir. Oluşturulacak etkin ve tutarlı bir çözüm devletin sağlık hakkını teminat altına almasına buna karşın küresel sağlık sistemi içerisinde gelişmekte olan devletlerin egemenliğine karşı oluşabilecek bir sömürgeciliğe karşı siper oluşturacaktır[84].

D. Koronavirüs (*Covid – 19*) Salgını Sırasında Patojenlere Erişim

Koronavirüs (*Covid -19*) salgınının ortaya çıktığı Çin Halk Cumhuriyeti (Çin), virüse ilişkin ilk bilgileri DSÖ ile 31 Aralık 2019'da paylaşmış ve 7 Ocak 2020 tarihinde virüsü izole etmiştir[85].

Buna karşın Koronavirüs (*Covid -19*) için genetik dizi sekans verileri Çin devleti tarafından 11 Ocak 2020 tarihinde Şangay'ın Fudan Üniversitesi'nden Çinli araştırmacılar tarafından DSÖ ile paylaşılmıştır[86]. 2020 yılının Ocak ayının sonunda ise Avustralyalı araştırmacılar, virüsün fiziksel bir örneğini Wuhan'dan dönen enfekte bir kişiden izole ettikten sonra DSÖ'ye göndermişlerdir[87].

Koronavirüs salgını sırasında; 2002 SARS(*SARS-CoV*)[88] salgınında olduğu gibi Çin devletine karşı, virüse ilişkin bilgileri geciktirmesi, ihbarcıları bastırması ve Amerika Birleşik Devletleri ve DSÖ tarafından gönderilen uzman ekiplerin Çin'e girişlerinin reddedilmesi gibi suçlamalar yöneltilmiş olmasına karşın Çin'in Koronavirüse ilişkin

---

83 Phalen (n 74) 132.

84 ibid 133.

85 Esra Katıman, 'Kovid-19 Olgusu Çerçevesinde, "*Bir Salgın Hastalığın Menşei Olan Devletin Uluslararası Sorumluluk Hukuku Kuralları Bakımından Durumu*"', (2020) 11(2) İnÜHFD 436, 454; Cüneyt Yüksel, Deniz Baran, 'COVID-19 Salgını ve Bulaşıcı Hastalıkların Yarattığı Küresel Krizlerle Mücadelede Uluslararası Hukuk', (2020) 78 (2) İÜHFM 885, 889.

86 <https://www.who.int/fr/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19> Erişim Tarihi: 17 Mart 2021.

87 <http://www.inkstonenews.com/health/viral-sovereignty-why-countiers-dont-always-share-virus-samples/article/30844569> Erişim tarihi:16 Mart 2021.

88 Şiddetli akut solunum yolu sendromu (*severe acute respiratory syndrome*).

genetik verileri büyük bir hız ile GISAID vasıtasıyla açık erişime açması ve üç farklı genetik dizi verisi göndermesi dikkat çekmiştir[89]. Paylaşılan bu veriler sayesinde hızlı bir şekilde tanısal test kitlerinin geliştirilmesi sağlanmış ve birkaç ekibin aşı araştırma programlarının başlatılması kolaylaşmıştır[90].

Biyolojik virüs örneklerinin paylaşılması konusunda mevcut uluslararası düzenlemeler incelendiğinde Koronavirüs patojenlere ilişkin numunelerin paylaşımı konusunda, grip virüs patonjenleri konusundaki gibi (Küresel Grip Hazırlık Çerçevesi) özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda Koronavirüs patojenlerine erişim konusunda BÇS ve Nagoya Protokolünde yer alan erişim ve fayda paylaşımına ilişkin hükümlerin geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Günümüzde hızla mutasyona uğrayan Koronavirüse ilişkin gelişmekte olan devletlerin aşı ve antiviral ilaçlara adil bir şekilde ulaşamaması; devletler arasındaki gerilimin gün geçtikçe artmasına sebebiyet vermektedir. Bu gerilim nedeniyle biyolojik virüs paylaşımı konusunda viral egemenlik iddialarının tekrar gündeme gelmesi uluslararası hukuk açısından büyük bir tehlike oluşturmaktadır.

III. Tehlikeli Patojenlerin Serbest Erişimine İlişkin İleri Sürülen Öneriler

Grip virüsü dışındaki salgına sebebiyet verme potansiyeline sahip patojenlerin paylaşımı konusunda, biyolojik numuneleri DSÖ ile egemenlik iddiasıyla (*viral egemenlik*) paylaşmayı reddeden devletlere karşı uluslararası hukukta bağlayıcı düzenlemeler ile bu sorunun aşılması elzem gözükmektedir.

Salgın potansiyeline sahip virüslerin BÇS kapsamında bir doğal kaynak sınıfında devlet egemenliğine konu edilmesi ile ilgili gerilim başlamıştır. Virüslerin; petrol, doğal gaz, kauçuk, tohum, bitkisel genetik veriler gibi doğal kaynaklarla birlikte değerlendirilmesi soruna sebebiyet veren unsurlardan birisini oluşturmaktadır. Salgın potansiyeline sahip patojen numunelerinin insanlığı tehdit eden niteliği ve hızla bulaşma kapasitesi sebepleriyle bir doğal kaynak gibi üzerinde egemenlik iddiasında bulunulacak bir materyal olmamalıdır. Ancak bu biyolojik materyal üzerinde yapılan çalışmalardan elde edilecek faydanın (aşı, test kiti, antiviral ilaçlar vb.) ticari değeri bu materyalin doğal kaynak olduğu iddiasını güçlendirmekte ve karşıt iddiayı romantik olarak nitelendirmektedir.

İnsan patojenlerini BÇS kapsamında bir doğal kaynak niteliği taşıyıp taşımadığına ilişkin hususun bir yorum uyuşmazlığı olduğu ve Taraf Devletler tarafından bu uyuşmazlığın BÇS'nin 27.maddesine göre öncelikle müzakere yoluyla çözülmesi gerektiği ortadadır. Ancak günümüze kadar bu uyuşmazlığa ilişkin bir müzakere yolunun başlamadığı görülmektedir. Uluslararası bir ihtisas kuruluşu olarak

[89] Fearnley (n 9) 501.

[90] ibid 502.

DSÖ'nün ise bu uyuşmazlık konusunda BÇS ve Nagoya Protokolü kapsamında sorunu değerlendirdiği görülmektedir.

Küresel bir halk sağlığı sorunu olan, etkin bir tehlikeli patojen açık ve etkin paylaşım sistemi kurulması konusunda DSÖ'nün devletleri müzakerelere teşvik edebilmesi için BM Şartı'nın 96/2.maddesi ve Uluslararası Adalet Divanı (UAD) Statüsünün 65/1.maddesi kapsamında UAD'den bir danışma görüşü almasına ilişkin öneri doktrin tarafından ileri sürülmektedir[91]. Sorunun küresel bir halk sağlığını ilgilendirmesinin yanı sıra bireylerin sağlık hakkı ile ilgili olması konunun DSÖ'nün temel görevleri içerinde yer aldığını bize göstermektedir. Zira uzmanlık kurumu niteliğindeki uluslararası örgüt olarak, DSÖ'nün UAD'den, DSÖ Anayasası'ndaki faaliyet alanı içerisinde bir konuda danışma görüşü isteyebilecektir. Nitekim buna benzer şekilde DSÖ, UAD'den "*Silahlı Çatışmada Bir Devletin Nükleer Silahlar Kullanmasının Hukukiliği Konusunda Danışma Görüşü*"[92] istemiş; ancak UAD vermiş olduğu kararda nükleer silahların kullanımının hukuki olup olmadığının DSÖ'nün faaliyet alanı dışında kaldığına hükmetmiştir[93]. Kanaatimizce DSÖ'nün, tehlikeli patojenlerin BÇS kapsamında devlet egemenliğinde olup olmadığı konusundaki UAD Danışma Görüşü akabinde bir etkili paylaşım sistemi kurulması için geniş tabanlı bir uluslararası mutabakat sağlamalıdır. DSÖ'nün üzerinde çalışacağı patojenlere erişim sistemi, mutlaka uluslararası hukuk açısından bağlayıcı bir hukuki araç ile oluşturulmalıdır. Diğer bir ifade ile DSÖ'nün tavsiye niteliğinde olan DSÖ Anayasası'ndaki hukuki araçlarla bu sistemi oluşturması; sistemin ölü doğumuna sebebiyet verecektir. Öte yandan DSÖ'nün patojenlere erişim ile ilgili oluşturacağı sistemin; patojenlerden elde edilen faydaların (aşı, antiviral, tanı kiti vb.) adil paylaşımını da sağlaması büyük önem taşımaktadır.

Sonuç

Dünya nüfusunu büyük oranda tehdit eden salgın hastalıklarla mücadele için devletlerin kullandıkları en etkili silahlar üretilen aşı, antiviral ve tanı kiti gibi tıbbi araçlardır. Salgına sebebiyet veren virüs patojenlerine ilişkin izole edilmiş numunelere ve virüse ilişkin genetik dizi verilerine ulaşmak tıbbi araçların üretilmesi için elzemdir. Ancak virüs patojenlerinin numunelerine ve bunlara ilişkin genetik verilere paydaşların erişimi konusunda farklı uygulamalar bulunmaktadır. Şöyle ki, günümüzde de izole edilmiş virüs patojenlerine ilişkin genetik dizi verilerine bilimsel vasıtalarla serbestçe ve hızlı bir şekilde paydaşların erişimine sunulmaktadır. Mesela bu tip genetik veriler bilimsel makalelerin yanı sıra Genbank ve GISAID gibi

[91] Mullis, (n.30) 966.

[92] Karar metni için bkz Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/93/093-19960708-ADV-01-00-EN.pdf> Erişim Tarihi: 25 Mart 2021.

[93] Yusuf Aksar, *Evrensel Yargı Kuruluşları* (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2007), 73.

kamuya açık veri bankalarında yayınlanmaktadır. Ancak virüs patojen numunelerinin paylaşımı konusunda aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Patojen numunelerinin paylaşımı konusunda uluslararası hukukta devletlerin bu numuneler üzerinde egemenlik iddialarında bulundukları görülmektedir. Özellikle gelişmekte olan devletlerin kendi egemenlik alanlarından elde edilen virüs patojen numunelerinden oluşturulan tıbbi malzemeden yararlanamadıkları ve bu gerekçe ile 1992 tarihli BÇS hükümlerine dayanarak patojen numuneleri üzerinde egemenlik iddiasında bulunmuşlardır. Viral egemenlik iddialarının en dikkat çeken örneği ise 2006 yılının sonunda Endonezya tarafından dile getirilmiştir.

Viral egemenlik iddiaları ciddi salgınlar sırasında uluslararası toplumu etkileyen bir tehdit haline dönüşebilecek kapasitededir. Hatta viral egemenlik iddiaları sebebiyle salgın hastalıklarla mücadele ciddi sekteye uğrayacaktır. Günümüzde Koronavirüs (Covid-19) salgını sırasında yeni mutasyon örneklerinin ortaya çıkması ve gelişmekte olan bazı devletlerin aşı tedarikini sağlayamaması; viral egemenlik iddialarının yeniden gündeme gelmesi endişesini artırmaktadır.

Uygulanan uluslararası hukukta virüs patojenlerinin paylaşılması konusunda yürürlükte olan düzenlemeler genel olarak BÇS'de yer almaktadır. Bu Sözleşme'de düzenlenen genetik kaynaklara erişimin ayrıntıları ise Nagoya Protokolü, Cartegena Biyogüvenlik Protokolü'nde düzenlenmektedir. Özel olarak ise sadece grip virüs patojen numunelerinin paylaşımı konusunda DSÖ tarafından tavsiye niteliğinde çıkarılan Küresel Grip Hazırlık Çerçevesi bulunmaktadır. Bu uluslararası düzenlemelerin tamamı virüs patojen numunelerinin, devletlerin üzerinde egemenlik iddiasında bulunabilecekleri doğal kaynak niteliğinde olduğu kabulüne dayanmaktadır.

Virüs patojenlerinin tüm insanlığı etkileyen ortak bir sorun olması bunun yanı sıra patojen numunelerinin doğal kaynak olduğuna ilişkin düzenlemeler ve teknolojik ve ekonomik açıdan aşı ve diğer faydalara erişemeyen gelişmekte olan devletler birlikte değerlendirildiğinde büyük bir çıkmaz ile karşılaşılmaktadır. Kanaatimizce bu çıkmazdan ancak uzman bir uluslararası örgüt olarak DSÖ'nün öncülük ettiği ve geniş bir tabana yayılan uluslararası andlaşma ile oluşturulacak bağlayıcı bir andlaşma sistemi ile çıkılabilir. Bu andlaşma kapsamında devletlerin sağlık hakkına ilişkin yükümlülükleri, virüs patojenlerinin doğal kaynak olarak nitelendirilmesindeki sıkıntılar, patojenlerden elde edilen faydaların paylaşımının bağlayıcı koşulları konularında bir mutabakat sağlanmalı, DSÖ bu konu için yetkilendirilmeli ve DSÖ'nün kurumsal yapısı bu organizasyon için tahkim edilmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.
Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.
Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.
Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.
Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Azarkan E, *Uluslararası Hukukta Sağlık Hakkı* (Seçkin Yayınevi 2018).

Caplan, AL ve Curry, DR, 'Leveraging Genetic Resources or Moral Blackmail? Indonesia and Avian Flu Virus Sample Sharing', (2007) 7(11) The American Journal of Bioethics, 1-2.

Elderfield R ve Barclay W, 'Influenza Pandemics' in Curtis N., Finn A., Pollard A. (edr), *Hot Topics in Infection and Immunity in Children VIII, Advances in Experimental Medicine and Biology*, (Springer 2012) 81-103.

Ertan İM, *Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı* (1.Baskı, Legal Yayıncılık 2012)

Fearnley L, 'Viral Sovereignty or Sequence Etiquette? Asian Science, Open Data, and Knowledge Control in Global Virus Surveillance', (2020) 14(3) East Asian Science, Technology and Society: An International Journal 479-505.

Güneş AM, 'Uluslararası Çevre Hukuku Üzerine Bir İnceleme' (2012) 70(1) İÜHFM 83-114

Halabi SF, 'Viral Sovereignty, Intellectual Property, and the Changing Global System for Sharing Pathogens for Infectious Disease Research' (2019) 28 (1) Annals of Health Law 101, 101-126.

Hameiri S, 'Avian influenza, "viral sovereignty", and the politics of health security in Indonesia', (2014) 27(3) The Pacific Review 333-256.

Karagöz A, 'Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi', (1998) 7(1) Tarla Bitkileri Merkez Araştırma Enstitüsü Dergisi 1-10.

Katıman E, 'Kovid-19 Olgusu Çerçevesinde, "Bir Salgın Hastalığın Menşei Olan Devletin Uluslararası Sorumluluk Hukuku Kuralları Bakımından Durumu"', (2020) 11(2) İnÜHFD 436-454.

Mullis K, 'Playing Chicken with Bird Flu: "Viral Sovereignty" the Right to Exploit Natural Genetic Resources, and the Potential Human Rights Ramifications' (2009) 24(5) American University International Law Review 944-968.

Pazarcı H, *Uluslararası Hukuk Dersleri- 2 Kitap* (8. Bası, Turhan Kitabevi).

Phelan A, 'Human Rights Implications of Pathogen Sharing and Technology Transfer', Sam Halabi, Rebecca Katz (edr), *Viral Sovereignty and Technology Transfer: the changing global system for sharing pathogens for public health research* (Cambridge University Press 2020) 120-136.

Rourke MF, 'Restricting Access to Pathogen Samples and Epidemiological Data: A Not-So-Brief History of "Viral Sovereignty" and the Mark It Left on the World' in Eccleston-Turner M, Brassington I (edr), *Infectious Diseases in the New Millennium. International Library of Ethics, Law, and the New Medicine*, (Springer 2020) 167-191.

Rourke M, Halabi S, Burci GL ve Katz R, 'The Nagoya Protocol and the Legal Structure of Global Biogenomic Research' (2020) 45 Yale J Int'l L 133-190.

Skalar Sarıbeyoğlu M, *Uluslararası Hukukta Sürdürülebilir Kalkınma Kavramı* (1.Baskı, Beta Yayıncılık 2015).

Şimşek GE, *Uluslararası Hukukta Doğal Hayatın Korunması* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2016).

Topçu FH, 'Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi: Müzakereden Uygulamaya', (2012) 20(1) Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi 57-97.

Yüksel C ve Baran D, 'COVID-19 Salgını ve Bulaşıcı Hastalıkların Yarattığı Küresel Krizlerle Mücadelede Uluslararası Hukuk', İÜHFM (2020) 78 (2) 885-934.

Zhang W ve Wood J, 'The Global Influenza Surveillance and Response System-65 years of building trust and sharing and a role model for global health security' (2018) 12(5) Influenza Other Respir Viruses 566-566.

YAYIN KURALLARI / PUBLICATION PRINCIPLES

1. İstanbul Hukuk Mecmuası, ESCI ve ULAKBİM tarafından taranan "Hakemli Dergi" statüsünde yılda dört sayı (Mart, Haziran, Eylül, Aralık) olarak yayımlanır.

   Istanbul Law Review is a peer reviewed Journal that is published four times a year (in March, June, September and December) and indexed by ESCI and ULAKBİM.

2. Mecmua'ya gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış ve yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hususta yazarlardan ayrıca taahhütname talep edilecektir.

   The articles sent to be published in our journal should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously even with the purpose of evaluation. In this purpose, the authors shall also be reguired to sign a letter of undertaking.

3. Editörler Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve işbu yayın ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, buradaki kurallar doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, incelenen konu bakımından gerekli olan yerli ve yabancı kaynakların tüketilmemiş olması, bilimsel ölçütlere ve akademik etik prensiplere uyulmaması, makale konusunun teori ve/veya uygulama açısından güncel bir değerinin/öneminin bulunmaması, yazının Editörler Kurulu tarafından reddi için yeterlidir.

   Articles that are considered as unsuitable with the publication principles by the Editorial Board are sent back to the author without review. It is sufficient for the article to be rejected by the Editorial Board if the spelling errors are extraordinary, the domestic and foreign resources required for the subject being examined are not utilized, the scientific criteria academic ethical principles are not complied with, the article subject does not have an up-to-date significance in terms of theory and-or practice.

4. Yazı, hakemlere gönderilmeden önce özel bilgisayar programları yardımı ile intihal incelemesine tabi tutulur. İlgili yazılım raporunun editöryel incelemesi kapsamında, dijital benzerlik oranının % 20'nin üzerinde çıkması, yazının reddi için yeterlidir.

   Before the article is sent to the referees, it is subjected to plagiarism examination with the help of special computer programs. If the digital similarity rate is above 20%, it is sufficient for the rejection of the article within the scope of the editorial review of the related software report.

5. Mecmua'da yayımlanacak makalenin, en üstün akademik standartlara uygun şekilde kaleme alınmış olması esastır. Bu çerçevede yazarlardan/yazılardan doktora/doçentlik tezi seviyesinde bir entelektüel çaba ve katkı beklenir.

   The article to be published in the journal must be written following the highest academic standards. In this context, intellectual background and effort at the level of doctoral or associate professorship thesis are expected from the authors.

6. İlk değerlendirmede uygun bulunan yazılar, yazar adları metinden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Hakem aşamasının asgari ve/veya azami bir süresi yoktur. Bu konunun takibi, münhasıran Editörler Kurulu'na ait bir görev ve yetki olup, yazı sahiplerinin doğrudan veya dolaylı şekilde bu aşamaya müdahale etmeleri etik ihlal sayılır.

   Papers that are approved by the Editorial Board are submitted to reviewers in line with blind peer review principle. Authors are not informed about the identity of the referees. According to the assessments of the referees, the paper may be approved for publication, required to resubmission with amendments or rejected on the basis of inadequate quality. The referee phase does not have a minimum or maximum duration. The follow-up of this issue is a duty and authority exclusively belonging to the Editorial Board.

7. Hakem raporlarının sonucunda yazının/eserin nihai olarak yayımlanıp yayımlanmayacağı ve yayımlanacaksa yazının Mecmua'nın hangi sayısında yer alacağı hususunda nihai takdir yetkisi ve sorumluluğu, Editörler Kurulu'na aittir. Tek bir olumsuz hakem raporunun varlığı, makalenin yayımlanmaması için yeterlidir.

   As a result of the referee reports, the final discretion and responsibility regarding whether the article will be finally published and if it will be published, in which issue of the Journal, the editorial board is responsible. The existence of a single rejection-negative referee report is sufficient to prevent the article from being published.

8. Hakem aşamasının tamamlanmış olması, yazarlara makalenin yayımlanacağını gösterir özel/resmi bir belge talep etme yetkisi vermez. Yazarlar, bu konunun bilincinde ve sorumluluğunda olarak makalelerinin Mecmua'da yayımlanması ve hakem incelemesine tâbi tutulması başvurusunda bulunmaktadırlar.

   The completion of the referee stage does not give authors the authority to request a private or official document indicating that the article will be published. The authors, with the awareness and responsibility of this issue, apply for their articles to be published in Istanbul Law Review and to be subjected to peer review.

9. Yazarlar; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.

   Authors, must provide their titles, institutions, correspondence address, phone number and e-mail address.

10. Mecmua'nın yazı dili Türkçe ve İngilizcedir. Makalelerde 250 kelimeden oluşan Türkçe öz ve İngilizce abstract bölümlerine yer verilmeli ve en az 5 en çok 15 anahtar kelimenin de Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir. Özetleri takiben Türkçe ve İngilizce dilindeki tüm makaleler için ayrıca 600-800 kelimelik İngilizce genişletilmiş özet yer almalıdır. Yayım başvurusuna konu edilen makalenin -dipnotlar dâhil olmak üzere- en fazla 20.000 kelimeden oluşması gerekir. Asgari bir kelime sınırı yoktur.

The Review accepts and publishes articles written in Turkish and English. The articles must include Turkish and English abstracts consisting of at least 250 and at most 300 words and at least five and at most fifteen keywords must be added to the paper in Turkish and English languages. Following the abstracts, there must also be an extended summary of 600-800 words for all the articles both in English and Turkish. The article subject to the publication application must contain a maximum of 20,000 words, including footnotes. There is no minimum word limit.

11. Makale metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotları sayfa altında gösterilir. Atıflar OSCOLA atıf sistemi esas alınarak yapılmalıdır. Aksi takdirde makale hakem ataması yapılmaksızın yazara düzeltmeleri yapması için geri gönderilir. Türkçe makalelerdeki kısaltmalar ve diğer hususların ilan edilen yazım kuralları uyarınca yapılması gerekmektedir. Söz konusu atıf kurallarına https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm adresi üzerinden ulaşılabilir.

    The main text and footnotes must be written in Times New Roman. Font size for the main text should be 12 with 1,5 line spacing while footnotes are written in font size 10 with 1 line spacing. Footnotes are to be shown at the bottom of the page. Citations must be made based on the OSCOLA citation system. Otherwise, the article is sent back to the author to make corrections without a referee assignment. Abbreviations and other issues in Turkish articles must be made following the announced spelling rules. The mentioned citation rules can be accessed at https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm.

12. Yazar isimleri Türkçe ve İngilizce konu başlığının altında ve sağ tarafında yer almalı ve soyadının bitiminde yıldız konulmalıdır. Yıldızlı dipnotta yazarın unvanı, çalıştığı kurum, alanı ve e-posta adresi bildirilmelidir.

    Author's name must be written bottom right of the Turkish and English title of the paper and should end with a star symbol. Star footnote should consists of title and institution of the author and correspondence address, phone number and e- mail address.

13. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.

    The article must consist of a bibliography at the end and references need to be arranged in alphabetical order.

14. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; yayına kabul edilen makalenin Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde çoğaltma, yayma, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali hakları, basılı, görsel, işitsel, sayısal/dijital vb. ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülte'ye devredilmiştir. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiştir.

    To be limited with the copies published by the Faculty; financial rights regarding reproduction, distribution, public performance, derivative works and translation of the papers which are approved for publication are to be transferred to the faculty to be used on the print, auditory, digital etc. media, nationwide and worldwide. Authors accept not to receive any royalty payment.

15. Mecmua'da, makalelerin yanı sıra çeviri de yayımlanabilir. Bu nitelikteki yazılar Editörler Kurulu tarafından kabul edilebilir veya geri çevrilebilir. Çeviri metni ile birlikte asıl metin ve hak sahiplerinin (asıl eser sahibi ve yayınevinin) muvafakati de iletilmelidir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tâbi tutulur.

    Besides articles, also translations may be published in the accepted languages. These papers might be approved or rejected by the Editorial Board. Original text of the translation and consent of the rightful owner are also should be enclosed with the translation. Translations are also subject to the assessment of reviewers.

16. İstanbul Hukuk Mecmuası'nda yayımlanması istenen yazıların iuhfdergiler@istanbul.edu.tr e-posta adresine Microsoft Word yazılımı formatında (*.doc, *.docx) ve işbu yayın kurallarına uygun şekilde gönderilmesi gerekmektedir.

    Papers should be sent to iuhfdergiler@istanbul.edu.tr in Microsoft Word (.doc, *.docx) file type.*

17. Bir başvurucunun aynı yayın yılı içerisinde (4 sayılık süreçte) sadece bir makalesi hakem incelemesine konu edilebilir.

    Only one article of an applicant in the same publication year (4 issues) could be subject to peer review.

18. Editörler Kurulu, derginin bir sayısında yer alacak makaleleri, Özel Hukuk – Kamu Hukuku dengesini koruma amacı, makalenin Mecmua'ya gönderilme ve hakem aşamasının tamamlanma tarihleri, makale konusun güncelliği, yazarların İstanbul Üniversitesi mensubu olup olmaması noktasındaki oransal denge gibi kriterleri gözeterek belirler.

    The Editorial Board determines the articles to be included in one issue of the journal by considering criteria such as the purpose of maintaining the balance of Private Law-Public Law, the date of submission of the article to the Journal, the date of completion of the referee stage, the timeliness of the article subject, and the proportional balance on whether the authors are members of Istanbul University.

19. Editörler Kurulu, tüm sayıların mümkün olduğunca eşit sayıda makale ile çıkması noktasında azami gayreti gösterir. Bir sayının çıkma tarihi itibarıyla, mizanpaj aşaması da dahil olmak üzere, yayım için gerekli tüm aşamaları tamamlamış olan bir makale, makale sayısı itibarıyla ilgili sayıda yayımlanamaz ise, ancak bu şartla, ilgili sayıdan belli bir süre sonra Online-First adı verilen sistem çerçevesinde bir sonraki sayı çıkmadan önce dijital olarak yayımlanır.

    The Editorial Board makes the utmost effort to publish all issues with the same number of articles as possible. An article that has completed all the necessary steps for publication, including the layout stage, as of the date of publication of an issue, could not be published in the relevant issue in terms of the number of articles, however, after a certain period after the relevant issue, within the framework of the system called Online-First it is published digitally before the issue is released.